

**الوجيز**  
**في**  
**مبادئ القانون والقانون التجاري**

نظرية القانون \* نظرية الحق \* نظرية العقد  
العمل التجاري \* التاجر \* المتجر \* العقود الإلكترونية \* الشركات التجارية \*  
الأوراق التجارية

**خاص**  
**لطلبة كليات التجارة وإدارة الأعمال**

**أ. الدكتور عثمان التكروري**  
أستاذ القانون - كلية الحقوق - جامعة القدس سابقا  
قاضي المحكمة العليا سابقا  
رئيس جامعة الخليل سابقا

**الطبعة الثانية**  
1438 هـ - 2017 م

بسم الله الرحمن الرحيم

## مقدمة الطبعة الثانية

تشتمل الخطط الدراسية لبعض التخصصات، مثل التجارة والعلوم الإدارية، على مساق في القانون التجاري. وقد أتيت لي فرصة تدريس هذا المساق لطلبة كلية التجارة بجامعة بيرزيت عام 1987/1986، ثم مرة أخرى لطلبة دائرة العلوم الإدارية ونظم المعلومات بوليتكنك فلسطين عام 1999/1998، فكانت الطبعة الأولى من هذا الكتاب.

ونظرا لأن الطلبة في هذه التخصصات خالي الذهن من طبيعة الدراسة القانونية، لخلو منهاج المرحلة الثانوية من أية إشارة لهذه الدراسة من بعيد أو قريب، فإنه يلزم أن يزودوا بما يمهد لهم السبيل ويهيئ ذهنهم لفهم المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون قبل الدخول في دراسة تفصيلات القانون التجاري. ذلك أن للقانون - كأى علم آخر - مصطلحات فنية خاصة به لا بد من معرفتها، وقد يصعب على الطالب فهم حقيقتها إذا ما واجهته دون تمهيد مسبق. وهذا يتطلب أن نعرض بإيجاز لكل من نظرية القانون ونظرية الحق.

كما أنه لا بد أن يلم الدارس لأي فرع من فروع القانون، بالأسس العامة لنظرية العقد، باعتبارها حجر الزاوية في البناء القانوني لا غنى عنه قبل دراسة موضوعات القانون التجاري الرئيسية وفق ما يسمح به الوقت، لذلك رأيت أن تصدر هذه الطبعة الثانية، بعد أن أضفت لها العقود الإلكترونية التي انتشر استعمالها في الوقت الحاضر، وما استجد من تعديلات في القوانين ذات العلاقة، لعلها تكون ذات فائدة للطلبة.

وعلى ذلك يمكن تقسيم هذا المساق إلى قسمين:

القسم الأول: مبادئ القانون بصفة عامة ويشتمل على ثلاثة أبواب:

الباب الأول: نظرية القانون.

الباب الثاني: نظرية الحق.

الباب الثالث: نظرية العقد.

القسم الثاني: القانون التجاري ويشتمل على ثلاثة أبواب:

الباب الأول: التعريف بالقانون التجاري بما في ذلك الأعمال التجارية،

والتاجر، والمتجر، والعقود الإلكترونية.

الباب الثاني: الشركات التجارية.

الباب الثالث: الأوراق التجارية.

وقد حاولت قدر الإمكان أن أزود الطالب بما أعتقد أنه ضروري ومفيد له في حياته العملية، وأن أقتصر على المبادئ العامة دون تفصيلات فرعية إلا بالقدر الضروري لتوضيح الفكرة وتحديد معالمها، وأن أعرض موضوعاته بأسلوب واضح وتعبير دقيق يركز على الأحكام العملية، ويبتعد عن المناقشات الفقهية النظرية أملاً أن يجد الطلبة فيه العون والفائدة.

**المؤلف**

الخليخ في 2016/9/20

**الدكتور عثمان التكروري**

## القسم الأول

### مبادئ القانون بصفة عامة

- . الباب الأول : نظرية القانون .
- . الباب الثاني : نظرية الحق .
- . الباب الثالث : نظرية العقد .

# الباب الأول

## نظرية القانون

### تمهيد

#### ضرورة القانون:

حاجة الفرد لأن يعيش مع غيره بسلام واطمئنان، وتعارض مصالحه ورغباته مع مصالح ورغبات الآخرين، تستلزم أن يرسم المجتمع لكل شخص حدوداً تبين ما له من حقوق وما عليه من واجبات، وأن يضع قواعد تنظم نشاط الأفراد حتى لا يجور بعضهم على بعض، وتتهيأ الظروف للعيش في حياة مشتركة مستقرة.

#### وظيفة القانون

لل قانون وظيفتان:

الأولى: هي تنظيم المجتمع وتحديد حقوق وواجبات كل فرد، بما يحقق العدالة والاستقرار.

الثانية: يعد القانون أداة لتحقيق فلسفة النظام الاقتصادية، والسياسية، والاجتماعية في المجتمع ، إذ يحاول كل نظام عن طريق ما يضعه من قواعد قانونية تطبيق مفهومه وتحويله إلى واقع عملي

#### القانون والحق والواجب :

عندما ينظم القانون شؤون الجماعة فإنه يقرر لشخص معين مركزاً قانونياً ينفرد به دون غيره ويخوله سلطة القيام بعمل معين يقره القانون، وهذه السلطة التي تعطى للشخص تسمى الحق .

ومقابل ذلك يفرض القانون على سائر الناس - عدا صاحب الحق - احترام هذا الحق وعدم التعرض لصاحبه ، وهو ما يطلق عليه الواجب .

مثال : حق الملكية - يخول صاحبه الانتفاع ، الاستغلال ، التصرف .

ويفرض على الغير واجب عدم التعرض للمالك واحترام هذا الحق .

فالقانون يقرر ما للأفراد من حقوق، وما عليهم من واجبات، ويرسم حدودها ويفرض ضماناتها .

## تقسيم :

في دراستنا لنظرية القانون ، لا بد أن نعرف أولا ما هو القانون ، ثم نبين فروعہ والأأنواع المختلفة لقواعده ، ونعرض بعد ذلك لمصادره ، وأخيرا نبين الحدود التي يطبق فيها .

وعليه تتضمن دراسة هذا الكتاب أربعة فصول على النحو الآتي :

الفصل الأول : التعريف بالقانون .

الفصل الثاني : تقسيم القانون وأنواع القواعد القانونية .

الفصل الثالث : مصادر القانون .

الفصل الرابع : تطبيق القانون .

## الفصل الأول التعريف بالقانون

### تعريف القانون

كلمة قانون مأخوذة عن كلمة **Kanon** اللاتينية ومعناها النظام أو القاعدة . وتطلق كلمة قانون في العلوم الطبيعية على كل قاعدة مطردة مستقرة تفيد استمرار أمر معين وفقا لنظام ثابت . ومن أمثله : قانون الجاذبية، وقانون الضغط الجوي، وقانون الغليان، وقانون العرض الطلب ... الخ

أما في مجال العلوم القانونية فإن لكلمة قانون معنيين :

**الأول :** معنى عام يقصد به مجموعة القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع ، والتي يلتزم أفرادها بالخضوع لها ، ويتعرض من يخالفها للجزاء الذي تكفل الدولة توقيعه على الأفراد عند الضرورة .

فيقال القانون الوضعي ، وعلم القانون ، وكلية القانون .

**الثاني :** معنى خاص له دلالات مختلفة :

1- قد يقصد به التشريع ، أي مجموعة القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التشريعية بقصد تنظيم مسألة معينة ، فيقال قانون الشركات ، وقانون الموظفين، والقانون رقم 15 لسنة 1985 ... الخ .

2- وقد يقصد به التقنين (**Code**)، أي مجموعة المواد أو النصوص الخاصة بفرع معين من فروع القانون ، فيقال مثلا " نصت المادة .... من القانون المدني على ..... " .

3- قد تستعمل للدلالة على فرع معين من فروع القانون الوضعي، أي القواعد التي تنظم موضوعا واحدا أو مجموعة متقاربة من موضوعات

القانون، التي تتعلق بنشاط معين من النشاطات الإنسانية في المجتمع.  
فالقانون المدني - هو القواعد التي تنظم النشاط المدني ،  
والقانون التجاري يراد به القواعد التي تنظم النشاط التجاري ... وهكذا .

وما يعيننا في دراستنا هو تعريف القانون ، بمعناه العام ، إذ نستخلص منه  
خصائص ثلاث للقواعد القانونية .

- 1- إن القاعدة القانونية قاعدة مجردة وعامة.
  - 2- وهي قاعدة تحكم سلوك الأفراد في المجتمع.
  - 3- كما أنها قاعدة ملزمة ومقترنة بجزء مادي.
- ونعرض لكل واحدة من هذه الخصائص بشيء من التفصيل .

### 1- القاعدة القانونية مجردة وعامة

يقصد بالتجريد أن تخاطب القاعدة الأفراد بصفاتهم وليس بذواتهم ، فيكتفي المشرع  
بإنشاء مراكز قانونية مجردة، كمركز الوارث، والوصي، والبائع، والشريك ... وأن تتناول  
الوقائع والتصرفات بشروطها وأوصافها ، وذلك بتنظيم علاقة نموذجية ذات طابع موحد  
كعقد البيع ، وعقد الإيجار ، وعقد الشركة ... الخ يأخذ فيها بالوضع الغالب في الحياة  
العملية ، ويغفل ما قد يحيط بالأشخاص أو الوقائع من ظروف خاصة ذات أهمية ثانوية.  
أما العموم فيقصد به أن القاعدة تنطبق على جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم  
الصفات المقررة بها ، أو على جميع الوقائع التي تتوفر فيها الأوصاف والشروط  
المطلوبة .

والتجريد ليس خصيصة مستقلة عن العموم، بل هما فكرتان متلازمتان متطابقتان، أو  
هما وجهان لخصيصة واحدة، فالقاعدة تنشأ مجردة عند تكوينها، وبذلك تكون عامة في  
تطبيقها.

- مثال : تنص المادة (43) من القانون المدني الأردني على أن "
- 1- كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.
- 2- وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة ."

فهذه القاعدة تنطبق بالنسبة لكل شخص، ذكراً كان أم أنثى، متى بلغ الثامنة عشرة من عمره وكان متمتعاً بقواه العقلية، إذ يصبح هذا الشخص أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية. ويتكرر تطبيق هذه القاعدة بقدر تعدد البالغين الذين تتوفر فيهم الشروط الواردة فيها ، سواء الآن أم في المستقبل طالما ظلت القاعدة قائمة معمولاً بها .

## 2- القاعدة القانونية تحكم سلوك الأفراد في المجتمع

القاعدة القانونية لا تعنى بسلوك الإنسان المنعزل، ولا تهتم بتنظيم سلوك الفرد نحو نفسه ، بل تقوم بتنظيم سلوك الفرد نحو غيره، إذ تفترض وجود علاقات بحاجة إلى تنظيم، فهي قاعدة اجتماعية . ويبين القانون ما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد، فإذا احترمو قواعد طواعية كان بها، وإلا أجبروا على احترامها .

ويترتب على كون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية ، أن تستجيب لظروف وحاجات المجتمع الذي تحكمه ، فالقانون مرآة للبيئة التي ينطبق فيها . وهذا يتطلب أن يتطور القانون في الزمان مع تطور المجتمع . وهو متغير بحسب المكان ، لأنه يحكم علاقات اجتماعية تختلف من مكان إلى آخر . فالقانون الفرنسي يختلف عن القانون الأردني . كما أن القانون الفرنسي في القرن الماضي يختلف عنه في وقتنا الحاضر حيث يتدخل المشرع من وقت إلى آخر فيعدل القانون القائم حتى يتلاءم مع الظروف الجديدة في المجتمع .

وحتى تتدخل القاعدة القانونية لتنظيم الروابط الاجتماعية يلزم أن يكون هناك مظهر خارجي لسلوك الأفراد . فالقانون ينظم مسلك الأفراد الخارجي ولا يهتم بالمشاعر والأحاسيس والنوايا طالما بقيت كامنة في النفس ولم تظهر إلى العالم الخارجي بأفعال مادية ملموسة . فالتفكير بارتكاب جريمة لا يقع تحت طائلة القانون ما دام هذا التفكير لم يتخذ مظهرا خارجيا بأفعال مادية ظاهرة تدل عليه كالتعدي على الغير بالضرب أو القتل مثلا .

والقاعدة القانونية تنظم العلاقات الاجتماعية كافة ، سواء داخل الدولة ، أي بالنسبة لتنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض، أو في علاقاتهم بالدولة، أو علاقات سلطات الدولة فيما بينها، أم في النطاق الخارجي ، أي بالنسبة لعلاقات الدول بعضها ببعض، وعلاقاتها بالمنظمات الدولية .

وهي تحكم الفرد منذ لحظة تخلقه كجنين حتى إلى ما بعد وفاته ، ويطبقها الأفراد في حياتهم اليومية في كل وقت ، فمن يستقل قطارا ، أو يشتري كتابا ، أو يتناول الشاي في مقهى ، أو يدخل دار للسينما ... الخ يبرم تصرفات تخضع للقانون .

غير أن القواعد القانونية لا تستأثر وحدها بتنظيم مظاهر نشاطه الاجتماعي المتعدد النواحي، بل تختص بمظاهر معينة من هذا النشاط التي يلزم تنظيمها لتحقيق التماسك الاجتماعي ، بينما تسهم العادات، ومبادئ الأخلاق، وأوامر الدين، في تنظيم جوانب أخرى من هذا النشاط .

### 3- القاعدة القانونية قاعدة ملزمة

يهدف القانون لضمان أمن واستقرار المجتمع ، لذلك فإنه يضع قواعد بالسلوك الواجب على الأفراد . وهذه القواعد ليست مجرد توجيهات تسدي النصح والإرشاد ، بل هي أوامر واجبة التنفيذ . لذلك فإن القواعد القانونية هي قواعد سلوك إجبارية . ويحترم الأفراد القاعدة القانونية في الغالب ، لأنها تعبر عن إرادة الجماعة، ولاعتقادهم بأن القانون لازم لحماية النظام في الجماعة وتوفير الخير لها . وكلما ارتقت الأمة ازداد حرص أفرادها على طاعة القانون من تلقاء أنفسهم لا خوفا من تعرضهم لجزائه .

كما تحاول الدولة توفير وسائل وقائية لمنع مخالفة القانون ، من ذلك السعي لمنع ارتكاب الجرائم بواسطة رجال الشرطة ، الذين يعهد إليهم بحفظ الأمن .

والواقع أن إطاعة القانون لا تكون حبا فيه بقدر ما تكون خوفا منه، فما يكاد يزول ذلك الخوف من القانون حتى يزول احترامه. والدليل على ذلك أنه لو زال التنظيم القهري في الجماعة أو تعطل على إثر كارثة أو حادثة غير عادية، فعندئذ تعم الفوضى . ولذلك يجب أن تقترن القاعدة القانونية بالقوة التي تفرض احترامها وتوجب طاعتها، إذا لم يتم الالتزام طوعيا . وهذه القوة هي ما يسمى بالجزاء . وهي الحل الأخير الذي يلجأ إليه عند مخالفة القانون والخروج على أحكامه .

غير أن ذلك لا يعني أن كل مخالفة للقاعدة القانونية تؤدي فعلا إلى توقيع الجزاء على المخالف. فكثيرا ما يحدث أن تقع مخالفة للقانون دون أن ينفذ الجزاء فعلا .

- إما لعدم معرفة الفاعل ،
- أو لعود صاحب الحق المعتدى عليه عن السعي إلى توقيع الجزاء،
- أو حتى لإهمال من يعهد إليهم بتوقيع الجزاء ... إلى غير ذلك من الأسباب.

## خصائص الجزاء :

ويتميز الجزاء المقرر للقاعدة القانونية بالخصائص الآتية :

- 1- إنه جزاء حال غير مؤجل، أي يطبق في الحياة بمجرد ثبوت وقوع المخالفة.
- 2- إنه جزاء مقدر، أي معلوم مقدما.
- 3- إنه جزاء مادي أو حسي، يتخذ مظهرا خارجيا يقوم على الإكبار ويمس شخص المخالف أو ماله، ويلمسه المخالف وغيره من الناس. فمن يسرق يسجن، ومن يمتنع عن دفع دينه تحجز أمواله وتباع جبرا عنه لسداد الدين للدائن .
- 4- إنه جزاء منظم تتولى توقيعه السلطة العامة في الدولة وفقا لنظام مرسوم. ويلجأ الأفراد إلى السلطة العامة لتوقيع الجزاء المقرر قانونا عن طريق رفع دعوى أمام القضاء .

## أنواع الجزاء

هناك ثلاثة أنواع من الجزاءات القانونية :

### 1- الجزاء الجنائي :

وهو عقوبة يقرها قانون العقوبات لتوقع على من يرتكب فعلا يعده القانون جريمة محرمة .

وتتدرج العقوبة وفقا لتدرج خطورة الجريمة ، إلى مخالفة وجنحة وجناية .  
والعقوبة الجنائية قد تكون عقوبة بدنية تتناول جسم المجرم كالإعدام . وقد تقتصر على سلب حريته كالأشغال الشاقة والسجن والحبس . أو قد تكفي بتقييد حريته كالوضع تحت مراقبة الشرطة . كما قد تكون العقوبة مالية تصيب مال المجرم كالغرامة والمصادرة.

وتعد معاقبة المجرم حقا للمجتمع وليست حقا للمجني عليه، لذلك فإن تنازل المجني عليه عن حقه الشخصي لا يؤثر في سير الدعوى، وإن أمكن أخذه في الاعتبار عند تقدير العقوبة .

## 2- الجزاء المدني :

وهو الجزاء الذي يترتب على مخالفة القواعد التي تحمي المصالح والحقوق الخاصة.

ويهدف إلى إزالة آثار الاعتداء ، أو التعويض عنها . ومن أمثلته ، التنفيذ العيني، أي تنفيذ الالتزام جبرا على المدين ، مثل الحكم بإخلاء المستأجر لعدم دفع الأجرة . وكذلك التعويض ، وهو مبلغ نقدي يدفع لجبر الضرر الذي يحدثه شخص بالغير مخالفا بذلك القانون .

## 3- الجزاء الإداري :

وهو الجزاء الذي يترتب على مخالفة قواعد القانون الإداري ، وهو يختلف بحسب القواعد التي تحصل مخالفتها . فالموظف الذي يقصر في واجبه يمكن أن يتعرض لإنذار، أو خصم من الراتب، أو حرمان من المكافأة ، أو الفصل . والقرار الإداري المخالف للقانون، يمكن أن يتعرض للإلغاء إذا كان مشوبا بعيب عدم الاختصاص أو إساءة استعمال السلطة ... الخ .

## الفصل الثاني

### أنواع القواعد القانونية

القواعد القانونية التي يتكون منها القانون ليست كلها من نوع واحد ، ولكن يمكن النظر إليها من جوانب مختلفة، وتصنيفها على ضوء ذلك إلى أنواع متعددة :

فهناك قواعد تنظم العلاقات الداخلية التي لا تتجاوز حدود إقليم الدولة ، ويشملها القانون الداخلي . وقواعد تنظم العلاقات التي تتجاوز حدود الإقليم وتشمل القواعد القانونية التي تحكم العلاقات بين الدول والمنظمات الدولية أو ما يسمى بالقانون الخارجي .

وفي نطاق القانون الداخلي تقسم القواعد القانونية من حيث موضوع العلاقة أو نوع النشاط الذي تنظمه إلى قواعد قانون عام وقواعد قانون خاص، ويتفرع كل من هذين النوعين إلى عدة فروع. ومن حيث شروط تطبيقها ومدى اعتدادها بإرادة الأفراد، تقسم إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة. وبالإضافة إلى هذه التقسيمات الهامة هناك تصنيفات متعددة أخرى :

فمن حيث طريقة التعبير عن القاعدة القانونية أو الصورة التي توجد عليها في المجتمع، يمكن تقسيمها إلى قواعد مكتوبة وهي القواعد التي تصدر عن السلطة التشريعية المختصة، أي القواعد القانونية، التي يكون مصدرها التشريع. وقواعد غير مكتوبة، وهي التي تستمد قوتها الملزمة من مصدر آخر غير التشريع كما هو الحال بالنسبة لقواعد العرف. وسيتضح هذا التقسيم عند دراسة المصادر الرسمية للقاعدة القانونية.

ومن حيث مضمون القاعدة، يمكن تقسيمها إلى قواعد موضوعية وقواعد شكلية .

فالقواعد الموضوعية هي التي تحدد الحقوق والواجبات، وكيفية نشوئها واستعمالها وانقضائها مثل قواعد القانون المدني والقانون التجاري، وقانون العقوبات .

أما القواعد الشكلية فهي تبين الإجراءات التي يجب اتباعها في حالة مخالفة قاعدة موضوعية وذلك لحصول الشخص على حقه كما في قواعد أصول المحاكمات الحقوقية، أو لعقاب المجرم مثلاً كما في قواعد أصول المحاكمات الجزائية، أو القواعد التي تنظم طريق التقاضي أمام القضاء الإداري. وهذا التقسيم تظهر معالمه عند دراسة كل فرع من فروع القانون على انفراد.

وعلى ذلك سنتنصر دراستنا في هذا الباب على مبحثين :  
المبحث الأول : يتناول تقسيم القانون إلى قانون داخلي وقانون خارجي.  
المبحث الثاني : يخصص للقواعد الآمرة والقواعد المكملة.

## المبحث الأول

### القانون الداخلي والقانون الخارجي

تقوم الدولة بصفقتها وحدة سياسية بوضع قواعد تنظم سلوك الأفراد في المجتمع الداخلي، كما تشارك غيرها من الدول في وضع القواعد التي تحكم العلاقات فيما بينها. ولذا نجد أن القانون ينقسم إلى قانون داخلي وقانون خارجي.  
فالقانون الداخلي ينظم نشاط الدولة داخل إقليمها، وهو بدوره ينقسم إلى قسمين : القانون الداخلي العام وينظم السلطات العامة للدولة في علاقاتها بعضها ببعض، وعلاقاتها بالأفراد، أي العلاقات الداخلية التي تكون الدولة فيها صاحبة السيادة والسلطة. والقانون الداخلي الخاص وينظم علاقات الأفراد فيما بينهم، أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصاً يقوم بأعمال عادية كالتي يقوم بها الأفراد.

أما القانون الخارجي فهو ينظم علاقات الدولة بغيرها من الدول والمنظمات الدولية ويحكم تصرفاتها في المجتمع الدولي، ويحدد حقوق كل منها وواجباتها في وقت السلم أو في وقت الحرب. ويطلق عليه اسم القانون الدولي العام. وعلى ذلك سنتناول القانون الداخلي في مطلب أول، والقانون الخارجي في مطلب ثان.

## المطلب الأول

### القانون الداخلي

#### القانون العام والقانون الخاص

##### معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

ينقسم القانون الداخلي من حيث طبيعة العلاقات التي ينظمها إلى قانون عام وقانون خاص. وقد اختلف الفقهاء في تحديد معيار للتفرقة بينهما ووجدت عدة معايير مقترحة. ولكن المعيار الغالب يقيم التفرقة على أساس صفة الدولة حينما تكون طرفا في العلاقة القانونية .

فإذا كانت الدولة طرفا في العلاقة القانونية بصفتها صاحبة السيادة والسلطة، تكون العلاقة حينئذ خاضعة للقانون العام.

أما إذا لم تكن الدولة طرفا في العلاقة القانونية، بل نشأت هذه العلاقة بين أشخاص عاديين، أو كانت الدولة طرفا في العلاقة لا بصفتها صاحبة السيادة والسلطة بل باعتبارها شخصا اعتباريا عاديا يتعامل مع غيره كتعامل الأفراد العاديين، كانت القاعدة التي تحكم العلاقة إحدى قواعد القانون الخاص.

## علة التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

ترجع التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص إلى أن الدولة بصفتها صاحبة السيادة والسلطة تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، وهي مصلحة لا تحتمل أي تعويق ويجب التضحية في سبيلها بالمصلحة الخاصة للأفراد لما لها من أهمية في حياة الجماعة. لذا فإن الدولة عندما تخاطب الأفراد أو تدخل معهم في علاقة بقصد تحقيق هذه المصلحة تملك من الوسائل والسيطرة ما لا يملكه الأشخاص العاديون. وهذا يستلزم وضع قواعد تختلف - كثيراً أو قليلاً -، عن تلك التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين أشخاص عاديين يعملون لتحقيق مصالحهم الخاصة، أو بين أشخاص من بينهم من يملك السيادة والسلطة، ولكن المصلحة التي يهدف إلى تحقيقها مصلحة خاصة لا تستدعي استخدام السيادة .

ويتضح لنا ذلك في الأمثلة الآتية :

إذا أراد شخص تملك قطعة أرض فهو لا يستطيع ذلك إلا إذا رضي صاحبها أن يبيعها له وبالثمن الذي يتفقان عليه. أما إذا أرادت الدولة شق طريق أو توسيعها فإنها تنزع ملكية الأراضي اللازمة لذلك جبراً بإجراءات تتخذها من جانبها دون حاجة لرضاء صاحبها، ثم تعوضه عنها بعد ذلك وفق أحكام قانون الاستملاك للمنفعة العامة.

كما أن علاقة الموظف بالدولة تخضع لقواعد تهدف إلى انتظام سير المرافق العامة، ولذلك فإنها تختلف عن القواعد التي تنظم علاقات العمل العادية بين الأفراد. أما إذا قامت الدولة ببيع أو تأجير قطعة أرض تملكها، أو استأجرت منزلاً لسكن أحد موظفيها مثلاً، فإنها تفعل ذلك باعتبارها شخصاً كباقي الأشخاص العاديين لا باعتبارها صاحبة سيادة وسلطة، ولذلك تخضع هذه العلاقة بينها وبين الطرف الآخر الذي تعامل معها لقواعد القانون الخاص.

## تقسيم القانون إلى عام وخاص

يترتب على اختلاف الغرض الذي تهدف إلى تحقيقه كل من قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص وجود فوارق بينهما من نواح عدة أهمها :

- 1- جميع قواعد القانون العام أمرة، بمعنى أنه لا يجوز للأفراد أن يخرجوا عليها أو يتفقوا على ما يخالفها، لأنها تهدف إلى حماية الصالح العام للمجتمع. بينما يتضمن القانون الخاص كثيرا من القواعد المكملة وهي التي يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يخالف حكمها لأنها تتعلق بمصالح خاصة لهم.
- 2- يخول القانون العام للهيئات العامة في الدولة سلطات لا يمنحها القانون الخاص للأفراد، فتستطيع تلك الهيئات مثلا أن تتخذ في سبيل أداء وظيفتها وسائل قهرية لا تجوز للأفراد، مثل نزع الملكية للمنفعة العامة، وتوقيع الحجز الإداري دون سبق الحصول على حكم من القضاء.
- 3- تخضع العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها كسلطة عامة لقواعد غير التي تحكم علاقات القانون الخاص. فعلاقة الدولة بموظفيها تخضع لقواعد تختلف عن القواعد التي تحكم علاقة رب العمل بموظفيه أو عماله. لأن الموظفين يعملون في مصالح عامة يجب أن لا تقف عن العمل أو تتعطل، الأمر الذي يدعو إلى الحد من حرياتهم على نحو لا نجده فيما بين الأشخاص العاديين.
- 4- تسري على العقود الإدارية، التي تبرمها السلطات العامة قواعد تختلف عن تلك التي تخضع لها العقود في القانون الخاص. فلإدارة أن تلغي العقد أو تعدل شروطه بإرادتها المنفردة متى اقتضت المصلحة العامة ذلك. بينما لا يملك المتعاقد في نطاق القانون الخاص مثل هذه السلطة، لأن قواعد القانون الخاص تبحث عن التوازن بين أطراف العقد.

5- تتمتع الأموال العامة المملوكة للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى والمخصصة للمنفعة العامة بنظام حماية خاص لا تتمتع به أموال الأفراد، فلا يجوز التصرف فيها، ولا الحجز عليها، ولا تملكها بوضع اليد (الحيازة).

6- خصصت الكثير من الدول جهة قضائية خاصة للفصل في المنازعات المتعلقة بمسائل القانون العام، مستقلة عن القضاء العادي. وهذا ما أخذ به المشرع الأردني إذ نص الدستور على إنشاء محكمة عدل عليا. وقد نص قانون تشكيل المحاكم النظامية على أن تتعدّد محكمة التمييز بصفتها محكمة عدل عليا، ثم تم تخصيص دائرة خاصة في محكمة التمييز لهذا الغرض، إلى أن صدر في الأردن أخيراً قانون محكمة العدل العليا رقم 11 لسنة 1989 فأصبح القضاء الإداري مستقلاً بذاته عن القضاء العادي، أما في الضفة الغربية فقد كانت محكمة الاستئناف في رام الله تتعدّد بصفتها محكمة عدل عليا لعدم وجود محكمة تمييز منذ عام 1967. إلى أن تم إنشاء السلطة الوطنية الفلسطينية وصدر قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 ونص على إنشاء محكمة العدل العليا.

### تقسيمات ثانوية

إذا كان القانون الداخلي ينقسم في مجموعه إلى قانون عام وقانون خاص. فإن كل قسم من هذين القسمين ينقسم بدوره إلى أقسام أخرى يطلق عليها فروع القانون، وسوف نستعرض بإيجاز فروع القانون العام، ثم فروع القانون الخاص، مقتصرين على تعريف كل منها، لأن دراسة هذه الفروع دراسة تفصيلية لا تدخل في نطاق بحثنا.

## الفرع الأول فروع القانون العام

يشمل القانون العام مجموعة القواعد التي تحدد كيان الدولة وتنظم علاقاتها، بصفتها صاحبة السيادة والسلطة، بالأفراد. وهو يتفرع إلى القانون الدستوري، والقانون الإداري، والقانون المالي، والقانون الجنائي.

### أولاً : القانون الدستوري

القانون الدستوري أو الدستور هو مجموعة القواعد التي تحدد نظام الحكم في الدولة، وتبين السلطات العامة فيها واختصاص كل سلطة منها، كما تبين علاقات هذه السلطات بعضها ببعض وعلاقتها مع الأفراد، كما تبين حقوق الأفراد السياسية والعامة وضماناتها. فالقانون الدستوري يتناول الموضوعات الآتية:

- 1- شكل الدولة، حيث يبين ما إذا كانت ملكية أم جمهورية، ديمقراطية أم دكتاتورية، برلمانية أم غير برلمانية (أي نيابية أم غير نيابية) بسيطة أم اتحادية ... الخ. وقد نصت المادة الأولى من دستور المملكة الأردنية الهاشمية على أن (المملكة الأردنية الهاشمية دولة عربية مستقلة ذات سيادة ملكها لا يتجزأ ولا ينزل عن شيء منه والشعب الأردني جزء من الأمة العربية ونظام الحكم فيها نيابي ملكي وراثي) .
- 2- السلطات العامة في الدولة، فتبين كيفية تشكيلها، واختصاصاتها. وعلاقة كل منها بالأخرى، وما إذا كانت تلك السلطات منفصلة أم متداخلة، وما حدود هذا التداخل. والسلطات التي تتكون منها الدول الحديثة ثلاث هي : السلطة التشريعية وهي التي تسن القوانين ويتولاها في الأردن مجلس الأمة والملك، ويتكون مجلس الأمة من مجلسي الأعيان والنواب . والسلطة التنفيذية وهي التي تنفذ القوانين وتدير المرافق العامة، ويتولاها الملك بواسطة مجلس الوزراء ، والسلطة القضائية. ومهمتها الفصل

في المنازعات طبقا لما يقضي به القانون، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر جميع الأحكام وفق القانون باسم الملك .

3- **علاقة السلطات بعضها ببعض**، فبين ما إذا كان قد قرر مبدأ الفصل بين السلطات، أو نظم نوعا ما من الارتباط والمراقبة وحدود ذلك. مثل حق السلطة التنفيذية في حل البرلمان، وحق السلطة التشريعية في سحب الثقة من الوزارة، ورقابة المحاكم على صحة القوانين الصادرة من السلطة التشريعية. كما يبين علاقة الأفراد بهذه السلطات ومدى مساهمتها فيها عن طريق الانتخاب أو غيره.

4- **حقوق الأفراد في الدولة**، وهي ما تسمى بالحريات العامة، فهي تتركز في الحرية والمساواة. أما الحرية فتشمل الحرية الشخصية، وحرية التملك، والمسكن والرأي والدين، والعمل، والتجارة ... الخ. أما المساواة فتكون في جميع المزايا التي تمنحها الدولة والتكاليف التي تفرضها. كالحق في تولي الوظائف العامة، وواجب أداء الخدمة العسكرية والضرائب.

### أنواع الدساتير

تختلف الدساتير من حيث كيفية وضعها، فمنها ما يكون منحة من الحاكم أو السلطان ينزل فيه عن بعض سلطاته للشعب، أو نتيجة اتفاق أو عقد بين الشعب والحاكم، أو عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب، وقد يقوم الشعب نفسه بسن الدستور عن طريق الاستفتاء.

كما تختلف الدساتير من حيث كيفية تعديلها، فهناك الدساتير المرنة، كالدستور الإنجليزي، التي يكفي لتعديلها أن يصدر بالتعديل تشريع عادي بالإجراءات التي تصدر بها التشريعات العادية. وهناك الدساتير الجامدة، وهي التي تتطلب لتعديل أحكامها اتباع إجراءات وشروط خاصة أشد من إجراءات تعديل التشريع العادي وهي تختلف من دستور لآخر.

وتنص المادة 1/126 من الدستور الأردني على أنه :

- 1- تطبق الأصول المبينة في هذا الدستور بشأن مشاريع القوانين على أي مشروع لتعديل هذا الدستور ويشترط لإقرار التعديل أن تجيزه أكثرية الثلثين من أعضاء كل من مجلسي الأعيان والنواب، وفي حالة اجتماع المجلسين وفقا للمادة (92) من هذا الدستور يشترط لإقرار التعديل أن تجيزه أكثرية الثلثين من الأعضاء الذين يتألف منهم كل مجلس وفي كلتي الحالتين لا يعتبر نافذ المفعول ما لم يصدق عليه الملك.
- 2- لا يجوز إدخال أي تعديل على الدستور مدة قيام الوصاية بشأن حقوق الملك ووراثته.

بينما في فلسطين نصت المادة 120 من القانون الأساسي المعدل على أنه " لا تعدل أحكام هذا القانون الأساسي المعدل إلا بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء المجلس التشريعي الفلسطيني".

### ثانيا : القانون الإداري

يشتمل القانون الإداري مجموعة القواعد التي تبين كيفية أداء السلطة التنفيذية لوظيفتها فيما يتعلق بالأعمال الخاصة بتصريف الشؤون اليومية العادية وهي التي يطلق عليها الأعمال الإدارية. فهو يتناول المسائل الآتية :

- 1- تنظيم السلطة التنفيذية وتحديد الأشخاص والهيئات التي تباشر السلطة الإدارية كرئيس الدولة، والوزراء، والمصالح والإدارات والمرافق العامة في الدولة . عدا القضاء. وطريقة تكوينها، وصلاحياتها، وكيفية أداء كل منها لوظيفتها، وعلاقتها بعضها ببعض.
- 2- الموظفون العموميون ونظامهم القانوني، وخاصة ما يتعلق بحقوقهم وواجباتهم من حيث التعيين، والترقية، والتأديب، والعزل، وإنهاء الخدمة بالتقاعد، وحدود وظيفة كل منهم وغير ذلك.

- 3- الأموال العامة، أي الأموال المنقولة وغير المنقولة التي تستخدمها السلطات الإدارية لإدارة المرافق العامة، وكيفية إدارتها والانتفاع بها.
- 4- الرقابة القضائية على أعمال السلطة الإدارية. ولا تتخذ الدول في طريقة الرقابة على الإدارة موقفاً واحداً، فمن الدول، كبريطانيا ما يترك الرقابة على أعمال الإدارة للمحاكم العادية، حيث يفصل القضاء العادي في كل نزاع بين الإدارة والأفراد. بينما تعهد دول أخرى بالرقابة على أعمال الإدارة لمحاكم إدارية خاصة. وقد نص الدستور الأردني في المادة (100) على ضرورة إنشاء محكمة عدل عليا، وبين قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 26 لسنة 1952، أن محكمة التمييز تتعد بصفتها محكمة عدل عليا للنظر في القضايا الإدارية التي عدتها الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من ذلك القانون. كما صدر أخيراً القانون رقم 11 لسنة 1989 الذي أنشأ محكمة عدل عليا مستقلة . أما في فلسطين فقد نصت المادة 2/30 من القانون الأساسي المعدل على أنه " يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء". كما نصت المادة 102 منه على أنه " يجوز بقانون إنشاء محاكم إدارية للنظر في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى والإجراءات التي تتبع أمامها" ونصت المادة 23 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 على أن المحكمة العليا تتكون من 1- محكمة النقض 2- محكمة العدل العليا. وبينت المادة 33 من هذا القانون اختصاصات محكمة العدل العليا.

### ثالثاً : القانون المالي

يتضمن هذا القانون القواعد التي تحكم مالية الدولة من حيث بيان إيراداتها من ضرائب مباشرة وغير مباشرة، ورسوم، وقروض، وكيفية تحصيلها. ومصروفات الدولة

والوجوه التي تنفق فيها، وكيفية إنفاقها، والرقابة على الإنفاق. وكذلك قواعد تحضير الميزانية السنوية للدولة والهيئات العامة الأخرى وتنفيذها والرقابة على هذا التنفيذ.

#### رابعاً : القانون الجنائي

القانون الجنائي هو مجموعة القواعد التي تحدد الجرائم، وتبين العقوبات المقررة لها، والإجراءات التي تتبع في تعقب المجرم والتحقيق معه ومحاكمته وتنفيذ العقوبة عليه. ولهذا فإن القانون الجنائي ينقسم إلى قسمين :

- i- **قانون العقوبات** : ويتضمن القواعد الموضوعية التي تحدد الجرائم والعقوبات، ويشمل القواعد التي تحدد الأحكام العامة للجريمة والعقوبة من حيث بيان أنواع الجرائم من جنائيات وجنح ومخالفات، وأركان الجريمة، والقواعد التي تنظم العقوبة من حيث نوعها، وحالات تعددها، وسقوطها، والتخفيف أو الإعفاء منها. كما يشمل القواعد الخاصة بكل جريمة من الجرائم على حدة، ويبين أركانها وصورها المختلفة والعقوبة التي توقع على مرتكبها، كأحكام جريمة السرقة، أو الرشوة، أو القتل.
- ii- **قانون أصول المحاكمات الجزائية** : ويتضمن القواعد التي تبين الإجراءات الواجبة الإلتباع من وقت الجريمة إلى حين توقيع العقاب بمرتكبها من حيث ضبط المتهم، والقبض عليه، والتحقيق معه، ومحاكمته، وتنفيذ العقوبة التي يحكم بها.

#### الفرع الثاني

#### فروع القانون الخاص

القانون الخاص - كما سبق أن بينا - هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الأشخاص فيما بينهم، أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصاً يقوم بأعمال عادية كالتي يقوم بها كافة الأفراد.

ويتفرع القانون الخاص إلى فروع متعددة أهمها القانون المدني، والقانون التجاري، وقانون التجارة البحرية، والقانون الجوي " أو قانون الطيران المدني "، وقانون العمل، وقانون أصول المحاكم الحقوقية، والقانون الدولي الخاص . وقانون الأحوال الشخصية.

### **أولا : القانون المدني**

القانون المدني هو مجموعة القواعد الموضوعية التي تنظم العلاقات الخاصة (أي التي تدخل في نطاق القانون الخاص) باستثناء ما يتناوله بالتنظيم فرع آخر من فروع القانون الخاص.

والقانون المدني هو أصل القانون الخاص كله الذي يحكم علاقات الأشخاص فيما بينهم بصفة عامة، أما بقية فروع القانون الخاص فقد تفرعت عنه، ويترتب على ذلك أنه إذا لم توجد قاعدة تحكم مسألة من المسائل الداخلة في فروع القانون الخاص الأخرى كالقانون التجاري وقانون العمل .. الخ، فإنه يجب الرجوع في حكمها إلى ما يقرره القانون المدني، ما لم يظهر أن هذا الحكم لا يتفق مع طبيعة القواعد التي يتضمنها ذلك الفرع من فروع القانون الخاص.

### **موضوعاته**

يشمل القانون المدني في معظم الدول طائفتين من العلاقات هما، علاقات الأسرة أو ما يسمى بالأحوال الشخصية، ويدخل فيها مسائل الزواج، والطلاق والتفريق، والنسب، والمواريث، والوصية ونفقة الأقارب وما يتعلق بتلك المسائل من آثار. والعلاقات المالية التي تشمل كل ما يتصل بنشاط الأشخاص بالنسبة للأموال ويطلق عليها الأحوال العينية، ويدخل فيها تحديد معنى المال، وأنواعه، وتبين الحقوق المالية للشخص وطرق كسبها، والسلطات التي تخولها، وطرق انتقالها، وأسباب انقضائها ... إلى غير ذلك من المسائل.

أما بالنسبة للأردن، فقد كان القانون المدني يتمثل في مجلة الأحكام العدلية التي وضعتها لجنة علماء الشريعة الإسلامية بناء على تكليف من السلطان العثماني عام 1869، وتضم قواعد المعاملات المستقاة من المذهب الحنفي، إلى أن صدر القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، لينظم العلاقات المالية وحدها تاركا الأحوال الشخصية لتحكمها قوانين خاصة أو مبادئ الدين أي الشريعة الإسلامية وغيرها من الشرائع الدينية المختلفة المطبقة لدى مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة، وقد نص على إلغاء العمل بما يتعارض مع أحكامه من مجلة الأحكام العدلية . بينما لا زالت مجلة الأحكام العدلية مطبقة في فلسطين.

ويتكون القانون المدني من 1449 مادة، وصدر بباب تمهيدي يتناول في الفصل الأول منه أحكام عامة حول القانون وتطبيقه وهو يعدد مصادر القانون، ويذكر القواعد الخاصة بتنازع القوانين من حيث الزمان والمكان، ويبين الأشخاص والأشياء والأموال وأحكامها، والحق، ونطاق استعماله، وإساءة استعماله، وأقسامه وإثباته.

وقد خصص الكتاب الأول للحقوق الشخصية والالتزامات، فتناول الباب الأول مصادر الحقوق الشخصية، وبين الباب الثاني آثار الحق. وخصص الكتاب الثاني للعقود سواء عقود التمليك (البيع، والهبة، والشركة، والقرض، والصلح)، أم المنفعة (الإجارة و الإعارة)، أم العمل (المقاوله والعمل والوكالة والإيداع والحراسة)، أم الغرر (الرهان والمقامرة والمرتب مدى الحياة والتأمين)، أم التوثيقات الشخصية (الكفالة والحوالة) . وخصص الكتاب الثالث لحق الملكية والحقوق المتفرعة عنه. أما الكتاب الرابع والأخير فقد خصص للتأمينات العينية (الرهن وحقوق الامتياز).

### القوانين المدنية الخاصة

توجد إلى جانب القانون المدني عدة قوانين مستقلة تنظم مسائل داخلية في نطاق القانون المدني أهمها :

- 1- قانون الأراضي العثماني.
- 2- قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952.
- 3- قانون تقسيم الأموال غير المنقولة المشتركة رقم 48 لسنة 1952.
- 4- قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 .
- 5- قانون معدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 .
- 6- قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944.
- 7- قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001.
- 8- قانون تملك الطبقات والمحلات رقم 1 لسنة 1996 .
- 9- قانون المالكين والمستأجرين رقم 62 لسنة 1953 . وفي الأردن القانون ورقم 29 لسنة 1982 المؤقت الذي أصبح قانوناً دائماً تحت الرقم 11 لسنة 1994.
- 10- قانون التأمين رقم 20 لسنة 2005.
- 11- قانون حماية المستهلك رقم 21 لسنة 2005.

### ثانياً : القانون التجاري

القانون التجاري هو مجموعة القواعد الموضوعية التي تنظم العلاقات الناشئة عن المعاملات التجارية، فبيّن ما هي الأعمال التي تعدّ أعمالاً تجارية، ومتى يعد الشخص تاجراً، وواجبات التجار. كما ينظم الشركات التجارية بأنواعها المختلفة من حيث تكوينها، ونشاطها، وانقضاءها.

وكذلك مظاهر النشاط التجاري، كالعقود التجارية، والملكية التجارية، وأدوات التعامل في التجارة كالشيكات والكمبيالات (سندات الأمر) والسفاتج (سندات السحب) . وينظم كذلك إفلاس التاجر، فبيّن شروط الحكم بالإفلاس، وشهره، والإجراءات التي تتبع في

هذا الشأن، وحقوق دائني المفلس، وإمكان الصلح بين هؤلاء الدائنين وبين التاجر المفلس

...

وقد تناول المشرع الأردني هذه الموضوعات في قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966 وقانون الشركات رقم 12 لسنة 1964 الذي ألغي بقانون الشركات المؤقت رقم 1 لسنة 1989، ثم قانون الشركات رقم 22 لسنة 1997، بينما بقي مطبقا في المحافظات الشمالية من فلسطين ( الضفة الغربية) وتم تعديله بالقرار بقانون رقم 3 لسنة 2006 وكذلك القرار بقانون رقم 6 لسنة 2008، بالإضافة إلى عدة قوانين تنظم مسائل هامة تدخل في نطاق القانون التجاري منها :

- 1- قانون العلامات التجارية رقم 33 لسنة 1952 .
- 2- قانون تسجيل الأسماء التجارية رقم 30 لسنة 1953 .
- 3- قانون علامات البضائع رقم 19 لسنة 1953 .
- 4- قانون الوكلاء والوسطاء التجاريين رقم 20 لسنة 1974 .
- 5- قانون امتيازات الاختراع والرسوم رقم 22 لسنة 1953 .

### ثالثا : قانون التجارة البحرية وقانون الطيران المدني

القانون البحري أو قانون التجارة البحرية هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الخاصة التي تنشأ بصدد الملاحة في البحار، وتتركز العلاقات التي ينظمها هذا القانون حول السفينة. فينظم الحقوق التي ترد عليها، والعقود التي تكون هذه السفينة محلا لها، كبيع السفينة، وتجهيزها، والتأمين عليها وعلى حمولتها. كما ينظم عقد العمل البحري، وعلاقة ربان السفينة بمالكها، وعلاقته بالملاحين. وكذلك مسؤولية مالك السفينة، وعقد النقل البحري، وما يتصل به من مسؤولية الناقل، والقرض البحري ... إلى غير ذلك من المسائل التي تثيرها الملاحة البحرية. وموضوع هذه المسائل هو قانون التجارة البحرية رقم 12 لسنة 1972 .

وقريب من القانون البحري فرع آخر أحدث في نشأته وهو قانون الطيران المدني أو القانون الجوي، وهو مجموعة القواعد التي تنظم الملاحة الجوية وما يتولد عنها من علاقات قانونية. وينظمه في الأردن قانون الطيران المدني رقم 55 لسنة 1953. على أنه يجب ملاحظة أن اعتبار قانون التجارة البحرية وقانون الطيران المدني من فروع القانون الخاص، قاصر على نطاق العلاقات الخاصة. إذ يمكن أن يستعمل كل من الاصطلاحين بمعنى واسع يشمل مسائل أخرى في نطاق فروع أخرى وخاصة القانون الدولي العام لتنظيم حرية الملاحة في البحار وفي الجو والقانون الإداري لتنظيم العلاقات بين الأشخاص القائمين بالملاحة البحرية أو الجوية والسلطات الإدارية.

#### رابعاً : قانون العمل

قانون العمل هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين العمال وأصحاب الأعمال بصورة تهدف إلى حماية الطبقة العاملة باعتبارها الجانب الضعيف في تلك العلاقات إزاء الجانب القوي وهو أصحاب رؤوس الأموال. وقانون العمل حديث النشأة، أدى إلى وجوده ما ترتب على الثورة الصناعية من إنتاج كبير وتحكم أرباب العمل في العمال، واختلاف التوازن في القوى الاقتصادية بين طرفي عقد العمل، مما استتبع تدخل المشرع لتنظيم تلك العلاقة. وقد اكتمل قانون العمل في كثير من الدول وأصبح ينظم جميع علاقات العمل الفردية والجماعية. أما في الأردن فقد صدر أول قانون عمل برقم 21 لسنة 1960 ليعالج عددا كبيرا من المواضيع التي تحدد طبيعة العلاقات المتبادلة بين العمال وأصحاب العمل وحقوق والتزامات كل فريق منهم تجاه الفريق الآخر، وجرت عليه عدة تعديلات بالقانون المعدل رقم 2 لسنة 1965 الذي بقي ساري المفعول في الضفة الغربية من فلسطين إلى أن صدر قانون العمل رقم 7 لسنة 2000.

## خامسا : قانون أصول المحاكمات المدنية

يقصد بقانون أصول المحاكمات المدنية (أو قانون المرافعات المدنية والتجارية) مجموعة القواعد التي تبين الإجراءات الواجب اتباعها أمام المحاكم، فتبين طريقة رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة، وإجراءات إثبات الحق المدعى به، والدفع التي يجوز إبدائها وكيفية الحكم في النزاع، وطرق الطعن في الأحكام ومواعيدها. وقانون أصول المحاكمات الذي كان معمولاً به في الأردن هو قانون أصول المحاكمات الحقوقية رقم 42 لسنة 1952، إلى أن ألغي بقانون أصول المحاكمات المدنية رقم 24 لسنة 1988 الذي حل محله ، ولكنه بقي ساري المفعول في الضفة الغربية إلى أن صدر قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001.

وتكمله عدة قوانين أخرى هي :

- i. قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2002.
- ii. قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001، الذي يبين طريقة تشكيل المحاكم في مختلف درجاتها وصلاحيات كل منها، أو اختصاصاتها، وكيفية حل التنازع على الصلاحية بينها، وكيفية تشكيل هيئة النيابة العامة .
- iii. قانون التنفيذ الذي يبين كيفية تنفيذ الأحكام ورقمه 23 لسنة 2005 .
- iv. قانون دعاوى الحكومة رقم 25 لسنة 1958 الذي يبين كيفية إقامة الدعوى التي للحكومة أو ضدها .
- v. قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 31 لسنة 1959 وهو خاص ببيان وظيفة المحاكم الشرعية وطريقة التقاضي أمامها .
- vi. قانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة رقم 2 لسنة 1938 المعمول به في الضفة الشرقية وسرى مفعوله في الضفة الغربية بموجب القانون رقم 9 لسنة

1958، وهو يحدد كيفية تشكيل مجالس الطوائف الدينية وصلاحياتها وكيفية تنفيذ أحكامها .

vii. قانون تنظيم مهنة المحاماة رقم 3 لسنة 1999 الذي يبين الشروط اللازم توفرها لممارسة المحاماة ويبين واجبات المحامين وطريقة تأديبهم. وقانون المحامين الشرعيين رقم 12 لسنة 1952.

viii. قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000.

### سادسا : القانون الدولي الخاص

القانون الدولي الخاص هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بين الأفراد، وذلك من حيث المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق. فالعلاقات التي تقوم بين الأشخاص إما أن تكون علاقات وطنية بحتة بجميع عناصرها، أي من حيث الأشخاص والموضوع والمكان الذي قامت فيه العلاقة، مثال ذلك مواطن أردني اشترى من مواطن أردني آخر عقارا موجودا في الأردن، حيث يظهر أن جميع عناصر العلاقة وطنية لذلك لا تتدخل قواعد القانون الدولي الخاص.

أما إذا كان أحد العناصر السابقة أجنبيا، بأن كان أحد الأشخاص أجنبيا، مثل أردني تعاقد مع فرنسي في الأردن، أو أن العلاقة قامت في بلد أجنبي كأن يتم العقد بين أردني وأردني، أو أردني وفرنسي في فرنسا، أو كان موضوع العلاقة موجوداً في الخارج مثل التعاقد على شراء مصنع موجود في إيطاليا، فإن قواعد القانون الدولي الخاص تتدخل فتبين في حالة وجود نزاع؛ ما هي المحكمة المختصة، هل هي المحكمة الوطنية) أي الأردنية مثلاً)، أو المحكمة الأجنبية) الفرنسية أو الإيطالية)، كما تبين ما هو القانون الذي يحكم العلاقة هل هو القانون الوطني أم القانون الأجنبي. فموضوع القانون الدولي الخاص الأساسي هو بيان اختصاص محاكم الدولة بنظر الدعاوى التي ترفع بشأن

العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، ثم بيان القانون الواجب تطبيقه على هذه العلاقات.

ويدخل بعض الشراح في نطاق هذا القانون موضوعات أخرى هي الجنسية أي علاقة تبعية الفرد للدولة، والمواطن أي العلاقة بين الفرد والدولة نتيجة إقامته فيها، ومركز الأجنبي في الدولة.

وإذا اعتبرنا هذه الموضوعات ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص، فإنه يعد قانوناً مختلطاً بين القانون العام والقانون الخاص. فالقواعد الخاصة بالجنسية والمواطن ومركز الأجنبي تدخل في القانون العام لأنها تنظم العلاقات بين الدولة والفرد بصفتهما صاحبة سيادة، بينما تدخل القواعد الخاصة بتنازع القوانين في القانون الخاص. ويجدر الإشارة إلى أنه رغم تسمية هذا الفرع من فروع القانون بالقانون الدولي، إلا أنه يعدّ قانوناً وطنياً. فكل دولة لها قانونها الدولي الخاص الذي قد يختلف في بعض أحكامه عن قوانين الدول الأخرى.

## المطلب الثاني

### القانون الخارجي

#### (القانون الدولي العام)

أدى التطور الاجتماعي إلى انقسام العالم إلى جماعات من الأفراد تقيم كل منها على قطعة محدودة من الأرض تسمى الإقليم، وتخضع لسلطة حاكمة تسيطر عليه وعلى كل ما به من أشخاص وأشياء، وهذه الجماعات هي ما نسميها بالدول.

والدولة في المجتمع الدولي، كالفرد في المجتمع الداخلي، لا يمكن أن تعيش بمعزل عن غيرها، نظرا لعدم توفر كل ما يلزم الدولة لسد حاجات أفرادها المتنوعة. فمنتجات الأرض وثرواتها تختلف تبعا للمناطق والطقس والتكوين الجيولوجي وغيرها من العوامل. لذا تجد الدولة فائضا في بعض العناصر بينما تفتقر إلى عناصر أخرى. فتنحتاج تبعا لذلك إلى الدخول في علاقات متعددة ومختلفة مع الدول الأخرى من أجل تبادل الحاجيات والمنافع.

وكلما تقدمت وسائل الاتصال نشطت التجارة الدولية، وكلما تقدمت العلوم والاختراعات زادت حاجة الدول إلى الاتصال والتعاون فيما بينها. وحتى تستمر علاقاتها على أساس من الود والتفاهم والاستقرار بما يحقق مصلحة جميع الدول، لا بد من تنظيم تلك العلاقات. لذلك تكونت مع مرور الزمن مجموعة من القواعد نشأت فيما بين الدول وبرضاؤها لتنظيم العلاقات فيما بينها. وتطورت تلك القواعد مع الوقت بهدف خدمة المجتمع الدولي في جميع المجالات. وساعد على ذلك الولايات التي مر بها العالم بسبب الحروب. وقد أطلق على القواعد المنظمة للعلاقات الدولية اسم القانون الدولي العام. فالقانون الدولي العام إذن هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الدول بعضها مع بعض وتحدد حقوق كل منها وواجباته في وقت السلم أو في وقت الحرب وعلاقاتها بالمنظمات الدولية.

ويقسم القانون الدولي العام إلى جزئين، قانون السلم الذي ينظم العلاقات الدولية وقت السلم وقانون الحرب الذي ينظم العلاقات الدولية وقت الحرب سواء فيما بين الدول المتحاربة، أو بينها وبين الدول المحايدة.

ففي وقت السلم يبين أشخاص القانون الدولي فيحدد العناصر التي يجب توافرها لقيام الدولة واكتسابها الشخصية الدولية، وتقسيم الدول إلى تامة السيادة وناقصة السيادة. كما يبين حقوق وواجبات الدولة بالنسبة للدول الأخرى، وطرق فض المنازعات بين الدول

بالطرق السلمية كالمفاوضات والتحكيم والقضاء الدولي والمسؤولية الدولية في قيامها وآثارها. والمنظمات الدولية كمنظمة الأمم المتحدة. والمنظمات الإقليمية كجامعة الدول العربية، ومنظمة الوحدة الإفريقية وغيرها، وعلاقة هذه المنظمات ببعضها وعلاقتها بالدول.

أما في حالة الحرب فإنه يبين متى تبدأ الحرب وكيف تنتهي، والأسلحة التي يجوز استخدامها، وكيفية معاملة الأسرى والجرحى والمعتقلين من المدنيين، وحقوق وواجبات الدول المحايدة بالنسبة إلى كل من الدول المتحاربة، وكيفية إدارة المناطق المحتلة خلال فترة الاحتلال.

## المبحث الثاني القواعد الآمرة والقواعد المكملة

عندما ينظم القانون علاقات الأفراد في المجتمع، فإنه يقيد من حريات الأفراد ونشاطهم، فيوجه لهم طائفة من الأوامر والنواهي يجبرون على طاعتها واحترامها، وتكون قواعده في هذه الحالة آمرة. ولكنه في نفس الوقت يترك للأفراد قدرًا من الحرية في تنظيم علاقاتهم مع الغير وتوجيه نشاطهم، وفي هذه الحالة توجد القواعد المكملة. لذا سنتكلم عن كل من القواعد الآمرة والقواعد المكملة، ثم نبين معيار التمييز بينهما.

### المطلب الأول القواعد الآمرة

القواعد الآمرة هي القواعد التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف الحكم الذي تقرره، وكل اتفاق على مخالفة هذا الحكم يعد باطلا لا يعتد به ولا أثر له . فهذا النوع من القواعد يتعلق بتنظيم المسائل التي تتصل بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية، أو المسائل التي تتعلق بأوضاع اجتماعية يرى المشرع أنها توجب تحقيق مصلحة أشخاص أو رعاية مصلحة فئة معينة. لذا لا يصح أن يترك مثل هذا التنظيم لإرادة الأفراد. ومن ثم لا يباح للأفراد أن يتخذوا سلوكا يتعارض مع الحكم الذي تقرره، بل يفرض حكمها عليهم دون أن يكون في مكنتهم التخلص منه. مثال ذلك القواعد التي تمنع ارتكاب الجرائم كالقتل والسرقة وغيرها. وكذلك القاعدة التي تقر حق الزوج المسلم في أن يطلق زوجته، والقواعد التي تفرض الضرائب،

ونصوص قانون العمل التي تقرر الحد الأدنى للأجور، وساعات العمل، والإجازات، والمكافآت، وغير ذلك من الحقوق العمالية. فجميع هذه القواعد وما شابهها قواعد آمرة يلتزم الأفراد باحترامها، ولا توجد طريقة للتهرب من حكمها، ولا أثر لأي اتفاق يخالفها، لأنها تتعلق بكيان الجماعة ومصالحها الأساسية.

لذلك إذا اتفق شخص مع آخر على قتله، أو اتفق أفراد أسرة شخص على قتله لا يعتد بهذا الاتفاق ولا يمنع من معاقبة القاتل إذا ما ارتكب جريمته. وإذا اتفق الزوج مع زوجته وقت الزواج أو بعده على تنازل الزوج عن حقه في الطلاق يكون هذا الاتفاق باطلاً لا أثر له ولا يمنع الزوج من استعمال هذا الحق. كما لا يجوز أن يتفق صاحب العمل مع العامل على إنقاص الحقوق المقررة للعامل في قانون العمل.

ويجب أن يلاحظ هنا أن قولنا إن هذه الطائفة من القواعد آمرة، لا يعني أنها ترد دائماً في صيغة الأمر أو النهي، وإنما هو اصطلاح للدلالة على المعنى الذي بيناه من عدم إمكان الاتفاق على مخالفة حكمها.

## المطلب الثاني

### القواعد المكملة

القاعدة المكملة هي القاعدة التي يجوز الاتفاق على مخالفة الحكم الذي تقرره، بحيث يكون هذا الاتفاق . إن وجد . صحيحاً، ويترتب عليه استبعاد سريان الحكم المقرر في القاعدة على أطراف الاتفاق. أما إذا سكتوا ولم ينصوا على ما يخالف حكمها فإنها تسري عليهم.

## حكمة وجود القواعد المكملة

رأى المشرع أن يترك للأفراد تنظيم علاقاتهم الخاصة وفقاً لما يرتضون لأن هذه العلاقات تعنيهم وحدهم؛ ولا تتصل بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية، لذا لا يهم المجتمع تنظيمها على نحو معين دون غيره. ففي العلاقة بين البائع والمشتري مثلاً لا يتأثر المجتمع بتنظيم كثير من المسائل، كموعد تسليم المبيع، أو مكان التسليم، أو وقت الوفاء بالثمن، أو مكان الوفاء ... الخ.

على أن الواقع دل أن الأفراد كثيراً ما يقتصرون على تنظيم المسائل الجوهرية ولا يتناولون بالتنظيم جميع المسائل التفصيلية، وذلك إما بسبب عدم الخبرة أو لما يحتاجه ذلك من الجهد، أو لضيق الوقت، أو لعدم إدراكهم أن عدم تنظيم جزئية معينة يؤدي فيما بعد إلى الخلاف لاعتقادهم بعدم أهميتها.

ففي عقد البيع قد يتفق المتعاقدان على الشيء المبيع، ومقدار الثمن، والمسائل الأخرى التي كانت ذات أهمية في نظرهما عند إبرام العقد. ولكنهما يغفلان ما عدا ذلك من تفصيلات، كتحديد موعد تسليم المبيع ومكانه، أو موعد دفع الثمن ومكانه، أو بيان من يتحمل منهما مصاريف العقد. ثم يثور النزاع بشأن مسألة من المسائل التي أغفلوها والتي يتعين الفصل فيها.

لذلك عني المشرع في القوانين الحديثة بوضع قواعد تنظم هذه المسائل وأمثالها، بهدف معاونة الأفراد وسد ما يكون من نقص في تصرفاتهم، ونص على انطباق هذه القواعد عند عدم اتفاق الأفراد على تنظيم المسألة التي وضعت لها، لتكمل ما اتفقوا عليه، ولهذا تسمى القواعد المكملة.

## تعلييل مخالفة الأفراد للقواعد المكملة

إذا كان للأفراد أن يتفقوا على ما يخالف حكم القاعدة القانونية المكملة فكيف يتفق هذا مع قولنا إن القاعدة القانونية ملزمة؟

في الإجابة على هذا السؤال يذهب الفقه إلى أن أية قاعدة قانونية . سواء كانت أمره أم مكملة . لا تنطبق إلا إذا توافرت الشروط التي يتطلبها القانون لذلك .

وأن القانون يشترط لتطبيق القاعدة المكملة شرطا خاصا هو ألا يتفق المتعاقدان على ما يخالف حكمها . فإذا تحقق هذا الشرط بأن سكت المتعاقدان عن تنظيم المسألة التي يتناولها حكم القاعدة المكملة، فان حكمها يكون واجب التطبيق .

أما إذا تخلف هذا الشرط بأن اتفق المتعاقدان على تنظيم مخالف لحكم القاعدة المكملة، فمعنى ذلك عدم توافر مجال تطبيقها .

أي أن استبعاد تطبيق القاعدة المكملة، يرجع في هذه الحالة إلى عدم توافر الشروط اللازمة لتطبيقها، لا لكونها غير ملزمة .

فالقاعدة القانونية المكملة تخاطب طائفة معينة من الأشخاص هم الذين لم يتفقوا على ما يخالف حكمها، وإلى فئة معينة من العلاقات القانونية هي التي لم يتفق ذوو الشأن فيها على إخضاعها لتنظيم آخر . فإذا وجد هذا الاتفاق خرجت العلاقة القانونية، التي كانت موضوعا له، عن نطاق تطبيق القاعدة القانونية لفقد أحد الشروط اللازمة لتطبيقها .

مثال ذلك القاعدة التي تنص أن " على المشتري تسليم الثمن عند التعاقد أولا وقبل تسليم المبيع أو المطالبة به ما لم يتفق على غير ذلك "، وكذلك القاعدة التي تنص على أنه " يلزم المشتري تسليم الثمن المعجل في مكان وجود المبيع وقت العقد ما لم يوجد اتفاق أو عرف يغير ذلك " . فكل من هاتين القاعدتين لم توضع لكل عقود البيع، بل وضعت فقط للعقود التي لم يتفق طرفاها على وفاء المشتري بالثمن في تاريخ معين، أو

في مكان معين غير المكان الذي يسلم فيه المبيع، وبشرط أن لا يوجد عرف يقضي بالوفاء في مكان آخر غير المكان الذي يسلم فيه المبيع.

يتضح لنا مما تقدم أن القاعدة المكملّة تصبح واجبة التطبيق لمجرد سكوت الطرفين عن تنظيم المسألة التي تحكمها تلك القاعدة، دون حاجة لإثبات أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إليها. بل حتى دون أن يكونا على علم بموضوعها لأنها مستمدة من إرادة المشرع لا من إرادة ذوي الشأن . ولكن يجب أن يلاحظ أن المتعاقدين قد يتفقان على تنظيم المسائل الجوهرية في العقد، ويتفقان أيضا على أن يجري تنظيم المسائل التفصيلية فيما بعد. وفي هذه الحالة إذا علق الفريقان انعقاد العقد على الاتفاق على تلك المسائل بالفعل، ولم يتوصلا إلى اتفاق، لا ينعقد العقد ولا مجال للالتجاء إلى القواعد المكملّة. لأن هذه القواعد تكمل اتفاقا موجودا، أي عقدا تم انعقاده .

أما إذا لم يتضح أن إرادة المتعاقدين قد علقت انعقاد العقد على الاتفاق على تلك المسائل، فإن العقد ينعقد ويقوم القاضي بتكمّله وفقا لأحكام القواعد المكملّة.

### المطلب الثالث

#### معيّار التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملّة

#### أو طريقة التعرف على نوع القاعدة

تبدو الأهمية العملية للتمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملّة في أن الاتفاقات التي تخالف قاعدة أمرّة تكون باطلة مطلقاً، بينما تكون التصرفات التي تستبعد تطبيق قاعدة مكملّة صحيحة ولا تعد مخالفة للقانون لأن اتفاق المتعاقدين هذا جاء بترخيص من القانون ذاته .

وهناك معياران أو طريقتان يستعان بهما لإجراء هذا التمييز :

المعيار الأول : معيار شكلي أو لفظي يستند إلى عبارة النص ذاته.  
والمعيار الثاني : معيار موضوعي أو معنوي يستند إلى فكرة النظام العام والآداب.

### أولاً : المعيار الشكلي أو الطريقة اللفظية

تمكن هذه الطريقة من معرفة نوع القاعدة بالرجوع إلى نص المشرع ذاته، فإذا تبين من عبارات النص وألفاظه صراحة أو ضمناً، أن القاعدة آمرة ترتب على ذلك عدم إمكان مخالفة حكمها، أما إذا تبين أنها مكاملة أمكن مخالفة هذا الحكم.

#### 1- القواعد الآمرة

يعبر المشرع عن القواعد الآمرة بألفاظ عدة، مثل عدم جواز الاتفاق على مخالفتها، أو أن الخروج عليها يعد باطلاً، أو يضع النص في صيغة الأمر أو النهي كأن ينص على أنه يلزم، أو يجب أو يتعين، أو لا يجوز، أو لا يصح، إلى غير ذلك من العبارات. مثال ذلك القواعد التالية :

- 1- المادة 47 مدني ونصها : " ليس لأحد النزول عن حرите الشخصية ولا عن أهليته أو التعديل في أحكامها ". وتقابلها المادة 57 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.
- 2- المادة 157 مدني ونصها : " يجب أن يكون لكل عقد محل يضاف إليه ".
- 3- المادة 1/166 مدني ونصها : " لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه ".
- 4- المادة 27 مدني ونصها : " يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار ". وتقابلها المادة 190 من المشروع الفلسطيني.
- 5- المادة 921 مدني ونصها : " لا يجوز أن يكون محلاً للتأمين كل ما يتعارض مع دين الدولة الرسمي أو النظام العام ".

ففي هذه الأمثلة يتبين لنا من ألفاظ النصوص وصياغتها أن القواعد القانونية الواردة فيها قواعد آمرة لا تصح مخالفتها.

ومن الأمثلة على هذه القواعد أيضا أن يقرر المشرع جزاء جنائيا على مخالفة القاعدة، فوجود الجزاء الجنائي قاطع في الدلالة على أن القاعدة التي يكفل نفاذها قاعدة آمرة، وإن كانت لا تتعلق مباشرة إلا بعلاقة فردية. من ذلك ما نصت عليه المادة 53 من قانون العمل رقم 2 لسنة 1965 حيث يعاقب صاحب العمل ومدير المؤسسة عن أية مخالفة لأي حكم من أحكام الفصلين العاشر الخاص بساعات العمل والعطل والإجازات، والحادي عشر الخاص باستخدام النساء والأولاد، أو أي نظام صادر بمقتضاها بغرامة لا تتجاوز عشرين دينارا على كل مخالفة.

## 2- القواعد المكملة

قد تتضمن عبارة القاعدة القانونية ما يبين أنها مكملة، وكثيرا ما يعبر المشرع في هذا المجال عن أن القاعدة تنطبق ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، أو يصيغ النص بصورة تنفي معها فكرة الوجوب أو الأمر كأن يقول يجوز ، أو لا يلزم ... إلى غير ذلك من الألفاظ. ومثال ذلك ما ورد في القانون المدني من نصوص منها :

1- المادة 522 مدني ونصها : " على المشتري تسليم الثمن عند التعاقد أولاً قبل تسلم المبيع أو المطالبة به ما لم يتفق على غير ذلك. وهي مستمدة من المادة 262 من مجلة الأحكام العدلية، وتقابل المادة 485 من المشروع الفلسطيني.

2- المادة 678 مدني ونصها : " للمؤجر أن يمتنع عن تسليم المأجور حتى يستوفي الأجر المعجل ". وهي مستمدة من المواد 472 و582 و583 من المجلة، وتقابل المادة 619 من المشروع الفلسطيني.

3- المادة 2/499 مدني ونصها : " إذا تضمن العقد أو اقتضى العرف إرسال المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا جرى إيصاله إليه ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك ". وهي مستمدة من المواد 83 و285 و287 و293 من المجلة، وتقابل المادة 458 من المشروع الفلسطيني.

4- المادة 531 مدني ونصها: " نفقات تسليم الثمن وعقد البيع وتسجيله وغير ذلك من نفقات تكون على المشتري، ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع ما لم يوجد اتفاق أو نص في قانون خاص يقضي بغير ذلك ". وهي مستمدة من المواد 288 و289 و292 من المجلة وتقابل المادة 494 من المشروع الفلسطيني.

### ثانيا : المعيار الموضوعي أو فكرة النظام العام والآداب

إذا لم يبين النص نوع القاعدة صراحة، فإنه يلزم البحث عن طريقة أخرى، والنظر فيما إذا كان الحكم الوارد في تلك القاعدة يتعلق بكيان الجماعة ومصالحها الأساسية، أو أريد به حماية أشخاص أو فئة من فئات المجتمع كحماية الأسرة، أو استقرار المعاملات، أو حماية النظام السياسي في الدولة، فنكون أمام قاعدة أمر. أم أنه علاقة خاصة بين الأفراد وليس فيها مساس بكيان الجماعة أو مصالحها الأساسية فنكون بصدد قاعدة مكملة.

مثال ذلك من القانون المدني :

- 1- المادة 43/2 مدني ونصها : " سن الرشد ثمانى عشرة سنة شمسية كاملة ". وتقابلها المادة 53/2 من المشروع الفلسطيني.
- 2- المادة 11 مدني ونصها: " القانون الأردني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها. وتقابلها المادة 14 من المشروع الفلسطيني.
- 3- المادة 6/1 مدني ونصها : " تسري النصوص المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في تلك النصوص. وتقابلها المادة 1/10 من المشروع الفلسطيني.

فهذه النصوص لا تفصح عن نوع القاعدة الواردة بها، إلا أنه يتبين من معنى النص وموضوعه أنه يتعلق بمصلحة أساسية أو بنظام الجماعة كوحدة لها كيائها المستقل عن كل فرد من أفرادها وبهذا يقال بأن القاعدة تتعلق بالنظام العام أو بالأدب، مما يؤدي إلى استقلال القانون بتنظيمها وبالتالي اعتبارها أمرًا... ويستفاد ذلك من المادة 29 من القانون المدني التي تقول " لا يجوز تطبيق أحكام القانون الأجنبي... إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية ". وتقابله المادة 36 من المشروع الفلسطيني. وكذلك الفقرة الثانية من المادة 163 التي تنص على أنه " إذا منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً ". النظام العام إذن هو مجموع الأسس أو مجموعة المصالح الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع في الدولة سواء كانت سياسية، أو اقتصادية، أو اجتماعية أو خلقية، أو مالية كما ترسمها القوانين المطبقة فيها .

فكل ما يتصل بالمصالح الأساسية العليا للنظام الاجتماعي في بلد معين هو من النظام العام، فالنصوص التي تحرم التعامل مع إسرائيل تتعلق بالنظام العام لأنها تحمي مصلحة سياسية، والنصوص التي تضع حداً أقصى لسعر الفائدة تتعلق بالنظام العام لأنها تحمي مصلحة اقتصادية، والنصوص التي تضع حداً أدنى لأجور العمال وحداً أعلى لساعات العمل تتعلق بالنظام العام لأنها تحمي مصلحة اجتماعية، والنصوص التي تحرم الدعارة أو القمار تتعلق بالنظام العام لأنها تحمي أحد الأسس الخلقية والنصوص التي تفرض السعر الإلزامي للعملة الورقية تتعلق بالنظام العام لأنها تحمي مصلحة مالية للجماعة.

أما الآداب العامة فهي مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة وعصر معين.

فالأداب العامة ليست هي الأخلاق الشخصية للأفراد، وليست الأخلاق المثالية التي ينادي بها الفلاسفة والتي لا تتغير. بل الأخلاق العامة العملية التي يمارسها ويحسها جميع الناس وتعكس الضمير العام للجماعة، وتهدف إلى حماية الأصول الأساسية فيها، وهي بهذا تدخل في مفهوم النظام العام بمعناه الواسع، ومثالها كما قلنا النصوص التي تحرم الدعارة أو القمار .

**وفكرة النظام العام فكرة مرنة ونسبية** ، فهي تختلف من بلد إلى بلد، كما تتغير في البلد الواحد من زمان إلى زمان، كما تضيق دائرته أو تتسع وفقا لاتباع المذهب الفردي أو المذهب الاشتراكي. فتعدد الزوجات، وحق الطلاق من النظام العام في الدول الإسلامية، بعكس الدول الغربية التي لا يجوز فيها الجمع بين أكثر من زوجة ولا تعترف بحق الطلاق بمشيئة الزوج، كما أن التأمين على الحياة كان إلى وقت قريب مخالفا للنظام العام ولكنه أصبح من النظم السائدة والتي ينظمها القانون.

**ويختلف مدى تعلق القاعدة القانونية بالنظام العام بحسب تقسيمها إلى قواعد قانون عام وقواعد قانون خاص.** فالأصل أن كل قواعد القانون العام تتعلق بالنظام العام وتعتبر قواعد آمرة لأنها تنظم العلاقات بين الفرد والجماعة ؛ أو بين السلطات العامة في الجماعة.

ففي القانون الدستوري يعتبر من النظام العام كل ما يتصل بالحقوق والحريات العامة التي كفلها الدستور كحق الترشيح والانتخاب، والحرية الشخصية، وحرية الاجتماع، وغير ذلك، فلا يجوز لناخب مثلا أن يتفق مع مرشح على إعطائه صوته لمخالفة ذلك للنظام العام.

وفي القانون الإداري يعتبر من النظام العام كل ما يتصل بالوظيفة وتنظيم المرافق العامة وغير ذلك، فلا يجوز للموظف مثلا أن ينزل عن وظيفته لشخص آخر .

وفي القانون المالي يعتبر كل اتفاق يمس بالقواعد التي تقرها القوانين التي تفرض الضرائب مثلاً باطلاً، فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الضريبة. وفي القانون الجنائي لا يجوز الاتفاق على ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال، أو أن يتحمل شخص العقوبة بدل شخص آخر.

**أما قواعد القانون الخاص فإنه يفرق فيها بين نوعين:**

**القواعد المتعلقة بالأحوال الشخصية ونظام الأسرة** بصفة عامة وهي قواعد تتعلق بالنظام العام، كما في القواعد التي تحدد الأهلية ؛ والنسب ؛ والحقوق الزوجية كالنفقة والطاعة والطلاق.

**والقواعد المتعلقة بالمسائل المالية والأصل** أنها لا تتعلق بالنظام العام ، غير أن بعض هذه القواعد تتعلق بالنظام العام وهي القواعد التي يراد بها كفالة حق الشخص في التصرف في ملكه واستثماره كشرط المنع من التصرف مطلقاً حيث يعتبر باطلاً، أو حماية الغير حسن النية ومناهضة الغش كالاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن الفعل الضار، أو حماية الطرف الضعيف في العقد كما في قواعد قانون العمل التي تهدف إلى حماية العامل.

ولا يقلل من أهمية القواعد المكملة أن تكون مقصورة على دائرة المعاملات المالية، لأن هذه الدائرة تشمل جزءاً هاماً من نشاط الأفراد في المجتمع، وتمتد إلى عدد لا ينتهي من العلاقات القانونية.

ويتضح من ذلك أنه يتعذر حصر ما يدخل في النظام العام من القواعد، ولذلك لم يحددها المشرع تاركاً الأمر لتقدير القاضي الذي ينظر في كل حالة تعرض عليه، وهو في ذلك خاضع لرقابة محكمة التمييز.

## الفصل الثالث

### مصادر القانون

يقصد بمصادر القانون معان عدة هي :

- 1- المصادر المادية للقانون ، وهي التي تتكون منها المادة التي يأخذ منها المشرع القاعدة القانونية ، أو هي العوامل الاجتماعية المختلفة التي تدفع بالقاعدة القانونية إلى الوجود. وتساهم في تكوين مضمونها. سواء كانت اقتصادية أم سياسية أم خلقية أم دينية .
- 2- المصادر التاريخية ، وهي المصادر القانونية التي أخذ عنها القانون الوضعي بعض أحكامه . فالقانون الفرنسي مثلا يعد مصدرا تاريخيا لكثير من قواعد القانون الوضعي المصري، كما تعد الشريعة الإسلامية مصدراً تاريخياً للقانون المدني الأردني، ويعد قانون التجارة اللبناني مصدراً تاريخياً لبعض أحكام قانون التجارة الأردني.
- 3- المصادر الرسمية أو الشكلية ، وهو الوسيلة التي تخرج بها القاعدة القانونية للناس، أو الطريق التي تنفذ منها إلى دائرة القانون المطبق وتكتسب صفة الإلزام، والتي يستقي منها القاضي القاعدة القانونية التي يطبقها .  
وتقتصر دراستنا على المصدر الأخير ، وهو المصادر الرسمية ، بالترتيب الذي أورده القانون المدني الأردني وهي :
  - 1- التشريع .
  - 2- أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية .
  - 3- العرف .
  - 4- قواعد العدالة .

وتنقسم مصادر القانون الرسمية إلى طائفتين :  
مصادر أصلية : وهي التشريع باعتباره المصدر الأصلي العام ، والدين باعتباره  
مصدراً أصلياً خاصاً بمسائل الأحوال الشخصية .  
ومصادر احتياطية : وهي أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية ،  
والعرف ، وقواعد العدالة .  
وأما القضاء والفقه فهما مجرد مصدران تفسيريان فقط يسترشد بهما القاضي دون  
إلزام .  
ونتناول كل واحد من المصادر المذكورة في مبحث على التوالي .

## المبحث الأول المصادر الأصلية أولاً : التشريع

**تعريف التشريع كمصدر من مصادر القانون :**  
التشريع : هو وضع القواعد القانونية، أي سنها في صورة مكتوبة بواسطة السلطة  
المختصة في الدولة وفقاً للإجراءات المقررة لذلك.

### مكانة التشريع بين المصادر الأخرى

التشريع هو المصدر الأصلي للقانون الوضعي ، لذلك لا يلجأ القاضي إلى  
المصادر الأخرى إلا إذا لم يجد نصاً في التشريع حتى لو كان هذا النص غامضاً. فإذا  
وجد نص على القاضي أن يبحث عن المعنى الذي يقصده، فلا يكفي غموض النص أو  
عدم وضوحه حتى يقال إنه لا يوجد مصدر تشريعي.

## أنواع التشريع

تتدرج التشريعات من حيث قوتها إلى ثلاثة أنواع :

- 1- **التشريع الأساسي أو الدستور**، وهو أعلى التشريعات، وهو يضم مجموعة القواعد الأساسية التي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها، وتبين السلطات التشريعية العامة الثلاث التشريعية، والتنفيذية والقضائية، واختصاص كل منها، وعلاقة كل سلطة بالأخرى، وعلاقتها مع الأفراد، كما تحدد حقوق الأفراد السياسية والحريات العامة وضماناتها. وفي فلسطين يعد القانون الأساسي المعدل لسنة 2005 بمثابة الدستور وقد نشر في العدد 57 من الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2005/8/18 ، وهو يشمل ثمانية أبواب: يبين الباب الأول نظام الحكم في فلسطين، والباب الثاني الحقوق والحريات العامة، والباب الثالث رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، والباب الرابع السلطة التشريعية ( المجلس التشريعي). والباب الخامس السلطة التنفيذية ( مجلس الوزراء). والباب السادس السلطة القضائية، والباب السابع أحكام حالة الطوارئ، والباب الثامن أحكام عامة وانتقالية.
- 2- **التشريع العادي أو القانون** ، وهو التشريع الذي تضعه السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور .  
والسلطة التشريعية في الأردن هي : مجلس الأمة ويتكون من مجلسي الأعيان والنواب والملك. أما السلطة التشريعية عندنا هي المجلس التشريعي .
- 3- **التشريع الفرعي أو النظام ويسمى أيضا اللائحة** ، يقصد به مجموعة القواعد التي تضعها السلطة التنفيذية باعتبارها صاحبة اختصاص أصلي يخولها إياه الدستور .  
والأنظمة ثلاثة أنواع :  
أ- الأنظمة التنفيذية ، وهي تصدر لتنفيذ قانون ، وتضع التفاصيل اللازمة لذلك، لأن السلطة التنفيذية بحكم وظيفتها وهي تنفيذ القوانين، واتصالها

المستمر بالجمهور تكون أقدر من السلطة التشريعية على تعرف تلك التفاصيل . لذلك تكتفي القوانين بوضع المبادئ العامة وتعهد للسلطة التنفيذية بإصدار الأنظمة اللازمة لتنفيذ تلك الأحكام .

ب- الأنظمة التنظيمية ، وهي الأنظمة الخاصة بتنظيم وترتيب المصالح العامة كإنشاء الوزارات والدوائر وتحديد اختصاصاتها وإلغائها . وكيفية تعيين الموظفين وعزلهم والإشراف عليهم وحدود صلاحياتهم .

ج- أنظمة الأمن ، وهي الأنظمة التي تهدف للمحافظة على الأمن والسكينة وحماية الصحة العامة، مثل نظام المرور، ونظام مراقبة الأغذية، ونظام مراقبة الباعة المتجولين ... الخ.

### تدرج التشريع

يأتي الدستور في المرتبة الأولى، يليه القانون، ثم النظام . ويترتب على ذلك نتيجة هامة هي أنه لا يجوز للتشريع الأدنى أن يخالف التشريع الأعلى منه . فالقانون لا يجوز أن يخالف نصا في الدستور . والنظام لا يجوز أن يخالف نصا في القانون أو نصا في الدستور . وإذا وجد تعارض فعلا، يجب تغليب نص التشريع الأعلى . وفي هذه الحالة للمحاكم العادية الامتناع عن تطبيق أحكام النظام المخالف لنص في القانون أو لنص في الدستور، من تلقاء نفسها .

ولمحكمة العدل العليا أن تحكم بإبطال أي قرار صادر بموجب نظام يخالف الدستور أو القانون بناء على طلب المتضرر، باستدعاء خطي يقدم إليها خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبليغ القرار الإداري المشكو منه للمستدعي، أو من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

كما أن على المحاكم العادية إذا تراءى لها خلال نظر الدعوى عدم دستورية نص قانوني أن توقف الدعوى وتحيل الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية للفصل في

المسألة الدستورية. وكذلك إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى أمامها بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم ... تؤجل نظر الدعوى وتحدد له ميعادا لا يتجاوز تسعين يوما لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن.

## ثانيا : الدين

يقصد بالدين مجموعة القواعد المستمدة من الأديان السماوية وهي الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين، والديانات الأخرى بمذاهبها ومللها المختلفة بالنسبة لغير المسلمين. وفي الوقت الحاضر أصبح نطاق الدين يقتصر على بعض مسائل الأحوال الشخصية التي لم يتناولها المشرع بالتنظيم مثل الوصية ، والدية ، والمواريث ، على أن يؤخذ بالنسبة لهذه المسائل بالراجع من مذهب أبي حنيفة ، عملا بالمادة 183 من قانون الأحوال الشخصية رقم 61 لسنة 1976.

## المبحث الثاني المصادر الاحتياطية

لا يمكن للتشريع أن يحيط بكل شيء، فقد يغفل تنظيم أمر من الأمور، كما قد يستجد أمر بعد صدور التشريع لم يكن المشرع قد أدخله في اعتباره. لذلك يلزم البحث عن مصادر أخرى غير التشريع، وهي ما تسمى بالمصادر الاحتياطية. والمصادر الاحتياطية التي نص عليها القانون المدني حسب الترتيب هي: أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية، والعرف، وقواعد العدالة.

### أولاً: أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية

عرفنا أن الشريعة الإسلامية، تعد مصدراً تاريخياً للقانون المدني الأردني. كما عرفنا أنها تعد مصدراً رسمياً بالنسبة لبعض أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين. وبالإضافة لذلك جعل المشرع أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً بعد التشريع، بالنسبة للمعاملات المالية. ويراد بمبادئ الشريعة الإسلامية، المبادئ العامة أي الأصول الكلية المستخلصة من الكتاب والسنة، وهي لا تختلف من مذهب إلى آخر. أما أحكام الفقه الإسلامي فهي الأحكام التفصيلية المتفرعة عن تلك الأصول الكلية والمدونة في كتب الفقه والتي تختلف فيها الآراء من مذهب إلى مذهب، بل وبين فقهاء المذهب الواحد.

### ثانياً: العرف

العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين زمناً طويلاً واعتقادهم بأن القاعدة الناشئة عن هذا السلوك قاعدة ملزمة.

والعرف هو أول مصدر رسمي ظهر من الناحية التاريخية ، ولكن مع تطور الزمن احتل التشريع مكانته وأصبحت منزلته كمصدر للقانون منزلة ثانوية .

