أحكام الإثبات وإجبية التطبيق على الأعمال المختلطة في القانون الكويتي

د. يعقوب يوسف صرخوه
استاذ القانون البحري والتجاري المساعد
كلية الحقوق - جامعة الكويت

مقدمة

١ ــ حدد المشرع، في كل من الكويت ومصر وفرنسا، نطاقاً للقانون التجاري، بحيث لا تطبق أحكام هذا القانون إلا داخل هذا النطاق الذي رسمه المشرع. أما خارج هذا النطاق، فإن أحكام القانون المدني هي التي تطبق بوصفها الشريعة العامة التي تحكم روابط الأفراد. فأحكام القانون المدني اذن هي «الشريعة العامة» واجبة التطبيق على مختلف علاقات الأفراد. لكن المشرع قد يرى لسبب أو لآخر ـ أن ينظم علاقات قانونية معينة بأحكام خاصة، فتكون الأفضلية في التطبيق ـ حينئذ ـ لهذه القواعد الخاصة.

وتعطينا أحكام قانون التجارة مثالاً متميزاً لهذه القواعد الخاصة التي استثناء من أحكام القواعد العامة التي تتمثل في قواعد القانون المدني. ذلك أنه من المقرر قانوناً، كما أكدت ذلك محكمة النقض المصرية غير مرة أنه:

«مع قيام قانون خاص لايرجع الى أحكام القانون العام إلا فيما فات القانون الخاص من الأحكام، ولايجوز اهدار القانون الخاص لأعمال القانون العام، فإن ذلك فيه منافاة صريحة للغرض الذي من أجله وضع

القانون الخاص»[1].

٢ ــ وإذا كانت أحكام قانون التجارة لاتطبق إلا في النطاق الذي رسمه المشرع، فإن هذا النطاق يتحدد، أساساً، بحسب تغليب النظرية الشخصية أو النظرية الموضوعية[1] فأنصار النظرية الشخصية يعتقدون أن التاجر هو أساس القانون التجاري. ومن ثم، فالقانون التجاري لايطبق إلا على التجار دون غيرهم. أي على من يكتسب صفة التاجر لاحترافه احدى الحرف التي اعتبرها القانون تجارية.

أما النظرية الموضوعية فتنطلق ـ على العكس ـ من العمل التجاري وليس من التاجر. وبالتالي تطبق أحكام قانون التجارة على الأعمال التجارية بوجه عام أياً كانت صفة شخص من قام بها.

٣ ــ وقد حاول المشرع الكويتي أن يأخذ موقفاً صريحاً من النظريتين السابقتين فنص في المادة الاولى من قانون التجارة رقم ٦٨ لسنة ١٩٨١[2] على انه «تسري أحكام هذا القانون على التجار، وعلى جميع الأعمال التجارية التي يقوم بها أي شخص، ولو كان غير تاجر». وهكذا يبدو ان المشرع الكويتي لم يرد تغليب احدى النظريتين على الاخرى وإنما أخذ بالاثنين معاً. وبنظرة سريعة على نصوص قانون التجارة الكويتي يتضح بجلاء، في اعتقادنا، أن المشرع أخذ بالمعيارين معاً، (الشخصي والموضوعي)

---

(١) راجع حكمها الصادر في ١١ يونيه ١٩٤٦، مشار اليه في موسوعة المواد التجارية، عبد المعين لطفي جمعة، ١٩٨٦، ص٨.

(١) راجع في هذا الموضوع بوجه عام:

ـ د. علي البارودي، القانون التجاري، الاسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٧٥، ص١٥، رقم ٦.

ـ د. حسني المصري، القانون التجاري، الكتاب الأول، الطبعة الاولى، ١٩٨٦، ص١٠ رقم ٦.

ـ محمد بهجت قايد ـ القانون التجاري، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية ١٩٩٠-١٩٩١ ص١٥.

ـ د. عزيز العكيلي. شرح قانون التجارة الكويتي، الجزء الأول، ١٩٨٨ ص١٢.

(٢) قد بدأ سريان هذا القانون في فبراير ١٩٨١.

لتحديد نطاق تطبيق قانون التجارة[1].

فالمادتان ١٥، ١٦ تقرران اخضاع الأعمال التجارية التي نصت عليها لأحكام قانون التجارة، بصرف النظر عن صفة القائم بها سواء كان تاجراً أم غير تاجر. وفي المقابل نص المشرع على بعض الأحكام التي يقتصر تطبيقها على التجار وحدهم دون غيرهم في المواد: ١٨، ٢٦ وما بعدها، ٤٧ وما بعدها، ٥٥ ومابعدها، ٥٥٥ ومابعدها من قانون التجارة. هذا بالاضافة الى المرسوم رقم (١) لسنة ١٩٥٩ بشأن السجل التجاري. أم تطبق هذه الأحكام على التجار أياً كانت طبيعة الأعمال الصادرة عنهم.

٤ ــ أما في مصر، فلايوجد في المجموعة التجارية نص مشابه لنص المادة الاولى من قانون التجارة الكويتي. ولذلك كان طبيعياً ان يختلف الفقه المصري حول الصفة الغالبة لنصوص المجموعة التجارية وهل هي الصفة

---

(١) ويرى البعض ان المشرع الكويتي قد انحاز للنظرية الموضوعية. فالمادة ١٣ تجاري تنص على أن الشخص لايكتسب صفة التاجر إلا إذا «اشتغل باسمه في معاملات تجارية وهو حائز للأهلية الواجبة، واتخذ من هذه المعاملات حرفة له..» ومن ثم تصبح الأعمال التجارية هي محور القانون التجاري، فالعمل الذي يمارسه الشخص يجب أن يكون تجارياً، ليس فقط لتطبيق أحكام قانون التجارة، وإنما ايضاً حتى يكتسب من ممارسة صفة التاجر.

راجع في القائلين بهذا الرأي:

- د. عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص١٢ ويأخذ بهذا الرأي في مصر.

- د. مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، ١٩٧٤ ص١١.

- د. هشام فرعون، الحقوق التجارية البرية، دمشق، ١٩٧٥ ص٦. والحقيقة، في اعتقادنا، ان التحليل السابق لايؤدي بالضرورة الى القول بأن المشرع الكويتي قد انحاز بصفة قاطعة للنظرية الموضوعية فإذا كان صحيحًا ان المشرع قد اعتد، بصريح نص المادة ١٣ بمعيار احتراف الأعمال التجارية، لاكتساب صفة التاجر، فإن دور هذه الأعمال يتوقف عند هذا الحد ولادخل لها، باعتبارها معياراً للتاجر، في تحديد نطاق تطبيق احكام قانون التجارة فاحترافها اذن معيار لاكتساب صفة التاجر، وليست معياراً لتحديد نطاق قانون التجارة ومن ثم يبقى التساؤل الجوهري قائماً وهو: هل تطبق احكام قانون التجارة على الأعمال التجارية حتى ولو صدرت عن غير تاجر، أم تطبق هذه الأحكام على التجار أياً كانت طبيعة الأعمال الصادرة عنهم.

