An-Najah University Journal for Research – B
Humanities
مجلة جامعة النجاح للأبحاث – ب
العلوم الإنسانية

Defenses Not Cleansed by the Endorsement of a Check in Light of Legal Provisions and Judicial Rulings: A Comparative Study

Abdelsalam Bani Hamad [1,*] & Marwa Al-Shraida [2]
Received: 27th Nov. 2023, Accepted: 24th Oct. 2024, Published: ××××. DOI: ××××

Abstract: The study deals with the rule of defenses that are not "cleansed" by endorsement in a check and the scope of its application in law and jurisprudence. According to the rule, the rule of purifying defenses stems from the principle of independence of signatures, such that each signature on a check is independent of the other, meaning that the obligation signed by virtue of this signature has no relation to the other signatures on the check. For example, if the drawer's obligation is invalid for any reason, this invalidity does not extend to the holder who did not intend to harm the debtor, but rather its effect is limited to the drawer and the beneficiary only. **objectives:** The aim of this study is to clarify the effects of ownership-transferring endorsement of a check, supported by recent court rulings and scholarly opinions on each matter. This is particularly relevant to numerous cases pending before the courts, highlighting the significant need for clarity. **Methodology:** The study employs an analytical, inductive, and descriptive approach, analyzing and describing legal texts, in addition to using a comparative methodology. **Results:** This rule in law and jurisprudence was not taken broadly; the legislator and jurisprudence have provided exceptions to this rule, if the debtor may adhere to some defenses against the bearer of the check if he intended to harm the debtor when receiving the check from the endorser, and the debtor also has the right to adhere to some defenses against the bearer of the check even if he did not intend to harm the debtor. **Recommendations:** We call on Jordanian law to amend Article (147) of the Jordanian Commercial Law. We also call on Jordanian law to amend Article (249/2) of the law, to include the rest of the other acts.
Keywords: Check, Endorsement, Cleansing, Defense.

الدفوع التي لا يطهرها تظهير الشيك في ضوء أحكام القانون والاجتهاد: دراسة مقارنة

عبدالسلام بني حمد[1،*]، و مروة الشريدة[2]
تاريخ التسليم: (2023/11/27)، تاريخ القبول: (2024/10/24)، تاريخ النشر: ×××

الملخص: تتناول الدراسة قاعدة الدفوع التي لا يطهرها التظهير في الشيك ونطاق تطبيقها في القانون والاجتهاد، -وبحسب القاعدة- فإن قاعدة تطهير الدفوع تنبثق عن مبدأ استقلال التواقيع، بحيث يكون كل توقيع على الشيك مستقلا عن غيره، أي أن الالتزام الموقع بمقتضى هذا التوقيع لا علاقة له بالتواقيع الأخرى الموجودة على الشيك، فمثلا إذا كان التزام الساحب باطلا لأي سبب كان، فإن هذا البطلان لا ينسحب على الحامل الذي لم يقصد الإضرار بالمدين، وإنما يقتصر أثره على الساحب والمستفيد فقط. **اهداف الدراسة:** هدفت الدراسة الى بيان الآثار المترتبة على تلك القاعدة معززة المسائل القانونية بأحكام القضاء الحديثة، وآراء الفقه في كل مسألة، خاصة وان الموضوع يمسّ كثيرًا من القضايا المنظورة أمام المحاكم بشكل تكثر الحاجة إليه. **منهجية الدراسة:** فقد اتبعت الدراسة المنهج التحليلي والاستقرائي والوصفي والقائم على تحليل النصوص القانونية ووصفها، بالإضافة للمنهج المقارن. **النتائج:** خلصت الدراسة لبعض النتائج أهمها: أن هذه القاعدة في القانون والاجتهاد لم تؤخذ على اتساعها؛ فقد أورد المشرع والاجتهاد استثناءات على تلك القاعدة، إذا يجوز للمدين التمسك ببعض الدفوع أمام حامل الشيك <سيء النية> إذا قصد الإضرار بالمدين عند تلقي الشيك من المظهر، وللمدين ايضا حق التمسك ببعض الدفوع امام حامل الشيك حتى وان لم يقصد الإضرار بالمدين. **التوصيات:** خلصت الدراسة لعدة توصيات أبرزها: ندعو الشرع الاردني الى تعديل المادة (147) من قانون التجارة الأردني، بما يتوافق مع الإطار التطبيقي للشيك. كما ندعو المشرع الاردني الى تعديل المادة (2/249) من القانون، بما يشمل باقي الافعال الأخرى.
الكلمات المفتاحية: الشيك، التظهير، التطهير، الدفوع.

مقدمة

نظّم المشرّع الاردني احكام الورقة التجارية -ومن بينها الشيك- في قانون التجارة، وقد بينت المادة (123) من القانون المذكور ان الاوراق التجارية هي اسناد قابلة للتداول بمقتضى احكام هذا القانون وتشتمل على: أ- سند السحب ويسمى أيضاً البوليصة أو السفتجة .. ب - سند الامر ويسمى أيضاً السند الاذني ومعروف باسم الكمبيالة. جـ- الشيك. د. السند لحامله او القابل للانتقال بالتظهير.

وقد نظم قانون التجارة ايضا طرقاً 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، ويسمى هذا التحويل باسم (التظهير). (وقد احالت المادة (241) من قانون التجارة الاردني تطبيق احكام التظهير للشيك على المادة (143) الخاصة بسند السحب.

1 Qatar Police Academy, Doha, Qatar.
*Corresponding author email: salam_78_2008@yahoo.com
2 Legal researcher, Institute of Public Administration, Jordan

1 اكاديمية الشرطة القطرية، الدوحة، قطر.
*الباحث المراسل: salam_78_2008@yahoo.com
2 باحثة قانونية، معهد الادارة العامة، الأردن.

كما أنه يسري في الضفة الغربية من فلسطين قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966، وبالتالي ينطبق عليهما نفس الأحكام في كل ما يتعلق بأحكام في هذه الدراسة).

ويترتّب على التظهير الناقل للحق الآثار الثلاثــة الآتية وهي: نقل الحقوق الثابتة في الشيك، والتزام المظهر بضمان القبول والوفاء، وانطباق مبدأ تطهير الدفوع.

وان قاعدة تطهير الدفوع في الشيك -وفي الأوراق التجارية على وجه العموم- هي من اهم الآثار القانونية التي تترتب على التظهير التام الناقل للملكية، والسماح لحامل الشيك من ضمان حصوله على الحق الذي يتضمنه الشيك خاليا من أية دفوع لا علاقة للحامل بها.

مشكلة الدراسة

إن قاعدة تطهير الدفوع بالتظهير في الشيك لم تؤخذ على اطلاقها؛ فقد أورد المشرع استثناءات على تلك القاعدة، كما أورد الاجتهاد القضائي والفقهي استثناءات أخرى، فيجوز للمدين التمسك ببعض الدفوع أمام حامل الشيك إذا قصد الإضرار بالمدين عند تلقي الشيك من المظهر، وله الحق في حالات أخرى التمسك ببعض الدفوع امام حامل الشيك حتى وان لم يقصد الأخير الاضرار بالمدين، فمن خلال تلك المسائل تتولد بعض الإشكاليات القانونية، يمكن إعادة صياغتها بالآتي:

1. ما ماهية قاعدة تطهير الدفوع بالتظهير في الشيك؟
2. ما المقصود بقصد الاضرار بالمدين، وهل يشترط وجود غش أو تواطؤ بين المظهر والمظهر إليه؟
3. هل الدفع بالتزوير في مواجهة حامل الشيك يشمل الدفع بتزوير أي من البيانات الالزامية للشيك؟
4. هل يمكن للمدين ان يتمسك بالدفع بالسرقة او الاحتيال امام حامل الشيك الذي لم يقصد الاضرار بالمدين عند تلقي الشيك؟
5. هل يتعارض التمسك بهذه القاعدة مع مبدأ الكفاية الذاتية المقرر للورقة التجارية -من بينها الشيك-؟
6. ما هي حدود مسؤولية البنك (المسحوب عليه) عند التعامل مع الشيك المزوّر او المحرّف؟

أهمية الدراسة

تظهر أهمية هذه الدراسة من أنه قاصر على الدفوع التي لا يطهرها التظهير بالشيك على وجه الخصوص، وكان الدافع الرئيسي من وراء هذه الدراسة هو تباين الاختلافات القضائية والفقهية الاردنية -خاصة الحديثة منها- ومن جهة، وتباين الاختلافات الفقهية والتشريعية المقارنة، كالقطرية والفلسطينية والمصرية والفرنسية وغيرها حول هذا الموضوع من جهة أخرى.

اهداف الدراسة

تهدف الدراسة الى بيان الآثار المترتبة على تلك القاعدة معززة المسائل القانونية بأحكام القضاء الحديثة، وآراء الفقه في كل مسألة، ومن ناحية أخرى، تأتي في إطار بحث بعض الحالات التي لم يأخذ المشرع بها ولم يسمح بالتمسك بها تجاه الحامل ولو لم يقصد الاضرار بالمدين، خاصة وان الموضوع يمسّ كثيرًا من القضايا المنظورة أمام المحاكم بشكل تكثر الحاجة إليه.

منهجية الدراسة

لمناقشة المحاور المذكورة سابقا تم انتهاج المنهج التحليلي والاستقرائي والوصفي والقائم على تحليل النصوص القانونية ووصفها فيما يتعلق بالدراسة، ورغم أن الدراسة تنصبّ على القانون الأردني، إلا أننا سنشير إلى موقف القانون المقارن كلما اقتضت الضرورة ذلك، من أجل الوقوف على جوانب القصور في القانون الأردني بهدف تلافيها أو لإظهار الميزة لهذا القانون.

خطة الدراسة

ولبحث ما تقدّم سوف نقوم بتقسيم هذه الدراسة إلى:

- المبحث الأول: ماهية قاعدة تطهير الدفوع بالتظهير في الشيك.
- المبحث الثاني: الدفوع التي لا يطهرها التظهير في الشيك.
- الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: ماهية قاعدة تطهير الدفوع بالتظهير في الشيك

سنقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين: الاول: سنتناول مفهوم قاعدة تطهير الدفوع بالتظهير في الشيك، وفي المطلب الثاني: سنبين اهم شروط تطبيق قاعدة تطهير الدفوع بالتظهير في الشيك.

المطلب الاول: مفهوم قاعدة تطهير الدفوع بالتظهير في الشيك

ابتداءً يقصد بالتظهير في الشيك بأنه بيان خطي يكتبه المظهر على ظهر الشيك او على ورقة متصلة به، يفيد اما تنازل المظهر عن ملكية الحق الثابت بالشيك للمظهر اليه، او توكيل الغير بتحصيل قيمته، اما التظهير التأميني. (فالتظهير التأميني هو وضع الحق الثابت في الورقة التجارية رهناً لدين معين على المظهر، فالمظهر هو المدين الراهن والمظهر اليه هو الدائن المرتهن، وإذا تخلّف المدين الراهن عن الوفاء كان للمظهر اليه أن ينفّذ على الرقة التجارية وفقا للقواعد العامة بالتنفيذ على الشيء المرهون رهناً حيازياً).

فهو تظهير غير متصور في الشيك لأنه يتطلب مرور مدة زمنية بين تاريخ تحرير الشيك وتاريخ وفائه، ولما كان الشيك يستحق الدفع فور الاطلاع عليه فإنه لا يتصور أن يظهر شخصا شيك ليضعه ضمانا عند آخر الى حين تاريخ استحقاقه، لأنه يستحق فورا. (القضاة، 2012، ص349. ابراهيم، 2020، ص 217. لفروجي، 1999، ص158. حشاد، 2004، ص388).

