دار المنظومة
DAR ALMANDUMAH
الرواد في قواعد المعلومات العربية

العنوان: اجتهادات فى فقه القضاء: الكمبيالة أنموذجاً
المصدر: حولية فقه القضاء التونسي
الناشر: كلية الحقوق بصفاقس - مدرسة الدكتوراه
المؤلف الرئيسي: الكشو، المنصف
المجلد/العدد: ع3
محكمة: نعم
التاريخ الميلادي: 2015
الصفحات: 191 - 239
رقم MD: 933558
نوع المحتوى: بحوث ومقالات
اللغة: Arabic
قواعد المعلومات: IslamicInfo
مواضيع: فقه القضاء المدنى، الكمبيالة، القضاء التونسى، القانون التونسى
رابط: http://search.mandumah.com/Record/933558

© 2021 دار المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الالكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو دار المنظومة.

اجتهادات في فقه القضاء: الكمبيالة أنموذجا

منصف الكشو

رئيس دائرة بمحكمة التعقيب

لم يعرف النظام القانوني في تونس تقنينا لمختلف الأوراق التجارية إلا في سنة 1959 بصدور المجلة التجارية. ولقد أفرد لها المشرع الباب الثالث من المجلة بالفصول من 269 إلى 412. ويمكن تعريفها من جهة المصطلحات التجارية بأنها " *صك يكتب بشكل يجعله قابلا للتداول يمثل حقا (مبلغا من النقود) ويستحق الوفاء إما بالإطلاع أو بعد تاريخ معين وتشمل الشيك والكمبيالة والسند لأمر الناشئ عن عملية تجارية*"[1]. هي بمختلف أصنافها تقوم بثلاث وظائف أساسية فهي أداة لإبرام الاتفاق والمعاملة الصرفية وتحويل النقود من محل إلى آخر وأداة ائتمان لكونها تضمن الدفع عند أجل الحلول وتمثل حماية كافية لحاملها تجعله يطمئن إلى قبولها بديلا عن النقود. ومن الملاحظ أن القانون الصرفي يحصن حامل الورقة التجارية بقواعد خاصة لدعم التعامل بالأوراق التجارية وحماية الثقة فيها وضمان مصالح المتعاملين بها.

ومن خصائصها أنّها أداة وفاء تقوم مقام النقود كالشيك والائتمان والتداين كالكمبيالة وتسهل تنقلها سواء بالتظهير أو بالتسليم المباشر – المناولة –. وتتضمن دائما دينا معين المبلغ باعتبارها تتضمن دفع مبلغ من

---

[1] معجم المصطلحات التجارية والمالية والمصرفية، إعداد أحمد زكي بدوي/صديقة يوسف محمود، نشر دار الكتاب المصري / دار الكتاب اللبناني، الطبعة الأولى، 1994، الصفحة 70، عدد 351.

النقود في أجل محدد وهو ما يجعلها تصلح بديلة عن النقود في المعاملات تتضمن دائما دينا معين المبلغ باعتبارها تتضمن دفع مبلغ من النقود في أجل محدد وهو ما يجعلها تصلح بديلة عن النقود في المعاملات. وتمثل دينا مستحق الأداء بمجرد الإطلاع أو بعد أجل قصير. فهي مقبولة بدل النقود فهي تقوم مقامه في المعاملات التجارية.

وتعتبر الكمبيالة أول سند نموذجي ومن أقدم الأوراق التجارية[2] فقد استعملها الفرس وسمّوها السفتجة كما عرفها العالم الإسلامي[3]. وتثير بالنسبة لعمل القاضي عديد الإشكاليات الفقهية والعملية تتطلب منه دراية بنظامها القانوني بما ييسر له حفظ حقوق المتعاملين بها[4].

ويعرّف الفصل 269 من م ت الكمبيالة بأنها سند مكتوب يتضمن بيانات إلزامية حددها القانون. وتتضمن أمر ساحبها إلى شخص المسحوب عليه – المدين – بأن يدفع مبلغ معين من النقود لحاملها أو لشخص ثالث – المستفيد – في تاريخ معين أو لدى الإطلاع. ويتّضح من هذا التعريف أن الكمبيالة تشمل ثلاث علاقات قانونية مركبة **أولها** بين الساحب وهو الدائن والمسحوب عليه وهو المدين بمبلغ مالي يساوي الدين ويسمى هذا الدين "المؤونة" **والثانية** بين الساحب والمستفيد عند تداول الكمبيالة بالتظهير

---

2 يجيز الفصل 59 من م م م ت استخلاص الديون الناتجة عن أوراق تجارية باستعمال إجراءات الأمر بالدفع. بما يعني أن الأوراق التجارية هي الوثائق المحررة بشكل معيّن والمتضمنة التزاما بدفع مبلغ مالي وقابلة للتداول حسب القواعد الصرفية. وقد تولت عدة تشريعات تنظيم الأوراق التجارية ولكن دون بيان المقصود منها ودون تعريفها فلم يتضمن مثلا الكتاب الثالث من المجلة التجارية في تونس تعريف الأوراق التجارية واكتفى بتبويبها وتنظيمها لا غير على خلاف بعض التشريعات الأخرى كالمشرع العراقي الذي عرف الأوراق التجارية بأنها محرر شكلي بصيغة معينة يتعهد بمقتضاها شخص بأمر شخص آخر بأداء مبلغ محدد من النقود في زمان ومكان معينين ويكون قابلا للتظهير أو المناولة. (شكري أحمد السباعي، الوسيط في قانون التجارة المغربي، الجزء الثاني، الأوراق التجارية، نشر دار المعرفة ن الطبعة الثانية 1989 الصفحة 8).

3 الطيب اللومي، الوسيط في الأوراق التجارية في التشريع التونسي، (الكمبيالة، الشيك، السند لأمر) مركز الدراسات والبحوث والنشر، طبعة 1993 الصفحة 10.

4 من الملاحظ أن بعض السندات تثير الإشكال بخصوص انتمائها للأوراق التجارية نظرا لقابليتها للتداول مثل مقابيض الصندوق les bons de caisse أو الفواتير les factures فهي وإن كانت تتضمن مبلغا من المال وتثبت معاملة تجارية فإنها لا تعتبر أوراقا تجارية أولا لأن المشرع تكفل بتعداد الأوراق التجارية وثانيا لأنها تفتقد الخصائص التي تقوم عليها الأوراق التجارية فهي لا تقوم مقام النقود . وينطبق ذلك أيضا على سندات القرض المنظمة بأحكام القانون عدد 52 المؤرخ في 11 ماي 2000 فهي قابلة للتداول والتظهير وتخضع لعديد الأحكام التي تنظم الكمبيالة ولكنها غير مدرجة في الأوراق التجارية فهي تظل سندا في إثبات الدين.

فيكون الأول مدينا للثاني وأما **الثالثة** فهي تنشأ بين المستفيد والمسحوب عليه.

وتعتبر الكمبيالة وفقا للفصل 269 من م ت " *عملا تجاريا مهما كان الأشخاص المتعاملون بها*" ويعتبرها فقه القضاء كذلك مهما كان الغرض من سحبها فهي عمل تجاري بالشكل ذلك أن كل من تشمله الكمبيالة بالتوقيع قبولا أو تظهيرا يعتبر قد قام بعمل تجاري حتى وإن لم يكن تاجرا أو تم استعمالها في غرض غير تجاري ولذلك تنطبق عليها مقتضيات القانون التجاري في جميع الأحوال ما لم تنقض عنها تلك الصفة بمرور الزمن .

ومن جهة المصطلحات تُعرف الكمبيالة Lettre de change بأنها " *صك يحرره شخص يسمى الساحب يأمر فيه شخصا آخر يسمى " المسحوب عليه " بالوفاء بمبلغ من النقود في تاريخ معين أو بالإطلاع لأمره أو لأمر شخص ثالث يسمى " المستفيد* "[5] .

وتكون الكمبيالة مستحقة الدفع عند تقديمها أو عند نهاية المهلة التي يمنحها الدائن بعد تقديمها الى المدين Lettre de change à vue. وتكون أيضا وسيلة من وسائل الوفاء بالديون في التجارة الخارجي Lettre de change documentaire فهي تسمى كمبيالة مُستندية. وتختلف عن الكمبيالة على الخارج Lettre de change sur l'étranger التي تعني الكمبيالة التي تسحب في بلد وتستحق الدفع في بلد أخر[6] .

أما في فقه القضاء فقد عرّفت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة الكمبيالة بأنها " *وثيقة مجسّمة للتعامل بين الطرفين وترجمان تبادل بين إرادتين بالتزام بالتّسلم والتسليم ينجر عنه في صورة الإخلال حق المطالبة بمؤونتها من جهة وحق المطالبة بالمبالغ المضمنة بها من جهة أخرى*"[7]. وقد سبق لإحدى دوائرها أن عرفتها بأنها: " *ورقة مكتوبة من شخص يسمى الساحب وهو منشؤها الذي يعطي توكيلا بموجبها لشخص آخر*

---

5 معجم المصطلحات التجارية والمالية والمصرفية، مرجع سابق، الصفحة 40، عدد 175.

6 نفس المرجع عدد 1382/557//708.

7 القرار التعقيبي الجزائي عدد 7250 المؤرخ في 22 فيفري 2007، قرارات الدوائر المجتمعة، 2007/2006، الصفحة 471.

يسمى المسحوب عليه بأن يدفع لشخص ثالث وهو الحامل أو المستفيد مبلغا ماليا في تاريخ معين"[8]. وأقرت الصبغة التجارية للكمبيالة إذ اعتبرتها " *وثيقة تجارية مهما كان الأشخاص المتعاملون بها*"[9]. ورغم هذه الصبغة التجارية فإنها تُخضعها في بعض الصور إلى القانون المدني. فقد أكدت بأن الكمبيالة تخضع لنظام قانوني مزدوج لأنها " *ورقة تجارية خاضعة لأحكام القانون الصرفي وضوابطه إلاّ أنها تظل في الوقت ذاته سندا مدنيا يخوّل اعتماد القانون المدني العام بحيث أن الإمتياز الممنوح لها بوصفها سندا تجاريا لا ينزع عنها صبغتها الأساسية*"[10]. وبالتالي فهي سند ينشأ علاقة بين عدة أطراف. وهي علاقة مديونية وفق فقه القضاء[11] " *يمكن القول أن العلاقة القانونية القائمة بين الأطراف الثلاثة في الكمبيالة هي بالأساس علاقة مديونية، فالساحب دائن للمسحوب عليه بقدر المؤونة مقابل ما أعطاه من أشياء ذات قيمة كتزويد ببضاعة يكون ثمنها هو مؤونة الكمبيالة والمستفيد دائن للساحب بمبلغ مالي بنفس المقدار*" ويجوز لحامل الكمبيالة أن يستصدر في شأنها أمرا بالدفع لأنه يعتبر قد " *انبنى على سند دين ثابت وصحيح وهي الكمبيالة*"[12].

وقد تطرق الفقه وفقه القضاء إلى عدة مسائل بشأن الكمبيالة كورقة تجارية وكسند مدني وأوضحت محكمة التعقيب عديد المسائل التي

---

8 قرار تعقيبي مدني عدد 3559 مؤرخ في 2001/2/1، نشرية محكمة التعقيب، عدد 2 لسنة 2001، الصفحة 140.

9 قرار تعقيبي مدني عدد 4350 مؤرخ في 3 ماي 1982، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، الجزء الثالث، الصفحة 131.

10 تعتبر محكمة التعقيب بقرارها عدد 2012/ 73765 مؤرخ في 2012/10/2 (غير منشور) أن فض النزاع التجاري يكون وفق قواعد القانون التجاري دون ما يمنع تطبيق القانون المدني وذلك ردا على المطعن حول عدم جواز تطبيق القانون المدني من طرف الدائرة التجارية قولا بـ "*وحيث خلافا لهذا المطعن فإن الدائرة التجارية مختصة بالنظر في النزاع طالما أنه يخص نزاع تجاري لثبوت صفة التاجر في طرفيه وتعلقه بنشاطهما التجاري وأن ذلك لا يقضي تطبيق أحكام مجلة الالتزامات والعقود على النزاع فلا مانع في القانون أن تبت الدائرة التجارية على أساس قواعد القانون المدني طالما لم توجد استثناءات أو خصوصيات في ذلك فكلما لم توجه أحكاما خاصة في النزاعات التجارية كأحكام التفليس أو غيرها فإنه يقع الرجوع إلى أحكام القانون المدني كقانون اصلي وتصدر الأحكام على مقتضاها كما أنه من جهة أخرى فقد خول المشرع عند إحداث الدوائر التجارية من الفصل 40 من م م م ت لهذه الأخيرة الحكم وفق قواعد الصلح ومبادئ العدل والإنصاف عند الاقتضاء ويتجه تبعا لذلك رد هذا المطعن*".

11 القرار التعقيبي المدني عدد 2803 مؤرخ في 2004/12/6، نشرية محكمة التعقيب، عدد 2 لسنة 2004، الصفحة 317.

12 قرار تعقيبي مدني عدد6344/2013 مؤرخ في 4 نوفمبر 2014 (غير منشور).

أثارت النقاش القانوني حول صحتها وتداولها واستخلاص قيمتها. وهو ما يطرح إشكالية معرفة اجتهادات فقه القضاء وإسهاماته في تفسير وتطوير التشريع المتعلق بالكمبيالة. وقد برز هذا الدور من خلال اجتهادات فقه القضاء حول صحة الالتزام الصرفي **(الفرع الأول)** وحول المنازعات التي تمنع الخلاص **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

اجتهادات فقه القضاء في المنازعات المتصلة بالالتزام الصرفي

شملت الاجتهادات المنازعات حول صحّة الالتزام الصرفي **(الفقرة الأولى)** وسقوطه **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: المنازعات المتصلة بصحة الالتزام الصرفي

تطرح المنازعات بشأن صحة الالتزام الصرفي كلما طرأ على الكمبيالة عيب شكلي طال إحدى بياناتها الوجوبية **(1)** أو كلما طرأ على الكمبيالة عيب أصلي طال إحدى شروط قيامها الأصلية **(2)**

1- خلو الكمبيالة من إحدى بياناتها الوجوبية

لئن كان خلو الكمبيالة من أحد بياناتها الوجوبية الواردة بالفصل 269 من م ت من شأنه أن ينزع عن السند صفة الكمبيالة **(أ)** فإن التشريع وفقه القضاء خفّفا في بعض الحالات من حدة هذا الجزاء **(ب)**.

أ- الخلل الشكلي ينزع عن السند صفة الكمبيالة

نص المشرع بالفصل 269 من م ت على أن السند الذي خلا من أحد البيانات الوجوبية المنصوص عليها بالفصل 269 لا يعد كمبيالة. وعلى هذا الأساس فلا مناص من احترام البيانات الوجوبية وهي شكليات تكتسي أهمية لأن وظيفتها وغايتها هي بالأساس حمائية. فهي تحمي المسحوب عليه والحامل ومختلف الملتزمين في الكمبيالة ليكون كل طرف على بينة من التزاماته وحقوقه

« *le formalisme cambiaire acquiert une fonction de protection essentielle* »[13].

ومن هذا المنطلق فإنه يجوز لكل طرف أمضى على الكمبيالة أن يثير الخلل الشكلي ويدفع ببطلان الكمبيالة . ويواجه بهذا البطلان الساحب والحامل وإن كان على حسن نية. ولم يتأخر قضاة الأصل في تطبيق أحكام الفصلين 269 و 289 من م ت وسعوا إلى تفعيل الدفع بالبطلان في حق الكفيل لخلل شكلي بالكمبيالة[14]. فمن المفروض إذن أن تحتوي الكمبيالة على البيانات التي تكسبها حجية وقوة نفاذ تجعل حاملها على علم بكل عناصر موضوعها بما يُسهل تداولها فتقوم بدورها كأداة للتداين. ولتحقيق هذه الغاية اشترط المشرع توفر الكمبيالة على عدة بيانات وشروط شكلية لإنشائها نص عليها بالفصل 269 من م ت يجب أن تظهر في شكل كتب يحتويها. وقد رتب جزاء لغياب إحدى البيانات الوجوبية فنص بالفصل 269 المذكور على أن السند "*لا يعد كمبيالة*" إلا في بعض الحالات التي تدخل فيها لتصحيح الكمبيالة عندما يتعلق النقص بأجل الحلول أو مكان الدفع أو مكان الحلول. ويمكن القول في هذا المجال ببطلان الكمبيالة بطلانا مطلقا من الناحية الصرفية وفقا للفصل 325 من م ا ع لخلوها من مكوناتها وموجبات إنشائها. فقد اعتبرت محكمة التعقيب[15] أن البيانات الواردة بالفصل 269 من م ت ومنها تاريخ الإنشاء لها اتصال بالنظام العام بما يعني أن للقاضي من تلقاء نفسه التمسك بخلو السند من موجباته وعدم اعتماده ككمبيالة. ويدفع المدين عادة عند المطالبة القضائية ببطلان الكمبيالة لخلوها من البيانات الوجوبية. فقد دفع المدين - المسحوب عليه -[16] ببطلان الكمبيالة لعدم استيفائها شروطها القانونية عملا بالفصل 269 من م ت لأنها لا تحتوي على إمضاء الساحب ولم يوقعها سوى المسحوب عليه بصيغة القبول. وقد اعتبرت

---

13 KH. KARROUBI, « La théorie de l'apparence en matière de lettre de change », RJL, juin 2000, p. 9.

14 Khalil Kharrat, Le paiement de la lettre de change, Mémoire pour l'obtention du diplôme de Mastère en Droit privé. Année universitaire 2005/2006, p. 116.

15 قرار تعقيبي مدني عدد 2489 مؤرخ في 27 فيفري 1964، م ق ت 1965، الصفحة 454.

16 قرار تعقيبي مدني عدد 8818 مؤرخ في 28 فيفر 2008. قرارات الدوائر المجتمعة 2009/2008 الصفحة 99.

