وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعـــــة أبي بكربلقايد–تلمسان

كـــلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

تخصص: القانون الدولي الخاص للأعمال

إشكالية تنازع القوانين في السندات التجارية

من إعداد الطالبة:

بلحجين فضيلة

تحت إشراف:

أ.د يوسف فتيحة

أعضاء لجنة المناقشة:

أ.د. بن عصمان جمال	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د يوسف فتيحة	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفة ومقررة
د.بوزيدي إلياس	أستاذ محاضر "أ"	المركز الجامعي مغنية	مناقشا
د. بن قلة ليلى	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة تلمسان	مناقشة

السنة الجامعية: 2021-2022

بسم الله الرحمن الرحيم

"رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحا ترضاه وأصلح لي في ذريتي إني تبت إليك وإني من المسلمين"

(سورة النمل الآية 19).

شكر وتقدير

الحمد لله رب العامين، الذي وفقني وأتممت هذه الرسالة، والصلاة والسلام على أفصح لسان، وناطق البيان، نبينا محمد العدنان.

أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذة المشرفة الدكتورة "**يوسف فتيحة**" التي تفضلت علي بقبولها الاشراف على هذه الرسالة، والتي أنارتني بنصائحها. فحفظها الله ورعاها.

كما أقدم احترامي الكبير، والشكر الجزيل لأعضاء لجنة المناقشة، الذين تكفلوا بقراءة وتقييم هذا البحث.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع، إلى منبع الحنان، إلى أعز ما أملك، أمي الغالية، الحبيبة، المناضلة.

كما أهديها إلى أبي العزيز، وزوجي الغالي وابنتي الصغيرة، حفضها الله ورعاها.

كما أهدي هذا العمل المتواضع إلى إخوتي وفقهم الله وحفظهم وإلى كامل أفراد العائلة. وإلى صديقاتي بالأخص " عبو فاطمة " وفقها الله في مشوارها أيضا.

وإلى كل من كان سندا لي طوال مشواري الدراسي، وقدم لي النصح والمعونة.

-باللغة العربية:

م: المادة

ق: قانون

ص: صفحة

ط: طبعة

ج: جزء

ج.ر: جريدة رسمية

ب.د.ن: بدون دار نشر

ب.س.ن: بدون سنة نشر

ق.ت.ج: القانون التجاري الجزائري

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

م.ت: مرسوم تنفيذي

-باللغة الأجنبية:

P : page.
T : Tome
N° : Numéro.
Op.cit : Ouvrage precite.
Ed : Edition
Art : article
Cass. Com. : cassation commerciale.
Rev : Revue

مقدمة

تمتاز المعاملات التجارية عن غيرها من المعاملات بالسرعة في إنجازها وسهولة إثبات قيامها بكافة الوسائل الممكنة، مثل هذه السرعة والمرونة في الأعمال التجارية استدعت ضرورة إيجاد وسائل بديلة لتحل محل النقود في العملية التجارية حيث يفضل التجار عدم دفع الثمن نقدا لما في ذلك من مخاطر وسلبيات على نشاطهم التجاري.

على إثر ذلك أوجد العرف التجاري وسائل بديلة لتحل محل النقود في المعاملات المختلفة يتم من خلالها إثبات الديون والحقوق المالية المترتبة لأي فرد تجاه غيره من الأفراد نتيجة تعاملهم فيما بينهم، وهذه الوسائل تعرف بالسندات التجارية[1].

وبالرغم من التنظيم القانوني الدقيق والمحكم للسندات التجارية من قبل التشريعات العربية والأجنبية، إلا أن هذه التشريعات لم تقدم تعريفا لها. لذا وضع الفقهاء تعاريف عديدة تدور جملتها حول ضرورة توافر مجموعة من الخصائص في الورقة، أن تكون مصاغة في محرر مكتوب وفقا لأوضاع شكلية يحددها القانون، قابلة للتداول بالطرق التجارية، تمثل حقا موضوعه مبلغ من النقود مستحق الوفاء بمجرد الاطلاع، ويستقر العرف على قبولها كأداة لتسوية الديون شأنها شأن النقود[2].

هذا وتعرف مختلف التشريعات ثلاثة أنواع من السندات التجارية، وهي السفتجة والسند لأمر والشيك. والمنصوص عنها في التشريع الجزائري بموجب الأمر رقم 59/75 المؤرخ في

---

[1] اختلف المؤرخون حول نشأة السندات التجاري، فهناك من أرجع نشأتها إلى قانون حمورابي والبعض الآخر أرجعها إلى الإغريق القدامى ومنهم من نسبها إلى الرومان، وقال آخر بأن مصدرها المصريون من عهد البطالسة، وهناك من يذكر أن مصدرها الصين، وهناك من يرجع نشأتها إلى الفرس واقتبسها عنهم العرب الذين كانوا يمارسون التجارة، إضافة بمعرفتهم لمؤسسات قانونية، لا تعرفها بعض الحضارات الأخرى كحوالة الحق التي لم تعرف إلا في الفقه الإسلامي فقط.
لطيفة الداودي، الحماية القانونية لحامل الكمبيالة-الحماية المدنية-، الطبعة الأولى، المطبعة الوطنية والوراقة الوطنية، مراكش،2000، ص15.

[2] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، ط2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص1.

1975/09/26[1]، وأضاف المشرع الجزائري سندات تجارية جديدة نظمها بموجب المرسوم 08/93 المؤرخ في 1993/04/25[2]، وهي سند الخزن وسند النقل وعقد تحويل الفاتورة واعتبرها سندات تجارية رغم أنها لا تتوفر في جلها الخصائص[3] التي تتمتع بها السندات التجارية التقليدية والمنظمة من قبل قانون جنيف الموحد.

على إثر ما تقدم سنقتصر في دراستنا على تحديد القانون الواجب التطبيق على السندات التجارية التقليدية والمنظمة من قبل قانون جنيف الموحد والمتمثلة في "السفتجة والسند لأمر والشيك" مستبعدين من نطاق دراستنا السندات التجارية التي أضافها المشرع الجزائري في التشريع التجاري.

ونظرا لأهمية التعامل بالسندات التجارية وضعت مختلف التشريعات قواعد خاصة تعرف بقواعد الصرف، تتميز عن القواعد العامة بخصائص تدور في مجملها حول فكرة تيسير تداول هذه السندات وتدعيم الثقة بها كي يطمئن حاملها على استيفاء قيمتها في ميعاد الاستحقاق الذي يؤهلها للقيام بوظائفها على أكمل وجه. من أبرز هذه الخصائص شكلية السندات التجارية

---

[1] الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-02 مؤرخ في 6 فبراير سنة 2005، ج.ر 11.

[2] المرسوم التشريعي رقم 08/93 مؤرخ في 25 أبريل سنة 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 59/75 المتضمن القانون التجاري، ج.ر رقم 27 المؤرخة في 27 أفريل 1993.

[3] فسند الخزن الذي جاءت تسميته على هذا النحو في القانون التجاري الجزائري لا يحتوي على مبلغ معين من النقود، فهو لا يمثل سوى بضاعة وكذلك هو الشأن بالنسبة لسند النقل الذي يضفي عليه المشرع صفة السند التجاري عندما يصدر أو يظهر لأمر أو للحامل، ويضاف إلى ذلك أن هذين السندين لا يحتويان على بعض البيانات الهامة والتي كان من الأجدر أن تكون إلزامية لكونها تتعلق بموضوع الالتزام ومضمونه ولأجل تمكين المتعاملين من تداولهما بشكل بسيط دون الرجوع في ذلك إلى وقائع أخرى أو عناصر خارجية، ويكون في ذلك إهدار لمبدأ الكفاية الذاتية. كما لا يعد عقد تحويل فاتورة بدوره سندا يتمتع بخاصية قبول العرف له كأداة وفاء وائتمان تحل محل النقود، حيث لم تعتد الأوساط التجارية على التعامل به على هذا النحو ولا يمكن تداوله عن طريق التظهير.

بهية خلافة، تداول السندات التجارية عن طريق التظهير، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2008/2007، ص 14.

وكفايتها الذاتية، استقلال الالتزام الصرفي وتطهير الدفوع، والموازنة بين مصالح أطراف السند، بتقوية ضمانات الحامل والتشدد في معاملة الملتزمين.

إن تطبيق قانون الصرف يتولد عنه التزام من نوع خاص يختلف عن الالتزام في حوالة الحق المدنية، حيث يتميز هذا الالتزام بوجود ضمانات صرفية تحميه وتقويه، تهدف إلى الضغط على المدين والدائن معا لضمان الوفاء بالالتزام الصرفي، وتمكين السند التجاري من أداء دوره في خدمة الحياة التجارية.

إن الالتزام الصرفي يجعل الموقعين على السند ملتزمين بالتضامن قانونا في ضمان قبول ووفاء قيمة السند في تاريخ استحقاقه، اتجاه الحامل الأخير، في حال رفض المسحوب عليه دفع قيمة السند التجاري، دون أن يكون بإمكانهم الدفع في مواجهته بالتقسيم أو التجريد. وفي حال امتناع المسحوب عليه عن الوفاء بقيمة السند في ميعاد الاستحقاق، وجب على الحامل تحرير احتجاج لإثبات امتناع المدين عن الوفاء، وممارسة حقه بالرجوع على باقي الملتزمين وإلا اعتبر حاملا مهملا ويسقط حقه اتجاه أصحاب الضمان.

كثيرا ما تستعمل الأوراق التجارية (السندات التجارية) في تسوية علاقات بين أشخاص يقيمون في دول مختلفة. فقد تحرر الورقة في دولة ويتم تداولها في ثانية وثالثة ورابعة وتكون مستحقة الوفاء في خامسة. والغالب أن تتم تسوية العمليات التجارية بين الدول المختلفة عن طريق السفتجة، فهي الأداة النموذجية لتسوية العلاقات التجارية الدولية، وهي لا تزال تحتل مكانا بارزا من الوجهة الاقتصادية في نطاق العلاقات الدولية. ومع ذلك فإن اللجوء للشيك والسند للأمر ليس مستبعدا بين الأفراد الذين يقيمون أو ينتمون لدول مختلفة.

وحتى تلعب السندات التجارية خاصة السفتجة هذا الدور من الوجهة الاقتصادية يجب التأكد أن ثمة سفتجة صحيحة من وجهة نظر القانون الدولي الخاص. من هذا المنظور يصبح أمر تحديد القانون الواجب التطبيق-في هذا الخصوص-أمرا لازما للحد من تنازع القوانين.

وتبرز أهمية السندات التجارية ارتباطا بتحديد القانون الواجب التطبيق عند تداولها وفي الحالة التي تكون فيها واجبة الوفاء بعملة أجنبية معينة أو على أساس سعر عملة معينة.

على الرغم من التشابه بين الأحكام القانونية التي تهيمن على نظام السندات التجارية في سائر النظم القانونية لكن تبقى هناك اختلافات جزئية داخل هذه التشريعات الأمر الذي يفتح الباب أمام حالات التنازع.

بالإضافة لذلك فإن التعامل مع الورقة التجارية (السند التجاري) بوصفها بناء قانونيا خاصا قد يختلف من دولة لأخرى، فإذا كان الالتزام الصرفي يعتبر مثلا في الجزائر ومصر وسائر الدول العربية وفرنسا التزاما شكليا صرفيا لا بد من توافر جملة من البيانات الإلزامية المتضمنة في الورقة نجد أن من الخصائص المهيمنة على الورقة التجارية في القانون الإنجليزي غياب الشكلية فليس ثمة أي بيان إجباري لا عند إصدار الشيك ولا عند تظهيره.

زد على ذلك فإن التشريعات تختلف بشأن تفسير العلاقات الناشئة عن الورقة التجارية، وكلها مشاكل لا يمكن أن تمضي دون أن تترك انعكاسات واضحة على نظرية تنازع القوانين في نطاق العلاقات الخاصة الدولية.

وحفاظا على سلامة المعاملات التجارية الدولية الخاصة، ودفعا للمشاكل التي يحدثها تنازع القوانين في مجال السندات التجارية وبعد مساع عديدة بذلتها الكثير من الدول في سبيل توحيد قواعد السندات التجارية والتفتيش عن أنسب وأسهل الحلول لها حتى يكون ممكنا إعطاء دفع قوي لنمو التجارة الدولية القائمة بدورها على عناصر السرعة والثقة والحاجة إلى الائتمان. وقد بذلت عدة محاولات على مستوى الهيئات القانونية وعلى مستوى الدول ذاتها في هذا الشأن.

فعلى مستوى الهيئات القانونية عقدت جمعية القانون الدولي مؤتمرا لها في برن Brene بألمانيا سنة 1876 صيغت على أثره مجموعة قواعد تشكل تصورا عاما لقانون موحد للأوراق التجارية، كما وضع معهد القانون الدولي سنة 1885 مشروع قانون موحد متكامل يحتوي على 106 مادة.

وعلى مستوى الدول، نلحظ أن الدول الإسكندنافية كان لها فضل السبق إلى تحقيق هذه الغاية حين نجحت في إبرام اتفاق فيما بينها سنة 1880 وحدت بموجبه القواعد الخاصة بالسفتجة والسند لأمر. وفي سنة 1897 أتمت توحيد القواعد المتعلقة بالشيك. كما تبنت الحكومة الهولندية في سنة 1910 الدعوة لعقد مؤتمر دولي في مدينة لاهاي بشأن توحيد قواعد الصرف. ونتيجة لانعقاد هذا المؤتمر مرة ثانية سنة 1912، وبحضور اثنتين وثلاثسن دولة، تم الاتفاق على وضع مشروع قانون موحد يتعلق بالسفتجة والسند للأمر. وقد تعهدت الدول الموقعة بإدخال أحكام هذا المشروع في تشريعاتها الداخلية. غير أن الحرب العالمية الأولى حالت دون ذلك، فلم تتبنى المشروع غير تشريعات بعض الدول مثل فترويلا في تشريعها لسنة 1919، وبولونيا في تشريعها الصادر سنة 1924 وتركيا في تشريعها التجاري لسنة 1926.

وهناك مشروع القانون الموحد للأوراق التجارية الذي وضعتها الدول العربية لسنة 1948 ولكنه لم ير النور بعد. كما أن هناك مشروع لجنة القوانين التجارية الدولية التابعة للأمم المتحدة لعام 1976[1].

على أن الأمر البالغ الأهمية، والذي يتصل اتصالا وثيقا بموضوع دراستنا، هو ذلك المتعلق باتفاقيات جنيف. فقد انعقد في 13 ماي 1930 مؤتمر انتهى في جوان 1930 بالاتفاق على معاهدات ثلاث خاصة بالسفتجة والسند لأمر[2]:

1-**المعاهدة الأولى**: التزمت فيها الدول الموقعة بإدخال أحكام القانون الموحد في تشريعاتها الداخلية وارفق بها ملحقان: الأول يتضمن نصوص القانون الموحد لقواعد السفتجة والسند لأمر. والثاني يتضمن التحفظات.

2-**المعاهدة الثانية**: وهي تتناول الحلول لتنازع القوانين في مسائل السفتجة والسند لأمر.

---

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 16- 17.

[2] Convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre, conclue à Genévele 7juin 1930, approuvée par l'assemblée fédérale le 8juillet 1932. cite internet : fedlex.admin.ch

3-**المعاهدة الثالثة:** وهي تختص برسم الطوابع الذي تفرضه القوانين الداخلية على السندات التجارية وتختلف باختلاف البلدان.

هذا وقد اتبع هذا المؤتمر بمؤتمر دولي آخر في جنيف 1931 حيث وقعت ثلاث اتفاقيات تتعلق بالقانون الموحد للشيك[1]، الأولى خاصة بقانون الشيك والثانية بضريبة الطابع والثالثة بتنازع القوانين[2].

وإذا كانت اتفاقية جنيف-والتي هي موضوع هذه الدراسة المقارنة بالقانون الجزائري-قد جاءت لتقديم حلول لحالات تنازع القوانين في الأوراق التجارية. إلا أنها لم تتضمن هذه الاتفاقية سوى عدد محدد من القواعد ما كان لها أن تغطي كل حالات التنازع[3]. كما أن وجود إمكانية التحفظ على الاتفاقيات الدولية، واختلاف التطبيقات القضائية بين الدول المنضمة إلى هذه الاتفاقيات يفتح المجال لوجود حالات تنازع القوانين.

هذا وبدخول التكنولوجيا الحديثة إلى سوق التعامل التجاري، أصبح التعامل بالسندات التجارية يجري بطريقة آلية وأصبحت تعرف هذه السندات بالسندات التجارية الإلكترونية. الأمر الذي أدى إلى بزوغ أساليب وفاء إلكترونية غطت العجز الذي ظهر على أساليب الوفاء التقليدية، كما أن ظهور هذه الأساليب كان ومازال لمواجهة التحديات التي قامت بفرضها التجارة الإلكترونية، مما دعا الدول لتقنين استخدام هذه الأساليب بطرق تبين من خلالها حدود التعامل بها.

---

[1] Convention portant loi uniforme sur les chéques, conclue à Genéve le 19 mars 1931 approuvée par l'asszmblée fédérale le 8 juillet 1932. Cite internete : fedlex.admin.ch

[2] سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي للأسناد التجارية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 58.

[3] فقد عالجت الاتفاقيتين بعض حالات تنازع القوانين المتعلقة بالأهلية والشكلية وآثار الالتزام، ومواعيد الرجوع، ومقابل الوفاء، والقبول الجزئي، وشكل الاحتجاج ومواعيد عمله، وإجراءات الرجوع، والإجراءات الواجبة اتباعها عند ضياع السند أو سرقته. ومن المسائل المهمة التي لم تتعرض لها الاتفاقيتين لبيان الحلول الواجبة الاتباع لها في حالة تنازع القوانين، مثل الشروط الموضوعية (الرضا، المحل والسبب) وحالات البطلان، وأحكام الوفاء غير الجزئي وطرق التنفيذ والتقادم والسقوط.

وباعتبار التجارة الإلكترونية تجارة بلا حدود، فإن هذا يثير العديد من المشاكل فيما يتعلق بالأوراق التجارية الإلكترونية، أبرزها على وجه الخصوص مسألة القانون الواجب التطبيق على الالتزامات الصرفية، ومشكلة إثبات التزامات أطراف الورقة التجارية، وكذا ضرورة المواءمة بين قواعد قانون الصرف التقليدية والمعلوماتية. ويحتاج هذا الأمر دراسة وبحث منفصل مما استدعى منا الأمر ابعاده عن نطاق الدراسة والاكتفاء بدراسة الأوراق التجارية التقليدية في نطاق العلاقات التجارية.

على إثر ذلك، ولاتساع نطاق التعامل بالسندات التجارية على المستوى الدولي، فإن البحث في الحلول الواجبة الاتباع لحالات تنازع القوانين في السندات التجارية على جانب كبير من الأهمية.

وما يزيد أهمية البحث في هذه المسألة كون الجزائر لم تنضم إلى اتفاقيات جنيف. كما لا توجد في تشريعنا الجزائري نصوص خاصة تتضمن حلولا لتنازع القوانين في مسائل الالتزامات الصرفية، سواء ما جاء في القانون المدني ضمن النصوص القانونية الخاصة بتنازع القوانين، أو في القانون التجاري الذي تطرق لأحكام الأوراق التجارية ضمن الباب الرابع منه.

الأمر الذي يدفعنا لطرح الإشكال حول ما إذا كان ينبغي البحث عن هذه الحلول في كنف القواعد العامة الواردة في القانون المدني؟ أم أن هذه القواعد تعجز عن تقديم الحل المناسب، مما يستدعي البحث عن الحل تحت رداء المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص.

إلى جانب هذا يثير البحث في هذه المسألة العديد من التساؤلات التي تتمثل في الآتي:

-ما مدى اختلاف الالتزامات الصرفية عن الالتزامات التعاقدية؟ وهل لهذا الاختلاف انعكاسات واضحة في نطاق تنازع القوانين؟

-هل تنتقل الحماية التي قدمها المشرع للحامل في القوانين الداخلية إلى المستوى الدولي حيث يثور تنازع القوانين بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق؟

-هل وفقت اتفاقية جنيف بتوحيدها لقوانين الأوراق التجارية في القضاء على حالات تنازع القوانين؟ وهل وضعت الاتفاقية حلولا لكافة المسائل المتعلقة بالسندات التجارية؟ أم أنها أغفلت بعض المسائل الهامة التي تثير تنازع القوانين؟

وتكمن أهمية بحثنا في هذه المسألة، كون هذا البحث يقع بين فرعين من فروع القانون- القانون التجاري والقانون الدولي الخاص-كما أن هذا البحث يحتاج للمزيد من التفصيل والتحليل من قبل الفقهاء.

-كما أن هذه المسألة لم تلق العناية والبحث الكافي من فقه القانون التجاري ولا من فقه القانون الدولي الخاص. مما دفعنا لاختيار البحث في هذا الموضوع، فالقواعد التي تحكمه لازالت قاصرة على تقديم الحلول المناسبة.

إن دراسة موضوع تنازع القوانين في السندات التجارية، يتأسس في حقيقة الأمر على دراسة الاتجاهات التشريعية الوطنية واتجاهات المعاهدات الدولية من مسألة القانون الواجب التطبيق على نشأة وآثار وتنفيذ السند التجاري. وهو ما استدعى اعتماد المنهج المقارن أساسا للدراسة، ليس لنجاعته وأهميته العلمية فقط وإنما باعتبار الموضوع ذاته يتأسس موضوعيا على البحث المقارن كركيزة لتبيان الحكم في مسائل الدراسة.

كما أنه تم الاعتماد على المنهج التحليلي وذلك بدراسة الحلول التي يجب تطبيقها في الجزائر والتشريعات المقارنة، ودراسة كافة المسائل التي جاءت بها اتفاقية جنيف للتوصل للحلول التي يجب إعمالها في القانون الجزائري.

وعلى ضوء ما تقدم، اقتضى منا الأمر تقسيم هذا البحث إلى بابين:

-**الباب الأول:** تطرقنا من خلاله "للقانون الواجب التطبيق على صحة نشأة السندات التجارية" وخصصنا الفصل الأول من هذا الباب لدراسة "**القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية في السندات التجارية**" أما الفصل الثاني فقد تناولنا من خلاله " القانون الذي يحكم الشروط الشكلية في السندات التجارية والأثر المترتب على مخالفة شروط صحة الالتزام الصرفي".

-**الباب الثاني:** عالجنا من خلاله مسألة "**القانون الواجب التطبيق على آثار السندات التجارية وتنفيذها**" خصصنا الفصل الأول منه لدراسة "القانون الواجب التطبيق على آثار السندات التجارية" والفصل الثاني تطرقنا من خلاله " للقانون الواجب التطبيق على تنفيذ السندات التجارية"

الباب الأول:

القانون الواجب التطبيق

على صحة نشأة السندات التجارية

تقضي القواعد العامة في القانون المدني الجزائري بضرورة توافر ثلاثة أركان لصحة التصرف القانوني، وهي الرضا والمحل والسبب، بالإضافة إلى أنه في التصرفات الشكلية يتطلب القانون شكلا معينا لصحة التصرف. والسندات التجارية شأنها شأن جميع التصرفات القانونية تقتضي لصحتها توافر شروط موضوعية وأخرى شكلية.

والشكلية التي تتطلبها السندات التجارية ليست خاصة بإثبات الحق فقط، وإنما لا يقوم السند صحيحا قانونيا من الناحية الصرفية إلا إذا تجسد في قالب مكتوب، يشتمل على البيانات الإلزامية المحددة قانونا.

وإذا كانت تلك هي أهمية البناء الشكلي لقيام الالتزام الصرفي، إلا أن ذلك ليس من شأنه أن يحجب دور الإرادة في نشوء هذا الالتزام حتى يمكن للسند أن يؤدي دوره من الوجهة القانونية. فالالتزام الصرفي يتطلب توافر العنصر الإرادي الذي يجري في داخل بناء شكلي محدد سلفا من قبل المشرع[1].

على إثر هذا فإن الفصل بين ما يعد من قبيل الشكل أو الموضوع هو مسألة تكييف أولي ينبغي أن يقوم به القاضي المعروض عليه النزاع.

وقبل الخوض في تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية والشكلية في الورقة التجارية، لابد من الإشارة إلى أنه في حال ما إذا عرضت منازعة متضمنة على عنصر أجنبي أمام القضاء الجزائري، فإن أول عمل يقوم به القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة المطروحة أمامه، هو تكييفها بقصد إدراجها تحت طائفة قانونية من طوائف القانون الجزائري، وذلك قصد إخضاعها لإحدى قواعد الإسناد المنصوص عليها في القانون الوطني.

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص30.

والتكييف وحسب نص المادة 9 من القانون المدني الجزائري[1]، يخضع للقانون الجزائري إذا كانت المنازعة معروضة أمام القضاء الجزائري.

والأوراق التجارية في نطاق تنازع القوانين تخضع لما يخضع له العقد من أحكام بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية في الورقة التجارية والشروط الشكلية.

ونتناول البحث في الشروط الموضوعية والشكلية للورقة التجارية في فصلين: نخصص **الفصل الأول** لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية، أما **الفصل الثاني** نخصصه لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية.

الفصل الأول:

القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية في السندات التجارية

إن الشروط الموضوعية في الالتزامات الصرفية لا تخرج مبدئيا عن الشروط العامة لصحة الالتزام الإرادي. فيجب أن يكون الساحب أو محرر السند متمتعا بأهلية سحب السند، ولابد أن تكون علاقته العقدية بالمستفيد مستندة إلى رضاء صحيح لا يشوبه الغلط أو الإكراه أو التدليس. كما يجب أن يكون السند ذا محل موجود وسبب مشروع.

وقد ذكر فقه القانون التجاري أن الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الالتزام الناشئ عن السند تخضع لقواعد القانون المدني فضلا عن شروط موضوعية خاصة مردها أن السند يثبت التزاما تجاريا شديد الوطأة على المدين. وهذه المسألة في نطاق العلاقات الخاصة الدولية نرى أنها تبدو أكثر تعقيدا وتحتاج إلى تأمل يأخذ في الحسبان طبيعة السند التجاري ووظيفته القانونية والاقتصادية[2].

---

[1] نصت المادة 9 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه."

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص29.

فقد تكون القواعد العامة التي تحكم التصرفات القانونية بصفة عامة غير كفيلة لحكم الجانب الموضوعي في السند التجاري. فالطبيعة الخاصة لهذه السندات أو الأوراق تجعل مسألة البحث عن القانون الذي يحكمها أمرا بالغ الصعوبة.

لكن بالرغم من هذه الصعوبة إلا أنه بالرجوع لأحكام اتفاقيتي جنيف 1930-1931 نرى أنها بالنسبة لتحديد القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية عالجت فقط المسألة المتعلقة بأهلية الالتزام الصرفي، بينما تركت مسألة تحديد القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية الأخرى (الرضا، المحل والسبب)، للتشريعات الداخلية أمر تنظيمها وتحديد القانون الواجب التطبيق بشأنها.

وهذا وبالرغم من أن بعض التشريعات المقارنة لم تنظم لاتفاقيتي جنيف إلاَ أنها-كما سنرى- نقلت أحكام الاتفاقية إلى قوانينها الداخلية، عكس المشرع الجزائري الذي لم يأخذ بهذه الأحكام وبالتالي يبقى علينا سوى الرجوع لأحكام القواعد العامة في القانون المدني من أجل تحديد القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية في السندات التجارية حسب التشريع الجزائري.

انطلاقا من هذا سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، خصصنا **(المبحث الأول)** لدراسة القانون الذي يحكم أهلية الالتزام الصرفي، باعتباره موضوع قد عولج من قبل واضعي الاتفاقية، بينما خصصنا **(المبحث الثاني)** لدراسة القانون الذي يحكم الرضا والمحل والسبب في الالتزام الصرفي.

المبحث الأول:

القانون الذي يحكم أهلية الالتزام الصرفي

بما أن الأهلية تعد من الصفات اللصيقة بالشخص، ترافقه أينما وجد، وتعد أيضا من الشروط الموضوعية لصحة أي التزام قانوني، فاستنادا على هذا لا بد أن يتسم القانون الذي يحكمها بالاستقرار والثبات الذي يحقق امتداد سلطانه على الشخص دون انقطاع من يوم صدوره إلى يوم إلغائه، ومن أجل تحقيق هذا الهدف أخذت غالبية التشريعات الوطنية[1] والاتفاقيات الدولية[2] بمبدأ خضوع الأهلية لقانون الجنسية.

ولعل الاعتبار الأهم في إخضاع الأهلية لقانون دولة الشخص يتمثل في أن المشرع الوطني أدرى من أي مشرع آخر بأهلية مواطنيه، وذلك باعتبار أن الغرض من أحكام الأهلية هو حماية الشخص ذاته[3].

لكن بما أن الجنسية تدخل في المجال الخاص لكل دولة، فإن هذه الأخيرة تمارس حريتها الواسعة في تنظيم جنسيتها وتحديد رعاياها، الامر الذي يترتب عليه اختلاف أحكام الجنسية من دولة إلى أخرى من حيث اكتسابها وفقدها واستردادها وحلول تنازعها، وهذا الاختلاف من شأنه أن يؤدي على الصعيد الدولي إلى وجود أشخاص يتمتعون في وقت واحد بأكثر من جنسية وهذا هو تعدد الجنسيات وأشخاص لا يتمتعون بأية جنسية، وهذا ما يطلق عليه بانعدام الجنسية. وهي حالات تشكل عقبة في سبيل تطبيق قانون الجنسية على أهلية الملتزم بالسند التجاري، خاصة في ظل إغفال اتفاقيتي جنيف وضع نصوص تشريعية كفيلة بمعالجتها.

---

[1] المادة 1/10 من القانون المدني الجزائري، المادة 11 /1من القانون المدني المصري، المادة 1/18 من القانون المدني العراقي.

[2] معاهدة لاهاي 1902/6/12 الخاصة بالوصايا على القصر، ومعاهدة لاهاي 1905/07/17 الخاصة بطرق الحماية الأخرى على القصر.

[3] سامي عبد الله، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، ط1، دار العلوم العربية، بيروت، 1987، ص29.

كما أنه بالرغم من أهمية قانون الجنسية في تحديد أهلية الشخص، إلا أن الواقع العملي جعل هذا المبدأ يرد عليه استثناءات. وهي استثناءات -كما سنرى-خاصة بأهلية الالتزام الصرفي وذلك بموجب الأحكام التي نصت عليها اتفاقيتي جنيف، وأخرى خاصة بالمعاملات المالية بصفة عامة بموجب القواعد العامة في القانون المدني الجزائري، والتي يصعب تطبيقها على الالتزامات الصرفية التي تمتاز بالسرعة والتداول.

وبناء على ما تقدم سيتم دراسة المبدأ العام المتمثل في خضوع أهلية الالتزام الصرفي لقانون الجنسية (**المطلب الأول**)، ثم يتم دراسة الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول:

خضوع أهلية الالتزام الصرفي لقانون الجنسية

يعتبر إخضاع أهلية الالتزام الصرفي لقانون الجنسية بمثابة مبدأ عام، جاءت به اتفاقيتي جنيف 1930-1931 في أحكامها، وأخذت به العديد من التشريعات التي رفعت أحكام اتفاقية جنيف إلى قوانينها داخلية. أما فيما يتعلق بالتشريع الجزائري فحتى وإن كان يخضع أيضا الأهلية كمبدأ لقانون الجنسية كما سنرى إلا أن هذا المبدأ نص عليه ضمن أحكام القواعد العامة في القانون المدني، أي هو متعلق بأهلية التصرفات القانونية ككل وليس خاصا بالالتزام الصرفي.

على هذا الأساس سيتم التطرق إلى المقصود بأهلية الالتزام الصرفي (الفرع الأول)، ثم تطبيق قانون الجنسية على أهلية الالتزام الصرفي (الفرع الثاني)، في الأخير يتم التطرق لصعوبات تطبيق قانون الجنسية على أهلية الالتزام الصرفي (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

المقصود بأهلية الالتزام الصرفي

الالتزام الصرفي كغيره من الالتزامات العادية الاخرى يتطلب لصحته وتمامه توافر الأهلية القانونية في الملتزم به من ساحب (في السفتجة والشيك) أو محررا (في السند للأمر) أو قابلا أو مظهرا أو ضامنا احتياطيا أو حاملا، والأهلية التجارية تندرج بحسب السن، فهناك أشخاص يتمتعون بالأهلية الكاملة، وهناك اشخاص يتمتعون بأهلية ناقصة وفيما يلي نوضح هذه المسائل.

البند الأول: أهلية الملتزم الصرفي الراشد (الأهلية الكاملة)

باعتبار أن القانون التجاري الجزائري لم يتضمن نصا خاصا يحدد فيه سن الرشد لذا ينبغي الرجوع إلى احكام الشريعة العامة في تحديد الاهلية لمزاولة التجارة وبالأخص أهلية سحب والتوقيع على السندات التجارية.

والأهلية هي قدرة الشخص على كسب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية، وهي تنقسم إلى أهلية وجوب والمتمثلة في صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات. وأهلية الأداء والمتمثلة في صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية التي تكسب الشخص حقا وتحمله التزامات على وجه يعتد به قانونا.[1]

وأهلية الأداء تتمثل في التمييز وقد حددت المادة 42 من القانون المدني الجزائري سن التمييز بثلاث عشرة سنة، فكل شخص دون الثالثة عشرة من عمره يعتبر غير مميز وبالتالي هو عديم الأهلية ولا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية إلا بنيابة وليَه أو وصيَه، أما إذا بلغ الشخص 13 سنة كاملة و لم يبلغ سن الرشد الذي حددته المادة 40 من القانون المدني بتسعة عشر كاملة تكون

[1] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري-النظرية العامة للالتزامات، ج1، ط2، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص157.

تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، أما في حالة ما إذا كانت تصرفاته دائرة بين النفع و الضرر فتتوقف إجازاتها على قرار الولي أو الوصي.

وتبقى نفس التصرفات صحيحة إذا أقرها بعد بلوغه سن الرشد 19 سنة كما يجوز له أن يبطلها وذلك خلال خمس سنوات يبدأ سريانها من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب.

ويعتبر الراشد ناقص الأهلية إذا طرأ عليه سفها أو كان ذا غفلة، أما إذا طرأ عليه جنون وفقد أهليته فيعتبر عديمها ويباشر اعماله وحقوقه القيم عليه.[1]

وعلى هذا فإن الشخص الذي تتوافر فيه كل الشروط المنصوص عليها في القانون المدني يكون أهلا لمباشرة كافة التصرفات القانونية بما فيها التجارة.

وقد ساوى المشرع الجزائري بين الرجل والمرأة من حيث الأهلية التجارية، فالمرأة متى بلغت سن الرشد و لم يقم بشأنها أحد عوارض الأهلية تتمتع ولو لم تكن متزوجة بحرية احتراف العمل التجاري على نحو تكتسب معه صفة التاجر. فإذا ما تزوجت احتفظت بأهليتها في احتراف التجارة وهذا حسب نص المادتين 7 و8 من القانون التجاري الجزائري[2]. لذلك فإن المرأة متزوجة كانت أو غير متزوجة، تاجر أو غير تاجر، يجوز لها التوقيع على السندات التجارية بما ينشأ عنه من التزامات صرفية[3].

[1] فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 76-77.

[2] انظر المادتين 7 و8 من الأمر 75/58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتعلق بالقانون التجاري المعدل والمتمم.

[3] محمد السيد الفقي، القانون التجاري-الأوراق التجارية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2005، ص 39.

البند الثاني: أهلية الملتزم الصرفي القاصر

تطبق على القاصر التاجر أحكام المادتين الخامسة والسادسة من القانون التجاري إذ بيَن المشرع الشروط اللازم توافرها في القاصر لمزاولة التجارة من جهة، والآثار الناجمة عن تصرفاته غير القانونية من جهة أخرى.

فإعمالا بالمادة 5 من الق.ت يمكن لمن أتم 18 سنة أن يصبح في حكم البالغ الراشد ويكتسب أهلية الاتجار وذلك بتوافر ثلاث شروط. فقد وضع الشرطين لحماية القاصر، بينما وضع الشرط الثالث لحماية الغير[1] وتتمثل هذه الشروط في:

1. تمام 18 سنة من العمر.
2. الحصول على إذن من الأب أو الأم أو مجلس العائلة والمصادق عليه من المحكمة.
3. ارفاق إذن الترشيد بالسجل التجاري.

وبهذا يكتسب القاصر الأهلية التجارية وفق الإذن الممنوح له وفي حدود المعاملات المأذون له بممارستها، ومن ثم فتوقيعه على أي سند تجاري يكون صحيحا مادام سببه متعلق بالتجارة الذي أذن له بممارستها.

أما القاصر غير المرشد فلا يمكن له مزاولة التجارة وبالتالي لا يمكنه أن يلتزم بأي التزام صرفي فإن وقع على سفتجة كان التزامه باطلا طبقا لنص المادة 393 من ق.ت والتي تقضي: "إن السفتجة التي توقع من القصر الذين ليسوا تجارا تكون باطلة بالنسبة لهم دون أن ينال ذلك من الحقوق التي يختص بها كل من الطرفين بمقتضى المادة 191 من القانون المدني"[2].

[1] فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، النشر الثاني، نشر وتوزيع ابن خلدون، الجزائر، 2003، ص 340.

[2] بن داود ابراهيم، الأسناد التجارية في القانون التجاري الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر،2011، ص51.

ومفاد هذه المادة أن القاصر الموقع على السفتجة يستطيع وحده دون غيره من الموقعين أن يحتج ببطلان التزامه لنقص أهليته في مواجهة الحامل ولو كان هذا الأخير حسن النية لا يعلم بنقص الأهلية، ذلك أن الدفع بنقص الأهلية لا يعد من الدفوع التي يطهرها التظهير[1]. وتعتبر هذه الحالة من أهم المظاهر حماية لمصلحة القاصر من أن يطبق عليه قانون الصرف الذي يمتاز بالشدة والقسوة ومن أهم المظاهر التي تتقدم فيها مصلحة القاصر على مصلحة الحامل.

والجدير بالذكر أنه بالرغم من عدم تطبيق أهم مبدأ من مبادئ قانون الصرف على القاصر أي يمكن للقاصر الدفع بعدم أهليته وهذا خلافا "لمبدأ تطهير الدفوع" إلا أن هذا لا يؤثر على صحة الالتزامات الأخرى التي تستند على مبدأ آخر وهو "مبدأ استقلال التوقيعات".

الفرع الثاني:

تطبيق قانون الجنسية على أهلية الالتزام الصرفي

أوردت اتفاقيتي جنيف مبدأ عام مفاده خضوع أهلية الالتزام الصرفي للقانون الوطني للشخص (قانون الجنسية)، كما أن المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية واللاتينية[2] يسند الأهلية إلى قانون الجنسية وذلك حسب نص المادة 10 من القانون المدني الجزائري والتي سيتم الاعتماد عليها في تحديد القانون الذي يحكم أهلية الملتزم الصرفي أيضا لعدم وجود نص خاص يحكم أهلية الالتزام الصرفي كما سبق الاشارة إليه في القانون الجزائري.

[1] محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 38.

[2] تقابلها في التشريعات العربية: المادة 11 فقرة 1 من ق.المدني المصري، المادة 18 فقرة 1 ق.م.عراقي، المادة 12 أردني، ويقابلها في التشريعات اللاتينية، المادة 3/3 مدني فرنسي، المادة 1/9 مدني إسباني.

البند الأول: تطبيق قانون جنسية الشخص وفقا لاتفاقيتي جنيف(1930-1931)

يعتبر التعامل بالسندات التجارية من التعاملات التي تتطلب فيمن يلتزم بها ويوقع عليها أن يكون أهلا لمباشرة الأعمال التجارية، أيا كانت الصفة التي وقع بمقتضاها، ساحبا كان أو مظهرا أو قابلا أو ضامنا احتياطيا. ولضمان صحة هذه التوقيعات على مستوى العلاقات الخاصة الدولية كرست اتفاقية جنيف وغالبية الدول سواء المنضمة لها أو غير منضمة، قانون الجنسية في القواعد العامة في تنازع القوانين كمبدأ عام لحكم أهلية الالتزام الصرفي.

فقد عالجت اتفاقية جنيف هذه المسألة في المادة 1/2 بقولها:" تحدد أهلية الملتزم بمقتضى الحوالة أو الكمبيالة أو السفتجة بموجب أحكام قانونه الوطني (قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته)"[1] وبالتالي يخضع الملتزم بموجب سفتجة أو سند لأمر أو الشيك والمتنازع بموجبه حول صحة أهليته لقانونه الوطني، فلو كان محرر السفتجة في الجزائر فرنسي، فإن القانون الفرنسي هو الذي يحدد صحة أهليته من عدمها.[2]

هذا فيما يتعلق بأهلية الشخص الطبيعي أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص المعنوي فإن اتفاقيتي جنيف لم تتطرق لها بالإضافة إلى أنها لم تتطرق للحالة التي يكون فيها الملتزم الصرفي شخصا طبيعيا عديم الجنسية أو لاجئا أو متعدد الجنسية، كما أنها لم تتضمن أي نص يتعلق بأهلية سحب السند التجاري مما يعني أن هذه المسألة يحكمها التشريع الداخلي لكل دولة.

---

[1] Convention for The Settlement OF Certain Conflicts Of Law In connection with Bills of Exchange and promissorynotes. Signed at Genva. 7 June 1930 entred into force on 1 January 1934.League of Nations. Treaty Series.vol. CXLIII .p . 319 N . 3314 (1933-1934). Article2

[2] سمير جبر دويكات، تنازع القوانين في السفتجة الدولية (سند السحب) وفقا لمشروعي قانون التجارة والقانون المدني الفلسطيني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت كلية الدراسات العليا معهد الحقوق، فلسطين،2005، ص43.

البند الثاني: تطبيق قانون جنسية الشخص على أهلية الملتزم الصرفي وفقا للقانون الجزائري والقانون المقارن

باعتبار قانون الجنسية من أهم القوانين حماية للأشخاص بذاتها فقد كرستها التشريعات في قوانينها من بينها التشريع الجزائري في المادة 1/10 من ق.م فيما يتعلق بموضوع الأهلية وباعتبار الأهلية أنواع، أهلية أداء، أهلية وجوب وأهلية التقاضي ... فما هي الأهلية المقصودة في هذا الخصوص؟

الأهلية المقصودة بقاعدة الإسناد في المادة 1/10 هي أهلية الأداء العامة[1]، والتي مناطها القدرة على التعبير عن الإرادة، وبالتالي نطاقها يتحدد بالأعمال أو التصرفات القانونية التي تحتاج إلى الإرادة في إنشائها وكذلك في ترتيب آثارها.[2]

أما باقي أنواع الأهلية فهي تخضع لقوانين أخرى، فمثلا أهلية الوجوب فهي لا تخضع للقانون واحد، وإنما يسري في شأنها القانون المختص بحكم الحق المراد معرفة ما إذا كان الشخص يتمتع به أم لا، فحق الشخص في أن يرث يخضع لقاعدة الإسناد التي تحكم الميراث، والتي تقضي بتطبيق قانون الجنسية، وحق الشخص في أن يتزوج من امرأة ثانية، يخضع لقانون جنسيته، وحق الشخص في أن يمتلك شيء ما يخضع للقانون الذي يحكم الملكية أي قانون موقع المال[3].

كما أن الأهلية الناتجة عن القيام بفعل ضار، فهي تخرج من مجال تطبيق قانون الجنسية لتخضع للقانون الذي يحكم الفعل الضار المنصوص عليه في المادة 20ق.م، كما أن أهلية الأداء الخاصة

---

[1] أكد عليها المشرع التونسي صراحة في المادة 40 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الذي جاء بموجب القانون رقم 98-97 الصادر في 27 نوفمبر 1998.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج2 (تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2008، ص216-217.

[3] أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 216، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2001، ص94.

والتي تتعلق بأشخاص معينين يمنعهم القانون من مباشرة بعض التصرفات القانونية مع أنهم كاملي الأهلية، كرجال القضاء الذين يحرمهم المشرع الجزائري على غرار جل التشريعات من شراء الأموال المتنازع عليها سواء بأسمائهم أو بأسماء مستعارة، إذا كان المال المتنازع عليه يدخل في اختصاص الدائرة القضائية التي يمارسون فيها مهامهم وهذا حسب نص المادة 402 ق.م.[1]

وبالتالي في موضوع الالتزامات الصرفية يجب أن يكون الموقع على الورقة التجارية أهلا لالتزامه الصرفي أيا كانت الصفة التي التزم بها، ساحبا كان أو مظهرا أو ضامنا احتياطيا أو قابلا، وذلك وفقا لقانون جنسيته، والذي يحدد من خلاله القانون الواجب التطبيق، يعتد بقانون الجنسية من وقت نشوء الالتزام الصرفي أي منذ تاريخ التوقيع على السند.

وتطبيقا لهذه القاعدة، إذا كان القانون الجزائري هو الواجب التطبيق بوصفه قانون جنسية الملتزم بالسند التجاري، وكان الملتزم قاصرا غير مرشد فيعتبر توقيعه على السند باطلا طبقا للمادة 393 من القانون التجاري التي تنص:" إن السفتجة التي توقع من القصر الذين ليسوا تجارا تكون باطلة بالنسبة لهم بدون أن ينال ذلك من الحقوق التي يختص بها كل من الطرفين بمقتضى المادة 191 من القانون المدني."

والالتزام بالسند التجاري لا يقتصر على الشخص الطبيعي فقط وإنما قد يتم توقيع السفتجة كسند تجاري من قبل شخص معنوي، فنتساءل عن مدى خضوع الملتزم الصرفي كشخص المعنوي لقانون الجنسية؟

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين (في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005)، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر،2008، ص153.

– إذا كان الملتزم بالسند التجاري شخصا معنويا وجب إعمال حكم القاعدة العامة المعمول بها في قاعدة التنازع، والمتمثلة في المادة 3/10 من ق.م.ج[1] التي أخضعت الشخص الاعتباري إلى قانون الدولة التي يوجد بها مركز الإدارة الرئيسي والفعلي.

من بين أهم المسائل التي يحكمها قانون الجنسية للشخص المعنوي والمتمثل في قانون مركز الإدارة الرئيسي والفعلي، المسائل المتعلقة بطبيعته، أي إذا كان الشخص المعنوي المراد تأسيسه شركة أو جمعية أو مؤسسة، وكذا المسائل المتعلقة ببداية شخصيته المعنوية، فهو الذي ينظم ذمته المالية ويحدد أهليته للتمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات[2].

لكن بالرغم من الدور الذي يلعبه قانون الإدارة الرئيسي في تنظيم حالة الشخص المعنوي إلا أن القاضي قد يبعد اختصاصه في حالات معينة، ومن بين أهم هذه الحالات كأن يمارس نشاطه في دولة هذا القاضي. وهو ما ورد صراحة في المادة 4/10 من ق.م.ج التي جاء نصها كالآتي:" غير أنه، إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري."

وهذا يعتبر استثناء عن القاعدة، يهدف بالدرجة الأولى إلى حماية المصالح الاقتصادية الجزائرية من نشاط الشركات والجمعيات والمؤسسات الأجنبية التي قد تحتج بقانونها الأجنبي للتهرب من قواعد قانون القاضي التي تحمي تلك المصالح[3].

وقد وسع المشرع الجزائري من مجال تطبيق القانون الوطني في كل مرة تكون فيها ممارسة النشاط في الجزائر، بغض النظر عن كونه رئيسيا أو ثانويا خلافا للمشرع المصري. ولكن لا يمكن

---

[1] نصت المادة 3/10 على:" أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها قانون الدولة، التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي".

[2] رحاوي آمنة، دور الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2017/2016، ص 35.

[3] رحاوي آمنة، المرجع نفسه، ص36.

للقانون الجزائري إحداث آثار غير إقليمية أو أن يمتد إلى النشاطات الأخرى أو إلى المؤسسة الرئيسية، متى كانت هذه العناصر متواجدة في الخارج.[1]

كنتيجة لما تم توضيحه، فإنه إذا كان القانون الجزائري هو الواجب التطبيق-سواء باعتباره قانون مركز الإدارة الرئيسي أو الفعلي للشخص المعنوي أو باعتباره قانون مكان ممارسة النشاط- بشأن مسألة تحديد مدى صحة توقيع الملتزم الصرفي بموجب السند التجاري كشخص معنوي، فإنه يرجع في تحديد أهلية هذا الشخص المعنوي لأحكام القانون الجزائري وبالأخص المادة 50 من ق.م التي نصت على أنه:" يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقررها القانون.

ويكون لها خصوصا: ...أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون، ..."

-أما فيما يتعلق بالتشريعات المقارنة[2] نرى أن المشرع العراقي عالج الأهلية –بوجه عام-في العلاقات الخاصة الدولية من خلال المادة 18 من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 النافذ حيث نصت الفقرة الأولى منها على أن "الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته". بينما عالج الأهلية الخاصة بالملتزم بمقتضى الورقة التجارية في الحالات المتعلقة بتنازع القوانين من خلال نص المادة 48 من قانون التجارة النافذ رقم 30 لسنة 1984 إذ تنص الفقرة الثانية منها على أنه "يرجع في تحديد أهلية الالتزام بمقتضى الحوالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته..."[3].

---

[1] موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، رسالة ماجستير، جامعة أب بكر بلقايد تلمسان، 2012/2011، ص 27.

[2] ينفرد نظام الأوراق التجارية السعودي الصادر في 1383/10/11 هجري بإخضاع أهلية الالتزام بالورقة التجارية لقانون الموطن، حيث نصت المادة 7 من هذا النظام على ما يلي "تتحدد اهلية الملتزم بالكمبيالة وفقا لنظام موطنه ومع ذلك لا يعتبر السعودي أهلا للالتزام بالكمبيالة إلا إذا بلغ من العمر ثماني عشر سنة"

[3] عدنان باقي لطيف، إشكاليات تطبيق قانون الجنسية على أهلية الالتزام الصرفي-دراسة مقارنة-ص123 منشور على الموقع الإلكتروني: https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=96312

يتضح من هذا أن المشرع العراقي لم يكتفي بما نص عليه في القواعد العامة مثلما فعل المشرع الجزائري كما سنرى لاحقا، وإنما خص الالتزام الصرفي بنص خاص في قانون التجارة والذي أكد من خلاله تمسكه بما جاءت به اتفاقيتي جنيف من جهة وتأكيده من جهة ثانية على أهمية الالتزام الصرفي.

أما بالنسبة للتشريع المصري والذي يعتبر من أهم التشريعات التي يقتضي بها مشرعنا الجزائري، كان يعتمد في تحديده للقانون الذي يحكم أهلية الملتزم بموجب السند التجاري على نص المادة 11 من القانون المدني المصري التي تنص على أن:" الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم" وهذا قبل تدخل المشرع المصري بالقانون رقم 17 لسنة 1999 والذي نظم بموجبه نص خاص (المادة 388) المسألة الخاصة بالقانون الذي يحكم أهلية الالتزام الصرفي[1]. فقد نصت الفقرة الأولى من نفس المادة على أنه" يرجع في تحديد أهلية الملتزم بموجب الكمبيالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته." وبالتالي المشرع المصري حذا حذو التشريعات المقارنة وأخذ بما جاء به القانون الموحد.

إلا أن المشرع المصري على عكس التشريعات المقارنة، نظم أحكام الأهلية التجارية تنظيما دقيقا، فأخضع الشخص سواء كان مصريا أو أجنبيا إلى القانون الوطني المصري وذلك في نص المادة 11[2] من قانون التجارة، التي يفهم منها أن الأجنبي يستطيع ممارسة التجارة في مصر، ومنه الالتزام بموجب السند التجاري وذلك إذا بلغ 21 سنة كاملة بصرف النظر عن الدولة التي ينتمي

[1] عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص103.

[2] نصت المادة 11 على أنه:" -يكون أهلا لمزاولة التجارة مصريا كان أو أجنبيا:

•من بلغت سنه إحدى وعشرون سنة كاملة ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعتبره قاصرا في هذه السن.

•من أكمل الثامنة عشرة بالشروط المقررة في قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته وذلك بعد الحصول على إذن من المحكمة المصرية المختصة.

-لا يجوز لمن تقل سنه عن ثماني عشرة سنة أن يزاول التجارة في مصر ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعتبره راشدا في هذه السن أو يجيز له الاتجار ....".

إليها بجنسيته، أي حتى وإن كان قانون دولته يعتبره كامل الأهلية قبل هذه السن أو يضع سن الرشد أكثر من ذلك. والغاية من توحيد سن الرشد للمصريين والأجانب في المعاملات التجارية هي رفع المشقة عن المصريين المتعاملين مع الأجانب من البحث في قوانينهم الشخصية عن سن الرشد الخاص بهم[1]. إضافة إلى الحد من قيام تنازع القوانين بهذا الخصوص.

الفرع الثالث:

صعوبات تطبيق قانون الجنسية على أهلية الالتزام الصرفي

تختلف أحكام الجنسية من دولة إلى أخرى من حيث اكتسابها وفقدها واستردادها وحلول تنازعها، وهذا الاختلاف من شأنه أن يؤدي على الصعيد الدولي على وجود أشخاص يتمتعون في وقت واحد بأكثر من جنسية وأشخاص لا يتمتعون بأي جنسية.

فقد يكون الملتزم بالورقة التجارية شخص عديم الجنسية ويقع في مركز سلبي مما يثير إشكالات حول الدولة التي يتبعها قانونا في كل تصرفاته بما فيها التزامه بموجب ورقة تجارية أو قد يكون شخص متعدد الجنسيات يتبع أكثر من نظام قانوني وما يعرف بالتنازع الإيجابي، مما يؤدي إلى تعدد الأنظمة القانونية التي يتبعها وما يرافق ذلك من صعوبات حول تحديد جنسيته. وبما أن قانون جنيف الموحد لم يتطرق لهذه الصعوبات كما أشرنا سابقا، فإنه ما علينا سوى الرجوع في تحديد مسألة القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية أو ناقصها لأحكام القواعد العامة والفقه السائد بهذا الخصوص وذلك على النحو الآتي:

[1] عدنان باقي لطيف، المرجع السابق، ص127.

البند الأول: انعدام جنسية الملتزم بالسند التجاري

إن انعدام الجنسية هو الوضع القانوني لشخص لا تعتبره كل الدول من رعاياها، ويطلق الكثير من الفقهاء على هذه الظاهرة التنازع السلبي للجنسيات، وهي تسمية خاطئة وغير دقيقة فنيا. لأن انعدام الجنسية لا يثير تنازعا بين الجنسيات أصلا، فكل الدول تتخلى عنه وهي ظاهرة مؤلمة تُلحق بالفرد أشد الأضرار، بحيث يجد عديم الجنسية نفسه تائها في الأرض مقطوع الصلة بوطن ما كالسفينة التي تسير في عرض البحر دون علم عرضة لمخاطر القرصنة ولا تدري إلى أي ميناء ترسو[1].

لقد تم وضع عدة معايير لتعيين القانون الشخصي لعديم الجنسية ومنها، نجد أن البعض ينادي بوجوب تطبيق قانون القاضي عليه[2]، أما جانبا آخر من الفقه يرى بضرورة تطبيق قانون آخر دولة كان يتمتع بجنسيتها، على أساس أنها أقرب جنسية صلة به، باعتبار أنه عاش في كنفها فترة من حياته، وأحكام قانونها معروفة لديه، وغير مخلة بتوقعاته واستقرار معاملاته[3]. وقد حاول فريق من الفقه تلافي بعض عيوب الرأي السابق، فاقترح استثناء عديمي الجنسية، الذين لم تكن لهم أية جنسية سابقة من تطبيق المبدأ المذكور، وذلك بإخضاعهم لقانون الدولة التي ولدوا على إقليمها، أو لقانون الدولة المقيمين بها إذا لم يعرف مكان ميلادهم[4].وقد ذهب رأي آخر، إلى تطبيق قانون

---

[1] خرشي عمر معمر، وضعية عديمي الجنسية بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر-بسكرة، العدد 5، 2018، ص 196.

[2] على أساس عدم وجود تنازع بين القوانين في هذا الفرض، وبالتالي لا وجه لإعمال قاعدة الإسناد. غير أن هذا الرأي معيب، لأن ذلك القانون قد لا يتلاءم مع طبيعة المسألة المطروحة، متى لم يكن عديم الجنسية متوطنا في دولة القاضي، ومن جهة أخرى فليس ثمة ما يبرر الرجوع إليه أصلا، مادامت توجد حلولا بديلة أكثر ملاءمة. (انظر، هشام علي صادق، الجنسية المصرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2002، ص458).

[3] وكان يأخذ بهذا الرأي القانون المدني الألماني قبل تعديله سنة 1938،

[4] هذا الرأي لم يسلم من النقد، بحيث لا يمكن تصور قبول هذا الحل في الفرض الذي يكون فيه الانعدام لاحقا على الميلاد، وذلك لأنه يبقى على رابطة لم يعد لها وجود. (أنظر، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار الجامعية الجديدة، 2007، ص 723).

جنسية الدولة التي جرد منها الشخص بطريقة تعسفية[1]، وعليه يتجه الرأي الراجح فقها وقضاء، في كثير من الدول إلى تطبيق فكرة شبيهة بفكرة الجنسية الفعلية لتحديد مركز عديم الجنسية ، وذلك باعتباره ينتمي إلى الدولة التي يتصل بها من الناحية العملية أكثر من سواها، وهي تتمثل عادة في وجود موطنه أو محل إقامته، أو التي يرتبط بها على نحو أو آخر وفقا للمعايير المختلفة، التي أخذ بها القضاء الدولي لتحديد الجنسية الفعلية. وهذا الحل معمول به عند الكثير من التشريعات، منها التشريع الجزائري في تعديل القانون المدني في 20 جوان 2005، إذ أعاد صياغة المادة 22 على الشكل التالي:" وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد طبق أحكام اتفاقية نيويورك المبرمة في 28 سبتمبر 1954، المتعلقة بالحماية الدولية لعديمي الجنسية[2]، والتي اهتمت بوضع عديمي الجنسية وبالقانون الواجب التطبيق عليهم، بحيث تقضي المادة 12 منها بخضوع أحوالهم الشخصية لقانون بلد موطنهم، أو لقانون محل إقامتهم إذا لم يكن لهم موطن. ولقد اعتمدت هذا الحل من قبل، المادة 12 من اتفاقية جنيف لعام 1951، المتعلقة بالحالة الدولية للاجئين السياسيين، والتي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم المؤرخ في 07 فيفري 1963[3].

إن تطبيق قانون موطن عديم الجنسية في حالة تحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية الملتزم بالورقة التجارية تسنده حجتان.

---

[1] هذا الرأي بدوره وجهت إليه انتقادات بحيث قد تكون واقعة الميلاد عرضية لا تعكس أي ارتباط بين الشخص والدولة، ثم كيف يمكن إعطاءه جنسية ليست ثابتة له وفقا لقانون الدولة التي ولد فيها والتطبيق لأحكامها؟ إن إعطاء عديم الجنسية حقوقا معينة والاعتراف له بمركز قانوني محدد أمر ممكن ومرغوب فيه، أما أن نخلع عليه جنسيته ليست له ستنكرها له سائر الدول الأخرى، فذلك الأمر لا سند له من القانون فوق ما ينطوي عليه من مخاطر. (أنظر، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص722).

[2] صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم 64-173 المؤرخ في 1964/06/08، الج.ر العدد 15، سنة 1964، المؤرخ في 25 جويلية 1963.

[3] موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 101-103.

1. إن هذا القانون يتسم بالثبات أكثر من قانون محل ابرام التصرف والذي من الممكن أن يجعل أمر تحديد أهلية الالتزام رهنا للصدفة، وذلك بحسب المكان الذي يوجد فيه الملتزم بالورقة التجارية حين التوقيع عليها.
2. إن تطبيق قانون الموطن في هذه الحالة وبما يتصف به من ثبات يكون عامل ثقة واطمئنان بالنسبة للمتعاملين بالورقة التجارية[1].

هذا الحل حسب رأينا يتنافى والطبيعة الخاصة للسندات التجارية باعتبار أنها سندات معدة للتداول وتعتمد على السرعة والثقة في انتقالها. فالأفضل أن تخضع الأهلية في هذا الفرض لقانون محل نشوء الالتزام الصرفي، باعتباره حل قالت به اتفاقيتي جنيف 1930-1931، والسائد عند أغلب التشريعات اللاتينية.

البند الثاني: تعدد جنسية[2] الملتزم بالسند التجاري

تعد مشكلة التعدد في الجنسيات من المشاكل العالمية، ويرجع السبب في نشأتها بالدرجة الأولى إلى اعتراف القانون الدولي العام بالاختصاص المنفرد، والمانع للدولة في مسائل الجنسية.

والمشرع الجزائري على غرار جل التشريعات قد فتح مجالا واسعا لذيوع هذه الظاهرة، لاسيما من خلال التعديل الجديد الذي مس قانون الجنسية[3] الذي ألغى بموجبه نص المادة 03 من قانون الجنسية القديم التي كانت تشترط لاكتساب الجنسية الجزائرية تقديم تصريح بالتخلي عن الجنسية

[1] علي حميد عبد الرضا، تنازع القوانين في الأوراق التجارية-دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، بغداد، ص251.

[2] التنازع الإيجابي في الجنسية أو الجنسية المزدوجة أو الازدواج في الجنسية، أو التعدد في الجنسية كلها تعابير لمفهوم واحد: أن يتمتع الشخص الواحد قانونا بإرادته أو من دونها بأكثر من جنسية واحدة ثابتة قانونا. أنظر، أحمد عبد العزيز، مسألة تعدد الجنسيات وموقف القانون السوري منها، مجلة جامعة دمشق-المجلد 19، العدد 1، 2003، ص7.

[3] الأمر رقم 05-01 مؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للأمر 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائري، المنشور في ج.ر العدد 15 لسنة 2005.

الأصلية. وبالتالي فإن للأجنبي حق الحصول على الجنسية الجزائرية دون تخليه عن جنسيته الأصلية، فيصبح بذلك مزدوج الجنسية.

هذا، فإن التعدد في الجنسية قد يحصل أيضا، لاسيما مع إقرار المشرع الجزائري لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في منح الجنسية الأصلية، وهذا ما عبرت عنه المادة 06 من قانون الجنسية الجديد بقولها "يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية"، وعلى ذلك فإن كانت الأم جزائرية مثلا، وكان الأب فرنسي أو مصري، فإن الطفل سيولد وهو يحمل جنسيتين، جنسية الأم وجنسية دولة الأب.

وعلى هذا الأساس فإن ظاهرة تعدد الجنسية لدى بعض الجزائريين تكون محققة، لذلك فقد عمل المشرع الجزائري وجل التشريعات على إيجاد حل لها[1].

وبالتالي إذا تعلق الأمر بشخص طبيعي متعدد الجنسية فقد جرى العمل وتواتر على ضرورة التفريق بين فرضين: بين ما إذا كان النزاع المتعلق بأهلية الملتزم بمقتضى السند التجاري قد عرض أمام دولة من الدول التي يحمل الشخص جنسيتها، أو أمام دولة أخرى من غيرها، ونعالج هذين الفرضين على النحو الآتي:

الفرض الأول: إذا كانت جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات التي يحملها الملتزم:

وجب في هذا الفرض تطبيق قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، وقد كرس المشرع الجزائري على غرار جل التشريعات[2]، قاعدة إسناد فردية مقررا بموجبها الاعتداد بالجنسية الجزائرية دون غيرها من الجنسيات المتنازعة، وهذا ما عبرت عنه المادة 2/22 بقولها"...غير أن القانون

---

[1] زيدون بختة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان-2010-2011، ص55،56.

[2] أخذت بهذا الحل أيضا الفقرة الثانية من المادة 25 من ق.م. المصري واتفاقية لاهاي سنة 1930 الخاصة بتنازع القوانين في الجنسية، والمادة 33 من القانون العراقي.

الجزائري هو الذي يطبق عندما تثبت للشخص في وقت واحد الجنسية الجزائرية بالنسبة إلى الجزائر، وجنسية أخرى بالنسبة لدولة أو عدة دول أجنبية".

ويؤخذ بهذا الحل، سواء كانت الجنسية التي يحملها الشخص هي جنسية أصلية أو مكتسبة، وسواء كانت إقامته داخل الإقليم الجزائري أو خارجه[1].

ويعلل الفقه هذا الحكم بأن كل الدولة تضطلع بوضع قواعدها الخاصة بجنسيتها على ضوء ظروفها ومصالحها، وعلى القاضي بوصفه من الموظفين العموميين في النظام القانوني الداخلي أن ينصاع لأوامر مشرعه أولا وقبل كل شيء، فالمشرع آمر وعلى القاضي أن يطيع، وإلا خرج بذلك عن حدود وظيفته[2].

بالرغم من ذيوع وانتشار هذا الحل فقها وقضاءً، فإنه لم يسلم من النقد، ولا يمكن التسليم به بشكل مطلق في الوقت الحاضر للأسباب الآتية:

-إن تطبيق قانون جنسية القاضي قد يؤدي الى أحكام مجحفة في حق الشخص الذي يحمل أكثر من جنسية، لأنه سيعتبر من مواطني دولة القاضي ويخضع لأحكام قانون هذه الدولة في حين أنه قد لا يوجد له ارتباط حقيقي بها كأن يكون قد قطع صلته معها منذ فترة طويلة.

-إن هذا المبدأ قد يكون سببا في اختلاف الأحكام بالنسبة للشخص متعدد الجنسيات، وذلك باختلاف المحكمة المرفوع أمامها النزاع من محاكم الدول التي يحمل جنسيتها، لأن كل محكمة ستطبق قانونها، باعتبار أن ذلك الشخص من مواطنيها ولذلك من الأفضل الأخذ بمعيار واحد لا يؤدي تطبيقه إلى اختلاف الحكم بحسب الدولة المثار أمامها النزاع.

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص166.

[2] عدنان باقي لطيف، المرجع السابق، ص 153.

-بالإضافة إلى أن تطبيق هذا المبدأ يمكن أن يعيق عمل الاتفاقيات الدولية التي تعتمد الجنسية كضابط اسناد مثل اتفاقيتي جنيف لعام (1930 – 1931)، فإذا طبقت كل محكمة من محاكم الدول المنضمة إلى هذه الاتفاقية قانونها بالنسبة لشخص متعدد الجنسيات، فإن ذلك سيؤدي إلى انعدام التجانس والتوافق ووحدة الحلول في الأحكام، والتي كانت الهدف من الاتفاقية[1].

إن الحل الذي يعطي الغلبة لقانون القاضي في سائر الحالات يبدو غير مقبول. ولهذا ذهب البعض إلى القول بأن النظر إلى الأمور من خلال منظور واقعي يقتضي تحديد الجنسية موضع الإعتبار هنا على أساس معيار منضبط يكفل وحدة الحل بصرف النظر عما إذا رفع النزاع أمام هذه المحكمة أو تلك من محاكم الدول التي يتمتع الملتزم بجنسيتها. معيار لا يقوم على فكرة التبعية السياسية وإنما على أساس التبعية الواقعية، أي الجنسية الفعلية[2].

الفرض الثاني: عندما لا تكون جنسية القاضي من بين الجنسيات التي يحملها الملتزم بالسند التجاري

وجدت عدت حلول فقهية بخصوص هذا الفرض، وهي تقضي إما بتفضيل الجنسية التي تتفق أحكامها مع قانون جنسية دولة القاضي، أو ترك التحديد لصاحب العلاقة، أو تفضيل الجنسية الأقدم أو الجنسية الأحدث[3].

---

[1] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 36.

[2] الجنسية الفعلية هي جنسية الدولة التي اندمج الفرد فعلا في جماعتها وعاش في كنفها واستعمل فيها حقوق التابع لها، وتحمل التزاماته، يحددها القاضي وهو يدور في ميدان القانون، ويتخذها وسيلة لتفضيل إحدى الجنسيات المتنازعة على الأخرى. (عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 1، في الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق (مركز الأجانب)، ط9، دار النهضة العربية القاهرة ،1972، ص250)

[3] سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، بيروت-لبنان، 1994، ص 275.

إلا أن الحل السائد في كثير من دول العالم هو ترك أمر حل التنازع لتقدير القاضي، فقد نصت المادة 1/22 ق.م.ج على أنه:" في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية."، وهو الحل الذي قال به المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة 25. ويقول الفقه بهذا الخصوص بتغليب الجنسية الفعلية على غيرها من الجنسيات التي يتمتع بها الفرد، لأنها أكثر تماشيا مع الواقع وأكثر انسجامًا مع المبدأ الأساسي الذي بُنِيَتْ عليه فكرة الجنسية[1].

في الأخير يمكن الإشارة إلى الفرض الذي يمكن من خلاله ألا يتوصل القاضي إلى تحديد الجنسية الفعلية التي يكون الشخص مرتبطا بها أكثر من غيرها، فما هو القانون الذي يحكم أهلية هذا الشخص فيما لو التزم بسند تجاري؟

هذا الفرض قد فضل فيه البعض أن يعامل هذا الشخص معاملة الشخص الذي لم تثبت له جنسية على الاطلاق أي عديم الجنسية[2]، والذي سبق وأن تناولناه في الجزء الأول من هذا الفرع.

المطلب الثاني:

الاستثناءات الواردة على مبدأ خضوع أهلية الالتزام الصرفي لقانون الجنسية

إضافة للمبدأ العام الذي أقرته المادة الثانية من اتفاقية جنيف 1930-1931 المتعلقة بالسفتجة والسند لأمر والشيك، والقائل بوجوب تطبيق القانون الوطني في مسائل الأهلية، إلا أنها أوجدت استثناءين لهذا المبدأ كما أوردت تحفظا على ذلك.

وبالرجوع للمادة 10 من القانون المدني الجزائري، نرى أن المشرع أورد استثناء على قاعدة خضوع أهلية التصرفات القانونية لقانون الجنسية، وذلك في المعاملات المالية التي قد يؤدي تطبيق قانون الجنسية عليها في غالب الأحيان إلى الإضرار بمصالح المواطنين الذين يجهلون القانون

[1] عكاشة عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، الدار الجامعية، لبنان، 1991، ص 139.
[2] عدنان باقي لطيف، المرجع السابق، ص 137.

الشخصي للأجنبي الذي يتعامل معهم، وبمقتضى هذا الاستثناء يحظر على الأجنبي الاحتجاج بعدم أهليته وفق قانونه الوطني إذا كان أهلا للتعاقد وفقا للقانون الذي جرى العقد في ظله، وهذا وفق شروط معينة.

وهذه الشروط الواردة في المادة 2/10 من ق.م.ج هي استثناءات كما سنوضح في هذا المطلب تتطلب معالجتها وإعادة النظر فيها بما قد يتماشى والطبيعة الخاصة للسندات التجارية، وذلك بالاستعانة بالمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص.

على هذا الأساس سيتم التطرق إلى الاستثناءات الواردة على المبدأ العام وفقا لاتفاقيتي جنيف 1930-1931 (**الفرع الأول**)، ثم التطرق للاستثناءات الواردة على المبدأ وفقا للقانون الجزائري (**الفرع الثاني**)، ثم التطرق لدور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تطويع المادة 10 بشأن أهلية الالتزام الصرفي (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

الاستثناءات الواردة على المبدأ العام وفقا لاتفاقيتي جنيف 1930-1931

نصت الفقرة الثانية من المادة 2 من اتفاقية جنيف 1930 على أنه "وإذا كان الشخص ناقص الأهلية وفقا للقانون المشار إليه في الفقرة السابقة فإن التزامه يبقى مع ذلك صحيحا إذا وضع توقيعه في إقليم دولة يعتبره تشريعها كامل الأهلية ولكل دولة الحق في ألا تعترف بصحة التزام أحد رعاياها بمقتضى سفتجة أو سند لأمر أو شيك إذا كان هذا الالتزام لا يعتبر صحيحا في إقليم الدولة المتعاقدة الأخرى إلا بتطبيق الفقرة السابقة من هذه المادة".

وأضافت اتفاقية جنيف 1931 فقرة اخرى تتعلق بالإحالة من القانون الوطني إلى قانون آخر وجاء نصها كالآتي:"...فإذا أحال القانون الوطني على قانون دولة أخرى كان هذا القانون الأخير هو الواجب التطبيق".

يتضح من هذه الفقرة أن واضعي الاتفاقية اعتمدوا على استثناءين يتعلق أولهما بالإحالة إلى قانون آخر غير قانون جنسية الملتزم، وثانيهما بتطبيق قانون الدولة التي نشأ فيها الالتزام على النحو الآتي:

البند الأول: الإحالة من القانون الوطني إلى قانون آخر

يقصد بهذا الاستثناء أنه في حالة ما إذا أحال القانون الوطني للملتزم الصرفي إلى قانون آخر فإنه يتم تطبيق القانون المحال إليه.

الإحالة هي ببساطة أن القاضي المطروح أمامه النزاع يتعين عليه أن يعود لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، وأن يقبل بما تشير إليه هذه القواعد من اختصاص لقانون القاضي، أو لقانون أجنبي آخر[1]. وللإحالة صورتان، إحالة من الدرجة الأولى وهي حينما تسند قاعدة التنازع في قانون القاضي العلاقة القانونية إلى قانون أجنبي، أما الإحالة من الدرجة الثانية وهي حينما يحيل القانون المختص إلى قانون آخر غير قانون القاضي وقد تستمر سلسلة الإحالة نظريا إلى قانون ثالث ورابع كلما رفض القانون المعين الاختصاص وأحاله على قانون آخر[2].

وانطلاقا من هذا المفهوم نتساءل هل مقصود واضعو الاتفاقية هو الأخذ بالقواعد الموضوعية للقانون المحال إليه من القانون الوطني أم الأخذ بقاعد التنازع في القانون الأجنبي المحال إليه والتي قد تحيل إلى قانون آخر؟

إجابة على هذا السؤال نقول بأن الإحالة التي تقصدها الاتفاقية تشمل النوعين معا، فقد تكلم النص بصفة مطلقة عن الإحالة لقانون دولة أخرى (the law of another contry) فلو كان المقصود هو الإحالة إلى قانون القاضي (الإحالة من درجة واحدة) لكان النص قد أشار إلى تطبيق

[1] نور الدين بوسهرة، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، العدد 12، 2011، ص36،35.

[2] الطيب الزروتي، المرجع السابق، ص114.

القواعد الموضوعية في القانون المحال إليه دون قواعد التنازع، أو كان قد تضمن تحفظا صريحا على غرار التحفظ الذي يتضمنه النص المذكور بخصوص الاستثناء الآخر القاضي بتطبيق قانون الدولة التي نشأ فيها الإلتزام[1].

وهناك بعض من الفقه[2] أكد على أن الاتفاقية أخذت بالإحالة التي تتم لمرة واحدة دون الاعتداد بالإحالة الثانية أي ضرورة تطبيق القواعد الموضوعية لقانون الدولة المحال إليها دون قواعد الاسناد في هذا القانون وذلك قصد تلافي المشاكل التي تترتب على قبول الإحالة المتعاقبة.

بالرغم من أن الاحالة المتعاقبة من شأنها أن تعيق تداول السند التجاري، فإن واضعي الاتفاقية لم يتداركوا هذه الهفوة وأخذوا بالإحالة على إطلاقها.

وفي الأخير نقول بأن الاعتماد على هذا الاستثناء راجع إلى رغبت المؤتمر في تشجيع الدول الأنجلوسكسونية على الانضمام لاتفاقيات جنيف باعتبار أن هذا الحل يسمح بإخضاع أهلية الملتزم الإنجليزي أو الأمريكي لقانون موطنه أو لقانون محل نشوء الالتزام[3]، حيث تسند قواعد التنازع في القانون الانجليزي حكم الأهلية كقاعدة عامة إلى قانون الموطن بينما تسند قواعد التنازع للقانون الأمريكي باستثناء ولاية لوسيانا الأهلية للقانون الذي يحكم التصرف القانوني[4].

كما أنه نحن من مؤيدي الفقه الذي نادى بتطبيق القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي دون قواعد التنازع التي قد تحيل بدورها إلى قانون ثالث ورابع وبالتالي نكون أمام حلقة مفرغة مما يفقد السند أهم خصائصه المتمثلة في السرعة والائتمان، وبالتالي كان على واضعي الاتفاقية تحديد القواعد الواجب الأخذ بها عند الاحالة من القانون الوطني إلى القانون الأجنبي.

---

[1] عدنان باقي لطيف، المرجع السابق، ص130.

[2] منهم عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص97.

[3] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع نفسه، ص96.

[4] أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1989، ص17.

البند الثاني: تطبيق قانون محل نشوء الالتزام

تسهيلا لعملية تداول السندات التجارية، اعتبرت الفقرة الثانية من المادة 2 من الاتفاقيتين أنه يعتبر صحيحا التصرف الصادر من قبل ملتزم صرفي ناقص الأهلية وفقا لقانونه الوطني أو وفقا للقانون المحال إليه من قبل قانونه الوطني، بينما يكون كامل الأهلية طبقا لقانون الدولة التي تم فيها الالتزام.

وقد طبق هذا الاستثناء بقصد تيسير تداول السندات التجارية ولضمان سرعة انتقالها وحماية الحامل حسن النية الذي يكفيه التأكد من أن الملتزم كامل الأهلية وفقا لقانونه الوطني أو قانون الدولة التي نشأ الالتزام فيها، فإذا كان الكشف عن قانون الجنسية أمرا غير ميسورا في نطاق الالتزامات الصرفية، فإن قانون محل إبرام التصرف من شأنه أن يحقق الحماية الكافية[1].

انتقد الفقه الفرنسي[2] بشدة هذا الاستثناء من أهمها:

-إن من شأن هذا الحل التضحية بمصالح الأشخاص القاصرين الذين يضعون توقيعهم على ورقة تجارية في دولة يعتبرهم قانونها كاملي الأهلية، لأن قانون هذه الدولة هو الذي سيكون واجب التطبيق بدلا من قانونهم الوطني[3].

-كما أن هذا الاستثناء يفتح الباب أمام الغش نحو القانون بحيث يمكن للقاصر وفقا لقانونه الوطني أن يتحايل على هذا القانون باللجوء لدولة يعتبر فيها كاملا الأهلية وأهلا للالتزام الصرفي.

---

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع نفسه، ص99.

[2] من بينهم المندوب الفرنسي "برسرو" الذي من بين ما تعرض له انه:" يمكن للمرأة المتزوجة التحايل على أحكام القانون الفرنسي المتعلقة بالأهلية (حيث كانت المرأة الفرنسية المتزوجة تعتبر في ذلك الحين ناقصة الأهلية) فما عليها إلا الانتقال إلى إيطاليا مثلا حيث يعتبرها القانون الإيطالي كاملة الأهلية والتوقيع هناك على ما تشاء من السفاتج، فتفلت بذلك من الحماية التي اراد القانون الفرنسي فرضها عليها لمصلحتها ومصلحة أسرتها" مأخوذة عن، عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص100.