والدليل على ذلك ايضا نجد بأن المادة (241) تجارة أردني احات في شأن تظهير الشيك وتداولها الى احكام السفتجة الواردة في المواد (141-148) واستبعدت المادة (149) المتعلقة بأحكام التظهير التأميني. كما أن موقف القضاء الاردني من مفهوم التظهير جاء متفق مع ما جاء به القانون والفقه الأردني (استئناف عمان رقم 2021/6694).

اما قاعدة تطهير الدفوع بتظهير الشيك يقصد بها: نقل الحق الثابت في الشيك مبرئاً من الدفوع التي يتمسك بها المدين أمام ساحب الشيك في مواجهة حامل الشيك حسن النية (حمدان، 2017، ص178).

وهكذا، فإن قاعدة تطهير الدفوع بالتظهير تعني أن المظهر إليه يتلقى الحق من المظهر خالياً من العيوب التي

تشوبه، فلا يجوز للمدين بالورقة أن يمتنع عن الوفاء للحامل حسن النية مستنداً إلى الدفوع التى كان يستطيع التمسك بها فى مواجهة دائنه المباشر. والمقصود بالدفوع هنا جميع أوجه الدفاع التى يلجأ إليها المدين عادة للتنصل من التزامه، كادعائه بطلان الالتزام لعدم وجود سبب، أو لعدم مشروعيته. (كريم، 1997، ص140).

وعلى صعيد التشريع فقد نصت على هذه القاعدة المادة (١٤٧) من قانون التجارة الأردنى بقولها: ليس لمن أقيمت عليهم الدعوى بسند سحب أن يحتجوا على حامله بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية بساحب السند أو بحملته السابقين ما لم يكن حامل السند قد حصل عليه بقصد الإضرار بالمدين). (ويقابلها المادة (478) تجارة قطري، والمادة (4/185) تجارة عراقى، والمادة (494) تجارة المصري، والمادة (261) تجارة مغربى، والمادة (537) تجارة امارتى، والمادة (331) تجارة لبنانى، والمادة (12/511) تجارة فرنسى، والمادة (17) من قانون جنيف الموحد والذي اقر فيها: ان مبدأ تطهير الدفوع يستفيد منه حامل سند السحب ما لم يكن قد قصد عند حصوله على السند، الاضرار بالمدين).

وان هذا النص الذي ورد بشأن سند السحب يسري على الشيك أيضاً بدلالة المادة (٢٤١) من ذات القانون. (استئناف اربد رقم 2023/353). ومن جهة اخرى، وعلى اعتبار أهمية الشيك كأداة وفاء، ينبغى على المشرع أن ينظم كامل احكام التظهير ومنها هذه القاعدة نظرا لدوره الكبير فى التداولات المصرفى، ولكونه يحمل فى طياته شقا جزائيا لا حقوقيا فقط على غرار الأوراق التجارية الأخرى كأداة ائتمان، ويميزه ايضا عن الاسناد العادية، وهذا ما اخذت به بعض التشريعات المقارنة كقانون التجارة المصري. (راجع المواد (486) وما بعدها من قانون التجارة المصري). الذي نظم احكام تظهير الشيك على وجه الخصوص بشكل مستقل عن احكام التظهير المتعلقة بالأوراق التجارية الأخرى. (راجع: المادة (245) تجارة أردنى، وقد نصت المادة (28) من اتفاقية جنيف لعام 1931.بأنه:(الشيك واجب الوفاء لدى الاطلاع عليه، واي بيان خلاف ذلك لا يعتد به، والشيك الذي يتم تقديمه للوفاء قبل التاريخ الذي يتضمنه كتاريخ لصدوره يتم الوفاء به فى تاريخ تقديمه. اما قانون التجارة المصري فقد اورد استثناء فى المادة (515) بإضافة الفقرة 3 فى المادة (503). وراجع: شفيق، 1955، ص284. كما ان قانون التجارة القطري فى المادة (452) عرفت الشيك كسند يستحق الوفاء بمجرد الاطلاع عليه، وإذا ذكر فى الشيك تاريخ لاحق لتاريخ السحب الحقيقى، وقدم للوفاء به قبل حلول التاريخ، كان للبنك أن يمتنع عن دفع قيمته حتى حلول اليوم المبين فيه كتاريخ لإصداره، فإذا قام البنك بالوفاء قبل ذلك التاريخ، كان مسؤولاً عن الأضرار التى تنشأ عن هذا الوفاء. كما أن قانون التجارة القطري نص فى المادة (580) (يكون الشيك مستحق الوفاء بمجرد الاطلاع عليه، وكل بيان مخالف لذلك يعتبر كأن لم يكن. وإذا ذكر فى الشيك تاريخ لاحق لتاريخ السحب الحقيقى، وقدم للوفاء به قبل حلول التاريخ، كان للبنك أن يمتنع عن دفع قيمته حتى حلول اليوم المبين فيه كتاريخ لإصداره كما ان احكام القضاء القطري قد اقرت فى احكامها بوجود ما يعرف باسم "شيك الضمان". راجع: تمييز قطري-رقم 2010/162.).

اما بالنسبة للمفهوم القضائى لقاعدة تطهير الدفوع بالتظهير، نشير الى قرار لمحكمة التمييز الأردنية والذي جاء فيه: (.... والمستفاد من المادة (147) المذكورة التى تنطبق على الشيك عملاً بالمادة (241) من القانون ذاته أن تظهير الشيك يطهر الدفوع ويقصد بهذا المبدأ عدم جواز الاحتجاج بالدفوع الناشئة عن العلاقة المباشرة بين الساحب والمستفيد أو الناشئة عن العلاقة المباشرة بين المظهر والمظهر إليه على الحامل حسن النية الذي لم يكن طرفاً فى تلك العلاقة المباشرة بأن فصل بينه وبينها تظهيراً ناقلاً للملكية يحميه من هذه الدفوع التى قد تثار ضده، حيث إن التظهير ينقل الحق من المظهر إلى المظهر له...). (تمييز-اردنية /حقوق رقم 2022/1933 وهذا المفهوم أخذت به ايضا محكمة التمييز-بصفتها الجزائية فى قرارها رقم 2020/3415). فمن حيث المضمون نجد أن المفهوم القضائى لقاعدة تطهير الدفوع بالتظهير يتوافق مع ما ذهب إليه الفقه في هذا الموضوع.

المطلب الثاني: شروط تطبيق قاعدة تطهير الدفوع بالتظهير في الشيك

ان التظهير لا يطهر الشيك -وكذلك سند السحب والكمبيالة- من الدفوع الا بتوافر عدة شروط، حيث سنبين فى هذا المطلب هذه الشروط بشىء من التفصيل: فى الفرع الأول: سنتناول شروط تتعلق بطبيعة التظهير، وفى الفرع الثانى: سنبين شروط تتعلق بشخص الحامل، ثم سنتناول فى الفرع الثالث: بأن يتم التظهير قبل الاحتجاج او قبل انقضاء المدة المحددة لعمل الاحتجاج، اما فى الفرع الرابع: نتناول شرط أن يكون الدفع من الدفوع التي يطهرها التظهير.

الفرع الاول: ان يكون تظهير الشيك ناقلا للملكية

لكى يستطيع حامل الشيك التمسك بقاعدة تطهير الدفوع ينبغى أن يكون مالكا شرعيا بتظهيرات متصلة بعضها ببعض للحق الثابت بها، والا يقصد الاضرار بالمدين وفقا لنص المادة (١٤٧) من قانون التجارة الأردنى. فقد نصت المادة (1/146) من ذات القانون بأنه: (1-يعتبر من بيده السند انه حامله الشرعى متى اثبت انه صاحب الحق فيه بتظهيرات متصلة بعضها ببعض ولو كان آخرها تظهيرا على بياض 2 .والتظهيرات المشطوبة تعتبر فى هذا الشأن كان لم تكن. 3 . واذا اعقب التظهير على بياض تظهير آخر، اعتبر الموقع على التظهير الاخير انه هو الذي آل اليه الحق فى السند بذلك التظهير على بياض 4 . وإذا زالت يد شخص عن السند بحادث ما فحامله متى اثبت انه هو صاحب الحق فيه وفقا للفقرة السابقة لا يلزم برده الا إذا كان قد حصل عليه بنية سيئة او خطا جسيم).

فالحامل الذي يستفيد من قاعدة تطهير الدفوع هو الحامل الشرعى للشيك بتظهير ناقل للملكية، أي من كان بيده الشيك وأثبت أنه صاحب الحق فيه بتظهيرات متصلة مع بعضها البعض وفقاً لما قانون التجارة، ذلك ان هذه القاعدة هى اثر من آثار التظهير الناقل للملكية، مما يعنى وجوب ان يكون الحامل الذي يحق له التمسك بهذه القاعدة قد اكتسب الشيك عن هذا الطريق دون غيره من طرق تداول الحقوق، وعلى هذا الاساس فلا مجال لإعمال قاعدة تطهير الدفوع اذا وقع التنازل عن الشيك بطريق الحوالة المدنية، وانما تسري عندئذ احكام الحوالة الواردة في

القانون المدنى، والتى تجيز للمدين أن يتمسك قبل المحال له بكافة الدفوع المتعلقة بالدين والتى كانت له فى مواجهة المحيل، وهذا ينطبق ايضاً على الشيك المشروط دفعه الى شخص مسمى والمدونة فيه عبارة (ليس لأمر) أو أية عبارة أخرى مماثلة لأن مثل هذا الشيك يخضع تداوله لأحكام حوالة الحق المقررة فى القانون (كريم، 1997، ص142).

وتطبيقا لذلك، جاء فى قرار لمحكمة التمييز الأردنية/حقوق بأنه: (...وحيث أنه من المقرر بنص المادتين 144 و 146 ودلالة المادة 241 من قانون التجارة يشترط لاعتبار حامل الورقة التجارية ــالشيك موضوع الدعوى- صاحب الحق بقيمتها اثبات انه تلقاها من ساحبها او المظهرين عن طريق تظهيرات متصلة ببعضها ذلك ان مجرد وجود الشيك بيد شخص لا يعنى ذلك انه حامل شرعى له وانما يجب لاعتباره كذلك ان يثبت انه صاحب الحق به وانه تلقاه من ساحبه او المظهرين من خلال تظهيرات متصلة ببعضها البعض فاذا ما عجز حامل الشيك عن اثبات انه صاحب الحق فيه بتظهيرات متصلة فانه يعتبر حامل غير شرعى وفقا لمنطوق المادة (146) من قانون التجارة ولما كان ذلك ولما للمحكمة من سلطة تقديرية فى وزن البينة قد توصلت من خلال تقرير الخبرة الفنى بان المدعى عليه الاول كمال المستفيد من الشيك لم يظهره للمدعى ولم ينقل ملكيته له وان المدعى لم يثبت ان الشيك وصل اليه بطريق التظهيرات المتصلة ببعضها البعض فلا يعتبر والحالة هذه حاملا شرعيا للشيك لان المستفيد من الشيك والمدون اسمه بمتنه كمستفيد لم ينقل ملكيته للمدعى مما يترتب عليه ان المدعى يعتبر حامل غير شرعى للشيك موضوع الدعوى وفقا لمنطوق المادة (146) من قانون التجارة طالما لم يثبت انه وصل اليه بتظهيرات متصلة ببعضها البعض مما يترتب عليه والحالة هذه ان دعوى المدعى مستوجبة الرد وفاقدة لأساسها القانوني. (تمييز أردنية-حقوق، رقم 3094 /2021).