الدائرة التعقيبية[17] أن الكمبيالة غير الموقعة من الساحب مثلما يوجبه الفصل 269 من م ت لا يمكن أن تكون سندا لاستصدار الأمر بالدفع ونقضت لذلك قرار محكمة الاستئناف الذي اعتبر الكمبيالة سند دين مدني في غياب بياناتها الشكلية. غير أن محكمة الإحالة تمسكت بموقفها وأقرت الأمر بالدفع وبموجب الطعن ثانية لنفس السبب القانوني تعهدت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب وفقا للفصل 192 من م م م ت وانتهت إلى القول بـ : * بأن الكمبيالة التي لا تحتوى على توقيع منشئ السند تعتبر خالية من إحدى البيانات الوجوبية ولا تعتبر سندا صرفيا لبطلانه. قولا " *وحيث أن الفصل 269 من المجلة التجارية صريح البيان وواضح الدلالة في وجوب أن تتضمن الكمبيالة جملة من البيانات ومن ضمنها توقيع منشئ السند الذي إن خلا من أحد البيانات الوجوبية لا يعتبر كمبيالة ولا يصلح أن يكون سندا صرفيا لبطلانه*" وقد كانت تبنت نفس الموقف[18] قولا بأنه من المسلم به أن الكمبيالة تشتمل عدة شروط شكلية لصحتها وإذا خلت من أحد الشروط فان الوثيقة لا تعتبر كمبيالة وإنما مجرد وثيقة تتضمن التزاما.

أما بخصوص تاريخ الإنشاء فتعتبر المحكمة بأنه " *أحد الأركان الجوهرية للكمبيالة وأن خُلُو السند منه يفقده قيمته على صعيد الإحتجاج طبق قواعد الصرف*". وتضيف المحكمة في قرار آخر[19] أن الكمبيالة التي خلت من تاريخ الإنشاء لا تصنف من ضمن الكمبيالات فهي تفقد صفة الكمبيالة قولا " *وحيث طالما اتضح أن الوثائق التي استندت إليها العارضة في الأصل واعتمدتها محكمتا الموضوع كانت خالية من بيان تاريخ إنشائها وهو ما لا يجعلها مصنفة ضمن الكمبيالة حسب التعريف والشروط الواردة بالفصل 269 من المجلة التجارية وترتيبا عليه فلا يمكن الاستناد إليها لاستصدار الأمر بالدفع المنتقد وان محكمة القرار المنتقد لما تجاوزت ذلك المطعن تكون قد خرقت القانون من هذه الناحية*" ويتبين وضوح الرأي في تطبيق الفصل 269 من م ت فخلو الكمبيالة بحسب فقه القضاء من إحدى البيانات الوجوبية يفقد ها قيمتها الصرفية ولا يمكن أن يتأسس عليه الأمر

---

17 قرار تعقيبي مدني عدد 27077 مؤرخ في 3 فيفري 2004 (غير منشور).

18 قرار تعقيبي مدني عدد 28177 مؤرخ في 1993/1/27، النشرية عدد 1 لسنة 1993، الصفحة 271.

19 قرار تعقيبي مدني عدد 44409 مؤرخ في 2011/2/10 (غير منشور).

بالدفع على معنى الفصل 59 من م م م ت[20]. غير أن الجزاء الصريح لم يمنع المشرع والقاضي من التخفيف من حدة الشكليات لحماية حامل السند.

ب- التخفيف من حدّة الشكليات لحماية حامل السند

لا تعتبر الكمبيالة التي خلت من بعض بياناتها الوجوبية فاقدة لكل صبغة إلزامية لأن المشرع وضع حلولا للتخفيف من حدّة الشكليات وتصحيح الكمبيالة ولأن القاضي بدوره يسعى إلى تصحيح الكمبيالة عن طريق معادلة الشكليات[21].

ب-1: تصحيح الكمبيالة: تقنية معادلة الشكلية

يهدف التصحيح إلى إزاحة جزاء إبطال السند الذي خلا من أحد بياناته على أساس مبدأ تعويض الشكلية الناقصة بما يعادلها حتى تؤدي الكمبيالة وظيفتها وتنتج آثارها. ويمكن القول بأن هذه المعادلة هي من صلاحيات المشرع *غير أن فقه القضاء أقرها من جهته في بعض الصور*.

* **على مستوى التشريع**: وهو التصحيح بموجب التشريع فينص على تعويض الشكلية الناقصة بما يعادلها وفقا للفصل 269 م ت. ويظهر ذلك في ثلاث صور:

- الأولى تتعلق بخلو الكمبيالة من أجل الحلول، وتعوض تلك الشكلية بأن يكون الأداء عند الإطلاع.

---

20 نذكر في باب المقارنة بين الشيك كورقة تجارية والكمبيالة أن المشرع يشترط بالفصل 346 من المجلة التجارية أن تحتوي ورقة الشيك على عدة بيانات ويضيف بالفصل 347 أنه إذا خلا الشيك من الأمور المبينة بالفصل السابق فانه لا يعتبر شيكا عدى صورتي التصحيح اللتين أوردهما بخصوص مكان الدفع ومكان الإنشاء غير أن فقه القضاء لا ينفي عن الورقة صبغة الشيك من الناحية الجزائية فهو وإن نفى عنه صفة الشيك من الناحية التجارية ومن جهة طلب الأداء عند خلوه من بياناته فإنه يعتبره شيكا من الناحية الجزائية. وقضت الدوائر المجتمعة في ذلك أن "*السند يعتبر شيكا على معنى القانون الجزائي ولو خلا من بعض البيانات الشكلية المتداولة في مختلف صيغ الشيكات التي تسلمها البنوك ومتضمّنا لأمر من الساحب إلى المسحوب عليه بأن يدفع للمستفيد مبلغا ماليا بمجرد الإطلاع بحيث لا يثير أي شك لدى متسلمه من منشئه من أنه تسلم شيكا حقيقيا*": انظر القرار التعقيبي الجزائي عدد 58075/2009 صادر عن الدوائر المجتمعة في 2014/11/6 (غير منشور).

21 Le formalisme par équivalent.

- والثانية تخص مكان الدفع فإذا لم يتم تعيينه، فإن تلك الشكلية تعوض بالمكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه.

- في حين تتعلق الثالثة بمكان الإنشاء، فإذا لم يتم بيانه فإن تلك الشكلية تعوض بالمكان المبين بجانب اسم الساحب بالكمبيالة.

* **أما على مستوى فقه القضاء** فإنه سعى بدوره إلى تصحيح الكمبيالة عن طريق معادلة الشكليات لإنقاذ القيمة الصرفية للسند الذي خلا من بعض بياناته. وهو ما يطرح السؤال عن نشأة العمل بالتصحيح في فقه القضاء المتعلق بالكمبيالة ومداه ؟

ب-1-1: نشأة العمل بتصحيح الكمبيالة في فقه القضاء

إن الحديث عن نشأة العمل بتصحيح الكمبيالة في فقه القضاء يستدعي التطرق إلى سبب نشأة المبدأ وإقراره **أولا** ثم التطرق إلى أساسه ومبناه **ثانيا**.

أولا: إقرار المبدأ نشأت فكرة التصحيح بمعادلة الشكلية في فقه القضاء بسبب سكوت المشرع عن تعويض النقص في البيانات خارج الحالات التي نص عليها صراحة بالفصل 269 من م ت . فتلك الحالات وردت على سبيل الحصر ويتعين من الناحية الإجرائية التقيد بها بما لا يسمح نظريا لفقه القضاء إضافة حالات أخرى إليها طالما وأن الأمر يتعلق بمسالة إجرائية شكلية. غير أن فقه القضاء سعى إلى إنقاذ الصبغة الصرفية للكمبيالة فاجتهد في توسيع مجال التصحيح. ويمكن القول من خلال مراجعة فقه القضاء أن أول تطبيق لفكرة التصحيح يرجع لسنوات الستين وبالتحديد إلى سنة 1965 [22] أي بعد ست سنوات من المصادقة على القانون عدد 129 المؤرخ في 5 أكتوبر 1959 المتعلق بالقانون التجاري. وقد قبلت محكمة التعقيب لأول مرة تصحيح الكمبيالة التي كانت خالية من اسم المستفيد وهو الساحب الذي تم تعويضه "معادلته" بإمضاء الساحب بموجب التظهير[23].

---

[22] القرار عدد 25611 بتاريخ 9 نوفمبر 1965، مجلة القضاء والتشريع، 1969.

[23] Voir : Hafidh Kithem, « Le sauvetage de la valeur cambiaire du titre incomplet par la neutralisation jurisprudentielle », « Infos juridiques », N°162/163 Septembre 2013, p.13.

تعتبر هذه النشأة المتسرعة منتظرة فهي نتيجة لسكوت القانون من جهة وصرامته من جهة أخرى، فهو قد أرسى فكرة معادلة الشكليات أو تعويض التنصيص الناقص بآخر تتضمنه الكمبيالة في صور محددة، فكان تدخله قاصرا على تجاوز بعض الشكليات لا غير مما أضر بحامل الكمبيالة، وهو ما دفع القاضي إلى الاجتهاد للتخفيف من صرامة الشكليات بموجب معادلة الشكليات. لكن ما هو الأساس الذي اعتمده فقه القضاء في ذلك؟

ثانيا: أساس المبدأ تأسست فكرة التصحيح في فقه القضاء على عنصرين **أولهما** يهم سلطة القاضي و**ثانيهما** يهم النصوص القانونية.

بخصوص سلطة القاضي يمكن القول بأن الصيغة العامة للنص القانوني في حاجة إلى التفسير لتنزيلها على الوضعيات موضوع النزاع. ويُحمل على القضاء واجب تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع لتتطابق الحقيقة القانونية مع الحقيقة الواقعية. غير أنه في المادة التجارية بالخصوص لا يقتصر دوره على تطبيق القاعدة القانونية فهو يُفسّرها ويُطبقها بأكثر اتساع وأعمق مدى بما يُخوله تعويض تنصيص بآخر موجود بالكمبيالة كلما تبين له أن التنصيص المُعَوِّض يؤدي نفس الوظيفة للتنصيص الناقص أي المُعَوَّض ويعطي نفس الضمانات التي يوفرها الشكل المستوجب فيمكن مثلا أن تعوض التسمية التجارية للمدين اسم المسحوب عليه طالما أنها دالة عليه أو أن تعوض بعض الأحرف أو ختم المؤسسة اسم الساحب أو المسحوب عليه لأنها اختصار لتسميته وتدل عليه خاصة بالاستناد إلى السجل التجاري للشركة المدينة.[24] وقد اتخذت محكمة التعقيب

[24] قرار تعقيبي مدني عدد 24049 مؤرخ في 17 ديسمبر 2015 (غير منشور) في القرار أعلاه نازعت المعقبة - المحكوم ضدها - في صفتها كمسحوب عليها لان الكمبيالة لا تتضمن اسمها كمسحوب عليها وأن الكمبيالة تبعا لذلك لا تلزمها. وقد أجابت محكمة الحكم المطعون فيه - محكمة الاستئناف - عن ذلك بتعليل سليم مستمد من نص الكمبيالة ومن الإطلاع على السجل التجاري للمعقبة لتتبين أنها وضعت ختمها على الكمبيالة وتم تدوين الإمضاء من طرف ممثلها وأن وضع الختم يقيم الدليل على صفتها كمسحوب عليها في الكمبيالة وإن لم يُذكر اسمها كاملا فقد تم وضع الختم وأحرف باللاتينية لها علاقة بتسمية المسحوب عليها ويندرج هذا الموقف في مجال تصحيح الكمبيالة التي خلت من بعض بياناتها فإن لم تتضمن الكمبيالة التسمية الكاملة للمسحوب عليها وباقي المعطيات المتعلقة بهويتها فقد تبين أن الإمضاء على القبول كان بوضع ختم الشركة الذي تضمن أحرفا دالة على هوية المسحوب عليها وبالتالي فهي تعوض النقص الحاصل وتقوم مقامه لما ذكر وبالاستناد إلى مضمون السجل التجاري للشركة الذي بين أن من أمضى على الكمبيالة هو ممثلها القانوني.

نفس المنحى بشأن الكفالة في الكمبيالة. فقد أيدت[25] موقف محكمة الاستئناف التي اعتبرت أن الكفالة ثابتة بختم الشركة الكفيلة في الموقع المخصص لذلك بالكمبيالة وردّت دفع الطاعنة التي تمسكت بأن المحكمة خالفت الفصل 289 من م ت لعدم وجود إمضاء الكفيل إذ يجب لتكون الكفالة صحيحة أن تعطى كتابيا على ذات الكمبيالة وبعبارة "يعتمد للكفالة" على أساس أن الكفيلة قد وضعت ختمها في الإطار المخصص للكفيل وأن ذلك يكسبها الصفة المذكورة وفقا للفصل 289 من م ت قولا بأن " *المشرع بالفصل 289 الفقرة الثالثة من المجلة التجارية نصّ على أنه يجب أن تعطى الكفالة بالكتابة على ذات الكمبيالة أو ذيلها أو بكتب مستقل وذلك للتدليل على الموافقة وإذا تضمنت الكمبيالة ختم الكفيل كما هو في دعوى الحال بالمكان المخصص للكفيل فإنه تصح به الكفالة لأن الختم يعرف بالطرف الذي أعطى الكفالة وهو يعادل الإمضاء ما لم يقع نفيه وإنكاره وبالتالي فإن وضع الختم الخاص بالكفيل بالكمبيالة يجعلها صحيحة وتعادل الإمضاء فيقوم الختم غير المتنازع فيه مقام الإمضاء ويصحح موجبات الكفالة*".

أما بخصوص النصوص القانونية فيمكن للقاضي أن يؤسس لفكرة معادلة الشكليات بالرجوع إلى النصوص العامة بمجلة الالتزامات والعقود لتفسير مقتضيات الفصل 269 من م ت. فالفصل 536 من م ا ع ينص على أنه " *ما حكم به القانون لسبب معين جرى العمل به كلما وجد السبب المذكور*" وعلى ضوئه يمكن أن نعطي للفصل 269 من م ت النتيجة التالية: يسمح القانون بتفادي إبطال الكمبيالة عند خلوها من أحد مكوناتها في صور ثلاث على أساس وجود تنصيص آخر افترض المشرع أنه يعوضه انطلاقا من كلمة "يُعتبر" وكلمة "يُعد" اللتين استعملهما بالفصل 269 بما يجيز القول بأنه كلما وجد تنصيص يُعوض التنصيص الناقص فإنه يُعتبر مكانه.[26] وعلى هذا الأساس يمكن للقاضي أن يُنقذ الكمبيالة

---

[25] قرار تعقيبي مدني عدد 29633 مؤرخ في 21 /1/ 2016 (غير منشور).

[26] نشير في هذا الإطار إلى القرار الصادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب عدد 50 المؤرخ في 10 مارس 1992(قرارات الدوائر المجتمعة 1961-1992 الصفحة 362) ويتعلق هذا القرار بالبيانات الوجوبية لمحاضر عدول التنفيذ فهي تخضع في تحريرها لشكليات وبيانات وجوبية نص عليها الفصل 6 من م م م ت وتعتبر المحكمة أن تلك البيانات تشتمل في صلبها على دليل استكمال شروط صحة المحضر الذي هو ورقة شكلية. وتضيف المحكمة في باب التصحيح – دون أن تستعمل المصطلح - بأنه "*لا يجوز تكملة النقص في البيانات الواجب ذكرها فيها باي دليل يستمد*

فتحافظ على صبغتها الصرفية كلما وجد في بيانات الكمبيالة التنصيص المناسب الذي يُعوض التنصيص الناقص ويقوم مقامه. كما يمكن للقاضي أن يستند أيضا للمبدأ القائل بأن ما هو غير ممنوع فهو جائز على قاعدة أن الأصل في الأمور هو الإباحة ذلك أنه لا يوجد نص تشريعي يخول القيام بالتصحيح من طرف القاضي ولا وجود لنص يمنعه أيضا ولذلك فإن إقرار التصحيح لا يتجافى مع المنطق ولا يتعارض مع الذوق السليم.

ومن الجدير بالملاحظة بأن البحث في الأسباب القانونية لتوسيع نظر القاضي في تصحيح الكمبيالة يظل دائما في إطار الاجتهاد الرامي إلى إنقاذ الكمبيالة من الناحية الصرفية وحماية حاملها لأن صور تعويض الشكلية الواردة بالفصل 269 من م ت هي صور حصرية غير ذكرية لا يمكن التوسع فيها وفقا للفصل 534 من م ا ع سيما وأن الحرص على ضمان حرمة القانون تدعو إلى تقبل فكرة التصحيح من طرف القضاء بشئ من الاحتياط والحذر وهو ما يدعو إلى التساؤل عن مدى تدخل القاضي في هذا المجال.

ب-1-2: مدى تدخل القاضي بموجب التصحيح

إذا انطلقنا من الإمكانية المتاحة للقاضي في الالتجاء إلى التصحيح عن طريق معادلة الشكليات فإننا نتساءل عن مداها ومجالها فهل هو مجال متسع * أم هم مجال محدود ونسبي؟

أولا: المجال المتسع يمكن القول من خلال ما تسنّى الإطلاع عليه من قرارات قضائية بأن مجال التصحيح من طرف فقه القضاء محدود. فالأمر يرتبط في غالب الأحيان بمدى قبول القاضي لنظرية البطلان فإذا كان القاضي لا يتفاعل مع نظرية بطلان الكمبيالة فإنه يقر العمل بفكرة معادلة الشكليات كلما تبين له أن الشكلية التي تُعوض تؤدي وظيفة الشكلية التي نَقصت ولا تنال من حقوق المتعاملين بالكمبيالة. ويكون المجال هنا متّسعا. ونورد في ذلك صورة عدم ذكر اسم المستفيد بالكمبيالة التي تُعوَّض بإمضاء الساحب على الكمبيالة كمُظهِّر على الكمبيالة وأن هذا الإمضاء يُبين صفته كساحب حامل للكمبيالة [27] وصورة عدم التنصيص على تاريخ

عن غير المحضر ذاته" . ويخلص من ذلك أن تكملة النقص جائز من البيانات والأدلة المستمدة من المحضر أي يمكن تصحيح النقص ببيان مأخوذ من المحضر ذاته.

27 القرار الصادر في سنة 1965.

الإنشاء ففي قرار مؤرخ في 20 نوفمبر 1998[28] تبنت محكمة التعقيب فكرة المعادلة والتعويض فعدم التنصيص على تاريخ الإنشاء لا يُبطل الكمبيالة لأنه يمكن تعويضه بتاريخ التعريف بالإمضاء عليها من الساحب بما يجعل السند مطابقا للفصل 269 من م ت.