الشخصية أم الصفة الموضوعية. فمن قائل[1] ان المشرع المصري قد اهتم بابراز فكرة الحرفة التجارية ومايقوم مقامها، وذلك بتعريف التاجر في المادة الاولى من المجموعة التجارية ولم يهتم المشرع بالعمل التجاري قدر اهتمامه بالتاجر بينما يرى البعض الآخر ان القانون التجاري المصري يقوم أساساً[2] على المعيار الموضوعي وذلك على أساس ان ثبوت الصفة التجارية للعمل تعد شرطاً لاكتساب صفة التاجر. ويترتب على ذلك ان مجال أعمال أحكام وقواعد التجارة هو الأعمال التجارية بأنواعها المختلفة وهي: أعمال تجارية بقصد المضاربة (م٣ تجاري كويتي) أعمال تجارية لذاتها (م٨ تجاري كويتي) وفي هذا النطاق فإن القاعدة هي الاثبات الحر. أي ان التصرفات الواقعة في نطاق قانون التجارة يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات أياً كانت قيمتها، بما في ذلك البينة والقرائن أما فيما عدا ذلك، أي خارج نطاق قانون التجارة، حيث تطبق أحكام القانون المدني بوصفها الشريعة العامة فإن القاعدة هي الاثبات بالكتابة. أي ان التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن حد معين، أو كانت غير محددة القيمة لايجوز اثباتها إلا بالكتابة[1].

٥ ــ لكن الأمور لاتسير في الواقع دائماً بمثل هذه السهولة واليسر. فهناك أعمال ليست تجارية محضة حيث تطبق أحكام قانون التجارة، وليست مدنية

---

(١) - د. محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري الجزء الأول، ١٩٨٢، ص٢٣.

(٢) - د. محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، الجزء الأول ١٩٧٨، ص٢٩.
- د. سميحة القليوبي، القانون التجاري، الجزء الأول ١٩٧٨، ص٢٩.
- د. حسني المصري، المرجع السابق، ص١٦، رقم٨.
- علي جمال الدين عوض، القانون التجاري، القاهرة، دار النهضة العربية، ص٢١، رقم ٢٢.
- السيد محمد اليماني، القانون التجاري، الجزء الأول، ١٩٨٥، ص٨٧.
- د. عزيز العكيلي، شرح قانون التجارة الكويتي، الجزء الأول، الكويت، ١٩٨٨، ص١٢٨.
- د. سميحة القليوبي، القانون التجاري، الجزء الأول، ١٩٧٨، ص٢٩.
- د. ثروت عبد الرحيم، القانون التجاري المصري، ١٩٧٧، ص١٢٥.
- د. رضا عبيد القانون التجاري الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية ١٩٩٠-١٩٩١، ص٢٥.

(١) راجع نص المادة ٣٩ اثبات كويتي، والمادة ٦٠ اثبات مصري.

محضة، حيث يطبق القانون المدني، بل هي تجارية ومدنية في الوقت ذاته، وهي الأعمال التي تسمى بالأعمال المختلطة. فما هي قاعدة الاثبات الحر، أم ـ على العكس ـ قاعدة الاثبات بالكتابة ؟

وسنحاول، إن شاء الله، الإجابة على هذا التساؤل من خلال تعرضنا لتحديد المقصود بالأعمال المختلطة، ثم للوضع في كل من مصر وفرنسا، وأخيراً للحل في القانون الكويتي.

المبحث الأول

المقصود بالأعمال المختلطة

٦ ــ لاريب في أن الإجابة على التساؤل السابق له أهمية كبيرة من الناحية العملية.

ويرجع ذلك الى أن الأعمال المختلطة هي الأكثر ذيوعاً وانتشاراً في الواقع العملي. مثال ذلك: بيع أحد الزراع محصولاً زراعياً من أرضه لأحد التجار بقصد إعادة بيعه، فإن الدين يكون مدنياً بالنسبة للأول، وتجارياً بالنسبة للثاني.

ومن يركب سيارة نقل عام يعتبر العمل مدنياً بالنسبة له، وتجارياً بالنسبة لهيئة النقل العام، والناشر الذي ينشر مؤلف يعتبر العمل بالنسبة له تجارياً، ومدنياً بالنسبة للمؤلف.. وهكذا[1].

---

(١) راجع في ذلك:

* علي البارودي، المرجع السابق، ص٨٢، رقم ٦٤.
* علي جمال الدين، المرجع السابق، ص٣١، رقم ٣٠.
* حسني المصري، المرجع السابق ص١٤٨، رقم ١٢٦.
* علي البارودي ومحمد فريد العريني، القانون التجاري ـ الاسكندرية دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٧، ص٣٨.
* مصطفى كامل طه، القانون التجاري، ١٩٨٨، ص٧٥.

ومن هذه الأمثلة، نستطيع القول بأن العمل المختلط هو الذي يكون تجارياً بالنسبة لطرف ومدنياً بالنسبة للطرف الآخر(١). أو إذا أخذنا بالمعيار الشخصي ـ هو العمل الذي يقع بين طرفين أحدهما تاجر والآخر غير تاجر. حينئذ يعتبر العمل تجارياً بالنسبة للتاجر مدنياً بالنسبة لغير التاجر. والأعمال المختلطة لاتعتبر بذلك طائفة جديدة من الأعمال التجارية، كما انها ليست أعمالاً مدنية، بل هي أعمال ذات وجهين: أحدهما تجاري، والآخر مدني.

٧ ــ والأعمال المختلطة بهذا المعنى تعتبر ـ إذا جاز التعبير ـ منطقة «محايدة» بين كلا القانونين المدني والتجاري. ولابقاء هذه المنطقة «محايدة» وتطبيقاً لمعيار تحديد نطاق تطبيق القانونين المدني والتجاري، فقد انتهى الفقه والقضاء(٢)، في مصر وفرنسا الى القول باخضاع «الوجه» التجاري للعمل لأحكام قانون التجارة و«الوجه» المدني لأحكام القانون المدني، أي ان القضاء يتجه ـ عملاً ـ الى أعمال نوع من «المزج» والتنسيق بين أحكام قانون التجارة وأحكام القانون المدني. إلا أن تطبيق هذا النظام «المزدوج» على الأعمال المختلطة قد يتعذر في العمل، أو يؤدي الى «مغايرة» غير ملائمة بين طرفي العمل الواحد. حينئذ ـ وحينئذ فقط ـ يجب توحيد

---

(١) راجع في ذلك:
* مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص٨٩ ومابعدها.
* سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص١٠٩ ومابعدها.
* علي جمال الدين، المرجع السابق، ص٧٠، رقم ٨٦.

(٢) راجع في ذلك:
* د. علي البارودي، المرجع السابق، ص٨٣، رقم ٦٦.
* د. حسني المصري، المرجع السابق، ص١٥٠، رقم ١٢٨.
* نقض مصري، ١١ نوفمبر ١٩٦٩، مجموعة احكام النقض السنة ٢٠، ص١١٨٢.
* د. اكثم الخولي، الموجز في القانون التجاري، الجزء الأول، ١٩٧٠، ص١٥٧ فقرة رقم ١٣٨.
* د. محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، الجزء الأول ١٩٦٧، ١٩٦٨، ص٧٩.
* د. ثروت عبد الرحيم ـ المرجع السابق ص١٢٦.

القاعدة الواجبة التطبيق[1] وقد تكون هذه القاعدة «الموحدة» تجارية، كما قد تكون مدنية، ويحرص القضاء كما يرى البعض بحق[2] على ألا يضطر من كان العمل مدنياً بالنسبة له الى الخضوع لقاعدة تجارية.

المطلب الأول

موقف القانونين المصري والفرنسي

٨ ــ تطبيقاً للمبدأ السابق، فقد انتهى الفقه والقضاء في مصر[1]، الى القول بأن قواعد الاثبات المدنية تطبق على الطرف الذي يعد العمل بالنسبة له مدنياً، بينما تطبق قواعد الاثبات التجارية على الطرف الذي يعد ذلك العمل بالنسبة له تجارياً. وهذه «المغايرة» تطبق في الواقع لصالح الذي يعتبر العمل بالنسبة له مدنياً.