[3] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص24.

وتحسبا لمثل هذه التحايلات على القانون وضع المؤتمرون في جنيف تحفظا في آخر المادة الثانية والذي نص على أنه:" لكل دولة الحق في ألا تعترف بصحة الالتزام الذي يجريه أحد رعاياها بمقتضى سفتجة (كمبيالة) أو سند لأمر أو شيك إذا كان الالتزام لا يعتبر صحيحا إلا بمقتضى حكم الاستثناء السابق."

وقد أخذت بعض الدول مثل فرنسا بهذا التحفظ، بينما لم تأخذ به دول أخرى مثل ألمانيا والنمسا وسويسرا[1].

وقد كان هذا التحفظ موضع انتقاد شديد إلى الحد الذي وصفه المندوب الايطالي بأنه ينطوي على "إقرار صريح بالغش في المعاملات التجارية".

هذا الوضع الغامض الذي وقع فيه واضعو الاتفاقية، من إدراجهم في المادة 2 المتعلقة بالأهلية لمبدأ ثم استثناء ثم تحفظ، يمكن القول فيه أنه يمس بسلامة الالتزامات الصرفية ويخلق ارتباكا فيها، مما يجعل الأمر متوقف في تحديد صحة الالتزام الصرفي على المحكمة التي يثار أمامها النزاع، التي قد يختلف فيها الحل من دولة لأخرى والذي يسمح هذا التحفظ للمحكمة إما أن ترفض إعمال الاستثناء المنصوص عليه في المادة 2 فقرة 2 إذا كان الملتزم وطنيا بينما تقبله إذا كان الموقع على السند أجنبيا[2].

حسب رأينا مما تقدم فإنه بالرغم من بعض الثغرات والهفوات التي وقع فيها واضعو الاتفاقية من خلال نص المادة 2 المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية الالتزام الصرفي، والتي من شأنها أن تؤدي إلى باب مسدود الذي يؤدي بدوره إلى قيام تنازع جديد. إلا أن هذا لا يغير من أهمية المادة 2 في إعطائها لحلول على تنازع القوانين على أهلية الالتزام الصرفي، وتيسيرها لعملية التداول.

[1] H Arminjon, Précis de Droit international privé commercial, paris, Dalloz,1948.N 285.
[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 101-102.

الفرع الثاني:

الاستثناءات الواردة على مبدأ خضوع الأهلية لقانون الجنسية وفقا للقانون الجزائري

بالرغم من أهمية قانون الجنسية في حل تنازع القوانين على الأهلية إلا أن هذا القانون يثير صعوبات كثيرة في نطاق العلاقات الخاصة الدولية وبالأخص فيما يتعلق بالالتزامات الصرفية، على إثر ذلك تم وضع استثناءات أو حلول أخرى، سنرى إن كانت تتناسب مع الوضع الخاص للسندات التجارية وتتمثل في:

البند الأول: الاستثناء الخاص بالجهل المغتفر بالقانون الأجنبي

حماية للمصلحة الوطنية[1] للشخص، أدرج المشرع الجزائري استثناء على قاعدة خضوع الأهلية للقانون الوطني للشخص في الفقرة الثانية من المادة 10 من ق.م، وهذا الاستثناء مستوحى من أحكام القضاء الفرنسي الصادرة على قضية مشهورة المعروفة بقضية "ليزاردي"[2] التي تعلقت أحداثها بالسندات التجارية. وجاء نص الفقرة الثانية كالآتي:" ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر، وتنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة."

---

[1] المصلحة الوطنية تعني عدم تطبيق قانون الجنسية للأجنبي وإنما تطبيق قانون القاضي في أهلية ذلك الأجنبي.

[2] ليزاردي هو شاب مكسيكي في الثالثة والعشرين من عمره، اشترى في باريس من تاجر فرنسي بعض الجواهر وحرر له بالثمن سفاتج. وعندما ماطل في الوفاء عند ميعاد الاستحقاق، طالبه البائع بالوفاء أمام القضاء، فدفع ببطلان هذه الصكوك متذرع بنقص أهليته لأنه لم يكن قد بلغ بعد سن الرشد وفقا لقانونه الوطني القانون المكسيكي الذي يحدد هذه السن بخمسة وعشرين عاما. وحين بلغت المنازعة ساحة قضاء النقض قضت بصحة السفاتج قولا منها بأنه ليس مفروضا في الفرنسي معرفة مختلف القوانين الأجنبية في أحكامها الخاصة بالقصر و البلوغ، ويكفي لاعتبار العاقد الفرنسي معذورا في جهله بالقانون الأجنبي أن يكون قد تعاقد مع الأجنبي من غير استخفاف وبدون تقصير وبحسن نية.(عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص114).

مفاد هذا الاستثناء في الالتزامات الصرفية، أنه إذا تم التوقيع على السند في الجزائر مع أجنبي ناقص الأهلية وذلك وفقا لقانون جنسيته وكاملا لها وفقا للقانون الجزائري، فيعتبر أهلا للالتزام متى تبين أنه لم يكن من السهل على الحامل أن يكشف نقص هذه الأهلية.

بالرغم من أن هذا الاستثناء جاء بغية تحقيق الحماية الكافية في السندات التجارية إلا أن المشرع الجزائري أقره لحكم أهلية الأداء الخاصة بالتصرفات القانونية بصفة عامة، ولا يمكن اعتباره كنص خاص بالسندات التجارية. مما يدفعنا للتساؤل عن مدى ملائمة هذا الاستثناء في نطاق الالتزامات الصرفية؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل تجب الاشارة إلى أن تطبيق الاستثناء المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 10 السابقة الذكر يتطلب توافر شروط معينة، كما أن له أساس يقوم عليه.

أولا: شروط إعمال الاستثناء:

من شروط إعمال نص المادة 2/10 ق.م ما يلي:

-**الشرط الأول:** أن يكون التصرف الذي قام به الأجنبي من التصرفات المالية وهذا الشرط يتلاءم وطبيعة السندات التجارية، أما التصرفات القانونية المتعلقة بمواد الأحوال الشخصية مثل الزواج فهي تخرج من مجال إعمال الاستثناء[1].

-**الشرط الثاني:** أن يبرم التصرف في الجزائر وينتج آثره فيها، بحيث لا يكفي لتحقق أحد الشرطين بأن يبرم التصرف في الجزائر ولكن ينتج آثاره في الخارج أو يبرم في الخارج وينتج آثاره

[1] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (الكتاب الثاني: تنازع القوانين)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1999، ص313.

في الجزائر بل لابد من تلاءم الأمرين معا وحصولهما في الجزائر معا[1]. وهذا الأمر يتعارض مع طبيعة السند التجاري وخصائصه بالأخص انتقاله من يد ليد ومن مكان لآخر عن طريق التظهير.

وهذا لا يتطابق مع المنطق الذي يقتضي التسوية دون تمييز بين ما إذا كان التصرف قد ابرم في الجزائر في هذا الفرض أو خارجها، لأن الحل الأول هو حل قاصر لا يستجيب لمتطلبات التجارة في العلاقات الخاصة الدولية، التي تسعى إلى تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة، وهذا لا يتأتى سوى بحماية المعاملات الدولية دون تفرقة بين تلك التي تقوم داخل حدود الدولة وتلك التي تقوم خارج هذه الحدود[2].

-**الشرط الثالث:** أن يكون نقص أهلية العاقد الأجنبي يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، بمعنى يجب أن يكون الطرف الآخر معذورا في جهله بنقص أهلية المتعاقد الأجنبي، فإذا كان ظاهرا لا خفاء فيه، كما لو كان صبيا صغيرا، أو مجنونا جنونا مطبقا، فلا يعمل بهذا النص[3]، ولقضاة الموضوع السلطة التقديرية في ذلك، بحيث يكون هذا التقدير وفقا لمعيار موضوعي وهو معيار الرجل العادي[4].

-**الشرط الربع:** لم يتضمن نص المادة 2/10 ق.م.ج صراحة هذا الشرط، ولكنه شرط بديهي ومنطقي، ومفاده أن يكون المتعاقد الأجنبي كامل الأهلية وفقا للقانون الجزائري، وناقصها وفقا لقانونه الوطني، أي إذا كان المتعاقد مع أجنبي يُعذر في جهله بنقص أهليته وفقا لقانونه الشخصي، فإنه لا يُعذر بنقص أهليته وفقا للقانون الجزائري[5].

---

[1] الطيب الزروتي، المرجع السابق، ص155.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص116.

[3] يوسف فتيحة، إشكاليات تنازع القوانين في الالتزامات الصرفية، مداخلة ملقاة في يوم دراسي حول "إشكاليات ممارسة الحقوق في العلاقات الخاصة الدولية-واقع وآفاق"، مخبر القانون الخاص الاساسي، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 27 جانفي 2016، غير منشورة.

[4] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 223.

[5] طيب زروتي، المرجع نفسه، ص155.

ثانيا: أساس الاستثناء:

اختلفت وتباينت الآراء حول الأساس القانوني لهذا الاستثناء، بحيث هناك من يرجعه إلى فكرة "المصلحة الوطنية" ومقتضى هذه الفكرة الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي متى كان يضر بمصالح المتعاقد الوطني. وقد تم انتقاد هذا التبرير على أساس أنه يفرق بين الوطني والأجنبي، عكس ما تسعى إليه قواعد القانون الدولي الخاص من حماية لمصلحة الوطني والأجنبي دون تمييز، كما أن هذا من شأنه تجاهل القانون الأجنبي في كثير من الفروض بدعوى حماية المصلحة الوطنية[1]. كما أن هناك من يرجعه لفكرة النظام العام[2] وفكرة الاثراء بلا سبب[3]، إلا أن الراجح من هذه الآراء هو مأخوذ من تبرير حكم محكمة النقض الفرنسية لحكمها في قضية "ليزاردي"، التي قررت فيه أن المتعاقد الوطني يعد معذورا في جهله للقانون الأجنبي وهذا راجع لمعاملة القضاء الفرنسي للقانون الاجنبي معاملة الوقائع، وبالتالي يكون للقاضي السلطة التقديرية فيما إذا كان المتعاقد الأجنبي يعذر بجهله لأحكام القانون الأجنبي أم لا[4].

البند الثاني: وجود نص في قانون خاص أو معاهد

حسب نص المادة 21 من ق.م.ج التي تقضي" لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر." فإنه إذا وجد نص خاص بشأن أهلية الالتزام الصرفي في القانون الجزائري، أو في معاهدة دولية نافذة في الجزائر،

[1] هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص302.

[2] أي يستبعد القانون الأجنبي باسم النظام العام مدام أنه يضر بمصلحة الوطني، وقد تم انتقاد هذا على أساس أن استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام يكون فقط في الحالة التي يتعارض فيها هذا الأخير مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي.

[3] ومفاد ذلك أن المتعاقد الأجنبي الذي يتمسك بنقص أهليته لإبطال العقد الذي ابرمه يعتبر قد أثري على حساب الطرف الوطني، وبالتالي يتم اخضاع النزاع بينهما لقانون الدولة التي حدثت فيها واقعة الإثراء.

[4] هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص303-304.

وتطبيقا لقاعدة "الخاص يقيد العام" ومبدأ سمو المعاهدة على الدستور[1]، لا يطبق قانون الجنسية على أهلية الملتزم الصرفي.

ولعدم وجود هذين المسألتين أي عدم وجود نص خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر بخصوص أهلية الالتزام الصرفي فإنه يبقى نص المادة 10 ق.م.ج الساري المفعول بهذا الخصوص، عكس ما أقرته بعض التشريعات كالقانون الإنجليزي وبعض التشريعات العربية وذلك على النحو الآتي:

إن أهلية ابرام التصرفات القانونية بصفة عامة في انجلترا محل اختلاف، فهناك من يرى[2] أن الأهلية الازمة لإبرام العقود التجارية يحكمها قانون محل ابرام العقد وليس القانون الشخصي للملتزم. بينما رأي آخر يرى أن الأهلية تخضع أيضا لقانون محل إبرام الالتزام، إلا أن حالات نقص الأهلية أو انعدامها –التي يفرضها قانون محل نشوء الالتزام–لا تسري في مواجهة الأشخاص المعتبرين كاملي الأهلية وفقا لقانونهم الشخصي[3].

أما الحل السائد في بعض التشريعات العربية فإننا نرى أنها نقلت إلى قوانينها الداخلية ما جاء به القانون الموحد في المادة 2/2، كالقانون العراقي الذي عالج الأهلية–بوجه عام– في العلاقات الخاصة الدولية من خلال المادة 18 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 في الفقرة الأولى منها على أن:" الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته" بينما عالج الأهلية الخاصة بالملتزم بمقتضى الورقة التجارية في الحالات المتعلقة بتنازع القوانين من خلال نص المادة 48 من قانون التجارة العراقي الساري المفعول رقم 30 لسنة 1984 إذ تنص الفقرة الثانية منه على أنه "يرجع في تحديد أهلية الالتزام بمقتضى الحوالة (السفتجة) إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته، فإذا أحال هذا القانون إلى قانون دولة أخرى كانت القواعد الموضوعية

[1] يوسف فتيحة، إشكاليات تنازع القوانين في الالتزامات الصرفية، المرجع السابق.

[2] Disey and Morris, the conflict of law, volume 2, 10 the edition, London ,1980, P.846.

[3] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص118.

في قانون تلك الدولة هي الواجبة التطبيق. إذا كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم ناقص الأهلية فإن التزامه بمقتضى الحوالة يبقى صحيحا إذا وضع توقيعه عليها في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية".

كما عالج مشروع قانون التجارة الفلسطيني القانون الذي يحكم أهلية الملتزم في الورقة التجارية في المادة 420 والتي نصت على:" يرجع في تحديد أهلية الملتزم بموجب الكمبيالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته. إذا كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم بموجب الكمبيالة ناقص الأهلية، فإن التزامه يبقى صحيحا إذا وضع توقيعه على الكمبيالة في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية"[1]

أما فيما يخص التشريع المصري فبعدما كان يعتمد على حكم القاعدة العامة الواردة في المادة 1/11 القانون المدني المصري في خصوص الأوراق التجارية، والاستثناء الذي يعمل به في حالة الجهل المغتفر بالقانون الأجنبي، نظم المشرع المصري مسألة أهلية الالتزام الصرفي بنص خاص من خلال القانون رقم 17 لسنة 1999 وذلك استنادا لرأي الفقه[2] الذي له الدور الكبير في معاونة المشرع وتقديم الحلول الملائمة للقضاء وقد جاء نص المادة 388 من التقنين التجاري المصري الجديد كالآتي:"

- يرجع في تحدد أهلية الملتزم بموجب الكمبيالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته.
- وإذا كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم بموجب الكمبيالة ناقص الأهلية فإن التزامه يبقى صحيحا إذا وضع توقيعه على الكمبيالة في دولة يعتبر قانونها كامل الأهلية."

[1] نايف عبد العال نايف الفرا، المرجع السابق، ص311.

[2] إن ما سطره وحلله الفقيه عكاشة عبد العال في مؤلفه تنازع القوانين في الأوراق التجارية في طبعته الأولى سنة 1988 هو عينه الذي أخذ به المشرع المصري في التقنين التجاري الجديد.

ويسري حكم هذا النص أيضا في شأن السند لأمر تطبيق لنص المادة 470 من نفس القانون.

إذن بالرغم من أهمية القانون الشخصي وتحقيق فكرة "المصلحة الوطنية" في مسألة الأهلية إلا أن هذه التشريعات ذهبت إلى أبعد ما يقره الاستثناء الذي يقضي بأن يكون "نقص الأهلية مرجعه سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر" واستغناءها على هذا الاستثناء في نطاق الأوراق التجارية تعزيزا وتأكيدا لها على الدور الذي تؤديه هذه الأخيرة في نطاق العلاقات الخاصة الدولية.

البند الثالث: مدى ملائمة حكم المادة 2/10 من القانون المدني الجزائري لحكم أهلية الالتزام الصرفي

لتحديد مدى ملائمة الحل الذي جاءت به الفقرة الثانية من المادة 10 من ق.م لحكم أهلية الالتزام الصرفي لابد ومقارنة كل من الاستثناء المقرر في القانون المدني الجزائري والاستثناء المقرر في القانون الموحد (أولا) بالإضافة إلى تبيان أهم الصعوبات التي يثيرها تطبيق الاستثناء المقرر في المادة 2/10 ق.م.ج مع اقتراح الحل الأنسب لها(ثانيا).

أولا: المقارنة بين الاستثناء في حكم المادة 2/10 ق.م.ج وحكم المادة 2/2 من اتفاقيتي جنيف 1930-1931.

متى ما أردنا المقارنة بين حكم المادة 2/10 ق.م.ج والحكم الذي تضمنته اتفاقيتي جنيف نرى أن هذا الأخير يذهب إلى أبعد مما أشار إليه التشريع الوطني، فالاختصاص المنعقد لقانون محل نشوء الالتزام في ظل اتفاقيتي جنيف يثبت بالتزاحم مع القانون الوطني للشخص ومتى كان أصلح وأفضل للحامل هذا من ناحية أولى، أما من ناحية ثانية فإن إعمال قانون الجنسية يبقى في نطاق محصور بحيث لا يطبق إلا إذا كان أقل شدة من قانون محل نشوء الالتزام[1].

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص117.

ثانيا: صعوبات تطبيق الاستثناء المقرر في المادة 2/10 ق.م.ج على أهلية الالتزام الصرفي وحلولها

بعدما أشرنا للصعوبات التي قد يثيرها تطبيق قانون جنسية على أهلية الالتزام الصرفي كمبدأ عام، والذي من شأنه أن يؤثر على أداء السندات التجارية لوظيفتها الجوهرية، التي تتمثل في التداول السريع عن طريق التظهير الذي يتم بين عدد من المظهرين يفترض عدم تعارفهم. رأينا أن واضعي اتفاقيتي جنيف تجنبا منهم لهذه الصعوبات أوردوا استثناء على المبدأ القائل بإخضاع أهلية الملتزم لقانونه الوطني، ومفاده تطبيق قانون محل نشوء الالتزام بالتزاحم مع القانون الوطني وهذا لضمان سرعة تداول السند بحيث لن يكون حاملها مكلفا بالرجوع إلى القانون الوطني للملتزم الآخر للوقوف على صحة التزامه ورأينا أن هذا الحل أخذت به بعض التشريعات العربية بالرغم من عدم انضمامها للاتفاقية، أما فيما يخص المشرع الجزائري فقد رأينا أولا أنه لم يدرج نص خاص يحكم أهلية الالتزام الصرفي وبالتالي رجعنا للقواعد العامة و بالأخص المادة 10 ق.م والتي بدورها أدرجت استثناء على قاعدة خضوع أهلية الشخص لقانونه الوطني، والذي كان القصد منه-إلى جانب حماية الشخص العاقد في أهليته بإخضاعه لقانون جنسيته- حماية المعاملات وتأمينها متى أبرمت في الجزائر ولو صدرت عن أجنبي[1].

إلا أن هذه المعالجة جاءت ناقصة إذ هي تعجز عن تغطية الفرض الذي يتم فيه التوقيع على السند في الخارج ولو كان يرتب آثاره في الجزائر، كما أنها تعجز عن تغطية الفرض الذي يتم فيه التوقيع على السند في الجزائر ويكون مرتبا لآثاره في الخارج رغم أن سلامة المعاملات وبصفة أخص في نطاق السندات التجارية، توجب توحيد الحكم.

وأمام هذا القصور في المعالجة فما على مشرعنا الجزائري أن يحذُو حذوَ التشريعات المقارنة ويأخذ بما جاءت به اتفاقيتي جنيف 1930-1931 بشأن القانون الواجب التطبيق على أهلية

[1] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص122.

الملتزم الصرفي، وذلك بالرجوع لمبادئ القانون الدولي الخاص للكشف عن قاعدة الإسناد التي تتناسب وطبيعة الالتزام الصرفي.

الفرع الثالث:

دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تطويع المادة 10 بشأن أهلية الالتزام الصرفي.

بالرجوع لأحكام القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع وضع من خلاله مجموعة من قواعد تنازع القوانين تمثلت في المواد من 9 إلى 24 منه، ونظرا للتطور الحاصل والمستمر في مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية وغيرها، نرى أن المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة تنبه إلى احتمال أن يعرض على القضاء الجزائري دعاوى مشوبة بعنصر أجنبي لا يوجد في القوانين الجزائرية قواعد إسناد تحكمها، لذلك أورد نص في ذات القانون يتيح للقاضي إمكانية إيجاد الحل لمثل تلك المشاكل، ويتمثل هذا النص في المادة 23 مكرر 2 والتي جاء فيها:" تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين."[1]

وفي موضوعنا المتعلق بالسندات التجارية، وبعدما بينا القصور الوارد في الفقرة 2 من المادة 10 ق.م.ج، وأن هذا الاستثناء لا يمكن اعتباره أبدا بمثابة نص خاص بشأن أهلية الالتزام الصرفي، قلنا بأنه ما على المشرع الجزائري-تماشيا مع الطبيعة الخاصة للسندات التجارية-سوى أن يسلك سبيل التشريعات المقارنة التي أخذت بأحكام اتفاقيتي جنيف في هذا الفرض.

على هذا الأساس نتساءل هل يمكن في الجزائر إعمال الحل الذي قالت به اتفاقيتي جنيف والسائد في كثير من التشريعات كالإنجليزي والأمريكي والسوري والعراقي والكويتي ومؤخرا المصري؟

[1] تقابلها المادة 24 من ق.م.المصري، المادة 25 من ق.م.السوري، المادة 30 من ق.م.العراقي، المادة 24 من ق.م.الليبي.

نحن مع من لم يترددوا في قول بأن ذلك ممكن[1]، فالطبيعة الخاصة للأوراق التجارية تقتضي إخراجها من دائرة تطبيق القواعد المقررة بالنسبة للتصرفات القانونية بصفة عامة ومن دون قيد أو شرط، فهذه الطبيعة لابد وأن تراعى. ويعتبر نص المادة 23 مكرر2 هو سندنا في هذا الخصوص للكشف عن القاعدة الملائمة في هذا الصدد.

وقبل الحديث عن الحلول التي قد تمنحها المادة 23 مكرر2 بهذا الشأن، نحدد أولا المقصود بالمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص.

البند الأول:

مفهوم المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص

سيتم من خلال هذا البند التعريف بمبادئ القانون الدولي الخاص (أولا) وتحديد ترتيبها أو موقعها بين مصادر القواعد القانونية للقانون الدولي الخاص (ثانيا).

أولا: تعريف مبادئ العامة للقانون الدولي الخاص

"المبدأ العام" اصطلاحا هو: "القاعدة التي تتسم بالعمومية وتعبر عن مفهوم أساسي في نظام قانوني معين ولها دور خلاق في هذا النظام[2]."

وقبل التعريف بمبادئ القانون الدولي الخاص لابد من تعريف المبادئ العامة للقانون.

تُعرف المبادئ العامة للقانون بأنها " حلول وإن بدت خاصة بكل دولة على حدة، إلا أنها صارت تراثا قانونيا مشتركا واكتسبت طابعا عالميا بسبب قيمتها العقلانية والمنطقية، وبالشعور

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص123.

[2] حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 765.

بأنها أضحت بطبيعتها مشتركة بين النظم القانونية كلها، ومتجردة من الخصوصيات الوطنية لتبدو وكأنها نتاج الفكر القانوني والتقاليد المشتركة "[1]

كما قد قيل عنها أنها " عبارة عن قواعد عامة كلية موجودة في صلب التشريع وكامنة في روحه العامة. وتكون مهمة الفقيه أو القاضي الكشف عنها ورد الجزئيات والتطبيقات إليها."[2]

إن هذه المبادئ لا تنشأ على وفق أساليب نشأة القانون المعروفة في نظام قانوني محدد، ولكنها نظرا لكونها متضمنة في إطار هذا النظام، فإنها تعد موجودة قبل تَكوُّن القواعد القانونية الخاصة التي تعبر عن هذه المبادئ[3].

وقد قسم البعض المبادئ العامة إلى خمسة أقسام، "مبادئ عامة منطقية (كمبدأ بطلان التصرف بملك الغير) ومبادئ عامة تشريعية التي هي في الحقيقة قواعد تشريعية بشكل مبادئ عامة مدرجة في التشريع وتسميتها بالمبدأ هي للتدليل على أهميتها وتمييزها عن سائر القواعد التشريعية (كمبدأ حرية التعاقد) ومبادئ عامة قضائية ومبادئ عامة عرفية وأخيرا مبادئ عامة مستوحاة من فكرة العدالة والتمدن الاجتماعي (كمبدأ المساواة بين المواطنين ومبدأ الحرية الفردية)"[4]

انطلاقا مما سبق يمكن استخلاص بأن خصائص المبادئ العامة للقانون هي:

1. لا ترتبط فكرة المبادئ العامة للقانون بقانون دولة معين وهي أيضا لم توجد لتحكم العلاقات القانونية على المستوى الدولي، بل هي نشأت في الأصل داخل الدول وانتقلت بانتشارها وشيوعها بين الدول نحو العالمية.

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين المناهج أصولا ومنهجا، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 1996، ص 162.

[2] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 60.

[3] حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 765.

[4] وسام توفيق عبد الله، مبادئ القانون الدولي الخاص، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 16، العدد 57، 2018، ص39.

2. لا ترتبط هذه المبادئ بمصدر محدد من مصادر القاعدة القانونية فقد تكون راسخة في التشريعات أو في الفقه أو في القضاء أو في العرف.
3. لابد لهذه المبادئ من أساس منطقي وعادل يسوغ انتشارها وشيوعها، ولكن لا يعني هذا أنها تتطابق مع فكرة القانون الطبيعي أو قواعد العدالة لأن هذه الأخيرة هي أفكار فلسفية نظرية ينقصها الوضوح والمنهجية الواضحة الثابتة، أما المبادئ العامة للقانون فتتضمن حلولا وأحكاما عملية وإن كانت عامة وليست تفصيلية[1].

أما فيما يتعلق بمبادئ القانون الدولي الخاص فقد عرفها جانب من الفقه بأنها:" جملة الحلول التي تستخلص من الأصول الفنية لمادة التنازع، مقرونة أحيانا باعتبارات سياسية."[2]

واستقر البعض على أنه يقصد بها المبادئ الأكثر شيوعا بين الدول، فهناك حلولا خاصة بمسائل تنازع القوانين استقرت بحيث أصبح لها وصف الشيوع بين الدول، ذلك أن قواعد التنازع تتميز بقيامها على أسس مشتركة أسهمت في صناعة جملة مبادئ شائعة بين الدول[3].

لكن حتى يتم الرجوع إلى هذه المبادئ لابد من توافر معطيات معينة تتمثل في الآتي:

1-أن تطرح أمام القاضي في هذه الدول مسألة تثير تنازعا بين القوانين لا يوجد لها حكم في مواد التنازع التي عددها المشرع. أي نكون هنا في فراغ تشريعي يتعين على القاضي أن يسده، ويكون ذلك بالرجوع للمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص.

والأكثر من ذلك، فإن رجوع القاضي في هذه التشريعات لا يقف على الأمور التي لا توجد بشأنها قاعدة تنازع في الأصل، وإنما يمكن أن يرجع أيضا إلى هذه المبادئ ليقيد حكما عاما، أو لا

[1] وسام توفيق عبد الله، المرجع السابق، ص31.
[2] محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط2، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1982، ص36.
[3] جميل عبد الغصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، الحلبي، بيروت، 2007، ص40.

يراد استثناءات على مبدأ صاغه المشرع و لم يعد قادرا على مواجهة التطورات الحديثة للحياة الخاصة الدولية.

2-أن يتم الرجوع إلى هذه المبادئ في وقت محدد، هو وقت الفصل في النزاع. بحيث يتعين على القاضي تطبيق المبادئ العامة المشتركة المعمول بها فعلا في ذلك الوقت بالتحديد، بحيث إذا توقف العمل بها قبل ذبك الوقت فإنها تفقد هذا الوصف ولا تكون صالحة لحكم النزاع.

3-أن تكون هذه المبادئ العامة شائعة أو مشتركة بين غالبية التشريعات. والشيوع والاشتراك غالبا ما يلتصقان بصفتي الثبات والاستقرار لهذه القواعد عند الدول التي تأخذ بها[1].

لكن السؤال الذي يمكن أن يتبادر للأذهان في هذا الفرض، متى يمكن للقاضي القول بأن مبدأ ما هو مبدأ عام؟

يرى جانب من الفقه أن الكشف عن تلك المبادئ العامة ليس بالأمر الهين والسهل وأن تحديد متى يمكن القول بأن هذا الحل يعد "مبدأ" قد يثير بدوره مشكلات ومناقشات عديدة ومن ثم فإن القضاء الوطني في حاجة إلى جهد فقهي يوضح كيفية الوصول إلى استكشاف "المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص". فضلا عن تقرير ما هو "المبدأ العام" الواجب التطبيق في حالة وجود أكثر من مبدأ عام يتمسك به كل طرف من الأطراف المتنازعة. حيث لا يكفي أن ينادي شخص ما أيما كانت مكانته العلمية بأن قاعدة ما تعد في تقديره من "المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص" بل يجب أن يقدم الدليل على أنها قد تعد كذلك بدراسة الحلول التي اتبعت في النظم القانونية الوطنية السائدة المختلفة في العالم المعاصر[2] لإثبات أن قاعدة معينة من قواعد القانون الدولي الخاص قد

[1] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 62-63.

[2] النظم اللاتينية والجرمانية والاسكندنافية والأنجلو أمريكية والتي أخذت بها دول القارات الثلاث الأخرى آسيا وإفريقيا وأمريكا الجنوبية وبخاصة دول المجموعة العربي والدول ذات التقاليد الإسلامية فضلا عن الدول الأمريكولاتينية.

صار تقنينها تشريعيا أو اتباعها قضائيا على درجة من العمومية والشمول تبرر إدماجها في عداد "المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص"[1].

ما يستخلص من هذا أن ما يأخذ به من حل والقول بأنه بصفة مبدأ عام عند غالبية التشريعات لا بد وأن يكون الكشف عنه ناتج عن جهد مشترك بين الفقه والقضاء.

إضافة على هذا فإن من الملاحظات التي يمكن أن نبديها في هذا الفرض أن:

- عبارة "مبادئ القانون الدولي الخاص" تشير حتما إلى مبادئ القانون الدولي السائدة عند غالبية التشريعات على وجه شائع[2].
- المشرع قد جعل هذا المصدر خاصا بتنازع القوانين وحده دون سائر موضوعات القانون الدولي الخاص[3].

---

[1] سامية راشد، دور المادة 24 مدني في حل مشكلات تنازع القوانين "نظرة مستقبلية"، دار النهضة العربية، 1985، ص8.

[2] بالرجوع لنص المادة 23 مكرر 2 ق.م.ج نجد أن المشرع الجزائري على غرار التشريعات التي وضعت نصا مقابلا لهذا النص وعكس المشرع العراقي، لم يورد عبارة "الأكثر شيوعا" التي جاءت في المادة 30 من القانون المدني العراقي، والتي يرى البعض أن أثر وجود هذه العبارة هو تقييد القاضي العراقي باتباع ما هو أكثر شيوعا عند وجود أكثر من مبدأ شائع دوليا ولا يترك للقاضي حرية انتقاء المبدأ الأكثر ملائمة لحكم النزاع. أما في غياب هذه العبارة فإن للقاضي الحرية عند وجود أكثر من مبدأ شائع دوليا أن يختار أحد هذه المبادئ ويطبقه على النزاع المعروض أمامه. لذا نادى هؤلاء بضرورة حذف هذه العبارة حتى يكون مجال الاجتهاد واختيار الحلول الملائمة مفتوحا أكثر أمام القاضي العراقي. (أنظر، وسام توفيق عبد الله، المرجع السابق، ص46.)

إلا أن جانب من الفقه المصري يرى أن هذه العبارة ضرورية وهي أكثر دلالة على التعبير عن المراد بهذا المصدر ألا وهو المبادئ السائدة في بلاد العالم. (أنظر، عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج1، ط11، مطابع الهيئة المصرية، 1986، ص80، الهامش 1).

وحسب رأينا فإن عبارة "المبادئ العامة" الواردة في المادة 23 مكرر 2 كافية للدلالة على المراد والمقصود من هذا المصدر.

[3] أي أن هذا الفرع بالذات هو الميدان الخصب والملائم لتكوين مثل تلك المبادئ، وإن كانت الفروع الأخرى كالاختصاص القضائي الدولي والجنسية والموطن ومركز الأجانب هي الأخرى لا تخلو من مبادئ عامة ولكنها لا تدخل ضمن مفهوم مبادئ القانون الدولي الخاص محل البحث. (أنظر، غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص-الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص وتنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة)، ط2، 1998، ص249.)

- الحلول التي يقررها القاضي بالاستناد إلى هذا المصدر هي محض حلول مستسقاة من مبادئ مستخلصة من نظم وطنية داخلية من الصعب ردها إلى مصدر دولي ملزم[1].

ثانيا: موضع مبادئ القانون الدولي الخاص بين مصادر هذا القانون

لقد حددت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري بدقة ووضوح ترتيب المصادر الرسمية للقانون المدني وهي التشريع أولا يليه العرف ثم مبادئ الشريعة الإسلامية ثم قواعد العدالة، أما المصادر المفسرة فهي القضاء يليه الفقه. لكن هذا التحديد هو في إطار القانون المدني وهو لا يشمل القانون الدولي الخاص باعتباره فرع مستقل عن القانون المدني بالرغم من ورود نصوص تنازع القوانين بين مواد هذا القانون.

أما بالنسبة للقانون الدولي الخاص فإن إيجاد مثل هذا الترتيب ليس بالأمر الهين لعدم وجود تشريع موحد يجمع قواعد القانون الدولي الخاص الجزائري عكس بعض التشريعات التي سبقت الجزائر في ذلك[2] مما يطرح التساؤل عن موقع مبادئ القانون الدولي الخاص بين مصادر القانون؟

توجد في القانون المقارن نزعتان إحداهما عالمية تغلب المصادر الدولية على المصادر الداخلية استنادا على أن القانون الدولي الخاص يتعلق بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية تنظيما غير وطني بهدف توحيد قواعد إسنادها، وبالتالي لابد أن تطبق المصادر الدولية بالأولوية عن المصادر الداخلية. ونزعة وطنية تعتبر القانون الدولي الخاص فرع من فروع القانون الداخلي ولكل دولة

[1] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص65.

[2] يعتبر التشريع التونسي من القوانين المقارنة التي عالجت مسألة ترتيب مصادر القانون الدولي الخاص من خلال المادة 26 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الصادر سنة 1998 التي جاء فيها: "إذا كانت العلاقة القانونية دولية، يطبق القاضي القواعد الواردة بهذه المجلة، وعند التعذر، يستخلص القاضي القانون المنطبق بتحديد موضوعي لصنف الإسناد القانوني".

قانونها الدولي الخاص، وما دامت الأنظمة القانونية الوطنية مختلفة فإن هذا الاختلاف ينعكس أيضا على الصعيد الدولي، ولو وجدت مبادئ أساسية مشتركة بين الأنظمة المختلفة[1].

وفقا لهاتين النزعتين لقد اختلفت الآراء في ترتيب وتحديد مصادر القانون الدولي الخاص ووجدوا اختلافا كبيرا إذ يرى جانب من الفقه أن ترتيب مصادر القانون الدولي الخاص هو: المعاهدات ثم التشريع ثم مبادئ القانون الدولي الخاص ويستنبطها القاضي من العرف الوطني والدولي وأحكام القضاء الداخلية والدولية وأراء الفقه واجتهاداته بشكل عام[2].

ويشير جانب آخر إلى أن "مبادئ القانون الدولي الخاص" تعد مصدرا رسميا ملزما وليس تفسيريا كما هي الحال بالنسبة للفقه كمصدر من مصادر القانون المدني، وهي تحمل من سمات الدقة والوضوح والتخصص ما يجعلها تختلف عن قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة[3]. في حين يشير جانب آخر أن هذا المصدر يأتي في المرتبة الرابعة في ترتيب مصادر القانون الدولي الخاص بعد الاتفاقيات الدولية والتشريع والعرف[4].

وبالرجوع لنص المادة 24 من القانون المدني المصري (تقابلها المادة 23 مكرر2 من ق.م.ج) فإنه يفهم منها أن هذه المبادئ تأتي مباشرة بعد التشريع من دون اعتداد بالعرف لكن هذا الاسقاط للعرف ليس متعمدا لأن العرف يتزل منزلة التشريع في حال غيابه، وبالتالي تصبح المبادئ هي المصدر الثالث بعد التشريع والعرف[5].

ولقد رأى جانب من الفقه المصري أنه وإن كان النص يوحي بأولوية المبادئ على قواعد العرف ولكن الأعمال التحضيرية للقانون توضح بأنه أراد تقديم هذه المبادئ على القانون الطبيعي

---

[1] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص33.

[2] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص76.

[3] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص82.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص160.

[5] وسام توفيق عبد الله، المرجع السابق، ص48.

وليس على العرف وقد ورد صراحة في المذكرة الإيضاحية "أن القاضي يرجع أولا إلى العرف إن وجدت قاعدة عرفية تعين القانون الواجب تطبيقه في مسألة من مسائل تنازع القوانين لأن العرف يقوم مقام النص عند غيابه فإن لم يجد القاضي عرفا طبق مبادئ القانون الدولي الخاص."

حسب رأينا واستنادا لنص المادة 23 مكرر 2 ق.م.ج فإنه يستشف منه وبصفة واضحة أن هذه المبادئ هي المصدر الثاني بعد التشريع.

وهناك جانب من الفقه من اعتبر هذا المصدر إلزاميا وليس مفسرا باعتبار أن عبارة "يتبَع..." والتي تقابلها في التشريع الجزائري عبارة "تطبَق..." الواردة في النص توحي بأن القاضي ملزم بالرجوع إلى تلك المبادئ لأن النص جاء بصيغة الإلزام[1]. لكن على الرغم من ذلك كله لا نستطيع القول بأن القاضي ملزم بالكشف عن تلك المبادئ لأن هذا العمل بطبيعة الحال هو من قبيل الاجتهاد وهو يحتاج إلى الاطلاع الواسع على القانون المقارن وما استقر عليه الفقه والقضاء في الدول الأخرى وهو ما قد يصعب على القاضي في بعض الأحيان لذا نحن من مُؤيدي القائلين بأن تُعد مبادئ القانون الدولي الخاص مصدرا تفسيريا مكملا وليس ملزما.

وفي الأخير لا ننكر الدور الفعال لكل من الفقه[2] والقضاء[3] باعتبارهما مصدرين من مصادر القانون الدولي الخاص، ومرتبطين ارتباطا وثيقا بمبادئ القانون الدولي الخاص. فحتى وإن كانا من المصادر التفسيرية، والتي يتم اللجوء إليهما عند انعدام القاعدة القانونية أو غموضها، فإن لهما دورا هاما قد يصل إلى خلق القاعدة القانونية.

---

[1] وسام توفيق عبد الله، المرجع السابق، ص50.

[2] يحاول البعض التمييز بين الفقه الوطني والفقه الدولي بأن الفقه الوطني هو أراء وأفكار الفقهاء الذين يقومون بدراسة موضوعات القانون الدولي الخاص أما الفقه الدولي فهو آراء الفقهاء الذين يحاولون تكوين فقه قانون دولي خاص بالمعنى الصحيح، أي مجموعة قواعد ليست خاصة بدولة معينة بل مشتركة بين الدول. (أنظر، جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة، بغداد، 1949، ص29، 38.

[3] القضاء الوطني في بعض الدول ساعم بشكل كبير في وضع مبادئ القانونية التي تعد جزءا لا يتجزأ من قواعد القانون الدولي الخاص، ويعتبر اجتهاد القضاء الفرنسي والقضاء الأمريكي خير مثال على ذلك.

أما فيما يتعلق بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة المذكورة في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، فكما سبق وأن ذكرنا فإن مبادئ القانون الدولي الخاص تطبق بالأولية عنها.

البند الثاني:

دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في مجال أهلية الالتزام الصرفي

حسب ما تقدم يمكن لمبادئ القانون الدولي الخاص باعتبارها مصدرا من مصادر هذا القانون أن تغذي القضاء في خصوص العلاقات الخاصة الدولية فيستنبط بالرجوع إليها قواعد تنازع غير منصوص عليها، كما يمكن للقاضي أن يقيد من الحكم العام الوارد في قانونه فيخرج من نطاق قاعدة الإسناد-في حدود معينة-بعض مفرداتها. كما قد يكون الرجوع لهذه المبادئ وسيلة القاضي لتفسير نص عنده. أو وسيلة القاضي للكشف عن حكم موضوعي لا عن قاعدة إسناد[1].

حسب ما تم توضيحه سابقا، فإنه تقتضي الطبيعة الخاصة للسندات التجارية عدم إعمال القاعدة العامة في الأهلية أي المادة 10 من ق.م.ج. فإخضاع الأهلية لقانون جنسية الملتزم-كما هي القاعدة العامة في شأن التصرفات عموما-أمر يثير صعوبات بالغة في خصوص الأوراق التجارية. فمن الصعوبة بالنسبة للحامل الأخير للورقة أن يقف على جنسية الملتزمين فيها، وتزداد الصعوبة أكثر كلما زاد عدد الملتزمين في الورقة وهكذا. وبدلا من يصبح تواتر التوقيعات على الورقة التجارية مصدر ثقة فيها يغدو مبعث قلق وعدم اطمئنان وهو ما تتثاقل معه الورقة في التداول، الأمر الذي قد يعيق عملها في نطاق التجارة الدولية بصورة غير مرغوب فيها[2].

نحن من مؤيدي الدكتور "عكاشة عبد العال" الذي كان قد نادى القضاء المصري إلى البحث عن القانون الذي يحكم أهلية الالتزام الصرفي لعدم ملاءمة حكم المادة 11 مدني مصري في هذا الشأن نظرا لما للأوراق التجارية من طبيعة خاصة بها.

---

[1] عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي-العمليات المصرفية الدولية-، المرجع السابق، ص186.

[2] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص123.

والذي قال "أن الأجدر أن يطبق في هذا الصدد قانون محل إبرام التصرف جنبا إلى جنب مع قانون الجنسية. فيكفي أن يكون التصرف صحيحا من وجهة نظر أي من هذين القانونين، الأمر الذي يترتب عليه عدم تطبيق قانون الجنسية، إلا إذا كان أقل تشددا من قانون محل إبرام التصرف."[1]

فبطبيعة الحال يكون تطبيق قانون الجنسية وحده على أهلية الالتزام الصرفي، مبعثا لتجريد الورقة التجارية من الثقة والائتمان، وبالتالي عرقلة تداولها.

في رأينا وحفاظا على خصائص السندات التجارية، على التشريع الجزائري وبالاستناد لنص المادة 23 مكرر 2 ق.م.ج أن يأخذ بما أخذ به التشريع المصري الذي استجاب لما دعا إليه الدكتور "عكاشة عبد العال" حرفيا، فبعدما كان يعتمد على نص المادة 11 ق.م.مصري في تحديد الأهلية للملتزم الصرفي، وضع نصا خاصا يحكمها والمتمثل في نص المادة 388 من التقنين التجاري المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999. والذي أصبح يطبق من خلاله قانون محل إبرام التصرف جنبا إلى جنب مع قانون الجنسية.

أما التساؤلات التي شككت في جدوى هذا الحل، والمتمثلة في أن إخضاع أهلية الالتزام الصرفي لقانون محل نشوئه يضر بمصالح التجارة الدولية، وأن هذا الحكم فيه مساس بالحماية الواجبة للملتزم ذاته. فيتم الرد عليها بأن تطبيق قانون محل نشوء الالتزام الصرفي من شأنه أن يحقق مصالح التجارة الدولية ويشجع الأفراد على التعامل بالسندات التجارية وهو قانون يتفق والسرعة والثقة التي تتميز بها هذه السندات. أما فيما يتعلق بحماية الشخص فالأغلب أن هذه الحماية لا تتعرض لخطر نتيجة إخضاعها لقانون محل نشوء الالتزام الصرفي وذلك لسبب بسيط هو أن التباين بين غالبية التشريعات بخصوص الأهلية ليس بالفارق الكبير الذي يتباين معه الإدراك العقلي من

[1] عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي-العمليات المصرفية الدولية-، المرجع السابق، ص189.

شخص لآخر. كما أن المشرع لا يحمي الشخص نفسه في هذه الحالة وإنما يتدخل لحماية المتعاملين معه حتى تسود الثقة في التعامل[1].

وكحوصلة لهذه الدراسة المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية الالتزام الصرفي، فإنه يمكن القول بأنه بالرغم من أهمية تطبيق قانون الجنسية على أهلية الشخص، وما يحققه هذا القانون من حماية للفرد، إلا أنه في نطاق الالتزامات الصرفية يلقى تطبيق هذا القانون صعوبات عدة، وذلك لما تمتاز به هذه السندات من خصائص جوهرية أهمها السرعة والثقة.

وبالتالي من أجل التغلب على الصعوبات التي ترافق تطبيق قانون الجنسية على أهلية الالتزام الصرفي رأينا أن لأجدر والأفضل التحول من الضابط الشخصي إلى الضابط المكاني، فتطبيق قانون محل نشوء الالتزام على أهلية الالتزام الصرفي يكون أكثر ملائمة من تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته، لكن هذا التطبيق لا يكون بإلغاء أحدهما الآخر وإنما يكون بالأخذ بالأكثر منهما ملائمة وترك الآخر كضابط احتياطي. أي تكون بمنح الأولية للضابط الذي يتجنب الصعوبات ويتماشى ومتطلبات الالتزامات الصرفية.

المبحث الثاني:

القانون الواجب التطبيق على رضا ومحل وسبب الالتزام الصرفي

باعتبار أن الشروط اللازمة لصحة الالتزام الصرفي والمتمثلة في كل من الرضا والمحل والسبب لم تحظى بتنظيم خاص ضمن أحكام اتفاقيتي جنيف، مثلما حظيت به الأهلية، فإنه يتم التساؤل حول ما هو القانون المختص بالفصل في هذه المنازعة؟ مثلا، ماذا لو تمسك المدين-ساحبا كان أو قابلا أو مظهراً أو ضامنا احتياطياً-بانعدام رضائه أو بأن ليس لالتزامه سببا مشروع؟ فهل يتم الرجوع في ذلك للقواعد العامة في تنازع القوانين، وبالأخص المادة 18 من القانون المدني

[1] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 125 و126.

الجزائري والتي تتضمن ضابطا أصليا وضوابط أخرى احتياطية؟ أي هل نأخذ بهذه الحلول فيما يتعلق بالالتزامات الصرفية ذات الطبيعة الخاصة، أم لابد من وضع شروط أو قيود على هذا النص، والقول بأنه خاص بالالتزامات التعاقدية بصفة عامة، ولا توجد قاعدة إسناد خاصة بالالتزام الصرفي؟

فأمام هذه التساؤلات، وإجابة عليها سيتم التطرق إلى القانون الذي يحكم الرضا في الالتزام الصرفي (**المطلب الأول**)، ثم للقانون الذي يحكم المحل والسبب في الالتزام الصرفي (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول:

القانون الذي يحكم الرضا في الالتزام الصرفي

العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين. وتوافق الإرادتين أي الإيجاب الصادر من الطرف الأول مع قبول الطرف الثاني، هو ما يعبر عنه بالتراضي أو الرضا[1]. والإرادة هي من الأشياء المعنوية الكامنة في النفس والتي لا يمكن الوقوف عليها أو تحديد معالم شكلها إلا من خلال التعبير عنها، وتجسيدها في صورة مادية.

في إطار السندات التجارية لابد من القيام بالعمل المادي والمتمثل في التوقيع، للتحقق من الإرادة الصحيحة للملتزمين الصرفيين، فقد اعتبر القانون الموحد والقانون الجزائري على غرار جل التشريعات، التوقيع من أهم البيانات الإلزامية التي يجب توافرها في السند التجاري[2].

مع ملاحظة أن الرضا الذي نعنيه في هذه الدراسة-بوصفه شرطا موضوعيا لصحة السند التجاري-هو رضا الملتزم في الورقة، أيا كانت صفته، وليس الرضا الذي يجب توافره لقيام العلاقة الأصلية التي ينشأ الالتزام الصرفي تنفيذا لها.

---

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص78.

[2] سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي للأسناد التجارية، المرجع السابق، ص116.

وبما أن هذا الموضوع لم يكن من المواضيع المعالجة في إطار القانون الموحد، ولا من المواضيع التي تم معالجتها بموجب قاعدة إسناد محددة في التشريع الجزائري، فإنه ما علينا سوى الأخذ بما جاءت به القواعد العامة في هذا الصدد، وما قال به الفقه الغالب[1] بإخضاع الالتزامات الناشئة عن السند التجاري بصفة عامة لقانون الإرادة.

أي الرجوع في القانون الجزائري لأحكام المادة 18 من ق.م.ج التي تمنح إرادة الأطراف صلاحية تحديد القانون الواجب التطبيق، واعتبارها ضابطا أصليا يعتمد عليه القاضي أولا وأخيرا، والتي تمنح القاضي إمكانية اللجوء للضوابط الاحتياطية وتطبيقها في حال عدم تحقق الفرض السابق.

لكن لما كانت هذه المادة تخص الالتزامات التعاقدية بصفة عامة، فإننا نتساءل عن مدى ملاءمة هذه المادة لحكم الالتزامات الصرفية بصفة خاصة؟

هذا ما سيتم توضيحه من خلال التطرق إلى قدرة ضابط قانون الإرادة على تحديد القانون الذي يحكم الرضا في الالتزام الصرفي (**الفرع الأول**)، ثم التطرق لكيفية تحديد قانون الإرادة المنصوص عليه في المادة 1/18 ق.م.ج لحكم الرضا في السندات التجارية (**الفرع الثاني**).

[1] Loscot et Roblot , Les effets de commerce, Lettre de change, billets à ordre, paris, 1953,N.1056
- Roblot, les effets de commerce, sirey,1975, N 661.
- Loussouarn et Brebin, Droit de commerce international, Paris, sirey, 1969,N 452.

الفرع الأول:

قدرة ضابط قانون الإرادة على تحديد القانون الذي يحكم الرضا في الالتزام الصرفي

تجمع التشريعات[1] على إخضاع عقود التجارة الدولية لما يسمى "بقانون الإرادة". وهذه الإرادة وإن كان على الصعيد الداخلي تهدف لمنح الأطراف المتعاقدة الحرية في إبرام العقود، فإنها على الصعيد الدولي تسعى لمنح الأطراف المتعاقدة الحرية في تحديد القانون الذي يحكم التزاماتهم الداخلية.

وحتى يتم تحديد مدى قدرة قانون الإرادة على حل المنازعات المتعلقة بالالتزامات الصرفية، سيتم التطرق لمفهوم قانون الإرادة كضابط إسناد لحل مشكل تنازع القوانين (**البند الأول**)، ثم تقدير قاعدة قانون الإرادة في الالتزام الصرفي (**البند الثاني**).

البند الأول:

مفهوم قانون الإرادة كضابط إسناد لحل مشكل تنازع القوانين

إن مضمون قانون الإرادة في العلاقات الدولية الخاصة يتمثل في أن الحرية متروكة للمتعاقدين في تعيين القانون الذي يُخضعون له العقد إذا كان هذا العقد مما يتحمل خضوعه لقوانين بلاد مختلفة[2]. أو هو إمكانية الأطراف اختيار القانون الذي يحكم العلاقة القانونية القائمة بينهم.

---

[1] إعمال قانون الإرادة مقرر في التشريعات العربية، وذلك في المادة 18 من ق.م.الجزائري، المادة 19 من ق.م.المصري، المادة 25 من ق.م.العراقي... كما هو منصوص عليه في التشريعات الأجنبية، وذلك في المادة 41 من ق.م. الاسباني، المادة 117 من القانون الألماني. كما هو مبدأ مكرس عند كل من القضاء الفرنسي والقضاء الإنجليزي. وكذا الاتفاقيات الدولية، من ذلك اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 يونيو 1955 والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، واتفاقية لاهاي المبرمة في 14 مارس 1978 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على النيابة وعقود الوساطة.

[2] إبراهيم نجار، أحمد زكي بدوي، يوسف تلالان القاموس القانوني، طبعة ثامنة، مكتبة لبنان، بيروت، 2002، ص34.

لكن على الرغم من استقرار قاعدة قانون الإرادة وما ينتج عنها من حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم في جل النظم القانونية المقارنة[1] والاتفاقيات الدولية والأنظمة القضائية، إلا أن تطبيق هذه القاعدة مازال مختلفا فيه كما يبدو من النصوص التشريعية وأحكام القضاء وآراء الفقه[2].

ويمكن إجمال هذا الاختلاف في ثلاثة اتجاهات، تتمثل في الآتي:

-مضمون النظريتين الشخصية والموضوعية بشأن قانون الإرادة

يختلف الأساس القانوني لمنح الإرادة حق اختيار القانون الواجب التطبيق باختلاف النظرة إلى دور الإرادة حيث يختلف هذا الدور بين نظريتين تناولتا هذا الموضوع هما النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية[3].

فأما النظرية الشخصية فقد قدست مبدأ سلطان الإرادة إلى حد القول بأن "إرادة المتعاقدين هي شريعتهم الملزمة وهي لا تحتاج في هذا الإلزام إلى قوة القانون فالعقد ملزم في ذاته وهو لا يستمد هذا الإلزام من القانون وإنما من إرادة المتعاقدين"[4].

إذن حسب أنصار هذه النظرية للأفراد حرية مطلقة في هذا الاختيار مع ما يترتب على ذلك من نتائج أهمها:

---

[1].Pierre Mayer, Droit International Privé, 5e éd, Morchestien, 1994, p.456
- Dominique Bureau, l'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois, Mélanges en hommage afronçoisterée, presses universitaires de France, éd. Paris 1999, p.186.

[2] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص268.

[3]سامي بديع منصور، أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2000، ص398.

[4] هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص101.

-أن اندماج القانون في العقد يعني ذوبان الأول في الثاني وانصهاره فيه فيصير شرطا من شروطه

-ليس بالضرورة أن يخضع العقد لقانون معين، فقد يكون العقد بذلك طليقا.

-ليس بشرط أن تكون ثمة صلة بين أكثر من قانون لاستخلاص نظام قانوني عام يخضع له العقد في مجموعه، أو أن يتم إخضاع كل جزء من أجزائه لقانون مختلف مع ما يترتب على ذلك من تجزئة للعقد[1].

ومن بين الاتفاقيات الدولية التي تبنت الرأي الموسع لقانون الإرادة، اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 التي نصت في المادة 7 منها على أن: "الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على النزاع"[2]، كما قررت لائحة روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة 1/3 منها على أنه: "يخضع العقد للقانون الذي اختاره الأطراف."[3]

أما النظرية الموضوعية والتي يرجع أصلها إلى الأستاذ الألماني "سافيني" والتي تطورت فكرتها على يد الأستاذ "باتيفول"، ترفض التسليم بإطلاق دور الإرادة في اختيار قانون العقد، وإن كانت تبقي على هذا الدور في الحدود التي تقضي باعتبار الإرادة عنصرا في تركيز العلاقة العقدية في نظام قانون معين وليس أساسا لها[4]. فهذه النظرية تغلب سلطان القانون على إرادة المتعاقدين فسند

---

[1] عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية-دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص

[2]-Art 7du convention européenne sur l'arbitrage commercial, Genéve, 21 avril 1961 : « Les parties sont libre de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige. »

[3] -Art 3Al 1 du Règlement (CE) N°593/2008 dispose que : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. »

[4] خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2002، ص126.

اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقدهم هو القانون وبهذا تعد إرادة المتعاقدين ضابط إسناد يشير إلى القانون الواجب التطبيق[1].

وقد أخذت بهذا الاتجاه محكمة النقض الفرنسية، وذلك من خلال تأكيدها في حكمها الصادر في 21 جوان 1950 على أن:" كل عقد دولي يخضع حتما لقانون دولة معينة"[2].

ومن بين الاتفاقيات الدولية التي التزمت بهذا الرأي، اتفاقية لاهاي لسنة 1955 المتعلقة بالبيوع ذات الطابع الدولي للمنقولات المادية، والتي نصت في المادة الثانية منها على أن: "البيع يكون منظما بواسطة القانون الداخلي للدولة المعين بواسطة الأطراف المتعاقدة"[3].

فالإرادة حسب أنصار هذه النظرية يقتصر دورها على الكشف عن مركز الثقل في العلاقة العقدية والتي تخضع على هذا النحو لقانون هذا المركز. ويترتب على ذلك أنه إذا تبين للقاضي أن القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين يبتعد عن مركز الثقل الفعلي في العلاقة العقدية فقد أصبح من حقه–بل من واجبه–أن يصحح هذا الاختيار ويطبق القانون الأوثق صلة بالعلاقة والذي تجاهله الأطراف[4].

– النظرية المزدوجة (النظرية الذاتية المعتدلة)

هي نظرية وسط بين كل من النظرية الشخصية، والموضوعية، نادت بضرورة منح المتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، استنادا لحقهم المقرر بموجب

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001/2000، ص39.

[2] هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 356.

[3] Art 2 Al 1du convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels : « La vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes. »

[4] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص347.

قاعدة الإسناد، واحتراما لتوقعاتهم، ولكنه وضع في الوقت ذاته حدودا لتلك الإرادة والتي يجب أن ينتج عنها الإفلات من الأحكام الآمرة للقوانين المختارة.

وعلى هذا الأساس، يتضح أن هذا الاتجاه حاول الموازنة بين حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وبين إرساء هذه الحرية على أسس مشروعة، وهذا ما ذهبت إليه اتفاقية روما لسنة 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع في مادتها السابعة فقرة أولى[1].

-موقف القانون الجزائري من هذه الاتجاهات:

بالرجوع للقانون المدني الجزائري، قبل تعديله في 2005 نجد أن المادة 1/18 منه كانت تنص على ضابطين للإسناد هما، قانون الإرادة وقانون محل الإبرام، والمعول عليه في نظر شراح القانون الجزائري، أن قانون الإرادة هو الضابط الأساسي للتصرفات القانونية، وفي حالة عدم الاختيار الصريح أو الضمني يرجع إلى قانون محل الإبرام، وبالتالي المشرع هو من يتولى بنفسه عملية التركيز في حال عدم الاختيار[2].

ومن الانتقادات الموجهة لهذه المادة أنها أخذت بحرية الاختيار المطلقة التي جاء بها أنصار النظرية الشخصية، في وقت كانت قد اعتمدت فيه أغلب النظم القانونية، ضرورة وجود صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين.

وتماشيا مع كان معمول به في أغلب القوانين في هذا الشأن، تم تعديل نص المادة 18 من ق.م بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، والذي أصبح نصه كالآتي:" يسري

[1] جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص66.

[2] موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج1، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص362. والطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص220.

على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد."

نستنتج من هذا النص أن المشرع الجزائري، منح الأطراف حرية اختيار القانون الذي يحكم تصرفاتهم القانونية إلا أنه لم يترك لهم الحرية المطلقة في هذا الاختيار، وإنما اشترط ضرورة أن يكون لهذا الاختيار صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد[1]. واشتراط الصلة الحقيقية حسب الأستاذ زروتي الطيب تخول القاضي مراقبة عملية الاختيار، لاستبعاد الاختيار غير النزيه المشوب بالتحايل[2].

إضافة لذلك ولكي يسمح للمتعاقدين باختيار قانون يحكم علاقتهم التعاقدية، يشترط:

1-أن يكون العقد دوليا: بأن يتضمن عنصرا أجنبيا، أي أن يكون إما أحد الطرفين أو موضوع العقد سببه أجنبيا. مع ملاحظة أن بعض التشريعات تشترط أن يكون العنصر الأجنبي مؤثرا لكي نقول بأن العقد دوليا[3].

---

[1] تعددت الآراء بخصوص ما إذا كان للأطراف حرية اختيار أي قانون أم يتوجب عليهم اختيار قانون له صلة بالعقد، بحيث اتجه جانب من الفقه إلى منح المتعاقدين حرية مطلقة في اختيار القانون الذي يحكم العقد، طالما أن هذا الاختيار قانوني لا يتعارض مع النظام العام، و لم ينعقد له الاختصاص بطريق الغش نحو القانون، في حين اتجه رأي آخر إلى تقييد حرية المتعاقدين، وعدم منحهم صلاحية اختيار قانون منبت الصلة بالعقد، ذلك أن الصلة بين العقد وقانون الإرادة هي التي تبرر اختياره، وهذا الرأي هو الذي أخذ به المشرع الجزائري. (جندولي فاطمة، المرجع السابق، ص67.)

[2] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 244.

[3] حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: المبادئ العامة لتنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص371.

2-الشكل الذي يرد فيه الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على العقد: الأصل أن للشخص الحرية في أن يعبر عن إرادته بالطريقة التي تحلو له[1]، فالعاقد له الحرية الكاملة في ذلك، فالقانون لا يستلزم أن يكون التعبير بوسيلة معينة. وهذا تطبيقا لمبدأ رضائية العقود، ولا يستثنى من ذلك إلا الحالات التي نص عليها القانون[2].

بما أن المشرع الجزائري لم ينص في المادة 18 على شكل خاص للاتفاق المنصب على اختيار قانون ليحكم العقد الدولي، معنى ذلك أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون رضائي أو مكتوب.

لكن هل يعتد بالتعبير الصريح للإرادة فقط أم يعتد أيضا بالتعبير الضمني؟ بالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني بالأخص المادة 2/18 السالفة الذكر فإن المشرع الجزائري يعتبر التعبير عن الإرادة يكون صريحا أو ضمنيا[3].

هذا وإن كان قد أعطى المشرع الجزائري لضابط قانون الإرادة الأولية في التطبيق، إلا أنه وفي حال عدم الاختيار، فإنه منح القاضي ضوابط إسناد أخرى للتطبيق وذلك حسب الترتيب الذي أملاه المشرع في المادة 18 ق.م، وذلك الترتيب هو ملزم للقاضي، بحيث يجب تطبيق القانون المختار أولا، في حال عدم الاختيار يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حال غياب ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

---

[1] نصت المادة 60 من ق.م.ج على أنه:" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

ويجوز التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 83.

[3] عبد الناصر بلميهوب، دراسة تحليلية ناقدة للمادة 18 من التقنين المدني الجزائري، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول "تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، يومي 21 و22 أفريل 2010، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة، ص172، منشور عبر الموقع الإلكتروني:www.manifest.univ-ouargla.dz .

إن هذا الحل الذي أتى به المشرع الجزائري، يرمي إلى رفض النظرية الأنجلوأمريكية الخاصة "بالقانون المناسب للعقد"، أو أي نظرية تدع المجال واسعا أمام تقدير القاضي عند تحديد قانون العقد[1].

هذا الحل في تقديرنا وإن كان يعد إيجابيا بالنسبة لبعض العقود الدولية، إلا أن فيه من السلبية أو العيوب، التي تجعله غير مواكبا للطبيعة الخاصة لبعض العقود-كما هو الشأن بالنسبة لموضوع دراستنا كما سنرى.

البند الثاني:

تقدير قاعدة قانون الإرادة في الالتزام الصرفي

بالنسبة للالتزام الصرفي ذهب الفقه الغالب للقول بخضوع الشروط الموضوعية في الورقة التجارية لقانون الإرادة صريحة كانت أو ضمنية. إلا أن هذا الرأي لم يسلم من المعارضة، ولأهمية ما ينطوي عليه هذا الخلاف الفقهي، سيتم التعرض لآراء المعارضين والمؤيدين بشأن خضوع الشروط الموضوعية لقانون الإرادة.

أولا: المنكرون لدور الإرادة في تحديد القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية في السندات التجارية:

يعتبر الأستاذ " Arminjon" من أشد المنكرين لإعطاء إرادة الأطراف دورا في اختيار القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية في السندات التجارية، بل ينتقد وبشدة قاعدة إخضاع العقد بصفة عامة لقانون الإرادة[2].

[1] محمد سعد الدين، قانون الإرادة وضوابط إعماله لحل مشكل تنازع القوانين في العقود الدولية، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 10، 2013، ص209.

[2] Arminjon, Précis de droit international privé commercial, op.cit, p.298.

وتتلخص حجج أنصار هذا الاتجاه في الآتي:

- أن قانون الإرادة بالمعنى المتعارف عليه كان صالحا للتطبيق في وقت لم يهيمن فيه على مضمون العقود الدولية إلا المبادلات الزراعية، و لم يعد ذلك متماشيا مع معطيات التجارة الدولية الحديثة لأن تطبيق هذه القاعدة سيقود الى تطبيق قانون معين على تلك العقود[1].
- إن التسليم بحق المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يعد تدخلا في عمل المشرع لأنه عبارة عن تحديد لنطاق سلطان القانون، وإذا كان الأمر كذلك فإن القواعد الآمرة في القانون المختص تفرض نفسها حتى في الحالة التي يرجع فيها أحد أطراف الالتزام الصرفي إلى قانون آخر ليحكم التظهير أو القبول والضمان الاحتياطي، والمفروض أن القانون هو الذي يحدد الأشخاص والأقوال والتصرفات التي يحكمها وليس الأشخاص هم الذين يحددون القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم[2]. إلا أنه تم الرد على هذه الحجة بأن حرية الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق ليست مستمدة من مبدأ سلطان الإرادة، وإنَّما من قاعدة الإسناد التي أعطت للأفراد حق اختيار القانون الواجب التطبيق.
- إن تطبيق هذه القاعدة قد يؤدي إلى نتائج غير مقبولة وذلك إذا كان القانون المختار من قبل الطرفين يقضي ببطلان العقد[3]. وقد رد الفقه على هذه الحجة بالقول بأن إرادة الأفراد لا تقوم بتعيين القانون المختص وإنما تقوم بتركيز العقد في مكان معين، فإذا تم تركيز العقد على هذا النحو فان قانون ذلك المكان هو الذي يكون واجب التطبيق. ولذلك فلا غرابة أن يقضي القانون الواجب التطبيق ببطلان العقد في بعض الحالات فهذا البطلان ليس نتيجة لتطبيق قانون اختارته إرادة المتعاقدين وإنما هو نتيجة لتطبيق القواعد الآمرة في قانون المكان الذي تركز فيه العقد.

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص11.

[2] هشام علي صادق، تنازع القوانين في المبادئ العامة والحلول، المرجع السابق، ص 649.

[3] هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص651.

- إن الأخذ بالإرادة الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق بفتح المجال لتحكم القضاء في تحديد هذا القانون، ولهذا الأمر خطورته على تداول السند التجاري لأَنَّ حامل السند لا يمكنه معرفة القانون الواجب التطبيق ومن ثمَّ لا يتمكن من معرفة جوهر الالتزامات المترتبة بذمته، لأن تحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة سيقوم به القضاء، وقد يصل الأمر بالقاضي إلى إخضاع التصرف القانوني لقانون لم يخطر على بال المتعاقدين عند ابرامهم لتصرفهم القانوني.
- إن اعطاء الافراد حق اختيار القانون الواجب التطبيق يعني جواز أن يختاروا أكثر من قانون واحد ليكون واجب التطبيق على إنشاء الورقة التجارية وتحديد الآثار المترتبة عليها وتنفيذها، مما يؤدي الى تجزئة الصك وإخضاعه لأكثر من قانون.[1]

ثانيا: القائلون بإخضاع الشروط الموضوعية في السندات التجارية لقانون الإرادة.

ذهب جانب من الفقه والقضاء، إلى القول بأنه لا يوجد ما يمنع من تطبيق المبدأ العام على الالتزامات الصرفية. وحججهم في ذلك:

- إن صمت اتفاقيتي جنيف عن تحديد القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية في السندات التجارية، ليس من شأنه استبعاد كل دور للإرادة، لأنه ما أعياهم السبيل في النص على ذلك صراحة، بل إن صمتهم دلالة على رغبتهم في ترك المسألة لحكم القواعد التقليدية الثابتة والمتمثلة في إخضاع الشروط الموضوعية لقانون الإرادة[2].
- كما أن العمل على عدم تجزئة السند ليحكمه أكثر من قانون ليس من الأمور التي عملت اتفاقيتا جنيف على تجاوزها. وأكثر من ذلك، حرية اختيار الأطراف لقانون

[1] على حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص55.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص142.

الإرادة ليحكم الالتزام الصرفي محصورة بين كل من قانون محل نشوء الالتزام الصرفي وبين قانون مكان الوفاء[1].

- أما فيما يخص الصعوبات المتصورة بسب عدم اتفاق الأفراد صراحة على قانون معين يحكم الالتزام الصرفي فإنه يمكن التغلب عليها، كما هو الشأن في مجال التصرفات القانونية عموما، وذلك بالاعتماد على القرائن والدلائل التي تعين القاضي على القيام بتركيز هذا الالتزام في مقره الذي عينه سلطان إرادة الأطراف[2].

في الأخير وكتقدير للاتجاهين المتقدمين، فإن قانون الإرادة، صريحة كانت أم ضمنية، هو الذي يحكم الشروط الموضوعية في الورقة التجارية. لكن في الحدود التي تتفق والطبيعة الخاصة للالتزام الصرفي. فهذا الأخير يمتاز بمجموع من الخصائص الذاتية من كونه مستقلا ومجردا وشكليا، مما يستدعي عدم تطبيق القواعد العامة المقررة بشأن التصرفات بصفة عامة إلا في الحدود التي تتفق مع طبيعته الخاصة.

أي كخلاصة لما سبق يطبق قانون الإرادة، مع اجتهاد القاضي الذي لابد وأن يكون في صلة مع الوظيفة التي تؤديها السندات التجارية والدور الذي تلعبه في الحياة العملية من كونها سندات معدة للتداول السريع بمقتضى التظهير بين الأفراد، بحيث تنتقل من فرد إلى آخر بسلسلة متصلة غير منقطعة من التظهيرات في تواتر لا يقع فيه التعارف بين الملتزمين في السند مباشرة وإنما من خلال البيانات المذكورة في متنه، بالأخص التوقيع.

[1] سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص454.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص142.

الفرع الثاني:

كيفية تحديد قانون الإرادة المنصوص عليه في المادة 1/18 ق.م.ج لحكم الرضا في السندات التجارية

إن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية (الرضا) لالتزامهم الصرفي قد يكون بطريقة صريحة أو ضمنية، على هذا الأساس سيتم التطرق لحالة الاتفاق الصريح على القانون الواجب التطبيق على الرضا في الالتزام الصرفي (البند الأول) ثم حالة عدم اتفاق الأطراف صراحة على القانون الواجب التطبيق على الرضا في الالتزام الصرفي.

البند الأول:

الاتفاق الصريح على القانون الواجب التطبيق على الرضا في الالتزام الصرفي

يعتبر ضابط الإرادة الوسيلة المثلى لتسوية مشكلة تنازع القوانين في مجال الالتزامات الصرفية، وتتعزز فعالية هذا الضابط بأن يفصح أطراف الالتزام الصرفي صراحة عن إرادتهم فيقرون أن قانونا معينا كالقانون الإنجليزي أو الفرنسي هو الذي يحكم الشروط الموضوعية لالتزامهم الصرفي.

وهذا الاختيار منوط بضرورة توافر شرطين:

أولهما: تفرضه المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، ومفاده وجوب أن يأتي الاختيار الإرادي صحيحا وسليما. ومن ذلك اختيار الأطراف لقانون أجنبي بصورة يُقصد بها استبعاد قانون داخلي، وهذا ما يعد من قبيل الغش نحو القانون يوجب على القاضي الوطني عدم إعمال هذا الاختيار متى كان مخالفا للنظام العام في القانون المختص أصلا[1].

[1] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص146.

مثلا يتم إخضاع سفتجة للقانون الإنجليزي، بينما هي كانت معدة للتداول في الجزائر، وذلك بقصد التهرب من أحكام القانون الجزائري ذات الصفة الآمرة. أي الاختيار كان عن قصد ومنطويا على الغش نحو القانون.

ومن ثم يمكن القول بأن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية في الالتزامات الصرفية بصفة صريحة، يترتب عليه تجنيب القاضي عملية البحث عن القانون المختص الذي يحكم التزامهم، غير أن تطبيق هذا القانون يكون مقيدا بعدم مخالفته للنظام العام في دولة القاضي من جهة، وعدم ثبوت الاختصاص له بطريق الغش نحو القانون من جهة أخرى.

ثانيهما: شرط تفرضه أحكام الالتزام الصرفي ذاته بما تتميز به من خصوصية. ومفاده أن يُستقرأ هذا الاختيار الصريح مباشرة ضمن بيانات الورقة ذاتها-استنادا لمبدأ الكفاية الذاتية-دون حاجة الرجوع إلى وقائع أو عناصر خارجية عن السند ليس باستطاعة المتعامل في السند أن يقف عليها. وعليه لا يمكن التمسك في مواجهة حامل السند بنصوص قانون أجنبي لم يكن في مقدوره العلم به بمقتضى بيانات السند الذي آل إليه[1].

لكن في أغلب الأحوال قد لا يصرح الأطراف عن القانون الواجب التطبيق، مما يترتب على ذلك إسناد الالتزام إلى القانون الذي يتضح من ملابساته، وذلك من خلال كشف القاضي المعروض عليه النزاع عن نية الملتزمين والبحث عن الإرادة الضمنية لهم[2].

والاختيار الضمني اعترفت به معظم التشريعات العربية من بينها التشريع المصري الذي نص في المادة 19 من القانون المدني عبارة "...ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو

[1] Lescort, et. Roblot, op. cit, p.266.

[2] حبار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1987، ص90.

الذي يراد تطبيقه"[1]. أما فيما يتعلق بالمشرع الجزائري فإنه لم يورد مثل هذه العبارة في المادة 18 ق.م.ج ولكن يفهم من عبارة "القانون المختار من المتعاقدين"-هي عبارة مرنة-أنه قد يكون الاختيار صريحا كما قد يكون ضمنيا يكشف عنه القاضي من ظروف وملابسات العقد[2].

وهذا الاختيار الضمني الذي يحتاج إلى بحث وتحري، لا يمكن التسليم والأخذ به في مجال الالتزامات الصرفية، لأن من يتلقى السند لا يمكن له أن يعرفه أو يقف عليه من مجرد الاستناد إلى بيانات الورقة التجارية ذاتها وهو ما يتعارض مع مبدأ هام في الالتزامات الصرفية ألا وهو مبدأ الكفاية الذاتية.

أما بالنسبة لتركيز الإرادة الضمنية فإنه يجب تركيزها بطريقة تتفق وذاتية الالتزام الصرفي وخصوصيته وبما يساعد السندات التجارية على تحقيق الوظائف التي نشأت من أجلها. بمعنى أن يكون هذا التركيز الافتراضي منحصرا في الاختيار بين أحد قانونين اثنين: قانون محل نشوء الالتزام الصرفي أو قانون محل الوفاء به[3].

البند الثاني:

عدم اتفاق الأطراف صراحة على القانون الواجب التطبيق على الرضا في الالتزام الصرفي

في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الذي يحكم التزامه، نجد أن الفقه ينقسم في هذه الحالة إلى اتجاهين من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على الرضا.

[1] -خليفي مريم، الرهانات القانونية للتجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.

[2] جندولي فاطمة، المرجع السابق، ص75.

[3] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص147.

الاتجاه الأول: تطبيق قانون محل نشوء الالتزام

يذهب أنصار هذا الاتجاه[1] إلى إخضاع الرضا لقانون الدولة التي نشأ فيها الالتزام وحجتهم في ذلك أن تطبيق هذا القانون ينسجم مع المبدأ العام الذي تم استلهامه من اتفاقيتي جنيف والمتمثل في إخضاع الالتزامات الناشئة عن السند التجاري لقانون محل نشوء الالتزام، كما أن تطبيق هذا القانون ينسجم مع الارادة المحتملة لأطراف الورقة التجارية (الساحب والمظهرون) لأن القصد الأساسي لهؤلاء هو تسديد الدين الذي بذمتهم وكذلك هو الحال بالنسبة للمسحوب عليه القابل.

كما أن هذا القانون يكون واجب التطبيق على الشروط الشكلية للالتزام، وعلى الآثار المترتبة على الورقة التجارية وتطبيقه بهذا الوصف يؤدي إلى وحدة القانون الواجب التطبيق على الورقة التجارية.

إلا أن هناك عدة انتقادات توجه إلى هذه الحجج وهي:

لا يمكننا القول بشكل مطلق أنَّ تطبيق قانون مكان نشوء الالتزام ينسجم مع الإرادة المحتملة لأطراف الورقة التجارية، لأن هذا المكان يمكن أن يكون عارضا أو أن يكون متعددا في الورقة التجارية حيث يحدث كثيرا بأن لا يذكر مكان إنشاؤها. ويبدو ذلك واضحا نسبة لتحديد المكان الذي نشأ فيه التزام المظهر بالورقة التجارية[2].

أمَّا القول بأن تطبيق هذا القانون سيؤدي إلى وحدة القانون الواجب التطبيق على السند التجاري، فيمكن الرد عليه بأن ذلك يطبق على الشروط اللازمة لصحة نشوء الالتزام بالسند التجاري. ولا يمكن أن يطبق نسبة لبقية الالتزامات المترتبة عليها، فالسند يَرِد عليه عادة جملة من الالتزامات يمكن أن تتعدد أماكن نشؤه وبذلك تتعدد القوانين الواجبة التطبيق بهذا الشأن.

[1] محسن شفيق، المرجع السابق، ص 1197.

[2] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص15.

الاتجاه الثاني: تطبيق قانون محل الوفاء

حسب أنصار هذا الاتجاه يجب إخضاع الشروط الموضوعية في الورقة التجارية لقانون محل تنفيذ الالتزام (الوفاء بالورقة) بحجة أن مكان التنفيذ هو المكان الذي يتواجد فيه الحق وتتولد عن ذلك المنازعات وتتخذ الاجراءات التحفظية بشأنه، كما أن هذا المكان يتميز بكونه مؤكداً وموحداً، مما يؤدي غلى عدم تجزئة السند في حالة تنازع القوانين[1].

ويرى جانب من الفقه أن تطبيق قانون محل الوفاء يستند إلى عناصر تركيز موضوعية تتفق مع طبيعة الالتزام بالورقة التجارية، وهذه العناصر يمكن أن تستوحى من الوظيفة الاقتصادية التي يؤديها السند التجاري، وليس بالرجوع إلى الظروف الخاصة بكل التزام على حدة، إضافة إلى ذلك فإن الائتمان الذي تلعبه الورقة التجارية يوجب أن يكون حامل الورقة على علم بالقانون الواجب التطبيق، كل ذلك يستوجب تطبيق قانون محل الوفاء على الشروط الموضوعية في الورقة التجارية فيما عدا موضوع الأهلية[2].