ثانيا: المجال النسبي يمكن القول بعدم إجازة التوسع في مجال تطبيق فكرة معادلة الشكليات من طرف فقه القضاء فلا يمكن تصحيح ما هو باطل من الناحية الصرفية رغم حسن المقصد في إنقاذ الكمبيالة. ولعل التخوف من تجاوز شكليات الكمبيالة وما رتبه المشرع صراحة بالفصل 269 من م ت في أن السند لا يعد كمبيالة إذا خلا من إحدى بياناته هو الذي جعل فقه القضاء لا يعمل بفكرة معادلة الشكليات بصفة صريحة واتجه نحو البحث عن ضمان حق الدائن بالاستناد إلى القانون المدني أكثر من إنقاذ الكمبيالة كسند دين صرفي وهو جعله يعتمد إعادة تكييف الكمبيالة على أنها سند دين مدني تعاقدي على معنى الفصل 59 من م م م ت.

ب-2: إعادة تكييف الكمبيالة

يعمل القاضي على إعادة التكييف عند التنازع بشأن الكمبيالة التي خلت من بعض البيانات دون يوجد ما يعادلها بالفصل 269 من م ت فهو يعتبرها سندا مدنيا يصلح لاتخاذ إجراءات الأمر بالدفع بهدف المحافظة على سلامة المعاملات التجارية وعلى وظيفة الكمبيالة كأداة للتداين وتحقيق نوع من العدالة وأنسنة القاعدة القانونية الصارمة. ولذلك سعى فقه القضاء إلى حماية الحامل بتبنى مبدأ تحويل التصرف القانوني من صبغته الصرفية إلى الصبغة المدنية [29] بالاستناد إلى الفصل 59 من م م م ت بما يُمَكن من تطبيق إجراءات الأمر بالدفع في المطالبة بكل دين معين المقدار وله سبب تعاقدي. وتعتبر محكمة التعقيب بقرار الدوائر المجتمعة السابق ذكره أن الكمبيالة التي لا تحتوي على أحد بياناتها ومنها - كما هو في النزاع - إمضاء الساحب هي تعد " *سند دين مدني يتضمن التزام المدين بالوفاء بمبلغ معين في الأجل المحدد به*" وتستخلص من ذلك أن " *اتباع إجراءات الأمر بالدفع في شأنه جائز قانونا*". وقد سبق لمحكمة التعقيب[30] أن أقرت

---

28 Hafidh kithem, op cit., p. 19.

29 « Conversion par réduction des actes juridiques ».

30 قرار تعقيبي مدني عدد 2803 مؤرخ في 2004/12/6، نشرية محكمة التعقيب، عدد 2 لسنة 2004، الصفحة 317.

صراحة بأن للكمبيالة نظاما صرفيا بما يخوله من امتيازات ونظاما مدنيا يسمح بتطبيق مقتضيات القانون المدني. وأنه " *إذا سلمنا بخضوع الأوراق التجارية لنظامين متلازمين ومتى تعذّر اعتماد النظام الأول سبيلا لاقتضاء الدين فإن الاحتكام لقواعد القانون المدني العام توجب اعتماد وسائل الإثبات وإجراءات التقاضي والسقوط على معنى القانون العام*" ومن الملاحظ أن عملية تحويل السند من كمبيالة إلى سند مدني يجد له أساسا في القانون المدني بناءا على ما يقتضيه الفصل 328 من م ا ع الذي ينص أنه " *إذا بطل الإلتزام وكانت به من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الإلتزام*". ومعنى ذلك أنه في بطلان الكمبيالة لعدم توفر بياناتها الشكلية فإنه يمكن اعتبارها بمثابة الاعتراف بدين، " *فالاتفاق الأصلي باطل لعدم توفر الشروط، وما بقي من الشروط يحمل التزام بدين*"[31] ومن الملاحظ أن هذا الاتجاه لا يُعد حديثا في فقه القضاء فهو استمرار لما كانت تبنته المحاكم منذ زمن طويل[32] ولا تزال محكمة التعقيب تتبنى نفس الاتجاه. فقد تبنت صراحة وفي آخر قراراتها بأن انقضاء الدعوى الصرفية لا يفقد الكمبيالة حجيتها في إثبات الالتزام بالوفاء وإنما تصبح سندا مدنيا في الدين يثبت العلاقة التعاقدية المنصوص عليها بالفصل 59 من م م م ت قولا أن " *الكمبيالة وإن فقدت حجيتها الصرفية وعدم صلاحيتها لأن تكون سندا تجاريا فإن ذلك لا ينفي عنها صبغتها التعاقدية وفق الفصل 59 من م م م ت*"[33]. وخلاصة القول فيما ذكر أن الكمبيالة تخضع في صحتها بحسب فقه القضاء لنظامين متلازمين: قانون تجاري كلما توفرت بياناتها الشكلية وقانون مدني على أساس الالتزام التعاقدي.

2- غياب الشروط الأصلية للكمبيالة

تتعلق الشروط الأصلية بالأهلية في الإلزام والالتزام وبالصفة في إمضاء الكمبيالة وبانعدام الرضا. وفي غياب هذه الشروط تنعدم الصبغة الإلزامية للكمبيالة. وقد برز دور فقه القضاء بالخصوص في مسألة انعدام

31 علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، الصفحة 319.

32 Voir: Taoufik Ben Nasr, Droit Bancaire Tunisien, Tunis 2009, p. 363, n° 480.

33 قرار تعقيبي مدني عدد 68741 مؤرخ في 12 مارس 2013 (غير منشور).

الرضا من خلال المنازعة في نسبة الإمضاء على الكمبيالة للساحب والمسحوب عليه (أ) وعلى صفة الكمبيالة في أنها سند مجاملة (ب).

أ- انعدام الرضا على أساس المنازعة في الإمضاء

يشمل انعدام الرضا صورتين اثنين تتمثل الأولى في المنازعة في الإمضاء من طرف الساحب والثانية في المنازعة في الإمضاء من طرف المسحوب عليه.

أ-1: المنازعة في نسبة الإمضاء للساحب

تتمثل خصوصية المنازعة - فيما تم التوصل إليه من قرارات - في أن المسحوب عليه ينسب الإمضائين المدونين بالكمبيالة لنفسه دون الساحب ويتمسك بأن هذا الأخير لم يمض على الكمبيالات سند الأمر بالدفع. وقد دفع بالطور الاستئنافي أن الكمبيالات غير مستوفاة لشروطها المبينة بالفصل 269 من م ت واعتبرتها المحكمة متوفرة. وقد اعتبرت محكمة التعقيب[34] أن الكمبيالة التي لا تحتوى على إمضاء الساحب تعتبر فاقدة لمقوماتها الوجوبية المشترطة بالفصل 269 من م ت وأن خلوها منه يجعلها غير معتمدة لاستصدار الأمر بالدفع على أساس الكمبيالة، ولكن لا يمنع ذلك من اعتمادها كسند تعاقدي يثبت الدين ويصلح لاستصدار الأمر بالدفع على أساس الفصل 59 من م م م ت لعدم جدية الدفع " *وحيث أن الدفع بأن الإمضاء بالكمبيالة ينسبان لشخص واحد وهو المسحوب عليه لا يؤخذ على الظن وبمجرد الإنكار أو نسبة الإمضاء لأي طرف بالكمبيالة وإنما يستدعي ممن يدفع بذلك إلى طلب تحقيق الإمضاءات والتثبت فيها واستيضاح الطرف الذي صدرت عنه ولما تتبين المحكمة جدية ذلك فهي تأذن به*".

أ-2: المنازعة في نسبة الإمضاء للمسحوب عليه

يطرح الموضوع خصوصا من الناحية الجزائية عندما ينفي المسحوب عليه كل إمضاء وبأن الكمبيالة مدلسة. فقد تناول فقه القضاء البحث عن الطبيعة القانونية للكمبيالة من الناحية الجزائية لتحديد أسباب المؤاخذة فهل هي من المحررات الخاصة أو أنها محررا رسميا؟ تناولت

[34] قرار تعقيبي مدني عدد 21365 مؤرخ في 12 /2015/11 (غير منشور).

الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب المسألة[35] فقد انتحل أحد المتهمين صفة عدل منفذ وتسلم من الدائن كمبيالات قصد السعي في استخلاص المبالغ المضمنة بها من المسحوب عليه وقد اتصل بأحدهم لاستخلاص قيمة كمبيالة تفطنت المسحوب عليها بأنها مدلسة لسبق خلاصها وثبت من الأبحاث والاختبارات أن كتابة الكمبيالة تتطابق مع ما خطه المتهم والإمضاءين الموقعين بها صادرين عنه. وأيدت بذلك دائرة الاتهام قرار قاضي التحقيق في توجيه تهمة التدليس ومسك واستعمال مدلس على المتهم طبق الفصول 172 و175 و176 و177 من القانون الجزائي. غير أن الدائرة التعقيبية (القرار عدد 23983 مؤرخ في 2002/5/2) نقضت القرار المذكور مع الإحالة واعتبرت أن " *الكمبيالة تعد من المحررات الخاصة وليست محررا رسميا وينطبق عليها الفصل 199 من ق ج*" وقد تمسكت دائرة الاتهام بموقفها ورغم نقضه ثانية من طرف محكمة التعقيب فإنها أعادت توجيه تهمة التدليس على المتهم طبق الفصل 172 من ق ج لأن المشرع لم يفرق بين الكتائب الخاصة والرسمية. وقد تعهدت بموجب الطعن الثالث الدوائر المجتمعة للصبغة القانونية للاختلاف بين محكمة التعقيب ودائرة الإحالة. وانتهت إلى القول بأن الكمبيالة " *هي وثيقة مجسمة للتعامل بين الطرفين وترجمان تبادل بين إرادتين بالتزام بالتسلم والتسليم ينجر عنه في صورة الإخلال حق المطالبة بمؤونتها من جهة وحق المطالبة بالمبالغ المضمنة بها من جهة أخرى وبذلك فهي لا تختلف عن العقود الرسمية والخطية إلاّ بسرعة تحريرها وقابليتها للتداول حرصا من المشرع على تسهيل المبادلات التجارية مما يجعل تدليسها يدخل إن حصل من غير الموظف العمومي في نطاق عمله تحت طائلة أحكام الفصل 175 من م ج*" وتستبعد المحكمة تبعا لذلك تطبيق الفصل 199 من م ج قولا " *وحيث أن ما سبق بيانه يؤدي إلى استبعاد تطبيق أحكام الفصل 199 من المجلة الجزائية على صورة تدليس الكمبيالة باعتبار أن الفصل المذكور يتناول أمر الشهادات الإدارية الواقع افتعالها باسم موظف عمومي إذ أن كلمة " صك " التي تم استعمالها من المشرع في إطار ذلك الفصل لا تعني " الأوراق التجارية " بالمعنى القانوني للكلمة les effets de commerce إنما يقصد بها certificat ou l'attestation.*

35 قرار تعقيبي جزائي عدد 7250 مؤرخ في 22 فيفري 2007، قرارات الدوائر المجتمعة، 2007/2006، الصفحة 471.

وقد كانت محكمة التعقيب[36] أقرت أيضا أن التوقيع على الكمبيالة باسم المتضرر من طرف المتهم يشكل في حقه جريمة الزور المندرجة تحت طائلة الفصل 175 من القانون الجنائي. ويخلص مما سبق أن التعبير عن الرضا في قبول الكمبيالة يُترجَم بالتوقيع عليها من المسحوب عليه. وأن المعتبر فيها هو الإمضاء من المسحوب عليه حتى وإن تعددت الأطراف في تحرير الكمبيالة. وفي موقف صريح[37] أقرت محكمة التعقيب أنه لا شيء يفرض أن تكون البيانات المنصوص عليها بالكمبيالة صادرة عن شخص واحد وأنه لكل من الطرفين المتعاقدين بموجب الكمبيالة أن يشتركا في تحريرها بخطوط مختلفة عن بعضها أو حتى يشترك في ذلك شخص أجنبي إذ المدار الأساسي في اعتبارها هو إمضاؤها من طرف المسحوب عليه" . وإلى جانب انعدام الرضا بفساد الإمضاء فإنه ينعدم أيضا إذا لم تتوفر في الكمبيالة معاملة صحيحة وتم تداولها كسند مجاملة.

ب- انعدام الرضا على أساس أن الكمبيالة سند مجاملة

لا يعتد بالكمبيالة إذا كانت خالية من بياناتها الوجوبية طبقا للفصل 269 من م ت. ولا يعتد بها أيضا إذا خرجت عن وظيفتها الاقتصادية وكانت الغاية من إنشائها توفير السيولة بتداولها بين عدة أطراف وعرضها على البنك للخصم. ففي هذه الصورة تفقد الكمبيالة كل مصداقية وتخرج عن وظيفتها الاقتصادية. ويحرص القضاء عند المنازعة الجدية في وجود المعاملة من عدمها على البحث في العلاقة الأصلية للكمبيالة وحقيقة المعاملة التجارية أو الاقتصادية التي كانت أوجبت إنشائها. وعندما تتبين صبغة المجاملة في إنشائها فإنه يتم إقصاء العمل بها. ففي دعوى مدنية رفعها أحد حرفاء البنك عارضا أنه أبرم معه اتفاقا على تمكينه من السيولة النقدية في حدود قيمة متفق عليها مقابل إسقاط بعض الكمبيالات وأنه أسقط البعض منها غير أن البنك رفض قبولها ورفض إتمام عملية الخصم لتشككه في سلامة عملية إنشاء الكمبيالات. فرفع دعواه أمام المحكمة الابتدائية لطلب التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء رفض عملية الخصم فهـ قد حُرم من استثمار المال موضوعها. وقضي له ابتدائيا بذلك

---

36 قرار تعقيبي جزائي عدد 446 مؤرخ في 12 مارس 1983، نشرية محكمة التعقيب، القسم الجزائي، عدد 1، الصفحة 211.

37 قرار عدد 21945 مؤرخ في 1991/4/24، نشرية محكمة التعقيب، عدد 1 لسنة 1991، الصفحة 120.

وتقرر الحكم لدى الإستئناف غير أن محكمة التعقيب[38] نقضت القرار الإستئنافي على أساس عدم العمل بالكمبيالات التي تكتسي صبغة مجاملة وأنه من سلامة وظيفة الكمبيالة والمحافظة على دورها الاقتصادي أن تتحقق الأطراف التي تتداولها من مشروعيتها ومن بينهم البنك قولا " *وحيث تندرج صلاحيات البنك في تقدير مشروعية ونزاهة الأوراق التجارية وتقييم ملائمة العملية (إسقاط الكمبيالة) وإن كانت تجسيما لعملية تجارية حقيقية أم أنها مجرد عملية مركبة تستهدف توفير السيولة النقدية مقابل أوراق تجارية أو سندات مؤسسة على عمليات مجاملة... وتمثل الكمبيالات أحد الأوراق الأكثر تداولا في عمليات الخصم لأنها الأكثر وسيلة في توثيق التداين بالمعاملات التجارية والاقتصادية ولكن يبقى البنك...على حقه لرفض أو قبول بعض الأوراق التجارية المحالة من طرف حريفه ولا يعد مخطئا في ذلك أو مقصرا في تنفيذ الاتفاق إذ لا يمكن جبره على تقديم سيولة نقدية مقابل كمبيالات يلاقي مشقة كبيرة في استخلاصها عند حلول أجلها أو يصعب عليه استخلاصها وعلى هذا الأساس فان المعقب - البنك - عندما رفض تمويل الكمبيالات المودعة من حريفه والمسحوبة على شركة الاستثمار الفندقي... لمعرفة عسرها في الوسط التجاري وعدم قدرتها على الخلاص بناء على المؤيدات المضافة المتمثلة في إرجاع جميع الأوراق المالية المسحوبة عليها بدون خلاص لانعدام المؤونة لا يعد مخطئا أو مخلا بواجب الأمانة في تنفيذ الاتفاق ومن حقه درء المخاطر المحققة الوقوع*". في مثل هذه الصور لا يصح العمل بالكمبيالة حتى وان أحرزت على مقوماتها الشكلية لخلوها من السبب الحقيقي لإنشائها فلا تعبر عن إرادة سليمة وأن الرضا بها هو رضاء معيب يندرج في التوافق مع باقي أطراف الكمبيالة بقصد الحصول على السيولة النقدية لا غير وهو توافق في ظاهره صحيح وفي أصله يناقض الوظيفة الاقتصادية التي شرعت من أجلها الكمبيالة.

ونلاحظ بأن الأطراف يضمنون الكمبيالة أحيانا بعض البيانات الاتفاقية بما يطرح السؤال عن حجيتها ومدى تأثيرها على صحة الكمبيالة؟

[38] قرار تعقيبي مدني عدد 76056 مؤرخ في 5 فيفري 2013 (غير منشور).

3- مدى حجية البيانات الاتفاقية

تثير البيانات الاتفاقية المنصوص عليها بالكمبيالة التي يضمنها الأطراف بالكمبيالة التساؤل حول حجيتها ومدى نفاذها كالبنود التغريمية والبنود المتعلقة بالاختصاص الترابي وبمكان الدفع وغيرها. ويعتبر فقه القضاء أن منها ما هو ممكن (أ) ومنها ما يخضع لرقابة القضاء (ب).

أ- البيانات الاتفاقية الممكنة

تكون هذه البيانات ممكنة كلما لم تناقض البيانات الوجوبية ولم تخرق شرط الرضا بالكمبيالة ولا تخالف النظام العام وهو ما يجعل نطاقها محدد في نطاق ضيق. ويمكن حصره في البيانات التالية:

أ-1: مكان الدفع

اعتمد ت محكمة التعقيب[39] صحة التنصيص على مكان الدفع فهو جائز اعتمادا على الفصل 242 من م ا ع لأن الاتفاق يمثل شريعة الطرفين ما لم يخالف النظام العام واعتمادا أيضا على الفقرة الأخيرة من الفصل 270 من المجلة التجارية التي اقتضت أنه " *يمكن أن يشترط بها الدفع في مقر أجنبي أو في الموطن الذي به مقر المسحوب عليه أو في موطن آخر*" وبموجب هذا الشرط أقرت محكمة التعقيب قرار محكمة الإستئناف الذي نقض الأمر بالدفع الصادر عن رئيس المحكمة لمخالفة شرط مكان الدفع. فقد تبين من الكمبيالات المحررة بين الطرفين أن الطرفان عيّنا فرع البنك كمقر للخلاص وقد خالف الساحب الشرط ولم يقدم الكمبيالات للخلاص بالمقر المعين من الطرفين واعتبرت محكمة الأصل أن قيامه مختلا فهو يخالف الفصلين 270 من م ت و 242 من م ا ع .