---

(١) مثال ذلك سعر الفائدة في القانون المصري. إذ أن سعر الفائدة في القانون المدني اقل منه في القانون التجاري وتطبيق «النظام المزدوج» على العمل المختلط في هذا الغرض يؤدي الى نتيجة غير مقبولة عقلاً ولامنطقاً وهي اختلاف سعر الفائدة بالنسبة لذات العمل، ولذلك قررت محكمة النقض المصرية، على سبيل المثال الاستثناء، ان القروض التي تعقدها المصارف في نطاق نشاطها تعتبر عملاً تجارياً أياً كانت صفة المقترض. وأياً كان الغرض الذي خصص له القرض، راجع حكمها الصادر في ٢٧ يونيه ١٩٦٣، مجموعة احكام النقض، السنة ١٤، ص١٩٣٦.

(٢) - د. علي البارودي، المرجع السابق، ص٨٣، رقم ٦٦.

- أحمد محمد محرز القانون التجاري الجزء الأول، الطبعة الاولى، ١٩٨٦-١٩٨٧، ص٤٥.

(١) نقض مدني مصري، ١١ نوفمبر ١٩٦٩، السابق الاشارة اليه، نقض مدني مصري، ٨ ديسمبر، ١٩٦٠، مجموعة احكام النقض السنة ١١، ص٦٣٥.

ويستثنى الفقه من هذا الأصل حالة إذا ماتعلق الأمر بمجرد نفي الادعاء الأصلي الموجه ضد الطرف الذي يعد العمل بالنسبة له تجارياً دون ان يضيف جديداً. إذ يجوز لهذا الأخير، في هذه الحالة، اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات راجع في ذلك:

* د. علي جمال الدين، المرجع السابق، ص٧٢.
* د. حسني المصري، المرجع السابق، ص١٥٢.
* د. عبد الحميد الشواربي، موسوعة الشركات التجارية، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٧، ص٣٥ ومابعدها.

ويترتب على ذلك، ان الطرف «المدني» يستطيع أن يثبت حقه في مواجهة الطرف الآخر بكافة طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن، بينما لايستطيع الطرف «التجاري» ان يثبت حقه ـ إذا زادت قيمة التصرف عن حد معين أو كان غير محدد القيمة ـ إلا بالكتابة، يستوي في ذلك أن تكون المحكمة المرفوع أمامها الدعوى تجارية أم مدنية.

٩ ـ وهو ما سار عليه بالفعل الفقه الفرنسي [١] وأكده غير مرة القضاء[٢] فالاثبات لايكون حراً إلا في مواجهة طرف قام بعمل تجاري. ويكفي، حتى يمكن الاثبات بكافة الطرق، أن يثبت أحد الأطراف أن العمل يعتبر تجارياً بالنسبة للطرف الآخر. ومن ثم، فالاثبات يكون حراً في مواجهة التجار بالنسبة للأعمال التي تدخل في نطاق تجارتهم[٣] وكذلك يكون الاثبات حراً في مواجهة طرف مدني قام بعمل تجاري[٤] وبالمقابل، فالاثبات لايكون حراً، بل يجب أن يكون بالكتابة، في مواجهة تاجر قام بعمل مدنياً بعيداً عن أعمال تجارية[٥] وكذلك ـ وهذا هو المهم ـ لايكون الاثبات حراً في مواجهة من يقوم بعمل مدني حتى ولو كان ذلك العمل تجارياً بالنسبة للطرف الآخر[٦] فالعمل التجاري اذن أياً كانت صفة القائم به هو المجال الطبيعي لتطبيق مبدأ الاثبات الحر. أما إذا كان العمل مدنياً، حتى ولو بالنسبة لأحد طرفيه فقط، وجب الرجوع الى

---

(١) Ghestin et Goubeaux introduction Prec ed 1977 Ripert Trite elementaire du droit commercial. ed par Roblot n 340 Hemard Les contant commerciaux Siery. 1953 n 39.
- Tyan (E.) Droit commercial, T. I. 1968. P.54.

(٢) com 17 mars 1981 D 1983 P 1983 P 23 note plaisant
- com 14 oct 1981 J. C. P 1982 4P7
- com 12 Jev 1980 J R P 398

(٣) com 14 oct 1981 prec
com 17 mars 1981 prec

(٤) com 17 fev 1976 gaz pal 1976 I Sonn
Soc- 8 Janv 1964 Bull civ p 19 n 21

(٥) com 12 Jeu 1980 prec
- Civ er mai 1977 Gaz Pal 1968 I P 89 obs Vitte
- Civ I eres er 21 avril; 1982 J c p 1982 4 231
- j. Guyenot, Gurs de drot commercial, 1977. P.85
- G. Hubrecht, A. couret et j. j Barlieri Droit commercial 11e ed. Siray, 1988. P.96 ets.

الاثبات «المعد» أو المهيأ، اي الاثبات بالكتابة. والقضاء الفرنسي يهدف بالدرجة الاولى، الى حماية المستهلك[1] أي غير التاجر.

بل ان المشرع الفرنسي لم يكتف بهذا القدر من الحماية الذي أسبغه القضاء على المستهلك في مجال الاثبات. ولذلك نراه يتدخل عام ١٩٨٠ لتعديل المادة ١٠٩ تجاري[2]. وبمقتضى هذا التعديل الجديد، يشترط لأعمال مبدأ الاثبات الحرفي فرنسا توافر شرطين: أن يكون العمل تجارياً، وأن يكون العمل صادراً عن تاجر، ولايكفي إذن اثباته بكافة طرق الاثبات، وإنما يشترط بالاضافة الى ذلك، أن يصدر العمل عن تاجر[3].

المطلب الثاني

موقف القانون الكويتي

١٠ ــ أما بالنسبة للقانون الكويتي، فقد خرج المشرع على هذا الأصل، حيث يجب اخضاع «الوجه» المدني لذات العمل لأحكام القانون المدني، وقرر في المادة ١٢ من قانون التجارة أنه إذا كان العقد تجارياً بالنسبة لأحد العاقدين دون الآخر سرت أحكام قانون التجارة على التزامات العاقد الآخر الناشئة عن هذا العقد ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك. وهكذا استبعد المشرع الكويتي اخضاع الأعمال المختلطة لنظام قانوني «مزدوج» وفضل ـ لأسباب معينة ـ توحيد القواعد الواجبة التطبيق على هذا النوع

---

(١) Pissiol introduction de la nation de consommateur en dr oit francais D 1982 I. P.91.

(٢) وذلك بالقانون رقم ٢٥ ـ٨٠ الصادر في ١٢ يوليو ١٩٨٠ د. الوز، ١٩٨٠.

(٣) -Hemard, les contrats comerciaux, siery. 1975. P. 125
G. Ripert et Roblt. Traite de droit commercial.T, 2 12 ed, L, D, j 1990 p 65 ets.
G, Parleani un texte anachronique le nouvel article 109 du code de commerce, D, S, 1983 1, P65 ets O
- Ripert, traite elementaire du drait commercial, T, 1 8 e d par Roblat. P.96 ets.
- M, de Juglert et B, Ippolito, Traite de droit commercial, T. I 1988, P, 175 ets.
- J, Hamel et G, Lagarde et A Jauffrt, Drait commetcial T, 1, 2 e ed, 1980 P, 92.
- R, Houin et M, Pedomon, 8 e ed, Precis Dalloz, 1985, p, 191.

من الأعمال، واخضاعها، من ثم، لأحكام قانون التجارة كقاعدة عامة.