بعد عرض الآراء الفقهية حول خضوع الشروط الموضوعية في الالتزام الصرفي لقانون الإرادة، والتعرض لنص المادة 18 الذي يحكم موضوع الالتزامات التعاقدية في القانون الجزائري، نرى أن الاستناد إلى إرادة الأطراف المنصوص عليها في المادة 1/18 من القانون المدني الجزائري في تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية في السندات التجارية وركن الرضا بصفة خاصة، لا يمكن اللجوء إليه إلا في الحالة التي يتفق فيها الأطراف صراحة على تحديد هذا القانون، أما في حالة عدم الاتفاق الصريح فإنه وحسب ما تم عرضه سابقا من آراء الفقه الغالب يتم تطبيق قانون بلد نشوء الالتزام وهذا يتطابق مع نص المادة 18 أو قانون محل تنفيذ الالتزام الصرفي، أو اللجوء إلى قانون محل الوفاء بالسند التجاري وذلك بالاستناد إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، بموجب نص المادة 23مكرر2 من القانون المدني الجزائري.

---

[1] Loussouarn et Brebin, op. cit, P. 547 – 548

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأواق التجارية، المرجع السابق، ص159.

وهذا الحل قال به الفقه المصري[1] الذي أشار إلى تطبيق المادة 19 من القانون المدني المصري عند بحثه لهذه المسألة. وهو نص يتطابق مع نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

أما في القانون الإنجليزي تخضع الشروط الموضوعية في العقد (الايجاب والقبول) وحقيقة التراضي وخلوه من العيوب لحكم القاعدة 46 فقرة أ من قواعد التنازع في ذلك القانون، والتي تنص: "على أن تكوين العقد يحكم وفق القانون الذي يبدو أكثر ملائمة للعقد إذا ما تمَّ إبرام عقد صحيح" ويقصد بتكوين العقد، الايجاب والقبول وحقيقة التراضي وخلوه من العيوب.

و لم يتضمن القانون الانجليزي للسفاتج لسنة 1882 قواعد خاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية مما يعني أنه ترك ذلك لحكم القواعد العامة في تنازع القوانين[2].

المطلب الثاني:

القانون الواجب التطبيق على شرطي المحل والسبب في الالتزامات الصرفية

السند التجاري باعتباره تصرفا إرادياً ينشأ عن إرادة الساحب (في الشيك أو السفتجة) والمحرر (في السند لأمر) لابدَّ له من محلٍ يضاف إليه ويكون قابلا لحكمه.

والالتزام الصرفي الناتج عن إنشاء السند التجاري وتداوله، كغيره من الالتزامات التعاقدية الأخرى حتى ينشأ صحيحا لابد وأن يكون سببه مشروعا وغير مخالفا للنظام العام.

على هذا الأساس سنبين القانون الواجب التطبيق على محل الالتزام الصرفي (الفرع الأول) وسببه (الفرع الثاني) في حالة التنازع.

---

[1] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص831.

[2] على حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص60

الفرع الأول:

القانون الذي يحكم محل الالتزام الصرفي

كل تصرف قانوني يتطلب وجود محل قابلا لحكمه، ولا نعتبر أمام سند تجاري إلا إذا كان محله أو موضوعه دفع مبلغ من النقود، وعلى هذا الأساس لا يمكن أن نتصور أن يكون المحل في السندات التجارية مستحيلا ولا مخالفا للنظام العام والآداب ولا ممنوعا قانونا. بل هو ممكن ومشروع في مختلف القوانين.

ويجب على هذا المحل المتمثل في مبلغ من النقود أن يكون معينا محددا في الورقة التجارية، لكن لم يشترط المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية (اتفاقيتي جنيف في هذا الشأن) حد أدنى أو أقصى للمبلغ الذي يجب أن يتضمنه السند التجاري (السفتجة)، كما لم يشترط كتابته بطريقة معينة، فيمكن أن تتم كتابته بالحروف أو بالأرقام ويمكن بالطريقتين معا.

وهذا حسب المادة 392 من القانون التجاري الجزائري التي نصت على "إذا كتب مبلغ السفتجة بالأحرف الكاملة والأرقام معا فالعبرة عند الاختلاف للمبلغ المحرر بالأحرف الكاملة.

وإذا كتب مبلغ السفتجة عدة مرات بالأحرف أو الأرقام فالعبرة عند الاختلاف لأقلها مبلغا".

وتعزيزا لمبدأ التعيين يجب أن يكون مبلغ السند التجاري غير معلق على شرط، حيث يجب أن تكون صيغة الأمر بالأداء مطلقة أي غير معلقة على شرط ولا مقترنة به ولا مضافة إلى أجل غير محدد، لأن الأمر المعلق على شرط يجعل وفاء مبلغ الورقة التجارية عند الاستحقاق أمرا صعبا ويعيق تداول السند[1].

[1] هذا حسب المادة 2/390 من القانون التجاري بقولها: " أمر غير معلق على قيد أو شرط بدفع مبلغ معين..." تقابلها في نفس السياق المادة 2/465 بالنسبة لسند لأمر، والمادة 2/472 بالنسبة للشيك.

كل هذه الأمور المتحدث عنها الآن لا تثير إشكال، وإنما ما يمكن أن يثير إشكال بالنسبة للمحل، وهو في حالة الوفاء به، فقد تختلف عملة بلد الإصدار عن عملة بلد الوفاء في القيمة بالرغم من وحدة التسمية، وقد عالج المشرع الجزائري هذا الوضع على غرار جل التشريعات، بنصه في المادة 417 من ق.ت.ج في الفقرة الرابعة على أنه:" وإذا تعين مبلغ السفتجة بعملة تتفق في التسمية ولكنها تختلف من حيث القيمة في بلد الإصدار وبلد الوفاء فيحمل على أن المقصود بذلك إتمام الوفاء بالعملة الخاصة بمكان الوفاء"[1].

حتى اتفاقية جنيف الموحدة لقواعد الصرف جاءت مؤكدة على الأحكام الخاصة بالمحل والسابق بيانها، فقد نصت المادة 2/1 منه نصت على أنه:" تشمل البوليصة على: الأمر المحض بأداء مبلغ معين"

أما ما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على المحل فإن الفقه الغالب[2] يذهب إلى القول بأن المحل يخضع للقانون الواجب التطبيق على العقد، فهذا القانون هو الذي يبين شروط المحل كالقابلية للتعامل والوجود والتعيين والامكان[3].

---

[1] تقابلها المادة 2/429 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، والمادة 463 من قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980.

[2] عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الج2، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص411، يرى أن" الوضع بالنسبة للمحل يختلف عن غيره، لأن المحل ركن في الالتزام التعاقدي، ولذا قد يتعدد المحل في العقد بتعدد الالتزامات الناشئة عنه، خلافا للسبب. ولذلك فإنه يحسن أن يطبق على الشروط اللازم توافرها في محل الالتزام قانون العقد، بوصفه القانون الذي يحكم الالتزامات الناشئة عن العقد، مع الاحتفاظ لقانون موقع المال بمجال تطبيقه إذا كان محل الالتزام شيئا ماديا."

أما هشام علي صادق، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول، المرجع السابق، ص671، أشار إلى موقف الفقه والقضاء الفرنسي، والذي يؤكد هذه القاعدة. كما يبين أن هناك اتجاها آخر في الفقه يرى بأن مشروعية المحل هي مسألة آمرة لا يمكن إخضاعها لقانون العقد (قانون الإرادة)، ولكنه يرفض هذه الفكرة بالقول بأن قانون الإرادة يتضمن قواعد آمرة لتنظيم موضوع مشروعية المحل وهذه القواعد لا يمكن للطرفين استبعادها.

[3] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص63.

في رأينا أنه بالنسبة لتحديد القانون الذي يحكم محل الالتزام الصرفي، نأخذ نفس الحكم الذي قيل بالنسبة لركن الرضا، والذي يبقى مرهونا بتطبيق قانون الإرادة الصريحة إن وجدت، وفي حالة غيابها يبقى على القاضي الاجتهاد لإيجاد حل على ضوء المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص.

الفرع الثاني:

القانون الذي يحكم سبب الالتزام الصرفي

يظهر سبب الالتزام الصرفي في العلاقة الأصلية التي أدت إلى إنشاء السند التجاري وفي مثال السفتجة هي العلاقة الأولى التي ربطت بين الساحب والمستفيد وتدعى علاقة وصول القيمة[1] Valeur fournie، وتكون مستقلة عن السند ويلتزم الساحب بموجبها بأن يوفي للمستفيد قيمة السفتجة إذا امتنع المسحوب عليه عن أداء قيمتها في تاريخ استحقاقها.

وحسب ما قضت به القواعد العامة في القانون المدني، على السبب في التصرفات الإرادية بصفة عامة والالتزام الصرفي بصفة خاصة أن يكون مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وإلا كان الالتزام باطلا[2]. لهذا يبطل التزام من يوقع على السند التجاري وفاء لدين قمار أو شراء محظورات معينة.

ويفترض في كل التزام أن له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك[3].

---

[1] لم يستوجب القانون ذكر علاقة وصول القيمة على متن السند، كأن يذكر القيمة وصلتني بضاعة أو قرضا...، بعد أن كان يعد من البيانات الإلزامية إلا أن قانون جنيف الموحد أسقطه من جملة الشروط الشكلية والبيانات الإلزامية للسفتجة. مأخوذ عن: بن داود إبراهيم، الأسناد التجارية في القانون التجاري الجزائري، المرجع السابق، ص57.

[2] نصت المادة 97 من ق.م.ج على أنه:" إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا."

[3] انظر المادة 98 من القانون المدني الجزائري.

وفقا لهذا يجوز للساحب أن يدفع في مواجهة المستفيد والحامل سيء النية بانعدام السبب أو عدم مشروعيته، ولا يمكنه الاحتجاج بذلك اتجاه الحامل حسن النية لأن التوقيع على السفتجة التزام صرفي مجرد عن سببه[1]، ولأن التظهير يطهر الدفوع.

لم يعرف المشرع الجزائري السبب على غرار جل التشريعات، وعرفه اتجاهان من الفقه

أما بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على السبب في السند التجاري، فقد ترك واضعوا اتفاقيتي جنيف 1930-1931 هذه المسألة لحكم القواعد العامة، وبالتالي يتم إخضاعه بالنسبة للقانون الجزائري لحكم المادة 18 من ق.م.ج أي للإرادة الصريحة أو الضمنية، ثم لقانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، في حالة عدم إمكان ذلك وجب تطبيق قانون محل إبرام العقد.

لكن تطبيق هذا النص على سبب الالتزام الصرفي مثل ما ذكرنا سابقا وحسب رأي الأستاذ عكاشة عبد العال الذي نؤيده، يبدو نص غير عملي ويرتب حلولا غير مقبولة، فيمكن إعمال القانون المتفق عليه صراحة متى كان اختياره حقيقيا لا صوريا ولا مصطنعا ومتى كان مذكورا في السند ذاته إعمالا لمبدأ الكفاية الذاتية، وإلا فإنه يجب إعمال قانون دولة نشوء الالتزام الصرفي كما حددنا ذلك سابقا، في إطار المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص وفقا للمادة 23 مكرر من ق.م.ج.

[1] بن داود إبراهيم، الأسناد التجارية في القانون التجاري الجزائري، المرجع نفسه، ص57.

الفصل الثاني:

القانون الذي يحكم الشروط الشكلية في السندات التجارية والأثر المترتب على مخالفة شروط صحة الالتزام الصرفي

إنَّ إنشاء سند تجاري صحيح قابل للتداول بالطرق التجارية، يتطلب بالإضافة للشروط الموضوعية السابقة الذكر توافر شروط أخرى شكلية. والشكلية في الالتزامات الصرفية ليست الشكلية المعروفة الالتزامات العادية، فهي تتجسد في مجموع البيانات الإلزامية المنصوص عنها قانوناً، أي هذه البيانات تُكون الشكل القانوني للورقة التجارية. وقبل الخوض في تحديد القانون الواجب التطبيق بهذا الخصوص، تجدر الإشارة إلى المقصود بالشكلية وبيان أهميتها في السندات التجارية.

فيما يتعلق بتحديد المقصود بالشكلية، فان لها تعريفات عديدة اذ عرَّف(IHREING) التصرف الشكلي بأنه:" التصرف الذي تكون فيه عدم مراعاة هذه الشكلية المفروضة قانونا مرتبة لجزاء في التصرف ذاته". أما (GENY) فعرفها بأنها "العنصر الخارجي والمحسوس المخصص لتغطية العوامل المعنوية من حيث طبيعتها".

أما بالنسبة لأهمية الشكلية في الورقة أو السند التجاري فتتمثل في جوانب عديدة أهمها، أن السندات التجارية وجدت لتقوم مقام النقود، ولكي تقوم بهذا الدور لابد أن تتخذ شكلا خاصا ومتميزا، يكون من السهل معه التعرف عليها والتأكد من توفر الشروط التي يتطلبها القانون فيها. كما أن الشكلية الخاصة التي تتمتع بها السندات التجارية عن غيرها من السندات القانونية، هي شكلية تنبه المتعاملين بها لخطورة الالتزام الذي يقدمون عليه. إضافة إلى ذلك فإن تقصي أحكام القانون يشير إلى دور خاص تؤديه الشكلية الصرفية يعطي للدَّين الصرفي فاعلية خاصة تجعله في موقع متميز قياسا على الديون العادية[1].

[1] فائق الشماع، الشكلية في الأوراق التجارية، مجلة القانون المقارن، العدد العشرون،1987، ص 127، 128.

وفي نطاق العلاقات الدولية الخاصة يكون لتحديد القانون الواجب التطبيق أهميته الخاصة وذلك لاختلاف قوانين الدول حول الشكلية التي يجب أن يتخذها السند التجاري، مما يؤدي إلى اختلاف الحلول وتباينها في هذه المسألة.

وهذه الشروط شكلية كانت أم موضوعية تتطلب القانون ورودها صحيحة حتى لا تفقد السند التجاري وظائفه وبالتالي إبطاله.

وبناء على هذا سيتم التطرق في هذا الفصل، للقانون الذي يحكم شكل الالتزامات الصرفية **(المبحث الأول)**، ثم التطرق لأثر مخالفة شروط صحة الالتزام الصرفي **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول:

القانون الذي يحكم شكل الالتزامات الصرفية

إن المشرع الجزائري وعلى عكس بعض التشريعات المقارنة (القانون المصري)[1]، لم يتضمن أي نص خاص يعالج مسألة القانون الذي يحكم الالتزام الصرفي من الجانب الشكلي. وبالتالي يرجع في ذلك لأحكام القواعد العامة في تنازع القوانين، وبالأخص لنص المادة 19 الذي يعالج شكل الالتزامات التعاقدية. والذي يدفعنا للتساؤل عن مدى ملاءمته لحكم شكل الالتزام الصرفي؟

هذا وقبل عرض المسألة في ظل القانون الجزائري والمقارن، نرى أولا الحلول التي جاءت بها اتفاقيتي جنيف 1930-1931 في هذا الخصوص، وهذا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:

[1] لقد وضع المشرع المصري نصا خاصا يحدد القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزام الصرفي وذلك من خلال قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999.

المطلب الأول:

القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزام الصرفي وفقا لاتفاقيتي جنيف

لتحديد القانون الذي يحكم الجانب الشكلي في السند التجاري، جاءت اتفاقيتي جنيف 1930-1931 بمادتين توضح لنا ذلك[1]، فقد نصت في المادة الثالثة بموجب اتفاقية جنيف 1930 المتعلقة بتوحيد بعض قواعد تنازع القوانين في شأن السفتجة والسند لأمر على ما يلي:" تخضع شكل الالتزامات الواردة في سفتجة أو سند لأمر لقانون الدولة التي حررت الالتزامات في إقليمها ومع ذلك إذا كانت الالتزامات الواردة في سفتجة أو سند لأمر غير صحيحة طبقا للفقرة السابقة، لكنها جاءت مطابقة لتشريع الدولة التي حرر فيها تعهد لاحق فإن العيب الشكلي الذي لحق التعهدات الأولى لا يؤثر في صحة الالتزام اللاحق، ولكل دولة من الدول المتعاقدة الحق في أن تقرر على أن الالتزامات الواردة على السفتجة أو السند لأمر الصادرة خارج إقليمها من أحد رعاياها تكون صحيحة في إقليمها بالنظر إلى رعاياها الآخرين بشرط أن تكون هذه التعهدات مطابقة للشكل المنصوص عليه في قانونها الوطني".

أما اتفاقية جنيف 1931 المتعلقة بتوحيد قواعد تنازع القوانين في شأن الشيك جاءت في مادتها الرابعة بنفس الأحكام المنصوص عليها في المادة الثالثة السابقة الذكر، مع فارق واحد نصت عليه المادة في فقرتها الأولى وهو على النحو الآتي:" وأنه يكفي مع ذلك مراعاة الأشكال المنصوص عليها في قانون محل الوفاء".

وبالتالي ما يلاحظ على هذه النصوص أنها أشارت لمبدأ واستثناء، المبدأ العام يكون بتطبيق قانون محل نشوء الالتزام على شكل الالتزامات الواردة في السند التجاري وهذا ما سيتم تناوله في

[1] كما أن المادة 02 من الاتفاقية الأمريكية لسنة 1975 نصت على أن:" شكل الأوراق التجارية وتظهيرها والتدخل والقبول والاحتجاج في الأوراق التجارية يخضع لقانون المكان الذي تمت فيه هذه الالتزامات."

الفرع الأول، أما في الفرع الثاني فسيتم التعرض للاستثناءات الواردة على المبدأ القائل بتطبيق قانون محل نشوء الالتزام على شكل الالتزام الصرفي.

الفرع الأول:

خضوع شكل الالتزام الصرفي لقانون محل الالتزام

قبل الحديث عن المبدأ الذي جاءت به اتفاقيتي جنيف 1930-1931، تجدر بنا الإشارة إلى أن اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1975 وبموجب المادة 2 منها أخذت بالمبدأ الذي جاء به القانون الموحد بشأن القانون الذي يحكم شكل السندات التجارية وقالت بأن الشكل في الورقة التجارية يخضع لقانون المكان الذي تمت فيه هذه الالتزامات[1].

وللإلمام بالمبدأ القائل بتطبيق قانون محل نشوء الالتزام على الشكلية في السندات التجارية، سيتم تحديد تطبيقات قانون المحل على شكل الالتزام الصرفي (البند الأول) ثم التطرق لنطاق تطبيق قانون محل نشوء الالتزام على شكل الالتزام الصرفي (البند الثاني).

البند الأول:

تطبيق قانون المحل على شكل الالتزام الصرفي

يقصد من المبدأ الذي وضعته اتفاقيتي جنيف أنه يتعين إخضاع شكل الالتزامات الواردة في الورقة أو السند التجاري لقانون الدولة التي حررت هذه الالتزامات على إقليمها.

وبهذا المعنى تكون الاتفاقية قد أخذت في هذا الشأن بالقاعدة المعمول بها في معظم التشريعات الداخلية للدول والتي تقضي بإخضاع شكل التصرفات القانونية بوجه عام لقانون محل الإبرام.

[1] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 74.

وقبل تحديد طبيعة الاختصاص المقرر لقاعدة قانون المحل يحكم شكل الالتزامات الصرفية، سنرى تاريخ قاعدة قانون المحل المعروفة "بقاعدة locus"

أولا: تاريخ قاعدة locus

كانت قاعدة قانون محل الابرام مطبقة في الأصل على التصرف القانوني برمته دون تفرقة بين شكل التصرف وموضوعه. فقد أعلن فقهاء القانون الكنسي-لأول مرة في القرن الثاني عشر-أن القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون محل إبرامه[1].

ولما قال ديمولان بإخضاع موضوع التصرف لقانون الإرادة واقتصار مجال إعمال قانون المحل على الشكل الخارجي للتصرف، أصبحت قاعدة "المحل يحكم التصرف" معناها " المحل يحكم شكل التصرف"[2].

يرجع الأساس الحقيقي لقاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية إلى قانون البلد الذي أبرم فيه إلى اعتبارات عملية وهي التيسير والتسهيل على المتعاقدين في إجراء تصرفات صحيحة من حيث الشكل في أي مكان وجدو فيه، لأن إلزامهم بشكل معين قد لا يمكنهم من إبرام تصرفاتهم القانونية وذلك لسببين:

الأول: افتراض صعوبة علمهم بأحكام قانون غير الدولة التي ينوون إبرام التصرف القانوني على ترابها.

---

[1] عاطف عبد الحميد عبد المجيد ندا، الفكرة المسندة في قاعدة" خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها" دراسة مقارنة في تنازع القوانين، رسالة دكتوراه، القاهرة، 2006.ص 01.

[2] عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، ط1، دار الهومة، الجزائر، 2006، ص 368.

الثاني: قد لا يتيسر لأطراف التصرف القانوني اتباع الشكل الذي يريدونه في البلد الأجنبي لأي سبب كان، كأن ترفض السلطات المحلية اتباع شكليات في الإبرام تخالف الشكليات المقررة في قانونها الوطني.

وإلى جانب التيسير على المتعاقدين، يهدف تطبيق قانون محل الإبرام إلى إشاعة الطمأنينة بين المتعاملين إلى صحة تصرفاتهم المبرمة في الخارج[1]، بالأخص في الالتزامات الصرفية التي تتطلب السرعة في أدائها والتيسير في تداولها.

على إثر ذلك فإن هذا الحل لم يثر جدلا بين واضعي الاتفاقيتين في جنيف لأنه يتيح للملتزم في السند التجاري، أيا كانت صفته، الإحاطة علما وبطريقة سريعة بالشكل الذي يجب أن يتم فيه التزامه الصرفي.

لكن التساؤل الذي يطرح في هذا الشأن هل الاختصاص المقرر لقانون محل إنشاء الالتزام الصرفي هو اختصاص إلزامي أم اختياري على غرار ما هو مقرر في معظم التشريعات لقاعدة "قانون المحل يحكم الشكل" بالنسبة للتصرفات العادية؟

ثانيا: طبيعة الاختصاص المقرر لقاعدة قانون محل الالتزام يحكم شكل الالتزام الصرفي

بالرجوع للصياغة التي جاءت في نصي اتفاقيتي جنيف، نستخلص أن الاختصاص هو اختصاص إلزامي بالرغم من وجود استثناءات على هذا المبدأ، والطبيعة الآمرة تظهر بوضوح من عبارات النص والمتمثلة في الآتي:" شكل الالتزام يحكمه...".

[1] عيسى زرقاط، القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية، مداخلة ملقاة في ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور يومي 21 و22 أفريل 2010، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة، ص101، منشور في الموقع الإلكتروني: https://manifest.univ-ouargla.dz

وهذا ما أجمع عليه الفقه[1]، الذي يرى أن هذه الطبيعة الإلزامية لها ما يبررها على أساس أن ذلك من شأنه أن يحقق تداول السند التجاري في يسر وسهولة، بحيث يكون من السهل على أطراف الالتزام الصرفي الوقوف على قانون محل إبرام تصرفهم من جهة، ومن جهة أخرى يكون في مقدور حملة السند المتتابعين أن يقفوا سلفا على القانون الذي يحكم شكل الالتزامات الصرفية ثابتة ومحددة[2].

هناك من رأى أن ربط الصفة الإلزامية للقاعدة بعلة سهولة تداول السند التجاري ليس بالأمر السديد في جميع الأحوال، فقد يرد عليه بأن ذلك قد لا يتحقق عندما يضع الملتزم توقيعه على الورقة التجارية أثناء وجوده العابر في الدولة التي صدر فيها الالتزام الصرفي[3].

في الواقع تأييد الرأي القائل بإضفاء الصيغة الإلزامية على قاعدة خضوع شكل الالتزام لقانون المحل، هو بالأمر السديد ليس من ناحية تسهيل عملية تداول السند التجاري فقط، وإنما هذا الطابع الإلزامي يتماشى والخصوصية التي تتمتع بها السندات التجارية وبالأخص يتماشى وطبيعة قواعد الصرف الصارمة، والقول بالوجود العابر في الدولة التي نشأ فيها الالتزام الصرفي قد يحول دون معرفة الشخص الملتزم بقواعد الصرف تلك الدولة، أمر ليس بالصائب، فيفترض في الملتزم عند إقدامه بتصرف يكون على اطلاع على الأقل بخطورة التصرف الذي يقدم عليه، بالأخص الالتزام الصرفي الذي يمتاز بالقسوة.

---

[1] من الفقه الفرنسي كل من: ARMINJON، LOUSSOUARN ET BREDIN.

ومن القوانين العربية التي جعلت من قاعدة "قانون المحل يحكم شكل التصرف" قاعدة إلزامية في شأن السندات التجارية، المشرع العراقي الذي نص في المادة 1/424 من قانون التجارة الصادر في سنة 1984 على أنه" يخضع شكل السفتجة لقانون الدولة التي تم تنظيمها فيها".

[2] عاطف عبد الحميد عبد المجيد ندا، المرجع السابق، ص 193.

[3] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 75.

وعدم الاعتراف الجامد من واضعي الاتفاقيتين بالطابع الالزامي لقاعدة خضوع شكل الالتزام الصرفي لقانون محل نشوء الالتزام، بوضعهم استثناءات سنتطرق لها في المطلب الثاني، من الأمور الجيدة التي تخفف من حدة المبدأ وتقلل من حالات بطلان الالتزام.

البند الثاني:

نطاق تطبيق قانون محل نشوء الالتزام على شكل الالتزام الصرفي

إن نطاق تطبيق قاعدة "قانون المحل يحكم الشكل" يتسع في مجال السندات التجارية، فهذه القاعدة تطبق على شكل السند التجاري، وعلى شكل أي التزام صرفي يوضع على هذا السند أثناء تداوله.

معنى هذا أن قانون محل نشوء الالتزام لا ينظم فقط الشكل اللازم لإنشاء السند التجاري كمحرر، وإنما ينظم أيضا شكل الالتزامات الصرفية التي تنشأ في وقت لاحق نتيجة التعامل بهذا السند، كالتظهير والقبول والضمان الاحتياطي...إلخ. على إثر ذلك سنبين كل من شكل السند التجاري وشكل الالتزام الصرفي كالآتي:

أولا: شكل السند التجاري

الشكل في نطاق الالتزامات الصرفية ووفقا للمفهوم الواسع، ينصرف إلى أنه يتمثل في مجموعة البيانات الواردة في السندات التجارية، سواء كانت بيانات إلزامية أو اختيارية كما يعتبر أيضا من الشكل كافة البيانات التي يجب أن يتضمنها السند أثناء تداوله وبالأخص أثناء تظهيره[1].

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 53.

إلا أن هناك من الفقه أوجب ضرورة التمييز وعدم الخلط بين الشكل الذي ينبغي أن تفرغ فيه بيانات الالتزام الصرفي وبين شروط صحة هذه البيانات. فهناك من البيانات التي يتضمنها السند تؤثر في مضمون الالتزام الصرفي وأوصافه وبالتالي تعد من قبيل الموضوع، مثل بيان مبلغ السند[1] والبيان الخاص بجواز اشتراط الفائدة[2] وشرط الأمر[3]، وبيان وصول القيمة[4] وشرط ليست لأمر وشرط عدم الضمان.

لكن يرى بعض الفقهاء[5] أنه على الرغم من أن المنطق قد يساند في عملية التمييز بين بيانات السند، فإن الواقع يؤكد أن هذا التمييز ليس له أي دلالة قانونية بالنسبة للسندات القابلة للتداول التي هي سندات شكلية تستمد قيمتها من اجتماع جملة بيانات وتوقيعات على محرر عادي، باستثناء شرط الأهلية اللازمة للالتزام الصرفي بموجب السند، وهو شرط لا يظهر عبر بيانات السند من خلال بيان خاص، فإن جميع شروط صحة الالتزام الصرفي تتجسد في السند المكتوب ولا يمكن التثبت من توافر هذه الشروط من عدمه إلا من خلال بيانات هذا السند وحده، كما أنه لا يمكن تكملة هذه البيانات باللجوء إلى وسائل إثبات أخرى.

---

[1] مبلغ السند هو محل الالتزام الصرفي، فهو بهذا الشكل يعد عنصرا جوهريا لوجود الالتزام الصرفي ذاته وليس مجرد عنصر شكلي فيه. أما الذي يعتبر من قبيل الشكل فهو المسألة المتعلقة بكيفية كتابة هذا المبلغ وما إذا كان يكتب بالحروف أو بالأرقام.

[2] هذا بالنسبة للتشريعات التي تجيزه، باعتبار أنها مسألة مرتبطة بموضوع التزام الموقع على السند وهو المبلغ الوارد فيه.

[3] هذا البيان وإن كان قد أضفى عليه البعض الطابع الشكلي إلا أن له أهمية متصلة بموضوع الالتزام الصرفي، فإذا كانت السفتجة لحاملها فإن تظهيرها لا يكون إلا بطريق التسليم أو المناولة وهو نظام يختلف عما إذا كانت الورقة "لأمر" تكون قابلة للتداول بالتظهير. فهذا الشرط بالنسبة لأصحاب هذا الرأي هو على اتصال وثيق بالموضوع وليس مجرد شكل خارجي للسند.

[4] في تقديرهم، هذا البيان هو سبب التزام الساحب أو المحرر في السند قبل المستفيد، وبالتالي يعد مسألة موضوعية لا شكلية، ولا يبقى معتبرا من قبيل الشكل إلا كيفية التعبير عن هذا البيان.

[5] Goldman, les conflits de lois en matiére d'arbitrage international de droit privé, Litec, 1987, p. 308.

ويقول الفقيه bloch إن "قاعدة قانون المحل يحكم شكل التصرف" تنظم ليس فقط الشكل الذي ينبغي إفراغ بيانات الورقة التجارية فيه بل أيضا شروط صحة هذه البيانات، على الرغم من أن هذه الشروط تؤثر في مضمون ومدى التزامات الموقعين[1].

إن هذا المفهوم الواسع للشكل[2] في مجال الالتزامات الصرفية يجسد الطابع الشكلي والحرفي للسند التجاري، ويبرز العلاقة التي تجمع بين الشكل والموضوع فيه، كما يوضح مدى خطورة الفصل بين الشكل والموضوع في الورقة التجارية والتي تترتب عنها فقدان الورقة أو السند خاصيته وذاتيته وتحوله إلى سند عادي لا يقدم الضمان والائتمان الذي تقوم عليه السندات التجارية.

إلا أن هذا لا يمنع البعض من القول بأن هذا التوجه والتوسع في مفهوم الشكلية في السندات التجارية أمر من شأنه أن يجعل كافة المسائل المتعلقة بشروط صحة إنشاء السند أو تداوله–باستثناء شرط الأهلية–من قبيل الشكل. والقول أيضا أن الرضا لا يمكن تكييفه من قبيل الشكل في السندات التجارية. وبالتالي يكون من الخطأ التوسع في مفهوم الشكل وجعله يستوعب كافة الشروط اللازمة لصحة الالتزام الصرفي[3].

هذا القول يمكن الرد عليه بالتفرقة بين كل من مضمون الرضا من جهة وسلامة الرضا من جهة أخرى.

–**فمضمون الرضا:** في الالتزام الصرفي يتحدد عن طريق بيانات السند "ذاتها وبطريقة يحتج بها على الكافة". وما يؤكد ذلك هو اعتبار التوقيع في السندات التجارية–بوصفه مؤشرا لمضمون

[1] عاطف عبد المجيد عبد الحميد ندا، المرجع السابق، ص 213.

[2] يعتبر الأستاذ أرمنجون أن التوسع في الشكل على هذا النحو يتضمن خلطا بين الشكل الذي يجب أن تفرغ فيه بيانات الورقة التجارية وشروط صحة هذه البيانات، أنظر:

- Armainjon, op. cit, p.29.

[3] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، ص54.

الإرادة في جوهرها وأوصافها-آثارا قانونية مطابقة للمظهر الذي تشهد به بيانات السند ولو لم تتفق هذه الآثار مع إرادة المدين الحقيقية[1].

-أما عن سلامة الرضا: فهي تعد من الشروط الموضوعية التي لا يمكن التوصل إليها عن طريق بيانات السند. فالعبارات الواردة في السند مثل قول الساحب في السفتجة أو الشيك "ادفعوا لأمر فلان" أو لحامله، وقول المحرر في السند لأمر "أتعهد أو ألتزم بأن أدفع لفلان"، وإن كانت تفترض وجود الرضا إلا أنها لا تفترض بالضرورة سلامته.

وهذا التحليل ينصرف أيضا إلى "السبب" وإلى "الأهلية" بوصفهما من الشروط الموضوعية الازمة لصحة الالتزام الصرفي، ولكنها شروط لا تظهر عبر بيانات السند، ومن ثم تخرج من نطاق الشكلية في السندات التجارية. وهذه الشروط هي من الشروط التي لا تظهر بصورة مباشرة في السند، وإنما يفرضها الائتمان الصرفي[2].

على إثر هذا المفهوم الموسع لمعنى الشكلية في الالتزام الصرفي، فإنه يمكن إضفاء الشكل على كافة البيانات الواردة في السند والتي بالنظر إليها تحدد وجود سند قابل للتداول عن طريق التظهير وتحدد طبيعته الخاصة بوصفه أداة وفاء وائتمان (بالنسبة للسفتجة والسند لأمر) أو أداة وفاء (بالنسبة لشيك)، وتحدد الأشخاص الملتزمين صرفيا.

ثانيا: شكل الالتزام الصرفي

إن قاعدة "قانون المحل يحكم الشكل" لا تطبق على شكل السند عند إصداره فقط وإنما تطبق أيضا على شكل أي التزام صرفي لاحق يرد على السند التجاري. بمعنى كل من شكل القبول وشكل التظهير وشكل الضمان الاحتياطي يحكمهم قانون محل إنشاءهم.

---

[1] نايف عبد العال حنون الفرا، تنازع القوانين في الأوراق التجارية-دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين الشمس، 2015، ص119.

[2] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص55.

وحسب رأي البعض فإن تطبيق قانون محل الابرام على شكل الالتزامات الصرفية هو بمثابة امتداد لمبدأ استقلال التوقيعات من القانون الداخلي إلى القانون الدولي الخاص، فكل التزام وارد في الورقة التجارية ينظم بالقانون الخاص به، كما لو كان هذا الالتزام مستقلا عن غيره من الالتزامات الصرفية في نفس الورقة[1].

بحيث يكفي أن يكون التزام كل موقع على السند مطابقا من حيث الشكل لقانون البلد الذي وقع فيه، بصرف النظر عن جنسية صاحبه وقانون البلد الذي أنشئت فيه الورقة ذاتها أو قانون محل الوفاء به[2].

ونحن من مؤيدي هذا الرأي، فقانون محل نشوء الالتزام هو قانون يجعل من السهل على الملتزمين بالسندات التجارية الرجوع لأحكام هذا القانون، والتأكد بسهولة من صحة الالتزامات الواردة في السند من الناحية الشكلية.

وبهذا المعنى يمكن القول بأن قانون المحل هو قانون ينظم الشكل اللازم لإنشاء السند التجاري هذا من ناحية وينظم شكل الالتزامات اللاحقة التي ترد على السند من ناحية أخرى.

وفي ذلك تقول محكمة "نيس" التجارية أنه:" من المقرر قضاء أن شكل السفتجة وشكل التظهير يخضعان لقاعدة "قانون محل الإبرام يحكم شكل التصرف" طالما أن الأطراف لم يعبروا عن قصد الامتثال لقانونهم الوطني"[3].

---

[1] Armainjon, Précis de droit international privé commercial, op. cit, p.160.

[2] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 130.

[3] عاطف عبد المجيد عبد الحميد ندا، المرجع سابق، ص220.

الفرع الثاني:

الاستثناءات الواردة على مبدأ خضوع شكل الالتزامات الصرفية لقانون المحل

بعدما تحدثنا عن المبدأ العام المتمثل بتطبيق قانون المحل على شكل الالتزام الصرفي، والذي جاءت به اتفاقيتي جنيف 1930-1931، فإننا بصدد تحديد في هذا الفرع الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ.

سنرى الاستثناءين اللذان جاءت بهما المادة 3 من اتفاقية جنيف 1930 المادة 4 من اتفاقية جنيف 1931 والمتعلقين بكل من السفتجة والسند لأمر والشيك (البند الأول) ثم نرى الاستثناء الثالث الذي أضافته المادة 4 من اتفاقية جنيف 1931 على الاستثناءين السابقين والمتعلق بالشيك فقط (البند الثاني).

البند الأول:

الاستثناءين المتعلقين بالسفتجة والسند لأمر والشيك

يتمثل هذين الاستثناءين في الآتي:

أولا: الاستثناء الخاص ببطلان الالتزام وفقا لقانون محل الابرام وصحته وفقا لقانون محل الالتزام اللاحق

مفاد هذا الاستثناء أن يكون الالتزام الوارد على السند التجاري باطلا من وجهة نظر قانون محل الإبرام، بينما يكون صحيحا طبقا لقانون الدولة التي حرر فيها الالتزام اللاحق.

مثلا[1] لو افترضنا أن سفتجة ظهرت إلى دولة تشترط أن يتم التوقيع على السفتجة فقط بالإمضاء، وتم التوقيع على هذه الأخيرة بالختم، فإن هذا الالتزام الصرفي يكون باطلا من الناحية الشكلية لأنه جاء مخالف لقانون الدولة الذي نشأ فيها. ومع ذلك إذا تم تظهير هذه السفتجة إلى دولة ثانية تظهيرا صحيحا من الناحية الشكلية، وكان قانون هذه الدولة الثانية يجيز التوقيع على السفتجة بالختم، فإن البطلان الذي لحق التظهير الأول لا يؤثر في صحة التظهير الثاني تطبيقا للمادة 3 فقرة 2 مع أن منطق الأمور كان يقتضي تقرير الحل العكسي استنادا لقاعدة "ما بني على باطل فهو باطل".

وبالتالي يستخلص أن لهذا الاستثناء ثلاثة شروط تتمثل في الآتي:

- أن يتضمن السند التجاري على التزام أو أكثر يكون غير صحيح من حيث الشكل وفقا لقانون محل ابرام هذا الالتزام.
- أن ينشأ التزام لاحق على ذات السند في دولة أخرى ويكون هذا الالتزام الناشئ صحيحا وفقا لقانون الدولة الذي أنشئ فيها.
- ويكون الالتزام السابق الباطل وفقا لقانون الدولة الذي أنشئ فيها، صحيحا وفقا لقانون الدولة التي أنشئ فيها الالتزام اللاحق[2].

استنادا لما تقدم، فإنه لا مجال لتطبيق هذا الاستثناء إلا إذا كانت الالتزامات السابقة الغير الصحيحة، صحيحة وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها الالتزام اللاحق، والمفروض أنه في حال

[1] من أمثلة ذلك أيضا أن يتم تحرر سفتجة في الجزائر دون ذكر كلمة "سفتجة" على متنها، على عكس ما تقضي به المادة 390 من القانون التجاري الجزائري، ويتم تظهيرها إلى انجلترا التي لا يشترط قانونها ذكر هذه الكلمة، وبالتالي وإن كان من المفترض أن يعتبر التظهير اللاحق الحاصل في إنجلترا باطلا، إلا أنه وفقا لأحكام اتفاقية جنيف يعتبر التظهير صحيحا وتبقى الورقة التجارية صحيحة.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص 61-62.

تعدد الالتزامات لابد أن تكون جميعها صحيحة وفقا لقانون الدولة التي وقع فيها الالتزام اللاحق والأخير، فلا يكفي أن يكون البعض منها صحيحا والآخر باطلا بالنسبة للقانون اللاحق.

أضف إلى ذلك، أن نطاق هذا الاستثناء يتحصل وحسب في أن المعتبر صحيحا، وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها الالتزام اللاحق، هو الالتزام الأخير والفرض فيه بطبيعة الحال أنه تم صحيحا وفقا لقانون الدولة التي نشأ فيها. فالتصحيح لا ينصرف إلى الالتزامات السابقة التي تبقى باطلة من الوجهة الصرفية. وبعبارة أخرى، فإن اقتضاء أن تكون التصرفات السابقة مطابقة من الناحية الشكلية لقانون الدولة التي تم فيها التصرف الأخير لا يعدو أن يكون مجرد شرط لاعتبار هذا الالتزام صحيحا ليس أكثر.

معنى ذلك أن تظل التصرفات السابقة غير صحيحة-من وجهة نظر القانون أو القوانين التي تمت وفقا لها-على حالها، وتبقى باطلة على الرغم من أنها تعتبر صحيحة وفقا لقانون الدولة التي تم فيها الالتزام اللاحق.

إن الأساس الذي يستند عليه هذا الاستثناء حسب جانب من الفقه[1] هو مبدأ "استقلال التوقيعات" الذي يعتبر من المبادئ والأسس التي يقوم عليها قانون الصرف، والذي يقضي بأن كل من يضع توقيعه على السند التجاري ينشأ في ذمته التزام صرفي قائم بذاته ومستقل عن التزامات غيره من الموقعين سواء كانوا سابقين أو لاحقين له[2]، بحيث لا يمكن أن يحتج صاحب أحد هذه التوقيعات بدفع يتعلق بتوقيع آخر حتى إذا تضمن عيبا من عيوب البطلان، فهذا المبدأ يقدم ميزة لحامل السند التجاري، لأنه إذا تمكن أحد الموقعين على الورقة من التمسك في مواجهته بدفع معين

[1] محسن شفيق، القانون التجاري المصري الأوراق التجارية، ط1، دار المعارف، الإسكندرية، 1954، ص 1141.

[2] مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس وفقا لأحكام قانون التجارة الجديد رقم 17 سنة 1999، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، القاهرة، 2010، ص312.

وأدى إلى انقضاء التزام هذا الموقع، فإنه يكون للحامل حق الرجوع على الموقعين الآخرين لمطالبتهم بالوفاء لأن انقضاء التزام الموقع السابق لا علاقة لهم به[1].

وقد رأى البعض[2] أن هذا الأمر غير مقبول، لأن مبدأ استقلال التوقيعات عند نقل مفهومه من نطاق القوانين الداخلية إلى نطاق القانون الدولي الخاص، يتم تقدير كل التزام وارد على السند التجاري على الاستقلال وفقا لقانون كل دولة من الدول التي حرر فيها ويبقى لكل التزام استقلاله، فإذا كانت بعض هذه الالتزامات باطلة والبعض الآخر صحيحا من الناحية الشكلية، فإنه يبقى لكل التزام استقلاله دون أن يؤثر أحدهما على الآخر سابقا كان أو لاحقا.

في حين الحكم الوارد في المادة 3 فقرة 2 من اتفاقية جنيف، يصبو إلى أمر مخالف، فهو يتطلب تحقق رابطة معينة بين التعهدات المتتابعة الواردة في السند التجاري مع شرط أن تكون الالتزامات السابقة صحيحة كذلك من وجهة نظر قانون الدولة التي تم فيها الالتزام الأخير[3].

وهذا الحل تبرره اعتبارات عملية الهدف منها تيسير تداول السند التجاري وإعفاء الحامل من البحث في قوانين الدول التي تمت فيها الالتزامات السابقة التي تضمنها السند للتأكد من صحتها من حيث الشكل، والتقليل من حالات البطلان ليحفظ للورقة الثقة في التعامل[4].

وقد وجهت لهذا الاستثناء انتقادات ذات طبيعة قانونية وأخرى عملية، منها أنه يخالف القاعدة العامة التي تقضي بأن (ما بني على الباطل فهو باطل) لأنها تجعل من التعهد الباطل شرطا لصحة التزام لاحق، ومن جانب آخر فإن هذا الاستثناء قد يعطي نتائج غير مقبولة، لأنه سيؤدي إلى اختلاف الحل بحسب ما إذا كان التعهد السابق والذي يعتبر باطلا وفقا لقانون محل الانشاء، يعتبر

---

[1] محمود محمد هاشم، الأوراق التجارية في منازعتها في النظام السعودي، ب.د.ن، 1988، ص 39.

[2] LESCOT ET ROBLO يقران أن هناك تعارضا بين مبدأ استقلال التوقيعات وما تقول به اتفاقيات جنيف، أنظر في ذلك: عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، الهامش رقم 71، ص64.

[3] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص64.

[4] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 105.

صحيحا وفقا لقانون الدولة التي تم فيها التعهد اللاحق، حيث يعتبر التعهد صحيحا، أما إذا كان التعهد السابق يعتبر باطلا وفقا لقانون محل الانشاء ويعتبر صحيحا وفقا لقانون الدولة التي تم فيها التعهد اللاحق، فإن ذلك سيؤدي إلى بطلان التعهد اللاحق[1].

وتقديرنا من تقدير الرأي القائل بأن هذه الاعتراضات والانتقادات بالرغم من صحتها إلا أن لها معايب تبدو قليلة الأهمية إذا ما قورنت بالمزايا التي يحققها هذا الاستثناء، فهي تحافظ على صحة الثقة التي يوحي بها السند وتعمل على تفادي حالات بطلان الالتزام الصرفي قدر الإمكان[2].

فالعبرة من إدراج هذا الاستثناء، هو تيسير تداول السند التجاري وإعفاء الحامل من مشقة البحث عن صحة الالتزام الصرفي من الناحية الشكلية في قوانين الدولة الذي نشأ فيها هذا الالتزام.

ثانيا: الاستثناء الخاص بتصحيح الالتزامات الناشئة في الخارج بين وطنيين

بموجب هذا الاستثناء يجوز لكل دولة أن تقرر في قانونها بأن التعهدات الواردة في السفتجة أو السند لأمر أو الشيك والصادرة خارج إقليمها من أحد مواطنيها تكون صحيحة في إقليمها بالنسبة إلى مواطنيها الآخرين بشرط أن تكون هذه التعهدات مطابقة للشكل المنصوص عليه في القانون الوطني.

ولإعمال هذا الاستثناء يفترض ما يلي:

- أن يقوم أحد مواطني دولة منضمة لاتفاقية جنيف-فرنسي مثلا-التزاما صرفيا خارج دولته (كإنجلترا) ويكون هذا الالتزام باطلا من حيث الشكل وفقا لقانون محل إنشاء الالتزام (القانون الإنجليزي).

[1] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 78.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع نفسه، ص 66.

- أن يكون هذا الالتزام صحيحا من حيث الشكل طبقا لقانون الجنسية المشتركة (أي القانون الوطني الفرنسي) لطرفي الالتزام الصرفي.
- أن تقبل الدولة المتعاقدة إحلال قانونها الوطني محل قانون مكان إنشاء الالتزام.

وللتوضيح أكثر، نعطي المثال التالي: لو أن شخص فرنسي الجنسية قام بسحب سفتجة لحاملها في دولة لا تأخذ بصحة السفتجة لحاملها، فإن مثل هذا السحب لسفتجة يكون صحيحا في فرنسا بالنسبة لكل حامل فرنسي للسفتجة وبحسبان أن هذا الالتزام صحيح من وجهة نظر القانون الفرنسي.

يثير هذا الاستثناء مشاكل من ناحيتين: تتمثل الأولى في أن هذا الاستثناء يعد بمثابة رخصة للدول المنضمة للاتفاقية ويعرض بوصفه تحفظا، ينبغي على كل دولة منضمة للاتفاقية أن تتخذ منه موقفا صريحا محددا[1].

وفرنسا بالرغم من كونها منضمة لاتفاقية جنيف إلا أن قضاءها لا يمكنه تطبيق هذا الاستثناء، لأنها لم تصرح بقبول هذا الاستثناء و لم تنص عليه في قانونها الداخلي، ومن دعائم ذلك نص المادة 3 الفقرة 3 من اتفاقية جنيف 1930 الخاصة بالسفتجة والسند لأمر، والمادة 4 فقرة 3 من اتفاقية جنيف 1931 الخاصة بالشيك[2].

أما المشكلة الثانية فهي تثير مسألة هامة وتتمثل في نطاق إعمال هذا الاستثناء، أي هل ينبغي لإعمال هذا الاستثناء أن يتم الالتزام الصرفي مباشرة بين طرفين وطنيين أم يكفي أن يؤول السند إلى طرف وطني بالرغم من أنه لم يكن ناشئا بين طرفين وطنيين مباشرة؟ بمعنى آخر هل يعمل الاستثناء في الحالة التي يكون فيها السند بحوزة شخص انجليزي مثلا وينتقل السند من هذا الأخير

[1] وهذا ما قامت به صراحة بعض التشريعات في الدول التي انضمت لاتفاقية جنيف، ومن هذه التشريعات التي جاءت بنصوص صريحة لإعمال هذا الاستثناء، قانون الالتزامات السويسري، القانون الألماني المتعلق بالسفتجة والسند لأمر الصادر غي 12 يونيو 1933 والقانون الخاص بالشيك الصادر في 14 أغسطس 1933.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 68-69.

مباشرة لحوزة شخص آخر هو أيضا انجليزي الجنسية، أم يكفي فقط أن يكون السند بحوزة شخص إنجليزي الجنسية وجرت عليه عدة عمليات قانونية وانتقل من يد إلى أخرى قبل وصوله لشخص يحمل نفس جنسيته.

يفسر الفقه الغالب هذا الاستثناء تفسيرا موسعا بحيث لا يلزم بالضرورة أن يكون الالتزام صرفي ناشئا بين وطنيين وإنما يكفي أن يكون الشخص الأخير الذي وصل السند إلى يديه يحمل جنسية الشخص الذي أجرى الالتزام المعتبر باطلا وفقا لقانون دولة محل نشوئه.

هذا، ويلاحظ أن هذا الالتزام لا يكون صحيحا وفقا لقانون الجنسية المشتركة إلا في حدود إقليم الدولة وفي مواجهة رعاياها[1].

وجهت عدة انتقادات لهذا الاستثناء، بالأخص للرأي القائل بأن هذا الاستثناء يقلل من حالات بطلان الالتزام الصرفي شكلا وفقا لقانون محل الابرام، على أساس أن كل طرف في الالتزام الصرفي يعرف قانونه الوطني أكثر من أي قانون آخر. فلا يصح هذا القول لأن معرفة القانون الوطني حين يتم التصرف في الخارج تكون مسألة صعبة إذا ما قورنت بمعرفة قانون محل الإبرام. كما أن الأخذ بهذا الاستثناء من شأنه هدم المبدأ الذي يجعل الاختصاص في الأصل لقانون محل الابرام.

ومن الانتقادات الموجهة له أيضا، أنه لا يصح الدفاع عن هذا الاستثناء بمقولة أنه" يحد من حالات البطلان الناشئ عن العيوب الشكلية بترجيح القانون الذي يكون في جانب صحة الصك"[2] لأن من شأنه أن يؤدي إلى حلول متعارضة ومتناقضة في شأن التصرفات المتماثلة التي ترد

[1] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 109.

[2] محسن شفيق، القانون التجاري المصري، الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص 1146.

على السند الواحد[1]. التي تدفع بحامل السند إلى التحري والبحث عن صحة الالتزام الصرفي، وهذا البحث تكون مضاره أكثر من فوائده.

على هذا أساس اعتبر البعض هذا الحل الذي جاء به الاستثناء عبارة عن حل نظري غير مؤكد ومضاره العملية واضحة[2].

وفي الأخير، وعلى سبيل التذكير، فقد أشارت المادة 3/4 من اتفاقية جنيف 1931 الخاصة بالشيك لنفس الحكم المقرر بمقتضى اتفاقية جنيف 1930 المتعلقة بالسفتجة والسند لأمر، حيث أجازت للدول الأعضاء فيها تقرير صحة الالتزامات الناشئة في الخارج بين وطنيين إذا كانت صحيحة وفقا لتشريعهما الوطني، وبالرغم من عدم صحتها وفقا لقانون محل الابرام.

مع ضرورة-كما ذكرنا سابقا-وضع الدول المنظمة للاتفاقية نصا تنظيميا قانونيا صريحا يقضي بصحة الالتزامات الناشئة في دولة أجنبية بين وطنيين، حتى لو كانت غير صحيحة وفقا لقانون بلد نشأتها، أو وفقا لقانون محل الوفاء في الشيك، ما دامت صحيحة وفقا لقانونهما الوطني.

وبهذا تكون الاتفاقية قد أقرت مبدأ شخصية القوانين بتطبيق قانونها على وطنييها في الخارج، للتوصل إلى صحة الالتزامات في مسائل الشيك[3].

---

[1] مثال على هذا التناقض: نتصور في دولة واحدة أن يتم ضمان احتياطي لأحد الملتزمين في السند التجاري بموجب ورقة منفصلة وكان قانونه الوطني يسمح بذلك، بينما يوجد ضمان احتياطي آخر لملتزم آخر تم بذات الطريقة وعلى ذات السند وفي نفس الدولة ويعتبر هذا الضمان باطلا.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 71.

[3] إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بالشيك دوليا، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، القاهرة،2001، ص 9.

البند الثاني:

الاستثناء الخاص بالشيك وكيفية تحديد محل نشوء الالتزام

أولا: الاستثناء الخاص بالشيك:

نصت المادة 1/4 من اتفاقية جنيف 1931 على هذا الاستثناء بقولها:" ويكفي إعمال الشكل الذي ينص عليه قانون محل الوفاء".

وفقا لذلك، فإن المتعاملين بالشيك يكونون بين خيارين، إما اتباع الشكل الذي يتطلبه قانون الدولة التي نشأ فيها الالتزام الصرفي وإما اتباع الشكل الذي يتطلبه قانون الدولة التي يكون فيها الشيك مستحق الوفاء.

إذن حسب هذا المعنى، فإن هذا الحكم الذي تضمنته المادة 1/4 لا يعد بمثابة استثناء عن المبدأ العام الذي يقضي بتطبيق قانون محل الابرام على شكل الالتزام الصرفي، وإنما من شأن هذا الحكم أن يضع ذوي الشأن أمام أكثر من ضابط إسناد اختياري، أي الاختيار بين ضابط قانون محل الإبرام وبين ضابط محل الوفاء[1].

إن تطبيق قانون محل الوفاء على الشروط الشكلية في الشيك من الحلول التي نادا بها الفقه الفرنسي الحديث[2]، والتي يؤدي تطبيقها أيضا إلى تحقيق المزايا الآتية:

- إن تحديد القانون الواجب التطبيق بقانون دولة الوفاء يسهل على المتعاملين معرفة القانون الواجب التطبيق، سيما وأن البنوك تقوم عادة بإعطاء شيكات مطبوعة تدرج فيها الشروط

[1] عاطف عبد المجيد عبد الحميد ندا، مرجع سابق، ص 201.

[2] Goldman et Chemaly، أنظر في ذلك الهامش رقم 88، عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص72.

الشكلية التي يتطلبها قانون الدولة التي تمارس فيها هذه المؤسسات نشاطها وهو قانون محل الوفاء.

- من مميزات تطبيق قانون محل الوفاء على الشيك أيضا، هي قصر التحري والبحث الذي يقوم به من يقدم إليه السند (الحامل) على قانون واحد دون سواه.
- إن تطبيق قانون محل الوفاء من شأنه أن يوحد النظام القانوني الذي يحكم نشأة الالتزام الصرفي من حيث الشروط الشكلية والموضوعية[1]، لأنه كما حددنا في الفصل الأول من هذا الباب وحسب الرأي الغالب يطبق قانون محل الوفاء على الشروط الموضوعية في حال غياب الاتفاق الصريح بين الأفراد.

ثانيا: كيفية تحديد محل نشوء الالتزام

بعدما رأينا المبدأ العام والاستثناءات الواردة عليه وفقا لاتفاقيتي جنيف، أي أن شكل الالتزام الصرفي يحكمه قانون محل نشوء الالتزام وأن هذا الاختصاص آمر في الأصل.

فإن المسألة المتعلقة بكيفية تحديد "المكان الذي تمت فيه الالتزامات الصرفية" قد فتحت بابا للاختلاف بين مندوبي الدول الموقعة على هذين الاتفاقيتين. وقد انحصر النقاش الذي واكب النصوص المتعلقة بهذه المسألة في رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي استنادا لنظرية الأوضاع الظاهرة، القائلة بتحديد ضابط الإسناد بالنظر إلى بيانات السند، أن مكان التحرير المذكور في السند هو الوحيد الذي يكون موضع اعتبار، ويتحدد وفقا له القانون المختص، دون غيره وبغض النظر عما إذا كان هذا المكان حقيقيا أم وهميا[2]. وقد أخذ بهذا الاتجاه ممثل ألمانيا.

[1] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 81.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 73.

الرأي الثاني: من أصحابه ممثلا فرنسا وإيطاليا، اللذان ذهبا إلى القول بوجوب أن يعتد بمكان التوقيع الفعلي على السند التجاري، وبما أن الرأي السابق من أنه أن يفتح باب الغش والتحايل فإن هذا الرأي يعتبر الرأي الراجح عند الفقه بما في ذلك الفقه الألماني الحديث.

هذا ويعتبر وجود بيان مكان نشوء الالتزام في السند قرينة على صحة هذا البيان، إلا أن هذه القرينة هي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس. على هذا في الحالة التي يتم فيها إثبات عدم صحة المكان الوارد في السند، فهل يمكن للغير حسن النية أن يتمسك بتطبيق قانون المكان المبين في السند التجاري؟

إن أصحاب نظرية الأوضاع الظاهرة (الفقه الألماني) يعتبرون المكان المذكور في السند التجاري قرينة قاطعة لا يمكن إثبات عكسها. ففي كل مرة يكون فيها هناك اختلاف بين التعبير عن الإرادة والواقع، فإن الغير الذي اعتمد على الظاهر لا يكون مطالبا بالتحري عن وجود مثل هذه المفارقة، وذلك لأنه صاحب حق مطلق في كل الأحوال في أن يعتمد على ما ظهر له في الواقع.

إلا أن الرأي الغالب في الفقه[1] (الفقه الفرنسي) يذهب إلى القول بإمكانية التمسك بالصورية في مواجهة كل حامل للورقة. ولوكان حسن النية لأن نصوص اتفاقيتي جنيف لم تميز بين الحامل حسن النية والحامل سيئ النية ولذلك فإن القرينة المستمدة من قانون محل نشوء الالتزام تعتبر قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس.

ونحن من مؤيدي الرأي[2] الذي يتفق على أن اتفاقية جنيف جاءت مطلقة في نصوصها و لم تقدم أي تمييز بين الحامل حسن النية والسيء النية.

---

[1] Lescot et Roblot, op. cit, P. 566.
- Arminjon, op. cit. N. 148.

[2] عاطف عبد المجيد عبد الحميد ندا، المرجع السابق، ص 202.

المطلب الثاني:

القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزام الصرفي وفقا للقانون الجزائري والمقارن

قبل تحديد القانون الذي يحكم شكل الالتزام الصرفي وفقا للقانون الجزائري والمقارن وقبل الحديث عن القانون الذي يحكم أثر مخالفة هذه الشروط الشكلية، ينبغي أولا الإشارة إلى أن الشكلية من أهم الخصائص التي تتمتع بها السندات التجارية، ويحدد شكل السند التجاري بالبيانات التي اشترطها القانون فيه والتي يترتب على إغفالها أن يفقد السند صفته التجارية.

والمحرر الذي يمثل السند التجاري لا يعتبر سندا تجاريا لمجرد أنه تضمن البيانات التي نص عليها القانون، وإنما يجب أن يكون كافيا بذاته[1] لبيان مدى الالتزام الثابت فيه وأوصاف هذا الالتزام.

ومن الشكلية في السندات التجارية، أن يذكر اسم السند في متنه، وأن يكون الحق الثابت الذي يمثله مبلغا من النقود محددا غير معلق على شرط، أن يكون الحق الثابت فيه مستحق الأداء في تاريخ معين أو قابل للتعيين، أن يحدد في السند تاريخ إنشاؤه ومكان إنشاؤه، ذكر ساحب السند والمستفيد منه، واسم من يقوم بالدفع، ومكان الدفع.

والمشرع الجزائري اشترط جملة من البيانات الإلزامية الواجب توافرها في السندات التجارية ونص عليها بنصوص صريحة[2] في القانون التجاري.

[1] بمعنى أن السند التجاري يكون بذاته كافيا للدلالة على نفسه دون أن يحيل في تحديده والأخذ به إلى واقعة أخرى خارجة عنه، وإلا فقد شرط الكفاية الذاتية، الذي يعتبر من أهم شروط ومبادئ قانون الصرف.

[2] المادة 390 ق.ت خاصة بالسفتجة، المادة 465 ق.ت خاصة بالسند لأمر، المادة 472 ق.ت خاصة بالشيك.

وفي بيان الجزاء المترتب على تخلف أحد هذه البيانات، فقد نص القانون صراحة على أنه إذا خلا السند من أحد البيانات المذكورة في القانون فيعتبر ناقص ولا يعتد به كسند تجاري إلا في أحوال معينة نص عليها القانون[1].

أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على شكل الالتزام الصرفي، وبما أن المشرع الجزائري لم يورد نص خاص يحكم شكل الالتزام الصرفي، فإنه يتم الرجوع في ذلك للقواعد العامة في القانون المدني وبالأخص لنص المادة 19 التي تحكم شكل التصرفات القانونية ونرى ما مدى ملائمة هذا النص في إعطاء حلولا لحالات التنازع الواردة على شكل الالتزامات الصرفية (**الفرع الأول**) ثم نرى القانون الواجب التطبيق شكل الالتزام الصرفي في القانون المقارن (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول:

القانون الذي يحكم شكل الالتزام الصرفي في التشريع الجزائري

أورد المشرع الجزائري على غرار جل التشريعات[2]، قاعدة خاصة بشكل التصرفات القانونية في نص المادة 19 ق.م ونصها كالآتي:" تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية."

---

[1] نصت المادة 2/390 من ق.ت على أنه:" إذا خلا السند من أحد البيانات المذكورة في بالفقرات المتقدمة فلا يعتد به كسفتجة في الأحوال المعينة في الفقرات الآتية..."

[2] المشرع المصري (المادة 20 ق.م)، المشرع الأردني (م 21 ق.م)، المشرع السوري (م 21 ق.م)، المشرع الليبي (م 20 ق.م).

انطلاقا من هذا النص، سيتم التطرق لدور المادة 19 في تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزام الصرفي (**البند الأول**)، ثم نتطرق مدى ملاءمة الحلول المتضمنة في المادة 19 ق.م.ج لحكم شكل الالتزام الصرفي (**البند الثاني**).

البند الأول:

دور المادة 19 من ق.م.ج في تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزام الصرفي

من خلال النص السابق الذكر نرى أن المشرع الجزائري أخذ بالقاعدة التي أخذت بها معظم قوانين دول العالم، وهي قاعدة خضوع العقد من حيث شكله لقانون محل الإبرام.

والخلاف الموجود حول هذه القاعدة-كما وضحنا سابقا-لا يتعلق بالأخذ بها أو عدم الأخذ بها، وإنما بمدى إلزاميتها. فهناك من الدول من تعتبرها إلزامية وهناك من الدول من تعتبرها اختيارية.

أما بالنسبة للجزائر فالظاهر من هذا النص أن المشرع الجزائري وإن كان قد أخضع شكل التصرف القانوني لقانون محل إبرامه كمبدأ عام إلا أنه أجاز للأطراف اختيار قانون آخر جاعلا من قاعدة المحل يحكم شكل التصرف قاعدة اختيارية، وعليه يكون للأطراف الحرية في اختيار القانون الذي يحكم شكل تصرفهم.

فقد يخضع الأطراف شكل تصرفاتهم لقانون محل إبرام العقد، كما قد يختارون إخضاع عقدهم لقانون موطنهم المشترك إذا اتحدا موطنا، أو لقانون جنسيتهم المشتركة إذا اتحدا جنسية، كما ويكون لهم بغية تحقيق وحدة العقد إخضاع شكل العقد للقانون الذي يحكم موضوعه.

والغرض من تكريس الطبيعة الاختيارية للقانون الذي يحكم شكل التصرف، التيسير على المتعاملين الذين قد يصعب عليهم إجراء التصرف في غير الشكل المعمول به في مكان تعاملهم[1]. بحيث لا يجبر المتعاملين على اتباع الشكل المقرر في قانون بلد الابرام إذا كان في استطاعتهم العلم بأحكام قانون آخر أكثر ارتباطا بالتصرف المبرم بينهم، كالقانون الذي تتجه إليه إرادتهم المشتركة لحكم موضوع العقد[2].

وشكل الالتزام الصرفي وفقا لأحكام القانون الجزائري شأنه شأن التصرفات العادية يخضع لحكم المادة 19 ق.م. أي أن شكل الالتزام الصرفي سواء كان ناتجا عن تحرير السند أو تظهيره أو ضمانه ضمانا احتياطيا أو قبوله، يحكمه قانون محل الابرام، أو قانون الموطن المشترك لطرفي الالتزام أو قانون جنسيتهما المشتركة، أو القانون المختار لحكم موضوع الالتزام.

ومن هنا نتساءل حول ما مدى ملاءمة الحلول التي تضمنتها المادة 19 لحكم شكل الالتزامات الصرفية؟

البند الثاني:

مدى ملاءمة الحلول المتضمنة في المادة 19 ق.م.ج لحكم شكل الالتزامات الصرفية

إن نص المادة 19 من القانون المدني يتضمن أربع حلول فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم شكل التصرفات القانونية ولمعرفة مدى ملائمة هذه الحلول لحكم شكل الالتزامات الصرفية، سيتم التعرض لكل حكم على حدا وذلك على النحو الآتي:

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 76.

[2] حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 382.

أولا-بالنسبة لتطبيق قانون محل نشوء الالتزام الصرفي:

إن من أهم الخصائص التي تتميز بها السندات التجارية، السرعة في التداول من مكان لآخر عبر الدول المختلفة. والوقوف على صحة هذه السندات من الناحية الشكلية يعد أمرا بالغ الأهمية.

وتعتبر قاعدة "قانون المحل يحكم الشكل" من القواعد ذات الأهمية في الالتزامات الصرفية، فإخضاع هذا الالتزام من الناحية الشكلية لقانون محل ابرامه من شأنه التيسير والتسهيل على طرفي الالتزام الرجوع دوما لهذا القانون دون عناء. ومن جهة أخرى فإن حامل الورقة يمكنه الوقوف بدوره على مكان نشوء الالتزام، الأمر الذي يمكنه من التأكد بسهولة ويسر عن مدى صحة التصرفات الواردة على الورقة من الناحية الشكلية.

لكن بالرغم من هذه الأهمية التي يكتسيها هذا القانون إلا أنه قد تُواجَه بعض الصعوبات في تطبيقه، والتي تتمثل في تعدد العمليات التي تقع على السند ومن ثم يخضع السند الواحد من الجانب الشكلي لأكثر من قانون[1].

وتبدو المسألة حادة في الحالة التي يتصور فيها أن القانون الذي يحكم الجانب الموضوعي لكل تصرف من هذه التصرفات مختلف عن القانون الذي يحكم الشكل. الأمر الذي يدفعنا للتفكير في مدى تعارض هذا مع طبيعة السندات التجارية القائمة على سرعة التداول من ناحية والائتمان من ناحية أخرى.

إلا أنه حسب رأينا وتوافقا مع البعض، فإن المسألة لا تكون بهذه الحدة لو أن القانون الذي يحكم شكل الالتزام الصرفي أي قانون محل نشوء الالتزام هو نفسه القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية، بحيث تخف عملية تجزئة السند بين أكثر من قانون واحد، وهو الأمر الذي تقتضيه طبيعة الالتزامات الصرفية.

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 82.

ثانيا-بالنسبة لتطبيق قانون جنسية الطرفين في الالتزام الصرفي:

أجاز المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة إخضاع شكل التصرفات القانونية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين في حال اتحادهما في الجنسية، وهذا لما قد يتوافر لدى المتعاقدين من إلمام بأحكام قانونهما الوطني المشترك أكثر من أي قانون آخر[1].

وتطبيق هذا على الالتزامات الصرفية، يكون في الفرض الذي يتم فيه الالتزام الصرفي مباشرة بين وطنيين، كأن يكون الساحب والمستفيد مثلا جزائريين، أو أن يتم التظهير بين وطنيين، فهذا النص لا ينطبق في الحالة التي يكون فيها الحامل ومن يتم الرجوع عليه من جنسية واحدة، بحيث يفترض هنا أنه لم يكن يعرف كل منهما الآخر أثناء تداول السند وانتقاله من يد لأخرى، أي قبل عملية الرجوع.

إلا أن إخضاع السند التجاري في جانبه الشكلي لأكثر من ضابط، يؤدي إلى تطبيق أكثر من قانون على السند الواحد. واعتبار تصرفين متماثلين واردين على ورقة واحدة وفي دولة واحدة، مختلفي الحكم: أحدهما باطل بينما يكون الآخر صحيحا.

ومثال ذلك، لو أن جزائريا كان قد ضمن احتياطيا ساحب السفتجة الجزائري الجنسية هو أيضا، وكان الالتزام قد تم في الجزائر بمقتضى ورقة مستقلة. هذا الضمان يعتبر صحيحا في الجزائر طبقا لنص المادة 3/409 ق.ت.ج[2] والتي تعتبر من قبيل الاستثناءات الواردة على مبدا الكفاية الذاتية التي يقوم عليها قانون الصرفي. بينما إذا صدر ضمان احتياطي آخر في الجزائري بنفس

[1] عائدة محمد نعيم شكري العامودي، تنازع القوانين في الأوراق التجارية وفقا لاتفاقية جنيف دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، 1995، ص47.

[2] المادة 409 فقرة 3 ق.ت.ج نصت على أنه:" يجب أن يكتب الضمان الاحتياطي على نفس السفتجة أو الورقة المتصلة بها أو بسند يبين مكان صدوره..."

الشكل لصالح أحد الملتزمين في السند وكان الطرفان ينتميان إلى دولة يوجب قانونها أن يكون الضمان على ذات الورقة، فإن الضمان هنا يكون باطلا بوصفه التزاما صرفيا[1].

وعلى هذا يمكن القول بأنه وإن كان الهدف من وضع هذا الضابط في المادة 19 ق.م.ج هو "التيسير على للمتعاقدين" في نطاق التصرفات القانونية، إلا أنه في نطاق الالتزامات الصرفية ذات الطبيعة الخاصة يصبح إخضاع شكل الالتزام الصرفي لضابط الجنسية المشتركة للملتزمين، أمرا عسيرا، بحيث يصبح صعب على الحامل الأخير والذي يريد التعامل بالسند أن يتحرى عن صحة الالتزامات الواردة عليه من الناحية الشكلية بالرجوع إلى جنسية طرفي الالتزام، فهذا الأمر يعيق تداول الورقة أو السند ويحرره من وظائفه.

على إثر ذلك، ولما لهذا الخيار من نتائج عملية ضارة بالالتزامات الصرفية، نقول بأن قاعدة "قانون المحل يحكم شكل" هي الحل الأنجع والأنسب في تحديد القانون الذي يحكم شكل الالتزامات الصرفية ذات الطبيعة الخاصة.

ثالثا: بالنسبة لقانون موطن المتعاقدين:

إن الخيار المتعلق بتطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين والوارد في نص المادة 19 ق.م.ج يعتبر بالمقارنة مع الخيار المتعلق بتطبيق قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، من الخيارات ذات ميزة خاصة في نطاق الالتزامات الصرفية. فموطن الملتزمين، بالأخص موطن المدين-المسحوب عليه أو المظهر القابل أو الضامن الاحتياطي أو كل من يأخذ هذا المركز في السند التجاري بصفة عامة- عادة ما يكون هو مكان الوفاء بقيمة السند أو الورقة. وإذا لم يذكر في السند مكان الوفاء فإن التشريعات تجمع على عدم اعتبار الورقة باطلة وإنما تكون مستحقة الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء (المادة 3/390 ق.ت.ج)[2].

[1] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 83.

[2] تقابلها المادة 3/347 قانون مدني مصري، والمادة 3/2 من اتفاقية جنيف 1930.

بهذا المعنى فإن إعمال هذا الخيار من شأنه أن يؤدي على إخضاع شكل الورقة التجارية للقانون الذي يحكم عملية الوفاء[1]. وهو حل لا يثير صعوبات من الناحية العملية وغاليا ما تتجه إليه نية الأطراف، وهو أيضا من الحلول التي تحقق للسندات التجارية وظيفتها المتمثلة في سرعة تداولها، بحيث سيبقى بهذا فقط على الحامل الأخير التحري والبحث عن هذا القانون وحده ليقف على صحة الالتزامات الصرفية في جانبها الشكلي.

ومع هذا فإن إعمال هذا الضابط قد يثير عدة صعوبات، أهمها:

-صعوبة تحديد المقصود بالموطن، فهذا الأخير لازال يثير جدلا كبيرا بين فقه وقضاء القانون الدولي الخاص. فكيف يعول على هذا الضابط لحكم مسألة قائمة على السرعة والثقة وهو لازال محل خلاف؟

-صعوبة تحديد الموطن المشترك في نطاق السندات التجارية، فهل يجب أن يكون الساحب والمستفيد مثلا متوطنين في مكان واحد، أو أن يكون كل من موطن المظهر والمظهر إليه واحد؟ أم يكفي أن يكون موطن الحامل ومن يتم الرجوع عليه واحدا؟

رابعا: بالنسبة للقانون الذي يحكم موضوع الالتزام:

إن من شأن إخضاع شكل الالتزام الصرفي للقانون الذي يحكم الموضوع، تحقيق وحدة القانون الذي يسري على الالتزام الصرفي برمته. ومن شأنه أيضا تجنيبنا عملية تجزئة السند وإخضاعه لأكثر من قانون.

وتبرز أهمية هذا الخيار في أنه يؤدي إلى تجنب الصعوبات التي تثيرها مسألة تكييف البيانات الواردة على السند والتمييز بين ما يعد منها من قبيل الشكل وما يعد من الموضوع.

[1] وهذا ما أخذت به اتفاقية جنيف 1931 كما تم بيانه سابقا.

وأخيرا هذا الحل من شأنه التوفيق بين اختصاص القانون الواجب التطبيق على الشكل وبين الأحكام الآمرة الواجب اتباعها وفقا لقانون الدولة الذي يحكم الموضوع. وتبدو أهمية هذا الأمر بصفة خاصة في خصوص الشيك سيما في الحالة التي يتوجب فيها قانون الدولة-الذي يحكم موضوع الالتزام الصرفي-ضرورة أن يتم السحب على بنك أو مؤسسة تقوم بأعمال مصرفية[1].

-على إثر هذه المعطيات نخلص، إلى أن من شأن إعمال حكم المادة 19 من القانون المدني الجزائري على شكل الالتزامات الصرفية، إعاقة تداول الورقة التجارية على الصعيد الدولي. فالشكلية في السندات التجارية هي التي تستهدف تسهيل عملية تداولها. وفقدان وظيفتها الائتمانية. فمصلحة الائتمان تقتضي إسناد صحة السند من حيث الشكل لقانون واحد محدد سلفا، يمكن معرفته بسهولة، وقانون محل نشوء الالتزام يستجيب لهذه الاعتبارات[2]، أما إخضاع شكل الالتزام الصرفي كما تقضي به المادة 19-لأكثر من قانون-من شأن ذلك إعاقة تداول السند التجاري وفقدانه لوظيفته الائتمانية.

فلو مثلا تم اصدار سند تجاري في دولة (أ) وبالشكل الذي يتطلبه قانون هذه الدولة بوصفه قانون محل نشوء السند، ثم أجريت عليه عدة تظهيرات متعاقبة في نفس الدولة، وخضع شكل التظهير الأول لقانون الدولة (ب) باعتباره قانون الجنسية المشتركة لطرفي الالتزام، ثم خضع التظهير الثاني من حيث الشكل لقانون الدولة (ج) بوصفه قانون الموطن المشترك، ثم خضع شكل التظهير الثالث لقانون الدولة (د) باعتباره القانون الذي يحكم موضوع الالتزام الصرفي، وبالتالي على الغير حتى يقبل التعامل بالسند التحري عن الصحة الشكلية للتظهيرات المتعاقبة غير المتقطعة، وذلك بالرجوع إلى قانون محل نشوء السند ثم قانون الجنسية المشتركة ثم الموطن المشترك ثم القانون الذي يحكم الموضوع.

[1] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 86-87.

[2] عاطف عبد الحميد عبد المجيد ندا، المرجع السابق، ص 203.

وهذا يعد بمثابة إعاقة لتداول السند التجاري وتجريده من الوظيفة التي قام من أجلها، وهذا بإعمال الطابع الاختياري للقاعدة التي تحكم شكل التصرفات العادية "قانون المحل يحكم الشكل"، فهذا الطابع يسمح بإعمال قوانين مختلفة على شكل الالتزامات الصرفية الواردة على السندات التجارية، والتي تصعب على الحامل معرفتها بمجرد الاطلاع عليها، بل يكون عليه إجراء تحري عن صحة السند التجاري من الناحية الشكلية وبالرجوع إلى كل هذه القوانين[1].

على هذا، وحسب رأينا لابد أن يضفي المشرع الجزائري الصفة الإلزامية في تطبيق "قاعدة قانون المحل يحكم الشكل" على شكل الالتزامات الصرفية بصفة خاصة، أخذا منه بما جاءت به أحكام اتفاقيتي جنيف 1930-1931 بهذا الخصوص. وما جاء به التشريع المصري كما سنرى في الفرع الثاني.

الفرع الثاني:

القانون الذي يحكم شكل الالتزام الصرفي في القانون المقارن (القانون المصري)

لم يكن قانون التجارة المصري القديم يتضمن نصوصا خاصة بتنازع القوانين في شكل الأوراق التجارية، وبالتالي كان شكل الالتزام الصرفي في القانون المصري شأنه في ذلك شأن القانون الجزائري يخضع لحكم القواعد العامة المقررة في المادة 20 من القانون المدني المصري[2]، أي للقانون الذي يحكم شكل التصرفات القانونية العادية دون أي خصوصية معينة تنفرد بها الورقة التجارية في هذا الشأن.

إلا أنه بموجب قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999، عالج مسألة القانون الذي يحكم شكل الالتزام الصرفي في نص المادة 387 منه التي تقضي على أنه:

---

[1] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 265.

[2] الحلول التي جاءت بها المادة 20 من القانون المدني المصري هي نفسها الحلول التي جاءت بها المادة 19 من القانون المدني الجزائري، والتي أدرجناها في الفرع الأول بالتفصيل.

"1-يخضع شكل الالتزامات بموجب الكمبيالة لقانون الدولة التي صدرت فيها.

2-ومع ذلك إذا كان الالتزام غير صحيح شكلا بموجب القانون المشار إليه في الفقرة السابقة ولكنه صحيح شكلا وفقا لأحكام القانون المصري فلا يكون لعيب الشكل أثر في صحة الالتزامات اللاحقة التي تنشأ بموجب الكمبيالة في مصر".

ونصت المادة 481 على القانون الذي يحكم شكل الالتزام الصرفي في الشيك، وتضمنت نفس ما جاء بخصوص السفتجة. وكل نص من هذين النصين وضع –على غرار اتفاقية جنيف- قاعدة وأورد عليها استثناء.