أ-2: تحديد المحكمة المختصة ترابيا

تتضمن الكمبيالات عادة بيان المحكمة المختصة ترابيا عند وجود نزاع بشان الكمبيالة. وقد طرح التساؤل إن كان هذا الاتفاق يمنع تطبيق الفصل 36 من م م م ت حول الخيار المخول للطالب في رفع دعواه أمام المحكمة المنصوص عليها بالفصلين 30 و31 من م م م ت أم أن الاتفاق

---

[39] قرار تعقيبي مدني عدد 21718 مؤرخ في 2008/12/11، نشرية محكمة التعقيب / قسم مرافعات ومدني لسنة 2008، الجزء الثاني، الصفحة 243.

يمنع ذلك؟ اعتبرت محكمة التعقيب[40] أن محكمة الحكم المطعون فيه قد أساءت تطبيق القانون عندما طبقت الفصل 36 من م م م ت وأقرت خيار الطالب في رفع طلبه أمام المحكمة المنصوص عليها بالفصلين 30 و31 من م م م ت. فلا يمكن تطبيق الفصل 36 من م م م ت " *طالما أن طرفي التداعي اتفقا صراحة ضمن الكمبيالات سند الأمر بالدفع المطعون فيه وأن محاكم تونس هي المختصة دون غيرها للنظر في النزاعات المتعلقة بها*" كما بينت المحكمة بخصوص التنازع حول تحديد المحكمة المختصة ترابيا وجوب اعتماد الشرط المضمن بالكمبيالة[41] فيقع العمل بهذا الشرط في تحديد المحكمة المختصة ترابيا طالما أن الطعن في تدليس الشرط لم يجد له نتيجة وذلك في نزاع يتعلق بالتعديل بين المحاكم على معنى الفصل 198 من م م م ت فقد انتهت محكمتي الاستئناف بسوسة وتونس إلى التصريح بعدم اختصاصهما الترابي للنظر في طلب أداء دين . مبني على كمبيالة فقد رفضت محكمة الاستئناف بسوسة التعهد للطعن في صحة شرط الاختصاص بالتدليس في حين رفضت محكمة الاستئناف بتونس التعهد بموجب الشرط الإتفاقي.

ب- البيانات الخاضعة للرقابة

تهم هذه البيانات البنود التي تتعلق بالفوائض والبنود التغريمية.

ب-1: البنود التي تتعلق بالفوائض

نتساءل هل يجوز التنصيص على شرط يتعلق بالفوائض؟ ينص الفصل 271 من م ت أنه يمكن لساحب الكمبيالة الواجبة الدفع عند الإطلاع أو بعد الإطلاع أن يشترط فائضا على المبلغ وإذا كانت الكمبيالة من غير هذين الصنفين فإن الشرط المذكور يعد لاغيا. وعليه لا يصح اشتراط الفوائض في غير هذين الحالتين. ولا يعني ذلك أنه لا يحق للساحب توظيف فوائض على الدين المؤجل الدفع بل عليه احتسابه ضمن قيمة الدين المنصوص عليه بالكمبيالة. ومع الملاحظ بأن احتساب الفوائض يختلف إن كان بموجب تقسيط الدفع أو بموجب عدم الخلاص عند حلول أجله. ففي هذه الصورة ترتب الفوائض بصفة قانونية على الدين موضوع

---

40 قرار تعقيبي مدني عدد 49893 مؤرخ في 1998/1/21، نشرية محكمة التعقيب، عدد1 لسنة 1998، الصفحة 35.

41 قرار تعقيبي مدني عدد 4758 مؤرخ في 30 /2007/1.

الكمبيالة وفقا للفصول 269 و278 و1096 من م ا ع لأن التعامل بالكمبيالة هو تعامل تعاقدي تجاري. ويُعتبر الفائض مفترض في التعامل بين التجار. ويعتبر فقه القضاء تطبيقا للقواعد العامة في استحقاق الفوائض من طرف الدائن أنها مفترضة بين التجار وتشترط في المعاملة المدنية. فقد اعتبرت[42] أنه "*اقتضى الفصل 1096 من م ا ع أن الفائض لا يكون لازما بالنسبة للعقود الواقعة بين غير التجار إلا إذا اشترط كتابة ويحمل الأمر على اشتراطه إذا كان المتعاقدون من التجار*" وتضيف بأنه "*يؤخذ من الفصل 1096 المذكور أن طلب الفوائض لا يكون لازما إلا في حالتين أولهما إذا كان الدين ناتجا عن عقد وثانيهما إذا اشترط الطرفان صراحة ذلك ويُحمل الأمر على اشتراطه إذا كان المتعاقدون من التجار*". ونقضت على هذا الأساس قرار محكمة الاستئناف الذي رتب فوائض عن أصل الدين الناتج عن خطأ صادر عن المعقب ضدها وعليه فان موضوع الدين غير ناتج عن معاملة تجارية بين الطرفين بما يجعل طلب الفوائض القانونية غير وجيه كما انه لم يقع اشتراط هذا الأمر بعقد بين الطرفين مثلما يقتضي ذلك أحكام الفصل 1096 من م ا ع. وبخصوص بداية سريان الفوائض فقد بينت محكمة التعقيب أن المشرع تكفل ببيانها[43] قولا "*حيث يتميز طلب التعويض في دعوى الحال عن مطلب تعويض الخسارة المذكورة بالفصل 278 من م ا ع ذلك أن الالتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي معين يخضع إلى نظام خاص منصوص عليه بالفقرات 2 و3 و4 و5 من الفصل 278 من م ا ع ويتميز بان غرم الضرر يكون بأداء فائض القانوني ويحكم به دون لزوم لإثبات أي خسارة فهي مفترضة قانونا من المماطلة وتقدر بحسب مدة تلك المماطلة*". ويطبق فقه القضاء الشروط اللازمة لتوظيف الفوائض قولا "*وحيث أن تعويض الخسارة المذكورة لا تكون إلا عندما يكون الالتزام بأداء مال معين في مقداره ومحدد آجال أدائه أما إذا كان غير محدد الأجل فإن الغرم بأداء مقدار مالي معين لا يمضى إلا بثبوت الالتزام وقيام المديونية أما إذا كانت محل منازعة ومحل نظر ولم تبين بعد لانعدام الحجة الكتابية أو بداية الحجة فيها فإنه يؤجل بداية احتساب الفوائض إلى اليوم الذي يصير فيه الالتزام قائما...*". وبالرجوع إلى اشتراط الفوائض بالكمبيالة، فإنه يجوز احتسابها من الساحب في

---

42 قرار تعقيبي مدني عدد 68997 مؤرخ في 12 مارس 2013(غير منشور).

43 قرار تعقيبي مدني عدد 67815 مؤرخ في 26 فيفري 2013 (غير منشور).

صورتي الفصل 271 من م ت وتضمين قيمتها مع قيمة الدين وفي غيرها من الصور فإن الفائض يكون مستحقا عند عدم الخلاص في تاريخ الحلول ولا حاجة إلى التنصيص عليه بالكمبيالة فهو فيما بيت التجار مفترض قانونا وهو ما ينطبق على الكمبيالة. وعليه فإن اشتراطه ببند اتفاقي خاص تتضمنه الكمبيالة لا معنى له طالما أنه مفترض قانونا. غير أن التساؤل الذي يطرح بشأنه هو مدى العمل به إذا لم يكن متطابقا مع سلم الفوائض في المادة التجارية والمدنية كان يكون مشطا؟ ومنه يطرح التساؤل حول تعديل البنود الاتفاقية المشطة.

ب-2: البنود التغريمية

من الملاحظ بأن نسبة الفوائض لا تخضع لإرادة طرفي الكمبيالة بل هي تخضع لرقابة القاضي فالفوائض المشطة والتي تدل على تعسف الدائن على مدينه يجوز تعديلها والحط منها إلى النسبة المقبولة في الميدان التجاري أو المدني. ولئن أقرت محكمة التعقيب صحة البنود التغريمية لتعلقها بمصالح الخصوم وبناءا على الفصل 242 من م ا ع وأنه ليس للقاضي أن يتدخل فيها بالزيادة أو النقصان[44] فإنه يجوز للقاضي وفقا للفصل 278 من م ا ع التدخل لتعديل البنود الاتفاقية المجحفة بحقوق المدين والتي تبرز تعسف الدائن.

الفقرة الثانية: المنازعة المتصلة بسقوط الالتزام الصرفي

يطرح سقوط حق المطالبة بقيمة الكمبيالة عدة إشكاليات فهل يسقط حق المطالبة بتطبيق الآجال المنصوص بالفصل 335 من م ت أم بالأجل المنصوص عليه بالفصل 411 من م ا ع؟ وهل يجوز فيما بين التجار تطبيق الفصل 402 من م ا ع؟ يطرح الإشكال بالنظر للصبغة التجارية للدين المضمن بالكمبيالة الأمر الذي يؤدي إلى:

* تطبيق الفصل 335 من م ت كنص خاص الذي يقتضي أن جميع الدعاوى الناشئة عن كمبيالة أو الموجهة على قابلها تسقط بمضي ثلاثة أعوام من تاريخ حلول أجل الأداء.

* ولا يمكن تطبيق الفصل 411 من م ا ع بخصوص مدة السقوط المحددة بخمس سنوات بدعوى أن الفصل المذكور قد وقع نسخه بأحكام

44 قرار تعقيبي مدني عدد 7919 مؤرخ في 28 أفريل 1975، النشرية 1976، الصفحة 97.

الفصل 335 من م ت. ولا يجوز قبول الدعوى على أساس الصبغة المدنية فذلك هو من قبيل الاستناد إلى نص قانوني وقع نسخة - وهو الفصل 411 من م ا ع - بالفصل 335 من م ت.

ويعتبر رأي آخر بأن أحكام الفصل 411 من م ا ع تنطبق على القضايا المؤسسة على القانون المدني حال أن الفصل 335 من م ت يتعلق بالدعوى الصرفية فقط وبالتالي فلا وجود لأي تعارض بين الفصلين لاختلاف مجال تطبيق كل منهما زيادة على أن الفصل 335 المذكور لا يشمل جميع الدعاوى الصرفية بل يتعلق فقط بثلاث أنواع من الدعاوى وهي:

* الدعاوى الموجهة على قابل الكمبيالة وتسقط بثلاثة أعوام.

* دعاوى الحامل ضد المظهّرين والساحب وتسقط بمضي عام واحد.

* دعاوى المظهّرين على بعضهم بعضا أو الساحب وتسقط بمضي 6 أشهر.

وأنه من الثابت أن الفصل 335 لا يشمل بقية الدعاوى ومنها الدعاوى الموجهة على الكفلاء أو من طرفهم وتبعا لذلك فان هذه الدعاوى تبقى خاضعة للأحكام العامة الواردة بالفصل 411 من م ا ع زيادة على أن النصوص المتعلقة بسقوط الدعوى بمرور الزمن هي نصوص استثنائية ولا يجوز التوسع في نطاقها اعتبارا بالخصوص لأحكام الفصل 540 من م ا ع. وقد طرح النزاع أمام محكمة التعقيب[45] التي تولت صياغة الإشكال وأقرت الحل.

* فالنسبة لصياغة الإشكال فقد بينت المحكمة أن السؤال يتمحور حول القيمة القانونية للكمبيالة التي انقضت في شأنها الدعوى الصرفية؟ فهل هي بداية حجة؟ وهل أن الفصل 335 من المجلة التجارية فسخ الفصل 411 مدني؟

* أما بالنسبة للحل فقد استنتجت أن المقصود بالسقوط هو الدعوى الصرفية التي تكون فيها حجية الكمبيالة نافذة بين أطرافها وقاطعة في

[45] قرار تعقيبي مدني عدد 60078 مؤرخ في 2012/5/15، مجلة القضاء والتشريع، عدد 10 السنة 55، ديسمبر 2013، الصفحة 163.

ثبوت المديونية وتبعا لذلك فإن هاته الصبغة تبقى ملاصقة للكمبيالة إذا تمت المطالبة بقيمتها قبل انقضاء ثلاثة أعوام وتكون فيها الكمبيالة كافية لإثبات الدين ولاستصدار الأمر بالدفع بطريقة ولائية وينفّذ بصفة معجلة طبقا للفصل 317 من م م ت، وبفوات أجل القيام الصرفي لا يمكن لحامل الكمبيالة أن يستصدر فيها سندا تنفيذيا بإجراءات ولائية على أساس القانون الصرفي ودون اتباع إجراءات المواجهة. وقد اعتبرت محكمة التعقيب أن الكمبيالة التي مرت عليها آجال السقوط المبينة بالفصل 335 من م ت لا تفقد حجيتها كسند دين ولكنها لا تصلح لتطبيق الإجراءات الولائية الصرفية[46]. ونضيف بأنه يصح المطالبة فيها بالأمر بالدفع وفقا للفصل 59 من م م ت، لأن الكمبيالة تثبت المعاملة والدين، ولكن يعوزها وينقصها إجراء التنفيذ المعجل المنصوص عليه بالفصل 317 من م ت. وعند فوات كل الآجال الخاصة بالفصلين 335 من م ت و411 من م ا ع فإنه لا يبقى للحامل سوى إتباع طريق التقاضي الأصلي أي المواجهة القضائية[47].

---

46 قرار تعقيب مدني عدد 32079 مؤرخ في 27 أكتوبر 2016 (غير منشور)، تضمن القرار ما يلي : استصدرت المعقب ضدها عن المحكمة الابتدائية الأمر بالدفع بناءا على كمبيالات بقيت بدون خلاص ودفعت المستأنفة – المدينة - بان الخلاص قد حصل في شأنها بموجب شيكات وان المطالبة قد سقطت بمرور الزمن عملا بالفصل 335 من م ت . وقد أقرت محكمة الاستئناف الأمر بالدفع بناءا على الكمبيالات المذيلة بالإمضاء تعد إقرارا بثبوت الدين وعدم المنازعة فيه فهو "اعتراف بدين" ودفعت الطاعنة أمام محكمة التعقيب بأن الكمبيالة عمل تجاري من حيث الشكل وأن جميع الدعاوى الناشئة عنها والموجهة على قابلها تسقط بمضي ثلاث سنوات من تاريخ حلول أجل الأداء وتفقد بذلك الحماية التي أقرها لها المشرع في إطار الدعوى الصرفية وتصبح مجرد بداية حجة كتابية وأن الكمبيالات موضوع الأمر بالدفع كان حل أجل خلاصها في سنة 2007 ولم يصدر في شانها الأمر بالدفع إلا في سنة 2014. وفي تناولها للمطاعن اعتبرت محكمة التعقيب أنه من الثابت أن المحكمة رغم الدفع لديها بسقوط حق المطالبة بانقضاء المدة وفقا للفصل 335 من م ت وأنه لا تستقيم تبعا لذلك الدعوى في الأمر بالدفع فإنها اكتفت بالقول بأن الكمبيالة لها حجية الاعتراف بدين ثابت والحال أن المسالة ليست في ذلك بل في إجراءات المطالبة والقيام في شكل الأمر بالدفع أي استصدار سندا تنفيذيا دون مواجهة وبصفة ولائية، وأنه وإن كان توجه المحكمة سليما في خصوص المطالبة الأصلية وتكييف الكمبيالة التي انقضت في شأنها الآجال الخاصة فان ذلك لا يكون على أساس الأمر بالدفع وإنما في صيغة الدعوى المدنية الأصلية أي أن لا يكون القيام مؤسسا على الدعوى الصرفية ووفق إجراءات الأمر بالدفع فهذه قد انقضت بمرور الزمن وكان على المحكمة بالنظر للمدة الفاصلة بين إنشاء الكمبيالات في سنة 2007 وتاريخ المطالبة في سنة 2014 التصدي لهذه المسالة القانونية دون الاكتفاء بان الكمبيالة الممضاة تمثل اعترافا بالدين خاصة وقد دفعت المستأنفة زيادة عما سبق بحصول الخلاص بموجب شيكات بما كان يوجب على المحكمة البحث في المسالة والتحقق منها خاصة وانه لم يقع تداول الكمبيالات.

47 Youssef Knani, Droit commercial, Les effets de commerce, le chèque, le virement et la carte de paiement, 3ème édition, p. 220.

* وبخصوص الفصل 411 مدني فهو يتعلق بمرحلة ثانية في الكمبيالة وهي تلك التي لم تعد تصلح للدعوى الصرفية بما تخوله هاته الدعوى من امتيازات في إثبات المؤونة وفي التنفيذ ولكنها تبقى ذات حجية في النزاع المدني وتصلح لأن تكون سندا في حد ذاتها دون حاجة إلى تدعيمهما بوسائل إثبات أخرى ولكنها تفقد الامتياز الممنوح لها في التنفيذ بصفة معجلة بحكم القانون وتبقى المطالبة بالدين في نطاق دعوى مدنية. وأيدت بذلك قرار محكمة الحكم المطعون فيه التي لم تأخذ بسقوط حق المطالبة للصبغة المدنية للدعوى في الكمبيالات التي انقضت عليها مدة ثلاث سنوات. وتؤكد المحكمة صراحة [48] بأن "*سقوط الدعوى الصرفية لا يمنع من اعتبار حجة الدين نافذة طبق القانون العام باعتبارها كتب اعتراف بدين ممضاة من قبل المدين طالما لم يمض أجل السقوط المدني الطويل*" وذلك ردا على الدفع بأن القانون التجاري صريح في أن الدعوى المؤسسة على كمبيالة تسقط بمضي ثلاث سنوات من تاريخ حلول أجل الأداء تطبيقا للفصل 335 من م ت ومع مراعاة الآجال الطويلة فيما بين التجار[49].