### أركان العرف

يقوم العرف على ركنين، ركن مادي يتمثل في اعتياد الناس على سلوك معين، وركن معنوي، ونعني به شعور الناس بأن القاعدة التي نشأت من هذا السلوك قاعدة ملزمة.

#### 1- الركن المادي : الاعتياد

قد يسلك فرد ما سلوكا معيناً تحت ضغط حاجة معينة، أو يتفق شخصان على حل للفصل في مسألة معينة، ثم يتكرر هذا السلوك أو الحل في مناسبات مماثلة، إما بدافع الرغبة في التقليد، وإما لصلاحيه هذا الحل لتنظيم علاقة معينة، فيصبح اتباع هذا السلوك أو الحل عاما في نفس المناسبة ويعتاد الناس عليه وبذا يتكون الركن المادي للقاعدة القانونية .

ويشترط في العرف لكي يصبح مصدرا من مصادر القانون أن تتوفر فيه الشروط

الآتية :

أ- أن يكون عاما أي يسير عليه أغلبية الأفراد ، والعموم لا يعني الإجماع وإنما يكفي الشيوخ . والعرف قد يكون عاما بالنسبة لكل الناس في الدولة . كما قد يكون خاصا بإقليم معين منها ويعد محليا . كما قد يكون خاصا بفئة من الناس فقط مثل فئة التجار أو المزارعين ... ويعد مهنيا أو طائفيا.

ب- أن يكون قديما ، استقر اتباع الناس لحكمه مدة طويلة ، وليس هناك مدة محددة لذلك، بل تختلف المدة باختلاف نوع السلوك ومدى تكراره في حياة الأفراد. ويعود تقدير ذلك بترك للقضاء .

- ج- أن يكون ثابتا ، يتبعه الناس بانتظام بطريقة لا تتغير ولا تنقطع . أي أن يتكرر نفس السلوك كلما تحققت نفس الظروف التي اتبع فيها هذا السلوك . فلا يتبعونه في بعض الأوقات ويتركونه في أوقات أخرى . ويترك تقدير ذلك للقضاء .
- د- أن لا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب ، وهذه المخالفة لا يتصور تحققها إلا إذا كان العرف محليا أو طائفيا . مثال : عادة الأخذ بالثأر في بعض المناطق .

## 2- الركن المعنوي : عقيدة الإلزام

حتى يصبح السلوك المعتاد عرفا ، يلزم أن يتكون في أذهان الناس الاعتقاد بأن هذا السلوك الذي اعتادوا عليه ملزم ، وأن مخالفته تتطوي على مخالفة قانونية تستوجب توقيع الجزاء .

وهذا الشعور بالإلزام يميز العرف عن العادة . ونظرا لأنه يتكون تدريجيا ، فإن القضاة قد يختلفون في مرحلة التكوين حول ما إذا كانت عادة معينة قد أصبحت عرفا أم لا .

## ثالثا : قواعد العدالة

من المبادئ الهامة في القانون أن القاضي لا يجوز له أن يمتنع عن القضاء فيما يعرض عليه لعدم وجود قاعدة قانونية تبين حكم المسألة المعروضة. وفي نفس الوقت فإن المشرع لا يستطيع حصر مصادر القانون بطريقة شاملة للقواعد القانونية التي تصلح لمواجهة كل ما يحتمل أن يعرض على القاضي . لذلك على المشرع أن يبين للقاضي ما يفعله فيما يعرض عليه من مسائل لا يجد لها حكم في قاعدة قانونية . لذلك نص على الحكم بمقتضى قواعد العدالة.

والعدالة شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ، ويوحي به الضمير المستتير ويهدف إلى إعطاء كل ذي حق حقه بترجيح المصلحة الأولى بالرعاية إذا

تعارضت المصالح . وعلى ذلك يجب على القاضي أن يجتهد في حل النزاع إذا لم تسعفه مصادر القانون ، على أن يقيم اجتهاده على اعتبارات موضوعية عامة، بحيث يحكم بما يكون مقبولا في المجتمع في الوقت الذي يصدر فيه حكمه، دون أن يتأثر في ذلك بأفكاره الخاصة ومعتقداته الذاتية .

## المبحث الثالث المصادر التفسيرية القضاء والفقہ

يقصد القضاء الأحكام التي تصدر عن المحاكم . أما الفقہ فيقصد به الآراء القانونية الصادرة عن العلماء المشتغلين بعلم القانون .  
ويعد كل من القضاء والفقہ مصدران يستأنس بهما القاضي عند تفسيره للقواعد القانونية. ويمتاز القضاء بالناحية العملية ، بينما يتجه الفقہ إلى التفسير النظري أو العملي<sup>(1)</sup>. وبذلك يكمل كل منهما الآخر .

---

(1) يعد القضاء في النظام الانجلوسكسوني مصدرا من مصادر القانون ، حيث يقوم هذا النظام إلى حد كبير على أساس السوابق القضائية .

## الفصل الرابع تطبيق القانون

مجرد وجود القاعدة القانونية مستمدة من أحد المصادر السابقة لا يكفي، بل لا بد من وجود سلطة لتطبيقها عند وجود نزاع بين الأشخاص الذين يسري عليهم حكمها، وهذه السلطة هي السلطة القضائية.

وحتى تتمكن هذه السلطة من القيام بعملها، لا بد من تحديد النطاق الذي تطبق فيه القاعدة القانونية محل البحث، عن طريق تحديد العلاقات التي تخضع لها ويسري عليها حكمها.

وقد لا يتيسر لمن يقومون بتطبيق القانون الوقوف على حكمه بسهولة، فنكون بحاجة إلى تفسيره لكي يمكن الوصول إلى حكمه في صدد المنازعات التي تعرض بين الأشخاص في الحياة العملية.

ولكن بحثنا في تطبيق القانون سيتناول أولاً السلطة التي تقوم بتطبيقه، ثم تحديد النطاق الذي يطبق فيه أو مدى سريانه فقط .

المبحث الأول : السلطة التي تقوم بتطبيق القانون .

المبحث الثاني : نطاق تطبيق القانون .

### المبحث الأول

#### السلطة التي تقوم بتطبيق القانون

تقوم السلطة القضائية بتطبيق القانون. ونظرا لخطورة الدور الذي يقوم به القضاء من حيث الفصل في المنازعات بين الأفراد على اختلاف مراكزهم الاجتماعية، أو بينهم وبين السلطة التنفيذية، فإنه يلزم توفير الضمانات الكافية لهم حتى يقوموا بواجبهم على

الوجه الأكمل، لذلك تنص الدساتير عادة على استقلال القضاة في أداء وظيفتهم. وقد نص الدستور الأردني على هذه القاعدة في المادة 97 منه حيث تقول " القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ". كما نصت المادة 97 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل على أن " السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها. ويحدد القانون طريقة تشكيلها واختصاصاتها...".

كما ورد النص ذاته في المادة الثالثة من قانون استقلال القضاء رقم 49 لسنة 1972. الذي يبين كيفية تشكيل المجلس القضائي ومهامه، كما يبين شروط تعيين القضاة وواجباتهم، وترفيعهم، ونقلهم وانتدابهم واستقالتهم، ومحاكمتهم وتأديبهم. وكذلك في قانون السلطة القضائية الفلسطيني رقم 1 لسنة 2002 الذي نصت المادة الأولى منه على أن " السلطة القضائية مستقلة، ويحظر التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة". وزيادة في توفير الثقة في قضاء القضاة، كان الأصل أن جلسات المحاكمة علنية إلا إذا رأت المحكمة ذاتها أن تكون الجلسات سرية مراعاة للنظام العام أو محافظة على الآداب . وعلى أية حال إذا تقرر جعل المحاكمة سرية، فإنه يتعين أن يكون النطق بالحكم في جلسة علنية.

والسلطة القضائية تتولاها المحاكم، وهي تنقسم في الأردن إلى ثلاثة أنواع، المحاكم النظامية والمحاكم الدينية، والمحاكم الخاصة . وتتناول كل نوع منها في مطلب على التوالي.

## المطلب الأول

### المحاكم النظامية

تعد المحاكم النظامية صاحبة الولاية العامة من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص إلا ما استثني بنص قانوني خاص. فهي تختص بالفصل في كافة المنازعات

وجميع الجرائم أيا كانت طالما أنها لم تخرج عن اختصاصها بنص خاص. وفي ذلك تنص المادة الثانية من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 في فقرتها الأولى على أنه " 1- تنظر المحاكم النظامية في فلسطين في المنازعات والجرائم كافة إلا ما استثني بنص قانوني خاص، وتمارس سلطة القضاء على جميع الأشخاص " ، وهو مطابق لنص المادة 14 من قانون السلطة القضائية.

وتنقسم المحاكم النظامية إلى محاكم عادية ومحكمة إدارية هي محكمة العدل العليا، وسنتكلم عن كل منها في فرع على التوالي.

## الفرع الأول

### المحاكم العادية

تشمل المحاكم العادية محاكم الدرجة الأولى ومحاكم الدرجة الثانية بالإضافة إلى محكمة التمييز.

#### أولاً : محاكم الدرجة الأولى

##### 1- محاكم الصلح

نصت المادة 13 / 1 من قانون السلطة القضائية لسنة 2002 على أنه " تنشأ في دائرة كل محكمة بداية محكمة صلح أو أكثر حسب الحاجة ويصدر بتحديد مقرها ودائرة اختصاصها قرار من وزير العدل". وتؤلف من قاض واحد يعرف بقاضي الصلح،

##### 2- محاكم البداية

نصت المادة 12 من قانون السلطة القضائية لسنة 2002 على أن تكون مقر محاكم البداية في مراكز المحافظات. وهي صاحبة الصلاحية في النظر في جميع القضايا المدنية والتجارية والجزائية التي تخرج عن صلاحية محاكم الصلح. وتكون في هذه الحالة محكمة درجة أولى. كما تنظر في بعض الأحكام المستأنفة في بعض القضايا التي سبق

أن نظرتها محكمة الصلح والتي ينص قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على أنها تستأنف إلى محاكم البداية، وفي أي حكم يسوغ أي قانون آخر استئنافه إلى محاكم البداية وتكون في هذه الحالة محكمة درجة ثانية بصفقتها محكمة إستئنافية.

وتؤلف كل محكمة من رئيس وعدد من القضاة، وهي تتعقد في القضايا المدنية من قاض منفرد، وفي القضايا الجزائية من ثلاثة قضاة في الجرائم التي ينص القانون على أن تكون عقوبتها إحدى العقوبات التالية: أ- الإعدام، ب- الأشغال الشاقة المؤبدة. ج- الاعتقال المؤبد. د- الحبس المؤبد. هـ- السجن أو الحبس الذي يزيد عن 10 سنوات. وتتعدد من قاض فرد في الجنايات الأخرى وفي الجناح والمخالفات.

### ثانيا : محاكم الدرجة الثانية

يتبين من نصوص قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 26 لسنة 1952 أن هناك نوعين من محاكم الاستئناف :

- 1- محكمة البداية بصفقتها محكمة استئناف وتتنظر في بعض الأحكام الصادرة من محكمة الصلح سواء في المواد المدنية أو الجزائية كما سبق بيانه.
- 2- محكمتا الاستئناف، وقد نصت المادة 11 من قانون السلطة القضائية لسنة 2002 على أن تنشأ محاكم استئناف في القدس وغزة ورام الله وتشكل كل منها من رئيس وعدد كاف من القضاة وتتعدد من ثلاثة قضاة برئاسة أقدمهم. وتصدر قرارها بالإجماع أو الأكثرية. وهي تنظر في الأحكام المستأنفة إليها الصادرة من أية محكمة من محاكم البداية بصفقتها محكمة أول درجة، كما تنظر في أي استئناف آخر يرفع إليها بموجب أي قانون آخر.

### ثالثا : محكمة النقض

مقرها الدائم القدس، وتتعدّد مؤقتا في مدينتي غزة ورام الله حسب مقتضى الحال، وهي تشكّل من رئيس ونائب أو أكثر وعدد كاف من القضاة، وتتعدّد برئاسة رئيس المحكمة أو نائبه أو القاضي الأقدم وأربعة قضاة، وتتنحصر مهمتها في الإشراف على صحة تطبيق القانون، لذا فهي تقوم بتدقيق الأحكام المرفوعة إليها من ناحية مخالفتها لأحكام القانون دون التعرض للوقائع، وتقوم بتقرير المبادئ القانونية الصحيحة في النزاع المعروض عليها إذا كان الطعن في الحكم المرفوع إليها مبنيا على مخالفة القانون أو على خطأ في تطبيقه أو في تأويله. فإذا نقضت محكمة النقض الحكم المطعون فيه فإنها تعيد القضية إلى المحكمة التي أصدرته لتحكم فيها من جديد. ومع ذلك فقد أجازت قوانين الأصول المدنية والجزائية لمحكمة النقض النظر في الموضوع في بعض الحالات.

### الفرع الثاني

#### محكمة العدل العليا

نصت المادة 102 من القانون الأساسي المعدل على أنه يجوز إنشاء محاكم إدارية للنظر في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية.... ونصت المادة 6 من قانون السلطة القضائية لسنة 2002 على أن المحكمة العليا تتكون من أ- محكمة النقض. ب- محكمة العدل العليا. ونصت المادة 32 من قانون تشكيل المحاكم على أن تتعدّد محكمة العدل العليا من رئيس المحكمة وقاضيين على الأقل، وعند غياب الرئيس يرأس المحكمة أقدم نوابه، فالقاضي الأقدم في هيئة المحكمة. وقد حدد القانون أسباب الطعن وأصول المحاكمات المتبعة أمام هذه المحكمة.

## الفرع الثالث

نصت المادة 8 من قانون السلطة القضائية والمادة 24 من قانون تشكيل المحاكم النظامية على أنه: 1- تؤلف المحكمة العليا من رئيس ونائب أو أكثر وعدد كاف من القضاة. 2- يكون المقر الدائم للمحكمة العليا في القدس وتتعدّد مؤقتاً في مدينتي غزة ورام الله حسب مقتضى الحال.

كما نصت المادة 25 من قانون تشكيل المحاكم النظامية على أن: تتعدّد المحكمة العليا برئاسة رئيسها أو القاضي الأقدم في الهيئة وحضور عشرة من أعضائها بناء على طلب رئيسها أو إحدى دوائرها في الحالات التالية:

1- العدول عن مبدأ قانوني سبق أن قرره المحكمة، أو لرفع تناقض بين مبادئ سابقة.

2- إذا كانت القضية المعروضة عليها تدور حول نقطة قانونية مستحدثة، أو على جانب من التعقيد، أو تتطوي على أهمية خاصة.

كما نصت المادة 46 من قانون السلطة القضائية لسنة 2002 على أن:

1- تختص المحكمة العليا دون غيرها بالفصل في طلبات الإلغاء والتعويض ووقف التنفيذ التي يرفعها القضاة على القرارات الإدارية المتعلقة بأي شأن من شؤونهم وكذلك الفصل في المنازعات الخاصة بالرواتب والمعاشات والمكافآت المستحقة لهم أو لورثتهم.

2- ترفع الطلبات المشار إليها في الفقرة أعلاه بعريضة تودع لدى قلم المحكمة العليا بغير رسوم متضمنة أسماء الخصوم وموضوع الطلب وأسانيده.

## المطلب الثاني المحاكم الدينية

بينت المادة 104 من الدستور أن المحاكم الدينية تنقسم إلى نوعين، المحاكم الشرعية للمسلمين، ومجالس الطوائف الدينية للديانات الأخرى من غير المسلمين. وندتاول كل نوع منها في فرع مستقل.

### الفرع الأول المحاكم الشرعية

تم تشكيل المحاكم الشرعية بموجب قانون خاص بذلك صدر بتاريخ 1951/5/1 وحل محله قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم 19 لسنة 1972 نص على أن تشكل في المملكة الأردنية الهاشمية محاكم شرعية ابتدائية في الأولوية والأفضية (أو في أي مكان آخر) ومحاكمة استئناف شرعية واحدة أو أكثر حسب الحاجة بنظام يقره مجلس الوزراء من أن إلى آخر بموافقة الملك .

وتؤلف المحكمة الشرعية الابتدائية من قاض منفرد. أما محكمة الاستئناف الشرعية فتؤلف من رئيس وعدد من الأعضاء، وتتعد من رئيس وعضوين، وتصدر قراراتها بالأكثرية، وفي حالة عدم اشتراك الرئيس، تتعد الجلسة برئاسة القاضي الذي يليه في الدرجة من هيئة المحكمة .

وقد صدر نظام محاكم الاستئناف الشرعية رقم 20 لسنة 1977 بمقتضى المادة 21 من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم 19 لسنة 1972، ونص على تشكيل محكمة استئناف شرعية في كل من عمان والقدس. وبينت المادة الثالثة منه على أن :

- i- تختص محكمة الاستئناف الشرعية في عمان بالفصل في الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية في الضفة الشرقية من المملكة الأردنية الهاشمية.
- ii- تختص محكمة الاستئناف الشرعية في القدس بالفصل في الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية في الضفة الغربية من المملكة الأردنية الهاشمية.

## الفرع الثاني

### مجالس الطوائف الدينية

بينت المادة 108 من الدستور أن مجالس الطوائف الدينية هي مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة التي اعترفت أو تعترف الحكومة بأنها مؤسسة في المملكة الأردنية الهاشمية. ونصت الفقرة الأولى من المادة 109 من الدستور على أن تتألف مجالس الطوائف الدينية وفقا لأحكام القوانين التي تصدر خاصة بها، وتحدد في هذه القوانين اختصاصات المجالس المذكورة بشأن مسائل الأحوال الشخصية والأوقاف المنشأة لمصلحة الطائفة ذات العلاقة.

كما نص قانون مجالس الطوائف الدينية رقم 2 لسنة 1938 - والذي كان ساريا في شرقي الأردن وتم تطبيق أحكامه على الضفة الغربية بموجب القانون رقم 9 لسنة 1958 - في مادته الثالثة على أن للطوائف غير المسلمة المؤسسة في شرق الأردن (المملكة الأردنية الهاشمية فيما بعد) والمعترف بها من قبل الحكومة، أن تؤسس محاكم تعرف بمجالس الطوائف تكون لها صلاحية البت في القضايا التي ينص عليها القانون.

والقاعدة في اختصاص هذه المجالس أنها تختص في مسائل الأحوال الشخصية بين أفراد الطائفة الواحدة. ومناطق تحديد الأحوال الشخصية يكون بقياسها بالأحوال الشخصية للمسلمين بقدر ما تسمح به قواعد الطوائف الدينية .

ولهذه المجالس كذلك صلاحية النظر والبت في الشئون المتعلقة بإنشاء الوقف، وإدارة الأوقاف المنشأة لمصلحة الطائفة الدينية التي يتبعها المجلس. وتتعترف الحكومة الأردنية بالطوائف المسيحية التالية:

- 1- طائفة الروم الأرثوذكس.
- 2- طائفة الروم الكاثوليك.
- 3- طائفة الأرمن .
- 4- طائفة اللاتين.
- 5- الطائفة الإنجيلية الأسقفية العربية.
- 6- الطائفة المارونية .
- 7- الكنيسة الإنجيلية اللوثرية .
- 8- طائفة السريان الأرثوذكس .
- 9- طائفة الأدفنتست السبتيين .

### المطلب الثالث

#### المحاكم الخاصة

تشكل المحاكم الخاصة وتمارس وظيفتها القضائية بمقتضى أحكام قوانينها الخاصة. والمحاكم الخاصة في الأردن كثيرة ومتنوعة، بعضها يتبع وزارة العدل وبالتالي يمارس القضاء فيها قضاة نظاميون يعينهم المجلس القضائي، ويخضعون لكافة قوانين وأنظمة السلطة القضائية. وهذه المحاكم هي :

- 1- محكمة استئناف ضريبة الدخل.

- 2- محكمة أملاك الدولة.
- 3- محكمة تسوية الأراضي والمياه.
- 4- محكمة الجمارك البدائية والاستئنافية.
- 5- محاكم البلديات.
- 6- المحاكم العسكرية.
- 7- محكمة جرائم الفساد.

وبعض هذه المحاكم الخاصة لا يتبع قضاتها وزارة العدل ولا ينطبق عليهم قانون استقلال القضاء . ومن هذه المحاكم ما يتحدد اختصاصها للنظر والفصل في موضوعات معينة سواء كانت هذه الموضوعات مدنية أم جزائية مثل محاكم أمن الدولة والمحاكم العرفية . ومنها ما يشمل اختصاصها طائفة معينة من الشعب مثل محاكم العشائر ، والمجالس العسكرية إذ أن اختصاصها في الأصل يتناول أفراد القوات المسلحة ومن في حكمهم بغض النظر عن الجريمة التي قد يرتكبونها، ومحكمة الشرطة. ومن هذه المحاكم الخاصة ما هو دائم مثل المجالس العسكرية ومحكمة الشرطة، ومنها ما هو مؤقت .

## المطلب الرابع

### المحكمة الدستورية

أنشأت هذه المحكمة بموجب المادة 103 من القانون الأساسي المعدل ، وذلك

للنظر في :

- أ- دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها.
- ب- تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات.

وقد صدر قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 وبين اختصاصاتها وكيفية تشكيلها والإجراءات الواجب اتباعها أمامها.

## المبحث الثاني نطاق تطبيق القانون

يتناول هذا المبحث ثلاثة موضوعات :

- 1- نطاق تطبيق القانون من حيث المكان .
- 2- نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان .
- 3- نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص .

### المطلب الأول

#### نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

يوجد في الوقت الحاضر في كل دولة بعض الأجانب يقيمون بصفة مؤقتة أو مستمرة ، تنشأ بينهم وبين المواطنين ، أو بين بعضهم بعضا ، أو بينهم وبين الدولة التي يقيمون على إقليمها علاقات قانونية . كما أن وسائل الاتصال تؤدي إلى نشوء كثير من العلاقات بين الأفراد الذين يوجدون في دول مختلفة. لذلك تثار مسألة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان .

وتوازن التشريعات في الوقت الحاضر بين : مصالح الدولة وسيادتها على إقليمها وأمنها من جهة، وبين تشجيع الأجانب في التعامل مع مواطنيها وإقامة علاقات تجارية واقتصادية وسياحية ... من جهة أخرى . لذلك فإنها وهي تطبق القوانين، تعمل على تجنب إلحاق الضرر بالأجانب المقيمين على إقليمها من تطبيق قوانينها عليهم ، وتطبق عليهم قوانينهم الخاصة .

لذلك فإن هذه التشريعات تأخذ بثلاثة مبادئ هي : مبدأ إقليمية القوانين، وهو الأصل الذي تأخذ به التشريعات . ومبدأ ذاتية القوانين . ومبدأ امتداد القوانين. وهما يطبقان على سبيل الاستثناء

### 1- مبدأ إقليمية القوانين

يقصد بهذا المبدأ، أن الدولة تطبق قوانينها داخل إقليمها ، على كل ما يوجد داخل إقليمها من أشخاص وأشياء، وما يقع من أفعال، متى توافرت شروط انطباق القواعد القانونية الواردة في تلك القوانين، بصرف النظر عن جنسية الأشخاص ، سواء أكانوا من الوطنيين أم من الأجانب ، وسواء أكانت إقامتهم في الدولة دائمة أم مؤقتة. ويعد هذا المبدأ من أهم مظاهر سيادة الدولة على إقليمها ، لذلك فإنه يعد الأصل في تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان . وهذا المبدأ يسري على إطلاقه بالنسبة للوطنيين سواء تعلق الأمر بقواعد القانون العام أم بقواعد القانون الخاص ، إذ لا يعقل أن تسمح الدولة لرعاياها، في تعاملهم فيما بينهم، بتطبيق قانون أجنبي واستبعاد قانونها الوطني.

أما بالنسبة للأجانب - نفرق بين قواعد القانون العام ويسري المبدأ بالنسبة لها على إطلاقه ، وقواعد القانون الخاص، والأصل أن يطبق مبدأ إقليمية القوانين ، إلا أن المشرع يسمح بتطبيق القوانين الأجنبية فيما لا يخالف النظام العام في الدولة كما سنرى في كلامنا عن مبدأ ذاتية القوانين .

### 2- مبدأ ذاتية القوانين

يقصد بهذا المبدأ أن تطبق الدولة القانون ذا الصلة بذات الشخص، أو الشيء، أو الفعل ولو كان هذا القانون أجنبياً.

وتسمح الدولة بتطبيق القانون الأجنبي داخل حدود إقليمها، لأن المشرع فيها رأى في ذلك تحقيقاً للعدالة وللصالح العام. لأن تطبيق مبدأ إقليمية القوانين على إطلاقه يؤدي

إلى نتائج غير مقبولة . وقد ينتج عن ذلك صعوبات تعرقل التعامل بين الدول والأفراد في مجال السياحة والتجارة، ويعود على مصالح تلك الدول بالضرر.

ولتوضيح ذلك يكفي أن نتصور زوجا مسلما اصطحب زوجته لزيارة باريس مثلا، فإذا طبقنا مبدأ إقليمية القوانين على إطلاقه، وجب إخضاع هذه الأسرة للقانون الفرنسي الذي يمنع تعدد الزوجات ويعدده جريمة معاقبا عليها، لذلك يتم إلقاء القبض عليهم في المطار وإحالتهم إلى المحكمة بتهمة تعدد الزوجات، وهو أمر غير مقبول عقلا، ولا يحقق لفرنسا أية مصلحة.

لذلك جرى التعامل والعرف الدولي ، في مجال القانون الخاص ، على أن تسمح الدول ، في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وعلى سبيل التبادل ، أن يطبق على الشخص أو الشيء أو الفعل، القانون الأجنبي ذا الصلة بالنسبة للمسائل اللصيقة بذلك الشخص أو الشيء أو الفعل، ولا تمس سيادة الدولة والنظام العام فيها . ونتج عن ذلك ما يسمى بقواعد القانون الدولي الخاص .

### 3- مبدأ امتداد القوانين

يقصد بهذا المبدأ أن تمت الدولة نطاق تطبيق قانونها إلى خارج إقليمها. ويتعارض هذا المبدأ مع مبدأ الاحترام المتبادل لسيادة الدول والمساواة فيما بينها. لذلك لا تلجأ الدول إليه إلا في نطاق محدود ، بهدف حماية المصالح الاجتماعية الأساسية للدولة من جهة، ولمنع المجرم من الإفلات من العقاب من جهة أخرى ، وعلى ذلك فإن تطبيقه يقتصر على قانون العقوبات . إذ لا يجوز السكوت أمام الاعتداء على مصالح الدولة لمجرد وقوع الفعل خارج إقليم الدولة ، لذلك تمت الدولة نطاق تطبيق قانون العقوبات خارج إقليمها .

وتحكم هذه المسألة ثلاثة مبادئ فرعية هي :

#### 1- مبدأ عينية القواعد الجنائية ،

ويعني تطبيق القانون الوطني بالنسبة لجرائم معينة بغض النظر عن مكان ارتكابها وعن شخصية مرتكبها . ويستند هذا المبدأ إلى حق الدولة في الدفاع عن المصالح الوطنية المرتبطة بسيادتها ضد كافة صور الاعتداء ولو وقعت خارج إقليمها. ومثالها : الجنايات والجنح المخلة بأمن الدولة ، تقليد أختام الدولة أو نقودها.

### 2- مبدأ شخصية القواعد الجنائية ،

وهو يعني أن القانون الوطني (قانون العقوبات) يلاحق المواطنين أينما وجدوا ليحكم أفعالهم الإجرامية المرتكبة بالخارج ، وعادوا إلى أرض الوطن . وهذا المبدأ ضروري حتى لا يفلت هذا المجرم من العقاب لأنه لا يجوز للدولة وفقا للقانون الوطني أن تسلم أحد مواطنيها للدولة الأجنبية التي ارتكب الجريمة في إقليمها .

### 3- مبدأ عالمية القواعد الجنائية ،

وهذا المبدأ يقضي بتطبيق القاعدة الجنائية بالنسبة للأجانب الذين يرتكبون أي جريمة في أية دولة يتم القبض عليهم في إقليمها . ويستند هذا المبدأ إلى فكرة التضامن والتعاون بين الدول في مكافحة الإجرام . ويقتصر على جرائم معينة تهم المجتمع الدولي بشكل عام مثل جرائم القرصنة والاتجار بالرقيق والمخدرات.

## المطلب الثاني

### نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان

تستمر القاعدة واجبة التطبيق في الفترة من وقت بدأ العمل بها حتى وقت انتهاء العمل بها أي إلغائها . ويقصد بإلغاء القاعدة القانونية ، وقف العمل بها وتجريدها من قوتها الملزمة . ويتم ذلك إما بالاستغناء عنها نهائيا ، أو بأن يستبدل بها قاعدة أخرى تحل محلها .

والقاعدة القانونية لا تلغى إلا بقاعدة أخرى من نفس القوة أو قاعدة أعلى منها . فأحكام الدستور لا تلغى إلا بتشريع دستوري ، والقانون لا يلغى إلا بتشريع مماثل أو بنص دستوري ، أما النظام فيمكن إلغاؤه بنظام مماثل أو بنص قانوني أو دستوري . والقواعد التشريعية لا يمكن أن تلغى بواسطة العرف ، لأن العرف أدنى مرتبة من التشريع . لذلك فإن إهمال نص في التشريع وعدم تطبيقه مدة طويلة لا يلغيه .

ويكون إلغاء القاعدة القانونية في صورتين :

- 1- الإلغاء الصريح ، بأن يصدر تشريع ينص صراحة على إلغاء قاعدة أو قواعد معينة من القواعد الموجودة وقت صدوره ، أو ينص فيه على إلغاء ما يخالفه من قواعد .
- 2- الإلغاء الضمني ، فلا يكون هناك نص صريح ، ولكن يستنتج الإلغاء من تعارض قاعدة جديدة مع قاعدة قديمة ، فلا يمكن تطبيقهما معا في وقت واحد ، فيفهم من ذلك ضمنا أن القاعدة الجديدة ألغت القاعدة القديمة .

ويقتصر الإلغاء في هذه الحالة على الحدود التي يتحقق فيها التعارض . ويشترط أن يكون الحكم في كل من القاعدة القديمة والقاعدة الجديدة من نفس النوع أي تكون أحكاما من صفة واحدة . بمعنى أن يتضمن التشريع الجديد حكما عاما يخالف حكما

عاما سابقا، أو حكما خاصا يخالف حكما خاصا سابقا . والحكم العام يلغي الحكم العام،  
والحكم الخاص يلغي الحكم الخاص .  
أما إذا كانت القاعدة القديمة عامة والقاعدة الجديدة خاصة أو العكس ، فإن القاعدة  
الخاصة لا تلغي القاعدة العامة وإنما تحد من نطاق تطبيقها . وتعد القاعدة الجديدة  
الخاصة في هذه الحالة استثناءا يحد من عمومية القاعدة العامة.  
مثال ذلك أنه في القانون القديم - المجلة - ينتهي عقد الإيجار بانتهاء مدته .  
بينما في قانون المالكين والمستأجرين - الخاص بإيجار الأماكن المبنية للسكن والتجارة  
داخل حدود البلديات والمجالس المحلية - يمتد عقد الإيجار بقوة القانون . وفي هذا  
المثال يتضمن قانون المالكين والمستأجرين أحكاما خاصة وينطبق في نطاقه بينما  
تتضمن المجلة أحكاما عامة تسري على عقود الإيجار الأخرى .

### تنازع القوانين من حيث الزمان :

إذا ألغيت قاعدة قانونية وحلت محلها قاعدة أخرى ، تثار مسألة تحديد سريان كل  
من القاعدتين من حيث الزمان ، ومعرفة الحد الفاصل بين نطاق تطبيق كل منهما.  
وبصدور التشريع الجديد نكون أمام واحد من ثلاثة فروض :

الأول : أن تنشأ وقائع وتصرفات لاحقة على نفاذ التشريع الجديد ، وفي هذه الحالة  
فإن التشريع الجديد هو الذي يحكمها وهو ما يسمى بالأثر المباشر للقانون .  
مثال : إذا اشترط التشريع الجديد شكلا معيناً (كالكتابة أو الرسمية)  
لانعقاد عقد من العقود، وجب أن تتم كل العقود التي تتعقد بعد سريانه في  
هذا الشكل الذي يستلزمه.

الثاني : أن تكون الأعمال والوقائع سابقة على التشريع الجديد ، وأنتجت آثارها كاملة  
قبل نفاذه . وفي هذه الحالة فإنها تبقى خاضعة لذلك القانون الذي تمت في  
ظله، ولا يجوز أن يتعرض لها القانون الجديد بالتغيير أو التعديل أو

الإلغاء. فالقانون الجديد لا يسري على ما تم من وقائع أو تصرفات قبل العمل به وهو ما يسمى بمبدأ عدم رجعية القوانين .

ولا يوجد في التشريع الأردني سوى استثناء واحد على هذا المبدأ ورد في قانون العقوبات وهو تطبيق القانون الجديد الأصلح للمتهم بأن كان يبيح الفعل ، أو يخفف العقوبة . فجعل للقانون الجديد أثرا رجعيا أ يجعله يطبق على فعل سابق على نفاذه .

ويشترط حتى يستفيد المتهم من القانون الجديد، أن لا يكون قد صدر في الدعوى حكم مبرم ، فإذا كانت الدعوى ، لم تنظر بعد ، أو كانت المحاكمة جارية أو صدر فيها حكم قابل للطعن فيه بالاستئناف أو التمييز، يطبق على المتهم القانون الجديد الأصلح له.

أما إذا كان قد صدر في الدعوى حكم مبرم غير قابل للطعن فيه، لا يستفيد المتهم من القانون الجديد . إلا إذا كان القانون الجديد يبيح الفعل ، ففي هذه الحالة يوقف تنفيذ العقوبة وتنتهي آثار الحكم الجنائي . بمعنى عدم استمرار تنفيذ الحكم بالنسبة للمستقبل، دون أن يمتد ذلك إلى ما تم تنفيذه من العقوبة في الماضي .

الثالث : أن يبدأ نشوء الوقائع والتصرفات في ظل القانون القديم ، وتكتمل عناصرها أو يستمر إنتاج آثارها في ظل القانون الجديد .

إذا تم إلغاء قاعدة قانونية واستبدال غيرها بها خلال الفترة التي تتكون فيها العلاقة القانونية، أي بعد أن بدأت في التكوين ولم يتم تكوينها بعد . أو خلال الفترة التي تنتج فيها العلاقة آثارها وقبل أن تنقضي نهائيا بحيث تقع حياة العلاقة القانونية في ظل قانونين . يثور السؤال لمعرفة ما يخضع للقانون القديم وما يخضع للقانون الجديد ونكون بصدد تنازع القانونين.

إذا انتبه المشرع لهذه المسألة ووضع حلا للمشكلة في القانون الجديد ، في هذه الحالة يطبق هذا الحل . وهناك بعض الحلول الواردة في القانون المدني (م 6 ، 7 ، 8) وبعضها ورد في قانون أصول المحاكمات الحقوقية (م 1) ، وقانون العقوبات .

أما إذا سكت المشرع عن تنظيم كيفية تطبيق القانون الجديد ، فعلى القاضي أن يجتهد لحل هذه المسألة على ضوء المبدأ السابق وهو عدم رجعية القوانين .

وقد حاول الفقه حل هذه المشكلة وظهرت نظرية تسمى بالنظرية التقليدية، ولكن تبين أنها لا تكفي للتغلب على الصعوبات التي تثيرها مشكلة التنازع، فحاول الفقه الحديث وضع نظرية جديدة تعتمد على التفرقة بين عدم رجعية القانون والأثر المباشر للقانون .

وتفرق النظري التقليدية بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، وتذهب إلى أنه لا يجوز تطبيق القانون الجديد إذا كان من شأن تطبيقه المساس بحق مكتسب في ظل القانون القديم وإلا كان تطبيقه رجعياً، ولكن يكون هذا القانون الجديد واجب التطبيق إذا لم يكن من شأنه سوى المساس بمجرد أمل .

مثال : كان الإرث في الأراضي المملوكة يقسم وفق الفريق الفريضة الشرعية ، بينما كان يقسم في الأراضي الأميرية وفق القانون الانتقالي الذي يعطي البنات مثل نصيب الولد . وقد ألغي القانون الانتقالي في 1991/4/16 ولم تعد المحاكم الشرعية تطبقه .

وعلى ذلك فإن القانون الانتقالي يطبق على تركة كل شخص توفي قبل 1991/4/16 لأنه أصبح للورثة من البنات حقا مكتسبا يساوي نصيب

الأولاد ، بينما تطبق الفريضة الشرعية على تركة كل شخص توفي يوم 1991/4/16 أو بعده لأنه لم يكن لبنته سوى مجرد أمل في أن ترث عن والدها نصيبا يساوي أخيها (1) .

### المطلب الثالث

#### نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص

تطبق القاعدة القانونية على المخاطبين بها سواء كانوا يعلمون بها أم لا . فالمبدأ العام أنه لا يجوز للأشخاص أن يطلبوا من القضاء عدم تطبيق القانون عليهم بحجة أنهم يجهلونه، وهو ما يعبر عنه بعدم جواز الاعتذار بجهل القانون. وعلى ذلك لا يصح للشخص الاحتجاج بعدم العلم بأحكام القانون لمرضه أو لغيابه خارج البلد أثناء صدور القانون ، أو لجهله بالقراءة ..... أو لغير ذلك من الأسباب .

ولا يستثنى من هذا المبدأ سوى حالة واحدة يجوز فيها الاعتذار بجهل القانون وطلب عدم تطبيقه، وهي عندما تقوم قوة قاهرة تؤدي إلى عزل جزء من إقليم الدولة عزلا تاما بحيث يستحيل أن تصل إليه الجريدة الرسمية التي تنشر فيها التشريعات، كما لو حدث ذلك بسبب ثورة أو حرب أو فيضان أو انقطاع المواصلات نهائيا لسبب ما. وذلك لأن النشر قد جعل مناطا للعمل بالقانون، وعدم وصول الجريدة الرسمية للمناطق المعزولة يعني أن النشر لم ينتج أي أثر بالنسبة لتلك المناطق وبالتالي كأنه لم يكن. فإذا زالت الظروف المذكورة ، توقف أثر الاستثناء وعاد تطبيق المبدأ .

---

(1) ومثال ذلك أيضا الوصية الواجبة التي نص عليها قانون الأحوال الشخصية رقم 16 لسنة 1976 الذي أصبح نافذ المفعول بتاريخ 1976/12/1 .

## الباب الثاني نظرية الحق

### تعريف الحق :

يمكن تعريف الحق بأنه " سلطة تقررها قاعدة قانونية لشخص معين تخوله الاستثناء بقيمة أو شيء معين في حماية القانون ".

### تقسيم :

نتناول نظرية الحق في الفصول التالية :

- الفصل الأول : أنواع الحقوق .
- الفصل الثاني : أركان الحق .
- الفصل الثالث : مصادر الحق .
- الفصل الرابع : إثبات الحق .
- الفصل الخامس : حماية الحق .

## الفصل الأول أنواع الحقوق

تنقسم الحقوق في نطاق القانون الداخلي إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية ، ونتناول كل واحدة منهما في مبحث على التوالي .

## المبحث الأول الحقوق السياسية

الحقوق السياسية هي الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره مواطنا منتميا إلى دولة معينة ، ويمكنه بموجبها المساهمة في إدارة شؤون بلده .

فهي تقرر للشخص باعتباره عضوا في جماعة سياسية بهدف حماية المصالح السياسية للجماعة . لذلك فهي - بحسب الأصل - مقصورة على أعضاء الجماعة ، أي المواطنين ، دون الأجانب . لأن المواطنين هم الذين يحق لهم المساهمة في حكم الدولة وتوجيه سياستها .

ومثالها : حق الترشيح للمجالس النيابية ، والمجالس البلدية ، وحق التصويت في الانتخابات العامة ، وحق تولي الوظائف العامة .

وهذه الحقوق أقرب إلى أن تكون وظائف سياسية تتضمن واجبا وطنيا يفرض على الشخص عدم التقاعس في المشاركة في إدارة شؤون بلده . فهي تكاليف تفرض على المواطنين في بعض الأحيان القيام بها وإلا تعرض للعقوبة الجنائية .

لذلك فإن كثيرا من التشريعات تتجه إلى فرض الانتخابات إجباريا على المواطنين . واستثناء من اقتصار الحقوق السياسية على المواطنين، يجوز الاستعانة بموظفين من الأجانب في الحالات التي لا تتوفر فيها الخبرة والتخصص الفني لدى المواطنين . كما أنها من ناحية أخرى، لا تثبت لجميع المواطنين، بل لمن تتوفر فيهم شروط خاصة ينص عليها القانون، كاشتراط بلوغ سن معينة للترشيح لعضوية مجلس النواب، إذ تشترط أن لا يقل سن المرشح عن 30 سنة ميلادية في أول كانون ثاني من السنة التي يجري فيها الانتخاب .

## المبحث الثاني الحقوق المدنية

الحقوق المدنية هي الحقوق التي تهدف إلى حماية الأفراد ومصالحهم. فهي تشمل الحقوق اللازمة لتمكين الأفراد من مباشرة أوجه نشاطهم العادي المختلفة .  
وتثبت الحقوق المدنية لجميع الأشخاص بصرف النظر عن جنسيتهم ، أي سواء كانوا وطنيين أم أجنب ، لأنها ترتبط بوجود الشخص ومباشرة نشاطه العادي .  
وتتقسم الحقوق المدنية إلى حقوق غير مالية ، وحقوق مالية .

### المطلب الأول الحقوق غير المالية

تشمل الحقوق غير المالية الحقوق الملازمة للشخصية ، أو الحقوق العامة ، وحقوق الأسرة . لذا سنبحث كلا منها في فرع على التوالي .

### الفرع الأول الحقوق العامة

الحقوق العامة هي تلك الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره إنسانا وتكفل حماية شخصيته في مظاهرها المختلفة، كما تتيح له أن ينتفع بنفسه أي بقواه البدنية والفكرية .  
وهذه الحقوق لا تمنح الشخص سلطة التصرف في نفسه كما يشاء ، بل هي موجهة نحو الغير ، ويقصد بها الاعتراف بوجود الشخص وحماية وجوده .

ويصعب حصر الحقوق العامة لأنها عبارة عن مجموعة القيم التي تكون شخصية الإنسان ، وهي متعددة ومتنوعة ، إلا أن الفقه يردها إلى ثلاثة مجموعات تمثل كل واحدة منها مظهرا من مظاهر الشخصية .

**المجموعة الأولى :** الحقوق التي ترمي إلى حماية الكيان المادي للإنسان ، ومنها حقه في الحياة ، وحقه في سلامة جسمه وأعضائه ، أي حقه في أن لا يعتدي عليه أحد بأي أذى كالقتل أو الجرح أو الضرب . وتبين القوانين الجنائية جزاء من يعتدي على هذه الحقوق .

وحق الإنسان في سلامة جسمه يثير المسائل الآتية :

هل للطبيب أن يجري عملية جراحية للمريض دون إذنه أو إذن ذويه ؟

اختلف الفقه في الإجابة على هذا السؤال ، لذلك جرى العمل على أن يحصل الطبيب على إذن المريض أو ذويه ، ما لم تكن الجراحة عاجلة وتعذر الحصول على هذا الإذن في الوقت المناسب .

كما أنه ليس للإنسان سلطة مطلقة على جسمه يتصرف فيه كما يشاء ، بل يجب أن يراعي في ذلك ما يكفل القيام بواجبه نحو المجتمع تحقيقا للصالح العام ، لذلك تعاقب بعض القوانين على الشروع في الانتحار . كما يعاقب القانون على القتل ولو تم بناء على طلب المجني عليه أو بموافقة في حالات مرضه الشديد الذي لا يرجى الشفاء منه . كذلك لا يجوز للشخص أن يتصرف في جسمه تصرفا يترتب عليه نقص مستديم في كيانه الجسدي ، لذلك يعتبر هذا التصرف باطلا . كما لو باع شخص لآخر إحدى عينيه حال حياته ، لأن العين جزء غير متجدد في الجسم .

أما إذا كان التصرف مضافا إلى ما بعد الموت كان صحيحا ، كما لو أوصى بعينه لبنك العيون ، أو أوصى بجنثته لمعهد أبحاث علمية .

فإذا كان التصرف في جزء متجدد في الجسم بحيث لا يؤدي إلى نقص دائم في الكيان الجسدي ، كما لو تبرع شخص ببعض دمه ، يكون التصرف صحيحا . كما يجوز أن يرد التصرف على جزء من الجسم بعد انفصاله عنه ، كالأسنان المخلوعة أو الشعر المقصوص ، لأن هذه الأشياء بعد انفصالها لا تعد من مكونات الجسم .

ولا يجوز كذلك أن يتصرف الشخص بجسمه لما يخالف النظام العام أو الآداب ، ولو لم يترتب على هذا التصرف نقص دائم في الكيان الجسدي ، كالإتفاق على أن يعاشر رجل امرأة معاشرة غير شرعية ، فهذا الإتفاق يعتبر باطلا لمخالفته للآداب .

**المجموعة الثانية :** الحقوق التي تتعلق بالكيان الأدبي أو المعنوي للشخص ويقصد بذلك حق الإنسان في احترام شرفه وسمعته . ويحمي القانون هذا الحق لذلك فهو يعاقب على السب والقذف والبلاغ الكاذب . كما أن يطلب وقف الاعتداء الذي يخدش سمعته واعتباره ، والحصول على تعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

كما أن للشخص طلب إزالة الفعل الضار إذا كان مستمرا مثل أن يقضي بعدم نشر الكتاب أو الصحيفة التي تضمنت سبا أو قذفا في شخص معين ، أو إلزام إدارة الصحيفة بأن تنشر على نفقتها ردود وبيانات الشخص الذي اعتدي عليه في صفحاتها ، وهو ما يسمى حق التصحيح .

ومن الحقوق المتعلقة بالكيان الأدبي ، حق الشخص في أن تظل أسراره الخاصة سرية بعيدة عن العلانية واستطلاع الغير ، فيمتنع على الغير إفشاء أسرار شخص دون إذنه .

ويجب على من يطلع على هذه الأسرار بحكم وظيفته أو مهنته ، كالطبيب والمحامي ، أو بحكم صلة القرابة كالزوج ، أن يمتنع عن إفشاء هذه الأسرار إلا في الأحوال التي يوجب أو يسمح فيها القانون بذلك .

ومن الحقوق المتعلقة بالكيان الأدبي حق الشخص على أفكاره ، كحق المخترع أو المؤلف ، أو ما يسمى بالحقوق الذهنية ، بالإضافة إلى الجانب المالي المتمثل في حق الشخص في استغلال نتاجه الفكري ونسبة هذا النتاج إليه .

**المجموعة الثالثة :** الحقوق التي ترمي إلى تمكين الشخص من مزاولته نشاطه (الحريات الشخصية) . وهذه الحقوق تثبت لكافة الأشخاص لأنها لازمة حتى يزاول الشخص نشاطه وتؤدي شخصيته وظيفتها، مثل حرية التنقل والحركة، وحرية التملك، وحرية العمل ، وحرية الزواج ، وحرية التعاقد ، وحرية الرأي ، وحرية الاجتماع ... وغير ذلك من الحريات الشخصية .

لذلك يكفل التشريع هذه الحريات سواء في الدستور أم في القوانين الخاصة ، ويخول للمعتدى عليه المطالبة بوقف الاعتداء والتعويض عن أضراره .

## الفرع الثاني

### حقوق الأسرة

حقوق الأسرة هي حقوق تنشأ من الروابط العائلية الناتجة عن النسب أو القرابة ، أو الزواج أو المصاهرة . فهي تثبت للشخص باعتباره عضواً في عائلة معينة .

وتختلف هذه الحقوق باختلاف مركز الشخص ووضعه من هذه العائلة ، ولذلك فهي إما أن تكون لكل من الزوجين قبل الآخر ، كحق الزوج في طاعة زوجته له والإقامة معه في مسكن الزوجية ، وحق الزوجة على الزوج في النفقة . وإما أن تكون للأقارب بعضهم على بعض كحق الأب في تأديب ولده ، وحق الولد في أن ينفق عليه والده ويعلمه ويحافظ عليه ، والحق في الإرث .

ولا تهدف هذه الحقوق تحقيق مصلحة صاحبها ، بل تمنح لتحقيق مصلحة الأسرة بصفة عامة ، وقد تكون لمصلحة الطرف الآخر الذي يخضع لسلطة صاحب الحق .

فحق الأب في تأديب ابنه وحسن تربيته وتعليمه يحقق مصلحة للابن ، لذلك فإن هذا الحق يقرر واجبا على الأب في نفس الوقت ، فلا يجوز للأب أن يتخلى عنه بإذن المحكمة ، كما لا يستطيع إساءة استعمال هذا الحق وإلا سلبت منه الولاية على ابنه .

## المطلب الثاني الحقوق المالية

الحقوق المالية هي الحقوق التي يمكن تقدير محلها بالنقود ، لذا فهي تدخل في دائرة التعامل ويمكن انتقالها من شخص لآخر ، كما يرد عليها التقادم ، وتنتقل إلى ورثة صاحبها بعد وفاته . وهي قد ترد على شيء مادي حيث نكون بصدد حق عيني كحق الملكية وحق الرهن ، كما قد ترد على عمل يلتزم شخص معين القيام به حيث نكون بصدد حق شخصي كما في حق المقرض قبل المقترض ، كما يرد هذا الحق على شيء معنوي أو غير مادي كما في حق المؤلف .

وبذا فإن الحقوق المالية تنقسم على أساس طبيعة محل الحق إلى ثلاثة أنواع :

### النوع الأول : الحقوق العينية :

والحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين . وقد يكون الحق العيني أصليا ، كما في حق الملكية والحقوق المترعة عنه ، وهي حق التصرف ، وحق الانتفاع ، وحق السكنى ، وحق المساطحة (أو القرار)، وحق الحكر، وحق الارتفاق (كحق المرور وحق المطل وحق المجرى) . كما قد يكون الحق العيني تبعا مثل الرهن بنوعيه التأميني والحيازي وحق الامتياز .

### النوع الثاني : الحقوق الشخصية :

الحق الشخصي هو رابطة قانونية بين دائن ومدين يطالب بمقتضاه الدائن مدينه بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل . وقد سمي بالحق الشخصي لأنه يتمثل في علاقة بين شخصين بحيث لا يستطيع الدائن الحصول عليه إلا عن طريق المدين . فمن كان دائنا لآخر بمبلغ مائة دينار مثلا،

لا يمكنه استيفاء هذا المبلغ بالاستيلاء عليه ، بل لا بد من مطالبة المدين والحصول عليه بواسطته .

### **النوع الثالث : الحقوق المعنوية :**

وهي حقوق ترد على أشياء غير مادية ، أي على أشياء غير محسوسة تدرك بالفكر المجرد . وهي طائفتان :

**الطائفة الأولى :** حقوق ناشئة عن الملكية التجارية والصناعية ، وهي تهدف إلى أن توفر للصانع أو التاجر سلطة استثنائية على عملائه وذلك عن طريق انفراده ببيع منتجات من نوع معين أو في شكل معين . ومن تطبيقاتها براءة الاختراع ، والرسم والنموذج الصناعي ، والعلامة التجارية ، والرسم أو العنوان التجاري ، وهذه الموضوعات تدخل في نطاق دراسة القانون التجاري .

**الطائفة الثانية :** حقوق ناشئة عن الملكية الأدبية والفنية (حق المؤلف)، وهذه الحقوق تقوم على الأفكار والآراء والتصورات المختلفة التي هي نتاج الآداب والعلوم والفنون . ومثالها حقوق المؤلفين على كتبهم ومقالاتهم وأشعارهم ، وحقوق الملحنين على موسيقاهم ، وحقوق الرسامين على رسوماتهم ، وحقوق المثالين والنحاتين على تماثيلهم ... الخ .

## الفصل الثاني أركان الحق

يتضح من تعريف الحق أن للحق ركنان هما : أشخاص الحق ، محل الحق . لذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي .

المبحث الأول : أشخاص الحق .

المبحث الثاني : محل الحق .

### المبحث الأول أشخاص الحق

الشخص في اللغة هو الإنسان أو الفرد . أما في القانون فهو كل من كان صالحا لأن تقرر له حقوق ويتحمل بالواجبات .

وتثبت هذه الشخصية في الأصل للإنسان بمجرد ولادته ، وهو ما يطلق عليه الشخص الطبيعي . كما أنها تثبت أيضا لبعض المجموعات من الأشخاص أو الأموال كالجمعيات والشركات والأوقاف ، وهي ما يطلق عليه الأشخاص الحكيمة ، أو المعنوية، أو الاعتبارية .

فالأشخاص إذن قد يكونون طبيعيين ، وقد يكونون اعتباريين . ونتناول كلا منهم في مطلب على التوالي .

## المطلب الأول الشخص الطبيعي

الشخص الطبيعي هو الإنسان . فكل إنسان يعد وفقا للقانون شخصا قانونا ، أي شخصا صالحا للتمتع بالحقوق والتحمل بالواجبات .  
وتثبت الشخصية القانونية للإنسان رغم انعدام الإرادة والإدراك لديه كالطفل والمجنون .

### بدء الشخصية :

تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته ، وهذا يعني ضرورة توفر شرطين :

- 1- أن تتم ولادة الجنين بانفصاله عن أمه انفصالا تاما .
  - 2- أن يكون حيا لحظة انفصاله ، ولو مات عقب ولادته مباشرة .
- وتثبت حياة المولود بما يدل عليها من علامات ظاهرة تدل على الحياة كالنبكاء والتنفس والحركة والصراخ . ويمكن إثبات ذلك بالطرق كافة . كما أن للقاضي أن يستعين بأهل الخبرة من الأطباء .

### مركز الجنين (الحمل المستكن)

للجنين وفق القانون والفقهاء الإسلامي أهلية وجوب قاصرة على صلاحية كسب طائفة من الحقوق كالوصية والوقف والميراث . غير أن هذه الحقوق تكون موقوفة على شرط تمام ولادته حيا ، فإذا ولد حيا تأكدت شخصيته واستقرت له حقوق من وقت الحمل ، وإذا ولد ميتا اعتبر كأن لم يكن فيعود النصيب المحجوز في الميراث أو الوصية إلى ورثة المتوفى .

## نهاية الشخصية

تنتهي شخصية الإنسان بموته . ويجوز إثبات الوفاة بأية وسيلة من وسائل الإثبات القانونية لأن واقعة الوفاة هي واقعة مادية .  
ومع ذلك تقضي القاعدة الشرعية بأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون ، لذلك تعتبر شخصية المتوفى موجودة حكماً لا حقيقة طيلة الفترة التي تستغرقها تصفية التركة .

## المفقود

المفقود هو الغائب الذي لا يعلم أهو حي أم ميت

ويفرق القانون بالنسبة لحكم المفقود بين حالات ثلاث :

**الأولى :** حالة المفقود في جهة معلومة الذي يغلب على الظن موته لأنه فقد في حرب أو زلزال أو فيضان ، وفي هذه الحالة يحكم بموت المفقود بعد سنة من تاريخ فقده .

**الثانية :** حالة المفقود في جهة معلومة الذي يغلب على الظن موته لأسباب غير المذكورة في الحالة الأولى، ويحكم بموته بعد أربع سنوات من تاريخ فقده.

**الثالثة :** حالة المفقود في جهة غير معلومة ولا يغلب على الظن موته ، كمن يسافر إلى بلد آخر لطلب العلم، أو السياحة، أو التجارة، ثم لا يعود ولم تعلم حياته من مماته، وفي هذه الحالة حيث لا يغلب عليه الهلاك، يفوض القاضي في تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود . على أن تكون تلك المدة كافية في أن يغلب على الظن موته . ومن البديهي ألا تقل عن أربع سنوات .

ويكون الحكم بموت المفقود بناء على طلب كل ذي شأن . ويجب في كل الأحوال أن يتحرى عليه القاضي بالوسائل التي يراها كافية للتوصل إلى معرفة ما إذا حيا أو ميتا .

وإذا حكم بموت المفقود ، يترتب على ذلك انقضاء شخصيته القانونية ، ولذلك :  
توزع أمواله على ورثته الموجودين وقت الحكم . وتعدت الزوجة عدة الوفاة .  
فإذا ظهر المفقود بعد الحكم بوفاته : يسترد الموجود من ماله مع ورثته ولا يرجع  
عليهم بما هلك منه . أما بالنسبة لزوجته ، إذا لم تكن قد تزوجت تكون له . أما إذا كانت  
قد تزوجت وتحققت حياته قبل الدخول فيفسخ عقد زواجها وتعود لزوجها الأول . أما إذا  
كان زوجها الثاني قد دخل بها فلا يفسخ النكاح وتبقى لزوجها الثاني .

### خصائص الشخصية

تتحدد خصائص الشخصية في : الاسم ، والحالة ، والموطن ، والذمة المالية ،  
والأهلية . ونتكلم عن كل منها بإيجاز فيما يلي :

### الفرع الأول

#### الاسم

يكون لكل شخص اسم ولقب ويلحق لقبه بأسماء أولاده . واللقب هو اسم الأسرة  
ويكون مشتركا بين أفراد الأسرة الواحدة ، حيث يلحق لقب الشخص بأسماء أولاده بنص  
القانون .

والاسم الشخصي هو الاسم الذي يمنح للطفل عند ولادته ويختاره له والداه أو وليه .  
والنسب هو الطريق الطبيعي لاكتساب الاسم ، غير أنه يجوز للشخص أن يغير  
اسمه . ولكن في هذه الحالة يجب القيام بإجراءات معينة تكفل إعلام الغير بطلب التغيير  
حتى يتسنى لمن له مصلحة الاعتراض على هذا التغيير ، ولتمكين الجميع من معرفة  
الاسم الجديد ، حماية للمصلحة العامة واستقرار التعامل .

كما أنه إذا وقع غلط مادي في الاسم عند قيده في السجلات ، فإنه يجوز تصحيحه بإقامة دعوى لدى محكمة الصلح الحقوقية ، وذلك وفقا للقانون الساري المفعول في الضفة الغربية .

وإذا وقع اعتداء على الاسم عن طريق استعمال الغير له أو انتحاله ، يجوز لصاحبه طلب وقف الاعتداء ولو لم يتحقق من ذلك ضرر ، كما يجوز له أن يميز اسمه بإضافة تدل عليه .

## الفرع الثاني

### الحالة

حالة الشخص هي عبارة عن صفات معينة يتصف بها الشخص وتتعلق بانتمائه إلى دولة ، وإلى أسرة ، وإلى ديانة معينة . ويرتب عليها القانون آثاراً معينة فيما يتعلق بالحقوق المقررة له ، والواجبات المفروضة عليه .

#### أ) الحالة السياسية :

يقصد بالحالة السياسية ، انتماء الشخص أو انتسابه إلى دولة معينة وارتباطه بها برابطة التبعية، ويعبر عن هذه العلاقة بالجنسية .

ويترتب على ذلك نتائج غاية في الأهمية من حيث تحديد حقوق الشخص وواجباته. فالأصل أن الحقوق السياسية قاصرة على الوطنيين ، وكذلك بعض الحقوق العامة، كعدم جواز إبعاد الوطني عن أراضي الدولة. كما أن بعض الواجبات كالخدمة العسكرية تفرض على الوطنيين دون الأجانب .

كما تعتبر الجنسية ضابطاً هاماً في تحديد المحكمة المختصة ، والقانون الواجب التطبيق في العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي .

والجنسية قد تكون أصلية ، أو مكتسبة :

**فالجنسية الأصلية** هي التي تثبت للشخص عند ميلاده ، أما على أساس النسب فيأخذ الولد جنسية أبيه ، أو جنسية أمه ، وهو ما يسمى بحق الدم . أو على أساس مكان الميلاد ، فيعد المولود في دولة معينة تابعاً لجنسيتها، وهو ما يسمى بحق الإقليم . وتأخذ الدول غالباً بالمبدأين معا ، وإن كانت ترجح أحدهما على الآخر حسب مصلحتها الوطنية .

أما **الجنسية المكتسبة** ، فهي تثبت للشخص في تاريخ لاحق لميلاده ، وبسبب آخر غير الميلاد ، وهي تكتسب عادة بسبب الزواج حيث تأخذ الزوجة في بعض البلاد جنسية زوجها أو العكس . أو بطريق التجنس إذا تحققت فيه شروط معينة ينص عليها قانون الجنسية في الدولة ، كالإقامة مدة معينة ، أو تقديم خدمات جليلة . والأصل أن لكل شخص جنسية، وأن الجنسية لا تتعدد . ومع ذلك قد يحصل في بعض الحالات أن يكون الشخص عديم الجنسية، أو يكون له أكثر من جنسية ، كما قد يفقد الشخص الجنسية كعقوبة .

#### **(ب) الحالة العائلية**

تتحدد الحالة العائلية للشخص بحسب مركزه في أسرة معينة باعتباره عضواً فيها تربطه بباقي أعضائها صلة القرابة . والقرابة نوعان : قرابة نسب ، وقرابة مصاهرة .

#### **(1) قرابة النسب :**

وهي القرابة بين من يجمعهم أصل مشترك ، وهذه القرابة :  
قد تكون **قرابة مباشرة** ، وهي الصلة ما بين الأصول والفروع ، سواء تفرع عن طريق الذكور أم الإناث ، كالقرابة بين الابن وأبيه وجده وإن علا .  
وقد تكون **قرابة غير مباشرة** ( قرابة حواشي ) ، وهي الصلة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم أصلاً أو فرعاً للآخر ، سواء كانوا من المحارم أم من غير المحارم . كالقرابة بين الشخص وأخيه وأخته ، أو عمه ، أو ابن أخيه أو ابن أخته .

وفي حساب درجة القرابة المباشرة يعد كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل . فالأب والأم ، والابن ، والبنت من الدرجة الأولى . والجد لأب والجد لأم وابن الابن أو بنت الابن ، أو بنت البنت من الدرجة الثانية ... وهكذا .

وفي حساب درجة القرابة غير المباشر ، تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع ما عدا الأصل المشترك يعد درجة. فالأخ من الدرجة الثانية ، والعم وابن الأخ من الدرجة الثالثة ، وابن العم من الدرجة الرابعة ... وهكذا .

## (2) قرابة المصاهرة :

وهي القرابة التي تقوم نتيجة الزواج بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر ، فلا تتعداه إلى أقارب الزوج وأقارب الزوج الآخر . فأخ الزوج ليس قريباً بالمصاهرة لأخ الزوجة .

وفي حساب درجة القرابة يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر . فأب الزوج يعتبر قريباً للزوجة قرابة مباشرة من الدرجة الأولى عن طريق المصاهرة ، وأخ الزوجة يعتبر قريباً للزوج من الحواشي في الدرجة الثانية ... وهكذا .

## الفرع الثالث الموطن

**تعريفه :** المواطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة .

ويتضح من هذا التعريف ضرورة توافر عنصرين في المواطن ، عنصر مادي هو الإقامة الفعلية ، وعنصر معنوي هو الاستقرار بمعنى الإقامة على وجه يتحقق معه شرط الاعتياد ولو تخللها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة . ويتحدد المواطن باجتماع العنصرين معا . وعلى ذلك فإن وجود الشخص في مكان معين بصفة عابرة لا يجعل هذا المكان موطناً له .

ويكون للشخص موطن واحد إذا جمع بين سكنه وعمله في مكان واحد . كما يجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن ، كما إذا كان سكنه في مكان ومحل عمله التجاري في مكان آخر ، أو كان يقيم في مدينة جبلية في الصيف ويقيم في الأغوار في الشتاء ، أو كان له زوجتان يقيم مع كل واحدة منهما فترة من الوقت في مكان مختلف عن الأخرى .

وقد يكون الشخص بلا موطن إذا لم يكن له مكاناً يقيم فيه عادة ، مثل البدو الرحل . وقد يغير الشخص موطنه ، إذا انتقل للإقامة في مكان جديد وانقطعت إقامته في المكان الأول .

**أنواع المواطن :** قد يكون المواطن عاماً ، وقد يكون خاصاً .

1) **المواطن العام :** وهو المواطن الذي يقيم فيه الشخص عادة . وحيث إن إقامة الشخص في مكان معين تخضع لإرادة هذا الشخص ، لذلك فالأصل أن يتحدد المواطن باختيار الشخص ويسمى في هذه الحالة بالمواطن الاختياري .

على أن المشرع جعل لبعض الأشخاص موطناً لا دخل لإرادتهم في اختياره، وهذا الموطن يسمى بالموطن القانوني أو الإلزامي . فموطن القاصر هو موطن وليه الشرعي أو الوصي عليه ، وموطن المحجور عليه ( المجنون أو السفهه وغيرهم ) هو موطن القيم عليه ... الخ . وذلك لأن هؤلاء الأشخاص لا يباشرون التصرفات القانونية بأنفسهم بل يقوم بها نيابة عنهم من يمثلهم قانوناً .

(2) **الموطن الخاص** : ويقصد به الموطن الذي يخاطب فيه الشخص بالنسبة لبعض

علاقاته القانونية أو أعماله ، فهو يقتصر على ناحية من نواحي نشاط الشخص . وهذا الموطن الخاص قد يحدده الشخص بإرادته ، كما قد يحدده القانون . وقد

بين القانون المدني حالات ثلاث يكون فيها للشخص موطن خاص هي :

أ- **موطن الأعمال** : أي المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارته أو حرفته ، فيعتبر ذلك المكان موطناً له بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة .

وهذا الموطن يشمل التجار والصناع وأصحاب الحرف فيما يتعلق بإدارة أعمال التجارة أو الحرفة، فلا يتعداها إلى أوجه النشاط الأخرى للتاجر أو الصانع أو الحرفي ، بل يخاطب بشأنها في موطنه العام . كما لا يتعدى هؤلاء إلى غيرهم كالموظفين ، فلا يعد مكان عملهم موطناً خاصاً فيما يتعلق بشؤون الوظيفة .

ب- **موطن القاصر المأذون** : إذا أذن للقاصر الذي بلغ 15 سنة بالتجارة ، فإنه

يعتبر كامل الأهلية بالنسبة للتصرفات الداخلة تحت الإذن ، فيكون له موطن خاص بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها .

ج- **الموطن المختار** : وهو المكان الذي يختاره الشخص لتنفيذ عقد عمل أو تصرف قانوني معين ، كما إذا اختار الشخص مكتب محاميه وذلك لتنفيذ عقد معين . ويجب أن يكون اختيار هذا الموطن ثابتاً بالكتابة .

## الفرع الرابع

### الذمة المالية

الذمة المالية هي مجموع ما يمكن أن يكون للشخص من حقوق وما عليه من التزامات مالية ، سواء كانت شخصية أم عينية أم معنوية .

#### عناصر الذمة :

تتكون الذمة باعتبارها مجموعة قانونية من عنصرين : عنصر إيجابي يشمل جميع ما يكون للشخص من حقوق مالية . وعنصر سلبي يشمل جميع ما يكون عليه من التزامات مالية كذلك .

وإذا زادت حقوق الشخص على التزاماته كان موسراً ، أما إذا زادت التزاماته على حقوقه فإنه يكون معسراً .

#### الصلة بين الذمة والشخصية :

تمثل الذمة حقوق الشخص والتزاماته ، لذلك فهي تنسب إلى شخص معين فلا تقوم مستقلة بذاتها. فالصلة وثيقة بين الشخصية والذمة. ويترتب على ذلك نتائج منها:

1- أن لكل شخص ذمة مالية حتى ولو لم يكن له أي حق ولم يلتزم بأي التزام ، فهي تثبت للشخص بمجرد ولادته ولا تزول إلا بموته . فالطفل له ذمة مالية لأنه صالح لأن يكتسب الحقوق ويتحمل بالتزامات .

2- أن الذمة المالية للشخص واحدة لا تتعدد ولا تنقسم . فكل أمواله الحاضرة والمستقبلية ، وكل التزاماته كذلك ، تكون مجموعة قانونية واحدة دون النظر إلى العناصر المكونة لها .

### أهمية فكرة الذمة المالية :

يترتب على فكرة الذمة المالية نتيجتان هامتان هما :

#### 1) الضمان العام للدائنين :

فالجانب الإيجابي لذمة الشخص يضمن الوفاء بالجانب السلبي دون اعتبار لمفردات كل منهما ، أو أي تغيير يطرأ على تلك المفردات . فكل حق للمدين يمكن أن يستوفى منه أي دين يكون عليه . لذلك يقال إن للدائن حق الضمان العام على أموال مدينه . ويترتب على ذلك :

- أ- تساوي جميع الدائنين في الضمان العام بصرف النظر عن تاريخ نشوء حق الدائن . فإذا لم تكف أموال المدين للوفاء بديونه ، أقتسم الدائنون هذه الأموال قسمة غرماء بحيث توزع عليهم كل بنسبة دينه ، فلا يفضل دائن على آخر إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك بأن أعطى أحد الدائنين حق التقدم كالاقتياز أو الرهن .
- ب- أن أي حق يكسبه المدين في أي وقت ينصهر في الجانب الإيجابي ويصبح من حق الدائن أن ينفذ عليه ، سواء اكتسب المدين الحق قبل نشوء الدين أو بعده .

#### 2) حرية تصرف المدين في أمواله :

مادام الذي يضمن الوفاء هو مجموع العناصر الإيجابي وليس مفرداته ، يكون للمدين حرية التصرف في هذه المفردات بعوض أو بغير عوض ، دون أن يستطيع الدائن منعه من ذلك . فيكون للمدين أن يبيع أو أن يهب من حقوقه ما يشاء ، لما في حرية

تداول الأموال من مصلحة عامة . ولكي يتفادى الدائن ما قد يصيبه من ضرر يستطيع تقوية حقه عن طريق الحصول على تأمين خاص على أموال المدين ، كالرهن مثلا .

## الفرع الخامس الأهلية

الأهلية نوعان :

أهلية وجوب :

وهي صلاحية الشخص لأن يكتسب حقاً أو تقرر عليه واجبات ، وهي تثبت للإنسان بمجرد الولادة ، بل إن للجنين أهلية وجوب ذات نطاق محدود تترتب له بمقتضاها بعض الحقوق يقرها القانون .

وأهلية أداء :

وهي قدرة الشخص على القيام بالأعمال القانونية لحساب نفسه . ويتحدد نطاق هذه الأهلية بالتصرفات القانونية وحدها سواء كانت هذه التصرفات تتم بإرادة واحدة أم بإرادتين . وهي تستلزم أن يتوفر لدى الشخص قدر معين من التمييز يجعله قادراً على التعبير عن إرادته تعبيراً يعتد به القانون ويرتب عليه آثاره .

وسوف تقتصر دراستنا على أهلية الأداء ، وهي التي ينصرف إليها لفظ الأهلية عند إطلاقه .

### أحكام أهلية الأداء

مناط أهلية الأداء هو الإدراك والتمييز . ويتدرج الإنسان في إدراكه مع الزمن وفق مراحل حياته المختلفة حيث يمر بمراحل ثلاث : المرحلة الأولى تنعدم فيها لديه أهلية الأداء ، والمرحلة الثانية توجد ناقصة ، والمرحلة الثالثة تكتمل عنده . ومع ذلك قد يبلغ

الإنسان سن الرشد ولكن يطرأ عليه عارض ينقص التمييز عنده أو يعدمه فيكون لهذا العارض أثر على أهليته . لذلك سنتناول أولاً مراحل الأهلية ، ثم عوارض الأهلية .

#### أولاً : مراحل أهلية الأداء

##### المرحلة الأولى : فقد الأهلية (صغير غير مميز ) :

وتبدأ من ولادة الإنسان حتى السابعة من عمره ، ويعتبر الصغير خلالها غير مميز ، وبالتالي فهو عديم أهلية الأداء ، ولا يصلح لمباشرة التصرفات القانونية ، وتكون جميع تصرفاته باطلة حتى لو كانت نافعة له نفعاً محضاً مثل قبول الهبة .

##### المرحلة الثانية : نقص الأهلية (صغير مميز ) :

وتبدأ من السابعة حتى بلوغ سن الرشد ، ويكون الصغير في هذه المرحلة مميزاً ، وتكون له أهلية أداء ناقصة ، فيستطيع أن يباشر نوعاً معيناً من التصرفات ، والقاعدة أن تصرفات الصبي المميز تكون صحيحة إن كانت نافعة نفعاً محضاً ، وتكون باطلة إن كانت ضارة ضرراً محضاً ، وتكون موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز له فيها التصرف ابتداءً ، أو إجازة الصغير بعد بلوغه سن الرشد ، إن كانت دائرة بين النفع والضرر .

والتصرفات النافعة نفعاً محضاً ، هي التصرفات التي يترتب عليها إثراء واغتناء من يباشرها دون أن يدفع مقابلاً ، مثل قبول الهبة . والتصرفات الضارة ضرراً محضاً هي التي يترتب عليها افتقار من يباشرها دون مقابل يأخذه ، مثل هبة ماله لشخص آخر ، وإبراء المدين ، والوصية ، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فهي التصرفات التي تحتتم الربح والخسارة ، وتشمل أعمال التصرف كالبيع ، وأعمال الإدارة كالإيجار بالنسبة للمؤجر .

والعبرة في التصرفات هي بطبيعة التصرف في ذاته لا بنتيجته .

**القاصر المأذون** : استثناءً من القاعدة السابقة ، أجاز القانون للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة من عمره مقداراً من ماله ويأذن له في التجارة تجرية له .

ويصدر الإذن من الولي ، فإذا امتنع عن الإذن فإن للمحكمة أن تقوم بذلك . ومتى صدر الإذن يكون الصغير المأذون في التصرفات الداخلة تحت الإذن كالبالغ سن الرشد . وإذا أساء القاصر المأذون التصرف فلوليه أن يسحب الإذن الذي أعطاه ، أما إذا كان الإذن صادراً من المحكمة فليس للولي أن يحجر عليه بعد ذلك ، بل يتم إلغاء الإذن من المحكمة .

#### **المرحلة الثالثة : كمال الأهلية ( البالغ الرشيد ) :**

إذا بلغ الشخص الثامنة عشرة من عمره وكان متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه ، أصبح كامل أهلية الأداء رشيداً ومعنى ذلك أنه يستطيع القيام بكل أنواع التصرفات القانونية ، وتنتهي الولاية أو الوصاية على أمواله .

#### **ثانياً : عوارض الأهلية**

قد يبلغ الشخص سن الرشد ولكن تعرض له أمور تؤثر على التمييز عنده وتعدم أهليته أو تنقصها، وهو ما يعرف بعوارض الأهلية ، وهذه العوارض نوعان ، منها ما يصيب الشخص في عقله وهي الجنون والعتة . ومنها ما يصيب الشخص في تقديره وتدبيره وهي السفه والغفلة .

1) **الجنون** : وهو مرض يصيب عقل الإنسان ويفقده التمييز فلا يعتد بأقواله وأفعاله .

والمجنون محجور لذاته دون حاجة إلى صدور قرار من القاضي بالحجر عليه .

والجنون قسمان :

جنون مطبق يستوعب جميع الأوقات ، ويعتبر المجنون في هذه الحالة في حكم الصغير غير المميز . وجنون غير مطبق يجن فيه الشخص بعض الأوقات ويفيق في بعضها . ويعتبر في حال إفاقة في حكم العاقل .

## (2) العته :

وهو نقصان العقل واختلاله يجعل الشخص قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير . وهو عبارة عن جنون هادئ . والمعته كالمجنون محجور لذاته دون حاجة إلى صدور قرار بالحجر عليه . كما أن تصرفاته تكون في حكم تصرفات الصغير المميز .

## (3) السفه والغفلة :

السفيه هو الذي ينفق ماله في غير موضعه ويذر في نفقاته ويضيع أمواله بالإسراف . أما ذو الغفلة فهو شخص لا يحسن التمييز بين الربح والخاسر من التصرفات فيخدع في معاملاته بسهولة وغبن . وكل من السفه والغفلة يصيب التدبير ولا يصيب العقل ، لذلك لا يعدم الأهلية بل ينقصان منها . ولا يعتبر السفيه أو ذا الغفلة ناقص الأهلية إلا إذا صدر قرار من المحكمة بالحجر عليه . وقيل الحجر تكون تصرفاته صحيحة إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ . أما بعد الحجر فيكون في حكم الصبي المميز .

## المطلب الثاني

### الأشخاص الحكمية أو الاعتبارية

في كلامنا عن الشخص الحكمي سوف نبين أولاً تعريفه ونطاقه ، ثم نعرض لكسب الشخصية الحكمية وانتهاءها ، ونبين بعد ذلك خصائص الشخص الحكمي ، وأخيراً أنواع الشخص الحكمي في الفروع التالية .

### الفرع الأول

#### الشخص الحكمي ونطاقه

الشخص الحكمي هو جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال ، يرمي إلى تحقيق غرض معين ، ويمنحه القانون شخصية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض ، ويكون مستقلاً و متميزاً عن الأشخاص المكونين له أو المنتفعين منه ، كالدولة والجمعيات والشركات وغيرها .

فالشخص الحكمي إما أن يتكون من :

- أ- مجموعة أشخاص تجمعت لتحقيق غرض معين كالشركات والجمعيات والنقابات أو
- ب- من مجموعة أموال تخصص لغرض من أغراض البر والمنفعة العامة كالأوقاف أو المستشفيات والملاجئ والمعاهد العلمية وهي ما يطلق عليها المؤسسات .

#### نطاق أو حدود الشخصية الحكمية

تثبت للشخص الحكمي شخصية حكمية قانونية محدودة فيتمتع بالحقوق ويتحمل الالتزامات اللازمة لتحقيق الغرض الذي وجد من أجله ، لذلك تكون أهليته في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو يقرها القانون ، فلا يجوز لمستشفى مثلاً أن يؤجر بعض الغرف للنوم كفندق ، ولا لجمعية إسكان المتاجرة ببيع شقق . وهو يختلف عن الشخص

الطبيعي الذي يباشر نشاطه في كل مجال يروق له ما دام غير مخالف للنظام العام أو الآداب . كما تثبت له حقوق ملازمة لصفته كإنسان أو تهدف إلى حماية كيانه المادي كما سبق وبيننا .

## الفرع الثاني

### كسب الشخصية الحكومية وانتهائها

#### كسب الشخصية الحكومية

تبدأ الشخصية القانونية للشخص الحكمي بتوفر عنصرين :

أ- **عنصر موضوعي** : يتمثل في وجود جماعة من الأشخاص لها تنظيم يضمن حسن سير العمل فيها ، أو مجموعة من الأموال تخصص بإرادة منشئ الشخص المعنوي، وتهدف إلى تحقيق غرض معين . ويجب أن يكون هذا الغرض ممكنا ومشروعاً ومستمرًا بصفة دائمة أو لمدة محدودة ، سواء كان مالياً كما في الشركات أم غير مالي كما في الجمعيات والنقابات .

ب- **وعنصر شكلي** : يتمثل في اعتراف الدولة لتلك الجماعة أو المجموعة بالشخصية القانونية صراحة أو ضمناً . ويتم هذا الاعتراف بأحد طريقتين :

الأول : الاعتراف العام ، حيث يضع المشرع شروطاً عامة إذا توفرت في جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال التي نص عليها القانون تحديداً ، اكتسبت الشخصية القانونية دون حاجة إلى اعتراف خاص .

الثاني : الاعتراف الخاص ، بحيث يصدر نص قانوني خاص بقيام الشخصية الحكومية في كل حالة على حدة ، ويعد الاعتراف العام هو الأصل بينما يعد الاعتراف الخاص استثناءً من ذلك الأصل .

## انتهاء الشخصية الحكيمة

تختلف أسباب انتهاء الشخصية الحكيمة بحسب نوع الشخص الحكي والظروف الخاصة به :

- 1- فقد تنتهي الشخصية الحكيمة بطريقة طبيعية :
    - أ- إذا تحقق الغرض الذي قام من أجله . أو
    - ب- إذا أصبح هذا الغرض مستحيلا . أو
    - ج- إذا انقضى الأجل الذي حدد للشخص الحكي إذا نص على مثل هذا التحديد كما لو أنشئت شركة معينة لمدة محددة . أو
    - د- إذا انخفض عدد أعضائه عن الحد الأدنى المنصوص عليه في القانون .
  - 2- كما قد تنتهي الشخصية بطريقة اختيارية :
    - أ- إذا قررت السلطة الإدارية مثلا حل شخص حكي في الأحوال التي يحددها القانون كما في حل الجمعيات .
    - ب- أو بقرار من السلطة القضائية بحل شخص حكي لسبب من الأسباب التي يقرها القانون .
    - ج- أو بسحب ترخيص شخص حكي حصل على اعتراف خاص .
    - د- أو باندماج شخص حكي بشخص حكي آخر مثل اندماج شركة في شركة أخرى .
- ويترتب على انتهاء الشخصية الحكيمة تصفية حقوق والتزامات هذا الشخص ، وتبقى شخصيته قائمة بالقدر اللازم وإلى أن تتم نهائيا ، أما في حالة الاندماج فإن حقوق والتزامات الشخص المندمج تبقى قائمة وتنتقل إلى الشخص المندمج به أو الشخص الجديد .

## الفرع الثالث خصائص الشخص الحكمي

### 1) ذمة الشخص الحكمي

للشخص الحكمي ذمة مالية مستقلة ، بحيث تخصص حقوقه لضمان التزاماته فلا يجوز لدائني المؤسسين أو الأعضاء التنفيذ بديونهم على أموال الشخص الحكمي لأنها ليست أموال مدينهم ، كما لا يجوز لدائني الشخص الحكمي التنفيذ على أموال المؤسسين أو الأعضاء الخاصة . ولكن يستثنى من ذلك شركات التضامن إذ يعتبر الشركاء المتضامنون ضامنين لديون الشركة بحيث تضاف ذمتهم إلى ذمتها دون أن تختلطا معا .

### 2) أهلية الشخص الحكمي

للشخص الحكمي أهلية وجوب محدودة بالغرض الذي أنشئ من أجله . أما بالنسبة لأهلية الأداء فإنها لا تتوفر للشخص الحكمي لأنه بطبيعته لا إرادة له . لذلك يكون له من يمثله في التعبير عن إرادته .

وقد يكون ممثل الشخص الحكمي :

- واحدا كالمدبر أو الرئيس . أو
  - عدة أشخاص كمجلس الإدارة أو الهيئة الإدارية .
- وفي كلا الحالتين يبقى هذا الممثل محدود الصلاحية بمبدأ التخصص وينحصر نشاطه في حدود الغرض الذي يهدف الشخص الحكمي إلى تحقيقه .

### (3) موطن الشخص الحكمي

يكون موطن الشخص الحكمي في المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته الرئيسي، وهو يذكر في النظام الأساس للشخص الحكمي .  
وإذا كان للشخص الحكمي فروع في أماكن مختلفة ، يعتبر مركز كل فرع موطننا بالنسبة إلى أعمال هذا الفرع .

### (4) اسم الشخص الحكمي :

لكل شخص حكمي اسم يتميز به عن غيره من الأشخاص الحكمية الأخرى. ويجب أن يذكر اسم الشخص الحكمي في سند إنشائه . وهو يستمد عادة من الغرض الذي أنشئ الشخص الحكمي من أجله ، ويكون له حماية قانونية تماما كاسم الشخص الطبيعي.

### (5) الجنسية

لكل شخص حكمي جنسية تبين تبعيته لدولة معينة ، وهذه الجنسية غير مرتبطة بجنسية أصحابه أو المؤسسين له . وتفيد جنسية الشخص الحكمي في الاستفادة من الحقوق والامتيازات التي تقرها الدولة للوطنين .  
وهناك عدة معايير لتحديد جنسية الشخص الحكمي منها مكان التأسيس ، أو مكان الاستغلال وممارسة النشاط ، أو مكان مركز الإدارة الرئيسي .  
وقد أخذ المشرع الأردني في قانون الشركات لسنة 1964 بمعيار مكان التأسيس، فاعتبر الشركة وطنية إذا تم تأسيسها في الأردن ، ولكنه أوجب في الوقت نفسه على تلك الشركات أن يكون مركز إدارتها الرئيسي الفعلي في المملكة .

## نهاية الشخص الحكمي

ينتهي الشخص الحكمي بانتهاء الأجل المحدد له في سند إنشائه ، أو بانتهاء الغرض الذي أنشئ من أجله ، أو بحله اختياريًا بإرادة المكونين له ، أو حله إجباريًا بصدور حكم قضائي للأسباب الواردة في القانون .  
ومتى انتهت شخصية الشخص الحكمي صفت ذمته ، أي سددت ديونه ، ووزع ما تبقى من المال وفقًا لما هو مقرر في سند إنشائه .

## الفرع الرابع

### أنواع الشخص الحكمي

يتضح من نص المادة (50) من القانون المدني وجود نوعين من الأشخاص الحكمية :

#### 1) الأشخاص الحكمية العامة :

تنقسم الأشخاص الحكمية العامة إلى طائفتين :

- 1- الأشخاص الإقليمية ، وهي الأشخاص الحكمية العامة التي يشمل اختصاصها - بحسب الأصل - جميع المرافق العامة في حدود إقليم معين أو مدينة معينة ، وهي الدولة والبلديات .
- 2- الأشخاص الحكمية النوعية ، وهي أشخاص عامة لا ترتبط بإقليم معين ، ولكن تنزل لها الدولة عن مرفق معين أو نوع معين من النشاط العام ، وتكل لها إدارته ، وتمنحها في ذلك استقلالًا ذاتيًا ، وهي بوجه عام الهيئات والمؤسسات العامة كالجامعة الأردنية وجامعة اليرموك .

ويتم إنشاء الشخص الحكمي من هذه الطائفة بقانون خاص يتضمن الاعتراف له بالشخصية القانونية ويزوده بمزايا السلطة العامة، لذا فإن قراراته تعتبر إدارية ويجوز الطعن فيها بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري .

وتشمل هذه الطائفة النقابات المهنية كنقابات المحامين والأطباء والمهندسين وغيرهم، لأنها تجمع مقومات هذه الأشخاص ، فإنشاؤها يتم بقانون ، وأغراضها وأهدافها ذات نفع عام ، ولها على أعضائها سلطة تأديبية ، ولهؤلاء الأعضاء دون سواهم حق احتكار المهنة ، واشتراك الأعضاء فيها حتمي .

## (2) الأشخاص الحكمية الخاصة :

يؤسس هذه الأشخاص ويتولى إدارتها أفراد عاديون ولا تتمتع بنصيب من السلطة وهي تنقسم إلى طائفتين :

1- مجموعة الأموال ، وهي تتكون من أموال ترصد لتحقيق غرض معين وتشمل الأوقاف والمؤسسات الخاصة التي تهدف لأعمال البر والرعاية الاجتماعية سواء كانت إنسانية أم دينية أم علمية أم فنية ، دون أن تقصد إلى تحقيق ربح مادي ، كالملاجئ والمستشفيات ، والمبرات ، والمعاهد العلمية .

2- جماعات الأشخاص ، وهي تتكون من عدة أشخاص لتحقيق غرض معين سواء كانت تهدف لتحقيق الربح المادي كالشركات المدنية والتجارية . أم تهدف لغرض آخر غير تحقيق الربح كالنوادي الرياضية والثقافية والأحزاب السياسية والجمعيات الخيرية ، طالما كان هذا الغرض غير مخالف للنظام العام والآداب .