نلاحظ ـ بداءة ـ على هذا النص، من ناحية، ان التوحيد جاء على حساب أحكام القانون المدني لصالح أحكام قانون التجارة وقد ترتب على ذلك ان المنطقة «المحايدة» والتي حرص الفقه والقضاء في مصر وفرنسا على ابقائها كذلك، قد أصبحت ـ بمقتضى نص المادة ١٢ السابقة ـ خاضعة كلية لسيطرة أحكام قانون التجارة فتقلص بذلك وبدرجة ملحوظة نطاق تطبيق أحكام القانون المدني. وهو «تقليص» مقصود، ولم يأت مصادفة، من جانب المشرع. وبصرف النظر عن مدى ملائمة هذا التقليص، فإنه قد جاء ـ وهذا هو المهم ـ على حساب التضحية بمصالح الطرف الذي يعد العمل بالنسبة له مدنياً ومن ناحية اخرى، ان المشرع كان يهدف من وراء تطبيق هذا النص تقليص نطاق تطبيق مجلة الأحكام العدلية[1] وبالمقابل توسيع نطاق تطبيق قانون التجارة. وبذلك يخرج ـ وهذا هو الهدف ـ أغلب صور التعامل من نطاق المجلة.

وقد كان لهذا مايبرره في ظل قانون التجارة رقم ٢ لسنة ١٩٦١، حيث كانت المجلة تعتبر ـ حينئذ ـ الشريعة العامة لمعاملات الأفراد. ولكن هذه الظروف زالت الآن بصدور قانون (٢) مدني يحكم العلاقات المدنية. ولعل في زوال هذه الظروف مايدعو المشرع الكويتي الى التدخل لإعادة التوازن «المفقود» في العلاقات بين القانون التجاري والقانون المدني، خصوصاً ان اختلال التعادل قد جاء ـ مع الأسف ـ على حساب الطرف الذي يعد العمل بالنسبة له مدنياً.

---

(١) وقد بدأ تطبيق أحكام المجلة في الكويت اعتباراً من عام ١٩٣٨ باعتبارها القانون المدني الذي يحكم علاقات الأفراد على السواء، تجارية كانت أم مدنية، بالاضافة لخضوع الأعمال التجارية للأعراف والعادات التجارية.

(٢) رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠، وقد بدأ تطبيقه اعتباراً من ٢٥ فبراير ١٩٨١.

١١ ــ بعد هذه الملاحظات الموجزة، نعود ونقول ان نص المادة ١٢ السابقة قد أحال الى أحكام «قانون التجارة» باعتبارها الأحكام الواجبة التطبيق على العمل المختلط بوجهيه المدني والتجاري فما هي اذن قواعد الاثبات الواجبة التطبيق على الأعمال المختلطة في القانون الكويتي ؟ وهل يخضع طرفي العمل المختلط لقواعد الاثبات التجارية، أم يخضع كل طرف للقانون الذي «ينتمي» اليه؟

لدينا للاجابة على هذا التساؤل ثلاثة احتمالات:

* الحل الذي اعتنقته المادة ١٢ تجاري.

١٢ ــ قد يقال ان المشرع وقد نص في المادة الثانية تجاري[١] ـ عند تحديده لمصادر القانون التجاري ـ على سريان نصوص قانون التجارة وغيره من القوانين على المسائل التجارية، بينما نراه قد اكتفى بالنص في المادة ١٢ على سريان أحكام قانون التجارة على الأعمال المختلطة، فإنما يريد تطبيق نصوص قانون التجارة فقط دون غيرها على الأعمال المختلطة، ومن ثم لاتطبق قواعد الاثبات التجارية باعتبارها واردة في نصوص اخرى بعيداً عن قانون التجارة. وقد يعزز الآخذ بهذا التفسير من ناحية، ان المشرع لو أراد الأخذ بالتفسير الواسع (نصوص قانون التجارة وغيره من النصوص) الذي اعتمده صراحة في المادة الثانية لنص على ذلك صراحة في المادة ١٢ أيضاً. أما وانه قد اكتفى بالنص على سريان قانون التجارة فقط، فإنه يقصد الأحكام الواردة في هذا القانون دون غيرها.

ومن ناحية اخرى، فإن نص المادة ١٢ هو استثناء من الأصل العام، والاستثناء لايقاس عليه ولايتوسع في تفسيره فالأصل، كما رأينا، هو تطبيق قانون التجارة على الطرف الذي يعد العمل بالنسبة له مدنياً. وإذا كان المشرع الكويتي قد خرج، لأسباب معينة على الأصل، فإن

(١) وتنص المادة الثانية على أنه مع مراعاة مانص عليه في المادة ٩٦، تسري على المسائل التجارية قواعد العرف التجاري فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية.

هذا الخروج يجب ان يفسر في أضيق الحدود حسب ألفاظ المشرع وعباراته ذاتها. خصوصاً ان مبررات السياسة التي اتبعها المشرع الكويتي لتوسيع نطاق تطبيق قانون التجارة، والتي كان من ثمارها المادة ١٢، قد زالت بصدور القانون المدني رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠. فالمشرع كان يريد اخراج أغلب صور التعامل من نطاق مجلة الأحكام العدلية، وهو أمر لم يعد قائماً باصدار تقنين مدني جديد.

المقصود بأحكام القانون التجاري

١٣ ــ لكن هذا التفسير لايستقيم عند التعمق في النظر. فمن المسلم، دون خلاف، ان المقصود بأحكام قانون التجارة هو قواعد القانون التجاري سواء وردت في نصوص المجموعة التجارية، أو في نصوص قوانين اخرى مكملة او معدلة أو مساعدة له، أو في الأعراف والعادات التجارية. وهذا هو التفسير الذي انعقد عليه اجماع الفقه المصري[1]، وهو بصدد تحديد المصدر الأول للقانون التجاري المصري. ومن ثم، فأحكام قانون التجارة الواجبة التطبيق على الأعمال المختلطة تشمل الأحكام التي تتضمنها نصوص قانون التجارة او غيرها من النصوص الواردة في قوانين اخرى تتعلق بالمسائل التجارية.

نطاق تطبيق قواعد الاثبات التجاري على الأعمال المختلطة:

ويترتب على ذلك ان الأعمال المختلطة تخضع ـ من حيث الاثبات ـ

(١) راجع في ذلك:

د. علي البارودي، المرجع السابق، ص٣١، رقم ١٦.

د. علي جمال الدين المرجع السابق، ص١٦، رقم ١٢.

د. حسني المصري المرجع السابق، ص٥٥، رقم ٤٠.

د. عبد المعين لطفي جمعه، موسوعة القانون التجاري ١٩٨٦، ص٧.

د. احمد حسني قضاء النقض التجاري، المبادىء التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً (١٩٣١ـ١٩٨١) اسكندرية ـ منشأة المعارف ١٩٨٢، ص١٩٧.

للأحكام المتعلقة بالمسائل التجارية سواء وردت في قانون التجارة أو في قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠ غير أن تطبيق هذه الأحكام على طرفي العمل المختلط يفترض ـ عقلاً ومنطقاً ـ توافر الشروط التي وضعها المشرع. والقول بغير ذلك يؤدي الى اخضاع الطرف الذي يعتبر العمل بالنسبة له مدنياً لكافة أحكام قانون التجارة ومنها القيد في السجل التجاري، ومسك الدفاتر التجارية، والاسم والعنوان التجاريين ـ بالرغم من أن شروط تطبيقها غير متوافرة في هذا الطرف غالباً.

ومن هنا تبدو فائدة نص المادة ١٢ تجاري وطبيعته في الوقت ذاته. أما عن فائدتها فتبدو في أن القاضي يجب عليه ـ في بحثه عن أحكام العمل المختلط ـ أن يولي وجهه شطر قانون التجارة والقوانين المكملة والمعدلة له، خروجاً عن الأصل العام وهو اخضاع الطرف الذي يعد العمل بالنسبة له مدنياً لأحكام القانون المدني.