وقد تدرج عبارة تدل على التظهير الناقل للملكية: (ادفعوا لأمر...) ويكتب اسم (المظهر اليه) والقيمة وصلتنا نقدا، ويدرج ايضا توقيع المظهر. كما انه لا يجوز التظهير الجزئى فى الشيك، وإذا وقع ذلك فانه يقع باطلا، حيث ان المادة (2/240) من قانون التجارة الأردنى اشترطت ان يقع التظهير على كامل قيمة الشيك المبينة اساسا في بيانات الشيك الإلزامية.

اما بخصوص التظهير التأمينى فلم ينص القانون عليه - فكما أسلفنا- واما فيما يتعلق بالتظهير التوكيلى فلا محل لتطبيق هذه القاعدة ايضا، توكيل للمظهر اليه فى قبض قيمة الشيك لحساب المظهر، ومن ثم لا يجوز له ان يتمسك بتطهير الدين من الدفوع فى مواجهة المدين بقيمة الشيك او فى مواجهة غير الموقعين، ويجوز لهؤلاء التمسك فى مواجهته بالدفوع التى كانت لهم في مواجهة المظهر (الموكل). (غنام، 2014، ص210).

كما لا تطهر الورقة من الدفوع إذا آلت الى الحامل بطريق الوصية او الهبة أو الإرث، لان الموصى له او الموهوب له او الموصى له يعد خلفا عاما، ويمكن التمسك فى مواجهته بالدفوع التى يحتج بها بالنسبة للوارث او الموصي، وفقا لأحكام القانون المدني. (العكيلي، 2021، ص106).

وكذلك الحال اذا كان الحامل قد آلت اليه عن طريق الاندماج عندما تنتقل الحقوق والالتزامات من الشركة المندمجة الى الشركة الدامجة، كما انه اذا تم تداول الشيك بعد عمل احتجاج عدم الوفاء او بعد انقضاء الميعاد المحدد لتقادم الشيك، يجوز الاحتجاج على المظهر اليه بالدفوع التى يمكن التمسك بها فى مواجهة المظهر. فوفقا لنص المادة (243) من قانون التجارة جاء فيها: (التظهير اللاحق للاحتجاج او الحاصل بعد انقضاء الميعاد المحدد لتقديم الشيك لا ينتج سوى آثار الاحكام المتعلقة بحوالة الحق المقررة فى القانون المدنى)، (ويقابلها نص المادة (577) تجارة قطري، والمادة (491) تجارة مصري، والمادة (334) تجارة لبناني).

الفرع الثاني: ان لا يقصد الحامل من حصوله على الشيك الاضرار بالمدين:

مما لا شك فيه أن العمل التجاري قائم على مبدأ حسن النية، فمتى ما فقد هذا الشرط الأساس فى العمل التجاري استحال تطبيق هذه القاعدة، وبالتالى فإن الحامل ينبغى أن لا يكون طرفا مباشرا بالدفع المحتج به وأن ينتفى علمه به.

وعلى الرغم من ان التشريعات التجارية ومن بينها قانون جنيف قد اشترطت على الحامل الشرعى للسند التجاري المحتج ضده توافر عدة شروط حتى يستطيع التمسك بقاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع ضده، وهو ان لا يقصد الحامل من حصوله على السند "الاضرار بالمدين" الا ان هنالك جانب من القضاء والفقه القانونى. (العكيلى، 2021، ص106. القضاة، 2012، ص125، ناصيف، 2018، ص233). اعتبروا ان المقصود بذلك هو توافر (حسن النية) بانه يجب ان لا يستفيد من قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع الا الحامل (حسن النية)، فالحامل (سيء النية) يجب معاقبته بتفويت الفرصة عليه لسوء نية من الاستفادة من هذه القاعدة بإعطاء الحق للمدين بأن يحتج عليه بالدفوع التي هو في الواقع لا يجهلها.

وعلى المستوى النظري والتطبيقى، فقد تنازع الاجتهاد الفقهى والقضائى حول تحديد المقصود بمبدأ "حسن النية"، حيث يرى الفريق الاول: ان المقصود بحسن النية: الا يكون هنالك تواطؤ او غش بين المظهر والمظهر اليه للإضرار بالمدين وحرمانه من التمسك بالدفوع، فلا يكتفى ان يكون الحامل بوجود العيب او الدفع عند تلقيه الشيك لاعتباره سيء النية. (شفيق، 1955، ص278. Caen et Renault,1925,p19). اما الفريق الثانى: فيذهب الى ان المقصود بحسن النية الا يعلم الحامل بوجود العيب، فمجرد علمه يجعله سيء النية حتى ولو لم يثبت فى حقه التواطؤ والغش فى حق المدين. (حسين، د.ت، ص85. وبهذا اخذت به محكمة النقض المصرية: نقض 1967/6/15 احكام النقض، س18، ص1275). وهنالك فريق ثالث: يمكن وصفه بأنه يتوسط هذين الرأيين وهذا الرأي تبناه قانون جنيف الموحد في المادة (١٧) منه حيث قرر أن قاعدة تطهير الدفوع يستفيد منها الاعتبار الحامل سيء النية ما لم يكن قد قصد عند حصوله على الشيك (الاضرار بالمدين) فطبقاً لهذا الرأي لا يكفي لاعتبار الحامل سيء النية علمه وقت التظهير بوجود دفع يستطيع المدين توجيهه للمظهر، كما أنه لا يشترط الغش والتواطؤ بين المظهر والمظهر اليه، بل يكفى النية اتجاه قصده الى الإضرار بالمدين عند تلقي الشيك، ولو

لم يتم هذا القصد عند المظهر (طه، 2010، ص90. وقد أشرنا آنفا لنص المادة (17) من قانون جنيف الموحد).

بمعنى ان يكون الحامل عالماً بالدفع الذي كان من المستطاع الاحتجاج به على المظهر لو ظل الشيك فى حيازته وطالب به المدين، وأنه – أي الحامل - بقبوله التظهير قصد أن يفوت على المدين الاحتجاج بهذا الدفع. وقد اخذ قانون التجارة الاردنى -وباقى التشريعات التجارية المقارنة التى سبق الاشارة اليها- بهذا الرأي الاخير، حيث اعتبرت المادة (147) من قانون التجارة الاردنى ان حامل الشيك سيء النية إذا كان قد حصل عليه بقصد الاضرار بالمدين. فنص المادة (147). (وبذات الحكم اخذت به التشريعات المقارنة: (القطري، الفلسطيني، المصري، العراقى، اللبنانى، المغربى، الامارتى). صريحة باقتصار المعيار على مجرد وجود نية لدى الحامل بإيقاع "ضرر بالمدين" عند حصوله على الشيك، ووجود هذه النية يفترض علم الحامل بوجود الدفع المراد تطهيره.

وهذا ما أخذ به القانون الفرنسى العام 2000 حيث نصت المادة 12/511 منه على: (لا يجوز للأشخاص المدعى عليهم بموجب الكمبيالة أن يتمسكوا ضد حاملها باستثناءات بناء على علاقتهم الشخصية بالساحب أو بالحاملين السابقين، ما لم يكن الحامل قد تعمد، عند حصوله على الكمبيالة، الإضرار بالمدين).

(Les personnes actionnées en vertu de la lettre de change ne peuvent pas opposer au porteur les exceptions fondées sur leurs rapport personnels avec le tireur ou avec les porteurs antérieurs, à moins que le porteur, en acquérant la lettre, n'ait agi sciemment au détriment di débiteur)

وعلى هذا الاساس قررت محكمة التمييز الفرنسية معنى عبارة قصد الاضرار بالمدين بأنها: حالت ادراك الحامل لحظة قبوله التظهير الحاق الضرر بالمدين الصرفى عن طريق تجريده من التمسك بدفوع اصبح من المستحيل التمسك بها فى مواجهة الساحب او مظهر سابق، وهى دفوع ناتجة عن علاقة هذا المدين الصرفى بهؤلاء (Cass,26,juin,1956,j,c,p.1956.11.9600). حيث ان المادة (12/511) من القانون الفرنسى نصت بعد تعديلها بصورة صريحة على ان سوء نية الحامل يفسر بقصد الاضرار بالمدين. (المرجع سابق، ص232).

وبالنسبة لموقف القضاء الاردنى حول هذا الموضوع فقد تضاربت فيه بعض احكامه، الا انه فى اغلب قرارات محكمة التمييز الحديثة اكتفت بتوافر قصد الاضرار لدى المظهر اليه (الحامل) فقط ولو لم يقم هذا القصد عند المظهر، واعتبرت الحامل عند ذلك سيء النية. ففى قرار لمحكمة التمييز الاردنية /حقوق جاء فيه: (.... وحيث إن قصد الإضرار لا يتطلب تواطؤاً ثابتاً بين طرفى التظهير، وإنما يكفى فيه أن يثبت أن المظهر إليه (الحامل) كأن يعلم بحقيقة الدفع الذي للمدين الصرفى على المظهر ثم تلقى السند بقصد حرمان المدين من الاحتجاج بهذا الدفع، ويكفى أن يثبت قصد الإضرار على هذا النحو فى نفس الحامل لكى يعتبر سيء النية ويحرم من الاستفادة من مبدأ تطهير الدفوع ...). (تمييز أردنية/حقوق، 2022/9022. نقض فلسطينية/حقوق رقم 2016/380).

ومما يثير ذلك تساؤلا عن المقصود بعبارة (قصد الاضرار)؟ فهل قصد المشرع بها مجرد علم الحامل بوجود الدفع أو العيب عند تلقيه الحق كما يتجه الرأي الغالب فى الفقه وأحكام القضاء، أم قصد بها وجود غش أو تواطؤ بين المظهر والمظهر إليه ويكون المشرع قد مال إلى رأي الأقلية في مفهوم حسن النية؟

يرى بعض الفقه - وبحق - أن عبارة " ما لم يكن قصد الحامل وقت حصوله على الشيك الإضرار بالمدين" التى استخدمها المشرع غامضة وتثير مشكلات عملية كبيرة فى تحديد المقصود بها، وسيؤدي تطبيقها إلى تضارب فى الأحكام حسب فهم قاضى الموضوع لها، وستدخلنا فى متاهة البحث عن نية أو قصد الإضرار وهى مسائل داخلية صعب الوصول اليها (غنام، 2014، ص212. القضاة، 2012، ص126). بينما يرى البعض الآخر، أن العبارة التى استخدمها المشرع تعنى بوضوح ضرورة تصرف الحامل عن علم، ومؤدى ذلك أنه يُكتفى بأن يكون الحامل على علم بوجود الدفع وأنه قصد حرمان المدين من هذا الدفع. (عوض، 2009، ص266).

ونحن نرى بدورنا واتفاقا مع ما استقر عليه القانون والقضاء الاردنى حول هذا الموضوع، ومن خلال نص المادة (147) من قانون التجارة انه من الناحية العملية قد يصعب تحديد المقصود من <قصد الاضرار> فى كثير من الحالات اثناء التطبيق امام القضاء، لذا وحيث ان القانون قد اشترط فى نص المادة (147) توافر لدى حامل الشيك الصرفى قصد الاضرار بالمدين والذي جاء فيها:(...أن يحتجوا على حامله بالدفوع .. ما لم يكن حامل السند قد حصل عليه بقصد الإضرار بالمدين) فإن المقصود بذلك ان قصد اضرار حامل الشيك الصرفى بالمدين من قبل الحامل لا يتطلب بالضرورة سوى أن يثبت المدين أن الحامل (المظهر إليه) كان يعلم بحقيقة الدفع المراد الاحتجاج به على المدين عند تلقى الشيك الصرفى بقصد حرمان هذا المدين من الاحتجاج بهذا الدفع ليتحقق سيء نية الحامل، فالعبرة فى تقدير <قصد الاضرار او سوء النية> لدى الحامل هى بوقت تظهير الشيك اليه، ومن ثم فلا يعتبر الحامل قاصدا الاضرار بالمدين اذا لم تتجه نيته عند حصوله على الشيك ولو توافرت لديه هذه النية فى وقت لاحق، وعلى الرغم من ان تلك المسألة هى مسألة واقع تخضع لقاضى الموضوع. (تمييز اردنية/حقوق رقم 2022/3699 تمييز قطرية رقم 2010/161).