أما بخصوص إن كان الفصل 335 من م ت قد نسخ الفصل 411 من م ا ع، فيعتبر اتجاه في فقه بأن ما تضمنه الفصل 335 من م ت "*يعد ضمنيا نسخا للفصل 411 من م ا ع اعتبارا لصدوره لاحقا عنه...*

---

[48] قرار تعقيبي مدني عدد 26309 مؤرخ في 2003/11/28 نشرية محكمة التعقيب عدد 2 لسنة 2003 الصفحة 298.

[49] قرار تعقيبي مدني عدد 33554 مؤرخ في 2 أفريل 2013 (غير منشور). ونضيف في مجال سقوط حق المطالبة بين التجار أن محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة اعتمدت الآجال الطويلة المنصوص عليه بالفصل 402 من م ا ع ففي نزاع حول خلاص معين فواتير اعتمدت المحكمة الأجل الطويل ونقضت قرار محكمة الأصل التي اعتبرت الأجل القصير طبقا للفصل 403 من م ا ع لسقوط حق المطالبة قولا " حيث حدد *الفصل 403 المذكور آجال سقوط الدعوى بمضي عام ذي ثلاثمائة وخمسة وستين يوما في حالات معينة ذكرها على سبيل الحصر منها الحالة الأولى التي تتعلق بما يطلبه الباعة وأرباب المصانع من ثمن ما سلموه من البضاعة والتي يستشف منها أنها تتعلق بالديون المترتبة عما يقتنيه المستهلكون لأغراضهم الشخصية وهي معاملة مدنية بحتة لا علاقة لها بالتجارة على معنى أحكام الفصلين الأول والثاني من المجلة التجارية*". وحيث أن الفصل 403 من م ا ع يعد استثناء للقاعدة العامة المنصوص عليها بالفصل 402 من م ا ع ذلك أنه مكن طرفا دون الآخر في القيام بالدعوى على خلاف الفصل 402 المذكور الذي جاء مطلقا وعاما ومستوعبا للدعاوى القائمة بين التجار. إذ ينص على أن " *كل دعوى ناشئة عن تعمير الذمة لا تسمع بعد مضي خمسة عشر سنة عدا ما استثنى بنص وما قرره القانون في صور مخصوصة وهو ما يتأكد من خلاله أن الالتزامات عامة مدنية كانت أم تجارية تتقادم بانقضاء الأجل الوارد بالفصل 402 المذكور بما يصح معه القول بان القاعدة العامة في مادة التقادم هي خمسة عشر عاما وهذه المدة تسري بالنسبة لكل التزام ما لم ينص القانون في خصوصه على مدة أخرى وكذلك فيما عدا ما استثنى بالفصول 403 وما بعده من م ا ع*".

وتكون بذلك الدعوى الناشئة عن السندات لأمر[50] *تسقط بالأجل المنصوص عليه بالفصل 335 من م ت دون الفصل 411 من م ا ع...*" وتبقى الدعوى الأصلية قائمة لمدة خمسة عشر سنة وفقا للفصل 402 من م ا ع على أساس الدعوى في تعمير الذمة. وهذا الموقف يجابه بأن نسخ النصوص القانونية لا يكون بغلبة الظن وإنما بالصور التي يقررها القانون وفقا للفصل 542 من م ا ع الذي ينص على أنه "*لا تنسخ القوانين إلاّ بقوانين بعدها إذا نصت المتأخرة على ذلك نصا صريحا أو كانت منافية لها أو استوعبت جميع فصولها*". ويتبين من قانون إصدار المجلة التجارية عدد 129 لسنة 1959 المؤرخ في 9 أكتوبر1959 أنه نص بفصله الثالث بأنه تلغى بداية من تاريخ العمل بالمجلة جميع النصوص المخالفة لها وخاصة منها الفصول 405 من م ا ع وغيره. وكان يتعلق الفصل 405 ببعض الآجال الخاصة بسقوط حق المطالبة ولم ينص على الآجال المنصوص عليها بباقي الفصول المتعلقة بالسقوط. ويخص ذلك الفصول 404 و406 إلى 413 من م ا ع وبالتالي فإن إرادة المشرع في سنة 1959، أي عند إصدار المجلة التجارية، كانت واضحة في الإبقاء على الفصل 411 من م ت حول سقوط القيام بالدعوى على أساس الكمبيالة في أجل خمس سنوات وذلك في كل الدعاوى المبنية عليها. ويتطابق هذا الرأي مع ما يقتضيه الفصل 335 من م ت الذي لا ينطبق إلاّ في صنف من الدعاوى وهي الموجهة على القابل والمظهر والساحب، ولا يصح أن ينطبق في غيرها من الدعاوى كالوجهة على الكفيل مثلا، وأن القول تبعا لذلك بحصول النسخ الضمني للفصل 411 من م ا ع بموجب الفصل 335 من م ت لأنه صدر بعده لا يستقيم وذلك لأن الفصل الأخير لم ينص صراحة على ذلك باعتبار أن صدوره لاحقا لا يكفي للقول بالنسخ بل يجب أن يجتمع الشرطان وفقا للفصل 542 من م ا ع وهما أن يصدر النص الناسخ في تاريخ متأخر وينص على النسخ صراحة. ولا يمكن القول أيضا بالنسخ الضمني لأن الفصل 335 من م ت لا يناقض الفصل 411 من م ا ع فكلاهما يهم السقوط في الدعاوى المبنية على الكمبيالات، ولا بالاستيعاب أيضا لأن مجال انطباق الفصل 335 من م ت ينحصر في حالات

---

50 قرار تعقيبي مدني عدد 15002 مؤرخ في 27 فيفري 2008، ن م ت لسنة 2008، ج 1، ص 227.

مخصوصة وفي دعاوى محددة ولم يكن مطلقا في أنه يشمل جميع أصناف الدعاوى مثلما هو الحال بالنسبة للفصل 411 من م ا ع[51].

[51] يمكن أن نشير في نفس التوجه إلى الأحكام الخاصة بالشيك الذي انقضت بشأنه آجال العرض المحددة بثلاث سنوات وفقا للفصل 398 من المجلة التجارية. ونورد في ذلك مقتضيات القرار التعقيبي المدني عدد 31889 المؤرخ في 20 /2016/10 وتفيد وقائعه أنه في إطار معاملة تجارية بين الطرفين سلم المعقب للمعقب ضده عدد 5 شيكات مسحوبة من حسابه وذلك في سنة 2005 غير أن المعقب ضده لم يعرضها للخلاص إلا في سنة 2013 وهو التاريخ الذي فيه بدون خلاص، فاستصدر الساحب أمرا بالدفع في قيمتها، ورغم دفع الطاعن بأن آجال العرض قد انقضت ولا يصح استصدار أمرا بالدفع فيها فان محكمة الإستئناف قد اعتبرت تلك الشيكات حجة غير رسمية علة معنى الفصل 449 من م ا ع وأقرت الأمر بالدفع، غير أن محكمة التعقيب نقضت القرار الاستئنافي بناءا على الأسانيد التالية : " *حيث اعتبرت محكمة الحكم المطعون فيه أن المستأنف ضده لديها وان كان قد تسلم الشيكات منذ سنة 2005 ولم يتول عرضها على الخلاص في اجل 3 سنوات فإنها تبقى من الحجج غير الرسمية وفقا للفصل 449 من م ا ع تكون سندا لاستصدار الأمر بالدفع وينسب الطاعن لذلك مخافة الفصلين 398 و399 من م ت والفصل 108 من الدستور لأن الشيك الذي يفقد صبغته الصرفية ينطبق عليه نظام خاص بينه المشرع بالفقرة الأخيرة من الفصل 398 من م ت ويتبين منه أن المشرع وضع نظاما خاصا يقتضي القيام من جديد بدعوى على أساس القانون المدني ويعني أنها مؤسسة على العلاقة الأصلية والتزام الأصلي وحيث تقتضي الفقرة الأخيرة من الفصل 398 من م ت أنه " على أنه في حالة سقوط الحق أو مرور الزمن فإنه يبقى الحق في إقامة دعوى على الساحب الرصيد أو على غيره من الملتزمين الذين قد يحصل لهم إثراء بدون سبب". ويتبين من ذلك أن المشرع سلط جزاءا على الساحب الذي لا يعرض الشيك على الخلاص في الآجال القانونية أي في اجل ثلاث سنوات وفقا للفصل 398 من م ت ويتمثل الجزاء في حرمان الساحب من القيام بالمطالبة بقيمة الشيك إذا رجع بدون خلاص على أساس الدعوى الصرفية وليس له سوى القيام على الالتزام المدني بما يقتضيه ذلك الالتزام من إثبات المعاملة التي ولدت المديونية وغيره من مختلف النزاعات التي تطرأ عند المطالبة بالخلاص*".

وأضافت المحكمة أنه "*يعتبر الجزاء المسلط على الساحب نتيجة لتقصيره وإهماله لان سقوط حق المطالبة على المستوى الصرفي يعني عدم صلاحية الإجراء كسند للمطالبة ولكنه وفقا لفلسفة سقوط المطالبة لا يفقد الحق الموضوعي الذي تتم المطالبة به وفقا للقانون المدني وليس على أساس الشيك لأنه فقد هذه الصفة ويصبح حجة على الدين تقبل المنازعة من طرف المدين*".

وحيث يقتضي الحال إذن القيام بالمطالبة المدنية أي في دعوى مدنية وفقا للفصل 398 من م ت تخضع لمبدأ المواجهة ولتبادل الدفوعات بين الطرفين وإجراء ما يلزم من استقراءات من طرف المحكمة وفقا للفصلين 86 و114 من م م م ت " *وحيث خالفت محكمة الحكم المطعون ما يقتضيه نظام الشيك الذي انقضى اجل عرضه فقد كيفته في حجة غير رسمية على معنى الفصل 449 من م ا ع وأجازت المطالبة بقيمته وفقا لإجراءات الأمر بالدفع حال أن هذا النص واضح في إقرار نظام خاص للمطالبة بقيمة هذا النوع من الشيكات وهي الدعوى المدنية الأصلية وهي صورة مخصوصة يتعين التقيد بها ما دامت شروطها قائمة ولذلك يتجه نقض القرار المطعون فيه من هذه الناحية*".

الفرع الثاني

اجتهادات فقه القضاء في المنازعات المتصلة بالامتناع عن الدفع

يكون القضاء مدعوا إلى البت في منازعات الامتناع عن الدفع من المسحوب عليه لانعدام المؤونة **(الفقرة الأولى)** أو لسقوط حق الحامل **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: الامتناع عن الدفع للمنازعة في المؤونة

يتبنى فقه القضاء[52] صراحة أنه يؤخذ من الفصل 275 في فقراته الأولى والرابعة والخامسة "*أن المسحوب عليه القابل للكمبيالة تقوم ضده قرينة قانونية على وجود المؤونة وهي بسيطة تجاه الساحب ومطلقة تجاه الحامل*" ومن المتجه البحث في طبيعة قرينة الإثبات فيما بين الساحب والمسحوب عليه **(1)** وتجاه حاملها بموجب التظهير**(2)**.

1- إثبات المؤونة في العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه

كيف يمكن إثبات مؤونة الكمبيالة في العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه.؟ تثبت المؤونة بالقرينة وهي قرينة بسيطة بين طرفيها حسب قراءة فقه القضاء لمقتضيات الفصل 275 من م ت **(أ)** ويشترط لدحضها أن تكون المنازعة فيها جدية وتحظى بالاعتبار**(ب)**.

أ- القرينة البسيطة في الإثبات

تناولت محكمة التعقيب مسالة إثبات المؤونة من طرف الساحب في عدة قرارات واستقر رأيها على أن الفصل 275 من م ت يضع قرينة بسيطة في إثبات المؤونة في العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه مبينة - كما في القرار السابق عدد 66834 -[53] أنه "*اقتضى الفصل 275 فقرة ثانية من المجلة التجارية أنه تكون المؤونة موجودة عند حلول أجل الكمبيالة إذا كان المسحوب عليه مدينا إلى الساحب أو لمن سحبت لحسابه بمبلغ يساوي على الأقل مبلغ الكمبيالة وأن القبول قرينة على وجود المؤونة*" و "*حيث واعتمادا على ذلك فإن في علاقة الساحب بالمسحوب*

---

52 قرار تعقيبي مدني عدد 66834 مؤرخ في 2013/1/3 (غير منشور).

53 قرار تعقيبي مدني عدد 21945 مؤرخ في 1991/4/24، نشرية محكمة التعقيب، عدد 1، لسنة 1991.

عليه تكون هذه القرينة بسيطة وقابلة للمناقشة والمعارضة بالحجة المضادة وأن إثبات عدم وجود المؤونة محمول على المسحوب عليه باعتبار أن الفقرة الأخيرة من الفصل المومئ إليه والتي تحمل الساحب عبء إثبات المؤونة في علاقة الساحب بالمظهرين والحاملين". كما بينت أنه[54] *" اقتضى الفصل 275 من المجلة التجارية أن القبول قرينة على وجود المؤونة وأنه على الساحب وحده سواء حصل القبول أو لم يحصل أن يثبت في حالة الإنكار أن المسحوب عليه كان لديه المؤونة عند الحلول وإلا لزمه ضمانها حتى ولو أن الاحتجاج قد أقيم بعد الآجال المعينة"* وتضيف المحكمة بأنه *"يؤخذ من أحكام الفصل 275 من المجلة التجارية أن القبول قرينة على وجود المؤونة وأنه في صورة إنكار المسحوب عليه للمؤونة فعلى الساحب وحده أن يثبت أن المسحوب عليه كان لديه المؤونة مما يستخلص منه أن قرينة القبول هي قرينة بسيطة قابلة للدحض".* ومن الملاحظ أنه تطرح إشكالية حول إثبات المؤونة في الكمبيالة من خلال القراءة الأولية للفصل 275 من م م ت ذلك أن الفقرة الرابعة منه تضع مبدأ القبول قرينة على وجود المؤونة في حين أن الفقرة السادسة تُحمل الساحب إثبات المؤونة عند إنكارها ومنه يبرز التناقض في الفصل 275 من م ت. فكيف يفهم هذا الفصل وهل يوجد فعلا تناقض بين فقرتي الفصل 275 من م ت؟ لقد اجتهد فقه القضاء في تفسير الفقرتين 4 و 6 من الفصل 275 من م ت وجعل لكل منها نطاقا محددا. فالأصل أن القبول قرينة على المؤونة وفقا للفقرة الرابعة من الفصل 275 وذلك في العلاقة بين المسحوب عليه والمظهرين وفقا للفقرة الخامسة من الفصل 275 وبين المسحوب عليه والساحب وحامل الكمبيالة. وأن الفقرة السادسة من نفس الفصل تحيل الى المبدأ العام القائل بأن البينة على من ادعى فعلى الساحب وحده أن يثبت في حالة الإنكار من المسحوب عليه أنه كانت لديه المؤونة عند الحلول. ولتجنب التناقض الظاهري يعتبر فقه القضاء أن قرينة الفقرة الرابعة من الفصل 275 م ت تنطبق على علاقة المسحوب عليه بالمظهرين وعلاقته بالساحب وعلاقته بالحامل وعليه فإنه في صورة قبول الكمبيالة وإمضاءها من المسحوب عليه فان ذلك يشكل في حد ذاته قرينة على وجود المؤونة ولا يكفي الإنكار المجرد لدحضها

[54] قرار تعقيبي مدني عدد 68741 مؤرخ في 12 مارس 2013 (غير منشور).

بل يجب على من يدعي عدم توفر المؤونة إثبات ذلك. أما الفقرة السادسة وإن ألزمت الساحب في صورة عدم إثبات المؤونة ضمانها حتى ولو أن الاحتجاج قد أقيم بعد الآجال المعينة فإن الضمان لا معنى له سوى في العلاقات الثلاثية. وقد اتجهت محكمة التعقيب [55] بخصوص هذه الإشكالية إلى القول " *وحيث اقتضى الفصل 275 م ت في فقرته الرابعة أن القبول قرينة على وجود المؤونة ونص في الفقرة السادسة على أنه على الساحب وحده سواء حصل القبول أو لم يحصل أن يثبت في حالة الإنكار أن المسحوب عليه كانت لديه المؤونة عند الحلول... ومن الواضح من أحكام الفصل المذكور وما دأب عليه التطبيق القضائي أنه وإن كان القبول قرينة بسيطة على وجود المؤونة إلا أنه لا يكفي الإنكار المجرد لدحضها وتحميل الساحب عبء إثباتها حتى وإن كانت العلاقة الأصلية بين الساحب والمسحوب عليه...*" فيجب لدحض القرينة أن تكون المنازعة جدية. ولما لم تتحقق محكمة القرار المطعون فيه – في القضية أعلاه – من جدية منازعة المعقب ضدها فإنها تكون قد أساءت التقدير " *وحيث أن سوء تقدير الوقائع من طرف المحكمة وتحميلها الساحبة عبء إثبات المؤونة رغم عدم إبداء المسحوب عليها منازعة جدية من شأنها أن تحظى بالاعتبار يجعلان حكمها مشوبا بالقصور ومخالفة القانون ومستهدفا للنقض على هذا الأساس*". وقد كانت بينت هذا التفصيل[56] قولا "*أنه يؤخذ من هذا الفصل – 275 من م ت – أن القبول قرينة على وجود المؤونة وتفريعا على ذلك فان المسحوب عليه الموقع على الكمبيالة بالقبول تقوم ضده قرينة مطلقة تجاه الحامل وقرينة بسيطة تجاه الساحب تمكن معارضتها بالحجة المضادة في صورة الإنكار*". ويثير الفصل 275 في فقرته الأخيرة "*وعلى الساحب وحده سواء حصل القبول أو لم يحصل أن يثبت في حالة الإنكار أن المسحوب عليه كانت لديه المؤونة عند الحلول وإلاّ لزمه ضمانها...*". وتقول في ذلك محكمة التعقيب - القرار عدد 3086 - أنها "*تخص العلاقة بين الساحب والحامل وتجب على الساحب إثبات وجود المؤونة وفي صورة عدم الإثبات يلزمه*

---

55 قرار تعقيبي مدني عدد 58001 مؤرخ في 2011/4/18 (غير منشور).