أما عن طبيعة نص المادة ١٢ تجاري، فيمكن القول بأنه قاعدة اسناد، ولايتضمن قاعدة موضوعية. فالنص لم يؤت بقواعد موضوعية وأحكام واجبة التطبيق على الأعمال المختلطة، وإنما أحال ـ في سبيل تحديد هذه الأحكام ـ الى نصوص قانون التجارة والقوانين المكملة له.

المبحث الثاني

تحديد قواعد الاثبات التجاري على الأعمال المختلطة

فإذا حاولنا تحديد أحكام الاثبات الرئيسية الواردة في قانون الاثبات وقانون التجارة، وجدنا مبدأين رئيسيين:

المطلب الأول:

حجية الدفاتر التجارية في الاثبات:

تنص المادة ١٨ اثبات على انه «تكون الدفاتر التجارية الالزامية حجة لصاحبها التاجر ضد خصمه التاجر إذا كان النزاع متعلقاً بعمل تجاري وكانت

الدفاتر منتظمة، وتسقط هذه الحجة بالدليل العكس».

ويتضح من هذا النص أن الدفاتر التجارية لاتكون حجة في الاثبات إلا إذا توافرت فيها ثلاثة شروط ان يكون النزاع بين تاجرين، أن تكون الدفاتر منتظمة، وأن يكون النزاع متعلقاً بعمل تجاري. ونعتقد من جانبنا ان حكم حجية الدفاتر التجارية لايطبق على الأعمال المختلطة. ويرجع ذلك الى ان نص المادة ١٢ من قواعد الاسناد، وان الأحكام التي أحال اليها لاتتوافر لها ـ في هذا المجال ـ شروط تطبيقها. فالنزاع، بالنسبة للأعمال المختلطة، لايتعلق بعمل تجاري، فضلاً عن انه غالباً ليس بين تاجرين. فإذا ماوقع النزاع بين غير تاجرين، أو بين تاجر وغير تاجر فإن شروط حجية الدفاتر في الاثبات يتخلف ايضاً. فقوة الدفاتر التجارية في الاثبات تقتصر على أعمال التجار وحدهم دون غيرهم من الأشخاص الذين لايلتزمون بمسك دفاتر تجارية. والفرض ان العمل التجاري محل النزاع مسجل، طبقاً لنص المادة ١٨، في دفاتر طرفي النزاع. حيث تستطيع المحكمة، حينئذ، مضاهاة بيانات كلا الدفترين[١] وقد أكدت هذا المعنى المادة ١٧ اثبات بقولها «دفاتر التجار لاتكون حجة على غير التجار». فإذا كان أحد الخصمين تاجراً والآخر غير تاجر، فإن الخروج على حكم القواعد العامة التي تقضي بعدم جواز ان ينشيء الشخص دليلاً لمصلحته، لم يعد له مايبرره[٢] ونؤكد مرة اخرى ان استبعاد تطبيق حكم المادة ١٨ اثبات بالنسبة للأعمال المختلطة لايرجع الى عدم تطبيق المادة ١٢ تجاري، بل الى ان الأحكام التي أحالت اليها لم تتوافر شروط تطبيقها.

المطلب الثاني:

الاثبات الحر في المواد التجارية:

رأينا أن المادة ١٢ تجاري قد أحالت باعتبارها قاعدة اسناد، الى مبدأ

(١) ويدخل في هذا الفرض أيضاً أن يقدم التاجر دفاتره ضد تاجر آخر لكن في عمل مدني بالنسبة لهذا الأخير. إذ أن مثل هذه الأعمال لاتقيد في دفاتر التاجر، ومن ثم يستحيل اجراء المضاهاة بالنسبة لها.

(٢) وقد أوردت المادة ١٧ اثبات قيداً على الحكم الذي قررته مقتضاه ان البيانات المثبتة في الدفاتر التجارية عما ورده التجار تصلح أساساً تجيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة الى أي من الطرفين، وذلك حتى فيما لايجوز اثباته بالبينة.

الاثبات الحر في المواد التجارية. ومن ثم يجب تطبيق هذا المبدأ على الأعمال المختلطة إذا توافرت شروط اعماله حسب نص المادة ٣٩ اثبات التي تقرر في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف تزيد قيمته على ٥٠٠ دينار أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في اثبات وجوده او انقضائه ما لم يوجد اتفاق او نص يقضي بغير ذلك[١].

فالقاعدة اذن، في غير المواد التجارية هي عدم جواز اثبات التصرفات القانونية ـ في حدود معينة ـ إلا بالكتابة. أما في المواد التجارية فالقاعدة هي جواز اثبات الواقعة محل النزاع أياً كانت، بكافة طرق الاثبات. وهو ماسمي بالاثبات الحر في المواد التجارية. وبذلك يتضح بجلاء أن المجال الطبيعي للاثبات الحر هو المواد التجارية. فهذا المبدأ لايطبق إلا في المواد التجارية. فالطبيعة المدنية أو التجارية للعمل تلعب اذن دوراً حاسماً في تحديد نطاق تطبيق مبدأ الاثبات.

فما المقصود اذن بالمواد التجارية؟

١٥ ــ يقصد بالمواد التجارية ـ في هذا الصدد ـ الأعمال التجارية. وتنقسم الأعمال التجارية، حسب نصوص قانون التجارة الكويتي، الى ثلاثة أنواع:

أ ـ أعمال تجارية موضوعية[٢] أو بقصد المضاربة:

وهي الأعمال، حسب نص المادة الثالثة تجاري، التي يقوم بها الشخص بقصد المضاربة، ولو كان غير تاجر، فقصد المضاربة اذن، أي قصد تحقيق الربح، هو معيار العمل التجاري عموماً في القانون الكويتي[٣].

---

(١) ويقابلها نص المادة ٦٠ اثبات مصري.

(٢) راجع في هذه التسمية، علي جمال الدين عوض، المرجع السابق ص٣٢، وينتقد البعض هذه التسمية لأنها توهم بأن هناك أعمالاً تجارية في جوهرها وكيانها بحيث لايمكن ان تكون مدنية، أو أن تخضع لقواعد القانون المدني «مع أنه» لايوجد اختلاف في الطبيعة بين العلاقات المدنية والتجارية راجع: علي البارودي المرجع السابق ص٤١.

(٣) وتشير المذكرة الايضاحية لمشروع قانون التجارة الجديد في هذا الصدد الى ان المشرع قد اتخذ من المضاربة معياراً عاماً للتفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية وهو معيار استقر في العمل وطبقة القضاء بسهولة ويسر، راجع ص٨.

ب ـ أعمال تجارية لذاتها أو بقوة القانون:

وهي الأعمال التي يثبت لها ـ طبقاً لنص المادة الخامسة تجاري ـ الصفة التجارية لذاتها وبصرف النظر عن صفة القائم بها أو نيته.

وقد أضفى المشرع بنص المادة الخامسة الصفة التجارية على مجموعة كبيرة من الأعمال تشمل معظم صور التعامل التجاري[1]، سواء كان القائم بها تاجراً أم غير تاجر، وسواء كان القائم بها يقصد تحقيق الربح أم لا[2].

ج ـ أعمال تجارية بالتبعية:

وهي أعمال مدنية بطبيعتها، لكنها تكتسب الصفة التجارية حسب نص المادة ٨ تجاري إما بسبب ارتباطها أو تسهيلها لعمل من الأعمال التجارية التي نص عليها القانون (تبعية موضوعية) أو بسبب صدورها من تاجر لحاجات تجارته (تبعية شخصية).