وما يؤيد رأي الباحثين، هو ما جاء فى قرار لمحكمة التمييز الاردنية /حقوق والذي جاء فيه: (.... وهذه المادة (147) من قانون التجارة تتضمن مبدأ التظهير يطهر الدفوع، وحيث نجد أن المميز وفى طلبه للبينة الشخصية بقائمة بيناته أراد إثبات وقائع تتعلق بالدفوع المبنية على علاقته الشخصية بالمظهر، ولم يشر إلى وقائع أو إثبات سوء نية المدعية (الحامل الأخير) للسند، وحيث إن ادعاء سوء نية الحامل الأخير وأنه حصل على السند بقصد الإضرار بالمدين ساحب السند فإن على مدعى سوء النية أن يثبت أن المظهر إليه (الحامل) كان يعلم بحقيقة الدفع الذي للدين الصرفى على المظهر ثم تلقى السند بقصد حرمان المدين من الاحتجاج بهذا الدفع، وحيث نجد أن المميز لم يدع ذلك ولم يطلب البينة الشخصية إلا لإثبات الدفوع التى فى مواجهة المظهر، فيكون ما توصلت إليه محكمة الاستئناف لا يخالف

القانون وهذا السبب بغير سند من القانون ويتعين رده). (تمييز أردنية/حقوق رقم 2022/6175. وقد قضت محكمة التمييز الفرنسية بموجب قرار لها رقم 1979/1504 جلسة 18 juin 1979 بأنه: لا يعتبر الحامل سيء النية إذا كان يعلم بمركز المدين المضطرب). راجع: ناصيف، 2018، ص236. وانظر: استئناف حقوق رام الله رقم 2017/399).

الفرع الثالث: ان يتم التظهير قبل الاحتجاج او قبل انقضاء المدة المحددة لعمل الاحتجاج

ومقتضى ذلك أن للتظهير اللاحق لزمان الاستحقاق احكام التظهير السابق له، التظهير الذي يعتبر مطهراً للدفوع يجب أن يتوافر فيه شرط حصوله قبل عمل احتجاج عدم الوفاء أو قبل انقضاء المدة المحددة لعمل هذا الاحتجاج، أما إذا تم التظهير بعد عمل الاحتجاج أو بعد مضى المدة المحددة لعمل هذا الاحتجاج فلا تسري عليه قاعدة تطهير الدفوع، لأنه يعتبر حوالة حق عادية، وقاعدة الدفوع لا تنطبق فى حالة حوالة الحق، أي أن الحق فى هذه الحالة ينتقل محملاً بالدفوع والعيوب التى علقت به ولا يلتزم المظهر بضمان الوفاء والقبول فيجوز طبقاً الملك أن يدفع المدين فى الورقة التجارية فى مواجهة حامل الورقة الذي ظهرت له هذه الورقة بعد عمل الاحتجاج أو بعد مضى المدة اللازمة لعمل الاحتجاج بكل الدفوع التى كان يستطيع أن يدفع بها فى مواجهة من ظهر الورقة لهذا الحامل وبغض النظر عن كون الحامل حسن النية أو سيء النية فى هذا الفرض د. أن يكون الدفع من الدفوع التى يطهرها التظهير.

وتطبيقا لذلك، جاء فى قرار لمحكمة التمييز الأردنية/جزاء بأنه: (وحيث نجد أن قانون التجارة وبموجب أحكامه الناظمة للشيك كورقة تجارية قد بين فى المادة (243) على أن التظهير اللاحق للاحتجاج لا ينتج سوى آثار الأحكام المتعلقة بحوالة الحق المقررة فى القانون المدنى ... ونجد أنه وبمفهوم هذه المادة أن الشيك تنتهى حياته كورقة تجارية قابلة للتداول ما بين الجمهور بمجرد عرضه على البنك، وبالتالى يفقد صفته كورقة تجارية ويتحول إلى سند مدنى عادي يفقد قدرته على التداول بالطرق التجارية... وهو بهذه الصفة يفقد الحماية الجزائية التى قررها قانون العقوبات للشيك كورقة تجارية بموجب الفقرة (1/د) من المادة (241) من قانون العقوبات، وبالتالى فإن أي تظهير للشيك بعد عرضه على البنك لا يعتبر جرماً يعاقب عليه لفقدانه شرط التجريم وهو تداول ورقة تجارية بالشروط الواردة فى المادة (228) من قانون التجارة فإن مؤدى ذلك أن الأفعال الصادرة عن المشتكى عليهما المدعى عليهما بالحق الشخصى لا تؤلف جرم تظهير شيك لا يقابله رصيد مع العلم بعدم وجود رصيد له وأن هذه الأفعال لا تشكل أي جرم معاقب عليه قانوناً) .(تمييز أردنية/حقوق رقم 2021/3734 تمييز الأردنية/حقوق رقم 2022/744 استئناف حقوق القدس رقم 2020/548. وراجع: المادة (2/150) من قانون التجارة الأردني، والمادة (577) تجارة قطري، والمادة (496) تجارة مصري).

الفرع الرابع: شرط ان يكون الدفع من الدفوع التي يطهرها التظهير

هنالك حالات يطهرها التظهير، كالدفع بالبطلان لانعدام السبب أو عدم مشروعيته، والدفع بالبطلان إذا شاب المدين عيب من عيوب الإرادة، والدفع المستمد عن انقضاء الالتزام الصرفى، والدفع المستمد عن فسخ العلاقة الأصلية او بطلانها، وأخيرا الدفوع المتعلقة بصورية أحد أو بعض بيانات الشيك، فلا يمكن للمدين ان يتمسك بهذا العيب في مواجهة حامل الشيك الذي لم يقصد الاضرار بالمدين.

ومن هذا المنطلق، إذا كان إنشاء الشيك او تظهيره لا ينطوي على علاقة حقيقية او مشروعة بين الساحب والمستفيد، أو كان سبب الالتزام غير مشروع كما لو كان سدادا لدين قمار أو صفقة غير مشروعة جاز التمسك بهذا الدفع فى مواجهة المستفيد من الساحب، بينما لا يجوز التمسك بهذا الدفع فى مواجهة الحامل حسن النية. (حمدان، 2017، ص 186، تمييز الفرنسية/مدنية فى 1901/11/13، داللوز الاسبوعى، 1902-1-521. راجع: حشاد، 2004، ص106 تمييز قطرية رقم 2010/130).

وكذلك الحال، إذا شاب ارادة المدين عيب من عيوب الرضا كما لو حرر شيك تحت تأثير تغرير مع غبن فاحش او غلط، فلا يمكن للمدين ان يتمسك بهذا العيب فى مواجهة حامل الشيك الذي لم يقصد الاضرار بالمدين، باعتبار ان هذه العيوب غير ظاهرة فى الشيك، وليس من السهل ان يعلم بها المظهر اليه من ظاهر الحال، ما لم يثبت المدين العكس، فمثلا إذا قام شخص بتحرير شيك للمستفيد ظانا انه مدينا للأخير، ثم علم بعد ذلك انه ليس مدينا له، فإن الساحب يستطيع التمسك بهذا الدفع فى مواجهة المستفيد، لكن فى حالة ان قام المستفيد بتظهير الشيك الى المظهر اليه، وتلقى هذا الاخير الشيك وكان حسن النية ولا يعلم بحقيقة هذا الدفع عند تلقى الشيك، ففى هذه الحالة لا يستطيع الساحب التمسك بهذا الدفع في مواجهة المظهر اليه الذي لم يقصد الاضرار بالمدين.

ومن الجدير بالذكر هنا، ان الدفع بالإكراه، هو من الدفوع الذي ظل محل خلاف بين الفقهاء، حيث يرى الفريق الأول. (الكيلانى، 2012، ص156): الى وجوب استثناء حالة الاكراه المادي الذي يعدم ارادة المدين كما هو الشأن فى الدفع بالتزوير، وأنه من الدفوع التى يمكن التمسك بها فى مواجهة حامل الشيك حتى وان كان حسن النية. ويرى الفريق الثانى. (قليوبى، 2009، 93): الى انه لا قياس لحالة انعدام الارادة نتيجة تهديد او اكراه على حالة انعدام الارادة لتزوير التوقيع، لأن عدم اعمال قاعدة تطهير الدفوع بالتظهير فى حالة التزوير انما هو استثناء من هذه القاعدة والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه. فى حين يرى الفريق الثالث. (القضاة، 2012، 134): الى انه لا يمكن التمسك بالإكراه كدفعاً فى مواجهة حامل الشيك حسن النية الا اذا كان ملجئاً باعتباره دفعا موضوعيا يتعلق بالالتزام ذاته، فيجوز التمسك به قبل الحامل حسن النية، لأن هذا النوع من الاكراه يؤدي الى انعدام الرضا، وبالتالى انعدام ارادة المكره ولا التزام دون ارادة، اما اذا كان غير ملجئاً فلا يمكن التمسك به فى مواجهة الحامل حسن النية. واما الفريق الرابع. (سامى، 1994، 150): يرى ان الرأي الظاهر فى القانون الاردنى هو ان الاكراه يعد من الدفوع التى يمكن التمسك بها فى مواجهة حامل الشيك حسن النية، وذلك بالاستناد الى احكام القانون المدنى الاردنى التى لا تشترط للتمسك بالإكراه كعيب من عيوب الارادة ان يكون الطرف الآخر فى العقد عالما بالإكراه، وعلى هذا الاساس يجوز لمن وقع ضحيته ان يحتج وان كان

الحامل حسن النية، حيث ان الاكراه دفع موضوعى يتعلق بالالتزام ذاته، وسواء كان الاكراه ملجئا او غير ملجئ فلا ينفذ تصرفه الا اذا اجازه المكره بعد زوال الاكراه صراحة او ضمنا.

ونحن بدورنا نؤيد الاتجاه الذي يرى بأن الاكراه لا يحول دون تطبيق قاعدة تطهير الدفوع بالتظهير اذا تحققت شروطها واحكامها، سواء اكان الاكراه ملجئ او غير ملجئ، او سواء أكان ماديا او معنويا، كما هو الحال فى الغلط او التغرير مع الغبن الفاحش لاتحادهم فى العلة فكلاهم تعيب الارادة، كما انه من غير الممكن مسايرة الاتجاه القائل بتطبيق احكام الاكراه الواردة فى القانون المدنى على فى مواجهة حامل الشيك الصرفى (المظهر اليه)، وذلك لان تطبيق قاعدة تطهير الدفوع جاءت استثناء على احكام الحوالة الواردة فى القانون المدنى، والقول بخلاف ذلك من شأنه ان يخفى الصفة التى جاءت بها قاعدة تطهير الدفوع بالتظهير، التى تحمى حامل الشيك حسن النية، وفى مثل هذه الحالة للساحب ان يرجع بدعوى جزائية وحقوقية فى مواجهة المظهر وكل من له علاقة سابقة.(وما يؤيد موقفنا من ذلك هو ما جاء فى مبدأ قضائى عن محكمة التمييز الاردنية رقم 1979/22، حيث جاء فيه: (ان القاعدة المقررة فى المادة (241) من قانون التجارة التى تقضى بأنه لا يجوز الدفع فى مواجهة الحامل ببطلان الشيك لعيب من عيوب الرضا او لانعدام السبب او عدم مشروعيته لا تنطبق الا على الحامل حسن النية كما هو واضح من صريح النص. اذا كان الحامل للشيك لم يكن عند تجيير الشيك اليه حسن النية لأنه كان يعلم آنذاك ان قيمة الشيك هى ثمن لبيع باطل فان القاعدة المقررة في المادة (241) من قانون التجارة لا تنطبق عليه).