56 قرار تعقيبي مدني عدد 3086 مؤرخ في 1981/5/3، نشرية محكمة التعقيب، عدد 1 لسنة 1982، الصفحة 249.

الضمان للحامل ولو حمل المعنى على أنه في صورة الإنكار يلزم الساحب بالإثبات مطلقا أي سواء كان الأمر يتعلق بالعلاقة بين الساحب والحامل أو بين الساحب أو المسحوب عليه لتعارض مع قوله أن القبول قرينة على وجود المؤونة ولأصبح قوله وإلاّ لزمه ضمانها عديم المعنى إذ لا وجود لطرف ثالث حتى يقع الضمان".

ب- اشتراط جدية المنازعة في قرينة المؤونة من طرف المسحوب عليه

تطرح إمكانية المنازعة في مؤونة الكمبيالة التساؤل حول قيمة الإمضاء على صيغة القبول من المسحوب عليه. فهل لا تصمد حجية الإمضاء على كتب الكمبيالة أمام إنكار التوصل بالمؤونة؟ وما هي قيمة الإمضاء إذن؟ للسؤال أهمية لأنه من المبادئ القانونية المكرسة فقها وقضاءا أن الإمضاء يضفي على الحجة قوة إثباتية دون أن يمنع الملتزم من معارضة الحجة. وعليه فإن الإمضاء على الكمبيالة يثبت بالقرينة المؤونة التي لا يمكن ردها إلا بدفوعات جدية. ويبين المشرع في ذلك بالفصل 460 من م ا ع أن "*اعتراف الخصم بخطه أو بإمضائه لا يسقط حقه في معارضة الكتب بجميع الأوجه الباقية لديه من حيث الأصل أو من حيث الشكل*" وبينت المحكمة في نفس القرار الحجج التي يمكن اعتمادها لرد قرينة المؤونة بموجب الإمضاء قولا "*وحيث أن الكمبيالتين سند الأمر بالدفع تربط بين الساحبة المعقب ضدها والمسحوب عليها المعقبة ممضى عليها بالقبول وقد أثبتت الساحبة المعقب ضدها وجود المؤونة عند حلول أجل دفع الكمبيالتين بمؤيدات تمثلت في نسخة من وصل الطلب المتعلق بالبضاعة موضوع الكمبيالة وتصريح الديوانة ووصل خلاص معاليم الديوانة المتعلقة بالبضاعة*" وتضيف أن هذه الحجج هي من وسائل الإثبات وبالتالي فإن قاضي الأصل عند المنازعة في المؤونة يمكنه أن يتحقق من توفرها بالرجوع إلى العلاقة الأصلية بين الطرفين ومنها دفاتر التجار على معنى الفصل 11 من المجلة التجارية وغيرها من الوسائل المثبتة للمعاملات. وتعتبر المحكمة أن " *تقدير حجيتها وقيمتها يندرج في صلاحيات محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة التعقيب ما دام أنها عللت رأيها كما يجب بما هو سائغ قانونا بتعليل سليم ينطلق من قرينة الفصل 275 من م ت*". وقد اعتبرت محكمة

التعقيب في إطار الموازنة بين حق الساحب وحقوق المسحوب عليه[57] أن المنازعة في المؤونة من طرف المسحوب عليه يجب أن تكون جدية لترقى لدحض قرينة توفر المؤونة بموجب القبول وفقا للفقرة الرابعة من الفصل 275 من م ت. وتتمثل الوقائع في القرارات المذكورة أن المعقبة استصدرت أوامر بالدفع على أساس عدد من الكمبيالات وقضت محكمة الاستئناف بنقضها ورفض مطلب الأداء بناءا على أن المسحوب عليها نازعت في توصلها بكامل المؤونة وبأنها تولت خلاص جزء من الدين ولم تدل الساحبة بما يثبت المؤونة. وتمسكت الطاعنة - الساحبة - بالطور التعقيبي بمخالفة القرار الاستئنافي مقتضيات الفصل 287 من م ت لأنه طالما توفرت جميع شروط الكمبيالة التي تم قبولها وإمضائها دون أية منازعة فإن المديونية تصبح ثابتة وعلى المسحوب عليه أداء قيمتها عند الحلول عملا بالفصل 287 من م ت المذكور. كمخالفة الفصل 275 من م ت لأن منازعة المسحوب عليها بعدم توصلها بكامل المؤونة وتوليها خلاص جزء من الدين غير ثابت فهي لم تدل بأية حجة في ذلك وقد استنتجت المحكمة أنه كان يتحتم على الساحب - المستأنف ضدها - الإدلاء بما يثبت المؤونة ولما لم تفعل تكون قد أضفت الجدية على منازعة المستأنفة - المسحوب عليها - وقد طرح أمام محكمة التعقيب الإشكال حول أسباب دحض قرينة الفصل 275 الفقرة الرابعة من م ت؟ وكيف تثبت جدية المنازعة في توفر المؤونة؟ واتجهت إلى القول بأن الكمبيالة المقبولة التي استوفت بياناتها الوجوبية تثبت الدين والمعاملة وتوجب على المسحوب خلاص قيمتها عند الحلول. وتقوم لجانب الساحب قرينة توفير المؤونة وهي قرينة قانونية بسيطة يمكن دحضها من طرف المسحوب عليه. ولكن يشترط في دحض القرينة أن تقوم على أسباب جدية تحظى بالاعتبار لرد القرينة فالإنكار لمجرد الإنكار لا يعتد به. وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن المنازعة تصبح من توابع قواعد الإثبات العامة على معنى الفصلين 420 و 421 من م ا ع فإذا قامت القرينة في جانب الساحب على أساس قبول الكمبيالة فانه يكون قد تحقق في جانبه إثبات الالتزام عملا بالفصل 420 من م ا ع ومن واجب المسحوب عليه إذا نازع في المؤونة أن يصبغ منازعته بالجدية كأن يدلي

57 القرارات التعقيبية عدد 19883 و19884 و19885 و19886 مؤرخة في 29 أكتوبر 2015 (غير منشورة).

باحتراز في عدم التوصل بالمؤونة رغم حلول أجل الخلاص أو التنبيه بعيوبها أو النقص في كميتها وبكل ما يدل على عدم الرضا وعلى الساحب عندها إثبات توفير المؤونة لأن إنكارها يستند على معطيات دالة على إنكارها الجدي من المسحوب عليه.

ويطرح التساؤل حول دور القاضي في هذه الحالة. فهل يكتفي بالاستنتاج بأن الساحب لم يدل بتوفير المؤونة عند الإنكار ودون أي تقدير لهذا الإنكار أم أنه يكون مدعوا لتقدير جدية وحجية الإنكار ويطالب الساحب بما يفيد توفير المؤونة ويأذن بالأعمال الاستقرائية لاستيضاح حقيقة النزاع وفقا للفصلين 86 و114 من م م م ت. لقد اعتبرت محكمة الاستئناف بتونس[58] أن عدم الإدلاء بما يثبت المؤونة عند الإنكار يستنتج منه أن المنازعة جدية قولا "*وحيث أنه من الواضح من مقتضيات النص الآنف الذكر أن القرينة مناطه... تكتسي صبغة بسيطة في العلاقة الثنائية بين الساحب والمسحوب عليه ولا تصمد أمام إنكار المسحوب عليه توصله بالمؤونة فيتعين في هذه الحالة على الساحب إثبات توفيره لها وذلك بالإدلاء بالوثائق سند العلاقة الأصلية التي أنشئت في نطاقها الكمبيالة مادام إمضاؤها وقبولها لا يفيدان بالضرورة وجود المؤونة...*" واكتفت بهذا الاستنتاج دون مطالبة الساحب بما يفيد إثبات المؤونة أو البحث في جدية إنكار المسحوب عليه الذي أقر لديها بأنه تسلم بعضها وقام بخلاص جزء من الدين وطلب من جهته الإذن بأعمال استقرائية للتثبت من الحساب بين الطرفين غير أن المحكمة تجاوزت طلباته واستنتجت جدية منازعته رغم كونه يسعى لتحقيقها بإجراء الحساب بين الطرفين.

وقد أقرت محكمة التعقيب مسألة وجوبية جدية الدفوعات المثارة من طرف المسحوب عليه عند الممانعة في دفع المبالغ المضمنة بالكمبيالة وأيدت في ذلك قرار محكمة الاستئناف بالمنستير[59] التي اعتبرت أنه من واجب المستأنف – المسحوب عليه – "*إحضار طعونه المستوجبة ليبين للمحكمة بالتدقيق ما يثيره وبإمساكه عن ذلك تكون طعونه غير جدية غايتها في ذلك إطالة النزاع وربح الوقت واتجه ردها*" وبموجب الطعن على أساس أن المحكمة لم تتثبت ولم تتحقق وتبحث في التزويرسايرت

[58] قرار عدد 55944 المؤرخ في 18 جوان 2014 (غير منشور).
[59] قرار استئنافي مدني عدد 42928 مؤرخ في 2014/9/15 (غير منشور).

محكمة التعقيب[60] توجه محكمة الاستئناف قولا بأن " *الطاعن الذي أثار التزوير من واجبه أن يبين جدية طعنه فالتوقف على شكاية جزائية لاحقة للإنذار والأمر بالدفع تعتبر مثلما انتهت إليه محكمة الاستئناف غير جدية خاصة وان للمحكمة الصلاحية في تقدير جدية الدفع من عدمه وفقا للفصل 234 من م م م ت فادعاء التزوير وفقا للفصل 234 وما بعده يخضع في تقدير جديته إلى سلطة المحكمة واجتهادها ومن اختصاصها قبول مثل تلك الدفوعات أو ردها*". ويخلص من ذلك أن المنازعة لا تقوم على القول بعدم وجود المؤونة وإنما تقتضي بيان سند فيها وهي مسائل تقتضي تصرفا إيجابيا من المدين ولا يكفي للقول فيها بعدم الموافقة وبهذا تتحقق الموازنة بين الحقوق فالساحب يحمل الكمبيالة – أي سند الدين – وهي حجة على إثبات دينه فمن يمسك رسم الحجة تقوم لفائدته قرينة صفته كدائن كما تقوم لجانبه قرينة توفير المؤونة بموجب الفصل 275 من م ت وليس من القانون في شيء أن ترد هاتين القرينين بمجرد إنكار التوصل بالمؤونة.

2- إثبات المؤونة في العلاقة بين الحامل والمسحوب عليه: المفعول التطهيري للتظهير

يُصبغ التظهير قرينة المؤونة بصبغة مطلقة فلا يُجابه حامل الكمبيالة بانعدام المؤونة وهو ما عبر عنه فقه القضاء بـ " *المفعول التطهيري للتظهير*" وفقا الفصل 280 من م ت **(أ)** إلا إذا كان هذا الأخير عن سوء نية **(ب)**.

أ- القرينة المطلقة

يعتمد فقه القضاء على الفصلين 287 و280 من المجلة التجارية ليستخلص القول بأنه لا يمكن للمسحوب عليه أن يعارض حامل الكمبيالة بأية وسيلة تتصل بعلاقته الشخصية بالساحب. وهو موقف استقر عليه فقه القضاء.[61] فقد جاء بالقرار عدد6365 أنه " *يؤخذ من هذين النصين وما استقر عليه فقه القضاء أنه لا يمكن للمسحوب عليه أن يعارض الحامل للكمبيالة الموقع عليها بالقبول بوسائل المعارضة المبنية على علاقته الشخصية بالساحب ولو كان الأمر يتعلق بإثبات خلاصه فيها مع الساحب*"

60 قرار تعقيبي مدني عدد 21275 مؤرخ في 2015/11/12 (غير منشور).

61 قرار تعقيبي مدني عدد 6365 مؤرخ في 24 ماي 1982، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني 1982، الجزء الثالث، الصفحة 133.

ونقضت محكمة التعقيب على هذا الأساس الحكم المطعون فيه لأنه اعتمد شهادة كتابية صادرة عن الساحب تفيد خلاصه في الكمبيالة رغم أن حاملها هو البنك المظهر لفائدته وهو حاملها. وفي نزاع آخر رفضت محكمة التعقيب[62] الطعن القائم على أن المسحوب عليها قد أوفت بمعين الكمبيالة في أجلها للمستفيدة وأنه لا يجوز مساءلتها من طرف المظهر له، حامل الكمبيالة - فقد اعتبرت أن "*الدفع المثار حول وقوع خلاص الكمبيالة يهم الطاعنة من جهة والمعقب ضدها شركة... أي طرفي الكمبيالة ولا يواجه المظهر لفائدته حامل الكمبيالة بهذه الدفوعات الشخصية ما لم يكن عن سوء نية*" كما أكد فقه القضاء[63] على حماية حامل الكمبيالة الشرعي معتبرا أن الكمبيالة تتميز بخاصية التداول بالطرق التجارية وتنتقل الحقوق الثابتة بها بموجب التظهير. وللتظهير أثرين أولهما نقل الحق الثابت في الكمبيالة إلى المظهر لفائدته وثانيهما التطهير من الدفوع أو عدم الإحتجاج بالدفوع على حامل الكمبيالة حسن النية. وتفرق المحكمة بين التطهير والحوالة فالتطهير ينقل الحق المضمن بالكمبيالة كحق موضوعي لا تجوز معارضته بالحقوق الشخصية بين الساحب والمسحوب عليه. وعليه لا لهذا الأخير أن يمتنع عن الوفاء للحامل بالاستناد إلى الدفوع التي له على الساحب. أما في الحوالة فإنه يجوز للمدين وفقا للفصل 217 من م ا ع معارضة الحامل بما له من أوجه المعارضة لأن المحيل لا ينقل إلا الحقوق التي يملكها دون الحقوق محل المنازعة. وتعني المنازعة في نظر محكمة التعقيب انعدام أسباب الأداء. فقد بينت[64] مقتضيات المنازعة في إحالة الدين قولا " حيث *ينص الفصل 202 (م ا ع) على بطلان إحالة الحق المتنازع فيه ويكون في نظره متنازعا فيه من صورتين أولهما إذا كان النزاع في أصل الحق أو في أصل الدين حين البيع أو الإحالة وثانيهما إذا كانت هناك ظروف من شأنها أن توقع نزاعا جديا لدى المحاكم في أصل الحق ويستخلص منها أن ثبوتية الدين غير قاطعة سواء في شأنه أو سنده أو قيمته أو لحصول انقضائه والتي لا تؤول في مجملها إلى التشكيك في وجود للدين ومدى استحقاقه وقد اعتبرت محكمة الحكم المطعون فيه أن منازعة الطاعنة غير جدية إذ اقتصرت على الدفع بأنها لا توافق على المبلغ الذي حدده البنك المحيل*

---

62 قرار تعقيبي مدني عدد 33754 مؤرخ في 1 ديسمبر 2016 (غير منشور).

63 قرار تعقيبي مدني عدد 46476 المؤرخ في 1997/11/13، نشرية محكمة التعقيب، عدد 1 لسنة 1997، الصفحة 182.

64 قرار تعقيبي مدني عدد 74593 المؤرخ في 14 نوفمبر 2013 (غير منشور).

وذلك في إطار الرد على محضر الإعلام بإحالة الدين ودون بيان أوجه الخلل فيه بما يفقد المنازعة كل جدية وقد أحسنت في ذلك تطبيق للفصل 202 من م ا ع لأن المنازعة لا تقوم على القول بعدم ثبوت الدين وإنما تقتضي بيان سند فيها سواء أوجه انقضاء الدين أو في طريقه احتسابه ببيان ما هو غير مستحق منه أو الخطأ في احتسابه وهي مسائل تقتضي تصرفا ايجابيا من المدين ولا يكفي للقول فيها بعدم الموافقة. أما بخصوص أسباب عدم الإحتجاج بانعدام المؤونة تجاه حامل الكمبيالة فإنه يجد أساسه في النص التشريعي وهو الفصل 280 من م ت الذي يبرز حرص المشرع على تيسير تداول الكمبيالة وتنشيط وظائفها الإقتصادية. ولا يجوز مفاجأة الحامل بدفوع يجهلها. فلو كانت الدفوع المبنية على العلاقة الشخصية بين الساحب والمسحوب عليه مقبولة " لانعدمت الرغبة في التعامل بالكمبيالة لتعطلت وظائفها الإقتصادية" على حد قول محكمة التعقيب في القرار أعلاه. وتفسر محكمة التعقيب أسباب عدم المعارضة بكون الحامل له صفة الغير بالنسبة للمعاملات بين الساحب والمسحوب عليه"[65]. فقد دفعت المسحوب عليها لديها بأن الخلاص الحاصل بين يدي الساحب تمتد آثاره إلى كافة الحاملين ولا يمكن حصره في العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه لأنه خلاص فعلي يُعارض به الحامل. وقد بينت المحكمة المقصود من وسائل المعارضة الواردة بالفصل 280 من م ت وأسبابها قولا " *حيث أنه من المعلوم قانونا وبداهة وأن المقصود من وسائل المعارضة المنصوص عليها بالفصل 280 من م ت هي الخلاص والمقاصة وانعدام المؤونة. وقد اقتضى هذا النص أنه لا يمكن الإحتجاج بتلك الوسائل ومنها الدفع بوقوع الخلاص كما في قضية الحال على المعقب ضده باعتباره حاملا للكمبيالة لأنه غير بالنسبة لمعاملات الساحب بالمسحوب عليه*".

ب- سوء النية: الأسباب الدالة عليها

لم يبين الفصل 280 من المجلة التجارية المقصود بالوسائل المبنية على العلاقة الشخصية بالساحب أو الحامل. وهي تنحصر عادة في المنازعة في توفر المؤونة عند الحلول أو في مدى تطابقها مع الاتفاق ومدى سلامتها إن كانت بضاعة من العيوب أو حصول الخلاص الجزئي

65 قرار تعقيبي مدني عدد 48925 مؤرخ في 14 /1/ 1998، نشرية محكمة التعقيب، عدد 2 لسنة 1998، الصفحة 225.