فقد أخضع هذين النصين شكل السند لقانون الدولة الذي صدر فيها، ولكن إذا صدر السند معيبا وفقا لهذا القانون فيكفي أن يكون صحيحا شكلا وفقا لأحكام القانون المصري حتى تترتب الآثار الناشئة عن الالتزامات اللاحقة لإصدار السند، والتي نشأت بموجب التعامل بالسند في مصر[1].

البند الأول: القاعدة

يتضح من الفقرة الأولى من المادة 387 السابقة الذكر، أن المشرع المصري أخضع شكل الالتزام الصرفي لقاعدة " قانون المحل الابرام يحكم شكل التصرف". وأن تطبيق القاعدة في هذه المادة له طابع إلزامي[2] لا اختياري وهذا على غرار ما جاءت به اتفاقيتي جنيف.

---

[1] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 274.

[2] هذه الصفة الآمرة تظهر بوضوح في عبارات النص الذي قال: "يخضع شكل الكمبيالة.... لقانون الدولة". ثم إن النص لم يرصد إلا قانونا واحدا يحكم الجانب الشكلي في الالتزام الصرفي، ومن ثم لا مجال للكلام عن "طابع تخييري للقاعدة". كما أنه بما أن القانون المأخوذ عنه-نص المادة 1/3 من اتفاقية جنيف 1930-وضع قاعدة إسناد إلزامية تحكم شكل الالتزام الصرفي في السفتجة، فإنه وجب الالتزام بالتفسير المقال به في القانون المأخوذ عنه. أنظر، عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 91.

كما أن هذه القاعدة تسري بشأن كل التزام صرفي يرد على الورقة التجارية سواء تعلق الأمر بإنشائها أو تظهيرها أو ضمانها احتياطيا.

وتجدر الإشارة أن الحكم الوارد في شأن السفتجة والقانون الذي يحكم شكل الالتزامات الواردة عليها يطبق على السند لأمر، بدليل ما نص عليه المشرع المصرع في المادة 470 من القانون 17 لسنة 1999 بقوله: "تسري على السند أحكام الكمبيالة بالقدر الذي لا تتعارض فيه ماهيته..."

البند الثاني: الاستثناء الوارد على القاعدة

أورد المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة 387 الخاصة بالسفتجة والمادة 481 الخاصة بالشيك، استثناء على مبدأ خضوع شكل الالتزام الصرفي، بحيث يكون القانون المصري هو الواجب التطبيق إذا كان الالتزام الصرفي الناشئ في دولة أجنبية باطلا من حيث الشكل وفقا لقانون محل إنشائه، ولكن صحيح وفقا لأحكام القانون المصري، وذلك حتى لا يؤثر العيب الشكلي في صحة الالتزامات اللاحقة والتي نشأت بمناسبة التعامل بالورقة التجارية في مصر[1].

وحتى يطبق هذا الاستثناء لابد من توافر الشروط التالية:

1-أن يكون الالتزام الوارد على الورقة التجارية باطلا من حيث الشكل وفقا لقانون محل إنشاء أو تحرير الالتزام.

2-أن يكون هذا الالتزام-المعتبر باطلا وفقا لقانون محل إبرامه-صحيحا من الناحية الشكلية وفقا لأحكام القانون المصري.

4-أن يتم التعامل بنفس الورقة التجارية في مصر وأن يحرر عليها التزام صرفي لاحق صحيح.

[1] عاطف عبد الحميد عبد المجيد ندا، مرجع سابق، ص 208.

إذا بتوافر هذه الشروط لا يؤثر بطلان السابق للالتزامات على صحة الالتزامات التي نشأت صحيحة في مصر.

وهذا وإن كان المنطق يستوجب بطلان الالتزام الحاصل في مصر بحسبان أن ما بني على باطل يكون باطلا. إلا أن الاستثناء يقرر العكس، وهو أن الالتزام الوارد في السند إذا كان غير صحيح شكلا بموجب قانون الدولة التي صدر فيها هذا الالتزام وكان صحيح شكلا وفقا للقانون المصري، فإن العيب الشكلي في الالتزام لا يكون له أثر وتطبق أحكام القانون المصري بالنسبة للالتزامات اللاحقة التي تنشأ في مصر، ولا يعتد بهذه الالتزامات إذا كان الالتزام غير صحيح شكلا بالنسبة لأحكام القانون المصري[1]. وهذا الحل الذي جاء به المشرع المصري يتماشى مع ما جاءت به اتفاقيتي جنيف 1930-1931 التي سبق وأن تم دراستها في المطلب الأول.

وقد قضت محكمة الاستئناف البريطانية في قضية (koechlin v.kostenbun) حيث كان النزاع يتعلق بصحة سند تجاري تم سحبه في باريس لأمر شخص وتم تظهيره بإمضاء ابنه الذي يعمل بصفة وكيل، ولم يكن هناك ما يشير إلى هذه الوكالة ضمن بيانات السند، وهذا الشكل لتوقيع النائب ينسجم مع نصوص القانون الفرنسي، ولكنه يخالف نصوص القانون الإنجليزي بشأن صحة التوكيل. فقررت المحكمة بشأن هذه القضية بأن القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق[2].

وفي قضية (Derin Barding) أكدت محكمة الاستئناف الاتجاه السابق، حيث سحب سند تجاري في إنجليترا وظهر لأكثر من شخص وكان التظهير قبل الأخير على بياض لمصلحة شخص يقيم في باريس، وقام هذا الأخير تظهيره للمدعي في لندن حيث قررت المحكمة بان المدعي لا يمكنه إقامة الدعوى بموجب القانون الإنجليزي أو القانون الفرنسي لأن التظهير على بياض يجب أن يفسر بموجب قانون البلد الذي تم فيه[3].

---

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 90.

[2] Robert Charls, International Law of Commercial Law, Law book publishers, second edition, London, 1961, p.447.

[3] Dicy morris, the conflict of Law, volume 2, 10 the edition London, 1980, p. 836-837.

نخلص مما تقدم أن المشرع المصري غاير في الحكم بين القانون الذي يحكم شكل الالتزام الصرفي والقانون الذي يحكم شكل التصرفات العادية. فأخضع شكل الالتزام الصرفي لقانون الدولة التي نشأ فيها.

ويجد هذا الحل تبريره في أنه يسمح للأطراف في السند التجاري إخضاعه للقانون الذي يسهل عليهم الاهتداء إليه والوقوف على أحكامه. إضافة إلى أنه سيكون في مقدور حملة السند المتتابعين-عند تلقيهم السند-أن يقفوا بسهولة ودون عناء على القانون الذي يحكم شكل الالتزامات الصرفية بطريقة محددة وثابتة، ومن ثم يتعرفون على صحة الالتزامات من الناحية الشكلية[1].

وتجدر الإشارة إلى الحالة التي يأتي فيها السند خاليا من تحديد مكان نشوء الالتزام الصرفي، فالمعروف على هذا البيان أنه من البيانات الإلزامية التي تطلب المشرع ضرورة ذكرها في السفتجة (م379 ق.ت.المصري). كما أنه تطلب ضرورة ذكر تاريخ ومكان إصدار الشيك، فإذا تخلف بيان مكان الإنشاء فإن ذلك لا يُبطل السفتجة وإنما تظل صحيحة وتعتبر صادرة في المكان المبين بجانب توقيع الساحب.

كذلك تطلب المشرع في المادة 473 ذكر عدة بيانات لاعتبار السند شيكا من بينها مكان الوفاء ومكان الإصدار. كما نصت المادة 474 على أن السند الخالي من أي من هذه البيانات المذكورة في المادة 473 لا يعتبر شيكا إلا في الحالات الآتية:

"1-إذا كان الشيك خاليا من بيان مكان الوفاء اعتبر مستحقة الوفاء في المكان الذي يوجد به المركز الرئيسي للبنك المسحوب عليه.

2-إذا خلا الشيك ن بيان مكان إصداره اعتبر أنه صدر في موطن السحب."[2]

---

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 91.

[2] تقابلها نفس الأحكام في القانون التجاري الجزائري، المادة 390 ق.ت.ج بالنسبة للسفتجة، والمادة 473 بالنسبة للشيك.

في الأخير نقول بأن المشرع المصري قد خرج عن القواعد العامة التي تحكم شكل التصرفات القانونية، التي تفتح الباب للاختيار قانون من بين عدة قوانين، بوضعه قاعدة تتميز بالطابع الالزامي واستثناء يستبعد من خلاله تأثير البطلان في قانون المحل على الالتزام اللاحق الصحيح وفقا للقانون المصري، وهذا على غرار ما جاءت به اتفاقيتي جنيف 1930-1931.

وبخلاف ذلك لازال المشرع الجزائري يحتفظ بأحكام المادة 19 من القانون المدني الجزائري كحل لحالات التنازع في شكل الالتزامات الصرفية.

المبحث الثاني:

الأثر المترتب على مخالفة شروط صحة الالتزام الصرفي الشكلية والموضوعية

قد ينتقل السند التجاري بالتداول من شخص إلى شخص، خاليا من العيوب، كما قد ينتقل محملا ببعض العيوب، وهناك من العيوب ما تؤثر على صحة السند أو الورقة. وبالأخص إذا مس هذا العيب أحد الشروط اللازمة لصحة الالتزام الصرفي من شروط شكلية وموضوعية.

فقد تتعيب الورقة التجارية لذكر بيان فيها أو أكثر على خلاف الحقيقة وهو ما يعرف بالصورية، أو قد تحرر الورقة على شخص غير ملتزم أصلا بأي دين تجاه الساحب أو المحرر وهي ما تعرف بسندات المجاملة، وقد يتعيب السند بسبب تغير لبيان أو أكثر بعد إنشائه، وهو ما يعرف بالتحريف.

لما كانت اتفاقيتي جنيف 1930-1931 المتعلقتين بتنظيم بعض حالات تنازع القوانين المتعلقة بالسفتجة والسند لأمر والشيك، لم تتصديا لبيان القانون الواجب التطبيق في حالة تخلف الشروط الموضوعية والشكلية في السند التجاري، فإن هذا يدفعنا لمعالجة هذه المسألة على ضوء القواعد العامة في تنازع القوانين (في القانون الجزائري وبعض التشريعات المقارنة).

ومن المبادئ المقررة، وفقا للقواعد العامة في تنازع القوانين، أن القانون الذي يحكم البطلان، بالنسبة للتصرفات القانونية بصفة عامة، هو ذاته القانون الذي خولفت شروطه الشكلية أو الموضوعية.

على إثر هذا المبدئ سيتم تحديد القانون الذي يحكم أثر مخالفة الشروط الموضوعية للالتزام الصرفي (**المطلب الأول**)، ثم تحديد القانون الذي يحكم أثر مخالفة الشروط الشكلية للالتزام الصرفي (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول:

القانون الذي يحكم أثر مخالفة الشروط الموضوعية للالتزام الصرفي

من المتفق عليه في فقه القانون الدولي الخاص أن القانون الواجب التطبيق على الورقة التجارية من الناحية الموضوعية هو الذي يحدد طبيعة الجزاء المترتب على مخالفة أحد هذه الشروط، فإذا كانت الورقة التجارية معيبة لانعدام أو نقص أهلية الملتزم بها، فإن قانون جنسية الملتزم هو الذي يحدد الأثر المترتب على ذلك، وبالنسبة للشروط الأخرى مثل المحل والرضا والسبب فإن قانون الارادة باعتباره القانون الواجب التطبيق هو الذي يبين الاثر المترتب على انعدام الارادة أو انتفاء السبب أو عدم مشروعيته[1].

وبهذه المسألة الأخيرة تلتحم مسألة أخرى على اتصال بها هي تلك المتعلقة بسندات المجاملة أو أوراق المجاملة les effets de complaisance، إضافة إلى اتصال مسألة أخرى بها وهي المسألة المتعلقة بالصورية، على هذا الأساس سنرى في البند الأول ما المقصود بسندات المجاملة وما هو القانون الذي يحكم الآثار التي يمكن أن تترتب عليها، ونتناول في البند الثاني موضوع الصورية.

[1] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 833. وعز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 474

الفرع الأول:

سندات المجاملة

من أجل الإلمام بموضوع سندات المجاملة سنرى (البند الأول) المقصود بسندات المجاملة، (البند الثاني) بطلان سندات المجاملة، في الأخير (البند الثالث) نرى سندات المجاملة في نطاق العلاقات الخاصة الدولية.

البند الأول: المقصود بسندات المجاملة

هي سندات أو أوراق تجارية تتضمن جميع الشروط الشكلية اللازمة لصحتها، بحيث يظهر بموجبها أحد موقعيها بمظهر المدين الحقيقي مع أنه قصد في حقيقة الأمر من القيام بتحرير السند التجاري السفتجة أو السند لأمر[1] مساعدة شخص آخر للحصول على الائتمان اللازم له لدعم حالة مالية مزعزعة[2].

وبمعنى أدق في سفاتج المجاملة قد يلجأ الساحب إلى تحرير سفتجة على شخص غير ملتزم أصلا بأي دين تجاه الساحب.

والحالة المعتادة لاستخدام سفاتج المجاملة أن يقع الساحب في حالة من العسر المالي لاضطراب تجارته، أو لتدهور السوق المالية فيكون في وضعية توقف عن دفع ديونه مما يجعله على مقربة من شهر إفلاسه.

فالساحب في مثل هذه الحالة لا يجد سبيلا للخلاص سوى أن يترجى أحد أقاربه أو زملائه في أن يسحب عليه سفتجة دون أن تكون هناك علاقة دائنية بينهما ودون أن يكون القصد إلزام

---

[1] تستخدم سندات المجاملة في حالتي السفتجة والسند لأمر، أما بالنسبة للشيك فباعتباره أداة وفاء فقط وليس أداة ائتمان، لا يصلح لأن يكون سند من سندات المجاملة التي تهدف إلى تمكين الساحب أو المستفيد من الحصول على ائتمان وهمي زائف.

[2] رزق الله انطاكي، المرجع السابق، ص98.

المسحوب عليه بالوفاء وذلك لأجل أن يحصل على ائتمان صوري، وبالتالي تحرر هذه السفتجة وتمنح للمستفيد الذي بدوره قد يقوم بتظهيرها وتحصيل قيمتها[1].

البند الثاني: بطلان سندات المجاملة

اختلفت الآراء حول اعتبار سندات المجاملة صحيحة أو باطلة، وقد اختلف في سبب بطلانها، فالبعض ذهب إلى عدم وجود مقابل الوفاء[2]، وآخر ذهب إلى أنها تعتبر باطلة لانتفاء ركن السبب فيها، والرأي الثالث الذي اجتمعت هذه الآراء حوله وهو اعتبار هذه السندات باطلة لكون سببها غير مشروع، باعتبار أنها سندات ترمي إلى تمكين الساحب أو المستفيد من المجاملة للحصول على ائتمان وهمي، وهو أمر ينطوي على الغش والاحتيال ويفسد المعاملات التجارية ويكون من ثم مخالفا للنظام العام ومنافيا للأمانة التجارية[3].

من الآثار المترتب على بطلان سندات المجاملة، لا يسري هذا البطلان في حق الحامل حسن النية، أما إذا كان سيء النية أمكن الدفع تجاهه بالبطلان، وكل من يدفع بسوء نية الحامل عليه إثبات ذلك بكل طرق الإثبات.

أما فيما يتعلق بأطراف علاقة المجاملة فيسري بشأنهم بطلان السفتجة أو السند لأمر الذي تم تحريره وتأسيسا على المبدأ القائل بأنه لا يجوز لشخص أن يحتج بغش صدر من طرفه، كان القضاء الفرنسي سنة 1982 قد رتب عدم إمكانية رجوع المسحوب عليه المجامل في السفتجة إذا كان

---

[1] بن داود إبراهيم، الأسناد التجارية في القانون التجاري الجزائري، المرجع السابق، ص 138.

[2] فالاتجاه اللاتيني يقر بأن مقابل الوفاء أحد ضمانات الوفاء في السفتجة مما يعني أن انعدامه في سفاتج المجاملة يؤدي إلى القول ببطلانها. أما الاتجاه الجرماني والذي لا يعتبر مقابل الوفاء من ضمانات الوفاء فقد أقر بصحة هذه السفاتج أو السندات. بن داود إبراهيم، المرجع نفسه، ص139.

[3] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 166.

قد وفى بقيمة سفتجة المجاملة، لكن القضاء الحديث أجاز للمسحوب عليه الموفي الرجوع على الساحب بما اوفاه استنادا لنظرية الإثراء بلا سبب[1].

البند الثالث: سندات المجاملة في نطاق العلاقات الخاصة الدولية

باعتبار بطلان سندات المجاملة ناتج عن كون سببها غير مشروع أي ينطوي عن غش واحتيال، فإن القانون الذي يحكم السبب في الالتزام الصرفي والذي تم توضيحه سابقا، أي قانون الإرادة هو الذي يحكم هذه الحالة[2].

ولما كان المساس بالائتمان يتم كأثر للمجاملة الصادرة من الساحب والمسحوب عليه القابل للسفتجة ومن المحرر المجامل في السند لأمر، فإنه يتوجب في نطاق القانون الدولي الخاص تطبيق قانون المكان الذي يتحقق فيه الاعتداء والاحتيال، وهو قانون الدولة التي حرر فيها السند التجاري على سبيل المجاملة[3].

الفرع الثاني:

الصورية

الصورية هي أن يشتمل السند التجاري على جميع البيانات المطلوبة قانونا مع ذكر بعضها على خلاف الحقيقة[4]. انطلاقا من هذا المفهوم قد يتساءل البعض عن الغرض من معالجتنا للصورية في هذا الفرع وهي تتعلق بالأكثر بالشروط الشكلية، لكن حتى نقول بوجود الصورية لابد من

[1] بن داود إبراهيم، الأسناد التجارية في القانون التجاري الجزائري، المرجع السابق، ص 141.

[2] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 70.

[3] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 166.

[4] مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكتروني الحديثة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005 ، ص59.

إقامة دليل يثبت صورية السند التجاري، وعلى اعتبار أن مسألة إثبات الصورية، وعلى ما هو راجح، تتصل في الغالب بالموضوع فلذلك أثرنا هذا الموضوع في هذا الفرع.

والمقصود من الصورية تجاوز عقبة معينة كأن يتم تغيير تاريخ الإنشاء لتغطية نقص أهلية الساحب أو يدون تاريخ سابق لتاريخ الحجر على الساحب، أو أن يذكر تاريخا سابقا لتوقفه عن الدفع لتجنب شهر إفلاسه، أو أن ترتبط الصورية بوصول القيمة فيذكر أن القيمة وصلت نقدا مع عدم تسلمه لأي شيء[1].

وفي إطار القانون الواجب التطبيق على الصورية، يذهب رأي إلى ضرورة الرجوع إلى قانون الإرادة لتطبيقه، في حين يذهب آخرون إلى وجوب تطبيق القانون الذي يحكم الشكل لمعرفة الآثار التي تترتب على الصورية. إلا أن الفقه الغالب يتجه إلى وجوب النظر إلى مضمون الشرط الذي يتعلق به البيان الصوري، فإذا نصت الصورية مثلا على البيان الخاص بالتاريخ بقصد إخفاء نقص أهلية الموقع على الورقة، فإن هذا الشرط يكون ذا طبيعة موضوعية، وتخضع الصورية عندئذ للقانون الذي يحكم الموضوع[2].

هذا ولما كانت مسألة الإثبات متصلة بالموضوع، فإن إثبات الصورية يخضع للقانون الذي يحكم الموضوع، وهو قانون محل نشوء الالتزام بوصفه قانون الإرادة. فهذا القانون هو الذي يحدد الواقعة التي ينصب عليها الاثبات ومَن مِن الخصوم يجب عليه تقديم الدليل وهل الأمر يقتصر الاحتجاج على الغير حسن النية أم يسري أيضا بالنسبة لسيء النية وكذلك بين طرق الإثبات، أي ما يقبل الأدلة وما لا يقبل[3].

[1] بن داود إبراهيم، الأسناد التجارية في القانون التجاري الجزائري، المرجع نفسه، ص81.

[2] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 368.

[3] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 172.

لكن ماذا لو قضى القانون الواجب التطبيق في حالة الصورية ببطلان السند التجاري، هل يمكن لمن أجرى الصورية أن يتمسك بالبطلان؟

وباعتبار أن هذه المسألة تدخل في نطاق عدم الاحتجاج بالدفوع، فإننا سنعالجها في الباب الثاني ضمن المسألة المتعلقة بآثار الالتزام الصرفي.

المطلب الثاني:

أثر مخالفة الشروط الشكلية في السندات التجارية

الالتزام الصرفي هو التزام شكلي، ينبغي لصحته ضرورة اتخاذ شكل إلزامي نص عليه القانون. هذه الشكلية التي تطلبها القانون تلعب دورا وقائيا من أجل جذب نظر الأطراف ذوي العلاقة الذين يلتزمون بالسند التجاري واستبعاد كل غموض[1].

وبالتالي السند التجاري الذي لا يحتوي على الشروط الشكلية الواجب توافرها لا يصلح كسند صرف، ويترتب عليه بطلان لعيب في الشكل.

وتكون العملية الصرفية معيبة شكلا في حالة تخلف أحد البيانات الإلزامية (الترك) والصورية والتحريف أو التزوير. وبعدما كنا قد تناولنا الصورية في المطلب المتعلق بأثر مخالفة الشروط الموضوعية-لأسباب تم ذكرها سابقا-فإنه سيتم التطرق في هذا المطلب لكل من حالة الترك (الفرع الأول) ثم حالة التحريف أو التزوير (الفرع الثاني).

[1] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 124.

الفرع الأول: الترك

سنرى من خلال هذا الفرع حالات تخلف أحد البيانات الإلزامية في السندات التجارية وذلك وفقا لأحكام القانون الجزائري (البند الأول)، ثم يتم تحديد القانون الذي يحكم هذا السند الناقص (البند الثاني).

البند الأول: تخلف أحد البيانات الإلزامية في السندات التجارية (السفتجة كمثال)

بالرجوع لأحكام القانون الموحَد والقانون التجاري الجزائري، فإن السند الذي ينقصه أحد البيانات الإلزامية لا يعد سفتجة كما هو مذكور في المادة 390 ق.ت.ج (أولا). بالرغم من ذلك فقد أورد القانون ثلاثة استثناءات تتعلق بميعاد الاستحقاق ومحل الوفاء ومكان الإنشاء حيث أن عدم ذكرها مثلا في السفتجة لا يؤدي إلى بطلانها (ثانيا). كما أن فقدان الورقة صفتها كسفتجة لا يعدم قيمتها القانونية في جميع الأحوال فالأمر يتعلق بطبيعة البيان الناقص الذي يسمح بتحولها لبيان آخر (ثالثا). وتفاديا للبطلان فقد أجاز القانون الموحَد إمكانية إصدار سفتجة ناقصة على أساس تكملة بياناتها فيما بعد (رابعا).

أولا: تخلف البيانات المؤثرة في السندات التجارية

الأصل العام الذي يحكم ترك البيانات الإلزامية في السندات التجارية هو بطلان السندات المعيبة.

وحسب نص المادة 390 من ق.ت.ج[1] فإن السفتجة الخالية من أحد البيانات الإلزامية المذكورة في ذات المادة لا تعد سفتجة[2].

---

[1] نصت المادة 390 ق.ت.ج على أنه " إذا خلا السند من أحد البيانات المذكورة بالفقرات المتقدمة فلا يعتد به كسفتجة ..." ويقابلها نفس الحكم بالنسبة للسند لأمر (المادة 466 ق.ت.ج) وبالنسبة للشيك (المادة 473 ق.ت.ج).

[2] يقابلها نص المادة 316 من ق. التجارة اللبناني، المادة 125 من ق. التجارة الأردني، والمادة 380 مصري.

فلو كان السند خاليا من توقيع الساحب أو اسم المسحوب عليه أو كلمة سفتجة في متن السند فيعتبر السند باطلا ولا يمكن أن ينتج الآثار التي تتولد عادة عن السفتجة كورقة تجارية. وبالتالي لا يكون باستطاعة الحامل ولو كان حسن النية من مباشرة أي إجراء للرجوع الصرفي. بل يجوز الدفع في مواجهته ببطلان السفتجة[1] لأن نقص أحد بياناتها المؤثرة هو عيب ظاهر يمكن كشفه بسهولة بمجرد الاطلاع عليها كما لا يجوز له التذرع بجهل القانون[2].

ثانيا: تخلف البيانات غير المؤثرة في صحة السندات التجارية

في هذا الفرض نرى أن المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة والقانون الموحَد[3]، قد خرج عن الأصل العام المتمثل في بطلان السند التجاري الذي ينقصه أحد البيانات الإلزامية وذلك بنصوص صريحة.

فقد استثنى في نفس المادة السابقة (المادة 390 ق.ت.ج) ثلاثة بيانات لا يؤثر تخلفها على صحة السفتجة، تتمثل هذه البيانات الثلاثة فيما يلي:

1-**تخلف بيان تاريخ الاستحقاق:** هذا البيان وإن كان من غير البيانات الإلزامية للشيك، باعتبار هذا الأخير دائما مستحق الأداء بمجرد الاطلاع.

[1] إن بطلان الورقة التجارية لتخلف البيانات الإلزامية يتعلق بالنظام العام، وبالتالي يجوز للمحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها. أنظر: هاني دويدار، القانون التجاري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 503.

[2] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص126.

[3] المادة الثالثة من قانون جنيف الموحَد.

إلا أن لتاريخ الاستحقاق أهمية بالنسبة للسفتجة والسند لأمر، التي قد جعلها المشرع مستحقة الأداء وفقا لأربع طرق واردة على سبيل الحصر[1].

وبالتالي متى لم يكن ميعاد الاستحقاق ثابتا في السند التجاري (السفتجة والسند لأمر)، جاز لحاملها الشرعي تقديمها للوفاء إلى المدين الأصلي بها الذي يلتزم بالوفاء بمجرد الاطلاع عليها. مع مراعاة الأحكام الخاصة بتقديم السندات التجارية التي تستحق الأداء بمجرد الاطلاع[2].

تجدر الملاحظة إلى أن السند الذي يرد فيه تاريخ الاستحقاق سابقا أو غامضا أو غير صحيح فيعد سندا باطلا كسفتجة.

2-تخلف بيان مكان الخاص بالدفع: في هذه الحالة لا يبطل السند (سفتجة) وإنما يعتد فيه بالمكان المدون بجانب المسحوب عليه، فيعتبر هذا المكان هو مكان الوفاء وموطن المسحوب عليه في نفس الوقت (المادة 390 ق.ت.ج).

3-تخلف بيان مكان الإنشاء: إن السند الخالي من بيان مكان الإنشاء يعد منشأ في المكان المبين بجانب اسم الساحب (في السفتجة والشيك) والمحرر (في السند لأمر)، وذلك أن الإنشاء أصلا قد تم من طرف الساحب. أما إذا لم يذكر مكان الإنشاء ولا موطن الساحب عد السند باطلا.

---

[1] نصت المادة 410 على أنه: "يمكن سحب سفتجة:

-لدى الاطلاع،

-أو لأجل معين لدى الاطلاع،

-أو لأجل معين التاريخ،

-أو ليوم محدد." هذا فيما يتعلق بالسفتجة، أما فيما يتعلق بالسند لأمر فإنه تطبق عليه أحكام المادة 410 وهذا تطبيقا لنص المادة 467 الذي جاء نصها كالآتي:" تطبق على السند لأمر الأحكام المتعلقة بالسفتجة فيمالا يتعارض مع طبيعته وذلك في الأحوال الآتية: -الاستحقاق (المادة من 410 إلى 413)."

[2] هاني دويدار، القانون التجاري، المرجع السابق، ص 501.

وتقتضي الإشارة على أنه في ظل النظام الشكلي الذي تتماز به قواعد الصرف تعد الاستثناءات الثلاثة السابقة واردة على سبيل الحصر ولا يجوز بأي حال التوسع فيها.

ثالثا: انعدام الأثر القانوني للسند التجاري المعيب وتحوله

باستثناء البيانات التي قرر المشرع التعويض عن غيابها ببيانات بديلة فإذا كانت الورقة لا تتضمن واحدا أو أكثر من البيانات الإلزامية للسفتجة مثلا فإنها تبطل كسفتجة.

غير أن فقدان السند لوصفه كسفتجة أو سند لأمر أو شيك لا يعدم قيمته القانونية دائما وفي جميع الأحوال. فالأمر يتوقف على طبيعة البيان الناقص ذاته فإما يؤدي إلا انعدام الأثر القانوني للسند التجاري المعيب أو تحوَله إلى سند آخر[1].

1-**الإنعدام:** تنعدم كل قيمة للورقة التجارية إذا تخلف فيها البيانيين الآتيين:

-**مبلغ السند التجاري:** يتحدد مضمون الالتزام الصرفي الناشئ عن الورقة التجارية بذكر المبلغ النقدي في السند. ففي حالة تخلف هذا البيان تبطل الورقة لانعدام المحل. ويمتد الحكم إلى جميع صور السندات التجارية إذ يعد المبلغ النقدي محل الالتزام الصرفي فيها جميعا[2].

-**توقيع منشئ السند التجاري:** إن توقيع منشئ السند يفصح عن إرادته في الالتزام وهو يعطي للسند قيمته القانونية. فإذا تخلف توقيع الساحب (السفتجة أو الشيك) أو المحرر (السند لأمر) انعدم كل أثر قانوني للسند لانعدام عنصر الإرادة في الالتزام الصرفي.

2-**التحول:** إذا تضمن السند (السفتجة) بياني المبلغ الواجب دفعه وتوقيع محرره أو منشئه ولكن تخلف عنه أي من البيانات الإلزامية الأخرى للسفتجة فإن ثمة قيمة قانونية تبقى لها رغم فقدها صفة السفتجة.

---

[1] محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 69.

[2] هاني دويدار، المرجع السابق، ص 504.

فقد تتحول السفتجة إلى سند لأمر[1] أو سند عادي[2] وحينئذ تكون العبرة في تكييفها بالبيانات التي تتجمع فيها وكذلك نية أطرافها[3].

رابعا: تكملة أو تصحيح السند الناقص (السفتجة على بياض)

قد تنبه واضعو القانون الموحَد إلى أن أطراف السفتجة قد يتعمدون عدم ذكر بعض البيانات الجوهرية في السند أي تركها على بياض على أمل تكملتها وإضافتها إليها فيما بعد وفقا للاتفاق المبرم بينهما.

وقد أجازت المادة العاشرة من القانون الموحَد إمكانية إصلاح العيب الذي شابها أو تكملة البيان الناقص فيها تفاديا لبطلانها، وهي مادة لم تجد لها مكانا في القانون التجاري الجزائري على غرار العديد من القوانين العربية والأوربية[4].

---

[1] كأن تقتصر سفتجة على شخصين فقط وأغفل المسحوب عليه فتصبح سندا لأمر، بشرط أن تكون قد تضمنت جميع البيانات الإلزامية الأخرى بالأخص شرط الأمر.

[2] كأن تكون سفتجة ناقصة يغيب عنها عبارة سفتجة أو شرط الأمر فإنها تخرج من مجال السندات التجارية ومن نطاق قانون الصرف لتصبح مجرد سند عادي بالدين.

[3] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 130.

[4] قبول القانون الموحد بالسفتجة الناقصة يستخلص من نص المادة العاشرة التي نبهت إلى أنه: " إذا جاءت السفتجة ناقصة عند سحبها وتم إكمالها بعد ذلك خلافا للاتفاق الحاصل فإن إكمالها على الوجه المذكور لا يمكن إيراده دفعا تجاه الحامل ما لم يكن قد تملك السفتجة الموضوعة البحث بسوء نية أو كان قد ارتكب خطأ جسيما عند التملك."

لم يشأ مؤتمر جنيف أن يلزم الدول بنص المادة 10 المذكور ولذلك فقد ترك لها الخيار في أن تأخذ بالحكم المذكور (وفقا للمادة الثانية من الملحق الثاني من اتفاقية جنيف). على هذا قد استخدمت بعض الدول هذا الحق فلم تأخذ به في قوانينها كفرنسا والجزائر ولبنان وسوريا والمغرب ومصر.

لكن هناك دولا أخرى أوردت نص المادة 10 وضمنته قوانينها كالمادة العاشرة من القانون البلجيكي وقانون الالتزامات السويسري. (أنظر، سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، الهامش 1و2، ص 132.)

والراجح فقها وقضاء أن هناك سفاتج ناقصة أو على بياض لا يمكن إصلاحها لأنها تمس أصلا وجود السفتجة مثل عدم ذكر كلمة سفتجة أو غياب توقيع الساحب[1].

وهو نفس الرأي الذي كانت قد خرجت به مناقشات المادة العاشرة من القانون الموحد- عندما بيَن مندوب إيطاليا آنذاك-بأنه من أجل أن ينشأ الالتزام بالسفتجة الناقصة مع إمكانية تصحيحها أو تكملة بياناتها " يكفي فقط أن يكون هناك توقيع على سند يسمى سفتجة"[2].

هذا عن الأحكام العامة فيما يتعلق بحالة الترك في السندات التجارية، أما فيما يتعلق بحالة البحث عن القانون الواجب التطبيق في هذا الخصوص فإنه يطرح التساؤل حول ما هو القانون الذي يحكم حالة الترك في السندات التجارية؟

البند الثاني: تحديد القانون الذي يحكم الالتزام الصرفي المعيب شكلا لترك أحد البيانات الإلزامية

إذا كان الالتزام الصرفي معيبا شكلا لترك بيان أو أكثر من البيانات الإلزامية التي يتطلبها القانون الواجب التطبيق على الشكل، فإن هذا القانون هو الذي يحدد الأثر المترتب على ذلك، فيبين ما إذا كانت تعتبر الورقة باطلة في هذه الحالة أو لا، وإذا كانت باطلة فما هي طبيعة هذا البطلان، وهل تبطل بوصفها التزاما صرفيا فقط أم يمكن أن تعتبر سندا عاديا. وبالمثل فإن هذا القانون هو الذي يتحدد بمقتضاه ما إذا يمكن لأطراف الالتزام تكملة النقص أم لا والشروط المتطلبة إن كان ذلك ممكنا، وأيضا هو الذي يقول لنا ما إذا كان يمكن الاستعاضة عن البيانات الناقصة ببيانات أخرى مذكورة في السند ذاته أم أن ذلك غير ممكن[3].

---

[1] محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 74.

[2] سميحة القيلوبي، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، مصر، 1987، ص74.

[3] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 159.

على إثر هذا واستنادا لما تم تقديمه سابقا فإنه إذا كان القانون الذي يحكم الشكل هو القانون الجزائري أو المصري أو العراقي أو الفرنسي –وهي قوانين نقلت أحكام قانون جنيف الموحد إل قوانينها–ولم يذكر في السفتجة مثلا ميعاد الاستحقاق اعتبرت مستحقة الأداء لدى الإطلاع، وإذا لم تشتمل على بيان مكان الوفاء ولا موطن المسحوب عليه فإنه يعتبر المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه هو مكان الوفاء وموطن المسحوب عليه في نفس الوقت، والأمر كذلك كما تم توضيحه مسبقا فيما يتعلق بعدم ذكر مكان الإنشاء[1].

وكنا قد تحدثنا عن حالة الورقة الصادرة على بياض، والتي تحدث عنها قانون جنيف الموحَد في المادة 10 سابقة الذكر، ولم تأخذ بها كثير من الدول التي نقلت إلى تشريعاتها الداخلية أحكام جنيف الموحد.

وبالتالي المشكلة التي من المحتمل أن تثيرها هذه الورقة، هي الحالة التي تصدر فيها سفتجة على بياض في دولة مثل إنجلترا يجيز قانونها ذلك وتعتبر من ثم صحيحة لا غبار عليها، ثم يتم نقلها إلى دولة أخرى أخذت بنص المادة 10 من قانون جنيف الموحد، وبالتالي السؤال ما هو القانون الذي تتعين بمقتضاه البيانات الناقصة الواجب إدراجها حتى يتم تصحيح الورقة التجارية الناقصة؟

أي هل تجرى تكملة البيانات الناقصة وفقا لقانون الدولة التي تم فيها مجرد التوقيع على السند (أي القانون الإنجليزي في هذا الفرض) أم وفقا لقانون الدولة التي تم فيها التصحيح التام للورقة على أساس أن في هذا المكان استقام الالتزام الصرفي، واستقر من حيث وجوده بصفة نهائية؟

بالنسبة لتطبيق قانون الدولة التي تم فيها التصحيح أسند البعض لقاعدة إخضاع شكل الالتزام الصرفي لقانون محل الابرام، وأنه من الصعب تحديد المكان الذي تم فيه التوقيع على الورقة. كما أنه

[1] قد يثور في هذا الفرض مسألة عدم ذكر مكان الإنشاء للسند ولم يكن ثمة ذكر لمكان محدد بجانب اسم الساحب، ففي هذه الحالة وجب اعتبار السند منشأ في موطن الساحب أو المحرر.

ليس هناك أي مصلحة لمن يقوم بالتصحيح في إلزامه بمراعاة الأشكال المقررة في قوانين أخرى غير قانون الدولة التي يقوم فيها بتكملة النقص[1].

أما بالنسبة لتطبيق قانون الدولة التي تم فيها التوقيع فقط على الورقة التجارية، فقد اعتبر البعض[2] أن العبرة بما يقرره هذا القانون، فبهذا التوقيع ينشأ الالتزام الصرفي ويتحدد مكان نشوئه والقانون الواجب التطبيق من الناحية الشكلية[3]. وقد اعتبر أصحاب هذا الرأي أن المستفيد أو الحامل الذي يتولى مهمة ملأ البيانات الناقصة فإنه لا يقوم بالتوقيع على التزام جديد، وإنما يعطي الالتزام الصرفي شكله النهائي. ولذا فإن عليه أن يتصرف بنفس الطريقة التي كان سيتصرف بها الساحب، ويراعي من ثم القانون الذي كان يجب أن يترل على حكمه[4].

وهذا الاتجاه في رأينا هو الأولى بالتَأييد، بحيث يكون على الحامل الأخير–الذي يتلقى السند بعد تكملته–من أجل الوقوف على صحة السند من الناحية الشكلية، البحث فقط على قانون واحد، وهو قانون الدولة التي تم فيها التوقيع على الورقة. بالأخص وأن هذا الحامل قد يتعذر عليه الوقوف على أن السند الَذي بين يديه قد تم التوقيع عليه في مكان وتكملة بياناته في مكان آخر، ومن ثم لا يكون في استطاعته الرجوع إلى قانونين مختلفين بشأن الجانب الشكلي للالتزام الصرفي[5].

---

[1] Arminjon, précis de droit international privé commercial, op. cit, no. 192.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 163. وأيضا:

- Chemaly, Conflits des lois en matiére d'effets de commerce, thése paris,1981, P. 715

[3] هذا المعنى هو نفسه ما جاءت به اتفاقية جنيف 1930 في المادة 3 واتفاقية جنيف 1931 في المادة 4 بقولهما:" إن شكل الالتزامات الصرفية يحكمه قانون الدولة التي تم فيها التوقيع عليها." ونفس هذا الحكم أخذ به المشرع المصري في المادة 387 من قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999.

[4] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 320.

[5] Loscot et roblot, les effets de commerce, Lettre de change, billets à ordre, op. cit, P.570.

الفرع الثاني:

التحريف أو التزوير

المقصود بالتحريف هو إجراء تغيير في البيانات المدونة في السند التجاري. فهو يعني كل تغيير مادي يلحق البيانات المدونة في السفتجة مثلا بعد كتابتها، أي التلاعب في النص الأصلي للسفتجة وتحريفه.

والمقصود بالنص الأصلي ليس فقط البيانات التي دونها الساحب على السفتجة عند إنشائها بل أيضا كل بيان لاحق إليها فيما بعد[1].

مثال ذلك أن يتم تغيير مبلغ السند أو حذف اسم أحد الملتزمين بها وإحلال آخر محله أو أن يتم تغيير تاريخ الاستحقاق في السفتجة أو السند لأمر... إلخ. ومثل هذا التحريف يرتب من دون شك آثارا قانونية معينة، فما هو القانون الذي يحكم ويحدد هذه الأثار ونطاقها؟

قد ميز الفقه[2] بين طائفتين من الأشخاص، نوردها في البنود الآتية:

البند الأول: بالنسبة لمن أجرى التحريف أو التزوير

هذه الحالة تجعلنا أمام مسؤولية تقصيرية ناتجة عن الفعل الضار المتمثل في واقعة التحريف أو التزوير في بيانات السند التجاري.

وبالتالي هذا الفعل يحكمه قانون الدولة التي وقع فيها وذلك حسب نص المادة 1/20 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه:" يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام."[3]

---

[1] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص139.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 169.

[3] تقابلها في نفس السياق، المادة 1/21 من ق. مدني المصري، والمادة 1/29 من القانون المدني الفلسطيني.

غير أنه يجب الرجوع إلى كل من قانون محل وقوع الفعل والقانون الجزائري عند تقرير مدى مشروعية هذا الفعل الضار في حال ارتكابه في الخارج. ذلك لأن الفقرة الثانية من المادة 20 السالفة الذكر تقضي بعدم سريان قانون محل وقوع الفعل متى كان القانون الجزائري ينظر إلى الفعل المقترف بوصفه فعلا مشروعا[1].

ومما تقدم فإن محل وقوع التحريف أو التزوير هو الذي يبين لنا ما إذا كان الفاعل يلتزم فقط بتعويض الضرر الذي سببه بفعله أم ينبغي عليه أن ينفذ التزامه، وما إذا كان يلتزم في هذه الحالة الأخيرة بموجب أحكام قانون الصرف[2].

لكن ما الحكم فيما لو أقر الملتزم صرفيا بإجازة الالتزام الذي أفسد بالتحريف أو التزوير بعض بياناته كالتوقيع أو المبلغ مثلا؟ فما هو القانون الذي يحكم مثل هذا التصرف وآثاره؟

يرى البعض ان التزام الشخص يتحدد في هذه الحالة وفقا لقانون الدولة التي تم فيها الإقرار، فهذا القانون وحده هو الذي يحدد الأثر المترتب على تصرفه، وما إذا كان الالتزام يعد صرفيا أو لا. في حين يرى البعض الآخر، وهو الأقرب إلى المنطق، أن الالتزام يتحدد في هذه الحالة أيضا، وفقا لقانون الدولة التي وقع فيها الفعل الضار، إذ أن هذا الحل يساعد على عدم تجزئة السند حيث ستخضع الآثار المترتبة على البيان الذي تم تحريفه أو العبث فيه لذات القانون الذي يحكم الفعل ذاته وهو قانون محل وقوع الفعل[3].

[1] تنص المادة 2/20 من ق.م.ج على أنه:" غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه."

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع نفسه، ص169.

[3] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع نفسه، ص 170.

البند الثاني: بالنسبة للموقعين الآخرين على السند التجاري

من المقرر أن نطاق التزام كل منهم يتحدد طبقا لأحكام القانون الذي يحكم آثار التزامه، وهنا يجب التفرقة بين الموقعين قبل وقوع التحريف، وبين الموقعين بعد وقوع التحريف أو التزوير. فالموقعون قبل وقوع التحريف لا يلتزمون تجاه الحامل-ولو كان حسن النية-إلا بمضمون النص الأصلي، لأنهم لم يوقعوا إلا على أساس منه. أما الموقعون اللاحقون لوقوع التحريف، فإنهم يلتزمون بحسب النص المحرف، أي بمقتضى مضمونه بعد وقوع التحريف[1].

وهذا ما نصت عليه المادة 464 من التقنين التجاري المصري الجديد لسنة 1999-أما فيما يتعلق بالتشريع الجزائري فعلى عكس المشرع المصري لم يورد أي نص بخصوص حالة التحريف- والتي تنص على أنه:" إذا وقع تحريف في متن الكمبيالة (السفتجة) التزم الموقعون اللاحقون بهذا التحريف بما ورد في المتن المحرف، أما الموقعون السابقون فيلتزمون بما ورد في المتن الأصلي".

وهذا النص قد تم نقله من قبل بعض الدول العربية.[2]

[1] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 362.

[2] أخذ به المشرع الفلسطيني بموجب المادة 496 من مشروع قانون التجارة الفلسطيني، وأخذ به صراحة المشرع السعودي في المادة 82 من نظام الأوراق التجارية الصادر بمقتضى المرسوم الملكي رقم 37 بتاريخ 1383/10/11ه، كما أخذ به أيضا قانون التجارة العراقي رقم 49 لسنة 1970 في المادة 504.

الباب الثاني:

القانون الواجب التطبيق

على آثار السندات التجارية وتنفيذها

منذ نشأت الورقة إلى حين حلول ميعاد استحقاقها، تتضمن جملة من التوقيعات يصبح أصحابها ملتزمين فيها. لا يجمع بينهم إلا وحدة موضوع الالتزام، وهو الدين الثابت فيها.

فإلى جانب التزام الساحب منشئ السند (المحرر في السند لأمر)، يوجد التزام المسحوب عليه القابل والتزام المظهر والضامن الاحتياطي، والقابل بالتدخل. وهذه الالتزامات قد تنشأ في دول مختلفة، فهل تخضع آثارها في هذه الحالة لقانون واحد أم لقوانين متعددة؟

وينقضي الالتزام الصرفي لجميع المتضامنين في الورقة التجارية، بتحقق الوفاء في ميعاد الاستحقاق. فالأصل في السندات التجارية أنها تحرر لأجل معين يستطيع الحامل بحلوله تقديمها للمسحوب عليه أو المحرر في السند لأمر واستيفاء قيمتها. وقد يحدث أن يمتنع هذا الأخير عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق لسبب من الأسباب، عندئذ يثبت للحامل حق الرجوع على باقي الملتزمين في السند. مع مراعاة الإجراءات الواجبة الاتباع في ذلك، وإلا اعتبر حاملا مهملا وبالتالي يسقط حقه في الرجوع على باقي الملتزمين.

وفي نطاق العلاقات الخاصة الدولية نجد اختلاف بين القوانين بشأن المسائل المتعلقة بالوفاء بالورقة التجارية، مما يؤدي إلى وجود حالات تنازع القوانين وبالتالي يتطلب البحث في تحديد القانون الواجب التطبيق.

فقد أجمع الرأي على وجوب إخضاع جميع المسائل المتعلقة بوفاء قيمة الورقة لقانون واحد هو قانون الدولة التي تكون الورقة مستحقة الوفاء فيها[1].

على إثر ما تقدم سيتم تقسيم هذا الباب إلى فصلين: نرى في **الفصل الأول** القانون الواجب التطبيق على آثار نشأة السندات التجارية،

[1] محسن شفيق، القانون التجاري المصري-الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص1143.

ونرى في **الفصل الثاني** القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بالوفاء بقيمة السند التجاري،

الفصل الأول:

القانون الواجب التطبيق على آثار إنشاء الالتزامات الصرفية

يؤدي وجود السند التجاري إلى نشوء عدة التزامات في عاتق الأشخاص الملتزمين به، فساحب الورقة التجارية يلتزم بضمان قبول المسحوب عليه للسند، وبضمان أداء قيمتها في ميعاد الاستحقاق، والمسحوب عليه القابل أو المحرر في السند لأمر يلتزم بالتضامن مع غيره من الملتزمين في الورقة بأداء قيمتها، كما أن المظهر يلتزم بضمان قبول ووفاء الورقة التجارية، وهناك القابل بالتدخل والضامن الاحتياطي.

وهذه الالتزامات الناشئة في السند الواحد، بالرغم من تعددها إلا أنها التزامات ترتبط فيما بينها بصلة وثيقة تتمثل في وحدة موضوع الورقة التجارية (أي الدين الثابت فيها)، فهل هذه الالتزامات تخضع لقانون واحد أم أن كل التزام في الورقة يخضع لقانون خاص به.

وللبحث عن القانون الواجب التطبيق على هذه الالتزامات يتطلب من الأمر البحث أولا عن مسألة وحدة أو تعدد القوانين الواجبة التطبيق بهذا الشأن **(المبحث الأول)**، ثم تحديد القانون الذي يحكم الالتزامات الصرفية في السند التجاري **(المبحث الثاني)**، بتحديد التزام كل من الساحب والمسحوب عليه القابل، وتحديد القانون الواجب التطبيق على التظهير والضمان الاحتياطي ومقابل الوفاء. وذلك وفقا لأحكام اتفاقية جنيف 1930-1931 ووفقا للقانون الجزائري والقانون المقارن.

المبحث الأول:

إبراز موقف مذهبي الوحدة والتعدد حول القانون الذي يحكم آثار الالتزام الصرفي وموقف التشريعات المختلفة منهما

باعتبار أن السند التجاري يحتوي على عدة التزامات تقع على عاتق الموقعين عليه، وهي التزامات بالرغم من أنها في نطاق العلاقات الدولية الخاصة، تنشأ في أمكان مختلفة، تختلف باختلاف البلد الذي أنشئت فيه، إلاَ أنها تجتمع في نقطة لا يمكن تجاهلها، والتي تتمثل في وحدة الموضوع الذي ترد عليه هذه الالتزامات، وهو الدين الثابت في السند.

وهذا الاختلاف في مكان نشوء هذه الالتزامات، يدعو للتفكير هل تخضع آثار هذه الالتزامات لقانون واحد، أم لقوانين متعددة؟

على هذا الأساس انقسم الفقه والقضاء إلى مذهبين، مذهب يدعو إلى تطبيق قانون واحد على مختلف هذه الالتزامات، والآخر يدعو بإخضاع كل التزام للقانون الذي يحكمه، أي يدعو بالتعدد.

وأمام هذا الانقسام والجدال، ما موقف المشرع الجزائري من هذا؟ فهل يمكن إدراجه مع مذهب التعدد أم مع مذهب الوحدة؟

بناء على هذا الطرح سيتم التطرق إلى مذهبي الوحدة والتعدد والمفاضلة بينهما (**المطلب الأول**)، ثم التطرق لموقف التشريعات المختلفة من هذين المذهبين (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول:

مذهبي الوحدة والتعدد بشأن القانون الواجب التطبيق على آثار الالتزامات الصرفية

إن كل من مذهب الوحدة والتعدد، قدم من المبررات والحجج ما يدفع التشريعات والاتفاقيات تأخذ بواحد منهما. منهم من استند في مبرراته على وحدة الدين وحاول المحافظة على الوظائف الأساسية التي تقوم عليها السندات التجارية، ومنهم من استند على مبادئ قانون الصرف والتي لها أهمية في القانون الداخلي وحاول اسقاطها على العلاقات الخاصة الدولية.

على إثر هذا، سيتم التطرق لمضمون مذهبي التعدد والوحدة (**الفرع الأول**)، ثم التطرق لتقدير مذهب التعدد والوحدة بشأن آثار الالتزامات الصرفية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول:

المفاضلة بين مذهب التعدد والوحدة

قدم مذهب التعدد مبررات قانونية وأخرى عملية تبرز أن خضوع آثار الالتزامات الصرفية لأكثر من قانون هو الحل الأنسب، وبدوره مذهب الوحدة قدم مبررات قانونية وعملية تبرز أنه بالرغم من اختلاف الالتزامات الواردة على السند الواحد إلا أن الأجدر والأفضل عدم تجزئة السند وإخضاعه لقانون واحد، والذي اختلف عليه أيضا كما سنرى.

البند الأول: مضمون مذهب التعدد

إن هذا المذهب يُخضع آثار كل التزام صرفي لقانون الدولة التي نشأ فيها هذا الالتزام، وهو المذهب الغالب في الفقه المقارن.

بحيث أخذت به اتفاقيتي جنيف 1930 (المادة4) ولسنة 1931 (المادة5)، والاتفاقية الأمريكية لسنة 1975 (المادة3). كما أقره القضاء الفرنسي الغالب قبل اتفاقيتي جنيف، ويعتنقه المشرع الإنجليزي[1] وغيره من التشريعات[2]. ويقول به جمهور الفقهاء في مصر[3] وفرنسا.

وقد ساق هذا المذهب مجموعة من الأسانيد والحجج منها ما يأخذ الطابع القانوني ومنها ما يأخذ الطابع العملي، والتي تتمثل في الآتي:

أولا: المبررات القانونية لمذهب التعدد

هي مبررات استند فيها أنصار مذهب التعدد على مبدأ هام من مبادئ قانون الصرف وهو مبدأ استقلال التوقيعات، وذلك بقولهم بأن إخضاع الالتزامات الواردة على السندات التجارية لعدة قوانين لا يعدو أن يكون نقل أو تحويل لفكرة استقلال التوقيعات[4] من القانون الداخلي إلى نطاق القانون الدولي الخاص[5]. ومعنى هذا أن يخضع كل التزام في السند للقانون الخاص به، بحيث ينظر لهذا الالتزام بأنه التزام قائم بذاته مستقل عن باقي التوقيعات الأخرى. أي أن بطلان أحد

---

[1] نصت المادة 2/72 من قانون السفاتج الإنجليزي لسنة 1882 على أن: "أثر كل الإصدار والتظهير والقبول أو القبول الذي يتبعه عمل الاحتجاج يُحدد على أساس قانون المكان الذي نشأ فيه هذا العقد باستثناء حالة السفتجة الداخلية التي تم تظهيرها في بلد أجنبي، فإن هذا التظهير وفيما يدفع السفتجة إذا كان مكان الدفع المملكة المتحدة يحدد أثره طبقا لأحكام قانون المملكة المتحدة".

[2] كالمشرع الكندي (المادة 160 من قانون السفاتج الكندي لسنة 1985). والمشرع النيجيري.

[3] محسن شفيق، القانون التجاري المصري، المرجع السابق، ص 1145-1146.

-وهشام صادق، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول، المرجع السابق، ص 835 وما بعدها.

[4] فقد نصت المادة 2/393 من القانون التجاري الجزائري على أن: "إذا كانت السفتجة محتوية على تواقيع أشخاص ليست لهم أهلية الالتزام بموجبها أو على توقيعات مزورة منسوبة لأشخاص وهميين أو على تواقيع ليس من شأنها لأي سبب آخر إلزام الأشخاص الذي وضعوا توقيعهم على السفتجة أو وقع عليها باسمهم فإن ذلك لا يحول دون صحة التزامات الموقعين الآخرين على السفتجة".

[5] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 181.

هذه الالتزامات لا يؤثر على صحة الالتزامات الأخرى. كما أن أنصار هذا المذهب يقرون بأن من شأن هذا المبدأ أن يؤدي إلى اختلاف في مدى التزامات الموقعين على السند إلا أنهم يرون "أن لا شذوذ في هذا الاختلاف فقد يقع في السفاتج الداخلية بمقتضى شروط اختيارية تضاف إلى الالتزام كشرط عدم الضمان[1] أو الرجوع بلا مصاريف[2]."[3]

ويرون أيضا أنَ القول بأن الالتزامات الواردة على السند تكون مرتبطة فيما بينها، لأنها تتعلق بموضوع واحد وهو مبلغ الدين الثابت في السند أو الورقة التجارية. لا يمكن أن يكون سببا لعدم الأخذ بمبدأ تعدد القوانين لأن كل موقع على السند يبقى متمتعاً باستقلاله. فالمُظَهر-مثلا-عندما ينقل لدائنه (المُظَهر إليه) الورقة التجارية التي يحملها، فإن قصده من التظهير هو تسديد الدين الذي بذمته.

[1] شرط عدم الضمان: الأصل في السندات التجارية أن جميع الملتزمين فيها يضمنون قبولها والوفاء بها من قبل المسحوب عليه، بحيث في حال ما إذا رفض هذا الأخير القبُول السند أو الوفاء به، فإن للحامل حق الرجوع على الملتزمين في السند بما فيهم الساحب، لكن يجوز لأحد الملتزمين في السند أن يدرج شرط عدم الضمان والذي يعتبر من الشروط الاختيارية التي يمكن إدراجها في السند التجاري، بموجبه يمكن للساحب أو أحد المظهرين أن يعفي نفسه من الضمان، مع ملاحظة أن الساحب يمكن أن يعفي نفسه من ضمان القبول إلا أنه لا يمكن أن يعفي نفسه من ضمان الوفاء، وهذا طبقا لنص المادة 394 من ق.ت.ج والتي تقضي: "الساحب ضامن قبول السفتجة ووفائها. ويمكن له أن يعفي نفسه من ضمان القبول. وكل شرط يقضي بإعفائه من ضمان الوفاء يعد كأن لم يكن." وهذا النص هو نص مطابق للمادة 9 من قانون جنيف الموحد.

[2] شرط الرجوع بلا مصارف: هو أيضا من الشروط الاختيارية في السند والتي يمكن بموجبها إعفاء الحامل من تحرير احتجاج عدم القبول أو عدم الدفع فيمارس حقه في الرجوع على الملتزمين مباشرة، فقد نصت المادة 431 من ق.ت.ج "يجوز للساحب أو المظهر أو الضمان الاحتياطي، بناء على شرط "الرجوع بدون مصارف" أو "بدون احتجاج" أو أي شرط مماثل له مقيد في السند مع توقيعه عليه أن يعفي الحامل متى ما أراد ممارسة حقوقه في الرجوع من تحرير احتجاج لعدم القبول أو الوفاء."

[3] هشام صادق، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول المرجع السابق، ص 836.

ويرون أخيرا أن هذا المذهب يتطابق من الوجهة القانونية، مع نية وإرادة الأطراف المحتملة في السند التجاري، ومع أحكام قانون الصرف التي ترتبط دائما بالتزام كل موقع في السند والعلاقات السابقة التي أدت إلى إنشاء هذا الالتزام[1].

ثانيا: المبررات العملية

من المبرات العملية التي قدمها أنصار مذهب التعدد: فقد قيل أنَ في إعمال هذا المذهب من الناحية العملية أهمية بالغة، تتمثل في استجابته لمصالح الموقعين على السند. فكل ملتزم في السند له مصلحة في الإحاطة علما بالقانون الذي يحكم التزامه، وقانون محل نشوء الالتزام هو يعتبر القانون الذي يمكن الوقوف عليه والرجوع إليه سواء من قبل الملتزم نفسه أم بالنسبة للملتزم المباشر من هذا الالتزام. فكل ملتزم في السند يصبح مقدرا للالتزامات التي تقع على عاتقه[2].

فضلا عن هذا فإن المصارف المتخصصة في الخصم تعنى بالدرجة الأولى بعمليات الرجوع التي يمكن له من أن يمارسها في مواجهة من ظهر إليه السند، فالأخذ بمذهب الوحدة يجعل المصرف يبحث ويتحرى عن حكم القانون الذي في ظله نشأ السند ابتداء أو ذلك الذي يحكم الوفاء، وهو بحث فيه اثقال وصعوبة من دون شك.

بينما لو خضع الالتزام الصرفي في هذه الحالة للقانون الذي يحكم عملية التظهير، أي قانون مكان التظهير، فإن الأمر يكون هين بالنسبة للمصرف الذي سيكون في استطاعته الوقوف مباشرة على أحكام هذا القانون الواجب التطبيق على العملية القانونية التي تمت بينه وبين عميله[3].

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص182.

[2] Lescot et Roblot, les effets de commerce, Lettre de change billets à ordre, op. cit, P.576.

[3] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع نفسه، ص 189.

البند الثاني: مضمون مذهب الوحدة

على الرغم من تعدد الالتزامات الناشئة عن تداول السند التجاري، إلاَ أنَ أنصار[1] مذهب الوحدة يقولون بضرورة إخضاع آثار الالتزامات الصرفية لقانون واحد.

إلاَ أنه يبقى الاختلاف بينهم قائما حول إذا كان هذا القانون هو قانون محل الوفاء أو قانون محل نشوء الالتزام.

فيرى جانب من مؤيدي هذا المذهب بتطبيق قانون محل نشوء الالتزام الأول، بينما ذهب البعض منهم إلى تطبيق قانون دولة الوفاء على جميع آثار الالتزام الصرفي.

وفيما يلي نبرز أهم الحجج والمبررات التي جاء بها أنصار هذا المذهب وهي مبررات ذات طابع قانوني وعملي.

أولا: المبررات القانونية

من أهم المبررات التي يعتمد عليها مذهب الوحدة، والتي اعتبرها هذا الأخير نقطة تم تجاهلها تماما من قبل أنصار مذهب التعدد، وهي وحدة الدين في السند التي تربط بين مختلف الالتزامات الصرفية فيه.

إن هذا الارتباط من شأنه أن يؤدي إلى حلول متجانسة بتطبيق قانون واحد على الالتزامات المختلفة هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجنب الحامل الصعوبات التي تتولد عن إخضاع الالتزامات لصرفية لقوانين متعددة، فلا يكون مضطرا للبحث في مختلف القوانين عن حقوقه تجاه الملتزمين في السند، وبالتالي عدم عرقلة تداول السند أو الورقة التجارية[2].

---

[1] من أنصار هذا المذهب في الفقه الفرنسي، أرمنجون وباتيفول، وبوتييه، وفونتين.

[2] إدوار عيد، الإسناد التجارية(المبادئ العامة- سند السحب-السند لأمر)، ط1، مطبعة النجوى، بيروت، 1966، ص 89.

هذا فضلا عن أن تعدد القوانين قد يؤدي إلى التباين في أوضاع الملتزمين، إذ أن بعض القوانين قد تجيز التمسك تجاه الحامل بدفوع لا تقرها قوانين أخرى، مما يترتب عليه التزام بعض الموقعين بالوفاء للحامل دون أن يكون لهم حق الرجوع على الآخرين[1].

ومن المبررات أيضا التي قدمها أنصار هذا المذهب، هو أن إخضاع الورقة التجارية لقانون واحد أمر تفرضه اعتبارات الائتمان الصرفي، والقول بخلاف ذلك-إخضاعه لقوانين متعددة-يجرد السند من أهم خصائصه ويؤدي إلى الخروج عن هدفه الحقيقي الذي أراده له المشرع في القانون الداخلي[2].

ثانيا: المبررات العملية

أما بالنسبة للمبررات العملية، فيرى أنصار هذا المذهب أن في تطبيق قانون واحد على آثار الالتزام الصرفي تجُنب لكثير من الصعوبات العملية التي قد تقع فيها فيما لو أخضعت الالتزامات لقوانين متعددة، فبدلا من أن يكون الحامل ملزما بالبحث في مختلف القوانين لمعرفة حقوقه قبل الملتزمين السابقين، فإنه يكفي أن يرجع إلى قانون واحد، تحديده لا يثير أي صعوبة، وهذا القانون إما قانون مكان الوفاء أو قانون محل نشوء السند أو تحريره.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن مكان التظهير عادة لا يظهر في السند، ولذلك يكون من غير الممكن معرفة القانون الذي يحكم نشأة الالتزام الصرفي للمظهر، وبالتالي يصعب على الحامل أو الحملة السابقين معرفة حقوقهم إلا في مرحلة لاحقة، وبالتحديد عندما يعرض الأمر على القضاء[3].

---

[1] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص377.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 191.

[3] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع نفسه، ص 377.

وبالرغم من محاولة البعض[1] حاول الاعتراض على هذا الدفع بمقولة أن عدم ذكر مكان نشوء الالتزام الصرفي أمر يمكن التغلب عليه بسهولة حيث يقع على عاتق القاضي المعروض عليه المنازعة تحديد هذا المكان على ضوء الأدلة المقدمة إليه. وقد رُد عليهم بأن الحامل لن يتمكن من معرفة القانون الواجب التطبيق إلا وقت عرض الأمر على القضاء بينما المفروض هو أن يعرف ذلك وقت قبوله السند كوسيلة لتسوية العلاقة التي بينه وبين مدينه. إضافة على ذلك فإن الانتظار إلى حين عرض المسألة على القضاء أمر يحمل في طياته مشكلة اختلاف الحلول باختلاف اتجاهات القضاء في كل دولة، وهو أمر لا يتفق ومتطلبات التجارة الدولية وخصوصية السندات التجارية.

كما أن لمبدأ الوحدة فضل تجنب النتائج التي تأباها العدالة والمتولدة عن تطبيق مذهب التعدد. فإن إخضاع الملتزم في السند التجاري، لعدة قوانين مختلفة، أمر قد يؤدي إلى أن يكون في مقدور البعض الاحتجاج في مواجهة الحامل بالبطلان في حالات يمتنع على الآخرين فيها أن يتمسكوا به. وهو حل يكون فيه بعض الملتزمين مجبرا على الوفاء بقيمة الورقة دون أن يكون لهذا البعض حق الرجوع على الضامنين أو في أحسن الأحوال، دون أن يكون في مقدوره الرجوع في حدود جزء من المبلغ الذي وفاه[2].

الفرع الثاني:

تقدير مذهب التعدد والوحدة بشأن آثار الالتزام الصرفي

بعد تحديد مضمون كل من مذهب الوحدة والتعدد، وإبراز مبرراتهما القانونية والعملية، فإننا نرى أنه بالرغم من منطقية مذهب الوحدة ووجاهته نحو تطبيق قانون واحد على آثار الالتزامات الصرفية، وما تقدمه هذه الوحدة من حماية للمصالح العامة الاقتصادية التي تحققها الورقة التجارية، وتجنبنا التعقيدات الناتجة عن تجزئة السند وإخضاعه لأكثر من قانون، إلاَ أنَ الغلبة في الحياة العملية

[1] Lescot et Roblot, les effets de commerce, Lettre de change, billets à ordre, op. cit, P.575.
[2] Arminjon , Précis de droit international privé commercial. op. cit, P.313.

تذهب لمذهب التعدد، الذي أخذ به الرأي الراجح من فقه عربي أمثال محسن شفيق وإدوار عيد وهشام علي صادق وغيرهم. وفقه فرنسي مثل ليسكو وروبلو، وأكدت على إعماله أحكام القضاء في العديد من الدول، وأخذت به اتفاقية جنيف 1930 المتعلقة بتسوية حالات تنازع القوانين بشأن السفتجة والسند لأمر، وكذا الاتفاقية الأمريكية لسنة 1975[1].

وحتى يتسنى لنا تغليب اتجاه عن آخر والمفاضلة بينهما نسوق بعض المقارنات بين الاتجاهين، وذلك بمناقشة الحجج التي جاء بها كل من مذهب الوحدة والتعدد، وذلك على النحو الآتي:

-بالنسبة لما قال به مذهب التعدد من تطبيق لمبدأ استقلال التوقيعات وتعديته من القانون الداخلي إلى القانون الدولي الخاص، هو قول غير مقبول باعتبار أنه غير صحيح أن هذا المبدأ يقوم على أساس تغليب إرادة الملتزمين في السند على الاعتبارات العملية المتعلقة بتداولها. وذلك لأن الاعتبارات العملية في التشريعات الداخلية هي التي فرضت إقرار مبدأ استقلال التوقيعات وكذلك اعتماد مبدأ تطهير الدفوع في الورقة التجارية باعتباره مبدأ متفرع ومتولد عن المبدأ الأول. وهما مبدأين قد تم إقرارهما، للخروج عن القواعد العامة في القانون المدني بخصوص حوالة الحق والتي تقضي بنقل الحق من شخص إلى آخر محملا بكافة العيوب، بحيث أن هذه العيوب التي تشوبه والدفوع المتعلقة به تبقى ملزمة له ويجوز الاحتجاج بها في مواجهة المحال إليه. وبالتالي إقرار المشرع لمبدأ استقلال التوقيعات كان الهدف منه تسهيل تداول السند التجاري، مما يجعل الحامل مطمئنا على استيفاء حقه وقت الاستحقاق دون أن يتم الدفع في مواجهته بالعيوب الناشئة عن التواقيع السابقة أو الالتزام الأصلي الذي حرر السند من أجله[2].

---

[1] فقد نصت المادة 3 من الاتفاقية الأمريكية (Inter American) على أنه: "الالتزامات المترتبة على الحوالة التجارية تخضع لقانون الدولة التي تم فيها التعاقد".

[2] وقد قرر مصطفى طه صعوبة رد الالتزام الصرفي في جملته إلى نظرية قانونية معينة، وأن الأمر إنما يتعلق في الواقع بنظام تجاري أصيل نشأ تدريجياً وبطريقة غير ملحوظة في الحياة التجارية استجابة لحاجات الائتمان التجاري ومراعاة للضرورات العملية والاقتصادية. (مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 305.)

وعلى هذا فإن مبدأ استقلال التوقيعات يرمي في القانون الداخلي إلى تقوية حقوق وضمانات الحامل ومن ثم زيادة الثقة بالسند التجاري وتقوية جانب الائتمان فيه، وليس إلى تغليب إرادة الملتزمين في السند[1].

-كما أن مبدأ استقلال التوقيعات في القانون الداخلي لا يؤثر على وحدة السند الذي يخضع لقواعد واحدة يلتزم بمقتضاها سائر الملتزمين. على العكس من ذلك فإن تعدية مبدأ استقلال التوقيعات إلى نطاق القانون الدولي الخاص يؤدي إلى نتيجة عكسية تماما تؤدي إلى تجزئة السند وإخضاع الالتزامات الصرفية لعدة قوانين.

-ومحاولة أنصار مذهب التعدد، إنكار الارتباط القائم بين سائر الالتزامات التي ترد على السند الواحد، بحجة أن كل ملتزم في السند أو الورقة يحتفظ باستقلال واسع، وأن الملتزم الأخير يهدف بالدرجة الأولى إلى تسوية العلاقة التي تكون بينه وبين دائنه الذي ينقل إليه الورقة، هو أمر يستند إلى الحالة النفسية التي يكون عليها الملتزم عند توقيعه على السند.

إلا أنَ الحالة النفسية لا أهمية لها في السندات التجارية، فهذه الأخيرة هي التزامات شكلية يجب أن تكون كافية بذاتها لتقرير الالتزام الثابت فيها وتحديد مداه واوصافه. وهذه الطبيعة تقضي أن يتحدد القانون الواجب التطبيق على الأوراق التجارية من خلال تركيز التصرف القانوني تركيزا صحيحا وحقيقيا داخل إطار قانوني معين، دون أن يكون للاعتبارات النفسية أي تأثير[2].

-وليس أدل على عدم اتفاق مذهب التعدد مع الاعتبارات العملية لتداول الأوراق التجارية ما سلم به أنصار مذهب التعدد أنفسهم، بعدم اعتماد مذهبهم على إطلاقه، وإنما الأخذ به كأصل عام يحتمل الاستثناء، كلما اقتضت الضرورات العملية ذلك[3].

---

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص183.

[2] عائدة محمد نعيم شكري العامودي، المرجع السابق، ص 114.

[3] محسن شفيق، القانون التجاري المصري-الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 1146.

-في الأخير وعلى إثر ما تقدم، يبدو أن المفاضلة بين مذهب التعدد ومذهب الوحدة، هي مفاضلة بين خيارين: هل نحمي كل ملتزم في السند التجاري أيا كانت الصفة التي وقع بها أم نحمي الثقة في السند؟ هل نحمي المصالح الخاصة بكل مدين في السند؟ أم ننحاز إلى جانب حماية المصالح العامة الاقتصادية التي تحققها السندات التجارية "من خلال وضع تنظيم متجانس من شأنه أن ييسر تداول الأوراق التجارية"؟

ونحن مع الرأي الذي يدعو للنظر إلى الجانب الذي يحقق التنظيم المتجانس ويؤدي إلى إخضاع السندات التجارية لنظام قانوني موحد، مما يجنب تجزئة الورقة وإخضاعها لأكثر من قانون.

فالتنظيم المتجانس لهذه السندات من شأنه تيسير تداول الأوراق التجارية، ومن شأنه أيضا أن يضمن للحامل ولكل ملتزم في الورقة أو السند التجاري الأمن والاطمئنان، ومن شأنه أن يجنب التعقيدات الناتجة عن تجزئة السند.

كما أننا مع الرأي[1] الذي لا ينحاز بصفة مطلقة لمذهب من المذهبين، وإنما يكون الأجدر أن يطبق أحد المذهبين كقاعدة ويطبق المذهب الثاني كاستثناء، وهذا لما تقتضيه الطبيعة الخاصة للسندات التجارية وتحقيقا لوظائف اقتصادية.

ومن هنا نتساءل عن موقف المشرع الجزائري من هذا؟ هل يدرج موقفه مع مذهب التعدد أم مع مذهب الوحدة؟ وإن كان مع مذهب الوحدة هل يخضع لقانون محل نشوء السند، أم لقانون مكان الوفاء به؟ وما موقف اتفاقية جنيف والتشريعات المختلفة من ذلك؟

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 188.

المطلب الثاني:

موقف التشريعات المختلفة من مذهبي الوحدة والتعدد

إن أغلب التشريعات العربية ومن ضمنها التشريع الجزائري، لم تورد نص خاص ضمن قواعد الإسناد يحكم آثار الالتزامات الصرفية، وبالتالي يتم الرجوع في ذلك لأحكام القواعد العامة في تنازع القوانين، على هذا الأساس سيتم في هذا المطلب التطرق، لموقف التشريعات المختلفة من مذهبي التعدد والوحدة بشأن آثار الالتزامات الصرفية، وذلك بعرض موقف القانون الجزائري (**الفرع الأول**)، ثم التطرق لموقف اتفاقيتي جنيف 1930-1931 (**الفرع الثاني**)، ثم التطرق لموقف القوانين المقارنة (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول:

موقف القانون الجزائري من مذهبي الوحدة والتعدد

إن المشرع الجزائري لم يورد أي نص خاص بشأن آثار الالتزامات الصرفية والقانون الواجب التطبيق عليها، وبالتالي يستدعي منا الأمر اللجوء "للقواعد العامة في القانون المدني"، وبالتالي تطبيق نص المادة 18 من القانون المدني الذي يحكم الالتزامات التعاقدية.

وحسب هذا النص، يطبق قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية على آثار الالتزام الصرفي، شرط أن يكون لهذا القانون صلة حقيقية بالعقد أو المتعاقدين. وإذا لم يحدد الملتزمين القانون الواجب التطبيق على التزامهم صراحة ولم يتمكن القاضي من الكشف عن إرادتهما الضمنية، فتطبق الضوابط الاحتياطية، أي إما يتم التطبيق قانون الموطن أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين، إذا لم يتحدا يطبق قانون محل الابرام.

على إثر هذا، إذا ما تم تطبيق نص المادة 18 ق.م.ج على آثار الالتزامات الصرفية، هل يمكن القول بأنه تم الأخذ بمذهب التعدد في التشريع الجزائري، وأن آثار الالتزامات الصرفية تخضع لأكثر من قانون؟

إن نص المادة 18 يتطابق مع نص المادة 1/19 ق.م.مصري، وقد أكد جانبا من الفقه المصري[1] على أن الفكرة الأساسية في هذه المادة هي وحدة القانون الواجب تطبيقه على آثار التصرف وعدم تحليل هذه الآثار وإخضاع كل أثر منها للقانون الذي يتلاءم مع طبيعته. وقد يقال إن هذه الوحدة تتعارض ومذهب تعدد القوانين التي تسري على الالتزامات الناشئة عن الورقة التجارية الواحدة.

غير أنه في الواقع هذا التعارض غير قائم، لأن مذهب التعدد لا يقول بالتعدد إلاَ بالنظر إلى مختلف العمليات التي تنشأ عنها الالتزامات الصرفية. أما بالنسبة إلى كل عملية على حدة، فإنه يقضي-على العكس-بوجوب تطبيق قانون واحد على الالتزامات التي تتفرع عنها[2]، متفقا في ذلك مع ما تقرره المادة 19 مدني مصري والمادة 18 مدني جزائري.

إنَ نص المادة 18 مدني جزائري لابد وأن توجه لها نفس الانتقادات التي وجهت لمذهب التعدد، باعتبار أنه لو تم تطبيق قانون الإرادة كمبدأ عام منصوص عليه في هذه المادة، فإنه سيؤدي إلى تطبيق أكثر من قانون على السند الواحد، وهذا ما سيؤدي بطبيعة الحال إلى تجزئته.

فاختيار الساحب للقانون الذي يحكم التزامه والذي يكون مرتبطا به، ثم اختيار الملتزمين الآخرين من مظهرين وضامنين احتياطيين لقوانين مرتبطة بهم أيضا، فإننا سنكون أمام عدة قوانين تطبق على مختلف الالتزامات في السند التجاري.

---

[1] محسن شفيق، القانون التجاري المصري الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص1146.

-هشام صادق، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ لعامة والحلول، المرجع السابق، ص836.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية المرجع السابق، ص 195.

كما أن إعمال المادة 18 يمكن القول عليها كما ذهب البعض، على أنها توجب تعددا في القوانين يفوق التعدد الذي قال به أنصار مذهب التعدد أنفسهم. فأنصار التعدد وإن كانوا يقررون أن آثار الالتزامات الصرفية المتعددة الواردة على السند التجاري تخضع لقانون الدولة التي نشأ فيها كل التزام من هذه الالتزامات مما يمكن الملتزم من الوقوف على مدى صحة التزامه بالرجوع إلى القانون الأقرب إليه والذي يعرفه وهو قانون الدولة التي التزم فيها، إلاَ أن حكم المادة 18 يذهب إلى أبعد من ذلك، بحيث يؤدي إلى إخضاع كل التزام صرفي لقانون مختلف، قد يكون قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية، كما قد يكون قانون الموطن أو الجنسية المشتركة، أو قانون محل نشوء الالتزام الصرفي ذاته[1].

لكن في فرض معين قد يكون في إعمال المادة 18 نفس متطلبات مذهب التعدد، فقد يتم- وهو الغالب في الواقع-ألا يقوم الملتزمين باختيار القانون الذي يحكم التزامهم، والأكثر من ذلك قد لا يتحدا في الموطن أو الجنسية، فإنه يبقى فقط الرجوع لتطبيق قانون محل نشوء الالتزام، وبالتالي كل التزام يخضع لقانون محل انشائه، وهو نفسه ما أقره أنصار مذهب التعدد.

مثال على ذلك: قد يتم سحب سفتجة في الجزائر، ويتم تظهيرها في فرنسا، ويجرى عليها ضمان احتياطي في مصر.

سوف تكون هناك ثلاث قوانين تحكم السفتجة في هذا الفرض، القانون الجزائري يحكم آثار التزام الساحب، والقانون الفرنسي يحكم آثار التزام المظهر، والقانون المصري يحكم آثار التزام الضامن الاحتياطي.

حسب هذا الطرح، يمكن أن نقول أنَه وإن لم يكن واضحا موقف المشرع الجزائري من مذهبي الوحدة والتعدد، فإن إعمال هذه المادة بشأن آثار الالتزامات الصرفية، يؤدي إلى اختلاف وتعدد القوانين التي تحكم مختلف الالتزامات الصرفية الواردة على السند.

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 196.

حسب رأينا وإن كان ولا بد ألا نخرج –كما أقر البعض[1]–عن رأي الفقه القائل بأن نطاق تطبيق المادة 19 مدني مصري المطابقة للمادة 18 مدني جزائري تنحصر في حالة الاتفاق الصريح بين الطرفين على تطبيق قانون معين، وهو قانون الإرادة، وفي حالة عدم وجود اتفاق صريح على ذلك، فإن على القضاء اللجوء إلى تطبيق قانون محل نشوء الالتزام أو قانون محل الوفاء بالورقة التجارية، باعتبارهما من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا بهذا الخصوص.