## المبحث الثاني محل الحق المالي

يقصد بمحل الحق موضوعه. ويختلف محل الحق المالي بحسب نوع الحق نفسه، فالحق الشخصي محله عمل معين سواء كان عملاً إيجابياً أم سلبياً . أما محل الحق العيني فهو شيء من الأشياء المادية يباشر عليه صاحب الحق سلطة معينة تضيق أو تتسع حسب مضمون الحق ، أما الحق الذهني فمحله شيء غير مادي هو الفكرة المبتكرة بكافة صورها ، وهو شيء معنوي . وسنقتصر على بحث الأعمال كمحل للحق الشخصي ، والأشياء المادية كمحل للحق العيني في مطلبين على التوالي .

### المطلب الأول محل الحق الشخصي الأعمال

#### شروط العمل الذي يصلح محلاً للحق الشخصي :

ذكرنا أن محل الحق الشخصي قد يكون نقل حق عيني أو القيام بعمل ، أو الامتناع عن عمل . فهو في جميع صورته عمل إيجابي أو سلبى يلتزم به المدين . وكي يصلح هذا العمل محلاً للحق الشخصي يجب أن تتوفر فيه شروط معينة ، هي أن يكون العمل ممكناً ، ومعيناً أو قابلاً للتعيين ، ومشروعاً .

#### (1) الإمكان :

يجب أن يكون العمل الذي يلتزم المدين القيام به ممكناً، أي أن يكون في الاستطاعة القيام به ، فإذا كان مستحيلاً كان العقد باطلاً فلا ينشأ الالتزام . والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة حيث يكون العمل مستحيلاً في ذاته بالنسبة لجميع الناس فلا

يستطيع أحد القيام به لأنه لا التزام بمستحيل . والاستحالة المطلقة قد تكون استحالة مادية . مثال ذلك أن يبيع شخص شيئاً ثم يتبين أنه هلك قبل البيع ، وقد تكون استحالة قانونية كأن يتعهد محام برفع استئناف عن حكم غير قابل للاستئناف أو انقضى ميعاد الاستئناف بالنسبة له. ومعيار الاستحالة هنا هو معيار موضوعي ينظر فيه إلى العمل ذاته بصرف النظر عن قدرات المدين الخاصة. أما إذا كانت الاستحالة نسبية، بأن كان أداء الالتزام المتفق عليه مستحيلاً بالنسبة للمدين نفسه ولكنه ممكن في حد ذاته بالنسبة لغيره، فلا يمنع ذلك من نشوء الالتزام، مثال ذلك أن يلتزم شخص برسم لوحة فنية وهو يجهل أصول فن الرسم، فهذا العمل لا يستحيل على رجال الفن القيام به. لذلك يكون الالتزام صحيحاً ويلتزم المدين بتعويض دائئه عن عدم استطاعته تنفيذ التزامه .

ولا يشترط أن يكون المحل ممكناً في الحال، بل يجوز أن يكون شيئاً سيوجد في المستقبل ما دام ممكناً أن يوجد هذا الشيء في المستقبل فعلاً وذلك بالنسبة للالتزام بإعطاء شيء ، كمن يبيع محصول أرضه قبل نضج المزروعات . ومع ذلك حرم المشرع التعامل في الشيء المستقبل في بعض الحالات كبيع تركة إنسان المستقبل ولو كان برضاه .

## (2) تعيين المحل أو قابليته للتعيين :

يجب أن يكون العمل الذي يلتزم به المدين معيناً أو قابلاً للتعيين . أي أن يكون معيناً على نحو ناف للجهالة من حيث النوع والصفة والمدى . فإذا تعهد مقاول بإقامة بناء مثلاً يجب ذكر مواصفاته كاملة أو على الأقل الاتفاق على العناصر التي تجعل البناء قابلاً للتعيين كالاتفاق على بناء مدرسة بها عدد معين من الصفوف تتسع لعدد معين من الطلاب ، أو بناء مستشفى به عدد معين من الغرف تتسع لعدد معين من الأسرة . فإذا لم تذكر المواصفات ولم تتوفر العناصر التي يمكن أن يستخلص منها إمكان تعيينه ، لا يوجد المحل ولا ينشأ الالتزام .

وتختلف طريقة تعيين محل الحق الشخصي بحسب طبيعة ذلك المحل ، فإذا كان إعطاء شيء قيمي وجب أن يعين بذاته ، كالأرض تذكر مساحتها وحدودها وموقعها . أما إذا كان الشيء مثليا وجب أن يعين بجنسه ونوعه ومقداره ، فمن يبيع برتقالا (جنس) يجب أن يذكر نوعه ( شموطي ، بلنسيا ...)، ومقداره خمسون طنا مثلا . على أن المقدار قد تحدده الظروف ، فيكفي في هذه الحالة ذكر النوع، فمن يتعهد بتوريد أغذية لمدرسة أو مستشفى ، فإن المقدار يتحدد على أساس ما يحتاجه يوميا .

### 3) مشروعية المحل :

يشترط أن يكون محل الحق الشخصي مشروعاً لا يجرمه القانون ، أي غير مخالف للنظام العام والآداب ، وإلا كان الالتزام باطلاً ، كأن يتعهد شخص بارتكاب جريمة معينة ، أو بيع المخدرات، أو التعهد بعدم معاشره الزوجة .

## المطلب الثاني

### محل الحق العيني

#### الأشياء

#### التفرقة بين الشيء والمال

المقصود بالشيء كل ما له كيان مستقل عن الأشخاص ، سواء كان شيئاً مادياً كالأرض والبناء والحيوان ، أم كان شيئاً معنوياً كبراءة الاختراع والعلامة التجارية . أما المال فهو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل، أي قابل للتقدير بالنقود، سواء كان حقاً عينياً أم شخصياً أم معنوياً . فالمال إذن هو الحق المالي . أما الشيء فهو المحل الذي يرد عليه هذا الحق . فإذا قام على الشيء حق كان هناك مال ، أما إذا لم يرق على الشيء حق ليس هناك مال بل شيء فحسب ، كأن يكون الشيء مباحاً .

وسنعرض فيما يلي للأشياء التي يمكن أن تكون محلاً للحقوق ثم لتقسيماتها .

## الفرع الأول

### الأشياء التي يمكن أن تكون محلاً للحقوق

نصت المادة 54 من القانون المدني الأردني على أن " كل شيء يمكن حيازته مادياً أو معنوياً والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية " . كما نصت المادة 55 منه على أن " الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية " .

ويتضح من هذين النصين أن هناك نوعين من الأشياء التي لا يصح أن تكون محلاً للحقوق المالية ، أشياء تخرج عن التعامل بطبيعتها ، أو بحكم القانون .

1- الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها ، وهي الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، أي الأشياء المشتركة التي يمكن لجميع الناس أن ينتفعوا بها دون أن يؤثر انتفاع أحدهم على انتفاع الآخرين ، كأشعة الشمس ، والهواء ، وماء البحر ، إذ لا يتصور أن يستأثر أحد بحيازتها بل إنها للجميع ولا يحول انتفاع بعضهم بها من انتفاع الآخرين . ولكن إذا أمكن الاستيلاء على جزء منها والاستئثار به فإنه يصح أن ينشأ عليه حق لمن أحرزه وبالتالي يكون محلاً للحق المالي ، كضغط الهواء في أنابيب ، أو تعبئة مياه البحر في صهريج .

2- الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون ، وهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية ، ويتحقق ذلك في حالتين :

الأولى : الرغبة في تخصيص الشيء للمنفعة العامة، كما هو الشأن بالنسبة

للأشياء العامة المملوكة للدولة أو الأشخاص الحكمية العامة، وهي ما تسمى بالأموال العامة كالحدايق. ولذلك لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم. فإذا زالت الصفة العامة عن هذه الأشياء وفقاً لما يقضي به القانون، عادت إلى نطاق التعامل. وكذلك أموال الوقف حيث لا يجوز التصرف فيها إلا في حالة استبدال غيرها بها .

والثانية : أن يحرم القانون التعامل في الشيء رعاية للمصلحة العامة باعتبار التعامل به يخل بالنظام العام ، كالمخدرات ، فهي لا تصلح محلاً للحقوق إلا في بعض الحالات المحدودة كاستعمالها لأغراض طبية.

## الفرع الثاني

### تقسيمات الأشياء

هناك عدة تقسيمات للأشياء ، وقد عرض القانون المدني لأهمها وهي : الأشياء المثلية والأشياء القيمية ، الأشياء الاستهلاكية والأشياء الاستعمالية ، العقارات والمنقولات. وفي هذا التقسيم الأخير يتفرع تقسيم الأشياء إلى مادية ومعنوية .

#### أولاً : الأشياء المثلية والأشياء القيمية

الأشياء المثلية هي ما تماثلت آحادها أو أجزاءها أو تقاربت بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفاً بلا فرق يعتد به وتقدر في التعامل بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن . أي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء وتكون موجودة في السوق . ومثال التقدير بالعدد النقود ، أما القياس فكالقماش من نوع معين ، أما الكيل كالحبوب من نوع معين ، أما الوزن كالفواكه من نوع معين .

أما الأشياء القيمة فهي ما تتفاوت أفرادها في الصفات أو القيمة تفاوتاً يعتد به أو يندر وجود أفرادها في التداول . لذلك لا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، كالأراضي والمنازل ، والحيوانات . وقد لا تتفاوت آحاد الشيء ولكن لا يوجد له نظير في السوق فيعتبر قيماً كنسخة وحيدة من كتاب لم يعد في السوق غيرها . والأشياء القيمة تعين بذاتها بحيث توصف بأوصاف تميزها عن غيرها وتحدد ذاتيتها، فالأرض تذكر مساحتها وحدودها وموقعها .

ورغم أن أساس التفرقة بين الأشياء المثلية والقيمة يقوم على طبيعة الشيء ، أي معياراً مادياً ، إلا أن إرادة الأفراد قد تغير من هذا الوضع ، فقد تتجه إرادتهم إلى شيء معين بالذات فلا يتم الوفاء إلا به حتى لو كان مثلياً، كشرء القمح الموجود في مخزن معين من المخازن ، أو إعاره كتاب لقراءته وإرجاعه بذاته ، فعندها يكون الشيء قيماً. كذلك إذا قام شخص بتقسيم قطعة أرض معدة للبناء إلى قطع متماثلة وباع إحدى القطع إلى شخص آخر دون تحديد لقطعة معينة بذاتها، فإن ذمته تبرا بتسليم أي من هذه القطع.

### ثانياً : الأشياء الاستهلاكية والأشياء الاستعمالية

الأشياء الاستهلاكية هي الأشياء التي لا يتحقق الانتفاع بخصائصها إلا باستهلاكها. فهي تهلك بمجرد استعمالها مرة واحدة ، أو بعبارة أخرى هي التي ينحصر استعمالها، بحسب ما أعدت له في استهلاكها .

وقد يكون استهلاك الشيء استهلاكاً مادياً عن طريق إفناء مادته أو تغيير ذاتيته كأكل الطعام وتحويل المنسوجات إلى ملابس. كما قد يكون استهلاكاً قانونياً بالتصرف في الشيء إلى الغير مثل إنفاق النقود وبيع البضائع المعدة للبيع .

أما الأشياء الاستعمالية أو غير القابلة للاستهلاك فهي ما يتحقق الانتفاع بها باستعمالها مراراً مع بقاء عينها . فالأشياء الاستعمالية لا تهلك من أول استعمال ولو أدى

ذلك إلى نقص في قيمتها أو هلاكها بمضي الزمن كالأثاث والسيارات. ومع ذلك قد يخصص شيء غير قابل للاستهلاك لغرض يجعله قابلاً للاستهلاك ، كالملابس في متجر فهي كبضائع معدة للبيع لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها استهلاكاً قانونياً أو حكماً. كما يمكن أن نجعل شيئاً قابلاً للاستهلاك شيئاً غير قابل للاستهلاك، كما لو تم إعداد الثمار أو النقود لعرضها في معرض أو عدة معارض على التوالي، فالعبرة بالاستعمال الذي أعد له الشيء .

### ثالثاً : العقارات والمنقولات

يعتبر تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات أهم تقسيم لها في القانون لاختلاف أحكام العقارات عن أحكام المنقولات اختلافاً كبيراً .

#### 1) العقارات :

تنقسم العقارات إلى نوعين ، عقارات بطبيعتها ، وعقارات بالتخصص .

#### العقارات بطبيعتها :

عرفت المادة 58 من القانون المدني الأردني العقار بأنه " كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته ... " .  
ويتبين من هذا التعريف - الذي أخذه المشرع من المذهب المالكي - أنه يلزم لاعتبار الشيء عقاراً أن يكون حائزاً لصفة الاستقرار ، سواء كان ذلك من أصل خلقته كما في الأرض ، أم بصنع صانع كما في المباني والنباتات المغروسة. ولا يعتبر الشيء ذا مستقر ثابت إلا إذا كان لا يمكن نقله وتحويله . وعلى ذلك لا يعتبر عقاراً الأوكشاك التي يمكن حلها وإقامتها في مكان آخر لأنها لا تعتبر أشياء ثابتة ، ولا النباتات التي تزرع في أوعيه لأنها غير ثابتة في الأرض . بينما يلحق وصف العقار ثمار الشجر ما دامت متصلة بأغصانها ، فإذا انفصلت عنها اعتبرت منقولة .

### العقارات بالتخصيص :

اعتبرت المادة 59 من القانون المدني الأردني عقاراً بالتخصيص " المنقول الذي يضعه مالكة في عقار له رسدا على خدمته واستغلاله " .

فالعقار بالتخصيص هو شيء منقول بطبيعته ولكن اكتسب وصف العقار بحكم تخصيصه لخدمة العقار واستغلاله . فهو شيء ثابت حكماً لا حقيقة، وقد قصد المشرع من اعتباره كذلك أن يضمن لمالك العقار استغلاله على وجه حسن والمحافظة على قيمته، وحتى لا يؤدي فصل المنقول عن العقار جبراً عن مالكة إلى تعطيل استغلال العقار فيضار صاحبه ويضار الصالح العام ، فحجز أدوات الزراعة والمواشي مستقلة عن الأرض الزراعية مثلاً يؤدي إلى تعطيل استغلال الزراعة ، لذلك أخضع المشرع هذه المنقولات التي تخصص لخدمة العقار لنفس النظام القانوني للعقارات فلا يجوز الحجز أو التنفيذ عليها إلا تبعاً للعقار ، وبذلك نضمن عدم تعطل استغلاله .

### شروط اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص :

يتبين من نص المادة 59 مدني أنه يشترط لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص ما

يلي :

1- اتحاد مالك العقار والمنقول ، لأن فكرة العقار بالتخصيص تقوم على أساس تبعية المنقول للعقار تبعية ثابتة ومستقرة ، ولا يتوفر ذلك إلا إذا كانا مملوكين لشخص واحد سواء كان مالك المنقول مالكا للعقار ملكية مفرزة أم شائعة . أما إذا كان العقار مملوكاً لشخص والمنقول مملوكاً لشخص آخر لا يكتسب المنقول صفة العقار بالتخصيص ، لذلك لا تصبح المنقولات المملوكة للمستأجر عقاراً بالتخصيص حتى لو خصصها لخدمة العقار .

2- علاقة التخصيص بين المنقول والعقار بأن تتجه إرادة المالك لرصد المنقول على خدمة العقار واستغلاله، وأن يقوم المنقول بهذه الخدمة فعلاً. فإذا خصص حصان

لخدمة أرض زراعية كان عقارا بالتخصيص، أما إذا خصص لخدمة المالك واستعماله للركوب فلا يعتبر عقارا بالتخصيص. وكذلك إذا وضع الأثاث في فندق كان عقارا بالتخصيص أما إذا وضع في المنزل للاستعمال الشخصي فلا يكتسب هذه الصفة .

ولا يشترط أن يقتصر المنقول على خدمة العقار وحده، بل يجوز أن يستعمل بالإضافة إلى ذلك في خدمة مالكة شخصيا كأن يقوم بركوب الحصان في نزهة خلال أيام العطلة. ولا يشترط أيضا أن يكون التخصيص دائما بل يمكن أن يكون مؤقتا ما دام ليس عرضيا بل مستمرا، كما لو اتجهت نية المالك إلى استبدال الحصان بغيره. كما لا يشترط أن يكون المنقول لازما لاستغلال العقار أو خدمته، بل يكفي أن يكون مخصصا بالفعل لخدمة العقار واستغلاله وأن يكون استعماله نافعا، ويترك تقدير ذلك لقاضي الموضوع يحدده على ضوء العرف. ويستوي بعد ذلك أن يكون استغلال العقار زراعياً أو صناعياً ، أو تجارياً ، أو مدنيا .

3- أن يصدر التخصيص من المالك ، فتخصيص المنقول لخدمة العقار رهن بإرادة المالك ، لذا يلزم أن يكون المالك هو الذي ألحق المنقول بالعقار ، سواء قام بذلك بنفسه أم بوساطة من ينوب عنه . أما إذا استعار مستأجر الأرض من مالكة منقولا وخصصه لاستغلال الأرض دون أن يكون نائبا في ذلك عن المالك ، فلا يعتبر هذا المنقول عقارا بالتخصيص رغم أنه مملوك لصاحب الأرض .

### زوال صفة العقارات بالتخصيص :

تزول عن المنقول صفة العقار بالتخصيص بإرادة المالك، سواء كان ذلك بعمل مادي كوقف الاستغلال الذي كان المنقول مخصصا له مثل تحويل الأرض الزراعية إلى ارض بناء ، أم بعمل قانوني كبيع آلات الحراثة دون بيع الأرض ، أم بزوال منفعته

للعقار باستبدال غيره به كما لو اشترى المزارع محراثاً آلياً واستغنى عن استعمال المواشي للحراثة .

كما يجوز للمالك أن يتنازل عن التمسك باعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص ، لأنه قصد بهذا التخصيص حماية مصلحة المالك في حسن استغلال عقاره ، وفي هذه الحالة يعتبر النزول إزالة للتخصيص بطريقة ضمنية . فإذا حجز دائن على عقار بالتخصيص حجز منقول ، لا يعتبر هذا الحجز باطلاً إلا إذا دفع المالك المدين ببطلان الإجراءات ، فإذا لم يفعل اعتبر متنازلاً ، ويكون الحجز صحيحاً ، لذلك لا يجوز للقاضي أن يحكم بقيام التخصيص من تلقاء نفسه .

## (2) المنقولات

بعد أن بينت المادة 58 مدني تعريف العقار أضافت " ... وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول " . فيفهم من ذلك أن المنقول هو الشيء الذي يمكن أن ينقل من مكانه دون تلف ، وهذا هو المنقول بطبيعته . غير أنه استثناء من ذلك قد يعتبر الشيء الثابت منقولاً بحسب ما سيؤول إليه ، فهو في حالته الراهنة عقار بطبيعته ولكنه سيصبح بعد فترة من الزمن منقولاً بحسب المآل .

### المنقول بطبيعته :

المنقول بطبيعته هو كل شيء لا تتوفر له صفة العقار بطبيعته ولا العقار بالتخصيص ، سواء كان شيئاً مادياً كاللبضائع والملابس والحيوانات والكتب والسيارات ... الخ ، أم شيئاً معنوياً كالاسم التجاري والعلامة التجارية .

### المنقول بحسب المآل :

المنقول بحسب المآل هو شيء يعتبر عقاراً بطبيعته وفقاً لحالته الراهنة ، ولكنه يعتبر منقولاً باعتبار ما سيؤول إليه في المستقبل . مثال ذلك البناء المعد للهدم ، والأشجار المعدة للقطع ، والثمار والمحصولات الزراعية قبل نضجها .

والهدف من اعتبارها كذلك هو إخضاع هذه الأشياء لحكم المنقول تخفيفاً للقيود التي تراعى عند التصرف، وتسهيلاً لإجراءات التنفيذ عليها ما دامت ستصبح منقولات بعد زمن قليل .

#### شروط اعتبار الشيء منقولاً بحسب المآل :

- 1- أن تتجه الإرادة بالفعل إلى فصل الشيء عن الأرض ، أي الحصول عليه بعد فصله عن الأرض .
- 2- أن يكون مصير الشيء هو الانفصال في وقت قريب ، ولا يكفي أن يكون هذا الانفصال محتملاً بل يجب أن يكون وشيك الوقوع ، كبيع البناء بقصد هدمه أو الأشجار بقصد قطعها . أما إذا كان فصله بعد مدة طويلة كبيع بناء على أن يهدم بعد عام أو عامين ، كان بيعاً لعقار وليس لمنقول .

## الفصل الثالث مصادر الحق

### المقصود بمصادر الحق :

يستند الحق في وجوده إلى القانون لأنه هو الذي ينظمه ويحميه ، فالقانون هو مصدر كل الحقوق . ولكن القانون في تقريره للحقوق يجعل كسبها رهينا بتوفر أوضاع معينه يترتب عليها نشوء الحق حيث يعتد بوقائع أو أحداث معينه فيرتب على تحققها وجود الحق ، لذا تعتبر هذه الوقائع أو الأحداث المصدر المباشر للحق . فإذا اشترى شخص شيئاً من مالكة انتقلت إليه الملكية ، ويكون المصدر المباشر لحق الملكية هو عقد البيع بينما يكون القانون مصدراً غير مباشر .

والمصدر المباشر قد يكون من عمل الطبيعة أو عملاً مادياً من فعل الإنسان ويسمى في هذه الحالة بالواقعة القانونية . كما قد يكون عملاً أو تصرفاً إرادياً يقوم به الإنسان ويسمى في هذه الحالة بالتصرف القانوني . وعلى ذلك يمكن رد المصادر المباشرة للحق إلى مصدرين أساسيين هما : الواقعة القانونية ، والتصرف القانوني .

### أولاً : الواقعة القانونية

يقصد بالواقعة القانونية ، الواقعة المادية التي يرتب القانون عليها أثراً معيناً سواء كانت من فعل الطبيعة أم من فعل الإنسان .

#### 1) الوقائع الطبيعية :

وهي الوقائع التي تكون من عمل الطبيعة دون أن يكون للإنسان دخل في حدوثها، فهي تشمل الظواهر الطبيعية كمرور الزمن المترتب على دوران الأرض والذي قد يترتب عليه انقضاء ميعاد قانوني ، أو حدوث زلزال يمكن أن يعتبر قوة قاهرة تعفي المدين من الوفاء بالتزامه إذا ترتب عليه استحالة تنفيذ هذا الالتزام . كما تشمل الحوادث التي تكون

متصلة بالإنسان دون أن يكون لإرادته دخل في حدوثها ، كالولادة التي تبدأ بها شخصية الإنسان ، والقراءة التي ترتب النفقة ، والموت الذي تنتهي به الشخصية ويرتب حق الإرث.

ويتضح من ذلك أن هذه الوقائع قد تكون سبباً في اكتساب الحق أو في انقضاءه سواء كان حقاً شخصياً أم حقاً عينياً .

## **(2) الوقائع القانونية التي تكون من فعل الإنسان :**

وهي الأعمال المادية التي تصدر من الإنسان سواء كانت باختياره ، أي أرادها وأراد الأثر المترتب عليها ، كمن يصلح حائطاً للجار معرضاً للسقوط دون أن يكون ملزماً بذلك فيلتزم الجار برد ما أنفقه . أم أرادها دون أن يريد الأثر المترتب عليها ، كمن يتلف عمداً شيئاً مملوكاً للغير أو يبني في أرض جاره فيلتزم بالتعويض عن الضرر . أم كانت بغير اختياره أي لا يريد العمل الصادر منه ولا يريد الأثر المترتب عليه ، كمن يقوم بفعل ضار عن إهمال ودون قصد مثل الإصابة الخطأ .

ويرتب القانون أثراً على جميع هذه الوقائع بصرف النظر عن إرادة صاحبها فهذا الأثر يقع بقوة القانون .

## **ثانياً : العمل أو التصرف القانوني**

التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين سواء كان هذا الأثر هو إنشاء ، أم تعديل ، أم نقل ، أم إنهاء حق من الحقوق . ففي عقد البيع مثلاً تتجه إرادة البائع إلى التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وكسب الحق في الثمن ، وتتجه إرادة المشتري نحو التزامه بدفع الثمن وكسب ملكية المبيع .

والتصرفات القانونية تنقسم إلى تقسيمات عدة منها :

- 1- تصرف من جانب واحد أي بإرادة منفردة كالوصية ، والوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور ، والإقرار . وتصرف صادر من جانبين ، أي لا يتم تكوينه إلا باتفاق إرادتين كالبيع والإيجار وسائر العقود . وهذه التصرفات قوامها الإرادة ولذا تترتب آثارها بسلطان الإرادة لا بقوة القانون ، ولذا لا تتمتع الإرادة بهذا إلا إذا كانت كاملة صادرة عن ذي أهلية خالية مما يعييبها .
- 2- تصرف نافع نفعاً محضاً ، وهو التصرف الذي يترتب عليه دخول مال في ذمة الشخص دون مقابل يعطيه أي يخرج من ذمته مثل قبول الهبة . وتصرف ضار ضرراً محضاً يترتب عليه افتقار الشخص أي خروج مال من ذمته دون مقابل مثل الهبة بالنسبة للواهب ، والإبراء بالنسبة للدائن . وتصرف دائر بين النفع والضرر ، وهو التصرف الذي يحتل في أصله الربح والخسارة ، فلا يترتب عليه اغتناء الشخص اغتناءً محضاً ولا افتقاره افتقاراً محضاً ، بل يقوم على نوع من الأخذ والعطاء ، فيخرج مال من ذمة الشخص مقابل مال يدخل فيها ، مثل البيع والإيجار ، والشركة . وهي تنفرع إلى أعمال حفظ ، وأعمال إدارة ، وأعمال تصرف .
- 3- تصرف بعوض ، إذا أخذ المتصرف مقابلاً لما أعطاه كالبيع والإيجار ، وتصرف بدون عوض يعطي فيه المتصرف ولا يأخذ كالهبة والوصية .
- 4- تصرف فيما بين الأحياء كالبيع ، وتصرف مضاف إلى ما بعد الموت كالوصية .
- 5- تصرف منشيء ، أي ينشئ الحق ابتداءً أو ينقله من شخص إلى آخر ، فيكسب الشخص حقاً لم يكن له من قبل كعقد البيع وعقد المقاولة . وتصرف كاشف أو مقرر يتناول حقاً للشخص كان موجوداً من قبل مستنداً إلى مصدر آخر ، فيخلصه من أوضاع كانت تشوب تحديده وتحد من فاعليته ، ويكسبه تأكيداً كان ينقصه عندما كان محلاً للنزاع كالصلح حيث لا ينقل الحق الذي كان محلاً للنزاع من أحد المتصالحين للآخر ، بل يحسم النزاع عن طريق تنازل كل طرف عن جزء من

ادعائه واعترافه للشخص الآخر ببعض ما يدعيه . وكذلك قسمة المال الشائع حيث  
تكشف عن حق ثابت من بدء الشيوع عن طريق الإفراز .

### **ثالثاً : الواقعة والتصرف كمصدر للحقوق الشخصية والحقوق العينية**

بين القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية في الباب الأول من الكتاب الأول  
منه ، فتناول كل مصدر منها في فصل مستقل . وهذه المصادر هي العقد ، والتصرف  
الانفرادي ( الوعد ) ، والفعل الضار ، والفعل النافع ، والقانون .  
أما بالنسبة لمصادر الحقوق العينية فلم يفردها المشرع باباً خاصاً ، بل اكتفى  
بالكلام عن أسباب كسب حق الملكية في الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب  
الثالث وهي إحرار المباحات (الاستيلاء) ، والضمان ، والميراث ، والوصية ، والاتصال  
(الالتصاق) ، والعقد ، والشفعة ، والأولوية ، والحيازة . كما أشار لأسباب كسب كل من  
الحقوق العينية الأصلية ، وهي الحقوق المنفردة عن الملكية ، بمناسبة الحديث عن كل  
منها . أما بالنسبة للحقوق العينية فالسبب المنشئ لها هو إما العمل القانوني كعقد الرهن  
أو القانون كحق الامتياز .

## الفصل الرابع إثبات الحق

### تعريف الإثبات :

الإثبات هو تقديم الدليل أمام القضاء بالكيفية والطرق التي يحددها القانون ، على وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم . فهو في الواقع إقامة الدليل على مصدر الحق .

وتبدو أهمية الإثبات في العلاقات القانونية ، في أن الحق يكون عديم القيمة إذا عجز صاحبه عن إثبات وجوده . فالحق الذي لا دليل عليه يكون والعدم سواء . لذا لزم أن تقتزن دراسة الحق بدراسة وسائل إثباته .

### محل الإثبات

محل الإثبات هو الواقعة القانونية التي أنشأت الحق المدعى به ، سواء كانت واقعة مادية أم تصرفاً قانونياً . فالدائن الذي يطالب بمبلغ من النقود في ذمة المدين ، عليه أن يثبت مصدر هذا الدين سواء كان عقداً أم عملاً غير مشروع أم كسباً بلا سبب ... الخ . فالحق ذاته لا يثبت أو ينتفي بل يستخلص من مصدره ، فإذا أثبت المدعي ذلك كان على القاضي - الذي يفترض فيه العلم بالقانون - أن يطبق القاعدة القانونية على ما ثبت لديه من وقائع .

وتختلف طريقة إثبات الواقعة القانونية بحسب ما إذا كانت واقعة مادية حيث يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ، لأن طبيعة هذه الوقائع لا تقبل اشتراط نوع معين من الأدلة وإلا استحال إثباتها في أغلب الحالات . فلا يعقل مثلاً أن يطلب إثبات سرقة بدليل كتابي

عندما يطالب المدعي بحقه في استرداد المسروقات ، أو التعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة الفعل الضار .

أما إذا كانت الواقعة محل الإثبات تصرفاً قانونياً فإن الأصل هو إثباتها بالكتابة والاستثناء هو جواز إثباتها بشهادة الشهود إذا كانت قيمة التصرف لا تزيد على عشرة دنائير . لأن هذا التصرف يبرمه الأفراد فيما بينهم وتتحكم فيه إرادتهم ، لذا فمن الطبيعي أن تستلزم الكتابة - كقاعدة عامة - لإثباته .

ويشترط في الواقعة التي ينصب عليها الإثبات ، سواء كانت واقعة مادية أم تصرفاً قانونياً ، شروط معينة نص عليها القانون ، حيث يلزم أن تكون متعلقة بالدعوى ومنتجة في الإثبات ، وجائزة القبول .

### عبء الإثبات

تبدو أهمية تحديد من يقع عليه عبء الإثبات في أنه كثيرا ما يخسر الأفراد دعاوهم رغم كونهم أصحاب حق ، لأنهم عجزوا عن تقديم الدليل المثبت لحقهم . وعملاً بقاعدة البينة على المدعي ، فإن عبء الإثبات يقع على المدعي . ولا يقصد بالمدعي رافع الدعوى فقط ، بل قد يكون من رفعت عليه الدعوى . فالدائن الذي يدعي أن له مبلغاً من النقود في ذمة المدين ثمن بضاعة مثلاً ، عليه إثبات ما يدعيه . ومتى ثبت حصول البيع ، وادعى المدين أنه بريء الذمة لأنه دفع الثمن ، صار بدفعه هذا مدعياً وتوجب عليه إثبات ما يدعيه .

## الفصل الخامس حماية الحق

إذا مارس الشخص الحق الذي منحه إياه القانون في الحدود التي رسمها له ، فإن استعماله لهذا الحق يكون مشروعاً يستحق الحماية القانونية . فإذا تعرض له الغير في هذا الاستعمال كان على السلطة العامة أن ترد الاعتداء وتدفعه ، وأن تلزم المعتدي بإزالة كل أثر لهذا الاعتداء عيناً أو بالتعويض عما نشأ من ضرر .

ووسيلة الشخص العادية التي زوده بها القانون هي الالتجاء إلى القضاء عن طريق الدعوى أو الدفع . فالدعوى أو الدفع هما الوسيلتان اللتان يتمكن بهما صاحب الحق من رد ما وقع على حقه من اعتداء ، ودفع كل تعرض من الغير .

وكلامنا عن حماية الحق يستلزم بيان وسائل الحماية ، ثم مدى هذه الحماية عندما يستعمل الشخص حقه ، في مجتئين على التوالي .

### المبحث الأول وسائل حماية الحق

#### الدعوى المدنية والدعوى الجنائية :

إذا تم الاعتداء على حق شخص أو إنكاره ، كان له أن يلجأ إلى السلطات العامة طالبا الحماية ، فهو يتوجه إلى القضاء للدفاع عن حقه بإقامة دعوى تسمى دعوى مدنية لأنها قائمة على حق مدني أو حق خاص ، ويختص بها القضاء المدني .

ولكن قد يرى المشرع في بعض الحالات أن الاعتداء على الحق لا يقتصر أثره على صاحب الحق فقط ، بل يعد اعتداء على المجتمع نفسه ، فيجعل من هذا الاعتداء

جريمة جنائية يعاقب عليها، ويعهد للنيابة العامة -باعتبارها ممثلة للجماعة- بتوجيه هذه الدعوى ، وتسمى الدعوى في هذه الحالة بالدعوى الجنائية وترفع أمام القضاء الجنائي . ويستطيع من أصابه ضرر نتيجة الجريمة أن يتقدم إلى القضاء الجنائي مطالباً بحقوقه المدنية ، ويقال لهذه الحالة الادعاء المدني تبعاً للدعوى الجنائية . على أنه يشترط في هذه الحالة أن يكون أساس الدعوى هو الجريمة ، وأن يكون قد أصاب المدعي ضرر ، وأن يكون الضرر ناشئاً من الجريمة ، أي أن يكون المطلوب هو التعويض عن الضرر الناشئ من الجريمة ذاتها . ففي السرقة مثلاً يحق لصاحب المسروقات التدخل أمام القضاء الجنائي للمطالبة برد الشيء أو الحكم له على السارق بقيمته . لذلك لا يجوز إقامة دعوى ضد شركة التأمين التي أمن لديها الجاني أمام المحكمة الجنائية لأن التزامها يترتب على عقد التأمين لا على الجريمة التي وقعت من المتهم .

وكما أن للشخص رفع دعوى أصلية لحماية حقه ، فإن له أيضاً إذا رفعت عليه دعوى دون حق أن يدفع هذه الدعوى بما لديه من دفوع قانونية لردّها . فوسيلة الحماية تشمل الدفع بالإضافة إلى الدعوى .

### وسائل الحماية المدنية :

ذكرنا في حديثنا عن الحقوق الملازمة للشخصية أنه إذا وقع اعتداء على حق من الحقوق الملازمة لشخصية الفرد فله أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر . لذا سنتكلم هنا عن وسائل حماية الحقوق المالية سواء بالنسبة للحقوق الشخصية أو الحقوق العينية .

فبالنسبة للحقوق الشخصية يستطيع الدائن أن يطلب من المدين تنفيذ الالتزام عيناً وإذا امتنع قضت المحكمة عليه بتنفيذه جبراً . ويشترط أن يكون التنفيذ العيني ممكناً، فإذا أصبح مستحيلاً بسبب من الأسباب لم يبق أمام الدائن سوى الرجوع بالتعويض إذا كانت

الاستحالة بسبب خطأ المدين، أو ينقضي الالتزام دون تعويض إذا كانت الاستحالة لسبب أجنبي كهلاك الشيء . ويجوز للمدين كذلك إذا كان التنفيذ العيني مرهقاً له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان لا يلحق بالدائن ضرر جسيم . ويشمل التعويض مقدار الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه ، وهو يقدر بما أصاب الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بسبب عدم التنفيذ .

أما بالنسبة للحقوق العينية فوسيلة حمايتها هي الدعوى العينية التي يختلف موضوعها بحسب الأحوال ، ومن ذلك مثلاً دعوى الاسترداد التي يرفعها المالك الذي يستولي الغير على ملكه دون حق، ودعوى تقرير حق الارتفاق أو حق الانتفاع التي يرفعها صاحب حق الارتفاق أو حق الانتفاع ضد مالك العقار الذي ينكر عليه حقه ، وكذلك دعاوى الحيازة ضد من يعتدي على حيازة الشخص ويرفعها الحائز لمجرد كونه حائزاً دون حاجة لإثبات حق عيني يستند إليه في تلك الحيازة . وقد قرر المشرع هذه الدعوى محافظة على النظام والأمن ، ولا مانع بعد ذلك من أن يرفع من يدعي حقاً على العقار دعوى بأصل الحق الذي يدعيه ضد الحائز .

كما أنه إذا نشأ عن الاعتداء على الحق العيني ضرر ، فإن لصاحب هذا الحق أن يطالب بالتعويض .

## المبحث الثاني نطاق حماية الحق (إساءة استعمال الحق)

كان الفرد في الماضي مطلق الحرية في استعمال حقه لا يخضع في ذلك لأية رقابة ، فلا يجوز منعه من استعمال هذا الحق ولا مساءلته عما يترتب على هذا الاستعمال من ضرر بالغير . غير أن الفقه الإسلامي (وقهفاء الغرب في العصر الحديث أخذوا عن القانون الروماني) يذهب إلى أن الحق إنما يمنح لخدمة الأفراد تحقيقاً لغرض اجتماعي، فهو يمثل وظيفة اجتماعية. وبناء على هذه الفكرة قالوا إنه إذا انحرف استعمال الحق عن مقصده كان ذلك موجباً للجزاء . فهم يذهبون إلى أن الإنسان لا يسأل فقط إذا هو تجاوز الحدود المرسومة لحقه، بل أيضاً إذا استعمل حقه استعمالاً ينحرف به عن سلوك الرجل العادي . فالقانون يحمي الشخص في استعمال حقه طالما كان يسعى إلى تحقيق مصلحة مشروعة، أي مصلحة خاصة لا تتعارض مع مصلحة الجماعة. فإذا تعارضت المصلحة العامة والمصلحة الخاصة يضحى بالمصلحة الخاصة فلا تستحق الحماية، لذا يكون استعمال الشخص لحقه غير مشروع.

وقد صاغ الفقه الإسلامي في هذا الخصوص نظرية عامة تضارع إن لم تفق في دقتها وأحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب . لذلك حرص القانون المدني الأردني على أن يأخذ بلب القواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي في هذا المجال مثل " لا ضرر ولا ضرار " و " الضرر يزال " و " الضرر لا يزال بمثله " و " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف " و " درء المفسد أولى من جلب المنافع " . كما استمد من الفقه الإسلامي الضوابط التي اشتمل عليها نص المادة 66 منه والتي وردت في الباب التمهيدي لتشمل جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد

تطبيق لفكرة العمل غير المشروع فنصت على انه " 1- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع . 2- ويكون استعمال الحق غير مشروع : أ) إذا توفر قصد التعدي . ب) إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة . ج) إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر. د) إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة".

ويتضح من هذا النص أن هذه الضوابط هي :

### 1) قصد التعدي أو قصد الإضرار بالغير :

يعتبر استعمال الحق استعمالاً غير مشروع إذا لم يقصد من ذلك سوى الإضرار بالغير ، فالجوهر في هذا الشأن هو توفر نية الإضرار ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة لصاحبه. ويراعى أن هذه النية تستخلص من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالاً يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك. وهذا القصد يمكن إثباته بطرق الإثبات كافة لأنه ينصب على واقعة مادية كفصل العامل لمجرد الانتقام منه ، ومن تطبيقات ذلك ما ذهبت إليه محكمة التمييز الأردنية بأنه " إذا أوفى المستأجر الأجر المستحق عليه ناقصة مائة وخمسون فلساً فقط ، فإن دعوى المؤجر بطلب تخلية المأجور بسبب هذا النقص الزهيد استناداً إلى البند الأول من الفقرة الأولى للمادة الرابعة من قانون المالكين والمستأجرين تكون مشوبة بعيب التعسف في استعمال الحق نظراً لما فيها من غلو وإغراق وتشدد في التزام حرفية النص القانوني ، وإخلال بالتوازن الواجب توافره في الحقوق بين الطرفين ، وخروج عن روح القانون وغاياته على اعتبار أن عدم دفع هذا المبلغ الزهيد لا يعتبر تخلفاً جوهرياً بالمعنى الذي هدف إليه المشرع .

## **(2) إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة :**

فإذا كان صاحب الحق يرمي من استعمال حقه إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة يجرمها القانون أو مخالفة للنظام العام والآداب ، مثل استعمال صاحب العمل حقه في فصل عامل من عمله لمجرد انضمامه إلى نقابة عمالية ، أو إساءة الحكومة لاستعمال سلطتها كفصل موظف إرضاءً لغرض شخصي أو حزبي ، كان ذلك استعمالاً غير مشروع للحق .

## **(3) إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب وما يصيب الغير من ضرر :**

فإذا كانت المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، كان ذلك إساءة في استعمال الحق . فلا بد أن تكون المصلحة التي يسعى صاحب الحق إلى تحقيقها ترجح ما يصيب الغير من ضرر ، أي أننا نوازن هنا بين المصلحة التي يسعى صاحب الحق إلى تحقيقها والضرر الذي يصيب الغير ، فإذا كان الضرر جسيماً مقارنةً بالمصلحة كان استعمال الحق غير مشروع .

## **(4) تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة ،**

من ذلك أنه على الجار أن يتحمل مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها ، فإذا تجاوزت الحد المألوف كان له أن يطلب إزالتها على أن يراعى في ذلك العرف وطبيعة العقارات ، وعلى ذلك لا يجوز إقامة بناء يسد نوافذ بيت الجار سداً يمنع الضوء عنه .

## الجزء

نصت الفقرة الأولى من المادة 66 مدني أردني على أنه " يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع ". لذا يلتزم صاحب الحق بتعويض الضرر الناتج عن هذا الاستعمال . كما أن هناك جزاءً وقائياً يتمثل في منع صاحب الحق من أن يستعمل حقه على نحو غير مشروع فيحول ذلك بالتالي دون وقوع الضرر . وقد رأينا مثلاً لذلك قيام المدين بدفع تعويض بدل التنفيذ العيني إذا كان ذلك مرهقاً له ولا يصيب الدائن ضرر . كما يمكن أن يكون التعويض عينياً بإزالة العمل الضار كهدم الحائط الذي قصد منه حرمان الجار من الهواء والنور . ذلك أنه كما نصت المادة 62 مدني " لا ضرر ولا ضرار والضرر يزال " .

## الباب الثالث

### نظرية العقد

يعد العقد المصدر الأول من مصادر الحق الشخصي التي نص عليها القانون المدني . أما المصادر الأخرى فهي التصرف الانفرادي (الوعد) ، والفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) ، والفعل النافع (الإثراء بلا سبب)، والقانون .

#### تعريف العقد :

عرفت المادة 87 من القانون المدني الأردني العقد بأنه " ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر " .

**مثال :** إذا قال عبد الله لمحمد : بعث لك هذه السيارة بخمسة آلاف دينار ، فرد عليه محمد بقوله مثلاً " قبلت " أو " وافقت " ، فقد تم بينهما عقد بيع .  
ويسمى كلام عبد الله هنا إيجاباً ، وكلام محمد قبولاً ، وتسمى السيارة محلاً معقوداً عليه .

وفي عقد البيع هذا يرتبط القبول بالإيجاب على وجه يثبت للمشتري الملك في المبيع فيصير مالكا للسيارة بعد أن كانت مملوكة للبائع ، ويثبت للبائع الحق في الثمن ، وهذا هو الأثر الذي يثبت في المحل المعقود عليه ، وهو تمليك المشتري المبيع ، وتمليك البائع الثمن .

## منهج البحث :

نتناول نظرية العقد في ثلاثة فصول على النحو التالي :

الفصل الأول : انعقاد العقد .

الفصل الثاني : آثار العقد .

الفصل الثالث : تنفيذ العقد وزوال الرابطة التعاقدية .

## الفصل الأول انعقاد العقد

### أركان العقد :

- أركان العقد ثلاثة هي التراضي ، والمحل ، والسبب .
- \* وقد تكلمنا عن المحل في دراستنا لنظرية الحق فيرجع إليه .
- \* أما السبب أو ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي القصد أو النية ، فهو الجواب على سؤال : لماذا التزم المتعاقد بما التزم به ؟
- ويشترط القانون أن يكون للعقد سبب موجود ومستمر حتى يتم تنفيذ العقد . وأن يكون مشروعاً .
- فإذا قصد بالعقد منفعة غير مشروعة لم يصح العقد .
- ونكتفي هنا بشرح الركن الأول للعقد وهو التراضي .

### التراضي

- التراضي هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبيرين من طرفي العقد ، وتوافقهما، وتلاقيهما .
- والأصل أن يكون التعبير عن الإرادة صادراً من المتعاقد نفسه ، ولكن يجوز أن يتم التعاقد بوساطة النائب .
- لذلك يلزم البحث في المسائل الآتية :
- المطلب الأول : الإرادة والتعبير عنها .
  - المطلب الثاني : توافق الإرادتين .
  - المطلب الثالث : تلاقي الإرادتين (زمان ومكان انعقاد العقد) .

المطلب الرابع : التعاقد بوساطة النائب (النيابة في التعاقد) .  
المطلب الخامس : صحة التراضي .

## المطلب الأول

### الإرادة والتعبير عنها

#### المقصود بالإرادة :

يقصد بالإرادة اتجاه نية الشخص لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء الالتزام .  
وحتى يترتب على الإرادة أثرها يلزم أن يدرك الشخص ماهية التصرف وما يترتب  
من التزامات. لذلك يشترط المشرع فيمن تصدر عنه أن يكون متمتعاً بنصيب من القوى  
الذهنية ، ومناطق ذلك القدرة على التمييز ، أي بلوغ الشخص سناً معيناً وكان سليماً من  
سائر الآفات العقلية ، فلا يعتد القانون بإرادة الصغير غير المميز ومن في حكمه  
كالمجنون . وكذلك إرادة من يكون عاجزاً عن التمييز لسبب آخر مؤقت كإرادة السكران  
سكراً بينما يفقده القدرة على الإدراك وإرادة المنوم مغناطيسياً .

كما يلزم أن يتجه الشخص إلى إحداث الآثار القانونية التي يرتبها التصرف ، لذلك  
لا عبء لإرادة الهازل أو ما يتناول المجاملات الاجتماعية كدعوة صديق لوليمة ، أو  
التبرع له بتقديم خدمة ، وكذلك الإرادة الصورية ، أو المعلقة على شرط إرادي محض  
(على مشيئة صاحبها) .

#### التعبير عن الإرادة :

نصت المادة 93 من القانون المدني الأردني على أن " التعبير عن الإرادة يكون  
باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس ، وبالمبادلة الفعلية الدالة

على التراضي ، وبتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على التراضي ."

ويتضح من هذا النص أنه يمكن التعبير عن الإرادة بأحد الوسائل الآتية :

#### أ- التعبير باللفظ :

وذلك كأن يقول شخص لآخر : بعث أو أجرت ... فيقول الآخر : قبلت . ولا يشترط أن يكون التعبير بلفظ معين ولا تركيب خاص ، بل يجوز التعبير بأي لفظ يدل على المعنى المقصود ، لأن العبرة للمعاني لا للألفاظ . غير أنه يشترط في اللفظ الذي يعبر عن الرضا أن يكون قاطعاً في دلالة على الإيجاب والقبول، أما الألفاظ غير قاطعة الدلالة (المحتملة) فلا تدل بذاتها على الرضا في الحال، وإنما تدل عليه بقرينة أو بدليل آخر . وعلى ذلك بينت المادتان 91 و 92 من القانون المدني الصيغ المختلفة فنصت الفقرة الثانية من المادة 91 على أنه " 2- ويكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي ، كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر إذا أريد بهما الحال " . فالعقد وفقاً لهذا النص ينعقد بصيغة الماضي مطلقاً ، أما صيغة المضارع وصيغة الأمر فينعقد بهما العقد إذا توافرت النية ، أي أن ينتوي الشخص الإيجاب أو القبول .

أما المادة (92) فتتص على أن " صيغة الاستقبال التي تكون بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها العقد وعداً ملزماً إذا انصرف إليه قصد العاقدين " . والمقصود بالوعد المجرد ما توفر قصد العاقدين إليه دون تعليق على شرط .

ويجوز التعبير عن الرضا بأي لغة : عربية كانت أم إنجليزية أو نحوها ... ما دام المتعاقدان يفهمان ما تدل عليه ألفاظ هذه اللغة في العرف وما يجري فيه العمل .

#### ب- التعبير بالإشارة :

ويجوز التعبير عن الإرادة بالإشارة المتداولة عرفاً ، كتحريك الرأس عمودياً للتعبير عن القبول ، وهز الرأس أفقياً أو هز الكتفين للتعبير عن الرفض .

والتعبير عن الإرادة بالإشارة جائز قانوناً من الأخرس ومن غير الأخرس على السواء ، وسواء كان الأخرس يعرف الكتابة أم لا يعرفها . وقد أخذ القانون في ذلك برأي المالكية ، على أنه يجب أن تكون هذه الإشارة معهودة ممن يعبر بها ، مفهومة في العرف ، وإلا فلا عبرة بها .

#### ج- التعبير بالكتابة :

يعد الكتاب كالخطاب في الفقه الإسلامي وفي القانون على السواء . بحيث يجوز أن يعبر به الشخص عن إرادته ، سواء كان يستطيع النطق باللفظ أم كان أخرساً . ويغلب أن يتم التعاقد بالكتابة بين الغائبين ، لكن ليس هناك ما يمنع أن يتم العقد بالكتابة بين الحاضرين ، بحيث تكون هي وسيلة التعبير عن الإيجاب أو القبول . ويجب أن تكون الكتابة مستبينة ، أي تكون مكتوبة على شيء تظهر عليه ، فلا عبرة بالكتابة في الهواء أو على الماء . كما يجب أن تكون الكتابة مرسومة ، أي مكتوبة بالطريقة المعتادة في زمنها .

#### د- التعبير بالفعل :

يجوز التعبير عن الإرادة بالفعل (في غير عقد الزواج) ، طالما كان الفعل دالاً على الرضا ، كما هو الحال في بيع التعاطي أو المعاطاة . ومن ذلك عرض التاجر سلعاً في متجره مبيناً أثمانها عليها فيأخذ شخص هذه السلعة ويعطي التاجر الثمن فيقبضه دون أن يتكلم أحدهما أو تصدر منه إشارة أو كتابة، ووقوف سيارة الأجرة في الموقف المخصص لها ، فيركب شخص ويدفع الأجرة دون أن يتكلم.

#### التعبير الصريح والتعبير الضمني :

قد يكون التعبير عن الإرادة صريحاً وقد يكون ضمناً :

ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذا كان المظهر الذي اتخذته موضوعاً في ذاته للكشف عن الإرادة وفق المألوف بين الناس ، أي إذا اتخذ وسيلة من الوسائل المنصوص عليها كلاماً أو كتابة أو إشارة أو غير ذلك بقصد إيصال الإرادة إلى علم من وجهت إليه، وفقاً لما تعارف عليه الناس في معاملاتهم . كقول التاجر بعت أو اشتريت ، أو عرض التاجر سلعة في متجره مبيناً عليها أثمانها .

ويكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا كان المظهر الذي اتخذته ليس موضوعاً في ذاته للكشف عن الإرادة ، ولكن يمكن مع ذلك استخلاص إرادة منه موجهة إلى شخص آخر بالإيجاب أو القبول ، نظراً لأن هذا التصرف لا يمكن فهمه أو تفسيره دون افتراض وجود هذه الإرادة . مثال ذلك أن يسلم الدائن سند الدين إلى المدين فيفهم من ذلك أنه أراد إنهاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك ، وبقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار مما يفهم منه أنه يريد تجديد عقد الإيجار ، وقيام الوكيل بتنفيذ الوكالة مما يفهم منه أنه قبلها .

والأصل أن لا فرق بين التعبير الصريح والتعبير الضمني ، وأن للمتعاقدين التعبير عن الإرادة بأي صورة منهما ، غير أنه استثناء من ذلك يلزم في بعض الأحوال أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً ولا يكفي التعبير الضمني . وهذه الأحوال (أ) إما أن ينص عليها المشرع ، مثل شرط الموافقة المكتوبة من المالك حتى يستطيع المستأجر تأجير العقار أو قسماً منه . (ب) أو يتفق عليها المتعاقدان كاشتراط أن يتم التعاقد كتابة سواء عرفية أم رسمية .

### السكوت :

السكوت أمر سلبي، والتعبير عن الإرادة عمل إيجابي، لذلك لا يتصور كقاعدة عامة أن يكون السكوت تعبيراً عن الإرادة، ولا يمكن أن يستنبط من مجرد السكوت إيجاباً.

أما بالنسبة للقبول ، فقد نصت المادة 1/95 من القانون المدني على أنه " لا ينسب لساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قبولاً " .  
ويتضح من هذا النص أن الأصل عدم اعتبار السكوت قبولاً ، فلو ألزمتنا كل شخص بالرد على ما قد يعرض عليه من إيجاب لكان في هذا حرج وضيق .  
واستثناءً من هذا الأصل يمكن أن يعتبر السكوت قبولاً إذا أحاطت به ظروف وملابسات من شأنها أن ترجح دلالاته على الرضا ، وهو يسمى السكوت الملايس ، إذ يعد تعبيراً ضمنياً عن الإرادة على أساس ما لابس من ظروف ترجح فيه دلالة القبول، كما في الأحوال الآتية :

- 1- إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، مثال ذلك أن يعتاد تاجر جملة على إرسال بضاعة من صنف معين إلى تاجر تجزئة مرفقة بفاتورة ، فإذا أرسل له كمية من هذه البضاعة وسكت تاجر التجزئة ، كان لتاجر الجملة أن يعتبر سكوته قبولاً .
- 2- إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه ، مثال ذلك أن يخبر المؤجر المستأجر أنه قرر تخفيض الأجرة المتفق عليها ، ويسكت المستأجر عن الرد مدة معقولة، فإن ذلك يعتبر قبولاً منه للإيجاب لعدم وجود مبرر لرفضه في هذه الحالة . وكذلك أن تعرض الهبة على الموهوب له فيسكت .
- 3- إذا كان هناك نص صريح في القانون يعتبر السكوت قبولاً ، كما في البيع بشرط التجربة ، إذ نصت المادة 2/471 مدني على أنه إذا انقضت مدة التجربة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً ولزم البيع .
- 4- إذا وجد عرف يقضي باعتبار السكوت دليلاً على الرضا ، مثال ما جرت عليه البنوك عند إرسال كشف حساب العملاء ، إذ يتضمن الكشف عادة نصاً على أن عدم الاعتراض على محتويات الكشف خلال مدة معينة يعتبر إقراراً بصحته ، فإذا

سكت العميل ولم يعترض على الكشف خلال المدة المحددة اعتبر سكوته دليلاً على إقراره بصحة الكشف .

5- إذا كان هناك اتفاق بين المتعاقدين على اعتبار السكوت قبولاً ، مثال ذلك النص في عقد الإيجار أو عقد العمل على أن يتجدد العقد تلقائياً ما لم يقوم أحد الطرفين بإخطار الطرف الآخر برغبته في عدم التجديد قبل انتهاء مدة العقد ، فيعتبر السكوت عن الإخطار قبولاً بتجديد العقد .

ويلاحظ في جميع الحالات السابقة أن هناك واجباً على من وجه إليه الإيجاب بأن يصرح برفضه إن لم يشأ قبوله ، لذلك إذا لم يقوم بهذا الواجب وسكت ، اعتبر سكوته قبولاً.

#### **عدم مطابقة التعبير للإرادة : الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة :**

الإرادة بمعنى النية هي مسألة نفسية داخلية لا يعلم بها إلا صاحبها ، ولا يمكن أن يعلم بها غيره إلا إذا عبر هو عنها بأحد مظاهر التعبير المادية مثل الكلام أو الكتابة أو الإشارة . فالتعبير عن الإرادة هو وسيلة لنقل الإرادة من نفس صاحبها إلى العالم الحسي الملموس حتى يعلم بها الغير . فإذا اتفقت الإرادة المعلنة مع الإرادة الكامنة في النفس لا تنثور أية مشكلة .

غير أن الشخص عند تعبيره عن إرادته ، قد يصدر منه تعبير لا يتفق مع ما يريده، فهنا يقال أن الإرادة الظاهرة (التعبير) تختلف عن الإرادة الباطنة (النية) ، فبأي الإرادتين نعتد ؟ هل نأخذ بالإرادة الظاهرة أي بما يفهم من العبارة الصادرة ، أم بالإرادة الباطنة ؟

اختلف الفقه وكذلك التشريعات في الدول المختلفة حول هذه المسألة .

فنظر اتجاه أول إلى الاعتبارات الخلقية ، لذلك ذهب إلى أنه يجب الأخذ بالإرادة الحقيقية وهي الإرادة الباطنة التي تنطوي عليها النفس . أما التعبير عنها فهو مجرد وسيلة للكشف عنها أو دليل عليها يمكن إثبات عكسه . لذلك إذا لم يكشف التعبير عن الإرادة الحقيقية وجب تركه والبحث عن تلك الإرادة ، فإذا تعذر على القاضي الوصول إليها ، تعرف عليها عن طريق الافتراض . فالإرادة الباطنة - حقيقية أو مفترضة - هي التي يجب التعويل عليها .

بينما نظر اتجاه آخر إلى ضرورة الاستقرار الاجتماعي ، فذهب إلى أن القانون ظاهرة اجتماعية لا نفسية ، لذلك يجب أن تبرز الإرادة إلى العالم المادي الخارجي حتى يمكن التعرف عليها ، ولا يعلم من هذه الإرادة سوى الإرادة الظاهرة ، لذلك يجب أن نقف عندها ونعتمد بها ، ويحق لمن وصل إليه هذا التعبير أن يطمئن إليه ، ولو أجزنا إثبات الإرادة الباطنة لاضطربت المعاملات ، لذلك لا يجوز لمن صدر عنه التعبير أن يحتج على من تعاقد معه أنه كان ينطوي في نفسه على نية أخرى غير التي دل عليها التعبير ، ولا يعتد بالإرادة الحقيقية إذا كانت مختلفة عن التعبير عنها ، ولا يسمح بإثبات عكس التعبير ، وفي هذا استقرار للتعامل .

وقد أخذ المشرع الأردني برأي الحنفية والشافعية ، فاعتق نظرية الإرادة الظاهرة ، إذ نصت المادة (90) من القانون المدني على أنه " ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول ... " . وبينت المذكرة الإيضاحية للقانون أن معنى ذلك أن انعقاد العقد يتم بالإرادة المعلنة من الطرفين بموافقتهما على العقد عند تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، أي بالإرادة الظاهرة ، وليس بنفس الإرادتين أي بالإرادة الباطنة .

## المطلب الثاني توافق الإرادتين

### الإيجاب والقبول :

يفترض في العقد صدور إيجاب من أحد المتعاقدين ، يتبعه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر .  
والإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد ، وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول .  
وسوف نتكلم أولاً عن الإيجاب ، ثم عن القبول ، ثم نعرض لصور خاصة للقبول في ثلاثة فروع على التوالي :

### الفرع الأول الإيجاب

المراحل التي يمر بها الإيجاب : المفاوضة ، والدعوة إلى التعاقد .  
قد يصدر الإيجاب دون أن تسبقه مقدمات كما هو الحال في شراء الصحف ، والخبز ، والمواد الغذائية من السوبر ماركت ، والركوب في وسائل المواصلات ، وغير ذلك من العقود الشائعة أو ضئيلة القيمة .  
ولكن هناك طائفة من العقود تسبقها مقدمات ، وهي عادة العقود ذات القيمة الكبيرة أو العقود الهامة كعقد بيع عقار أو سيارة ، أو سفينة .  
فقد تسبق الإيجاب مفاوضة بين المتعاقدين إما مباشرة أو عن طريق سمسار مثلاً ، لمعرفة مدى استعداد كل طرف لقبول شروط الطرف الآخر فيما يتعلق بقيمة المبيع مثلاً ، مشتملاته ، وكيفية دفع الثمن ... الخ .

كما قد يسبق الإيجاب دعوة إلى التعاقد عن طريق الإعلان في الصحف أو توزيع نشرات على الجمهور ، فمن يعلن عن بيع سيارة أو منزل أو أي شيء آخر في الصحف دون بيان الثمن ، ومن يعلن عن حاجته إلى عمال تتوافر فيهم شروط معينة ، ومن ينشر إعلاناً أو يوزع نشرة عن بضائعه أو بياناً بالأسعار الجاري التعامل بها ، إنما يدعو غيره إلى التعاقد . وتعتبر الاستجابة للدعوة إلى التعاقد إيجاباً إذا تضمنت العناصر الجوهرية للعقد .

والمفاوضة أو الدعوة إلى التعاقد لا ترتب أثراً قانونياً ، فكل طرف حر في قطع المفاوضة في أي وقت يريد ، وكل دعوة إلى التعاقد يجوز العدول عنها ، ولا يترتب على ذلك أية مسؤولية .

غير أنه إذا اقترن بقطع المفاوضة أو العدول عن التعاقد خطأ تقصيري فإن من ارتكب هذا الخطأ يكون مسؤولاً عن ذلك ، وتكون المسؤولية هنا لارتكاب الخطأ لا لمجرد قطع المفاوضة أو الرجوع عن الدعوة ، طالما ترتب على هذا الخطأ ضرر أصاب المتعاقد الآخر .

مثال ذلك أن يتعاقد المفاوض مع شخص آخر ، ولا يخطر المفاوض الآخر بعدوله في وقت مناسب ، بل يستمر مع ذلك في المفاوضة ، ويتكبد المفاوض نتيجة ذلك مصاريف أو يفوت عقداً آخر ما كان ليرفضه لولا انشغاله بالمفاوضة ، أو أن يثبت أن الطرف الذي عدل لم يكن جاداً ، أو كان عدوله لغير سبب مشروع ، أو كان متعسفاً في استعمال حرية القبول . كصاحب الفندق أو المطعم الذي يفتح أبواب محله لاستقبال النزلاء والزبائن ، إذا رفض من تقدم إليه دون سبب .

### **شروط اعتبار التعبير إيجاباً :**

لا يكون التعبير عن الإرادة إيجاباً إلا إذا دل على الرضا نهائياً بالتعاقد على الأمر الذي يعرضه الموجب على غيره . أي أن يكون هذا التعبير باتاً في دلالته على إرادة

المتعاقد ، وشاملاً لكل العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه . وعلى ذلك يشترط لاعتبار التعبير إيجاباً ما يأتي :

1- أن يكون التعبير باتاً في دلالاته على إرادة المتعاقد ، مقتضى ذلك أنه :

أ- إذا تضمن التعبير عن الإرادة شرطاً أو تحفظاً إرادياً محضاً يتوقف تحققه على إرادة من صدر منه التعبير ، كان ذلك مجرد دعوة إلى التعاقد وليس إيجاباً ، مثال ذلك أن يتضمن التعبير عن الإرادة إلى جانب تحديد المسائل الجوهرية ، اشتراط أن يتم الاتفاق على المسائل التفصيلية، كميعاد التسليم، أو ميعاد دفع الثمن ، لانعقاد العقد . فهذا الشرط ينفي نية الارتباط في الحال بالعقد قبل الاتفاق على هذه المسائل .

ب- أما إذا كان الشرط أو التحفظ غير إرادي ، أي لا يتوقف تحققه على محض إرادة من صدر عنه التعبير ، فلا ينفي صفة البت في التعبير ، بل يعتبر إيجاباً معلقاً على شرط . فمن يعرض على آخر توريد سلعة بثمن معين بشرط أن يعدل هذا الثمن طبقاً لتغير الأسعار ، أو يعرض بضاعة بثمن معين ويعلق ذلك على عدم نفاذ الكمية عند القبول ، فإن الإيجاب يكون في هذه الحالة معلقاً على شرط ثبوت الأسعار أو عدم نفاذ الكمية وفي السينما أو المسرح يكون الإيجاب معلقاً على شرط وجود مكان خال .

2- أن يكون التعبير شاملاً لكل العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه .

حتى يعتبر التعبير عن الإرادة إيجاباً يلزم أن يتضمن تعيين العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، وهي العناصر الموضوعية التي تحدد ماهية العقد . فعناصر عقد البيع الجوهرية مثلاً هي المبيع والثمن ، وعناصر عقد الإيجار الجوهرية هي العين المؤجرة ، والأجرة ، وعناصر عقد العمل هي العمل والأجرة ... وهكذا .

ويعتبر التعبير الذي يتضمن العناصر الجوهرية إيجاباً حتى لو لم يتضمن شروط العقد كافة، مثل تعيين المبيع والثلث دون الإشارة إلى مكان التسليم ، أو إلى كيفية دفع الثمن نقداً أم بالتقسيط أم مؤجلاً . فإذا اقترن الإيجاب بقبول في هذه الحالة وانعقد العقد ، يرجع إلى القواعد التشريعية المكملة والعرف لتكملة أحكام العقد . ولا يشترط أن يوجه الإيجاب إلى شخص معين ، بل يجوز أن يوجه إلى شخص غير معين أي موجهاً إلى الجمهور ، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة 94 على أن " يعتبر عرض البضائع مع بيان أثمانها إيجاباً " وعلى ذلك يعتبر وضع بطاقة تبين ثمن البضاعة المعروضة للجمهور في واجهات المحلات أو في داخلها إيجاباً . أما إذا لم يتضمن التعبير عن الإرادة تحديد العناصر الجوهرية للعقد فإنه لا يعتبر إيجاباً وإنما مجرد دعوة للتعاقد ، ويدخل في مرحلة المفاوضات التي تسبق الإيجاب .

### القوة الملزمة للإيجاب :

تنص المادة 96 من القانون المدني على أن " المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول ، أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الاعتراض يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك " . كما تنص المادة 98 على أنه " إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد " . ويتضح من هذين النصين أن الإيجاب قد يكون غير ملزم وقد يكون ملزماً .

### (1) الإيجاب غير الملزم (خيار الرجوع) :

أجازت المادة 96 مدني للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل صدور القبول ،  
فلموجب الخيار في أن يظل على إيجابه حتى ينفذ مجلس العقد ، أو يرجع عنه طالما  
لم يصدر قبول من المتعاقد الآخر. ويسمى هذا الخيار في الفقه الإسلامي بخيار الرجوع.  
وعلى هذا الأساس فالإيجاب غير ملزم .

ويرجع عدم لزوم الإيجاب إلى أن رجوع الموجب عنه لا يبطل حقاً للغير ، فضلاً  
عن أن الموجب هو الذي أثبت للمخاطب بالإيجاب ولاية القبول أو الرفض فله أن يرفع  
هذه الولاية قبل أن يتعلق بها حق . ولو ألزمتنا الموجب بإيجابه قبل القبول لكان مجبوراً  
عليه وهذا ما لا يجوز .

وإذا رجع الموجب عن إيجابه قبل القبول سقط الإيجاب ، فلو قبل المخاطب  
بالإيجاب بعد ذلك لم ينعقد العقد لأن هذا القبول لم يرتبط بالإيجاب .  
كما أن تكرار الإيجاب قبل القبول يبطل الأول ويعتبر فيه الإيجاب الثاني .

#### **سقوط الإيجاب غير الملزم :**

يسقط الإيجاب غير الملزم في الحالات الآتية :

- أ- إذا رفضه من وجه إليه .
- ب- إذا عدل عنه الموجب قبل اقتران القبول به ، ولو قبل انفضاض مجلس العقد .
- ج- إذا انفض مجلس العقد دون أن يقترن به قبول ولو لم يعدل عنه الموجب .

#### **(2) الإيجاب الملزم :**

يكون الإيجاب ملزماً إذا اقترن بميعاد للقبول ، وفي هذه الحالة يلتزم الموجب بالبقاء  
على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد .

وقد يكون تحديد ميعاد القبول :

- أ- صريحاً كتعيين مدة محددة مثل أسبوع أو شهر .

- ب- كما قد يستخلص هذا الميعاد ضمناً من ظروف الحال مثل تقدم الموجب بعطاء مناقصة أو مزادة بالظرف المختوم فيلتزم بإيجابه إلى وقت فض المظاريف .
- ج- أو من طبيعة المعاملة مثل البيع بالمراسلة .
- د- أو حتى من قواعد القانون مثل شرط التجربة في البيع .
- ويستخلص القاضي ذلك في كل حالة على حدة .

وإذا كان الإيجاب ملزماً فلا عبرة برجوع الموجب عنه ، بحيث يصح القول بانعقاد العقد إذا صدر قبول موافق له خلال المدة التي يظل الموجب فيها ملزماً بإيجابه .

واعتبار الإيجاب ملزماً في حالة تحديد ميعاد للقبول مأخوذ من مذهب المالكية فعندهم أن الموجب إذا قيد نفسه بمدة تقيد بها ولم ينته إيجابه بانتهااء المجلس كما يتقيد كذلك بما يجري به العرف إذا جرى على تقيد الموجب بمدة معينة .

#### سقوط الإيجاب الملزم :

- يسقط الإيجاب الملزم في حالتين :
- أ- إذا انقضت المدة المحددة للقبول .
- ب- إذا رفضه من وجه إليه ولو قبل انقضاء هذه المدة .
- وإذا سقط الإيجاب ، سواء كان ملزماً أو غير ملزم ، لا يعتد بالقبول الذي يأتي بعد ذلك ، ولكن يجوز اعتباره إيجاباً جديداً موجهاً لمن صدر منه الإيجاب الأول الذي سقط، فإذا قبله تم العقد .

## الفرع الثاني

## القبول

القبول هو تعبير من وجه إليه الإيجاب عن رضاه بالتعاقد على أساس الشروط التي عرضها الموجب ، لذا يشترط في هذا التعبير حتى يعتبر قبولاً ما يأتي :

(1) أن يصدر ممن وجه إليه الإيجاب ،

فإذا وجه الإيجاب إلى سعيد مثلاً لا ينعقد العقد إلا إذا قبله سعيد . أما إذا قبله شخص آخر مثل محمد لا ينعقد العقد لأن إرادة الموجب لم تتجه إلى التعاقد مع محمد . أما إذا كان الإيجاب موجهاً إلى الجمهور ، ينعقد العقد إذا قبله أي شخص دون تحديد .

(2) أن يصدر القبول في مجلس العقد وقبل سقوط الإيجاب ،

فلا يشترط أن يصدر القبول عقب صدور الإيجاب فوراً . بل يجوز أن يتراخى القبول عن الإيجاب فترة يتأمل فيها من وجه إليه الإيجاب شروط التعاقد ولكن عليه أن يقبل أو يرفض قبل أن ينفذ مجلس العقد، وهو ما يسمى بخيار القبول. وقد نصت على ذلك المادة 96 مدني ، آخذة برأي الجمهور ، بقولها " المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس ، فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول ، أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك " .

ومجلس العقد هو الاجتماع الذي يتداول فيه المتعاقدان شروط العقد وإبرامه ، ويبقيان فيه منشغلين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل آخر، سواء طال أم قصر .

وقد يكون مجلس العقد حقيقياً إذا اجتمع المتعاقدان وجهاً لوجه، كما قد يكون حكماً كما في التعاقد بالهاتف إذ يعتبر فيما يتعلق بالزمان كأنه تم بين حاضرين في المجلس .

والعبرة في مجلس العقد هي بانشغال المتعاقدين في التعاقد وليس بوجودهما في مكان واحد، أي العبرة باتحاد الزمان وليس اتحاد المكان، وبعبارة أخرى اتحاد الكلام في موضوع التعاقد . فالمجلس لا ينقطع طول الزمن الذي يظل فيه المتعاقدان مشغولين بالتعاقد سواء بقيا في مكانهما أو برحاه . فإذا اشتغل كلاهما أو أحدهما بشيء آخر وأعرض عن التعاقد فهنا ينقطع مجلس العقد، فينفض المجلس إذا بالإعراض ولو لم يبرحا مكانهما، ويرجع إلى العرف في تقدير ما يكون دليلاً على الإعراض عن العقد وما لا يكون، فما يعتبر في العرف إعراضاً عن العقد أو فاصلاً بين الإيجاب والقبول يكون قاطعاً للمجلس . ويشترط في ذلك كله أن يبقى الموجب على إيجابه إلى أن يصدر القبول. أما إذا صدر القبول بعد رجوع الموجب عن إيجابه أو بعد فض مجلس العقد فإنه يعتبر إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول موافق له من المتعاقد الآخر حتى ينعقد العقد .

3) أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب ،

فيجب أن يتناول القبول كل ما يتناوله الإيجاب ، وأن لا يقترن بالقبول ما يزيد في الإيجاب أو ينقص منه أو يعدل فيه أو يقيده، وإلا اعتبر ذلك رفضاً للإيجاب متضمناً إيجاباً جديداً، يحتاج إلى قبول مطابق له من المتعاقد الآخر في مجلس العقد حتى يتم العقد . فلو قال شخص لآخر " بعتك هذا المنزل بعشرة آلاف دينار نقداً " وقال الآخر " قبلت نصفه بستة آلاف دينار " أو قبلت شراءه بتسعة آلاف دينار ، أو قبلت شراءه بعشرة آلاف مؤجلة أو مقسطة فلا يتم العقد ، لأن القبول غير موافق للإيجاب .

ويجب أن يتطابق الإيجاب والقبول في جميع المسائل المتعاقد عليها . ويكفي في ذلك الاتفاق على المسائل الجوهرية في العقد ، مثل الاتفاق على المبيع والثلث في عقد البيع، والاتفاق على المأجور والأجرة ومدة الإيجار في عقد الإيجار ، دون أن يبحث في المسائل التفصيلية مثل زمان ومكان تسليم المبيع وميعاد دفع الثمن ، وكيفية، أو أرجاء الاتفاق على هذه المسائل ولم يشترط أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على

هذه المسائل ، فإن العقد ينعقد ، وإذا قام خلاف حول مسألة تفصيلية، تسري بالنسبة لها القواعد المكلمة الواردة في القانون ، أو قواعد العرف والعدالة ، وذلك طبقاً لطبيعة المعاملة .

أما إذا أرجأ المتعاقدان بعض المسائل التفصيلية للاتفاق عليها فيما بعد واشترطوا أن العقد لا ينعقد إلا إذا اتفقا على تلك المسائل ، فإن العقد لا يتم إلا إذا اتفقا على جميع هذه المسائل ، لأن اشتراط المتعاقدين أن العقد لا يتم عند اختلافهما على تنظيم المسائل التفصيلية يدل على أنهما لا يريدان استكمال العقد بالقواعد القانونية المكلمة ، والعقد لا يتم بغير إرادتهما .

### الفرع الثالث

#### صور خاصة للقبول

##### القبول في التعاقد بطريق العطاء :

تنص المادة (103) من القانون المدني على أنه " لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزايدة ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو وقع باطلاً ، أو بإقفال المزايدة دون أن ترسو على أحد ، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام القوانين الأخرى " .  
والتعاقد بالمزاد جائز شرعاً ولا يعد من سوم الرجل على سوم أخيه ، لأن صاحب السلعة فيه لم يركن إلى المزايدة فكان لكل مزاد أن يتقدم فيه بعطاء .  
وقد يتم المزاد علناً بالمناداة ، أو عن طريق الظرف المختوم . ويعتبر افتتاح المزاد أو طرح العطاء دعوة إلى التعاقد لأنه لا يتضمن تحديداً نهائياً لثمن السلعة فلا يكون باتاً للتعاقد .

وفي المزاد العلني يعد التقدم بالمزايدة إيجاباً ملزماً ، أي مقترناً ضمناً بتحديد ميعاد للقبول هو من لحظة صدور الإيجاب حتى التقدم بعطاء آخر يزيد عليه، أو بإقفال المزاد

دون أن يرسو على أحد. أما في العطاء بطريق الطرف المختوم فيبقى من تقدم بالعطاء ملتزماً بالإيجاب من لحظة تقديم العطاء حتى رسو المزاد بعد فتح المظاريف بوقت يكفي للبت فيها ، على أن تكون هذه المدة معقولة .

ويسقط الإيجاب (العطاء) في المزاد العلني بعطاء يزيد عليه ولو كان هذا العطاء الأخير باطلاً بأن صدر من غير أهل كصغير غير مميز أو مجنون ، أو من شخص لا يجوز له التعاقد في الصفقة المطروحة في المزاد ، كقاض يتقدم بعطاء في مزاد لبيع عين متنازع عليها إذا كان نظر النزاع يقع في اختصاصه ، أو كان بيعاً موقوفاً كما صدر من قاصر أو محجور عليه . وكذلك الحال لو تم إرساء العطاء في الطرف المختوم على واحد من هؤلاء . فإذا تخلف من رسا عليه المزاد لا يجوز إعادة رسو المزاد على من يليه في المرتبة .

ويعتبر رسو المزاد قبولاً يتم به العقد . ويتم إرساء العقد عادة على من يتقدم بأعلى عطاء ، غير أنه يجوز للمعلن عن المزايدة أن يشترط صراحة في إعلانه حرية رفض أو قبول عطاء دون إبداء الأسباب . ولكن يشترط في هذه الحالة أن لا يتعسف في استعمال هذا الحق . ويكون إثبات ذلك على من يرفض عطاؤه ، تطبيقاً للقواعد العامة . ذلك أن إجازة شرط رفض العطاء الأكبر دون إبداء الأسباب قصد به عدم الإساءة للمتقدمين في المزايدة ، فلو اشترط بيان أسباب رسو المزاد على مزايد بعطاء أقل ، وكان هذا السبب هو عدم ملائمة المتقدم بالعطاء وعدم استقرار وضعه المالي مثلاً ، أو سبق تخلفه عن الوفاء بما تعاقد عليه في عطاءات سابقة وفق الكيفية والمواعيد المحددة ، فإن ذلك يسيء لسمعته ويلحق به ضرراً . لذلك يلزم - وفق نص الشرط - أن يكون لرفض العطاء سبباً مقبولاً وإن لم يتم إعلانه . ومن حق المزايد الذي رفض عطاؤه أن يعرف سبب هذا الرفض ، فإن لم يقتنع بصحته ، يكون له إثبات تعسف المعلن عن العطاء باستعمال حقه في رفض العطاء ، وبالتالي حقه في أن يرسو المزاد عليه .

وتسري الأحكام السابقة على المناقصات ، فالإيجاب فيها هو التقدم بعبء ، وهو إيجاب ملزم في الأصل طوال المدة اللازمة للقبول ، ويسقط هذا الإيجاب بعبء آخر أنقص منه ، ويعتبر رسو المناقصة هو القبول الذي يتم به العقد ... الخ .

### القبول في عقود الإذعان :

عقود الإذعان هي العقود التي يحدد فيها أحد طرفيها شروط التعاقد ويعرضها على الطرف الآخر الذي يتعين عليه قبولها أو رفضها دون مناقشة ، بحيث يكون القبول أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة . ومن أمثلة ذلك عقد الاشتراك في الكهرباء ، أو الماء ، أو الهاتف ، وعقد النقل في الطائرات والقطارات ، وعقود التأمين .

ويكون الإيجاب في عقد الإذعان هو عرض السلعة أو الخدمة على الجمهور وفق الشروط التي يضعها الموجب بشكل بات نهائي ، وتكون عادة في صورة عقد مطبوع يتضمن شروط التعاقد ، وهو إيجاب دائم ومستمر يستطيع أي شخص أن يقبله في أي وقت ، ولكن قد يقتصر بشرط أو تحفظ ضمني، مثال ذلك أن عقد النقل في الطائرة أو القطار مقترن دائماً بتحفظ هو : أن يكون هناك محل شاغر .

أما القبول في عقود الإذعان فهو الرضا بالتعاقد على أساس الشروط التي يعرضها الموجب ، فلا يملك الطرف الآخر إلا أن يأخذ أو يدع ، وهو لا يستطيع أن يدع لأن الشيء الذي يتعاقد عليه لا غنى عنه ، لذلك يضطر للقبول دون مناقشة .

وقد نصت على ذلك المادة (104) من القانون المدني بقولها " القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها " .

وبينت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني أن عقود الإذعان تتميز عن غيرها

بسمات ثلاث :

الأولى : تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين .

والثانية : احتكار الموجب هذه السلع أو المرافق ، احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها .  
والثالثة : توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة إلى كل فئة منها .

ونظراً لاقتصار القبول على التسليم بشروط المتعاقد الآخر ، فإن المشرع قرر حماية الطرف المذعن الذي يصدر منه القبول لكونه الطرف الضعيف في هذه العقود . لذلك نص في المادة (204) من القانون المدني على أنه " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " .  
كما نصت المادة ( 240 ) منه على أنه " 1- يفسر الشك في مصلحة المدين .  
2- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن " .

### المطلب الثالث

#### تلاقي الإرادتين

وجود إرادتين متطابقتين لا يكفي وحده لانعقاد العقد ، بل يلزم لذلك تلاقي هاتين الإرادتين . ويشير تلاقي الإيجاب والقبول التساؤل حول تحديد الزمان والمكان اللذين يتم فيهما هذا التلاقي ، وذلك لأن تحديد زمان ومكان تلاقيهما يترتب عليه :  
أ- انعقاد العقد من عدمه ، فإذا رجع الموجب عن إيجابه ، أو انتهى الميعاد المضروب، قبل أن يلتقي القبول بالإيجاب ، امتنع انعقاد العقد وضاعت الصفقة على القابل . أما إذا التقى القبول بالإيجاب قبل الرجوع في الإيجاب أو قبل انقضاء الميعاد ، انعقد العقد والتزم به الموجب .

ب- لزوم العقد وإنتاجه لآثاره ، إذ يصبح العقد ملزماً ومنتجاً لآثاره وقت تلاقي القبول بالإيجاب ، فإذا كان العقد بيعاً مثلاً انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري إن كان منقولاً معيناً بذاته ، وكانت الثمار التي ينتجها المبيع من حق المشتري .

أما تحديد مكان انعقاد العقد فيفيد في :

أ- تحديد المحكمة المختصة إقليمياً بالنظر في ما قد ينشأ عن العقد من منازعات .  
ب- وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص ، التي كثيراً ما تخضع العقد لقانون الدولة التي يتم فيها انعقاده .

ولا صعوبة في تحديد زمان ومكان تلاقي الإيجاب والقبول إذا كان المتعاقدان يضمهما مجلس واحد ، إذ يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر ، أو يعرف إشارته ، أو يقرأ كتابه ، أو يفهم أفعاله التي عبر بها عن رضاه ، فيتم العقد في الحال ، في المكان الذي يجمعهما .

ولكن تنثور الصعوبة في حالة التعاقد بين غائبين سواء بالمراسلة أو بوساطة رسول. وفي حالة التعاقد بطريق الهاتف وما يماثله فيما يتعلق بتحديد مكان التعاقد .  
وهنا نفرق بين الإيجاب والقبول .

فبالنسبة للإيجاب ، من المسلم به أنه لا ينتج أثره إلا من وقت علم من وجه إليه فيكون صالحاً لاقتران القبول . لذلك من المتصور أن يعود الموجب فيعدل عن إيجابه قبل علم الموجه له به ، فيحول بذلك دون تحقق وجوده القانوني ، مثال ذلك أن يضع الموجب الرسالة في صندوق البريد ثم يعود ويستردها ، أو أن يبرق للمرسل إليه قبل وصول الرسالة بعدوله عما ورد فيها وتصل البرقية قبل وصول الرسالة الناقلة للإيجاب ، أو قبل علم المرسل إليه بمضمونها .

أما بالنسبة للقبول فقد أخذ المشرع الأردني برأي الفقه الحنفي الذي لا يشترط علم الموجب بالقبول ، بل يتم العقد بمجرد القبول ولو لم يصل إلى علم الموجب . فنص في المادة (151) من القانون المدني على أنه " إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك .

لذلك إذا كان الموجب يريد أن يعلم بالقبول كشرط لانعقاد العقد عليه أن يشترط ذلك في الإيجاب الموجه إلى الطرف الآخر . فإذا لم يتفق على ذلك ولم يكن هناك نص قانوني يشترط علم الموجب بالقبول لانعقاد العقد ، انعقد العقد حال صدور القبول. وهذا الحكم هو الأنسب في المسائل التجارية .

#### **التعاقد بالهاتف :**

نصت المادة (102) من القانون المدني على أنه " يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد حين العقد ، وأما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين في المجلس " . واعتبر التعاقد بالهاتف واقعاً بين حاضرين فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد أمر ظاهر لأن انتقال الصوت بالهاتف يجعل الطرفين من حيث الزمان في " مجلس العقد " إذ يعلم الموجب بالقبول فور صدوره ، لذلك إذا وجه الإيجاب دون تحديد موعد لقبوله ولم يصدر القبول في المجلس ، أي في خلال المكالمة الهاتفية ، سقط الإيجاب . أما من حيث المكان فشأن المتعاقدين في ذلك شأن التعاقد بين الغائبين اللذين تفرقهما شقة المكان، لذلك يعتبر التعاقد بالهاتف قد تم في المكان الذي صدر فيه القبول ما لم يتفق على خلاف ذلك .

### أثر موت أحد المتعاقدين أو فقدته الأهلية على الإيجاب والقبول :

لم يبين القانون المدني حكم هذه الحالة، لذلك نأخذ بما استقر عليه الفقه الإسلامي، إذ لا ينعقد العقد عند جمهور الفقهاء إذا صدر إيجاب وقيل القبول مات أحد المتعاقدين أو فقد أهليته لأن موت الموجب يبطل الإيجاب ، لأن الإيجاب إرادة تنتهي بالموت ، ولأن الموت ينقضي به مجلس العقد لأنه أقوى من التفريق بالأبدان ومن الإعراض بالأفعال والأقوال ، ونفس الحكم إذا مات من وجه إليه الإيجاب قبل القبول ، ولا يكون لورثته أن يقبلوا التعاقد ، فخيار القبول لا يورث. وكذلك الحال إذا فقد أحد المتعاقدين أهليته قبل القبول بأن جن مثلاً .

أما إذا صدر القبول موافقاً للإيجاب ، ثم حدث أن مات أحد المتعاقدين أو فقد أهليته، فإن العقد يتم لأن كلا من الإيجاب والقبول قد صدر من أهل له ، ثم حدث الموت أو الوفاة بعد ذلك ، ويحل الورثة أو الوصي محل المتعاقد الذي مات أو فقد أهليته .

**المطلب الرابع**  
**مرحلة تمهيدية في التعاقد**  
**الوعد بالتعاقد – والعربون**  
**الفرع الأول**  
**الوعد بالتعاقد**

قد يرغب شخص في التعاقد ، لكنه لا يكون مستعدا للتعاقد في الحال فهل يجوز أن يبرم وعدا بالتعاقد ؟

في الإجابة على هذا التساؤل نجد جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية وأهل الظاهر يقولون إن الوفاء بالوعد غير لازم قضاء فليس للموعد مطالبة الواعد قضاء بالوفاء به . وهذا الرأي مطبق عندنا في الضفة الغربية .