هذه اذن الأعمال التجارية بأنواعها المختلفة والتي تعتبر المجال الطبيعي لتطبيق مبدأ الاثبات الحر. فهي تمثل «الدائرة» التي يتحرك داخلها هذا المبدأ. أما خارج هذا النطاق، تجب العودة الى القاعدة العامة التي تقضي بوجوب اثبات التصرفات القانونية، في حدود معينة بالكتابة.

١٦ ـ وقد يقال بأن الأعمال المختلطة لاتعتبر من الأعمال التجارية، ولاتدخل تحت أحد الأعمال السابقة ويترتب على ذلك ان مبدأ الاثبات الحر لاينطبق على الطرف الذي يعد العمل بالنسبة له مدنياً. وينطبق فقط على الطرف الذي يعد العمل بالنسبة له تجارياً بعبارة اخرى، لا ينطبق

---

(١) راجع نص المادة الخامسة تجاري كويتي، وقرب المادة الثانية تجاري مصري.

(٢) وتبدو فائدة نص المادة بالنسبة لبعض الأعمال التي تقوم بها مؤسسات لاتهدف الى تحقيق الربح كالاذاعة والتلفزيون وتوزيع الماء والكهرباء فهي مؤسسات لاتهدف الى تحقيق الربح وإنما لأداء خدمات للجمهور. أما الأعمال الاخرى التي تأخذ شكل مشروعات تهدف الى تحقيق الربح كأعمال النقل وغيرها، فيبدو نص المادة الخامسة بالنسبة لها عديم الفائدة. إذ يمكن التوصل الى اضفاء الصفة التجارية عليها طبقاً لمعيار المضاربة دون حاجة لنص المادة الخامسة.

مبدأ حرية الاثبات على الأعمال المختلطة، ومن ثم يجب العودة الى الأصل العام الذي يقضي بوجوب خضوع كل طرف لأحكام القانون الذي ينتمي اليه. وهي نتيجة منطقية لحصر نطاق تطبيق مبدأ الاثبات الحر في المسائل التجارية فقط، بحيث لايتعداها الى غيرها من الأعمال، حتى لو كانت مختلطة.

ومما يساعد على الأخذ بهذا التفسير ان المشرع حينما نص على سريان أحكام قانون التجارة على الطرف الذي يعد العمل بالنسبة له مدنياً لم يغير من طبيعة العمل ذاته، ولم يعتبره عملاً تجارياً، بل أبقى عليه كما هو «مختلط» وأخضعه فقط بوصفه عملاً مختلطاً، لأحكام قانون التجارة. ولو أراد المشرع تغيير طبيعته لنص على ذلك صراحة كما فعل في المادة الخامسة من قانون التجارة إذ اعتبر المشرع الأعمال التي تتضمنها هذه المادة «تجارية» بقوله «تعد أعمالاً تجارية الأعمال المتعلقة بالأعمال الآتية..». ولم يكتف المشرع، بالنسبة للمادة الخامسة، باخضاع الأعمال التي نص عليها الصفة التجارية بما يترتب على ذلك من نتائج، منها ـ بطبيعة الحال ـ اخضاعها لأحكام قانون التجارة.

أما بالنسبة للمادة ١٢، فقد اكتفى المشرع باخضاع العمل المختلط، ومن وجهة المدني، لأحكام قانون التجارة دون أن يغير من طبيعته ومن ثم فالأعمال المختلطة لاتعتبر اذن من المسائل التجارية التي تعتبر المجال الطبيعي لتطبيق مبدأ الاثبات الحر.

لكن هذا القول مردود بأن المشرع، وان لم يغير من طبيعة «العمل المختلط» إلا أنه أخضعه بصفته هذه لأحكام قانون التجارة. وكأنه أضاف بذلك الى الأعمال التجارية التي تخضع لأحكام قانون التجارة طائفة اخرى تخضع ايضاً لأحكام قانون التجارة، هي ـ على وجه التحديد ـ الأعمال المختلطة.

ومع ذلك فإن الحكمة من اقرار مبدأ الاثبات الحر في المواد التجارية تبدو غير متوفرة في الأعمال المختلطة بالنسبة للطرف الذي يعد العمل بالنسبة له مدنياً. فقد لوحظ ـ بحق ـ ان مبدأ الاثبات المقيد

(بالكتابة) لايتفق مع ماتقتضيه سرعة انجاز المعاملات التجارية وهي سرعة تعود عليها التجار في انهاء معاملاتهم. الأمر الذي يفترض ـ ضمناً ـ تعلق مبدأ الاثبات الحر بأعمال تجارية صادرة عن تاجر. فهو وحده ـ دون غيره ـ الذي تعود السرعة في انجاز معاملاته. مثل هذه الحكمة لاتتوافر بالنسبة للطرف المدني في العمل المختلط. فهو ـ غالباً ـ ليس تاجراً أو ان العمل ليس تجارياً رغم صدوره عن تاجر. وفي كلتا الحالتين لاتلعب السرعة دوراً بارزاً في انهاء المعاملات.

ومن ناحية اخرى، فإن مبدأ الاثبات الحر يرتبط ارتباطًا وثيقاً بمبدأ حجية الدفاتر التجارية في الاثبات.

فقد لايهتم التاجر باعداد دليل اثبات لمعاملاته ليس فقط للسرعة التي تقتضيها الحياة التجارية، ولكن ايضاً لأنه يقوم باثبات مثل هذه العمليات في دفاتره التجارية، وهو أمر لايتوافر ايضاً في الأعمال المختلطة بالنسبة للطرف الذي يعد العمل بالنسبة له مدنياً سواء لأنه، كما هو الغالب، غير تاجر ليس لديه دفاتر تجارية أصلاً، أو لأنه رغم كونه تاجراً، لايقيد في دفاتره إلا الأعمال التجارية فقط.

وقد يساعد ايضاً على الأخذ بهذا التفسير ان نص المادة ١٢ تجاري قد جاء ـ من ناحية ـ استثناء من الأصل العام، والمسلم به دون خلاف ان الاستثناء لايقاس عليه ولايتوسع في تفسيره. فالأصل هو تطبيق احكام قانون التجارة على الطرف الذي يعد العمل بالنسبة له تجارياً، وتطبيق احكام القانون المدني على الطرف الذي يعد العمل بالنسبة له مدنياً. وإذا كان المشرع الكويتي قد خرج ـ لسبب أو لآخر ـ على هذا الأصل، فإن هذا الخروج يجب أن يفسر في أضيق الحدود كما أن المشرع قد أراد ـ من ناحية اخرى ـ من وراء هذا النص «تقليص» نطاق تطبيق مجلة الأحكام العدلية وبذلك يخرج من نطاق المجلة أغلب صور التعامل لاخضاعها لأحكام قانون التجارة رقم ٢ لسنة ١٩٦١، حيث كانت المجلة تعتبر ـ حينئذ ـ الشريعة العامة لمعاملات الأفراد لكن هذه الظروف قد زالت الآن بصدور القانون المدني رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠

الذي ينظم المعاملات المدنية وأخيراً فإن اخضاع الطرف الذي يعد العمل بالنسبة له مدنياً لمبدأ الاثبات الحر قد يؤدي ـ عملاً ـ الى التضحية بمصالحه كلية، فهذا الطرف وهو غالباً ليس تاجراً، قد تعود على الاثبات بوسائل معينة حدد المشرع حجية كل منها، ومن ثم يجب ألا يفاجأ باخضاعه لمبدأ الاثبات الحر الذي وضع أساساً ليحكم علاقات التجار بعضهم بالبعض الآخر.