وايضا، اذا ما شاب العلاقة الاصلية التى من اجلها تم تحرير الشيك من الساحب للمستفيد، البطلان او الفسخ لعيب قانونى معين، فإن مثل هذه الآثار تقتصر على اطراف العلاقة الاصلية فقط، ودون ان يمتد اثرها على الحامل (المظهر اليه) الذي لم يقصد الاضرار بالمدين، تطبيقا لقاعدة تطهير الدفوع بالتظهير فى الشيك، وبالتالى يكون أثر هذه العلاقات من عيوب أو حتى بطلان مقتصر عليهما، ولا يمتد للحامل الجديد الذي لم يقصد الاضرار بالمدين ما لم يكون طرفا فى هذه العلاقات؛ وبالتالى فإن قاعدة تطهير الدفوع تنطبق على ما يشوب العلاقة من عيوب فى مواجهة الحامل الذي لم يقصد الاضرار بالمدين. (تمييز أردنية/حقوق رقم 1990/254).

اما فيما يتعلق فى هذا المقام بالدفوع المتعلقة بصورية أحد أو بعض بيانات الشيك، فإن القاعدة تقضى بانه لا يجوز التمسك بصورية بيانات الشيك فى مواجهة الحامل اذا لم يقصد الاضرار بالمدين، تطبيقا للقاعدة القانونية بان تظهير الشيك يطهره من الدفوع، فلا يجوز للساحب ان يتمسك فى مواجهة حامل الشيك حسن النية بصورية التاريخ المدرج على الشيك، الا ان هنالك استثناءات على تلك القاعدة، حيث يجوز للساحب ان يتمسك بصورية التاريخ المدرج على الشيك فى مواجهة الحامل الذي لم يقصد الاضرار بالمدين اذا كان يقصد من ذلك اخفاء نقص اهلية الساحب او انعدامها بأن يذكر الساحب تاريخا لاحقا على بلوغه السن القانونى (المدنى او التجاري)، باعتبار ان الدفع المستمد من انعدام او نقص اهلية الساحب هي من الدفوع التي لا يطهرها التظهير في الشيك. (راجع: المادة (130 بدلالة المادة 241) والمادة (185) تجارة أردنى/والمادة (458-460) تجارة قطري. تمييز أردنية/حقوق رقم 2013/1374).

وتجدر الإشارة الى انه يشترط فى الحامل كى يستفيد من الإدلاء بقاعدة تطهير الدفوع أو عدم سريان الدفوع، ألا يكون طرفاً فى العلاقة التى نشأ عنها الدفع الذى يحتج به المدين الصرفى. وذلك لأن المادة (147) من قانون التجارة، تتضمن أنه لا يجوز للمدين الاحتجاج ضد الحامل بالدفوع المبنية على علاقته الشخصية بساحب السند أو بالحاملين اللاحقين، وبالتالى فإذا كان الدفع مبنيا على علاقة المدين مع الحامل نفسه، فلا يكون ثمة مجال لتطبيق مبدأ عدم جواز الاحتجاج بالدفوع. (ناصيف، 2018، ص242).

المبحث الثاني: الدفوع التي لا يطهرها التظهير في الشيك

من الدفوع التى استثناها المشرع من قاعدة تطهير الدفوع بالتظهير فى الشيك: المطلب الاول: الدفوع الجزائية، وفى المطلب الثانى: الدفع المستمد لعيب فى البيانات الالزامية، اما فى المطلب الثالث: الدفع المستمد من تحريف او تغيير البيانات، وفى المطلب الرابع: الدفع بانعدام او نقص الاهلية، وفى المطلب الخامس: الدفع المستمد من التوقيع بلا تفويض، وفى المطلب الاخير سنتناول: الدفع المستمد من علاقة شخصية بين المدين والحامل.

المطلب الاول: الدفوع الجزائية

يتصور توافر أحد هذه الحالات كمن زُوّر توقيعه او أحد البيانات الالزامية على الشيك، او انعدام سلطة التوقيع او تجاوزها، عندئذ يستطيع المدين ان يتمسك بهذا الدفع أمام الكافة، وإن كان بينهم حاملا لم يكن يقصد الاضرار بالمدين عند تلقى الشيك، وهذا ما تقتضيه العدالة، فمن غير المتصور أن يلتزم أي شخص بالتزام لم يوقع عليه بتاتا، ولم يلتزم به تجاه أحد، او كانت أحد بيانته الالزامية مزورة.

فاستنادا الى ما سبق، فان مضمون قاعدة تطهير الدفوع بالشيك ليست مطلقة فهناك دفوع لا يطهرها التظهير ومن ضمنها الدفع بالتزوير، كالدفع بتزوير التوقيع لان ذلك يتعلق بإرادة الملتزم به، وبالتالى يكون لكل من زور توقيعه على الشيك سواء بصفته ساحباً او مظهراً او ضامناً او متدخلاً او قابلاً او بأي صفة اخرى الدفع بهذا التزوير فى مواجهة كل حامل للشيك ولو لم يكن يقصد الاضرار بالمدين، ذلك ان تزوير توقيعه يعنى بطلان التزامه بطلاناً مطلقاً لانعدام ارادته، فاذا ثبت تزوير توقيع الساحب على الشيك، وبالتالى لا يكون لحامل الشيك الحق بالرجوع على المدين بقيمة الشيك، ولا مجال لتطبيق قاعدة التظهير يطهر الدفوع بحقه، وتنحصر علاقة الحامل للشيك والحالة هذه بباقى المظهرين له متى ثبت أنه حامل شرعى للشيك وحسن النية ولم يحصل عليه بقصد الاضرار بباقى المدينين. (بداية الزرقاء بصفتها الاستئنافية 2022/1299).

وتجدر الإشارة أن هذه الحماية تقتصر على من زور توقيعه، ولا تتسع للموقعين الآخرين على الشيك وينطوي ذلك على نص المادة (1/130) من قانون التجارة الاردني الذي ينص على استقلال التواقيع.

تأكيدا لذلك، جاء فى قرار لمحكمة استئناف عمان جاء فيه: (.... أن حق التمسك بالدفوع التي لا يطهرها التظهير

مقتصرة فقط على صاحب العلاقة، أما الأشخاص الآخرون الموقعون على سند السحب فتبقى التزاماتهم صحيحة عملاً بمبدأ استقلال التواقيع، فالدفع بالتزوير باعتباره من الدفوع التى لا تطهر بالتظهير قاصر على صاحب التوقيع المزور، فلا يستطيع موقع آخر الاستفادة من ذلك إعمالا لمبدأ استقلال التوقيعات...). (استئناف عمان، رقم 2021/6694).

ويثور التساؤل هنا: هل الدفع بالتزوير فى مواجهة حامل الشيك والذي لم يقصد الاضرار بالمدين، يقتصر على الدفع بتزوير التوقيع؟ ام على أى من البيانات الالزامية الاخرى؟

فى هذا الإطار، استقر القانون والاجتهاد الفقهى والقضائى، على ان التاريخ فى الشيك هو من البيانات الالزامية وفقا للمادة (228) تجارة أردنى، فاذا اعطى الشيك بدونه فلا يعتبر شيكا بالمعنى القانونى، ومعنى ذلك ان الشيك الخالى من التاريخ لا يجوز التعامل به لأنه يشكل جرما ولا تنطبق عليه احكام المادة (421) من قانون العقوبات، ولا ينقلب هذا الجرم الى فعل صحيح اذا قام المستفيد بتعبئة التاريخ، فإن الدفع بالتزوير لا يطهره التظهير. (راجع:228 تجارة أردنى.والمادة (561) تجارة قطري، والمادة (473) تجارة مصري. تمييز أردنية-جزاء رقم 1997/721 (هيئة عامة) كريم، 1997، ص153).

وفضلا عن ذلك، جاء فى مبدأ قضائى صادر محكمة التمييز الاردنية/جزاء بأنه: (... نجد أن المشتكى عليه يقر بأن التوقيع على الشيك موضوع القضية هو توقيعه إلا أنه سلمه إلى المشتكية خالياً من البيانات وأن تقرير الخبرة الجاري تحت إشراف المحكمة بمعرفة الخبير يوصل إلى أن بيانات الشيك لم تحرر بخط يد المشتكى عليه، وحيث ان الشيك يكتسب صفته كشيك بمجرد استكمال شروطه الشكلية ويفقدها بفقد هذه الشروط أو بعضها وذلك وفقاً لما هو وارد فى المادتين (228 و 229) من قانون التجارة وحيث أن تقرير الخبرة تضمن أن بيانات الشيك موضوع القضية لم تحرر بيد المشتكى عليه وذلك بخلاف ما هو وارد فى شهادة الشاهد الذي ذكر أن المشتكى عليه قام بكتابة الشيك بجميع بياناته ووقع عليه أمامه فإن ما توصلت إليه محكمتا الصلح والبداية بصفتها الاستئنافية من نتائج قانونية بتعديل الوصف الجرمى من جرم إعطاء شيك بدون رصيد بحدود المادة (421) عقوبات إلى إصدار شيك بدون تاريخ بحدود المادة (6/275) تجارة، والحكم عليه بالغرامة خمسة دنانير وإلزامه بقيمة الادعاء بالحق الشخصى البالغ أربعة آلاف دينار يكون مخالفاً للأصول والقانون ومستوجباً للنقض لورود سبب الطلب عليه....). (تمييز الأردنية/حقوق رقم 2018/2035).

وعلى المستوى الاجرائى، هنالك الكثير من القضايا المرفوعة امام القضاء يتمسك بها المدين بالدفع بالسرقة او الاحتيال امام حامل الشيك الذي تلقاه من المظهر ولم يكن به الاضرار بالمدين، فهل يمكن ايضا للمدين ان يتمسك بالدفع بالسرقة او الاحتيال امام حامل الشيك الذي لم يقصد الاضرار بالمدين عند تلقى الشيك؟

على الرغم من ان ارادة المدين فى مثل هذه الحالات تكون مسلوبة عند توقيع الشيك كالنصب والسرقة او اساءة الامانة، شأنها فى ذلك شأن الدفع بالتزوير لاتحادها بالعلة، فإن المحاولات التى يحصل فيه الحامل على الشيك بفعل جرمي كالسرقة او النصب يتوجب اعلان عدم مسؤولية المدين القانونية، وله ان يطلب من المحكمة فى دعوى منفصلة ان يسترد الشيك إذا ما اثبت ان حامل الشيك قد حصل عليه بنية سية او خطأ جسيم. وهـذا مـا عنته المادة (4/146) تجارة أردنى بنصها: "وإذا زالت يد شخص عن سند بحادث ما فحامله متى أثبت أنه هو صاحب الحق فيه وفقاً للفقرة السابقة لا يلزم بـرده إلا إذا كان قد حصل بنية سيئة أو خطأ جسيم". ومن الجدير بالملاحظة ان هذا النص لا يشترط أن يكون الشيك لحامله قد تم الحصول عليه بفعل جرمى، بل يكفى يثبت للمحكمة بان الحيازة قد انتقلت لحامل الشيك بنية سيئة او بخطأ جسيم، وهو ما لا يرقى إلى درجة الحصول عليه بفعل جرمى.