أو الكلي وغيره من المعطيات المتصلة بأصل المعاملة. وينص الفصل 280 من م ت أن الأشخاص المدعى عليهم بمقتضى الكمبيالة لا يمكن لهم أن يتمسكوا ضد الحامل بوسائل المعارضة المبنية على علاقتهم الشخصية بالساحب أو بحامليها السابقين ما لم يكن الحامل قد تعمد عند اكتسابه الكمبيالة الإضرار بالمدعي. وعلى هذا الأساس لا يقبل فقه القضاء المسائل الشخصية بين الساحب والمسحوب عليه لمجابهة المظهر لفائدته. فلا يعارض بالادعاء بالخلاص أو انقضاء الدين فيما بين الساحب والمسحوب عليه كل من انتقلت إليه الكمبيالة بالتظهير وكانت مستوفاة لشروطها وبياناتها المنصوص عليها بالفصل 269 من م ت. وقد اعتبرت محكمة التعقيب[66] أنه " *وحيث طالما تأسس الأمر بالدفع على كمبيالة مستوفاة لصيغها وشروطها الشكلية فلا يجوز للطاعنة أن تعارض البنك المعقب ضده الأول بوسائل المعارضة المبنية على علاقتها بالمعقب ضدها الثانية أو مراعاة سبب الدين أو انقضاءه أو انعدامه*". ويتبين من ذلك أن الانقضاء والخلاص تبقى من المسائل الشخصية التي تربط بين الساحب والمسحوب عليه التي لا يعارض بها الحامل إلا إذا كان عن سوء نية وهي في نظر محكمة التعقيب مسالة موضوعية (القرار أعلاه) قولا " *وحيث لا جدال أن سوء النية مسالة واقعية تستخلصها محكمة الموضوع من الوقائع والقرائن المعروضة عليها وتخضع لتقدير محكمة الأصل ومحكمة الحكم المطعون فيه لم تر فيما تولاه البنك من أعمال لاستخلاص المبلغ المالي المضمن بالكمبيالة سند الأمر بالدفع ما يبعث على الاعتقاد بسوء نيته طالما أن عملية الإسقاط من العمليات البنكية المتداولة والتي تدخل في صميم عمله فضلا على أن نية الإضرار بالمدين تقتضي التواطؤ بين الحامل والساحب وهو ما لم يقع إثباته في قضية الحال*" وبتحليل عكسي يمكن القول بأن الحامل يكون عن سوء نية إذا تسلم الكمبيالة في عملية تداول لا علاقة لها بعملياته التجارية والاقتصادية التي تدخل في صميم عمله أو أنه تواطأ مع الساحب للإضرار بالمدين المسحوب عليه. وتستقر محكمة التعقيب على نفس الموقف[67] فهي قد أيدت موقف محكمة الإستئناف الذي رفض إجراء تحريرات واستقراءات لمجابهة حامل الكمبيالة بخلاص قيمتها. وقد اعتبرت " *حيث أن استصدار المعقب ضدها الأمر بالدفع المطعون فيه*

---

66 قرار تعقيبي مدني عدد 66834 مؤرخ في 2013/1/3 (غير منشور).

67 قرار تعقيبي مدني عدد 6646 مؤرخ في 2014/11/12 (غير منشور).

بصفتها حاملة للكمبيالات ضد المدين لا يجيز للمعقب معارضتها بما له من دفوعات مبنية على علاقته بالساحب ومنه التمسك بخلاص الدين لغير حامل الكمبيالة تطبيقا لأحكام الفصل 280 من م ت الأمر الذي يفقد كل جدوى أمام إمكانية ترتيب الأثر القانوني للدفوعات المحتج بها على فرض صحتها تجاه الحامل...".

كما لا يمكن مجابهة حامل الكمبيالة بالاتفاقات حول جدولة الديون المبرمة بين الساحب والمسحوب عليه طالما أن الحامل لم يكن طرفا في ذلك الاتفاق فقد اعتبرت محكمة الاستئناف بسوسة [68] أن حامل الكمبيالة – الشركة التونسية للبنك – لا يمكن مجابهته بالاتفاق على جدولة الديون بين الساحب – شركة صنع السيارات بسوسة -والمسحوب عليه – شركة النقل بالقيروان – طالما أنه لم يكن طرفا في ذلك الاتفاق رغم كون الاتفاق كان في إطار جدولة ديون جميع الشركات الجهوية للنقل وقد أيدت محكمة التعقيب[69] هذا التوجه قولا بأن الفصل 280 من م ت يقتضي " *حماية حامل الكمبيالة من وسائل المعارضة التي تقوم بين الساحب والمسحوب عليه في إطار حماية الوظيفة الاقتصادية للكمبيالة وضمان سلامة تداولها إلا إذا كان الحامل على سوء نية بمعنى أنه تعمد اكتساب الكمبيالة لغاية الإضرار بالمدين وهذه مسالة واقعية تتطلب البت في الوقائع واثبات مدى وجود سوء النية من عدمه ولا يعني خلافا لما ورد بالمطاعن علم الحامل وإنما هو طبقا لصيغة النص تعمد الإضرار بالمدين*" وانتهت إلى أن محكمة الحكم المطعون فيه لما أزاحت الاتفاق بين طرفي الكمبيالة لمجابهة الحامل المظهر لفائدته.

هل يعد نكران الإمضاء من الأسباب الشخصية بما يعدم وجود الكمبيالة أصلا نتيجة الدفع بتزويرها؟. بينت محكمة التعقيب[70] أن المقصود بوسائل المعارضة المنصوص عليها بالفصل 280 من م ت تنحصر في مناقشة المؤونة وبقية الأسباب المسحوب من أجلها الكمبيالة. ويعني ذلك العلاقة الأصلية وأسباب ومحل التعاقد بين الساحب والمسحوب عليه.

---

68 قرار استئنافي مدني عدد 53132 مؤرخ في 2015/5/12 (غير منشور) صادر عن محكمة الاستئناف بسوسة.

69 قرار تعقيبي مدني عدد 31412 مؤرخ في 2016/9/29 (غير منشور).

70 قرار تعقيبي المدني عدد 27968 مؤرخ في 31 مارس 1993، نشرية محكمة التعقيب، عدد 1 لسنة 1993، الصفحة 269.

واعتبرت في النزاع المعروض عليها أن نكران إمضاء الكمبيالة ممن سحبت عليه هو نفي للعلاقة مع من نسب إليه إمضاء الكمبيالة ولا يندرج في أسباب المعارضة المبنية على العلاقة الشخصية مع الساحب. ومن الجدير بالتأكيد أنه لا يمكن الاعتداد بكل نكران للإمضاء بل يجب أن يكون الدفع مبنيا على أسباب جدية. ويبقى للمحكمة المدنية التثبت من جدية التزوير وفقا للفصل 234 وما بعده من م م م ت وأن تبينت لها الجدية فلها الإذن بالأعمال الاستقرائية من اختبارات وغيرها واستخلاص النتائج من مالها. وفي هذا الاتجاه انتهت محكمة التعقيب[71] في نزاع تمسكت فيه المسحوب عليها بأنها لم تمض على الكمبيالة ولم تصدرها ولا علم لها بها ودفع الضامن بأنه لم يعط أية كفالة لخلاص الكمبيالة نقضت محكمة التعقيب قرار محكمة الاستئناف الذي أيد الأمر بالدفع الصادر بناءا على كمبيالة مرماة بالتزوير. قولا " *وحيث... فطالما ثبت أن الطاعنة هاجر نفت إمضاءها على الكمبيالات المستند إليها من المحكمة وطلبت تمكينها من إثبات التدليس وطالما تأكد أن الطاعن بنك... نفى كفالته للمبلغ المضمن بالكمبيالات وأدلى بما يفيد التتبع الجزائي لرئيس فرعه بـ... وطلب إيقاف النظر في القضية إلى حين البت في الدعوى الجزائية فان تجاوز محكمة القرار المنتقد لكل تلك الدفوعات رغم جديتها وتأثيرها المباشر على مسالة مدى حقيقة ثبوت الدين ينطوي على هضم لحقوق الدفاع وخرق لأحكام الفصول 59 و64 و234 وما بعده من م م م ت وللقاعدة الأصولية القائلة بأن " الجزائي يوقف النظر في المدني" مما يجعل قضاءها مستهدفا للنقض*".

وبإجراء مقارنة بسيطة من خلال القرارين المذكورين، نتبين اختلاف موقف محكمة التعقيب فهي رفضت قبول التشكي الجزائي في استخلاص دين مرتين أي في جنحة لمواجهة حامل الكمبيالة واعتمدت مبدأ أن الجزائي يوقف النظر في المدني عندما اتصل التتبع الجزائي بشكاية في التدليس. فهل تقبل محكمة التعقيب العمل بالمبدأ في الجنايات وترفض العمل به في الجنح وهل لهذا الموقف تبرير؟ وهل يجد هذا التفريق مجالا له في الفصل 280 من م ت وفي الكمبيالة كحجة على الدين؟ تصعب الإجابة الدقيقة ولكن يغلب القول بان محكمة التعقيب تعتبر التشكي الجزائي

[71] قرار تعقيبي مدني عدد 44409 مؤرخ في 2011/2/10 (غير منشور).

من المسائل التي تعطل الوظيفة الاقتصادية للكمبيالة وتنال من مصداقية تداولها ولذلك فهي لا تعتد بالتتبع الجزائي إذا تعلق الأمر بمجرد شكاية لا تزال في طورها البحث الأولي ولكنها تعتمد الشكاية إذا تقدمت الأبحاث بشكل يكون الاعتقاد بوجود جريمة ويولد الشك في صحة السند أو أنه تتولد عنه دعوى عمومية. كما هو في القرار عدد 44409 المذكور فقد وجهت التهمة في التدليس على مدير البنك وأحيل على دائرة الاتهام واعتبرت المحكمة من ذلك " *حيث من المستقر عليه تشريعا وفقها وقضاء انه يشترط لاستصدار أمر بالدفع ثبوت الدين بسند غير قابل للمنازعة أو الشك وهي السندات الواردة على سبيل الحصر بالفصل 59 من م م م ت*". ويطرح في هذا المجال التساؤل عن إمكانية تطبيق الفصل 280 من م ت كلما وجد نزاع جزائي جار بين الساحب والمسحوب عليه. فهل يعارض الحامل – المظهر له – بالتتبع الجزائي من أجل استخلاص دين مرتين. اعتبرت محكمة التعقيب[72] في نزاع أثار فيه الطاعن أن الساحب تعمد استخلاص الدين مرتين وتوجد شكاية جزائية جارية في الموضوع أن ذلك لا يمنع الحامل من استصدار أمرا بالدفع ضد قابلها. فالشكاية تتعلق بالعلاقة الشخصية بين الساحب والمسحوب عليه لا يجوز التمسك بها تجاه الحامل ما لم يكن سيّء النية عملا بالفصل 280 من م ت.

هل يحافظ التظهير على المفعول التطهيري إذا حصل الاحتجاج من أجل عدم الامتناع عن الدفع خارج الأجل؟ ينص الفصل 282 من م ت على أن التظهير اللاحق للاحتجاج بالامتناع عن الدفع أو الحاصل خارج الآجال المعينة للاحتجاج لا يترتب عنه سوى نتائج الإحالة العادية .ويعني ذلك قبول معارضة الحامل بكل المعارضات بين طرفي الكمبيالة كالدفع بالخلاص أو انعدام المؤونة. وقد فسرت محكمة التعقيب ذلك [73] ردا على المطعن بأن محكمة الاستئناف جانبت الصواب وأساءت تطبيق الفصلين 275 و280 من م ت عندما اعتبرت أنه ليس للتظهير سوى اثر الإحالة العادية بمعنى أنه يمكن معارضة الحامل بكل الوسائل المعارضة ومكنت المسحوب عليه من إثارة جميع أوجه المعارضة تجاه الحامل لأن التظهير وقع بعد الأجل المعين لإقامة الاحتجاج. وقد ردت المحكمة هذا

---

72 قرار تعقيبي مدني عدد 62099 مؤرخ في 2012/6/6 (غير منشور).

73 قرار تعقيبي مدني عدد 50980 مؤرخ في 24 /1998/2، نشرية محكمة التعقيب، عدد 2 لسنة 1998، الصفحة 232.

المطعن بالقول " *أن محكمة الحكم المطعون فيه لما أسست قضاءها على وقوع التظهير بعد الأجل المعين لإقامة الاحتجاج واعتبرت أن هذا التظهير لا يترتّب عنه سوى نتائج الإحالة العادية وخولت المسحوب عليه معارضة حامل الكمبيالة بعلاقته الشخصية مع الساحبة وحمّلت هذه الأخيرة عبء إثبات المؤونة لم تخرق الفصلين 275 و 280 من م ت*".

الفقرة الثانية: الامتناع عن الدفع لسقوط حق الحامل لعدم القيام بالاحتجاج

نتناول مسالة الاحتجاج في الكمبيالة لما ورد فيها من منازعات. يعد الاحتجاج شرطا للمطالبة بأداء مبلغ الكمبيالة التي لم يقع الوفاء بقيمتها من طرف قابلها وهو إجراء يجب على الحامل توخيه للحفاظ على حقوقه لان الغاية من الاحتجاج هي إثبات الامتناع عن القبول أو عن الدفع من قبل المسحوب عليه لممارسة دعوى الرجوع على بقية الملتزمين بالكمبيالة وإعلام كل مظهر مظهره. ويعد لذلك حجة رسمية **(1)** يثير عند تلف الكمبيالة إشكالية في توجيهه **(2)**.

1- الاحتجاج كحجة رسمية

نتحدث عن التنبيه كحجة رسمية **(أ)** مع التعرض للإنذار بالدفع كوسيلة تنبيه للأداء **(ب)**.

أ- الاحتجاج

ينص الفصل 307 من م ت على أنه " *يجب إثبات الامتناع عن القبول أو الامتناع عن الدفع بحجة رسمية وهي عبارة عن الاحتجاج بالامتناع عن القبول أو احتجاج بالامتناع عن الدفع*" فالاحتجاج حجة رسمية يحررها العدل المنفذ يودعها لدى كتابة المحكمة. ويُحمله المشرع مسؤولية في الإحتفاظ بنسخة طبق الأصل من الإحتجاج تحت طائلة عقوبة تأديبية وهي العزل. إذ ينص الفصل 321 من م ت على أهمية الاحتفاظ بنسخة طبق الأصل من الكمبيالة وإلا كان عرضة لعقوبة العزل وغرم الضرر المترتب عن ذلك. ونتساءل عن الغاية من هذا الإجراء فهل هو لحماية الساحب أم لحماية الممضين على الكمبيالة والمحافظة على سلامة تداولها وتحقيق وظيفتها الاقتصادية؟ وهل يجب تبليغ الاحتجاج إلى

المسحوب عليه؟ اعتبرت محكمة التعقيب[74] في ردها المتعلق بأن الاحتجاج بالامتناع عن الدفع واجب محمول على الحامل تجاه الطرف الذي أحال إليه الكمبيالة بموجب التظهير فقط وليس تجاه المسحوب عليه القابل الذي لا تربطه به علاقة مباشرة فقد جُعل الاحتجاج لحماية الساحب والمظهرين ولتمكينهم من الرجوع على المسحوب عليه وهو المتقاعس عن الأداء وهو ما اقتضاه الفصل 315 من م ت حول سقوط حقوق الحامل ضد المظهرين والساحب باستثناء قابل الكمبيالة عند فوات أجل تحرير الاحتجاج. لقد اعتبرت محكمة التعقيب أنه تطبيقا للفصل 315 من م ت بأن " *حقوق الحامل لا تسقط تجاه المسحوب عليه القابل للكمبيالة الذي يبقى ملزما مباشرة وشخصيا لفائدته بالوفاء بقيمتها بغض النظر عن توفر المؤونة من عدمها لديه ولا ينال من هذا الالتزام عدم إقامة الاحتجاج أو إقامته بعد الأجل المحدد له على معنى الفصل 307 من م ت*" وعلى هذا الأساس فإنه ليس للمسحوب عليه التمسك بعدم وجود الاحتجاج أو أنه تحرر خارج الآجال. فهو مشرع لإعلام الساحب والمظهرين من طرف الحامل بأن المسحوب عليه لم يقم بالدفع في تاريخ الحلول ليتسنى للحامل الرجوع عليهم. ولتبرير موقفها تعتبر محكمة التعقيب أنه "*نظرا لعدم ارتباط حامل الكمبيالة بعلاقة مباشرة بالمسحوب عليه القابل للكمبيالة ليس له أي واجب عليه وإنما جعل الاحتجاج لحماية الحامل والمظهرين والساحب وليس لحمايته حال أنه المتخلف عن الأداء*" وقد تبت محكمة التعقيب في قرار آخر نفس الموقف[75] وردت المطعن المتعلق بأن تحرير الاحتجاج يعد

---

74 قرار تعقيبي مدني عدد 75178 مؤرخ في 27 نوفمبر 2013 (غير منشور).

75 قرار تعقيبي مدني عدد 2016/34379 مؤرخ في 15 /2016/12 (غير منشور): تبنت محكمة التعقيب الموقف بأن الإحتجاج غير وجوبي لإستصدار الأمر بالدفع بناءا على كمبيالات قولا " *حيث وخلافا لما ورد بهذا المطعن فان الأمر بالدفع يخضع لموجبات الفصل 59 وما بعده من م م م ت ولا يقتضي ذلك من الدائن حامل الكمبيالة سوى إنذار المدين وإمهاله الأجل القانوني قبل استصدار الأمر بالدفع وقد تبين أن محكمة الحكم المطعون فيه قد استندت إلى الفصول المذكورة للتصريح بصحة إجراءات الأمر بالدفع المطعون فيه وكان رأيها في ذلك يتطابق مع مقتضيات مجلة المرافعات المدنية والتجارية الذي لا تستوجب تحرير محضر الإحتجاج لإثبات الإمتناع عن الدفع فهو ثابت بموجب عدم الدفع عند حلول أجل الخلاص وبموجب الإنذار بالأداء ولا يعد ذلك منها خرقا للفصول 307 و318 و319 و320 من م ت لأنها تتحدث عن تحرير الإحتجاج في الكمبيالات التي يسعى حاملها إلى الانتفاع بمزايا الفصل 317 من م ت حول التنفيذ المعجل للأمر بالدفع بقطع النظر عن الإستئناف وفي الأمر بالدفع الذي يستند إلى العلاقة الصرفية ولان الاحتجاج لا يمكن تحريره في جميع الحالات فهو يفقد كل فاعلية إذا تم تحريره خارج الأجل المبين بالفصل 315 من م ت. فهو مشرع لإعلام الساحب والمظهرين من طرف الحامل بأن المسحوب عليه لم يقم بالدفع في تاريخ الحلول ليتسنى له الرجوع عليهم.*

إجراءا وجوبيا يسبق استصدار الأمر بالدفع لأن الاحتجاج يكون في العلاقة الصرفية ولغاية الانتفاع بمزايا التنفيذ المعجل وبأنه يهدف إلى إخطار الممضين على الكمبيالة من مظهرين وملتزمين بأن المسحوب عليه لم يتول خلاص الكمبيالة في أجل الحلول. وعليه فإن للإحتجاج وظيفة حمائية لحمل الكمبيالة تخوله تتبع أكثر من طرف لإستخلاص قيمة الكمبيالة.