المطلب الثالث
العمل المختلط عمل تجاري بالنسبة لطرفيه

١٧ ــ وقد يقال، أخيراً، ان العمل المختلط يعتبر تجارياً ليس فقط بالنسبة للطرف التجاري، وإنما ايضاً بالنسبة للطرف المدني. فنص المادة الخامسة تجاري أضفى الصفة التجارية على أغلب صور المعاملات بصرف النظر عن صفة القائم بها أو نيته. وبذلك يمكن القول ان العمل المختلط يعتبر «تجارياً» بالنسبة للطرف المدني بنص المادة الخامسة التي اعتبرت كثير من الأعمال «تجارية» لذاتها بالرغم من تخلف معيار المضاربة وقصد تحقيق الربح وأياً كانت صفة القائم بها. هذا بالاضافة الى ان العمل المختلط يعتبر أصلاً، تجارياً في أحد وجهيه بالنسبة للطرف الآخر «التاجر» على أساس أنه يدخل في أحد التقسيمات الثلاثة السابقة. فعقد النقل مثلاً يعتبر تجارياً بالنسبة للناقل الذي يحترف عمليات النقل قاصداً تحقيق الربح وهو تجاري ايضاً بالنسبة للراكب طبقاً لنص المادة ١٢/٥ تجاري التي اعتبرت عمليات النقل براً وجواً وبحراً من الأعمال التجارية بصرف النظر عن صفة القائم بها أو نيته. ويترتب على هذا القول إذا ما صح، خضوع الأعمال المختلطة لمبدأ الاثبات الحر لأنها ببساطة لم تعد مختلطة بل تجارية بالنسبة لطرفيها.

وهذا التفسير هو ماذهبت اليه بالفعل محكمة الاستئناف[1] بالنسبة لمعاملات البنوك بوجه عام، وعقد القرض بوجه خاص. وقد أثير التساؤل في الواقعة المعروضة على المحكمة «تجارية» القرض بالنسبة للعميل إذا كان الهدف من القرض استخدامه في أغراض غير تجارية.

وقد انتهت محكمة الدرجة الاولى الى القول بأن القرض يكون تجارياً حسب نص المادة ١٠١ تجاري، إذا كان القصد منه صرف المبالغ المقترضة في أعمال تجارية. وللدائن الحق طبقاً للمادة ١٠٢ تجاري في اقتضاء فائدة على القرض التجاري. ويترتب على ذلك، في نظر، المحكمة، ان القرض يكون غير تجاري بالنسبة للعميل، إذا لم تصرف المبالغ المقترضة في أغراض تجارية. وهكذا رأت المحكمة ان القرض يعتبر، إذا لم يصرف القرض في أغراض تجارية، عملاً مختلطاً فهو تجاري بالنسبة للبنك ومدني بالنسبة للعميل ولأن العمل المختلط يخضع من وجهة المدني لأحكام القانون المدني فإن الفوائد المتفق عليها في عقد القرض تعتبر باطلة تطبيقاً لنص المادة ٣٠٥ مدني الواجبة التطبيق على الطرف الذي يعد القرض بالنسبة له مدنياً (العميل).

غير أن محكمة الاستئناف قد رفضت التحليل السابق وانتهت على العكس ـ الى اضفاء الصفة التجارية على القرض بالنسبة لطرفيه معاً (البنك والعميل)، واستندت في ذلك على مايلي:

أ ـ ان معاملات البنوك تعتبر طبقاً لنص المادة ١/٥ تجاري أعمالاً تجارية بطبيعتها بغض النظر عن القائم بها أو نيته بما يسبغ على كافة تلك الأعمال ـ ومع ذلك النص وعباراته ـ الصفة التجارية سواء بالنسبة

---

(١) قضية رقم ٨٨/٢٧ بتاريخ ١٩٨٨/١٢/٤، غير منشور وتتلخص وقائع هذه الدعوى في مطالبة البنك لأحد العملاء بدفع مبلغ القرض الذي حصل عليه بالاضافة الى الفوائد المستحقة عليه بواقع ٥ر٧٪ سنوياً. وكان العميل قد حصل على القرض بغرض الزواج وهو من الأغراض المدنية. راجع في ذلك المعنى.

ـ استئناف عليا، الطعن رقم ٨٧/٣٩٠ تجاري غير منشور.

عكس ذلك: استئناف تجاري، قضية رقم ٨٧/٣٠١ غير منشور.

للبنوك القائمة بتلك الأعمال أو بالنسبة للعميل الطرف الآخر في هذه المعاملات، وذلك بصرف النظر عن صفة القائم بها أو نيته.

ب ـ إن عقود القروض التي تعقدها تلك البنوك وعملائها تعتبر وعلى مدى ما سلف عقودا تجارية وتعتبر القروض الناتجة عنها ولا شك قروضا تجارية بالنسبة للبنوك أو العميل المقترض وبصرف النظر عن صفة المقترض (تاجراً أو غير تاجر) أو نيته بصدد استخدام القرض في أعمال تجارية أو غيرها مما يباح معه لتلك البنوك وبوصفها الدائن وللعميل معها الاتفاق على أحقية الدائن في الفوائد التعويضية عن ذات القرض أو الفوائد التأخيرية في ضوء حكم المادة ١٠٢ تجاري.

١٨ ـ ويهمنا ـ في هذا الصدد ـ هو انتهاء محكمة الاستئناف الى اعتبار كافة معاملات البنوك أعمالاً تجارية بالنسبة لطرفيها: البنك والعميل. وذلك بصرف النظر عن صفة القائم بها أو نيته تطبيقاً لنص المادة الخامسة تجاري، ولاريب في أن التفسير الذي تبنته المحكمة لنص المادة السابقة وهي أعمال متنوعة ومتعددة تبلغ ستة عشرة نوعاً. فهي جميعاً أعمال تجارية في نظر المحكمة، ليس فقط بالنسبة للقائم بها، وإنما بالنسبة لطرفيها معاً.

ونعتقد ـ من جانبنا ـ ان هذا التفسير للمادة الخامسة ليس دقيقاً. فهو ـ من ناحية ـ لايتفق مع الفاظ النص ذاتها وعباراته. فالنص يقرر: «تعد أعمالاً تجارية الأعمال المتعلقة بالأمور الآتية بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته..». فالأعمال التي عددتها المادة الخامسة تعتبر أعمالاً تجارية أياً كانت صفة من يقوم بها أو مقصده ـ فالعبرة في العمل التجاري بوجه عام هي إما قصد المضاربة وتحقيق الربح أو صفة القائم به، أي الأعمال التي تصدر عن تاجر لحاجات تجارته. وخروجاً على هذا النص رأى المشرع اعتبار بعض الأعمال بقوة القانون تجارية حتى ولو كان القائم بها لم يهدف الى تحقيق الربح، أو كان غير تاجر فمن هو اذن القائم بأعمال البنوك الذي يريد المشرع اعتبار مثل هذه الأعمال تجارية بالنسبة اليه ؟ لاريب في أن القائم بهذه الأعمال هي البنوك ذاتها وليس

العملاء. ولا دخل لهؤلاء في تأدية مثل هذه الأعمال من قريب أو من بعيد. وهكذا بالنسبة لكافة الأعمال الاخرى التي نصت عليها المادة الخامسة مثل عمليات النقل، الوكالة التجارية، وتوزيع المياه والكهرباء والغاز.. الخ.