وفى هذا المقام ايضا، جاء فى قرار صادر عن الديوان الخاص بتفسير القوانين المنشور فى الجريدة الرسمية فى العدد 3684 رقم (4) لسنة 1990 بأن: (..... فقد تضمن بالإضافة الى حالتى الافلاس والضياع -الوردة بالمادة 2/249 تجارة- حالة ثالثة وهى الحالة التى يكون فيها الشيك ناتج عن معاملة باطلة بين الساحب والمستفيد والتى تكون فيها ارادة الساحب مسلوبة عند توقيع الشيك كالنصب والسرقة والتزوير، اما الشيك المعيب فلا شك ان معارضة الساحب هى معارضه مشروعة سواء كان العيب فى البيانات الالزامية والتى يترتب على خلوه منها فقدانه صفة الشيك كشرط المادتين (227 و 229) من قانون التجارة اما اذا كان العيب فى ارادة الساحب لسبب من شأنه ان يعدل رضاه فى اصدار الشيك للمستفيد او كان العيب فى بطلان العلاقة بين الساحب والمستفيد والتى بنى عليها الشيك بالإضافة الى المحاولات التى يحصل فيه المستفيد على الشيك بفعل جرمى كالسرقة او النصب او التزوير فإذا ما ثبت احدى هذه الحالات امام القاضى فإنه يتوجب اعلان عدم مسؤولية الساحب عن الجرم المسند اليه). (حيث نصت المادة (2/249) من قانون التجارة بانه: (ولا تقبل معارضة الساحب على وفائه الا فى حالة ضياعه او تفليس حامله. وانظر: تمييز اردنية/جزائية رقم 2014/2228).

ويثور التساؤل فى هذا الإطار ايضا، حول حدود مسؤولية البنك المسحوب عليه عند التعامل مع الشيك المزوّر؟ اجابت على مثل هذه الحالة المادة (270) من قانون التجارة الاردنى والذي جاء فيها: (1 .يتحمل المسحوب عليه وحده الضرر المترتب على شيك مزورا او محرف إذا لم يكن نسبة اي خطا الى الساحب المبين اسمه فى الصك .2. وبوجه خاص يعتبر الساحب مخطئا إذا لم يحافظ على دفتر الشيكات المسلم اليه بما ينبغى من عناية). (ويقابلها المادة (570) تجارة قطري. وراجع: مبدأ تمييز اردنية رقم 2014/3052).

وعلى المستوى الاجرائى، فى مثل الحالات المشار اليها آنفا وما يشابهها، فإن الاجراءات القانونية التى يستطيع المدين ان يسلكها للتمسك بهذه الدفوع امام حامل الشيك أكثر من مسلك، فاذا ما انكر المدين توقيعه او الخط المدرج على الشيك اذا كانت البيانات غير محرر بخط يده ودفع بالتزوير، فإن له الحق واستنادا لنص المادة (310) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردنى، ان يسأل الحامل من خلال المحكمة فيما اذا كان فى نيته استعماله للشيك فى الدعوى ام لا؟ فإذا اجاب بالإيجاب، فعندئذ للمدين ان يطلب من المحكمة احالة ملف الدعوى الى المدعي العام

ليصار الى تحريك دعوى تزوير حسب الاصول استنادا لنص المادة (311) من ذات القانون. (تمييز أردنية/جزاء رقم 2019/1541).

كما يمكن للمدين ايضا ان يقوم بتحريك دعوى جزائية منفصلة موضوعها التزوير بالشيك خلافا لقانون العقوبات شأنه فى ذلك شأن الدفع بالسرقة او الاحتيال، ومن خلالها يمكن للمدين ان يطلب من المحكمة التى تنظر الدعوى الاولى وقف السير فى الدعوى، لحين البت فى نتيجة الدعوى الثانية، كون الحكم فى الأخيرة يتوقف عليها نتيجة الفصل فى الدعوى الاولى، فكلاهما تنظران ذات موضوع الشيك، والا سيتولد عن ذلك تضارب فى قرارات الاحكام القضائية على ذات الموضوع، وهذا ما اكد عليه المشرع فى المادة (1/140مكررة) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، والا لما استحدث المشرع الاردني هذا النص.

المطلب الثاني: الدفع المستمد لعيب في البيانات الالزامية

رسم قانون التجارة الاردنى فى المادة (228). (والمادة (561) تجارة قطري، والمادة 596 و598 تجاري امارتى). شكل الشيك وما يتضمنه من بيانات الزامية واجب توافرها عليه قبل تداوله، وخاطب بذلك الساحب والمستفيد والمظهر والمظهر اليه، ويقصد بهذا الدفع، أن المدين له ان يتمسك فى مواجهة حامل الشيك عند عدم توفر البيانات الالزامية عليه او بعضها كتاريخ الانشاء او اسم المستفيد، ذلك أن الغاية من قاعدة تطهير الدفوع بالتظهير هو لحماية الحامل من الامور التى لا يمكنه تبيانها او معرفتها، أما فيما يتعلق بنقصان البيانات الإلزامية او بعضها (عيب الشكل)، فهذا يعود لإهمال من جانب الحامل لأنه بهذا الاهمال يقصد الاضرار بالمدين، وان كان الحامل قد تمسك بالاعتذار بجهله بالبيانات الالزامية الواجب توفرها للشيك، فقد اشترط المشرع والقضاء توافر بعض الشروط ليقال ان التظهير ناقلا للملكية منها: 1- ان يحتوي الشيك على البيانات الالزامية المنصوص عليها فى القانون، 2- ان يشتمل التظهير على توقيع المظهر نفسه). (محكمة بداية غرب عمان بصفتها الاستئنافية/جزاء رقم 2018/868). حيث يكون مقصرا بحق بنفسه بتلقى شيك من المستفيد او المظهر ناقص البيانات، والمقصر اولى بالخسارة وفقا للقانون القاعدة القانونية، ومن هنا اختار المشرع حماية المدين في مواجهة الحامل فى مثل هذه الحالة.

وفى قرار لمحكمة استئناف عمان جاء فيه: (...أن قاعدة تطهير الدفوع تهدف إلى حماية حامل الشيك حسن النية، لذلك فإنه يستبعد من نطاق تلك القاعدة تلك الدفوع التى لا يكون الحامل معها فى حاجة إلى حماية لأن بوسعه التحقق منها كالدفوع الناتجة عن عيب ظاهر فى الصك أو شكل الورقة، أو لاعتبارات قانونية تكون معها حماية الغير أولى من حماية الحامل حسن النية). (محكمة استئناف عمان رقم 2021/6694 وانظر: المادة (143) تجارة أردنى. قرار الديوان الخاص بتفسير القوانين الاردنى رقم (4) لسنة 1999-المشار اليه آنفا-. وتمييز اردنية/حقوق 2020/1260. تمييز قطرية 158 لسنة 2016).

ومن المنطقى فى هذه الحالة القول بأنه مادام الشيك قد صدر معيا بأي عيب من عيوب الشكل، فإن هذا العيب يظل كما هو حتى ولو انتقل الشيك من يد إلى أخرى، ويتأسس هذا الحكم على فكرة مؤداها أن من انتقلت إليه ملكية الشيك، قد علم بوجود هذا العيب الظاهر فى الشكل أو كان من المفروض عليه أن يعلم بذلك، ويفترض ذلك أيضا كل شخص تنقل إليه ملكية الشيك بعد ذلك، ويترتب على ذلك نتيجة مهمة مؤداها أن عيب الشكل لا يطهره التظهير بل يبقى كما هو فى الشيك لأن قانون الصرف - كما يقول بعض الفقه يلزم من ظهر إليه الشيك وكذلك الحامل الأخير بفحص شكل الصك، فإن لم يفعل، فلا مجال فى هذه الحالة لأن يتمسك بحسن نيته فمن المخالف لحسن النية عدم اكتشاف عيب يتعلق بالشكل، ظاهر للعيان. (غنام، 2017، ص217).

المطلب الثالث: الدفع المستمد من تحريف او تغيير بيانات الشيك

التحريف هو طروء تغيير على الشيك بعد إصداره، حيث ان المادة (213) من قانون التجارة الاردنى قد عالجت تلك المسألة بين الموقعين السابقين والموقعين اللاحقين على الشيك، حيث ان الموقعين اللاحقين على التحريف يلتزمون قبل الحامل الشيك بالمتن المحرّف، اما الموقعون السابقون فملزمون بمقتضى متنه الأصلى غير المحرف، وهذا يعنى انه لأي منهم ان يدفع فى مواجهة حامل الشيك بتحريف بيانات الشيك ولو لم يقصد الحامل الاضرار بالمدين. (استئناف عمان رقم 2020/10437).

ويثور التساؤل فى هذا الإطار ايضا، حول حدود مسؤولية البنك المسحوب عليه عند التعامل مع الشيك المحرّف؟

اجابت على مثل هذه الحالة المادة (270) من قانون التجارة الاردنى، حيث أن واجب البنك فى إطار العلاقة التعاقدية بين العميل والبنك المسحوب عليه هو التأكد من السلامة المادية والقانونية للشيك حتى يصح وفائه للحامل، ومقتضى هذه السلامة المادية أن لا يحتوي الشيك على أي كشط أو تغيير أو محو يشعر بوقوع تحريف على بيانات الشيك بعد كتابتها، وأن أي تغيير يجب أن يقترن بتوقيع الساحب بجانب التغيير، كما أن مقتضى السلامة القانونية هو أن تكون ورقة الشيك محتوية لجميع البيانات الإلزامية التى تجعل منه شيكاً بالمعنى القانونى، وحيث أن العناية المطلوبة من البنك المسحوب عليه هو عناية الرجل المعتاد، بحيث ينتفى إذا كان التحريف متقناً بحيث ينطلى على موظف البنك، فاذا اثبت المدين للمحكمة وقوع التحريف فى الشيك، ومن الممكن أن يلاحظ الشخص العادي التحريف والتعديل الذي وقع على الشيك، فإن الخطأ وتجاوز الحد (التعدي) ينسب إلى البنك المسحوب عليه، وتقوم مسؤوليته عن وفاء الشيك، ويكون مقصراً فى واجبه التعاقدي تجاه العميل.

كما أن المشرع التجاري تحوط لهذه المسألة وأضاف قاعدة قانونية فى المادة (270) من قانون التجارة، تنزل منزلة القرينة القانونية، بحيث جعل البنك المسحوب عليه هو الذي يتحمل وحده الضرر المترتب على شيك مزوراً أو محرفاً، ولا يمكن نفي هذه المسؤولية إلا بثبوت عدم تقصيره فى التأكد من السلامة المادية والقانونية للشيك، أو ثبوت خطأ الساحب، فهذا النص هو نص احتياطى فى تحمل البنك وحده الضرر حال عدم ثبوت إهمال أو تقصير من العميل أو البنك، وتبنى هذه المسؤولة على فكرة تحمل تبعة مخاطر المهنة، فالبنك المسحوب عليه يتحمل الضرر الذي لحق بالمدين جراء صرف الشيك، والذي يقع عليه التأكد من

السلامة المادية والقانونية للشيك، وبذل عناية الرجل المعتاد فى التأكد من الشيك قبل صرفه، وهذا الواجب وجد سنده القانونى فى المواد (18-22) من أصول وقواعد العمل والتعليمات الخاصة بالمقاصة الإلكترونية، التى أوجبت على البنك مقدم الشيك للمقاصة التأكد من استيفاء الشيك لجميع الشروط والموافقات قبل إرسالها عبر نظام المقاصة الإلكترونية، ويقع التزامه ومسؤوليته كما هى مسؤولية البنك المسحوب عليه وفقاً للأسانيد القانونية أعلاه). (تمييز اردنية رقم 2000/396. القضاة، 2012، ص417. العكيلي، 2021، ص175).