إلاَ أنَ رأينا من رأي أنصار مذهب الوحدة، وهو خضوع آثار الالتزام الصرفي إما لقانون محل نشوء الالتزام الأصلي أو لقانون محل الوفاء بقيمة السند. وتجنب تجزئة السند وكل ما يعيق سرعة تداوله.

الفرع الثاني:

موقف اتفاقية جنيف 1930 والقانون المقارن من مذهبي الوحدة والتعدد

بعدما عرضنا الاتجاهات الفقهية بخصوص القانون الواجب التطبيق على آثار الالتزامات في السندات التجارية، وموقف القانون الجزائري منها، سيتم التطرق لموقف اتفاقية جنيف من هذين المذهبين (**البند الأول**) ثم التطرق لموقف القانون المقارن (**البند الثاني**).

البند الأول: موقف اتفاقية جنيف 1930 من مذهبي الوحدة والتعدد

حتى يتبين موقف اتفاقية جنيف 1930 من كل من مذهبي الوحدة والتعدد، نستعرض نص المادة الرابعة منها والتي تقضي بأنه:" تخضع آثار التزامات قابل السفتجة ومحرر السند للأمر لقانون المكان الذي تكون فيه السندات مستحقة الوفاء. وتخضع الآثار الناتجة عن توقيعات الملتزمين الآخرين في السفتجة أو السند لأمر لقانون الدولة التي أعطيت هذه التوقيعات في إقليمها."[2]

---

[1] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 105.

[2] نصها بالفرنسية كالآتي:

انطلاقا من هذا، نرى أن اتفاقية جنيف قد اعتمدت على ما قال به أنصار مذهب التعدد كقاعدة، مع ايرادها لاستثناء على هذا المبدأ. كما يلاحظ على هذا النص أنه جاء بالاستثناء قبل القاعدة.

فحسب مذهب التعدد يتعين تطبيق أكثر من قانون على الالتزامات المختلفة الواردة في السند الواحد، وهذا ما يظهر من خلال نص المادة 4 أعلاه، التي نصت على خضوع كل التزام في السند–السفتجة أو السند لأمر–لقانون الدولة التي تم التوقيع فيها من قبل الملتزمين، باستثناء قابل السفتجة ومحرر السند لأمر، فيتم إخضاع آثار التزامهما لقانون محل الوفاء.

ويرجع إقرار اتفاقية جنيف لهذا الاستثناء إلى اقتناع واضعي الاتفاقية بأهمية قانون محل الوفاء في حكم آثار التزامات قابل السفتجة ومحرر السند للأمر. هذه الأهمية التي أبرزها أنصار مذهب الوحدة عندما ذهب غالبيتهم إلى وجوب إخضاع آثار الالتزام الصرفي إلى قانون محل الوفاء[1].

والمُلاحظ أيضا أن هذا النص جاء موافقا لفكرة مبدأ استقلال التوقيعات التي استند إليها أنصار مذهب التعدد في مبرراته، والتي تقضي بأن كل التزام في السند يكون مستقلا عن الالتزام الآخر، وبالتالي يخضع كل التزام للقانون الخاص به.

أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على آثار الالتزامات الواردة على الشيك، فبما أنه لا وجود للقبول في الشيك، فإن نص المادة الخامسة من اتفاقية جنيف 1931 اقتصر في نصه على الآتي: " تخضع آثار الالتزامات الناتجة عن الشيك لقانون الدولة التي أنشئت فيها هذه الالتزامات."

« Les effets des obligations l'accepteur d'une lettre de change et du souscripteur d'un billet à ordre sont déterminés par la loi du lieu où ces titres sont payables.
Les effets que produisent les signatures des autres obligés par lettre de change ou billet à ordre sont déterminés par la loi du pays sur le territoire duquel les signatures ont été données. »

[1] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 98.

البند الثاني: موقف القانون المقارن من مذهبي الوحدة والتعدد

بالرجوع لنص المادة 19 مدني مصري، و20 مدني أردني و20 مدني سوري، و25 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، نرى أنها أخضعت الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة كضابط أصلي وبالتالي فإن آثار الالتزامات تخضع في السندات التجارية لهذا القانون، وق وضعا ضابطين احتياطيين، قانون الموطن المشترك وقانون محل الابرام.

وهذه النصوص هي نفس ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني، وبالتالي المشرع الجزائري قد أخذ بما أخذ به المشرع في كل من مصر والأردن والسوريا وفلسطين.

وفي التشريع الإنجليزي وبالرجوع للمادة 72 من قانون السفاتج الإنجليزي-السابق الذكر- فإن التزامات السفتجة تخضع لقانون محل الابرام، وبالتالي فإن آثار الالتزامات في السفتجة تخضع لقانون محل الابرام، وبالتالي يمكن القول بأن المشرع الإنجليزي قد أخضع آثار الالتزامات الواردة على السند لأكثر من قانون، وهذا ما يتفق مع ما جاء به أنصار مذهب التعدد[1].

وقد جسد القضاء الإنجليزي هذا الاتجاه في العديد من القضايا، منها قضية (Embirico V. Anglo Austrain) التي تتلخص حيثياتها بقيام مصرف روماني بإصدار شيك في مدينة "برالا" لمصلحة المدعين، وكان هذا السند واجب الدفع في بريطانيا، وقد قام المدعون بتظهيره لشركة بريطانية، وأثناء عملية النقل سرق وكيل النقل السند وظهره عن طريق تزوير توقيع الممثل القانوني للشركة الإنكليزية، إلى شخص آخر قام بدوره ببيعه في فينا إلى أحد المصارف، الذي قام بتظهيره إلى المدعى عليهم الذين صرفوا قيمة السند من المصرف البريطاني، والذي أحال عليه المصرف النمساوي.

[1] وكما سبق وأن ذكرنا أيضا في المطلب الأول من هذا المبحث، أن مذهب التعدد قد ساد في العديد من القوانين على غرار القانون الإنجليزي، ومن بينها القانون الكندي والنيجيري، وكذا القانون الأمريكي حسب ما جاءت به المادة 3 من الاتفاقية الأمريكية الخاصة بتسوية بعض حالات التنازع في السندات التجارية.

حيث قررت المحكمة واستنادا إلى رأي الخبراء الذين أوضحوا أنه بموجب القانون النمساوي يعتبر المصرف النمساوي مالكا شرعيا للسند التجاري على الرغم من تزوير توقيع الشركة البريطانية، لأن المصرف قد حصل على السند بحسن نيته وبمقابل عوض ودون أي إهمال، لذلك فإن تملكه للصك يعد صحيحا بنظر قانون المكان الذي تم فيه العقد وهو القانون الواجب التطبيق، بينما بموجب أحكام القانون البريطاني فإن ملكية المصرف النمساوي تعد غير صحيحة حتى ولو كان حسن النية عند شرائه للسند[1].

وإن كان الفقه الإنجليزي يشير إلى أن الحل الأمثل هو تطبيق قانون مكان تنفيذ العقد وخصوصا في حالة نشوء العقد في دولة وتنفيذه في دولة أخرى. وبما أن السندات التجارية تعد سلسلة من العقود ولذلك فإنه في حالة سحبها في دولة وتظهيرها في دولة أخرى يكون من الأفضل تطبيق قانون محل الوفاء بالسند.

كخلاصة لما سبق يمكن القول، باعتبار أن غالبية التشريعات تأخذ بمذهب التعدد–بالرغم من الانتقادات الموجهة إليه–فإن هذا يعتبر عامل من العوامل غير المساعدة على توحيد القانون الذي يحكم السند التجاري الواحد. فتطبيق قانون محل نشوء الالتزام هو قانون يجسد سيادة الدولة التي أبرم التصرف في إقليمها هذا من جهة، لكن من جهة أخرى يعتبر بمثابة تعارض مع مقتضيات الائتمان الصرفي وخصوصية السند التجاري، الذي يتطلب السرعة في التداول.

[1] Disey and Morris, The conflict of Laws, Volume 2,10 the edition London, 1980, p.843.

المبحث الثاني:

تحديد القانون الذي يحكم الالتزامات الصرفية في السندات التجارية

بعد تبيان مضمون ما جاء به أنصار مذهبي الوحدة والتعدد والحجج التي اعتمدها كل واحد منهم، وموقف كل من القانون الجزائري والقانون المقارن من هذين المذهبين، سيتم التطرق في هذا المبحث لكل من التزام الساحب والمسحوب عليه والمظهر والضامن الاحتياطي، مع ابراز الحل الملائم لحكم آثار الالتزام الصرفي لكل ملتزم في السند التجاري وما إذا كان يتعين إخضاع هذه الالتزامات لقانون واحد أم أنه يمكن أن تتعدد القوانين بتعدد التصرفات التي ترد على السند التجاري.

المطلب الأول:

القانون الواجب التطبيق على آثار التزام الساحب والمسحوب عليه القابل

الفرع الأول:

القانون الواجب التطبيق على التزام الساحب في السند التجاري

البند الأول: القانون الذي يحكم التزام الساحب أو المحرر في السند التجاري وفقا لاتفاقية جنيف 1930

تنص المادة 2/4 من اتفاقية جنيف لسنة 1930 على أنه:" تخضع الآثار الناتجة عن توقيعات الملتزمين الآخرين في السفتجة أو السند لأمر لقانون الدولة التي أعطيت هذه التواقيع في إقليمها". والمقصود بالملتزمين الآخرين كل من الساحب والمظهر والضامن الاحتياطي في السند التجاري.

حسب هذا النص تخضع آثار التزام الساحب في السند التجاري لقانون الدولة التي نشأ فيها التزامه الصرفي، ومكان نشوء الالتزام هو مكان إصدار السند التجاري، أي المكان الذي تم فيه التوقيع الفعلي. وفي حالة قيام نزاع حول جدية هذا المكان وحقيقته يحدد قاضي الموضوع في ضوء ما يقدمه إليه الأطراف من أدلة، هذا المكان[1].

وقد اختلف الفقه بشأن نطاق تطبيق الفقرة الثانية من المادة الرابعة من اتفاقية جنيف إلى اتجاهين، الأول[2] يرى أن نص هذه المادة يحكم بالإضافة إلى التزامات الساحب البيانات التي يمكن أن يضعها الساحب في السند كشرط الرجوع بدون مصاريف وشرط ليست لأمر وشرط عدم الضمان وعدم القبول.

والثاني يرى أن الاتجاه الأول مستمد من تفسير واسع لنص المادة 2/4 من اتفاقية جنيف وأن هذه المادة تشمل التزامات الساحب فقط، والمتمثلة في تحديد مدى التزام الساحب بضمان القبول والوفاء وتحديد الدفوع التي يجوز له التمسك بها في مواجهته ومتى يعتبر الحامل حسن النية أو سيئها، وما هي شروط الرجوع عليه بمقتضى السند التجاري، مثل تقديم الورقة للوفاء وعمل احتجاج عدم القبول، وهل يبقى الساحب ملزما بعد سقوط حق الحامل في الرجوع عليه بمقتضى ورقة تجارية بسبب التقادم[3].

إلا أن نتاج الخلاف في الرأي بالنسبة لهذه المسألة لا تعدو أن تكون نظرية. فأصحاب الاتجاه الأخير يرون أيضا أن قانون محل نشوء الالتزام يحكم-من حيث المبدأ-هذه الشروط لكن بوصفه-هذه المرة-قانون الإرادة[4].

---

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 220.

[2] Arminjon, Précis de Droit international privé commercial, op. cit, No.164.

[3] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 123.

[4] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع نفسه، ص 221.

أما عن الاتفاقية الأمريكية لعام 1975 نصت في المادة 3 منها على اخضاع الالتزامات المترتبة على السفتجة لقانون محل نشوء الالتزام. إلاَ أن المادة 5 من هذه الاتفاقية أشارت إلى أنه في حالة عدم تحديد هذا المكان فإن قانون محل الوفاء يكون هو الواجب التطبيق.

استنادا على هذا فإنَ القانون الذي يحكم آثار التزامات الساحب كقاعدة عامة، وحسب نص الاتفاقية الأمريكية واتفاقية جنيف هو قانون محل نشوء الالتزام الصرفي والذي يتحدد كما ذكرنا سابقا بمكان التوقيع الفعلي للسند.

البند الثاني: القانون الذي يحكم التزام الساحب أو المحرر في السند التجاري وفقا للقانون الجزائري والمقارن

لم يعالج التشريع الجزائري مسألة القانون الذي يحكم التزامات الساحب، وبالتالي الأجدر أن يتم إخضاعها لحكم المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

وهذا ما ذهب إليه الفقه المصري، بإخضاعه هذه المسألة لأحكام المادة 19 مدني مصري وهي مادة مطابقة لنص المادة 18 جزائري[1].

على هذا فإن التزامات الساحب في السند التجاري تخضع للقانون المتفق عليه صراحة أو ضمنا، وفي حال عدم الاتفاق على ذلك يطبق قانون الجنسية المشتركة للملتزمين أو الموطن المشترك إذا اتحدا موطنا، وفي حال اختلاف ذلك يطبق قانون محل نشوء الالتزام.

إلا أن هناك اتجاه في القانون المقارن يدعو إلى إخضاع هذه المسألة لقانون محل الوفاء، وهذا الاتجاه كرسته محكمة النقض الفرنسية في قضية تتعلق وقائعها بسفتجة مسحوبة في النمسا من تاجر

[1] نفس حكم المادة 18 م.ج تستند إليه التشريعات العربية بخصوص تحديد القانون الذي يحكم التزامات الساحب أو المحرر، منها المادة 20 من القانون المدني الأردني، المادة 25 من القانون المدني العراقي، والمادة 25 من القانون المدني الفلسطيني، والمادة 59 من القانون الدولي لخاص الكويتي.

نمساوي لصالح بنك في ستراسبورج ومستحقة الوفاء في فرنسا لكون المسحوب عليهم متوطنين فيها. أهمل البنك في اتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقه في مواجهة المسحوب عليه، فكان أن رجع على الساحب الذي أثبت أنه قدم مقابل الوفاء للمسحوب عليه ولذلك دفع الساحب بسقوط حق الحامل في مواجهته. وقد وصلت هذه المنازعة أمام محكمة استئناف colmar التي قضت بسقوط حق البنك في الرجوع على الساحب النمساوي لتقاعسه عن ممارسة هذا الحق في مواجهته في المواعيد المنصوص عليها في القانون الفرنسي، أي قانون محل الوفاء. وحين طرحت المسألة على محكمة النقض الفرنسية قدرت في حكم لها في 7 يوليه 1937 أنه يجب تطبيق القانون الفرنسي بوصفه قانون محل الوفاء[1] La loi de lieu de paiement فيما يتعلق بتحديد المهلة التي يكون للحامل خلالها الرجوع على الساحب وذلك لأن "السفتجة موضع المنازعة كانت مستحقة الوفاء في ستراسبورج حيث موطن المسحوب عليهم. وأن هذه المنازعة لا تتعلق بالشروط الموضوعية في الورقة، وإنما بشروط تنفيذ الالتزامات الصرفية الواجب على الموقعين على الورقة، فيكون الاختصاص من ثم لقانون المكان الواجب فيه الوفاء من المسحوب عليهم[2].

وهذا الحكم يُبرز حقيقة هامة، وهي أنه إضافةً للحماية التي أقرها المشرع التجاري لمصلحة الحامل إلا أنه عمد أيضا على الموازنة بين المصالح المختلفة في السفتجة، وبالتالي تحقيق وحدة القانون الواجب التطبيق على السند التجاري.

أما بالنسبة لكل من القانون الإنجليزي بموجب المادة 2/72 من قانون السفاتج لسنة 1882، والقانون الكندي والنيجيري فإن التزام الساحب يخضع لقانون مكان نشوء الالتزام.

---

[1] وهذا الحكم هو عكس ما جاءت به اتفاقية جنيف 1930، فالجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي هنا لم يشأ تطبيق قواعد التنازع التي جاءت بها الاتفاقية بالرغم من أنه كان قد أدخل أحكامها ضمن قوانينه، إلاَ أنها لم تكن سارية المفعول من الناحية القانونية في تلك الفترة.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 222

وأمام هذا التبان في الاتجاهات حول القانون الذي يحكم آثار التزام الساحب، فإننا نتساءل عن أي قانون أجدر لحكم هذه المسألة.

أولا بالنسبة لحكم المادة 18 م.ج لآثار التزامات الساحب في اعتقادنا أن التطبيق الحرفي للمادة غير ملائم لطبيعة الالتزام الصرفي، والأجدر ألاَ يُطبق من المادة إلا ما يتلاءم مع هذه الطبيعة. وبالتالي يكون تطبيق-حسب الاستنتاجات السابقة-قانون الإرادة الصريحة للملتزمين على آثار التزام الساحب أكثر ملاءمة، بشرط أن تكون حقيقة ويكون القانون المختار ذا صلة بالعقد والمتعاقدين أي لا يكون فيه غش. وأن يكون ظاهرا بين ثنايا بيانات السند التجاري إعمالا لمبدأ الكفاية الذاتية.

هذا في حال الاختيار الصريح، أما فيما يتعلق بالإرادة الضمنية، فعلى القاضي أن يجعل هذه الإرادة ترتكز بما يحقق عدم تبيانها من التزام إلى آخر. وفي هذا السياق نرى أن قانون الإرادة الضمنية يرتكز في مكان نشوء الالتزام الصرفي.

أما بالنسبة لتطبيق قانون الموطن المشترك للملتزمين إن اتحدا موطنا أو قانون الجنسية المشتركة باعتبارهما ضابطين احتياطيين فيبدو ذلك غير ملائم. لأنه من النادر أن يكون موطن الوفاء أو جنسية الملتزمين واحدا.

فضلا عما يثيره إعمال هذا الضابط من إشكالات واقعية خاصة بتحديد المقصود بالموطن والقانون الذي يحكمه وبين مدلوله، كما أنه هل يقصد بوحدانية الموطن أو الجنسية، هو موطن أو جنسية طرفي الالتزام المباشرين أو موطن وجنسية الملتزم في الورقة والحامل الأخير المطالب بقيمتها[1].

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 224.

وأخيرا فإنه حسب رأينا وفي حال غياب الإرادة الصريحة للملتزمين، يكون تطبيق ضابط الإسناد المتمثل في قانون محل نشوء التزام الصرفي هو الأجدر لحكم آثار التزام الساحب. وبالتالي قانون محل نشوء الالتزام هو الذي يتكفل ببيان المسائل التالية: مدى التزام الساحب الضمان، وهل يضمن القبول والوفاء أم يضمن الوفاء فقط، الدفوع التي يكون على الساحب التمسك بها في مواجهة الحامل، ونظام الرجوع في مواجهته، وهل يمكن الرجوع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب بعد سقوط حق الحامل بالإهمال أو التقادم أم لا.

أما فيما يتعلق بتطبيق قانون محل الوفاء على آثار التزام الساحب الذي قال به بعض من فقه القانون المقارن، فإننا من مؤيدي هذا الرأي باعتباره يحقق وحدة السند التجاري، وهو ما يتوافق مع ما جاء به أنصار مذهب الوحدة.

وتجدر الإشارة إلى أنه قد يحدث وأن يُسحب سند من قبل وكيل نيابةً عن موكله وهذا من شأنه أن يؤدي إلى إثارة إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق. وقبل تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا لابد من تحديد تعريف للنيابة أو الوكالة وشروطها.

أولا: مفهوم النيابة:

النيابة هي حلول إرادة نائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة صادرة منه[1].

على ضوء هذا يصبح للنائب حق إجراء التصرفات القانونية المختلفة نيابة عن الأصيل ومنها الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية.

لم يفرض المشرع شكلا معينا لتوقيع الوكيل على السند، غير أن هذا التوقيع يجب في كل الأحوال ألاَ يثير أي لبس أو غموض في ذهن الغير حول طبيعة تدخل الوكيل.

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، 203.

وقد جرى التعامل على أن يسبق توقع الوكيل على السند عبارة "بالتوكيل عن فلان أو بالنيابة عن فلان".

وبتوقيع الوكيل على السند وابرازه لصفته يصبح يعمل باسم الساحب ولحسابه[1].

بالرجوع للقانون التجاري الجزائري نجد أنه لم يضع قواعد خاصة لهذه الحالة، وبالتالي يتم تطبيق القواعد العامة التي تحكم علاقة الوكيل بالموكَل، فيلتزم الوكيل حدود التفويض من أجل أن تنصرف جميع الآثار الصرفية للسند التجاري إلى الموكَل الأصيل مباشرة.

لكن في بعض الحالات قد يتجاوز الوكيل الموقع على السند حدود التفويض أو قد يزعم في بعض الحالات أنه وكيل عن شخص آخر فيسحب باسمه ولحسابه سفتجة مثلا دون تفويض منه بذلك.

في هذه الحالة ووفقا للقواعد العامة فإن الموكَل لا يلتزم حرفيا لأن التصرف لا يسري عليه، فالسفتجة قد تضمنت تجاوزا لحدود الوكالة أو أن الموقع قد وقعها دون وكالة أصلاً.

كما أن الأصل كذلك ألاَ يُسأل الوكيل الذي وقع السفتجة دون نيابة عن الالتزام الصرفي الناشئ عن توقيعه لأن هذا الأخير لم يكن لحسابه بل لحساب الموكَل وإن كان للغير الرجوع عليه بقيمة السفتجة كتعويض عن الضرر الذي تسبب فيه بخطئه طبقا للقواعد العامة[2].

إلا أنه بالرجوع لأحكام قانون جنيف الموحد، نرى أن واضعوه رأوا أن القواعد العامة غير كافية في مثل هذه الحالات لحماية الغير الذي يثق في الوكيل لذلك فقد قرروا في نص المادة الثامنة منه على أن:" من وضع توقيعه في سفتجة نيابة عن آخر بغير تفويض منه يصبح توقيعه ملتزما

[1] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 119.

[2] سعيد يوسف البستاني، المرجع نفسه، ص 120.

شخصيا فإن أوفى التزامه آلت إليه الحقوق التي تعود إلى من زعم النيابة عنه. وكذلك يكون حكم من جاوز سلطته في نيابته".

وقد أخذ المشرع الجزائري هذا الحكم الهام عن قانون جنيف الموحد، في نص المادة 2/393 من القانون التجاري الجزائري[1] والتي تتضمن نفس المعنى.

ورأى الفقه أن هذا الحكم الخارج عن القواعد العامة والمضاف إلى الالتزام الصرفي، يزيد من الثقة في السفتجة ويزيد من قدر التجريد فيها[2].

ثانيا: القانون الواجب التطبيق في حالة سحب سفتجة بواسطة وكيل

ولتحديد القانون الواجب التطبيق فإنه يجب التفرقة بين مسألة تحديد القانون الذي يحكم العلاقة بين النائب والأصيل، والقانون الذي يحكم العلاقة بين الأصيل وحامل السند التجاري، والقانون الواجب التطبيق في حالة التوقيع بدون تفويض أو مجاوزة حدود التفويض.

1-القانون الذي يحكم العلاقة بين النائب والأصيل (الوكيل والموكل)

تخضع هذه العلاقة للقانون الذي يسري على الوكالة إذا كانت النيابة اتفاقية، وهو إما أن يكون قانون الإرادة، أو قانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك إذا اتحدا موطنا، أو قانون محل ابرام العقد في حال غياب ذلك.

---

[1] نصت المادة 2/393 من ق.ت.ج على أنه:" كل من وضع توقيعه على سفتجة نيابة عن شخص لم يكن له توكيل منه بذلك يكون ملتزما شخصيا بمقتضى هذه السفتجة. وتكون له إن قام بالدفع نفس الحقوق التي كان لموكله المزعوم أن يحصل عليها ويجري الأمر بالمثل بالنسبة للوكيل الذي يتجاوز حدود وكالته".

[2] سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص46 – أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص 41.

أما إذا كانت النيابة قانونية، فإن القانون الذي تمت بموجبه النيابة (الوصاية والقوامة والولاية) يكون هو الواجب التطبيق. ويحدد هذا القانون آثار العلاقة بين الطرفين وواجبات كل طرف قبل الطرف الآخر[1].

2-القانون الذي يحكم العلاقة بين حامل السند والأصيل (الموكَل)

باعتبار الأصيل أو الموكَل هو الملتزم الصرفي بالسند التجاري، لذا يتم تحديد القانون الذي يحكم علاقته بالحامل بالرجوع لنص المادة 18 مدني جزائري، أي إما بتطبيق الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين، أو تطبيق قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين، وإن اختلفا يُطبق قانون محل الابرام.

3-القانون الذي يحكم حالة التوقيع بدون تفويض أو حالة مجاوزة حدود التفويض

في حالة ما إذا قام شخص بتوقيعه على السند باسم شخص آخر أي تزويره للتوقيع، ففي هذه الحالة فإن الشخص الذي تم تزوير توقيعه لا يكون مسؤولا بموجب الورقة التجارية، ولكن إذا ثبت أن الشخص الذي تم تزوير توقيعه قد ارتكب بعض الأخطاء التي سهلت عملية التزوير، فإنه يكون مسؤولا تجاه الحامل بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية لا بمقتضى قواعد القانون الصرفي[2].

أما إذا وقع شخص على سند تجاري بصفته نائب عن شخص آخر دون تفويض منه، فإن القانون الذي يسري على الوكالة المزعومة هو الذي يطبق لمعرفة ما إذا كان الأصيل ملزم أو غير ملزم قبل الحامل ولتحديد أيضا آثار هذا التصرف إذا أجازه الموكَل.

---

[1] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 127.

[2] علي سليمان العبيدي، عدم التمسك بالدفع في قانون الصرف المغربي، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد الثاني، المغرب، 1970، ص62.

أما إذا تجاوز الوكيل حدود التفويض الممنوح له من قبل الموكل، فيجب أولا تحديد طبيعة التزام النائب إن كان التزاما صرفيا أو خلاف ذلك. وهذه المسألة تعتبر مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي[1]. وإذا اتضح بأن هذا الالتزام غير صرفي فإنه يخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية ويطبق بشأنه قانون البلد الذي حدثت فيه الواقعة المنشأة للالتزام[2].

الفرع الثاني:

القانون الواجب التطبيق على التزام المسحوب عليه القابل (في السفتجة) والمحرر (في السند لأمر)

البند الأول: القانون المختص بمقتضى اتفاقية جنيف 1930

قبل تحديد القانون الذي يحكم آثار التزام المسحوب عليه في السفتجة والمحرر في السند لأمر، تجدر الإشارة أولا إلى الجدل الذي أثير في مؤتمر جنيف حول القانون الذي يحكم آثار الالتزامات الصرفية، والذي ظهرت من خلاله ثلاثة اتجاهات تتمثل في الآتي:

الاتجاه الأول: ذهب إلى القول بتطبيق قانون موطن الملتزم بالسند التجاري، وما يدعم هذا الرأي أن موطن المسحوب عليه القابل عادة ما يكون هو محل الوفاء بقيمة السند[3]. وتطبيق هذا

---

[1] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 417.

[2] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 128.

[3] في حال عدم ذكر مكان الوفاء في السند فإن التشريعات تنص على عدم اعتبار الورقة التجارية باطلة، وإنما تكون مستحقة الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، هذا حسب نص المادة 390 من القانون التجاري الجزائري التي نصت على أنه:" إذا خلا السند من أحد البيانات المذكورة بالفقرات المتقدمة (م 390) فلا يعتد به كسفتجة في الأحوال المعينة في الفقرات الآتية: ...وإذا لم يذكر فيها مكان خاص للدفع فإن المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه يعد مكانا للدفع وفي الوقت نفسه مكان موطن المسحوب عليه."

القانون يساعد في تحقيق أهم خاصية في السند والمتمثلة في سرعة تداوله، بحيث الحامل سيقتصر في بحثه عن صحة الالتزامات الواردة على الورقة التجارية على هذا القانون وحده[1].

إلاَ أن هذا الاتجاه استُبعد بالنظر إلى الصعوبات التي يثيرها تعيين الموطن[2] من الناحيتين الواقعية والقانونية فضلا عن التباين القائم بين التشريعات المقارنة حول تصوير معناه[3].

الاتجاه الثاني: من أنصاره أصحاب النظرية الفرنسية والإيطالية، والذين ذهبوا إلى إخضاع آثار كل التزام في السند التجاري لقانون محل وقوعه، أي يطبق حسب هذا الرأي على آثار التزام المسحوب عليه قانون البلد الذي تم فيه عرض السند للقبول.

الاتجاه الثالث: من أنصاره أصحاب النظرية الألمانية، والذين ذهبوا إلى التفرقة بين أمرين هما: أن التزام المسحوب عليه القابل في السفتجة أو المحرر في السند لأمر يخضع لقانون محل الوفاء. أما التزامات الأطراف الأخرى في السند، فتخضع لقانون الدولة التي نشأ فيها كل التزام.

وهذا الاتجاه هو الذي تبنته وأخذت به اتفاقية جنيف لسنة 1930 من خلال المادة 1/4 حيث نصت على أنه:" تخضع آثار التزامات قابل السفتجة ومحرر السند لأمر لقانون المكان الذي تكون فيه السندات مستحقة الوفاء. وتخضع الآثار الناتجة عن توقيعات الملتزمين في السفتجة أو السند لأمر لقانون الدولة التي أعطيت هذه التوقيعات في إقليمها."

---

[1] Lescot et Roblot, op. cit. P.1073.

[2] إن إثبات الموطن يتم بإثبات ركنيه المادي والمعنوي، عدا حالة الموطن المأذون به الذي يتم إثباته بالوثائق الرسمية) واثبات الركن المعنوي يتم عن طريق الكشف عن نية الشخص في الإقامة لفترة غير محددة، واثبات ذلك ليس أمرا سهلا اذ لا بد من الرجوع إلى المحكمة للتوصل إلى اثباته، وقد تخطأ المحكمة، وقد تضلل ومن الممكن ان يختلف الأمر من محكمة إلى أخرى. (علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص108).

[3] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 202.

وبما أنه لا يوجد قبول في الشيك، فقد كان من المنطقي عدم النص في اتفاقية جنيف 1931 والخاصة بالشيك، بأحكام مماثلة، واقتصرت المادة 5 منها فقط على القول: "بأنه تخضع آثار الالتزامات الناتجة عن الشيك لقانون الدولة التي أنشئت فيها هذه الالتزامات"[1].

وعلى هذا الأساس وحسب نص المادة 4 من اتفاقية جنيف 1930، فإن آثار التزام المسحوب عليه القابل في السفتجة والمحرر في السند لأمر تخضع لقانون مكان الوفاء. إلا أنَ هناك مسائل أخرى تندرج ضمن القبول، ويمكن أن تنشأ بشأنها مشاكل حول القانون الذي يحكمها، ومن ذلك تقديم الورقة للقبول والأمور اللاحقة بها كالقبول الجزئي والقبول بالتدخل والقبول المعلق على شرط...، وبالتالي نتساءل هل هذه المسائل تندرج ضمن المادة 4 من اتفاقية جنيف 1930، وإذا كان العكس فأي قانون يحكمها؟

أولا: تقديم الورقة للقبول

حتى يتأكد الحامل من أن المسحوب عليه مستعد للوفاء بقيمة السند التجاري عند حلول أجله، فإنه يسعى لتقديمه إليه للقبول.

والحامل في الأصل حر في تقديم الورقة للقبول من عدمها، غير أنه يرد على الأصل استثناء إذ هناك حالات قانونية وأخرى اتفاقية قد يجبر فيها الحامل على تقديم الورقة للقبول[2] أو قد لا يجوز له فيها تقديمها للقبول[1].

---

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 203.

[2] الحالات التي يجبر فيها الحامل على تقديم السفتجة للقبول، الحالة التي يشترط فيها الساحب وللمظهرين أن يكون تقديم السفتجة للقبول إلزاميا وأن يحددوا لتقديمها مدة معينة أو تاريخا معينا هذا حسب المادة 2/403 من القانون التجاري التي نصت بقولها:" يمكن للساحب أن يشترط في كل سفتجة وجوب عرضها للقبول مع تعيين أجل لذلك أو بدون تعيين أجل." كما نصت الفقرة 5 من نفس المادة على ما يلي:" كل مظهر لسفتجة يمكنه أن يشترط وجوب عرضها للقبول مع تعيين أجل أو بدون تعيين أجل مالم يكن الساحب قد صرح بعدم قبولها." وهناك حالة السفتجة الواجبة الدفع بعد مدة معينة من

وتقديم الورقة للقبول باعتباره إجراء سابق على عملية القبول نفسها، فإنه من المنطقي ألاَ يندرج ضمن المسائل التي تخضع لحكم المادة الرابعة من اتفاقية جنيف لسنة 1930. فالنص يسري على "آثار" القبول الذي صدر بالفعل ولا يتناول من ثم المسائل التي تكون قبل الحصول على توقيع المسحوب عليه. وعلى هذا الأساس ما هو القانون الواجب التطبيق على هذه المسألة؟

إن مسألة القانون الواجب التطبيق على تقديم السفتجة للقبول، كانت موضع خلاف، فهناك من أدرجها ضمن التزامات الساحب وبالتالي يتم تطبيق قانون محل إصدار السند عليها، أي قانون الدولة التي تم سحب السفتجة فيها. إلاَ أن هذا الاتجاه رُفض من قبل الفقه الحديث وذلك لأنَ موضع المسألة لم يكن في محله، فتقديم الورقة للقبول يقع على عاتق الحامل، وبالتالي تحديد قاعدة الإسناد التي يجب الأخذ بها تكون بالنظر للحامل وليس بالنظر إلى الساحب.

وهناك من قال بتطبيق قانون محل تقديم السند للقبول، وذلك بالاستناد على أمرين:

الأول: أن تطبيق قانون محل تقديم الورقة للقبول يسهل على الملتزمين بها معرفة القانون الواجب التطبيق بهذا الخصوص.

الثاني: أن تطبيق قانون محل تقديم الورقة للقبول ينسجم مع نص المادة 8 من اتفاقية جنيف لعام 1930، والتي تعطي الاختصاص لقانون محل إجراء التصرف القانوني لحكم شكل التصرفات القانونية اللازمة للمحافظة على الحقوق في السفتجة والسند لأمر[2].

الاطلاع، بحيث يجب تقديمها للقبول حتى يبدأ سريان هذه المدة، وتقد خلال مدة سنة من تاريخ سحبها، وللساحب أن يطيل في المدة أو يقصرها، كما أن للمظهرين أن يقصروها فقط هذا حسب نص المادة 6/403 من القانون التجاري الجزائري.

[1] الحالات التي لا يجوز فيها تقديم السفتجة للقبول، حالة السفتجة الواجبة الدفع عند الاطلاع، فهي لا تقدم للقبول وإنما تقدم للدفع مباشرة. وحالة السفتجة التي تحمل شرط عدم القبول.

[2] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص111.

وهناك أخيرا من قال بأن تقديم السند للقبول يخضع لقانون الدولة التي يتم فيها هذا القبول، أي الدولة التي يتم فيها تنفيذ الالتزام الصرفي[1]، وهو ما نتفق معه، وما نراه ملائما لحكم مسألة تقديم الورقة للقبول.

ومن الحجج التي استند إليها أصحاب هذا الرأي:

-أنه باعتبار أن محل تقديم الورقة للقبول هو قانون موطن المسحوب عليه، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون محل الوفاء بالسند التجاري.

-وباعتبار أن تقديم السند التجاري يتعلق بالوفاء بالسند، فإنه يجب أن يخضع للقانون الذي يجب الوفاء فيه.

-أن تقديم الورقة أو السند للقبول يقع على عاتق الحامل، وبالتالي فإنه من المنطقي أن قصد الحامل يتوجه إلى المكان الذي سوف يتم الوفاء فيه بقيمة السند[2].

وأخيرا فإن قانون محل الوفاء يكون هو الأفضل في تحديد وقت تقديم الورقة للقبول، وهل أن عرض السند للقبول مقتصر على الحامل الشرعي أم أنه جائز للحائز[3]، وهل يكون للحامل أحقية في تقديم الورقة للقبول بعد حلول ميعاد الاستحقاق، كما هو الحال في القانون الإنجليزي[4]، وهل

---

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 205.

[2] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 162.

[3] حسب نص المادة 403 فقرة 1 من القانون التجاري الجزائري فإن تقديم السند للقبول من قبل الحائز لها أمر مقبول، ونصها كالآتي: "يمكن أن يعرض قبول السفتجة على المسحوب عليه بمقره لغاية تاريخ الاستحقاق سواء من قبل الحامل أو من أي شخص آخر حاز لها."

[4] وذلك حسب نص المادة 18 من قانون السفاتج الإنجليزي

للمسحوب عليه أحقية أن يطلب من الحامل تقديم السند للقبول مرة ثانية[1]، وتحديد أيضا إن كان الحامل مجبرا على تقديم السند للقبول أم أنه حق اختياري.

إضافة على ذلك نتساءل حول حكم المسألة المتعلقة بآثار شرط القبول أو عدم القبول الذي يضعه الساحب أو أحد المظهرين؟ هناك من الفقه من كيَفها على أنها تتعلق برضاء الملتزم بالورقة، وبالتالي يسري بشأنها القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية، أي قانون الإرادة الصريحة، الظاهرة في السند التجاري ذاته تطبيقا لمبدأ الكفاية الذاتية، وإلا يطبق قانون محل نشوء الالتزام في حال غياب ذلك.

ورأينا من رأي الدكتور عكاشة عبد العال الذي يتفق مع الرأي السابق، إلاَ أنه يختلف عنه في تكييفه للمسألة، بحيث يعتبرها من البيانات الواردة على السند التجاري وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم الشروط الشكلية لا الشروط الموضوعية[2].

ثانيا: التزام المسحوب عليه بالقبول

يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسألة من أجل تعيين مدى التزام المسحوب عليه بالقبول وشروط القبول، وكذلك المدة التي يجب أن يتم خلالها والآثار المترتبة على رفض القبول.

الأصل أن للمسحوب عليه مطلق الحرية في قبول السفتجة أو الامتناع عن قبولها، إلا أنَ المشرع الجزائري وضع استثناء على الأصل، بموجب المادة 8/403 و9 من القانون التجاري

---

[1] نصت الفقرة الأولى من المادة 404 والتي تقابل المادة 24 من قانون الصرف الموحد والمادة 125 من القانون التجاري الفرنسي والمادة 124 من القانون المصري على أنه:" يمكن للمسحوب عليه أن يطلب عرض القبول عليه مرة ثانية في اليوم الذي يلي العرض الأول ولا يمكن للمعنيين أن تقبل منهم دعوى بعدم استجابة هذا الطلب إلا إذا كان هذا الطلب مضمنا في الاحتجاج.

لا يكون الحامل ملزما بالتخلي عن السفتجة للمسحوب عليه عند عرضها للقبول."

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 206.

الجزائري[1]، بحيث ألزم المسحوب عليه بأن يقبل بالسفتجة المحررة لتنفيذ اتفاق تجاري يتعلق بتوريد بضائع وكان الساحب والمسحوب عليه من قبيل التجار، وكان مقابل الوفاء المقدم من الساحب إلى المسحوب عليه على شكل بضائع، وذلك بعد مرور فترة محددة بموجب العرف التجاري المعمول به حتى يتمكن المسحوب عليه من فحص البضاعة للتأكد من مواصفتها مدى مطابقتها لما تم الاتفاق عليه[2].

وباعتبار أن هذه المسألة سابقة على القبول فإنها لا تدخل في نطاق ما يسمى "بآثار القبول" إذ أنه لم يصدر بعد، ولذلك تخرج من نطاق المادة 4 من اتفاقية جنيف لسنة 1930.

وبالتالي رأى البعض على إخضاع هذه المسألة لقانون محل إنشاء السند[3]، والبعض الآخر فضل تطبيق قانون موطن المسحوب عليه[4]. أما الفقه الثالث فقال بأن هذه المسألة تخضع لأحكام القانون

---

[1] نصت المادة 403 فقرة 8و9 على أنه:" إذا كانت السفتجة قد أنشئت لتنفيذ اتفاق متعلق بالتزويد بالبضائع ومبرم بين تجار وأوفى الساحب التعهدات التي التزم بها بمقتضى العقد، فإنه لا يمكن للمسحوب عليه الامتناع من التصريح بالقبول بمجرد انقضاء أجل مناسب للعرف الجاري في التجارة للتعرف على البضائع.

إن الامتناع عن القبول يترتب عليه قانونا سقوط الأجل مع تحمل المسحوب عليه مبلغ النفقات والمصاريف."

هتين الفقرتين، تقابلهما الفقرتين التاسعة والعاشرة من المادة 174 من مدونة التجارة المغربية، وقد جاءتا نتيجة التأثر بالموقف الفرنسي الذي أصدر مرسوم بقانون في 2 ماي 1938 أدى إلى إدخال الفقرتين التاسعة والعاشرة على المادة 124 من قانون التجارة الفرنسي والتي أصبح بمقتضاها المسحوب عليه ملزما بالقبول في بعض الحالات وبتوافر بعض الشروط.

لكن جراء التدبير الذي حملته هذه الفقرات الجديدة المضافة على ما قرره القانون الموحَد لاحظ الفقه الفرنسي عدم جدوى المرسوم المذكور والذي وإضافة إلى أنه لم يؤد إلى أية فائدة عملية فقد حمل خرقا لقانون جنيف الموحد خاصة وأن هذا القانون لم يترك للموقعين على معاهدة جنيف إمكانية إدخال مثل هذا المنع ولا مثل هذا الجزاء مما دفع بعض الفقهاء إلى القول بضرورة إلغاء الفقرتين المذكورتين لأنهما تتعارضان مع القانون الموحد الذي ترتبط به فرنسا وهو الأمر الذي ينطبق أيضا على المغرب المرتبط أيضا بالقانون الموحدَ. (سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 288)

[2] إبراهيم بن داود، الأسناد التجارية في القانون التجاري الجزائري، المرجع السابق، ص 146.

[3] Arminjon, op. cit. P. 326

[4] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص113.

الواجب التطبيق على آثار العقد السابق الذي أصبح بموجبه المسحوب عليه مدينا للساحب (سواء بموجب عقد بيع أو قرض أو فتح اعتماد مستندي...)، وذلك على أساس أن التزام المسحوب عليه بقبول السفتجة مستمد من العلاقة السابقة التي تربط بينه وبين الساحب.

وقد انتقد هذا الرأي، على أساس أنه وإن كان سحب السند على المسحوب عليه يجد أساسه في العقد السابق بينهما، إلا أن هذا لا يعني بالضرورة سريان القانون الذي يحكم هذه العلاقة السابقة على المسألة الخاصة بمدى التزام المسحوب عليه بالقبول، فعلى الرغم من أن المسحوب عليه قد يكون مدينا للساحب وملزم بالوفاء له بهذا الدين، إلاَ أنه قد يتوافر في حقه شرعا ما يجعله لا يفضل الدخول في جلبة الالتزام الصرفي[1].

وحسب رأينا أن تطبيق هذا القانون على مدى التزام المسحوب عليه بالقبول لا أساس له، بالأخص وأن هذه العلاقة السابقة تعتبر مستقلة وخارجة عن نطاق الالتزام الصرفي.

أما الاتجاه الرابع والراجح فيذهب إلى تطبيق قانون محل الوفاء بالورقة التجارية، فعلى الرغم من أن هذه المسألة تعتبر سابقة على القبول، إلا أنها على ارتباط وثيق بعملية الوفاء ذاتها[2].

وبالتالي قانون محل الوفاء بالسند التجاري هو الذي يحدد لنا ما إذا كان المسحوب عليه ملزما أم غير ملزم بقبول السفتجة.

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 208.

[2] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 114.

ثالثا: شروط قيام القبول

القبول كأي التزام يتطلب لصحته مجموع من الشروط منها موضوعية وأخرى شكلية[1]، وقد اتفق الفقه الغالب على إخراج الشروط اللازمة لقيام القبول سواء منها ما تعلق بالشكل أو الموضوع، من نطاق حكم المادة 1/4 من اتفاقية جنيف 1930.

وبالنظر للجانب الموضوعي والشكلي لهذه المسألة، فإن الفقه اختلف حول إعمال قانونين بهذا الخصوص وهما:

1-**قانون محل وقوع القبول:** وهو قانون يُطبق على الشروط الموضوعية اللازمة لصحة رضا المسحوب عليه القابل والحالات التي يجوز فيها للمسحوب الرجوع عن قبوله أو شطبه. كما يُطبق هذا القانون على الشروط الشكلية للقبول وذلك بموجب المادة 3 من اتفاقية جنيف 1930[2].

2-**قانون محل الوفاء:** باعتباره قانون الإرادة بالنسبة لجميع الالتزامات المترتبة على السند التجاري بما فيها الشروط الشكلية والموضوعية، وذلك طبقا للمادة 4 من اتفاقية جنيف 1930[3].

---

[1] القبول يخضع لذات الشروط الموضوعية التي يجب أن تتوافر في الالتزام الصرفي من أهلية ورضا ومحل وسبب، والتي هي ذات الشروط التي يجب توافرها عند إنشاء السندات التجارية والتي سبق الإشارة إليها. وبالإضافة إلى ذلك يجب أن يتوافر في القبول شروط خاصة من حيث الشكل نصت عليها المادة 405 من القانون التجاري الجزائري بأن يكتب القبول على السفتجة ذاتها ويعبر عنه بكلمة "مقبول" أو بأي عبارة أخرى مماثلة ويذيل بتوقيع المسحوب عليه، والتوقيع يكون على وجه السفتجة وإلاَ اعتبر تظهيرا على بياض خاصة وإن لم يتم ذكر كلمة مقبول وتم الاكتفاء بالتوقيع فقط. ولا يلزم بيان تاريخ القبول إلا في الحالة التي تكون فيها السفتجة مستحقة الدفع بعد مدة معينة من الاطلاع أو السفتجة التي اشترط تقديمها للقبول خلال مهلة معينة، وإذا لم يؤرخ جاز للحامل أن يثبت عدم وجود التاريخ باحتجاج يحرر في الميعاد القانوني لكي يحفظ حقوقه في الرجوع على المظهرين وعلى الساحب (المادة 2/405 من القانون المدني التجاري تقابلها المادة 2/413 من قانون التجارة المصري).

[2] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 163.

[3] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص209.

رابعا: القبول الجزئي

يجوز للمسحوب عليه أن يقبل الوفاء بجزء من مبلغ السفتجة[1]، والغرض من إقرار المشرع لمبدأ القبول الجزئي هو تخفيف المسؤولية الملقاة على عاتق كل من المظهرين والضامنين الاحتياطيين، والمتمثلة في ضمان الوفاء الورقة التجارية. بحيث يبقى على الحامل الرجوع على باقي الملتزمين فقط في الجزء المتبقي من المبلغ.

وقد نصت اتفاقية جنيف 1930 بموجب المادة 7 منها، على المسألة المتعلقة بتحديد القانون الذي يحكم القبول الجزئي، فقالت في شأنها بتطبيق قانون الدولة التي تكون السفتجة مستحقة الدفع فيها[2].

على هذا نقول بأن القبول الجزئي يخضع لنفس القانون الذي يحكم القبول الكامل، كما أن المقصود من نص المادة 7 من اتفاقية جنيف 1930 هو ليس خضوع القبول الجزئي وحده لقانون محل الوفاء وإنما يطبق هذا القانون على التعديلات التي يقوم بها المسحوب عليه في السفتجة، كأن يعلق القبول على شرط، أو يُعدل من ميعاد الاستحقاق، أو مكان الوفاء، أو يضيف شرط.

أما فيما يتعلق بنطاق المادة 1/7 من اتفاقية جنيف فقد اختلف الفقه بشأن هل تقتصر على مسألة جواز أو عدم جواز القبول الجزئي. ورأى الفقه الغالب[3] في فرنسا على أن حكم هذه المادة

---

[1] وقد أقر المشرع الجزائري ذلك من خلال المادة 3/405 من القانون التجاري والتي تقضي:" ... لكنه يمكن للمسحوب عليه أن يحصره في جزء من مبلغ السفتجة." وتقابلها المادة 1/414 من قانون التجارة المصري والمادة 1/26 من قانون جنيف الموحد.

[2] نصها بالفرنسية كالآتي:

« La loi du pays ou la lettre de change et payable règle la question de savoir si l'acceptation peut être restreinte à une partie de la somme… »

كما نصت المادة 5 من الاتفاقية الأمريكية لعام 1975 على نفس الحكم فيما يخص القانون الذي يحكم القبول الجزئي.

[3] Lescot et Roblot, op. cit. N.1087

يشمل فقط الشروط التي يجوز بمقتضاها إعطاء القبول الجزئي. بينما مسألة رجوع الحامل على باقي الملتزمين في السفتجة فإنها تخضع-بالنسبة لكل ملتزم-لقانون محل نشوء الالتزام.

ورأى جانب آخر من الفقه أن تطبيق نص المادة 7 في هذا الفرض يمكن أن يؤدي إلى تجزئة السند وذلك بإخضاعه لأكثر من قانون، ويؤدي أيضا إلى اختلاف الحلول. فحامل السفتجة المقبولة جزئيا يكون له الرجوع للمطالبة بقيمة الورقة كاملة، وأن يكون له فحسب المطالبة بقيمة الجزء غير المقبول، وذلك بحسب الحل الذي يقول به القانون الذي يحكم التزام الجزء غير المقبول، أي حسب الحل الذي يقول به القانون الذي يحكم التزام كل موقع على السند من حيث إجازة القبول الجزئي أو رفضه[1].

خامسا: القبول بالتدخل

إذا رفض المسحوب عليه قبول السفتجة أمكن للحامل الرجوع على الساحب أو أحد الملتزمين الآخرين، إلاَ أن هذا الرجوع قد يكون غير منتظر من قبل الساحب أو باقي الملتزمين، على هذا أجاز القانون لأي شخص أن يتدخل لقبول هذه السفتجة عن أحد الملتزمين[2]، وهذا ما يسمى بالقبول بطريق التدخل في التشريع الجزائري القبول بالوساطة لدى التشريع المصري.

يمكن للمتدخل أن يكون من الغير أو المسحوب عليه نفسه أو شخص آخر كان ملزما بمقتضى السفتجة عدا قابلها[3]، ويكون القابل بالتدخل ملتزما صرفيا بإيداع مبلغ السفتجة في ميعاد استحقاقها إذا امتنع المسحوب عليه عن الوفاء، ويبقى القابل بالتدخل ملتزما بالضمان حتى ولو قبل المسحوب عليه السفتجة التي سبق له وأن رفض قبولها[4].

---

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 211.

[2] إبراهيم بن داود، المرجع السابق، ص 168.

[3] أنظر المادة 448 /3 من القانون التجاري الجزائري.

[4] يوسف عودة غانم، التضامن الصرفي في الأوراق التجارية، رسالة ماجستير، جامعة بابل، 2004، ص60.

والقبول بهذا المعنى يختلف عن القبول بمعناه العام، فخلافا للمسحوب عليه القابل لا يصبح القابل بالتدخل مدينا أصليا في السفتجة وإنما يبقى كفيلا للشخص الذي تم القبول بطريق التدخل لمصلحته.

إلا أن هذه الكفالة لا تخرج من النطاق الصرفي، بل هي كفالة صرفية مماثلة للضمان الاحتياطي، وبالتالي يسري بشأنها نفس الأحكام التي تحكم هذا الضمان[1]. وهذا ما سنتطرق له عند التعرض لتحديد القانون الواجب التطبيق على الضمان الاحتياطي.

البند الثاني: القانون المختص بمقتضى أحكام القانون الجزائري والمقارن

حسب المادة 18 من قانون المدني الجزائري فإن آثار القبول تخضع لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية أو لقانون الموطن أو الجنسية المشتركة أو لقانون محل التوقيع. أي تخضع شأنها في ذلك شأن آثار الالتزامات الأخرى في السند التجاري.

السؤال الذي يُطرح في هذا الخصوص هل حكم المادة 18 من ق.م.ج ملائم لحكم هذه المسألة بالأخص وأننا نرى أنَ ما تقضيه هذه المادة لا يتوافق مع ما جاءت به المادة 4 من اتفاقية جنيف 1930، التي أخضعت آثار الالتزامات الصرفية لقانون محل الإبرام، باستثناء آثار التزامات المسحوب عليه فقد أخضعتها لقانون محل الوفاء. والإجابة على هذا التساؤل تكون من خلال تحديد المسائل التالية:

أولا: بالنسبة للقانون الذي يحكم القبول شكلا ومضمونا

-**بالنسبة للقانون الذي يحكم موضوع القبول:** فإن إعمال المادة 18 ق.م.ج يؤدي إلى تعدد القوانين الواجبة التطبيق، مما يستدعي حصر نطاقها. فهذا النص عام يخص جميع التصرفات القانونية بصفة عامة وليس يخص الالتزامات الصرفية ذات الطبيعة الخاصة، وبالتالي إذا ما تم اختيار الإرادة

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص211.

الصريحة للملتزمين فإنه لابد وأن يتم الاختيار بصورة صحيحة وسليمة خالية من أي غش أو اصطناع، مما يؤدي إلى عدم تجزئة الالتزامات الصرفية. أما إذا كان الاختيار ضمني فإنه على القاضي أن يركز قانون الإرادة الضمنية في دولة محل نشوء الالتزام الصرفي السفتجة والسند لأمر.[1]

أما عن الضوابط الاحتياطية التي جاءت بها المادة 18 ق.م.ج فنرى أنها ضوابط غير ملائمة ويتعين إخضاع القبول لقانون الدولة التي يتم فيها.

كما أن المادة 23 مكرر2 ق.م.ج تقضي برجوع القاضي لمبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يورد بشأنه نص في القانون. وإذا ما تم تطبيق هذه المبادئ فإنه يتم تطبيق قانون محل الوفاء فيما يتعلق بآثار التزام المسحوب عليه القابل[2].

-**بالنسبة للقانون الذي يحكم شكل القبول:** فإن المشرع الجزائري على عكس التشريعات المقارنة لم يضع نص خاص يحكم شكل الالتزام الصرفي، وبالتالي يتم إخضاع هذه المسألة لحكم المادة 19 من ق.م.ج الخاصة بشكل التصرفات القانونية بصفة عامة، فبالتالي يتم إخضاع شكل التزام المسحوب عليه القابل حسب المادة 19 إما لقانون محل نشوء الالتزام أو لقانون جنسية أو موطن الملتزمين المشتركة أو للقانون الذي يحكم موضوع الالتزام.

إلاَ أن هذا الحكم الذي تقضي به المادة 19 ق.م.ج-كما ذكرنا سابقا-لا يقبل في خصوص الالتزام الصرفي، بل ينبغي على القاضي الجزائري البحث عن الحل الواجب الإعمال في هذا الخصوص بالرجوع للمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص.

ويكون الأجدر والأنسب الأخذ بما جاءت به اتفاقية جنيف في هذا الخصوص وبما أخذت به التشريعات المقارنة، كالقانون المصري الذي بعدما كان يعتمد في خصوص شكل الالتزام الصرفي

---

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 213.

[2] هذا المبدأ كما رأينا سابقا هو ما ناد به أنصار مذهب الوحدة، وما قال به أنصار مذهب التعدد كاستثناء بدليل ما جاءت به المادة 4 من اتفاقية جنيف 1930.

على حكم المادة 20 من ق.م.مصري التي تطابق لنص المادة 19 ق.م.ج، أصبح يخضع المسألة لحكم المادة 1/387 والتي تُخضع شكل الالتزامات الصرفية بموجب الكمبيالة (السفتجة) لقانون الدولة التي صدرت فيها[1]. ومع ذلك إذا كان الالتزام غير صحيح شكلا بموجب هذا القانون ولكنه صحيح وفقا لأحكام القانون المصري فلا يكون لعيبه الشكلي أثر في صحة الالتزامات اللاحقة التي تنشأ في مصر بموجب الكمبيالة، ويسري هذا الحكم أيضا على السند لأمر والشيك.

-**بالنسبة للقانون الذي يحكم آثار القبول:** نظرا للطبيعة الخاصة للالتزامات الصرفية، فإنه لا يمكن تطبيق القاعدة العامة الخاصة بالتصرفات القانونية والتي تتمثل في أن القانون الذي يحكم نشأة التصرف من الناحية الموضوعية هو الذي يحكم آثار التصرف.

لذلك نرى على القاضي الجزائري الأخذ بما جاءت به المادة 23 مكرر2 ق.م.ج، أي يتم الأخذ بالمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص من أجل تحديد القانون الذي يحكم آثار القبول، والتي نرى أنها تشير إلى تطبيق قانون محل الوفاء على آثار المسحوب عليه القابل والتي كرستها اتفاقية جنيف 1930 بموجب المادة 1/4. أي يُطبق قانون محل الوفاء على المسائل الآتية: مضمون ونطاق القابل في مواجهة الساحب، الدفوع التي يمكن للمسحوب عليه أن يحتج بها في مواجهة الحامل أو الحملة المتعاقدين، والعملة الواجب الوفاء بها، وكذلك آثار الوفاء الذي يقوم به المسحوب عليه للحامل غير الشرعي[2].

---

[1] طبقت إحدى المحاكم اللبنانية على مسألة تنظيم السندات التجارية وحوالتها وقبولها وما أشبه قانون المحل الذي تجري فيه، وكذلك فإن الالتزام الذي ينشأ عن كل هذه المعاملات يحدد بقانون ذلك المحل بحق من أجرى المعاملة منفردا. والقانون المطبق بشأن مرور الزمن على الإسناد هو قانون محل العقد فإذا حرر العقد في قبرص تكون مدة مرور الزمن حسب القانون القبرصي. أما تنفيذ السند فيخضع للقانون الذي يجري فيه ذلك التنفيذ: تمييز مدني، 23 آذار سنة 1926 المحامي عدد (1) قسم (5) ص125، وفي المحامي عدد (5) فهرس الأحكام ص 172 رقم (4). (مشار لدى: سامي بديع منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص-تنازع الاختصاص التشريعي، ج1، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2009، ص 554.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص314.

ثانيا: بالنسبة لتقديم الورقة للقبول

دائما وبالبحث تحت رداء المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، وبناء على التحليل المقدم عند الحديث عن تقديم الورقة للقبول في ظل اتفاقية جنيف 1930، فإننا نرى على أنه بالرغم من أن هذه مسألة سابقة على القبول ذاته، إلا أنها تخضع لقانون المكان الذي يقدم فيه السند للقبول، والذي غالبا ما يكون قانون محل الوفاء[1].

ثالثا: بالنسبة لمسألة القبول الجزئي

حسب ما تم توضيحه سابقا، فإن اتفاقية جنيف 1930 قد أخرجت القبول الجزئي من حكم المادة 1/4 من هذه الاتفاقية، وحددت القانون الذي يحكمه بموجب المادة السابعة من اتفاقية جنيف 1930، وهذا النص قد أكد على خضوع القبول الجزئي شأنه في ذلك شأن القبول الكامل لقانون الدولة التي تكون السفتجة مستحقة الوفاء فيها[2].

إلا أن الفقه الغالب في مصر لا يتفق مع ما جاءت به المادة السابعة من اتفاقية جنيف لسنة 1930 بشأن حكم قانون محل الوفاء للقبول الجزئي، بل يتجه إلى تطبيق القانون الذي يسري على آثار العقد الأصلي المبرم بين الساحب والمسحوب عليه.

---

[1] وهذا ما نصت عليه المادة 1/403 من ق.تجاري جزائري بقولها:" يمكن ن يعرض قبول السفتجة على المسحوب عليه بمقره لغاية تاريخ الاستحقاق سواء من قبل الحامل أو من أي شخص حائز لها." تقابلها بنفس الصياغة نص المادة 1/174 من قانون التجارة المغربي، والمادة 15/511 من ق.تجاري الفرنسي.

أما بالنسبة لقانون السفاتج الإنجليزي لسنة 1882 فإن تقديم السند للقبول يخضع بموجب المادة 2/72 لقانون المكان الذي تم فيه التصرف القانوني، حيث أن هذه المادة تتعلق بالواجبات التي يجب على الحامل السفتجة القيام بها، والمتضمنة عرض السفتجة على المسحوب عليه لغرض قبولها أو وفائها. (نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص403.)

[2] وهذا ما أكدت عليه أيضا المادة الخامسة من الاتفاقية الأمريكية لسنة 1975 كما ذكرنا سابقا.

وهو قول لا يمكن التسليم به، باعتبار أنه بهذا يُخضع القبول الجزئي لحكم المادة 1/19 ق.م.مصري والتي تقابلها المادة 18 ق.م.ج بالرغم من عدم ملاءمتها كما سبق وأن رأينا ذلك، وأنه يسير على نهج القائلين بمذهب التعدد، بل يذهب أكثر من مما ذهب أنصار التعدد أنفسهم، وهذا بدليل أن اتفاقية جنيف 1930 بالرغم من أنها كرست هذا المذهب من حيث المبدأ إلا أنها أخرجت من باب الاستثناء المسألة الخاصة بالقبول الجزئي وأخضعته بموجب المادة السابعة للقانون الذي يحكم الوفاء بالسند[1].

على هذا الأساس، نرى أن الحل الواجب إعماله في القانون المصري والقانون الجزائري، هو إخضاع مسألة القبول الجزئي لقانون محل الوفاء، والحل الأنسب يكون بالاستناد في هذه المسألة على المادة 23 مكرر2 ق.م.ج التي تدعو للأخذ بالمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص.

وإعمالا لما تقدم، فإن قانون محل الوفاء هو الذي يحدد لنا ما إذا كان من الجائز أم لا، وقوع القبول جزئيا أو معلقا على شرط، كأن يعدل في البيانات الأصلية كميعاد الاستحقاق أو محل الوفاء. ويقرر أيضا حقوق وواجبات الحامل عند القبول الجزئي إذا كان هذا القبول جائزا[2].

رابعا: بالنسبة للقبول بالتدخل وآثاره:

يُطبق بشأنه قانون محل الوفاء، شأنه في ذلك شأن الضمان الاحتياطي. فهذا القانون هو الذي يحكم وقت حصول القبول، والأشخاص الذين يجوز أن يقع القبول لمصلحتهم، والحل الواجب الاتباع عند التزاحم بين القابلين بالتدخل.

وقد يقال بتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص (م23 مكرر2 مدني.ج) المتمثلة في اتفاقية جنيف 1930تقضي فيما يتعلق بهذه المسألة بإخضاع الآثار الناتجة عن هذا الالتزام لقانون الدولة

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 218.

[2] محسن شفيق، القانون التجاري المصري-الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص 1152.

التي نشأت فيها هذه الالتزامات بمقتضى مذهب التعدد[1]، إلاَ أن هذا الحل يتعرض حسب رأينا لجميع الانتقادات الموجهة لمذهب التعدد.

ويعتبر مذهب الوحدة في رأينا هو وحده القادر على أن يحفظ للالتزامات الصرفية طبيعتها الخاصة وما توجبه من سرعة التداول وتحقيق التجانس بين الالتزامات الصرفية.

خامسا: بالنسبة للمسألة الخاصة بالتزام المسحوب عليه بالقبول ومسؤوليته عند الرفض

يذهب الرأي الغالب في الفقه الفرنسي والمصري إلى تطبيق القانون الذي يسري على آثار العقد السابق الذي بمقتضاه أصبح المسحوب عليه مدينا للساحب، أي القانون الذي يتفق عليه الساحب والمسحوب عليه أو موطنهما أو جنسيتهما المشتركة أو قانون محل الإبرام إن اختلفا موطنا أو جنسية.

فقواعد هذا القانون هي التي تفصل فيما إذا كان من حق الدائن سحب سفتجة على المدين، وفيما إذا كان هذا المدين مجبرا أو غير مجبر على قبول هذه السفتجة[2].

وفي رأي البعض أن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به في كل الأحوال. فلو افترضنا جدلا أن حق الساحب في سحب السفتجة على المسحوب عليه يجد سنده في العقد السابق بينهما، فإن ذلك لا يفيد سريان القانون الذي يحكم الرابطة السابقة على المسألة المتعلقة بمدى التزام المسحوب عليه بالقبول في كل الأحوال[3].

وبالتالي من الأفضل إخضاع هذه المسألة لقانون الدولة الواجب فيها الوفاء بقيمة السفتجة للأسباب التي عددناها سابقا عند دراسة المسألة في ظل اتفاقية جنيف 1930 وأبرزها الارتباط

[1] عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 216

[2] هشام صادق، تنازع القوانين–دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول، مرجع السابق، ص 837.

[3] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 402.

القائم بين التزام المسحوب عليه بالقبول وقانون محل الوفاء، ووحدة القانون الواجب التطبيق، وتلافي النتائج الشاذة التي يؤدي إليها تطبيق المادة 18 ق.م.ج والتي تقابلها المادة 19 ق.مدني مصري. فلو افترضنا مثلا أن المسحوب عليه رفض القبول، ورجع الحامل على الملتزمين الأخرين في السند، فإن مدى التزام كل موقع منهم سوف يتحدد بالنظر إلى قانون الدولة الذي يحكم التزامه مع ما يؤدي إليه ذلك من آثار تؤثر على الثقة الواجبة في السند ذاته[1].

المطلب الثاني:

القانون الواجب التطبيق على التظهير والضمان الاحتياطي

الفرع الأول:

القانون الواجب التطبيق على التزام المظهر في السند التجاري

عالج المشرع الجزائري التظهير في المواد (من396 إلى 402) من القانون التجاري[2]، متبعا في هذا الخصوص أحكام قانون جنيف الموحد للسندات التجارية.

البند الأول: القانون الذي يحكم التزام المظهر وفقا لاتفاقيتي جنيف 1930-1931

آثار التزامات المظهرين وفقا لاتفاقيتي جنيف 1930-1931 تخضع لنفس القانون الذي يحكم آثار الالتزامات الأخرى باستثناء التزام المسحوب عليه القابل، وذلك بموجب نص المادة 2/4 من اتفاقية جنيف 1930 والمادة 5 من اتفاقية جنيف 1931 التي تخضع آثار التزام المظهر في السفتجة والسند لأمر والشيك لقانون التي نشأ أو تم فيها التظهير.

---

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 217.

[2] هذا فيما يتعلق بالسفتجة أما بالنسبة للسند لأمر فحسب المادة 467 من نفس القانون تطبق عليه الأحكام المتعلقة بالسفتجة فيما لا يتعارض مع طبيعته وذلك في الأحوال التالية: وذكر منها "التظهير (المادة من 396 إلى 402)، وبالنسبة للشيك فعالجت هذه المسألة المواد (من 485 إلى 496).

وبالتالي يكون قانون محل نشوء التظهير، هو القانون الذي يحدد الآثار الناتجة عن هذا التظهير، مثلا يعين لنا مدى الالتزام الذي يترتب في ذمة المظهر، وما إذا كان هذا الالتزام يقع بالتضامن مع التزام سائر الموقعين على السند، وآثار هذا التضامن في حال وقوعه. كما يحدد لنا مدى تطبيق مبدأ تطهير الدفوع أو عدم الاحتجاج بالدفوع، فيحدد الدفوع التي يُطهرها التظهير والتي تنتقل مع السند للحامل الجديد. كما يحدد آثار التظهير الحاصل بعد ميعاد الاستحقاق، والحل الذي يتبع في حالة التظهير غير المؤرخ[1].

البند الثاني: القانون الذي يحكم التزام المظهر وفقا للقانون الجزائري والمقارن.

لم يعالج المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية موضوع القانون الواجب التطبيق على التزام المظهر، سواء ضمن أحكام القانون التجاري أو في قواعد التنازع المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري، على هذا يبقى لنا سوى الرجوع للفقه المصري الذي تناول هذا الموضوع، والذي أشار إلى تطبيق المادة 1/19 من القانون المدني المصري على التزام المظهر والتي تتطابق مع نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

على هذا الأساس يتم إخضاع التزام المظهر لقانون الإرادة الصريحة إن وجدت، أو تطبيق الإرادة الضمنية، أو قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك، وإذا اختلافا جنسية أو موطنا يُطبق قانون محل الابرام.

وإن كانت هذه المادة تبرز التعدد في القوانين الواجبة التطبيق على الالتزامات الصرفية الواردة على السند الواحد، إلا أن هذا التعدد يفوق القدر الذي تصوره دعاة التعدد أنفسهم وآمنت به اتفاقيتا جنيف. ومن الانتقادات الموجهة أيضا لهذا الحل أنه يتجاهل ذلك الترابط القائم بين

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 226.

الالتزامات المختلفة في الورقة الواحدة من كونها ترد على موضوع واحد هو مبلغ الدين الثابت فيها[1].

فالنتيجة التي يؤدي بها هذا الحل، تتمثل في أنه قد يقضي قانون باعتبار دفع معين من الدفوع التي يطهرها التظهير، بينما يقضي قانون آخر باعتبار دفع مماثل من الدفوع التي تظل عالقة بالسند فتنتقل معه إلى الحامل الجديد.

مثال آخر: ورقة تجارية وردت عليها جملة تظهيرات وفقا للضوابط التي عددتها المادة 18 ق.م.ج، وكان أحد القوانين يأخذ في تحديد المقصود بحسن النية (حتى يحق له التمسك بعدم جواز الاحتجاج بالدفوع في مواجهته) بنظرية العلم التي وفقا لها يتوافر حسن النية متى كان الحامل جاهلا بالعيب الذي يشوب السند وقت التظهير، وكان قانون آخر لا يكتفي للقول بحسن نية الحامل بمجرد العلم لاعتبار الحامل سيء النية وحرمانه من ميزة عدم الاحتجاج بالدفوع في مواجهته وإنما يتطلب الغش والتواطؤ بين المظهر والمظهر إليه على إجراء التظهير بغية الإضرار بالمدين وحرمانه من الدفوع التي يملك التمسك بها في مواجهة المظهر، بينما يأخذ قانون ثالث بحل وسط بين الأمرين السابقين متطلبا أن يكون الحامل قد قصد الإضرار بالمدين وقت حصوله على السفتجة.

من هنا، وعلى إثر هذا الاختلاف في الحلول، يتبين لنا مدى الاختلاف الذي يمكن أن يقع في حقوق كل من الحامل والمظهر على إثر إخضاع كل التزام من الالتزامات المتعدد في الورقة التجارية لقانون مختلف. والذي يؤكد لنا أيضا عدم ملائمة المادة 18 ق.م.ج لحكم الالتزامات الصرفية.

وهناك جملة من المسائل المرتبطة بالتظهير والتي يجدر التطرق إليها عند حديثنا عن هذا الموضوع وبيان موقف التشريع الجزائري منها وتتمثل في الآتي:

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق ص 228.

أولا: قابلية السند التجاري للتداول

إن البحث في مسألة قابلية السند التجاري للتداول يثير مشاكل تتطلب منا التمييز بين أمرين أو فرضين:

الفرض الأول: هل يجوز تداول سفتجة مثلا بالطرق التجارية بصفة مطلقة في الحالة التي تكون فيها غير قابلة للتظهير وفقا لقانون بلد إنشائها، أم أنه يجوز تداولها بهذه الطرق في البلاد التي تجيز قوانينها ذلك؟

مثال توضيحي: في بعض التشريعات لا تكون الورقة قابلة للتداول بالتظهير إلاَ إذا تضمنت شرط الأمر أو الإذن[1]. فإذا خلت الورقة من هذا الشرط فإنها لا تعد قابلة للتداول بطريق التظهير. على خلاف ذلك فإن الدول التي نقلت إلى تشريعاتها الداخلية أحكام القانون جنيف الموحد[2] لا تشترط لصحة تداول السند أو الورقة بالتظهير ضرورة اشتمالها على شرط الأمر أو الإذن مع الاكتفاء بذكر نوعها[3].

---

[1] كما كان الحال في القانون المصري القديم الذي تم إلغاؤه بمقتضى القانون رقم 17 سنة 1999، في المادتين 105 و190.

[2] مثل القانون المصري الجديد سنة 1999 (المادة 279) والعراقي (المادة 416) والجزائري (المادة 396) والسوري (م410) والقانون الأردني (م 124).

[3] قبل صدور قانون جنيف الموحد كان شرط الأمر من قبيل البيانات الإلزامية فلا يمكن على إثر ذلك تحرير سند لصالح شخص ما إلا إذا تضمن هذا الشرط الذي يجعل منه قابل للتداول عن طريق التظهير، لكن بعد صدور قانون جنيف الموحد لم يعد هذا الشرط من البيانات الإلزامية وأضحى بيانا اختياريا وقد نص المشرع الجزائري في المادة 396 على أن" كل سفتجة وإن لم يشترط فيها صراحة كلمة "لأمر" تكون قابلة للتداول بطريق التظهير. وإذا أدرج الساحب في نص السند عبارة "ليست لأمر" أو عبارة مماثلة فلا يكون السند قابلا للتداول إلا على الشكل والآثار المترتبة على التنازل العادي. (إبراهيم بن داود، المرجع السابق، ص93).

وبالتالي السؤال المطروح، إذا أنشئت سفتجة غير متضمنة على شرط الأمر في دولة يجيز قانونها ضرورة توافر الأمر، فهل يصح تظهيرها في أي من التشريعات التي نقلت أحكام قانون جنيف الموحد و لم تشترط ورود هذا الشرط واكتفت بضرورة ذكر نوع الورقة؟

يوجد في الفقه[1] رأيان: رأي يمثله أنصار مذهب الوحدة، ويرون ضرورة إخضاع تداول السند في هذه الحالة لنظام واحد يحكمه قانون محل نشوء السند. فإذا كان هذا القانون لا يجيز تداول الورقة بالتظهير إذا خلت من شرط الأمر فإن انتقالها إلى بلد آخر لا يغير هذا الحكم، وأي تظهير لاحق للسند لا يمكن أن يكون له آثر[2].

إلا أن هذا الحل لن يجد قبولا لدى دعاة مذهب التعدد، بقولهم بأنه طالما أن آثار كل التزام صرفي تخضع للقانون الذي يحكم نشأة هذا الالتزام فإن منطقهم سيؤدي إلى اعتبار تظهير السند التجاري الذي نشأ في دولة يتطلب قانونها البيان الخاص بشرط الأمر أن تكون صحيحة إذا ظهرت في دولة يجهل قانونها هذا الشرط. وتطبيق المادة 18 ق.م.ج التي تقابلها المادة 19 ق.م.مصري سيؤدي إلى مثل هذه النتيجة الأخيرة.

وهناك من اعتبر إعمال هذه المادة مع ما تؤدي إليه من تعدد في القوانين المحتملة التطبيق أمرا غير مقبول. وتبرير ذلك كان بالرجوع لأصل المسألة والنظر إلى الشرط الذي نحن بصدد دراسته على أنه من الشروط الشكلية (بالمعنى الواسع) يحكمه قانون محل نشوء الالتزام الصرفي. فإذا تخلف الشرط فقدت الورقة صفتها الصرفية[3].

---

[1] أي الفقه الألماني الذي كان قد طرح مثل هذا التساؤل عن الحكم بالنسبة للورقة التجارية التي تنشأ في أمريكا من غير أن يذكر فيها أنها للإذن أو لأمر كما تتطلب المادة 8 من القانون الأمريكي ويتم تظهيرها في دولة مثل فرنسا أو إنجلترا التي تتطلب هذا الشرط، فهناك من قال بجواز تظهير السند أو الورقة بعد نشأتها مجردة من هذا الشرط، وهناك من رفض ذلك.

[2] Lescot et Roblot,op.cit.No.1085.

[3] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 231.

والقول بعكس هذا، يجعل ممن حصل على السند التجاري وهو عالم بأنه مجرد من صفته الصرفية وفقا للقانون الذي يحكمه عند نشأته، أن يقوم بتظهيره في ظل قانون دولة أخرى يضفي عليه هذه الصفة. فلو فرضنا أن ورقة نشأت في دولة من الدول التي نقلت أحكام قانون جنيف الموحد إلى تشريعاتها، فإن الورقة تكون باطلة إذا لم تتضمن نوعها، ولا يجوز تظهيرها في دولة أخرى لا يتطلب قانونها ذكر نوع الورقة.

على عكس من ذلك إذا نشأت سفتجة و لم يذكر فيها نوعها، في دولة لا يتطلب قانونها ذكر نوعها، فإن هذه الورقة تنشأ صحيحة ويكون في الإمكان تظهيرها في الجزائر ومصر وسوريا على الرغم من أن هذه التشريعات جميعا تتطلب في السند الأصلي أن يتضمن العبارة الدلة على نوعه ككلمة سفتجة.

ونقيضا على ذلك خلص البعض[1] لنتيجة مفادها، أن الورقة التجارية لا تكون قابلة للتظهير في بلد إنشائها يمكن انتقالها بالتظهير في بلد تكون فيه وفقا لقانونها، قابلة له. والعكس، إذا كانت الورقة تقبل التظهير بحسب قانون إنشائها فإنه لا يصح تظهيرها في بلد يمنع تشريعه انتقالها بالتظهير.

الفرض الثاني: وهو خاص بالحالة التي يتم فيها إنشاء سند تجاري في دولة يجيز قانونها للمظهر أن يُدرج شروطا معينة مثل شرط "عدم القابلية للتظهير أو ليست لأمر"، والتي يمتنع من خلاله على المظهر إليه الذي انتقل إليه السند–أن يظهرها إلى أحد غيره[2].

---

[1] Lescot et Roblot,op.cit,No.589-590

– وفي ذات المعنى: رزق الله أنطاكي، المرجع السابق، ص479.

[2] كما هو الحال في التشريعات التي أخذت عن قانون جنيف الموحد، مثل القانون المصري (م 279/أ)، والمادة 10/511 من قانون التجارة الفرنسي، والمادة 2/396 من القانون التجاري الجزائري والتي نصت على أنه" وإذا أدرج الساحب في نص السفتجة عبارة "ليست لأمر" أو عبارة مماثلة فلا يكون السند قابلا للتداول إلا على الشكل والآثار المترتبة على التنازل العادي."

والسؤال الذي يُطرح في هذا الفرض، هل يمكن تظهير هذا السند إذا انتقل إلى دولة يعتبر قانونها مثل هذا الشرط كأن لم يكن؟

والاجابة على هذا التساؤل تختلف عند أنصار التعدد عنها عند أنصار مذهب الوحدة.

بالنسبة لأنصار مذهب التعدد يرون أنه متى كانت الدولة التي انتقلت إليها الورقة تعتبر هذا الشرط المدرج لاغياً، فإن الورقة لا تكون قابلة للتظهير في هذه الدولة الأخيرة. وبالتالي يجب الالتفات عن الشرط المتضمن والإعراض عن قيمته، وذلك لأن آثار كل التزام صرفي يحكمها قانون محل نشوء الالتزام الصرفي تطبيقا لمبدأ التعدد الذي كرسته المادة 2/4 من اتفاقية جنيف 1930، والمادة 5 من اتفاقية جنيف 1931.وقد أضاف أنصار مذهب التعدد بأنه لا يصح إخضاع قابلية السند للتداول لقانون محل نشوء الالتزام الصرفي، نزولاً على مذهب الوحدة وذلك لأمرين:

أولهما: أن إعمال مبدأ الوحدة من شأنه أن يضفي على مضمون السند الأساسي نطاقا واسعا. فلا يصح أن تفقد السفتجة صفتها الصرفية لكونها غير قابلة للتداول بمقتضى الشرط الذي تجيزه صراحة بعض التشريعات والذي يعطي للساحب الحق في تضمين السند عبارة "ليست لأمر" أو أية عبارة أخرى مماثلة.