بينما أخذ القانون المدني الأردني لسنة 1976 بإلزام الواعد بالوفاء بالوعد عملا بأحد الأقوال عند المالكية وبما قاله ابن شبرمه " الوعد كله لازم ويقضى به على الواعد ويجبر " . وذلك توسعة على الناس في التعامل لما في ذلك من فوائد عملية لا تخفى ، ولما تقتضيه ضرورات التعامل . فهناك ظروف تحمل الموعد له أن يقف البت في العقد حتى يتبين أمره ، وهو في الوقت ذاته لا يأمن أن يعدل الطرف الآخر عن الصفقة إذا لم يستوثق منه بوعده بقبده . (1)

**الفرع الثاني**

---

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ص 99 .

## العربون

العربون هو مبلغ من المال ، يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت التعاقد ، وهو نوعان .

### (1) عربون التأكيد :

حيث يبرم المتعاقدان عقدا باتا ، ولتأكيد انعقاد العقد يدفع أحدهما قسطا من التزامه كعربون ، ويقبله الطرف الآخر للدلالة على بدء تنفيذ الطرفين للالتزاماتهما .  
ويعد العربون في هذه الحالة مجرد دفعة على الحساب تخصم من التزامات من دفعه ، ولا يجوز لمن دفع العربون في هذه الحالة أن يتخلص من التزامه بترك المبلغ الذي سلمه للمتعاقد الآخر ، بل يجب عليه أن ينفذ التزامه وفقا للقواعد العامة .  
فإذا رفض أحد الطرفين تنفيذ التزامه كان للطرف الآخر طلب التنفيذ العيني ، أو طلب فسخ العقد . وله في الحالتين أن يطلب تعويضا إذا أصابه ضرر ، ويقدر التعويض بصرف النظر عن قيمة العربون ، فقد يكون التعويض أكثر أو أقل من قيمة العربون . وعربون التأكيد متفق على جوازه في الفقه الإسلامي، وهو المطبق في الضفة الغربية.

### (2) عربون العدول :

وهو ما نص عليه القانون المدني الأردني في المادة (107) أخذا برأي الحنابلة وبعض المالكية ، ونصها :  
"1- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .  
1- فإذا عدل من دفع العربون ففده وإذا عدل من قبضه رده ومثله ."  
فالعربون يعد ثمنا لحق كل من المتعاقدين في العدول عن العقد ، وهذا يدل على أن المتعاقدين لم يقصدا الارتباط بالعقد نهائيا . كما يثبت الحق في العربون ولو لم يترتب على العدول ضرر . فإذا وقع ضرر بسبب العدول يتجاوز مقدار العربون يجوز المطالبة بتعويض أكبر وفقا للقواعد العامة .

## المطلب الخامس التعاقد بوساطة النائب (النيابة في التعاقد)

### تعريف النيابة :

النيابة هي حلول إرادة شخص (يسمى النائب) محل إرادة شخص آخر (يسمى الأصيل) في إبرام تصرف قانوني ، مع إضافة آثار هذا التصرف إلى شخص الأصيل كما لو كان هو الذي أبرم التصرف بنفسه ، فيكسب ما ينشأ عنه من حقوق ويكون مديناً بما ينشأ عنه من التزامات .

### صور النيابة :

للنيابة صورتان :

**الصورة الأولى :** النيابة الاتفاقية أو الإرادية ، يستمد النائب فيها صفته من إرادة الأصيل ، ومثالها الوكالة على اختلاف صورها .

- البائع في المحل التجاري يعقد البيوع نيابة عن صاحب المحل .

**الصورة الثانية :** النيابة القانونية ، وتكون عندما يقيم القانون شخصاً معيناً نائباً عن شخص آخر في إبرام التصرفات القانونية ، كما هو الحال في الولي ، والوصي ، والقيم ، والسنديك (مأمور التفليسة) ، والحارس القضائي .

### شروط النيابة :

يشترط لنفذ تصرفات النائب في حق الأصيل ثلاثة شروط هي :

1- حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل فيما ليس فيه تعليمات للأصيل . فالنائب في تعاقدته يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، وهو يتمتع بقسط من الحرية في اتخاذ القرار .

وهو يختلف عن الرسول الذي يقتصر دوره على نقل عبارة المرسل إلى المرسل إليه دون أن يكون لرأيه أي دور .

2- تعامل النائب باسم الأصيل ولحسابه. ويجب أن يعلم المتعاقد الآخر بوجود النيابة. سواء صرح له النائب بذلك ، أو علم من ظروف الحال ، مثال ذلك المستخدم في محل تجاري الذي يبيع بضاعة صاحب المحل فيفترض في المشتري العلم بأن المستخدم نائب عن صاحب المحل .

أما إذا تصرف النائب باسمه ولم يكن من تعاقد معه يعلم بوجود النيابة ، فإن النيابة تبقى مقصورة على علاقته بالأصيل ، وفي هذه الحالة تتصرف آثار العقد إلى النائب دائناً أو مديناً ، وبعد ذلك يرجع النائب على الأصيل بموجب العقد الذي ينظم العلاقة بينهما ، كالوكالة .

3- التزام حدود النيابة، وحدود النيابة القانونية يبينها القانون. أما حدود النيابة الاتفاقية فيحددها الاتفاق أي عقد الوكالة أو عقد العمل مثلاً .

فإذا تجاوز النائب حدود النيابة فقد صفة النائب، ولا ينفذ تصرفه في حق الأصيل ، بل يكون موقوفاً على إجازته، فإن أجازته صراحة أو ضمناً تعد الإجازة اللاحقة كالإجازة السابقة .

**مثال :** شخص وكل شخصاً آخر بتأجير عقار مثلاً فقام ببيعه .

فيكون هذا البيع غير نافذ في حق الأصيل ولا يلزمه بنقل ملكية العقار إلى المشتري .

ولكن إذا أجاز الأصيل هذا البيع فإنه يلتزم به .

أما إذا رفض إجازته لا يكون أمام المشتري (الغير) إلا الرجوع على النائب (الوكيل) بالتعويض وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية .

ولكن هناك استثناء من هذه القاعدة ، يقضي بنفاذ التصرف في حق الأصيل رغم

انتفاء النيابة أو تجاوزها ، وذلك بشرطين :

- 1- أن يكون المتعاقد مع النائب حسن النية لا يعلم أن النائب تجاوز حدود نيابته .
- 2- وأن تكون لديه أسباب قوية تدعوه إلى الاعتقاد بأن النائب يتعاقد في حدود نيابته .  
ومن تطبيقات هذا الاستثناء في القانون المدني :
  - أ- أن يجهل النائب ومن تعاقد معه مع انقضاء النيابة وقت إبرام العقد . مثل أن يجهلا موت الأصيل أو إلغاء التوكيل .
  - ب- أن يكون التصرف أكثر نفعا للموكل .

### آثار النيابة :

- 1- تنشأ علاقة بين الأصيل والغير الذي تعاقد مع النائب ، ويعتبر الأصيل طرفا في التعاقد ، وتتصرف إليه آثار العقد فيكسب الحقوق الناشئة عن هذا العقد ويطالب المتعاقد الآخر بها ، كما يقع على عاتقه كل ما يترتب عليه من التزامات ويكون للمتعاقد الآخر أن يطالبه بها مباشرة .
- 2- ينتهي دور النائب بمجرد إبرام العقد ، ويصبح أجنبيا عن العقد إلا إذا كانت النيابة تشمل تنفيذ العقد.

### تعاقد النائب مع نفسه :

المبدأ العام هو عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه نيابة عن شخص آخر ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر بحيث يكون نائباً لطرفي العقد .  
وسبب هذا المنع التعارض بين مصالح طرفي العقد يخشى معه الإضرار بالأصيل .  
فالنائب في هذه الحالة يتحكم بإرادته وحده في مصلحتين متعارضتين ، مصلحة الأصيل من جهة ومصلحة النائب نفسه أو مصلحة الشخص الآخر الذي تعاقد لحسابه من جهة أخرى .

- ويعد تعاقد النائب مع نفسه تجاوزاً لحدود النيابة ، لذلك فإن العقد الذي يبرمه النائب مع نفسه لا يلزم الأصيل ، إلا إذا أجازته .
- واستثناء من هذا المبدأ العام يجوز للنائب أن يتعاقد مع نفسه في الحالات الآتية :
- 1- إذا سمح الأصيل للنائب أن يتعاقد مع نفسه ، أو إذا أقر التعاقد بالفعل بعد تمامه لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق .
  - 2- إذا أجاز القانون تعاقد الشخص مع نفسه ، من ذلك أن للأب أو الجد أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر ، فله أن يبيع ماله من الصغير أو يبيع مال الصغير من نفسه ولو بغبن يسير إذا كان حسن التدبير أو مستور الحال . وإن كان سيئ التدبير فتشترط الخيرية ، بأن يبيع للقاصر بأقل من ثمن المثل أو أن يشتري منه بأكثر من ثمن المثل على وجه يكون للقاصر فيه مصلحة ظاهرة .
  - 3- إذا قضت قواعد التجارة بجواز تعاقد النائب مع نفسه، من ذلك مثلاً إباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي العقد وفقاً لقواعد القانون التجاري .

## المطلب السادس

### صحة التراضي

لكي يكون التراضي صحيحاً يجب أن يصدر عن ذي أهلية ، عن وعي حر ، وأن يكون خالياً من أي عيب من العيوب . وقد تناولنا أحكام الأهلية في نظرية الحق لذلك نحيل إليها .

أما عيوب الإرادة التي تفسد الرضا فهي كما وردت في القانون المدني : الإكراه،  
التغيير والغبن، والغلط .

## الفرع الأول الإكراه

### تعريف الإكراه :

عرفت المادة 948 من مجلة الأحكام العدلية الإكراه بأنه " إجبار أحد على أن  
يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالإخافة ".  
وعرفته المادة (135) من القانون المدني بأنه " إجبار الشخص بغير حق على أن  
يعمل عملاً دون رضاه " .  
فالإكراه إذن هو ضغط على إرادة المتعاقد يفسد رضاه فيضطره إلى التعاقد ، رغم  
عدم رغبته في تحمل الآثار التي تترتب على العقد .  
فالمكره إرادته موجودة ولكن خير بين ضررين هما إبرام العقد أو يقع به المكروه  
الذي هدد به ، فاختار أهونهما ، إلا أن الإرادة التي صدرت منه ليست حرة مختارة .

### والإكراه نوعان :

إكراه مادي ، إذا بدء المكره في إلحاق الضرر بالمكره بالفعل كأن يقوم بضربه  
ضرباً مبرحاً أو تعذيبه فيضطر إلى قبول العقد تخلصاً من استمرار الألم . وهو نادر في  
الوقت الحاضر  
وإكراه معنوي ، فيكون بالتهديد بإلحاق ضرر معين بالشخص لحمله على توقيع  
العقد فيقوم بتوقيعه خوفاً من وقوع الضرر المهدد به تقادياً للألم المستقبل . وهذا النوع  
هو الأكثر وقوعاً لذلك ينصرف إليه الكلام في الغالب .

ويعد الإكراه عيباً من عيوب الرضا يؤثر في التصرفات القانونية سواء كان تهديداً بخطر جسيم محقق يلحق بالجسم أو المال (ويسمى الإكراه الملجأً)، كالتهديد بالقتل ، أو بحرق المزروعات ، أو بإذاعة أسرار تمس الشرف والاعتبار .  
أم كان موجباً للغم والألم فقط (ويسمى إكراهاً غير ملجأً) ، كالضرب غير المبرح ، والحبس غير المديد .

### شروط الطعن بالإكراه :

يشترط في الإكراه حتى يعد عيباً من عيوب الرضا شرطان هما :

- 1- عدم مشروعية التهديد : أي أن يكون دون حق ، وذلك بأن يكون الغرض من التهديد غير مشروع ، سواء كانت وسيلة التهديد مشروعاً أم غير مشروعاً<sup>(1)</sup> .
  - 2- أن يبعث التهديد رهبة في نفس المتعاقد تحمله على التعاقد ، ويكون ذلك :
    - أ- إذا كان المكره بالوسيلة التي اختارها للإكراه قادراً على تحقيق ما هدد به.
    - ب- أن يغلب على ظن المكره وقوع ما هدد به إن لم يفعل ما أكره عليه . بمعنى أن الرهبة من الخطر قد أحاطت فوراً بالتعاقد ، فلم يجد لدفع الخطر غير قبول التعاقد . سواء كان وقوع الخطر ذاته حالاً أم مستقبلاً .
- وجسامة الخطر والتناسب بين وسيلة الإكراه والعمل الذي يراد بالإكراه على إتيانه ، أمر يقدره قاضي الموضوع وفق الحالة النفسية للشخص الذي وقع عليه التهديد ، فهو يختلف باختلاف الأشخاص وسنهم ، وحالتهم

---

(1) وسيلة تهديد مشروعاً ، مثل تهديد تاجر بإعلان إفلاسه ، أو تهديد شخص بالإبلاغ عن جريمة ارتكبها إذا لم يوقع على عقد معين أو يدفع مبلغاً معيناً .  
وغير مشروعاً كالتهديد بالقتل أو التشهير بالشخص لوجود علاقة له بامرأة معينة .

الصحية والاجتماعية . مع مراعاة ظروف الزمان والمكان ، فالليل غير النهار ، والمنطقة النائية غير المنطقة الأهلة القريبة من رجال الأمن . والخطر إما أن يتهدد المتعاقد نفسه في جسمه أو ماله أو شرفه ، وإما أن يهدد شخصا تربطه بالمتعاقد رابطة القرابة أو النسب أو الصداقة الحميمة . ويقدر القاضي علاقة المتعاقد بمن يتهدده الخطر في كل حالة وفق ظروفها الخاصة .

#### **ممن يصدر الإكراه :**

يصدر الإكراه

- 1- من أحد المتعاقدين .
- 2- من الغير .
- 3- كما قد يتهيأ مصادفة . كما لو أشرف طفل على الغرق فاستغل شخص هذا الظرف ليحصل من والده على تعهد بدفع مبلغ كبير من المال إذا قام بإنقاذه . أو كان مريض في حالة خطر فاستغل الطبيب ذلك للحصول على تعهد بدفع أجر باهظ نظير إسعافه أو إجراء عملية جراحية له ... الخ.

#### **حكم الإكراه :**

يكون العقد موقوفا على إجازة المكروه أو وراثته بعد زوال الإكراه عنه .

### **الفرع الثاني**

#### **التغريب المقترن بغبن فاحش**

**التغريير :** هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به لولاها .  
**أما الغبن :** فهو أن يكون أحد البديلين في عقد المعاوضة غير متعادل مع الآخر في القيمة . كأن يبيع السلعة بثمن بخس فيتضمن غبنا للبائع ، أو بثمن مرتفع ارتفاعاً فاحشاً فيتضمن غبناً للمشتري .  
والغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقوضين (أي تقدير الخبراء) .

**شروط الطعن في العقد بالتغريير المقترن بغبن :**

(1) استعمال طرق احتيالية .

أي اتخاذ مسلك معين من شأنه أن يخدع الرجل العادي ، بنية تضليل المتعاقد الآخر ، ويتخذ أحد الأساليب الآتية :

أ- التغريير بالفعل ، كأن يتقدم للكشف الطبي شخص غير المؤمن .

ب- التغريير بالقول ، كالإدلاء ببيانات كاذبة مع علم من أدلى بها أن المتعاقد الآخر يعلق عليها أهمية كبيرة ، بحيث ما كان ليتعاقد لولا التأكيدات غير الصحيحة التي صدرت في شأنها مثل بيع الأمانة (المرابحة) ، الكذب بالنسبة للخبرة السابقة ، إعطاء شركة التأمين بيانات كاذبة لإخفاء خطر قد يتعرض له الشخص المؤمن .

ج- التغريير بالكتمان، إذا كتم أمراً خطيراً يجب الإفصاح عنه نزولاً على حكم القانون أو الاتفاق، أو طبيعة العقد وما يحيط به من ظروف وملابسات، لا يستطيع المتعاقد الآخر معرفته من طريق آخر. مثال ذلك كتمان المؤمن على حياته لمرض أصابه قبل التأمين، أو أن شخصاً هدده بالقتل لعداء قديم بينهما ... الخ .

(2) نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع :

فالتغريب يفترض سوء نية المغرّر، وتعتمده خداع المغرر به لحمله على التعاقد، فإذا تم إعطاء المعلومات غير الصحيحة أو السكوت عن ذكر واقعة جوهرية ، بحسن نية أو نتيجة للإهمال في تحري الحقيقة ، فلا يعد ذلك تغريباً ، فعرض البضاعة في أحسن صورة بغرض الترويج لها لا يعد تغريباً حتى لو بالغ في الدعاية لبضاعته ما دام ذلك مألوفاً في التعامل ولا يخدع الرجل العادي .

وكذلك إذا كان الغرض من التضليل مشروعاً انتفى التغريب، كما لو استعمل المودع طرماً احتيالية للحصول على إقرار بالوديعة من المودع لديه بعد أن تبين له أنه شخص غير أمين .

### (3) أن تكون الحيلة مؤثرة :

ويتحقق ذلك إذا كانت الوسيلة المستخدمة هي التي دفعت الشخص الآخر إلى التعاقد ، أو أنه أغرته بقبول شروط أبهظ . مثال :

بيع النجش ، بأن يزيد بعض الناس في ثمن السلعة، لا رغبة في شرائها، ولكن ليخدع غيره فيعتقد أن السلعة تساوي السعر المعروف ويثير رغبة غيره في شرائها ويرفع سعرها . أو أن يتفق المشتري مع منافسيه ممن يرغبون في المزايدة على أن يكفوا ، فيتمكن من شراء السلعة بثمن بخس .

### (4) أن يقترن التغريب بغبن فاحش .

#### جزاء التغريب :

يكون العقد صحيحاً ولكن غير لازم ، فيجوز فسخ العقد . كما يستطيع من أصابه التغريب بضرر المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لأن التغريب عمل غير مشروع ، فضلاً عما يمكن أن يشكل جريمة نصب أو غش تجاري تستوجب العقوبة الجنائية .

### سقوط الحق في الفسخ :

يسقط الحق في طلب الفسخ بالتغيير المقترن بغين فاحش :

- 1- إذا مات المغرور الذي له الحق في الفسخ ، فلا ينتقل حق الفسخ إلى ورثته من بعده .
- 2- إذا تصرف المغرور في المعقود عليه كله أو بعضه تصرفاً يتضمن الإجازة . وهو عالم وقت التصرف بالعيب اللاحق بالعقد وراغب في تصحيحه ، كأن يبيع الشيء محل العقد لشخص آخر .
- 3- إذا استحال على المغرور إعادة المعقود عليه للطرف الآخر بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد ، كما لو :
  - أ- هلك عنده .
  - ب- أو قام باستهلاكه إذا كان من المواد التي تستهلك بمجرد الاستعمال مثلاً .
  - ج- أو إذا تعيب الشيء وهو في يد المغرور بعيب جديد .
  - د- أو إذا طرأت زيادة على الشيء المعقود عليه كما في طرح النهر أو التناج بالنسبة للحيوانات .

### الفرع الثالث

#### الغلط

تعريفه :

يعرف الغلط عادة بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع ، بأن تكون هناك واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها ، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها.

والغلط المقصود هنا هو ما ينزلق إليه الشخص من تلقاء نفسه ، أي الغلط التلقائي أو البسيط ، فلا يشمل الغلط الناشئ عن التغير .  
ويشترط حتى يؤثر الغلط في العقد أن يكون ظاهراً ، أما إذا كان الغلط باطنياً فقط فلا يترتب عليه حكم .

ويكون الغلط ظاهرياً في الحالات الآتية :

- 1- إذا كشف العاقد عن إرادته صراحة (فيما تضمنته صيغة العقد) ، وذلك بأن يعين العاقد للعاقد الآخر الشيء المعقود عليه تعييناً نافياً للجهالة ، وأن يذكر له جميع الأوصاف التي يشتمل عليها الشيء بحيث لو فات وصف منها لرغب عن التعاقد .
- 2- استخلاص الإرادة ضمناً من الملابس وظروف الحال ، فمن باع حجراً في سوق الجواهر دل على أنه يبيع جوهرة ، فإن لم تكن كذلك كان للمشتري ردها وإن لم يشترط صراحة في العقد .
- 3- استخلاص الإرادة ضمناً من طبائع الأشياء ، من ذلك اتجاه الإرادة إلى خلو الشيء من العيب ، إذ طبيعة الأشياء أن يكون الشيء سليماً ، فإذا ظهر في المبيع عيب كان للمشتري خيار العيب .

ويكون الغلط معيباً للرضا<sup>(1)</sup> إذا كان الغلط في وصف مرغوب فيه، وحالاته هي:

---

(1) هناك غلط لا يؤثر في الرضا لأنه لا صلة له بتكوين الإرادة ، وحالاته الغلط في الحساب أو الكتابة (غلط مادي يجب تصحيحه)، والغلط في صفة عرضية كنوع

- 1- الغلط في صفة مرغوبة في محل العقد ، كما لو اشترى ياقوتا على أنه أحمر فإذا هو أصفر ، أو اشترى بقرة فإذا هي ثور .
- 2- الغلط في ذات المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار، كمن تبرع لشخص معين، ثم تبين أن المتبرع له شخص آخر يحمل الاسم ذاته .
- 3- الغلط في صفة المتعاقد ، كأن يعهد إلى مهندس زراعي بالإشراف على مزرعته ثم تبين أنه لا يحمل شهادة فنية وأنه غير كفء في عمله .
- 4- الغلط في القانون ، كمن باع نصيبه في الشركة معتقداً أنه يرث الربع بينما يرث النصف مثلاً (2) .

### حكم الغلط المعيب للرضا :

يكون العقد صحيحاً وناظراً ولكنه غير لازم ، فيجوز للعاقدين الذي وقع في الغلط فسخ العقد .

## المطلب السابع

### مراتب انعقاد العقد

---

ورق الكتاب أو أسلوبه ، والغلط في قيمة الشيء ، والغلط في الباعث الدافع إلى التعاقد ، والغلط في شخص المتعاقد إذا لم يكن محل اعتبار في العقد .  
وهناك غلط مانع ينعدم معه الرضا فيمنع من انعقاد العقد وحالاته الغلط في ماهية العقد أو في الإيجاب والقبول ، والغلط في شرط من شروط الانعقاد ، والغلط في محل العقد سواء كان في جنسه أم في وجوده .  
(2) ولكن لا يجوز فسخ العقد بسبب غلط في القانون في عقد الصلح والإقرار القضائي.

ينقسم العقد بالنسبة لأثر توفر وعدم توفر أركانه وشروط انعقاده إلى عقد صحيح، وعقد فاسد ، وعقد باطل (1) . ونتناول كل واحد منها بإيجاز في فرع على التوالي .

## الفرع الأول العقد الصحيح

العقد الصحيح هو العقد السليم من الخلل في أركانه وأوصافه . ويكون العقد كذلك إذا تحقق فيه ما يأتي :

- 1- توفر شروطه من رضا ، وتطابق الإيجاب والقبول .
- 2- توفر الأهلية في المتعاقدين .
- 3- توفر الشروط اللازمة في المحل .
- 4- توفر الشروط اللازمة في السبب .

والعقد النافذ إما أن يكون لازماً فلا يستطيع أحد طرفيه أن يستقل بفسخه كالبيع والإيجار ، وإما أن يكون غير لازم بطبيعته كالوديعة بدون أجر ، والوكالة ، والعارية. أو لأن أحد العاقدين ثبت له حق الرجوع كما في الغلط والتغيرير المقترن بغبن ، أو لأنه ثبت له خيار الشرط أو خيار الرؤية أو خيار العيب أو خيار التعيين .

ولكن قد يكون العقد الصحيح غير نافذ أي لا ينتج أثره لتخلف شرط من شروط صحته . ويسمى في هذه الحالة بالعقد الموقوف ، لأن نفاذه موقوف على إجازة شخص معين ، فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل .

---

(1) العقد الفاسد انفرد به الفقه الحنفي وأخذت به مجلة الأحكام العدلية كما أخذ به القانون المدني الأردني .

ومن حالات العقد الموقوف :

- 1- تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر .
- 2- تصرف الفضولي في مال غيره .
- 3- تجاوز النائب حدود نيابته .
- 4- تصرف المكره .

## الفرع الثاني

### العقد الفاسد

العقد الفاسد هو عقد أركانه وشروطه سليمة ، ولكن صاحب انعقاده وصف منهني عنه أفسده ، لذلك يجب فسخه لاقترانه بالوصف المنهني عنه ، فإذا زال سبب فساده صح.

والأسباب التي تجعل العقد فاسدا في المذهب الحنفي بالرغم من انعقاده هي :

- 1- الغرر في وجود المحل أو في تعيينه .
- 2- أن يكون مقدور التسليم ولكن بضرر .
- 3- الشرط الفاسد .
- 4- الربا .

والعقد الفاسد لا يترتب عليه أثر ، ولا تلحقه الإجازة ، ولكل من عاقديه أو ورثته من بعده الحق في طلب فسخ العقد بعد إعدار العاقد الآخر . ولكن إذا زال سبب الفساد فإنه ينقلب إلى عقد صحيح .

## الفرع الثالث

### العقد الباطل

- العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه ، ويكون ذلك في الحالات الآتية :
- 1- إذا اختل ركن فيه مثل عدم تطابق الإيجاب والقبول ، أو صدور الرضا من غير المميز والمجنون .
  - 2- عدم توفر أحد شروط المحل أو السبب .
  - 3- عدم توفر الشكل الذي قرره القانون إذا كان العقد من العقود الشكلية .

والعقد الباطل لا يترتب عليه أي أثر لأنه عقد معدوم ولا وجود له إلا من حيث الصورة فقط . لذلك لا يملك أي من المتعاقدين جبر الآخر على تنفيذه . وإذا حدث أن نفذه العاقد باختياره فإنه لا يترتب عليه أثره ، فلا يملك المشتري المبيع ولو قبضه ، وللمتعاقدين أن يسترد ما سلمه سواء أعلم بالبطلان عند التسليم أم لم يعلم .  
ولكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلان العقد ، كما أن للمحكمة أن تقضي ببطلان العقد من تلقاء نفسها ، أي ولو لم يطلب منها ذلك المدعي أو المدعى عليه .

## الفصل الثاني آثار العقد

القاعدة العامة أن آثار العقد تنفذ في حق العاقدين ولا تنصرف إلى الغير ، فلا يلتزم بها ولا يفيد منها غيرهما . وهذا ما يعرف بقصور حكم العقد على العاقدين أو نسبية آثار العقد .

ونقصد بالغير هنا من لم يكن طرفا في العقد . أما طرف العقد فهو يشمل العاقد نفسه كما يشمل خلفاءه وهم من يمثلهم في العقد والخلف إما أن يكون خلفا عاما ، وإما أن يكون خلفا خاصا .

### 1- الخلف العام

الخلف العام هو من يخلف السلف في ذمته المالية كلها أو في جزء منها ، وهو الوارث أو الموصى له بحصة شائعة من التركة كالخمس أو الثلث مثلا . وهذه الصفة لا تلحق بالشخص إلا في حالة وفاة السلف فقط .

والقاعدة العامة أن آثار العقد تنصرف إلى الخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث<sup>(1)</sup>، ومعنى ذلك :

⇒ أن حقوق المتعاقد تنتقل إلى الورثة كاملة ، فإذا كان له ثمن مبيع مثلا عند شخص كان لورثته أن يطالبوا المدين بسداده .

⇒ أما التزامات السلف وديونه فلا يلزم الورثة بها إلا في حدود التركة ، فلا تركة إلا بعد سداد الديون ، فإذا لم تكف موجودات التركة للوفاء بديون المتوفى ، لا يلزم

---

(1) هناك استثناءات على هذه القاعدة العامة نصت عليها المادة 206 من القانون المدني الأردني لا تنفذ فيها آثار العقد على الخلف العام .

الورثة بسدادها من أموالهم الخاصة ، وإنما يستحب ذلك دون إلزام لأن نفس الميتم مرتبهة بدينه إلى أن يقضى عنه .

## 2- الخلف الخاص

الخلف الخاص هو من يخلف الشخص في ملكيته شيء معين بالذات ، أو في حق عيني آخر عليه ، كالمشتري ، والموهوب له ، والدائن المرتهن ، والموصى له بعين معينة بالذات .

والأصل أن آثار العقد الذي يعقده السلف لا تنصرف إلى الخلف الخاص .  
غير أنه استثناء من هذا الأصل تنصرف آثار العقد إلى الخلف الخاص إذا توفرت شروط ثلاثة :

- 1- أن يكون العقد ثابت التاريخ وسابقا على كسب هذا الخلف لملكية الشيء .
- 2- أن يكون الحق أو الالتزام من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف وفقا لقاعدة " الفرع يتبع الأصل " .

ويكون الحق من مستلزمات الشيء :

- أ- إذا كان مكملا له كعقد التأمين من الحريق ، وضمان العيوب الخفية .
- ب- إذا كان محددًا للشيء الذي انتقل إلى الخلف ويحد من حرية الانتفاع به مثل قيود البناء ، والرهن ، وحق المرور .
- 3- أن يكون الخلف الخاص قد علم بالحق أو الالتزام الذي يعد من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليه .

## أثر العقد بالنسبة إلى الغير

القاعدة أن أثر العقد لا ينصرف إلى الغير ، فلا يرتب في ذمته التزاما ، ولا يقرر له حقا لأنه أجنبي عنه .

ولكن استثناء من هذه القاعدة أجاز المشرع أن يكتسب الشخص حقا من عقد لم يكن ممثلا فيه ، وأبرز استثناء هو ما تعلق بالاشتراط لمصلحة الغير ومن تطبيقاته عقود التأمين ضد الحوادث وعلى الحياة ، وإصابات العمل ، وعقود الامتياز .

## الفصل الثالث

### تنفيذ العقد وزوال الرابطة التعاقدية

#### المبحث الأول

#### تنفيذ العقد

إذا انعقد العقد صحيحاً وجب تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه ، ويجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . بمعنى أن القاضي يطبق العقد على المتعاقدين ويلزمهما بتنفيذه كما لو كان يطبق قانوناً ، لأن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة فيما بين المتعاقدين . مع ملاحظة أن العقد لا يجوز أن يخالف نصوص القانون الأمره لأنها من النظام العام .

ويترتب على هذه القاعدة نتيجتان :

**الأولى :** أنه لا يجوز نقض العقد ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين عند إبرام العقد أو بعد ذلك باتفاق لاحق أو للأسباب التي يقرها القانون مثل الخيارات ، وجواز تعديل أو إنهاء عقد الوكالة وعقد الوديعة .

**الثانية :** أنه يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع حسن النية ، فمن مقتضى حسن النية مثلاً وجوب الامتناع عن كل عمل من شأنه جعل نقل الحق المبيع إلى المشتري مستحيلاً أو عسيراً . وكذلك على المؤجر أن يمتنع عن كل ما يعوق المستأجر من الانتفاع بالمأجور ، وعلى سائق سيارة الأجرة أن ينقل الراكب من أقرب وأيسر طريق ... الخ .

## جزاء عدم تنفيذ العقد (المسؤولية العقدية)

إذا لم يكن تنفيذ التزام المدين عيناً ممكناً إما لهلاك المحل إذا كان التزاماً بإعطاء شيء ، أو لضرورة قيام المدين به بنفسه إذا كان التزاماً بعمل ، أو لسبق وقوع المخالفة إذا كان التزاماً بامتناع عن عمل ، أو كان التنفيذ العيني ممكناً ولكن لم يطلبه الدائن ولم يعرضه المدين ، فإنه لا يكون في جميع هذه الصور أمام الدائن سوى المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية .

ولكن مجرد عدم التنفيذ لا يستتبع قيام مسؤولية المدين ، بل يجب أن يكون التنفيذ راجعاً إلى خطأ منه . فلا تقوم المسؤولية العقدية إلا إذا توافر خطأ المدين ، وتبع هذا الخطأ ضرر يلحق بالدائن ، وأن يكون هذا الضرر راجعاً إلى الخطأ . وعلى ذلك فإن أركان المسؤولية العقدية هي : الخطأ ، والضرر ، وعلاقة السببية بينهما .

## المطلب الأول

### الخطأ

الخطأ هو انحراف في سلوك المدين يؤدي إلى مؤاخذته . ومعياره هو الانحراف عن سلوك الرجل العادي ، وهي فكرة مجردة يرجع في تحديدها إلى الرجل العادي في طائفة الناس التي ينتمي إليها المدين . فإذا كان المدين مهندساً مثلاً يقارن مسلكه لمعرفة ما إذا ارتكب خطأً بمسلك المهندس العادي إذا وجد في مثل ظروفه<sup>(1)</sup> .

---

(1) يمكن أن يتم تشديد أو تخفيف مقدار العناية المطلوبة إما باتفاق المتعاقدين أو بنص خاص في القانون ، مثل الوكالة بلا أجر حيث يشترط القانون أن يبذل الوكيل في تنفيذ ما وكل به العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد .

والأصل في المسؤولية العقدية هو افتراض وقوع الخطأ من جانب المدين إذا لم ينفذ التزامه في جملته أو في جزء منه أو تأخر في تنفيذه . ولا يستطيع المدين نفي الخطأ عن نفسه إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه .  
والخطأ قد يقع من المدين نفسه ، وقد يقع من شخص آخر يسأل عنه المدين ، ويتحقق ذلك إذا كلف المدين الغير بتنفيذ التزامه ، أو كان التكليف آت من القانون كما هو الشأن لمسؤولية الصغير أو المحجور عليه عن خطأ الولي أو الوصي أو القيم في تنفيذ العقود التي عقدها لحسابه . كما قد يقع الخطأ من شيء في حراسة المدين ، كما لو أصيب راكب في حادث تصادم سيارة ، فإن أمين النقل يكون مسؤولاً مسؤولية عقدية لوجود عقد بينه وبين الراكب ، أساسها فعل الشيء وليس فعل أمين النقل .

## المطلب الثاني

### الضرر

تقوم المسؤولية العقدية على وجوب تعويض المضرور عما لحقه من ضرر . والقاعدة أن إثبات الضرر على الدائن لأنه هو الذي يدعيه .  
وقد يكون الضرر مادياً ، يصيب الشخص في ذمته المالية أو في جسمه ، مثل عدم رد الوديعة أو إصابة المسافر في حادث أثناء السفر . كما قد يكون الضرر أدبياً يصيب الشخص في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي . ولكن فكرة التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية لا زالت محل خلاف في الفقه .  
وقد قصد المشرع الأردني التعويض على الضرر الواقع فعلاً ، أي على الخسارة التي لحقت الدائن فعلاً دون الربح الذي فاتته . غير أن التقدير النهائي للتعويض عن الضرر الواقع فعلاً قد لا يكون متيسراً للقاضي عند نظر الدعوى ، وفي هذه الحالة يجوز

للقاضي الحكم بتعويض مؤقت على أن يعاد النظر في الحكم خلال فترة معقولة يحددها القاضي ، وفي نهايتها يمكن إعادة النظر والحكم للمضور بتعويض إضافي إذا اقتضى الأمر ذلك .

أما إذا كان الضرر محتمل الوقوع أي قد يقع وقد لا يقع في المستقبل ، فلا محل لطالب التعويض عنه في الحال ، بل يجب الانتظار حتى يتحقق فعلا . كما لو أصيب مسافر في حادث تصادم ، فالإصابة ضرر محقق يعرض عنه في الحال ، أما ما قد ينشأ عنها من فقد عضو في جسده كقدمه أو ذراعه فضرر محتمل ، ولذا لا يعرض عنه إلا إذا تحقق الضرر فعلا .

### المطلب الثالث

#### علاقة السببية

حتى تقوم المسؤولية العقدية يجب إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، أي بين فعل المدين والضرر الذي أصاب الدائن . ويتم ذلك وفق القواعد العامة . أي أن على المدعي أي الدائن إثبات ما يدعيه من أن الضرر اللاحق به نتيجة لخطأ المدين في عدم تنفيذ التزامه ، ويكفي أن يثبت أن هذا الضرر الذي أصابه هو نتيجة معقولة لخطأ المدين . فإن أثبت ذلك قامت قرينة قضائية على علاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الذي أصاب الدائن .

فإذا أراد المدين أن يدفع المسؤولية عن نفسه يكون عليه أن يثبت أن الضرر يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه ، كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر .

## المبحث الثاني زوال الرابطة التعاقدية

تزول الرابطة التعاقدية بأحد الأسباب الآتية :

### 1- الانقضاء

تزول الرابطة التعاقدية بالانقضاء بعد أن تكون قد استنفذت أغراضها ، كما هو الشأن في الوفاء بالالتزام التعاقدية . مع ملاحظة وجوب التفرقة بين العقود الفورية ، وعقود المدة :

- (أ) العقد الفوري ، كالبيع مثلا ، ينقضي بتنفيذ ما يربته من التزامات في ذمة كل من الطرفين .
- (ب) عقد المدة ، مثل عقد الإيجار وعقد العمل ، ينقضي بانقضاء المدة المحددة له .

### 2- الرجوع

قد يقرر المشرع لأحد المتعاقدين حق العدول عن العقد الصادر منه بالرجوع فيه بإرادته وحدها، كما هو الشأن في الهبة ، إذ للواهب أن يرجع في الهبة قبل القبض دون رضا الموهوب له .

وله أن يرجع فيها بعد القبض بقبول الموهوب له وفي هذه الحالة يعتبر الرجوع في الهبة إقالة .

كما أنه إذا لم يقبل الموهوب له الإقالة ، يجوز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها متى كان يستند إلى سبب مقبول ، ما لم يوجد مانع من الرجوع .

### 3- الإنهاء

الإنهاء هو تعبير عن إرادة واحدة يحل بها الرابطة التعاقدية بالنسبة إلى المستقبل دون أن ينسحب أثر ذلك إلى الماضي .  
ولا يكون الإنهاء إلا بالنسبة إلى العقود التي حددها المشرع وأجاز فيها حل الرابطة التعاقدية بإرادة منفردة ومن ذلك الوكالة، والعارية، والوديعة، وغير ذلك من العقود التي نص عليها المشرع .  
وفي هذه الحالات يجب على من له حق إنهاء العقد ألا يتعسف في استعمال هذا الحق ، كاستعماله في ظروف غير مواتية للطرف الآخر ، وإلا لزمه التعويض .

### 4- الإقالة

يتم إنهاء العقد باتفاق لا حق بين المتعاقدين يسمى بالتقابل أو الإقالة . والإقالة تعتبر عقداً جديداً يتم بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين . ويشترط في صحة الإقالة وفق المادة 244 مدني ما يأتي :  
1- سلامة الرضا من العيوب .  
2- المجلس ، فالإقالة عقد لذا يشترط لها المجلس كغيرها من العقود .  
3- قيام المبيع وقت الإقالة، وإذا هلك بعض المبيع صحت الإقالة في الباقي بقدر حصته من الثمن.

#### طبيعة الإقالة :

1- تعتبر الإقالة فسخاً في حق العاقدين لذا يتعين إعادة كل منهما إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد .

2- بينما تعتبر الإقالة عقداً جديداً في حق الغير، لذا فإنها لا يمكن أن تضر بحقوقه. فإذا قرر المشتري على المبيع قبل الإقالة حقاً للغير كالرهن، يبقى هذا الحق قائماً بعد الإقالة .

## 5- الفسخ

### معنى الفسخ :

معنى الفسخ ، انتهاء العقد قبل تنفيذه أو قبل تمام تنفيذه بسبب إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه . فالفسخ هو جزء عدم تنفيذ العقد . وهو يكون في العقود التبادلية ، أي العقود الملزمة للجانبين . ويجوز أن يتفق في العقد صراحة على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه ، ويسمى الفسخ في هذه الحالة بالفسخ الاتفاقي . كما يجوز للدائن أن يلجأ للقضاء لطلب فسخ العقد ويسمى الفسخ في هذه الحالة بالفسخ القضائي .

## 6- انفساخ العقد وتحمل التبعة

- 1- ينفسخ العقد من تلقاء نفسه بقوة القانون إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمتعاقد فيه . وينقضي معه الالتزام المقابل ، مثل هلاك المبيع المعين بالذات بقوة قاهرة قبل تسليمه كحصان مثلاً ، إذ يستحيل على البائع أن يجد مثله ليوفي التزامه فلا يقدر على تسليم المبيع ، ولا يجب على المشتري الوفاء بالثمن ، وينفسخ البيع بحكم القانون .
- 2- أما إذا كانت استحالة التنفيذ جزئية في العقود الفورية (أو وقتية في عقود المدة) كهلاك بعض المبيع في يد البائع قبل تسليمه للمشتري ، يخير المشتري بين فسخ العقد وبين أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن .
- 3- فإذا اختار الدائن الفسخ وجب عليه إعلان إرادته إلى المدين .

4- ولكن حتى لا يتعسف الدائن في استعمال حقه يفضل النص على وجوب الالتجاء إلى القضاء ليتأكد من أن الاستحالة الجزئية في تنفيذ الالتزام ليست من التقاهة أو البساطة بحيث لا تستأهل فسخ العقد .

#### **تحمل التبعة :**

يتحمل المدين في العقد التبادلي تبعة استحالة تنفيذ التزامه ، ففي البيع مثلاً إذا هلك المبيع المعين بالذات قبل التسليم لسبب أجنبي تحمل البائع (وهو المدين بالتسليم) تبعة هذا الهلاك وانقضى التزام المشتري بدفع الثمن .

#### **7- الدفع بعدم التنفيذ**

يجوز لكل متعاقد في العقود التبادلية ، بدلاً من طلب فسخ العقد لعدم تنفيذ العاقد الآخر التزاماته، أن يوقف تنفيذ التزامه حتى يتم تنفيذ الالتزام المقابل له ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ .

#### **شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ :**

يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ :

- 1- أن يكون العاقد قد التزم بموجب عقد من العقود التبادلية .
  - 2- أن تكون الالتزامات المتقابلة الناشئة عن العقد مستحقة الأداء في نفس الوقت .
- أما إذا اختلف وقت تنفيذ الالتزامات المتقابلة بأن كان أحدهما معجلاً والآخر مؤجلاً ، امتنع على من عليه تنفيذ التزامه أولاً ، التمسك بالدفع بعدم التنفيذ .
- وإذا تمسك كل من المتعاقدين في مواجهة الآخر بالدفع بعدم التنفيذ ، فإنه يكون على أحدهما الالتجاء إلى القضاء ، وفي هذه الحالة يحكم القاضي على كل منهما بإيداع ما التزم به في خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث .

- 3- يجب مراعاة حسن النية في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، فلا يسيء المتعاقد استخدام حقه هذا .
- أ- فلا يجوز للمتعاقد أن يتمسك بهذا الدفع إذا كان هو المتسبب في عدم تنفيذ الالتزام المقابل .
- ب- أو إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل هو جزء يسير بالنسبة إلى جملة الالتزام .

#### آثار الدفع بعدم التنفيذ :

يترتب على الدفع بعدم التنفيذ وقف تنفيذ التزام الدائن طالما لم ينفذ المدين التزامه.

#### انقضاء الدفع بعدم التنفيذ :

ينقضي الدفع بعدم التنفيذ لأسباب متعددة من ذلك :

- 1- إذا منح الدائن المدين أجلاً جديداً بعد حلول ميعاد الوفاء بالتزامه .
  - 2- إذا هلك الشيء المحبوس تحت يد الحابس ، كالبائع ، بسبب أجنبي . وفي هذه الحالة يتحمل المشتري تبعه الهلاك .
  - 3- إذا خرج الشيء خروجاً إرادياً من يد الحابس ، كما لو سلم البائع المبيع إلى المشتري .
- أما إذا خرج من تحت يده خفية ، أو بالرغم من معارضته أي غضباً ، فله أن يطلب استرداده خلال 30 يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروجه من يده ، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه، أي أن حقه في الاسترداد يسقط بأقرب هذين الأجلين .

## القسم الثاني

# القانون التجاري

- . الباب الأول : مبادئ القانون التجاري .
- . الباب الثاني : الشركات التجارية .
- . الباب الثالث : الأوراق التجارية .



## تمهيد

### تعريف القانون التجاري

القانون التجاري هو مجموعة القواعد القانونية الموضوعية التي تنظم طائفة من الأشخاص هم التجار ، وتحكم طائفة من الأعمال هي الأعمال التجارية .

### أسباب نشأة القانون التجاري

نشأ القانون التجاري تلبية لحاجة عملية ، فالعمل التجاري يتسم :

أولاً : بالسرعة ، فالتجارة لا تحتل التأخير، لذلك اتسمت قواعد القانون التجاري بالحرية وتبسيط الإجراءات مثل قاعدة حرية الإثبات في المواد التجارية ، وتسهيل تداول الحقوق الثابتة في الأوراق التجارية .

ثانياً : الائتمان ، فأغلب العمليات التجارية تتم بالأجل ، ولذلك تنشأ علاقات متشابكة بين التجار يكون كل منهم في بعضها دائناً وفي بعضها الآخر مديناً، وإذا أخل أحدهم بالتزامه وتخلف عن الوفاء بدينه في الموعد المحدد ، أثر ذلك على دائنيه وترتب عليه عجزهم عن الوفاء بديونهم .

لذلك يدعم القانون التجاري الائتمان عن طريق الزيادة في ضمانات الدائن التجاري في استيفاء حقه ، ويضمن توقيع جزاء صارم وسريع من ذلك افتراض التضامن بين المدينين، ونظام الإفلاس ، والتشدد في منح المدين مهلة للوفاء .

### مصادر القانون التجاري

- 1) مجموعة التشريعات التجارية ومنها :
- قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966 .
- قانون الشركات رقم 12 لسنة 1964 .

- قانون العلامات التجارية .
- قانون التجارة البحرية .

## (2) القانون المدني :

يشتمل القانون المدني على القواعد العامة للمعاملات وبخاصة مصادر الحق الشخصي وأهمها نظرية العقد .  
لذلك إذا لم يرد في المجموعة التجارية نص على حكم علاقة معينة أو موضوع معين ، يتعين الرجوع للقانون المدني .  
ولكن يشترط في ذلك أن يكون نص القانون المدني متفقا مع مقتضيات البيئة التجارية ، وإلا وجب استبعاده .

## (3) العرف :

للعرف أهمية خاصة في الحياة التجارية ، لأن التشريع لا يمكن أن يحيط بكل ظروف البيئة التجارية، وحاجات التجارة متجددة ، بل إن هناك نظما بأكملها نشأت عرفية ولا تزال مثل الاعتمادات المستندية ، ومعظم عمليات البنوك .  
وقد يكون العرف عاما متبعا في سائر إقليم الدولة ، كما قد يكون خاصا سواء كان قاصرا على مدينة أو منطقة معينة ، أم مهنيا قاصرا على فئة معينة من التجار .  
فإذا وقع تعارض بين عرفين مختلفين ، وجب أولا تغليب العرف الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين صراحة أو ضمنا . أما إذا لم يكن هناك اتفاق ، فإننا نبحث عن العرف وفق ما يأتي :

- إذا تعارض عرف عام مع عرف محلي - نطبق العرف المحلي .
- وإذا تعارض عرف محلي مع عرف مهني - نطبق العرف المهني .

- وإذا اختلف العرف في مكان إقامة كل من المتعاقدين ، جاز اعتبار أنهما يقصدان تطبيق عرف السوق أو المكان الذي تم فيه العقد .  
وعلى كل حال لا يجوز للعرف أن يخالف قاعدة أمره في القانون ، سواء وردت في القانون التجاري أم القانون المدني .  
أما إذا تعارض العرف مع قاعدة مكملة وجب تغليب العرف لأنه أقرب إلى الدلالة على قصد المتعاقدين .

### نطاق تطبيق القانون التجاري

نصت المادة 2/1 من قانون التجارة على أنه " يتضمن هذا القانون من جهة القواعد المختصة بالأعمال التجارية التي يقوم بها أي شخص مهما كانت صفته القانونية، ويتضمن من جهة أخرى الأحكام التي تطبق على الأشخاص الذين اتخذوا التجارة مهنة".  
ويتضح من هذا أن المشرع جمع بين معيارين :  
1- المعيار المادي أو الموضوعي الذي ينظر إلى طبيعة العمل ويقضي بتطبيق القانون التجاري على الأعمال التجارية بصرف النظر عن صفة الشخص القائم بالعمل سواء كان تاجرا أم غير تاجر .  
2- المعيار الشخصي الذي ينظر إلى شخص القائم بالعمل ويقضي بتطبيق القانون التجاري على فئة التجار فيما يتعلق بممارستهم لنشاطهم المهني .

## منهج البحث

يتناول القانون التجاري بالتنظيم : الأعمال التجارية ، والتجار ، والمتجر ، والملكية الصناعية ، والشركات التجارية ، والعقود التجارية ، وعمليات البنوك ، والأوراق التجارية، والإفلاس .

ولكن سوف تقتصر دراستنا بإيجاز على التعريف بمبادئ القانون التجاري متضمنة الأعمال التجارية ، والتجار والمتجر والعقود الإلكترونية في باب أول ، والشركات التجارية في باب ثاني ، والأوراق التجارية في باب ثالث .

## الباب الأول

### مبادئ القانون التجاري

يشتمل هذا الباب على ثلاثة فصول :

الفصل الأول : الأعمال التجارية .

الفصل الثاني : التجار .

الفصل الثالث : المتجر .

الفصل الرابع : العقود الإلكترونية.

## الفصل الأول

### الأعمال التجارية

#### مقدمات

**أهمية التفرقة بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية :**

رتب المشرع على تقسيم الأعمال إلى أعمال تجارية وأعمال مدنية بعض الآثار

القانونية ، حيث اختص العمل التجاري بأحكام عملية تتناسب وطبيعته منها :

**1) حرية الإثبات في المواد التجارية :**

أجاز المشرع الإثبات في المسائل التجارية بجميع طرق الإثبات مراعيًا حاجة

التجارة للسرعة في التعامل والثقة المتبادلة بين التجار .

ولكنه استثنى بعض العقود والتصرفات التجارية التي تتطوي على أهمية خاصة، أو يستغرق تنفيذها وقتا طويلا فاشتراط إثباتها بالكتابة مثل عقد الشركة التجارية وعقد شراء السفينة ، وعقد الرهن البحري ، وعقد التأمين البحري ، والأوراق التجارية .  
بينما في المسائل المدنية إذا زادت قيمة الالتزام التعاقدى عن عشرة دنانير أو كان غير محدد القيمة لا يجوز إثباته إلا بالكتابة .

## (2) التضامن بين المدنيين :

يفترض التضامن بين المدنيين بدين تجاري دون حاجة إلى نص أو اتفاق، بحيث يكون كل واحد من المدنيين ملتزما في مواجهة الدائن بالوفاء بالدين جميعه لا بنصيبه فقط .

بينما في المعاملات المدنية فإن التضامن بين المدنيين لا يفترض ، فإذا تعدد المدنيون بدين واحد انقسم بينهم فلا يسأل كل واحد منهم إلا عن حصته ، ولا تضامن بينهم إلا باتفاق أو بنص في القانون.

## (3) مهلة الوفاء القضائية :

لا يجوز للقاضي منح المدين بدين تجاري مهلة للوفاء إلا في ظروف استثنائية كالحرب أو الأزمات الاقتصادية العامة .

بينما أجاز القانون المدني للمحكمة أن تمنح المدين أجلا للوفاء بدينه إذا كان هذا المدين حسن النية سيئ الحظ ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم .

## (4) اكتساب صفة التاجر :

إذا احترف شخص القيام بالأعمال التجارية فإنه يكتسب صفة التاجر ويترتب عليه الالتزام بواجبات معينة منها القيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية ، ولا يطلب ذلك ممن يحترف العمل المدني .

#### 5) التقادم :

التقادم التجاري عشر سنوات ما لم ينص على أجل أقصر .  
بينما التقادم المدني خمس عشرة سنة ، ما لم يعين أجل أقصر .

#### 6) نظام الإفلاس :

إذا توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية يتعرض للإفلاس وهو نظام خاص بالتجار .

أما المدين بدين مدني الذي يتوقف عن دفع ديونه المدنية فيتعرض لنظام الإعسار المدني وهو نظام أقل قسوة من الإفلاس .

#### أنواع الأعمال التجارية

تنقسم الأعمال التجارية التي نص عليها القانون إلى أعمال تجارية برية ، وأعمال تجارية بحرية .

كما تنقسم الأعمال التجارية بشكل عام إلى أعمال تجارية بطبيعتها أو بحكم ماهيتها الذاتية ، وأعمال تجارية بالتبعية .

لذلك سنتناول الأعمال التجارية في مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : الأعمال التجارية بحكم ماهيتها الذاتية .

أولا : الأعمال التجارية البرية .

ثانيا : الأعمال التجارية البحرية .

المبحث الثاني : الأعمال التجارية بالتبعية .

## المبحث الأول

### الأعمال التجارية بحكم ماهيتها الذاتية

لم يعرف قانون التجارة لسنة 1964 الأعمال التجارية ، بل اكتفى بتعداد أعمال التجارة البرية في المادة السادسة ، وأعمال التجارة البحرية في المادة السابعة .

#### أولاً : الأعمال التجارية البرية

نصت المادة السادسة من قانون التجارة على أنه :

1- تعد الأعمال التجارية التالية بحكم ماهيتها الذاتية أعمالاً تجارية برية :

- أ- شراء البضائع وغيرها من المنقولات المادية لأجل بيعها بربح ما سواء بيعت على حالتها أم بعد شغلها أو تحويلها .
- ب- شراء تلك الأشياء المنقولة نفسها لأجل تأجيرها أو استئجارها لأجل تأجيرها ثانية.
- ج- البيع أو الاستئجار أو التأجير ثانية للأشياء المشتراة أو المستأجرة على الوجه المبين فيما تقدم .
- د- أعمال الصرافة والمبادلة المالية ومعاملات المصارف العامة والخاصة .
- هـ- توريد المواد .
- و- أعمال الصناعة وإن تكن مقترنة باستثمار زراعي إلا إذا كان تحويل المواد يتم بعمل يدوي بسيط .
- ز- النقل براً أو جواً أو على سطح الماء .
- ح- العمالة والسمسة .
- ط- التأمين بأنواعه .

- ي- المشاهد والمعارض العامة (1) .
- ك- التزام الطبع (2) .
- ل- التخزين العام .
- م- المناجم والبتروك .
- ن- الأعمال العقارية (1) .
- س- شراء العقارات لبيعها بربح .
- ع- وكالة الأشغال (2) .

2- وتعد كذلك من الأعمال التجارية البرية بحكم ماهيتها الذاتية الأعمال التي يمكن اعتبارها مماثلة للأعمال المتقدمة لتشابه صفاتها وغاياتها .

### ثانيا : الأعمال التجارية البحرية

نصت المادة السابعة من قانون التجارة على أنه :

تعد أعمالا تجارية بحرية :

- 
- (1) المشاهد العامة : المحلات العامة المفتوحة لتسليية الجمهور ولهوه مقابل أجر كدور السينما والمسرح والمقاهي ومدن الملاهي والسيرك ، والألعاب الرياضية والأوبرا وغيرها .
  - (2) التزام الطبع : نشر المؤلفات العلمية والأدبية والأعمال الفنية ، سواء في صورة كتب أو اسطوانات أو أشرطة تسجيل أو أفلام بقصد البيع وتحقيق الربح .
  - (1) الأعمال العقارية : إنشاء المباني والطرق والجسور ، وأعمال الهدم والترميم ، ومد خطوط السكك الحديدية ، ومد وتطهير القنوات وإقامة السدود ... الخ .
  - (2) وكالة الأشغال : المكاتب التي تقدم خدمات للجمهور فتقوم بإدارة أعمال الغير مقابل أجر . كاستخراج الرخص وتحصيل الديون ، والتخليص على البضائع ... الخ .

- أ- كل مشروع لإنشاء أو شراء بواخر معدة للملاحة الداخلية أو الخارجية بقصد استثمارها تجارياً أو بيعها وكل بيع للبواخر المشتراة على هذا الوجه .
- ب- جميع الإرساليات البحرية وكل عملية تتعلق بها كإجراء أو بيع لوازنها من حبال وأشعره ومؤن .
- ج- إجارة السفن أو التزام النقل عليها والاقتراض أو الاستقراض البحري .
- د- وسائل العقود المختصة بالتجارة البحرية كالاتفاقات والمقاولات على أجور البحارة وبدل خدمتهم أو استخدامهم للعمل على بواخر تجارية .

ويجدر التنبيه بأن الفقهاء قد درجوا على ذكر الأوراق التجارية ضمن الأعمال التجارية ، غير أننا نرى أن الأوراق التجارية هي مجرد أدوات تستعمل في النشاط التجاري وليست أعمالاً تجارية ، فهي أدوات وفاء وائتمان يستخدمها التجار في حياتهم التجارية ويمكن لغير التجار استخدامها ، ولا يمكن القول بأنها عمل تجاري يمكن أن يمتنعه شخص ويكسبه صفة التاجر . لذلك فقد أحسن المشرع صنعا عندما لم يورد الأوراق التجارية في عداد الأعمال التجارية .

ونكتفي هنا بشرح " شراء المنقول لأجل بيعه بريح " كعمل من الأعمال التجارية. ويظهر من نص الفقرة (أ) من المادة 6 من قانون التجارة أن المشرع يشترط توفر أربعة شروط حتى يعتبر هذا العمل تجارياً .

- 1- أن يكون هناك شراء ، وهو شرط يتعلق بطبيعة العمل .
- 2- أن ينصب الشراء على منقول ، وهو شرط يتعلق بمحل العمل .
- 3- أن يتم الشراء لأجل إعادة البيع وهذا يتصل بالسبب .
- 4- أن يكون الشراء لأجل البيع بقصد تحقيق ربح .

## 1) الشراء

لكي يعد العمل تجاريا يجب أن يتضمن الشراء . ويقصد بالشراء هنا الحصول على الشيء بمقابل ، سواء أكان ذلك ببديل نقدي أم عينا عن طريق المقايضة ، وسواء كان البديل عاجلا أم آجلا ، وسواء تم الشراء قبل البيع أم بعده .  
أما إذا حصل الشخص على الشيء بدون مقابل ، كأن يمتلكه عن طريق الإرث أو الوصية أو الهبة ، أو استثمار مجهوده البدني أو الذهني ، ثم باعه ، لا يعد العمل تجاريا لتخلف الشراء .

لذلك لا يعد عملا تجاريا كل من الأعمال التالية :

- 1- عمل المزارع الصغير الذي يعتمد على اليد العاملة العائلية ، إذا باع محصوله .
  - 2- بيع الإنتاج الذهني مثل المؤلفات والرسوم الفنية والألحان الموسيقية إذا قام به المؤلف .
  - 3- المهن الحرة التي تعتمد على استغلال المواهب والقدرات الشخصية كالمحاماة والهندسة والطب والمحاسبة والتعليم ... الخ .
  - 4- بالنسبة للصحف والمجلات :
- أ- إذا كانت لا تهدف لتحقيق الربح بل نشر الأفكار العلمية أو الدينية أو السياسية أو الثقافية فإنها لا تعد من قبيل الأعمال التجارية ولو كانت هذه المجلات تحصل على بعض المبالغ مقابل الإعلان بها بهدف المساعدة في نفقات الإصدار .
- ب- أما إذا كان الغرض من إصدار الجرائد والمجلات هو تحقيق الربح عن طريق نشر المقالات والأخبار والإعلانات ، فإن ذلك يعد عملا تجاريا لتوفر عنصري المضاربة والوساطة بين الجمهور والمحررين .

## (2) ورود الشراء على منقول

لا فرق بين المنقولات المادية كالسلع ، والمنقولات المعنوية كالأسهم والسندات ، والعلامات التجارية وغيرها . وكذلك المنقولات بحسب المأل كإشراء منزل بقصد هدمه وبيع أنقاضه ، وإشراء أشجار بقصد قطعها وبيع أخشابها بقصد الربح .

### (3) قصد البيع

لا يكتسب العمل الصفة التجارية إلا إذا كان المشتري يقصد بيع الشيء الذي اشتراه . أما إذا كان ينوي استعمال هذا الشيء لحاجاته الشخصية أو المنزلية فإن عمله لا يكون تجاريا ولو كان المشتري تاجرا . حتى لو قام بعد ذلك ببيعه لسبب أو لآخر . ولا يشترط البيع فعلا ، فإذا اشترى شخص بضاعة بقصد بيعها بربح ثم عدل عن بيعها واستبقاها لاستعماله الشخصي أو أهداها لصديق أو هلكت قبل إعادة بيعها ، فإن الشراء يظل محتفظا بصفته التجارية . ولا يشترط أن يباع المنقول بحالته وقت الشراء ، بل يعد العمل تجاريا سواء بيعت البضاعة على حالتها أم بعد شغلها أو تحويلها ، كإشراء الحبوب وتحويلها إلى دقيق ، وإشراء القطن وغزله ونسجه . كما لا يشترط أن يكون البيع لاحقا على الشراء ، بل قد يكون سابقا عليه . فلا مانع من أن يبيع الشخص الشيء أولا ثم يشتريه بعد ذلك ، كما يحصل عادة في عقود التوريد . وتوفر نية البيع وقت الشراء مسألة واقعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع من معطيات الدعوى .

### (4) قصد تحقيق الربح

يجب أن تتوفر الرغبة في الحصول على الربح من وراء إعادة بيع المنقول . ولكن لا يشترط أن يتحقق الربح فعلا ، فقد يبيع التاجر البضاعة بسعر التكلفة أو أقل خشية

تلفها ، أو بسبب المنافسة في السوق أو انخفاض الأسعار ، ويبقى عمله مكتسبا الصفة التجارية لتوفر نية تحقيق الربح وقت الشراء .  
أما إذا انتفى قصد الربح فإن العمل يكون مدنيا ، كما في أعمال الجمعيات التعاونية الاستهلاكية ، ولو حصلت على بعض المبالغ الإضافية للإنفاق على مستلزمات العمل التعاوني .

## المبحث الثاني الأعمال التجارية بالتبعية

نصت المادة 1/8 من قانون التجارة على أن " جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر لغايات تجارية تعد تجارية أيضا في نظر القانون ".  
ويعني ذلك أن التاجر قد يقوم بعمل مدني بطبيعته ، وذلك لحاجات " تجارية " ، فيفقد هذا العمل صفته المدنية ويكتسب الصفة التجارية بالتبعية للعمل التجاري عملا بقاعدة أن الفرع يتبع الأصل. ولذلك سميت هذه الأعمال بالأعمال التجارية بالتبعية .

### تطبيقات نظرية التبعية

الأعمال التجارية بالتبعية كثيرة لا حصر لها ، ومن أمثلتها :

**في العقود :** الإعلان في الصحف عن تجارة التاجر ، شراء سيارة لنقل البضائع لمنازل العملاء ، التأمين على المحل التجاري ضد الحريق أو السرقة ، عقد العمل الذي يبرمه التاجر مع عمال محله ، عقد إيجار العقار المخصص للتجارة ، عقد القرض المخصص للنشاط التجاري .

**في الفعل الضار :** أي التزام ينشأ في ذمة التاجر بسبب فعل ضار متصل بتجارته ، سواء صدر عن التاجر نفسه أم عن شخص تابع له ، مثل التعويض بسبب المنافسة غير المشروعة كتقليد العلامة التجارية ، أو استعمال الاسم التجاري ، أو بسبب صدم السيارة المخصصة لنقل البضائع أحد المارة ، أو ما يسببه عماله ومستخدميه من ضرر أثناء عملهم أو بسببه .

الأعمال السابقة هي أعمال مدنية بطبيعتها ، ولكنها تفقد صفتها المدنية وتكتسب الصفة التجارية لارتباطها بتجارة التاجر .

## الفصل الثاني التجار

نتكلم في هذا الموضوع عن تعريف التاجر ، ثم نبين الآثار القانونية المترتبة على اكتسابه لهذه الصفة في مبحثين على التوالي .

### المبحث الأول تعريف التاجر

تنص المادة 1/9 من قانون التجارة على أن : " التجار هم :

أ- الأشخاص الذين تكون مهنتهم القيام بأعمال تجارية .

ب- الشركات التي يكون موضوعها تجاريا " .

ويتضح من هذا النص أن تعريف التاجر يرتبط بالعمل الذي يباشره ، ويلزم أن

يكون الشخص أهلا لمباشرة التجارة لأن التجارة من أعمال التصرف .

وعلى ذلك يشترط لاكتساب صفة التاجر شرطان :

الشرط الأول : احتراف الأعمال التجارية .

الشرط الثاني : الأهلية التجارية .

### الشرط الأول

#### احتراف الأعمال التجارية

احتراف القيام بالأعمال التجارية معناه ممارسة هذه الأعمال بصورة مستمرة

ومنتظمة وعلى سبيل الاستقلال بقصد الارتزاق منها .

ويتضح من هذا التعريف أن لاحتراف القيام بالأعمال التجارية عناصر أربعة هي :

1- **تكرار القيام بالعمل بشكل منتظم** ، فلا يكفي القيام بالعمل عرضا كما لو قام مزارع بشراء محصول جاره في موسم معين بقصد بيعه وتحقيق ربح من فروق الأسعار .  
لكن لا يشترط أن يكون احتراف التجارة هو النشاط الوحيد للشخص ، بل يعد الشخص تاجرا متى احترف التجارة وإن تعاطى عملا آخر غير تجاري . ويشترط في ذلك أن يكون العمل التجاري مستقلا أي غير تابع للنشاط المدني.  
ولم يشترط القانون تكرار العمل عددا معيناً من المرات ليتحقق منها الاحتراف لذلك يكفي أن يكون التكرار كافياً للدلالة على اعتماد الشخص على هذا العمل في رزقه ولو قام به مرات قليلة نتيجة لطبيعة التجارة التي يقوم بها ، ك شراء الأقطان في المواسم .

كما لا يشترط أن يمارس التاجر عمله في محل تجاري ، بل يكتسب صفة التاجر البائع المتجول ، وكذلك البائع الذي يعرض بضاعته على الرصيف .  
وعلى الرغم من أن الاحتراف الفعلي شرط أساس لاعتبار الشخص تاجرا ، إلا أن المشرع حماية للظاهر اعتبر تاجرا الشخص الذي ظهر للناس بهذه الصفة وإن لم يتخذ التجارة مهنة مألوفة له ، فنص في المادة 11 من قانون التجارة على أن " كل من أعلن في الصحف أو النشرات أو أية واسطة أخرى عن المحل الذي أسسه وفتحه للاشتغال بالأعمال التجارية يعد تاجرا وإن لم يتخذ التجارة مهنة مألوفة له " .

## 2- **مباشرة الأعمال التجارية على سبيل الاستقلال** .

ومعنى ذلك أن يقوم الشخص بالأعمال التجارية لحسابه الخاص، بحيث يتحمل نتائجه فتعود عليه الأرباح ويتحمل الخسائر، وتكون مسؤوليته شاملة لجميع أمواله.  
أما إذا كان تابعا لغيره مرتببا معه بعقد استخدام كمدير الشركة والموظفين والعمال وربان السفينة ، فإنه لا يعد تاجرا لقيامه بالعمل باسم ولحساب رب العمل حتى ولو كان يتقاضى نسبة من الأرباح .

وقد يقوم شخص باحتراف الأعمال التجارية مستترا وراء شخص آخر أو مستخدماً اسمه إذا كان غير قادر على تعاطي التجارة ، أو ممنوعاً من احترافها بمقتضى القانون ، أو كانت له مصلحة من هذا الاستتار .

فمن هو الشخص الذي تلحقه صفة التاجر في هذه الحالة .

الشخص الظاهر يكتسب صفة التاجر ويتحمل النتائج المترتبة على محترفي التجارة حماية للوضع الظاهر الذي تقوم عليه التجارة . رغم أنه لا يقوم بالعمل لمصلحته الشخصية ولا يتمتع بالاستقلال .

أما الشخص المستتر ، فقد اختلف الفقه بشأنه ، فذهب رأي إلى عدم ثبوت صفة التاجر بالنسبة له لأن الغير لم يعتمد في تعامله إلا على الشخص الظاهر وحده . بينما ذهب رأي آخر إلى أن الشخص المستور يعد تاجراً طالما أنه صاحب المشروع الحقيقي وهو الذي يجني الربح ويتحمل الخسارة . وهو الرأي الذي نفضله .

### 3- الاحتراف هو وسيلة التاجر للارتزاق والعيش .

يشترط لاكتساب صفة التاجر أن يكون احتراف القيام بالعمل التجاري هو وسيلة الشخص للارتزاق والعيش ، أو على الأقل أحد وسائله في ذلك .  
ومتى توفرت نية الارتزاق اعتبر الشخص تاجراً ولو لم يوفق في عمله ولم يتحقق الربح المأمول ، أو حتى مني بخسارة .  
ولا عبء بمقدار الرزق ، فلا فرق في ذلك بين التاجر الكبير والتاجر الصغير مهما تضاءلت موارده ، كالبائع الجوال أو على الرصيف .

4- أن ينصب الاحتراف على عمل من الأعمال التجارية الواردة في المادتين 6 و 7 من قانون التجارة أو أي عمل مشابه لهذه الأعمال . على أن يكون هذا العمل

مشروعاً ، فلا يكتسب صفة التاجر من يحترف تجارة المخدرات أو إدارة ناد للعب القمار .

### **بداية الاحتراف ونهايته :**

يبدأ الاحتراف منذ أول يوم يقوم فيه الشخص بعمل داخل في مهنته الجديدة أو متعلقاً بها ، كاستئجار دكان أو شراء أثاث أو استخدام عمال .  
وينتهي الاحتراف بالتوقف عن ممارسة التجارة نهائياً بقصد اعتزالها . أو بوفاة التاجر . ولا تنتقل صفة التاجر إلى الورثة لأنها لاصقة بالشخص .

### **مزاولة الدولة والأشخاص المعنوية العامة للتجارة :**

يجوز أن تمارس الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة نشاطاً تجارياً لسد حاجاتها الخاصة، أو لضمان حسن تنظيم المرفق ، أو لأي سبب آخر .  
مثال ذلك احتكار الدولة البريد والهاتف ، وقيام البلديات بتزويد المواطنين بالمياه والكهرباء ، وإنشاء مؤسسة للنقل العام .  
وقد نصت المادة 13 من قانون التجارة على أن هذه الأعمال تكون خاضعة لأحكام قانون التجارة. ولكن الدولة أو الشخص العام لا يكتسب صفة التاجر لأن هذه الصفة تتنافى وطبيعة هذه المؤسسات العامة .

### **الشرط الثاني**

#### **الأهلية التجارية**

وقد تكلمنا عن ذلك في نظرية الحق فنحيل إليه . ويكفي أن نشير إلى موضوع حظر مباشرة التجارة .  
فقد يقصر المشرع احتراف مهنة معينة على شخص أو فئة تتوفر فيهم شروط خاصة كما في مهنة الصيدلة فلا يجوز لغيرهم ممارستها .

كما قد يمنع القانون بعض الأشخاص من احتراف التجارة بالنظر للوظيفة التي يشغلونها أو المهنة التي يزاولونها حرصا على سمعة الوظيفة وما يجب أن يتوفر في شاغلها من استقلال وثقة . مثل القضاة والمحامين وموظفي الدولة .

غير أن هذا المنع يقتصر على الأشخاص الممنوعين بموجب القانون فقط ، فلا يشمل أولادهم وأزواجهم .

فإذا خالف القضاة والموظفون هذا المنع يخضعوا للصلح الواقي والإفلاس حماية للغير حسن النية ، ولكنهم لا يكتسبون صفة التاجر ولا يستفيدون من هذه الصفة .

أما المحامي فيكتسب صفة التاجر ولكن يتعرض لعقوبة تأديبية ربما تصل إلى شطب اسمه من سجل المحامين .

## المبحث الثاني الآثار القانونية لصفة التاجر

فرض المشرع على التاجر التزامات معينة أهمها :

- 1- مسك دفاتر تجارية .
- 2- التسجيل في سجل التجارة

ونتكلم عن كل منهما بإيجاز في مطلبين .

### المطلب الأول الدفاتر التجارية

#### أهمية الدفاتر التجارية المنتظمة

تبدو أهمية الدفاتر التجارية المنتظمة فيما يأتي :

- 1- تعطي صورة حقيقية عن أعمال التاجر ومركزه المالي ومدى كسبه أو خسارته ، وتساعد بذلك في اختيار الطرق المناسبة لتلافي أسباب الخسارة وتوجيه نشاطه التجاري إلى الأفضل والتخطيط لمشروعاته المستقبلية .
- 2- تعد وسيلة التاجر لإثبات حسن نيته في حالة إفلاسه ، ليدراً عن نفسه عقوبة الإفلاس بالتقصير أو التدليس كما يقنع بواسطتها دائنيه بمنحه الصلح الوافي ، وتمكن وكيل التفليسة من أداء مهمته خير أداء .
- 3- تفيد في كسب ثقة مصلحة الضرائب ، فتعتمد عليها في تقدير الضرائب المستحقة على أرباح التاجر بدلا من التقدير الجزافي الذي يكون عادة مغالى فيه ومثارا للشكوى والطعن أمام القضاء .

4- تصلح كوسيلة للإثبات أمام القضاء .

#### الأشخاص الملزمون بتنظيم الدفاتر التجارية

يلتزم كل شخص له صفة التاجر - سواء كان فردا أم شركة ، وطنيا أم أجنبيا ، له محل مستقر أم لا ، يعرف الكتابة ، أو لا يعرفها - بتنظيم دفاتر تجارية ، بصرف النظر عن نوع تجارته أو قيمة رأسماله . وله أن يستعين في هذا الصدد بكاتب أو محاسب . ولكن المشرع استثنى صغار التجار من تنظيم مثل هذه الدفاتر منعا للضرر بهم. والتاجر الصغير هو الذي يتعاطى تجارة صغيرة أو حرفة بسيطة ذات نفقات عامة زهيدة ويعتمد في الغالب على مساعيه البدنية للحصول على أرباح قليلة لتأمين معيشته، أكثر من استناده إلى رأسماله النقدي . وتقدير ذلك يعود لسلطة القاضي .

#### أنواع الدفاتر التجارية :

الدفاتر التجارية نوعان : دفاتر إلزامية ، ودفاتر اختيارية .

1- الدفاتر الإلزامية ، وهي ثلاثة بنص القانون :

أ- دفتر اليومية

ب- دفتر صور الرسائل .

ج- دفتر الجرد والميزانية .

2- الدفاتر الاختيارية : وهي الدفاتر التي اعتاد التجار تنظيمها دون أن يكونوا ملزمين

بذلك قانونا، وذلك نتيجة لطبيعة التجارة أو لحسن تنظيم عملهم. وأهمها:

أ- دفتر الأستاذ .

ب- دفتر الخرطوش أو المسودة أو التسوية .

ج- دفتر الصندوق .

د- دفتر المخزن .

هـ- دفتر الأوراق التجارية .

#### قواعد تنظيم الدفاتر التجارية :

منعا للغش ولضمان صحة البيانات الواردة في الدفاتر التجارية الإجبارية وضع  
المشرع قواعد خاصة لتنظيمها وهي :

1- يجب ترقيم الدفاتر والتأشير عليها وتوقيعها من مراقب السجل التجاري وذلك لتلافي  
تلاعب التاجر بإخفاء الصفحات أو استبدالها أو إتلاف دفتر واستبداله بآخر بما  
يتفق ومصلحته .

2- يجب أن تنظم الدفاتر التجارية الإجبارية بحسب التاريخ بلا بياض ولا فراغ ولا نقل  
إلى الهامش ولا محو ولا تحشية بين السطور . فإذا وقع غلط حين تحرير بيان معين  
فإن تصحيحه يكون بقيد جديد يؤرخ بتاريخ اكتشاف هذا الغلط .

#### مدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية :

يجب على التاجر أن يحفظ الدفاتر بعد اختتامها مدة عشر سنوات ، ويستتبع ذلك  
بالضرورة الاحتفاظ بالوثائق والمستندات المؤيدة للقيود الواردة في هذه الدفاتر لنفس المدة.  
ولكل دفتر مدة خاصة به تبدأ من تاريخ إقفاله .

#### جزاء عدم مراعاة القواعد الخاصة بالدفاتر التجارية :

إذا أهمل التاجر في تنظيم دفاتره أو لم يحتفظ بها المدة المقررة فإنه يعرض نفسه  
للجزاء التالية :

#### أولا : من الناحية الجزائية :

1- أ) إذا أفلس التاجر ولم يكن هناك غش منه ، وكانت دفاتره غير منتظمة يجوز  
اعتباره مفلسا مقصرا ويعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين .

ب) وإذا تعمد إخفاء دفاتره أو إتلافها أو اعترف احتيالا بدين ليس عليه في دفاتره يعد مفلسا مقصرا ويعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة .

2- إذا عبث التاجر بدفاتره الإلزامية وكتب فيها بيانات مخالفة للحقيقة ، يعد مرتكبا لجريمة التزوير في الأوراق الخاصة إذا توفر القصد الجنائي حتى إذا لم يؤد ذلك إلى إفلاسه .

ثانيا : من الناحية المدنية :

- 1- الدفاتر غير المنتظمة لا تصلح وسيلة لإثبات ما يدعيه التاجر ضد خصمه من التجار ويؤدي ذلك إلى ضعف مركزه في الإثبات .
- 2- إذا أهمل التاجر في مسك الدفاتر الإلزامية وساءت حالته واضطر للتوقف عن دفع ديونه ، يصعب عليه إقناع دائنيه بمنحه الصلح الواقي لأن ذلك يعد دليلا على إهماله وعدم أمانته .
- 3- عدم انتظام دفاتر التاجر يؤدي إلى عدم قناعة مأمور تقدير ضريبة الدخل بالكشف المقدم منه ، وفرض الضريبة عليه بشكل جزافي ، كما يحرم من بعض التنزيلات الضريبة المنصوص عليها في القانون .

## المطلب الثاني

### التسجيل في سجل التجارة

سجل التجارة هو دفتر معد لتسجيل التجار ، تخصص فيه صفحة لكل تاجر تقيدها فيها البيانات الخاصة به وبنشاطه التجاري وما يطرأ عليه من تغييرات مادية أو قانونية . وقد نظم المشرع سجل التجارة في المواد 22-37 من قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966 وكذلك نظام سجل التجارة رقم 130 لسنة 1966 .

## وظائف سجل التجارة :

يمكن أن يقوم سجل التجارة بالوظائف التالية :

- 1- الوظيفة الاستعلامية ، بحيث يسهل على كل من يتعامل مع التاجر معرفة ما يتعلق بنشاطه التجاري بالاطلاع على البيانات المقيدة في السجل أو طلب مستخرج منها .
- 2- الوظيفة الاقتصادية والإحصائية ، إذ يفيد سجل التجارة في حصر عدد التجار في البلاد وإعطاء صورة صادقة عن الوضع الاقتصادي في الدولة ومعرفة أنواع التجارة ومقارنتها باحتياجات الدولة ، ويمكن على أساسه توجيه النشاط التجاري والصناعي وفقا لخطة الدولة الاقتصادية ، وتشجيع الصناعة والنشاطات التي تحتاجها البلاد ، والإقلال مما ليست في حاجة إليه .
- 3- الوظيفة القانونية ، يعد سجل التجارة وفق المادة 30 من قانون التجارة أداة للشهر يقصد بها جعل محتوياته نافذة في حق الغير سواء كانت البيانات المسجلة فيه اختيارية أم إجبارية .

## الجهة المختصة بالتسجيل :

يكون في كل محافظة سجل تجاري محلي، وقد عهد بتنظيمه إلى وزارة الاقتصاد الوطني التي أصبحت تسمى وزارة التجارة والصناعة ثم وزارة التجارة والاقتصاد في السلطة الوطنية الفلسطينية . ويعين الوزير أمينا للسجل في كل محافظة .

## سلطة الجهة المختصة بالتسجيل :

يشترط للموافقة على التسجيل في السجل أن تكون البيانات المطلوبة كاملة وصحيحة ، وإلا كان لأمين السجل (مراقب السجل) أن يرفض إجراء التسجيل .  
ولذلك لأمين السجل الحق في أن يطلب إبراز أية وثائق وتقديم أية معلومات يراها ضرورية للتأكد من صحة ما ورد في طلب التسجيل من بيانات مطلوبة للتسجيل .

وإذا وقع خلاف بين أمين السجل وأصحاب العلاقة بشأن التسجيل في سجل التجارة فإنه يرفع إلى محكمة البداية المختصة لتفصل فيه بناء على استدعاء بإشعار يقدم لها ، وتصدر المحكمة قرارها - بعد سماع أقوال الطرفين - ويكون هذا القرار قابلاً للطعن فيه بالطرق القانونية .

#### **الأشخاص الملزمون بالقيد في سجل التجارة :**

يشترط للقيد في سجل التجارة شرطان :

- الأول : أن يكون طالب التسجيل تاجراً سواء كان أردنياً أم أجنبياً ، ولكن المشرع أعفى صغار التجار من التسجيل رغبة في عدم إرهاقهم .
- الثاني : أن يكون له في الأردن محلاً رئيسياً أو فرعاً أو وكالة من مركز رئيسي موجود في الخارج شريطة أن يكون الوكيل أو المدير المسؤول في المملكة عن الفرع أو الوكالة أردني الجنسية . فإذا لم يكن للتاجر محل مثل الباعة المتجولين لا يوجب عليه القانون إجراء القيد في السجل .

#### **إجراءات التسجيل في سجل التجارة :**

يجب على كل تاجر أن يتقدم بطلب التسجيل في سجل التجارة في خلال شهر من تاريخ تأسيس محله التجاري أو انتقال ملكيته إليه .

ويقدم طلب التسجيل بتصريح على نسختين يوقعهما التاجر أمام أمين السجل الذي يثبت مضمون التصريح في السجل ويعيد للتاجر النسخة الثانية منه بعد المصادقة عليها .

ويجب أن يتضمن التصريح المقدم من التاجر البيانات التالية :

- 1- اسمه ولقبه .
- 2- الاسم التجاري الذي يمارس به تجارته وعند الاقتضاء كنيته أو اسمه المستعار .
- 3- تاريخ ولادته ومكانها .

- 4- جنسيته أو شهادة التجنس إن كان قد غير جنسيته الأولى .
- 5- نوع التجارة التي يتعاطاها .
- 6- الأماكن التي فيها فروع أو وكالات لمحلته التجاري داخل المملكة .
- 7- أسماء المفوضين بالتوقيع وإدارة المحل التجاري وألقابهم وتاريخ ولادة كل منهم ومكانها وجنسيتهم .
- 8- المحلات التجارية التي يملكها عند تقديم التصريح أو قبل ذلك .
- 9- شهادات امتيازات الاختراعات التي يستثمرها التاجر والعلامات التجارية التي يملكها أو يستعملها .
- 10- أية معلومات إضافية يرى التاجر قيدها في السجل .

ولكي يكون سجل التجارة صورة صادقة لحالة التاجر يجب على التاجر إعلام أمين السجل خلال شهر بأي تغيير يطرأ على البيانات المثبتة في السجل وبصورة خاصة نقل ملكية المحل التجاري أو جزء منه للغير .

كما يجري تصحيح السجل بأمر من المحكمة المختصة في الأحوال التالية :

- أ- الأحكام والقرارات القاضية بتعيين وصي أو قيم على التاجر المسجل أو بالحجز على أمواله أو برفع هذه التدابير عنه .
- ب- الأحكام والقرارات المعلنة للإفلاس أو المتضمنة تصديق الصلح الواقي من الإفلاس أو فسخه أو إبطاله ، أو المعلنة لمقدرة المفلس أو إغلاق التقيسة لعدم كفاية الموجودات أو العدول عن إغلاقها أو إعادة الاعتبار .

### الحصول على نسخة من القيود :

ولكل شخص أن يطلب إعطائه نسخة عن القيود المدرجة في السجل مقابل رسم محدد. ويصدق أمين السجل على مطابقة النسخ للأصل ، وفي حالة عدم القيد لأمين السجل أن يعطي شهادة بعدم وجود قيد .

ولكن لا يجوز لمراقب (أمين) السجل أن يذكر في النسخ التي يسلمها :

أ- الأحكام المعلنة للإفلاس إذا كان المفلس قد استرد اعتباره .

ب- الأحكام القاضية بالحجر أو بإقامة مساعد قضائي إذا كان قد صدر قرار برفع الحجر أو المساعدة

وقد هدف المشرع من ذلك رعاية مصلحة التاجر والحفاظ على سمعته ومساعدته في كسب ثقة المتعاملين معه بعد أن تغلب على المصاعب التي تعرض لها .

وعلى كل تاجر أن يذكر المكان الذي سجل فيه ورقم هذا التسجيل في مراسلاته وفواتيره ومذكرات الإيصال ، وسائر المطبوعات الصادرة عنه ، حتى يتمكن الجمهور من الحصول على المعلومات التي يريدها بسهولة .

### شطب التسجيل :

يكون شطب التسجيل في حالتين :

- 1- وفاة التاجر إذا قرر الورثة تصفية التجارة وغلق المحل التجاري نهائيا .
- 2- انقطاع التاجر عن تعاطي التجارة دون أن يبيع محله التجاري للغير .

## الفصل الثالث

### المتجر<sup>(1)</sup>

المتجر هو الأداة التي يستخدمها التاجر في ممارسة حرفته التجارية . وينظر إلى المتجر كوحدة مستقلة عن المفردات المكونة له ، باعتباره مالا منقولاً معنوياً . ويسمى بالمتجر أو المصنع بحسب ما إذا كان مجموع العناصر المكونة له مخصصة لمزاولة التجارة بالمعنى الضيق أو لمزاولة الصناعة . وتتناول داستنا للمتجر بيان عناصره ، ونشأة المتجر وانقضاؤه ، والحماية القانونية له في ثلاثة مباحث .

### المبحث الأول

#### عناصر المتجر

قسم المشرع عناصر المتجر إلى قسمين رئيسيين : العناصر المادية والعناصر غير المادية أو المعنوية . وتختلف هذه العناصر من متجر إلى آخر بحسب الأحوال ، فقد تتوفر جميعها في المتجر ، وقد يجتمع بعضها فقط تبعاً لنوع التجارة وطبيعة نشاط صاحب المتجر . على أن العنصر الجوهري الذي لا وجود للمتجر بدونه هو عنصر الاتصال بالزبائن حيث إن العناصر الأخرى مخصصة لاجتذاب الزبائن .

---

(1) يسمى في مصر المحل التجاري ، وفي لبنان المؤسسة التجارية .

## 1) العناصر المادية للمتجر

العناصر المادية التي تدخل في تكوين المتجر هي : العدد الصناعية ، والأثاث التجاري ، والبضائع .

أ- **العدد الصناعية** : ويقصد بها المنقولات التي تستخدم في إعداد المتجر للغرض المقصود من استغلاله مثل الآلات التي تستخدم في صنع المنتجات أو إصلاحها . سيارات النقل . والآلات والأدوات التي يستخدمها التاجر في الاستغلال التجاري ، كأدوات الوزن أو القياس أو الصناديق التي تحفظ فيها السلع وغير ذلك .