المطلب الرابع: الدفع بانعدام او نقص الاهلية

نصت المادة (1/131) من قانون التجارة الأردنى بأنه:(اذا حمل سند السحب تواقيع اشخاص لا تتوافر فيهم اهلية الالتزام به او تواقيع مزوره او تواقيع اشخاص وهميين او تواقيع لا تلزم لاي سبب آخر الاشخاص الذين وقعوا السند او الذين وقع باسمهم، فذلك لا يحول دون صحة التزام موقعى الاخرين). (يقابلها المواد (4458 و459) تجارة قطري، والمادة (320) تجارة لبناني، في المادة (248) من مدونة التجارة المغربى).

وانطلاقا من هذا النص القانونى، فإنه إذا وقع على الشيك شخص فاقد او ناقص الاهلية. (راجع: المادة 44 و45 مدنى أردنى)، فيحق له التمسك فى مواجهة حامل الشيك ببطلانه، ولو لم يقصد الحامل الاضرار بالمدين، وقد اجتمع الفقه والقضاء. (ناصيف، 2018، ص246). على ذلك ولو لم يكن العيب ظاهرا، وتبرير ذلك هو حماية فاقد او ناقص الاهلية باعتباره اولى بالرعاية من حامل الشيك، ذلك ان المشرع قد قرر بعض القواعد الكفيلة بحماية فاقد او ناقص الاهلية، حيث جعل له فى هذه الحالة التمسك ببطلان العقود والتصرفات التى يكون قد ابرمها، بحيث لا يعود من الجائز ان تؤدي حماية حامل الشيك الحسن النية الى الاضرار بالحماية الأخرى التى قررها القانون، مما يجر الى تقرير صحة الالتزامات التى يبرمها فاقد او ناقص الأهلية، فيما لو حصل افراغها قى قالب الشيك، مما ينبنى على ذلك امكانية تمسك فاقد او ناقص الاهلية قبل الكافة ولو لم يكن حامل الشيك يقصد الاضرار بالمدين. (استئناف عمان رقم 2021/6694 تمييز لبنانية 1974/1/22. العدل. 1975. ص203).

وتجدر الاشارة فى هذا المقام، الى ان بطلان الالتزام بسبب نقص الاهلية، او انعدامها قاصر على عديم الاهلية او ناقص الأهلية، فلا يمتد الى غيره من الموقعين على الشيك اللذين يظلون ملتزمين بالوفاء تطبيقا لمبدأ استقلال التوقيع. (كريم، 1997، ص155). كما يرجع فى تحديد اهلية الشخص الملتزم بمقتضى سند السحب الى قانون بلده، ومع ذلك إذا التزم شخص بمقتضى سند سحب وتوافرت فيه اهلية الالتزام به وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه هذا الالتزام، كان التزامه صحيحا ولو كانت لا تتوافر فيه هذه الأهلية وفقا لقانون بلده، وهذا ما نصت على ذلك المادة (130).

ويثور التساؤل هنا: عن الحالة التى يقوم فيه حامل الشيك -والذي لم يقصد الاضرار بالمدين- بإثبات أن التصرف الذي قام به ناقص الاهلية والمتمثل بتحرير شيك للمظهر كان يعود عليه بالنفع المحض، او كانت دائرة بين النفع والضرر؟ فهل يكون تصرف ناقص الأهلية باطلا ام ان هنالك استثناء على ذلك؟

امام هذه الفرضية، يرى الباحثان انه وبالعودة الى احكام المادة (118) مدنى أردنى، وبدلالة المادة (2) تجارة أردنى. (حيث نصت المادة (1/2) من قانون التجارة الاردنى بأنه: (إذا انتفى النص فى هذا القانون فتطبق على المواد التجارية احكام القانون المدنى). ونجد بأن قد اجابت على هذه الحالة حيث جاء فيها: (1- تصرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضاً). فاذا اثبت حامل الشيك ان تصرف القاصر كان نافعا له نفعا محضا، فإن تصرف القاصر فى مثل هذه الحالة صحيحا وموافقا للقانون. اما فى الحالة التى يكون فيها التصرف دائرا بين النفع والضرر فقد بينت الفقرة الثانية من تلك المادة حكم هذه الحالة بأنه: (.2.اما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتعقد موقوفة على اجازة الولى فى الحدود التى يجوز فيها له التصرف ابتداء او اجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد).

وتطبيقا لذلك جاء فى قرار لمحكمة صلح حقوق عمان رقم 2018/21201 جاء فيه: (...تجد المحكمة ان الكمبيالتين المقدمتان كبينة باطلتين وبالتالى لم يعودا يصلحا بينة على المديونية على اساس انهما تم تحريرهم من قاصر ولم يثبت المدعى انهما كانتا نافعتا له وبالتالى طالما لم يثبت انهم نافعتا له نفع محض فكان على المدعى ان يثبت الدعوى ببينات اخرى تعزز دعواه وان لا يستند على كمبيالات باطلة..).

المطلب الخامس: الدفع المستمد من التوقيع بلا تفويض

إنّ التوقيع على الشيك هو أحد البيانات الالزامية الجوهرية الواجب توافرها فى الشيك، وهو يعبر عن رضا الساحب بالتزامه بدفع الدين للمستفيد، وبدون التوقيع على الشيك ليس هنالك أي قيمة قانونية له، وفقا لنص المادة (228) من قانون التجارة الاردنى، وقد نصت المادة (221) من ذات القانون بأنه: (1- يطلق لفظ التوقيع فى هذا الكتاب على الامضاء والختم وبصمة الاصبع. 2- ويجب ان يشهد شاهدان على صاحب الختم او البصمة بانه وقع امامهما عالما بما وقع عليه).

وعلى الرغم من ان المشرع الأردنى قد اعتبر لفظ التوقيع يطلق على الامضاء والختم وبصمة الاصبع، الا أن التوقيع بالإمضاء هو أفضل صور التوقيع، فعلى الرغم من ان بصمة الاصبع تعتبر من الناحية العلمية أضمن وأقوى فى الدلالة والتعبير عن شخصية من صدرت عنه، وهى أقوى وأقطع من الامضاء فى مجال التدقيق والمضاهاة، إلا أنه من الناحية العملية لن يكون من السهل على المسحوب عليه التحقق فوراً من صحة بصمة الاصبع، خاصة وأن الشيك بطبيعته واجب الدفع بمجرد الاطلاع عليه، أما بالنسبة للتوقيع بالختم فهو بالتأكيد لا يرقى إلى مستوى التوقيع بالإمضاء، وذلك لانفصاله عن شخص صاحبه وإمكانية استعماله من قبل الغير، وبالإمكان اصطناع ختم مماثل لختم الساحب مما يجعل تزوير الختم أمراً ميسوراً، وذلك بالرغم من أن القانون الأردنى تطلب توثيق استخدام الختم او البصمة من قبل صاحبه بشاهدين وهذا يعنى بطبيعة الحال توقيعهما على الشيك إلى جوار بصمة الختم. (كريم، 1997، 73).

وقد أخذ بهذا الاتجاه قانون التجارة المصري فى المادة (548). لذلك نجد أن بعض التشريعات المقارنة قد اشترطت ان يكون التوقيع دائما بالإمضاء فقط وليس بالختم او البصمة. (انظر: المادة 561 من قانون التجارة القطري، والمادة (321) من قانون التجارة اللبنانى، والمادة (42) من قانون الاثبات العراقى والتى نصت: (لا يعتد بالسندات التى تذيل بالأختام الشخصية). وكذلك قانون جنيف الموحد فى المادة (3/1) والتى نصت على وجوب أن يكون التوقيع على الشيك دائما بالإمضاء لا بالختم وتركت لكل دولة تنظيم هذه المسألة بما تراه مناسباً.

ومع ذلك، إذا كان الأصل أن يوقع الساحب على الشيك بنفسه، فإن القواعد العامة فى الوكالة تجيز للساحب أن يوكل غيره خطيا للتوقيع على الشيك نيابة عنه، وأنه فى هذه الحالة يوقع الوكيل بصفته وكيلا وليس أصيلاً، ومن ثم عليه أن يبرز صفته هذه عند توقيع الشيك، وللمسحوب عليه أن يتحقق من هذه الصفة قبل صرف قيمة الشيك، وقد يكون التوكيل عاماً أو خاصاً بشيك معين، ويقع واجب على المسحوب عليه ان يتحقق من توقيع الوكيل قبل الوفاء بقيمة الشيك وفق انموذج التوقيع المعتمد له لديهم.

وهنا يثور التساؤل الآتى: ما هى مسؤولية الوكيل والموكل القانونية إذا تجاوز الوكيل حدود وكالته عند تحرير الشيك باسم الموكل؟ وهل يستطيع المدين التمسك بالدفع الناشئ عن التوقيع بلا تفويض؟

متى وقع شخص على الشيك نيابة عن آخر دون تفويض خطى او جاوز حدود الوكالة، فعندها يستطيع المدين أن يمتنع عن الوفاء ويتمسك بهذا الدفع تجاه المظهر اليه لانعدام ارادته، ولو لم يقصد الاضرار بالمدين، على اعتبار أن من وقع على الشيك لم يكن مفوضا، أو كان قد تجاوز حدود تفويضه، وعلى المظهر اليه ان يتحرى من وجود وحدود الوكالة والا كان مقصرا بحق نفسه والمقصر أولى بالخسارة، وبالتالى يكون الموقع (الوكيل) ملزما بصورة شخصية بوفاء قيمة الشيك، وذلك ما نصت عليه صراحة المادة (131) من قانون التجارة الأردنى. (المادة (131) تجارة أردني، والمادة (462) تجارة قطري).

ففى قرار لمحكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية رقم 2020/823 جاء فيه: (... ان تعبئة تلك البيانات بعد توقيع الشيك وبدون تفويض خطى من المشتكى عليه أمين (خصوصا أن من قام بتعبئة هذه البيانات هو الشريك أحمد و هو ليس مفوضا بالتوقيع عن المشتكى عليها شركة احمد حبيبة وشريكه) فأن ذلك يفقد الشيك موضوع الشكوى الحماية الجزائية على اعتبار ان اجتهادات محكمة التمييز الموقرة مستقرة على ان التفويض يجب ان يكون خطيا - فالتفويض هو توكيل، والتوكيل لا يفترض، بل يجب اثباته، وهو لا يثبت بالاستنتاج بل يجب ان يتم كتابة ..).