ثانيهما: أنه قد جرى العمل في القانون الفرنسي قبل سنة 1930–وهو ما أخذت به اتفاقية جنيف–على إخضاع آثار كل تظهير من التظهيرات التي ترد على السند لقانون محل نشوء كل التزام من هذه الالتزامات[1].

ونحن من مؤيدي الفقه الذي لم يسلم بهذا الرأي، باعتبار أنه إذا كان صحيحا أن قانون جنيف الموحد والتشريعات التي أخذت عنه تجيز للساحب وضع هذا الشرط في السند، إلاَ أنها

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص234.

حددت في نفس الوقت أن السند الذي يتضمن مثل هذا الشرط لا يتم تداوله إلاَ وفقا لأحكام حوالة الحق. وهذا يعني أن الورقة التي تتضمن مثل هذا الشرط تفقد صفتها الصرفية كورقة جارية لها أحكامها الخاصة بها.

ويختلف هذا الوضع-الذي تفقد فيه الورقة صفتها كورقة تجارية-عن الفرض الذي تنشأ فيه الورقة صحيحة لا تتضمن هذا الشرط ففي هه الحالة الأخيرة نكون بصدد ورقة تجارية تخضع لأحكام قانون الصرف الخاص بها.

غير أنه من الجائز-بمقتضى قانون جنيف الموحد والتشريعات التي أخذت عنه-أن يدرج المظهر في الورقة شرطا بمقتضاه لا يكون للمظهر إليه أن يظهر السفتجة من جديد كأن يذكر في الورقة "وعني دفع المبلغ لأمر فلان ولا يجوز تظهير السفتجة بعد الآن".

وهذا الشرط لا يمنع المظهر إليه من تظهير السفتجة من جديد، وإنما ما يترتب عليه هو أن المظهر لا يكون ملزما بالضمان تجاه الأشخاص الذين تظهر إليهم السفتجة فيما بعد، غير أنه يبقى ملتزما بالضمان تجاه الشخص الذي ظهر إليه السند[1]. وهذا الأمر يفترض في الحالة التي تكون قد نشأت فيها الورقة خالية من شرط "ليست لأمر".

كما أنه لا يصح القول بأن اتفاقيتي جنيف من ناحية والقانون الفرنسي من ناحية أخرى-استنادا لمذهب التعدد-يقضيان بإخضاع الآثار القانونية لكل تظهير وارد في السند لقانون محل نشوئه، وذلك لأن نصوص هذه الاتفاقية والقانون الفرنسي قبل سنة 1930 تكرس مبدأ التعدد فيما يتعلق بآثار الالتزامات الصرفية، إلاَ أنه بالرجوع للمسألة محل البحث فإنما هي مسألة متعلقة بصحة التظهير الوارد في الورقة لا بآثارها.

[1] مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 54.

وبالتالي ما يتم مناقشته من قابلية السند للتداول وتحديد القانون الواجب التطبيق بشأنه، إنما هي مسألة أولية ينبغي الوقوف عليها قبل البحث عن القانون الواجب التطبيق على آثار التظهير[1].

وعلى ضوء ذلك متى كان شرط "ليست لأمر" أو "عدم الإذن" قد نشا صحيحا، أي في ظل قانون يجيزه، فإن القول بالإعراض عن هذا الشرط، وإمكانية تظهير الورقة بعد ذلك في دولة أخرى تعتبر هذا الشرط كأن لم يكن، هو قول غير مقبول.

فطالما أن الشرط قد نشأ صحيحا في قانون محل نشوء السند، فإن السند يبقى صحيحا من الناحية الشكلية. ولا يعقل أن يكون في مقدور من يتلقى السند المدرج فيه هذا الشرط أن يتنكر له[2].

فمتى نشأ الشرط صحيحا وظاهرا في السند فإنه يكون حجة على الكافة لأنه يحدد مضمون الحق الثابت فيه. ومن يتلقى السند الظاهر فيه هذا الشرط له أن يرفضه ولا أحد يجبره على قبوله، وفي حال قبوله له ينبغي له احترام الأحكام التي يرتبها هذا الشرط الوارد في السند على المظهر إليه وسائر الحملة المتعاقبين. وهذه النتيجة المنطقية التي يفضي إليها مذهب الوحدة الذي يحفظ للورقة التجارية طبيعتها الخاصة بها، وييسر من تداولها.

ثانيا: القانون الذي يحكم آثار التظهير

لقد تم الاستناد في تحديد القانون الذي يحكم آثار التظهير في السند التجاري، على فرضية هامة قد رصدها المشرع الفرنسي والمتمثلة في أن "حقوق والتزامات المظهرين في السند التجاري، والذين يكفل كل منهم الآخر، متشابكة فيما بينهما"[3].

---

[1] عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص236.

[2] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 434.

[3] « Que le droit et obligations de tous les endosseurs, garants les uns des autres, se tiennent » la cour d'appel de Genès, 17 aout 1811, S.1813, 2-P.23.

على هذا فإنه من الخطأ النظر إلى الالتزامات الواردة في السند بوصفها جملة من التصرفات أو العقود العادية التي توجد متجاورة فحسب، دون اعتبار لتلك الرابطة العضوية التي تؤلف بينها.

فاعتبار هذه التظهيرات الواردة في الورقة على أنها متشابكة فيما بينها يؤدي بنا الأمر لإخضاعها لقانون واحد، بينما إذا ما اعتبرت على أنها تصرفات متجاورة في الورقة فإن هذا سيؤدي إلى إخضاع كل تظهير إلى قانون معين يحكمه ويحكم آثاره[1]. وهذا وفقا لنص المادة 18 مدني جزائري.

أي وفقا لهذه المادة فإن آثار التزامات المظهر يحكمها قانون الإرادة الصريحة متى كانت ظاهرة في بيانات السند تطبيقا لمبدأ الكفاية الذاتية، فإن لم يكن هناك اختيار صريح وجب تطبيق قانون محل نشوء الالتزام الصرفي وذلك لاعتباره مبدأ من المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص.

ثالثا: القانون الذي يحكم التظهير على بياض في القانون الجزائري

التظهير على بياض هو ذلك النوع من التظهير الذي يقتصر على توقيع المظهر ولا يذكر فيه اسم المستفيد. وهو تظهير ينقل ملكية الحق الثابت في السند، ويتحقق في حالتين:

-إذا لم يُذكر اسم المستفيد مع ذكر صيغة التظهير.

-إذا اشتمل التظهير على إمضاء المظهر فقط دون صيغة التظهير[2].

[1] عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 237.

[2] فقد نصت المادة 396 الفقرة الأخيرة تجاري جزائري على أنه:" ويجوز ألا يعين في التظهير الشخص المستفيد منه أو أن تقتصر على توقيع المظهر فقط (تظهير على بياض) وفي هذه الحالة الأخيرة لا يكون التظهير صحيحا إلا إذا كان على ظهر السفتجة أو على الورقة المتصلة بها." كما نصت ذات المادة على أن:" والتظهير "للحامل" يعد بمثابة تظهير على بياض." وهذا نص مطابق لنص المادة 13 من قانون جنيف الموحد.

وفي حديثنا عن موضوع التظهير على بياض في العلاقات الخاصة الدولية، نتساءل عن الحالة التي يتم فيها تحرير سفتجة مثلا ويتم تظهيرها تظهيرا ناقلا للملكية في دولة يقضي قانونها بأن التظهير على بياض هو للتوكيل فقط (كما كان عليه الأمر في القانون المصري قبل سنة 1999)، ثم يتم تظهيرها مرة أخرى على بياض في دولة يجعل قانونها لهذا النوع من التظهير آثرا ناقلا للملكية، فهل يعتبر الحامل الذي انتقلت إليه السفتجة مستفيد من التظهير الناقل للملكية في مواجهة الملتزمين الذين وضعوا توقيعهم عليها في بلد إنشائها؟

وبالرجوع للقضاء الفرنسي الذي كان قد ناقش مثل هذه المسألة في وقت كانت فيه المادة 138 من قانون التجارة الفرنسي تأخذ بنفس هذا الحكم. نرى أنه قد اعترف بالأثر الناقل للتظهير على بياض في الخارج متى كان قانون محل نشوء التظهير يعتبره كذلك[1].

أما في القانون الجزائري، ومن أجل تحديد القانون الذي يحكم التظهير على بياض في اعتقادنا على القاضي الجزائري الاستناد لحكم المادة 23 مكرر2 من القانون المدني الجزائري، أي بالبحث عن الحل في كنف المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، والأخذ بما جاءت به اتفاقية جنيف في هذا الخصوص.

رابعا: القانون الذي يحكم آثار التظهير الحاصل بعد ميعاد الاستحقاق

الأصل في تظهير السند التجاري أن يرد قبل حلول ميعاد استحقاقه. فبحلول هذا الميعاد يستطيع حامل الورقة التوجه إلى مدينها لقبض قيمتها. إلاَ أنه قد يحدث أن يقوم حامل السند التجاري بتظهيرها تظهيرا ناقلا للملكية بالرغم من حلول ميعاد الاستحقاق. وهذا التظهير يعتبر صحيحا، وذلك بموجب نص المادة 402 فقرة 1 و2 من القانون التجاري الجزائري التي تنص على أنه:" ينتج التظهير الحاصل بعد الاستحقاق الآثار ذاتها المترتبة عن التظهير السابق للاستحقاق.

[1] عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 239.

على أن التظهير الحاصل بعد الاحتجاج عند الامتناع عن الدفع أو بعد انقضاء الأجل المعين للاحتجاج، فلا ينتج إلا آثار التنازل العادي."

من خلال هذا النص نرى أنه يجب التفرقة بين حالتين، الأولى هي حالة التظهير الواقع بعد ميعاد الاستحقاق وقبل عمل الاحتجاج ومضي المدة اللازمة لعمل الاحتجاج، يكون لهذا التظهير نفس الآثار التي تترتب على التظهير السابق على ميعاد الاستحقاق. والتي تعني أن السند التجاري يحتفظ بقيمته بعد حلول ميعاد الاستحقاق ويكون في مقدور المظهر إليه إجراء الاحتجاج إذا امتنع المدين عن الوفاء لعدم انقضاء ميعاد تحرير الاحتجاج[1].

أما الثانية فهي حالة التظهير الواقع بعد الاحتجاج أو بعد مضي المدة اللازمة لعمله، والتي يترتب عنها حسب ما جاء به القانون الموحد والتشريعات التي أخذت عنه[2]، آثار التنازل العادي أي حوالة الحق فقط وليست آثار التظهير السابق على الاستحقاق.

بينما نجد أن البعض الآخر كالقانون الإنجليزي يرتب عليه ذات الآثار التي تترتب على التظهير الحاصل قبل ميعاد الاستحقاق[3].

إن هذا الاختلاف القائم بين التشريعات يؤدي إلى قيام حالات تنازع القوانين. مما يدفعنا للتساؤل حول القانون الذي يحكم آثار التظهير الحاصل بعد ميعاد الاستحقاق؟

---

[1] هاني دويدار، المرجع السابق، ص522.

[2] كالقانون الجزائري (م 2/402 ق.ت)، والقانون المصري (م 1/400)، القانون الفرنسي (م 14/511 من قانون التجارة)، والعراقي (م 1/436و2 من قانون التجارة).

[3] مع ملاحظة أن التظهير الحاصل بعد ميعاد الاستحقاق يجعل السفتجة أو السند لأمر واجبي الدفع بمجرد الاطلاع وهذا حسب نص المادة 10 من قانون السفاتج الإنجليزي.

الرأي الراجح في الفقه[1] يذهب إلى تطبيق قانون محل إجراء التظهير. فهذا القانون هو الذي يحدد متى يكون التظهير حاصلا بعد ميعاد الاستحقاق، وهل يكفي لقيامه أن يقع بعد الميعاد المحدد للدفع أم يجب وقوعه بعد ميعاد عمل الاحتجاج؟

كما يُرجع لهذا القانون لبيان حكم التظهير غير المؤرخ وما إذا كان يفترض أنه وقع قبل ميعاد الاستحقاق أم بعد ذلك. ويشير بعض من الفقه[2]، إلى أن المسألة المتعلقة بتحديد متى يكون التظهير بعد ميعاد الاستحقاق ليست من آثار التزامات الموقع على الورقة في هذا الفرض وإنما هي مسألة شكل يحكمها قانون محل إجراء التظهير.

وهذا الحل تقضي به الأحكام العامة التي جاءت بها اتفاقية جنيف والتي بمقتضاها أُعمل مذهب التعدد القانون الواجب التطبيق على تعدد الالتزامات الواردة على السند.

كما أن هذا الحل هو نفس ما اتجه إليه القانون والقضاء الإنجليزي حيث أن المادة 72/ب من قانون السفاتج الإنجليزي قضت بإخضاع التظهير إلى قانون المكان الذي تم فيه.

أما في القانون الجزائري، فإنه يمكن أن يُعمل هذا الحل بالاستناد إلى المادة 23 مكرر2 من القانون المدني وليس بالاستناد لنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري الذي يبدو غير ملائما في هذا الشأن.

فنحن نرجح الحل الذي جاء به الفقه الفرنسي والمصري بشأن القانون الذي يحكم آثار التظهير الحاصل قبل ميعاد الاستحقاق، وهو خضوعه لقانون محل التظهير.

[1] Arminjon, op.cit. No.450.
[2] Lescot et Roblot, les effets de commerce, lettre de change, billets à ordre, op.cit, P.588.

الفرع الثاني:

القانون الواجب التطبيق على آثار التزام الضامن الاحتياطي

يعد الضمان الاحتياطي من قبيل الضمانات الاحتياطية التي تزيد في بعث الثقة والائتمان التجاري في السند، فهو يضيف ضمانا وملتزما جديدا إلى زمرة الملتزمين الآخرين.

يكون الضمان بكتابة[1] هذا اللفظ أو بأية صيغة تفيد هذا المعنى ويوقعه الضامن[2]، الذي قد يكون شخصا أجنبي عن السند التجاري أو من قبيل أحد الموقعين عليه، وذلك من أجل ضمان أداء مبلغ السند التجاري كليا أو جزئيا[3].

وقد تضمنت اتفاقية جنيف للقانون الموحد 1930 الأحكام الخاصة بالضمان الاحتياطي في المواد من 30 إلى 32 رغم أنه لم يكن مذكورا في تشريعات معظم البلدان المنضمة إلى معاهدة جنيف. ولتحديد القانون الذي يحكم التزام الضمان الاحتياطي في السندات التجارية، يتم تقسيم هذا الفرع إلى قسمين، الأول يتم التطرق فيه إلى القانون الواجب التطبيق على الضمان الاحتياطي وفقا لاتفاقية جنيف (البند الأول)، أما الثاني فيتم التطرق فيه إلى القانون الواجب التطبيق على الضمان الاحتياطي وفقا للقانون الجزائري والمقارن (البند الثاني).

---

[1] حسب المادة 3/409 من القانون التجاري الجزائري:" يجب أن يكتب الضمان الاحتياطي على نفس السفتجة أو الورقة المتصلة بها أو بسند يبين فيه مكان صدوره". تقابلها المادة 469 من القانون التجاري الجزائري بالنسبة للسند لأمر، والمواد من 497 إلى 499 بالنسبة للشيك.

[2] انظر المادة 4/409 من القانون التجاري الجزائري.

[3] انظر المادة 1/409و2 من القانون التجاري الجزائري.

البند الأول: القانون الواجب التطبيق على الضمان الاحتياطي وفقا لأحكام اتفاقيتي جنيف

يذهب الفقه الغالب[1] في فرنسا إلى القول بأن آثار الضمان الاحتياطي يسري بشأنها قانون محل نشوء هذا الالتزام وذلك بالاستناد إلى نص المادة 2/4 من اتفاقية جنيف 1930 والمادة 5 من اتفاقية جنيف 1931[2]. وذلك باعتبار أنَ هذا الحل هو تأكيد لمبدأ استقلال الالتزامات الصرفية في السند التجارية، والذي يوجب إعمال مبدأ تعدد القوانين الواجبة التطبيق بتعدد هذه الالتزامات[3].

على هذا فإن قانون محل نشوء الالتزام هو الذي يحدد لنا المسائل المتعلقة بمصلحة من يجب أن ينصرف الضمان إذا لم يعين الضامن الاحتياطي الملتزم الذي يضمنه، وما إذا كان للحامل حق الرجوع على الضامن الاحتياطي قبل الرجوع على الملتزم المضمون، كما يحدد لنا الدفوع التي يجوز للضامن الاحتجاج بها على الحامل، وما هي الحقوق التي تترتب للضامن تجاه الملتزم المضمون وتجاه الملتزمين الآخرين.

أما غير هذه المسائل المتعلقة بشروط الضمان الاحتياطي الشكلية أو الموضوعية فتخضع للقانون الذي يحكم الشكل أو الموضوع.

---

[1] Lescot et Roblot, op.cit. N.1089
- Arminjon,op.cit.No.175.

[2] كما أن الاتفاقية الأمريكية لسنة 1975 نصت على ذلك بموجب المادة 3 منها السابقة الذكر.

[3] أيدت المحكمة الفيدرالية السويسرية هذا الاتجاه في قرار لها صادر في 1965/10/05 في قضية (Haziker) ضد (agf) حيث ذكرت المحكمة أن السفتجة التي تم سحبها في ميلانو من أجل إعطاء ضمان لشخص مقيم في سويسرا، تخضع لقانون محل نشوء الالتزام وعلى ذلك فإن السندات التجارية التي يترتب عليها توقيع صاحب الضمان تكون محكومة بموجب المادة 2/4 من اتفاقية جنيف وبموجب المادة 2/19 من قانون الدولة التي تم على أراضيها الالتزام بهذه الضمانات. (مأخوذ عن: علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 160.)

البند الثاني: القانون الواجب التطبيق على الضمان الاحتياطي وفقا لأحكام القانون الجزائري والمقارن

الضمان الاحتياطي في القانون الجزائري شأنه شأن الالتزامات الصرفية الأخرى، وفي ظل غياب النص الخاص بها فإنه يخضع لأحكام المادة 18 ق.م.ج والتي تقابلها المادة 19 مدني مصري، وبالتالي يخضع الضمان الاحتياطي إما للقانون الذي يُتفق عليه في عقد الضمان أي "قانون الإرادة" أو قانون الموطن أو الجنسية المشتركة، أو قانون محل إعطاء الضمان "محل الابرام".

وهذا من رأي الفقه المصري[1]، الذي يعتبر أنه ليس ثمة ما يمنع من تعدد القوانين التي تحكم آثار التزامات الضمان إذا تعددت حالات الضمان، وأنه ليس ثمة ما يمنع من أن تكون هذه القوانين مختلفة عن القوانين التي تحكم صحة الالتزامات الصرفية ذاتها سواء من حيث الشكل أو الموضوع.

ونحن نبقى في رأينا حول مذهب التعدد وتطبيقاته على الالتزام الصرفي، ونؤكَد على أنه من شأن تطبيق مجموعة من القوانين على السند الواحد، أن يؤدي إلى عوائق في طريق تداول السند، ومساس بالطبيعة الخاصة لهذه لأوراق. وعلى هذا يصبح تعدد الضامنين الاحتياطيين في السند الواحد على مستوى تنازع القوانين على نقيض ما هو عليه هذا التعدد على المستوى الداخلي، بحيث يكون في هذه الأخيرة مبعثا للثقة وزيادة في الالتزام، بينما في مجال العلاقات الخاصة الدولية ينبغي على متلقي الورقة أن يبحث في سائر القوانين التي تحكم هذه الالتزامات لمعرفة الآثار المترتبة عليها[2].

على هذا تتحول الأدوات المخصصة لتسيير تداول السند التجاري في الداخل إلى أعباء تعيق حركتها متى طرح الأمر على مستوى العلاقات الخاصة الدولية.

---

[1] محسن شفيق، المرجع السابق، ص 1227، هشام صادق، المرجع السابق، ص 837-838.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 242.

لكن التساؤل الذي يطرح في هذا الفرض، ما هو القانون الملائم لحكم آثار الضمان الاحتياطي؟

اختلفت الآراء الفقهية باختلاف النظرة إلى المركز القانوني للشخص الضامن، فمن رأي البعض أن الضامن يعد في مركز الكفيل المتضامن لأنه يلتزم بالكيفية التي التزم بها الشخص الذي حصل الضمان لمصلحته[1]، يعني هذا أن التزام الضامن يكون تابع لالتزام الشخص المضمون ومرتبطا به من حيث صحته وبطلانه وانقضائه، وعلى هذا فإن أثر التزام الضامن الاحتياطي يجب أن يخضع للقانون الذي يسري على التزام المدين المضمون[2].

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن الضمان الاحتياطي عبارة عن كفالة من نوع خاص، فهي لا ترتكز على فكرة التبعية لالتزام المضمون. فالصفة الصرفية للضامن تبرز بوضوح في مسألة استقلال التوقيعات، فالأصل في القواعد العامة التزام الكفيل يكون تابع لالتزام الشخص المكفول من حيث بقائه وانقضائه وصحته وبطلانه، بينما في نطاق الالتزامات الصرفية وبموجب مبدأ استقلال التوقيعات يكون النظر لالتزام الضامن الاحتياطي بوصفه التزام مستقل عن التزام المضمون[3]، وبالتالي يسري على آثاره حسب رأي بعض من الفقه القانون الذي يحكم الوفاء بالسند التجاري. فقد ذهبت محكمة استئناف باريس في حكم لها في 21 فبراير 1937 إلى إخضاع الضمان الاحتياطي للقانون الفرنسي، قانون محل الوفاء وذلك على الرغم من أن الضمان الاحتياطي والتزام المضمون كانا قد وقعا في رومانيا[4].

---

[1] مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، الإسكندرية، 1973، ص116.

[2] رزق الله انطاكي، المرجع السابق، ص 481.

[3] نصت المادة 409/ 8 من ق.تجاري جزائري على أنه:" ويكون التزام ضامن الوفاء صحيحا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل".

[4] مشار إليه لدى: عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص243.

ونحن من مؤيدي الرأي القائل بتطبيق قانون الإرادة الصريح متى كان ظاهرا في السند، فإن لم يوجد طُبق قانون محل نشوء الضمان، على الضمان الاحتياطي من حيث الموضوع. ويُطبق قانون محل نشوء الضمان الاحتياطي على الجانب الشكلي لهذا الالتزام. كما يسري قانون محل نشوء الضمان الاحتياطي بالنسبة لآثار هذا الضمان.

فهذه الحلول هي حلول ملائمة لطبيعة وخصائص الالتزام الصرفي، وتؤدي في غالب الأحيان إلى وحدانية القانون الذي يحكم الموضوع والشكل والآثار، لذا نرى على المشرع الجزائري الأخذ بهذا وتطبيق هذه الحلول بموجب المادة 23 مكرر2 من القانون المدني الجزائري، أي باعتبارها مبادئ عامة للقانون الدولي الخاص، خصوصا وأن التشريع الجزائري جاء خاليا من نصوص خاصة تحكم حالات التنازع في السندات التجارية.

وتطبيقا لما تقدم فإن قانون محل نشوء الضمان الاحتياطي هو الذي يحدد لنا المسائل التالية:

-هل يشمل الضمان الاحتياطي القبول والوفاء معا أم القبول وحده والوفاء وحده.

-من يعتبر المضمون إذا لم يعين الضامن الملتزم من يضمنه.

-هل للحامل حق في الرجوع على الضامن الاحتياطي قبل الرجوع على الملتزم المضمون.

-فيما تتمثل حقوق الضامن لدى الملتزم المضمون ولدى الملتزمين الآخرين.

المطلب الثالث:

القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء في السند التجاري

يمكن تعريف مقابل الوفاء في السند التجاري بأنه "دين نقدي للساحب في ذمة المسحوب علية أيا كان مصدره، ويكون مساويا على الأقل لمبلغ الورقة التجارية ومن الدين المذكور يتم وفاء قيمة الورقة في ميعاد استحقاقها"[1]. وتكمن أهمية البحث في القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء في السفتجة والشيك، في أنه يعتبر أحد ضمانات الوفاء بالورقة التجارية بعد القبول والضمان الاحتياطي، وأهمية هذا الضمان تتجسد في ميدان العلاقات القانونية الناشئة بين أطراف السفتجة والشيك على النحو الآتي:

-في علاقة الساحب والمسحوب عليه:

إذا كانت الورقة التجارية المسحوبة سفتجة، فإن المسحوب عليه لا يلتزم بوفاء قيمتها إلاَ إذا وقع عليها بالقبول، وفي النادر أن يقبل المسحوب عليه السفتجة دون أن يكون مدينا للساحب بما يعادل قيمتها في ميعاد الاستحقاق. ومن النادر أيضا أن يتم الوفاء بها إذا لم يكن مقابل الوفاء موجودا عند المسحوب عليه في ميعاد استحقاقها، أما إذا كانت الورقة التجارية شيكا، فإن المسحوب عليه لا يدفع قيمة الشيك عادة إلا إذا كان قد تلقى مقابل الوفاء من الساحب.

-في علاقة الحامل والمسحوب عليه:

فإن وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه يسهل على الحامل الحصول على الوفاء. وعادة لا يمتنع المسحوب عليه عن الوفاء ما دام أنه مدينا للساحب لأن ذلك من شأنه إبراء ذمته قبل الساحب.

[1] زهير عباس كريم، مقابل وفاء الورقة التجارية، رسالة ماجستير، بغداد، 1986، ص23.

-في علاقة الحامل بالساحب:

فإذا قام الساحب بتهيئة مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه ثم أهمل الحامل القيام بالإجراءات اللازمة لاستعمال حق الرجوع فإن للساحب أن يتمسك في مواجهة الحامل بالإهمال وإذا لم يهيئ الساحب مقابل الوفاء فإنه لا يستطيع الدفع بسقوط حق الحامل المهمل، لأنه يصبح في هذه الحالة مثريا على حساب الحامل دون وجه حق[1].

وإذا كان صحيحا أن مقابل الوفاء يعتبر من الضمانات الأساسية للوفاء في كل من السفتجة والشيك، إلاَ أن بين الاثنين فوارق. فمقابل الوفاء في السفتجة ليس شرطا لصحتها، فإنشاء السفتجة لا يفترض وجود مقابل وفاء في ذمة المسحوب عليه. وليس ثمة من جزاء مدني أو جنائي يقع على الساحب إن هو سحب سفتجة على شخص ليس مدينا له. ويكفي على أي حال أن يكون هذا المقابل موجودا في ميعاد استحقاق السفتجة (م تجاري جزائري) أما في الشيك فإنه يجب أن يكون مقابل الوفاء موجودا وقت إصدار الشيك. ويرجع ذلك إلى أن الشيك مستحق الدفع بمجرد الاطلاع.

على هذا الأساس يتم التطرق في هذا المطلب لمقابل الوفاء في السفتجة (**الفرع الأول**)، ويتم التطرق لمقابل الوفاء في الشيك (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول:

مقابل الوفاء في السفتجة

حتى يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء في السفتجة يقتضي منا الأمر دراسة وضع هذه المسألة وفقا للأحكام اتفاقية جنيف 1930 والقانون الجزائري.

[1] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 130.

البند الأول: موقف اتفاقية جنيف 1930

لم يتصد قانون جنيف الموحد لمسألة مقابل الوفاء في السفتجة تاركا لكل دولة حرية تنظيم كل ما يتعلق به بما يتفق ونظامها التشريعي. فقد جاءت اتفاقية جنيف لسنة 1930 شحيحة لم تنظم إلاَ المسألة الخاصة بملكية مقابل الوفاء. وفي ذلك تنص المادة السادسة على أن "يعين قانون محل إنشاء السند ما إذا كان حامل السفتجة يتملك الحق الذي كان سببا في إصدار السند."

وفيما يخص هذه المسألة التي يحكمها قانون محل إنشاء الورقة شاءت الاتفاقية أن تجعل يدها مغلولها إلى عنقها الأمر الذي لا مناص معه عند التشريعات التي تأخذ بأحكام اتفاقيات جنيف من أن ترجع لحسم حالات التنازع إلى القواعد العامة في مسائل تنازع القوانين بصفة عامة. وهذا هو ما يسلم به الفقه في فرنسا[1].

البند الثاني: وضع المسألة في القانون الجزائري والمقارن

لمعرفة الحل الواجب الاتباع في القانون الجزائري بخصوص هذه المسألة وبالاسترشاد بما يقرره الفقه والقضاء في القانون المقارن وبصفة خاصة في فرنسا سيتم التعرض لمسألتين: وجود مقابل الوفاء، وملكية مقابل الوفاء.

أولا: وجود مقابل الوفاء

بموجب المادة 1/395[2] من القانون التجاري الجزائري يجب على ساحب السفتجة أن يوجد مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه، وقد حددت المادة 2/395 من نفس القانون وقت وجود مقابل الوفاء وهو ميعاد الاستحقاق. ولما كان هذا الميعاد مختلفا باختلاف صور السفتجة كما

---

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجاري، المرجع السابق، ص 249.

[2] نصت المادة 395 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "إن مقابل الوفاء يكون على الساحب أو على الشخص الذي تسحب لحسابه السفتجة وهذا لا يمنع من بقاء الساحب لحساب غيره ملتزما شخصيا للمظهرين والحامل فحسب." يقابل هذا النص المادة 401 من قانون التجارة المصري النافذ، والمادة 223 من القانون التجارة اللبناني.

نصت على ذلك المادة 410 من القانون التجاري الجزائري، فإن وقت وجود مقابل الوفاء سوف يختلف باختلاف هذه الصور.

فإذا كانت السفتجة مستحقة الدفع لدى الاطلاع فإن ميعاد استحقاقها يحل بمجرد تقديمها إلى المسحوب عليه للوفاء، ولذلك يجب على الساحب أن يهيئ مقابل الوفاء عند تحرير السفتجة لأن المستفيد يمكن أن يقوم بتقديمها للمسحوب عليه ويطالبه بوفاء قيمتها في وقت استلامه السفتجة. أما إذا كانت السفتجة مستحقة الوفاء بعد مضي مدة معينه من الاطلاع عليها. ففي هذه الحالة لا يمكن تحديد ميعاد استحقاقها إلا إذا قام الحامل بتقديمها للمسحوب عليه للقبول حيث يتم احتساب ميعاد استحقاقها، من تاريخ القبول أو من تاريخ احتجاج عدم القبول ومن هذا الميعاد يجب على الساحب إيجاد مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه، أما إذا كانت السفتجة مستحقة الوفاء بعد مضي مدة من تاريخ إنشائها أو مستحقة الوفاء في يوم معين فيكفي أن يكون مقابل الوفاء موجودا في ميعاد استحقاقها[1]، وفي القانون الإنجليزي يعد المقابل ركنا من أركان الورقة التجارية لأن الأوراق التجارية تعد من العقود البسيطة في ذلك القانون ولذلك يجب أن تتوفر أركان العقد من تراض ومقابل ونيه لخلق رابطة قانونية[2].

وفيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق بشأن هذه المسألة فلا يوجد نص في أي من التشريعات الوطنية يعالج هذا الموضوع، وهذا يعني وجوب الرجوع إلى الآراء الفقهية السائدة بهذا الشأن.

وتدور المسألة موضع البحث حول معرفة ما إذا كان ينبغي على ساحب السفتجة أن يقدم إلى المسحوب عليه مقابل وفائها ومتى يجب عليه ذلك، وفي حال وجوب تقديم المقابل هل يكون دينا نقديا على وجه الإلزام، أم يجوز أن يكون من البضائع أو القيم الأخرى؟ كما قد يثار النزاع بشأن

---

[1] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 135.

2مجيد حميد العنبكي، مفهوم المقابل في الحوالة التجارية (السفتجة) في القانون الانجليزي، مجلة العلوم القانونية، المجلد العاشر، العدد الثاني، 1994 ، ص 271 .

الشروط اللازمة لوجود مقابل الوفاء، وما إذا كان يتعين توافره عند إصدار السند أم يكتفي بوجوده في موعد الاستحقاق؟ وفي حال النزاع حول وجود مقابل الوفاء، تثور مسألة إثبات ذلك، وعلى من يقع عبء ذلك، وهل يعتبر القبول تجاه الحامل قرينة على وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه أم لا؟

وقد اختلف الفقهاء حول تحديد القانون الواجب التطبيق في شأن هذه المسألة. ويمكن حصر هذا الخلاف في ثلاثة اتجاهات رئيسية:

-**الاتجاه الأول:** ويرى أصحابه ضرورة تطبيق قانون محل إصدار السند. استنادا إلى أن هذا القانون هو الذي يحدد التزامات الساحب ومن ثم يتعين أن يوكل إليه بيان الوسائل المتعلقة بضمان الوفاء بقيمة السند عند الاستحقاق وفي مقدمتها مسألة وجود مقابل الوفاء.

والأخذ بقانون محل الإنشاء كان محل انتقاد من عدة وجوه، فهو قانون قد يتحدد بصورة عرضية ويفضي إعماله إلى نتائج غير مقبولة من وجهة نظر العدالة حيث سيتوقف مفهوم مقابل الوفاء وشروط وجوده ومدى التزام الساحب بتقديمه-سواء عند ميعاد الاستحقاق أو قبل ذلك- على ظرف متغير ومتبدل أمر تحديده موكول إلى الساحب الذي يكون في مقدوره أن يتخير القانون الذي يحقق مصالحه على حساب المسحوب عليه[1].

-**ومقتضى الاتجاه الثاني:** أن يسري على المسألة المتعلقة بوجود مقابل الوفاء القانون الذي يسري على العقد السابق (بيعا كان أو قرضا أو فتح اعتماد) الذي أصبح بمقتضاه المسحوب عليه مدينا للساحب.

[1] Arminjon, Précis de Droit international privé commercial, op. cit. no.178.

ويعاب على هذا الرأي أنه أهمل الوظيفة الأساسية لمقابل الوفاء بوصفه من ضمانات الوفاء بقيمة الورقة ولذا ينبغي تحديد القانون الواجب التطبيق على هدي هذه الوظيفة، دون التفات إلى أية علاقات أخرى سابقة عليه[1].

-**أخيرا نجد الاتجاه الثالث:** الذي يقوم على الفصل ببين العلاقات التي تتم بين الأطراف وهو ما يستتبع الاختصاص الموزع للقانونين اللذين قال بهما الرأيان السابقان، قانون محل إنشاء السند، والقانون الذي يسري على العقد السابق.

وفي تفصيل هذا الرأي يفرق أصحاب هذا الاتجاه بين الحلات الآتية:

-في إطار العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه، يخضع مقابل الوفاء لقانون العقد السابق بين الطرفين. هذا القانون هو الذي يحدد ما إذا كان يجب على الساحب أن يقدم مقابل الوفاء ومتى، وما هي الجزاءات المترتبة على عدم قيامه بذلك، وهل يجب على المسحوب عليه الذي تلقى مقابل الوفاء لقبول السفتجة، وما هي شروط ذلك[2].

-في إطار العلاقة بين الساحب والحامل يخضع مقابل الوفاء لقانون محل إصدار السفتجة بوصفه قانون الإرادة. إذ لما كان هذا القانون هو الذي يسري بصفة عامة بالنسبة لتحديد مدى صحة التزام الساحب. فإنه هو الذي يسري كذلك بالنسبة لتقدير صحة السفتجة الصادرة بدون مقابل وفاء أو تلك التي لم يكن في نية ساحبها إصدار مقابل وفائها إلى المسحوب عليه عند الاستحقاق[3].

ويرجع أساس التمييز بين هذين الفرضين لسبب جوهري هو أن الساحب لا يمكنه أن يتمسك في مواجهة الحامل بالقانون الذي يحكم الاتفاق السابق (الذي يكون بين الساحب والمسحوب

---

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 251.

[2] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 457.

[3] رزق الله الأنطاكي، المرجع السابق، ص 484.

عليه)، إذ الفرض أن الحامل يجهل هذا القانون، فكيف يخضع لحكم قانون لا علم له به عند تلقي الورقة أو السند؟

– إذا تعلق الأمر بإثبات وجود مقابل الوفاء، فإنه يجب إعمال الاختصاص الموزع السابق ذكره، بمعنى أنه يجب تطبيق قانون العقد السابق إذا كان النزاع واقعا بين الساحب والمسحوب عليه، بينما يسري قانون محل إنشاء السفتجة إذا كان النزاع قائما بين الحامل من ناحية والساحب أو المسحوب عليه من ناحية أخرى.

–وأخيرا فيما يتعلق بشروط صحة مقابل الوفاء، فيرجع بشأنها إلى تقدير صحة الدين الذي يتكون منه مقابل الوفاء، ويطبق في هذا الصدد القانون الذي يسري على الشروط الموضوعية للعقد الذي نشأ عنه الدين. وبعد الفصل في هذه المسألة الأولية، يجب الرجوع إلى قانون محل إصدار الورقة لتقدير توافر شروط مقابل الوفاء في الدين المذكور[1].

والواقع أن ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي لا يخلو من النقد، ذلك أنه:

–ينبغي عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على مسألة وجود مقابل الوفاء عزله عن الاتفاقيات السابقة، والنظر من خلال علاقته بالسند ذاته كضمانة من ضمانات الوفاء مع ما يرتبه هذا الاعتبار من أثر يتمثل في حقيقة الارتباط الكائن بين الأمرين معا.

–كما أنه لا ينبغي تعيين القانون المختص في هذا الصدد بالارتكاز إلى معيار يتميز بأنه تحكمي وعرضي كما هو الحال بالنسبة لمكان إنشاء السند.

–كما أن هذا الرأي يبدو شديد الولاء لمذهب التعدد، بل يذهب إلى أبعد مما يقرره دعاة هذا المذهب، إذ أنه يخضع المسائل المتعلقة بأمر واحد–وهو مقابل الوفاء في السند –لأكثر من قانون،

[1] محسن شفيق، القانون التجاري المصري–الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 1160.
–إدوار عيد، المرجع السابق، ص 99.

وليس فقط إخضاع الالتزام الصرفي لأكثر من قانون. ولا يخفى ما في هذا الرأي من عيب، إذ أن من شأنه أن يرتب اختلاف الأحكام وتباين الحلول، مع أن وظيفة مقابل الوفاء محددة بأنها ضمان الوفاء بقيمة الورقة عند ميعاد الاستحقاق[1].

وفي ضوء ذلك نحن مع الرأي القائل بتطبيق قانون محل إنشاء الورقة، باعتباره الذي يتفق والروح العامة التي تهيمن على اتفاقيات جنيف. وهناك من البعض من يقول كيف نخضع المسائل المتعلقة بأمر واحد هو مقابل الوفاء في السند لأكثر من قانون مع ما قد يترتب على ذلك من اختلاف في الأحكام وتباين في الحلول مع أن وظيفة مقابل الوفاء محددة وهي ضمان الوفاء بقيمة الورقة عند ميعاد الاستحقاق. فقانون محل إصدار السند واحد لا يتعدد. ولا ينال مما نقول به أن يكون دور مقابل الوفاء في السفتجة أنه ضمانة من ضمانات الوفاء بالورقة للحامل في ميعاد الاستحقاق.

وعلى ذلك فإن قانون محل إصدار السند هو الذي يسري بشأن كافة المسائل المتعلقة بوجود مقابل الوفاء سواء في إطار العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه، أوفي علاقة الساحب والحامل. فوق ذلك فإن هذا القانون ذاته هو الذي يحكم المشكلة الخاصة بإثبات مقابل الوفاء.

فضلا عن ذلك فإن قانون محل إصدار السند هو الذي يحدد سائر المسائل المتعلقة بمكونات مقابل الوفاء وما إذا كان ينبغي أن يكون دينا نقديا معين المقدار مستحق الأداء أم أنه يجوز أن يتركب من بضائع أو قيم أخرى.

وبالنسبة لتقدير صحة الدين الذي يتكون منه مقابل الوفاء فإنه يسري القانون الذي يحكم التصرف القانوني أو الواقعة القانونية التي تولد عنها هذا الدين.

[1] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 459.

ثانيا: ملكية مقابل الوفاء

تتعدد المسائل التي تندرج تحت ملكية مقابل الوفاء، هل ينتقل مقابل الوفاء إلى المستفيد الأول ومن بعده إلى الحملة المتعاقبين على الورقة؟ وإذا كان للحامل حق خاص على مقابل الوفاء، فماهي طبيعة هذا الحق؟ هل هو حق ملكية أم مجرد حق امتياز؟ ثم ماذا لو كان دين المقابل مضمونا بتأمينات خاصة-كرهن أو امتياز-فهل تنتقل هذه التأمينات إلى الحامل؟ ثم ما هي حقوق الحامل على مقابل الوفاء عند إفلاس الساحب أو إفلاس المسحوب عليه؟ تلك المسائل لا شك أن هناك قانونا معينا يحكمها، فما هو هذا القانون؟

اختلفت الآراء وتعددت في هذا الصدد إلى أربعة آراء نتعرض لمضمونها، ثم نبدي الحل الملائم لحكم هذه المسألة في القانون الجزائري.

-الرأي الأول: تطبيق قانون محل قبول السفتجة من المسحوب عليه

من رأي البعض[1] أن القانون الواجب تطبيقه في شأن ملكية مقابل الوفاء هو قانون الدولة التي تم فيها قبول السفتجة من المسحوب عليه. ويجد هذا الرأي سنده عند القائلين به في أن قبول السفتجة يفترض وجود مقابل لدى المسحوب عليه، وهو المعنى الذي نصت عليه المادة 4/395 من القانون التجاري الجزائري بقولها: " إن القبول قرينة على وجود مقابل الوفاء.وهذا القبول حجة على ثبوت مقابل الوفاء بالنسبة للمظهرين"[2].

[1] Loussouan et Bredin, droit du commerce international, op. cit, no.471.

[2] تقابلها المادة 1/402 من القانون التجارة المصري لسنة 1999، والمادة 324 من قانون التجارة اللبناني، والمادة 140 من قانون التجارة الأردني.

ولا يمكن التسليم بهذا الرأي، فمن ناحية قد لا تكون ثمة علاقة بين قبول السند ووجود مقابل الوفاء، إذ لما كانت القرينة السابقة لا تعدو أن تكون قرينة بسيطة يجوز للمسحوب عليه إثبات عكسها، بحيث يمكن له-بالرغم من قبوله-إثبات عدم وجود مقابل الوفاء[1].

ومن ناحية أخرى فإن مقابل الوفاء الموجود في يد المسحوب عليه-سواء وجد لديه في وقت إنساء السفتجة أو في وقت انتقال ملكيتها لشخص آخر أو بعد ذلك-يكون ملكا لحامل السند ولو لم يحصل القبول من المسحوب عليه. وتبدو أهمية تملك الحامل لمقابل الوفاء، بصفة خاصة، في الفرض الذي لا يتم فيه قبول السفتجة، وذلك لأن تملك الحامل لمقابل الوفاء يزيد من فرص الوفاء بالسفتجة وييسر تداولها ويمكنها من القيام بوظيفتها كأداة وفاء وائتمان في المعاملات التجارية[2].

-الرأي الثاني: تطبيق قانون موطن المدين (المسحوب عليه)

مقتضى هذا الرأي أن يسري على المسألة الخاصة بملكية مقابل الوفاء قانون موطن المدين. على أساس أن هناك تماثلا بين حوالة الحق وانتقال مقابل الوفاء، تماثلا يقتضي إخضاعهما لقانون واحد.

وهذا الرأي غير مسلم به ومحل انتقاد، إذ أن نقطة البداية فيما تقدم من نظر ليست صحيحة. فالقياس المقال به بين حوالة الحق وانتقال مقابل الوفاء قياسا مع الفارق ونتيجته غير صحيحة. فعمل كل منهما مختلف عن الآخر. ففي حوالة الحق نلاحظ أن الحق الذي ينتقل هو نفس الحق الذي كان في ذمة المدين للمحيل، فيصبح-بعد أن تصبح الحوالة نافذة في حق المدين-في ذمة المدين للمحال له.

ولما كان الذي ينتقل هو نفس الحق فإنه ينتقل بما له من صفات وما عليه من دفوع. فإن كان حقا مدنيا أو تجاريا، انتقل بصفته هذه إلى المحال له. وإن كان حقا قابلا للتنفيذ بموجب حكم أو

---

[1] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 461.

[2] مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 250.

سند رسمي، انتقل إلى المحال له بهذه الصفة أيضا. وإن كان حقا ينتج فوائد، انتقل بقابليته لإنتاج الفوائد. وهكذا. كذلك ينتقل الحق بما عليه من دفوع، فيجوز للمدين أن يتمسك قبل المحال له بنفس الدفوع التي كان يصح له أن يتمسك بها قبل المحيل[1].

هذا وتعتبر الآلية التي تؤديها حوالة الحق مغايرة لما يؤديه مقابل الوفاء من الوجهة الصرفية. فمقابل الوفاء ليس شرطا لصحة السفتجة، وإنشاء السفتجة لا يفترض بالضرورة أن يكون الساحب دائنا للمسحوب عليه، وأنه يكفي أن يكون موجودا وحسب وقت استحقاق السفتجة. ويكون للحامل حتى هذا التاريخ، متى لم يكن ثمة قبول من المسحوب عليه، أو اتفاق على تخصيص الدين في ذمة المسحوب عليه، أن يتصرف في البضائع أو المبالغ التي يتكون منها مقابل الوفاء، كما يكون الساحب-قبل ميعاد الاستحقاق-أن يسحب عدة سفاتج على هذا المقابل[2].

خلاصة القول ألا وجه للقياس بين الأمرين والحكم الذي يجري هنالك لا يستقيم هنا.

لكن يبقى لنا أن نتساءل: هل صحيح أن قانون موطن الدين هو الذي يحكم حوالة الحق، ويكون من ثم هذا القانون هو أيضا الذي يحكم مقابل الوفاء حتى على افتراض تماثل الوضع في الحالين؟

لقد كان الرأي في الفقه التقليدي الفرنسي يذهب إلى إخضاع انتقال الدَين لقانون موطن المدين معللا ذلك بأن الدين بوصفه منقولا معنويا يخضع لقانون موقعه، وأن الأمر يقتضي تحديد موقع الدين بتركيزه تركيزا مكانيا، وأن أنسب مكان لهذا التركيز هو موطن المدين. فموقع الدين هو في موطن المدين، وهو المكان الذي يسهل فيه على الغير التعرف على مركز المال (الدين)[3].

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص529.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 256.

[3] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 411.

بينما الفقه الحديث أدرك عدم صلابة هذا القول، خاصة وأن تشبيه الحق الشخصي بالأحوال المادية والقول بأن له موقعا-كما أراد الفقه التقليدي-مجاز مخالف للحقيقة ولا محل له، إذ أن الاعتبارات التي تبرر اختصاص قانون الموقع بالنسبة للأحوال المادية -وهي اعتبارات تتعلق بالناحية الاقتصادية وبدواعي الأمن واستقرار المعاملات في الدولة -لا تستدعي تشبيه الحقوق الشخصية بالأموال المادية[1].

انطلاقا من هذا، لم يتردد الفقه الراجح في مصر وفرنسا في القول بأن قانون موطن المدين ليس له أن يحكم إلا الإجراءات اللازمة لنفاذ الحوالة، سواء في حق المدين أو الغير، بينما تخضع حوالة الحق ذاتها للقانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية بين الدائن والمدين[2].

بمعنى آخر، أن قانون موطن المدين لا يحكم كافة المسائل المتعلقة بحوالة الحق، فكيف يمكن القول-حتى مع التسليم جدلا، بالتماثل بين حوالة الحق وانتقال مقابل الوفاء من الوجهة الصرفية- بأن قانون موطن المدين (المسحوب عليه) هو الذي يحكم كافة المسائل المتعلقة بمقابل الوفاء؟

-الرأي الثالث: التطبيق الموزع لقانون محل إصدار السند وقانون موطن المسحوب عليه

يرى جانب كبير من الفقه أن الحل النموذجي هو ذلك الذي يتحقق عن طريق التطبيق الموزع لكل من قانون محل إصدار السند، وقانون موطن المسحوب عليه المدين في السند[3]. فهم يرون أن لكل من هذين القانونين ما يبرره: فقانون محل إصدار السند من ناحية أولى هو الأقدر على تحديد ما إذا كان يمكن أم لا أن يترتب على تداول السند انتقال ملكية مقابل الوفاء إلى المستفيد الأول ومن بعده إلى الحملة المتعاقبين على الورقة.

[1] هشام علي صادق، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول، المرجع السابق، ص 820.

[2] Arminjon, Précis de Droit international privé commercial, op. cit, no.204.

[3] Lescot et Roblot, les effets de commerce, Lettre de change, billets à ordre, op. cit, p.595.

وإعمال قانون موطن المدين من ناحية ثانية من شأنه أن يسمح بالوقوف على ما إذا كان القانون الذي يحكم الدين السابق-الذي تم على أساس منه مقابل الوفاء-يقر أم لا انتقال مقابل الوفاء وفقا لهذه الشروط.

وهذا الرأي انتقد، فهو يذهب بنطاق مذهب التعدد إلى أبعد الحدود، حيث نرى هنا تعددا في القوانين الواجبة التطبيق بالنسبة لمسألة ملكية مقابل الوفاء في السفتجة مع ما يترتب على ذلك من تثاقل في انتقال الورقة حيث يتعين على الحامل-للوقوف على حقه-أن يبحث في هذين القانونين. وما يعيق تداول الورقة التجارية -فيجردها من أهم خصائصها-هو أن حامل الورقة سيجد صعوبات بالغة لكي يمكنه الوقوف على قواعد القانون الواجبة التطبيق والتي تتحدد حقوقه بمقتضاها.

وإثر الانتقادات الموجهة لهذا الرأي، قد سلم أصحابه بتلك الحقيقة مؤكدين أن ما يقولون به ليس بالأمر العملي[1].

الرأي الرابع: تطبيق قانون محل إصدار السند

وأخيرا يرى جانب كبير من الفقه أن قانون محل إصدار السند هو وحده الذي يحكم مقابل الوفاء. وأساس ذلك هو أن مسألة انتقال ملكية مقابل الوفاء لا تعدو أن تكون أثرا من آثار نشوء السند ذاته، ولما كانت آثار السند، أو أي تصرف آخر، يحكمها قانون محل نشوء السند أو قانون محل إجراء التصرف، فمن اللازم إخضاع المسائل المتعلقة بمقابل الوفاء لقانون محل إصدار السند[2].

وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها حيث قررت أن "انتقال ملكية مقابل وفاء السفتجة لا يمكن تحديده إلا وفقا لأحكام القانون الذي في كنفه تم إصدار هذه الورقة".

---

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 258.

[2] محسن شفيق، المرجع السابق، ص 1233

ويترتب على ذلك أنه متى "تعين القانون الذي يحكم مسألة ملكية مقابل الوفاء، وجب الفصل فيها وفقا لأحكامه ولو ظُهَرت الورقة في دولة تقضي قوانينها بحل عكسي. فإذا خلصوا لترجيح الرأي القائل بتطبيق قانون محل الإصدار وكان هذا القانون يقضي مثلا بانتقال ملكية المقابل إلى الحامل، وجب الاعتراف لهذا الأخير ولو ظهَرت الورقة في دولة لا تقر قوانينها للحامل حقا على مقابل الوفاء. وعلى العكس، إذا كان قانون محل الإصدار لا يُملَك مقابل الوفاء، وجب حرمانه من هذه الملكية ولو ظهَرت الورقة في دولة تعترف قوانينها للحامل بهذه الملكية[1].

الحل الذي يرجح الأخذ به في القانون الجزائري:

ينبغي أن يتميز القانون الذي يحكم ملكية مقابل الوفاء بالخصائص الآتية:

1-أن يكون في مقدور كل من الحامل والمسحوب عليه التعرف عليه بيسر وسهولة حتى يتسنى لكل منهم معرفة ما له من حق على مقابل الوفاء.

2-أن يأخذ هذا القانون في الحسبان الصفة الفذة التي يتميز بها مقابل الوفاء في كونه من ضمانات الوفاء بقيمة السفتجة في ميعاد الاستحقاق

3-أن يكون هذا القانون واحدا. فاجتماع الالتزامات الصرفية على محل واحد-هو الدين الثابت في الورقة-يقتضي وحدة القانون الذي يسري على أحكام الوفاء به. فقد يؤدي تعدد القوانين في هذا المجال إلى تعقيد غير مرغوب فيه[2].

وقبل أن نعرض للقانون الذي يمكنه أن يجمع هذه الخصائص، نشير إلى أن تحديد القانون الذي يحكم هذه المسألة من الأمور التي نوقشت باستفاضة من قبل مندوبي الدول المشتركة في مؤتمر

---

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 259.

[2] محسن شفيق، القانون التجاري المصري-الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 1157 وما بعدها.

-هشام صادق، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول، المرجع السابق، ص 839. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع نفسه، ص 260.

جنيف. وقد كان الصراع حادا بين قانونين: قانون محل إصدار السند، وقانون محل الوفاء. وقد كانت الغلبة في نهاية المطاف للقانون الأول فجاءت المادة 6 من الاتفاقية الخاصة بالسفتجة والسند لأمر لسنة 1930 بقولها: "يعين قانون محل إنشاء السفتجة ما إذا كان حامل الورقة يتملك الحق الذي كان سببا لإصدار هذا السند". وهذا الحل في رأينا هو الكفيل حقا بتحقيق وحدة القانون المطبق، والذي يمكن الوقوف عليه بيسر وسهولة من قبل الأطراف.

وعليه، فإننا نرى أن قانون الدولة التي تم فيها إصدار السفتجة هو الذي يسري في شأن المسألة الخاصة بانتقال ملكية مقابل الوفاء. ويطبق القاضي جزائري هذا الحل استنادا إلى نص المادة 23 مكرر2 من القانون المدني الجزائري باعتباره يمثل مبدأ عاما من مبادئ القانون الدولي الخاص، نظرا لعدم ملاءمة المادة 1/18 مدني في هذا الصدد.

غير أن هذا الحل لم يرق للبعض[1]، مفضلين-لأسباب عملية وأخرى قانونية-قانون محل الوفاء بقيمة السفتجة.

فمن الناحية العملية، هناك اعتبارات متعلقة بمصلحة المسحوب عليه في السفتجة، أبرزها أنه لا يستطيع أن يعرف حكم القانون في كافة الدول التي يمكن فيها سحب سندات عليه هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإنه لما كان مقابل الوفاء من ضمانات الوفاء، فمن مصلحة الحامل دوما الرجوع إلى قانون محل الوفاء بقيمة السند، ويكون من الصعب إلزامه بالرجوع أيضا إلى قانون محل نشوء السند.

ومن الناحية القانونية، فإن غاية الحامل في نهاية الأمر هي أن تتم عملية الوفاء بقيمة الورقة، وهذه الغاية تبرر إخضاع مسألة انتقال ملكية مقابل الوفاء لقانون محل الوفاء.

---

[1] عائدة محمد نعيم شكري العامودي، المرجع السابق، ص 155.
-سمير جبر دويكات، المرجع السابق، 87.

ونحن من جانبنا لا نسلم بهذا الرأي باعتبار أنه وإن كان قانون محل الوفاء هو الأصل في التطبيق على المنازعات المتعلقة بوفاء قيمة السند التجاري، إلا أن هذا المبدأ السائد لا يطبق على إطلاقه في جميع المسائل المتعلقة بالوفاء، لاسيما فيما يتعلق بضمانات الوفاء. كما أنه وعلى اعتبار أن مسألة ملكية مقابل الوفاء لا تعدو أن تكون أثرا من آثار نشوء السند ذاته، ولما كانت آثار السند يحكمها قانون محل نشوئه، فمن اللازم إخضاع المسألة المتعلقة بمقابل الوفاء لقانون محل إصدار السند.

الفرع الثاني:

مقابل الوفاء في الشيك

عرف الفقه مقابل الوفاء في الشيك بأنه: "دين يتمثل في مبلغ معين من النقود يستطيع الساحب أن يسحب منه لشخصه أو لغيره متى أراد بموجب شيكات يسحبها بناء على الاتفاق الصريح أو الضمني بينه وبين المسحوب عليه"[1].

وعرف آخرون مقابل وفاء الشيك بأنه: "الدين الذي للساحب على المسحوب عليه والذي يبرر الأمر الصادر من الأول إلى الثاني وتظهر أهميته بالنسبة لحامل الشيك في كونه محقق الوجود وواجب الاداء فوراً ونقدا "[2].

وتحديد القانون الذي يحكم حق الحامل على مقابل الوفاء في الشيك من المسائل الهامة في القانون الدولي الخاص. نبحث في وضع المسألة في اتفاقية جنيف الخاصة ببعض مسائل نازع القوانين في نسائل الشيك 1931 ثم نتطرق للحل الملائم في القانون الجزائري.

---

1 فوزي محمد سامي، مقابل الوفاء في السفتجة، مجلة القانون المقارن، العدد 4و5، بغداد، 1972، ص 141.

[2] زهير عباس كريم، المرجع السابق، ص22.

البند الأول: وضع المسألة في اتفاقية جنيف 1931

نقاشات صاخبة دارت بين المؤتمرين في جنيف سنة 193 بقصد إرساء حل يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق على حق الحامل على مقابل الوفاء في الشيك. انتهت إلى صياغة الحكم النهائي.

حيث نصت المادة 6/7 من الاتفاقية لينة 1931 على أن: "قانون الدولة التي يكون الشيك مستحق الوفاء فيها هو الذي يحدد حقوق الحامل على مقابل الوفاء وهو الذي يبين طبيعة هذه الحقوق". فضلا عن ذلك فإن قانون محل الوفاء هو الذي يسري في خصوص المسائل الآتية:

-بيان ما إذا كان من اللازم أن يكون الشيك مستحق الوفاء لدى الاطلاع أو من الجائز أن يكون مستحق الوفاء بعد مدة معينة من الاطلاع.

-تحديد ما إذا كان من حق الساحب إلغاء الشيك أو المعارضة في وفائه.

هذا و لم تتطرق الاتفاقية لشروط صحة مقابل الوفاء وإثبات وجوده الأمر الذي يجب معه الرجوع إلى القواعد العامة في التنازع[1].

البند الثاني: وضع المسألة في القانون الجزائري

بعدما رأينا ما خلص إليه المؤتمرون في اتفاقية جنيف 1931 بشأن مقابل الوفاء في الشيك. نتساءل عن الحل الذي يأخذ به القانون الجزائري؟ هل يسري بشأن حقوق الحامل على مقابل الوفاء قانون محل إصدار السند، أم قانون محل الوفاء به أم قانون آخر غير هذا وذاك؟

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 263.

ذهب جانب من الفقه المصري إلى إخضاع هذه المسألة لقانون محل إنشاء السند[1]. ونرى مع غيرنا[2] أن هذا الرأي لا يمكن قبوله، ونفضل إعمال قانون محل الوفاء بقيمة الشيك في هذا الصدد لاعتبارات عملية وأخرى قانونية.

أولا: الاعتبارات العملية

من الاعتبارات العملية التي تقتضي تطبيق قانون دولة محل الوفاء بقيمة الشيك ما يلي:

1-يمثل قانون محل الوفاء في الشيك مركز الثقل في الورقة التجارية. فهو يتميز عن قانون محل الإبرام كون الأخير قد يقع بصفة عرضية، أو يتم بصورة تحكمية من قبل الساحب. فقانون محل الوفاء يمكن تحديده بطريقة مؤكدة ويقينية.

2-إن المسحوب عليه، في الشيك هو في العادة مصرف أو مؤسسة تقوم بالأعمال المصرفية، يجب أن يقوم بالوفاء بالشيك الذي يقدم إليه من قبل الحامل بمجرد الاطلاع.

وفي هذه الحالة يكون من السهل على الجهة المصرفية، الرجوع إلى قانون الدولة التي توجد بها، للتعرف على حقوق الحامل على مقابل الوفاء، وتحديد ما إذا كان من شأن إفلاس الساحب مثلا أن يؤثر على حق الحامل، كما عليه الحال في القانون الأمريكي، أم لا.

وبالتالي إذا قام المسحوب عليه بالوفاء، وفقا لقانون هذه الدولة، فإنه يكون قد نفذ التزامه.

وبالمقابل فإن القول بإلزام البنك في هذه الحالة بالرجوع إلى قانون محل الإصدار، فيه إرهاق شديد للمسحوب عليه، إذ يتوجب عليه أن يعرف قوانين مختلف التشريعات التي من المتصور أن يتم سحب فيها شيكات عليها، فيجب عليه قبل الوفاء أن يعرف مثلا ما إذا كان قانون هذه

---

[1] محسن شفيق، القانون التجاري المصري-الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص 1159.

-هشام صادق، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول، المرجع السابق، ص 843.

[2] عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، المرجع السابق، ص 446.

الدولة أو تلك يقر أم لا بحق الحامل على مقابل الوفاء[1]. ومن شأن ذلك أن يعرقل عملية تداول الشيك الذي يفترض فيه أنه سند واجب الدفع بمجرد الإطلاع.

ثانيا: الاعتبارات القانونية

إضافة للاعتبارات العملية ثمة اعتبارات قانونية تقتضي إعمال قانون دولة محل الوفاء بالشيك وهي:

1-باعتبار مقابل الوفاء دين في ذمة المسحوب عليه. فإنه لذلك كان حق الحامل على مقابل الوفاء هو حق دائنية يحكمه ذات القانون الذي يحكم حوالة الحق. لكن ما هو هذا القانون.

يقول الفقه التقليدي أنه قانون موطن المدين المسحوب عليه، أي قانون محل الوفاء. وأساس ذلك-لديهم-أن تركيز العلاقات بين الدائن والمدين يتحقق بوضوح في موطن المدين.

2-الاتجاه نحو إخضاع الشيك كوسيلة أو كأدة للوفاء إلى قانون مكان الوفاء. ففي هذا المكان يتحقق وجود الحق وتتخذ الإجراءات التحفظية والتنفيذية بشأنه[2].

استنادا للاعتبارات العملية والقانونية، ينبغي إعمال قانون محل الوفاء لتحديد حقوق الحامل على مقابل الوفاء. فعلى القاضي الجزائري تطبيق هذا الحل ملتمسا في نص المادة 23 مكرر2 ق.م.ج سندا قانونيا. فبمقتضى هذه المادة يكون على القاضي-فيما لم يرد بشأنه نص تشريعي لحكم المسألة المعروضة عليه-أن يرجع لمبادئ القانون الدولي الخاص، أي تلك المبادئ العامة المشتركة في القانون الدولي الخاص عند غالبية النظم القانونية.

[1] نايف عبد العال، المرجع السابق، ص 472.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 265.

الفصل الثاني:

القانون الواجب التطبيق على تنفيذ الالتزامات الصرفية

بعدما رأينا تباين كبير لدى الفقه والقضاء بشأن القانون الذي يحكم نشأة السند التجاري وآثار الالتزام الصرفي. إلا أن الأمر يختلف تماما فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم مسائل الوفاء بقيمة السند التجاري، إذ يكاد يجمع الفقه والقضاء على ضرورة إخضاع هذه المسائل لقانون واحد. وإذا كان الخلاف لم يزل قائما حول ماهية هذا القانون، فإنه خلاف بسيط ويكاد يحسم لصالح تطبيق قانون الدولة التي تكون الورقة مستحقة الوفاء فيها. فالقضاء الفرنسي كرس هذا المبدأ منذ زمن بعيد، واستقرت أحكامه على "أن كل ما يتعلق بوفاء الأوراق التجارية يسري بشأنه قانون الدولة التي تكون فيها الورقة واجبة الدفع"[1].

ويسلم الفقه بهذا الحل، بل إن أنصار مذهب التعدد أنفسهم لم يستطيعوا مسايرة منطقهم إلى نهايته، فذهبوا-وهم بصدد مسائل الوفاء-إلى ضرورة تطبيق قانون واحد في هذا الشأن، استنادا لما تفرضه طبيعة مسائل الوفاء. فأنصار مذهب التعدد يرون وإن كان من المقبول أن تتعدد القوانين التي تسري على آثار التزامات الموقعين على الورقة الواحدة، فإن اجتماع هذه الالتزامات على محل واحد-هو الدين الثابت في السند-يقتضي وحدة القانون الذي يسري على أحكام الوفاء به، إذ يؤدي تعدد القوانين في هذا المجال إلى تعقيد غير مرغوب فيه، ومتى تقرر إسناد أحكام الوفاء إلى قانون واحد، فلا مناص من الاختيار بين قانون محل إصدار السند وقانون محل الوفاء. ولا شك أن هذا القانون الأخير أكثر القوانين ملاءمة لأحكام الوفاء وفقا لرأي الفقه الراجح[2] ورأينا من رأي الفقه القائل بعدم ملاءمة الحكم المتضمن في المادة 1/18 من القانون المدني الجزائري التي تقابلها

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 274.

[2] محسن شفيق، القانون التجاري المصري-الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 1157.

المادة 1/19 من القانون المدني المصري. وأنه يتعين استخلاص الحلول الواجب تطبيقها بشأن مسائل الوفاء بالالتزام الصرفي من المبادئ السائدة في فقه القانون الدولي الخاص.

على هذا الأساس سنتناول دراسة هذا الموضوع في مبحثين، نتطرق في المبحث الأول للقانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بالوفاء بالسند التجاري المتصلة بكل من الحامل والمسحوب عليه، أما المبحث الثاني نحدد من خلاله القانون الواجب التطبيق على الرجوع والتقادم الصرفي.

المبحث الأول:

القانون الواجب التطبيق على مسائل الوفاء المتصلة بكل من حامل السند والمسحوب عليه

لدراسة المسائل المتعلقة بالوفاء يقتضي منا الأمر التكلم عن الوفاء من وجهة نظر الحامل فنعالج حقوق الحامل والتزاماته في الاستحقاق (المطلب الأول)، ثم نتصدى للوفاء من وجهة نظر المسحوب عليه (أو محرر السند لأمر) (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

القانون الذي يحكم حقوق والتزامات حامل السند التجاري

إن الحديث عن الوفاء بقيمة السند التجاري من زاوية نظر الحامل، يقتضي منا الحديث عن كل من مسألة الاستحقاق من جهة ومسألة تقديم السند للوفاء من جهة أخرى، كما يقتضي التعرض للوفاء في حالة ضياع السند أو سرقته، وذلك بإبراز موقف اتفاقيتي جنيف 1930-1931 وموقف الفقه والقانون المقارن من ذلك وكذا ابراز الحل الذي نرجحه في القانون الجزائري.

الفرع الأول:

القانون الواجب التطبيق على الاستحقاق

لتحديد ميعاد الاستحقاق أهمية بالغة من وجوه متعددة: فهو الذي يلزم فيه الحامل بتقديم السفتجة إلى المسحوب عليه للوفاء، وهو الذي يبدأ منه سريان مواعيد الرجوع على الموقعين في حالة عدم الوفاء، وسريان مدة تقادم الدعاوى الناشئة عن السند، وسريان الفوائد القانونية لمصلحة الحامل الذي لم يحصل على الوفاء[1].

على هذا الأساس يعتبر تعيين ميعاد الاستحقاق من البيانات الالزامية[2] والسفتجة الخالية من تاريخ الاستحقاق، فإنها لا تكون باطلة وإنما تعتبر سفتجة مستحقة الأداء لدى الاطلاع[3]، ويتحدد ميعاد الاستحقاق في السفتجة بأربع طرق، لدى الاطلاع وبعد مضي مدة معينة على الاطلاع، وبعد مدة معينة من تاريخ إنشائها، وفي يوم معين[4].

---

[1] عبد الحميد الشواربي، الأوراق التجارية (الكمبيالة، السند لأمر، الشيك)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ب.س.ن، ص283.

[2] نصت المادة 390 قانون تجاري جزائري على أنه: "تشمل السفتجة على البيانات التالية: 4-تاريخ الاستحقاق."

[3] نصت المادة 2/390 ق.ت.ج على أنه: "إن السفتجة الخالية من بيان تاريخ الاستحقاق، تكون مستحقة الأداء لدى الاطلاع عليها."

[4] نصت المادة 410 ق.ت.ج على أنه: "يمكن سحب السفتجة:

-لدى الاطلاع،

-أو لأجل معين لدى الاطلاع،

-أو لأجل معين التاريخ،

-أو ليوم واحد."

ولتحديد القانون الواجب التطبيق على الاستحقاق سيتم التطرق في (**البند الأول**) لتحديد هذا القانون وفق أحكام اتفاقية جنيف، والتطرق في (**البند الثاني**) لتحديد هذا القانون وفق أحكام القانون الجزائري والمقارن.

البند الأول: القانون الواجب التطبيق على الاستحقاق وفق أحكام اتفاقية جنيف

لم يتم التطرق في اتفاقية جنيف لسنة 1930 والخاصة بالسفتجة والسند لأمر، لهذه المسألة فلم يتم التصدي لبيان القانون الذي يحكم كيفية تحديد ميعاد الاستحقاق. غير أنه في المقابل نجد أن اتفاقية جنيف 1931 الخاصة بالشيك تقرر فيها أن قانون محل الوفاء بالشيك هو الذي يحدد ما إذا كان من اللازم أن يكون الشيك مستحق الوفاء لدى الاطلاع أو من الجائز أن يكون مستحق الوفاء بعد مدة من الاطلاع، وكذلك آثار تأخير تاريخ تقديم السند للاطلاع عليه.

البند الثاني: القانون الواجب التطبيق على الاستحقاق وفق أحكام القانون الجزائري والمقارن

إن التنازع بين القوانين بشأن الاستحقاق وارد الحدوث بكثرة في الفرض الذي تكون فيه الأوراق مستحقة الوفاء بعدة مدة من التحرير أو الاطلاع، وذلك نظرا لتباين التشريعات فيما بينها في كيفية تحديد ميعاد الاستحقاق بخصوص هذه المسألة.

إن الفقه-لأسباب عملية لا سبيل لإنكارها-يتفق على وجوب تطبيق قانون واحد بالنسبة لجميع الملتزمين في السند التجاري لتحديد ميعاد الاستحقاق[1]، إذ لما كان الاستحقاق واحدا فإنه من اللازم أن يكون القانون الذي يحكمه واحدا أيضا. إلا أن الفقه اختلف في تحديد هذا القانون الواحد، هل هو قانون محل إصدار أو إنشاء السند أم قانون محل الوفاء بالسند وذلك على النحو الآتي:

[1] Lescot et Roblot, op.cit.No1088.
-Arminjon, op.cit.N 185.

أولا: هناك من يرى تطبيق قانون محل إنشاء السند التجاري باعتباره القانون الواجب التطبيق على المسألة الخاصة بتحديد ميعاد الاستحقاق، وذلك بحجة أن كل من الساحب (والمحرر في السند لأمر) والمستفيد قد قبلا بهذا القانون لتحديد تاريخ الاستحقاق. ويطبق قانون محل إنشاء السند في هذه الحالة باعتباره قانون الإرادة.

إلا أن هذا الرأي منتقد لأنه يضفي على البيان الخاص بتاريخ الاستحقاق وصفا ليس له حين يعتبره من قبيل الشروط الموضوعية. والصحيح أن يتم النظر إلى تاريخ الاستحقاق على أنه من البيانات الشكلية التي يحكمها قانون محل نشوء السند بوصفه قانون محل الإبرام، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن هذا الرأي يؤدي للخلط بين مسألتين مختلفتين تتمثلان في تاريخ الاستحقاق والاستحقاق في حد ذاته[1].

ثانيا: هناك من يرى إخضاع المسألة المتعلقة بتحديد ميعاد الاستحقاق لقانون محل الوفاء[2]. ويستند هذا الرأي عند القائلين به بحجة ذات طابع عملي تتلخص في سهولة الوقوف على هذا القانون الذي غالبا ما يكون هو موطن المدين أي المسحوب عليه، الذي يكون من الميسور عليه الامتثال له. أما الحجة الثانية فهي تتمثل في الصلة الوطيدة بين مسألة الاستحقاق وتنفيذ المسحوب عليه لالتزامه الصرفي.

---

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 280.

[2]. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع نفسه، الهامش رقم 416، ص 278.

-مع المقارنة بالمادة 1/37و2 من قانون جنيف الموحد، وهي المادة التي أخذ بحكمها كثير من التشريعات.

ونجد أن هذا الاتجاه تؤيده النصوص التشريعية[1]، ومنها المادة 413 من القانون التجاري الجزائري والتي نصت على أنه:" إذا كانت السفتجة مسحوبة لدفعها في يوم محدد في بلد يمكن أن يختلف تقويمه عن تقويم مكان إصدارها فإن تاريخ الاستحقاق يعتبر معينا وفقا لتقويم مكان الوفاء.

وإذا كانت السفتجة مسحوبة بين بلدين مختلفي التقويم لدفعها في أجل ما من تاريخ معين فإن يوم إصدارها يرجع إلى اليوم المقابل له في تقديم مكان الوفاء، ويحدد تاريخ الاستحقاق وفقا لذلك."[2]

ثالثا: هناك من يذهب-الفقه الغالب الحديث[3]-إلى التوفيق بين القانونين، قانون محل إصدار السند وقانون محل الوفاء بقيمته. بحيث يتم تطبيق قانون محل إنشاء السند أولا ليحكم المسائل المتعلقة بالشكل بوصفه قانون محل الإبرام، فيحدد هذا القانون ما إذا كان ذكر بيان تاريخ الاستحقاق لازما أم لا، وكذلك الكيفية التي يمكن أن يتم بها تحرير هذا البيان. كما يطبق أيضا هذا القانون بوصفه قانون الإرادة، ليحدد مثلا طرق الاستحقاق التي يمكن أن يدرجها الساحب، كما يقرر الحل الواجب إتباعه عند عدم تعيين ميعاد الاستحقاق، أي هل تصبح بذلك الورقة معيبة أم تصبح مستحقة الدفع بمجرد الاطلاع.

---

[1] فقد نصت الفقرة 5 من المادة 72 من قانون السفاتج الإنجليزي لسنة 1882 على أنها تخضع لقانون البلد المستحقة فيها إذا ما سحبت في بلد وكانت مستحقة في بلد آخر. وفي نفس السياق نصت على ذلك المادة 103 من قانون السفاتج الكندي والمادة 72 من قانون الأوراق التجارية النيجيري.

-كما نصت المادة 6 من الاتفاقية الأمريكية الداخلية الخاصة ببعض حالات التنازع بشأن الأوراق التجارية لسنة 1975 فإنها تخضع لقانون محل الابرام، لكن حسب المادة 5 من نفس الاتفاقية نجدها تنص على أنه إذا تعذر الوصول إلى قانون محل الابرام لتطبيقه على المسائل السابقة يطبق قانون محل الوفاء.

[2] وقد نصت الفقرة الرابعة من المادة 413 السابقة الذكر على استثناء لما جاء في الفقرتين الأولى والثانية منها وتتمثل في: " على أن هذه القواعد لا تطبق إذا اشتمل نص السفتجة على شرط أو مجرد بيانات تفيد أن النية معقودة على اتباع قواعد مخالفة." أي يبقى الجانب الاتفاقي وإرادة الأطراف هي الغالبة في الأمر.

[3] Lescot et Roblot, les effets de commerce, Lettre de change billets à Ordre, op.cit.p. 598.
-Arminjon, Précis de Droit international privé commercial. Op.cit. p. 348.

ويتم تطبيق قانون محل الوفاء لبيان الحل الواجب اتباعه إذا وافق يوم الاستحقاق عطلة رسمية، وهل يجوز منح المسحوب عليه مهلة قضائية للدفع أم لا.

إن هذا التوفيق بين القانونين وإن كان في الواقع مقبولا من الناحية النظرية، إلا أنه في الجانب العملي ونظرا للطبيعة الخاصة التي تتمتع بها الأوراق التجارية فإنه أمر يصعب على التعاملين به تطبيقه، وبالتالي من الأحسن تلافيه[1].

انطلاقا من هذا نرى أنه وباعتبار البيان المتعلق بميعاد الاستحقاق من البيانات الشكلية فإنه يتم إخضاعه للقانون الذي يحكم الشكل، أي تطبيق قانون محل إبرام السند الذي نصت عليه في مصر المادة 387 من القانون التجاري المصري الجديد وتقابلها المادة 410 من مشروع قانون التجارة الفلسطيني ...إلخ. وبما أنه لا يوجد نص خاص في القانون الجزائري يحدد القانون الذي يحكم شكل الالتزامات الصرفية فإنه وكما سبق الإشارة له سابقا يتم الاستناد لحكم القواعد العامة في القانون المدني الجزائري أي المادة 19 منه.

وعليه، وحسب ما ذهب إليه الفقه[2] فإن قانون محل نشوء السند هو الذي يحدد ما إذا كان ذكر بيان ميعاد الاستحقاق، لازما أم لا، وما إذا كان من الجائز أم لا تعيين ميعاد الاستحقاق بيوم عيد أو يوم عطلة، وما إذا كان من الجائز ربط تعيين ميعاد الاستحقاق بحدوث واقعة محققة الوقوع-كما يتطلب ذلك القانون الإنجليزي مثلا-وإن كان تاريخ وقوعها غير معلوم.

وفيما عدا هذا الجانب الذي يحكمه قانون محل نشوء السند يتم إخضاع سائر المسائل الأخرى لقانون محل الوفاء، فهذا القانون هو الذي يحدد اليوم الذي يجب فيه الوفاء فعلا إذا صادف وكان التاريخ المذكور في السند موافقا يوم عطلة رسمية، وهل يكون الوفاء في اليوم السابق على العطلة أم في اليوم التالي لانتهاء العطلة. ويسري أيضا هذا القانون بالنسبة لكيفية حساب ميعاد الاستحقاق

---

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في لأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 279.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع نفسه، ص 280.

فيقرر مثلا كيفية حساب الشهور والأسابيع، والتقويم الواجب اعتماده، وساعات العمل التي تجوز فيها المطالبة بالوفاء، وأيام العطل الرسمية وأيام العمل[1].

في الأخير وبالنسبة لموقف التشريع الجزائري من مسألة ميعاد الاستحقاق، فإنه لم يتم إدراج نص خاص يحدد القانون الذي يحكم الاستحقاق، إلا أنه بالرجوع للقواعد العامة في القانون التجاري كما سبق الإشارة له سابقا فإن المادة 413 من القانون التجاري أخضعت تاريخ الاستحقاق المختلف فيه لقانون مكان الوفاء. أما فيما يتعلق بالمسائل الأخرى المتعلقة بالاستحقاق فإنه من الأجدر الرجوع في ذلك للمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تحديد القانون الذي يحكمها ولما لا صياغة نص خاص يحدد القانون الواجب التطبيق على الاستحقاق وذلك حسب المادة 23 مكرر2 ق.م.ج.