ويطرح التساؤل أيضا إن كانت أحكام الفصل 307 من م ت تنطبق في جميع الحالات لإثبات الامتناع عن الدفع؟ دفع الطاعن أمام محكمة التعقيب[76] بأن الفصل 307 من م ت يوجب إثبات الامتناع عن الدفع باحتجاج في حالة القيام على المظهرين والساحب وباقي الملتزمين. وقد تضمن الفصل صيغة الوجوب كصيغة عامة لإثبات الامتناع عن القبول أو عن الدفع في صورة وجود كمبيالة كسند للدين. وقد ردت محكمة التعقيب هذا الدفع قولا بأن " *الإجراءات الواردة بالفصل 307 من المجلة التجارية المحتج بها من قبل الطاعنة بعدم احترامها لم يرتب القانون البطلان على عدم مراعاتها ولم يجعل بموجبها مساس بالنظام العام أو أحكام الإجراءات الأساسية بل هي قواعد تهم مصالح الخصوم*". ويتطابق هذا الرأي مع ما ورد بالفصل 309 من م ت الذي أجاز للأطراف الاتفاق على مخالفتها إذ يجوز الاشتراط بأن يكون الرجوع بدون احتجاج. وبذلك تبقى إجراءات الفصل 59 من م م م ت قائمة ويمكن لكل دائن أن يستند إليه لاستصدار الأمر بالدفع شريطة إنذار الملتزم بها كلما فاقت قيمة الكمبيالة مائة وخمسون دينارا عملا بالفصل 60 من م م م ت. فلا يتوقف استصدار الأمر بالدفع على تحرير الاحتجاج بعدم الدفع. ويتطابق هذا الموقف مع مقتضيات الفصل 317 من م ت – بعد تنقيحه – في سنة 1996 بالقانون عدد 28 لسنة 1996 المؤرخ في 3 أفريل 1996 الذي خول لحامل الكمبيالة التي تحرر فيها الاحتجاج لعدم الدفع أن يستصدر أمرا بالدفع ضد قابلها ينفذ بعد أربع وعشرين ساعة من الإعلام به وبقطع النظر عن الاستئناف[77].

وحيث أن المجلة التجارية في أحكام الكمبيالة لم تقص تطبيق الفصل 59 وما بعده من م م م ت وبالتالي فإن استصدار الأمر بالدفع بناءا على الإنذار بالدفع دون الاحتجاج لا يمثل خرقا للقانون واتجه لذلك رد هذا المطعن".

76 قرار تعقيبي مدني عدد 39578 مؤرخ في 15/ 9/ 2010 (غير منشور).

77 قرار تعقيبي مدني عدد 2016/34379 مؤرخ في 15 /2016/12 (غير منشور).

وتضيف محكمة التعقيب في هذا السياق (القرار عدد 68741) أن الإمتياز الذي يمنحه الاحتجاج المنصوص عليه بالفصل 317 من المجلة التجارية للساحب أو لحامل الكمبيالة هو تخويله إتباع إجراءات التنفيذ المعجل لا غير. فهو يهدف إلى تمكين الدائن الذي يستصدر أمرا بالدفع أن يتولى تنفيذه بصفة وقتية دون انتظار آجال الاستئناف وهو تنفيذ معجل بحكم القانون. وتستخلص من ذلك أن الدائن الذي لا يجري الاحتجاج لسبب من الأسباب لا يفقد حقه في الرجوع على المسحوب عليه وعلى المظهرين وإنما يفقد حقه في التنفيذ عليهم معجلا لا غير. ويتبين ذلك في قولها " *حيث ورد بهذا المطعن - المطعن الثاني في القضية - أن الكمبيالتين سند الأمر بالدفع فقدت صفتهما كسند تجاري لوقوع الاحتجاج عن عدم الخلاص بعد الأجل المنصوص عليه بالفصل 307 من م ت*" وتجيب عنه كما يلي: "*وحيث خلافا لما دفعت به الطاعنة فإن عدم تحرير احتجاج في الأجل القانوني المضروب بالفصل 307 من المجلة التجارية لا يترتب عنه سقوط حقوق الحامل إلا تجاه المظهرين والساحب وليس تجاه المسحوب عليه الذي قبل الكمبيالة تطبيقا للفصل 315 من المجلة التجارية زيادة أن الكمبيالة وإن فقدت حجيتها الصرفية وعدم صلاحيتها لأن تكون سندا تجاريا فإن ذلك لا ينفي عنها صبغتها التعاقدية وفق الفصل 59 من م م م ت سيما وأن الاحتجاج هو لغاية ضمان التنفيذ المعجل وفق الفصل 317 من م م م ت بما يتعين معه رد هذا المطعن*".

ومن الجدير بالبيان في هذا المجال بأن التنفيذ المعجل بحكم القانون على معنى الفصل 317 من م ت يثير التساؤل حول تطبيق الفصل 209 من م م م ت عند الطعن في الأمر بالدفع بالإستئناف. فهل يمكن للمستأنف الذي صدر ضده الأمر بالدفع المحلّى بالتنفيذ المعجل أن يطلب توقيف تنفيذه من رئيس محكمة الإستئناف؟ وجوابا عن ذلك نلاحظ بأن الفصل 146 من م م م ت ينص على أن استئناف الأحكام الابتدائية يعطّل تنفيذها إلاّ في ما استثناه القانون. ويعني ذلك أن الإستئناف يوقف التنفيذ إلاّ إذا نص القانون على خلاف ذلك. وفي صورة الحال أقر المشرع صورتين:

- الصورة الأولى تخص الأحكام أو الأمر بالدفع المستندة على وثائق رسمية، وهي من حالات التنفيذ المعجل الوجوبي على معنى الفصل

125 من م م م ت. ويمكن أن يندرج فيها الأمر بالدفع الذي يستند إلى الوثائق المبينة بالفصل 125 من م م م ت لأنها من الحالات الوجوبية للنفاذ المعجل.

- الصورة الثانية وهي التي أقرها الفصل 317 من م ت. وهي استثناء للمفعول التعليقي للإستئناف يحرص المشرع من خلاله إلى إرجاع المصداقية للكمبيالة كورقة تجارية، وعليه فإن الأمر بالدفع المؤسس على الفصل 317 من م ت لا يخضع للمفعول التعليقي للإستئناف. ولكن هل يمكن طلب إيقاف تنفيذه على أساس الفصل 209 من م م م ت؟ يمكن القول من ناحية أولى بأن هذا الأمر بالدفع لا يمكن توقيف تنفيذه، كما هو الحال بالنسبة لصورة الفصل 125 م م م ت، ولا يصح الإعتماد على الفصل 209 من م م م ت في ذلك لأنها لم تكن إرادة المشرع و"*لو أراد المشرع أن يخول وقف تنفيذ الأمر بالدفع المحلّى بالنفاذ المعجل بموجب القانون لنص على ذلك صراحة*"[78]. ويمكن القول من ناحية ثانية بأن المشرع نص على التنفيذ المعجل في هذه الصورة الثانية ولكنه لم يمنع طلب إيقاف التنفيذ لمدة شهر من رئيس محكمة الإستئناف ولو كانت إرادته خلاف ذلك لنص على عدم إمكانية تطبيق الفصل 209 من م م م ت. ومؤدى ذلك أن السكوت يعنى الرجوع إلى القواعد العامة سيما. سواء في طلب توقيف التنفيذ، أو في إثارة منازعات التنفيذ، وتقتضي قاعدة الفصل 541 من م ا ع أن التفسير يكون في اتجاه التيسير وليس لمزيد من الشدة والتضييق. كما أنه لا يمكن إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ وفق الفصل 150 من م م م ت إذا تم نقض الأمر بالدفع في بعض الحالات. ولا يمكن القول بأن هذه الصورة حالة استثنائية أرادها المشرع لأنه لا يعتمد صيغة التنفيذ المعجل في صورة الحال فقط، وإنما يستعملها أيضا في صورة الأحكام الصادرة في الغرامات عن التعويض في حوادث الشغل والأمراض المهنية. فينص الفصل 79 من القانون عدد 28 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 "*تنفذ حالاّ أحكام قاضي الناحية بقطع النظر عن الطعن فيها بالإستئناف*". ولا يمنع ذلك من طلب توقيف التنفيذ وفقا للفصل 209 من م م م ت أو إثارة إشكال تنفيذي.

[78] حسين بن سليمة، المرجع السابق، ص 20.

ب- الإنذار بالأداء

يثير الإنذار بالأداء على معنى الفصل 60 من م م م ت بدوره الإشكال حول صحته من الناحية الشكلية. فقد دفع الطاعن أمام محكمة التعقيب بأن محضر الإنذار بالأداء لم يتضمن الإجراءات الأساسية المنصوص عليها بالفصل 60 المذكور وهي أن يتضمن المحضر ذكر الفصل 60 من م م م ت دون الاكتفاء بالإشارة إلى الفصل 59 من م م م ت وذكر الأجل المعين للخلاص وقدره خمسة أيام قبل استصدار الأمر بالدفع. وردت المحكمة[79] دفع الطاعنة بأن ذكر الفصل 60 من م م م ت الذي على أساسه يوجه الإنذار والتنصيص عليه بالمحضر يعد إجراءا أساسيا لاستصدار الأمر بالدفع ويهم النظام العام وينجر عن مخالفته بطلان محضر الإنذار طبقا للفصل 14 من م م م ت لمساسه بالإجراءات الأساسية على أساس أن محضري الإنذار الموجهين للمدين الأصلي والكفيلة تضمنا التنبيه بخلاص الدين في أجل خمسة أيام كاملة وأنه سيقع القيام ضدهما طبق إجراءات الأمر بالدفع وأن ذلك يستجيب لمقتضيات الفصل 60 من م م م ت وللإجراءات الأساسية لاستصدار الأمر بالدفع وخلافا لما ورد بالمطعن فإن الغاية من الإنذار هو التنبيه بالخلاص ومنح المدين أجل الوفاء المخصص لذلك وقدره خمسة أيام وهو ما اقتضاه الفصل 60 من م م م ت والذي اشترط أن يتم التنبيه بالعدل المنفذ وبموجبه يكون المشرع قد بيّن صيغة التنبيه وهي بواسطة محضر عدل تنفيذ ومحتواه وكلما استوفى الأمر بالدفع الشرطين المذكورين يكون قد استجاب للإجراءات المستوجبة ويصلح ليكون أساسا لاستصدار الأمر بالدفع ولا عبرة مثلما ورد بالمطعن من وجوب ذكر الفصل 60 من م م م ت فلا حاجة لذلك ما لم يشترطه المشرع ولم يقتض صيغة مخصوصة في تحرير التنبيه ولا يجوز اشتراط إجراء غير مشروط وعليه يتم الرجوع للقول بصحة التنبيه من عدمه إلى الفصل 6 من م م م ت حول بيانات محاضر عدول التنفيذ وإلى محتواه في الغاية التي استعمل من أجلها وهي في الأمر بالدفع تكون في التنبيه بالخلاص في ظرف خمسة أيام دون أية حاجة لذكر عدد الفصل أو نصه وأن غياب ذلك لا يعتبر إخلالا بالإجراءات الأساسية

79 قرار تعقيبي مدني عدد 29633 مؤرخ في 2016/1/21 (غير منشور- أشير إليه سابقا).

على معنى الفصل 14 من م م م ت سيما وأن التنبيه والإنذار هي من الدوافع الحمائية للمدين وبالتالي للمصالح الشخصية للخصوم.

2- الاحتجاج عند تلف الكمبيالة

هل يشترط الاحتجاج عند ضياع الكمبيالة؟ إذا ضاعت الكمبيالة أو سرقت فيمكن لمالكها أن يستصدر أمرا بالدفع بموجب نسخة منها إذا كانت تتضمن صيغة القبول وإذا لم تكن مشمولة بالقبول فان استصدار الأمر بالدفع بموجب النسخة أو بدونها لا يكون إلا بموجب الإذن على العريضة وتقديم ضامن مالي كل ذلك وفقا للفصلين 300 و301 و302 من م ت. ويوجب الفصل 303 من م ت عند الامتناع عن الدفع بعد إتمام الإجراءات الواردة بالفصول السابقة على مالك الكمبيالة تحرير الاحتجاج لحفظ حقوقه وتوجيه التنبيه للساحب والمظهرين وفقا للفصل 308 من م ت. لكن ماذا يترتب عن عدم تحرير الاحتجاج في صورة تلف الكمبيالة؟ أجابت محكمة التعقيب عن هذه المسالة[80]. تفيد وقائع القرار أنه على إثر إتلاف الكمبيالة سند دينه وهو مظهر لفائدته استصدر الطاعن إذنا على العريضة وفقا للفصل 302 من م ت في إلزام المعقب ضدهما بأن يدفعا له قيمة الكمبيالة. وقد كان له هذا الإذن سندا في إجراء عقلة توقيفية تم الحكم ابتدائيا بصحتها وتم نقض الحكم استئنافيا لأنه لم يتحرر احتجاج في عدم الدفع تجاه قابل الكمبيالة ولم يتم إخطار المظهر له وفقا للفصل 308 من م ت. وقد دفع الطاعن أما م محكمة التعقيب أن الفصل 303 من م ت لم يرتب على عدم تحرير الاحتجاج سقوط الحق تجاه أي من الملتزمين على عكس ما تضمنه صراحة الفصل 315 من م ت وإن رتبه فإنه لا يمكن أن يكون في غير الشروط الواردة بالفصل 315 بما يعنى استثناء قابل الكمبيالة. كما دفع بان المشرع بالفصل 320 من م ت اعتبر بأنه لا يقوم مقام الاحتجاج أي إجراء يصدر عن حامل الكمبيالة عدى الصور المنصوص عليها بالفصل 300 من م ت بما يعني أن الإذن على العريضة بصفة استثنائية يقوم مقام الإحتجاج لأنه لا يمكن تحير الاحتجاج وفقا للإجراءات العادية. وفي جوابها عن هذه المسائل اعتبرت محكمة التعقيب أن الإذن الصادر وفقا للفصل 300 من م ت يقوم عملا بالفصل 320 يقوم " *مقام الاحتجاج ومقام الكمبيالة اعتبارا لخصوصية حالة ضياع الكمبيالة*

[80] قرار تعقيبي مدني عدد 59517 مؤرخ في 16 أفريل 2012 (غير منشور).

أو سرقتها والتي في غيابها لا يمكن تحرير الاحتجاج طبقا للإجراءات العادية". ونقضت على هذا الأساس قرار محكمة الاستئناف. غير أن المحكمة لم تجب على مسالة هامة وهي مدى تطبيق الفصل 315 في الصور المنصوص عليها بالفصل 300. ويستدعي القول في ذلك بأنه لا حاجة لتحرير الاحتجاج في الكمبيالة الضائعة والمسروقة التي استصدر في شانها الحامل إذنا على العريضة في استخلاصها لأن الإذن يقوم مقام الاحتجاج فلا ينفذ إلا بعلم من صدر ضده. وقد وردت عبارات الفصل 321 من م ت صريحة في المبدأ أنه "*لا يقوم مقام الاحتجاج أي إجراء آخر يصدر عن حامل الكمبيالة*" واستثنى من ذلك الإجراءات المنصوص عليها بالفصل 300 وما بعده من م ت وهي الحالات المتعلقة بالكمبيالة التي تلفت. فتقوم تلك الإجراءات مقام الاحتجاج. وتتمثل تلك الإجراءات في استصدار إذن على العريضة في استخلاص قيمة الكمبيالة. ونتساءل حول طبيعة الإذن على العريضة الذي يصدر القاضي عند ضياع الكمبيالة أو سرقتها؟ فهل هو إذن للمطالبة بالأداء وبالتالي يعوض الكمبيالة على معنى الفصل 302 من م ت أم أنه إذن بالأداء؟ تناولت محكمة التعقيب المسألة[81] فقد تعهدت بالطعن في القرار الإستئنافي الذي اعتبر أن الإذن هو إذن بالأداء. وقد دفع الطاعن بأن الإذن على العريضة الذي يمكن التحصيل عليه في صورة سرقة أو ضياع الكمبيالة هو إذن بقصد المطالبة بالدفع ويقتصر على تعويض الكمبيالة الضائعة أو المسروقة ويحل محلها ولا يمكن أن يكون إذنا بالأداء بدليل أن المشرع أوجب تحرير الإحتجاج وفقا للفصل 303 من م ت في الامتناع عن الدفع. ويتطابق ذلك مع طبيعة الإذن على العريضة في أنه عمل ولائي يهدف إلى حفظ الحقوق من التلاشي لا غير. وقد كانت محكمة التعقيب مدعوة للبت إن كان الإذن سندا تنفيذيا أم هو ترخيص للمطالبة بالدفع وقد أجابت عن ذلك بالقول أنه " *يتضح من صريح هذا الفصل أن الإذن على العريضة الذي يمكن استصداره في صورة ضياع أو سرقة الكمبيالة هو إذن للمطالبة بالدفع لا إذن بالأداء هو ما يؤكده الفصل 303 من المجلة المذكورة... بالإضافة إلى أنه لا يمكن بحال أن يكون مثل هذا الإذن حكما بالأداء لما في هذا من*

---

81 قرار تعقيبي مدني عدد 21903 مؤرخ في 10 أفريل 1991، نشرية محكمة التعقيب، عدد 1 لسنة 1991، ص 118.

تجافي مع صيغة الإذن على العريضة حسبما حددها الفصل 214 من م م م ت".