ب- **الأثاث التجاري** ، وهو الأثاث المستخدم في التجارة كالمكاتب والمقاعد والخزائن والآلات الكاتبة والآلات الحاسبة ، وقد يكون الأثاث عنصرا أساسيا في المتجر كما في مقاعد السينما والمقاهي .

ج- **البضائع** ، وهي الأشياء التي يجري عليها التعامل في المتجر ، كالخدمات والمنتجات الصناعية والزراعية، سواء كانت مصنعة أم مواد أولية معدة للتصنيع، مثل الأقمشة في محل تجارة الأقمشة ... الخ .

ويلاحظ أنه في بعض الأحيان تدق التفرقة بين العدد الصناعية والأثاث التجاري من ناحية والبضائع من ناحية أخرى ، ويمكن بصفة عامة أن نميز بينهما بالرجوع إلى الغرض الذي خصص له الشيء بصرف النظر عن طبيعته .

فالبتروال أو الزيت أو المواد الكيماوية التي توجد في المصنع تعد من قبيل العدد الصناعية إذا كانت تستخدم في تشغيل المصنع وإدارة آلاته ، ولكنها تعد من البضائع إذا كانت تدخل في صناعة السلع المعدة للبيع أو للتعامل فيها .

والسيارات تعد من العدد إذا كانت لنقل السلع والعمال ، وتعد بضاعة إذا كان المحل مخصصا لبيع السيارات .

## (2) العناصر غير المادية أو المعنوية

تتكون عناصر المتجر غير المادية بصورة خاصة من الزبائن ، والاسم التجاري والشعار ، وحق الإيجار ، والعلامات الفارقة ، والبراءات والإجازات والرسوم والنماذج . وقد توجد بعض هذه العناصر في متجر ولا توجد في غيره من المتاجر ، لكن العنصر الأساس الذي يوجد في جميع المتاجر هو عنصر الزبائن .

أ- الزبائن ، يقصد بالزبائن أو العملاء ، الأشخاص الذين اعتادوا التعامل مع المتجر من أجل الحصول على البضائع أو الخدمات .

ويقوم هذا العنصر على السمعة التجارية التي يكتسبها المتجر لأسباب عديدة منها : الثقة الشخصية بصاحب المتجر لما يتمتع به من مزايا ، كلباقته أو أمانته ، أو حسن معاملته للزبائن ، أو لمستوى الخدمة وجودة السلع والأسعار المناسبة ، أو بسبب موقع المتجر ... الخ .

وكلما زاد عدد الزبائن كلما كان للمتجر قيمة أكبر ، لذلك يحرص مستغل المتجر على المحافظة على زبائنه واجتذاب زبائن جدد .

وعلى الرغم من أن التجار يملكون الحق في استخدام الوسائل المشروعة لاجتذاب الزبائن ، إلا أن لمستغل المتجر الحق في منع الغير من تحويل زبائن متجره بوسائل غير مشروعة ومخلة بالأمانة التجارية ، وذلك عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة .

كما يحق لمشتري المتجر أن يشترط على البائع عدم مباشرة نفس التجارة في دائرة نشاط المتجر حتى لا يتحول الزبائن إلى محل البائع الجديد . ولكن هذا الشرط يجب أن يكون محدودا من حيث المكان والزمان حتى لا يتحول إلى اعتداء أو حجر على الحرية الشخصية .

**ب- الاسم أو العنوان التجاري :**

وهو الاسم الذي يطلقه التاجر على متجره ليميزه عن غيره من المحال التجارية المماثلة .

ويتألف الاسم التجاري من اسم التاجر ولقبه ، ولكن يجوز أن يضيف إليه التاجر ما يشاء بشرط ألا تحمل هذه الإضافة الغير على فهم خاطئ فيما يتعلق بهويته ، أو بأهمية تجارته وسمعتها ، أو بوضعه المالي .

**ج- الشعار :**

وهو التسمية المبتكرة أو الرمز الذي يستخدمه التاجر ليميز متجره عن غيره من المتاجر المماثلة ، مثل الصالون الأخضر ، أو سينما الخيام ، أو فندق عمره ... الخ . ويشترط أن تكون التسمية جديدة لم يسبق لأحد استخدامها ، ومبتكرة ، فلا تصلح التسميات الشائعة مثل كراج وملهى ، لأن تكون شعارا .

**د- حق الإيجار :**

يقصد بحق الإيجار حق التاجر المستأجر في الانتفاع بالمكان المؤجر . وهو يوجد عندما يكون التاجر مستأجرا للمكان الذي يزاول فيه تجارته . أما إذا كان التاجر مالكا لذلك العقار أو كان تاجرا متجولا، فلا يوجد حق الإيجار ولا يعد عنصرا في المتجر .

ولا يكون هناك حق إيجار أيضا في الأحوال التي يحصل فيها تاجر على ترخيص مؤقت من جهة الإدارة بشغل جزء من الطريق العام لعرض بضائعه وبيعها، غير أن ذلك لا يمنع من وجود المتجر .

**هـ- حقوق الملكية الصناعية ، وهي :**

- العلامات الفارقة التي تستعمل لتمييز البضائع .
- براءات الاختراع ، وهي شهادة تمنحها الإدارة للمخترع .

- الرسم الصناعي ، وهي الصور والأشكال والنماذج والزخارف المستعملة لأية مادة مصنعة ، مما تستحسنه أو تقدره العين المجردة إذا كانت المادة منجزة .
- الإجازات ، وهي التراخيص التي تصدرها الإدارة بناء على شروط خاصة لإمكان ممارسة أنواع معينة من الاستغلال التجاري ، كرخص المقاهي والمطاعم والفنادق ، والمصانع ، والمحلات المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة ، وغيرها من المحال العامة .
- وتكون الرخصة أو الإجازة من عناصر المتجر التي تنتقل إلى المشتري ما لم يستبعدا الطرفان صراحة عند التصرف في المتجر، وشريطة أن لا تكون ذات طابع شخصي ، أي تعطى لشخص معين تتوفر فيه شروط كعينة ، كرخصة الصيدلي . وتقدير ذلك يعود للمحكمة .

## المبحث الثاني نشأة المتجر وانقضاؤه

### 1- نشأة المتجر :

ينشأ المتجر من اجتماع العناصر المادية والمعنوية اللازمة له . ويوجد المتجر متى أصبح معدا لاستقبال الجمهور وفتح أبوابه لهذا الغرض بحيث يكون التعامل معه ممكنا ولو لم يكسب أي عميل بالفعل ، فلا يشترط الاستغلال الحقيقي بل يكفي أن يكون ذلك ممكنا ، لإمكان اتصال المتجر بالزبائن .

### 2- انقضاء المتجر :

ينقضي المتجر بتوقف الاستغلال نهائيا بشكل يؤدي إلى ضياع الزبائن . وقد يكون التوقف اختياريا بإرادة المالك إذا قرر إغلاق المتجر بإرادته . كما قد يكون جبرا عنه في حالات عدة منها : حظر الاشتغال بالتجارة في نوع الاستغلال الذي يقوم به المتجر ، واحتكار الدولة لهذا الاستغلال أو لأي سبب يتصل بالمنفعة العامة ، وأمر الإدارة بإغلاق المتجر نهائيا لمخالفة الشروط التي نص عليها القانون ، والحكم بإفلاس التاجر وتصفية المتجر .

### الإجراءات الواجب اتخاذها في حالة انقضاء المتجر :

- 1- شطب التسجيل في سجل التجارة حتى يبقى السجل صورة صادقة عما ورد فيه .
- 2- إخطار دائرة ضريبة الدخل بتوقف المتجر عن العمل حتى تكف عن مطالبته بالضريبة .

## المبحث الثالث

### الحماية القانونية للمتجر

تؤدي المنافسة في مجال التجارة إلى تقدم المشروعات وازدهارها ، كما تحفز على الإبداع حيث يتبارى المنتجون والتجار في تحسين الإنتاج وتخفيض الأسعار ، وتوفير أفضل الشروط والخدمات للزبائن بهدف اجتذاب أكبر عدد منهم .  
ولكل تاجر الحق في اتباع الوسائل الناجحة لاجتذاب الزبائن وتشجيعهم على الاستمرار في التعامل مع متجره ، حتى لو ترتب عليها اجتذاب بعض زبائن محل آخر ، لأن الزبائن ليسوا ملكا لأحد .

ولكن هناك حالات تمتنع فيها المنافسة حتى لو كانت وسائلها مشروعة ، وهناك منافسة غير مشروعة . ونتكلم عن كل من هذه الحالات .

#### 1- المنافسة الممنوعة

تستوجب المنافسة الممنوعة حظر القيام بنشاط معين ، وهي إما أن تكون بنص القانون ، أو بمقتضى الاتفاق بين المتعاقدين .

أ- المنافسة الممنوعة بنص القانون :

إما أن يشترط القانون الحصول على مؤهلات علمية معينة لممارسة نشاط معين مثل افتتاح صيدلية، فلا يجوز لمن لم يحصل على درجة علمية في الكيمياء والصيدلة ممارسة هذا العمل.

وإما أن يمنع المشرع المنافسة حماية لمصلحة خاصة كحماية المخترع واحتكار استغلاله .

وإما أن تكون المنافسة ممنوعة بناء على احتكار قانوني كما هو الحال في أغلبية ملتزمي المرافق العامة .

ب- المنافسة الممنوعة باتفاق الطرفين :

ومثالها ، النص في عقد بيع المتجر على منع البائع من إنشاء متجر مماثل بالقرب من المتجر المباع ، واشتراط المستأجر في عقد الإيجار حرمان المؤجر من تأجير جزء من العقار للغير لممارسة نشاط مماثل ، واتفاق العامل ورب العمل على منع العامل من منافسة رب العمل بإنشاء تجارة مماثلة أو العمل عند متجر منافس بعد انتهاء العقد بينهما .

ويشترط في هذه الحالة أن يحدد هذا المنع بمدة معينة أو بمكان معين ، حتى لا تكون قيда على الحرية .

## 2- المنافسة غير المشروعة

تكون المنافسة غير مشروعة بين شخصين يمارسان نشاطا متماثلا أو متشابهها ، إذا استخدم أحدهما أعمالا أو أساليب غير سليمة منافية للقانون أو العادات أو الشرف من أجل التأثير على زبائن الآخر واجتذابهم .

ولا يشترط لاعتبار المنافسة غير مشروعة أن يكون المدعى عليه سيئ النية ، بل يكفي مجرد الإهمال من جانبه ما دام العمل الذي قام به يعد في الحياة التجارية عملا غير مشروع .

وأعمال المنافسة غير المشروعة لا تدخل تحت حصر ، ولكن الفقه يحاول أن يردّها إلى أصول مختلفة تتمثل في ثلاث مجموعات .

**المجموعة الأولى** ، أعمال من شأنها إحداث الخلط بين المتاجر أو منتجاتها ، مثل استعمال اسم تجاري سبق لمتجر آخر استعماله ، تقليد المظهر الخارجي لمتجر منافس ، تقليد علامة تجارية يستعملها ذلك المتجر .

**المجموعة الثانية** ، الادعاءات غير المطابقة للحقيقة التي تستوجب الحط من قدر التاجر ، كالطعن في شخصه بالزعم أنه غير أمين أو أنه على وشك الإفلاس . أو الحط

من قدر بضائعه التي يتجر فيها بالزعم أنها منتجات مغشوشة أو غير صالحة للاستعمال، أو قليلة الجودة ... الخ .

**المجموعة الثالثة** ، أعمال تهدف إلى بث الاضطراب في مشروع منافس مثل تحريض عمال منافسه ومستخدميه على ترك العمل أو الإضراب حتى يضطرب العمل في المتجر بقصد إحداث الفشل ، أو استخدام عامل كان يعمل في متجر منافس بقصد اجتذاب زبائنه أو معرفة أسراره ، أو إتلاف إعلانات منافس .

وأعمال تهدف إلى بث الاضطراب في السوق مثل توزيع إعلانات أو نشرات تتضمن مزايا مبالغاً فيها أو لا وجود لها في السلع التي يبيعها ، أو انتحال ألقاب وصفات غير صحيحة كالادعاء بالحصول على جوائز وميداليات معينة ، أو نشر قائمة يقارن فيها بين أسعاره والأسعار التي يبيع بها التجار الآخرون ، أو البيع بخسارة بقصد تحويل الزبائن عن غيره ... الخ .

وللتاجر الذي أصابه ضرر من المنافسة غير المشروعة التي قام بها تاجر آخر أن يرفع دعوى للمطالبة بوقف هذه الأعمال ، والحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه وفق القواعد العامة في المسؤولية عن الفعل الضار .

وترفع الدعوى من المضرور أو نائبه ، وإذا تعدد المضرورون جاز لكل واحد منهم أن يرفع دعواه منفرداً ، ويثبت المضرور أعمال المنافسة غير المشروعة بكافة طرق الإثبات .

وترفع الدعوى على مرتكب فعل المنافسة غير المشروعة وكل من اشترك معه فيه، وإذا وجد بينهم ارتباط في العمل فإن مسؤوليتهم تكون تضامنية .

ولا تكون دعوى المنافسة غير المشروعة مقبولة إلا إذا كان الهدف منها حماية مصالح مشروعة . أما إذا كان النشاط الذي يقوم به المضرور غير مشروع كالاتجار بالمخدرات مثلاً فلا يستفيد من الحماية التي تترتب على دعوى المنافسة غير المشروعة .

ومتى تحققت المحكمة من وقوع العمل غير المشروع فإنها تقضي بإزالة الوضع غير المشروع الذي ترتب على القيام بتلك الأعمال ، وبفرض الإجراءات الكفيلة بمنعها في المستقبل .

كما يكون لها أن تقضي بتعويض الضرر الذي أصاب المدعي ، فضلا عن الأمر بنشر الحكم في الصحف على نفقة المحكوم عليه إذا وجدت ضرورة لذلك .

## الفصل الرابع التجارة الإلكترونية (1)

### تمهيد :

أدى التطور الهائل في ثورة المعلومات والاتصالات إلى تغيير كبير في المجتمع من النواحي العلمية والعملية كافة ، وكان لظهور الإنترنت واستخدامها في مجال التجارة عبر خطوط الهاتف وشبكات الحاسوب ؛ أن انتشرت التجارة الإلكترونية التي لم تقتصر على عمليات إنتاج وتوزيع وتسويق وبيع السلع والخدمات ؛ وإرسال التحويلات المالية بوسائل إلكترونية عبر الإنترنت ، بل شملت أيضا بيع وشراء المعلومات ذاتها ، كما امتدت إلى الاستشارات المختلفة من قانونية وصحية وتعليمية وسياحية وتأمينية وغيرها، في سوق إلكترونية افتراضية يتواصل فيها البائعون والوسطاء ( السماسرة) والمشترون ؛ وتقدم فيها المنتجات والخدمات في صيغة افتراضية أو رقمية ، كما يدفع ثمنها بالنقود

---

(1) يرجع في هذا الموضوع إلى : د. محمد حسام لطفي ؛ استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها ؛ القاهرة 1993 ، وليد الزبيدي ؛ التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت \_ الموقف القانوني ؛ دار المناهج للنشر والتوزيع ، عمان ، نوري حمد خاطر ؛ عقود المعلوماتية دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني ؛ دراسة موازنة ؛ الطبعة الأولى ؛ دار الثقافة ؛ عمان ؛ 2000 ، أسامة أبو الحسن مجاهد ؛ خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ؛ دار النهضة العربية ؛ القاهرة؛ 2000 ، طوني عيسى ؛ التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت ؛ دار صادر ؛ بيروت؛ 2001 ، وسيم شفيق حجار ؛ الإثبات الإلكتروني ؛ دار صادر؛ بيروت؛ 2001 ، د. نوري خاطر ؛ عقود المعلوماتية ؛ دار الثقافة ؛ عمان ؛ 2001 ، د. عبد الفتاح بيومي حجازي؛ النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ؛ الكتاب الأول؛ دار الفكر الجامعي ؛ الإسكندرية؛ 2002 ، د. فاروق محمد أحمد الأباصيري ؛ عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت ؛ الدار الجامعية الجديدة للنشر ؛ الإسكندرية؛ 2002 ، محمد أبو الهيجا ؛ التعاقد بالبيع بواسطة الإنترنت ؛ الطبعة الأولى ؛ الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة ؛ عمان ؛ 2002 ، نضال إسماعيل برهم ؛ أحكام عقود التجارة الإلكترونية ؛ دار الثقافة ؛ عمان ؛ 2005 ، محمود عبد الرحيم الشريفات ؛ التراضي عبر الإنترنت ( دراسة مقارنة) دار الثقافة للنشر والتوزيع ؛ عمان ؛ الطبعة الثانية ؛ 2011 . د. خالد ممدوح إبراهيم ؛ لوجستيات التجارة الإلكترونية ؛ دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ؛ 2008 وإبرام العقد الإلكتروني ؛ الدار الجامعية ؛ الإسكندرية؛ 2007 .

الإلكترونية . فالتجارة الإلكترونية في حقيقتها معاملات وتصرفات قانونية تتم في بيئة إلكترونية بواسطة التعاقد الإلكتروني .

وقد باتت التجارة الإلكترونية أحد أهم المظاهر الرئيسية في الوقت الحاضر، ومن المتوقع أن تسود العالم وتحل محل التجارة التقليدية . كما أصبحت آليات هذه التجارة من أهم ركائز تقدم الدول وتطورها، ونشأ عنها ما يسمى بالعقود الإلكترونية ، مما استوجب معرفة ماهية التجارة الإلكترونية والتعرف على آلياتها ووسائلها وما ينشأ عنها من علاقات .

لذلك نتكلم باختصار في ماهية التجارة الإلكترونية في فصل أول ، وفي العقود الإلكترونية في فصل ثان .

## الفصل الأول

### ماهية التجارة الإلكترونية

تعود بداية تطبيقات التجارة الإلكترونية إلى أوائل التسعينات من القرن الماضي، وقد بدأت بالتحويلات الإلكترونية للأموال ، ثم توسعت لتشمل معاملات أخرى مثل بيع وشراء الأسهم ، ومع بداية انتشار الإنترنت في التسعينات من القرن الماضي ؛ بدأ استخدام مصطلح التجارة الإلكترونية ؛ وتم تطوير تطبيقاتها بصورة كبيرة ، بحيث أصبحت معظم المنشآت التجارية العالمية في الوقت الحاضر ترفض أن تتعامل مع عملاء جدد إلا بأسلوب التجارة الإلكترونية .

**تعريف التجارة الإلكترونية :**

لم يعرف القانون النمطي للتجارة الإلكترونية ( اليونسترال) التجارة الإلكترونية ، ولكنه عرف الوسائل المستخدمة في العقود الإلكترونية .

بينما عرفت منظمة التجارة الدولية ؛ التجارة الإلكترونية بأنها " إنتاج وتسويق وبيع وتوزيع منتجات من خلال شبكات الاتصالات " .

كما عرفها القانون التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية لسنة 2000 بأنها "العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية " .<sup>(1)</sup>

وفي فرنسا عرفت مجموعة عمل برئاسة وزير الاقتصاد الفرنسي بأنها " مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات بعضها مع بعض، وبين المشروعات والأفراد ، وبين المشروعات والإدارة " .<sup>(2)</sup>

ويلاحظ أن التشريعات المختلفة التي عرفت التجارة الإلكترونية قد بينت أن التجارة الإلكترونية هي عملية تبادل السلع والخدمات عبر شبكة اتصالات دولية وباستخدام وسائل تكنولوجية حديثة ؛ ولم يحددوا وسيلة اتصال معينة ، لما قد يظهر في المستقبل من وسائل نتيجة التطور السريع للتكنولوجيا .<sup>(3)</sup>

والحديث عن التجارة الإلكترونية ؛ يستدعي الحديث عن ما يسمى مراكز تجارية افتراضية ، يتم عرض البضائع والخدمات عليها ، حيث يستطيع المستهلك الدخول إلى

---

<sup>(1)</sup> نشر في الصفحة 2085 من العدد 64 من الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 11 آب 2000 .

<sup>(2)</sup> د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، 2000 ، صفحة 25 . وبالنسبة للتعريفات المتعددة للتجارة الإلكترونية في المنظمات الدولية والتشريعات المقارنة يرجع إلى د. خالد ممدوح إبراهيم ، لوجستيات التجارة الإلكترونية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، صفحة 127 - 149 .

<sup>(3)</sup> د. خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، صفحة 148 .

هذه المواقع الافتراضية والإطلاع على السلع والخدمات ، وفي حال شرائه سلعة من السلع ؛ يتم الوفاء بثمنها من خلال أن يذكر رقم بطاقة الائتمان الخاصة به . كما يتبنى توقيعها الإلكتروني من أجل التحقق من شخصيته وإرادته في إبرام العقد ، بحيث يستطيع عن طريق هذا التوقيع اعتماد العمليات التي يبرمها .

وتتم عمليات تبادل المعلومات الإلكترونية في التجارة الإلكترونية ؛ إما بطريقة مباشرة ؛ أو من خلال وسيط يمكن تسميته بشبكة القيمة الإضافية Value Added Network ، حيث تعمل هذه الشبكات كدور مقاصة إلكترونية ؛ أو بريد إلكتروني ينظم الرسائل الإلكترونية ؛ ويحفظها حتى يتم تسليمها إلى الطرف الآخر .

#### نشأت وأشكال التجارة الإلكترونية :

لم تظهر التجارة الإلكترونية فجأة ؛ بل كانت وليدة مراحل مختلفة مرت بها ثورة الاتصالات والمعلومات ، وقد ظهرت استجابة لمتطلبات السرعة في العملية التجارية ؛ بهدف " خلق مجتمع المعاملات اللاورقية ؛ أي إحلال دعائم إلكترونية محل الدعائم الورقية " .

والفكرة الرئيسية لهذه التجارة تدور حول تجميع البائعين والمستهلكين في معارض أو مراكز تجارية افتراضية . وتنقسم هذه المراكز إلى قسمين :  
القسم الأول ، يمكن الدخول إليه دون حاجة لإجراءات معينة ، ولكنه يسمح بالاطلاع والتجول فيه من أجل التعرف على السلع والخدمات المعروضة فقط دون الشراء .  
والقسم الثاني ، لا يمكن للزائر الدخول إليه إلا بعد اتباع إجراءات معينة تستهدف التحقق من شخصية الزائر وتسجيله ، والتي تتلخص في أن يذكر رقم بطاقته الائتمانية ؛ أو يستخدم حافظة نقوده الإلكترونية ، وذلك بهدف تيسير الوفاء ، وأن يكون له توقيع إلكتروني أو شيفرة خاصة ، وذلك بهدف أن يعتمد التصرفات التي يبرمها .

ويمكن أن تتم التجارة الإلكترونية من خلال ستة أشكال أهمها :

- 1- التجارة الإلكترونية بين منشأة تجارية ومنشأة تجارية ، Business to Business ويرمز لها بالرمز ( B2B ) ويقصد به أن تتم المعاملات التجارية بين المنشآت التجارية بعضها مع بعض ؛ باستخدام شبكة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات ، وهذا الشكل هو أكثر أنواع التجارة الإلكترونية شيوعاً في الوقت الحالي سواء داخل الدولة أو بين الدول وبعضها ، ويستخدم بهدف خفض التكاليف وزيادة الكفاءة للعملية التجارية ؛ وتحقيق معدل أعلى للأرباح .
- 2- التجارة الإلكترونية بين منشأة تجارية ومستهلك ، Business to Customer ويرمز لها ( B2C ) وهذا الشكل انتشر بشكل كبير ويستخدم من قبل العميل لشراء المنتجات والخدمات عن طريق الويب Web حيث أصبح هناك ما يسمى المراكز التجارية على الإنترنت ( Shopping Malls ) أو المراكز الافتراضية ( Virtual Malls ) ، وهي تقدم كافة أنواع السلع والخدمات ، ويستخدم هذا الشكل من قبل المنشأة التجارية للوصول إلى أسواق جديدة . (1)

#### وسائل التعاقد في سوق التجارة الإلكترونية :

يبدأ التعامل في سوق التجارة الإلكترونية بالتعرف على المنتجات والخدمات المطلوب شراؤها ؛ والتعارف بين المورد والمستورد ، وتأتي بعد ذلك مرحلة طلب الشراء والدفع ؛ والاتفاق على إتمام عملية الشراء وكيفية الوفاء بالثمن ، وبعدها مرحلة التسليم والتي تختلف حسب طبيعة المنتجات والخدمات ، إذ يمكن أن يتم تسليم قسم منها إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت ؛ مثل الخدمات التعليمية والمحاسبية والثقافية والطبية

---

(1) للأشكال الأخرى يرجع إلى د. خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، صفحة 160 و161 .

والمصرفية ، وتسليم القسم الثاني بوسائل تقليدية عن طريق نقل بعض المنتجات أو السلع إلى من تعاقد على شرائها أو تجربتها أو تشغيلها .  
ويتم ذلك كله في إطار سوق افتراضي للمتسوقين عن طريق شبكات الإنترنت ، سواء عن طريق عنوان البريد الإلكتروني ( E - mail Address ) للدخول في خدمة الإنترنت ؛ أو عن طريق اتخاذ موقع ( Web site ) على الإنترنت لعرض المنتجات والخدمات في سوق التجارة الإلكترونية .  
وبذلك أصبحت الإنترنت أفضل وسيلة لإبرام العقود بأنواعها ؛ والتي يمكن تسميتها بالعقود الإلكترونية ؛ لأن الإيجاب وارتباط القبول به ينعقد بوسائل إلكترونية ، سواء كلياً أم جزئياً .

#### خصائص التجارة الإلكترونية :

تعتمد التجارة الإلكترونية بشكل أساسي على شبكات الاتصالات والمعلومات والتي من أهمها الإنترنت ، وهي تتميز بخصائص ست تستدعي تطبيق أحكام قانونية خاصة بها ، وهي :

- 1- تتم التجارة الإلكترونية عن بعد ، حيث يتم إنجاز معظم مفرداتها عبر وسائل إلكترونية وبالذات عبر الإنترنت بخلاف العقود التجارية التقليدية ، فلا يجمع مورد السلعة أو الخدمة وطالباها مجلس واحد .
- 2- فكرة العولمة والتدويل ، فلا تتقيد التجارة الإلكترونية بالحدود ؛ بل هي علاقات عابرة للقارات، فقد يكون البائع في فرنسا والمشتري في الهند ، وقد يكون منتج السلعة في ألمانيا والمستهلك في استراليا ، وتتم العملية التجارية بينهما عن طريق شبكة الإنترنت، الأمر الذي يطرح عدة مسائل قانونية تتعلق بالقانون

الواجب التطبيق ؛ واللغة التي تبرم الصفقة بها ؛ ومسائل تتعلق بالتسليم والوفاء والأنظمة المصرفية الواجب مراعاتها .

3- التحول عن الدعامات الورقية المستخدمة في المعاملات التجارية التقليدية، إلى دعائم إلكترونية، فكافة الإجراءات والمراسلات تتم إلكترونياً دون استخدام أي ورق . حيث تقوم التجارة الإلكترونية على تعاقد بدون مستندات مادية ؛ فهي تستخدم البيانات الإلكترونية والمعلومات لإبرام المعاملات بين طرفي العلاقة ، حيث تحول العقد المكتوب ؛ وفاتورة التسليم؛ وإيصال سداد الثمن؛ وسند الشحن؛ إلى بيانات أو معلومات تنساب عبر شبكة الإنترنت . وهكذا أصبحت الرسالة الإلكترونية هي السند القانوني الوحيد متاح لكلا الطرفين في حالة نشوء أي نزاع بينهما، الأمر الذي يثير مسألة إثبات التزامات أطراف التعاقد .<sup>(1)</sup>

4- إمكانية تسليم المنتجات إلكترونياً ، فبعض المنتجات يتم تسليمها إلكترونياً ؛ أي التسليم المعنوي للمنتجات ، مثل برامج الحاسب ؛ والتسجيلات الموسيقية؛ وأفلام الفيديو؛ والكتب؛ والأبحاث؛ والتقارير الإلكترونية، إلى جانب بعض الخدمات مثل الاستشارات الطبية أو الهندسية .

5- غياب العلاقة المباشرة بين الأطراف المتعاقدة، حيث لا يوجد مجلس عقد بالمعنى التقليدي . فقد يكون البائع في مكان والمشتري يبعد عنه آلاف الأميال، وقد يختلف التوقيت الزمني أيضاً بين مكاني البائع والمشتري ، بل قد يغيب العنصر البشري تماماً وتقوم أجهزة الكمبيوتر بالتراسل فيما بينها ، وهو ما يعرف بالتعاقد بالوكيل الإلكتروني .

---

<sup>(1)</sup> هذا التحول إلى الدعائم الإلكترونية لم يمس الطبيعة القانونية للعملية التجارية ذاتها .

6- وجود الوسيط الإلكتروني ، وهو جهاز الكمبيوتر المتصل بشبكة الإتصالات الدولية التي تقوم بنقل التعبير عن الإرادة إلكترونيا لكل من طرفي التعاقد في ذات اللحظة رغم انفصالهما مكانيا ، ما لم يحدث عطل في الشبكة ولا تصل الرسالة ؛ أو تصل مغلوبة؛ أو غير مقروءة، وهنا تثور مسئولية مقدم خدمة الإنترنت عن عدم وصول الرسالة أو وصولها متأخرة ، أو وصولها في الميعاد ولكن يوجد بها غلط أو تحريف .

#### مزايا التجارة الإلكترونية :

1- سرعة وسهولة الاتصال والحصول على المعلومات ، حيث يتم عرض المنتجات عبر الإنترنت طيلة ساعات اليوم وطيلة أيام السنة دون إجازات أو عطل ؛ مما يؤدي إلى توفير الوقت والجهد ، ويعود بالفائدة على التجار والمستهلكين والمجتمع :

أ- تجنب التجار مشقة السفر وهدر الوقت والمال للترويج للبضائع والخدمات وعرضها في السوق التقليدية ، وتوسع نطاق السوق إلى نطاق دولي أو عالمي ، وتخفض تكاليف الاتصالات السلكية واللاسلكية ، وتخفض الفترة الزمنية ما بين دفع الأموال والحصول على المنتجات والخدمات . وتتيح لهم عرض منتجاتهم عن طريق الكتالوج الإلكتروني بحيث يحوي مواصفات مكتوبة وصور للبضائع ؛ بالإضافة إلى معلومات عن الترويجات والتخفيضات وأساليب الدفع وطرق الشحن .

ب- ولا يحتاج العملاء للتنقل وبذل الوقت أو الانتظار في طابور للحصول على ما يريدون ؛ فيكفي اقتناء جهاز حاسوب وبرنامج متصفح الإنترنت؛ واشترك في الإنترنت للدخول إلى جميع الأسواق والمنتجات الافتراضية في أي وقت والحصول على المعلومات عن الأسواق والمنتجات والشركات بسرعة ويسر، مما يتيح لهم حرية الاختيار حيث يكون لهم الكثير من الخيارات بسبب قابلية الوصول إلى منتجات وشركات لم تكن متوفرة بالقرب منهم والحصول على أفضل عرض . كما أن شراء أحد المنتجات لا يتطلب سوى النقر على المنتج وإدخال بعض البيانات عن البطاقة الائتمانية ؛ أو نظام الدفع الملائم من خلال الإنترنت . كما يمكنهم تبادل الخبرات والآراء بخصوص المنتجات والخدمات عبر المجتمعات الإلكترونية كالمندديات مثلا .

ت- وبالنسبة للمجتمع ، فإنها تسمح للفرد بأن يعمل من منزله ، مما يعني ازدحاما أقل في الشوارع وبالتالي خفض نسبة تلوث الهواء . كما تسمح ببيع بعض البضائع بأسعار زهيدة يستطيع الأفراد محدودي الدخل شرائها مما يعني رفع مستوى المعيشة في المجتمع ككل . كما تسهل لسكان دول العالم الثالث الحصول على منتجات أو خدمات غير متوفرة في بلدانهم الأصلية ؛ مثل الحصول على شهادات جامعية عبر الإنترنت . كما تيسر توزيع الخدمات العامة مثل الصحة والتعليم والخدمات الاجتماعية بسعر منخفض وكفاءة عالية .

2- التجارة الإلكترونية تؤدي إلى التقليل من عدد المستخدمين ؛ والحد من مصاريف الشركات ، فيمكن لفرد واحد استرجاع المعلومات الموجودة في قاعدة البيانات لتفحص تواريخ عمليات البيع بسهولة ، كما أن صيانة مواقع التجارة الإلكترونية

- على الويب أقل كلفة من بناء أسواق التجزئة أو صيانة المكاتب ، وبالتالي فإن خفض التكاليف يؤدي إلى خفض الأسعار .
- 3- الشراء من خلال الإنترنت يؤدي إلى عدم الحاجة لاستخدام النقود التقليدية ، حيث يتم الشراء من خلال البطاقات الائتمانية .
- 4- التفاعل الجماعي بين عدة أطراف، بمعنى أن أحد أطراف المعاملة يستطيع إرسال رسالة إلكترونية إلى عدد لا نهائي من المستقبلين في ذات الوقت؛ دون حاجة لإعادة إرسالها كل مرة ، وهو شيء غير مسبوق .
- 5- تمكن الشركات الصغيرة من توسيع مداها الجغرافي وضمان عملاء جدد بأساليب كانت مقصورة في السابق على الشركات الكبرى . حيث أصبح بإمكان أية منشأة تجارية مهما كان حجمها صغيرا أن تتحول إلى شركة عالمية بمجرد أن تنشئ لها موقعا على الإنترنت .

#### **المشكلات التي تواجه التجارة الإلكترونية :**

يعتبر التعاقد عبر الإنترنت عقدا مبرما عن بعد ، لذلك يؤدي إلى إثارة بعض المشكلات القانونية مثل :

- 1- - تعيين هوية المتعاقدين والتحقق من شخصيتهم وأهليتهم . حيث يترتب على الانفصال المكاني بين طرفي التعاملات التجارية الإلكترونية؛ عدم معرفتهما بكافة المعلومات الأساسية بعضهما عن بعض كما هو الحال في التعاملات التجارية التقليدية ، فلا يعرف أي منهما درجة يسار أو إعسار الآخر؛ وما إذا بلغ سن الرشد أم أنه ناقص الأهلية .
- 2- السلامة والنزاهة بالتأكد من صحة البيانات المعطاة عن الشخص المراد التعاقد معه ؛ وصحة المستندات المتداولة بين الطرفين .

- 3- المصادقة .
- 4- السرية . حيث لا تزال التجارة عبر الإنترنت تقتصر إلى الكثير من الضوابط الضرورية من أجل الحماية والسرية لكل المستفيدين منها .
- 5- القابلية للقراءة
- 6- مكان وزمان انعقاد العقد .
- 7- إثبات العقد ، وصحة إثبات التوقيع الإلكتروني .
- 8- أمان الدفع الإلكتروني ( E - cash ) عبر الشبكة .

وقد تثير العقود الإلكترونية مشكلات قانونية أخرى ترجع لاشتراط شكل معين كركن من أركان العقد في بعض الحالات ؛ كاشتراط السند الرسمي المنظم من كاتب العدل ، أو اشتراط الكتابة بخط اليد ، ويتعذر في حالة السند الإلكتروني التقييد بهذا الشكل دون تعديل القواعد القانونية للإثبات ، ولتلافي بعض هذه المشكلات أجازت بعض التشريعات الحديثة إنشاء نسخة الكترونية عن سند ورقي مع التوقيعات الموضوعة عليه ؛ كما في حالة الخزن المغناطيسي الذي يتيح إعادة تكوين سند مشابه للسند الأصلي ؛ فقد تعطى النسخة المستمدة من السند الإلكتروني القوة الثبوتية لصور السند في حال كان إنشاؤها سليما .

#### القواعد القانونية التي تحكم التجارة الإلكترونية :

نظام التجارة الإلكترونية هو نظام الكتروني بديل عن التعامل بالورق والتوقيعات الأصلية ، فهو يختلف عن التجارة التقليدية من حيث الوسيلة التي تستخدم في عمليات التبادل التجاري ؛ وليس في طبيعة العمليات التجارية ذاتها ، ولهذا فإن التجارة الإلكترونية تخضع للأحكام العامة التي تحكم العقود بشكل عام ، إضافة إلى الأحكام التي تنظم عقود المسافة التي تجري عن بعد بين متعاقدين ليسوا في وضعية الالتقاء .

ومع أن موضوع التجارة الإلكترونية لم يزل حديثاً ، إلا أنه أصبح التعامل بالوسائل الحديثة للاتصالات ؛ ومنها الفاكس والإنترنت ، أمراً لا غنى عنه في الوقت الحاضر ، وأصبح الفرد يستطيع أن يبرم العديد من العقود والصفقات التجارية من خلال هذه الوسائل ، بل إن بعض الشركات الدولية الكبرى غدت لا تقبل التعامل مع أعضاء جدد إلا من خلال التبادل الإلكتروني للبيانات والمعلومات .

غير أن ما يعوق التجارة الإلكترونية تخلف الآليات القانونية التقليدية عن التعامل معها ؛ حيث وضعت تلك القوانين لتنظيم التجارة التقليدية التي تعتمد السلع المادية والنقود العادية؛ والتعامل بالأوراق والمستندات الورقية كدليل للإثبات . وقد دفع ذلك بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى وضع تنظيم قانوني نمطي يساعد الدول المختلفة على معالجة المشكلات القانونية الناشئة عن التعامل بهذه الوسائل الحديثة ، فأصدرت كلا من :

1- القانون النمطي الخاص بالتجارة الإلكترونية الصادر عام 1996 .<sup>(1)</sup>

2- القانون النمطي بشأن التوقيع الإلكتروني الصادر عام 2001 .

وهذان القانونان إرشاديان لا يشتملان على التفاصيل الكاملة لعقود التجارة الإلكترونية ؛ ولا يغطيان جميع المجالات ، تاركين المجال أمام التشريعات الوطنية لتنظيم القضايا والمجالات التي تختلف أحكامها من نظام قانوني إلى نظام آخر ، كل وفق نظرية العقد التي يتبناها بتفاصيلها .

كما بادرت العديد من الدول إلى إصدار تشريعات داخلية تنظم التعامل من خلال الوسائل الإلكترونية ، حيث أخذت أغلب دول العالم المتقدم بالقانون النمطي أو تأثرت

---

<sup>(1)</sup> جرى تسمية هذا القانون بالقانون النموذجي ، ولكننا نرى أن تسميته بالقانون النمطي أكثر دقة .

بأحكامه إلى حد كبير ، (2) كما أصدرت العديد من الدول العربية كذلك قوانين بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية منها تونس بالقانون رقم 83 لسنة 2000 ، والأردن بالقانون رقم 85 لسنة 2001 ، والإمارات بالقانون رقم 2 لسنة 2002 ، كما تم وضع مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني عام 2003 ولكن لم يتم إقراره بصورة نهائية بعد . (3)

وبالرجوع إلى القانون النمطي ( اليونسترال ) نجد أنه قد قصر نطاق تطبيقه على التجارة الإلكترونية ؛ دون غيرها من المعاملات غير التجارية، وأنه وسع نطاق التجارة الإلكترونية لتشمل كافة الأنشطة التجارية التي تمارس عبر وسائل إلكترونية ؛ فلم يورد أي استثناء على هذا النطاق ، ودعا الدول إلى عدم إيراد أي استثناءات عليه إلا إذا رأيت ضرورة لذلك ؛ مع التزامها بالتقليل من هذه الاستثناءات التزاما بروح القانون النمطي وعدم الخروج عليه . وفي الوقت ذاته لم يمنع الدول من توسيع نطاق هذا القانون إذا ما رغبت في أن يشمل المعاملات غير التجارية باستخدام وسائل الكترونية .

---

(2) كانت سنغافورة أول دولة في العالم طبقت القانون النمطي للتجارة الإلكترونية حيث أصدرت قانون المعاملات الإلكترونية في سنة 1998 ، ثم تلتها إيطاليا والولايات المتحدة سنة 1999 والبرتغال في 1999/8/5 ، والنمسا في 1999/8/19 ، وفرنسا وتونس والصين سنة 2000 ، وألمانيا وإيرلندا في سنة 2001 ، وإمارة دبي ودولة البحرين سنة 2002 . د. خالد إبراهيم ، المرجع السابق، صفحة 130 .

(3) وفي عام 2010 وضعت وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات في حكومة غزة المقالة مشروع قانون المعاملات الإلكترونية وعرضته على المجلس التشريعي هناك الذي أقره بالقراءتين الأولى والثانية ، وهذا المشروع وسع من نطاقه ليشمل المعاملات التجارية وغير التجارية على خلاف المشروع الأول .

وقد سارت بعض التشريعات وفق القانون النمطي فقصرت التعامل عبر الوسائل الإلكترونية على الأنشطة التجارية بمفهومها الواسع ومن ذلك مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي ، ومشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري ، ومشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني الذي نص في المادة الثانية على أنه " تسري أحكام هذا القانون على المبادلات والتجارة الإلكترونية " .

بينما وسعت تشريعات أخرى من نطاق تطبيق الوسائل الإلكترونية فلم تقصرها على الأعمال التجارية؛ بل أيضا الأعمال غير التجارية ، فظهر ما يسمى المعاملات الإلكترونية أو المبادلات الإلكترونية ، من ذلك قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 ، وقانون المعاملات الإلكترونية البحريني لسنة 2002 .

وقد أوردت هذه التشريعات بعض الاستثناءات التي تتعلق بالعقود والمستندات والوثائق الشكلية ، أي التي اشترط القانون تنظيمها وفق شكل معين ؛ لأهميتها وضرورة اتباع الشكل الذي تطلبه المشرع لتنظيمها . من ذلك ما نصت عليه المادة 3 من المشروع الفلسطيني بأنه " يستثنى من تطبيق أحكام هذا القانون المعاملات والأموال المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا وسندات ملكية الأموال غير المنقولة والسندات القابلة للتداول والمعاملات المتعلقة ببيع وشراء الأموال غير المنقولة وأي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام كاتب العدل " . (1)

## الفصل الثاني

### عقود التجارة الإلكترونية

---

(1) من ذلك أيضا المادة 6 من القانون الأردني ، والمادة 4 من مشروع غزة .

## تمهيد :

لا يخرج عقد التجارة الإلكترونية - في الواقع - في بنائه؛ وتركيبه؛ وأنواعه؛ ومضمونه عن العقد التقليدي ، ومن ثم فهو يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد ، وهو من العقود غير المسماة ؛ حيث لم يضع المشرع له تنظيماً خاصاً .

ونتكلم في تعريف العقد الإلكتروني وخصائصه في مبحث أول ، ثم في تكوين العقد الإلكتروني في مبحث ثان .

## المبحث الأول

### تعريف العقد الإلكتروني وخصائصه

#### تعريف العقد الإلكتروني :

يمكن تعريف العقد الإلكتروني بأنه " العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية " .<sup>(1)</sup>

فالعقد الإلكتروني يتطلب ما يتطلبه أي عقد آخر تقليدي من التراضي بتوافر الإيجاب والقبول ؛ والمحل ؛ والسبب ؛ ولكنه يختلف عن غيره من العقود حال كونه ينعقد دون أن يكون لطرفيه حضور مادي في مجلس العقد وقت انعقاده ، حيث يكون كل طرف في مكان مختلف عن مكان الآخر ؛ ويفصل بينهما بعد جغرافي ،

---

(1) د. خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، 2007 ، صفحة 74 .

أي أنه في حالة التعاقد الإلكتروني لا يكون الطرفان حاضرين في مجلس العقد وإنما يجمعهما مجلس عقد حكومي .

كما يتميز كل من الإيجاب والقبول الإلكتروني عن التقليدي في أنهما يتم باستخدام وسيط إلكتروني من خلال شبكة الإنترنت ، فهو اتفاق يتم انعقاده بوسائل الكترونية كلياً أو جزئياً.

فعقود التجارة الإلكترونية ترتبط ارتباطاً كلياً بالوسائل الإلكترونية ؛ سواء في مرحلة المفاوضات العقدية أم في مرحلة إبرام العقد ، والتي يتم تنفيذها بشكل كلي من خلال شبكة الإنترنت ؛ حيث تتم المفاوضات وارتباط الإيجاب مع القبول ؛ والوفاء بالثمن؛ والتسليم من خلال شبكة الإنترنت ، مثل تسليم برامج الحاسوب أو البيانات أو أي من المعلوماتية ؛ أو الكتب ... الخ من السلع التي يمكن تداولها ونقلها من خلال شبكة الإنترنت .

وعلى ذلك فإن عقود التجارة الإلكترونية تستمد أحكامها في الأساس من قانون المعاملات الإلكترونية بشكل خاص ؛ ومن القواعد العامة لنظرية العقد بشكل عام ، ويتم إخضاع العقد للأحكام المغايرة التي تأخذ في الاعتبار الحضور الافتراضي وتعاصر الإيجاب والقبول من الناحية الزمنية لأن الطرفين يتبادلان البيانات مباشرة من خلال شاشات الحاسوب أو بواسطة شبكة الإنترنت ؛ بحيث يعتبر العقد المبرم بين حاضرين من حيث الزمان ، بينما يبقى البعد المكاني - حيث إن كلا منهما في مكان مختلف ويبتعد عن الآخر - مؤثراً فيكون التعاقد بين غائبين من حيث المكان .

#### خصائص العقد الإلكتروني :

1- يخضع العقد التجاري الإلكتروني للخصائص ذاتها التي تخضع لها معظم العقود التجارية باعتباره عقداً رضائياً .

- 2- وهو عقد ملزم للجانبين ؛ لأنه يرتب التزامات متبادلة .
- 3- يتم إبرام العقد الإلكتروني عن بعد ؛ فهو من ما يسمى عقود المسافة ، لأنه يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي ؛ بل مجلس عقد حكومي أو افتراضي.
- 4- يتم استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام العقد ، فهو يختلف عن العقود التقليدية فقط من حيث طريقة إبرامه ، حيث اختلفت الكتابة التقليدية التي تقوم على دعائم ورقية ، لتحل محلها الكتابة الإلكترونية التي تقوم على دعائم إلكترونية .
- 5- يتصف العقد الإلكتروني غالبا بالطابع التجاري والاستهلاكي ، لأنه يتم بين تاجر أو مهني ومستهلك ، لذلك يطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية ؛ ويخضع عادة للقواعد الخاصة بحماية المستهلك .
- 6- يتسم عادة بالطابع الدولي ، لأن الطابع العالمي لشبكة الإنترنت تسهل التعاقد بين طرف في دولة وطرف آخر في دولة أخرى ، مما يثير مسائل عديدة ؛ كأهلية المتعاقد للتعاقد ؛ وكيفية التحقق من شخصيته ومعرفة مركزه المالي ، وتحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق على المنازعات الناجمة عن العقد الإلكتروني .
- 7- من حيث الوفاء ، حلت وسائل الدفع الإلكترونية في التعاقد الإلكتروني محل النقود العادية ، مثل البطاقات البنكية Visa card , Master card ، وغيرها والنقود الإلكترونية Electronic Money وتتمثل في النقود الرقمية Digital Money والمحفظة الإلكترونية Electronic Wallet وغيرها .
- 8- من حيث الإثبات ، فالعقد التقليدي يتجسد في الدعامة الورقية الموقعة بالتوقيع اليدوي ، أما العقد الإلكتروني فيتم إثباته عبر المستندات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني .

9- تنفيذ العقد الإلكتروني يمكن أن يتم عبر الإنترنت دون حاجة إلى الوجود المادي الخارجي، حيث يمكن تسليم بعض المنتجات إلكترونياً ؛ أي التسليم المعنوي للمنتجات ، مثل برامج الحاسب ؛ والكتب؛ والاستشارات الطبية والهندسية ، حيث يقوم العميل بنسخ البرنامج Software من شبكة الإنترنت عن طريق الإنزال Download .

10- العقد الإلكتروني عقد مقترن بحق العدول ، لأن المستهلك في هذا العقد ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة والإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد ؛ حيث يتم التعاقد عن بعد ، خلافاً للقاعدة العامة في القوة الملزمة للعقد التقليدي .

#### مدى توافر الإذعان في العقد الإلكتروني :

اختلف الفقه في هذه المسألة ، فذهب رأي إلى اعتبار العقد الإلكتروني من عقود الإذعان بالنسبة للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف دائماً، لأنه في الغالب عقد نمطي يعد مسبقاً من البائع الذي يضع شروطاً لا يستطيع المشتري إلا أن يوافق عليها أو يرفضها جملة واحدة. (1)

بينما ذهب رأي آخر إلى أن العقد الإلكتروني عقد رضائي ، فعملية المساومة ما زالت تسود العقود الإلكترونية على اختلاف أنواعها ؛ وأن المستهلك له مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورد آخر إذا لم تعجبه الشروط المعروضة على شاشة الإنترنت ، ويستطيع الانتقال من موقع إلى آخر واختيار ما يشاء وترك ما يشاء .

---

(1) د. حسن عبد الباسط جميعي ، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، صفحة 102 وما بعدها .

غير أن رأيا ثالثا ذهب إلى وجوب التمييز بين الوسيلة المستخدمة في إبرام العقد الإلكتروني ، فإذا تم التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني؛ أو من خلال برنامج المحادثة ؛ أو باستخدام الوسائل السمعية البصرية ، يكون العقد الإلكتروني عقدا رضائيا ؛ حيث يتبادل الطرفان الآراء ووجهات النظر عبر الرسائل الإلكترونية ، ويستطيع الموجه إليه الإيجاب التفاوض بحرية حول شروط التعاقد والمفاضلة بين العروض المطروحة عليه حتى يحصل على أفضل الشروط التي تناسبه ، أي أن العقد يعد من عقود المساومة .

أما إذا تم التعاقد عبر مواقع الويب Web التي تستخدم غالبا عقودا نموذجية تكون شروطها معدة سلفا من قبل الموجب ؛ ولا يترك معها للموجب له - وهو المستهلك في الغالب - مجالاً للمساومة والمناقشة في هذه الشروط ، فإن العقد الإلكتروني يكون عقد إذعان. (1)

## المبحث الثاني تكوين العقد الإلكتروني

---

(1) د. خالد ممدوح إبراهيم ، لوجستيات التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، صفحة 88 - 90 . وهو يقول ، يبدو أن مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري قد تبنى هذا الرأي حيث نص في الفصل السابع الخاص بحماية المستهلك على اعتبار العقود النمطية الإلكترونية من عقود الإذعان من حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المدعن وهو المستهلك ؛ وجواز إبطال ما يرد فيها من شروط تعسفية . ويعتبر كل شرط من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد من قبيل الشروط التعسفية ويجوز للمستهلك المطالبة بإبطاله .

### التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني :

أجاز القانون النمطي استخدام رسائل البيانات في التعبير عن الإرادة في تكوين العقود ، والمقصود برسائل البيانات وفق المادة 2/أ من هذا القانون " المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة ؛ بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس ". وقد نقل المشروع الفلسطيني هذا التعريف في المادة الأولى منه .

ويتبين من ذلك أنه يجوز التعبير عن الإرادة عن طريق إرسال رسائل بيانات إلكترونية من جهاز حاسوب إلى آخر ؛ أو عن طريق رسالة تلكس أو فاكس ؛ أو غير ذلك من الوسائل التي قد يبتكرها العلم الحديث في المستقبل . ومع ذلك ترك هذا القانون للأفراد حرية الاتفاق على غير ذلك ، كأن يشترط الأفراد تعزيز رسالة البيانات هذه بأخرى مكتوبة خلال فترة زمنية معينة ؛ لترتيب الأثر القانوني المشار إليه في رسالة البيانات مثلا ، كما أبقى المجال مفتوحا أيضا للتشريعات الوطنية لاستثناء بعض العقود أو أجزاء منها من دائرة انطباقه .

وبالنسبة للتشريعات الوطنية نصت المادة 5 من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني على أنه " ينطبق على العقود الإلكترونية ما يطبق على العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة وأثرها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون. (1)

---

(1) نصت المادة 13 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه " تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد

ويتبين من هذا النص أن التعبير عن الإرادة عن طريق الحاسوب يندرج تحت التعبير بالكتابة ؛ ولكنها كتابة من نوع خاص ، فهي ليست كتابة على الورق وإنما كتابة إلكترونية يمكن قراءتها من قبل الآلة ومن قبل الإنسان بعد تحويلها ، وهو تعبير صريح لأنه واضح يدل على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين .

### النيابة في التعبير عن الإرادة بواسطة الإنترنت :

ترك القانون النمطي لليونسترال أحكام النيابة وشروطها إلى القواعد العامة في القوانين المدنية ؛ إلا أنه أجاز في المادة 13 منه التعبير عن الإرادة بالنيابة ، واعتبر أن الرسالة المعبرة عن الإرادة صادرة عن الأصيل في حالتين :

1- إذا أرسلت هذه الرسالة من قبل شخص له صلاحية التصرف نيابة عن الأصيل ( المنشئ) فيما يتعلق برسالة البيانات .

2- إذا تم التعبير عن الإرادة بواسطة نظام معلومات مبرمج من قبل الأصيل (المنشئ) ، أو نيابة عنه ، وذلك للعمل تلقائياً . حيث سيقوم هذا البرنامج بالبحث له عن عرض معين ؛ ومن ثم وحسب تطورها سيعبر عن إرادته في تعاقد معين ، إذ يكون هو من عبء فيها بياناته الشخصية وكل متطلبات الثقة التي يحرص عليها الطرف الآخر ، وغالباً ما تعمل هذه البرامج من خلال وسيط إلكتروني . وأوضح مثال لذلك البرامج المعدة للعمل في البورصات العالمية ؛ فهي تشتري وتبيع أسهم من تلقاء ذاتها ؛ ولكنها مبرمجة لأن تقوم بمثل هذا العمل فلا تزيد ولا تنقص وليس لها قرار ، إلا أنها تبحث في الشبكة فإن وجدت وفق ما هي مبرمجة عليه فإنها تقتصر ؛ وإلا فإنها تبقى ساكنة .

---

إنشاء التزام تعاقدي " . كما نصت المادة 1/13 من القانون الإماراتي على أنه " لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئياً أو كلياً بواسطة المراسلة الإلكترونية " .

وقد نقل المشروع الفلسطيني حكم هذه المادة في المادة 14 منه فنص على أنه " في العلاقة بين المرسل والمرسل إليه تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المرسل إذا أرسلت : أ - من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المرسل فيما يتعلق برسالة البيانات . ب - من نظام معلومات مبرمج على يد المرسل أو نيابة عنه للعمل تلقائياً".

### الإيجاب عبر الإنترنت :

تحدثت القوانين التي نظمت التعاقد الإلكتروني عن شكل الإيجاب ؛ ولكنها لم تحدد شروطه ، لذلك فإن شروط الإيجاب وسقوطه وتطبيقاته بواسطة شبكة الإنترنت يطبق عليها القواعد العامة في الإيجاب وفقاً للقوانين الوطنية وقواعدها الموضوعية . ولا يختلف الإيجاب من خلال الإنترنت كثيراً عن الإيجاب التقليدي ؛ فالإيجاب هو ذاته وبذات الشروط ؛ ولكن وسيلة التعبير عنه تختلف . فالأصل وفق نص المادة 11 من القانون النمطي أن يتمتع الإيجاب الإلكتروني بذات الصفات التي يتمتع بها الإيجاب التقليدي طالما لم يتفق أطراف العلاقة القانونية على غير ذلك . وقد عرف التوجيه الأوروبي في شأن حماية المستهلك الإيجاب الإلكتروني بأنه " كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة ؛ ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان " .<sup>(1)</sup> ويشترط في الإيجاب الإلكتروني أن يكون جازماً ومحدداً وبارتاً لا رجعة فيه كالإيجاب التقليدي ، كأن يصف البضاعة وصفاً دقيقاً ومزوداً بصورة مجسمة ثلاثية الأبعاد .

ويمكن أن يتخذ الإيجاب بواسطة الإنترنت أحد الصور التالية :

---

(1) د. خالد ممدوح إبراهيم ، لوجستيات التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، صفحة 226 .

1- التعبير عن الإرادة بواسطة شبكة الموقع Web وتسمى بالإنجليزية ( World Wide web ) ، ويطلق عليه اختصارا ( www ). والغالب أن يكون الإيجاب خلالها إيجابا عاما موجها إلى كل من يطلع على الموقع ، لذلك قد يبدي عدد كبير قبولهم للتعاقد ؛ أو قد يكون من أبدى رغبته في التعاقد عديم الأهلية أو ناقصها ؛ أو قد لا يكفي المخزون من البضائع لتغطية التعاقد مع جميع من أبدوا رغبتهم في هذا التعاقد . وتلافيا لهذه المشكلات ينصح بعض الخبراء من يصدر عنه التعبير أن ينص في تعبيره عن إرادته على أن العرض الصادر منه ليس سوى دعوة للتعاقد أو التفاوض ؛ كورود عبارة " دون أي التزام " أو " لا يؤلف العرض وثيقة أو مستندا للتعاقد" ، كما تشترط بعض العقود ما يسمى نطاق التغطية ؛ بمعنى تحديد النطاق الجغرافي الذي يغطيه الإيجاب " العرض لا يشمل الردود الواردة من خارج دولة ما " . وقد يحتفظ المعلن بحقه في تعديل الثمن تبعا لتغير الأسعار في السوق أو في البورصة ، أو بغير نفاذ المخزون ، أو يحتفظ لنفسه بإمكانية تعديل العرض ؛ أو حقه في رفض البيع لاحقا دون إبداء الأسباب .

2- التعبير عن الإرادة بواسطة البريد الإلكتروني ( E-mail ) . وفي هذه الحالة إما أن يرسل البائع الإيجاب إلى شخص محدد ؛ فردا أو مؤسسة ، بحيث يصل إلى البريد الإلكتروني المرسل إليه ، فنكون أمام إيجاب كالإيجاب الذي يتم عبر البريد العادي ، فيعلم به الشخص عندما يفتح صندوق بريده الإلكتروني ، وفي هذه اللحظة تبدأ فعالية الإيجاب بالنسبة له . وإما أن يرسل إلى عدد غير محدود من الأشخاص ؛ كما هو معمول به على الشبكة ؛ حيث يتفق مع شركة عالمية للبريد الإلكتروني كشركة ياهو Yahoo بأن ترسل إعلانه إلى كل الأشخاص الذين لديهم صناديق بريد إلكترونية في شركة ياهو ؛ أو أن ترسل

هذا الإعلان إلى كل شخص في منطقة معينة ( الولايات المتحدة مثلا) له صندوق بريد إلكتروني في شركة ياهو .

3- التعبير عن الإرادة بطريق الكلام والمشاهدة عبر غرف المحادثة ( Chatting Room ) ، إذا كان الطرفان يملك كل منهما ميكرفونا ؛ وكميرا فيديو ؛ والبرنامج الخاص بها في الحاسوب بحيث يستطيع مشاهدة وسماع من يتكلم معه مباشرة ، حيث إنه مع تطور وسائل الاتصال الحديثة أصبح من الممكن للشخص مشاهدة من يتحدث أو يتفاوض معه لإبرام العقد سواء من خلال شبكة الإنترنت ؛ أو الهاتف الأرضي أو المحمول . وفي هذه الحالة تطبق القواعد العامة التقليدية للتعاقد بواسطة الهاتف .

ويعتبر رفضا للإيجاب الإلكتروني أن يقوم الموجه إليه بالإيجاب بإغلاق جهاز الكمبيوتر طواعية واختيارا ؛ أو بالانتقال إلى موقع جديد غير موقع الموجب ؛ أو بإرسال رسالة إلكترونية تفيد الرفض في حالة التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني .<sup>(1)</sup>

#### القبول عبر الإنترنت :

يخضع القبول الإلكتروني لذات القواعد والأحكام التي تنظم القبول التقليدي ؛ ولا يختلف عن القبول التقليدي سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية من خلال شبكة الإنترنت ، فهو قبول عن بعد .

ولا يشترط أن يصدر القبول الإلكتروني في شكل خاص ؛ ما لم يكن الموجب قد اشترط أن يصدر القبول في شكل معين ، كما لو اشترط البائع أن يكون القبول عن

---

(1) المرجع السابق ، صفحة 227 .

طريق البريد الإلكتروني ؛ أو عن طريق ملء الاستمارة الإلكترونية المعدة سلفا والمبينة على الموقع .

### طرق التعبير عن القبول :

- 1- الكتابة بما يفيد الموافقة .
- 2- استخدام التوقيع الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني .
- 3- اللفظ من خلال غرفة المحادثة Chatting Room .
- 4- التنزيل عن بعد من خلال تنزيل البرنامج أو المنتج أو السلعة عبر الإنترنت Down Load وتحميلها على الكمبيوتر الخاص بالقابل .
- 5- النقر بالموافقة على العلامة الخاصة بذلك " الأيقونة Icon حيث نجد عبارة " أنا موافق I agree أو OK " .
- 6- بتنفيذ العقد الذي اقترح الموجب إبرامه ، كالدفع مثلا عن طريق بطاقات الائتمان بإعطاء الموجب رقم البطاقة السري ؛ دون أن يعلن صراحة قبوله ، فيتم بذلك القبول ضمنا .
- 7- وقد يتخذ الموجب بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول بقصد تأكيد القبول وجعله في صورة أكثر فاعلية ؛ بمنح القابل فرصة للتروي والتدبر والتأكد من رغبته في القبول وإبرام العقد ، كالإجابة على بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل ؛ مثل تحديد محل إقامته الذي يتعين إرسال المنتج إليه ؛ أو كتابة بعض البيانات الخاصة التي تظهر على شاشة الحاسب الآلي كرقم ونوع بطاقته الائتمانية .

وعلى ذلك قد يكون القبول صريحا ، كأن يبعث القابل برسالة عبر البريد الإلكتروني مثلا فيها قبول صريح لعرض الموجب ، أو ينقر على أيقونة القبول إذا كان ذلك من قبيل التعبير المألوف في هذا النوع من العقود .

وقد يكون القبول ضمنيا ، وذلك بقيام القابل بعمل أو تصرف يفيد الموافقة على القبول ، كالنقر على أيقونة القبول إذا كان ذلك لا يعد تعبيراً مألوفاً في هذا النوع من العقود .

وإذا بعث الموجب له إلى الموجب عبر البريد الإلكتروني قبولاً مشروطاً بتعديل في الثمن ، فإن ذلك يعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً ؛ وذلك لعدم مطابقة هذا القبول للإيجاب .

ولا تتطلب العقود الإلكترونية - باعتبارها من العقود الرضائية - شكلاً معيناً للقبول، بحيث يمكن ابتكار وسائل معينة للتعبير عن القبول ، مثل استخدام وثيقة أمر بالشراء يتعين على المستهلك أن يحررها على جهازه حتى تنتقل إلى موقع البائع ؛ بحيث يكون القبول مؤكداً وجازماً ، أو إرسال كلمة المرور إلى التاجر ، أو عن طريق مباشرة إجراءات الدفع الإلكتروني ، أو النقر بواسطة الفأرة على أيقونة القبول .

غير أن التعبير عن القبول بواسطة النقر بالفأرة على أيقونة القبول يثير مشكلة إثبات ذلك ، حيث قد يكون من قام بعملية النقر شخص آخر ، أو أن عملية النقر حدثت سهواً . لذلك يلزم توفير ما من شأنه أن يثبت عملية القبول ؛ مثل استدراج المشتري قبل عملية

النقر إلى الإجابة عن عدة أسئلة توفر له التفكير الواعي عند قبول العرض .<sup>(1)</sup>

كما أن النقر بالفأرة على الأيقونة يعد واقعة مادية وليس تصرفاً قانونياً ، لذلك قد يتم النقر خطأً أو سهواً ، وبالتالي يعطى من قام بعملية النقر فرصة إثبات هذا الخطأ أو

---

(1) أسامة أبو الحسن مجاهد ، صفحة 85 .

السهُو بكل الطرق ، استندا إلى جواز إثبات الوقائع القانونية بكافة طرق الإثبات ، وذلك حماية للمستهلك التي تحرص عليها غالبية القوانين المعاصرة .  
وبالنسبة لتحديد لحظة القبول ، نجد أن القانون النمطي قد أخذ بنظرية تسلّم القبول ؛ ولكنه في الوقت ذاته ترك للقوانين الوطنية تبني نظرية معينة من نظريات القبول . كما أخذت اتفاقية البيع الدولي للبضائع صراحة بنظرية تسلّم القبول لتحديد وقت الانعقاد . وكذلك أخذ بهذه النظرية كل من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني في المادة 17 منه ( على خلاف المادة 151 من القانون المدني التي أخذت بإعلان القبول ) ، ومشروع القانون الفلسطيني متأثراً بالقانون النمطي . وعلى ذلك فإن العقد ينعقد بمجرد دخول الرسالة الإلكترونية التي تحمل القبول بريد الموجب ؛ بغض النظر عن كون الموجب اطّلع على الرسالة أم لا ، فإدراج الموجب لعنوان بريده الإلكتروني يعد قرينة على اطلاعه على الرسالة ، فإن لم يطع عليها يتحمل تبعه إهماله .<sup>(1)</sup>

---

<sup>(1)</sup> بينما في نظرية إعلان القبول ، العبارة باللحظة التي يكتب فيها القابل رسالة إلكترونية تتضمن قبوله ، ويمكن أن تكون كذلك اللحظة التي يضغط فيها على المفتاح المخصص للقبول . وهذه النظرية منتقدة لأن تحرير الرسالة لا يكون له وجود إلا على حاسوب القابل ولا يمكن إثباته طالما لم يخرج إلى الشبكة .

أما بالنسبة لنظرية تصدير القبول ، فالعبارة بلحظة ضغط القابل على مفتاح الإرسال Send من أجل إرسال رسالته المتضمنة القبول إلى الموجب. وهذه النظرة تثير مسألة جاهزية الشبكة للعمل وما إذا كانت صالحة أم لا ، فقد يكون هناك مانع فني أو تقني يحول دون ذلك ، فضلا عن أنه ليس هناك فارق زمني بين تصدير القبول وتسلمه ، فالفارق يكاد يكون معدوما .  
أما بالنسبة لنظرية العلم بالقبول ، فإن علم الموجب بالقبول يتجسد عندما يفتح صندوق خطاباته الإلكتروني مثلا ويطالع الرسالة التي تتضمن القبول ، أو يطالع صفحته على شبكة الويب Web .

### العدول عن القبول الإلكتروني :

الأصل في العقود التقليدية أنه متى التقى الإيجاب بالقبول تم العقد وأصبح ملزماً لا رجعة فيه . ولكن نظراً لأن المستهلك في العقد الإلكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة والإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد ، فإنه يجب تخويل المستهلك حق نقض العقد بعد انعقاده بالإرادة المنفردة . لذلك فقد أقرت العديد من التشريعات \_ كالفرنسي والأمريكي والإنجليزي - أحقية المستهلك في العدول بشأن العقود الإلكترونية ؛ خلال فترة السماح ، باعتبار أن المستهلك في التعاقد عن بعد لا يرى المنتج أو السلعة ؛ فقد يتسلم منتجاً لا يتفق والمواصفات المتعاقد عليها ، ومن ثم يحق له إرجاع هذا المنتج خلال فترة معينة هي فترة السماح . وهذه الفترة تختلف من قانون إلى آخر ففي فرنسا للمشتري إعادة المنتج خلال مدة سبعة أيام كاملة من تاريخ تسلمه .

ويكون الحق في العدول أو في الرجوع عن طريق استبدال المبيع بآخر ؛ أو برد المبيع واسترداد الثمن . وقد قصر القانون الفرنسي حق العدول على المنتجات فقط دون الخدمات ، وأن يكون ذلك لعيب عدم مطابقة المنتج للمواصفات المطلوبة . بينما تضمن التوجيه الأوروبي الخاص بالبيع عن بعد حق المستهلك في العدول عن المنتجات والخدمات ، ولم يقيد ذلك بأي شرط .

وممارسة المستهلك لحقه في العدول قد لا يجدي نفعاً من الناحية العملية في بعض الحالات ، مثل عقود برامج الحاسب ؛ وذلك إذا تم إرسالها بالبريد العادي ؛ وقام العميل بفض الأختام ونزع الغلاف ، أو تم إرسالها إلكترونياً إلى ذاكرة الحاسب الآلي الخاص بالمستخدم .

### السكوت :

لم يتطرق القانون النمطي والقوانين الإلكترونية لهذه الحالة ، لذلك تخضع للقواعد العامة في القانون المدني .

#### مجلس العقد ، زمان ومكان إنشاء العقود الإلكترونية :

لم يتطرق القانون النمطي والتشريعات الإلكترونية المقارنة للحديث عن مجلس العقد ، لذلك تخضع هذه المسألة للقواعد العامة في التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين .

ونفرق في هذا الخصوص بين فرضين :

**الفرض الأول: التعاقد بواسطة المحادثة المباشرة مع المشاهدة ( بالصوت والصورة )** عبر الإنترنت أو الهاتف المرئي Video- telephone ، فيتم الإيجاب والقبول في ذات الوقت ؛ حيث يتم اتصال واحد بين الشخصين عبر برنامج ، بحيث يرى كل منهما ما يكتبه الآخر على ذات الساحة الخاصة به ( On line ) .

وفي هذا الفرض ذهب رأي إلى أن هذه الحالة يمكن أن تعد بحكم المواجهة الحقيقية والتعاقد بين حاضرين زمانا ومكانا ، إذا افترضنا أن الشخص الذي طلب التعاقد قد انتقل حكما إلى المكان الذي يقيم فيه المتعاقد الآخر لإجراء التصرف القانوني المطلوب .

بينما ذهب رأي آخر إلى أنه طالما كان الطرفان مفترقين بالأجسام الحقيقية ؛ فإن أحدهما يبقى غائبا عن الآخر من حيث المكان ؛ فلا يمكن اعتباره تعاقدًا بين حاضرين حتى لو انتقلت صورة وصوت أحدهما للآخر ، ولذلك فإنه يعد تعاقدًا بين

حاضرين من حيث الزمان ؛ وغائبين من حيث المكان ، ويكون مكان الانعقاد هو مكان استلام القبول بموجب القانون . والرأي الثاني هو الأرجح .

**الفرض الثاني : وجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول ،** حيث يرسل الموجب رسالة للآخر ؛ الذي يتأخر في فتح بريده الإلكتروني ، ثم يرد بالقبول . وفي هذه الحالة يكون التعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان ، مثل إرسال رسالة بريدية .

## الباب الثاني

### الشركات التجارية

#### تمهيد

#### التعريف بالشركة :

الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصته من مال أو من عمل لاستثمار ذلك المشروع واقتسام ما قد ينشأ عنه من ربح أو خسارة .

ويختلف عقد الشركة عن غيره من عقود المعاوضة فيما يلي

- 1- عقود المعاوضة توفق بين مصالح متعارضة لمتعاقدين متقابلين، بينما مصالح الشركاء في عقد الشركة لا تتعارض بل تتفق وتتجمع للسعي إلى هدف واحد هو تحقيق الربح لصالحهم جميعاً .
- 2- عقود المعاوضة لا يجوز تعديلها - كقاعدة عامة - إلا بإجماع المتعاقدين لأنها تقوم على فكرة تناقض المصالح وتقابلها ، بينما يمكن الاتفاق في عقد الشركة على أن يتم تعديله بالأغلبية .
- 3- عقد الشركة يدفع إلى الحياة القانونية بمخلوق جديد له شخصية مستقلة عن شخصية المتعاقدين ، وذمة مالية منفصلة عن ذممهم .

#### أهمية الشركات :

تلعب الشركات في الوقت الحاضر - وخاصة شركات المساهمة - دوراً هاماً في الحياة الاقتصادية على المستويين المحلي والدولي ، ويبدو ذلك فيما يأتي :

- 1- تقوم الشركات بتجميع الأموال وتوحيد الجهود اللازمة لإقامة المشروعات التي تتطلب طاقات مالية كبيرة وخبرات فنية متنوعة تتجاوز إمكانيات الفرد وخبرته المحدودة . فتجميع أنشطة بعض الأشخاص وما يملكونه من أموال في شكل شركة يضاعف قدرة المشاركين فيها في الاضطلاع بالمشروعات الضخمة وتحقيق الأرباح، وهذا يحقق الرفاهية للأفراد ، كما يدفع بتنشيط الحياة التجارية والاقتصادية .
- 2- تحقق الشركات الاستقرار والدوام للمشروعات التجارية والصناعية ، فبقاء الشركة كشخص معنوي مستقل عن أشخاص الشركاء يضمن استمرار نشاط المشروع والإبقاء على ثمره جهود المؤسسين بعد وفاتهم ، بينما يظل المشروع الفردي مرتبطاً بحياة القائم به وإرادته المطلقة في إدارته ، مما يترتب عليه انتهاء مشروعات ناجحة لمجرد وفاة صاحبها أو نتيجة سوء إدارته .
- 3- تساعد شركات المساهمة على الادخار ، فهي تقوم بتجميع رؤوس الأموال المدخرة لدى الأفراد في شكل أسهم أو سندات قليلة القيمة ، فيجد فيها الفقير لنقوده المحدودة نصيباً في مشروع مالي كبير يؤمل له النجاح .
- 4- تنقادي الشركات المساهمة عيوب المشروعات التجارية الفردية فهي :
  - أ- تسمح للأفراد بأن يوظفوا أموالهم في شركات عدة تقوم بمشروعات مختلفة، وبذلك توزع المخاطر على عدد من الشركاء ، ويأمن الأفراد من ضياع أموالهم فيما لو استثمرت في مشروع واحد لم ينجح أو شركة واحدة أفلست بسبب خسارتها المتوالية ، فإذا خاب أملهم في بعضها يكون بعضها الآخر قادراً على تعويضهم .
  - ب- تؤدي إلى تنقادي المسؤولية غير المحدودة في ذمة الشخص المالية ، وذلك بتحديد مسؤولية الشريك بقدر ما يملك من أسهم في رأسمال الشركة ، وبالتالي تسمح بالفصل بين أموال الشخص المدنية والأموال المخصصة للتجارة .

## أنواع الشركات ومعيار التفرقة بينها :

الشركات نوعان : شركات مدنية وشركات تجارية . ومعيار التفرقة بين النوعين هو طبيعة العمل الذي تزاوله الشركة ، فإذا كان هذا العمل مدنياً كانت الشركة مدنية ، أما إذا كان العمل تجارياً كانت الشركة تجارية .  
وتحدد الشركة طبيعة عملها وموضوعها في عقد تأسيسها ، ولذلك يسهل معرفة نوعها من الرجوع إلى هذا العقد .

## الشركات التجارية :

نص قانون الشركات رقم 12 لسنة 1964 على نوعين رئيسيين من الشركات هما:

1- شركات عادية سواء كانت عادية عامة (تضامن) ، أم عادية محدودة (توصية بسيطة) .

2- وشركات المساهمة سواء كانت مساهمة عامة أم مساهمة خصوصية .  
وهذه الأشكال واردة على سبيل الحصر ، فلا يجوز تكوين شركة تجارية في شكل آخر غير وارد في الأشكال المذكورة ، لتعلق الأمر بالنظام العام .  
وترك القانون للشركاء حرية اختيار شكل الشركة الذي يحقق مصالحهم ، ولكنه استثنى بعض الأعمال التي رأى أنها ذات أهمية خاصة وهي أعمال التأمين وأعمال البنوك والشركات المالية والشركات ذات الامتياز ، واشترط أن تتم ممارستها من خلال شركات مساهمة عامة فقط ، فلا يسمح لغير هذه الشركات احتراف هذه الأعمال .

## أنواع أخرى من الشركات:

عدّل القرار بقانون رقم 16 لسنة 2008 المادة 8 من قانون الشركات رقم 12 لسنة 1964 بإضافة فقرة جديدة إليها تحمل الرقم 3 ، نصت على تسجيل أنواع أخرى من الشركات لدى المراقب وهي:

1- الشركات المدنية : وتسجل في سجل خاص يسمى ( سجل الشركات المدنية) وهي الشركات التي تؤسس بين الشركاء من ذوي الاختصاص المهني المتكامل أو المماثل وتكون غاياتها ممارسة الأعمال المدنية ومزاولة المهن الحرة، وتخضع لأحكام القانون المدني وأحكام القوانين الخاصة بها وعقودها وأنظمتها الداخلية. ومثالها شركات مكاتب المحاماة التي يقوم بتأسيسها عدد من المحامين.

2- الشركات غير الربحية : وهي شركة لا تهدف لتحقيق الربح وتتخذ شكل شركة مساهمة خصوصية، وتسجل في سجل خاص يسمى ( سجل الشركات التي لا تهدف إلى تحقيق الربح) ويشترط أن تكون غاياتها تقديم خدمة أو نشاط اقتصادي أو اجتماعي أو ثقافي أو أهلي أو تنموي أو غيره، من شأنه تحسين مستوى المواطنين في المجتمع اجتماعيا أو صحيا أو مهنيا أو ماديا أو فنيا أو رياضيا أو ثقافيا أو تربويا دون أن تهدف إلى تحقيق الربح. وإن حققت عوائد فلا يجوز توزيعها على المساهمين فيها ولا يجوز استخدامها إلا لتحقيق غاياتها وفي توسعة نشاطها وزيادة رأسمالها. ويبدو أن الهدف منها هو ضمان بقاء العضوية في الشركة محدودة وبالتالي يضمن الشركاء السيطرة على إدارتها، فضلا عن عدم خضوعها لإجراءات تسجيل الجمعيات ورقابة وزارة الشؤون الاجتماعية أو الداخلية حسب الأحوال.

### **التشريع الذي يحكم الشركات في فلسطين :**

القواعد التي تحكم الشركات التجارية في المحافظات الشمالية ( الضفة الغربية)

مرتبة على النحو الآتي :

1- النصوص التشريعية الواردة في قانون الشركات رقم 12 لسنة 1964 .

2- النصوص التشريعية الواردة في قانون التجارة والقوانين المكملة له .

- 3- النصوص التشريعية الواردة في القانون المدني ( مجلة الأحكام العدلية).
- 4- قواعد العرف التجاري .
- 5- الاسترشاد بالسوابق القضائية والفقهاء وقواعد العدالة .

### **خطة الدراسة :**

- نتناول دراسة الشركات التجارية ببيان الأحكام العامة التي تسري على الشركات التجارية بشكل عام ، ثم نعرض لأنواع الشركات التجارية وذلك في فصلين .
- الفصل الأول : الأحكام العامة في الشركات التجارية .
- الفصل الثاني : أنواع الشركات التجارية .

## الفصل الأول

### الأحكام العامة في الشركات التجارية

يتضح مما تقدم أن للفظ الشركة في نظر القانون معنيان ، الأول عقد الشركة ، والثاني شخصية الشركة . وأن عقد الشركة يرتبط ارتباطاً وثيقاً بشخصيتها ، لأن العقد هو الذي ينشئ شخصية الشركة، فلا يتصور وجود شخصية الشركة بدون وجود عقد الشركة .

وعلى ذلك فإننا سوف نبحث أولاً في عقد الشركة ، ثم نتبع ذلك بدراسة الشركة كشخص اعتباري في مبحثين على التوالي .

المبحث الأول : عقد الشركة .

المبحث الثاني : الشركة كشخص حكمي .

## المبحث الأول

### عقد الشركة

عقد الشركة - كسائر العقود - يلزم لانعقاده أن تتوفر فيه الأركان الموضوعية العامة في العقود وهي : الرضاء ، والأهلية ، والمحل ، والسبب .  
وبالإضافة لهذه الأركان العامة ، يوجب المشرع أن تتوفر في عقد الشركة أركان خاصة تتفق وطبيعته ، لا نظير لها في غيره من العقود وتتمثل في : تعدد الشركاء ، ووجوب تقديم الحصص أو المساهمة في رأس المال ، ونية المشاركة واقتسام الأرباح والخسائر .

ونحيل بالنسبة للأركان الموضوعية العامة لنظرية العقد ، ونقتصر هنا على بيان الأركان الموضوعية الخاصة ، ثم نتكلم عن الشروط الشكلية في عقد الشركة في مطلبين.

## المطلب الأول الأركان الموضوعية الخاصة

يلزم لإبرام عقد الشركة توفر أركان موضوعية خاصة مستمدة من جوهر عقد الشركة ذاته وهي : تعدد الشركاء ، وتقديم الحصص أو المساهمة في رأس المال ، ونية المشاركة واقتسام الأرباح والخسائر .

### الفرع الأول تعدد الشركاء

عقد الشركة كسائر العقود يفترض وجود شخصين على الأقل حتى يمكن التقاء الإيجاب بالقبول . فوجود شخصين هو أمر جوهري في جميع العقود ولا ينفرد به عقد الشركة .

ومع أن القاعدة أن تكون الشركة بين شخصين على الأقل ، نجد أن قانون الشركات لسنة 1964 اشترط أن لا يقل المؤسسون لشركة مساهمة عامة عن سبعة أشخاص . كما لا يجوز أن يزيد عدد الشركاء في الشركات العادية عن عشرين شخصاً ، وفي الشركات المساهمة الخصوصية عن خمسين شخصاً ، فإذا زاد العدد عن ذلك وجب أن تكون الشركة في شكل شركة مساهمة عامة .

ولا يهم أن يكون الشريك شخصاً طبيعياً أو شخصاً حكماً ، ولكن لا يجوز أن يكون الشخص الحكمي شريكاً متضامناً ، بل يجب تحديد مسؤوليته بمقدار مساهمته في

رأسمال الشركة . وعلى ذلك لا يجوز أن يكون شخص حكيم شريكاً متضامناً في شركة عادية عامة أو محدودة .  
ويلاحظ أن القانون الفلسطيني لا يتضمن أية قيود بشأن العلاقة بين الشركاء، فيجوز تأسيس الشركات بين الأقارب والأزواج . ولكن يجب أن تكون مساهمتهم حقيقية لا وهمية.

## الفرع الثاني

### تقديم الحصص أو المساهمة في رأس المال

يلتزم كل شريك بأن يساهم بنصيب في رأسمال الشركة يطلق عليه الحصة في الشركات العادية والسهم في شركات المساهمة .

ويحدد رأسمال الشركة في عقد تأسيسها ، ويشترط القانون أن لا يقل رأس المال عن حد معين كشرط لتأسيس بعض الشركات . ويجب من ناحية أخرى أن يكون كافياً لتحقيق غرض الشركة .

ويقوم الشركاء بتحديد حصة كل منهم سواء كان وطنياً أم أجنبياً ، غير أن القانون يشترط أن لا تتجاوز مجموع قيمة مساهمة الأجنبي عن 49% من رأس المال ، باستثناء الشركات الصناعية والسياحية والخدمات المتعلقة بالأعمال بالسياحة .

ويلتزم الشريك بتقديم حصته في الوقت المتفق عليه في العقد ، فإن تخلف عن ذلك كان للشركة حق التنفيذ الجبري ، بالإضافة لطلب التعويض عما لحقها من ضرر .

والحصص التي يقدمها الشركاء على ثلاثة أنواع :

1- **الحصة النقدية** : وهي الغالب ، ويحدد عقد تأسيس الشركة أو نظامها الداخلي الوقت الذي يجب أن يتم فيه دفع هذا المبلغ ، سواء بدفعه مرة واحدة عند توقيع العقد ، أم بدفع جزء منه عند تأسيس الشركة والباقي في أوقات لاحقة.

وقد أوجب قانون الشركات أن لا يقل القسط الواجب تسديده عند الاكتتاب في أسهم شركة مساهمة عن ربع قيمة السهم الاسمية ، وتسديد كامل قيمته خلال أربع سنوات من تاريخ تسجيل الشركة .

2- **الحصة العينية** : كأن تكون عقاراً مثل قطعة أرض لإنشاء مصنع عليها ، أو بناء أو منقولات مادية مثل الآلات ، والسيارات ، والمهمات ، والبضائع . أو منقولات معنوية مثل علامة تجارية، أو براءة اختراع ... الخ .

ويوجب القانون تقدير قيمة الحصة العينية بالنقود وقت تقديمها منعا للمنازعات في المستقبل ، ولتحديد حصة ذلك الشريك في رأسمال الشركة .

وقد يكون تقدير قيمة الحصة العينية على وجه التملك ، وفي هذه الحالة يلزم استيفاء إجراءات نقل الملكية إلى الشركة . وقد يكون ذلك على سبيل الانتفاع كحق إيجار عقار أو علامة تجارية . ويكون الشريك في هذه الحالة في مركز المؤجر ، والشركة في مركز المستأجر رغم أن هذه العلاقة ليست إيجاراً بالمعنى القانوني .

3- **الحصة بالعمل** : يجوز أن تكون حصة الشريك في الشركة عملاً يقدمه .

والعمل الذي يصح اعتباره حصة في الشركة هو العمل الذي يعود على الشركة بنفع جدي ويسهم في نجاح المشروع ، أي عملاً يعتمد على الخبرة الفنية مثل إدارة المصنع أو الإشراف الهندسي على الإنتاج .

وعلى الشريك بالعمل أن يكرس للشركة نشاطه ويقوم بالعمل الذي تعهد به، ولا يجوز له أن يقوم بنفس العمل لحسابه الخاص أو لحساب شخص آخر طوال الفترة المتفق عليها .

ويحدد عقد الشركة - في الغالب - نصيب الشريك بالعمل في الأرباح والخسائر .  
والحصة بالعمل لا تكون إلا من شريك متضامن في شركة عادية عامة أو عادية محدودة فقط .

والحصة بالعمل لا تدخل في تكوين رأسمال الشركة . لذلك لا يجوز أن تقتصر حصص جميع الشركاء على العمل الذي يقوم به كل منهم ، بل يجب أن تكون إحدى الحصص على الأقل نقدية أو عينية لتتكون ذمة مالية للشركة يمكن التنفيذ عليها واعتبارها ضماناً عاماً لدائني الشركة .

### الفرع الثالث

#### نية المشاركة واقتسام الأرباح والخسائر

##### أولاً : نية المشاركة

يقصد بنية المشاركة أو الاشتراك انصراف إرادة الشركاء إلى التعاون الإيجابي وعلى قدم المساواة فيما بينهم من أجل تحقيق أهداف الشركة .  
ويبدو التعاون الإيجابي بين الشركاء في تقديم الحصص ، وتنظيم إدارة الشركة والإشراف عليها والرقابة على أعمالها ، وقبول المخاطر التي قد تنجم عن المشروع الذي تقوم عليه وتحمل نتائجه غنماً وحرماً .

ويكون هذا التعاون على قدم المساواة . ولا يقصد بالمساواة هنا المساواة الحسابية في الربح والخسارة ، بل تساوي مراكز الشركاء القانونية في الإشراف والتوجيه والرقابة على إدارة الشركة بحيث لا يكون بينهم تابع ولا متبوع، بل يعمل الجميع من أجل الشركة.

##### ثانياً : اقتسام الأرباح والخسائر

يهدف الشركاء من الشركة تحقيق الربح واقتسامه بينهم . وبدل أن تحقق الشركة ربحاً قد تمنى بخسارة .

وسواء حققت ربحاً أم منيت بخسارة فإن الشركاء يقتسمونها جميعاً فيما بينهم . ويتفق الشركاء على توزيع الأرباح والخسائر بالكيفية التي يرونها مناسبة لهم ، ولا يشترط

أن يكون نصيب الشريك في الأرباح مساوياً لنصيبه في الخسائر ، بل يجوز أن يكون نصيب الشريك في الأرباح مختلفاً عن نسبة حصته في الخسائر .