الفرع الثاني:

القانون الواجب التطبيق على تقديم السند التجاري للوفاء

للوفاء أهمية بالغة في نطاق السندات التجارية، وتحديد القانون الذي يحكم تقديم السند أو الورقة للوفاء من الأمور المهمة، فهذا القانون يسري على مجموع من المسائل، فهو يحدد من له صفة تقديم السند للوفاء، ويحدد المكان الذي يجب أن يتم التقديم فيه، كما يحدد لنا مواعيد تقديم السندات المستحقة الوفاء لدى الاطلاع، ومواعيد الأوراق أو السندات المستحقة الوفاء بعد مدة من الاطلاع للقبول أو التأشير بالاطلاع الذي يحدد ميعاد الاستحقاق، ويحدد ما إذا كان يمكن للساحب أو لأحد المظهرين تقصير المواعيد القانونية أو إطالتها في الحالات التي يختلف فيها مكان الإصدار عن مكان الوفاء، بيان أيضا ما إذا كان التقديم اختياريا أم اجباريا، كما يحدد أخيرا النتائج المترتبة على عدم تقديم السند وذلك في مواجهة المسحوب عليه القابل، والإجراءات التي يستطيع المدين اتخاذها لإبراء ذمته عند عدم تقديم الورقة للوفاء في المواعيد المحددة.

[1] محسن شفيق، القانون التجاري المصري الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 1162.

على إثر ذلك سيتم التطرق لتحديد القانون الواجب التطبيق في هذا الموضوع وفق لأحكام اتفاقية جنيف 1930-1931 (**البند الأول**)، والتطرق لتحديد القانون الواجب التطبيق على تقديم السند للوفاء وفق أحكام القانون الجزائري والمقارن (**البند الثاني**).

البند الأول: القانون الواجب التطبيق على تقديم السند التجاري للوفاء وفق أحكام اتفاقيتي جنيف

لم يتم التطرق بشكل خاص لمسألة القانون الذي يحكم تقديم السند التجاري للوفاء في أي من اتفاقيتي جنيف 1930-1931، إلا أن الاتجاه الراجح في الفقه[1] يرى أن إعمال نص المادة 8 من كل من الاتفاقيتين المذكورتين سيحسم المسألة والتي جاءت على النحو الآتي:" شكل الاحتجاج ومواعيد عمله وكذا شكل الأعمال الضرورية لممارسة الحقوق أو لحفظها في مسائل السفتجة والسند لأمر والشيك تخضع لقانون الدولة التي يجب فيها عمل الاحتجاج أو التي يُتخذ فيها الإجراء المشار إليه."[2]

حسب ما هو وارد في هذا النص، فإن موضوع تقديم الورقة التجارية للوفاء يخضع لقانون الدولة التي يتم فيها الإجراء القانوني وذلك على أساس أن هذا الموضوع يندرج ضمن الأعمال الضرورية للحفاظ على الحقوق التي تتحدث عنها المادة 8 المذكورة، غير أنه يخرج من عداد هذه المسائل النتائج المترتبة على عدم تقديم السند التجاري في مواجهة المسحوب عليه القابل (أو المحرر في السند لأمر) وتخضع لقانون محل الوفاء.

والملاحظ أن اتفاقية جنيف من خلال هذا النص لم تتكلم إلا عن شكل هذه الأعمال، بالاستناد كما ذكرنا سابقا-مع عدم إنكارنا لذلك-على أن عملية تقديم السند للوفاء تدخل

[1] Lescot et Roblot, op.cit.No.1099.

[2] إن نص المادة السادسة من الاتفاقية الأمريكية ينسجم مع نص المادة 8 من اتفاقيتي جنيف السالفة الذكر.

ضمن الأعمال الضرورية لحفظ الحقوق، غير أنه لا يمكن التسليم بأن كل ما يتعلق بتقديم الورقة التجارية يعتبر من الأمور الشكلية.

وبالتالي فإن مسألة الفصل بين الشكل والموضوع فيما يتعلق بتقديم السند التجاري للوفاء، ومن ثم تحديد القانون الذي يحكمها هو أمر غير مجدي، وذلك لسبب بسيط هو أن المكان الذي يتم فيه تقديم السند للوفاء هو في الغالب المكان الذي يجب فيه الوفاء ذاته، فيتطابق الأمران ويكون القانون واحدا[1].

البند الثاني: القانون الواجب التطبيق على تقديم السند التجاري للوفاء وفق أحكام القانون الجزائري والمقارن

في ظل غياب النصوص القانونية الخاصة لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بالسندات التجارية في القانون الجزائري، لابد من الرجوع إلى رأي الفقه لإيجاد حل لهذه المسألة.

يرى أغلب فقهاء القانون الدولي الخاص في الوطن العربي، أن قانون محل وفاء الورقة التجارية هو الواجب التطبيق بهذا الشأن، وهذا الاتجاه يجد دعما في نصوص الاتفاقيات الدولية المشار إليها وتشريعات الدول التي تناولت هذا الموضوع[2].

وقد نص المشرع الجزائري على غرار نظيره المصري والعراقي واللبناني...، على مواعيد خاصة لتقديم السند والسندات المحررة خارج الجزائر والمستحقة الوفاء فيها متى كانت هذه السندات مستحقة الدفع لدى الاطلاع أو بعد مدة من الاطلاع. نصت على هذه المواعيد المادة 501 من

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص282-283.

[2] نصت المادة 2/73 من قانون السفاتج الإنجليزي لسنة 1882 على أنه:" من واجبات حامل السفتجة فيما يتعلق بعرضها على القبول أو الوفاء...تحدد على أساس قانون دولة المكان الذي تم فيه التصرف القانوني أو العرض على القبول أو الوفاء". وقد جاء نص المادة 161 من قانون السفاتج الكندي في نفس سياق النص الإنجليزي.

القانون التجاري الجزائري بأنه: "يجب تقديم صك صادر وقابل للدفع في الجزائر للدفع ضمن عشرين يوما.

أما الصك الصادر خارج الجزائر والقابل للدفع فيها فيجب تقديمه إما في مدة ثلاثين يوما إذا كان الصك صادرا في أوروبا أو من أحد البلدان المطلة على البحر الأبيض المتوسط، وإما في مدة سبعين يوما إذا كان الصك صادرا في أي بلد آخر، مع مراعاة الاحكام المتعلقة بتنظيم الصرف.

وتسري الآجال المذكورة أعلاه من اليوم المعين في الشيك كتاريخ لإصداره."

من هنا فإن قانون محل الوفاء بقيمة السند التجاري هو الذي يسري بشأن المسائل الآتية: تحديد من له صفة في تقديم السند للوفاء، والمكان الذي يجب أن يتم فيه التقديم، ومواعيد تقديم الأوراق المستحقة الوفاء لدى الاطلاع للدفع، ومواعيد تقديم الأوراق المستحقة الوفاء بعد مدة من الاطلاع للقبول أو التأشير بالاطلاع الذي يحدد ميعاد الاستحقاق، وما إذا كان يمكن للساحب أو لأحد المظهرين تقصير المواعيد القانونية أو إطالتها في الحالات التي يختلف فيها مكان إصدار السند عن مكان الوفاء، وبيان ما إذا كان التقديم اختياريا.

كما يحدد النتائج المترتبة على عدم تقديم السند في مواجهة المسحوب عليه القابل، والإجراءات التي يستطيع المدين اتخاذها لإبراء ذمته عند عدم تقديم الورقة للوفاء في المواعيد المحددة[1].

[1] محسن شفيق، القانون التجاري المصري-الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 1162.

الفرع الثالث:

القانون الذي يحكم الوفاء في حالة ضياع السند أو سرقته

يقصد بضياع الورقة التجارية فقدان الحامل لحيازتها بسبب غير ارادي، ويشمل ذلك حالات السرقة والهلاك والتلف وجميع الحالات التي تخرج فيها الورقة التجارية (السفتجة) من حيازة الحامل دون إرادته.

إن ضياع السند التجاري يثير جملة من المسائل القانونية المتعلقة بكيفية الوفاء في مثل هذه الحالة، ويتمثل ذلك بالخطوات التي يتوجب على مالك الورقة الشرعي القيام بها للمحافظة على حقه في هذا الورقة، ونتناول البحث في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة ضياع الورقة التجارية في نقطتين تخصص الأولى لتحديد هذا القانون وفق أحكام اتفاقيتي جنيف 1930-1931، والثاني لتحديد هذا القانون وفق أحكام القانون الجزائري والمقارن.

البند الأول: القانون الذي يحكم حالة ضياع السند التجاري وفقا لأحكام اتفاقية جنيف

لقد نصت المادة 9 من اتفاقية جنيف 1930 والمادة 7/8 من اتفاقية جنيف 1931 على أنه:" يحدد قانون محل الوفاء في السفتجة والشيك الإجراءات التي تتبع في حالة سرقة السند أو ضياعه."[1]

رأينا من رأي الفقه[2] الذي يرى أن تطبيق قانون محل الوفاء على السند التجاري في حال ضياعه أو سرقته هو أمر صائب، باعتبار أن هذا الحل يستجيب للجانب العملي وبالتالي يكون من

---

[1] وقد جاءت المادة السابعة من الاتفاقية الأمريكية لعام 1975 مؤكدة على ذلك حيث جاء نصها كالآتي:

" the law of the state in which the bill of exchange is payable shall determined the measures to be taken in the case of robbery theft forgery loose destruction of the instrument deteviorling of the plaint of becoming use less"

[2] عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص320.

السهل على حامل السند التجاري معرفة الإجراءات الواجب عليه اتباعها للمحافظة على حقوقه وبأسرع وقت ممكن.

البند الثاني: القانون الذي يحكم حالة ضياع السند التجاري وفقا لأحكام القانون الجزائري والمقارن

قد تُفقد الورقة التجارية من حاملها بسبب واقعة مادية كالسرقة أو الضياع، وفي هذه الحالة أجاز المشرع للحامل أن يقدم معارضة بين يدي المسحوب عليه، فإذا تلقى المسحوب عليه هذه المعارضة التزم بعدم الوفاء بقيمة السند التجاري[1]، أما في الحالة التي لا يقوم فيها الحامل بإخبار المسحوب عليه، وقام هذا الأخير بالوفاء للحامل الذي تقدم بالورقة التجارية في ميعاد الاستحقاق فإن وفاؤه يعتبر صحيحا ومبرأ لذمته إلا إذا ارتكب غشا أو خطأ جسيم[2].

وقد وضحت المواد من "420 إلى 425" من القانون التجاري الجزائري الطريقة التي يستطيع بها الحامل الحقيقي المطالبة بالوفاء بقيمة السند التجاري.

وفي ظل غياب النصوص القانونية التي تحدد القانون الواجب التطبيق على هذه المسألة في القانون الجزائري والمقارن، فإنه يتم الرجوع لرأي الفقه في ذلك.

---

[1] نصت المادة 419 من القانون التجاري الجزائري على أنه:" لا تقبل المعارضة في الوفاء إلا في حالة ضياع السفتجة أو إفلاس الحامل." وجاء نص المادة 431 من ق. التجارة المصري والمادة 94 أولا من قانون التجارة العراقي، والمادة 358 من قانون التجارة اللبناني مطابقا لنص المادة 419 من ق.ت.ج.

[2] نصت المادة 3/416 من قانون التجاري الجزائري على ذلك:" ومن يدفع عند الاستحقاق برئت ذمته على الوجه الصحيح إلا إذا كان قد ارتكب تدليسا أو خطأ جسيما..." تقابلها المادة 459 من قانون التجارة المصري والمادة 3/91 من قانون التجارة العراقي.

إن من رأي البعض تطبيق قانون محل ضياع السند أو إتلافه، غير أن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به، فقد يكون هذا القانون عرضيا وليس له أي صلة بعملية الوفاء بالسند التجاري[1]. ومن رأي البعض الآخر أن مسألة المعارضة تعتبر من المسائل الإجرائية، وثم فإنها تخضع لقانون الدولة التي تتخذ فيها إجراءات المعارضة أي تخضع لحكم المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:" يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات"[2] إلا أن هذا الرأي منتقد، لأنه لا يمكن التسليم باعتبار كافة المسائل المتعلقة بالمعارضة من قبيل الإجراءات، إذ إن منها ما يتعلق بالموضوع، وهو ما يؤدي إلى ذات النتائج التي يؤدي إليها مذهب التعدد[3].

وقد قيل بأن مسألة المعارضة في الوفاء هي من صميم آثار الالتزام الصرفي لكل موقع في السند التجاري، لأنها متعلقة بمدى التزام كل موقع في الورقة، وبالأخص ما كان متعلقا بمعرفة إلى أي مدى يكون كل موقع ملتزما باحترام المعارضة والمساهمة في إعداد السند. وعليه تخضع للقانون الذي يحكم الآثار المترتبة على كل من الالتزامات الواردة في الورقة، وهو قانون محل إنشاء الالتزام الصرفي (وفقا للمادة 2/4 من اتفاقية جنيف 1930) أو قانون الإرادة أو قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك أو قانون محل الالتزام طبقا للمادة 18 من القانون المدني الجزائري.

إلا أن هناك أسباب تحول دون التسليم بهذا الرأي والتي تتمثل في:

-من شأن هذا الرأي أن يؤدي إلى نتائج تأباها العدالة، فقد تقضي بعض هذه القوانين بأن يحترم الموقع على الورقة المعارضة أو أن يساهم في إرجاعها، بينما يقضي قانون آخر بغض ذلك.

---

[1] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية. المرجع السابق، ص287

[2] تقابلها المادة 22 من القانون المدني المصري والمادة من 28 من القانون المدني العراقي.

[3] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 474.

-القول بتعدد القوانين الواجبة الإعمال في هذا الفرض يعني أن الحامل يجد نفسه مجبرا على معرفة حكم القوانين المختلفة التي تحكم الالتزامات المتعددة في السند التجاري، وهو عبء يزداد ثقلا كلما زادت التوقيعات في الورقة مما يؤدي إلى تعريض حقوق الحامل للضياع، خاصة إذا ضاع منه السند أو سرق قبيل ميعاد الاستحقاق حيث لا يكون لديه من الوقت ما يكفي للرجوع إلى سائر هذه القوانين لمعرفة أحكامها[1].

وأخيرا من رأي البعض أنه باعتبار الوفاء بقيمة السند التجاري عند الضياع أو السرقة من المسائل المرتبطة بتنفيذ الالتزام الصرفي في الورقة، فالأمر الذي لا يتردد معه بإسناد الحكم لقانون محل الوفاء.

وهو الاتجاه الراجح في الفقه لعدة أسباب أولها أن هذا القانون يكون محدد ومعلوم بالنسبة لحامل السند التجاري مما يسهل عليه مهمة الرجوع إلى أحكامه واتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوقه.

هذا من الناحية العملية أما من الوجهة القانونية، يلحظ أن المعارضة في الوفاء بقيمة السند، باعتبارها الاجراء الأساسي الذي يتم اتخاذه في حالة ضياعه أو سرقته، مسألة ترتبط بشكل أساسي وجوهري بالتزام المسحوب عليه بالوفاء[2].

على هذا الأساس فإن قانون محل الوفاء يحكم جملة من المسائل من بينها، الإجراءات الواجبة اتباعها لمنع المدين من الوفاء لغير الحائز الذي ضاع منه السند أو سرق، وهل يلزم للحامل تقديم ضمانات خاصة-ككفيل مثلا-للحصول على أمر بالوفاء، والإجراءات المتعلقة بإمكانية الحصول على صورة من السند وواجب الساحب والملتزمين قبل الحامل في هذه الحالة.

---

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 288-289.

[2] عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 287.

وفي الأخير يجذر بنا القول بأن على القاضي الجزائري أن يطبق بخصوص المسائل المتعلقة بالوفاء قانون محل الوفاء، باعتبار أن المادة 18 من القانون المدني الجزائري لا تتفق وطبيعة الالتزامات الصرفية، هذا وأن المشرع الجزائري لم يخص هذه المسائل بقواعد خاصة، وبالتالي يتم البحث عن حل -كما بينا سابقا-في كنف القواعد العامة للقانون الدولي الخاص حسب نص المادة 23 مكرر2 من القانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني:

القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بالوفاء من جانب المسحوب عليه

تطبيقا للقواعد العامة ليس للحامل مطالبة المسحوب عليه بالوفاء قبل ميعاد الاستحقاق، وذلك حتى لا يحرم المدين من الأجل كما لا يحق للمسحوب عليه إلزام الحامل بأن يتلقى الوفاء قبل هذا التاريخ.

على هذا الأساس سنتناول في فرعين القانون الواجب التطبيق على التزام المسحوب عليه بالوفاء بالورقة التجارية وفقا لأحكام الاتفاقية جنيف ووفقا لأحكام القانون الجزائري والمقارن.

الفرع الأول:

القانون الواجب التطبيق على التزام المسحوب عليه بالوفاء بالورقة التجارية وفقا لأحكام الاتفاقية جنيف

إذا كان الوفاء بالورقة التجارية يعتبر الطريقة الاعتيادية لانقضاء الالتزام المترتب بذمة المسحوب عليه، فان الورقة التجارية يمكن أن تنقضي بأي سبب من أسباب الانقضاء العامة للالتزام فقد ينقضي الالتزام الصرفي بالتجديد، أو الإبراء، أو اتحاد الذمة، أو المقاصة، أو الوفاء أو التقادم.

والقواعد العامة المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق تخضع أسباب انقضاء الالتزام لقانون العقد والذي غالبا ما يكون القانون المتفق عليه صراحة أو ضمنا.[1] وإعمال هذا المبدأ بحرفيته من شأنه إخضاع تنفيذ المسحوب عليه (المدين) لالتزامه لقانون العقد.

إلا أن هذا الحل لا يتلاءم وطبيعة الالتزامات الصرفية، ولهذا ذهب جانب كبير من أحكام القضاء الفرنسي–حتى قبل اتفاقية جنيف–إلى إخضاع مختلف المسائل المتعلقة بتنفيذ الالتزام الصرفي لقانون محل الوفاء، وإن كان لم يفصح عن الصفة التي بمقتضاها يتم هذا التطبيق، أي هل يتم بوصفه قانون الإرادة، أم بوصفه القانون الإقليمي الذي يتم التنفيذ في دائرته[2].

وأيا كان الأساس الذي استند عليه القضاء الفرنسي، فمن الملاحظ أن اتفاقية جنيف 1930 وبالرغم من أنها لم تنظم قواعد تنازع القوانين في جميع مسائل الوفاء، إلا أنها قد اعتمدت الحل القائل بإخضاع المسائل المتعلقة بتنفيذ الالتزام الصرفي لقانون محل الوفاء. فقد تجسد ذلك في العديد من مواد الاتفاقيتين، حيث أن اتفاقية جنيف لسنة 1930 أخضعت الوفاء الجزئي وموضوع المعارضة في الوفاء في حالة سرقة السند أو ضياعه لأحكام ذلك القانون (م 4 ف 1 ، م 9).

---

[1] ان قانون العقد هو الذي يحكم الوفاء والتنفيذ الاختياري وشروط صحته وموضوعه وزمانه ومكانه، الا اذا تعارض تطبيق هذا القانون مع فكرة النظام العام. كما ان تجديد الالتزام يخضع للقانون الذي يحكم العقد واذا ادى التجديد الى نشوء التزام جديد فان هذا الالتزام يجب ان يكون صحيحا وفقا لكل من القانون الذي يحكم الالتزام القديم والقانون الذي يحكم الالتزام الجديد. اما المقاصة الاتفاقية فانها تعتبر عقد مستقل ومن ثم فانها تخضع للقانون الخاص بها، اما المقاصة القضائية فانها تخرج عن مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية وتخضع لقانون القاضي .. وكذلك فان قانون العقد يطبق على الابراء. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 679، 680.

وفي القانون الانكليزي فان القاعدة (152) من قواعد التنازع في القانون الانكليزي اخضعت موضوع الوفاء بالعقد للقانون الملائم ، بحيث ان الوفاء يعتبر ملائما في انكلترا اذا تم وفق القانون الملائم للعقد ولا يعتبر كذلك اذا لم يتم تطبيق القانون الملائم بشأنه. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص والمقارن، مرجع سابق، ص 185 – 186.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص291.

أما اتفاقية جنيف لسنة 1931 فقد أخضعت في المادة 7 منها المسائل الآتية لقانون محل الوفاء: ميعاد تقديم الصك للقبول، ومدى جواز التأشير عليه بالاطلاع، وهل من حق الحامل أن يطلب الوفاء الجزئي، وهل يجوز للساحب إلغاء الشيك أو المعارضة في وفائه، وكذا الإجراءات الواجب اتباعها في حال ضياع الشيك أو سرقته.

الفرع الثاني:

القانون الواجب التطبيق على التزام المسحوب اليه بالوفاء بالورقة التجارة وفقا لأحكام القانون الجزائري والمقارن

من المسلم به أنه من غير المتصور أن تتعدد القوانين التي تحكم تنفيذ الالتزام في السند التجاري، على ذلك لا يمكن تطبيق أحكام المادة 18 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالالتزامات التعاقدية، بخصوص موضوع التزام المسحوب عليه بالوفاء بالورقة التجارية.

على هذا نرى أن أفضل حل واجب إعماله في القانون الجزائري هو استخلاص الحل من المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص وفق نص المادة 23 مكرر من قانون مدني جزائري. أي يقتضي تطبيق قانون محل الوفاء على المسائل المتعلقة، بالوفاء المبرئ والوفاء الجزئي والوفاء بالتدخل.

البند الأول: الوفاء المبرئ

حتى يكون الوفاء مبرئا للذمة فلابد من توفر جملة من الشروط القانونية، أولا لابد أن يكون هذا الوفاء من قبل المدين أو نائبه فإذا أحال الدائن حقه في الدين تمكن المحال عليه من معرفته المحال له نظرا لشروط حوالة الدين المعروفة في القانون المدني. إلا أن هذا الأمر لا يمكن تحققه في نطاق الأوراق التجارية، لأنها تنتقل بالتظهير دون أن يتم إخبار المدين بذلك، وبهذا يتوجب على المدين بذل الحيطة اللازمة للتأكد من أن الوفاء قد تم للحامل الشرعي، مثل التحقق من تسلسل التظهيرات.

وهنا لا تشترط بعض القوانين على من يقوم بالوفاء بالورقة التجارية من التحقق من صحة توقيعات المظهرين[1]، في حين تشترط قوانين أخرى ذلك[2].

وفي إطار تنازع القوانين يقتضي الأمر الرجوع إلى قانون محل تنفيذ الالتزام الصرفي، أي قانون محل الوفاء، لمعرفة الواجبات الملقاة على عاتق المسحوب عليه والتي يجب اتخاذها حتى يكون وفاؤه مبرئا لذمته. وعلى ذلك فإن هذا القانون يتحدد بمقتضاه ما إذا كان يجب على الحامل أن يستوثق من صحة تواتر التظهيرات، أم أنه يتوجب عليه فوق ذلك، أن يتثبت من صحة تواقيع المظهرين.

فلو افترضنا مثلا أن سفتجة مستحقة الدفع في السعودية (والتي تعتبر من الدول التي نقلت إلى أحكامها قانون جنيف الموحد) وكان حاملها إنجليزي الجنسية (وإنجلترا من الدول التي لم تنظم للاتفاقية) كان من حق المسحوب عليه في السعودية أن يحتج بنص المادة 2/45 التي تفرض على المسحوب عليه "أن يستوثق من انتظام تسلسل التظهيرات ولكنه غير ملزم بالتحقق من صحة

[1] إن معظم الدول وبالأخص التي نقلت إلى تشريعاتها الداخلية أحكام قانون جنيف الموحد تقرر اعتبار الوفاء صحيحا ومبرئا متى تم في ميعاد الاستحقاق و لم يقع من المسحوب عليه غش أو خطأ جسيم، متى استوثق من انتظام تسلسل التظهيرات، إلا أنه غير ملزم بالتحقق من صحة توقيعات المظهرين. وهذا هو ما يأخذ به النظام السعودي الخاص بالأوراق التجارية (المادة 2/45)، والقانون السوري (المادة 4/457و5 ق.التجاري)، والقانون التجاري اللبناني (المادة 2/355)، وقانون التجاري المصري (المادة 3/428). كما أن هذا هو الحل المعمول به في القانون التجاري الجزائري (المادة 3/416).

[2] حيث ينبغي على المسحوب عليه في ظل القانون الإنجليزي أن يتحقق من صحة التواقيع الواردة على السند بالإضافة إلى الالتزامات الأخرى. المادة 91 من قانون السفاتج الإنجليزي لسنة 1882.

ومن الجذير بالذكر أن التنازع بين القوانين التي أخذت بأحكام قانون جنيف الموحد في ظل الشروط السابقة محتمل الوقوع، فهذه التشريعات تتطلب فوق التحقق من تواتر التظهيرات الواردة على السند التجاري أن يتم الوفاء دون أن يكون الموفي قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما. إذ لما كانت هذه التشريعات تختلف فيما بينها حول تحديد المقصود بالغش أو الخطأ الجسيم، فلا مناص، والحال كذلك، من تصور حالات التنازع في هذه الحالات. (عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص 293 وما بعدها.)

توقيعات المظهرين" لرد دعوى مالك السند الحقيقي فيما لو حدث الوفاء لشخص وصلت إليه السفتجة عن طريق تزوير توقيع المالك. والحل ذاته هو الواجب إعماله فيما لو كانت الورقة مستحقة في الجزائر أو مصر[1]. بالرغم من أن الجزائر ومصر غير منضمتين لاتفاقية جنيف، ذلك أنه من الثابت أنه ليس على المدين إلا التحقق من تواتر التظهيرات ولا يلزم أن يتحقق من صحة توقيعات أو من أهلية الحامل الذي يطالب بالوفاء[2].

البند الثاني: الوفاء الجزئي

الأصل والقاعدة أن يقع الوفاء على المبلغ الكامل المبين في السند. وذلك تطبيق للقواعد العامة وما بينته المادة 1/277 من القانون المدني الجزائري والتي تقضي بأنه:" لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك." مع ذلك فقد خرج قانون الصرف عن حكم القواعد العامة حينما أجاز للمدين في السند التجاري الوفاء جزئيا بقيمتها. فالحامل لا يستطيع أن يرفض قبول الوفاء الجزئي. وذلك حسب نص المادة 2/415 من القانون التجاري الجزائري والتي تقضي بأنه" ولا يمكن للحامل أن يرفض وفاء جزئيا."

والحكمة من قبول الوفاء الجزئي تكمن في سببين أولها أن الوفاء الجزئي يخفف من المسؤولية التضامنية التي تقع على ضمان الموقعين على الورقة التجارية، فذممهم لا تبرأ إلا بالقدر الذي عرض على الحامل، فقد نصت المادة 4/415 من قانون التجاري الجزائري على أنه:" وكل ما يدفع من أصل قيمة السفتجة تبرأ منه ذمة ساحبها مظهريها. ويتعين على الحامل أن يقدم احتجاجا عما تبقى من المبلغ."

---

[1] تنص المادة 3/416 من القانون التجاري الجزائري على:"ومن يدفع عند الاستحقاق برئت ذمته على الوجه الصحيح إلا إذا كان قد ارتكب تدليسا أو خطأ جسيما، وجب عليه أن يتحقق من صحة تسلسل التظهيرات، دون التثبت من صحة إمضاءات المظهرين". وهذا النص على غرار نص المادة (3/428) من قانون التجارة المصري.

[2] محمود مختار بريري، القواعد الخاصة بالشيك وفقا لأحكام قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 وتعديلاته، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة 2005، ص408.

السبب الثاني هو أن الوفاء الجزئي خير من الرفض الكلي لأنه يمكن الحامل من استخدام المال الذي قبله في المعاملات التجارية[1].

وفيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة الوفاء الجزئي فهناك رأيان:

الأول يرى بأن القانون الواجب التطبيق على الآثار المترتبة على إنشاء السند التجاري هو الواجب التطبيق على الوفاء الجزئي[2] وهذا يعني تطبيق أحكام المادة 18 من القانون المدني الجزائري، أي قانون الإرادة أو قانون الموطن المشترك أو قانون محل إنشاء الالتزام.

والثاني يذهب نحو ضرورة تطبيق قانون محل الوفاء على اعتبار أن الموضوع يتعلق بتنفيذ الالتزام. وهذا الرأي هو الراجح لأن تطبيقه ينسجم مع المتطلبات العملية حيث يكون من الصعب بالنسبة للحامل والمسحوب عليه معرفة نصوص قانون آخر[3].

وعلى ذلك فإن قانون محل الوفاء هو الذي يحكم المسائل الآتية: مدى التزام الحامل بقبول الوفاء الجزئي، وإذا كان الحامل ملزما بقبوله، فما هي الآثار التي تترتب على رفضه القبول الجزئي؟

ويسري قانون محل الوفاء أيضا بالنسبة للوفاء المسبق، فهذا القانون هو الذي يحدد لنا ما إذا كان للحامل أن يطالب المسحوب عليه بوفاء قيمة الورقة قبل أجل استحقاقها، أم أن من الجائز الاتفاق بين حامل السفتجة والمسحوب عليه لتعجيل الوفاء بها. وكذلك ما إذا كان يمكن للمسحوب عليه (المدين) أن يجبر الحامل على قبول الوفاء قبل تاريخ الاستحقاق، وإذا كان ذلك ممكنا، فما هي الحالات التي يجوز فيها ذلك وما هي الشروط المتطلبة عندئذ[4].

---

[1] نايف عبد العال، المرجع السابق، ص 511.

[2] Arminjon ,Précisde droit international privé commzrcial,op.cit,n110.

[3] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص294.

[4] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع نفسه، ص295.

البند الثالث:

الوفاء بطريق التدخل (الوفاء بالوساطة)

الأصل أن قبول السفتجة والوفاء بمبلغها يتم بواسطة المدين الأصلي فيها أي المسحوب عليه. لكن قد يقع القبول أو الوفاء بواسطة شخص آخر.

فقياسا على القبول بطريق التدخل يمكن أن يقع الوفاء أيضا بطريق التدخل ويفهم هذا التدخل أن يقوم أحد الأشخاص بدفع قيمة السند بصورة تلقائية لصالح أحد الملتزمين فيها حتى يحميه من رجوع الحامل عليه وما يترتب على ذلك من أضرار بسمعته وائتمانه[1].

ويحقق الوفاء بالتدخل جملة من الفوائد للملتزمين بالورقة التجارية، فبالنسبة للحامل فإن الوفاء بالتدخل يجنبه مشقة الرجوع على الملتزمين بالورقة التجارية في حال امتناع المسحوب عليه عن الوفاء وما يتطلبه هذا الرجوع من وقت ومصاريف، فضلا عن احتمال سقوط حقه في الرجوع إذا لم يقم باتخاذ الإجراءات القانونية في موعدها المحدد.

وبالنسبة للموقعين على الورقة التجارية فإن ذممهم تبرأ بهذا الوفاء. كما أن هذا الوفاء يحقق مصلحة الساحب والمسحوب عليه، حيث يجنبهما الآثار المترتبة على تحرير احتجاج عدم الوفاء، كما أنه من تمَ التدخل لمصلحته يستفيد من ذلك لأن الشخص المتدخل لا بد أن يكون على صلة به ولذلك فإنه وإن حل محل الحامل في الرجوع على من تدخل لمصلحته. إلا أنه يراعي وضعه المالي ومن ثم يجنبه مخاطر الرجوع الصرفي التي تتسم بالقسوة[2]. وقد تطرق المشرع الجزائري إلى أحكام الوفاء بطريق التدخل في المواد من 450إلى 454 من القانون التجاري.

[1] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص278.

[2] كمال محمد أبو السريع، الأوراق التجارية في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص 301،302.

وبخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على الوفاء بطريق التدخل يرى الفقه بأنه وإن كانت آثار الالتزام الصرفي تخضع للقانون الذي يحكم هذا الالتزام، إلا أنه في حالة الوفاء بالتدخل لا يوجد التزام صرفي لأن الموفي بطريق التدخل لا يضع توقيعه على السند التجاري، ومن ثم فإن قانون محل إجراء التصرف-الوفاء بالتدخل-يحكم الآثار المترتبة على هذا النوع من الوفاء. إن هذا القانون يطبق بصيغتين الأولى باعتباره قانون محل إجراء التصرف ويطبق في هذه الحالة على الجانب الشكلي، والثانية باعتباره قانون الإرادة ويحكم الجوانب الموضوعية في الالتزام الصرفي والتي تتمثل فيما يلي:

- المبلغ الذي يجب أن يدفعه الموفي بالتدخل.
- الأشخاص الذين يجوز الوفاء منهم وعنهم.
- الحل فيما لم يحدد الموفي الملتزم الذي يتدخل لمصلحته.
- مدى حق الحامل في رفض هذا النوع من الوفاء.
- حكم التزاحم بين الموفين بالتدخل.[1]

وفي رأينا أنه من الأحسن والأجدر إخضاع جميع المسائل المتعلقة بالوفاء بطريق التدخل لقانون واحد وهو قانون محل الوفاء، لارتباط الوفاء هنا بتنفيذ الالتزام الصرفي وللاعتبارات العملية التي تم ذكرها في أكثر من مناسبة.

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص296.

البند الرابع: نقود الوفاء

في واقع الأمر المشكلات التي تثيرها مسألة النقد، الذي يجب أن يتم الوفاء به ليست خاصة بالسندات التجارية وحدها، وإنما تثور هذه المسألة في كل مرة تطرح فيها عملية الوفاء بعملة أجنبية، أي بعملة مغايرة للعملة المتداولة في الدولة الواجب الوفاء بالالتزام فيها. وهذه ترتبط بمشكلة أعم وأشمل هي مشكلة العملة الواجب الوفاء بها في نطاق العلاقات الخاصة الدولية بصفة أعم، وهي بهذا الوصف تخرج عن نطاق الدراسة موضع البحث.

ويجب في هذا الصدد، أسوة بما هو متبع في شأن الوفاء بالالتزامات النقدية بصفة عامة، التمييز بين أمرين:

1-العملة الواجب الوفاء بها:

باعتبار أن العملة الواجب الوفاء بها مسألة تتعلق بكيفية الوفاء بالالتزام، أي بكيفية تنفيذه، فهي تخضع-وفق هذا الوصف-لقانون محل الوفاء، مراعاة لاتصال هذه المسألة بالنظام العام في الدولة التي يتم فيها الوفاء[1].

وعلى هذا الأساس إذا عين مبلغ السند بعملة أجنبية-كعملة مكان الإصدار-فلا يجوز إجبار المدين على الوفاء بهذه العملة إذا كانت غير مقبولة في التعامل وفق قانون محل الوفاء، كما لو كان هذا الأخير لا يجيز شرط الوفاء بعملة أجنبية[2].

ولعل مثل هذا الحل يتفق مع مصالح الأطراف متى كان قانون محل الوفاء يسمح للمدين بان يوفي بالتزامه بالعملة المحلية على الرغم من الصفة الدولية لالتزامه، فمثل هذه العملة يكون دوما في مقدور المدين الحصول عليها في هذا المكان في الحال دون عناء ويخضع لقانون محل الوفاء كذلك

[1] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 457.

[2] محسن شفيق، القانون التجاري المصري-الأوراق التجارية، المرجع السابق، 1163.

المسألة الخاصة بتقدير صحة شرط الوفاء بعملة أجنبية[1]، وإذا كان هذا المبدأ هو السائد في مجال الالتزامات النقدية، فإنه لا يوجد ما يمنع من سريانه في ميدان الأوراق التجارية.

2-العملة التي يتعين الوفاء على أساسها:

هذه العملة يتحدد بها مقدار ما يلتزم المدين بأدائه، ولذا قيل إنها تتعلق بماهية الالتزام. والرأي الفقهي الغالب-بشأن الالتزامات النقدية-يذهب إلى أن العملة التي يتعين الوفاء على أساسها تخضع لقانون العقد.

فإذا ما تم الاتفاق على العملة التي يتعين الوفاء على أساسها كحالة-شرط الذهب كما هو غالب-خضعت صحة الشرط ونطاقه وآثاره لقانون العقد دون القانون الذي يحكم العملة ذاتها، ودون قانون محل الوفاء[2].

ومرد ذلك هو أن قانون العقد من شأنه أن يحقق الوحدة والتوازن في العقد حسب توقعات الأطراف.

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للالتزامات النقدية عموما، فما الحكم بالنسبة للأوراق التجارية؟

الواقع-أن الالتزام المندمج في السند هو التزام بأداء مبلغ نقدي معين، يرمي السند-في نهاية المرحلة الورقة التجارية-إلى ضمان الوفاء به، ومن هنا فإن قانون محل الوفاء يبدو أكثر ملائمة من أي قانون آخر، بوصفه قانون السند الذي يتحدد وفقا له العملة التي يتعين الوفاء على أساسها.

وعلى ذلك قد يحدث في نطاق العقود الدولية بصفة عامة أن يحدد الأفراد العملة التي يتعين الوفاء على أساسها، وتثور الصعوبة في هذا الفرض، في الحالة التي تكون فيها الوحدة النقدية التي

---

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 298.

[2] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص457.

يتم الحساب على أساس منها، تحمل اسما مشتركا عند العديد من الدول التي يكون العقد متصلا بها، فكيف يمكن تفضيل أو اختيار وحدة نقدية معينة؟

يقرر الفقه الغالب فب فرنسا[1]، ويتفق معه جانب من أحكام القضاء، أن هذه المسألة واقع، ولذلك فإن هناك قرينة على اختيار الوحدة حسبما يقضي به القانون الذي يحكم العقد. ويرفض القانون بهذا الرأي، الحل الذي يضع قرينة أو افتراضا لصالح العملة المتعارف عليها في قانون محل الوفاء، وذلك لان هذا القانون الأخير، قد يكون عرضيا، كما قد يكون غير محدد، ومتعددا[2].

وإذا كان مسلما بهذا الرأي بشأن العقود بصفة عامة، فإن العكس تماما هو الذي يحدث بالنسبة للأوراق التجارية. فقانون محل الوفاء، محدد ولا يتصور إلا أن يكون واحدا، ولا يعقل البتة أن يكون عرضيا، إنه مركز الثقل في الالتزام الصرفي.

ومن هذا المنطلق على القضاء الجزائري في هذا الفرض أن يقيم قرينة لصالح العملة القائمة في دولة محل الوفاء[3]. لما يتميز به ذلك من مزايا، حيث يتفق مع السرعة في التداول التي يجب أن تتصف بها الأوراق التجارية.

---

[1] Batiffol et Lagarde, droit international privé, paris, op.cit, p 345.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 300.

[3] تجدر الإشارة أن اتفاقية جنيف قد أخذت في هذا الصدد كقاعدة عامة بقانون محل الوفاء كأساس لتحديد العملية التي يجب الوفاء بها، أو تعيين الوفاء على أساسها مع إفساح دور الإرادة. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 41 من قانون جنيف الموحد لسنة 1930، والمادة 36 من القانون الموحد الخاص بالشيك لسنة 1931. وقد نقلت بعض التشريعات العربية إلى تشريعاتها الداخلية الأحكام المتضمنة في هذه المواد.

من ذلك التشريع السوري الذي تنص فيه المادة 458 من قانون التجارة على أنه:

"1-إذا اشترط وفاء السفتجة بعملة غير متداولة في سورية جاز وفاء قيمتها بعملة سورية حسب سعرها في يوم الاستحقاق.

2-وإذا تراخى المدين في الوفاء فللحامل الخيار بين المطالبة بقيمة السفتجة مسحوبة بسعر العملة السورية في يوم الاستحقاق أو في يوم الوفاء.

والمتأمل لنصوص العديد في التشريعات يجد أنها تؤكد على هذا المعنى. وفي ذلك تنص المادة 4/417 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "وإذا تعين مبلغ السفتجة بعملة تتفق في التسمية ولكنها تختلف من حيث القيمة في بلد الإصدار وبلد الوفاء فيحمل على أن المقصود بذلك إتمام الوفاء بالعملة الخاصة بمكان الوفاء".

كما تنص المادة 4/507 من القانون التجاري السابق الذكر على أنه: "وإذا تعين مبلغ الشيك بعملة تحمل نفس التسمية لكن قيمتها في بلد الإصدار تختلف عن قيمتها في بلد الوفاء، فيفترض اعتماد العملة الخاصة بمكان الوفاء".

المبحث الثاني:

القانون الواجب التطبيق على الرجوع الصرفي وسقوط الحق بالرجوع

تحرر الورقة التجارية لأجل معين يستطيع المستفيد أو الحامل بحلوله تقديمها للمسحوب عليه لاستيفاء قيمتها.

والغالب أن يبادر المسحوب عليه بالوفاء بقيمة السفتجة في ميعاد الاستحقاق حيث تبرأ ذمته وأيضا ذمة جميع الموقعين عليها وتنقضي هذه الأخيرة انقضاء طبيعيا.

لكن قد يحدث أن يرفض المسحوب عليه أداء مبلغ السند عند الاستحقاق ومع رفضه هذا يفتح للحامل السبيل للرجوع على جميع الموقعين.

3-والعرف الجاري في محل الوفاء هو المعتبر في تعيين سعر العملة الأجنبية، وإنما للساحب أن يشترط حساب المبلغ الواجب وفاؤه حسب السعر المبين في السفتجة.

4-ولا تسري الأحكام المتقدمة عندما يشترط الساحب ان يكون الوفاء بعملة أجنبية معينة.

5-وإذا تعين مبلغ السفتجة بعملة تحمل اسما مشتركا تختلف قيمتها في بلد إصدارها عن قيمتها في بلد وفائها، فيفترض أن الأداء يكون بعملة بلد الوفاء."

أي يحق للحامل الرجوع على الساحب والمظهرين والضامنين الاحتياطيين وأن يوجه ضد هؤلاء الملتزمين فرادى أو جماعات دون مراعاة الترتيب الذي صدر به التزامهم وذلك استناد إلى مبدأ التضامن الصرفي[1].

وإذا كان المشرع قد منح الحامل ميزة التضامن الصرفي وما توفره له من حق في ممارسة الرجوع على جميع المتضامنين الصرفيين، فإن حماية هذا الحق مقيدة بلزوم الحامل القيام ببعض الواجبات التي فرضها المشرع وهي تقديم السند للوفاء عند الاستحقاق واثبات امتناع المسحوب عليه عن الوفاء عبر ورقة رسمية تسمى الاحتجاج والتبليغ في حالة رفض الوفاء وإلا عد الحامل مهملا وتسقط عنه أكثر حقوقه بالرجوع.

ونجد اختلافا كبيرا بين التشريعات فيما يتعلق بأحكام الرجوع الصرفي، مما يظهر أهمية البحث عن القانون الذي يحكم هذه المسائل في ظل ما هو متوقع من حدوث التنازع بشأنها.

ولقلة الحلول التي جاءت بها اتفاقيات جنيف بخصوص أحكام الرجوع، فإننا سنركز على تبيان الأحكام الواجبة الإعمال في القانون الجزائري والمقارن. مع ملاحظة أن اتفاقية جنيف قد خرجت على مبدأ تعدد القوانين التي تسري على التزامات الموقعين على الورقة التجارية. فالمادة الخامسة من اتفاقية جنيف لسنة 1930 الخاصة بالسفتجة والسند لأمر، والمادة السادسة من اتفاقية جنيف 1931 الخاصة بالشيك يقرران أن "مواعيد استعمال دعوى الرجوع بالنسبة إلى كل الموقعين يحكمها قانون محل إنشاء السند". كما تصدت المادة 7 من الاتفاقية الخاصة بالشيك لبيان القانون الذي يحكم عمل الاحتجاج لافتتاح إجراءات الرجوع فقالت بتطبيق قانون الدولة

---

[1] نصت المادة 432 من ق.ت.ج على مبدأ التضامن والرجوع الصرفي بقولها: "إن ساحب السفتجة وقابلها ومظهرها وضامنها الاحتياطي ملزمون جميعا لحاملها على وجه التضامن.
ويكون للحامل حق الرجوع على هؤلاء الأشخاص منفردين أو مجتمعين بدون أن يكون مرغما بمراعاة الترتيب الذي توالت عليه التزامهم.
ويعود هذا الحق لكل موقع على سفتجة متى سددت قيمتها.
إن الدعوى المقامة على أحد الملتزمين لا تمنع الرجوع على الآخرين ولو كانوا لاحقين لمن رفعت عليه الدعوة أم لا."

التي يكون فيها الشيك مستحق الوفاء فيها للوقوف على ما إذا كان من اللازم "إجراء الاحتجاج أو أي إقرار مماثل للمحافظة على حق الرجوع على المظهرين والساحب والملتزمين الآخرين". هذا بينما لم تبين أي شيء بشأن هذه المسألة اتفاقية 1930 الخاصة بالسفتجة والسند لأمر. وفي الأخير فإن المادة الثامنة من كل من اتفاقيتي 1930و1931 قد نصت على "تطبيق قانون الدولة التي يجب فيها عمل الاحتجاج أو غيره من الإجراءات".

على إثر هذا فإن بحث المسائل الخاصة بأحكام الرجوع يقتضي منا تبيان القانون الذي يحكم حالات الرجوع الصرفي وشروط تحققها (المطلب الأول) ثم تبيان القانون الذي يحكم ممارسة حق الرجوع (المطلب الثاني) في الأخير يتم تبيان القانون الذي يحكم فقد الحامل حق الرجوع الصرفي (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

القانون الذي يحكم حالات الرجوع الصرفي وشروط تحققها

في حالة ما امتنع المدين الأصلي في السند عن الوفاء بقيمته للحامل في ميعاد الاستحقاق، فإن للحامل الحق في الرجوع على باقي الملتزمين في الورقة لمطالبتهم بالوفاء، وهذا ما تخوله غالبية التشريعات. وبالتالي قليلا ما تثير حلات الرجوع في هذا الفرض تنازعا بين القوانين نظرا لتماثل أحكام التشريعات في هذا الخصوص.

بينما يثور الخلاف بشأن حلات الرجوع التي تكون قبل ميعاد الاستحقاق، وتكون حالات التنازع في هذا الفرض متعددة. لذا يثور التساؤل بخصوص القانون الواجب التطبيق بشأن مسألتين رئيسيتين مرتبطتين ببعضهما: حلات الرجوع المسموح بها للحامل، والإجراءات التي يتعين اتخاذها في هذا الخصوص.

الفرع الأول:

القانون الواجب التطبيق على حالات الرجوع

حددت المادة 1/426 من ق.ت. الجزائري حالات الرجوع بنصها على أنه: "يمكن للحامل الرجوع المظهرين والساحب وباقي الملتزمين:

- في الاستحقاق إذا لم يتم الوفاء،
- وحتى قبل الاستحقاق:

1. إذا حصل الامتناع الكلي أو الجزئي عن القبول،
2. في حالة إفلاس المسحوب عليه سواء كان صدر منه قبول أم لا أو توقف عن دفع ديونه ولو لم يثبت بعد بحكم أو حجز أمواله دون طائل،
3. إذا أفلس صاحب السفتجة التي لا يتعين تقديمها للقبول."[1]

يفهم من نص هذه المادة أن هناك أربع حالات تخول فيها للحامل الرجوع على الضامنين، الأولى تكون في حالة عدم الوفاء للحامل في ميعاد الاستحقاق، وثلاث حالات ترتبط بالرجوع قبل ميعاد الاستحقاق وتكون في حالة الامتناع الكلي أو الجزئي عن القبول، وحالة إعسار المسحوب عليه أو توقفه عن الدفع، وحالة إعسار ساحب السند المشروط فيه عدم تقديمه للقبول.

[1] تقابلها المادة 471 من قانون جنيف الموحد، والمادة 467 من قانون التجارة السوري، والمادة 1/438 من قانون التجارة المصري والمادة 365 من قانون التجارة اللبناني.

وبخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن الحالات التي يكون فيها للحامل حق الرجوع، فقد اختلف الفقه بشأن ذلك. فأنصار مذهب التعدد في مصر[1] وفرنسا[2] يرون أن هذه المسألة يحكمها القانون الذي يحكم آثار الالتزام الصرفي لكل موقع على الورقة، وهو قانون محل نشوء الالتزام. أي خضوع المسألة لقانون الإرادة أو قانون الموطن المشترك أو قانون محل الالتزام حسب الأحوال طبقا للمادة 18 من ق.م.ج والمادة 19 م.مصري.

فإذا كان هذا القانون يجيز للحامل الرجوع قبل ميعاد الاستحقاق في حالات معينة، كان له ذلك ولو كانت القوانين الأخرى التي تحكم التزامات الموقعين الآخرين لا تقر مبدأ الرجوع، بمعنى يجب تطبيق مبدأ التعدد في هذا الصدد كاملا[3].

أما أنصار مذهب الوحدة فقد انتهوا إلى إخضاع مدى حق الحامل في الرجوع قبل ميعاد الاستحقاق للقانون الذي يحكم التزامات الموقعين في السند، وهو في رأي البعض قانون محل الإنشاء، وفي رأي البعض الآخر قانون محل الوفاء[4].

وانطلاقا من الرأيين المتقدمين، نجد أنهما وإن اتفقا على أن تحديد حالات الرجوع قبل ميعاد الاستحقاق مسألة تدخل في نطاق آثار الالتزام، فقد اختلفا بشأن القانون الذي يحكمها تبعا لاختلافهما حول تعدد ووحدة القانون الذي يحكم آثار الالتزام الصرفي.

---

[1] محسن شفيق، المرجع السابق، 1244، في تأييده هشام صادق، المرجع السابق، ص844 – رزق الله الأنطاكي، المرجع السابق، ص49.

[2] تذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى القول بهذا الحل، فيخضعون بذلك هذه المسألة للقانون الذي يحكم آثار الالتزام الصرفي لكل موقع على الورقة، وهو قانون محل نشوء الالتزام وفقا للمادة 2/4 من اتفاقية جنيف الخاصة بالسفتجة والسند لأمر لسنة 1930.

[3] إدوارد عيد، المرجع السابق، ص 105.

[4] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 526.

وتفاديا لتكرار ما تم ذكره من قبل-بشأن الانتقادات التي وجهناها لمذهب التعدد-فإننا نؤيد ما ذهب إليه أنصار مذهب الوحدة-في هذا الصدد- استنادا إلى كافة الأسباب والمبررات التي أوردناها في أكثر من موضع من هذا البحث، واستنادا إلى سبب رئيسي يتمثل في أن تحديد حالات الرجوع على أساس تعدد القوانين التي تحكم الالتزامات الصرفية في الورقة من شأنه أن يؤدي إلى اختلاف في مركز المتضامنين في الورقة الواحدة، إذ قد يسقط حق الحامل في الرجوع على بعض الملتزمين، بينما يظل قائما في مواجهة البعض الآخر لكون القوانين التي تحكم التزاماتهم تفرض ميعادا أطول للرجوع مثلا، هذا بالإضافة إلى ما يؤدي إليه مذهب التعدد من نتائج تتعارض مع طبيعة وخصائص ووظيفة الالتزام الصرفي كما ذكرنا سابقا.

على إثر ما تقدم، يقتضي منا البحث عن قانون واحد يرجع إليه بشأن حالات الرجوع، وبصفة خاصة تلك التي تكون قبل الاستحقاق. فما هو هذا القانون؟

نحن في هذا الصدد نرجح تطبيق قانون محل نشوء السند. ولا ينال من ذلك ما قد يقال من أن هذا القانون قد يكزن عرضيا، وكثيرا ما لا يكون ظاهرا في الورقة ذاتها. ومن ثم لا نؤيد الرأي القائل بأن الأفضل هو إخضاع هذه المسألة لقانون محل الوفاء بالسند. بالرغم من أن الأمر يتعلق بضمانة من ضمانات الوفاء بالورقة، ومن ثم فإن نتائج عدم الوفاء ينبغي أن تكون واحدة بالنسبة لسائر الضامنين في الورقة الذين يضمنون الوفاء بدين واحد[1].

ويمكن توضيح المبدأ بإيراد قرار إيطالي لدى محكمة التمييز حيث تقرر "أن الورقة التجارية وعلى الأخص، الشيك يحكم فيها بقانون مكان صدورها فيما يتعلق بتأثيرها، وعلى ذلك فإن الشيك المسحوب في إيطاليا ليُدفع في النمسا إذا رفض و لم يقبل فإن تقرير حق الرجوع على الساحب يجري بموجب القانون الإيطالي"

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 305.

ويقول "سيري" في شرحه هذه الجزئية، "إن العلاقة بين الساحب والحامل تقرر بموجب قانون المكان الذي ينظم فيه العقد وهذا، على وجه خاص، هو الحال حول التزام الساحب تجاه الحامل الأول حتى تجاه الحاملين الآخرين، لأن الالتزامات في الحالتين مبنية على العقد المرتبط به الساحب.

وكذا يكون الأمر في التأثير القضائي للعقود اللاحقة كالتظهير والقبول. الذي يسري عليها قانون البلاد التي جرى بها العقد. وينشأ عن ذلك أن رجوع الحامل عند عدم الدفع في موعد الاستحقاق يقرر بموجب قانون البلد الذي سحبت فيه السفتجة إذا كان رجوعه على الساحب وقانون البلد الذي جرى فيه التظهير إذا كان الرجوع على المظهر.

ففي القضية الأمريكية (إيمار ضد شلدون) أقام المظهر إليهم دعوى ضد المظهرين على سفتجة مسحوبة في "مارتينيك" على شركة فرنسية في "بوردو" تدفع في باريس ومسحوبة لأمر المظهرين، فظهرت السفتجة إلى المظهر إليهم في نيويورك، حيث كانوا هم والمظهرين متوطنين هناك. فقدت السفتجة للقبول ولكنها رُفضت وسُحب عليها احتجاج في "بوردو" وأُخبر المظهرين بذلك. فادعى الدفاع أن من اللازم تقديم السفتجة للدفع، حسب القانون الفرنسي، وذلك قبل جعل المظهرين مسؤولين.

غير أن المحكمة قررت تطبيق القانون الأمريكي على المظهرين والمظهر إليهم، وقضت بأن التقديم للدفع لم يكن لازما إذا كانت السفتجة قد رُفضت عند تقديمها للقبول. وأما القانون الفرنسي فيعتبر ماديا بشأن التقديم ضد الساحبين. وقد لاحظت المحكمة أنه بناء على قرار قد يحدث أن يكون المظهرون مسؤولين تجاه المظهر إليهم دون أن يكون لهم حق الرجوع على الساحبين، غير أن هذه النتيجة يعود سببها لصفة القانون الفرنسي الاستثنائية[1].

[1] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 528.

الفرع الثاني:

القانون الواجب التطبيق على مدى لزوم الاحتجاج

باعتبار أن الامتناع عن الوفاء يعطي الحامل الحق في الرجوع على المتضامنين الصرفيين، فإن المشرع أوجب على الحامل إثبات هذا الامتناع عن طريق عمل احتجاج عدم الوفاء[1]، وقد فرض المشرع على الحامل ميعادا محددا من أجل تحرير الاحتجاج لا يستطيع تجاوزه من حيث المبدأ، تحت طائلة سقوط حقه بالرجوع الصرفي على الضامنين.

فإذا كانت السفتجة مستحقة الدفع في يوم معين أو بعد مدة معينة من تاريخها أو تاريخ الإطلاع عليها وجب تحرير الاحتجاج عدم الوفاء في أجل 20 يوم التالية لليوم الذي يجب فيه الدفع بعد إنقضاء اليومين التاليين للتقديم، بحكم المادة 3/427 من ق.ت.ج، وعليه يمكن للحامل أن يحرر الاحتجاج في يوم الاستحقاق وإلا عد باطلا. أما إذا كانت السفتجة مستحقة الوفاء لدى الاطلاع فيجب تحرير الاحتجاج ضمن نفس الأجل المحدد لتقديمها للوفاء أي خلال سنة من تاريخ سحبها استنادا إلى المادة 3/427 من ق.ت.ج.

في حين ألزمت اتفاقية "اليونيسترال" لسنة 1988 الحامل بعمل احتجاج عدم القبول أو عدم الوفاء في اليوم الذي رفض فيه السند أو في أحد أيام العمل الأربعة التالية له[2].

وقد اختلفت التشريعات التجارية في مسألة جواز الاستعاضة عن عمل الاحتجاج ببيان آخر، فأغلب القوانين المستمدة من قانون جنيف الموحد ذهبت إلى اعتبار أن الأصل هو عدم جواز

---

[1] نصت المادة 1/427 ق.ت.ج على أنه: "يجب إثبات الامتناع عن القبول أو الامتناع عن الدفع بإجراء من كتابة الضبط (الاحتجاج لعدم القبول أو لعدم الوفاء)." تقابلها المادة 44 من قانون جنيف الوحد، والمادة 148 من قانون التجارة الفرنسي والمادة 468 من قانون التجارة السوري.

[2] نصت المادة 61 من الاتفاقية على أنه: "يجب عمل الاحتجاج لرفض السند بعدم القبول أو بعدم الوفاء في اليوم الذي رفض فيه السند أو في أحد أيام العمل الاربعة التالية له".

الاستعاضة عن عمل الاحتجاج ببيان آخر[1]، على أن هناك حالات تعفي الحامل من واجب تحرير الاحتجاج، فيعفى الحامل قانونيا من واجب تنظيم احتجاج عدم الوفاء في ثلاث حالات أولها إذا سبق له أن قام بتنظيم احتجاج لعدم القبول، ثانيا إذا حالت بينه وبين تنظيم الاحتجاج قوة قاهرة، ثالثا في حال صدور حكم شهر إفلاس المسحوب عليه سواء قبل السند أو لم يقبله. ويعفى أيضا الحامل اتفاقيا من تنظيم احتجاج عدم الوفاء ويكون بإدراج شرط في السند يعفى به الحامل من تحرير الاحتجاج (م 1/431 ق.ت.ج).

في حين أن اتفاقية "اليونيسترال" لسنة 1988 جعلت الأصل هو جواز الاستعاضة عن الاحتجاج بتصريح يكتب على الورقة التجارية ويكون مؤرخاً وموقع من قبل المسحوب عليه أو القابل أو المحرر أو الشخص المعين في السند لإجراء الدفع في محل إقامة شخص مسمى، شريطة أن يذكر في التصريح واقعة رفض القبول أو رفض الوفاء، ويجوز استثناء جعل عمل الاحتجاج أمرا ملزما وذلك في حالة اشتراط أحد الملتزمين عمل الاحتجاج صراحة في الورقة التجارية[2].

أما قانون السفاتج الإنجليزي لسنة 1882 فإنه فرق بين الأوراق التجارية الدولية (الأوراق التي يثبت في متنها أنَّها مسحوبة أو مظهرة في بلد أجنبي) والأوراق التجارية الداخلية، فأوجب عمل الاحتجاج بوساطة (الكاتب العدل) لإثبات واقعة الامتناع عن قبول أو وفاء الورقة التجارية الدولية، أما بالنسبة للأوراق التجارية الداخلية فلم يلزم الحامل بعمل الاحتجاج بوساطة الكاتب العدل إلا في حالة وجود شرط في الورقة التجارية بضرورة عمل الاحتجاج.

[1] نصت المادة 444 من ق.ت.ج على أنه: "لا يقوم مقام الاحتجاج أي إجراء آخر يصدر عن حامل السفتجة فيما عدا الأحوال المنصوص عليها في المادة 420 وما يليها والمادة 428".

[2] المادة 60 من قانون اتفاقية الاونيسترال.

إن عدم قيام الحامل بعمل الاحتجاج يؤدي إلى سقوط حقه في الرجوع على المتضامنين الصرفيين، بيد أن هذا السقوط يقتصر على الدعوى الصرفية ولا يمتد إلى الدعاوى السببية، المتعلقة بعلاقة الدائنية والمديونية التي كانت سبب نشوء الالتزام الصرفي[1].

وعلى إثر ما تقدم يتضح لنا أن بعض القوانين تذهب إلى اعتبار عمل الاحتجاج أمرا ملزما والبعض الآخر لا يتطلب عمل الاحتجاج مما يثير تنازعا في القوانين يتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق.

إن هذه المسألة شأنها شأن غيرها من مسائل الالتزام الصرفي قد وقع بشأنها الخلاف بين أنصار مذهب التعدد ومؤيدي مذهب الوحدة.

مذهب التعدد يرى أن إجراء الاحتجاج ليس مجرد وسيلة لإثبات الامتناع عن الوفاء أو القبول من قبل المدين الأصلي في الورقة فحسب، وإنما هو شرط أساسي لرجوع الحامل على سائر الموقعين، لذلك فهو يخضع للقانون الذي يحكم التزام كل موقع على الورقة على حدة، ويكون إجراء لاحتجاج أمرا لازما أم غير لازم تبعا لما يقضي به هذا القانون[2]. ويذهب جانب آخر من الفقه[3] إلى تطبيق قانون المحل الذي امتنع فيه المدين الأصلي عن القبول أو الوفاء، والذي هو قانون محل إبرام التصرف بالنظر إلى تقديم الاحتجاج[4].

وهذا الرأي أولى بالاتباع تطبيقا لقاعدة أن الشكل يحكمه قانون محل إبرام التصرف، إذ أن من شأن الرأي الأول أن يؤدي إلى نتائج شاذة لا يمكن قبولها من الوجهة العملية. فلو افترضنا

---

[1] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 201.

[2] محسن شفيق، القانون التجاري المصري–الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص 1167.

[3] .Arminjon, Précis de Droit international privé commercial, op, cit, no.193

[4] فقد نص قانون السفاتج الإنجليزي على إخضاع هذه المسألة لقانون الدولة التي تم رفض قبول أو وفاء الورقة التجارية فيها (المادة 3/82)، ونفس الحكم تضمنه قانون الأوراق التجارية الكندي في المادة (161) وقانون الأوراق التجارية النيجيري في المادة (2/72).

مثلا، أن سفتجة مستحقة الوفاء في إنجليترا، ولم يحرر الحامل الاحتجاج طبقا لأحكام القانون الإنجليزي الذي لا يستوجب ذلك وإن كان هناك ملتزمون متعددون في السند تخضع التزاماتهم الصرفية لعدة قوانين تستوجب تقديم الاحتجاج-مثل الجزائر ومصر وسوريا والعراق-فإن كل ملتزم في الورقة لن يكون محلا للرجوع طالما أن القانون الذي يحكم التزام كل منهم يستوجب إجراء الاحتجاج كشرط لازم للرجوع. ولو افترضنا وقوع الوفاء من ضامن يخضع التزامه لقانون دولة تتطلب إجراء الاحتجاج، فإن هذا الموفي سيجد نفسه محروما من حق الرجوع على الملتزمين السابقين عليه، لأن القانون الذي يحكم التزام كل منهم يستوجب ضرورة تقديم الاحتجاج قبل الرجوع عليه. وهذه النتيجة الخطيرة لا يمكن تفاديها بحال متى تم الانصياع لمذهب التعدد وذلك باعتراف أنصار مذهب التعدد أنفسهم[1]. والواقع أن الاحتجاج ما هو إلا إجراء شكلي لازم، يثبت الحامل بمقتضاه-بطريقة مؤكدة في مواجهة الكافة-امتناع المدين الأصلي عن القبول وعن الوفاء[2].

ولما كانت مسألة لزوم الإجراء من عدمه كشرط لقيام تصرف معين تندرج على ما هو راجح في الفقهين المصري[3] والفرنسي[4] في إطار الشكلية اللازمة لمباشرة التصرف، فإن الاختصاص ينعقد بشأنها لقانون محل إجرائه، الذي هو قانون المحل الذي رفض فيه الوفاء أو القبول، الذي هو دوما قانون محل الوفاء بالسند.

ومتى سلمنا بانعقاد الاختصاص لهذا القانون ليحدد لنا ما إذا كان إجراء الاحتجاج لازما كشرط للرجوع على الملتزمين في الورقة أم لا، فإن هذا القانون بذاته هو الذي يتحدد بمقتضاه ما

---

[1] Lescot, et Roblot, Les effets de commerce, lettre de change, billets à ordre, op. cit. p 592.

[2] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 532.

[3] هشام صادق، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول، المرجع السابق، ص 385. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 498.

[4] Loussouam et Bredin, Droit du commerce international, op. cit. p 566 .

إذا كان من الممكن إدراج شرط الإعفاء الاتفاقي من تحرير الاحتجاج بمقتضى ما يسمى "الرجوع بدون مصاريف" أم ذلك غير ممكن[1].

أما بالنسبة للشكل الذي يجب إيداع الاحتجاج، وكذلك موعد أيهما فلا خلاف حول خضوع هذه المسائل لنص المادة 21 مكرر من ق.م. الجزائري والتي تنص على أنه: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات"[2]. والغالب أن يكون أيضا هذا القانون هو قانون محل الوفاء، الأمر الذي تتحقق معه وحدة نموذجية في القانون الواجب التطبيق بشأن جملة المسائل المترابطة فيما بينها ارتباطا وثيقا، وهو ما من شأنه أن يحفظ للسند وحدته ويبقى على خصوصية الالتزامات الصرفية.

على هذا الأساس، فإن هذا القانون هو الذي يتحدد بمقتضاه الطريقة التي يتم بها إثبات تقاعس المدين الأصلي عن الوفاء أو القبول، والأشخاص الذين لهم حق إجراء الاحتجاج وشكله والبيانات اللازمة فيه وطريقة عمله والجهة المختصة بتحريره وميعاده وكيفية إعلانه.

المطلب الثاني:

القانون الذي يحكم ممارسة حق الرجوع

تتضمن دراسة القانون الواجب التطبيق على ممارسة حق الرجوع البحث في ثلاث مسائل وهي: طرق الرجوع، ومواعيد إقامة دعوى الرجوع، وموضوع دعوى الرجوع، ونتناول ذلك في ثلاث فروع.

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 309.

[2] ويقابلها نفس الحكم في المادة 22 ق.م.مصري، م 28 ق.م. عراقي، المادة 23 ق.م. سوري.

الفرع الأول:

طرق الرجوع

يتخذ رجوع الحامل على المتضامنين الصرفيين أشكالا متعددة، من بينها الرجوع الودي بحيث يمكن أن يفضل حامل السند التجاري المطالبة بمبلغها بصورة ودية باعتبار أن المطالبة القضائية تتطلب عادة الكثير من الوقت والإجراءات، كما أن حامل الورقة التجارية قد يكون مرتبطاً بالملتزمين بعلاقات تتجاوز العلاقة المالية، أو لوجود اتفاق سابق على مطالبة الحامل الملتزمين بالورقة التجارية بصورة ودية في حالة امتناع المسحوب عليه عن الوفاء، ومثل هذا الاتفاق جائز لأنه لا يمنع الحامل من حقه في اللجوء الى المطالبة القضائية[1].

وقد يفضل الحامل منح مدينه الصرفي فترة زمنية لتحسين أوضاعه المالية وليتمكن من الوفاء في المستقبل، فيقوم بسحب سفتجة جديدة تسمى سفتجة الرجوع بنفس قيمة السفتجة الاصلية على أحد الضامنين، وقد نصت على هذا النوع من السندات المادة (1/445) من القانون التجاري الجزائري "يجوز لكل شخص له الحق في ممارسة حق الرجوع ما عدا وجود شروط مخالفة، أن يحصل على دفع المبلغ بواسطة سند رجوع للسفتجة ومسحوب لدى الاطلاع على أحد ضامنيه المشروط وفاؤه في موطن هذا الأخير".

وفيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق بخصوص طرق الرجوع، فإن الأمر متفق على خضوع هذه المسألة لقانون القاضي المنظور أمامه النزاع باعتبارها من الأمور الإجرائية التي يجب أن تخضع لذلك القانون.

أما فيما يخص مسألة جواز سحب ما يسمى بسفتجة الرجوع على الملتزمين في السند، فالواقع أنها مسألة تتعلق بآثار الالتزام الصرفي، يحكمها القانون الذي يحكم آثار التزام كل ملتزم في السند،

[1] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 210.

وهو قانون واحد هو قانون محل إنشاء السند، وليس القانون الذي يسري على التزام كل موقع على حدة وفقا للمادة 18 مدني جزائري كما يذهب البعض[1].

الفرع الثاني:

دعوى الرجوع

لابد من القول ابتداء بوجوب إخضاع مواعيد إقامة دعوى الرجوع لقانون واحد. لأن تطبيق عدة قوانين على هذا الموضوع يمكن أن يؤدي إلى نتائج لا يمكن قبولها، وتتمثل في إمكانية سقوط حق الحامل في الرجوع على بعض الملتزمين بينما يبقى محتفظا بهذا الحق قبل البعض الآخر، لأن القوانين التي تسري على التزاماتهم تتضمن ميعاد أطول للرجوع، ولكن الفقه انقسم بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أن إخضاع مواعيد إقامة دعوى الرجوع لقانون محل إنشاء الورقة التجارية، وذلك لأن الاتفاقيات الدولية أخذت بهذا الحل (المادة 5 من اتفاقية جنيف لعام 1930 والمادة 6 من اتفاقية جنيف لعام 1931 والمادة (6) من الاتفاقية الأمريكية)، كما أن القانون الفرنسي القديم قبل العمل باتفاقيتي جنيف والمادة (166) من القانون المصري الملغي يأخذان بهذا الحل حيث أن المادة 166 من القانون التجاري المصري الملغي تحدد مواعيد معينة لإقامة الدعوى على الملتزمين المقيمين في مصر متى كانت هذه الورقة محررة في مصر ومستحقة في الخارج، ومن البديهي أن المشرع ما كان ليضع مثل هذه المواعيد لو أن القانون الواجب تطبيقه في هذا الصدد هو غير القانون المصري بوصفه قانون محل إنشاء الورقة ويتبين من هذا أنه إذا كانت الورقة محررة في الخارج ومستحقة الوفاء في مصر وجب تطبيق القانون الأجنبي أي قانون الدولة التي حررت فيها الورقة[2].

---

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 311.

[2] إدوارد عيد، الإسناد التجارية، المرجع السابق، ص 107.

الاتجاه الثاني: ويذهب إلى القول بوجوب إخضاع مواعيد إقامة دعوى الرجوع لقانون محل الوفاء بالورقة التجارية، لأن قانون محل إنشاء الورقة يتصف غالبا بأنه عرضي، وإن تطبيق قانون محل الوفاء من شانه أن يحقق التوازن في العلاقة بين جميع الملتزمين بالورقة التجارية، فهو يسري على مواعيد الرجوع بالنسبة لجميع المظهرين وليس فقط بالنسبة للحامل ومظهره المباشر. كما أنه من الناحية العملية يكون من الأنسب تطبيق هذا القانون، لأن مواعيد الرجوع عادة ما تكون قصيرة وأن جميع المظهرين قد اخذوا بعين الاعتبار أن قانون محل الوفاء هو الواجب التطبيق عندما وضعوا توقيعهم على الورقة التجارية[1].

الفرع الثالث:

موضوع دعوى الرجوع

يقصد بموضوع دعوى الرجوع المبالغ التي يحق للحامل المطالبة بها. ولا تقتصر هذه المبالغ على قيمة الورقة، بل تضاف إليها مبالغ أخرى، كمصاريف الاحتجاج والفوائد والاخطارات ونفقات المراسلات والمخابرات الهاتفية والبرقيات متى كان لها ما يبررها، ورسوم الدعوى المقامة على بعض الضامنين وفرق سعر الصرف والعمولات والفوائد القانونية.

وتختلف التشريعات كثيرا في صدد تعيين هذه المبالغ، وخاصة بالنسبة لمعدل الفائدة ووقت سريانها. وبديهي أن تعيين المبالغ التي يمكن المطالبة بها يتوقف على معرفة القانون الواجب تطبيقه[2].

على هذا الأساس، نصت المادة 433 من قانون التجاري الجزائري المقابلة للمادة 443 من قانون التجارة المصري على أن: "يمكن للحامل أن يطالب كل من أقام عليه دعوى الرجوع:

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 312.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع نفسه، ص 313.

1. مبلغ السفتجة التي لم يحصل بولها أو وفاؤها.

2. ومصاريف الاحتجاج والإخطارات الموجهة وغيرها من النفقات.

وإذا أقيمت دعوى الرجوع قبل الاستحقاق فإنه يطرح من مبلغ السفتجة مقدار الخصم ويحسب على سعر الخصم الرسمي للمصرف المركزي الجزائري الجاري به التعامل في تاريخ رفع الدعوى في مكان موطن الحامل".

وأمام هذا الاختلاف والتباين المتوقع حصوله بين التشريعات بشأن ما تتضمنه دعوى الرجوع، أي موضوعها، يثور التساؤل حول القانون الواجب التطبيق على هذه المسألة؟

يرى جانب من الفقه[1] أن القانون الواجب التطبيق هو قانون محل إنشاء السند باعتباره القانون الذي يسري على التزام الساحب أو المحرر، إذ إن مقدار الدين يتحدد بموجب الاتفاق الذي يتم بين الساحب أو المحرر والمستفيد، ومن ثم يجب أن يخضع حسابه للقانون الذي يسري على الالتزام الناشئ عن هذا الاتفاق. والجدير بالذكر أن المادة 165 من القانون التجاري الفرنسي القديم كانت تتضمن نصا صريحا بهذا المعنى.

في حين يرى جانب آخر من الفقه أن القانون الواجب التطبيق هو قانون محل الوفاء، لأن موضوع دعوى الرجوع أمر يتعلق بمدى الضمان الذي تنشغل به ذمة الملتزم بالورقة التجارية تجاه الحامل، وإنما أمر متعلق بالتنفيذ الصرفي الذي يخضع لقانون محل الوفاء[2].

بالإضافة إلى ذلك فإن التعويض الواجب دفعه للحامل عند امتناع المدين الأصلي عن الوفاء يجب أن يتناول كامل الضرر الذي لحق به، ويتمثل هذا الضرر في حرمانه من المبلغ الذي كان يحق له قبضه في المكان المتفق عليه، أي مكان الوفاء.

---

[1] Lescot et Roblot, Les effets de commerce, Lettre de change, billets à ordre, op, cit. p 617.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 316.

وفي الأخير فإن الرأي الغالب يذهب إلى أن تعيين مقدار الدين الواجب الوفاء به من قبل الملتزم بالورقة التجارية أمر يتعلق بمدى ما تنشغل به ذمته قبل الحامل. وبالتالي فهو يتعلق بآثار التزامه، ويخضع بالتالي للقانون الذي يسري على آثار الالتزام، أي القانون المتفق عليه بين طرفي الالتزام عند الاقتضاء، وإلا فقانون المكان الذي نشأ فيه هذا الالتزام، وهذا الرأي يتفق مع مذهب التعدد[1].

واستنادا على ما تم تقديمه، فإننا نؤيد الرأي القائل بتطبيق قانون محل الوفاء، وذلك لارتباط موضوع دعوى الرجوع بتنفيذ الالتزام. ولنفس الاعتبارات التي أوردها أصحاب هذا الرأي. فإعمال الحل الذي يقول به الفقه الغالب، والمتمثل في سريان القانون الذي يحكم آثار الالتزام على موضوع دعوى الرجوع، يستوجب تطبيق حكم المادة 18 من القانون المدني الجزائري، أي تطبيق قانون الإرادة أو قانون الموطن أو الجنسية المشتركة أو قانون محل الإبرام. وهذا ما يقضي به مذهب التعدد. فإعمال حكم المادة 18 من شأنه أن يؤدي إلى ذات النتائج التي تم الحديث عنها ونحن بصدد الحديث عنها.

أضف إلى ذلك فإن تطبيق حكم المادة 18 بشأن موضوع دعوى الرجوع يؤدي على نحو خاص إلى نتائج غريبة، لأن كل التزام من الالتزامات الواردة في السند التجاري الواحد سيحكمه قانون مختلف تبعا لاختلاف إرادة المتعاقدين (في حال تطبيق قانون الإرادة) وتبعا للاختلاف الناجم عن إعمال الضوابط الاحتياطية التي جاءت بها المادة والتي تقضي بتطبيق قانون الموطن أو الجنسية المشتركة أو قانون محل الإبرام.

أما الرأي القائل بإعمال قانون محل نشوء السند، فهم من جهة رأي راجح لم يقل به أحد من الفقه الحديث، ومن جهة أخرى منتقد لأن قانون محل إنشاء السند غالبا ما يكون عرضيا، وكثيرا ما لا يكون ظاهرا في السند. مما يؤدي إلى نزاع حول تحديده ابتداء.

[1] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 543.

في الأخير نخلص إلى وجوب تطبيق قانون محل الوفاء على موضوع رجوع الدعوى، ذلك أن التزام المدين الأصلي ينتقل في حالة الرجوع إلى الضامن في الورقة. على ضوء ذلك تصبح هذه المسألة ليست مجرد أمر يتعلق بمدى الضمان الذي تنشغل به ذمة الملتزم في مواجهة الحامل، وإنما تتعلق بتنفيذ الالتزام الصرفي الذي يحكمه قانون محل الوفاء. لكن قد يحدث أن يفقد الحامل حقه في الرجوع، فهل يختلف الأمر، هنا، فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسألة؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال المطلب التالي.

المطلب الثالث:

القانون الذي يحكم سقوط الحق بالرجوع والتقادم الصرفي

قبل البحث في تحديد قانون الواجب التطبيق على أحكام سقوط الحق بالرجوع والتقادم الصرفي لابد من الإشارة ابتداء، أن القوانين حين تضمنت أحكام للسقوط وأخرى للتقادم الصرفي فإن القصد وراء ذلك تحقيق التوازن بين مركز الحامل ومركز الملتزمين بالورقة التجارية، فالمدين الأصلي-المسحوب عليه القابل أو الساحب الذي لم يقدم مقابل للوفاء- لا يستطيع التمسك بسقوط حق الحامل المهمل في الرجوع عليه، بالإضافة إلى أن سقوط حق الحامل في الرجوع على بقية الملتزمين يتطلب إهمال الحامل القيام بالإجراءات التي أوجب عليه القانون القيام بها للمحافظة على حقوقه في الرجوع عليهم. لذلك كان لابد من وجود سبب عام لانقضاء التزام جميع الملتزمين قبل الحامل ومنع رجوعه ضدهم وكان هذا السبب هو التقادم الصرفي، وهذا يعني وجود مجال مستقل يعمل فيه الدفع بالتقادم الصرفي ولا يعمل فيه الدفع بالسقوط، ألا وهو مجال العلاقات بين الحامل والمدين الأصلي، فهذا الأخير يمتنع عليه الدفع بالسقوط ولكن يجوز له الدفع بالتقادم الصرفي، على أن الدفع بالتقادم الصرفي ليس قاصرا على المدين الأصلي بل هو في متناول جميع الملتزمين، كما يتميز هذا الدفع بسريانه في مواجهة الحامل الذي أهمل القيام بالإجراءات التي

أوجب عليه القانون القيام بها. في حين أن العلاقة وثيقة بين القيام بهذه الإجراءات وبين الدفع بالسقوط[1].

وعليه سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الأول لتحديد القانون الواجب التطبيق على سقوط حق الحامل بالرجوع، والثاني لتحديد هذا القانون في حالة التقادم الصرفي.