الخاتمة

بعد أن انتهينا من موضوع الدراسة، لا نروم في نهاية المطاف العودة إلى تكرار النتائج والتوصيات جميعها التى انطوت عليها تفاصيل هذه الدراسة، وإنما الغاية هى أن نركز في هذه الخاتمة على أبرز ما توصلنا إليه وما نراه من مقترحات:

النتائج

- يقصد بقاعدة تطهير الدفوع بتظهير الشيك الصرفي نقل الحق الثابت في الشيك مبرئاً من الدفوع التي يتمسك بها المدين أمام ساحب الشيك في مواجهة حامل الشيك الذي لم يقصد الاضرار بالمدين، وهنالك استثناءات على تطبيق هذه القاعدة حتى ولو لم يقصد الحامل الاضرار بالمدين، وان التمسك بهذه القاعدة لا يتعارض مع مبدأ الكفاية الذاتية للشيك، وللمحكمة ان تتصدى لكلا الدفعين.
- ان قصد اضرار حامل الشيك الصرفي بالمدين لا يتطلب بالضرورة سوى أن يثبت المدين أن الحامل (المظهر إليه) كان يعلم بحقيقة الدفع المراد الاحتجاج به على المدين عند تلقى الشيك الصرفي بقصد حرمان هذا المدين من الاحتجاج بهذا الدفع، ولا يشترط في ذلك توافر قصد التواطىء او الغش بين المظهر والمظهر اليه، ويقع عبء اثبت قصد الاضرار على المدين، ويمكن اثبات ذلك القصد بكافة طرق الاثبات.
- للمدين ان يتمسك بالدفع بالسرقة او الاحتيال امام حامل الشيك الذي تلقاه من المظهر ولم يكن يقصد الاضرار بالمدين، حيث ان ارادة المدين في مثل هذه الحالات تكون مسلوبة عند توقيع الشيك شأنها في ذلك شأن الدفع بالتزوير لاتحادها بالعلة، وللمدين ان يطلب من المحكمة ان يسترد الشيك إذا ما اثبت ان حامل الشيك قد حصل عليه بنية سية او خطأ جسيم.
- يتحمل المسحوب عليه (البنك) وحده الضرر المترتب على شيك مزورا او محرف إذا لم يكن نسبة اي خطأ الى الساحب المبين اسمه في الصك وهذا هو المبدأ العام والذي يقوم على تحمل تبعة المخاطر، ولا يتحلل البنك من هذه المسؤولية إلا إذا ارتكب الساحب خطأ وهو الإخلال بواجب العناية اللازمة للمحافظة على الشيك، وأن العناية المطلوبة من البنك المسحوب عليه هو عناية الرجل المعتاد.

التوصيات

ان ما يتم ذكره من توصيات للمشرع الاردني تنسحب على باقي التشريعات المقارنة الاخرى التي أخذت بموقف المشرع الاردني، لذا ستكون التوصيات موافقة لما استقر عليها الاجتهاد القضائي والفقهي، هذا ويمكن صياغة التوصيات الآتية:

- بوجه عام، نوصي المشرع الاردني -وباقي التشريعات المقارنة الأخرى- ان تقوم بتنظيم الاحكام المتعلقة بتظهير الشيك ومن بينها قاعدة تطهير الدفوع بالتظهير بوجه خاص، وادراجها تحت موضوع الشيك، دون احالتها الى الاحكام المتعلقة بتظهير سند السحب، على اعتبار ان وظيفة الشيك هي اداة وفاء ويتمتع بالحماية الجزائية والحقوقية، وليس اداة ائتمان كما هو الحال في الاوراق التجارية الأخرى، ناهيك عن الاسباب الاخرى.
- كما نوصي المشرع ان ينص صراحة على الحالات التي لا يطهرها التظهير من الدفوع بشكل صريح لا على سبيل الحصر، كما سبق استعراضه في هذه الدراسة.
- ندعو الشرع الاردني الى تعديل المادة (147) من قانون التجارة، بما يتوافق مع الإطار التطبيقي للشيك، بالآتي: (1- ليس لمن اقيمت عليهم الدعوى بالشيك الصرفي ان يحتجوا على حامله بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية بساحب الشيك او بحملته السابقين ما لم يكن

حامل الشيك قد حصل عليه بقصد الاضرار بالمدين او حرمانه من الاحتجاج بهذا الدفع عند تلقى المظهر اليه للشيك).

- ندعو الشرع الاردني الى تعديل المادة (147) من قانون التجارة، بإضافة فقرة ثانية الى نص المادة، تعالج اثبات قصد الاضرار بالمدين ونقترح الآتي: (2- ويقع عبء اثبت قصد الاضرار على المدين ويمكن اثبات ذلك القصد بكافة طرق الاثبات).
- ندعو المشرع الاردني الى تعديل المادة (2/249) من قانون التجارة، بما يشمل باقي الافعال الأخرى، ونقترح الآتي: (2- ولا تقبل معارضة الساحب على وفائه الا في حالة ضياعه او تفليس حامله او التي يحصل فيه المستفيد على الشيك بفعل جرمي كالسرقة او الاحتيال او التزوير، وفي الحالة التي يكون فيها الشيك ناتج عن معاملة او علاقة باطلة بين الساحب والمستفيد والتي تكون فيها ارادة الساحب مسلوبة عند توقيع الشيك او من شأنه ان يعدل في رضاه، او كان العيب في البيانات الالزامية للشيك الصرفي).

بيانات الإفصاح

- من حيث الموافقة الأخلاقية والموافقة على المشاركة: لا ينطبق.
- مساهمة المؤلفين: متساوية.
- تضارب المصالح: لا يوجد.
- التمويل: لا يوجد تمويل.

المراجع

- نادر. أ. والبطوش. ح. (2020). *شرح الاوراق التجارية والعمليات المصرفية*، جامعة قطر.
- العكيلي، ع. (2021). *الوسيط في شرح القانون التجاري*، دار الثقافة، عمان.
- القضاة، ف. (2012). *شرح القانون التجاري الأردني الأوراق التجارية*، ط2، دار وائل للنشر، عمان.
- القليوبي، س (1992). *الاوراق التجارية*، ط2، دار النهضة، القاهرة.
- الكيلاني، م. (2012). *الموسوعة التجارية، الاوراق التجارية*، دار الثقافة، عمان.
- حشاد، ع. (2004). *الشيك رؤية مصرفية وقانونية*، ط1، مكتبة الدار العربية، القاهرة.
- حمدان، ح. (2017). *الاوراق التجارية في القانون الاردني*، ط1، دار شهرزاد للنشر والتوزيع.
- سعيد، ح. (د.ت). *التزامات وحقوق حامل الورقة التجارية*، عالم الكتب، القاهرة.
- عوض، ع. (2009). *الشيك في قانون التجارة وتشريعات البلاد العربية*، دار النهضة، القاهرة.
- غنام، ش. (2014). *قانون المعاملات التجارية، الاوراق التجارية، الشيك كنموذج*، ط3، مطبعة الفجيرة، الفجيرة.
- كريم، ز. (1997). *النظام القانوني للشيك*، ط1، دار مكتبة التربية، بيروت.
- طه، م. (2010). *الاوراق التجارية والافلاس*، ط1، مكتبة الوفاء، الإسكندرية.
- شفيق. م. (1955). *الوسيط في القانون التجاري المصري*، الاوراق التجارية، ط2، مطبعة اتحاد الجامعات، الإسكندرية.
- سامي، ف. (1994). *شرح الاوراق التجارية*، دار الثقافة، عمان.
- ناصيف، إ. (2018). *الاسناد التجارية او الاوراق التجارية*، ط1، منشورات الحلبي، لبنان.
- لفروجي، م. (1999). *الشيك واشكالاته القانونية والعملية*، ط1، مطبعة النجاح، الدار البيضاء.
- قانون التجارة الاردني رقم (12) لسنة 1966 (وهو القانون الساري حالياً في الضفة الغربية من فلسطين).
- قانون التجارة القطري رقم (27) لسنة 2006.
- قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999.
- قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984.
- قانون التجارة اللبناني رقم (304) لسنة 1942.
- قانون التجارة الفرنسي لعام 2000.
- مدونة التجارة المغربية رقم (19) لسنة 1996.
- قانون المعاملات التجارية الاماراتي رقم (50) لسنة 2022.
- قانون جنيف الموحد لسنة 1931.
- القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976.
- قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني رقم (1539) لسنة 1961.
- قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979.
- احكام القضاء الأردنية، موقع قرارك، نقابة المحاميين الأردنيين.
- احكام القضاء الفرنسية، الواردة في كتب الفقه.
- احكام القضاء الفلسطينية، موسوعة مقام للقوانين والاحكام القضائية.
- احكام القضاء القطرية، موقع ميزان، وزارة العدل القطرية.
- احكام القضاء اللبنانية، مجموعة التمييز اللبنانية.
- احكام القضاء المصرية، مجموعة النقض المصرية.

References

- Al-Kilani, M. (2012). *Commercial Encyclopedia: Commercial Papers*, Dar Al-Thaqafa, Amman.
- Al-Qudat, F. (2012). *Commentary on Jordanian Commercial Law: Commercial Papers*, 2nd ed., Dar Wael Publishing, Amman
- Al-Qulioubi, S. (1992). *Commercial Papers*, 2nd ed., Dar Al-Nahda, Cairo.
- Awad, A. (2009). *The Check in Commercial Law and Arab Legislation*, Dar Al-Nahda, Cairo.
- Ghanam, S. (2014). *Commercial Transactions Law: Commercial Papers, Check as a Model*, 3rd ed, Fujairah Printing Press, Fujairah.
- Hamdan, H. (2017). *Commercial Papers in Jordanian Law*,1st ed., Shahrzad Publishing and Distribution.
- Karim, Z. (1997). *The Legal System of the Check*,1st ed., Dar Maktabat Al-Tarbia, Beirut.
- Nader, I. & Al-Batoush, H. (2020). *Commentary on Commercial Papers and Banking Operations*, Qatar University.
- Hashad. A. (2004). *The Check: A Banking and Legal Perspective*,1st ed., Arab House Library, Cairo.
- Lafrougi, M. (1999). *The Check: Legal and Practical Issues*,1st ed., Al-Najah Press, Casablanca.
- Nassif, E. (2018). *Commercial Bonds or Commercial Papers*,1st ed., Al-Halabi Publications, Lebanon.
- Said, H. (N/A). *Obligations and Rights of the Holder of a Commercial Paper*, Alam Al-Kutub, Cairo.
- Sami, F. (1994). *Commentary on Commercial Papers*, Dar Al-Thaqafa, Amman.
- Shafik, M. (1955). *The Intermediate in Egyptian Commercial Law: Commercial Papers*, 2nd ed., University Press, Alexandria.
- Taha, M. (2010). *Commercial Papers and Bankruptcy*, 1st ed., Al-Wafaa Library, Alexandria.
- Lyon-C. et Renault, (1925). Trait élémentaire de droit commercial. Tome 4, Paris.
- Thaller. E (1931). Trait élémentaire de droit commercial, par PERCEROU (J), Paris.
- Wahl (A), (1922). Precis théorique et pratique de droit commercial, Paris.
- Egyptian Judicial Rulings, Egyptian Court of Cassation Collection.
- French Judicial Rulings, cited in legal scholarship books.
- Jordanian Judicial Rulings, Qarark website, Jordanian Bar Association.
- Lebanese Judicial Rulings, Lebanese Court of Cassation Collection.
- Palestinian Judicial Rulings, Maqam Encyclopedia of Laws and Judicial Rulings.
- Qatari Judicial Rulings, Meezan website, Qatar Ministry of Justice.
- Jordanian Commercial Law No. (12) of 1966 (currently applicable in the West Bank of Palestine).
- Qatari Commercial Law No. (27) of 2006.
- Egyptian Commercial Law No. (17) of 1999.
- Iraqi Commercial Law No. (30) of 1984.
- Lebanese Commercial Law No. (304) of 1942.
- French Commercial Code of 2000.
- Moroccan Commercial Code No. (19) of 1996.
- UAE Commercial Transactions Law No. (50) of 2022.
- Geneva Uniform Law of 1931.
- Jordanian Civil Law No. (43) of 1976.
- Jordanian Code of Criminal Procedure No. (1539) of 1961.
- Iraqi Evidence Law No. (107) of 1979.

DRAFT