ولا يحد من حرية الشركاء في كيفية توزيع الربح والخسارة سوى الشرط الذي يقضي بحرمان أحد الشركاء من الربح مع تحمله في الخسارة ، أو يقضي بإعفاء شريك من الخسارة مع حصوله على الربح . ويسمى هذا الاتفاق شرط الأسد ، لأن الشريك الذي يفرضه لصالحه يكون في موقف قوي .

وهذا الشرط يعد باطلاً لأنه يتعارض مع جوهر الشركة . كما يكون عقد الشركة باطلاً أيضاً ، وتتم تصفية الشركة ويوزع الربح أو الخسارة الناتجة عن نشاطها بنسبة حصة كل شريك في رأس المال وفق القواعد العامة في القانون .

ويسري نفس الحكم إذا كانت نسبة الاشتراك في الربح أو الخسارة ضئيلة بحيث تصل إلى درجة التفاهة لأنها تساوي تماماً شرط الأسد وتخفي احتيالا على القانون .

والأرباح التي توزع هي الأرباح الصافية بعد خصم جميع المبالغ التي ينص عليها عقد الشركة والتي يقررها القانون أو العرف، كالمصاريف العامة والاستهلاكات، والاحتياطي القانوني والاتفاقي .

وإذا لم تحقق الشركة ربحاً في سنة يجوز لها أن توزع نسبة من الاحتياطي ، إن وجد ، فإذا لم يكن هناك احتياطي لا يجوز للشركة أن تقتطع جزءاً من رأس المال وتوزعه كأرباح صورية . فإذا قامت الشركة بتوزيع أرباح صورية يجوز لدائنيها مطالبة الشركاء بإرجاع هذه المبالغ إلى الشركة حتى يعود رأس المال إلى مبلغه الأصلي تطبيقاً لمبدأ ثبات رأس المال باعتباره الضمان العام للدائنين .

وإذا منيت الشركة بخسارة تقوم الشركة بتغطيتها من الاحتياطي إن وجد ، أو من الأرباح التي تتحقق في السنوات التالية . ولا يجوز توزيع أرباح على الشركاء إلا بعد

إعادة رأسمال الشركة إلى قدره الحقيقي ، أو نقص رأس المال إلى القدر الموجود بعد الخسارة وشهر ذلك وفق القانون .

## المطلب الثاني

### الشروط الشكلية في عقد الشركة

#### ( الكتابة والشهر )

#### أولاً : الكتابة

أوجب المشرع أن يكون عقد الشركة مكتوباً .والحكمة من اشتراط الكتابة تنبيه الشركاء إلى مدى خطورة هذا العقد ، حيث يتضمن عقد الشركة شروطاً تفصيلية كثيرة يحسن تدوينها تلافياً للنزاع وتسهيلاً للإثبات . كما تعد كتابة العقد أول خطوات شهره حتى يتمكن الغير من الاطلاع عليه .

وكما تجب كتابة عقد الشركة، يجب أن يكون أي تعديل في العقد الأصلي مكتوباً أيضاً.

غير أن المشرع لم يجعل الكتابة ركناً لانعقاد عقد الشركة، بل يكون العقد قائماً بين الشركاء رغم عدم كتابته وصحياً ويرتب آثاره ، ولكنه غير لازم .

ومعنى ذلك أنه يجوز لأي شريك أن يرفع دعوى بطلب فسخ العقد لعدم كتابته، ويسري أثر الحكم بالفسخ من تاريخ إقامة الدعوى . وإذا ثبت للمحكمة عدم كتابة العقد يتعين عليها الحكم بالفسخ ، ولكن يجوز تلافياً هذا العيب قبل رفع الدعوى وكتابة العقد فيصبح لازماً .

أما بالنسبة للغير فنظراً لأن عدم كتابة العقد يرجع إلى تقصير الشركاء، فقد قرر المشرع حمايته فنص على أن عدم كتابة عقد الشركة لا يؤثر على حق الغير، وعلى ذلك إذا تعامل الغير مع الشركة فلا يملك أي من الشركاء الاحتجاج ضده بعدم كتابة عقد

الشركة للتخلص من التزامات الشركة، لأنه لا يجوز أن يستفيد الشخص من تقصيره .  
وللغير إثبات وجود الشركة بكافة طرق الإثبات لأنه ليس طرفاً في العقد ولا يمكن أن  
ينسب إليه تقصير .

### ثانياً : الشهر

أوجب قانون الشركات شهر عقد الشركة بأن يتم تسجيلها في سجل الشركات المعد  
في وزارة التجارة والاقتصاد ، ونشر قرار تسجيلها في الجريدة الرسمية ، وذلك حتى يكون  
الغير على بينة من تكوينها ، ونشاطها ، ومدتها ، ومدى مسؤولية الشركاء فيها عن  
التزاماتها .

كما يجب كذلك شهر أي تعديل يطرأ على بيانات عقد التأسيس ونظام الشركة .  
ولا تكتسب الشركة التجارية الشخصية المعنوية ولا يجوز أن تمارس أعمالها إلا بعد  
تسجيلها ودفع الرسوم المترتبة عليها وفق القانون ، وإلا تعرضت للعقوبة المنصوص  
عليها في القانون .

وقد حرص المشرع على حماية الغير في حالة تخلف الشركاء عن إتمام إجراءات  
التسجيل والنشر .

فبالنسبة لشركات المساهمة نص على أنه إذا لم يتم تأسيس الشركة يتحمل  
المؤسسون بالتضامن والتكافل النفقات التي بذلت في تأسيس الشركة في هذه الحالة .

أما بالنسبة للشركات العادية فقد فرق المشرع بين نوعين من الغير :

**النوع الأول :** غير له مصلحة في التمسك بعدم الاحتجاج بالشخصية المعنوية  
للشركة في مواجهته لعدم تسجيلها وفق القانون ، كالدائن الشخصي للشريك الذي يريد  
عودة الحصة إلى ذمة مدينه حتى يقوم بالتنفيذ عليها ، أو مدين للشركة الذي يريد  
التخلص من التزاماته نحوها وعدم إلزامه بتنفيذ العقد المبرم بينه وبينها ، ودائن الشركة

الذي سلمها شيئاً ويريد استعادته عيناً بدل حصوله على الثمن المتفق عليه ، وفي هذه الحالة تعد الشركة بالنسبة له كأن لم تكن .

**والنوع الثاني :** غير له مصلحة في التمسك بوجود الشركة رغم عدم اتخاذ إجراءات التسجيل والنشر ، كدائن الشركة الذي يريد التمسك بصحة العقد الذي أبرمه معها حتى يستطيع التنفيذ على ذمتها المستقلة دون مزاحمة من الدائنين الشخصيين للشركاء . وفي هذه الحالة فإن من حق هذا الغير التمسك بالوجود الفعلي للشركة والتنفيذ بحقه على ذمتها المالية ، لأنه لا يجوز للشركاء الاستفادة من تقصيرهم والإضرار بالغير . ولكن إذا تعارضت مصالح الغير ، فتمسك بعضهم بالوجود الفعلي للشركة ، وتمسك آخرون بعدم الاحتجاج بوجود الشركة في حقهم، ولم تكن موجودات الشركة وذمم الشركاء كافية لتغطية الحقين معاً، يجب مراعاة مصلحة الغير الذي لم يكن هناك تقصير من جانبه ، وهو دائن الشريك الشخصي ، أما دائن الشركة فكان عليه أن يتحقق من استيفاء الشركة الشروط التي يتطلبها القانون قبل التعامل معها كشركة عادية، ومن ذلك شهر الشركة وفق القانون ، وعدم قيامه بذلك يعد تقصيراً من جهته عليه تحمل نتائجه ، وليس له أن يتمسك بالوجود الفعلي للشركة على حساب دائني الشركاء الشخصيين . لذلك يحصل دائن الشريك أولاً على دينه من حصة ذلك الشريك وإذا بقي منها شيء فيكون لدائن الشركة التنفيذ عليه لاستيفاء دينه على الشركة .

## المبحث الثاني الشخصية الحكمية للشركة

متى تم شهر الشركة بقيدها في سجل الشركات والنشر في الجريدة الرسمية .  
يصدر لها مراقب الشركات شهادة تسجيل تعد بمثابة شهادة ميلاد ، وترخيص للشركة  
لمزاولة الأعمال التي تأسست من أجلها .

ومتى ثبتت الشخصية الحكمية للشركة فإنها تتمتع بها طوال حياتها .  
ويترتب على اكتساب الشركة الشخصية الحكمية آثارا قانونية تجعلها في مركز  
شبيه بمركز الشخص الطبيعي ، فيكون لها صلاحية اكتساب الحقوق والتحمل  
بالالتزامات على وجه يعتد به القانون .

ولا تنتهي هذه الشخصية إلا بانقضاء الشركة أيا كان سبب الانقضاء ، وفي هذه  
الحالة تتم تصفية الشركة وقسمة موجوداتها على الشركاء .

لذلك ينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : الآثار القانونية لوجود الشخصية الحكمية للشركة .
- المطلب الثاني : انقضاء الشخصية الحكمية للشركة .
- المطلب الثالث : تصفية موجودات الشركة وقسمتها .

## المطلب الأول

### الآثار القانونية التي تترتب على وجود الشخصية الحكيمة

نصت المادة 1/51 من القانون المدني على أن " الشخص الحكي يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية وذلك في الحدود التي قررها القانون " .

فالشخص الحكي لا يتمتع بما نقرر للشخص الطبيعي من حقوق شخصية كحق الزواج ، والحق في الإرث ، والحق في النسب ... . كما لا يتمتع بحقوق سياسية كحق الانتخاب ، وحق الترشيح في المجالس المحلية والنيابية ... إلى غير ذلك .  
وفيما عدا ذلك من الحقوق فإنها تثبت للشخص الطبيعي والشخص الحكي على حد سواء . وقد بينت الفقرة الثانية من المادة 51 مدني أن للشخص الحكي ذمة مالية مستقلة ، وأهلية ، وموطن مستقل . كما بين قانون الشركات أن للشركة اسم معين ، وجنسية .

وسوف نتناول كل واحد من هذه الآثار بشيء من التفصيل .

## الفرع الأول

### الذمة المالية للشركة

للشركة ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء تشمل مجموع ما لها من حقوق وما عليها من التزامات مالية ، وتخرج ملكية الحصص التي يقدمها الشركاء من ذمة الشركاء الذين قدموها ، وتنتقل إلى الشركة وتدخل في ذمتها المالية ، ويكون لها حق التصرف فيها بالكيفية التي تحقق الغرض الذي قامت الشركة من أجله .

وتضمن أموال الشركة الوفاء بديونها ، ويستقل دائنو الشركة بالتنفيذ على هذه الأموال دون الدائنين الشخصيين للشركاء .

وإذا أفلس الشريك فلا يترتب على ذلك إفلاس الشركة ، أما إذا أفلست الشركة فنفرق بين الشركات العادية حيث يترتب على إفلاس الشركة إفلاس الشركاء المتضامنين نظراً لمسؤوليتهم الشخصية والتضامنية عن ديون الشركة . ولكن في هذه الحالة تتعدد التفليسات ، فتوجد تفليسة للشركة وتقليسة لكل واحد من الشركاء المتضامنين ، وتكون كل تفليسة مستقلة قائمة بذاتها . فتضمن تفليسة الشركة ديون الشركة فقط ، أما تفليسة كل شريك فتضمن ديون دائني الشركة ودائني الشريك الشخصيين .

أما إفلاس شركات المساهمة فلا يؤدي إلى إفلاس الشركاء لأن مسؤولية كل منهم محدودة بمقدار حصته التي قدمها للشركة .

## الفرع الثاني

### أهلية الشركة

للشركة أهلية خاصة بها ، وهي محددة بالغرض الذي تكونت الشركة من أجله ، ويكون لها إبرام جميع أنواع التصرفات الداخلة في هذا الغرض ، كالشراء ، والبيع ، والاستئجار ، والتأجير... الخ. كما أن لها أن تتصرف في أموالها القائمة ، وأن تكتسب أموالاً جديدة ، وأن تتعامل مع الغير فتصبح دائنة أو مدينة ، وتساهم في شركات أخرى ... كل ذلك بواسطة ممثلها القانوني ، أي مديرها ، على أن تقتيد في كل ذلك بالحدود التي يعينها عقد الشركة ، وبالغرض الذي وجدت من أجله ، تطبيقاً لقاعدة تخصص الشخص الحكمي . فإذا نص في عقد الشركة على نوع معين من التجارة تباشره الشركة ، امتنع عليها أن تباشر نوعاً آخر إلا بتعديل العقد . كما أن المشرع قد يقيد من أهلية بعض الشركات فيمنعها من ممارسة بعض الأعمال التجارية ، كما في حصر ممارسة

أعمال البنوك والتأمين بأنواعه المختلفة ، وتلقي الودائع أو استثمار الأموال لحساب الغير في شركات المساهمة العامة فقط دون غيرها من الشركات التجارية الأخرى .

### الفرع الثالث

#### موطن الشركة

للشركة - ك شخص حكمي - موطن مستقل عن مواطن الشركاء . ويعد موطنها وفق القانون المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها الرئيسي الفعلي ، وهو المكان الذي يباشر فيه المدير أو مجلس الإدارة عمله وتوجد فيه الأجهزة القائمة على إدارة الشركة وتصريف شؤونها القانونية .

### الفرع الرابع

#### اسم أو عنوان الشركة

يجب أن يكون لكل شركة تجارية اسم أو عنوان خاص بها يميزها عن غيرها من الشركات الأخرى ، وأن يتم التوقيع به على التصرفات والأعمال التي تلتزم بها الشركة . ولا يجوز للشركة اتخاذ اسم مشابه لاسم شركة أخرى إلى درجة قد تؤدي إلى اللبس أو الغش . وللمراقب رفض تسجيل الشركة بمثل ذلك الاسم . وإن حدث وسجل فعلاً فلأي شركة أن تعترض خطأً على هذا التسجيل خلال ثلاثين يوماً من تاريخ نشر القرار في الجريدة الرسمية .

وتختلف القواعد الخاصة باسم أو عنوان الشركة باختلاف شكلها ، ففي الشركات العادية يجوز أن يكون اسم الشركة من اسم شريك متضامن أو أكثر مصحوباً بكلمة (وشركاه) أو من اسم مبتكر أو من اسم مستمد من غرض الشركة . أما في شركات المساهمة ، فيكون اسم الشركة مستمداً من الغرض الذي تكونت الشركة لتحقيقه .

## الفرع الخامس جنسية الشركة

تكتسب الشركة جنسية معينة ، أسوة بالأشخاص الطبيعيين ، تثبت انتسابها لدولة معينة . وجنسية الشركة - من الناحية المنطقية - مستقلة عن جنسية الشركاء لاستقلال شخصية كل منهم . فمن الجائز أن تكون الشركة أردنية ولو كان عدد من الشركاء فيها أجنبياً ، والعكس صحيح .

وقد أخذ قانون الشركات لسنة 1964 بمعيار محل التأسيس لتحديد جنسية الشركة، فإذا كانت الشركة مؤسسة في الأردن كانت شركة أردنية ، وإذا كانت مؤسسة خارج الأردن كانت شركة أجنبية .

غير أن المشرع تطلب لكي تسجل الشركة في الأردن أمران :

الأول : أن يكون مركز إدارتها الرئيسي في الأردن ، وذلك لضمان جدية انتماء الشركة وإمكان خضوعها للرقابة والإشراف .

والثاني : أن لا تتجاوز مجموع قيمة مساهمة الأجنبى في أي وقت من الأوقات عن 49% من رأس المال الشركة، باستثناء الشركات الصناعية والسياحية والخدمات المتعلقة بالأعمال السياحية .

## المطلب الثاني

### انقضاء الشخصية الحكيمة للشركة

تتقضي الشركة إذا توفر أحد الأسباب التي حددها المشرع ، وأسباب انقضاء الشركة متعددة ، ويتضح من نصوص القانون المدني وقانون الشركات ، أن هناك أسبابا عامة لانقضاء الشركات جميعا ، بينما هناك أسباب خاصة لانقضاء شركات الأشخاص التي تقوم على الثقة المتبادلة بين الشركاء .

والأسباب العامة لانقضاء الشركات هي : انتهاء مدة الشركة ، وانتهاء العمل الذي قامت من أجله ، وهلاك رأسمال الشركة ، وإجماع الشركاء على حل الشركة ، وصدور حكم قضائي بحل الشركة ، وانهايار ركن تعدد الشركاء ، واندماج الشركات ، وشهر إفلاس الشركة ، وشطب تسجيل الشركة .

أما الأسباب الخاصة لانقضاء شركات الأشخاص فهي مرتبطة بزوال الاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه هذه الشركات . وزوال الاعتبار الشخصي قد يكون إراديا كانسحاب شريك من الشركة ، وقد يكون غير إرادي ك وفاة أحد الشركاء أو الحجر عليه ، أو إفلاسه .

ولا مجال لبحث هذه الأسباب بالتفصيل ، لذلك نحيل الطالب إلى المراجع العامة في هذا الموضوع (1) .

---

(1) انظر كتابنا الوجيز في شرح القانون التجاري، الجزء الثاني؛ الشركات التجارية ، بالاشتراك مع د. عبد الرؤوف السناوي ، الطبعة الخامسة، 2014 ، ص 297 و بعدها .

## المطلب الثالث

### تصفية الشركة وقسمتها

بعد حل الشركة تدخل في دور التصفية ، وذلك باستيفاء حقوقها وحصر موجوداتها، وسداد ديونها ، تمهيدا لقسمة أموالها الصافية بين الشركاء . ونتكلم في تصفية الشركة ، ثم في قسمتها في فرعين على التوالي .

### الفرع الأول

#### تصفية الشركة

يقصد بالتصفية مجموع العمليات لإنهاء أعمال الشركة التجارية ، وتسوية حقوقها وديونها ، وحصر أموالها الصافية - إذا بقي لها مال - تمهيدا لقسمتها بين الشركاء . وتكون تصفية الشركة إما تصفية اختيارية إذا قرر الشركاء أو الهيئة العامة غير العادية - حسب الحال - تصفية الشركة ، وإما تصفية إجبارية بقرار من المحكمة . وتبقى للشركة شخصيتها الحكيمة بالقدر اللازم للتصفية ، ويضاف إلى اسمها أو عنوانها عبارة " تحت التصفية " في جميع أوراق ومستندات الشركة ومراسلاتها . ويعهد بتصفية أعمال الشركة إلى شخص يسمى " المصفي " مقابل أجر يحدد في عقد تعيينه ، ويعد المصفي ممثلا للشركة باعتبارها شخصا حكما . ويرسل قرار التصفية وتعيين المصفي إلى المراقب وينشر في الجريدة الرسمية . وتحدد صلاحيات المصفي في عقد الشركة، أو في قرار تعيينه، أما إذا لم تحدد هذه الصلاحيات كان له ممارسة جميع الصلاحيات اللازمة للقيام بأعمال التصفية، فله:

1- تنظيم قائمة جرد بموجودات الشركة وأموالها بالتعاون مع مديري الشركة .

- 2- تنظيم قائمة بأسماء المدينين للشركة والديون المستحقة على كل منهم وتقريراً بأعمال المطالبة بدفع الأقساط والديون ، وتعتبر هذه القائمة بينة أولية على أن الأشخاص الواردة أسماؤهم فيها هم المدينون .
- 3- محاسبة المديرين واستلام أموال ودفاتر وأوراق الشركة منهم .
- 4- إدارة أعمال الشركة للمدى الضروري لتصفية الشركة وإتمام التصرفات والأعمال والمشروعات التي بدأت فيها الشركة ولم تنته بعد مثل تسليم البضاعة المباعة ، واستلام البضاعة المشتراة قبل الشروع في التصفية وشراء المواد اللازمة لإنهاء البناء وتجهيزه ، لأن حل الشركة ليس سبباً لإلغاء التزاماتها، وعدم تنفيذ هذه الالتزامات قد يرتب على الشركة التزاماً بالتعويض .
- 5- اتخاذ جميع الوسائل التحفظية اللازمة للمحافظة على مصالح الشركة مثل تجديد قيد الرهن، وقطع التقادم، وطلب الحجز التحفظي، وإصلاح العقارات والمنقولات المملوكة للشركة ، والتأمين على أموال الشركة وموجوداتها .
- 6- تحصيل الديون التي للشركة على الغير ، وما بقي للشركة في ذمة الشركاء من قيمة حصصهم أو أسهمهم سواء كانت نقدية أم عينية .
- 7- وفاء ما على الشركة من ديون حالة ، والاحتفاظ بالمبالغ اللازمة للوفاء بالديون المؤجلة ، وفق الترتيب المبين في القانون .
- 8- تمثيل الشركة أمام القضاء، وإقامة أي دعوى باسم الشركة أو نيابة عنها لتحصيل ديونها والمحافظة على حقوقها ، والتدخل في الدعاوى والإجراءات القضائية المتعلقة بأموال الشركة ومصالحها . وتعيين أي محام أو خبير أو أي شخص لمساعدته في القيام بواجباته في تصفية الشركة . وله قبول الصلح والتحكيم متى كان عمله خالياً من الغش ولكن يلزم موافقة الهيئة العامة للشركة المساهمة على كل اتفاق يتم بين المصفي ودائني الشركة .

ويقدم المصفي للمحكمة بعد تعيينه كفالة لضمان ما ينشأ عن أفعاله من ضرر إذا أهمل أو أساء التصرف أثناء فترة التصفية .

والمصفي وكيل بأجر ، لذلك فإن عليه أن يبذل في تنفيذ الأعمال الخاصة بالتصفية عناية الرجل المعتاد ، كما يسأل أمام دائني الشركة على أساس المسؤولية التقصيرية إذا خالف القانون ، فيكون للدائن المتضرر رفع دعوى على المصفي لتعويض الضرر الذي لحق به ، كما لو أنهى المصفي قبل سداد حقه ، أو بدأ في التوزيع على الشركاء قبل سداد الديون .

وبعد أن يتخذ المصفي الإجراءات المطلوبة لحصر موجودات الشركة يجوز للمحكمة أن تأذن له ببيعها إذا تبين لها أن مصلحة الشركة تستدعي ذلك .

ويتعين على المصفي اتباع الترتيب الذي بينه القانون في تسديد ديون الشركة بعد حسم نفقات التصفية بما في ذلك أتعاب المصفي .

وقد نصت المادة (30) من قانون الشركات لسنة 1964 بالنسبة للشركة العادية على أنه : تستعمل موجودات الشركة بما فيها المبالغ المقدمة من قبل الشركاء لتسوية الخسائر أو العجز في رأس المال على حسب الترتيب التالي :

1- لدفع النفقات والمصاريف الناشئة عن تصفية الشركة .  
2- لدفع ديون الشركة والتزاماتها إلى الدائنين من غير الشركاء مع دفع الحقوق الممتازة أولاً .

3- لدفع المستحق على الشركة لكل شريك عن سلفاته التي ليست من رأس المال .

4- لدفع المستحق على الشركة لكل شريك نسبياً من رأس المال .

5- يوزع ما تبقى من الموجودات على الشركاء بنسبة توزيع الأرباح بينهم .

أما بخصوص شركات المساهمة فقد نصت المادة 209 من قانون الشركات لسنة 1964 على ما يأتي :

- تميز الديون التالية على كافة الديون الأخرى أثناء التصفية وتدفع قبل غيرها وهي :
- 1- جميع الضرائب والعوائد البلدية والحكومية .
  - 2- جميع الأجور والرواتب المستحقة لأي موظف أو مستخدم في الشركة .
  - 3- جميع الأجور والتعويضات (والمكافآت) المستحقة لأي عامل أو مستخدم في الشركة .
  - 4- جميع بدلات الإيجار المستحقة لأي مؤجر عن عقارات مؤجرة للشركة .
  - 5- تتساوى الديون المذكورة مع بعضها وتدفع بكاملها إلا إذا كانت موجودات الشركة لا تفي بتسديدها جميعاً . ففي هذه الحالة تخفض نسبياً بالتساوي . وتدفع الديون المذكورة فوراً بعد الاحتفاظ بالمبالغ اللازمة لنفقات التصفية ومصاريفها ويكون لها حق امتياز على ادعاءات الذين يحملون سندات دين بموجب رهن .

## الفرع الثاني

### قسمة موجودات الشركة

إذا أسفرت التصفية عن بقاء موجودات الشركة كلها أو بعضها ، فإن هذه الموجودات تصبح مملوكة على الشيوع بين الشركاء ، ويعتبر هذا الشيوع إجبارياً ومؤقتاً حيث يترتب بقوة القانون على زوال الشخصية الحكيمة للشركة . لذلك يلزم قسمة تلك الموجودات فيما بين الشركاء .

وإذا كانت الأموال المتبقية كافية لاسترداد حصص الشركاء يحصل كل شريك على مبلغ يتناسب مع حصته في رأس المال ، وإذا بقي ما يسمى بفائض التصفية أي مبلغاً زائداً بعد استرداد كل شريك ما يعادل حصته التي دفعها ، فإن هذه الأموال تقسم بين الشركاء وفق النسبة المتفق عليها بينهم لتوزيع الأرباح .

أما إذا كانت الأموال المتبقية بعد التصفية لا تكفي لاسترداد كل شريك حصته في رأس المال ، فذلك يعني أن الشركة منيت بخسارة ، ويجب أن يتحمل كل شريك نصيبه فيها ، فتوزع الخسارة عليهم جميعا بحسب النسبة المتفق عليها في توزيع الخسارة ، وإلا بنسبة حصته في رأسمال الشركة .

وبعد الانتهاء من القسمة تنتهي التصفية ، ويجب الإعلان عن انتهائها وشطب الشركة من سجل الشركات .

## المبحث الثاني أنواع الشركات التجارية

### تمهيد

قسم قانون الشركات رقم 12 لسنة 1964 ، في المادة الثامنة منه ، الشركات التجارية إلى نوعين :

- 1- الشركات العادية : وهي شركات أشخاص تشمل الشركة العادية العامة (التضامن) والشركة العادية المحدودة (التوصية البسيطة) .
  - 2- شركات المساهمة: وهي شركات أموال تشمل شركات المساهمة العامة المحدودة، وشركات المساهمة الخصوصية المحدودة (الشركة ذات المسؤولية المحدودة) .
- وسوف نعرض بإيجاز كل نوع من هذه الأنواع على التوالي .

المطلب الأول : الشركة العادية العامة .

المطلب الثاني : الشركة العادية المحدودة .

المطلب الثالث : شركة المساهمة الخصوصية .

المطلب الرابع : شركة المساهمة العامة .

### المطلب الأول

#### الشركة العادية العامة

عرفت المادة التاسعة من قانون الشركات الشركة العادية العامة بأنها، الشركة التي يكون جميع الشركاء فيها مسؤولين بصفة شخصية وبالتضامن والتكافل عن ديون الشركة وجميع عقودها والتزاماتها .

وفي دراستنا لهذا النوع من الشركات سوف نعرض لخصائصها ، ثم تكوينها وإدارتها في ثلاثة فروع :

## الفرع الأول

### خصائص الشركة العادية العامة

#### 1- عدم قابلية حصة الشريك للتداول :

تقوم الشركة العادية العامة على الاعتبار الشخصي والثقة المتبادلة بين الشركاء ، لذلك نصت المادة (1/23) من قانون الشركات لسنة 1964 على أنه لا يجوز للشريك التنازل إلى الغير عن حصته في الشركة إلا بموافقة جميع الشركاء ، أو بموافقة أكثريةهم إذا أجاز عقد الشركة ذلك ، والحكمة من هذا الشرط هي عدم إدخال غريب في الشركة لا يتمتعون بثقة باقي الشركاء ، فيهدر أساس من أسس الشركة العادية وهو الثقة في الشركاء .

فإذا تنازل شريك عن حصته إلى شخص من الغير دون موافقة باقي الشركاء أو الأغلبية المبينة في عقد الشركة ، كان هذا التنازل غير نافذ في حق الشركاء الآخرين وفي حق الشركة ودائنيها، فيظل الشريك محتفظا بهذا الوصف رغم تنازله عن حصته للغير ، ويظل المتنازل له (ويسمى الرديف) أجنبيا عن الشركة . ولكن في العلاقة بين الشريك المتنازل والرديف المتنازل له يكون التنازل صحيحا ومنتجا لآثاره وتبقى العلاقة مقصورة عليهما .

ولما كان منع التنازل للغير يهدف إلى مراعاة الاعتبار الشخصي بين الشركاء ، فإنه يجوز تنازل أحد الشركاء عن حصته لشريك آخر ، لأن ذلك لا يمس الاعتبار الشخصي بين الشركاء .

## 2- المسؤولية الشخصية والتضامنية للشركاء :

الشريك في الشركة العادية مسؤول عن ديون الشركة بصفة شخصية وعلى وجه التضامن . وتعني المسؤولية الشخصية أن الشريك يكون مسؤولاً عن كافة ديون الشركة في جميع أمواله كما لو كانت هذه الديون ديونه الشخصية . فلا تتحدد بمقدار حصته في الشركة .

أما المسؤولية التضامنية فتعني أن لدائن الشركة أن يرجع بدينه ليس فقط على الشركة كشخص معنوي ، وإنما على جميع الشركاء ، حتى يستوفي منهم جميعاً أو من أحدهم ما له من حق في مواجهة الشركة . ولكن يشترط في ذلك أن لا يصدر أمر بالتنفيذ بحق أي شريك بشأن مسؤوليته منفرداً عن ديون الشركة أو التزاماتها ، إلا إذا كانت الشركة قد فسخت ، أو كان قد حكم لدائن عليها بذلك الدين أو الالتزام ولم يوجد عندها مال كاف لتسديده .

وفي حالة وفاة الشريك المتضامن يصبح ورثته مسؤولين بالتضامن عن ديون الشركة والتزاماتها إلى أن تسدد ، ولكن في حدود تركة مورثهم . فإذا قام أحد الشركاء بدفع دين على الشركة ، فإن له الرجوع به على الشركة وعلى سائر الشركاء بنسبة ما دفعه عن كل منهم .

وفي حالة انسحاب أحد الشركاء من الشركة لا تنتهي مسؤوليته عن الديون أو الالتزامات التي تحملتها الشركة قبل انسحابه ، ما لم يوجد اتفاق بينه وبين الشركة والشريك المنضم وبين الدائنين على إبرائه منها .

وكذلك إذا انضم شريك جديد للشركة العادية ، فإنه لا يلزم بأي عمل تم قبل انضمامه إليها ما لم يوجد اتفاق صريح على خلاف ذلك .

ويلزم لانضمام شريك جديد للشركة موافقة سائر الشركاء أو الأغلبية المنصوص عليها في عقد الشركة .

### 3- صفة الشريك :

يعتبر الشريك في الشركة العادية العامة ، تاجرا بمجرد دخوله فيها ، لأنه يفصح عن نيته في احتراف التجارة بوساطة الشركة . ويترتب على ذلك أنه يلزم لصحة الشركة أن تتوفر في الشركاء شروط احتراف التجارة وأهمها بلوغ الشريك الثامنة عشرة من عمره.

## الفرع الثاني

### تكوين الشركة العادية العامة

#### تسجيل عقد الشركة ونشره :

أوجبت المادة 11 من قانون الشركات ، أن يكون عقد الشركة العادية أو أي تغيير يطرأ عليه مكتوبا . كما يجب أن تسجل الشركة لدى مراقب الشركات بموجب الإجراءات التالية :

1- تقديم النسخة الأصلية من عقد الشركة موقعة من جميع الشركاء مع بيان يوقعه

جميع الشركاء أمام مراقب الشركات أو كاتب العدل يتضمن ما يلي :

- أ- اسم الشركة العادية .
- ب- أسماء الشركاء ، وجنسية كل منهم ، وعنوانه وعمره .
- ج- مركز الشركة الرئيسي .
- د- مقدار رأس المال وحصصة كل شريك فيه .
- هـ- غايات الشركة .
- و- مدة الشركة إذا كانت محدودة .
- ز- اسم الشريك أو الشركاء المفوضين بتولي شؤون الشركة والتوقيع عنها .
- ح- وضع الشركة في حالة وفاة أحد الشركاء .

2- بعد تحقق مراقب الشركات من توفر الشروط لتسجيل الشركة يقوم باستيفاء رسوم التسجيل والنشر، ويسجل الشركة في سجل الشركات ، ويصدر شهادة تسجيل للشركة ، وينشر ذلك في الجريدة الرسمية .

وللمراقب حق رفض تسجيل الشركة العادية إذا تبين له أن في عقدها أو بيانها أو غاياتها ما يخالف القانون أو النظام العام ، ويحق لصاحب المصلحة أن يتظلم من قرار الرفض إلى الوزير . فإذا رفض تظلمه يحق له أن يطعن بقرار الوزير لدى محكمة العدل العليا .

3- يجب أيضا تسجيل ونشر جميع التغييرات التي تطرأ على الشركة أثناء حياتها خلال شهر من تاريخ وقوع التغيير .

#### الجزء على عدم التسجيل :

فرق المشرع الأردني بين الشركاء وبين الغير في تقريره الجزاء على عدم تسجيل الشركة العادية . فبالنسبة للشركاء يقتصر الجزاء على منع الشركة من مزاوله أعمالها قبل إتمام التسجيل ودفع الرسوم المستحقة عليها . فإذا خالفت الشركة ذلك ومارست عملها قبل إتمام التسجيل ، تفرض غرامة قدرها خمسون دينارا على كل شريك .

أما بالنسبة لعدم تسجيل التغيير الذي يطرأ على عقد الشركة أو على بياناتها ، يعاقب كل شريك بدينار واحد عن كل يوم استمرت فيه المخالفة بعد انقضاء مدة الشهر . ولا يستفيد من التخلف عن التسجيل أو نشر التغيير أحد من الشركاء أو الشركة .

أما بالنسبة للغير ، فقد أجازت المادة 14 من قانون الشركات للغير أن يختار وفقا لمصلحته بين تقرير وجود الشركة فعلا ، أو التغيير الطارئ عليها ، وبين أن يتمسك ببطلان الشركة أو التغيير .

والغير الذي له مصلحة في التمسك بوجود الشركة أو بطلانها ، إما أن يكون دائنا للشركة ذاتها أو دائنا لأحد الشركاء . وغالبا ما تكون مصلحة دائن الشركة في الإبقاء

عليها لكي تظل الحصص التي قدمها الشركاء وموجودات الشركة ضامنة لحقوقه . بينما تكون لدائن الشركاء مصلحة في التمسك ببطلان الشركة لإرجاع حصة مدينه الشرك إلى ذمة ذلك الشرك وإدخالها في نطاق الضمان العام المقرر له على أموال مدينه . وإذا تمسك الغير ببطلان الشركة أو أي تغيير يطرأ عليها وحكم له به ، اعتبرت الشركة أو التغييرات المطعون بها بالنسبة له كأن لم تكن أصلا . ولكن يلاحظ أن للشركة أن تتلافى هذا العيب قبل التمسك بالبطلان ، فتقوم بالتسجيل ولو بعد المدة المحددة في القانون . وفي هذه الحالة تزول المخالفة ، ويقنصر الأمر على الغرامة المفروضة على التخلف عن إتمام التسجيل في الموعد المحدد .

#### شطب التسجيل :

إذا تمت تصفية الشركة نهائيا فإنه يتم شطبها من سجل الشركات ، ولكن نص المشرع على حالة أخرى للشطب حيث افترض تقاعس الشركاء عن تقديم طلب لشطب الشركة فنص في المادة 32 من قانون الشركات على أنه إذا تبين لمراقب الشركات أن شركة عادية قد توقفت عن تعاطي أعمالها لمدة تزيد على سنة فيجوز له أن يطلب منها أن تجيبه على سؤاله خلال شهرين من تسلمها طلبه حول توقفها عن العمل ، فإذا أجابت بالإيجاب أو لم تجب مطلقا ، أو انقضت المدة ، أو لم يقنع بصحة جوابها ، فيحق له أن يشطب تسجيلها من السجل ويعلن ذلك في الجريدة الرسمية بدون أن تبطل مسؤولية أي شريك من الشركاء من جراء ذلك .

ويحق لأي متضرر من جراء الشطب أن يطعن أمام المحكمة في قرار الشطب خلال شهرين من تاريخ نشر إعلان الشطب في الجريدة الرسمية ، وإذا اقتنعت المحكمة بأنه عند شطب الشركة من السجل كانت تتعاطى أعمالها وأن العدل يقضي بإعادة اسمها إلى السجل فتصدر قرارا بذلك . وتعتبر الشركة عندئذ كأن وجودها ظل مستمرا ولم

تشطب . وترسل نسخة عن هذا القرار إلى المراقب لتنفيذه ونشر خلاصته في الجريدة الرسمية . وللمحكمة أيضا حق فسخ الشركة العادية التي شطب اسمها وحق تصفيتها .

### الفرع الثالث

#### إدارة الشركة العادية العامة

لا تستطيع الشركة العادية - كشخص اعتباري - أن تعبر عن إرادتها والقيام بالأعمال التي أنشئت من أجلها إلا بوساطة أشخاص طبيعيين ، لذلك يغلب أن يتفق الشركاء في عقد الشركة أو في اتفاق لاحق على تسمية شخص أو عدة أشخاص من بينهم أو من الغير لإدارة أعمال الشركة . أما إذا لم يتضمن عقد الشركة تسمية مدير لها، ولم يتفق الشركاء على تعيين مدير بعقد لاحق ، فإن كل شريك يعتبر وكيلًا عن باقي الشركاء في مباشرة أعمال الشركة وفي التصرف بما يحقق الغرض الذي أنشئت من أجله، وبالتالي يجوز لكل شريك أن يقوم منفردًا بجميع أعمال الإدارة . على أن هذا الفرض بعيد الاحتمال حيث يتم عادة تعيين مدير أو أكثر للشركة ، لذا سوف نبين مركز المدير من حيث طريقة تعيينه وكيفية عزله ، وسلطته ، والمسؤولية الناشئة عن أعماله .

#### تعيين المدير :

يمكن أن يتفق الشركاء في عقد الشركة على تعيين مدير للشركة من الشركاء أو من غيرهم ، ويسمى في هذه الحالة بالمدير الاتفاقي . كما يمكن أن يعين فيما بعد بعقد مستقل لاحق لعقد الشركة ، ويسمى في هذه الحالة بالمدير غير الاتفاقي . ويلزم لتعيين المدير في هذه الحالة الأغلبية التي يوجبها عقد الشركة لاتخاذ القرارات المتعلقة بالإدارة .

### عزل المدير :

تتوقف طريقة عزل المدير على طريقة تعيينه ، فإذا تم تعيين المدير في عقد الشركة وكان في نفس الوقت شريكا في الشركة ، لا يجوز عزله ما دامت الشركة قائمة إلا برضاه ، وذلك لأن الاتفاق على تعيينه هو جزء من عقد الشركة وفي عزله تعديل لهذا العقد ، ولا يجوز إجراء هذا التعديل إلا بإجماع الشركاء بما فيهم المدير الشريك نفسه .

فإذا أبدى الشركاء رغبتهم في أن يترك المدير الإدارة ولكنه رفض ذلك ، كان لكل شريك أن يطلب من المحكمة عزله إذا وجد سبب مشروع كما إذا أساء الإدارة ، أو صدر منه إهمال خطير ، أو ارتكب غشا أو خيانة أضرت بمصالح الشركاء أو الشركة . وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة إذا اقتنعت بضرورة عزل المدير وبناء على طلب الشريك مقدم الدعوى حل الشركة ، أو فصل المدير الشريك مع بقاء الشركة قائمة بين الباقيين .

ويقابل هذه الحماية التعاقدية للمدير الاتفاقي الشريك أنه لا يجوز له أن يعزل نفسه أو يستقيل في وقت يلحق بالشركة ضررا ، إلا إذا وجدت أسباب قوية تبرر ذلك كمرض أو شيخوخة أو عاهة . ويؤدي خروج المدير إلى حل الشركة لأن بقاءه في منصبه ركن فيها ، إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك .

أما إذا كان المدير غير اتفاقي ، أو كان اتفاقيا ولكنه غير شريك، فإنه يعد وكيلا عن الشركة ، لذا يجوز عزله في أي وقت بالأغلبية اللازمة للتعيين لتعلق ذلك بإدارة شؤون الشركة . كما يجوز له أن يستقيل من الإدارة طبقا لأحكام الوكالة .

### سلطة المدير :

يحدد عقد الشركة أو عقد تعيين المدير ، في الغالب ، سلطة المدير والأعمال التي يجوز له القيام بها ، وفي هذه الحالة يكون له أن يقوم بجميع تلك الأعمال وما يتصل

بها من توابع ضرورية . فإذا لم تحدد هذه السلطة ، وجب عليه القيام بجميع أعمال الإدارة والتصرف في حدود أغراض الشركة وفقاً لما جرى به العرف التجاري .  
وطالما أن المدير يباشر سلطاته في حدود غرض الشركة ، ليس للشركاء التدخل في الإدارة، ويقتصر حقهم على الاطلاع بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها ، أما إذا خرج المدير عن نطاق اختصاصاته، فإنه يضمن كل ضرر يلحق بالشركة من جراء تصرفه .

ولا يجوز للمدير أن يعقد تعهدات مع الشركة لحسابه الخاص ، ولا يتعاطى أعمالاً مشابهة أو منافسة لأعمالها إلا بناء على موافقة الشركاء الخطية . كما لا يجوز له أن ينيب عنه غيره في القيام بأعمال الشركة ، لأن الشركاء وثقوا بشخص المدير، وقد لا تتعدى هذه الثقة إلى غيره . على أن له أن ينيب غيره للقيام بعملية معينة إذا كان مأذوناً بذلك ، على أن يكون مسؤولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه .

#### **تعدد المديرين :**

إذا تعدد مديرو الشركة فيجب التمييز بين حالتين : الأولى أن يحدد عقد الشركة سلطة كل واحد من المديرين ، أو أن ينص على أن لا ينفرد أحدهم بعمل لوحده ، فإنه يجب مراعاة الشرط الوارد في العقد . وهو يلزم الغير إذا جرى شهره ، فلا تسأل الشركة عن عمل أحد المديرين إذا تجاوز به مدى سلطته أو قام به منفرداً خلافاً للشرط . ولكن يسمح للشريك في حالة عدم الإذن له بالانفراد في الإدارة أن يعمل منفرداً فيما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي ، أو في أمر عاجل يترتب على تقويته ضرر الشركة . والثانية أن لا يعين العقد دائرة عمل كل مدير ، وفي هذه الحالة يستطيع كل واحد منهم أن يقوم بمفرده بجميع أعمال الإدارة المختلفة .

### حقوق المدير ومسؤوليته :

يجوز أن يتم تعيين مدير الشركة بأجر أو بغير أجر . والغالب أن يتم تحديد أجر المدير في عقد الشركة أو عقد تعيينه ، وإذا لم يحدد الأجر في أيهما، نفرق بين المدير الشريك . الذي لا يحق له أن يتقاضى مكافأة مقابل إدارته إلا بموافقة باقي الشركاء ، وبالتالي فإن عدم تحديد أجر له يفترض أنه يعمل بغير أجر . وبين المدير من غير الشركاء الذي لا يفترض أن يعمل بالمجان إلا إذا نص على ذلك صراحة ، لذا فإنه في حالة عدم تحديد أجره يرجع إلى العرف . ويكفي لتحديد أجره المدير غير الشريك موافقة أغلبية الشركاء . فإذا لم يتفق على مقدار الأجر ، للمدير أن يلجأ إلى المحكمة لتحديده . وينبغي على المدير أن يقوم بعمله بكل أمانة وإخلاص ، وأن يقدم حسابات صحيحة ومعلومات تامة عنه إلى كل شريك، وعليه أن يبذل في رعاية أمور الشركة عناية الرجل المعتاد .

ويسأل المدير أمام الشركة مسؤولية عقدية ناشئة عن العقد الذي يربطهما إذا تعدى حدود الصلاحيات الممنوحة له ، أو قصر في أداء واجبه ، أو استغل اسم الشركة بأمر لحسابه الخاص ، حيث يرجع الشركاء عليه بما تحملوه من خسائر . كما يسأل أمام الغير مسؤولية تقصيرية إذا نسب إليه تعد (خطأ) . وفي حالة تعدد المديرين يكونون مسؤولين بالتضامن عن أخطائهم المشتركة كما هو الحال عند تعدد الوكلاء . على أنهم لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزا حدود سلطته .

وقد يسأل المدير شخصا مسؤولية جنائية ، فهو أمين على أموال الشركة ، لذا فإنه يعد مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة إذا بدد شيئا من أموال الشركة أو اختلسها .

### مسؤولية الشركة عن أعمال المدير :

قد تكون مسؤولية الشركة عن أعمال المدير مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية .

### أولاً : المسؤولية العقدية :

يقوم المدير بالتعبير عن إرادة الشركة والتصرف لحسابها ، ولذلك تلتزم الشركة بكل عمل يقوم به عنها إذا تعاقد باسمها في حدود سلطته ، حتى لو قام بهذا العمل لحسابه الخاص مستغلا تلك السلطات ، ما دام من تعامل معه حسن النية .

أما إذا خرج عن نطاق الصلاحيات المعطاة له ، فإن تحديد سلطته لا يلزم الغير لذا تلزم الشركة بتصرفاته ، إلا إذا كان عقد الشركة أو أية وثيقة لاحقه لم يخول المدير صلاحية القيام بهذا العمل نيابة عن الشركة، وتم شهر هذا العقد أو الوثيقة وفقا للقانون، ففي هذه الحالة لا تسأل الشركة عن التصرف الذي تجاوز فيه صلاحياته ، وإنما يلتزم به المدير شخصا . فإذا كان عقد الشركة أو عقد تعيين المدير قد منع المدير من الاقتراض مثلا، وكان هذا العقد قد سجل ونشر وفقا للقانون، ثم قام المدير بالاقتراض فلا يكون للمقرض سوى الرجوع على المدير شخصا ولو كان المقرض حسن النية، فلا يعذر لجهله هذه الحدود ما دامت قد شهرت بالطريق القانوني. وكذلك الحال إذا كان الغير سيئ النية، أي إذا كان عالما بمدى حدود سلطة المدير رغم عدم الشهر ، فلا يحق الرجوع عندئذ على الشركة إلا إذا كانت قد استفادت من عمل المدير فتكون ملزمة تجاه الغير بالقدر الذي استفادت منه عملا بنظرية الكسب بلا سبب .

#### ثانيا : المسؤولية التقصيرية :

تسأل الشركة أمام الغير عن التعديات (الأخطاء) التي تقع من المدير بمناسبة تأدية وظيفته ، وذلك وفقاً لقواعد الفعل الضار، لأن ما يقع من المدير يعتبر واقعا من الشركة شخصا لأنه يعبر عنها. فإذا ارتكب المدير عملا من أعمال المنافسة غير المشروعة مثلا ، كانت الشركة مسؤولة عن تعويض هذا الضرر على أساس قواعد مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه

## المطلب الثاني الشركة العادية المحدودة

الشركة العادية المحدودة هي شركة تشمل نوعين من الشركاء ، الأول شركاء متضامنون (عامون)، والثاني شركاء محدودو المسؤولية . ولا يشترط القانون عددا معيناً من كل منهم ، فالحد الأدنى لتكوين الشركة هو اثنان ، لذلك قد يوجد شريك متضامن واحد وشريك محدود المسؤولية واحد ، وقد يوجد شريك متضامن واحد وعدة شركاء محدودي المسؤولية أو العكس ، على أن لا يزيد عدد الشركاء جميعاً على عشرين .

### خصائص الشركة العادية المحدودة :

تخضع الشركة العادية المحدودة للأحكام المتعلقة بعقد الشركة بوجه عام ، كما تسري عليها نفس الأحكام المتعلقة بتكوين الشركة العادية العامة وحياتها وانقضائها التي سبق لنا الكلام عنها .

ولكن نظراً لوجود شركاء محدودي المسؤولية إلى جانب الشركاء المتضامين، فقد أفرد المشرع أحكاماً خاصة تتعلق بمركز الشريك محدود المسؤولية يمكن إجمالها في مبادئ ثلاثة أساسية هي :

1- تحديد مسؤولية الشريك محدود المسؤولية بقدر حصته في رأسمال الشركة . فلا يلتزم هذا الشريك إلا بتقديم حصته، ولا يجوز الرجوع عليه بأية مطالبة بعد ذلك، لا من الشركة ولا من دائنيها .

2- منع ورود اسم الشريك محدود المسؤولية في عنوان الشركة ، لأن استخدام اسم هذا الشريك في عنوان الشركة يوقع الغير في الغلط، فيعتقد بأن الشريك متضامن، وبالتالي يخلق ائتماناً وهمياً للشركة ، خاصة إذا كان هذا الشريك ذا سمعة مالية جيدة .

فإذا أدرج اسم الشريك محدود المسؤولية في عنوان الشركة نفرق بين حالتين:  
**الحالة الأولى :** أن يكون إدراج اسم الشريك محدود المسؤولية بناء على طلبه، أو بموافقته، أو أنه علم بذلك ولم يعترض، لأن سكوته في حكم الإذن بوضع اسمه. وفي هذه الحالة يصبح الشريك محدود المسؤولية مسؤولاً أمام الغير حسن النية الذي اعتمد في تعامله مع الشركة على ذلك ، مسؤولية شخصية وتضامنية كما لو كان شريكاً متضامناً . ولكنه في علاقته بالشركاء يبقى محتفظاً بصفته كشريك محدود المسؤولية ، ويجوز له أن يرجع عليهم بما دفعه للغير زائداً عن حصته.  
**والحالة الثانية :** أن يدرج اسم الشريك محدود المسؤولية في عنوان الشركة دون علمه أو رغم اعتراضه .

وفي هذه الحالة يظل الشريك محدود المسؤولية محتفظاً بصفته تلك في مواجهة الغير إذا استطاع إثبات عدم علمه أو اعتراضه بمجرد علمه، واتخذ الإجراءات اللازمة لحذف اسمه من العنوان، وإعلام الغير بحقيقة صفته، كالنشر في الصحف وتقديم طلب لمسجل الشركات لحذف اسمه من عنوان الشركة .

3- منع الشريك محدود المسؤولية من التدخل في أعمال الإدارة ،  
ويقتصر هذا المنع على أعمال الإدارة الخارجية المتعلقة بصله الشركة بالغير، حيث يباشر الشريك هذه الأعمال باسم الشركة ولحسابها باعتباره ممثلاً لها . مثل مدير مبيعات أو مشتريات .

أما أعمال الإدارة الداخلية التي لا تؤدي إلى الدخول في علاقات مع الغير كمنائب عن الشركة، فلا مانع من قيام الشريك محدود المسؤولية بها، مثل مهندس صيانة في مصنع الشركة .

فإذا خالف الشريك محدود المسؤولية هذا المنع واشترك في إدارة أمور الشركة الخارجية ، يكون مسؤولاً في مواجهة الغير حسن النية عن جميع الديون والالتزامات

الناشئة عن العمل الذي باشره لحساب الشركة في أمواله الخاصة كما لو كان شريكا متضامنا. أما عدا هذا العمل فإنه لا يسأل عنه إلا في حدود حصته.

أما بالنسبة لعلاقة هذا الشريك بالشركاء الآخرين ، فإنه يظل محتفظا بصفته كشريك محدود المسؤولية ، وإذا كان تدخله بتفويض منهم، أو أجازوا هذا التصرف، فإنه يسري في حقهم ويرجع بما دفعه زيادة على حصته . أما إذا قام بالعمل من تلقاء نفسه ولم يجزه الشركاء، فإن هذا التصرف لا يلزم الشركة، وتقع المسؤولية على عاتقه وحده أمام الغير، ولا يكون له الرجوع على الشركاء المتضامنين إلا في حدود ما عاد على الشركة من نفع وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب .

### المطلب الثالث

#### شركة المساهمة الخصوصية

#### ( الشركة ذات المسؤولية المحدودة )

هذا النوع من الشركات كثير الانتشار في الحياة العملية ، إذ يفضل أصحاب المشروعات الاقتصادية الصغيرة والمتوسطة الذين يرغبون في أن تكون مسؤوليته

محدودة بقدر حصصهم في الشركة . دون حاجة لإنشاء شركة مساهمة عامة ، وتقادي الإجراءات المعقدة باهظة التكاليف (1) .  
وفي كلامنا عن شركة المساهمة الخصوصية نقتصر على بيان خصائصها ، وتكوينها ، وإدارتها في فروع ثلاثة .

## الفرع الأول

### خصائص شركة المساهمة الخصوصية

عرفت المادة 2/39/ب من قانون الشركات لسنة 1964 الشركة المساهمة الخصوصية بأنها "الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى أسهم لا تطرح للاكتتاب العام وتكون مسؤولية المساهمين بها محدودة بمقدار مساهمة كل منهم برأسمال الشركة" . كما نصت المادة 44 منه على أنه " يجب أن يتضمن عقد تأسيس الشركة المساهمة الخصوصية ونظامها ما يلي :

- 1- تحديد عدد أعضائها من شخصين إلى خمسين شخصاً فقط .
- 2- تقييد حق نقل أسهمها .
- 3- منع دعوة الجمهور للاكتتاب في أسهم الشركة أو أسناد قرضها " .

ويتضح من هذين النصين أن خصائص هذه الشركة هي :

---

(1) يتضح من سجل الشركات في الضفة الغربية حتى نهاية تشرين الأول 1996 ، أن عدد شركات المساهمة الخصوصية قد بلغ 2969 منها 16 شركة مساهمة خصوصية أجنبية من مجموع 4009 شركات سجلت حتى ذلك التاريخ .

### أولاً : تحديد عدد الشركاء :

الحد الأدنى لعدد الشركاء في شركة المساهمة الخصوصية هو اثنان . فإذا قل العدد عن اثنين بأن تجمعت الأسهم في ملكية شخص واحد لأي سبب من الأسباب كالإرث مثلاً أو لانسحاب الشريك الآخر، تتحل الشركة بحكم القانون .

أما الحد الأعلى لعدد الشركاء فهو خمسون شريكاً سواء كانوا من الأشخاص الطبيعيين أم الاعتباريين . ويعد هذا الحد من الشروط الجوهرية التي يجب مراعاتها سواء عند تأسيس الشركة أم في أثناء حياتها . فإذا زاد العدد عن الحد الأقصى عند تأسيس الشركة يرفض مراقب الشركات تسجيلها لمخالفة ذلك لأحكام القانون .

أما إذا حدثت الزيادة بعد تسجيل الشركة وممارستها لنشاطها فيجب التفرقة بين احتمالين :

الاحتمال الأول : أن تكون الزيادة بسبب التنازل عن الحصص . وهذا التنازل يعد باطلاً لأنه مخالف لنص أمر في القانون .

الاحتمال الثاني : أن تكون الزيادة في عدد الشركاء نتيجة انتقال الحصص بالإرث أو الوصية . وإذا لم يتضمن نظام الشركة نصاً يعالج هذه الحالة بحيث يحافظ على عدد الشركاء ، كأن ينص النظام على ضرورة اتفاق الورثة على أن يمثلهم شخص واحد أو انتقال أسهم المورث إلى عدد منهم يدخل ضمن الحد الأعلى لعدد الشركاء ، فإنه لا مفر من اتخاذ الإجراءات لتحويل الشركة إلى شركة مساهمة عامة .

### ثانياً : تقييد حق نقل الأسهم :

نصت المادة 44 من قانون الشركات لسنة 1964 على وجوب أن يتضمن عقد تأسيس الشركة المساهمة الخصوصية ونظامها " تقييد نقل حق أسهمها " ، وذلك بوضع قيود على التنازل عن هذه الأسهم ، كاشتراط قصر التنازل بين الشركاء فقط ، سواء

بالسماح بالتنازل لأحد الشركاء ، أم بالنص على حق الشركاء في اقتسام الأسهم المتنازل عنها فيما بينهم بنسبة حصة كل منهم في رأس المال ، أو بالسماح بالتنازل عن الأسهم للغير بشروط معينة مثل احتفاظ الشركاء بحقهم في استرداد الأسهم بذات الشروط المعروضة على المتنازل . فإذا لم يرد مثل هذا التحديد في عقد الشركة أو نظامها الداخلي ، يكون للشريك الراغب في الانسحاب من الشركة اللجوء إلى القضاء .

**ثالثاً : منع دعوة الجمهور للاكتتاب العام وإصدار أسهم أو سندات قابلة للتداول :**

نص قانون الشركات لسنة 1964 في المادة 2/39/ب منه على أن رأسمال الشركة المساهمة الخصوصية ينقسم إلى أسهم لا تطرح للاكتتاب العام . كما أوجبت المادة 44 منه أن يتضمن عقد تأسيس الشركة ونظامها " منع دعوة الجمهور للاكتتاب في أسهم الشركة أو أسناد قرضها " .

ويتضح من هذا النص أن تكوين رأسمال الشركة يتم عن طريق الاكتتاب المغلق بين الشركاء الذين أسسوا الشركة ، بحيث يجب أن يكتتبوا في الأسهم كاملة عند تحرير عقد الشركة . كما لا يجوز للشركة إصدار أسهم أو سندات قابلة للتداول بالطرق التجارية.

ويبدو أن الحكمة من هذا المنع ترجع إلى الاحتفاظ بالطابع الشخصي لهذه الشركة، والحيلولة دون المضاربة على صكوك هذا النوع من الشركات بسبب ما تعرضه من ضمان متواضع . وتلزم الشركة بهذا الحظر ، ليس فقط خلال التأسيس، بل أيضاً طوال حياتها. وهذه الأحكام آمرة من النظام العام لا يجوز مخالفتها . غير أنه لا يدخل في نطاق الحظر إصدار إقرارات دين يتم التنازل عنها بطريق حوالة الحق المدنية .

#### رابعاً : المسؤولية المحدودة للشركاء :

بينت المادة 2/39 من قانون الشركات لسنة 1964 أن مسؤولية المساهمين في الشركات المساهمة الخصوصية تكون محدودة بمقدار مساهمة كل منهم برأسمال الشركة. وتحديد مسؤولية الشركاء مبدأ مطلق ينطبق في العلاقات بين الشركاء بعضهم ببعض ، كما ينطبق في علاقات الشركاء مع الغير. ويترتب على ذلك أنه ليس لدائني الشركة ضمان سوى رأس المال المعلن عنه في عقد الشركة فإذا قدمت قيمة الأسهم بالكامل عند التأسيس ، فإنه لا يجوز مطالبة الشريك بعد ذلك بأية مبالغ أخرى . فإذا زادت ديون الشركة عن رأسمالها ، فلا ضمان لدائني الشركة سوى ذمة الشركة المالية، ولا حق لهم في استيفاء ديونهم من أموال الشركاء الخاصة.

والمسؤولية المحدودة للشريك في الشركة المساهمة الخصوصية تتعلق بالنظام العام، ويقع عقد الشركة باطلاً متى تضمن شرطاً يخالف أحكام تلك المسؤولية المحدودة للشريك. ويترتب على ذلك عدم اكتساب الشركاء صفة التاجر، وعدم تأثرهم بشهر إفلاس الشركة .

وتحديد مسؤولية الشركاء يمنحهم مزايا الشركة المساهمة العامة وهي قصر مسؤوليتهم على ما قدموه من رأسمال دون حاجة إلى الالتجاء إلى شكل شركة المساهمة العامة . بما يتطلبه من جهد شاق ومال ضخم وإجراءات طويلة وباهظة التكاليف . كما يبعد عنهم شبح المسؤولية الشخصية والتضامنية التي تميز شركات التضامن وشركات التوصية بنوعيتها ، ولكنها تعد وبالاً على دائني الشركة لقصر ضمانهم على رأسمال الشركة .

## الفرع الثاني

### تكوين شركة المساهمة الخصوصية

شركة المساهمة الخصوصية عقد بين الشركاء يلزم لانعقاده توفر الأركان الموضوعية العامة والخاصة لتأسيس مختلف الشركات ، فضلاً عن الشروط الشكلية التي ينص عليها قانون الشركات المتمثلة بإجراءات تأسيس الشركة .

## البند الأول

### الشروط الموضوعية

أولاً : رأسمال الشركة .

نص قانون الشركات لسنة 1964 على أن رأسمال شركة المساهمة الخصوصية ينقسم إلى أسهم لا تطرح للاكتتاب العام، وأنه يجب أن يحدد رأسمال الشركة بالنقد الأردني، وقيمة السهم الواحد لا تقل عن دينار ولا تزيد على عشرة دنانير . كما أوجب أن لا يقل رأسمال شركة المساهمة الخصوصية عن ألفي دينار وعندما أصبح هذا المبلغ ضئيلاً رفعه بالقانون المعدل رقم 16 لسنة 1978 إلى عشرة آلاف دينار . ولم يضع حداً أعلى لرأسمال الشركة ، لأنه كلما زاد رأسمال الشركة كلما زادت الضمانة لحقوق الدائنين .

وعلى الرغم من نص القانون على حد أدنى لرأسمال الشركة فإنه يجب أن يكون رأس المال المسجل في عقد الشركة كافياً لتحقيق غرضها، وإلا جاز لمراقب الشركات رفض طلب تسجيلها .

ولم يضع المشرع قيوداً على حصة أي شريك ، فيجوز أن يمتلك شخص واحد من الشركاء معظم الحصص . غير أنه يجب أن لا تكون الحصص المتبقية قليلة الأهمية بالنسبة للشركة بحيث تدل على أن الشركة في حقيقتها مملوكة لشخص واحد .

وبين عقد الشركة في الغالب كيفية تسديد قيمة الأسهم ، وقد اشترط قانون الشركات لسنة 1964 قبل الشروع في أعمال الشركة أن يسلم المؤسسون إلى المراقب تصريحاً يعلنون فيه أنه قد دفعت إلى مصرف مرخص مبالغ لا تقل عن 25% من قيمة الأسهم المكونة لرأسمال الشركة وأنه جرت تغطيتها (أي الأسهم كاملة) من المؤسسين وحدهم أو بالاشتراك مع غيرهم بدون اكتتاب ، وأن يرفقوا مع هذا التصريح الوثائق المصرفية المؤيدة له وقائمة بأسماء المؤسسين والمساهمين وعدد أسهم كل منهم والمبالغ المدفوعة عنها والتي لم تدفع .

أما إذا لم يبين عقد الشركة كيفية تسديد قيمة الأسهم فيفترض تسديد كامل قيمتها عند تأسيس الشركة .

#### ثانيا : اسم الشركة :

أوجب قانون الشركات لسنة 1964 أن يطلق على شركة المساهمة اسم معين يدل على غايتها، ولا يجوز أن يكون الاسم مستمداً من اسم طبيعي إلا إذا كانت غاية الشركة استثمار براءة اختراع مسجلة قانوناً باسم هذا الشخص . وتضاف عبارة " المساهمة الخصوصية المحدودة " إلى آخر اسم كل شركة تسجل .

#### ثالثا : غرض الشركة :

يجوز أن تباشر شركة المساهمة الخصوصية أي نشاط تجاري طالما كان مشروعاً. غير أن المشرع قصر القيام بأعمال البنوك والشركات المالية والتأمين بأنواعه المختلفة، والشركات ذات الامتياز ، على شركات المساهمة العامة . لذلك يمتنع على شركة المساهمة الخصوصية القيام بهذه الأعمال .

## البند الثاني

### الشروط الشكلية

#### (إجراءات تأسيس الشركة)

سبق أن درسنا الشروط الشكلية التي يتعين أن تتوفر في جميع أشكال الشركات عند دراسة عقد الشركة بوجه عام . لذلك سنكتفي هنا بالإشارة إلى عقد تأسيس الشركة ونظامها والبيانات التي يجب أن تذكر فيهما ، والإجراءات اللازمة لتسجيل الشركة في سجل الشركات .

#### أولاً : تنظيم عقد تأسيس الشركة ونظامها .

أوجبت المادة 2/140 من قانون الشركات لسنة 1964 أن يتضمن عقد تأسيس الشركة المساهمة (سواء الخصوصية أم العامة) التفاصيل التالية :

- أ- اسم الشركة .
  - ب- غايات الشركة .
  - ج- أن مسؤولية الأعضاء محدودة .
  - د- مقدار رأس المال الاسمي بالعملة الأردنية ، ويقسم إلى أسهم متساوية القيمة ولا تقل قيمة السهم الاسمية عن دينار واحد ولا تزيد على عشرة دنانير .
- كما أوجبت المادة 44 منه أن يتضمن عقد تأسيس الشركة المساهمة الخصوصية (ونظامها) ما يلي :

- 1- تحديد عدد أعضائها من شخصين إلى خمسين شخصاً فقط .
- 2- تقييد حق نقل أسهمها .

3- منع دعوة الجمهور للاكتتاب في أسهم الشركة أو أسناد قرضها (1) .  
ويجب وفق المادة 2/40 ، أن يوقع على عقد التأسيس كل عضو مؤسس أمام المراقب أو كاتب العدل وينبغي أن لا يقل ما يساهم به كل عضو مؤسس عن سهم واحد، وأن يضع بجانب اسمه عدد الأسهم التي ساهم بها .  
أما نظام الشركة فينبغي وفق المادة 4/40 أن يكون موقعاً من المؤسسين ويتضمن هذا النظام بالإضافة إلى البيانات الواردة في عقد التأسيس ، تعيين مدة الشركة إذا كانت محدودة ، وبيان محل مركزها الرئيسي الذي يجب أن يكون بالنسبة إلى شركة مؤسسة في المملكة موجوداً في أراضيها ، كما تكون جنسية الشركة أردنية حكماً رغم كل نص مخالف ، ويشمل النظام أيضاً الأمور الواجب ذكرها فيه بمقتضى قانون الشركات والأنظمة الصادرة بموجبه .

#### ثانياً : تقديم الطلب :

بينت المادة 40 من قانون الشركات لسنة 1964 أن طلب تأسيس الشركة يقدم من المؤسسين إلى المراقب مرفقاً بعقد تأسيس الشركة ونظامها . وقد أعد مراقب الشركات في الضفة الغربية نموذجاً خاصاً للطلب يوقع عليه المؤسسون أمام مراقب الشركات أو الكاتب العدل .

---

(1) بينت المادة 45 أنه إذا غيرت الشركة نظامها بحيث أصبح خالياً من هذه الشروط فإنها تفقد صفة الشركة الخصوصية اعتباراً من تاريخ وقوع هذا التغيير ويقتضي عليها خلال أربعة عشر يوماً من ذلك التاريخ أن تقدم إلى المراقب الأوراق اللازمة لتوفيق وضعها كشركة مساهمة عامة ، وإذا وقعت مخالفة لهذه المادة (أي المادة 45) فتعزم الشركة بغرامة لا تزيد على خمسين ديناراً .

### ثالثاً : دراسة الطلب :

بعد تسلّم طلب تأسيس الشركة مرفقاً به عقد تأسيسها ونظامها، يقوم المراقب بتدقيقها، فإذا وجد أنها مستوفية للشروط ينسب لوزير التجارة والصناعة بالموافقة على تأسيس الشركة وتسجيلها في سجل الشركات .

وقد نصت المادة 5/40 من قانون الشركات لسنة 1964 على أنه يصدر الوزير بناءً على تنسيب المراقب قرار تسجيل الشركة خلال شهرين من تاريخ تقديم الطلب وإذا لم يصدر هذا القرار خلال الوقت المحدد اعتبر الطلب مرفوضاً . وبينت المادة 6/40 أنه في حالة الرفض الضمني أو الصريح يحق للمؤسسين مراجعة مجلس الوزراء واللجوء إلى محكمة العدل العليا للطعن في قرار الرفض .

ويحق للوزير قبل الموافقة على تسجيل الشركة أن يطلب إلى المؤسسين إدخال التعديلات اللازمة على عقد التأسيس والنظام كما يراها ضرورية على حسب متطلبات القانون والصالح العام . وإذا وجد الوزير أن المصلحة تقتضي جعل الشركة مساهمة عامة فيجب على المؤسسين تحويلها إلى شركة مساهمة عامة وإذا لم يوافقوا على ذلك فللوزير أن يرفض طلب التأسيس مع ذكر الأسباب ، ويجوز للمؤسسين الطعن بقرار الرفض لدى محكمة العدل العليا .

### رابعاً : التسجيل والنشر :

إذا صدر قرار الوزير بالموافقة على تسجيل الشركة يقوم المراقب بإتمام إجراءات تسجيلها في السجل الخاص بشركات المساهمة الخصوصية بعد استيفاء الرسوم المقررة ، وينشر إعلان عن تسجيل الشركة في الجريدة الرسمية ، ويمنح الشركة شهادة بالتسجيل تعد بينة رسمية في جميع الإجراءات القانونية. ويتعين على الشركة أن تعلق هذه الشهادة في مكان ظاهر في مركز الشركة .

ونظراً لأن قانون 1964 لم يستلزم أن يدفع المؤسسون قيمة كامل الأسهم ، فقد أوجبت المادة 2/60 منه على الشركاء بعد موافقة الوزير أن يقدموا للمراقب الوثائق المصرفية وغيرها التي تثبت أن ما لا يقل عن 25% من رأسمال الشركة قد تم إيداعه لدى أحد البنوك .

### الفرع الثالث

#### إدارة الشركة

تنص المادة 2/104 من قانون الشركات لسنة 1964 على أنه :

- أ- إذا قل عدد المساهمين بالشركة المساهمة الخصوصية عن عشرين شخصاً فتكون إدارتها بالشكل الذي يتفق عليه الشركاء ، شأنها في ذلك شأن الشركة العادية .
- ب- أما إذا زاد عدد مساهمي الشركة المساهمة الخصوصية عن عشرين شخصاً فيتولى إدارتها مجلس إدارة لا يقل عن اثنين ولا يزيد على خمسة ينتخب بنفس الطريقة التي ينتخب بها مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة .
- ج- تنطبق على مديري أو مجلس إدارة الشركة المساهمة الخصوصية نفس الأحكام المتعلقة بصلاحيات وواجبات وشروط مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة المنصوص عليها في هذا القانون ، إلا إذا ورد استثناء صريح على ذلك . كما تنص الفقرة الثالثة من هذه المادة على أنه يجوز زيادة الأعضاء بموافقة الوزير إذا اقتنع بوجود سبب يدعو لذلك .

ونحيل إلى ما قلناه بشأن إدارة الشركة العادية من ناحية ، وإلى ما سنقوله بالنسبة إلى إدارة شركة المساهمة العامة من ناحية أخرى تجنباً للتكرار .

## المطلب الرابع

### شركات المساهمة العامة

- تعد شركة المساهمة العامة النموذج الأمثل للشركات التي تقوم على الاعتبار المالي ، لأنها تهتم بجمع رأس المال اللازم لها دون التفات إلى شخصية الشريك .
- والكلام في شركة المساهمة العامة ينقسم إلى أربعة فروع على النحو التالي .
- الفرع الأول : تعريف شركة المساهمة العامة وخصائصها .
- الفرع الثاني : تأسيس شركة المساهمة العامة .
- الفرع الثالث : الأوراق المالية التي تصدرها شركة المساهمة العامة .
- الفرع الرابع : إدارة شركة المساهمة العامة .

### الفرع الأول

#### تعريف شركة المساهمة العامة وخصائصها

- عرف قانون الشركات رقم 12 لسنة 1964 شركة المساهمة العامة بأنها "الشركة الخالية من العنوان ويتألف رأسمالها من أسهم قابلة للتداول وتطرح للاكتتاب العام وتكون مسؤولية المساهمين بها محدودة بمقدار مساهمة كل منهم برأسمال الشركة " .
- وتتميز شركة المساهمة العامة بالخصائص التالية :
- 1- شركة المساهمة العامة شركة أموال ، بمعنى أن الغرض الأساس من تكوين الشركة جمع الأموال للقيام بمشروعات معينة بصرف النظر عن شخصية المساهمين فيها ، لذلك لا أهمية فيها للاعتبار الشخصي .
  - 2- مسؤولية الشريك المساهم فيها محدودة بمقدار قيم الأسهم التي اكتتب فيها ، ويقتصر الضمان العام لدائني الشركة على رأسمالها فقط .

- 3- اسم الشركة يستمد من غرضها الوارد في عقد الشركة يضاف إلى نهايته عبارة "المساهمة العامة المحدودة" ولا يجوز أن يكون هذا الاسم مستمداً من اسم طبيعي إلا إذا كانت غاية الشركة استثمار براءة اختراع مسجلة قانوناً باسم هذا الشخص، لذلك قيل إن شركة المساهمة خالية من العنوان .
- 4- رأسمال الشركة مقسم إلى أسهم متساوية القيمة ، ولا تقل قيمة السهم الاسمية عن دينار واحد ولا تزيد على عشرة دنانير . وقد اشترط قانون 1964 أن لا يقل رأسمال شركة المساهمة العامة عن (30.000) ثلاثين ألف دينار ، ولكن هذا المبلغ لم يعد كافياً في الوقت الحاضر نظراً لزيادة الأسعار وضخامة المشروعات ، ويلزم أن يكون رأسمالها كافياً لتحقيق أغراضها .
- 5- تعدد هيئات الإدارة في الشركة وهي مجلس الإدارة والهيئة العامة ومدققو الحسابات ، فضلاً عن رقابة مراقب الشركات .

## الفرع الثاني

### تأسيس شركة المساهمة العامة

يشترط قانون الشركات لعام 1964 أن لا يقل عدد المؤسسين عن سبعة أشخاص . ويقدم مؤسسو الشركة طلباً لتأسيس الشركة إلى المراقب . ولم يعرف القانون من هو المؤسس ، ولكن يفهم من نص المادة 3/40 أن المؤسس هو من وقع على عقد تأسيس الشركة .

ويجوز أن يكون المؤسس شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً ، على أن تتوفر في الشخص الطبيعي أهلية القيام بالتصرفات القانونية لأن تأسيس الشركة من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر . أو يكون تأسيس الشركة داخلاً ضمن أغراض الشخص المعنوي ، فلا يجوز مثلاً أن تشترك شركة لصناعات معدنية في تأسيس شركة مساهمة

عامة لإنتاج الألبان ، ولكن يجوز أن تشترك في تأسيس شركة لصنع الهياكل والقوالب المعدنية مثلا .

### إجراءات التأسيس :

#### أولا : التأسيس الفوري أو المغلق :

أجاز قانون الشركات لسنة 1964 لمؤسسي شركة المساهمة العامة تغطية رأسمال الشركة عن طريق الاكتتاب الفوري أو المغلق بأنفسهم ، دون حاجة للجوء إلى الجمهور ، ولكنه استثنى من ذلك نوعان من الشركات أوجب طرح أسهمها للاكتتاب العام هما :

أ- الشركات التي تكون غايتها القيام باستثمار مشروع ذي امتياز .

ب- الشركات التي تقوم بمشاريع صناعية يزيد رأسمالها على خمسين ألف دينار .

ونظرا لعدم طرح أسهم الشركة للاكتتاب عن طريق البنوك ، فقد أوجبت المادة

2/60 من القانون على المؤسسين قبل الشروع في أعمال الشركة أن يسلموا إلى المراقب

ما يلي :

أ- تصريحا يعلنون فيه أنه قد دفعت إلى مصرف مرخص مبالغ لا تقل عن 25% من

قيمة الأسهم المكونة لرأس مال الشركة وأنه جرت تغطيتها من المؤسسين وحدهم أو

بالاشتراك مع غيرهم بدون اكتتاب وأن يرفقوا مع هذا التصريح الوثائق المصرفية

المؤيدة له وقائمة بأسماء المؤسسين والمساهمين وعدد أسهم كل منهم والمبالغ

المدفوعة عنها والتي لم تدفع .

ب- محضر اجتماع الهيئة التأسيسية .

وبعد اطلاع المراقب على هذه الوثائق واقتناعه بموافقتها لمتطلبات قانون الشركات

يعلم الشركة كتابة بحقها في الشروع في أعمالها .

ثانيا : التأسيس المتعاقب عن طريق الاكتتاب العام :

يمر تأسيس شركة المساهمة العامة ذات الاكتتاب العام بعدة مراحل .

#### (1) تحرير عقد التأسيس والنظام الأساس للشركة

يجب أن يوقع على عقد التأسيس كل عضو مؤسس أمام المراقب أو كاتب العدل.

ويتضمن عقد التأسيس التفاصيل التالية :

أ- اسم الشركة .

ب- مركزها الرئيسي .

ج- غايات الشركة .

د- أن مسؤولية الأعضاء محدودة .

هـ- مقدار رأس المال الاسمي بالعملة الأردنية ، ويقسم إلى أسهم متساوية القيمة ولا تقل

قيمة السهم الاسمية عن دينار واحد ولا تزيد على عشرة دنانير .

و- أسماء المؤسسين وعدد الأسهم التي يساهم بها كل منهم .

والى جانب عقد التأسيس يجب على المؤسسين وضع نظام للشركة يشتمل ، فضلا

عن البيانات الواردة في عقد التأسيس ، على كافة البيانات والشروط والتفصيلات التي

تتعلق بالشركة ونشاطها منذ تأسيسها، كما ينظم كل ما يتعلق بحياة الشركة بعد أن يتم

تأسيسها وحتى انقضائها .

ويوجب القانون أن يوقع نظام الشركة من المؤسسين ، ولكن لم يشترط أن يتم

التوقيع أمام المراقب أو كاتب العدل .

#### (2) تسجيل الشركة

يقدم المؤسسون طلبا لتأسيس الشركة إلى مراقب الشركات مرفقا بعقد تأسيس

الشركة ونظامها .

ويصدر الوزير بناء على تنسيب المراقب قرار تسجيل الشركة خلال شهرين من تاريخ تقديم الطلب . وإذا لم يصدر هذا القرار خلال الوقت المحدد اعتبر الطلب مرفوضاً، وفي حالة الرفض الصريح أو الضمني يحق للمؤسسين مراجعة مجلس الوزراء واللجوء إلى محكمة العدل العليا للطعن في قرار الرفض .

ويحق للوزير قبل الموافقة على تسجيل الشركة أن يطلب إلى المؤسسين إدخال التعديلات اللازمة على عقد التأسيس والنظام كما يراها ضرورية على حسب متطلبات القانون والصالح العام .

وبعد صدور قرار الموافقة واستيفاء الرسوم القانونية ، يقوم مراقب الشركات بتسجيل شركة المساهمة في السجل ، ويصدر لها شهادة تسجيل ، ويرسل للنشر في الجريدة الرسمية إعلان تسجيلها المتضمن بياناً بالتفاصيل اللازمة .

### 3) الاكتتاب في رأس المال

تصبح شركة المساهمة العامة اعتباراً من تاريخ تسجيلها شخصاً اعتبارياً ، ويحق لها منذ هذا التاريخ الشروع بجمع رأس المال عن طريق بيع أسهم الشركة للجمهور ، ويطلق على هذه العملية مصطلح " الاكتتاب " .

ويكتتب المؤسسون في جزء من رأسمال الشركة وي طرح الجزء الآخر للاكتتاب العام، وقد أوجب المشرع أن لا تقل مساهمة المؤسسين عن 10% من رأسمال الشركة. أما بالنسبة للحد الأعلى لمساهمة المؤسسين ، فلم يضع قانون 1964 حداً أعلى إلا بالنسبة لأنواع معينة من شركات المساهمة العامة وهي :

- 1- الشركات التي تكون غايتها القيام باستثمار مشروع ذي امتياز .
- 2- الشركات التي تكون غايتها القيام بمشاريع صناعية يزيد رأسمالها على خمسين ألف دينار .

فلا يجوز للمؤسسين في هذين النوعين تغطية ما يزيد على 50 % من رأس المال وي طرح الباقي للاكتتاب العام . أما إذا اشترك في تأسيسها أجنبي فيجوز للمؤسسين فيها تغطية ما لا يزيد على 75% من رأسمالها وي طرح الباقي للاكتتاب العام، مع مراعاة أحكام القوانين والأنظمة المتعلقة بتوظيف رؤوس الأموال الأجنبية في المملكة .  
أما بالنسبة للمؤسس الواحد ، فإن قانون 1964 لم يشترط نسبة معينة لمساهمته في رأسمال الشركة .

### كيفية الاكتتاب :

يتم الإعلان عن الاكتتاب في الصحف اليومية ، ويجري الاكتتاب في البنوك وعلى وثيقة تتضمن بيانات معينة ، في خلال مدة معينة ونوضح ذلك فيما يلي :

1- الإعلان عن الاكتتاب :

بينت المادة 51 من قانون الشركات لسنة 1964 أن طرح أسهم شركة المساهمة العامة للاكتتاب العام يكون بإعلان ينشر في صحيفتين يوميتين على الأقل قبل أسبوع من بدء الاكتتاب ، ويتضمن الأمور التالية :

أ- غاية الشركة ورأسمالها وعدد أسهمها .  
ب- أسماء المؤسسين وعنوان كل منهم وجنسيته ومقدار المبلغ الذي اكتتب به .  
ج- قيمة المقدمات العينية - إن وجدت - وأسماء أصحابها .  
د- مدة الاكتتاب وشروط وقيمة السهم وكيفية تسديدها  
هـ- المصرف أو المصارف التي يجري الاكتتاب فيها .

2- مكان الاكتتاب :

بينت المادة 1/152 من قانون 1964 أن الاكتتاب يجري في مصرف أو أكثر من المصارف المرخصة ، وتدفع الأقساط الواجب دفعها عند الاكتتاب بمقتضى نظام الشركة، وتقيد في حساب يفتح باسمها ، ولا تسلم إلا إلى مجلس الإدارة الأول .

ولا يقتصر المؤسسون عادة على مصرف واحد بل يلجئون إلى عدة بنوك تقوم بعرض الأسهم على الجمهور فيها مقابل عمولة تحصل عليها من الشركة . كما يحصل أحيانا أن تتعهد هذه البنوك بالاككتاب في الأسهم التي لا يكتتب فيها الجمهور .

### 3- مدة الاككتاب :

تنص المادة 54 من قانون الشركات لسنة 1964 على أن يظل باب الاككتاب مفتوحا مدة لا تقل عن عشرين يوما ولا تتجاوز ثلاثة أشهر . وإذا لم تبلغ الاككتابات خلال المدة المحددة لها ثلثي الأسهم جاز للمؤسسين تمديد الاككتاب مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من نهاية المدة الأولى .

### 4- وثيقة الاككتاب (نموذج طلب الاككتاب) :

تبين المادة 2/52 من قانون الشركات لسنة 1964 أن الاككتاب يكون على وثيقة تتضمن :

- أ- الاككتاب بعدد معين من الأسهم .
- ب- قبول المكتتب بعقد تأسيس الشركة ونظامها .
- ج- عنوان المكتتب .
- د- جميع المعلومات الأخرى الضرورية .

### 5- إيصال الاككتاب :

تبين المادة 52 من قانون 1964 أن المكتتب يسلم وثيقة الاككتاب إلى البنك ، ويدفع القسط أو الأقساط الواجب دفعها مقابل إيصال يتضمن اسم المكتتب وعنوانه وتاريخ اكتتابه وعدد الأسهم والقسط المدفوع ورقما متسلسلا وغير ذلك من البيانات

الضرورية وتوقيع المصرف. وبذلك يعتبر الاكتتاب قطعياً، مع مراعاة الأحكام المتعلقة بزيادة عدد الأسهم المكتتب بها على الأسهم المعروضة .  
وقد تطلب المشرع أن تعطى نسخة مطبوعة عن نظام الشركة لكل مكتتب ويذكر ذلك في الإيصال .

### **نتيجة الاكتتاب :**

يغلق الاكتتاب بانتهاء المدة المحدودة له ، وتكون نتيجة الاكتتاب أحد الاحتمالات الآتية :

**الاحتمال الأول :** الاكتتاب في كامل رأسمال الشركة ، بمعنى أن يكون مجموع الأسهم المكتتب بها مساوياً لعدد الأسهم المطروحة للاكتتاب . وبإضافة هذه الأسهم إلى الأسهم التي اكتتب بها المؤسسون نكون قد حصلنا على كامل رأس المال . وفي هذه الحالة يحصل كل مكتتب على عدد الأسهم التي اكتتب بها ، ويكمل المؤسسون الإجراءات اللازمة للإعلان عن تأسيس الشركة نهائياً .

### **الاحتمال الثاني :** تجاوز الاكتتاب لعدد الأسهم المطروحة :

نصت المادة 56 من قانون 1964 على أنه " إذا ظهر أن الاكتتاب قد تجاوز عدد الأسهم المطروحة فيجب أن تنزل اكتتابات المساهمين بنسبة مساهمتهم وأن يراعى في ذلك جانب المكتتبين بعدد ضئيل من الأسهم .

### **الاحتمال الثالث :** عدم اكتمال الاكتتاب :

تناول قانون 1964 حكم هذا الاحتمال في المادة 54 منه فنص على أنه لم تبلغ الاكتتابات خلال المدة المحددة لها ثلثي الأسهم جاز للمؤسسين تمديد الاكتتاب مدة لا

تتجاوز ثلاثة أشهر . فإذا لم يكتمل الاكتتاب بثلاثي الأسهم في نهاية هذه المدة الجديدة ، يجب على المؤسسين اتخاذ أحد موقفين :

الأول : الرجوع عن تأسيس الشركة، وفي هذه الحالة تعيد المصارف المودعة لديها المبالغ المدفوعة من قبل المكتتبين تلك المبالغ فوراً إلى أصحابها كاملة، ويتحمل المؤسسون -وفق المادة 55 - بالتضامن والتكافل النفقات التي بذلت في سبيل تأسيس الشركة .

الثاني : إنقاص رأسمال الشركة ، وفي هذه الحالة يعطى المكتتبون الحق في تثبيت اكتتابهم أو الرجوع عنه ضمن مدة لا تقل عن شهر ، فإذا لم يرجعوا عنه في خلالها اعتبر اكتتابهم الأول مثبتاً .

### شروط صحة الاكتتاب

يشترط لكي يتم الاكتتاب صحيحاً أن تتوفر فيه الشروط الآتية :

1- أن يتم الاكتتاب في أسهم لا تقل عن مقدار معين من رأس المال خلال مدة الاكتتاب، وقد اشترط قانون 1964 أن لا تقل قيمة الأسهم المكتتب بها عن ثلثي رأس المال ، والهدف من ذلك هو ضمان توفر رأسمال كاف لتحقيق أغراض الشركة التي تأسست من أجلها وتوفير ضمان معين لدائني الشركة .

ويفترض هذا الشرط عرض رأس المال كله للاكتتاب، غير أن ذلك لا يعني ضرورة الوفاء بكل رأس المال عند الاكتتاب، وإنما يجوز أن تدفع قيمة الأسهم على أقساط. لذلك نصت المادة 8/46 من قانون الشركات لسنة 1964 على أنه " يجب أن يبين نظام الشركة طريقة دفع الأقساط في الأسهم المقسمة قيمتها إلى أقساط على أن لا يقل القسط الواجب تسديده عند الاكتتاب عن ربع قيمة الأسهم الاسمية ، ويجب تسديد كامل قيمته خلال أربع سنوات من تاريخ تسجيل الشركة .