الفرع الأول:

القانون الواجب التطبيق على سقوط حق الحامل بالرجوع

السقوط هو نظام ابتدعه المشرع التجاري كعقوبة تلحق حق الحامل في الرجوع على أهل الضمان لعدم قيامه بالإجراءات المحددة قانوننا عند امتناع المسحوب عليه عن الوفاء.

وقد تناول المشرع الجزائري السقوط في المادة 437 من ق.ت التي تنص على أنه: "يعد إنقضاء الآجال المعينة:

- لتقديم السفتجة الواجب وفاؤها لدى الاطلاع أو في أجل معين لدى الاطلاع.
- ولتحرير لعدم القبول أو الوفاء.
- ولتقديم السفتجة للوفاء في حالة شرط الرجوع بلا مصاريف.

تسقط حقوق الحامل ضد المظهرين والساحب وغيرهما من الملتزمين باستثناء القابل".

ومن خلال هذا النص يتبين لنا أن حالات سقوط حق الحامل المهمل بالرجوع محددة على سبيل الحصر وعلى النحو الآتي:

---

[1] فائق الشماع، سقوط حق حامل الورقة التجارية المهمل، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد 1و2، بغداد، 1987، ص 50.

-إهمال تقديم السفتجة المستحقة الوفاء عند الاطلاع أو بعد مضي مدة من الاطلاع خلال المدة التي حددها القانون وهي سنة واحدة، ويجب مراعاة المدة إذا اشترط الساحب تمديدها أو تقصيرها أو إذا اشترط المظهر تقصير تلك المدة.

-عدم قيام حامل الورقة التجارية بسحب احتجاج عدم القبول عند امتناع المسحوب عليه عن القبول بالنسبة للسفتجة المستحقة الوفاء بعد مضي مدة معينة من الاطلاع، لأنه بواسطة احتجاج عدم القبول يتعين التاريخ الذي قدمت فيه الورقة للاطلاع ومن ثم يمكن معرفة تاريخ استحقاقها. وكذلك عدم قيام الحامل بعمل احتجاج عدم القبول بالنسبة للسفتجة الواجبة التقديم للقبول وتكمن أهمية عدم عمل احتجاج عدم القبول في هذه الحالة في اثبات ما إذا كان الحامل قد نفذ شرط تقديم الورقة للقبول خلال الفترة المحددة في الشرط، إلا إذا تبين من الشرط أن الساحب قصد منه اعفاء نفسه من ضمان القبول فلا يسقط حق الحامل بالرجوع في ميعاد الاستحقاق في هذه الحالة.

-عدم قيام الحامل بسحب الاحتجاج اللازم لعدم الوفاء خلال المواعيد التي حددها القانون بشرط ألا يكون ذلك راجعا إلى حالة القوة القاهرة.

-عدم قيام الحامل بتقديم السفتجة المشروط فيها عدم سحب احتجاج (شرط الرجوع بلا مصاريف) خلال المدة المبينة للوفاء.

إن سقوط حق الحامل في الرجوع يقتصر فقط على الدعوى الصرفية ولا يمتد إلى الدعاوى السببية المتعلقة بعلاقة الدائنية والمديونية التي كانت السبب في نشوء الالتزام الصرفي. كما أنه يعتبر من الدفوع الموضوعية ولذلك يجوز التمسك به في أية مرحلة من مراحل الدعوى[1].

[1] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 221.

أما بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على السقوط، فيرى جانب من الفقه أن القانون الذي يختص بتحديد الميعاد الذي تجب مراعاته هو نفس القانون الذي يكون واجب التطبيق بشأن تحديد الجزاء المترتب على عدم مراعاة هذا الميعاد، فإذا كان الأمر يتعلق بإهمال تقديم الورقة التجارية للوفاء يكون قانون محل الوفاء بالورقة هو الواجب التطبيق وإذا كان متعلقا بإهمال الحامل عمل احتجاج عدم القبول أو عدم الوفاء فإن قانون المحل الذي يجب أن يتم فيه عمل الاحتجاج هو الواجب التطبيق. وإذا تعلق الأمر بمواعيد إقامة الدعوى فإن قانون محل إنشاء الورقة التجارية يكون هو الواجب التطبيق[1].

إن القول المتقدم يعني الأخذ بمبدأ تعدد القوانين في هذا المجال، ما يعني ذلك تطبيق أحكام المادة 18 من ق.م.جزائري (المادة 19 مدني مصري) أي إخضاع الأمر لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين أو قانون الموطن أو الجنسية المشتركة أو قانون محل إبرام التصرف.

إلا أننا مع الفقه الذي لا يقر بالحل المتقدم، بحيث يرى أن الأخذ بمبدأ تعدد القوانين، لا يمكن القبول به في هذا المجال للأسباب التي تم ذكرها سابقا، وأن القانون الواجب تطبيقه في هذا الشأن هو ذات القانون الذي يحكم الميعاد الذي تجب مراعاته. فإذا كان الأمر يتعلق بإلزامية الاحتجاج والمواعيد الواجب تقديمه فيها، فإن القانون الذي يطبق هو قانون محل الوفاء[2].

فمثل هذا الحل من شأنه أن يحقق التجانس من حيث وحدانية القانون الذي يحكم قواعد الرجوع إجمالا في شأن الالتزام الصرفي ويحفظ للسند طبيعته الخاصة به، ويكون القانون الواجب التطبيق كجزاء للإهمال واحدا في مواجهة جميع الملتزمين في السند.

هذا بالنسبة للقاعدة العامة في سقوط حق الرجوع، إلا أنه قد يتمسك الحامل بالقوة القاهرة لتبرير عدم مراعاة المواعيد أو إهماله، فهل تعد القوة القاهرة عذرا يبرر هذا الإهمال؟

---

[1] Lescot et Roblot, op. cit. N. 1117.
-Loussouarn et Bredin. op. CIT. No. 477

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 320.

تمتد المواعيد المقررة لتقديم السند التجاري للوفاء أو القبول أو لعمل الاحتجاج في حالة القوة القاهرة، وقد نصت المادة 438 من ق.ت. جزائري على ذلك: " إذا حال دون تقديم السفتجة أو تقديم الاحتجاج في المهل المقررة حائل لا يمكن التغلب عليه وكان عرض السفتجة أو تحرير الاحتجاج في الآجال المعينة كوجود نص قانوني لحالة ما أو غير ذلك من ظروف القوة القاهرة، فتمتد هذه المواعيد".

ومن المعلوم أن القوة القاهرة هي تلك القوة المؤدية على استحالة تنفيذ الالتزام وهي مقررة بموجب القواعد العامة للقانون ويشترط لتحققها توفر الشروط الآتية:

-أن يكون الحادث غير ممكن التوقع عند تملك الحامل للورقة التجارية، أما إذا كان بوسعه توقعها فيجب عليه رفض السند، أو اتخاذ جميع الوسائل الممكنة لتجنب الحادث، وإلا فإنه لا يستحق الحماية. أما إذا أصبحت الواقعة ممكنة الحدوث بعد اكتساب الحامل للورقة التجارية فإنه في الإمكان أن يعتبر ذلك أساسا لمعذرة الحامل إذا لم يكن بإمكانه دفعها أو تجنبها ومعيار التوقع هو معيار موضوعي أي يجب أن يكون الحادث غير ممكن الدفع حتى من أشد الناس حرصا.

-أن يكون الحادث مستحيل الدفع بحيث يحول دون تقديم الورقة للوفاء أو للقبول، ومن مثال ذلك الكوارث الطبيعية من فيضان، وزلازل.

ولكن هل تعد أعمال السلطة العامة من عداد القوة القاهرة؟

ذهب قانون جنيف والقوانين المستمدة منه على اعتبارها كذلك ومن ذلك القوانين الصادرة بتأجيل الديون[1].

[1] قد تحدث ظروف استثنائية كالحروب والازمات الاقتصادية تؤدي الى عجز معظم المدينين عن الوفاء بـــديونهم المســـتحقة، فتؤجل الدولة تلك الديون بقانون خاص.

- يجب ألا يكون الحادث من الأمور المتعلقة بشخص حامل الورقة التجارية، أو ممن هو مكلف بتقديمها أو عمل الاحتجاج. حيث نصت المادة 439 من ق.ت.ج على أنه: "لا تعتبر من قبيل القوة القاهرة الأفعال الشخصية المحضة المتصلة بالحامل أو بالشخص الذي كلفه بتقديم السفتجة أو الاحتجاج".

وقد اختلف الفقه في تفسير هذا الشرط الى اتجاهين متعارضين:

الأول: يرى أن مفهوم القوة القاهرة يشمل كل واقعة تحدث وإن لم تصب سوى شخص واحد، إذا أدت هذه الواقعة إلى جعل قيام الحامل بتقديم الورقة أو عمل الاحتجاج أمرا مستحيلا (كما لو دهس حامل الورقة).[1]

أما الاتجاه الثاني: فيرى ضرورة أن تقتصر القوة القاهرة على الحوادث العامة التي تحل بمجموعة من الناس (كالغرق والوباء وغيرها)، والرأي الراجح هو الاتجاه الاول وعلى ذلك يعد من قبيل القوة القاهرة كل حادث خارج عن إرادة الحامل أو شخصه أو بمن هو مكلف بتقديم السند أو عمل الاحتجاج ويجعل قيامه بهذه الأعمال مستحيلا حيث أن الحذر والحيطة المبذولة لم تكن قادرة على منع حدوثه، ولا يهم بعد ذلك أن يصيب هذا الحادث شخصا واحدا أو مجموعة من الناس بل العبرة بتحقق شروط القوة القاهرة سواء أصاب الحادث الحامل أو أصاب مجموعة من الناس بينهم الحامل.[2]

ويقوم الحامل في حالة تحقق القوة القاهرة بإخطار من ظهر له السند ولابد أن يكون الاخطار مؤرخا وموقعا عليه في السند أو على ورقة متصلة بها، كما يجب على الحامل بعد انتهاء القوة القاهرة تقديم السند وعمل الاحتجاج عند الاقتضاء نصت على ذلك المادة 2/438 من نفس القانون بقولها: "ويجب على الحامل أن يبادر دون إبطاء بإخطار المظهر له بالقوة القاهرة وأن

[1] Lescot, et Roblot, Les effets de commerce, Lettre de change, billets à ordre, op. cit, p 620.
[2] صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص 463. وانظر ايضا عبد رزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع سابق، ص 996.

يضمن هذا الإخطار على السفتجة أو الورقة المتصلة بها وأن يؤرخه ويوقع عليه وتطبق فيما بقي أحكام المادة 430".

وإذا استمرت القوة القاهرة أكثر من (30) يوم محسوبة من تاريخ الاستحقاق فإن للحامل الرجوع على الموقعين على السند دون حاجة إلى تقديمها أو عمل الاحتجاج (المادة 3/438 ق.ت.ج).

إن اختلاف القوانين في تحديد ما يعتبر من القوة القاهرة من عدمه، واختلافها أيضا في تأثير القوة القاهرة على واجبات الحامل يؤدي إلى وجود حالة تنازع القوانين مما يوجب البحث في تحديد القانون الواجب التطبيق.

فمثلا ذلك الاختلاف القائم في هذا الخصوص بين قانون جنيف الموحد والتشريعات التي أخذت عنه من ناحية، وما يقول به القانون الإنجليزي من ناحية أخرى.

فبينما يُدخل قانون جنيف ومن تأثر به "القيود القانونية" التي تفرضها الدولة في الظروف غير العادية في عداد القوة القاهرة دون الظروف الشخصية-كما وضحنا سابقا-نجد أن القانون الإنجليزي والأمريكي يعتبران الظروف الخاصة بشخص حامل السند-كمرضه أو إصابته في حادث-من قبيل ما يندرج تحت القوة القاهرة.

اختلف الفقهاء في تحديد القانون الذي بمقتضاه تتحدد شروط القوة القاهرة ويبين أحوالها وحقوق وواجبات الحامل أثناء قيامها وبعد إنتهائها.

هناك اتجاه من الفقه ذهب إلى وجوب تطبيق قانون محل إصدار السند، وقد أخذ معهد القانون الدولي بهذا الحل سنة 1885. ولقد تعرض هذا الرأي للانتقاد، إذ لا يعقل الرجوع—في هذا

الصدد–لقانون قد يكون غريبا على الحامل والمظهرين على السواء، وهو ما قد يؤدي إلى الإضرار بهم[1].

وذهب جانب آخر إلى اعتبار القوة القاهرة ذات أثر على مسؤولية كل من الملتزمين، ورأى إخضاعها–من ثم–للقانون الذي يسري على آثار الالتزام، بحيث يختلف الحل باختلاف القوانين التي تحكم التزامات الموقعين على السند.

والحل السائد في فرنسا[2] ومصر[3] يوجب التفرقة بين حالتين:

–**أولا** إذا تعلق الأمر بمبدأ قبول القوة القاهرة كمبرر للإهمال أو بتعريف القوة القاهرة وتحديد شروطها وأحوالها، وجب تطبيق قانون الدولة التي يجب أن يتم فيها الإجراء الذي استحال على الحامل مراعاة الميعاد الخاص به. فيسري قانون محل الوفاء فيما يتعلق بميعاد التقديم، وقانون محل عمل الاحتجاج بالنسبة إلى هذا الأمر، وقانون محل إنشاء السند فيما يخص ميعاد إقامة دعوى الرجوع. فإذا كان القانون المذكور يعتبر القوة القاهرة مبررا لعدم مراعاة المهل، وجب اعتبارها كذلك بالنسبة لجميع الملتزمين في الورقة حتى وإن كانت القوانين التي تسري على آثار التزاماتهم تقضي بغير ذلك.

–ثانيا إذا تعلق الأمر بالشروط التي يتقيد بها الحامل في الرجوع على الملتزمين عند قيام القوة القاهرة–على فرض قبولها كمبرر لعدم مراعاة المهل–أو بعد زوالها، فيجب تطبيق القانون الذي يحكم آثار التزام كل موقع على حدة، إذ يتعلق الأمر بمدى مسؤولية الملتزم وآثار التزامه.

ويرى البعض[4]، أن هذا الرأي–الأخير–صحيح في الشق الأول منه لعدة اعتبارات:

---

[1] chemaly, conflits des lois en matière d'effets de commerce, these, op.cit. p 482.

[2] P. Lescot, et R. Roblot , les effets de commerce, Lettre de change, billets à ordre. Op, cit, p.620.

[3] محسن شفيق، القانون التجاري المصري–الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 1172 وما بعدها

[4] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 323.

1-من ناحية يحفظ للورقة التجارية وحدتها.

2-ويقضي بإعمال حلول متناسقة ومنسجمة تتفق مع طبيعة الورقة.

3-ويحفظ التوازن بين حقوق الحامل وسائر حقوق الضامنين في الورقة دون تمييز لواحد على الآخر.

4-ويجعل –أخيرا-مفعول القوة القاهرة-بوصفها مبررا للإهمال-واحدا بالنسبة لجميع الملتزمين في الورقة بغض النظر عن الحل الذي يقول به القانون الذي يحكم آثار التزامات كل منهم[1].

أما الشق الثاني من الرأي، فهو يعود إلى إعمال القانون الذي يحكم آثار الالتزام وفقا لمذهب التعدد، وما يؤدي إليه من تعدد في القوانين الواجبة التطبيق بشأن القوة القاهرة من حيث شروطها وآثارها، ما من شأنه أن يؤدي إلى نتائج غير عادلة، حيث يمكن أن يقوم أحد الضامنين في الورقة بالوفاء بالرغم من عدم تقديم الورقة للوفاء في الموعد المحدد وعدم تحرير وثيقة الاحتجاج بعدم الوفاء لأن القانون الذي يحكم التزامه لا يتطلب مراعاة مواعيد تقديم الورقة التجارية للوفاء أو عمل احتجاج بعدم الوفاء. مثل هذا الضامن لا يمكنه الرجوع على بقية الضامنين السابقين له إذا كانت القوانين التي تحكم التزام كل منهم لا تعرف مثل هذا العذر. وعلى ذلك يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة الوفاء باعتبار أن المسألة متعلقة بحالة انتقال لالتزام المدين بالورقة التجارية في حالة الرجوع، وبذلك تكون متعلقة بتنفيذ الالتزام الصرفي فيسري بشأنها قانون محل الوفاء[2].

[1] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 552.

[2] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 323 وما بعدها.

الفرع الثاني:

القانون الواجب التطبيق على التقادم الصرفي

التقادم المسقط هو عبارة عن مضي مدة معينة على استحقاق الدين دون أن يطالب به الدائن فيترتب على ذلك سقوط حقه في المطالبة إذا تمسك بالتقادم من له مصلحة فيه[1]، ويلزم حامل الورقة التجارية بإقامة دعوى الرجوع قبل اكتمال مدة التقادم الصرفي وتختلف مدة التقادم والتاريخ الذي يبدأ منه احتساب تلك المدد باختلاف التشريعات التجارية ففي القانون التجاري الجزائري والقوانين الأخرى المستمدة من قانون جنيف الموحد، تتقادم دعوى الحامل بالرجوع على النحو الاتي:

1-تتقادم دعوى الحامل تجاه المسحوب عليه القابل أو محرر السند لأمر أو ضامنهما، بمضي ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق بالنسبة للسفتجة والسند للأمر، حيث نصت المادة 1/461 من القانون التجاري الجزائري على أنه: " جميع الدعاوى الناشئة عن السفتجة والمرفوعة على قابلها تسقط بمضي ثلاثة أعوام من تاريخ الاستحقاق." أما بالنسبة للشيك فتحسب المدة من تاريخ انقضاء مدة تقديم الشيك حيث نصت المادة 3/527 من القانون التجاري الجزائري على انه: " وتتقادم دعوى حامل الشيك على المسحوب عليه بمضي ثلاثة أعوام من تاريخ انقضاء مهلة تقديمه."

2-تتقادم دعوى الحامل ضد الساحب والمظهرين وضامنيهم بمضي سنة من تاريخ الاحتجاج المحرر في الميعاد القانوني، أو من تاريخ الاستحقاق إذا تضمنت الورقة التجارية شرط الرجوع بلا مصاريف هذا بالنسبة للسفتجة والسند للأمر، حيث نصت المادة 2/461 من ق.ت.ج على أنه: "وتسقط دعاوى الحامل ضد المظهرين أو الساحب بمضي عام واحد من تاريخ الاحتجاج المحرر

[1] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 230.

في المدة القانونية أو من تاريخ الاستحقاق إذا كانت السفتجة مشتملة على شرط الرجوع بلا مصاريف."

وتتقادم دعوى الحامل ضد ساحب ومظهري الشيك بمضي ستة أشهر من تاريخ انقضاء ميعاد تقديم الشيك حيث نصت المادة 1/527 من ق.ت.ج على أنه: "تتقادم دعاوى الرجوع بالنسبة لحامل ضد المظهرين او الساحب أو الملتزمين الآخرين بمضي ستة أشهر من تاريخ انقضاء مهلة التقديم."

3-تتقادم دعاوى المظهرين بعضهم ضد البعض وضد الساحب بمضي ستة أشهر من اليوم الذي أدى فيه المظهر (المدعي) قيمة السفتجة أو من اليوم الذي وجهت اليه فيه دعوى الرجوع حيث نصت المادة 3/461 السابقة الذكر على أنه: "وتسقط دعاوى المظهرين على بعضهم بعضا أو على الساحب بعد مضي ستة أشهر ابتداء من اليوم الذي سدد فيه المظهر السفتجة أو من يوم رفع الدعوى عليه."

هذا بالنسبة للسفتجة والسند للأمر، أمَّا بالنسبة للشيك فتتقادم دعوى رجوع الملتزمين بعضهم على البعض الآخر بمضي ستة أشهر من يوم وفاء الملتزم بقيمة الشيك، أو من يوم مطالبته قضائيا بالوفاء وذلك بموجب نص المادة 2/527 من نفس القانون على أنه: " أما دعاوى الرجوع المتعلقة بمختلف الملزمين بوفاء الشيك على بعضهم بعضا، فإنها تتقادم بمضي ستة أشهر من تاريخ اليوم الذي سدد فيه الملزم قيمة الشيك المادة 2/527 ق.ت.ج نصت على أنه: " أما دعاوى الرجوع المتعلقة بمختلف الملزمين بوفاء الشيك على بعضهم البعضا، فإنها تتقادم بمضي ستة أشهر من تاريخ اليوم الذي سدد فيه الملزم قيمة الشيك أو من اليوم الذي رفعت فيه الدعوى عليه."

5-أما اتفاقية اليونيسترال لعام 1988 فإنها حددت مدة التقادم في المادة 84 منها على النحو الاتي:

"1-لا يجوز بعد انقضاء أربع سنوات ممارسة الحق في إقامة دعوى ناشئة عن السند:

أ – على محرر السند الواجب الدفع عند الطلب أو على ضامنه، وذلك اعتباراً من تاريخ السند.

ب – على القابل أو المحرر في السند الواجب الدفع في ميعاد معين أو على ضامنهما، وذلك اعتبارا من تاريخ الاستحقاق.

ج – على ضامن المسحوب عليه في السفتجة الواجبة الدفع في ميعاد معين وذلك اعتبار من تاريخ الاستحقاق، أو من تاريخ الاحتجاج لرفض السفتجة بعدم القبول، أو من تاريخ عدم القبول في حالة الاعفاء من الاحتجاج.

د – على قابل السفتجة المستحقة الدفع عند الطلب أو ضامنه، وذلك اعتبارا من تاريخ قبولها، أو من تاريخ إنشائها إذا كان التاريخ غير مبين.

ه -على ضامن المسحوب عليه في السفتجة الواجبة الدفع عند الطلب وذلك اعتبارا من تاريخ توقيعه على السفتجة أو من تاريخ انشاءها إذا كان تاريخ القبول غير مبين.

و – على الساحب أو المظهر أو ضامنهما، وذلك اعتبار من تاريخ عمل الاحتجاج لرفض القبول أو رفض الوفاء، أو من تاريخ الرفض في حالة الإعفاء من عمل الاحتجاج[1].

ولا يوجد نص في قانون السفاتج الإنجليزي لعام (1882) لتمديد مدة التقادم في الأوراق التجارية مما يوجب الرجوع إلى قانون التقادم لعام (1939) والذي نص على تقادم الدعوى في

[1] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 232.

العقود بعد ست سنوات من التاريخ الذي كان يمكن إقامتها منه من المدعي أول مرة وبما أنَّ الورقة التجارية عند الانجليزي تعد من العقود البسيطة فإنَّها تخضع لمدة التقادم الخاصة بالالتزامات العقد.

أما فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على التقادم الصرفي، لابد من الاشارة أولا إلى أن الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة بتنازع القوانين في الأوراق التجارية لم تتضمن نصوصا خاصة بتحديد هذا القانون ولهذا لابد من الرجوع إلى الفقه الذي اختلف في هذا الشأن وسبب اختلافه كما يرى الفقيه (Niboyet) هو الخلاف حول التكييف القانوني للتقادم. فمن ذهب إلى اعتبار التقادم من المسائل الإجرائية انتهى بالضرورة إلى تطبيق قانون القاضي في شأنه. ومن رأى اتصال التقادم بالموضوع لم يتردد في إخضاعه للقانون الذي يحكم الحق محل التقادم. ومن انطلق من أن التقادم يهدف أساسا لحماية المدين أخضعه لقانون موطن المدين[1].

وفي ظل هذا التباين بين التشريعات حول المسائل المتعلقة بالتقادم، سنتعرض للحلول ثم لانعكاساتها على الالتزامات الصرفية على النحو التالي:

البند الأول: القانون الذي يحكم تقادم حقوق الدائنية بصفة عامة:

ثمة آراء مختلفة في هذا الشأن، نعرض لها مبينين الرأي الراجح وأسبابه:

أولا: إخضاع التقادم لقانون القاضي:

يخضع أنصار هذا الرأي مسألة التقادم لقانون القاضي المنظور أمامه النزاع، أي المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى، وذلك على اعتبار أن التقادم من المسائل الإجرائية، واستنادا لاعتبارات أخرى هي على النحو الآتي:

[1] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 555.

●الغاية من التقادم هي إبعاد المطالبات التي تحيط بها الشكوك أو التي يتعذر تبريرها. وعلى هذا الأساس تكون غاية التقادم وثيقة الصلة بحسن أداء العدالة في إقليم الدولة، فيخضع من ثم لقانون القاضي.

●ثمة اعتبارات مرتبطة بالنظام العام في داخل دولة القاضي هي التي تفرض إخضاع التقادم لقانون القاضي.

وجدير بالذكر، أن هناك بعض التشريعات تخضع التقادم لقانون القاضي باعتباره من مسائل الإجراءات[1].

والواقع أن ثمة اعتبارات قانونية وعملية تستوجب رفض هذا الرأي، ومن ذلك:

-من الصعب إضفاء الطابع الإجرائي المحض على التقادم. فالملاحظ أن هذا الأخير متصل بموضوع الحق ذاته.

-إخضاع التقادم لقانون القاضي له نتائج لا تخلو من الخطورة أبرزها:

أ-إخضاع التقادم لقانون القاضي يخلق فرصة التحايل والغش من قبل الدائن من خلال تفضيله للمحكمة التي يكون قانونها في صالحه لرفع دعواه أمامها.

ب-ومن جانب آخر، فإن في تطبيق قانون القاضي مفاجأة للدائن الذي لم يتوقع تقادم حقه وفقا لقانون المحكمة التي رفع النزاع أمامها. ذلك أنه من الصعب على الدائن في أغلب الأحيان أن يعلم مسبقا بالمحكمة المختصة بحكم النزاع، كما لو غير المدين موطنه على غير ما كان يتوقع الدائن[2].

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 328.

[2] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 557.

ثانيا: إخضاع التقادم لقانون موطن المدين:

من الحجج التي يقدمها القائلين بتطبيق قانون موطن المدين على التقادم

أ-بما أن من أهداف التقادم حماية المدين، فإنه يتعين إخضاعه لقانون موطنه على أساس أنه القانون الذي يحقق مصالحه.

ب-باعتبار موضوع التقادم هو انقضاء حق الدائنية، لذلك يجب إخضاعه لقانون موطن المدين باعتبار أن في هذا المكان يتركز هذا الحق[1].

ومن الانتقادات التي تعرض لها هذا الرأي:

أ-إن للتقادم طبيعة مركبة حيث يجد أساسه في اعتبارات أخرى غير فكرة حماية المدين. فلماذا نجعل من فكرة حماية المدين وحدها أساسا جوهريا لتحديد القانون الذي يحكم التقادم وإهمال سائر الاعتبارات الأخرى؟

ب-إذا سلمنا جدلا أن وظيفة التقادم الجوهرية هي حماية المدين، فإن ذلك لا يعني بالضرورة أن قانون موطن المدين هو الذي يوفر له الحماية[2]. فقد يوفر ذلك له قانون آخر كقانون جنسية المدين، أو القانون الذي يحكم الإلتزام ذاته. فمن المتصور أن يكون قانون موطن المدين متضمنا لمدة ولأسباب وقف وإنقطاع تفوق طولا وعددا واتساعا تلك التي يتضمنها قانون آخر، كالقانون الذي يحكم الالتزام ذاته.

ج-وأخيرا فإن هذا الرأي تترتب عليه نتائج خطيرة من الناحية العملية أهمها أن إخضاع التقادم لقانون موطن المدين قد ينطوي على مفاجأة للدائن غير عادلة وذلك إذا غير المدين موطنه

[1] عبد العزيز عبد الله، المرجع السابق، ص469.

[2] عائدة محمد شكري نعيم العامودي، المرجع السابق، ص 192.

بعد نشوء الالتزام إلى دولة يضع قانونها مدة تقادم أقصر من تلك التي يقررها هذا القانون الذي يحكم الالتزام ذاته[1].

ثالثا: الرأي الراجح: إخضاع التقادم للقانون الذي يحكم الالتزام ذاته:

يذهب الرأي السائد لدى الفقه والقضاء[2] إلى إخضاع التقادم للقانون الذي يحكم موضوع الالتزام ذاته، على اعتبار أن هذا القانون أكثر اتصالا بالحق أو المركز القانوني محل النزاع. فهذا ما يتفق مع الهدف الحقيقي للتقادم كنظام قانوني، وهو ينظم حقوق والتزامات أطراف العقد، من حيث نطاقها ومداها.

فضلا عن أن هذا الحل يؤدي إلى شيوع روح الطمأنينة والاستقرار لدى أطراف العقد، إذ سيكونون على علم بالمدة التي تنقضي خلالها التزاماتهم[3].

وهذا الحل هو ما أخذت به صراحة مجموعة القانون الدولي الخاص المجرى لعام 1979 (م 4/30)، واتفاقية روما لعام 1980 (م 1/10)، ومجموعة القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 التي نصت المادة 7 منها على أن " يخضع التقادم للقانون الذي يحكم موضوع التصرف أو الرابطة القانونية"، والقانون المدني الألماني لعام 1982 (م 4/32). وكذلك القانون البولوني الصادر سنة 1965[4]. ومقتضى هذا الرأي أن القانون الذي يحكم تقادم الحق في مادة الالتزامات هو قانون العقد إذا كان الدين تعاقديا، وقانون محل الفعل الضار أو النافع إذا كان الدين غير تعاقدي. ويخضع التقادم المسقط للحق العيني لقانون موقع المال شأنه في ذلك شأن التقادم

---

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 331.

[2] وهو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بين سنة 1960 وسنة 1971 حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن القانون الواجب التطبيق على تقادم الالتزام هو القانون الذي يحكم هذا الالتزام. أنظر تلك الأحكام مشار إليها لدى: أشرف وفا محمد، تنازع القوانين في مجال التقادم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص200.

[3] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 559.

[4] أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص 193.

المكسب. أما تقادم دعاوى الحالة فيحكمه القانون الشخصي. وإعمالا لنفس الحكم فإن التقادم في دعاوى إنكار البنوة يحكمه قانون جنسية المراد إنكار نسبه أو قانون جنسيته المراد إثبات النسب إليه بحسب الأحوال، وتقادم دعاوى البطلان والفسخ يحكمها القانون الذي يحكم التصرف الذي خولفت شروطه، أي قانون التصرف المطعون عليه. وتخضع مواعيد السقوط للقانون الذي يحكم موضوع العلاقة القانونية محل النزاع. أما مواعيد الإجراءات فإنها تتصل بعملية سير الخصومة المنظورة أمام القاضي فيحكمها من ثم قانون هذا القاضي[1].

والجدير بالذكر أن التقادم المكسب يدخل في نطاق تطبيق قانون موقع المال بوصفه من وسائل كسب الحقوق العينية[2].

مجمل القول، أن ثمة اعتبارات موضوعية هي التي أدت إلى سيادة الاتجاه القائل بإخضاع التقادم للقانون الذي يحكم الالتزام ذاته. لكن السؤال الذي يطرح نفسه، ما هو نطاق تطبيق هذا القانون؟

متى سلمنا بأن القانون الذي يحكم التقادم هو القانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزام، فإنه يرجع لهذا القانون لمعرفة شروط التقادم وآثاره والمدة التي ينقضي بها الحق.

وإضافة لما تقدم، فإن القانون الذي يحكم التقادم هو المرجع لتحديد الميعاد الذي يبدأ منه التقادم، والحالات التي ينقطع فيها، والأعمال التي تحدث هذا الأثر. على أن تحديد مدى صحة الأعمال التي ينقطع بها التقادم مسألة تخضع للقانون الذي يحكم هذه الأعمال. فلو تعلق الأمر برفع دعوى قضائية للمطالبة بالحق، أو بإقرار الدين بوصفها من أسباب انقطاع التقادم، حيث يرجع

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 333.

[2] أشرف وفا محمد، تنازع القوانين في مجال التقدم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 101.

لتقدير صحة هذه الأعمال وفعاليتها في إحداث هذا الأثر إلى القانون الذي يحكم كل عمل من هذه الأعمال، وهو قانون القاضي بالنسبة للسبب الأول، وقانون الإرادة بالنسبة للسبب الثاني[1].

كما أن القانون الذي يحكم الالتزام ذاته، هو الذي يحدد أثر الاتفاقات المعدلة لأحكامه، فيظهر ما إذا كان من الجائز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه وحكم الاتفاق على المدة التي يتم فيها التقادم غير تلك التي عينها القانون.

وفي الأخير، يكون لهذا القانون تحديد أسباب الوقف، فهو المرجع لمعرفة ما إذا كان التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات يسري في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا أم لا يسري هذا التقادم[2].

البند الثاني:

القانون الذي يحكم التقادم الصرفي

والسؤال المطروح في هذا الخصوص، هل يمكن تعدية الحل المتقدم الذي قال به الفقه المعتمد في مصر وفرنسا إلى نطاق الأوراق التجارية، قولا بأن هذا الحكم عام وأن لا خصوصية للأوراق التجارية تجعلها تطغى على هذه القاعدة؟

بعبارة أخرى، هل يطبق الحل المعتمد–بالرغم من تكريسه لمذهب التعدد–أم يجب أن ندافع – حتى آخر لحظة من عمر الورقة–عن مذهب الوحدة في هذا الصدد؟

في الواقع إن الأمر فيه خلاف:

---

[1] راجع في ذلك حكم محكمة Puaيونيو 1981. ص 569 تعليق Agostini حيث قضت المحكمة بأنه: "إذا تعلق الأمر بدعوى مرفوعة أمام القضاء الفرنسي فغن فكرة التقادم ذاتها وطبيعة ونطاق الأعمال التي يقف بها التقادم أو ينقطع يجب تقديرها بالرجوع للقانون الفرنسي". مشار إليه لدى: عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 334.

[2] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 562.

يتجه الفقه الغالب في فرنسا ومصر إلى تطبيق القاعدة العامة التي بمقتضاها يخضع التقادم للقانون الذي يحكم الالتزام ذاته. أي أنه يطبق في هذه الحالة القانون الذي يسري على آثار التزام كل مدين على حدة. وهو في الجزائر قانون الإرادة، أو قانون الموطن أو الجنسية المشتركة، أو قانون محل الالتزام بحسب الأحوال طبقا للمادة 18 من القانون المدني. ومقتضى هذا الرأي أن يتم الأخذ بمذهب التعدد مع ما يترتب عليه من قبول مواعيد للتقادم تختلف من التزام لآخر من الالتزامات الواردة في الورقة، تبعا للقانون الذي يحكم كل التزام على حدة.

ويرى البعض أن هذا الحل يرتب نتائج غير مقبولة، باعتراف أنصار مذهب التعدد أنفسهم. إذ أن تطبيق هذا الرأي يعني قبول مواعيد تقادم قد تكون مختلفة من التزام لآخر من الالتزامات الواردة في الورقة التجارية، وذلك بحسب القانون الواجب التطبيق على كل التزام[1]. ويدل على صواب هذا الرأي ما تقضي به المادة 464 من القانون التجاري الجزائري السابقة الذكر.

على إثر ما تقدم، حق لنا أن نتساءل عن ماهية القانون الذي يحكم التقادم الصرفي في السند التجاري؟

ذهب جانب من الفقه إلى وجوب تطبيق قانون واحد يحكم التقادم الصرفي في الورقة التجارية، وهو قانون محل الوفاء باعتباره قانون السند الذي تندمج فيه كافة الالتزامات التي يمكن أن يلحقها التقادم.

في حين يذهب الفقه الغالب في فرنسا-ويسانده القضاء-إلى خضوع التقادم الصرفي لقانون واحد هو قانون محل إصدار السند. وهذا الحل ينسجم مع نص المادة 5 من اتفاقية جنيف لسنة 1930 والمادة 6 من اتفاقية جنيف لسنة 1931، أن مدة التقادم من المسائل التي تخضع لقانون محل إنشاء السند الذي يسري بالنسبة "لمواعيد استعمال دعوى الرجوع إزاء كل الموقعين"[2].

---

[1] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 563.

[2] Arminjon, Précis de Droit international privé commercial, op. cit, p. 206.

في ضوء ما تقدم فإن قانون محل إصدار السند هو الذي يحدد مدة التقادم وأسباب الوقف والانقطاع. ومع ذلك فإن قانون القاضي هو الذي يسري بالنسبة للنظام الإجرائي للتقادم، إعمالا لنص المادة 23 مكرر2 من القانون المدني الجزائري، وتقابلها المادة (22) من القانون المدني المصري.

يحدد هذا القانون المرحلة من الدعوى التي يجوز فيها الدفع بالتقادم، وما إذا كان القاضي يستطيع أن يحكم بالتقادم من تلقاء نفسه أم لا[1]. وفي معرض تقديم الفقه لهذه الاتجاهات، يذهب البعض، إلى أن الحل الأمثل بشأن القانون الواجب التطبيق على التقادم الصرفي، يتمثل في التمييز بين المسائل التي تتصل بأثار الالتزام، وتلك المتعلقة بطبيعة التقادم والإجراءات الخاصة به.

والحقيقة أن المسائل المتعلقة بالتقادم الصرفي متنوعة، وتتميز من حيث الحل الذي يطبق عليها في حال تنازع القوانين إلى فئتين:

الأولى: المسائل التي تتصل بآثار الالتزام، كمدة مرور الزمن، وتحديد بدء سريانه، وأسباب انقطاعه أو إيقافه، ويرجع بشأنها إلى القانون المتفق عليه بين طرفي الالتزام، وإلا قانون محل نشوء هذا الالتزام، وفي ذلك قضت محكمة التمييز اللبنانية " بأن القانون الذي يحكم مرور الزمن هو بالنسبة لكل مدين، قانون البلد الذي نشأ فيه التزامه"[2].

[1] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 337.

[2] تمييز لبناني 1926/2/23، مجموعة الاجتهاد المختلط، ج1، ص 336، رقم 15. مشار إليه لدى: إدوار عيد، المرجع السابق، ص 113.

والثانية: المسائل المتعلقة بطبيعة مرور الزمن، وبالتحديد ما إذا كان يقوم على قرينة الوفاء، أم استقرار المعاملات[1]، وكذلك المسائل المتعلقة بالإجراءات الخاصة بمرور الزمن، كالوقت الذي يجوز فيه أن يدلي به أثناء الدعوى وكيفية التمسك به، وهل يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه؟ إن هذه المسائل، إذ تتعلق في أساسها بإجراءات التراع أو بقواعد الإثبات، يطبق بشأنها قانون الدولة التي يرفع التراع أمام محاكمها[2]. وفي ذلك يؤكد جانب من الفقه المصري على مسألة تحديد مرحلة الدعوى التي يجوز فيها الدفع بالتقادم، وكذلك مدى حق القاضي في الحكم بالتقادم من تلقاء نفسه، مسالة تخضع بداهة لقانون القاضي بوصفها من مسائل الإجراءات[3]. ويلاحظ أن بعض التشريعات تجيز للحامل الذي سقط حقه بالإهمال أو بمرور الزمن الرجوع على بعض الملتزمين في السند بدعوى الإثراء بلا سبب، ولكن ثمة تباينا بين هذه التشريعات بشأن تعيين الملتزمين الذي يجوز للحامل الرجوع عليهم بهذه الدعوى.

فمنها ما يقر الرجوع على الساحب، كالتشريع الألماني والتشريع السويسري، ومنها ما يتيح الرجوع على جميع الملتزمين كالمظهرين والمتدخلين، كالتشريع الإيطالي والتشريع السويدي. وهناك تشريعات لا تجيز الرجوع بدعوى الإثراء، بل تقر للحامل حق الرجوع على المدين الأصلي وعلى الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء بدعوى الصرف إلى أن تسقط بالتقادم. فعند قيام التنازع، ما هو القانون الذي يجب تطبيقه في هذا الصدد؟

---

[1] وهو ما نصت عليه المادة 71/511 من تقنين قانون التجارة الفرنسي لسن 2000، حيث اعتبرت التقادم المنصوص عليه في تلك المادة هو قرينة على الوفاء غير قابلة لاثبات العكس بالشهادات البسيطة والقرائن الواقعية، ولكنه يبطل الوفاء بالاعتراف وباليمين. وهو ما كان عليه الحال في ظل التقنين الفرنسي لسنة 1935 بمقتضى المادة 179.

-Cass.com 26 novembre 1970, Dalloz, 1971, p. 396.

[2] إدوارد عيد، المرجع السابق، ص 113.

[3] محسن شفيق، القانون التجاري-المصري-الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 1175. هشام صادق، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول، المرجع السابق، ص 849.

يذهب الرأي الراجح إلى وجوب تطبيق القانون الذي يسري على آثار التزام الموقع الذي يخاصمه الحامل. فهذا القانون يحدد ما إذا كان يحق للحامل الإدعاء على أساس الإثراء بلا سبب، وما هي شروط هذه الدعوى وموضوعها، ومن توجه إليه، وما إذا كانت من دعاوى الصرف أم دعوى عادية، وإذا كانت تخضع لتقادم خاص بها[1]

[1] نايف عبد العال حنون الفرا، المرجع السابق، ص 567.

الخاتمة

لقد حاولنا من دراسة موضوع "إشكالية تنازع القوانين في السندات التجارية"، إبراز الأهمية الكبيرة لهذه السندات-وبصفة خاصة السفتجة-في نطاق العلاقات الخاصة الدولية. وحتى تتمكن هذه السندات من أداء دورها، بصفة فعالة على الصعيد الدولي، لابد من إخضاع الالتزامات الصرفية الناشئة عنها، لنظام قانوني متجانس يحفظ للسند التجاري وحدته ولا يمزق أصوله بين أكثر من قانون.

ومع قناعة الدول أن الطريق الأمثل لكي تحقق الأوراق التجارية وظيفتها على المستوى الدولي، هو العمل على توحيد القواعد القانونية الخاصة بها.

استحدثت العديد من الاتفاقيات الدولية في ذلك، من أبرزها اتفاقية جنيف لسنة 1930 والمتعلقة بالسفتجة والسند لأمر، واتفاقية جنيف لسنة 1931 والمتعلقة بالشيك. على أن هذه الاتفاقيات لم تقض على حالات تنازع القوانين بشكل كلي، كما أن حالات تنازع القوانين بشأن الأوراق التجارية بقيت قائمة، بالأخص بالنسبة للتشريعات التي لم تنظم إلى اتفاقيات جنيف.

وقد كان لنا أن نستخلص من هذه الدراسة، عجز قواعد الإسناد في القانون المدني والتي تحكم التصرفات القانونية بصفة عامة، عن أن تقدم الحلول الملائمة بشأن السندات التجارية. لذا فضلنا البحث عن القانون الذي يحكم الالتزامات الصرفية بما يتفق مع طبيعتها ووظيفتها الخاصة. على إثر ذلك توصلنا عبر هذا البحث لمجموعة من النتائج والمقترحات والتوصيات نوضحها فيما يلي:

-من أهم النتائج التي تتضح لنا من خلال الدراسة، هي الغياب التام للتنظيم القانوني لهذا الموضوع في الجزائر. عكس التشريعات المقارنة -كالتشريع المصري-التي وبالرغم من عدم معالجتها لهذا الموضوع بشكل تام، إلا أنها نظمت بعض المسائل المتعلقة بالأوراق التجارية. من بينها المسألة المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على أهلية الملتزم، والقانون الواجب التطبيق على

الجوانب الشكلية في السفتجة، وترك المسائل المتبقية دون تنظيم. كما أن الأحكام القضائية الخاصة بهذا الموضوع تكاد تنعدم أيضا.

-قد أظهرنا في هذه الدراسة أنه بالنسبة لأهلية الملتزم الصرفي، قررت الاتفاقية المبدأ العام المستقر في القانون الدولي الخاص، وهو خضوع الأهلية لقانون الجنسية، ولكنها في الوقت ذاته، فتحت ميدانا للخلاف لم ينته بعد من خلال الاستثناءات التي أوردتها بهذا الشأن. فقررت مبدأ إحالة القانون الوطني لقانون دولة أجنبية دون أن تنهي الجدل الدائر بشأن مدى الإحالة ومفهومها. ومن جهة أخرى أعطت للدول المتعاقدة الموقعة على الاتفاقية حق التحفظ على ما تقرره من استثناء على المبدأ العام. بالإضافة لذلك لم تقدم الاتفاقية حلولا بشأن عديمي الجنسية ومتعددي الجنسيات.

أما في إطار القوانين الوطنية أوضحنا أنه بالنسبة للأهلية اللازمة للالتزام الصرفي، فإن إخضاعها لقانون جنسية الملتزم-كما هي القاعدة العامة في شأن التصرفات عموما-أمر يثير صعوبات بالغة في خصوص الأوراق التجارية. وتكمن الصعوبة بالنسبة للحامل الأخير للورقة في أن يقف على جنسية الملتزمين فيها. وتزداد الصعوبة كلما ازداد عدد الملتزمين في السند. وبدلا من أن يصبح تواتر التوقيعات على الورقة مصدر ثقة فيها يغدو مبعث قلقل وعدم اطمئنان، وهو ما تتثاقل معه الورقة في التداول. وبالتالي يعيق عملها في نطاق التجارة الدولية بصورة غير مرغوب فيها.

وعليه أكدنا على ضرورة البحث عن القانون الذي يحكم أهلية الالتزام الصرفي لعدم ملاءمة حكم المادة 10 من القانون المدني الجزائري في هذا الشأن، نظرا لما للأوراق التجارية من خصوصية. وخلصنا إلى أنه الأجدر أن يطبق في هذا الصدد قانون محل إبرام التصرف جنبا إلى جنب مع قانون الجنسية.

-وفيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية في الورقة، رأينا أن اتفاقية جنيف جاءت خالية من القواعد المحدد للقانون الواجب التطبيق على الرضا والمحل والسبب، تاركة هذا الأمر لفقه وقضاء وتشريع كل دولة على حدة. مما ضاعف مشكلات تنازع القوانين في هذا الجانب.

وفي مقابل ذلك رأينا أن حكم المادة 18 مدني جزائري لا تسري على الشروط الموضوعية إلا في الفرض الذي يتفق فيه أطراف الالتزام الصرفي على تطبيق قانون معين ليحكم هذه الشروط، شرط ألا يكون مفتعلا أو ظاهرا في الورقة ذاتها إعمالا لمبدأ الكفاية الذاتية. وفي غير ذلك وضحنا أنه إذا لم يعين الأطراف القانون الذي يحكم التزامهم صراحة، يتعين على القاضي الجزائري البحث عن الحل المناسب على ضوء المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص.

ونقترح في ذلك أن تخضع الشروط الموضوعية في الورقة التجارية (الرضا والمحل والسبب) لقانون محل إنشاء الورقة أو قانون محل الوفاء بها، ما لم يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه (قانون الإرادة الصريحة للملتزمين في السند). ويرجع في تحديد الآثار المترتبة على مخالفة الشروط الموضوعية في السند التجاري للقانون الواجب التطبيق على تلك الشروط.

-وبالنسبة لتحديد الق.و.ت على شكل الالتزام الصرفي، أوضحنا أن المادة 19 من القانون المدني الجزائري والخاصة بحكم شكل التصرفات القانونية بوجه عام لا يمكن أن تطبق على الالتزامات الصرفية، فهذه المادة تشير إلى ضوابط –مثل قانون الجنسية المشتركة وقانون الموطن المشترك للمتعاقدين- وهي غير ملائمة لحكم السندات التجارية. وعليه على القاضي البحث على حل لهذه المسألة طبقا لأحكام ومبادئ القانون الدولي الخاص.

وهذه المبادئ العامة تفضي إلى إخضاع شكل الالتزام الصرفي-بما هو معمول به في اتفاقية جنيف-لقانون الدولة التي نشأت فيها الورقة.

وفي الحالة التي يكون فيها الالتزام غير صحيح شكلا طبقا لقانون محل صدور السند إلا أنه صحيح شكلا وفقا لقانون دولة القاضي فلا يكون للعيب الشكلي الذي لحق التصرف (وفق قانون محل نشوء الالتزام) أثر على صحة الالتزامات التي تنشأ لاحقا بموجب السند التجاري في دولة القاضي

-وفيما يتعلق بالقانون الذي يحكم آثار الالتزامات الصرفية التي ترد على السند، رأينا أن اتفاقية جنيف قررت قاعدة تقضي بإخضاع آثار الملتزمين لقانون بلد الإبرام، مما زاد من مشكلات السندات التجارية، إذ ألقت عبئا على الحامل يتمثل في تقصي أحكام عدد من القوانين بقدر عدد الملتزمين في الفرض الذي تتعدد فيه الدول التي وقع كل منهم فيها التزامه.

وفيما يخص القوانين الوطنية خلصنا إلى أنه لا ينبغي تطبيق نص المادة 18 من ق.م.ج، بشأن آثار الالتزامات الصرفية في الورقة التجارية، لما ترتبه من نتائج شاذة تعيق تداول الورقة. وقد رأينا أن قانون محل إنشاء السند-من حيث الأصل-هو وحده القادر على تفادي كل تلك الصعوبات.

أما بشأن التزام حامل الورقة التجارية بتقديمها للقبول والتزام المسحوب عليه بالقبول والآثار المترتبة عليهم، وبالنسبة للشروط الموضوعية والشكلية للقبول والقبول الجزئي، ومقابل الوفاء، فإننا نرى أنه من الأجدر أن تخضع لقانون دولة الوفاء بالورقة التجارية.

-ولما كان الوفاء بقيمة السند هو غاية العمليات الصرفية جميعا التي ترد على الورقة عند حلول ميعاد الاستحقاق، فإنه يبدو مطلوبا من الوجهتين القانونية والعملية أن يخضع تنفيذ الالتزامات الصرفية من حيث الأصل لقانون محل الوفاء بالورقة.

-إن كل من قانون محل الإنشاء السند كأصل وقانون محل الوفاء بالورقة يشغلان مكانا هاما بما يتوافر فيهما من خصائص. ففي هذا المكان أو ذاك-بحسب الأحوال-يتحقق "الأداء المتميز" فهما يتميزان بالتأكيد والوضوح فيسهل الوقوف عليهما من قبل أطراف الالتزام الصرفي. بالإضافة إلى ذلك فإن في إعمال قانون محل الإصدار أو قانون محل الوفاء من شأنه أن يؤدي إلى وحدة

القانون الواجب التطبيق على الالتزامات الصرفية لتفادي تجزئة السند وما يؤدي إليه ذلك من نتائج شاذة من الوجهتين القانونية والعملية.

في ضوء ما سبق، وعلى هدي ما خلصنا إليه من نتائج، نوصي بالآتي:

-على الجزائر الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتجارة الدولية عموما والاتفاقيات المتعلقة بالأوراق التجارية على وجه الخصوص، لأن مثل هذا الانضمام من شأنه أن يساعد على تحديد القانون الذي تخضع له المعاملات التجارية الدولية التي تكون الجزائر طرفا فيها.

-لعدم ملاءمة قواعد الاسناد المقررة بشأن التصرفات التعاقدية العادية، لحكم الالتزامات الصرفية. العمل على سن قواعد اسناد خاصة بالسندات التجارية تستند إلى طبيعتها الخاصة، وتراعي وظائفها، وتيسر تداول هذه السندات.

قائمة المراجع

1-باللغة العربية:

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: الكتب والمؤلفات

-المراجع العامة:

1.-أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين المناهج أصولا ومنهجا، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 1996

2.-أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001/2000

3.-إدوار عيد، الإسناد التجارية(المبادئ العامة- سند السحب-السند لأمر)، ط1، مطبعة النجوى، بيروت، 1966

4.-أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج2 (تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2008

5.-بسام محمد الطراونة، باسم محمد ملحم، شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، ط1، دار الميسرة للنشر والتوزيع، عمان،2014

6.-جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة، بغداد، 1949،

7.-حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2001

8.-حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والمقارن، وائل للنشر والتوزيع، عمان، ط 1، 2002

9.-حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: المبادئ العامة لتنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005

10.-زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين (في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005)، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر،2008

11.-سامي بديع منصور، أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2000

12.-سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، بيروت-لبنان، 1994

13.-سامي بديع منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص-تنازع الاختصاص التشريعي، ج1، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2009

14.-سامي عبد الله، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، ط1، دار العلوم العربية، بيروت، 1987

15.-سميحة القيلوبي، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، مصر، 1987

16.-صلاح الدين الناهي، الوسيط في شرح القانون التجاري، احكام الاوراق التجارية، ط 4، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1963

17.-عبد الحميد الشواربي، الأوراق التجارية (الكمبيالة، السند لأمر، الشيك)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ب.س.ن

18.-عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج1، ط11، مطابع الهيئة المصرية، 1986

19.-عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الج2، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982

20.-عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 1، في الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق (مركز الأجانب)، ط9، دار النهضة العربية القاهرة ،1972

21.-عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار الجامعية الجديدة، 2007

22.-عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، ط1، دار الهومة، الجزائر، 2006

23.-غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص-الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص وتنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة)، ط2، 1998

24.-فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009

25.-فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، النشر الثاني، نشر وتوزيع ابن خلدون، الجزائر، 2003

26.-كمال محمد أبو السريع، الأوراق التجارية في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983

27.-محسن شفيق، القانون التجاري المصري الأوراق التجارية، ط1، دار المعارف، الإسكندرية، 1954.

28.-محمد السيد الفقي، القانون التجاري-الأوراق التجارية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2005

29.-محمد حسين عباس، الاوراق التجارية في التشريع الكويتي، الكمبيالة، السند للآمر، الشيك، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، ب.س.ن

30.-محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري-النظرية العامة للالتزامات، ج1، ط2، دار الهدى، الجزائر، 2004،

31.-محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط2، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1982

32.-محمود محمد هاشم، الأوراق التجارية في منازعتها في النظام السعودي، ب.د.ن، 1988

33.-مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس وفقا لأحكام قانون التجارة الجديد رقم 17 سنة 1999، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، القاهرة، 2010.

34.-مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، الإسكندرية، 1973

35.-مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكتروني الحديثة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005

36.-موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج1، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989

37.-هاني دويدار، القانون التجاري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008

38.-هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995،

39.-هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط3، منشأة المعرف، الإسكندرية،1974

40.-هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (الكتاب الثاني: تنازع القوانين)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1999

41.-هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003

-المراجع الخاصة:

1.بن داود ابراهيم، الأسناد التجارية في القانون التجاري الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر،2011

2.-أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1989

3.-أشرف وفا محمد، تنازع القوانين في مجال التقدم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006

4.-حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.

5.-خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2002

6.-رزق الله انطاكي، السفتجة أو سند السحب، مطبعة جامعة دمشق، 1965

7.-سامية راشد، دور المادة 24 مدني في حل مشكلات تنازع القوانين "نظرة مستقبلية"، دار النهضة العربية، 1985

8.-سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي للأسناد التجارية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006

9.-صالح المترلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006

10.-عكاشة عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، الدار الجامعية، لبنان، 1991

11.-عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية-دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007

12.-عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، ط2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012

13.-محمود مختار بريري، القواعد الخاصة بالشيك وفقا لأحكام قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 وتعديلاته، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة 2005،

14.-هشام علي صادق، الجنسية المصرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2002

15-لطيفة الداودي، الحماية القانونية لحامل الكمبيالة-الحماية المدنية-، الطبعة الأولى، المطبعة الوطنية والوراقة الوطنية، مراكش،2000.

-الرسائل الجامعية:

1.-حبار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1987

.2-خليفي مريم، الرهانات القانونية للتجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012

3.-رحاوي آمنة، دور الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2017/2016

4.-زهير عباس كريم، مقابل وفاء الورقة التجارية، رسالة ماجستير، بغداد، 1986

5.-زيدون بختة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان-2010-2011

6.-سمير جبر دويكات، تنازع القوانين في السفتجة الدولية (سند السحب) وفقا لمشروعي قانون التجارة والقانون المدني الفلسطيني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت كلية الدراسات العليا معهد الحقوق، فلسطين،2005.

7.-عاطف عبد الحميد عبد المجيد ندا، الفكرة المسندة في قاعدة" خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها" دراسة مقارنة في تنازع القوانين، رسالة دكتوراه، القاهرة، 2006

8.-عائدة محمد نعيم شكري العامودي، تنازع القوانين في الأوراق التجارية وفقا لاتفاقية جنيف دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، 1995

9.-علي حميد عبد الرضا، تنازع القوانين في الأوراق التجارية-دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، العراق،2005

10.موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، رسالة ماجستير، جامعة أب بكر بلقايد تلمسان، 2012/2011

11.-نايف عبد العال حنون الفرا، تنازع القوانين في الأوراق التجارية-دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين الشمس، 2015

12.-يوسف عودة غانم، التضامن الصرفي في الأوراق التجارية، رسالة ماجستير، جامعة بابل، 2004،

13-بهية خلافة، تداول السندات التجارية عن طريق التظهير، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2008/2007

-المقالات والمداخلات:

1.إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بالشيك دوليا، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، القاهرة،2001

2.أحمد عبد العزيز، مسألة تعدد الجنسيات وموقف القانون السوري منها، مجلة جامعة دمشق-المجلد 19، العدد 1، 2003

3.جميل عبد الغصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، الحلبي، بيروت، 2007

4.خرشي عمر معمر، وضعية عديمي الجنسية بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر-بسكرة، العدد 5، 2018

5.عبد الناصر بلميهوب، دراسة تحليلية ناقدة للمادة 18 من التقنين المدني الجزائري، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول "تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، يومي 21 و22

أفريل 2010، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة، منشور عبر الموقع الإلكتروني:
www.manifest.univ-ouargla.dz

6.عدنان باقي لطيف، إشكاليات تطبيق قانون الجنسية على أهلية الالتزام الصرفي-دراسة مقارنة منشور على الموقع الإلكتروني:
https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=96312

7.علي سليمان العبيدي، عدم التمسك بالدفع في قانون الصرف المغربي، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد الثاني، المغرب، 1970

8.عيسى زرقاط، القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية، مداخلة ملقاة في ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور يومي 21 و22 أفريل 2010، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة، منشور في الموقع الإلكتروني:
https://manifest.univ-ouargla.dz

9.فائق الشماع، الشكلية في الأوراق التجارية، مجلة القانون المقارن، العدد العشرون،1987

10.فائق الشماع، سقوط حق حامل الورقة التجارية المهمل، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد 1و2، بغداد، 1987

11.فوزي محمد سامي، مقابل الوفاء في السفتجة، مجلة القانون المقارن، العدد 4و5، بغداد، 1972،

12.مجيد حميد العنبكي، مفهوم المقابل في الحوالة التجارية (السفتجة) في القانون الانجليزي، مجلة العلوم القانونية، المجلد العاشر، العدد الثاني، 1994

.13محمد سعد الدين، قانون الإرادة وضوابط إعماله لحل مشكل تنازع القوانين في العقود الدولية، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 10، 2013

14.نور الدين بوسهرة، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، العدد 12، 2011

15.وسام توفيق عبد الله، مبادئ القانون الدولي الخاص، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 16، العدد 57، 2018

16.يوسف فتيحة، إشكاليات تنازع القوانين في الالتزامات الصرفية، مداخلة ملقاة في يوم دراسي حول "إشكاليات ممارسة الحقوق في العلاقات الخاصة الدولية-واقع وآفاق"، مخبر القانون الخاص الاساسي، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 27 جانفي 2016، غير منشورة

-النصوص القانونية:

1-الاتفاقيات الدولية:

1. لاتفاقية جنيف الموحدة لعام (1930) المتضمن القانون الموحد المتعلق السفتجة والسند للامر.

2.لاتفاقية جنيف الموحدة لعام (1931) المتضمن القانون الموحد المتعلق بالشيك.

3.اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج والسندات الاذنية الدولية (الاونيسترال) لعام (1988) مطبوعات الأمم المتحدة 1994.

2-النصوص القانونية الداخلية:

1-القوانين والأوامر:

1.مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الصادر سنة 1998

2.قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980.

3.قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999،

4.نظام الأوراق التجارية السعودي لسنة 1383

5.قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984

6.القانون المدني المصري رقم131 لسنة 1948

7.الأمر رقم 75-58المؤرخ في 1975/09/26المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10المؤرخ في 20جوان 2005والقانون رقم 07-05المؤرخ في 2007/05/13المتضمن القانون المدني الجزائري.

8.الأمر رقم 05-01 مؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للأمر 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائري، المنشور في ج.ر العدد 15 لسنة 2005.

9.القانون رقم 08-09 المؤرخ في25 فبراير2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

10.الأمر رقم 59/75مؤرخ في 20رمضان عام 1395الموافق 26سبتمبر سنة 1975المتضمن القانون التجاري. معدل ومتمم إلى غاية قانون رقم 02/05المؤرخ في 6فبراير 2005.

2-المراسيم:

المرسوم 64-173 المؤرخ في 1964/06/08، الج.ر العدد 15، سنة 1964، المؤرخ في 25 جويلية 1963. عديمي الجنسية.

المرسوم التشريعي رقم 08/93 مؤرخ في 25 أبريل سنة 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 59/75 المتضمن القانون التجاري، ج.ر رقم 27 المؤرخة في 27 أفريل 1993.

-باللغة الفرنسة:

1-**Ouvrages**

.1-Arminjon, Précis de Droit international privé commercial, paris, Dalloz,1948.

.2-Bloch, Effets de commerce, Droit International privé, Dalloz, 1985

.3-Dominique Bureau, l'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois, Mélanges en hommage afrançoisterée, presses universitaires de France, éd. Paris 1999

.4-Goldman, les conflits de lois en matiére d'arbitrage international de droit privé, Litec, 1987

.5-Loscot et Roblot , Les effets de commerce, Lettre de change, billets à ordre, paris, 1953.

.6-Loussouarn et Brebin, Droit de commerce international, Paris, sirey, 1969

.7-Pierre Mayer, Droit International Privé, 5e éd, Morchestien, 1994

.8-Roblot, les effets de commerce, sirey,1975

2- Thèses:

.1-Chemaly, Conflits des lois en matiére d'effets de commerce, thése paris,1981

: 3convention

.1convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

.2-convention européenne sur l'arbitrage commercial, Genéve, 21 avril 1961.

-باللغة الإنجليزية:

.1-Maurice mrgah and Frnak, ryder byles on bill of exchange, 25 th edition , London 1983.

.2-Robert Charls, International Law of Commercial Law, Law book publishers, second edition, London, 1961.

.3-Disey, Morris, the conflict of law, volume 2, 10 the edition, London, 1980.

-القوانين:

.1-Bills of exchange act 1882 – united kingdom

.2-Bills of exchange act 1985 – Canada

-الاتفاقيات الدولية:

.1-Convention for The Settlement OF Certain Conflicts Of Law In connection with Bills of Exchange and promissorynotes. Signed at Genva. 7 June 1930 entred into force on 1 January 1934.League of Nations. Treaty Series.vol. CXLII

.2-Inter American convention on conflict of laws concerning bills of exchange , promissory notes and invoices, 1975.

الفهرس

شكر وتقدير أ

إهداء ب

قائمة بأهم المختصرات: ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.

مقدمة - 1 -

الباب الأول:القانون الواجب التطبيق على صحة نشأة السندات التجارية **10**

الفصل الأول:القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية في السندات التجارية - 10 -

المبحث الأول:القانون الذي يحكم أهلية الالتزام الصرفي - 12 -

المطلب الأول:خضوع أهلية الالتزام الصرفي لقانون الجنسية - 13 -

الفرع الأول:المقصود بأهلية الالتزام الصرفي - 14 -

البند الأول:أهلية الملتزم الصرفي الراشد (الأهلية الكاملة) - 14 -

البند الثاني:أهلية الملتزم الصرفي القاصر - 16 -

الفرع الثاني:تطبيق قانون الجنسية على أهلية الالتزام الصرفي - 17 -

البند الأول:تطبيق قانون جنسية الشخص وفقا لاتفاقيتي جنيف(1930-1931) - 18 -

البند الثاني: تطبيق قانون جنسية الشخص على أهلية الملتزم الصرفي وفقا للقانون الجزائري والقانون المقارن - 19 -

الفرع الثالث:- 24 -صعوبات تطبيق قانون الجنسية على أهلية الالتزام الصرفي - 24 -

البند الأول:انعدام جنسية الملتزم بالسند التجاري - 25 -

البند الثاني:تعدد جنسية الملتزم بالسند التجاري - 27 -

المطلب الثاني:الاستثناءات الواردة على مبدأ خضوع أهلية الالتزام الصرفي لقانون الجنسية - 31 -

الفرع الأول:الاستثناءات الواردة على المبدأ العام وفقا لاتفاقيتي جنيف 1930-1931 - 32 -
البند الأول:الإحالة من القانون الوطني إلى قانون آخر - 33 -
البند الثاني:تطبيق قانون محل نشوء الالتزام - 35 -
الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ خضوع الأهلية لقانون الجنسية وفقا للقانون الجزائري - 37 -
البند الأول:الاستثناء الخاص بالجهل المغتفر بالقانون الأجنبي - 37 -
البند الثاني:وجود نص في قانون خاص أو معاهد - 40 -
البند الثالث: مدى ملائمة حكم المادة 2/10 من القانون المدني الجزائري لحكم أهلية الالتزام الصرفي - 43 -
الفرع الثالث: دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تطويع المادة 10 بشأن أهلية الالتزام الصرفي. - 45 -
البند الأول:مفهوم المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص - 46 -
البند الثاني:دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في مجال أهلية الالتزام الصرفي - 54 -
المبحث الثاني:القانون الواجب التطبيق على رضا ومحل وسبب الالتزام الصرفي - 56 -
المطلب الأول:القانون الذي يحكم الرضا في الالتزام الصرفي - 57 -
الفرع الأول: قدرة ضابط قانون الإرادة على تحديد القانون الذي يحكم الرضا في الالتزام الصرفي - 59 -
البند الأول:مفهوم قانون الإرادة كضابط إسناد لحل مشكل تنازع القوانين - 59 -
البند الثاني:تقدير قاعدة قانون الإرادة في الالتزام الصرفي - 66 -
الفرع الثاني:كيفية تحديد قانون الإرادة المنصوص عليه في المادة 1/18 ق.م.ج لحكم الرضا في السندات التجارية - 70 -
البند الأول:الاتفاق الصريح على القانون الواجب التطبيق على الرضا في الالتزام الصرفي - 70 -

البند الثاني:عدم اتفاق الأطراف صراحة على القانون الواجب التطبيق على الرضا في الالتزام الصرفي - 72 -
المطلب الثاني:القانون الواجب التطبيق على شرطي المحل والسبب في الالتزامات الصرفية - 75 -
الفرع الأول:القانون الذي يحكم محل الالتزام الصرفي - 76 -
الفرع الثاني:القانون الذي يحكم سبب الالتزام الصرفي - 78 -
الفصل الثاني:القانون الذي يحكم الشروط الشكلية في السندات التجارية والأثر المترتب على مخالفة شروط صحة الالتزام الصرفي - 80 -
المبحث الأول:القانون الذي يحكم شكل الالتزامات الصرفية - 81 -
المطلب الأول:القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزام الصرفي وفقا لاتفاقيتي جنيف - 82 -
الفرع الأول:- 83 -خضوع شكل الالتزام الصرفي لقانون محل الالتزام - 83 -
البند الأول:تطبيق قانون المحل على شكل الالتزام الصرفي - 83 -
البند الثاني:نطاق تطبيق قانون محل نشوء الالتزام على شكل الالتزام الصرفي - 87 -
ثانيا: شكل الالتزام الصرفي - 90 -
الفرع الثاني:الاستثناءات الواردة على مبدأ خضوع شكل الالتزامات الصرفية لقانون المحل - 92 -
البند الأول:الاستثناءين المتعلقين بالسفتجة والسند لأمر والشيك - 92 -
البند الثاني:الاستثناء الخاص بالشيك وكيفية تحديد محل نشوء الالتزام - 100 -
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزام الصرفي وفقا للقانون الجزائري والمقارن - 103 -
الفرع الأول:القانون الذي يحكم شكل الالتزام الصرفي في التشريع الجزائري - 104 -
البند الأول:دور المادة 19 من ق.م.ج في تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزام الصرفي - 105 -

البند الثاني: مدى ملاءمة الحلول المتضمنة في المادة 19 ق.م.ج لحكم شكل الالتزامات الصرفية - 106 -
الفرع الثاني: القانون الذي يحكم شكل الالتزام الصرفي في القانون المقارن (القانون المصري) - 112 -
البند الأول: القاعدة - 113 -
البند الثاني: الاستثناء الوارد على القاعدة - 114 -
المبحث الثاني:الأثر المترتب على مخالفة شروط صحة الالتزام الصرفي الشكلية والموضوعية - 117 -
المطلب الأول:القانون الذي يحكم أثر مخالفة الشروط الموضوعية للالتزام الصرفي - 118 -
الفرع الأول:سندات المجاملة - 119 -
البند الأول: المقصود بسندات المجاملة - 119 -
البند الثاني: بطلان سندات المجاملة - 120 -
البند الثالث: سندات المجاملة في نطاق العلاقات الخاصة الدولية - 121 -
الفرع الثاني:الصورية - 121 -
المطلب الثاني:أثر مخالفة الشروط الشكلية في السندات التجارية - 123 -
الفرع الأول: الترك - 124 -
البند الأول: تخلف أحد البيانات الإلزامية في السندات التجارية (السفتجة كمثال) - 124 -
البند الثاني: تحديد القانون الذي يحكم الالتزام الصرفي المعيب شكلا لترك أحد البيانات الإلزامية - 129 -
الفرع الثاني:التحريف أو التزوير - 132 -
البند الأول: بالنسبة لمن أجرى التحريف أو التزوير - 132 -
البند الثاني: بالنسبة للموقعين الآخرين على السند التجاري - 134 -

الباب الثاني:القانون الواجب التطبيق على آثار السندات التجارية وتنفيذها - 135 -

الفصل الأول:القانون الواجب التطبيق على آثار إنشاء الالتزامات الصرفية - 136 -
المبحث الأول: إبراز موقف مذهبي الوحدة والتعدد حول القانون الذي يحكم آثار الالتزام الصرفي وموقف التشريعات المختلفة منهما - 137 -
المطلب الأول: مذهبي الوحدة والتعدد بشأن القانون الواجب التطبيق على آثار الالتزامات الصرفية - 138 -
الفرع الأول:المفاضلة بين مذهب التعدد والوحدة - 138 -
البند الأول: مضمون مذهب التعدد - 138 -
البند الثاني: مضمون مذهب الوحدة - 142 -
الفرع الثاني:تقدير مذهب التعدد والوحدة بشأن آثار الالتزام الصرفي - 144 -
المطلب الثاني:موقف التشريعات المختلفة من مذهبي الوحدة والتعدد - 148 -
الفرع الأول:موقف القانون الجزائري من مذهبي الوحدة والتعدد - 148 -
الفرع الثاني:موقف اتفاقية جنيف 1930 والقانون المقارن من مذهبي الوحدة والتعدد - 151 -
البند الأول: موقف اتفاقية جنيف 1930 من مذهبي الوحدة والتعدد - 151 -
البند الثاني: موقف القانون المقارن من مذهبي الوحدة والتعدد - 153 -
المبحث الثاني:تحديد القانون الذي يحكم الالتزامات الصرفية في السندات التجارية - 155 -
المطلب الأول:القانون الواجب التطبيق على آثار التزام الساحب والمسحوب عليه القابل- 155 -
الفرع الأول:القانون الواجب التطبيق على التزام الساحب في السند التجاري - 155 -
البند الأول: القانون الذي يحكم التزام الساحب أو المحرر في السند التجاري وفقا لاتفاقية جنيف 1930 - 155 -
البند الثاني: القانون الذي يحكم التزام الساحب أو المحرر في السند التجاري وفقا للقانون الجزائري والمقارن - 157 -
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على التزام المسحوب عليه القابل (في السفتجة) والمحرر (في السند لأمر) - 164 -

البند الأول: القانون المختص بمقتضى اتفاقية جنيف 1930 - 164 -
البند الثاني: القانون المختص بمقتضى أحكام القانون الجزائري والمقارن - 175 -
المطلب الثاني:القانون الواجب التطبيق على التظهير والضمان الاحتياطي - 181 -
الفرع الأول:القانون الواجب التطبيق على التزام المظهر في السند التجاري - 181 -
البند الأول: القانون الذي يحكم التزام المظهر وفقا لاتفاقيتي جنيف 1930-1931 - 181 -
البند الثاني: القانون الذي يحكم التزام المظهر وفقا للقانون الجزائري والمقارن. - 182 -
الفرع الثاني:القانون الواجب التطبيق على آثار التزام الضامن الاحتياطي - 194 -
البند الأول: القانون الواجب التطبيق على الضمان الاحتياطي وفقا لأحكام اتفاقيتي جنيف- 195 -
البند الثاني: القانون الواجب التطبيق على الضمان الاحتياطي وفقا لأحكام القانون الجزائري والمقارن - 196 -
المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء في السند التجاري - 199 -
الفرع الأول:مقابل الوفاء في السفتجة - 200 -
البند الأول: موقف اتفاقية جنيف 1930 - 201 -
البند الثاني: وضع المسألة في القانون الجزائري والمقارن - 201 -
الفرع الثاني:مقابل الوفاء في الشيك - 214 -
البند الأول: وضع المسألة في اتفاقية جنيف 1931 - 215 -
البند الثاني: وضع المسألة في القانون الجزائري - 215 -
الفصل الثاني:القانون الواجب التطبيق على تنفيذ الالتزامات الصرفية - 218 -
المبحث الأول:القانون الواجب التطبيق على مسائل الوفاء المتصلة بكل من حامل السند والمسحوب عليه - 219 -
المطلب الأول:القانون الذي يحكم حقوق والتزامات حامل السند التجاري - 219 -
الفرع الأول:القانون الواجب التطبيق على الاستحقاق - 220 -

البند الأول: القانون الواجب التطبيق على الاستحقاق وفق أحكام اتفاقية جنيف - 221 -
البند الثاني: القانون الواجب التطبيق على الاستحقاق وفق أحكام القانون الجزائري والمقارن - 221 -
الفرع الثاني:القانون الواجب التطبيق على تقديم السند التجاري للوفاء - 225 -
البند الأول: القانون الواجب التطبيق على تقديم السند التجاري للوفاء وفق أحكام اتفاقيتي جنيف - 226 -
البند الثاني: القانون الواجب التطبيق على تقديم السند التجاري للوفاء وفق أحكام القانون الجزائري والمقارن - 227 -
الفرع الثالث:القانون الذي يحكم الوفاء في حالة ضياع السند أو سرقته - 229 -
البند الأول: القانون الذي يحكم حالة ضياع السند التجاري وفقا لأحكام اتفاقية جنيف - 229 -
البند الثاني: القانون الذي يحكم حالة ضياع السند التجاري وفقا لأحكام القانون الجزائري والمقارن - 230 -
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بالوفاء من جانب المسحوب عليه - 233 -
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على التزام المسحوب عليه بالوفاء بالورقة التجارية وفقا لأحكام الاتفاقية جنيف - 233 -
الفرع الثاني:القانون الواجب التطبيق على التزام المسحوب اليه بالوفاء بالورقة التجارة وفقالأحكام القانون الجزائري والمقارن - 235 -
البند الأول: الوفاء المبرئ - 235 -
البند الثاني: الوفاء الجزئي - 237 -
البند الثالث:الوفاء بطريق التدخل (الوفاء بالوساطة) - 239 -
البند الرابع: نقود الوفاء - 241 -

المبحث الثاني:القانون الواجب التطبيق على الرجوع الصرفي وسقوط الحق بالرجوع - 244 -
المطلب الأول:القانون الذي يحكم حالات الرجوع الصرفي وشروط تحققها - 246 -
الفرع الأول:القانون الواجب التطبيق على حالات الرجوع - 247 -
الفرع الثاني:القانون الواجب التطبيق على مدى لزوم الاحتجاج - 251 -
المطلب الثاني:القانون الذي يحكم ممارسة حق الرجوع - 255 -
الفرع الأول:طرق الرجوع - 256 -
الفرع الثاني:دعوى الرجوع - 257 -
الفرع الثالث:موضوع دعوى الرجوع - 258 -
المطلب الثالث:القانون الذي يحكم سقوط الحق بالرجوع والتقادم الصرفي - 261 -
الفرع الأول:القانون الواجب التطبيق على سقوط حق الحامل بالرجوع - 262 -
الفرع الثاني:القانون الواجب التطبيق على التقادم الصرفي - 270 -
البند الأول: القانون الذي يحكم تقادم حقوق الدائنية بصفة عامة: - 273 -
البند الثاني: القانون الذي يحكم التقادم الصرفي - 278 -

الخاتمة **283**

قائمة المراجع **287**

الفهرس **300**

الملخص:

للسندات التجارية أهمية بالغة في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، فهي مرتبطة ارتباطا وثيقا بزيادة حركة التجارة الدولية ونموها. ونظرا للحماية التي تقدمها هذه السندات لحاملها على الصعيد الداخلي، فإنه يجب على هذه الحماية أن تنتقل أيضا إلى المستوى الدولي حين يثور مشكل تنازع القوانين بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق.

على إثر ذلك، فقد تم تبيان من خلال هذه الدراسة الأحكام التي جاءت بها اتفاقية جنيف بخصوص القانون الواجب التطبيق على السندات التجارية، وإبراز الصعوبة التي تكتنف هذا الموضوع في القانون الجزائري الذي لم يعالج مسائل تنازع القوانين في هذا الخصوص، وتم الوصول إلى ضرورة لجوء القاضي الجزائري للمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص من أجل تحديد القانون الذي يتماشى والطبيعة الخاصة لهذه السندات.

الكلمات المفتاحية: السندات التجارية–تنازع القوانين–السفتجة–القانون الواجب التطبيق.

-Résumé

Les effets de commerce sont très importants dans le cadre des relations privées internationales et sont étroitement liées à l'augmentation et à la croissance du commerce international. Compte tenu de la protection que ces effets assurent à leur porteur au niveau national, cette protection doit être étendue au niveau international lorsque se pose le problème du conflit de lois pour déterminer la loi applicable. Par conséquent, cette étude a démontré les dispositions de la Convention de Genève relatives à la loi applicable aux effets commerciales et a souligné la difficulté de ce sujet dans le droit algérien, qui n'a pas abordé les questions de conflit de lois à cet égard. Nous avons conclu à la nécessité pour le juge algérien de recourir aux principes généraux du droit international privé pour déterminer quelle loi est compatible avec la nature particulière de tels liens.

Mots-clés : effets de commerce, conflit de lois, lettre de change, loi applicable.

-Abstract

Commercial bonds are very important in the scope of international private relations and are closely linked to the increase and growth of international trade. Given the protection these bonds provide to their holder at the domestic level, such protection must be extended to the international level when the problem of conflict of laws arises in determining the applicable law. Consequently, this study demonstrated the Geneva Convention provisions relating to the law applicable to commercial bonds and highlighted the difficulty of this topic in Algerian law, which has not addressed conflict of laws issues in this regard. We concluded the need for the Algerian judge to resort to general principles of private international law to determine which law is consistent with the special nature of such bonds.

Keywords: commercial bonds, conflict of laws, bill of exchange, applicable law.