- 2- أن يكون الاكتتاب باتا وناجزا ، فلا يجوز تعليق الاكتتاب على شرط ولا أن يكون مضافا إلى أجل ، كما لا يجوز الرجوع فيه .
- 3- أن يكون الاكتتاب جديا ، أي يمثل اكتتابا حقيقيا وليس صوريا أو بأسماء وهمية بهدف معاونة المؤسسين على إتمام إجراءات التأسيس دون أن تكون لدى المكتتب نية المشاركة ، فمثل هذا الاكتتاب يعد باطلا ، ويترتب عليه بطلان الشركة . ويستترشد القضاء في كشف صورية الاكتتاب بكافة الظروف والقرائن .

### إعلام المراقب بنتيجة الاكتتاب :

- تنص المادة 57 من قانون 1964 على أنه " يجب على مؤسسي الشركة خلال شهر من تاريخ إغلاق الاكتتاب :
- أ- أن يقدموا إلى المراقب تصريحا يعلنون فيه عدد الأسهم التي جرى الاكتتاب بها وقيام المكتتبين بدفع القسط أو الأقساط الواجب دفعها عند الاكتتاب مع الوثائق المصرفية المؤيدة لذلك .
- ب- أن يقدموا مع هذا التصريح نص بيان الدعوة إلى الاكتتاب وقائمة بعدد المكتتبين وأسمائهم ومقدار الأسهم التي اكتتبوا بها .

### إصدار وثائق المساهمة المؤقتة :

- تنص المادة 4/46 من قانون الشركات لسنة 1964 على أنه بعد إغلاق الاكتتاب يعطى المكتتبون وثائق مساهمة مؤقتة إلى أن تستبدل بشهادات أسهم بعد تسديد كامل الأقساط المستحقة .
- كما تنص المادة 62 منه على أنه : بعد تأسيس الشركة المساهمة نهائيا يتسلم المساهمون مقابل مساهمتهم وثائق مؤقتة مختومة بخاتم الشركة وموقعة من المفوضين بالتوقيع عنها وتتضمن هذه الوثائق البيانات التالية :

- أ- اسم المساهم وعدد أسهمه وعدد الأقساط .
- ب- ما دفع من هذه الأقساط وتاريخ الدفع .
- ج- الرقم المتسلسل للسند المؤقت وأرقام الأسهم التي يشتمل عليها .
- د- رأسمال الشركة ومركزها .

### الفرع الثالث

#### الأوراق المالية التي تصدرها شركة المساهمة

تصدر شركة المساهمة نوعين من الصكوك هي : الأسهم وسندات القرض .

#### أولاً : الأسهم

السهم هو صك يعطى للمساهم في الشركة ليمثل الحصة التي يشترك بها في رأس المال ، ويكون وسيلة في إثبات حقوقه في الشركة ، ويندمج الحق في الصك بحيث يكون التنازل عن السهم في درجة التنازل عن هذا الحق .

ويشترط المشرع الأردني لتوزيع الأسهم تسديد كامل الأقساط المستحقة ، أما قبل ذلك فيعطى المكتتبون وثائق مساهمة مؤقتة إلى أن تستبدل بشهادات أسهم بعد تسديد كامل الأقساط المستحقة .

وأسهم الشركة متساوية القيمة ، ويشترط أن لا تقل قيمة السهم الاسمية عن دينار واحد ولا تزيد على عشرة دنانير ، وتصدر الأسهم بقيمتها الاسمية ولا يجوز إصدارها بقيمة أدنى من هذه القيمة ، ويعطى كل سهم رقماً خاصاً .

والسهم إما أن يعطى مقابل مبلغ من النقود فيسمى سهماً نقدياً، أو مقابل عين كمنقول أو عقار فيسمى سهماً عينياً، ويمثل السهم، عينياً كان أو نقدياً، حقاً منقولاً لأن الشركة -وهي شخص اعتباري- هي التي تملك رأس المال وليس للشريك سوى حق شخصي في أموال الشركة بعد تصفيتها .

وتختلف قيمة السهم الاسمية ، أي المذكورة في السهم ، عن قيمته السوقية وقيمه الحقيقية أو الفعلية ، والقيمة السوقية للسهم هي التي تتحدد على ضوء سعر السهم في سوق الأوراق المالية " سوق عمان المالي " ، وتكون عرضة للارتفاع والانخفاض تبعاً لمدى سلامة المركز المالي للشركة ونجاح مشروعها ، ومدى ما تدره من أرباح ، أما القيمة الحقيقية أو الفعلية للسهم فهي القيمة المالية التي يمثلها السهم في صافي أصول وموجودات الشركة ، وهي تختلف أيضاً باختلاف المركز المالي للشركة وتحقيقها لأرباح ولا تتبلور نهائياً إلا عند تصفية الشركة وتسديد ديونها .

واشترط المشرع أن تكون أسهم الشركات المؤسسة في المملكة اسمية ، أي أن يحمل السهم اسم صاحبه ، وتنتقل ملكية السهم بالقيود في دفاتر الشركة، ويستوجب السهم الاسمي أن تحفظ الشركة سجلاً لمساهميها تدون فيه أسماءهم وأرقام أسهمهم وتحويلات الأسهم ، وأية تفاصيل أخرى ضرورية .

ويجوز تداول وبيع وثائق المساهمة بعد أن يكون قد سدد من قيمة الأسهم ما يعادل 50% على الأقل ولكن لا يتم بيع ونقل الأسهم بالنسبة إلى الشركة إلا بعد موافقة مجلس الإدارة وبأية طريقة أو صيغة - إن وجدت - يرسمها نظام الشركة ، وعلى كل حال لا يجوز لمجلس الإدارة أن يوافق على بيع أو نقل سهم في الأحوال التالية :

- 1- إذا كان السهم مرهوناً أو محجوزاً أو محبوساً .
- 2- إذا كان السهم مفقوداً ولم يعط به شهادة جديدة .
- 3- إذا كان البيع أو النقل مخالفاً لقانون الشركات أو نظام الشركة ومصحتها .
- 4- في أية أحوال أخرى تحظرها القوانين والأنظمة المرعية .

#### **القيود على تداول أسهم شركات المساهمة :**

يخضع تداول أسهم شركات المساهمة لنوعين من القيود ، قيود قانونية وقيود اتفاقية.

## أولاً : القيود القانونية :

- القيود القانونية هي التي ينص عليها القانون لتقييد تداول الأسهم ، وهي ما يلي :
- 1- لا يجوز تداول الأسهم العينية إلا بعد انقضاء سنتين على إصدارها ، وقد قصد المشرع بهذا المنع إبقاء أصحاب الحصص العينية على صلة بالشركة مدة معقولة كافية لاستقرار أحوال الشركة وتثبيت أسعار أسهمها ، حتى يضمن جدية مشروع الشركة وحماية المكتسبين ، إذ قد يلجأ المؤسسون إلى تكوين شركات وهمية أو المبالغة في تقدير نجاح الشركة بدعاية كاذبة ، ويبادرون إلى بيع أسهمهم فور تأسيس الشركة وإتمام إجراءات التأسيس بمبالغ تفوق قيمتها الحقيقية ، ثم سرعان ما تنخفض هذه القيمة بعد اتضاح المركز الحقيقي للشركة .
  - ويستثنى من هذا المنع الأسهم العينية المعطاة لمساهمي شركة مندمجة كانت أسهمها متداولة قبل الاندماج بطريق الضم أو المزج ولعل السبب في هذا الاستثناء أن الوضع المالي للشركة المندمجة وقيمة أسهمها تكون معروفة ومستقرة ، فلا مجال لخداع الجمهور بدعاية كاذبة في هذه الحالة .
  - 2- أوجب القانون أن يحدد نظام الشركة عدد الأسهم التي يحق امتلاكها لتوهم صاحبها للترشيح لعضوية مجلس الإدارة ، بحيث لا يجوز انتخاب أي مرشح للعضوية لا يملك ذلك العدد من الأسهم ، وتسقط العضوية تلقائياً عن كل عضو تنقص أسهمه عن ذلك العدد خلال مدة العضوية .
  - ويبقى النصاب المؤهل للعضوية من أسهم أعضاء مجلس الإدارة محجوزاً ما دام عضواً حتى مضي ستة أشهر على تاريخ انتهاء مدة عضويته ، ولا يجوز التداول به خلال تلك المدة ، حيث توضع إشارات الحجز على هذه الأسهم ، ويعد هذا الحجز رهناً لمصلحة الشركة ولضمان المسؤوليات المترتبة على مجلس الإدارة ، ويشار إلى ذلك في سجل الأسهم .

والحكمة من تجميد أسهم عضو مجلس الإدارة طوال مدة العضوية هي ضمان حسن الإدارة وعدم إساءة استخدام أموال الشركة ، وحماية المساهمين من التصرفات الضارة لأعضاء مجلس الإدارة والتي قد تلحق الضرر بمركز الشركة المالي وبسمعتها ، وحماية من دائني الشركة في حالة رجوعهم بالتعويض بدعوى المسؤولية المدنية (الشخصية) على أعضاء مجلس الإدارة نتيجة للتصرفات الخاطئة التي يقترفها مجلس الإدارة .

3- لا تجيز المادة 66 من قانون الشركات تداول وثائق الأسهم وبيعها إلا بعد أن يكون المساهم قد سدد من قيمة الأسهم ما يعادل 50% على الأقل .

4- كما اشترطت المادة 67 من قانون الشركات لسريان بيع ونقل الأسهم بالنسبة إلى الشركة موافقة مجلس الإدارة بالطريقة أو الصيغة التي يرسمها نظام الشركة ، كما منع مجلس الإدارة من الموافقة على البيع أو نقل الأسهم في الحالات التي ذكرناها سابقا .

#### ثانيا : القيود الاتفاقية :

يجوز أن يضمن المؤسسون نظام الشركة قيودا على حرية تداول الأسهم ، وتلجأ الشركة إلى ذلك في الحالات التي تخشى فيها من وصول الأسهم إلى المساهمين الذين ترى الشركة استبعادهم لمصلحة أكيدة لها ، مثل عدم رغبتها في تسريب أسهمها لأجانب أو لأشخاص يزاولون نشاطا منافسا ، ولكن لا يصح أن تلغي هذه القيود حق المساهم كلية في التداول ، وإلا فقدت الشركة صفتها كشركة مساهمة .

والشروط التي جرى العمل على إدراجها في نظام الشركة هي :

1- حق أفضلية المساهمين في الشركة في شراء الأسهم بالأولوية على غير المساهمين ، وفي هذه الحالة يعلن المساهمون بواقعة التنازل ويحدد لهم مدة زمنية معينة ، لمباشرة حقهم بالأولوية ، فإذا لم يتقدم أحد منهم في هذه المدة أصبح التنازل لأجنبي

صحيحاً ونهائياً ، أما إذا باشر المساهمون حقهم فعليهم شراء الأسهم بالثمن المعروف من الغير ، إلا إذا كان هناك تواطؤ بين المساهم والأجنبي ، ففي هذه الحالة يتم شراء الأسهم بحسب قيمتها التجارية في سوق الأوراق المالية .

2- حق مجلس إدارة الشركة في شراء الأسهم المتنازل عنها لحساب الشركة، أو الحق في استردادها، وغالباً ما يقصد بهذا الشرط مراقبة عدم دخول الأشخاص غير المرغوب فيهم في الشركة ، ويتم شراء أو استرداد الأسهم من الأرباح الاحتياطية للشركة ، وغالباً ما يتضمن هذا القيد شرط حصول الشركة على الأسهم المباعة حسب سعرها في سوق الأوراق المالية أو عن طريق خبير يعين لتقدير ثمن الأسهم المتنازل عنها ، ولكن المشرع الأردني لا يجيز لشركات المساهمة أن تشتري أسهمها لحسابها الخاص .

3- وقد يتضمن نظام الشركة النص على منع التنازل عن أسهمها إلى طوائف معينة ، كالأجانب ، أو إلى بعض الأفراد أو الجماعات الذين ينافسون الشركة .

### رهن الأسهم :

أجازت المادة 68 من قانون الشركات رهن السهم على أن يثبت ذلك في سجل الشركة ، ويذكر الرهن في وثيقة المساهمة أو شهادة الأسهم ، ويجب أن ينص عقد الرهن على مصير الأرباح المستحقة مدة الرهن وعلى سائر الشروط المتعلقة بالرهن ، وتسري على المرتهن جميع القرارات التي تتخذها الهيئات العامة كما تسري على المساهم . ولا يجوز رفع إشارة الرهن إلا بعد تسجيل إقرار المرتهن باستيفاء حقه في سجل الشركة أو بموجب حكم مكتسب الدرجة القطعية .

## ثانيا : أسناد القرض (السندات)

قد تحتاج الشركة أثناء حياتها إلى أموال جديدة لمواصلة مشروعاتها، ويكون أمامها أن تزيد رأسمالها وتصدر أسهما جديدة، أو أن تلجأ إلى الاقتراض من البنوك، إذا كان القرض لمدة قصيرة .

ولكن قد تكون مدة القرض طويلة تتراوح بين خمس سنوات وثلاثين سنة، وتكون المبالغ التي تحتاجها الشركة كبيرة، فلا يسعها إلا القرض الجماعي أي الالتجاء إلى الجمهور عن طريق إصدار أسناد تعرض للاكتتاب العام .

لذلك أجاز قانون الشركات أن تصدر شركة المساهمة أسناد قرض ، عرفتها المادة 86 منه بأنها وثائق ذات قيمة اسمية واحدة قابلة للتداول وغير قابلة للتجزئة تعطى للمكتتبين مقابل المبالغ التي أقرضوها للشركة قرضا طويل الأجل .

ويتوقف إصدار أسناد القرض على استكمال الشروط التالية :

- 1- أن يكون قد تم دفع رأسمال الشركة بكامله .
- 2- أن لا يجاوز القرض رأسمال الشركة ، وقد استثنى المشرع من هذا الشرط شركات التسليف العقاري والزراعي والصناعي .
- 3- أن تحصل الشركة على موافقة الهيئة العامة .
- 4- موافقة الوزير المسبقة على إصدار الأسناد .

وقد بين قانون الشركات الإجراءات التي يستلزم المشرع اتباعها من قبل الشركة عند إصدار أسناد قرض ، ويتم طرح الأسناد للاكتتاب العام المباشر ، ويتم الاكتتاب بها على النحو الذي يتم فيه الاكتتاب في الأسهم . وبعد إغلاق الاكتتاب يجب على أعضاء مجلس الإدارة أن يقدموا للمراقب تصريحا بمقدار الأسناد المكتتب بها .

وتعطي أسناد القرض لصاحبها حق استيفاء فائدة محددة تدفع في آجال معينة ، واسترداد مقدار دينه من مال الشركة .

ويتم الوفاء بقيمة الأسناد من الأرباح التي تحققها الشركة ، حيث تخصص الشركة جزءاً من أرباحها السنوية لاستهلاك الأسناد ، وإذا لم تحقق الشركة ربحاً في سنة من السنوات فإنها تقوم بدفع قيمة الأسناد المستهلكة من الاحتياطي إن وجد ، وإلا جاز استهلاك السندات من رأس المال .

وتستطيع الشركة كذلك استهلاك سندات المطروحة للتداول عن طريق شرائها من سوق الأوراق المالية ، وتلجأ الشركة إلى هذه الطريقة إذا كانت الأسناد تباع في السوق المالي بأقل من قيمتها الاسمية .

وتنص المادة 96 من قانون الشركات على أن يتكون حكماً من أصحاب أسناد القرض هيئة موحدة (تسمى هيئة حملة أسناد القرض) تتألف من تلقاء نفسها (وبقوة القانون) عند كل إصدار . وتسري قراراتها على الغائبين وعلى المخالفين من الحاضرين . وهي تهدف إلى حماية مصالح حملة الأسناد والدفاع عنها .

#### أنواع أسناد القرض :

يمكن أن تصدر الشركة أنواعاً مختلفة من الأسناد منها :

#### 1) الأسناد العادية أو ذات الاستحقاق الثابت :

وهي الصكوك التي تصدر بقيمة اسمية محددة يدفعها المالك كاملة ويحصل صاحبها على فائدة محددة في آجال معينة ، ويتم استرداد قيمتها من مال الشركة عند انتهاء مدة القرض ، وتكون نسبة الفائدة فيها عادة أعلى من معدل الفائدة التي تمنحها الأسناد الأخرى .

## (2) الأسناد ذات علاوة الإصدار :

وهي صكوك تصدر بقيمة اسمية معينة، ولكنها تباع للمكاتب بسعر أقل، وتحسب الفوائد فيها على أساس القيمة الاسمية، كما تقوم الشركة في تاريخ الاستحقاق بدفع القيمة الاسمية كاملة، ويسمى الفرق بين قيمة السند الاسمية والقيمة التي دفعها المكتب بعلاوة الإصدار أو مكافأة الوفاء، مثال ذلك أن تصدر الشركة السند بقيمة اسمية عشرة دنانير، وتبيعه للمكتب بتسعة دنانير فقط، وعند الاستحقاق تدفع له عشرة دنانير، فيكون الفرق بين القيمتين وهو دينار واحد بمثابة علاوة إصدار، وهو في الواقع نوع من الفوائد المؤجلة، لذلك يلاحظ أن الفائدة في هذا النوع من الأسناد تكون عادة أقل من غيرها حتى لا يزيد ما يأخذه المكتب من فائدة وعلاوة إصدار عن الحد الأقصى للفائدة حيث لا يجوز أن تخفي هذه العلاوة فائدة تزيد عن الحد الأقصى القانوني .

## (3) الأسناد ذات الجائزة أو النصيب أو المكافأة :

وهي صكوك تصدر بقيمة اسمية معينة تدفع بالكامل ، وتمنح صاحبها الحصول على الفائدة المستحقة ، ولكن بالإضافة إلى ذلك تعطي لصاحبها مكافأة تدفع عند استهلاك السند أو وفائه ، وغالبا ما يتم استهلاك هذه الأسناد بطريق القرعة السنوية ، حيث تقوم الشركة كل عام بإجراء القرعة لإخراج عدد معين من الأسناد من التداول واستهلاكها ، وتدفع لأصحابها - عدا عن قيمتها - مكافأة مالية تكون عادة كبيرة القيمة ويلاحظ أن معدل الفائدة في هذا النوع من الأسناد يكون عادة أقل من المعدل العادي ، حتى تتمكن الشركة من دفع الجائزة من المبلغ المتجمع من الفرق بين سعر الفائدة الممنوح والسعر العادي ، ويخضع إصدار هذه الأسناد في التشريعات المختلفة لتنظيم قانوني خاص أو لإذن حكومي لكن المشرع الأردني لم يشترط شيئا من هذا القبيل ، بل نصت المادة 94 من قانون الشركات على أنه (يجوز إصدار أسناد قرض ذات مكافأة

تدفع عند استهلاك السند أو وفائه)، لذا يكفي صدور قرار من الهيئة العامة العادية للشركة بطرح هذه الأسناد للاكتتاب .

#### 4) الأسناد المضمونة :

وهي صكوك تصدر بقيمتها الاسمية كالأسناد العادية تماما ، ويحصل صاحبها على فائدة سنوية ثابتة ، ولكنها تكون مصحوبة بضمان شخصي (ككفالة الحكومة أو أحد البنوك) أو عيني (كرهن تأميني على عقارات أو موجودات الشركة) يقرر لصالح أصحاب الأسناد ، ويجب لتقرير هذا الضمان موافقة الهيئة العامة العادية للشركة عملا بالفقرة (و) من المادة 153 من قانون الشركات .

#### 5) الأسناد القابلة للتحويل إلى أسهم :

لما كانت الشركة تملك زيادة رأسمالها عن طريق طرح أسهم جديدة ، فإنه يجوز لها زيادة رأسمالها عن طريق تحويل قرضها إلى أسهم ، حتى تتخلص من عبء القرض العام الذي حصلت عليه ، وفي هذه الحالة يتم الوفاء بقيمة الأسهم عن طريق المقاصة بين قيمة السند وقيمة السهم ، ويصبح حملة الأسناد شركاء في الشركة كل بمقدار قيمة أسناده التي يدين بها الشركة ، ولكن يلزم في هذه الحالة اتباع إجراءات زيادة رأسمال الشركة ، أي صدور قرار من الهيئة العامة بالأغلبية المنصوص عليها في القانون وهي 75% من الأسهم الممثلة في الاجتماع .

ويشترط لتحويل الأسناد إلى أسهم أن يكون منصوصا على ذلك صراحة في نشرة الاكتتاب في الأسناد ، أو موافقة هيئة حملة الأسناد على ذلك إذا لم يكن منصوصا على حق الشركة في تحويل أسناده إلى أسهم في نشرة الاكتتاب ، ويكون مالك السهم بالخيار بين قبول التحويل والحصول على أسهم تعادل قيمة أسناده ، وبين أن يقبض القيمة

الاسمية لأسناده ويقطع صلته بالشركة ، وفي هذه الحالة تستطيع الشركة أن تطرح الأسهم التي تقابلها للاكتتاب .

## الفرع الرابع

### إدارة شركة المساهمة العامة

تقوم بإدارة شركة المساهمة العامة هيئات ثلاث : مجلس الإدارة ، الهيئة العامة ، ومدققو الحسابات . ولكل هيئة من هذه الهيئات نظام خاص يتعلق بتكوينها واختصاصاتها . لذلك سوف نتناول كل منها بإيجاز ، ثم نتبع ذلك بالحديث عن حسابات الشركة .

### أولاً : مجلس الإدارة

نصت الفقرة الأولى من المادة 104 من قانون الشركات لسنة 1964 على أن يتولى إدارة شركة المساهمة العامة مجلس إدارة لا يقل عدد أعضائه عن خمسة ولا يزيد على أحد عشر ، ويحدد نظام الشركة عدد أعضاء هذا المجلس ، ويجوز زيادة عدد الأعضاء بموافقة الوزير إذا اقتنع بوجود سبب يدعو لذلك .

ويجب أن لا تزيد مدة مجلس الإدارة على أربع سنوات تنتهي بانتخاب مجلس جديد . ويستمر مجلس الإدارة القائم في تصريف شؤون الشركة حتى ينتخب المجلس الجديد ، ويتم انتخاب أعضاء المجلس بالتصويت السري .

ويجتمع مجلس الإدارة في مكتبه خلال أسبوع من تاريخ انتخابه ، وينتخب رئيساً ونائباً للرئيس ، ويجوز له عندما يرى ذلك مناسباً ، أن ينتخب عضواً مفوضاً أو أكثر يكون له أو لهم حق التوقيع عن الشركة مجتمعين أو منفردين حسبما يفوضهم بذلك مجلس الإدارة .

وتزود الشركة المراقب بصورة عن قرارات انتخاب الرئيس ونائبه والأعضاء المفوضين في خلال أسبوع من تاريخ كل قرار .

### ثانيا : الهيئة العامة للشركة

تتكون الهيئة العامة من جميع الشركاء في الشركة ، وهي تعد السلطة العليا فيها، وتنقسم الهيئة العامة إلى نوعين : هيئة عامة عادية ، وهيئة عامة غير عادية .

#### 1- الهيئة العامة العادية

تجتمع الهيئة العامة العادية مرة كل سنة على الأقل بناء على دعوة من مجلس الإدارة على أن لا يتجاوز الأشهر الأربعة التالية لنهاية السنة المالية للشركة . ويشترط لاعتبار الجلسة الأولى قانونية حضور عدد من المساهمين يمثلون أكثر من نصف أسهم الشركة ، وإذا لم يكتمل النصاب في الجلسة الأولى ، يوجه رئيس مجلس الإدارة الدعوة إلى اجتماع ثان ، وتعد الجلسة الثانية قانونية مهما كان عدد الأسهم الممثلة فيها ، ويكون لكل مساهم عدد من الأصوات يساوي عدد أسهمه ، وتصدر القرارات بالأكثرية العددية للأسهم الممثلة في الاجتماع . وتختص الهيئة العامة العادية في تقرير كل ما يعود لمصلحة الشركة ، ويدخل في جدول أعمال اجتماعها السنوي الأمور التالية .

- 1- سماع تقرير مجلس الإدارة .
- 2- سماع تقرير مدققي الحسابات عن أحوال الشركة وحساباتها وميزانيتها .
- 3- مناقشة حسابات الشركة وميزانيتها والمصادقة عليها .
- 4- انتخاب أعضاء مجلس الإدارة ومدققي الحسابات للسنة المالية المقبلة .
- 5- تحديد الأرباح التي يجب توزيعها بناء على اقتراح مجلس الإدارة .

6- البحث في اقتراحات الاستدانة أو الرهن أو إعطاء الكفالات حسبما يقتضيه نظامها واتخاذ القرارات بذلك .

## 2- الهيئة العامة غير العادية

تجتمع الهيئة العامة اجتماعا غير عادي بناء على دعوة مجلس الإدارة مباشرة ، أو بناء على طلب خطي من مساهمين يحملون ما لا يقل عن ربع أسهم الشركة ، أو بناء على طلب خطي يقدمه مراقب الشركات أو مدققو الحسابات ، ويجب على مجلس الإدارة أن يدعو الهيئة العامة في مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوما من تاريخ تسلم الطلب . ويكون الاجتماع قانونيا بحضور مساهمين يمثلون أكثر من نصف أسهم الشركة، وإذا لم يتم النصاب في الجلسة الأولى ، يجب تمثيل 40% من الأسهم على الأقل في الجلسة الثانية، وإذا لم يكتمل النصاب في هذه الجلسة يلغى الاجتماع مهما كانت أسباب الدعوة إليه . أما في حالات فسخ الشركة أو تصفيتها فيجب أن لا يقل التمثيل فيها عن ثلثي أسهم الشركة .

وتصدر قرارات الهيئة العامة غير العادية بأغلبية ثلثي الأسهم الممثلة في الاجتماع، ولكن يجب أن تصدر القرارات بأكثرية 75% من مجموع الأسهم الممثلة في الاجتماع في الأحوال التالية :

- 1- تعديل نظام الشركة .
- 2- اندماج الشركة في شركة أو مؤسسة أخرى .
- 3- فسخ الشركة وتصفيتها .
- 4- إقالة أحد أعضاء مجلس الإدارة أو رئيسته .
- 5- نقل مركز الشركة إلى خارج أراضي المملكة على أن يقترن هذا القرار بموافقة الوزير أيضا .

ولا يجوز بحث هذه الموضوعات إلا إذا ذكرت صراحة بالنص الكامل في الدعوة الموجهة إلى المساهمين ، كما يجب إرفاق التعديلات المقترحة على عقد تأسيس الشركة أو نظامها الداخلي مع الدعوة لكي يتسنى للمساهمين دراستها قبل الاجتماع .  
وتخضع القرارات بتغيير عقد التأسيس أو نظام الشركة أو فسخها أو اندماجها بشركة أخرى لإجراءات الموافقة والتسجيل والنشر الواردة في قانون الشركات .

### ثالثا : مدقو الحسابات

تقوم الهيئة التأسيسية بانتخاب مدققي الحسابات لأول مرة ، ثم تتولى الهيئة العامة انتخابهم في بداية كل سنة مالية لمدة سنة واحدة قابلة للتجديد .  
ويشترط في مدقق الحسابات المنتخب أن يكون من المحاسبين القانونيين الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها في القانون الخاص بتنظيم مزاوله مهنة تدقيق الحسابات ، وأن لا يكون شريكا لأحد أعضاء مجلس الإدارة في أعمال الشركة .  
ولا يملك مجلس الإدارة عزل مدقق الحسابات ، كما لا يجوز تغيير مدقق الحسابات خلال السنة المالية التي يقوم بتدقيق تلك الحسابات عنها ، ولكن من حق الهيئة العامة عند انتهاء السنة عدم تجديد انتخاب المدقق لسنة أخرى .  
ويتولى مدقق الحسابات مراقبة سير أعمال الشركة وتدقيق حساباتها في السنة المالية التي عين بها ، ويتقاضى أتعابا نظير عمله تحددته الهيئة العامة ، ويدخل في اختصاصه ما يلي :

- 1- مراجعة وفحص حسابات الشركة وميزانياتها وفق الأصول العلمية والفنية للتأكد من سلامتها ، وأنها نظمت بطريقة توضح حالة الشركة الحقيقية ، وله أن يطلب جميع الوثائق والسجلات والدفاتر والمعلومات اللازمة لقيامه بمهمته .
- 2- مراقبة تطبيق أحكام القانون ونظام الشركة، وخاصة ما يتعلق بدعوة الهيئة العامة، وله دعوة الهيئة العامة في أي وقت إذا رأى ذلك مفيدا .

3- تقديم تقرير سنوي إلى الهيئة العامة والمراقب ، عن حالة الشركة وميزانيتها والحسابات التي قدمها أعضاء مجلس الإدارة ، ... الخ .  
وإذا اطلع مدقق الحسابات على مخالفات للقانون أو لنظام الشركة فعليه أن يبلغ ذلك خطيا لرئيس مجلس الإدارة وللمراقب ، أما في الأحوال الخطيرة فعليه أن يرفع ذلك إلى الهيئة العامة .

4- حضور اجتماعات الهيئة العامة ، والإدلاء برأيه في أية مسألة متعلقة بعمله .

وعلى مدقق الحسابات أن يبذل في عمله عناية الوكيل بأجر ، وهو يعد مسؤولا عن صحة البيانات الواردة في تقريره مسؤولية تعاقدية عن خطأه أو تقصيره وإهماله في واجباته .

وتسقط بالتقادم دعوى المسؤولية بمرور خمس سنوات على التاريخ الذي انعقدت فيه الهيئة العامة ونظرت فيه بتقريره .

ويعاقب المدقق بالعقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات إذا ارتكب أي فعل من الأفعال التالية أو حاول ارتكابه :

1- دون بيانات كاذبة في أي تقرير أو حسابات أو وثيقة قام بإعدادها في سياق ممارسته المهنة .

2- وضع تقريرا مغايرا للحقيقة أو صادق على وقائع مغايرة للحقيقية في أي وثيقة يتوجب إصدارها قانونا أو بحكم قواعد ممارسة المهنة .

3- صادق على توزيع أرباح صورية أو غير حقيقية .

#### رابعا : حسابات الشركة

تتبع السنة المالية للشركة السنة الشمسية ، ويجوز أن يحدد نظام الشركة تاريخ بدايتها ونهايتها . وتحتفظ كل شركة بسجلات حسابية منظمة بطريقة أصولية ، وتقوم

الشركة بتوزيع الأرباح والخسائر وفقا للقواعد التي يبينها نظام الشركة ، ولكن قبل توزيع الأرباح يجب اقتطاع المبالغ التي ينص قانون الشركات أو نظام الشركة على اقتطاعها وهي كما يلي :

#### (1) الاحتياطي الإجباري :

يلزم المشرع شركة المساهمة بتكوين احتياطي إجباري على خلاف شركات الأشخاص ويتكون الاحتياطي الإجباري باقتطاع نسبة 10% من الأرباح الصافية إلى أن يبلغ مجموع المبالغ المتجمعة ما يعادل ربع رأسمال الشركة ، ويجوز زيادة هذه النسبة بقرار من مجلس الإدارة إلى أن تبلغ الاقتطاعات رأس المال ، وعندئذ يجب وقفها . ولا يجوز توزيع أية أرباح إلا بعد اقتطاع الاحتياطي الإجباري ، كما لا يجوز توزيع هذا الاحتياطي على المساهمين ، وإنما يجوز استعماله لتأمين الحد الأدنى للربح المعين في اتفاقيات امتياز الشركات ذات الامتياز ، وذلك في السنوات التي لا تسمح فيها أرباح الشركة بتأمين هذا الحد ، على أن يعاد إلى الاحتياطي ما أخذ منه عندما تسمح بذلك أرباح السنين التالية .

#### (2) الاحتياطي النظامي :

قد يتضمن عقد الشركة أو نظامها الأساسي نصا يقضي بتكوين احتياطي، ويسمى في هذه الحالة الاحتياطي النظامي ، نظرا لأن نظام الشركة هو الذي يقضي به . ويجب على مجلس الإدارة في هذه الحالة أن يقتطع هذه النسبة المحددة بالنظام لتكوين هذا الاحتياطي ، وينفق في الأوجه المنصوص عليها في نظام الشركة ، ولا يجوز توزيعه على المساهمين في صورة أرباح إلا إذا قررت الهيئة العامة غير العادية ذلك.

### 3) الاحتياطي الاختياري :

يجوز للهيئة العامة بناء على اقتراح مجلس الإدارة أن تقرر سنويا اقتطاع جزء من الأرباح الصافية باسم احتياطي اختياري على أن لا يزيد المبلغ المقرر سنويا على عشرين في المئة (20%) من الأرباح الصافية لتلك السنة . ولا يجوز أن يتجاوز مجموع المبالغ المقتطعة باسم الاحتياطي الاختياري نصف قيمة رأسمال الشركة وذلك باستثناء شركات التأمين والمصارف ، ويستعمل الاحتياطي الاختياري في الأغراض التي يقررها مجلس الإدارة ، وإذا لم يستعمل يجوز لمجلس الإدارة إعادته إلى المساهمين بشكل أرباح.

4) كما نص قانون الشركات على وجوب اقتطاع جزء من الأرباح يتناسب وطبيعة عمل الشركة مقابل الالتزامات المترتبة على الشركة بموجب قوانين العمل ، وتعد هذه الاقتطاعات جزءا من النفقات العامة وذلك لأغراض ضريبة الدخل . كما أجاز أن ينص نظام الشركة على إنشاء صندوق خاص لمساعدة عمال الشركة .

## الباب الثالث الأوراق التجارية

### تعريف الأوراق التجارية

يمكن تعريف الأوراق التجارية بأنها صكوك مكتوبة وفقاً لشروط قانونية محددة، قابلة للتداول بالطرق التجارية ، وتمثل حقاً موضوعه مبلغ من النقود يستحق الوفاء بمجرد الاطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين .

### وظائف الورقة التجارية

تقوم الأوراق التجارية بوظائف ثلاثة ، فهي تغني عن نقل النقود من مكان إلى آخر ، وتعد أداة وفاء ، كما تعد أداة ائتمان .

#### (1) الأوراق التجارية تغني عن نقل النقود :

بدل أن يحمل الإنسان نقوده معه كلما سافر أو عقد صفقة في مكان بعيد عن محل إقامته ، وتعرضه لضياعها أو سرقتها، يمكن أن يستخدم الأوراق التجارية في نقل النقود ، وقد قلت هذه الوظيفة في الوقت الحاضر بسبب ظهور وسائل قانونية أخرى تقوم بذات الوظيفة كالحالات البريدية والمصرفية ، وخطاب الاعتماد ، وبطاقة الائتمان .

#### (2) الأوراق التجارية أداة وفاء :

تستخدم الأوراق التجارية في تسوية الديون التي نشأت في الأصل بين الساحب والمستفيد ، أو بين الساحب والمسحوب عليه . كما يستخدمها المستفيد في الوفاء بما عليه من ديون ، ويمكن تظهيرها عدة مرات قبل الوفاء بقيمتها في ميعاد الاستحقاق إلى الحامل الأخير .

وبذلك يتم تسوية علاقات قانونية متعددة بعملية وفاء واحدة . فالوفاء النقدي بقيمة الورقة التجارية لا يقع إلا مرة واحدة في تاريخ الاستحقاق إلى الحامل الأخير ، ولكنه يترتب عليه انقضاء جميع الديون السابقة التي استخدمت الورقة للوفاء بها ، فينقضي دين المستفيد الأول عند محرر السند ، ودين المظهر إليه عند المستفيد الأول ، ودين كل من ظهر إليه السند عند من ظهره له .

مثال : (أ) مدين لـ (ب) بمبلغ ألف دينار ، وبدل أن يدفع له المبلغ نقداً يحرر له شيكاً بالمبلغ مسحوباً على حسابه في البنك . ويقوم (ب) بتظهير المبلغ إلى (ج) للوفاء بدين له عليه ، ويظهره (ج) إلى (د) وهذا يظهره إلى (هـ) ... وهكذا . ويترتب على الوفاء بقيمة الشيك إلى الحامل الأخير تسوية ثلاثة أو أربعة علاقات قانونية أو أكثر دفعة واحدة بعملية وفاء واحدة من جانب المسحوب عليه .

وقيام الأوراق التجارية بهذه الوظيفة منوط بما يتوفر في الموقعين عليها من دواعي الثقة ، لذا يجب عدم المبالغة في أهميتها لأنها لا يمكن أن تغني عن النقود كلية، فالنقود لازمة للوفاء بقيمة الأوراق التجارية . فاعتبار الورقة التجارية أداة وفاء لا يعني أن سحب الورقة أو تحريرها يساوي الوفاء ، لأن أداة الوفاء شيء ، ووقوع الوفاء بالفعل شيء آخر . كما أن الضمانات التي تحملها الورقة التجارية على كثرتها أحياناً ، ربما تقف عاجزة عن الوفاء في بعض الأحيان ، كما إذا أفلس صاحب الورقة أو المدين بها قبل الوفاء بقيمتها .

### 3) الأوراق التجارية أداة ائتمان :

يمثل الأجل في المعاملات التجارية أهمية كبيرة ، فتاجر الجملة الذي يحصل على البضاعة من المصنع يحتاج إلى مهلة للوفاء بقيمة البضائع حتى يستطيع توزيعها على تجار التجزئة ، وتاجر التجزئة يحتاج إلى مهلة للوفاء بقيمة البضائع حتى يتم بيعها إلى العملاء .

وتعد الأوراق التجارية المتضمنة أجلاً للوفاء وسيلة الانتماء التي تقوم عليها المعاملات التجارية، إذ تمكن المدين من الاستفادة من الأجل الممنوح له دون حاجة إلى أن يرصد أموالاً أو بضائع على سبيل الضمان ، أي أن المستفيد فيها يأتمن صاحبها أو محررها - نظرياً على الأقل - حتى ميعاد استحقاقها ، فإذا قبل البائع الحصول على الثمن بواسطة ورقة تجارية مستحقة الوفاء بعد ثلاثة أشهر ، فإن ذلك يعني أن البائع قد منح المشتري ائتماناً لمدة ثلاثة أشهر .

ويؤثر الدائن الشيك على أية ورقة تجارية أخرى . نظراً للجزاء الجنائي الذي يتعرض له صاحب الشيك إذا لم يكن لدى المسحوب عليه رصيد دائن يعادل قيمة الشيك.

### الفرق بين الأوراق التجارية والأوراق النقدية

- على الرغم من أن الأوراق التجارية تؤدي وظيفة النقود ، وأن الأوراق النقدية تتوفر على خصائص الأوراق التجارية ، إلا أن هناك فوارق كبيرة بينهما منها :
- 1- الأوراق النقدية تصدرها الدولة في فئات متتابعة الأرقام متساوية القيمة ، في حين إن الأوراق التجارية يحررها الأفراد بمناسبة عملية قانونية معينة كتوريد بضائع أو أداء خدمة ما ، وهي تختلف من ورقة لأخرى سواء من حيث أشخاصها أم مبلغها .
  - 2- الأوراق النقدية تضمنها الدولة وتتمتع بقوة إبراء مطلقة من الدين ، بينما لا يترتب على تسليم الأوراق التجارية إبراء ذمة المدين إلا عند الوفاء بقيمتها فهي مرتبطة بمقابل الوفاء الذي يتوقف وجوده على حالة الساحب .
  - 3- يجبر الأفراد على قبول الأوراق النقدية في الوفاء ولا يجوز لهم رفضها، بينما من الجائز للأفراد رفض قبول الأوراق التجارية كوسيلة للوفاء واشتراط الوفاء نقداً .
  - 4- يجوز اشتراط الفائدة في بعض أنواع الأوراق التجارية بنسبة المبلغ الذي تتضمنه، بينما لا يمكن اشتراط الفائدة في الأوراق النقدية .

5- تمثل النقود بطبيعتها قيمة حاضرة أي مستحقة الأداء في أي وقت ، بمعنى أن قيمتها غير محددة بوقت معين ولا تتقدم الحقوق الثابتة فيها إلا إذا صدر قانون بإبطال التعامل بها . أما الورقة التجارية فإن الحق الثابت فيها يتقدم بأجل قصير .

### النظام القانوني للأوراق التجارية

وضع المشرع مجموعة قواعد تنظم الأوراق التجارية من حيث إنشاء الورقة ، وتداولها وضماتها ، والوفاء بقيمتها ، والإجراءات الواجب اتباعها في حالة الامتناع عن الوفاء ، وتقدم الدعاوى بشأنها ... الخ .  
فنظراً لأهمية الأوراق التجارية في المعاملات التجارية ، حرص المشرع على وضع نصوص خاصة تحكمها، بهدف تسهيل قيام الورقة التجارية بوظائفها على وجه السرعة، وأهم هذه القواعد هي:

#### (1) الشكلية :

اشترط المشرع أن تكتب الورقة التجارية في محرر ، وإن تشتمل على بيانات معينة واردة في القانون ، وهي بيانات تختلف باختلاف نوع الورقة . وبين جزاء خلو الورقة من بعض هذه البيانات ، بحيث تفقد صفتها كورقة تجارية وتصبح ورقة عادية تخضع لحكم القانون المدني . وسوف نبين ذلك بالتفصيل عند الكلام في إنشاء الورقة التجارية .

#### (2) مبدأ استقلال التوقيعات :

يعني هذا المبدأ أن كل من وقع على الورقة التجارية يكون ملتزماً بوفاء قيمتها متى امتنع المدين الأصلي عن ذلك ، ويكون التزامه هذا قائماً بذاته ومستقلاً عن التزامات غيره من الموقعين . فإذا شاب التزام أحد الموقعين على الورقة التجارية عيب لنقص أهليته أو لعيب في رضائه ، أو حتى لتزوير توقيعه أو لعدم مشروعية سبب التزامه ، فإن هذا العيب يقتصر على الالتزام المذكور ولا يؤثر على التزامات باقي الموقعين على

السند، ولو كان هذا العيب يلحق التزام منشئ الورقة نفسه ، لأن كل توقيع على الورقة التجارية مستقل عن الآخر .

### (3) التشدد في معاملة المدين رعاية لحقوق الحامل :

تشدد القانون في معاملة المدين في الورقة التجارية رعاية لحقوق الحامل وتقوية ضماناته في الحصول على حقه الثابت في الورقة التجارية . ومن الضمانات التي رعى بها المشرع الحامل إضافة إلى تطهير الدفع إذا كان حسن النية ، تقرير مسؤولية المظهريين عن الوفاء بقيمة الورقة التجارية على وجه التضامن ، وعدم جواز منح مهلة قضائية للمدين لدفع قيمة الورقة التجارية ، وسريان الفوائد القانونية من تاريخ تحرير الاحتجاج بعدم الدفع وليس من تاريخ المطالبة القضائية كما تقضي القواعد العامة ، وعدم جواز المعارضة في الوفاء بقيمة الورقة إلا في أحوال استثنائية، وتمليك الحامل مقابل الوفاء ، ومنحه حق توقيع الحجز التحفظي على منقولات المدين.

### (4) إقامة التوازن بين حق الحامل والتزام الضامنين :

في الوقت الذي تشدد فيه المشرع في معاملة الملتزمين بالورقة التجارية حماية لحقوق الحامل حسن النية ، فإنه عمل في الوقت ذاته على إقامة التوازن بين حقوق الحامل والتزام الضامنين في الورقة . فألزم الحامل بتقديم الورقة التجارية للوفاء في يوم استحقاقها ، وبتحرير احتجاج عدم الدفع في مواعيد قصيرة ، وإخطار الساحب ومن ظهر له السند بعدم قبوله من المسحوب عليه أو عدم الوفاء بقيمته ، وإذا تخلف عن القيام بذلك اعتبر حاملاً مهماً يسقط حقه في الرجوع على الضامنين ولا يبقى له سوى الرجوع على المدين الأصلي في الورقة التجارية . وفرض على الحامل قبول الوفاء الجزئي على خلاف ما تقضي به القواعد العامة ، لأن الوفاء بجزء من قيمة الورقة يبriئ ذمة

الضامنين بقدر المبلغ المدفوع . كما جعل مدة التقادم قصيرة بالنسبة للدعاوى التي تنشأ عن الورقة التجارية .

## منهج البحث

نظم قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966، سند السحب ، والسند لأمر (الكمبيالة)، والشيك . ولكن دراستنا تقتصر على الشيك باعتباره أكثر الأوراق التجارية تداولاً . ونقسم دراستنا إلى أربعة فصول على النحو التالي :

- الفصل الأول : إنشاء الشيك .
- الفصل الثاني : تداول الشيك .
- الفصل الثالث : ضمانات الوفاء بقيمة الشيك .
- الفصل الرابع : انقضاء الالتزام الثابت في الشيك .

## الفصل الأول إنشاء الشيك

يسمى الالتزام الناشئ عن الشيك بالالتزام المصرفي ، وهو يعد تصرفاً قانونياً يجب أن تتوفر لصحته الشروط الموضوعية اللازمة لصحة التصرفات القانونية بشكل عام من رضا ومحل وسبب وأهلية .

كما أن المشرع قد أخضع الشيك لشروط وقواعد خاصة لتحقيق الهدف منه كأداة وفاء تقوم مقام النقود ، فاشتراط أن يفرغ في محرر مكتوب يتضمن بيانات معينة نص عليها القانون ، وأن تكون كافية بذاتها لبيان مضمون الالتزام المصرفي وهي شروط شكلية خاصة بالأوراق التجارية .

لذلك سوف ندرس إنشاء الشيك في مبحثين :

المبحث الأول : الشروط الموضوعية .

المبحث الثاني : الشروط الشكلية .

### المبحث الأول الشروط الموضوعية

يشترط لصحة التزام المدين في الشيك توفر الشروط الموضوعية التي يجب توفرها في جميع التصرفات الإرادية بوجه عام ، وهي الرضا ، والمحل ، والسبب ، والأهلية ، وأن يصدر التوقيع على الشيك ممن له سلطة التوقيع إذا حصل التوقيع لحساب الغير .

فإذا شاب الرضا عيب ، أو كان التزام الموقع على الشيك بدون سبب ، أو كانت العلاقة بين الساحب والمستفيد غير مشروعة ، كأن يستخدم الشيك لتسوية دين قمار أو رشوة ، فإن هذا الدفع يحتج به بين الموقع على الشيك (الساحب أو المظهر) ودائنه المباشر ، وكذلك في علاقته بالحامل سيئ النية. ولكن ليس له أن يتمسك بهذا الدفع في مواجهة الحامل حسن النية ، لأن هذا الدفع من الدفع التي يطهرها التظهير .

أما إذا انعدم الرضا نتيجة تزوير توقيع الساحب ، فإن ذلك لا يلزمه بشيء حتى أمام الحامل حسن النية ، ولا تتطهر الورقة من هذا الدفع ، ولكن ذلك يقتصر على الساحب الذي زور توقيعيه ، أما المظهرون اللاحقون فإنهم لا يستطيعون التمسك بهذا التزوير وفقا لمبدأ استقلال التوقيعات ، ما دامت توقيعاتهم صحيحة وتمت عن رضا صحيح .

وكذلك الحال بالنسبة لعديم الأهلية أو ناقصها ، فله التمسك بهذا الدفع في مواجهة الحامل حتى لو كان حسن النية، لأن حماية عديم الأهلية أو ناقصها تفوق حماية حامل الورقة حسن النية . ولكن هذا الدفع يقتصر على عديم الأهلية أو ناقصها ولا يمتد إلى غيره من الموقعين على الشيك ، إذ يظل كل منهم ملتزماً بالوفاء تطبيقاً لمبدأ استقلال التوقيعات .

أما محل التزام الساحب فإنه دائماً دفع مبلغ من النقود ، وهو مشروع وجائز التعامل عليه دائماً، إلا إذا حرر الشيك بعملة أجنبية حرم المشرع التعامل بها ، فيقع المحل باطلا لمخالفته للنظام العام .

وإذا وقع شخص على شيك باسم شخص آخر ولحسابه ، يجب أن يكون مفوضاً بذلك ، وأن لا يتجاوز حدود السلطة الممنوحة له ، وأن يبين صفته كنائب أو وكيل عن الساحب حتى تنصرف آثار الشيك إلى الموكل وفقاً للقواعد العامة في الوكالة .

أما إذا وقع شخص على شيك نيابة عن آخر بغير تفويض منه ودون أن تكون له سلطة التوقيع وهو ما يسمى بالنائب المزعوم ، أو تجاوز حدود السلطة الممنوحة له ، فإن الأصيل لا يلتزم لانعدام رضاه كلياً أو جزئياً . لذلك فرض المشرع على كل من النائب المزعوم ، أو من تجاوز حدود النيابة ، التزاماً صرفياً مباشراً بوفاء قيمة الشيك، تحقيقاً للثقة في تداول الشيك وتقوية لائتمانه ، بحيث يتضمن الشيك باستمرار صاحباً ملتزماً به ، سواء أكان الموكل الأصيل أم النائب المزعوم أم الوكيل الذي تجاوز حدود وكالته ، فنص في المادة (131) من قانون التجارة على أنه :

1- من وقع سند سحب نيابة عن آخر دون أن تكون له صفة في ذلك يصبح بتوقيعه ملزماً شخصياً.

2- فإذا أوفى بالتزامه آلت إليه الحقوق التي كانت تؤول إلى من زعم النيابة عنه .

3- ويسري هذا الحكم على من جاوز حدود نيابته .

وننبه إلى وجوب عدم الخلط بين هاتين الحالتين ، وبين حالة سوء استعمال النائب التفويض الذي أعطي له ، كأن يوقع على شيك يتضمن المبلغ الذي يدخل في حدود تفويضه ويكون هو المستفيد من هذا الشيك ، فهو يوقع عن موكله بسحب شيك على هذا الأخير لمصلحته الشخصية . وفي هذه الحالة لا تطبق أحكام المادة (131) من قانون التجارة ، بل تطبق الأحكام التي جاء بها القانون المدني الأردني والخاصة بمسؤولية الوكيل في تنفيذ الوكالة .

والقاعدة أن الموكل يكون ملتزماً بالالتزام المصرفي قبل الحامل حسن النية . فإذا كان الحامل سيئ النية ، أي يعرف بأن الوكيل قد أساء استعمال وكالته ، فلا يلتزم الموكل قبله بدفع قيمة الورقة .

## المبحث الثاني الشروط الشكلية

الشيك محرر مكتوب يجب أن تتوفر فيه بيانات معينة نص عليها القانون ، ويجوز للأطراف أن يضيفوا إليها بيانات أخرى .  
لذلك فإننا سنتكلم عن ضرورة الكتابة ، والبيانات القانونية ، وجزء نقص أحد هذه البيانات أو صوريته أو تحريفها ، والبيانات الاختيارية ، في المطالب التالية :

- المطلب الأول : ضرورة الكتابة .
- المطلب الثاني : البيانات القانونية .
- المطلب الثالث : أثر تخلف أحد البيانات القانونية أو صوريته أو تحريفه .

## المطلب الأول ضرورة الكتابة

يشترط في الشيك أن يكون في محرر مكتوب ، وأن يشتمل على بيانات معينة واردة في القانون . وهذا الشرط ضروري لقيام الشيك بوظائفه باعتباره أداة بديلة عن النقود في الوفاء بالديون .  
والكتابة ليست شرطاً لإثبات الالتزام في الشيك فحسب ، بل هي شرط لوجود هذا الالتزام . فلا يوجد الشيك قانوناً إلا إذا صدر في صك مكتوب، كما أن الكتابة هي التي تسمح بتداول الورقة التجارية عن طريق التظهير أو التسليم . فإذا لم يوجد الدليل الكتابي لا يمكن الادعاء بوجود شيك، وإذا لم يوجد المحرر لا يجوز إثبات وجود الشيك بأي

طريق آخر غير الكتابة كالشهادة أو اليمين ، كما لا يجوز إثبات البيان الناقص في الشيك بدليل آخر .

ولكن إذا استوفى الشيك الشروط القانونية ، فإنه يجوز إثبات ضياعه بواسطة الشهود، لأن الإثبات في هذه الحالة ينصب على واقعة فقدان الشيك وليس على إنشائه . ويجب كتابة جميع بيانات الشيك في صك واحد ، وكذلك يجب كتابة جميع العمليات اللاحقة على إنشاء الشيك كالتظهير على ذات الصك . فإذا استغرقت البيانات المتعددة وجه الصك وظهره ، وجب كتابة العمليات اللاحقة على ورقة ملصقة بالورقة الأصلية تسمى بالوصلة .

ولكن لا يشترط أن تكون البيانات مكتوبة بخط الساحب أو المحرر، فلا مانع أن تكون مكتوبة بخط غيره أو مطبوعة، ولكن يشترط أن يضع الساحب توقيعه عليها، وهذا التوقيع قد يكون بالإمضاء أو الختم أو البصمة . وقد جرت العادة باستعمال محرر مطبوع يتضمن بعض الفراغات يتم تعبئتها من قبل أصحاب الشأن كما قد يقع الساحب بالتوقيع على بياض تاركاً للمستفيد ملء البيانات اللازمة في الوقت الذي يراه مناسباً ، مع أن هذا المسلك محفوف بالمخاطر إذا اتضح أن المستفيد لم يكن أهلاً للثقة.

والغالب أن يفرغ الشيك في محرر عرفي ، ولكن يمكن أن يكون في محرر رسمي لدى الكاتب العدل ، مع أن ذلك نادر لما في الرسمية من إجراءات وتكاليف لا تتفق مع دواعي السرعة والتبسيط التي تتسم بها الحياة التجارية .

ولا أهمية للمادة التي يحرق عليها الشيك ، فيمكن كتابته على الورقة أو على قماش. وقد حُكم في النمسا بصحة السفتجة المكتوبة على علبة سجائر .

ويلاحظ بالنسبة للشيكات أن البنوك تعطي عملاءها - من باب التسهيل عليهم في سحب ودائعهم - دفاتر يتضمن كل واحد منها عدداً من الشيكات المطبوعة ، ويكتفي العميل عند الحاجة بأن يملأ الفراغات المتروكة في شيك منها للمبلغ والتاريخ واسم

المستفيد ثم يقوم بتوقيعه . على أن تسليم العميل دفتر شيكات لا يستبعد حق العميل في سحب ودائعه بطريقة أخرى ، كأن يتقدم بنفسه ويسحب منها نظير إيصال، ما لم يتفق على غير ذلك. كما لا يحق للبنك رفض الوفاء لمجرد أن الورقة المقدمة ليست من الدفتر الذي سلمه للعميل ما دامت مستوفية لجميع الشروط القانونية للشيك .

ومع ذلك فإن البنوك قد تلجأ - زيادة في الاحتياط - إلى الاتفاق مع العميل على أن البنك لا يدفع قيمة الشيك إلا إذا كان مسحوباً على ورقة من الدفتر . وقد يشترط البنك على عميله هذا الشرط فيعلن أنه لن يفى بقيمة الشيكات غير المستخرجة من الدفتر، ويرد هذا الشرط عادة في عبارة على غلاف دفتر الشيكات. فإذا قبل العميل هذا الشرط فهو شرط صحيح ويجب احترامه. ولكن الرأي السائد في مصر يذهب إلى أن هذا الشرط واجب الاحترام فقط في علاقات من كانوا أطرافاً في الاتفاق، فهو لا يقيد حامل الشيك الذي يحق له أن يقبض قيمة الشيك متى وجد له مقابل وفاء رغم كتابته على ورق عادي، ويكون البنك ملزماً بإجابته إلى ذلك باعتبار أنه مالك لمقابل الوفاء .

وعلى الرغم من عدم وجود نص قانوني يوجب إصدار الشيكات على النماذج الصادرة من البنوك ، فإننا نرى أن الرأي السابق لم يعد له مكان في الوقت الحاضر ، بعد أن استقر في أذهان الناس أن الشيك لا يكون صحيحاً إلا إذا حرر على نموذج البنك ، واستقرت البنوك في تعاملها على ذلك فلم يعد للشيكات المحررة على ورق عادي وجود ، بحيث يمكن القول بأن العرف المصرفي قد جرى على ذلك . ونأمل أن يتدخل المشرع ويقرر ذلك صراحة .

### الكفاية الذاتية :

لا يكفي أن يكون الشيك ثابتاً في محرر مكتوب ، بل يجب أن يستقل هذا المحرر بذاته لتحديد مدى الالتزام الثابت في الشيك وأوصافه ، بحيث يكفي مجرد النظر إلى

الشيك لمعرفة مقدار الحق الذي تتضمنه ، دون حاجة إلى الاستعانة بواقعة خارجة عن نطاقها .

لذلك يجب أن تكون قيمة الشيك محددة على وجه نهائي لا يدع مجالاً للنزاع ، وأن لا يكون أداء الحق الثابت في الشيك معلقاً على شرط ، وهو ما يسمى بالكفاية الذاتية للشيك .

والكفاية الذاتية نتيجة منطقية للشكلية في الأوراق التجارية ، وقد تقررت لتستطيع الورقة القيام بوظيفتها كأداة وفاء بديلة عن النقود ولتيسر تداول الورقة التجارية لأنها تحمي حامل الورقة من أية مفاجآت فيطمئن المتعاملون بالورقة التجارية إلى قبولها . وعلى ذلك إذا أحالت الورقة إلى واقعة أو وثيقة خارجة عنها ، كأن يعلق أمر الدفع على شرط خلو كشف الحساب المرفق بالورقة من السهو أو الغلط ، أو أن يتم تحديد المبلغ وفقاً لعلاقة الدائنية والمديونية بين أطراف الورقة ، كأن يذكر " ادفعوا ما تلتزمون به نحوي " أو " ادفعوا مبلغ حسابي طرفكم " . أو أن يعلق تاريخ الاستحقاق على تحقق شرط معين . فإن ذلك يفقد الورقة وصف الورقة التجارية لأنها تفقد شرط الكفاية الذاتية ، وتكون مجرد سند عادي يخضع للقواعد العامة في القانون المدني .

أما إذا كانت الإحالة خاصة بواقعة لا تؤثر على حقوق الحامل والتزاماته ، كما لو ذكر في الورقة التجارية، أن القيمة وصلت وفقاً للعقد المحرر اليوم ، أو بضاعة ، أو نقداً، أو تسوية للحساب، أو للوفاء بالأجرة أو الأتعاب . فلا يؤثر ذلك على ذاتية الورقة ما دام أنه لم يذكر فيها أن وجود الدين ذاته ، أو تحديد المبلغ محل الورقة ، أو ميعاد الوفاء ، يخضع لشروط الواقعة أو العقد المشار إليه .

وتصل الكفاية الذاتية للورقة التجارية إلى حد أن الحق يختلط بالصك الثابت فيه ، بحيث يكون التنازل عن هذا الصك بمثابة التنازل عن ذات الحق ، كما سنرى في

التظهير . كما يترتب عليها استقلال الالتزام المصرفي الناتج عن السند عن العلاقة الأصلية ، وكذلك استقلال التواقيع التي تحملها الورقة التجارية .  
ومن النتائج التي تترتب على الكفاية الذاتية للورقة التجارية ، انه يجب تفسير العبارات الواردة فيها تفسيراً ضيقاً ، أي الاقتصار في هذا التفسير على العبارات الواردة في الورقة دون البحث عن الإرادة الحقيقية للموقع عليها ، لأن الثقة التي يجب توفرها في الورقة التجارية تستمد من الشكل الخارجي الذي يعتمد عليه من يتلقى الورقة التجارية بحسن نية ، لذلك لا أثر للعيب الذي يصيب رضا الموقع على الورقة التجارية على التزامه بالوفاء للحامل حسن النية ، ما دامت العبارات التي تضمنتها الورقة لا تكشف عن وجود هذا العيب .

## المطلب الثاني

### البيانات القانونية في الشيك

#### (1) كلمة شيك :

يشترط المشرع كتابة كلمة (شيك) في متن السند وباللغة التي كتب بها . وقد أراد المشرع بذلك تمييز الشيك عن سند السحب الذي يحزر ليدفع لدى الاطلاع . وتتضمن الشيكات عادة عبارة " ادفعوا بموجب هذا الشيك " .  
ولكن لا يترتب على عدم ذكر هذه الكلمة أن يفقد السند صفته ، بل إذا كان المعنى المستخلص من المتن يدل على أنه شيك فيعد كذلك .

#### (2) أمر غير معلق على شرط بأداء قدر معين من النقود .

يجب أن يتضمن الشيك أمراً صريحاً بالأداء موجهاً من الساحب إلى المسحوب عليه ، كأن يقول " ادفعوا ... " أو " أرجو أن تدفعوا... " ، أو أية عبارة بهذا المعنى.

ويجب أن يكون هذا الأمر مطلقاً غير معلق على شرط مهما كان نوعه، فلا يجوز القول " ادفعوا لأمر فلان مبلغ كذا إذا سلّمني البضاعة " لأن ذلك يجعل الوفاء أمراً احتمالياً ، وبالتالي يعيق تداول الشيك .

ويجب أن ينصبّ الأمر على أداء قدر معين من النقود، فمحل الشيك هو دائماً مبلغ من النقود، والمقصود بالنقود العملة المتداولة قانوناً، فلا يجوز أن يكون مقداراً من الذهب، بل يجب أن يكون مبلغاً من العملة الرسمية، ويلزم أن يعين هذا المبلغ بدقة منعا لأي التباس، فلا يجوز أن يذكر عبارة " ادفعوا المبلغ الذي لي في الحساب " .

ويجب أن يكون المبلغ واحداً ، ومستحق الأداء دفعة واحدة وهو ما يعرف بمبدأ وحدة الدين . ويجوز أن يكون المبلغ بالعملة المحلية أو بعملة أجنبية كالإسترليني أو الدولار مثلاً ، لذلك ينبغي بيان نوع النقود وجنسها التي يلزم الوفاء بها ، فإذا كانت هذه النقود متفقة في الاسم مع النقود المتداولة في بلدي السحب والوفاء ، كأن يسحب شيك في بغداد مستحق الوفاء في عمان ويذكر فيه " ادفعوا مبلغ خمسمائة دينار " دون أن يبين هل هي دنانير أردنية أم عراقية ، يكون الوفاء بعملة بلد الوفاء أي في مثالنا بالدنانير الأردنية .

ويجوز أن يذكر المبلغ إما بالحروف أو بالأرقام . ولكن جرت العادة على ذكره مرتين ، مرة بالحروف ومرة بالأرقام .

وإذا كتب مبلغ الشيك بالأحرف وبالأرقام معاً فالعبرة عند الاختلاف للمكتوب بالأحرف . أما إذا كتب عدة مرات بالأحرف أو بالأرقام فالعبرة عند الاختلاف لأقلها مبلغاً .

### (3) اسم من يلزمه الأداء (المسحوب عليه)

تنص المادة (230) من قانون التجارة على أنه :

1- لا يجوز سحب الشيكات إلا على مصارف .

2- والصكوك الصادرة في المملكة الأردنية المستحقة الوفاء فيها والمسحوبة على غير المصارف في صورة شيكات لا تعتبر كشيكات صحيحة .

ولم يحدد قانون التجارة المقصود بالمصارف ، غير أن المشرع قصر تعاطي الأعمال المصرفية في المملكة على البنوك المرخصة وذلك بالمادة (3/أ) من قانون البنوك رقم 24 لسنة 1971، لذلك يجب أن يكون المسحوب عليه بنكاً مرخصاً . وقد نصت المادة (1/275) من قانون التجارة على أنه "يعاقب بغرامة لا تتجاوز خمسين ديناراً ... كل من سحب شيكاً على غير مصرف " .

والأصل أن يكون المسحوب عليه غير الساحب ، لأن الشيك يتضمن أمراً بالدفع فيلزم لذلك وجود شخصين منفصلين حتى يمكن أن يصدر الأمر من أحدهما ويتلقاه الآخر ، كما أن الشيك يفترض وجود رصيد دائن للساحب عند المسحوب عليه، ولا يتصور أن يكون الشخص دائناً لنفسه .

ولكن جرى العمل على أن يسحب البنك شيكاً على أحد فروعها ، أو من فرع على آخر ، ونظراً للفائدة الكبيرة والمزايا العملية التي تحققها هذه الشيكات ، فقد أجاز المشرع ذلك فنص في المادة (3/234) من قانون التجارة على أنه " ولا يجوز سحبه - أي الشيك - على الساحب نفسه إلا عندما يكون مسحوباً من مؤسسة على مؤسسة أخرى كلتاهما للساحب نفسه وبشرط أن لا يكون مستحق الوفاء للحامل " . وسبب هذا الشرط أن سحب شيك بين مؤسستين مملوكتين لذات الساحب وإصداره للحامل يجعله شبيهاً بأوراق النقد، وبالتالي يعد إصداره اعتداء على الامتياز الممنوح للبنك المركزي.

#### (4) مكان الأداء

يفيد تعيين مكان الأداء في تحديد الصلاحية المكانية للمحاكم ولاتخاذ الإجراءات القانونية ، كما يفيد في معرفة العملة التي يجب أن تدفع بها قيمة الشيك عند الالتباس .

وعدم ذكر مكان الأداء لا يفقد الشيك صفته ، فقد بينت المادة (229/أ و ب) من قانون التجارة أنه إذا لم يذكر مكان الأداء ، يعتبر المكان المذكور بجانب اسم المسحوب عليه مكاناً للدفع ، فإذا تكررت عدة أماكن بجانب اسم المسحوب عليه يكون الشيك مستحق الأداء في أول محل مبين فيه . وأنه إذا خلا الشيك من هذا البيان كان واجب الأداء في المكان الذي يقع فيه المحل الرئيسي للمسحوب عليه.

كما نصت المادة (236) منه على أنه " يجوز اشتراط وفاء الشيك في موطن أحد الأغيار سواء أكان في الجهة التي فيها موطن المسحوب عليه أم في أي جهة أخرى بشرط أن يكون هذا الغير مصرفاً " .

## 5) تاريخ إنشاء الشيك ومكان إنشائه

### أ) تاريخ إنشاء الشيك:

يفيد تعيين تاريخ إنشاء الشيك في تحديد بدء سريان مهلة تقديم الشيك للوفاء ، كما يفيد في التأكد من أن مقابل الوفاء كان موجوداً لدى المسحوب عليه وقت إنشاء الشيك . ويفترض أن تاريخ الإنشاء المبين في الشيك صحيح إلى أن يقوم الدليل على العكس . فإذا ذكر في الشيك تاريخ سابق أو لاحق ليوم إنشائه ، فإن هذه الصورية لا تعتبر بذاتها سبباً لبطلان الشيك إلا إذا قصد بها إخفاء تخلف شرط من شروط صحة التصرف القانوني ، كتقديم تاريخ الشيك لإبعاده عن فترة الرتبة أو الإفلاس ، أو لجعله سابقاً على توقيع الحجز . أو تأخيره لجعله لاحقاً على بلوغ الساحب سن الرشد إذا كان وقت تحرير الشيك قاصراً .

فإذا ثبت أن هذه الصورية يقصد بها الغش والتحايل على أحكام القانون يحكم ببطلان الشيك وفقاً للقواعد العامة ، وفي غير هذه الحالات يبقى الشيك الذي يذكر فيه تاريخ سحب لاحق شيكاً صحيحاً ، ويقتصر الجزاء على ما نصت عليه المادة (275) من قانون التجارة بقولها :

1- يعاقب بغرامة لا تتجاوز خمسين ديناراً كل من أثبت في الشيك تاريخاً غير صحيح

....

2- ويحكم بالغرامة نفسها على المظهر الأول للشيك أو حامله إذا كتب في الشيك تاريخاً لاحقاً لتاريخ تظهيره أو تقديمه .

3- وليس لأحد منهما حق الرجوع بهذه الغرامة على غيره .

ولكن ما الحكم إذا تقدم حامل الشيك المؤخر التاريخ إلى البنك طالباً الوفاء بقيمته قبل اليوم المبين فيه كتاريخ لإصداره ؟

تختلف الإجابة عن هذا السؤال في قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966 عنها في الأمر العسكري المعدل لهذا القانون رقم 889 لسنة 1981.

فبينما تنص المادة (245) من قانون التجارة على أنه :

1- يكون الشيك واجب الوفاء لدى الاطلاع عليه وكل بيان مخالف لذلك يعتبر كأن لم يكن .

2- والشيك المقدم للوفاء قبل اليوم المبين فيه كتاريخ لإصداره واجب الوفاء في يوم تقديمه .

نجد أن الأمر العسكري رقم 889 قد أضاف فقرة ثانية للمادة 228 من قانون التجارة لسنة 1966 تنص على أنه " يمكن أن يكون التاريخ المبين في الشيك مؤخراً من تاريخ إصداره ولكن شيكاً كهذا (الشيك المؤخر) لا يكون قابلاً للدفع ولا يمكن القبول به إلا في التاريخ المبين عليه " .

ولا يعني التعديل الوارد في الأمر العسكري أنه أجاز أن يحمل الشيك تاريخين ، تاريخ الإصدار وتاريخ الوفاء ، لأن الشيك لا يحمل وفق القانون سوى تاريخ واحد هو تاريخ الإصدار . ولكن التعديل أجاز للساحب أن يضع على الشيك تاريخاً للإصدار

لاحقاً لتاريخ الإصدار الفعلي ، على أساس أن نية الساحب اتجهت إلى إصدار الشيك في هذا التاريخ وليس في تاريخ تحرير الشيك فعلاً، ويكون بذلك قد جعل من الشيك أداة انتمان وليس أداة وفاء فقط .

وقد أتى هذا التعديل تلبية لحاجة عملية درج عليها المتعاملون بالشيكات وخاصة في المعاملات التجارية ، إذ أن الساحب عند تحرير الشيك لا يكون قد وفر مقابل الوفاء لدى البنك المسحوب عليه ، ولكنه يتوقع أن يكون هذا المقابل (الرصيد) موجوداً في تاريخ معين لاحق ، فيضع هذا التاريخ اللاحق على الشيك كتاريخ لإصداره ، ويوفر مقابل الوفاء لدى البنك المسحوب عليه قبل حلوله .

ولم تكن نصوص قانون التجارة لسنة 1966 تحمي الساحب من حامل سيئ النية يتقدم إلى البنك قبل التاريخ الموجود على الشيك ، فيحصل على مقابل وفاء كان الساحب قد وفره للوفاء بشيك آخر ، فيصبح هذا الشيك دون مقابل وفاء ، أو يتقدم بالشيك للوفاء وهو يعلم بعدم وجود مقابل وفاء له ، وفي كلتا الحالتين يعرض الساحب للعقاب بجريمة إصدار شيك دون مقابل وفاء كاف (رصيد) .

وما دام الأمر العسكري المذكور أجاز تأخير التاريخ المبين في الشيك كتاريخ لإصداره ، فإن هذا يعني إلغاء عقوبة الغرامة المنصوص عليها في المادة (1/275) من قانون التجارة ، لأن إباحة الفعل تستلزم بالضرورة عدم معاقبة من يقوم به .

ويثور السؤال أيضاً : ما حكم الشيك الذي لم يبين فيه تاريخ إصداره ؟  
تختلف الإجابة عن هذا السؤال في قانون التجارة عنها في الأمر العسكري رقم 890 لسنة 1981 المعدل للمادة (421) من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 .  
فوفق المادة 229 من قانون التجارة لسنة 1966 إذا لم يبين في الشيك تاريخ إصداره ، يفقد صفته كشيك ويتحول إلى سند عادي تسري عليه القواعد العامة وليس أحكام الأوراق التجارية . كما نصت المادة (6/275) على أنه يعاقب بغرامة لا تتجاوز

خمسة دنانير كل من أصدر شيكاً بدون تاريخ، وتسري هذه العقوبة نفسها على المظهر الأول للشيك أو حامله إذا خلا الشيك من بيان تاريخه وعلى كل من أوفى مثل هذا الشيك أو تسلمه على سبيل المقاصة .

بينما نص الأمر العسكري رقم (890) على أن " الشيك الذي لم يبين التاريخ فيه يعتبر بمقتضى هذه المادة كأنما بين فيه التاريخ يوم إصداره " . وفي هذه الحالة للمستفيد أن يثبت هذا التاريخ بجميع الطرق القانونية ، لأن تحديد تاريخ تسليم الشيك واقعة مادية صرفة .

وعلى الرغم من أن الأمر العسكري خاص بتعديل المادة (421) من قانون العقوبات التي تعاقب على إصدار شيك دون مقابل وفاء كاف (رصيد)، فإنه يتضمن حكماً واضحاً باعتبار الشيك الذي لم يبين فيه التاريخ شيكاً صحيحاً ، فإذا تبين أن هذا الشيك ليس له مقابل وفاء كاف (رصيد) تعرض صاحبه للعقوبة المنصوص عليها في المادة (421) المعدلة من قانون العقوبات .

واعتبار الشيك صحيحاً وفق الأمر العسكري ، يقتضي بالضرورة أن يكون كذلك وفق أحكام قانون التجارة ، لأنه لا يعقل القول بأن الشيك الذي لا يبين فيه تاريخ إصداره يفقد صفته كشيك وفق قانون التجارة ، بينما يكون محتفظاً بصفته كشيك وفق المادة (421) من قانون العقوبات المعدلة بالأمر العسكري المذكور .

#### **ب) مكان إنشاء الشيك**

تفيد معرفة مكان إنشاء الشيك في تحديد مهلة تقديمه للوفاء، فإذا كان الشيك مسحوباً في المملكة وواجب الوفاء فيها يجب تقديمه للوفاء في خلال ثلاثين يوماً، أما إذا كان مسحوباً خارج المملكة وواجب الوفاء في داخلها فيجب تقديمه في خلال ستين يوماً إذا كانت جهة إصداره واقعة في أوروبا أو في بلد آخر واقع على شاطئ البحر الأبيض المتوسط ، وفي خلال تسعين يوماً إذا كانت جهة إصداره واقعة في غير البلاد المتقدمة .

على أن عدم ذكر مكان إنشاء الشيك لا يفقد الشيك صفته ، فقد نصت المادة (229/ج) من قانون التجارة على أنه " إذا خلا - أي الشيك - من بيان محل الإنشاء يعد منشأ في المكان المبين بجانب اسم الساحب ، وإذا لم يذكر مكان الإنشاء فيعتبر مكان تسليمه للمستفيد هو مكان الإنشاء " .

وتنص المادة (6/275) من قانون التجارة على أنه " يعاقب بغرامة لا تتجاوز خمسة دنانير كل من أصدر شيكاً لم يدون فيه مكان إنشائه ... " بينما تنص الفقرة (7) من هذه المادة على أنه " ولا يعتبر الشيك خالياً من ذكر مكان الإنشاء إذا توفر فيه ما هو مبين في المادة (229) من هذا القانون " أي قانون التجارة .

ويلاحظ أن نص المادة (7/275) الذي يحيل إلى المادة (229) يجعل من فرض الغرامة على الساحب الذي لا يدون في الشيك مكان إنشائه أمراً غير مجد ، لأنه في كل حال إذا لم يذكر مكان الإنشاء يعتبر مكان تسليم الشيك للمستفيد هو مكان الإنشاء، وهذا المكان موجود دائماً، فلا يتصور تسليم الشيك للمستفيد في غير مكان. وللمستفيد أن يثبت هذا المكان بجميع الطرق القانونية ، لأن تحديد مكان التسليم واقعة مادية صرفة .

#### **(6) توقيع من أنشأ الشيك (الساحب)**

يعد توقيع الساحب على الشيك -كما هو الحال في سند السحب والسند لأمر- أهم البيانات ، فهو الذي يجعل للشيك وجوداً . فإذا لم يكن التوقيع موجوداً كانت الورقة عديمة الأثر. كما أنه إذا كان التوقيع مزوراً فإن الورقة لا تلزم الساحب بشيء لعدم صدور تعبير عن إرادته في الالتزام . وبالتالي لا يستطيع البنك الذي دفع قيمة ورقة قلد فيها توقيع الساحب أن يرجع على الساحب بالمبلغ الذي دفعه، أو أن يقيده في الجانب المدين لحساب ذلك الساحب .

وليس من الضروري أن يكون التوقيع مكتوباً بنفس اللغة التي كتب بها الشيك ، فقد يكون الشيك كتب بلغة أجنبية وتوقيع الساحب باللغة العربية أو العكس . وقد جرت العادة

أن يقوم الساحب بإيداع نموذج توقيعه الذي سيستخدمه في التوقيع على الشيكات لدى البنك ، حتى يتمكن الموظف المختص من مضاهاة التوقيع الموجود على الشيك بهذا النموذج والتأكد من صحة التوقيع على الشيكات المقدمة إليه. ولكن لا يلزم موظف البنك في هذا التحقق بما يلزم به خبير في تحقيق الخطوط ، بل يكفي أن يبذل في المضاهاة ما ينتظر من موظف بنك مختص بذلك وله خبرة في العمل .

ويلتزم البنك بالنموذج المحفوظ لديه حتى لو كان للعميل توقيع آخر يوقع به أوراقه الخاصة ومعاملاته الأخرى ، وكان البنك على علم بهذا التوقيع الآخر . فقيام العميل بإيداع نموذج توقيعه لدى البنك يعني الاتفاق بين البنك والعميل على أن التوقيع غير المطابق لهذا النموذج يعتبر غير صادر عن الساحب ، وبالتالي من حق البنك أن يرفض الوفاء بالشيك الذي يحمل توقيعاً غير مطابق للنموذج المحفوظ لديه.

وإذا كان الساحب شخصاً معنوياً كشركة مثلاً، فإن التوقيع يكون من اختصاص المدير الذي له سلطة التوقيع. وتقوم الشركة عادة بإخطار البنك الذي تودع فيه نقودها، باسم المدير المخول بالتوقيع نيابة عنها، ويقوم المدير بدوره بإيداع نموذج توقيعه. فإذا كان يلزم إضافة ختم الشركة إلى توقيع المدير ، أو كان يلزم توقيع شخصين أو أكثر، يجب على موظف البنك أن يتأكد من وجود الختم أو توقيعات جميع من يلزم توقيعهم .

#### (7) اسم المستفيد

أغفلت المادة (228) من قانون التجارة التي عدت البيانات القانونية في الشيك ذكر اسم المستفيد. غير أن المادة (1/233) نصت على أنه :

1- يجوز اشتراط أداء الشيك :

أ- إلى شخص مسمى مع النص فيه صراحة على (شرط الأمر) أو بدونه .

- ب- إلى شخص مسمى مع ذكر شرط (ليس لأمر) أو أية عبارة أخرى تفيد هذا الشرط.
- ج- إلى حامل الشيك .

ويلزم تحديد اسم المستفيد بدقة حيث يختلف الحكم في بعض الحالات تبعاً للصيغة المتبعة في تحديد المستفيد . فإذا كان الشيك لأمر السيد محمد عبد الرحمن مدير جمعية البر والإحسان مثلاً، كان الشيك له هو وليس حقاً للجمعية، بخلاف ما إذا كانت الصيغة تنص على أن الشيك لأمر مدير جمعية البر والإحسان السيد محمد عبد الرحمن، حيث يكون الشيك في هذه الحالة للجمعية .

وكذلك إذا حرر الشيك لأمر شركة الاعتماد لصاحبها محمد علي مثلاً ، وجب الدفع لمحمد علي لأن هذه الشركة تكون في الحقيقة منشأة فردية ما دام صاحبها فرداً، أما إذا حرر الشيك لأمر شركة الاعتماد محمد علي وشركاه ، فلا يجوز للبنك دفع قيمة الشيك إلا بعد الاطلاع على عقد الشركة لمعرفة من هم الشركاء ومن منهم له حق التوقيع عن الشركة وقبض حقوقها ، وكذلك إذا نص في الشيك " ادفعوا لأمر السيد سليم عبد الفتاح الوصي على القاصر سعيد بن المرحوم حامد خليل ، يكون للوصي حق صرف الشيك على أن يوقع على المخالصة بصفته هذه ، وليس للبنك سوى التحقق من شخصه دون صفته ، إذ يفترض أن صاحب الشيك قد تحقق منها وبالتالي يتم صرف الشيك على مسؤوليته هو . أما إذا كتب في الشيك " ادفعوا للقاصر سعيد بن المرحوم حامد خليل ... " وجب دفع المبلغ لحسابه المفتوح بإشراف المحكمة الشرعية إن كان له حساب، أو إيداعه لحسابه في صندوق الأيتام لدى المحكمة الشرعية. وكذلك إذا كان الشيك محرراً لأمر موظف بصفته الوظيفية ، كمدير إدارة أو رئيس قسم ، كان صاحب الصفة هو المدير أو الرئيس أياً كان شخصه ، ولذا يكون عليه أن يثبت صفته عندما يتقدم لقبض مبلغ الشيك . أما إذا حرر الشيك لأمر الموظف بصفته كأن يقال ادفعوا

لأمر السيد سعيد سالم مدير دائرة كذا ، لا لأمر الدائرة أو القسم أو الجهة ذاتها، فإنه لا يكون هناك محل لمطالبته بإثبات سلطته في استيفاء شيكات محررة بهذه الصيغة حتى لو كانت محررة لصالح الجهة أو الدائرة أو القسم الذي يعمل فيه .

هذا ويجوز سحب الشيك لأمر الساحب نفسه أو لحساب شخص آخر ، ولكن لا يجوز سحبه على الساحب نفسه إلا عندما يكون مسحوباً من مؤسسة أخرى كالتأهما مملوكتان لشخص واحد ، أي عندما يكون مسحوباً من فرع أحد البنوك على فرع آخر لنفس البنك ، ويشترط في هذه الحالة ألا يكون الشيك مستحق الوفاء لحامله . فإذا سحب الشيك لأمر صاحبه لا يعتبر أنه قد تم إصداره إلا ابتداء من أول تظهير ، كما أن جريمة إصدار شيك بدون رصيد لا تتحقق إلا ابتداء من هذا الوقت .

### المطلب الثالث

#### أثر تخلف أحد البيانات القانونية أو صورته أو تحريفه

##### أولاً : تخلف البيانات القانونية

رأينا عند شرح البيانات القانونية في الشيك ، أن نقص بعض البيانات فيها لا يؤثر في صحته ولا يفقده صفته كورقة تجارية. وإنما يستعاض عنها بسواها من بيانات أخرى مذكورة في الشيك ذاته.

أما بالنسبة لبعض البيانات الأخرى وهي مبلغ الشيك وتوقيع الساحب واسم المسحوب عليه فإن تخلف أي منها يفقد السند صفته ولا يصح اعتباره شيكاً، ولا تنطبق عليه أحكام قانون الصرف . ولكنه يعد سنداً عادياً ، إذا توفرت له شروط صحة السند العادي ، ويخضع للأحكام العامة للالتزامات .

ويثور السؤال : ما الحكم إذا تم إكمال البيان الناقص قبل تقديم الشيك للوفاء ؟

وفي الإجابة على هذا السؤال نجد أنه لم يرد في قانون التجارة الأردني نص يعالج هذه المسألة ، لذلك فإن تكملة السند تخضع لحكم القواعد العامة . وعلى ذلك نفرق بين حالتين :

**الحالة الأولى :** أن يتم إكمال البيان الناقص طبقاً لما اتفق عليه بين الساحب والمستفيد . وفي هذه الحالة يعد الشيك صحيحاً وينتج جميع آثاره القانونية ، بحيث يلتزم الساحب بالنسبة إلى كل حامل تلقاه بعد التصحيح ، لأنه لا فرق بين أن يكتب مصدر الشيك البيانات على ورقة الشيك بنفسه أو أن يستكتبها غيره .

**الحالة الثانية :** أن يتم إكمال البيان الناقص خلافاً للاتفاق ، ومثال ذلك أن يكتب المستفيد مبلغاً غير المتفق عليه ، وفي هذه الحالة لا يلتزم الساحب قبل المستفيد الذي خالف التعليمات .

أما إذا قام المستفيد بتظهير الشيك إلى شخص آخر ، فينبغي أن نفرق في هذه الحالة بين الحامل حسن النية والحامل سيئ النية . فإذا كان الحامل حسن النية يبقى الساحب ملتزماً قبله وفقاً لبيانات السند تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية عن الفعل الضار الواردة في القانون المدني ، إذ يعد الساحب الذي سلم السند الناقص مخطئاً ويلتزم بضمان الضرر في مواجهة الحامل حسن النية . أما إذا كان الحامل سيئ النية فإن الساحب يستطيع أن يتمسك في مواجهته ببطلان السند ، لأن مبدأ عدم الاحتجاج بالدفع لا يسري بحق الحامل سيئ النية .

### **ثانياً : الصورية**

يقصد بالصورية أن تكون الورقة التجارية قد تضمنت جميع البيانات الإلزامية التي نص عليها القانون ، ولكن بعض هذه البيانات ذكر على خلاف الحقيقة . كما لو ذكر تاريخ إنشاء سابق أو لاحق للتاريخ الحقيقي ، أو مكان للوفاء غير المكان المتفق عليه ،

أو سبب للالتزام غير السبب الحقيقي ، أو أن يضع الساحب توقيعاً غير توقيعه الحقيقي،  
أو أن يكون توقيع الساحب مزوراً .

ولم يعالج قانون التجارة لسنة 1966 سوى حالة الصورية في توقيع الساحب وذلك  
في المادة (1/130) منه ، حيث أوجب تطبيق مبدأ استقلال التوقيع ، فنص على أنه :  
"1- إذا حمل سند السحب توقيع أشخاص وهميين أو توقيع لا تتوفر فيهم أهلية الالتزام به أو توقيع  
مزورة أو توقيع أشخاص وهميين أو توقيع لا تلزم لأي سبب آخر الأشخاص  
الذين وقعوا السند أو الذين وقع باسمهم ، فذلك لا يحول دون صحة التزام موقعي  
السند الآخرين " .

وحكم هذا النص هو تطبيق للقواعد العامة للصورية الواردة في المادتين 368 و  
369 من القانون المدني الأردني ، فالأصل وفقاً لهاتين المادتين أن الصورية لا تفقد  
الورقة التجارية صفتها ، ولا تؤدي في حد ذاتها إلى بطلان الالتزام الثابت في السند ،  
وإنما يتوقف الأمر على العلاقة الحقيقية التي يخفيها المتعاقدان .

فإذا كانت هذه العلاقة صحيحة ومشروعة كان الالتزام صحيحاً، وبالتالي لا يحتج  
بالبيان الحقيقي قبل الحامل حسن النية الذي يتمسك بالبيان الظاهر .

أما إذا كانت الصورية تتضمن تحايلاً غير مشروع وتخفي حقيقة باطلة ، كنقص  
الأهلية أو تزوير التوقيع ، فإن هذا الدفع يسري في مواجهة جميع حملة السند ولو كانوا  
حسني النية ، لأن هذا الدفع لا يطهره التطهير كما سنرى عند بحث قاعدة تطهير الدفع.  
على أن بطلان التزام ناقص الأهلية أو من زور توقيعه لا يحول دون صحة  
التزامات باقي الموقعين على السند تطبيقاً لمبدأ استقلال التوقيع .

كذلك الحال بالنسبة لسبب التزام الساحب ، فإذا كانت الصورية تخفي السبب  
الحقيقي للالتزام ، وكان هذا السبب الذي تخفيه الصورية مشروعاً ، كأن يذكر أن القيمة  
وصلت نقداً في حين أن الساحب تسلم بضاعة ، فلا يترتب على صورية السبب بطلان

التزام الموقع . أما إذا كانت الصورية تهدف إلى إخفاء سبب غير مشروع ، كأن يذكر أن القيمة وصلت بضاعة أو نقداً ، في حين أن السند حرر للوفاء بدين قمار، فإن هذه الصورية تؤدي إلى بطلان التزام الموقع ، غير أن هذا البطلان لا يحتج به في مواجهة الحامل حسن النية .

وتعد البيانات المذكورة في الورقة التجارية صحيحة ومطابقة للحقيقة إلى أن يثبت العكس . ويجوز إثبات الصورية بطرق الإثبات كافة .

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 368 من القانون المدني تنص على أنه :

"1- إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم .

1- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن . فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين " .

لذلك فإنه يجوز للحامل حسن النية أن يتمسك بالوضع الظاهر إذا كان ذلك في مصلحته ، كما أن له أن يتمسك بالصورية في مواجهة من قام بها أو اشترك فيها ، إذا كان له مصلحة في ذلك ، كما لو أراد استبعاد بعض أحكام قانون الصرف كالتقادم القصير أو سقوط حق الحامل المهمل في الرجوع على الضامنين ، ولكن لا يجوز له تجزئة آثار الصورية والتمسك بكل من الوضع الظاهر والمستتر معاً .

### **ثالثاً : التحريف**

يقصد بالتحريف إجراء تغيير مادي في البيانات المدونة في السند بعد كتابتها إما بالإضافة أو الحذف أو الشطب أو الحك أو التحشية أو استعمال المواد الكيماوية . مثل

زيادة مبلغ السند ، أو تقديم أو تأخير تاريخ إنشاء السند أو ميعاد الاستحقاق ، أو حذف اسم أحد الملتزمين وإحلال اسم آخر محله .

ولكن الغالب عملاً أن يقع التحريف على مبلغ السند بعد طرحه للتداول ، وقد بحثت هذه الحالة المادة 213 من قانون التجارة بقولها " إذا وقع تحريف في متن السند التزم الذين وقعوه فيما بعد بمقتضى منته المحرف أما الموقعون السابقون فملزمون بمقتضى منته الأصلي " .

ويتضح من هذا النص أنه يفرق بين الموقعين على السند قبل تحريفه وهؤلاء لا يلتزمون إلا بمضمون النص الأصلي قبل التحريف لأنهم وقعوا على أساسه . وبين الموقعين بعد التحريف فيلتزمون بحسب النص المحرف ، أي بحسب مضمونه الجديد بعد التحريف .

وهذا الحكم يتفق مع استقرار التعامل ومع الشكلية التي تعد من الأسس التي يقوم عليها قانون الصرف ، فكل موقع على السند يلتزم بما اشتمل عليه السند من بيانات عند توقيعه عليه .

## الفصل الثاني تداول الشيك

### تمهيد

يحق لكل دائن وفقاً للقواعد العامة، أن يحول حقه إلى الغير، سواء أكان هذا الحق ثابتاً في ورقة عادية أم في ورقة تجارية. ولكن إجراءات حوالة الحق المدنية، وضمانات الوفاء بها، وآثارها، لا تلائم الأوراق التجارية ولا يمكنها من القيام بوظائفها. لذلك نظم قانون التجارة طرقاً أخرى لتحويل الحق الثابت في الشيك تتسم بالبساطة وتتفق وطبيعة المعاملات التجارية التي تقوم على السرعة والائتمان. فأجاز تداول الشيك الذي لحامله بمجرد التسليم أو المناولة . كما أجاز أن يتم تحويل الحق الثابت في الشيك الذي لأمر، بمجرد كتابة تفيد ذلك على ظهر الشيك . ولذلك يسمى هذا التحويل باسم (التظهير)، إشارة إلى مكان كتابته . ويسمى حامل الشيك القديم (المحيل) مظهراً ، والحامل الجديد (المحال إليه) مظهراً إليه .

كما قرر أن الشيك قابل للتداول بالتظهير، سواء اشتمل على شرط الأمر أم لا ، وإذا أراد الساحب أو المحرر عدم تداول الشيك بالتظهير فيجب أن يضمه صراحة عبارة (ليس لأمر) أو أية عبارة أخرى تفيد هذا المعنى، وفي هذه الحالة يخضع تداوله لأحكام حوالة الحق المقررة في القانون المدني .

والتظهير ثلاثة أنواع : تظهير تام أو ناقل للملكية ، وتظهير توكيلي ، وتظهير تأميني ، ونتكلم عن كل منهم في مبحث على التوالي .

## المبحث الأول

### التظهير التام أو الناقل للملكية<sup>(1)</sup>

التظهير الناقل للملكية هو بيان يكتبه المظهر على الشيك ينقل بواسطته ملكية الحق الثابت فيه لأمر المظهر إليه . وهو تصرف قانوني يتم باتفاق الطرفين (المظهر والمظهر إليه) دون حاجة إلى رضا المدين الأصلي ، بل ودون إخباره أو حقه في المعارضة . ويتطلب التظهير لصحته شروطاً موضوعية وشروطاً شكلية ، سنتكلم عنها فيما يلي ، ثم نبين الآثار التي تترتب على التظهير ، وبعد ذلك نتناول حكم التظهير اللاحق للاستحقاق .

## المطلب الأول

### الشروط الموضوعية

يجب أن يتوفر في التظهير الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الالتزامات بشكل عام ، بأن يصدر من شخص أهل للتعامل ، وأن يستند إلى رضا صحيح ، وسبب حقيقي ومشروع ، كأن يخصم المظهر الشيك لدى أحد البنوك للحصول على قيمته قبل ميعاد الاستحقاق ، أو يهدف من تظهير الشيك الوفاء بدين في ذمته إلى المظهر إليه أو تسديد ثمن بضاعة اشتراها منه . وتتنطبق في كل ذلك القواعد التي عرضنا لها عند دراسة الشروط الموضوعية لإنشاء الشيك نفسه .

وبالإضافة إلى ذلك فإنه يجب أن يتوفر في التظهير ما يلي :

---

(1) يسمى التظهير في التشريع العراقي " الجيرو " ، وفي التشريع الليبي " التدور " .

## 1- صدور التظهير من ذي صفة

يجب أن يصدر التظهير من الحامل الشرعي للشيك، ويعد من بيده الشيك أنه حامله الشرعي متى كان مستقيماً أو مظهراً إليه انتقل إليه الشيك نتيجة تظهيرات متصلة بعضها ببعض ولو كان آخرها تظهيراً على بياض . ولأن انتقال الشيك عن طريق التظهير يقوم أساساً على السرعة، فإن المظهر إليه لا يجبر على التحقق من شرعية التظهيرات السابقة، بل يكفي مجرد التحقق -وبصورة سريعة - من اتصال هذه التظهيرات، علماً بأن التظهير المشطوب يعد كأن لم يكن .

وكما يتم التظهير من الحامل الشرعي ، يجوز أن يتم من نائبه ، كالوكيل ومدير الشركة . ولكن يجب أن تكون الوكالة بالتظهير صريحة ، وأن يبين الوكيل صفته هذه عند التظهير . فإذا أهمل أو تجاهل ذكر صفته اعتبر في حكم المظهر ، أي ملتزماً وعلى وجه التضامن أمام الحامل حسن النية . وليس له في هذه الحالة سوى الرجوع على الأصيل استناداً إلى عقد الوكالة لتحصيل ما دفعه .

أما إذا كان التظهير قد تم من قبل شخص ليس له حق على الشيك وليس مفوضاً من قبل الحامل الشرعي، فإن التظهير يقع باطلاً. ويحدث هذا الفرض في الغالب في حالة ضياع أو سرقة الشيك. وفي هذه الحالة لا يحتج على الحامل الشرعي بالوفاء بقيمة الشيك حتى لو كان المظهر إليه حسن النية.

وللمسحوب عليه أن يمتنع عن الوفاء بقيمة الشيك ، ولا يكون هناك سبيل أمام المظهر إليه سوى الصعود في سلسلة التظهيرات حتى الوصول إلى من قام بتظهير الشيك بغير حق . أي أنه لا يكون للحامل الأخير سوى الرجوع على من ظهر له الشيك ، ويكون لهذا الأخير الرجوع على المظهر السابق ... وهكذا، حتى نصل إلى (المظهر المزعوم) حيث يكون لمن تلقى منه الشيك الرجوع عليه بالتعويض .

ويكون المظهر إليه عادة شخصاً أجنبياً عن الشيك سواء أكان شخصاً طبيعياً أم شخصاً اعتبارياً. غير أن المشرع أجاز تطهير الشيك للساحب نفسه فنص في المادة (3/239) من قانون التجارة على أنه :

" 3- ويصح التطهير ولو للساحب نفسه أو لأي ملتزم آخر، ويكون لهؤلاء جميعاً الحق في تطهيره " .

ولكنه اعتبر التطهير إلى المسحوب عليه مخالصة (إيصالاً) لذلك نص في المادة 2/240 من القانون ذاته على أن التطهير الصادر من المسحوب عليه باطل .

ومن جهة أخرى فإن المشرع قد يمنع تطهير الشيك إلى شخص معين ، كما في نص المادة (3/60) من قانون نقابة المحامين النظاميين رقم 11 لسنة 1972 حيث تقضي بأنه " يمتنع على المحامي تحت طائلة المسؤولية : 3- أن يقبل الأسناد التجارية بطريق الحوالة لاسمه، بقصد الادعاء بها دون وكالة " .

فلا يجوز للمحامي وفق هذا النص أن يحصل من موكله على شيك بطريق التطهير ، ليقوم بتحصيل قيمته باسمه الشخصي باعتباره مظهراً إليه . بل يجب أن يطالب بقيمة الشيك بصفته وكيلاً عن حامله الشرعي بناءً على وكالة صريحة بذلك . غير أن هذا المنع لا يعني بطلان التطهير ، بل يكون التطهير صحيحاً ، ولكن يترتب على مخالفة المحامي لهذا النص أن يقع تحت طائلة المسؤولية التي يفرضها قانون النقابة .

## 2- أن يكون التطهير كلياً يشمل مبلغ الشيك بكامله

أوجب المشرع أن يرد التطهير على المبلغ الوارد في الشيك بكامله ، واعتبر التطهير الجزئي ، أي الذي يرد على بعض المبلغ ، باطلاً .

وحكمة ذلك أن التطهير يستوجب بالضرورة تسليم الشيك إلى المظهر إليه حتى يتمكن من تقديمه للمدين والمطالبة بقيمته . والمظهر في التطهير الجزئي لا يتخلى عن

حيازة الشيك ولا يسلمه إلى المظهر إليه طالما أنه لا يزال دائناً بجزء من قيمته ، لذلك لا يستطيع المظهر إليه أن يظهر الشيك مرة أخرى ، أو أن يطالب المدين بقيمة الجزء الذي انتقل إليه من قيمة الشيك بسبب عدم حيازته له .

وعلى فرض أن المظهر إليه استلم الشيك، فإنه لا يستطيع مطالبة المدين سوى بالجزء الذي ظهر إليه من المبلغ، فإذا امتنع المدين عن الوفاء لا يستطيع المظهر إليه أن يحرر احتجاجاً إلا بهذا الجزء دون الجزء الآخر الذي لم تنتقل إليه ملكيته، فيسقط حق مالك هذا الجزء الآخر في الرجوع على المظهرين والضامنين بسبب الإهمال .

### 3- أن يكون التظهير باتاً غير معلق على شرط

نصت على هذا الشرط المادة (1/142) بقولها " مع عدم الإخلال بحكم المادة 154 يجب أن يكون التظهير خالياً من كل شرط . وكل شرط معلق عليه التظهير يعتبر كأن لم يكن " .

وعلة ذلك أن تعليق التظهير على شرط يتعارض مع وظيفة الشيك كأداة وفاء وانتمان ، ويعوق تداوله حيث يتعذر على الغير أن يتعرف من الشيك ذاته عما إذا كان الشرط قد تحقق أو لم يتحقق ، لأن الوفاء بالشرط يتوقف على أمر خارج عن بيانات الشيك . على أن البطلان في هذه الحالة لا يقع على التظهير، بل يبطل الشرط وحده ويكون التظهير صحيحاً.

### 4- عدم وجود شرط يمنع التظهير

سبق أن قلنا إن الشيك التي يدون فيه صاحبه عبارة (ليس لأمر) أو أية عبارة أخرى مماثلة ، يخضع تداوله لأحكام الحوالة المقررة في القانون المدني، لذلك فإن هذا الشيك لا يقبل التداول بطريق التظهير .

أما إذا وضع شرط عدم التطهير من قبل أحد المظهرين ، فإن هذا الشرط لا يحول دون تطهير الشيك ، ولكن من وضع الشرط لا يكون ، وفق المادة 2/145، ملزماً بالضمان تجاه من يؤول إليهم الشيك بتطهير لاحق .

## المطلب الثاني

### الشروط الشكلية

حددت المادة (143) من قانون التجارة الشروط الشكلية اللازمة لصحة التطهير فنصت على أنه:

"1- يكتب التطهير على سند السحب ذاته أو على ورقة أخرى متصلة به .

1- ويجب أن يوقع عليه المظهر ."

وعلى ذلك يشترط لصحة التطهير شكلاً شرطان : الكتابة ، وتوقيع المظهر .

#### 1- الكتابة :

يشترط أن يتم التطهير كتابة، وأن يرد على الشيك ذاته تطبيقاً لمبدأ الكفاية الذاتية للشيك . فإذا تم التطهير على ورقة منفصلة فإنه يعد حوالة مدنية وفق أحكام القانون المدني وليس قانون الصرف .

ولا يشترط أن يرد التطهير في مكان معين من الشيك أو أن يفرغ في صيغة معينة، أو أن يشتمل على بيانات محددة . بل يجوز أن يرد على وجه الشيك وإن جرى العمل على وضع التطهير على ظهر الشيك حتى لا يلتبس الأمر بين كون الموقع مظهراً أو ضامناً ، ولكن لا يجوز أن يكون التطهير على وجه الشيك دون ذكر بيانات التطهير .

وإذا استغرقت التطهيرات ظهر الشيك، يجوز أن يرد التطهير على ورقة أخرى متصلة بها ، وفي العادة يذكر فيها ملخص بيانات الشيك حتى لا يتم فصلها عن تلك الورقة وإرفاقها بورقة أخرى على سبيل الغش .

## 2- توقيع المظهر :

يعد توقيع المظهر تعبيراً منه عن إرادته في نقل الحق الثابت في الورقة التجارية إلى المظهر إليه، وضمان الوفاء به في ميعاد الاستحقاق. ويسري على توقيع المظهر ما قلناه بخصوص توقيع الساحب فلا ضرورة لتكرار ذلك . على أنه إذا تعدد المستفيدون في الشيك، فيلزم لصحة التظهير أن يوقعوا جميعاً، لأن توقيع بعضهم فقط يعد بمثابة تظهير جزئي، وقد سبق القول إن التظهير الجزئي يقع باطلا .

وتنص المادة 3/143 على أنه " يجوز أن لا يعين في التظهير الشخص المظهر له ، وأن يقتصر على توقيع المظهر (على بياض) وفي الحالة الأخيرة لا يكون التظهير صحيحاً إلا إذا كتب على ظهر السند أو على ورقة متصلة به ."

ويفهم من هذا النص أن التظهير نوعان :

### النوع الأول : تظهير على بياض

ويكون التظهير على بياض في صورتين :

أ- أن يقتصر التظهير على توقيع المظهر فقط دون تعيين اسم المستفيد . ويشترط لصحة التظهير في هذه الحالة أن يكتب على ظهر السند أو على الورقة المتصلة به

ب- أن يظهر السند لحامله، حيث أجاز المشرع تظهير السند لحامله فيذكر في التظهير "ادفعوا لحامله" أو "ومني لحامله". واعتبرت المادة 3/142 تظهير السند لحامله تظهيراً على بياض. ومع أن المشرع أوجب أن يرد التظهير على بياض على ظهر السند دون وجهه، فإن التظهير للحامل يجوز أن يرد على ظهر السند وعلى وجهه ، لأن وجود صيغة التظهير تمنع اختلاط التظهير للحامل بالضمان الذي يرد على وجه السند .

وإذا كان التظهير على بياض، يجوز لحامل الشيك وفق المادة 2/144 أن يختار أحد الحلول الآتية :

- 1- أن يملأ البياض بكتابة اسمه أو اسم شخص آخر فيحوّله إلى تظهير اسمي ، فإذا كتب اسم شخص آخر غيره لن يكون اسمه ظاهراً على الشيك وبالتالي لن يكون مسؤولاً عن وفاء الشيك ، ولا يستطيع الحاملون المتعاقبون ملاحقته .
- 2- أن يظهر السند من جديد على بياض أو إلى شخص آخر . وفي هذه الحالة يكون بسبب تظهيره الجديد ضامناً وفاء الشيك قبل الحاملين اللاحقين .
- 3- أن يسلمه كما هو لأي شخص آخر بغير أن يملأ البياض وبغير أن يظهره . ولا يترتب أي التزام صرفي على مجرد المناولة وبالتالي لا يترتب عليه أي ضمان بالوفاء .

### النوع الثاني : تظهير اسمي

والتظهير الاسمي هو التظهير الذي يتضمن اسم المظهر إليه وتوقيع المظهر . كأن يكتب مثلاً "ادفعوا لفلان" أو "ومني لفلان" أو "ومني لأمر فلان". أو أية عبارة تفيد نقل الحق الثابت في الشيك لشخص آخر كما لو كتب على ظهر الشيك " القيمة وصلنتي من فلان " أو " استلمت المبلغ من فلان "، ثم يضع توقيعه تحت هذه العبارة . ويجوز أن يتم هذا التظهير على وجه السند، أو على ظهره، أو على الورقة المتصلة به.

### 3- بيان التاريخ

لا يشترط المشرع لصحة التظهير بيان تاريخ التظهير ، ولكن جرت العادة أن يؤرخ التظهير ويفيد ذكر تاريخ التظهير في تحديد مدى أهلية المظهر وقت التظهير، وما إذا كان التظهير قد تم في فترة الرتبة أم قبل ذلك . وما إذا كان التظهير قد وقع بعد تاريخ الاستحقاق وقبل عمل احتجاج عدم الوفاء أم وقع بعد الميعاد المحدد لعمل الاحتجاج .

وقد حرص المشرع في حالة تأريخ التظهير أن يكون هذا التاريخ صحيحاً، فنص في المادة 151 من قانون التجارة على أنه " لا يجوز تقديم تواريخ التظهير، وإن حصل يعد تزويراً ". وعلى الرغم من أن نص المادة 151 اقتصر على ذكر تقديم تاريخ التظهير، فقد ذهب رأي إلى أن ذكر التاريخ على خلاف الحقيقة سواء كان سابقاً أم لاحقاً يعد تحريفاً للحقيقة في محرر ويعد تزويراً يخضع للعقوبة المقررة لجريمة التزوير . غير أن هذا القول غير مقبول لأن القياس في المسائل الجزائية غير جائز، وبخاصة أن المشرع لا يعد تقديم تاريخ إنشاء الشيك تزويراً .

### المطلب الثالث

#### آثار التظهير الناقل للملكية

متى استوفى التظهير الناقل للملكية شروطه ، انتقلت إلى المظهر إليه جميع الحقوق الناشئة عن الشيك، وتطهر الشيك من الدفع في مواجهة حامل حسن النية . ونتكلم عن هذه الآثار فيما يأتي .

#### أولاً : نقل ملكية الحقوق الناشئة عن الشيك

ينقل التظهير جميع الحقوق الناشئة عن الشيك من ذمة المظهر إلى ذمة المظهر إليه . فيصبح المظهر إليه حاملاً شرعياً للشيك، وينتقل إليه كامل الحق الثابت فيه ، بالإضافة إلى كافة الحقوق التي يخولها قانون الصرف للحامل، كالحق في ملكية مقابل الوفاء ، والحق في إعادة تظهير الشيك، والحق في الرجوع على الضامنين .

#### ثانياً : التزام المظهر بضمان الوفاء

إذا قدم حامل الشيك هذه الورقة للوفاء بقيمتها ، وامتنع المسحوب عليه عن الوفاء، جاز للحامل الرجوع على من ظهر له الشيك وعلى المظهرين السابقين .

فالمظهر عند نقله ملكية الحق الثابت في الشيك بالتظهير ، يلتزم في الوقت نفسه بالوفاء بقيمته إذا لم يقد البنك بذلك ، ويكون التزامه هذا على وجه التضامن مع باقي الموقعين على الشيك كالساحب والضامن الاحتياطي والمظهريين الآخرين .  
وإذا رجع الحامل على المظهر ، وقام الأخير بالوفاء بقيمة الشيك ، عاد إليه حق الملكية الذي انتقل منه عن طريق التظهير ، وكان له بدوره الرجوع على المظهريين السابقين له ، لاستيفاء المبلغ الذي دفعه بالإضافة إلى ما تكبده من مصاريف .

### ثالثاً : تطهير الدفع

تنص المادة 147 من قانون التجارة على أنه " ليس لمن أقيمت عليهم الدعوى بسند سحب أن يحتجوا على حامله بالدفع المبنية على علاقاتهم الشخصية بساحب السند أو بحملته السابقين ما لم يكن حامل السند قد حصل عليه بقصد الإضرار بالمدينين".  
وبينت المادتان 214 و241 بأن هذا الحكم يسري أيضاً على السند لأمر والشيك .  
ويطلق الفقه على عدم جواز احتجاج المدين في الشيك على الحامل حسن النية بالدفع المبنية على علاقته الشخصية بالساحب أو الحملة السابقين مبدأ تطهير الدفع، لأنه يطهر الشيك من العيوب التي قد تكون علقت به سواء عند إنشائه أو في أثناء تداوله، وخاصة العيوب غير الظاهرة التي يجهلها حامل الشيك . فلا يستطيع المدين أن يمتنع عن الوفاء بالاستناد إلى الدفع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة الساحب أو الحملة السابقين، مثل الدفع الناتجة عن عيب الرضا أو عدم مشروعية المحل أو السبب، أو فسخ أو انقضاء العلاقة الأصلية أو بطلانها ، وغير ذلك من الأسباب الأخرى ، لأن التظهير ينقل الحق الثابت في الشيك من المظهر إلى المظهر إليه خالياً من هذه الدفع .

ويعد مبدأ تطهير الدفوع من أهم القواعد التي تحكم الشيك، وهو يتفرع عن مبدأ استقلال التوقيعات ، ويهدف إلى حماية الحامل حسن النية وتأمينه ضد المفاجآت غير المتوقعة عندما يتقدم لاستيفاء قيمة الشيك .

ويرجع النص على هذا المبدأ إلى ضرورات الحياة التجارية والاعتبارات العملية، حتى يمكن للشيك أن يؤدي وظيفته كأداة للائتمان وأداة للوفاء ، فلولا هذا المبدأ لاستحال على الشيك القيام بهذه الوظيفة ، لأنه من العسير أن يطلب من المظهر إليه ، قبل تملكه الورقة بالتطهير ، أن يقوم بالتحري واستقصاء العلاقات القانونية التي تربط المدين في الشيك بالموقعين السابقين ، والتحقق من الدفوع التي قد يتمسك بها المدين الأصلي وسائر المظهرين تجاه المظهر الأخير ، ليتأكد من عدم وجود سبب يبطل التزام أحد الموقعين ، لأن هذا الأمر يعيق تداول الشيك، ويتنافى مع السرعة التي تقوم عليها الحياة التجارية .

وقد خرج المشرع في هذا المبدأ على القاعدة العامة المقررة في المادة 1005 من القانون المدني التي تقضي بانتقال الحق من المحيل إلى المحال له بكافة دفوعه حيث تنص على أنه " للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بكافة الدفوع المتعلقة بالدين والتي كانت له في مواجهة المحيل وله أن يتمسك بكافة الدفوع التي للمحيل قبل المحال له " . كما أنه يعد خروجاً على القواعد العامة التي تقضي بأن فاقد الشيء لا يعطيه ولذلك لا يجوز لأحد أن ينقل إلى غيره حقوقاً أكثر مما له .

### شروط تطبيق مبدأ تطهير الدفوع

يشترط لتطهير الشيك من الدفوع ثلاثة شروط هي :

**الشرط الأول :** أن يكون الحامل مالكا شرعيا للشيك الذي انتقل إليه بتظهير تام صحيح. فلا يطبق هذا المبدأ إذا انتقل الشيك إلى الحامل بطريق آخر، كالحالة المدنية، أو الإرث أو الوصية أو الهبة . لأن الحق ينتقل في الحوالة المدنية محملاً بجميع الدفع ، ولأن الموصى له أو الوارث أو الموهوب له يعد خلفاً عاماً لمن تلقى عنه الشيك فيمكن التمسك قبله بالدفع التي يحتج بها في مواجهة سلفه .

**الشرط الثاني :** أن يكون الحامل حسن النية .

هدف المشرع من النص على مبدأ تطهير الدفع حماية الحامل حسن النية لأنه أولى بالرعاية من غيره من الملتزمين بالشيك . لذلك فإن الحامل سيئ النية لا يستطيع التمسك بهذا المبدأ . ويفهم شرط حسن النية من العبارة الأخيرة الواردة في المادة 147 من قانون التجارة وهي " ... ما لم يكن حامل السند قد حصل عليه بقصد الإضرار بالمدين " .

ويتضح من هذه العبارة أن المشرع لم يكتف بعلم الحامل بالدفع التي للمدين قبل الحاملين السابقين، كعلمه مثلاً بأن السند حرر بمناسبة دين قمار أو بعدم وجود سبب له، لأن ذلك مجرد موقف سلبي . بل اشترط أن يكون لدى حامل السند نية إيقاع الضرر بالمدين ، أي أن يكون الحامل قد قصد من حصوله على الشيك ، مع علمه ووعيه بالعيب ، الإضرار بالمدين بحرمانه من التمسك بالدفع التي كان بمقدوره أن يتمسك بها في مواجهة المظهر السابق على الحامل . وذلك بقبوله أن يقوم الحامل بتظهير الشيك إليه لكي يصبح هو الحامل الجديد ويفوت على المدين فرصة تمسكه بالدفع .

وعبء إثبات سوء نية الحامل يقع على كل ذي مصلحة في ذلك كالساحب أو المظهر أو المسحوب عليه أو الضامن الاحتياطي ، إذ يفترض أن الحامل حسن النية متى تلقى الشيك عن طريق تطهير ناقل للملكية، حتى يثبت العكس . ونية الحامل إيقاع

الضرر بالمدين هي مسألة واقعية يمكن إقامة الدليل عليها بطرق الإثبات كافة بما فيها البينة والقرائن ، ويعود أمر تقديرها لقاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة التمييز . وعلى الرغم من أن علم المظهر إليه لا يكفي وحده لإثبات سوء نيته ، كما لو اعتاد أشخاص لعب القمار وتسديد الخاسر ما عليه بموجب شيك ، وظهر أحدهم شيكاً حصل عليه بهذه الطريقة إلى شخص آخر يعلم بأن سبب الشيك هو دين قمار ، فإن هذا العلم لا يكفي للقول بسوء نية المظهر إليه .

غير أن العلم يمكن أن يكون في حالات أخرى قرينة على سوء نية المظهر إليه، كما لو حصل شخص على شيك بطريق الاحتيال ، أو السرقة ، وظهره إلى شخص آخر كان يعلم بواقعة الاحتيال أو السرقة ، وقبل مع ذلك أن يكون مظهراً إليه ، فإن قبوله هذا يمكن أن يعد قرينة على أنه قصد إلى مساعدة المحتال أو السارق في الحصول على قيمة الشيك بحرمان الساحب من التمسك بالدفع ضد المظهر وفق مبدأ التظهير يظهر الشيك من الدفع . ولكن هذه القرينة بسيطة ، بحيث يجوز للمظهر إليه أن يثبت عكسها . وتقدير ذلك كما قلنا يعود لقاضي الموضوع وفق ظروف وملابسات الدعوى .

**الشرط الثالث : ألا يكون الحامل طرفاً في العلاقة التي ينشأ عنها الدفع .**

فلا مجال لتطبيق هذا المبدأ على أطراف العلاقة التي ينشأ عنها الدفع . وعلى ذلك إذا تم تظهير الشيك إلى المسحوب عليه وأصبح حاملاً له ، لا يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع في مواجهة الساحب . كذلك إذا أصبح المدين في الشيك دائماً للحامل لسبب أو آخر ، فإن هذا المدين يستطيع في حالة الرجوع عليه التمسك في مواجهة هذا الحامل بالمقاصة .

### **نطاق تطبيق قاعدة تطهير الدفع**

ذكرنا أن قاعدة تطهير الدفع تهدف إلى حماية حامل الشيك حسن النية ، لذلك فإنه يستبعد من نطاق تلك القاعدة تلك الدفع التي لا يكون الحامل معها في حاجة إلى

حماية لأن بوسعه التحقق منها كالدفوع الناتجة عن عيب ظاهر في الصك أو شكل الورقة . كما أنه رغم كون العيب غير ظاهر قد توجد اعتبارات قانونية تكون معها حماية الغير أولى من حماية الحامل حسن النية مثل الدفوع الناتجة عن نقص الأهلية أو تزوير توقيع الساحب . وعلى ذلك سوف نعرض للدفوع التي يطهرها التظهير ، ثم نتبع ذلك بالدفوع التي لا يطهرها التظهير .

#### أولاً : الدفوع التي يطهرها التظهير

- 1- الدفوع الناتجة عن عيب الرضا ، مثل بطلان توقيع المدين نتيجة الغلط ، أو الإكراه ، أو التغيرير (التدليس) المقترن بغبن، فإذا وقع شخص شيكا بناء على غلط معتقداً أنه مدين للمستفيد، ثم تبين أن الدين غير موجود أو أنه كان موجوداً ثم انقضى قبل التوقيع وتسليم الورقة للمستفيد ، فإن للساحب أن يحتج في مواجهة المستفيد بالغلط . أما إذا ظهر المستفيد الشيك إلى حامل حسن النية فإن المدين لا يستطيع أن يحتج على الحامل ببطلان التزامه بسبب الغلط ، لأن التظهير يطهر هذا الدفع . وكذلك الحال بالنسبة لعيوب الإرادة الأخرى .
- 2- الدفوع الناتجة عن انعدام السبب أو عدم مشروعيته، كأن يكون سبب الالتزام بالشيك وفاء لدين قمار أو رشوة. فسبب الالتزام بالشيك يبني على العلاقة الأصلية بين الساحب والمستفيد أو ما يسمى ببيان وصول القيمة. ولا يلتزم الحامل بتقصي مدى مشروعية هذا السبب إذا لم يكن ظاهراً بالسند أو إذا كتب في السند سبب آخر مشروع لإخفاء السبب الحقيقي، وكذلك الحال بالنسبة لسبب التظهير .
- 3- الدفوع الناتجة عن بطلان أو فسخ العلاقة الأساسية ، بين الساحب والمستفيد ، أو بين المظهر والمظهر إليه ، أو عن أي سبب آخر . فإذا سحب الشيك لتسديد ثمن بضاعة مثلاً ، ثم فسخ البيع نتيجة عدم مطابقة المبيع للمواصفات أو لامتناع البائع

عن تسليم المبيع مثلاً وانقضت بذلك العلاقة بين الساحب والمستفيد ، فإنه لا يجوز الاحتجاج بذلك على الحامل حسن النية .

4- الدفع الناتجة عن انقضاء الالتزام الصرفي ، كما إذا قام المدين بالوفاء بقيمة الشيك إلى دائنه المباشر دون أن يسترد الصك ، ثم قام هذا الدائن بتظهير الشيك بعد ذلك إلى حامل حسن النية . وكذلك إذا تحققت شروط المقاصة بين طرفي الشيك (الساحب والمستفيد) بأن أصبح الساحب دائناً للمستفيد بمبلغ يوازي قيمة الشيك ، فيستطيع الساحب التمسك بالمقاصة في مواجهة هذا المستفيد ولكن يمتنع عليه ذلك بالنسبة للحامل حسن النية اللاحق على هذا المستفيد . وكذلك الحال لو تم الوفاء كلياً أو جزئياً لحامل سابق ، أو أجريت معه مقاصة أو تنازل عن الدين.

#### ثانياً : الدفع التي لا يطررها التظهير

هناك دفع لا يطررها التظهير بل تبقى سارية في مواجهة الحامل حسن النية ، وذلك إما لأن الحامل لا يكون في حاجة إلى حماية لأن بوسعه التحقق من سبب الدفع ، أو لأن حماية الغير تكون أولى من حماية الحامل حسن النية، ومن هذه الدفع ما يلي:

1- الدفع الناتج عن عيب ظاهر في السند كنقص أحد البيانات القانونية ، مثل نقص مبلغ الشيك ، أو اسم المسحوب عليه ، أو اسم المستفيد ، أو تاريخ إنشاء الشيك ، ولم يكمل هذا النقص حتى حلول الاستحقاق ، فلا تسري قاعدة تظهير الدفع ، ويجوز إثارة هذا الدفع أمام أي حامل للورقة التجارية المعيبة ، لأن هذا الحامل يستطيع تبين العيب ، بل يجب عليه أن يتفحص الورقة للتأكد من عدم وجود عيب فيها وإلا أصبح حاملاً مهملاً .

2- الدفع الناتج عن الشروط الاختيارية الثابتة في صيغة الشيك مثل شرط عدم الضمان، وشرط الرجوع بلا مصاريف ، فهذه الشروط تكون مكتوبة في صلب الصك ويمكن للحامل أن يتبينها .

- 3- الدفع الناتج عن عدم التزام المدين بسبب تزوير توقيعه ، فالمدين الذي زور توقيعه لا يكون طرفاً في الشيك لانعدام إرادته بالالتزام . لذلك يستطيع التمسك بهذا الدفع في مواجهة الحامل ولو كان حسن النية مهما كانت درجة إتقان التوقيع المزور . كما أنه إذا ثبت خطأ المدين المنسوب إليه التوقيع أو إهماله مما أدى إلى تسهيل هذا التزوير ، فإنه لا يلتزم صرفياً بموجب الورقة التجارية ، ولكن يكون مسؤولاً عن تعويض الحامل عما لحقه من ضرر تطبيقاً لقواعد المسؤولية عن الفعل الضار .
- 4- الدفع الناتج عن عدم صلاحية من وقع على الشيك نيابة عن المدين ، فإذا وقع شخص على شيك بصفته وكيلًا عن المدين فيها مثلاً ، ثم تبين أن هذا المدين لم يوكله في ذلك . أو وقع مدير الشركة مثلاً على الورقة باسم الشركة وكان عقد الشركة يحرمه من ذلك وجرى شهره بصورة قانونية ، فإن من حق المدين في الحالة الأولى والشركة في الحالة الثانية أن تدفع دعوى الحامل بعدم صلاحية الوكيل أو المدير بالتوقيع لعدم وجود الوكالة ، أو لأن شهر العقد من شأنه إطلاع الغير على مضمونه . وكذلك الحال إذا تجاوز النائب حدود النيابة فلا يلتزم من تم التوقيع باسمه بل يلتزم الموقع شخصياً في هذه الحالة .
- 5- الدفع بانعدام أو نقص أهلية أحد موقعي السند، إذا كان الساحب أو أحد المظهرين فاقد الأهلية أو ناقصها بسبب عته أو سفه مثلاً ، فإن الدفع الناتج عن انعدام الأهلية أو نقصها لا يتطهر بتظهير الورقة، رغم أن هذا العيب خفي لا يمكن للحامل حسن النية معرفته ، لأن حماية عديم الأهلية أو ناقصها أولى من حماية الحامل حتى لو كان حسن النية ، ولا يجوز حرمانه من حماية القانون بمجرد توقيعه على الورقة التجارية ، وإلا أمكن التهرب من أحكام الأهلية ، بأن يتفق شخص مع القاصر على إفراغ الالتزام في ورقة تجارية ثم يقوم هذا الشخص بتظهيرها إلى حامل

حسن النية . ولكن لا يجوز التمسك بهذا الدفع إلا للقاصر نفسه دون الملتزمين الآخرين بالورقة التجارية .

6- الدفع الشخصية التي بين المدين والحامل، حيث يجوز للمدين الاحتجاج على الحامل بالدفع الشخصية بينهما ، ولا عذر للحامل في ذلك لأنه يعلم بهذه الدفع. لذلك يجوز للمدين في الورقة التجارية أن يحتج على الحامل بالمقاصة الواقعة بينهما.

## المبحث الثاني التظهير التوكيلي

التظهير التوكيلي هو التظهير الذي يقصد به المظهر توكيل المظهر إليه في تحصيل قيمة الورقة التجارية في ميعاد الاستحقاق . والغالب أن يتم التظهير التوكيلي لأحد البنوك ، ويتم بذكر عبارة تدل على التوكيل مثل القيمة للتحصيل أو القيمة للقبض أو للتوكيل .

ولم يشترط قانون التجارة كتابة اسم المظهر إليه في صيغة التظهير على سبيل التوكيل ، لذلك يكون التظهير صحيحا ولو لم يشتمل على اسم المظهر إليه ، وفي هذه الحالة يعد الحائز الشرعي للسند هو المظهر إليه .

ويترتب على التظهير التوكيلي آثار الوكالة العادية سواء في علاقة المظهر بالمظهر إليه ، الذي يلزم بالقيام بجميع التصرفات التي تحفظ حقوق المظهر ، ويكون مسؤولا إذا أهمل في تنفيذ الوكالة وترتب على ذلك ضرر بالمظهر . ولكن استثناء من القاعدة العامة في الوكالة قرر قانون التجارة أن حكم الوكالة التي يتضمنها التظهير التوكيلي لا ينتهي بوفاة الموكل أو بحدوث ما يخل بأهليته أو بإفلاسه . وذلك دعما للاتمان التجاري وتيسيرا لتداول الورثة التجارية .

## المبحث الثالث التظهير التأميني

يمكن لحامل الورقة التجارية رهن الحق الثابت فيها ضمانا لدين في ذمته عن طريق تظهيرها للدائن . ويسمى هذا التظهير تظهيراً تأمينياً . وينقل بموجبه حيازة الورقة إلى المظهر إليه .

ويشتمل هذا التظهير على صيغة تفيد أن التظهير هو على سبيل التأمين أو الرهن مثل عبارة " القيمة ضمان " أو " القيمة رهن " أو أي بيان آخر يفيد ذلك ، بالإضافة إلى توقيع المظهر تحت هذه العبارة . وهذا التظهير يطهر الورقة التجارية من الدفوع كالتظهير الناقل للملكية ولكن بالقدر الذي يحقق مصلحة الدائنين فقط .

ويعد المظهر مدينا راهنا والمظهر إليه دائنا مرتبنا، لذلك يلتزم المظهر إليه بالمحافظة على الورقة التجارية، واتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوق الموكل. وإذا استحق الرهن قبل حلول ميعاد استحقاق الورقة التجارية وقام المدين بالوفاء فإن على المظهر إليه أن يرد الورقة ، إذ ينقضي الرهن بالوفاء بالدين المرهون ، أما إذا تخلف المدين الراهن عن الوفاء كان للمظهر إليه أن ينفذ على الورقة وفق القواعد الخاصة بالتنفيذ على الشيء المرهون رهنا تجارياً .

أما إذا استوفى المظهر إليه مبلغ الورقة في ميعاد الاستحقاق قبل حلول دينه ، فإن عليه أن يرد للمظهر فوراً ما يزيد من قيمة السند عن مبلغ الدين ، إذ يسقط أجل الدين المضمون بالرهن بمجرد استلام المظهر إليه قيمة السند المرهون .

## الفصل الثالث

### ضمانات الوفاء بقيمة الشيك

نظم المشرع الضمانات التي تكفل الوفاء لحامل الشيك بقيمتها في ميعاد الاستحقاق حتى يثبت الثقة فيه ، وهذه الضمانات هي :

**أولاً : تضامن الموقعين على الشيك**

قرر المشرع أن جميع الموقعين على الشيك مسؤولون جميعاً تجاه الحامل على وجه التضامن عن الوفاء بمبلغ الشيك إذا امتنع المسحوب عليه عن الوفاء .  
فالساحب يعد مديناً أصيلاً في الشيك لأنه هو الذي أوجده، وكل واحد من المظهرين للشيك، ينشأ التزامه بالشيك بالتزاماً أصيلاً ومستقلاً نتيجة توقيعيه على الشيك، فيلتزم كل واحد منهم بصفة مستقلة كما لو لم يكن هناك مدين غيره، وهو أمر يفرضه مبدأ استقلال التوقيعات . وكلما زادت التوقيعات على الشيك كان للحامل أكثر من مدين أو ملتزم يستطيع الرجوع عليهم جميعاً أو على أي واحد منهم بكامل الدين .

#### ثانياً : مقابل الوفاء

نص المشرع في المادة 231 من قانون التجارة على أنه " لا يجوز إصدار شيك ما لم يكن للساحب لدى المسحوب عليه في وقت إنشائه نقود يستطيع التصرف فيها بموجب شيك طبقاً لاتفاق صريح أو ضمني بينهما " وهو ما يسمى مقابل الوفاء أو الرصيد .  
كما نص في المادة (421) من قانون العقوبات أن من أعطى بسوء نية شيكا لا يقابله رصيد يعد مرتكباً جريمة إصدار شيك بدون رصيد وتقرض عليه العقوبة المقررة لهذه الجريمة .

### ثالثاً : الضمان الاحتياطي

يجوز ضمان وفاء مبلغ الشيك كله أو بعضه من ضامن احتياطي . والضمان الاحتياطي هو عبارة عن كفالة الدين الثابت في الشيك، بحيث يلتزم الكفيل (الضامن الاحتياطي) بضمان وفاء قيمة الشيك على وجه التضامن مع الشخص الذي ضمنه ، متى امتنع البنك عن الوفاء . وهو من الشروط الاختيارية التي قد يشترطها الحامل إذا لم يكتف بالضمانات القانونية التي سبق ذكرها .

وقد يرد الضمان الاحتياطي على مبلغ الشيك كله ، كما قد يقتصر على بعضه . ويمكن أن يشمل الموقعين جميعهم أو بعضهم أو مجرد أحدهم . ويجوز أن يطلبه المستفيد من الساحب أو المحرر عند إنشاء الشيك ، أو أن يطلبه الحامل بعد تداول الشيك عن طريق التظهير .

ويعد الضامن الاحتياطي كفيلاً للمضمون ومتضامناً معه، فيأخذ المركز القانوني ذاته ، وتكون له ذات حقوقه وعليه ذات التزاماته .

وعلى الرغم من أن التزام الضامن الاحتياطي يتبع التزام المضمون ويسير معه صحة وبطلاناً ، فقد خرج المشرع في المادة 3/163 من قانون التجارة على حكم القواعد العامة في الكفالة ، ونص على صحة التزام الضامن الاحتياطي ولو كان التزام المضمون باطلاً ، لأي سبب آخر غير عيب في الشكل . فلو كان التزام المضمون باطلاً لانعدام الأهلية أو نقصها أو لعدم مشروعية السبب مثلاً فإن التزام الضامن يبقى صحيحاً عملاً بمبدأ استقلال التوقيعات . أما إذا كان سبب بطلان التزام المضمون عيباً في الشكل كنقص بعض البيانات القانونية ، فإن الضامن يستطيع في هذه الحالة أن يتمسك بالبطلان لأن هذا العيب ظاهر يستطيع أي موقع على الورقة أن يتمسك به .

وينقضي التزام الضامن الاحتياطي إذا أوفى المضمون قيمة السند أو انقضى التزام المضمون لأي سبب آخر ، كما ينقضي التزام الضامن الاحتياطي بقدر ما أضعاه

الحامل بخطئه من الضمانات ، كما أنه إذا أفلس المضمون ولم يتقدم الحامل في التقلية بقيمة السند ، فإن حق الحامل في الرجوع على الضامن يسقط بقدر ما أصاب الضامن من ضرر بسبب إهمال الحامل .

## الفصل الرابع

### انقضاء الالتزام الثابت في الشيك

ذكر قانون التجارة ثلاثة أسباب لانقضاء الالتزام الثابت في الشيك هي: الوفاء ، والسقوط ، والتقدم . أما باقي طرق انقضاء الالتزام الصرفي بغير الوفاء وهي : الوفاء بمقابل ، والتجديد ، والمقاصة ، واتحاد الذمة ، والإبراء ، فلم يتعرض لها قانون التجارة لأن أحكامها تنطبق على كل التزام ، سواء أكان صرفياً أم عادياً ، لذلك نحيل بشأنها إلى القواعد العامة في القانون المدني .

وسوف نتكلم عن كل من الوفاء والسقوط والتقدم في ثلاثة مباحث على التوالي .

### المبحث الأول

#### الوفاء

يقصد بالوفاء دفع المبلغ الثابت في الشيك للحامل الشرعي في ميعاد الاستحقاق ، وهو ما يترتب عليه براءة ذمة الملتزم بالوفاء وانقضاء الالتزام الثابت في الشيك .

#### ميعاد الاستحقاق

نص قانون التجارة على أن الشيك مستحق الوفاء بمجرد الاطلاع دائماً ، حتى لو كتب عليه تاريخ لاحق . بينما نص الأمر العسكري على جواز إصدار شيك مؤخر التاريخ ، وأنه لا يجوز أن يقوم البنك بالوفاء بقيمة الشيك إلا في التاريخ المؤخر المذكور فيه .

#### تقديم الشيك للوفاء

نصت المادة 246 من قانون التجارة على أنه :

1- الشيك المسحوب في المملكة الأردنية والواجب الوفاء فيها يجب تقديمه للوفاء في خلال ثلاثين يوماً .

2- فإن كان مسحوباً في خارج المملكة الأردنية وواجب الوفاء في داخلها وجب تقديمه في خلال ستين يوماً إذا كانت جهة إصداره واقعة في أوروبا أو في أي بلد آخر واقع على شاطئ البحر الأبيض المتوسط وفي خلال تسعين يوماً إذا كانت جهة إصداره واقعة في غير البلاد المتقدمة .

3- ويبدأ الميعاد السالف الذكر من اليوم المبين في الشيك أنه تاريخ إصداره .

وانقضاء ميعاد التقديم للوفاء لا يحول دون حق الحامل في مطالبة البنك المسحوب عليه بوفاء قيمة الشيك ، لأن مدة التقديم ليست مدة تقادم . فحق الحامل في مطالبة المسحوب عليه لا يسقط إلا بمضي خمس سنوات . لذلك نصت المادة 1/249 على أن " للمسحوب عليه أن يوفي قيمة الشيك ولو بعد الميعاد المحدد لتقديمه " . وعبارة " للمسحوب عليه أن يوفي ... " تعيد أن المشرع ترك الخيار له في أن يوفي قيمة الشيك أو يمتنع عن الوفاء حتى إذا كان مقابل الوفاء باقياً لديه ، فالأمر جوازي له وليس ملزماً ، لذلك فإذا رفض الوفاء لا مسؤولية عليه ، وللحامل أن يلجأ إلى القضاء للحصول على مقابل الوفاء .

ومن ناحية أخرى فإن المشرع لا يلزم الساحب بإبقاء مقابل الوفاء في الشيك مجمداً لدى البنك إلا خلال الميعاد المحدد لتقديمه للوفاء ، وعند تجاوز هذه المدد دون تقديمه ، يحق لساحبه أن يسترد مقابل الوفاء دون أية مسؤولية مالية أو جزائية . لأن الحامل في هذه الحالة يعد مهمللاً لا يستحق الحماية .

ويلاحظ أن البنوك تجري عادة على الطلب من حامل الشيك الرجوع إلى الساحب لتجديد التاريخ على سبيل الاحتياط ، إذا لم يقدم الشيك للوفاء خلال مدة معينة كتلاثة أشهر أو ستة أشهر ، لأنه ليس من المألوف أن يتأخر المستفيد من الشيك مدة

أطول، بل يفترض أن من يتلقى شيكاً يحرص على استيفاء قيمته . ولكن إذا وقع ما يجعل تجديد التاريخ متعذراً كسفر الساحب مثلاً ، أو إذا أصرّ المستفيد على حقه طبقاً لطبيعة الشيك، فإن البنك الذي يرفض مثل هذا الشيك يجنب رصيد الشيك في حساب خاص كأمانة باسم الساحب والمستفيد إن كان الرصيد موجوداً لديه .

### الوفاء في ميعاد الاستحقاق

يعد وفاء البنك المسحوب عليه في ميعاد الاستحقاق لحامل الشيك دون معارضة صحيحة من أحد، وفاء مبرئاً لذمته ولذمة الضامنين ولو لم يكن متلقي الوفاء المالك الشرعي للورقة . وقد تقررت هذه القرينة القانونية لصالح المدين ، لذلك فإن هذه القرينة لا تسري إذا صدر من المسحوب عليه غش أو خطأ جسيم عند الوفاء لأن المدين لا يكون جديراً بالحماية في هذه الحالة .

والأصل حسن نية الموفي وعلى من يتمسك بصور غش أو خطأ جسيم منه أن يثبت ذلك بطرق الإثبات كافة .

وحتى ينفي المسحوب عليه أي خطأ من جانبه عليه أن يتحقق مما يأتي :

- 1- أن يستوثق من صحة تسلسل التظهيرات وانتظامها ، دون أن يلزم بالتثبت من صحة تواريخ المظهرين إذ لا يفترض علمه بها .
- 2- التحقق من صحة توقيع الساحب ، إذ يفترض أنه على علم به. ويتم ذلك بالنسبة للشيكات بمضاهاة توقيع الساحب على النموذج المودع لدى البنك ، فإذا أهمل المسحوب عليه ذلك ودفع قيمة شيك كان فيه توقيع الساحب مزوراً ، فإنه لا يحق له الرجوع على الساحب ومطالبته بما أداه .
- 3- التحقق من خلو الشيك من كل ما يثير الظنون حول صحة البيانات الواردة فيه، مثل عدم وجود محو أو كشط أو تحشية ، إلا إذا كان هذا العمل مصحوباً بتوقيع من أجره . كما يجب أن يمتنع عن دفع قيمة الشيك إذا كانت كيفية كتابته لا تسمح

بفحصه أو تدعو إلى الشك فيه ، كما إذا كان مكتوباً بالقلم الرصاص ، أو اشتمل على أخطاء هجائية وكان الساحب معروفاً لدى المسحوب عليه بأنه من الأشخاص ذوي الثقافة العالية .

- 4- التحقق من شخصية الحامل الذي يتقدم إلى المسحوب عليه للمطالبة بالوفاء .  
ويكفي في ذلك ما هو مألوف ، كالاتلاع على بطاقة الهوية الشخصية أو جواز السفر . وكذلك التأكد من أهلية الحامل وذلك وفقاً للظاهر من حاله ، وبالتالي يتمتع عليه الدفع إذا كان الحامل حديث السن أو ظاهر الجنون أو العته .
- 5- التأكد من عدم وجود معارضة مقبولة في الوفاء كما سبق وقلنا .
- 6- أن يطلب إلى الحامل تسليمه الشيك موقعا عليها بما يفيد الوفاء لأنه إذا بقي الشيك في حيازة الحامل بعد أداء قيمته وقام هذا الحامل بتظهيره، جاز للمظهر إليه مطالبة المسحوب عليه ثانية بقيمته ولا يحق له دفع الدعوى بسبق الوفاء .

### محل الوفاء

ومحل الوفاء في الشيك هو مبلغ من النقود ، لذا يلتزم المدين بدفع المبلغ المذكور كما ونوعا . وإذا لم يذكر نوع النقود فإنها تكون من عملة البلد المسحوب عليه الورقة التجارية ، أي التي يجب الوفاء بقيمة الورقة فيها ، وعلى ذلك فإنه من المفروض دائماً أن يكون الوفاء بالعملة الأردنية متى كانت الورقة التجارية مستحقة الوفاء بالأردن ، ويجوز أن يشترط دفع مبلغ الورقة بعملة أجنبية ، فيقال مثلاً " ادفعوا ألف دولار أمريكي، أو ألف مارك ألماني "، وفي هذه الحالة يتعين الوفاء بالعملة الأجنبية ، إلا إذا كانت تلك العملة غير متداولة في الأردن ، فيجوز في هذه الحالة الوفاء بقيمتها بالعملة الأردنية حسب سعر صرفها يوم الاستحقاق . وإذا لم يقر المدين بالوفاء في تاريخ الاستحقاق ، فللحاميل الخيار بين المطالبة بمبلغ الورقة محسوبة بسعر العملة الأردنية في يوم الاستحقاق أو في يوم الوفاء .

والعرف الجاري في محل الوفاء هو المعتبر في تعيين سعر العملة الأجنبية . ولكن للساحب أن يحدد في الورقة سعر الصرف الذي يجب الوفاء وفقاً له . ومع ذلك يحق للساحب أن يشترط أن يكون الوفاء بعملة أجنبية معينة دون غيرها ، وفي هذه الحالة يجب الوفاء بهذه العملة دون غيرها .

### الوفاء الجزئي

القاعدة العامة في القانون المدني هي لزوم الوفاء بكامل المبلغ المذكور في الشيك، وأنه لا يجوز إجبار الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يجيز ذلك . ولذلك يحق للحامل رفض هذا الوفاء الجزئي .

غير أن المشرع التجاري خرج على حكم هذه القاعدة العامة فنص في المادة 2/170 من قانون التجارة على أنه " وليس للحامل أن يرفض الوفاء الجزئي "، وبالتالي أوجب على الحامل قبول الوفاء الجزئي بقيمة الورقة التجارية للتخفيف من العبء عن باقي الضامنين بحيث لا يرجع عليهم سوى بالجزء الباقي .

فإذا رفض الحامل قبول الجزء المعروض عليه ، يجوز للضامنين عند الرجوع عليهم الامتناع عن وفاء هذا الجزء الذي رفض تسلمه لمخالفته نص القانون .

### المعارضة في الوفاء

تنص المادة 249 بخصوص الشيك على أنه :

"1- ولا تقبل معارضة الساحب على وفائه (أي الشيك) إلا في حالة ضياعه أو تقليص حامله .

1- فإذا عارض الساحب على الرغم من هذا الحظر لأسباب أخرى وجب على المحكمة بناء على طلب الحامل أن تأمر برفع المعارضة ولو في حالة قيام دعوى أصلية " .

ويهدف هذا الحكم إلى تدعيم الثقة في الشيك بتأكيد حق الحامل في الحصول على مبلغ الشيك مما يسهل تداوله كأداة وفاء وائتمان ويحمي الحامل من المفاجآت التي يتعرض لها في حالة حصول المعارضة في الوفاء لدى المدين والتي تحول بينه وبين قبض قيمة الشيك . وبالتالي يطمئن الحامل إلى أنه سيتسلم قيمة الورقة في ميعاد استحقاقها دون معارضة .

غير أن منع المعارضة في الوفاء ليس مطلقاً ، بل تجوز المعارضة في حالتين نصت عليهما المادة 249 هما :

#### 1- ضياع السند

فإذا ضاع الشيك وجب على حامله أن يخطر المسحوب عليه بواقعة الضياع ويعارض في الوفاء بقيمته لمن يتقدم به في ميعاد الاستحقاق حتى تظهر حقيقة من يملكه ، ويفصل القضاء في هذه المسألة.

ومع أن القانون نص على حالة ضياع الشيك ، والمعارضة في هذه الحالة تعد استثناء من المبدأ القاضي بوجوب الوفاء في ميعاد الاستحقاق ، والاستثناء لا يقاس عليه ، فقد استقر الرأي في الفقه على جواز الاعتراض في كل حالة يتجرّد فيها حامل الشيك عن حيازته دون إرادته ، كسرقة الشيك أو تلفه، لأن الحكمة من المعارضة في الوفاء متوفرة وهي منع الوفاء إلى غير ذي صفة في تلقي الوفاء .

#### 2- إفلاس الحامل

يترتب على إفلاس حامل الشيك رفع يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها ، وتولي وكيل التفليسة استيفاء حقوق المفلس . لذلك يجب على وكيل التفليسة أن يبادر إلى المعارضة في الوفاء للحامل المفلس فإذا لم يفعل ووفى المدين لذلك الحامل في موعد الاستحقاق كان وفاؤه صحيحاً ومبرئاً ما لم يثبت أنه كان يعلم بحالة الإفلاس.

ويقيس الفقه الراجح على إفلاس الحامل حالة نقص أهلية الحامل أو انعدامها، فتتم المعارضة من الولي أو الوصي، وذلك لتوفر العلة نفسها التي أجازت من أجلها المعارضة في الوفاء في حالة إفلاس الحامل .

ويجب أن تتم المعارضة في كل من الحالتين قبل أن يتقدم الحامل للمسحوب عليه، أما إذا وقعت متأخرة بعد أن كان المسحوب عليه قد دفع للحامل فيقع الوفاء صحيحاً ولا مسؤولية عليه .

ولم يبين المشرع الشكل الذي يجب أن تحصل فيه المعارضة في هاتين الحالتين، فيجوز أن تكون شفاهة ، أو بالتلفون ، أو بخطاب عادي ، أو مسجل ، أو بإخطار بواسطة الكاتب العدل ، أو بأية طريقة أخرى . وعند إنكار المسحوب عليه تبلغه المعارضة ، يقع عبء إثبات هذه الواقعة على المعارض ، لذلك من الأسلم أن تتم المعارضة بواسطة الكاتب العدل .

فإذا وقعت المعارضة في الفرضين السابقين ، وجب على المسحوب عليه الامتناع عن دفع قيمة الشيك للحامل وتجميد قيمته لديه حتى يفصل في المعارضة .

أما في غير هاتين الحالتين فإنه يكون للمسحوب عليه رفض المعارضة ودفع القيمة للحامل . وإذا امتنع عن ذلك ، كان للحامل أن يتقدم إلى المحكمة بطلب رفع الاعتراض والأمر بالوفاء بقيمة الشيك للحامل .

وقد جرت عادة البنوك بالنسبة للشيكات على تجميد الرصيد ، حتى لو كانت المعارضة في غير هاتين الحالتين السابقتين ، إلى أن يتم الفصل بأمر المعارضة بحكم، أو يسوي أصحاب الشأن النزاع القائم بينهم ودياً ، تفادياً للدخول في منازعات قضائية مع عملائهم .

### إثبات الوفاء

تنص المادة 251 من قانون التجارة على أنه :

- 1- إذا أوفى المسحوب عليه قيمة الشيك جاز له أن يطلب تسلمه من الحامل موقعاً عليه منه بالتخالص .
- 2- ولا يجوز للحامل الامتناع عن قبول الوفاء الجزئي ... الخ .
- 3- وإذا كان الوفاء جزئياً جاز للمسحوب عليه أن يطلب إثبات هذا الوفاء في الشيك وأن يطلب مخالصة بذلك .

ويتضح من هذين النصين أن من حق المدين الذي يوفي بقيمة الشيك أن يطلب من حامله رده إليه موقعاً عليه بما يفيد الوفاء ، إذا كان الوفاء بكامل قيمة الشيك . أما إذا اقتصر الوفاء على جزء من مبلغ الشيك، فإنه يجوز للمدين أن يطلب إثبات هذا الوفاء في الشيك ذاته وأن يطلب مخالصة بذلك .

فإذا امتنع الحامل عن رد الشيك للمدين مشروحاً عليه ما يفيد الوفاء ، أو امتنع عن إعطائه وصلاً في حالة الوفاء الجزئي يستطيع المدين أن يرفض الوفاء .

ويتضح من النصين أن استرداد الشيك موقعاً عليه جوازي للمدين ، لذلك إذا قام المدين بالوفاء وتسلم الشيك من الحامل دون أن يوقع عليه بما يفيد حصول الوفاء ، فإن ذلك يعد قرينة على الوفاء ، لأن الحامل لا يتخلى عن الشيك في العادة ويسلمه للمدين إلا إذا استلم قيمته . ولكن هذه القرينة بسيطة يستطيع الحامل إثبات عكسها ، كأن يثبت أنه سلم الشيك للمدين قبل الوفاء ليراجع حساباته ويتأكد من أنه مدين للساحب بمبلغ يساوي قيمة الشيك وأن مقابل الوفاء موجود لديه .

كما أنه إذا أوفى المدين بقيمة الشيك للحامل دون أن يسترده موقعاً عليه بالمخالصة ، يستطيع في مواجهة الحامل أن يثبت بالطرق كافة أن الوفاء قد تم للحامل عملاً بمبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية . غير أنه إذا قام الحامل الذي استوفى قيمة الشيك من المدين دون أن يرده إليه ، بتظهير هذا الشيك إلى حامل حسن النية ، فإن المدين لا يستطيع أن يدفع في مواجهة الحامل الجديد بانقضاء التزامه بالوفاء ، حتى

لو أبرز مخالصة على ورقة مستقلة بالوفاء موقعة من الحامل ، لأن التظهير كما تقدم ، يظهر الشيك من هذا الدفع ، فيقتصر أثر المخالصة على العلاقة بين الحامل والمدين الموفي ولا يسري في مواجهة الغير . لذلك يلتزم المدين بالوفاء للحامل الجديد، ويكون له الرجوع بما أوفاه على الحامل السابق بدعوى استرداد ما دفع بغير حق .

### آثار الوفاء

إذا قام المسحوب عليه في الشيك بوفاء قيمته في ميعاد الاستحقاق للحامل الشرعي، برئت ذمة جميع الملتزمين قبل الحامل من ضمان الوفاء، وتنتهي بهذا الوفاء حياة الشيك . ومع ذلك إذا قام المسحوب عليه بالوفاء دون أن يتلقى مقابل الوفاء من الساحب، كان من حقه الرجوع على الساحب .

أما إذا رفض المسحوب عليه الوفاء ورجع الحامل على أحد الملتزمين الذي قام بالوفاء ، فإن من حق هذا الموفي أن يرجع بما أوفاه على الملتزمين الذين يضمنونه ، وهم الملتزمون السابقون عليه ، أي أن الوفاء من أحد الملتزمين لا ينهي حياة الشيك ، بل يبقى الالتزام قائماً طالما كان من حق الموفي الرجوع على الملتزمين السابقين عليه، إذ يستند هذا الرجوع إلى أحكام الالتزام الصرفي كما سنبين تفصيلاً عند بحث أحكام الرجوع.

### الامتناع عن الوفاء

إذا لم يتم الوفاء بقيمة الشيك في ميعاد الاستحقاق يكون أمام الحامل أن يسلك إحدى الطرق التالية :

1- التنفيذ المباشر بتسليم الورقة إلى دائرة الإجراء طالباً تحصيل قيمتها وفق أحكام المادة 2/أ من قانون ذيل قانون الإجراء رقم 25 لسنة 1965 .

- 2- إقامة دعوى مباشرة على الساحب مطالباً إياه بالمبلغ وتنفيذ الحكم بعد الحصول عليه في دائرة الإجراء .
- 3- الرجوع على باقي الموقعين على الورقة التجارية بعد أن يكون قد سحب احتجاج عدم الوفاء في المواعيد التي حددها القانون وقام بعمل الإشعار اللازم للمظهر الذي ظهر له الورقة .

### احتجاج عدم الوفاء

يمكن إثبات الامتناع عن الوفاء بالشيك بإحدى الطرق التالية :

- 1- بورقة احتجاج رسمية .
  - 2- بيان صادر عن المسحوب عليه مؤرخ مكتوب على ذات الشيك مع ذكر يوم تقديمه.
  - 3- بيان مؤرخ صادر من غرفة المقاصة يذكر فيه أن الشيك قدم في الوقت المحدد ولم تدفع قيمته .
- وقد اعتادت البنوك أن تعطي للحامل ورقة مطبوعة تبين فيها سبب امتناعها عن الوفاء ، أو تتضمن عبارة " راجع الساحب " ، وهذه الورقة لا تقوم مقام البيان الذي اشترط القانون وضعه على الشيك . لذلك أصبحت تضع خاتماً يفيد عدم كفاية الرصيد .
- وإذا طلب الحامل وضع البيان الخاص بعدم الدفع على الشيك وامتنع المسحوب عليه عن إجراء ذلك ، تتحقق مسؤولية المصرف تجاه الحامل ، ولا يبقى للحامل سوى أن يلجأ إلى سحب احتجاج عدم الوفاء .

### ميعاد تقديم الاحتجاج

يجب تقديم الاحتجاج بعدم الوفاء في الميعاد المعين لعرض الشيك للوفاء . فإذا وقع عرضه في اليوم الأخير من الميعاد المحدد لهذا الغرض ، جاز أيضاً تقديم الاحتجاج في اليوم التالي .

### الإشعار

يجب على حامل الشيك أن يرسل لمن ظهر له الشيك وللساحب إشعاراً بعدم الوفاء خلال أربعة أيام العمل التالية ليوم الاحتجاج ، أو ليوم تقديمه للوفاء فيما لو اشتمل على شرط الرجوع بلا مصاريف .

ويجب على كل مظهر في خلال يومي العمل التاليين ليوم تسلمه الإشعار أن يحيط مظهره علماً بالإشعار الذي تلقاه مبيناً له أسماء وعناوين من قاموا بالإشعارات السابقة وهكذا من مظهر إلى آخر حتى تبلغ صاحب الشيك . وإذا لم يبين أحد المظهرين عنوانه أو بينه بصورة لا يتيسر قراءتها اكتفي بإشعار المظهر السابق له . ولكن من لا يرسل الإشعار لا يسقط حقه ولكنه يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي ترتب على إهماله أو تخلفه ، بشرط أن لا يتجاوز التعويض قيمة السند .

### الرجوع

**أولاً : رجوع الحامل على الملتزمين :**

بعد أن يثبت حامل الشيك امتناع المسحوب عليه عن الوفاء باحتجاج عدم الوفاء ، يستطيع أن يرجع على جميع الملتزمين بالشيك كالساحب والمظهرين والضامنين الاحتياطيين . ويحق للحامل مطالبتهم مجتمعين أو منفردين دون مراعاة ترتيب معين بينهم ، ويطالبهم بالمبلغ والفوائد والمصاريف .

**ثانياً : رجوع الملتزمين بعضهم على بعض :**

إذا قام أحد الملتزمين في الشيك بالوفاء للحامل ، سواء تم ذلك ودياً أم قضائياً أم عن طريق التنفيذ المباشر ، تبرأ ذمة الملتزمين اللاحقين عليه وضامنهم الاحتياطيين ، ويكون من حق الموفي أن يرجع على ضامنيه ، أي الملتزمين السابقين عليه بما يأتي :

أ- جميع ما أوفاه .

ب- فوائد المبلغ الذي أوفاه محسوبة بالسعر القانوني ابتداء من يوم الوفاء .

ج- المصاريف التي تحملها .

أما إذا قام المسحوب عليه بدفع قيمة الشيك فليس له الرجوع على الساحب إلا إذا كان قد دفع على المكشوف ، أي إذا لم يكن الساحب قد قدم له مقابل الوفاء .

وكذلك إذا قام الساحب بالوفاء فإنه يستطيع الرجوع على المسحوب عليه لاسترجاع مقابل الوفاء الذي كان قد قدمه له .

ولكن الرجوع في هاتين الحالتين الأخيرتين لا يكون بالاستناد إلى الشيك ، بل تكون دعوى الرجوع ذات صفة مدنية أو تجارية تبعا لصفة الدين الذي يتكون منه مقابل الوفاء .

## المبحث الثاني السقوط

إذا أهمل حامل الشيك في تقديم احتجاج عدم الوفاء في المواعيد التي حددها القانون سقط حقه في الرجوع على الضامنين .

ويختلف أثر إهمال الحامل بحسب صفة المدين في الشيك :

1- فبالنسبة للساحب ، إذا كان قد أوصل مقابل الوفاء إلى المسحوب عليه يسقط حق الحامل المهمل بالرجوع عليه . أما إذا لم يكن قد أوصل مقابل الوفاء إلى المسحوب عليه فإنه يعد مديناً أصلياً للحامل ويبقى ملتزماً في مواجهته ، إلا إذا انقضى هذا الالتزام بالتقادم أو بأحد أسباب انقضاء الالتزام الأخرى ، لأن عدم الوفاء من قبله يشكل بالنسبة له كسباً بلا سبب مشروع .

2- أما المسحوب عليه ، فإنه لا يعد ملتزماً تجاه الحامل إلا إذا كان مقابل الوفاء قد وصل إليه ، فلا يسقط حق الحامل تجاهه بل يلتزم بالدفع رغم إهمال الحامل في القيام بالاحتجاج .

3- أما بالنسبة للمظهرين ، فإنه يسقط حق الحامل بالرجوع عليهم بمجرد ثبوت إهماله ، ويستثنى من ذلك المظهر الذي اشترط عدم الاحتجاج ، فيبقى حق الحامل في الرجوع عليه .

4- أما الضامنون الاحتياطيون فإن كلاً منهم يلتزم بما يلتزم به الشخص المضمون، فإذا سقط حق الحامل قبل أحد الملتزمين بسبب إهماله ، سقط حقه بالرجوع على ضامنه الاحتياطي .

ولكن يلاحظ أن سقوط حق الحامل بسبب عدم القيام بالواجبات المفروضة عليه ليس من النظام العام ، لذلك لا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ، بل يجب أن

يتمسك به الخصم . كما يجوز الاتفاق سلفاً على التنازل عن حق التمسك بالسقوط كما في شرط الرجوع بلا مصاريف . والتمسك بالسقوط من الدفع الموضوعية التي يجوز التمسك بها في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ما دام لم يتضح من الدعوى أن من تقرر لمصلحته قد تنازل عن حقه فيه.

والسقوط ليس تعويضاً عن الضرر الذي لحق الساحب أو أي مظهر ، لذلك يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به بغض النظر عما إذا كان قد لحقه ضرر أم لا ، لأن السقوط هو جزء الإهمال .

وإذا أوفى أحد الملتزمين بقيمة السند للحامل رغم إهماله ، لا يحق له أن يرجع بما دفعه على باقي الموقعين لأنه يكون قد دفع ما لا يجب دفعه .

والسقوط بسبب الإهمال لا يشمل سوى الدعاوى المستندة إلى قانون الصرف ، فإذا كان الحامل المهمل له حق الرجوع على أحد الملتزمين بناء على العلاقة الأصلية القائمة بينهما ، فإن هذه الدعوى لا تسقط بالإهمال وإنما تخضع لحكم القواعد العامة في القانون المدني أو التجاري حسب الحال .

ولما كان السقوط يرجع إلى إهمال الحامل ، فإذا حال دون عرض السند أو تقديم الاحتجاج في المواعيد المعينة حائل لا يمكن التغلب عليه (أي قوة قاهرة)، فلا يمكن الدفع في مواجهته بسقوط حقه . بل تمتد هذه المواعيد - كما سبق وذكرنا - وفق ما هو منصوص عليه في المادتين 191 و 266 من قانون التجارة .

## المبحث الثالث

### مرور الزمن المانع من سماع الدعوى

#### (التقادم)

تنص المادة 271 من قانون التجارة على أنه :

- 1- تسقط بالتقادم دعوى حامل الشيك تجاه المسحوب عليه بمضي خمس سنوات محسوبة من تاريخ انقضاء الميعاد المحدد لتقديم الشيك للوفاء .
- 2- وتسقط بالتقادم دعاوى رجوع حامل على المظهرين والساحب والملتزمين الآخرين بمضي ستة شهور محسوبة من تاريخ انقضاء ميعاد التقديم .
- 3- وتسقط بالتقادم دعاوى رجوع مختلف الملتزمين بوفاء الشيك بعضهم تجاه بعض بمضي ستة شهور محسوبة من اليوم الذي أوفى فيه الملتزم أو من اليوم الذي خوصم فيه بدعوى الرجوع .
- 4- ولا تسقط بمضي المواعيد المتقدمة الدعوى على الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء أو قدمه ثم سحبه كلاً أو بعضاً ، والدعاوى على سائر الملتزمين الذين حصلوا على كسب غير عادل .

ويتضح من هذا النص أن الدعوى التي تخضع للتقادم الصرفي هي :

- 1- دعوى حامل على المسحوب عليه الذي لديه مقابل الوفاء .
- 2- دعوى حامل على الضامن الاحتياطي .
- 3- دعوى حامل على أحد المظهرين .
- 4- دعوى حامل على الساحب للمطالبة بقيمة الشيك .
- 5- دعوى المظهرين والضامنين الاحتياطيين بعضهم اتجاه بعض .

## مدد التقادم :

- تختلف مدة التقادم بحسب الدعوى التي تخضع له على النحو التالي :
- أولاً : الدعاوى التي تتقادم بخمس سنوات :
- دعوى حامل الشيك الذي له رصيد تجاه المسحوب عليه .
- ثانياً : الدعاوى التي تتقادم بستة أشهر :
- 1- دعوى حامل الشيك تجاه المظهرين .
  - 2- دعوى حامل الشيك الذي له رصيد تجاه الساحب .
  - 3- دعوى حامل الشيك تجاه الضامنين الاحتياطيين .
  - 4- دعوى الملتزمين بوفاء الشيك بعضهم تجاه بعض من اليوم الذي أوفى فيه الملتزم أو اليوم الذي خوصم فيه بدعوى الرجوع .
- ثالثاً : دعوى حامل الشيك الذي ليس له رصيد تجاه الساحب .
- وقد نصت الفقرة (4) من المادة 271 على أن هذه الدعوى لا تخضع للمدد السابقة، ولكنها لم تحدد مدة خاصة بها ، لذلك يسري عليها التقادم التجاري العادي وهو عشر سنوات .

## انقطاع التقادم :

ينقطع التقادم في الحالات التالية:

- 1- إذا أقام الحامل دعوى على الملتزم للمطالبة بالدين الثابت في الشيك .
- 2- إذا صدر حكم بالدين الثابت في الشيك .
- 3- إذا أقر الملتزم بقيمة الدين الثابت في الشيك بموجب وثيقة مستقلة .
- 4- إذا قام الملتزم بتسديد جزء من مبلغ الشيك .

5- إذا قام الحامل بأي إجراء قضائي للتمسك بحقه ، مثل الحجز التحفظي على أموال الملتزم ، أو التنفيذ الجبري لدى دائرة الإجراء ، أو التقدم بالدين الثابت في الشيك في تقليسة المدين ، أو التمسك بالمقاصة في حالة مطالبة الملتزم له بحقه أمام المحكمة.

### وقف التقادم :

يقف سريان التقادم إذا وُجد عذر شرعي يتعذر معه على الحامل أن يطالب بحقه، سواء كان هذا العذر ماديا مثل قيام حرب مفاجئة أو انقطاع المواصلات ، أم أدبيا مثل العلاقة ما بين الأصول والفروع ، وعلاقة الولي أو الوصي بمن له عليه ولاية أو وصاية. ولا يستفيد من وقف التقادم سوى من تقرر العذر لمصلحته ، فإذا وقف التقادم بالنسبة لأحد الملتزمين بالسند لا يترتب عليه وقفه بالنسبة للملتزمين الآخرين . ولا تحسب المدة التي وقف فيها سريان التقادم ، وإنما تحسب المدة السابقة لوجود سبب الوقف ، والمدة اللاحقة لزوال هذا السبب .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## الفهرس

الصفحة	الموضوع
3	مقدمة
5	القسم الأول : مبادئ القانون بصفة عامة
	الباب الأول : نظرية القانون
7	تمهيد
7	ضرورة القانون
7	وظيفة القانون
7	القانون والحق والواجب
9	تقسيم
10	الفصل الأول : التعريف بالقانون
11	1- القاعدة القانونية مجردة وعامة
12	2- القاعدة القانونية تحكم سلوك الأفراد في المجتمع
14	3- القاعدة القانونية قاعدة ملزمة
15	خصائص الجزاء
15	أنواع الجزاء
17	الفصل الثاني : أنواع القواعد القانونية
18	المبحث الأول : القانون الداخلي والقانون الخارجي
	المطلب الأول : القانون الداخلي
18	(القانون العام ولقانون الخاص)
22	الفرع الأول : فروع القانون العام
27	الفرع الثاني : فروع القانون الخاص

35	المطلب الثاني : القانون الخارجي (القانون الدولي العام)
37	المبحث الثاني : القواعد الآمرة والقواعد المكملة
37	المطلب الأول : القواعد الآمرة
38	المطلب الثاني : القواعد المكملة
41	المطلب الثالث : معيار التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة أو طريقة التعرف على نوع القاعدة
48	الفصل الثالث : مصادر القانون
48	المبحث الأول : المصادر الأصلية
48	أولا : التشريع
51	ثانيا : الدين
53	المبحث الثاني : المصادر الاحتياطية
53	أولا : أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية
53	ثانيا : العرف
55	ثالثا : قواعد العدالة
57	المبحث الثالث : المصادر التفسيرية (القضاء والفقه)
58	الفصل الرابع : تطبيق القانون
58	المبحث الأول : السلطة التي تقوم بتطبيق القانون
58	المطلب الأول : المحاكم النظامية
60	الفرع الأول : المحاكم العادية

62	الفرع الثاني : محكمة العدل العليا	
63	المطلب الثاني : المحاكم الدينية	
63	الفرع الأول : المحاكم الشرعية	
64	الفرع الثاني : مجالس الطوائف الدينية	
66	المطلب الثالث : المحاكم الخاصة	
67	المبحث الثاني : نطاق تطبيق القانون	
67	المطلب الأول : نطاق تطبيق القانون من حيث	المكان
71	المطلب الثاني : نطاق تطبيق القانون من حيث	الزمان
75	المطلب الثالث : نطاق تطبيق القانون من حيث	
	الأشخاص	
	<b>الباب الثاني : نظرية الحق</b>	
77	تعريف الحق	
77	تقسيم	
77	الفصل الأول : أنواع الحقوق	
78	المبحث الأول : الحقوق السياسية	
79	المبحث الثاني : الحقوق المدنية	
79	المطلب الأول : الحقوق غير المالية	
79	الفرع الأول : الحقوق العامة	
82	الفرع الثاني : حقوق الأسرة	
84	المطلب الثاني : الحقوق المالية	

86	الفصل الثاني : أركان الحق
86	المبحث الأول : أشخاص الحق
87	المطلب الأول : الشخص الطبيعي
89	خصائص الشخصية
89	الفرع الأول : الاسم
90	الفرع الثاني : الحالة
93	الفرع الثالث : الموطن
95	الفرع الرابع : الذمة المالية
97	الفرع الخامس : الأهلية
97	أحكام أهلية الأداء
98	أولا : مراحل أهلية الأداء
99	ثانيا : عوارض الأهلية
101	المطلب الثاني : الأشخاص الحكمية أو
	الاعتبارية
101	الفرع الأول : الشخص الحكمي ونطاقه
102	الفرع الثاني : كسب الشخصية الحكمية
	وانتهاؤها
104	الفرع الثالث : خصائص الشخص الحكمي
106	الفرع الرابع : أنواع الشخص الحكمي
108	المبحث الثاني : محل الحق المالي
108	المطلب الأول : الأعمال
110	المطلب الثاني : الأشياء
111	الفرع الأول : الأشياء التي يمكن أن تكون

	محلا للحقوق
112	الفرع الثاني : تقسيمات الأشياء
119	الفصل الثالث : مصادر الحق
119	أولا : الواقعة القانونية
120	ثانيا : العمل أو لتصرف القانوني
122	ثالثا: الواقعة والتصرف كمصدر للحقوق الشخصية
	والحقوق
	المدنية
123	الفصل الرابع : إثبات الحق
123	تعريف الإثبات
123	محل الإثبات
124	عبء الإثبات
125	الفصل الخامس : حماية الحق
125	المبحث الأول : وسائل حماية الحق
126	المبحث الثاني : نطاق حماية الحق (إساءة استعمال الحق)
132	الباب الثالث : نظرية العقد
132	تعريف العقد
133	منهـج البحث
134	الفصل الأول : انعقاد العقد
134	التراضي
135	المطلب الأول : الإرادة والتعبير عنها
142	المطلب الثاني : توافق الإرادتين
142	الفرع الأول : الإيجاب

148	الفرع الثاني : القبول
150	الفرع الثالث : صور خاصة للقبول
154	المطلب الثالث : تلاقي الإرادتين
	المطلب الرابع : مرحلة تمهيدية في التعاقد
157	الوعد بالتعاقد - والعربون
157	الفرع الأول : الوعد بالتعاقد
158	الفرع الثاني : العربون
159	المطلب الخامس : التعاقد بواسطة النائب (النيابة في التعاقد)
163	المطلب السادس : صحة التراضي
163	الفرع الأول : الإكراه
166	الفرع الثاني : التعبير المقترن بغبن فاحش
169	الفرع الثالث : الغلط
171	المطلب السابع : مراتب انعقاد العقد
171	الفرع الأول : العقد الصحيح
172	الفرع الثاني : العقد الفاسد
173	الفرع الثالث : العقد الباطل
174	الفصل الثاني : آثار الـعقد
174	1- الخلف العام
175	2- الخلف الخاص
	الفصل الثالث : تنفيذ العقد وزوال الرابطة التعاقدية
177	المبحث الأول : تنفيذ العقد
178	المطلب الأول : الخطأ
179	المطلب الثاني : الضرر
180	المطلب الثالث : علاقة السببية

181	المبحث الثاني : زوال الرابطة التعاقدية
181	1- الانقضاء
181	2- الرجوع
182	3- الإنهاء
182	4- الإقالة
183	5- الفسخ
183	6- انفساخ العقد وتحمل التبعة
184	7- الدفـع بعدم التنفيـذ
187	<b>القسم الثاني : القانون التجاري</b>
189	تمهيـد
189	تعريف القانون التجاري
189	أسباب نشأة القانون التجاري
189	مصادر القانون التجاري
191	نطاق تطبيق القانون التجاري
192	منهـج البـحث
193	<b>الباب الأول : مبادئ القانون التجاري</b>
193	الفصل الأول : الأعمال التجارية (مقدمات)
195	المبحث الأول : الأعمال التجارية بحكم ماهيتها الذاتية
196	أولاً : الأعمال التجارية البرية
197	ثانياً : الأعمال التجارية البحرية
201	المبحث الثاني : الأعمال التجارية بالتبعية
202	الفصل الثاني : التجار
202	المبحث الأول : تعريف التاجر

202	الشرط الأول : احتراف الأعمال التجارية
206	الشرط الثاني : الأهلية التجارية
207	المبحث الثاني : الآثار القانونية لصفة التاجر
207	المطلب الأول : الدفاتر التجارية
210	المطلب الثاني : التسجيل في سجل التجارة
215	الفصل الثالث : المتجر
215	المبحث الأول : عناصر المتجر
220	المبحث الثاني : نشأة المتجر وانقضاؤه
221	المبحث الثالث : الحماية القانونية للمتجر

## الباب الثاني : الشركات التجارية

225	تمهيـد
225	التعريف بالشركة
225	أهمية الشركات
227	أنواع الشركات ومعيـار التفرقة بينها
227	الشركات التجارية
228	التشريع الذي يحكم الشركات في الأردن
228	خطة الدراسة
229	الفصل الأول : الأحكام العامة في الشركات التجارية
229	المبحث الأول : عقد الشركة
230	المطلب الأول : الأركان الموضوعية الخاصة
230	الفرع الأول : تعدد الشركاء
231	الفرع الثاني : تقديم الحصص او المساهمة في رأس المال

- 233 الفرع الثالث : نية المشاركة واقتسام الأرباح  
والخسائر
- 235 المطلب الثاني : الشروط الشكلية في عقد الشركة  
(الكتابة والشهر)
- 238 المبحث الثاني : الشخصية الحكمية للشركة
- 239 المطلب الأول : الآثار القانونية التي تترتب على  
وجود الشخصية الحكمية
- 239 الفرع الأول : الذمة المالية للشركة
- 240 الفرع الثاني : أهلية الشركة
- 241 الفرع الثالث : موطن الشركة
- 241 الفرع الرابع : اسم أو عنوان الشركة
- 242 الفرع الخامس : جنسية الشركة
- 243 المطلب الثاني : انقضاء الشخصية الحكمية للشركة
- 244 المطلب الثالث : تصفية الشركة وقسمتها
- 244 الفرع الأول : تصفية الشركة
- 247 الفرع الثاني : قسمة موجودات الشركة
- 249 المبحث الثاني : أنواع الشركات التجارية
- 249 المطلب الأول : الشركات العادية العامة
- 250 الفرع الأول : خصائص الشركة العادية
- العامة
- 252 الفرع الثاني : تكوين الشركة العادية العامة
- 255 الفرع الثالث : إدارة الشركة العادية العامة
- 260 المطلب الثاني : الشركة العادية المحدودة
- 263 المطلب الثالث : شركات المساهمة الخصوصية

(الشركة ذات المسؤولية

(المحدودة)

- 263 الفرع الأول : خصائص شركة المساهمة  
الخصوصية
- 267 الفرع الثاني : تكوين شركة المساهمة  
الخصوصية
- 264 البند الأول : الشروط الموضوعية
- 269 البند الثاني : الشروط الشكلية  
(إجراءات تأسيس

(الشركة)

- 272 الفرع الثالث : إدارة الشركة
- 273 المطب الرابع : شركات المساهمة العامة
- 273 الفرع الأول : تعريف شركة المساهمة العامة  
وخصائصها
- 274 الفرع الثاني : تأسيس شركة المساهمة العامة
- 283 الفرع الثالث : الأوراق المالية التي تصدرها  
شركة المساهمة
- 283 أولا : الأسهم
- 288 ثانيا : أسناد القرض (السندات)
- 292 الفرع الرابع : إدارة شركة المساهمة العامة
- 292 أولا : مجلس الإدارة
- 293 ثانيا : الهيئة العامة للشركة
- 295 ثالثا : مدققو الحسابات
- 297 رابعا : حسابات الشركة

## الباب الثالث : الأوراق التجارية

299	تعريف الأوراق التجارية
299	وظائف الأوراق التجارية
301	الفرق بين الأوراق التجارية والأوراق النقدية
302	النظام القانوني للأوراق التجارية
304	منهج البحث
305	الفصل الأول : إنشاء الشيك
305	المبحث الأول : الشروط الموضوعية
308	المبحث الثاني : الشروط الشكلية
308	المطلب الأول : ضرورة الكتابة
312	المطلب الثاني : البيانات القانونية في الشيك
322	المطلب الثالث : أثر تخلف احد البيانات القانونية أو صورته أو تحريفه
322	أولا : تخلف البيانات القانونية
324	ثانيا : الصورية
326	ثالثا : التحريف
	الفصل الثاني : تداول الشيك
327	تمهيد
328	المبحث الأول : التطهير التام أو الناقل للملكية
328	المطلب الأول : الشروط الموضوعية
332	المطلب الثاني : الشروط الشكلية
335	المطلب الثالث : آثار التطهير الناقل للملكية
344	المبحث الثاني : التطهير التوكيلي

345	المبحث الثالث : التطهير التأميني
346	الفصل الثالث : ضمانات الوفاء بقيمة الشيك
349	الفصل الرابع : انقضاء الالتزام الثابت في الشيك
349	المبحث الأول : الوفاء
349	ميعاد الاستحقاق
349	تقديم الشيك للوفاء
351	الوفاء في ميعاد الاستحقاق
352	محل الوفاء
353	الوفاء الجزئي
353	المعارضة في الوفاء
355	إثبات الوفاء
357	آثار الوفاء
357	الامتناع عن الوفاء
358	احتجاج عدم الوفاء
309	ميعاد تقديم الاحتجاج
309	الإشعار
361	المبحث الثاني : السقوط
361	المبحث الثالث : مرور الزمن المانع من سماع الدعوى ( الـتقـادم )
364	مدة التقادم
364	انقطاع التقادم
365	وقف التقادم
266	الفهرس