ولم أستطع ـ حقيقة ـ ان أفهم كيف اعتبرت المحكمة ان العميل هو القائم بعمليات البنوك، ولذلك اعتبرت العمل بالنسبة له تجارياً سواء كان تاجراً أو غير تاجر وسواء كان يقصد تحقيق الربح أم لا. وهل يمكن ـ حسب منطق المحكمة ـ اعتبار الناقل ومستهلك المياه والغاز والكهرباء ومرسل المخابرات البريدية والبرقية الهاتفية هو القائم بتلك الأعمال واعتبار ـ من ثم هذه الأعمال تجارية بالنسبة اليه ؟ فالقائم بعمليات الوكالة بالعمولة هو الوكيل.. وهكذا. وقد يقال ان عمليات البنوك تعتبر تجارية بالنسبة للبنك طبقاً لمعيار المضاربة ومن ثم فلا حاجة الى اللجوء لنص المادة الخامسة لاضفاء الصفة التجارية عليها. ولاتبدو فائدة النص إلا بالنسبة للطرف الآخر. والرد على ذلك هو ان هذا النقد يمكن ان يوجه الى المشرع. لكن النص حسب الفاظه وعباراته الحالية لايحتمل التفسير الذي قالت به المحكمة كما ان هناك أعمالاً تقوم بها البنوك لايتوافر فيها قصد المضاربة وتحقيق الربح، ومع ذلك تعتبر تجارية بمقتضى المادة الخامسة وذلك مثل القروض التي تقوم بها بنوك التسليف الحكومية خدمة للمواطنين.

ومن ناحية ثانية، ان المشرع لو أراد اعتبار الأعمال التي نص عليها في المادة الخامسة تجارية بالنسبة لطرفيها (البنك والعميل في المثال المطروح) لاستخدم صفة المثنى ولكانت صيغة النص على الوجه الآتي «تعد أعمالاً تجارية الأعمال المتعلقة بالأمور الآتية بقطع النظر عن صفة القائمين بها أو نيتهما..». أما وانه قد استخدم صيغة «المفرد» كما هو وارد في نص المادة الخامسة فإنه يقصد فقط القائم بالعمل المنصوص عليه وهو قطعاً البنك وحده دون غيره.

من ناحية ثالثة فإن القول باعتبار الأعمال الواردة في المادة الخامسة

تجارية بالنسبة للطرفين معاً سيقضي تقريباً على ما يسمى بالأعمال المختلطة التي وضعت المادة ١٢ تجاري أصلاً لتنظيمها. فالمادة الخامسة تتضمن تقريباً كافة صور التعامل المقصورة في الحياة العملية واضفاء الصفة التجارية عليها، بالنسبة لطرفيها مما، يؤدي ـ فضلاً عن مخالفته لإرادة المشرع ـ الى الغاء طائفة الأعمال المختلطة في معظم الأحوال، والى اعتبار نص المادة ١٢ تزيداً لافائدة منه ـ بل والى الغاء نص المادة الثالثة تجاري الذي ينص على أن معيار العمل التجاري بوجه عام هو قصد المضاربة. فما هي فائدة هذا المعيار العام إذا كانت الكثرة الغالبة من الأعمال تعتبر بحكم القانون تجارية بالنسبة لطرفيها ؟

الخلاصة

١٩ ــ الخلاصة اذن ان فائدة المادة ١٢ تجاري تنحصر ـ في اعتقادنا ـ في حل التنازع بين أحكام القانون التجاري وأحكام القانون المدني. فقد رأينا أن أحكام العمل المختلط تتنازعه أحكام كلا القانونين المدني والتجاري. وقد استقر الفقه والقضاء في مصر وفرنسا ـ حلاً لهذا التنازع ـ على اخضاع الطرف الذي يعد العمل بالنسبة اليه تجارياً لأحكام قانون التجارة والطرف الذي يعد العمل بالنسبة اليه مدنياً لأحكام القانون المدني أما القانون الكويتي، فقد خرج على هذا الأصل وأحال القاضي بالنسبة للطرف المدني الى أحكام القانون التجاري فنص المادة ١٢ لم يفعل شيئاً سوى انه حسم التنازع لصالح أحكام القانون التجاري، وأحال القاضي في بحثه عن الحل للنزاع المطروح أمامه ـ الى أحكام قانون التجارة.

لكن الأمر لايتوقف عند هذا الحد. بل يجب على القاضي بعد ذلك ان يبحث عن الحل القانوني في ضوء أحكام قانون التجارة، على فرض توافر الشروط التي قد يضعها هذا القانون. فالمادة ١٢ حالت دون القاضي بالبحث عن الحل في أحكام القانون المدني. ووجهت نظره

بضرورة البحث عن الحل في أحكام قانون التجارة. تماماً مثل قواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص[1]. فالقاعدة التي تقرر ـ مثلاً ـ مسائل الأحوال الشخصية تخضع لقانون جنسية الزوج. توجه نظر القاضي بضرورة البحث عن الحل في قانون الزوج فقط. فالخطوة الاولى هي تحديد القانون الواجب التطبيق. ثم يتعين على القاضي بعد ذلك ان يحدد الحل الواجب التطبيق إذا توافرت الشروط التي يتطلبها القانون.

فإذا ماطبقنا ذلك على قواعد الاثبات الواجبة التطبيق على الأعمال المختلطة وجدنا ان المادة ١٢ تجاري تحيل القاضي الى أحكام قانون التجارة أي القواعد الخاصة بالمسائل التجارية سواء وردت في نصوص قانون التجارة أو في قوانين اخرى. فإذا ما اتجه القاضي شطر أحكام قانون التجارة وجدنا مبدأين: احدهما خاص بحجية الدفاتر التجارية، والآخر يتعلق بالاثبات الحر في المسائل التجارية. لكن تطبيق هذا المبدأ أو ذاك يفترض بداهة توافر الشروط التي يتطلبها المشرع. فإذا لم تتوافر هذه الشروط وجب على القاضي استبعاد تطبيقه وإلا كان حكمه مخالفاً للقانون.

ويتعين على القاضي بعد استبعاد مبدأ الاثبات الحر بالنسبة للطرف الذي يعد بالنسبة له مدنياً ان يعود الى القاعدة العامة التي تقضي بوجوب الاثبات بالكتابة في حدود شروط معينة وحينئذ يخضع كل طرف لأحكام القانون الذي ينتمي اليه.

(١) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثانية ١٩٥٤، فقرة رقم ٧٤.

أولاً: المراجع العربية:

١ ــ أكثم الخولي، الموجز في القانون التجاري، الجزء الأول ١٩٧٠.

٢ ــ أحمد حسني، قضاء النقض التجاري، المبادىء التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً (١٩٣١-١٩٨١) اسكندرية منشأة المعارف، ١٩٨٢.

٣ ــ أحمد محمد محرز، القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة الاولى، ١٩٨٦، ١٩٨٧.

٤ ــ السيد محمد اليماني، القانون التجاري، الجزء الأول، ١٩٨٥.

٥ ــ ثروت عبد الرحيم، القانون التجاري المصري، ١٩٧٧.

٦ ــ رضا عبيد، القانون التجاري، الطبعة الخامسة، ١٩٨٤.

٧ ــ حسني المصري، القانون التجاري، الكتاب الأول، الطبعة الاولى، ١٩٨٦.

٨ ــ سميحة القليوبي، القانون التجاري، الجزء الأول، ١٩٧٨.

٩ ــ عبد الحميد الشواربي، موسوعة الشركات التجارية، اسكندرية منشأة المعارف ١٩٩١.

١٠ ــ علي البارودي ومحمد فريد العريني، القانون التجاري، اسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٧.

١١ ــ علي جمال الدين عوض، القانون التجاري، القاهرة، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

١٢ ــ عزيز العكيلي، شرح قانون التجارة الكويتي، الجزء الأول الكويت، ١٩٨٨.

١٣ ــ عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة المواد التجارية، ١٩٨٦.

١٤ ــ محسن شفيق، الموجز القانوني التجاري، الجزء الأول ١٩٦٧-١٩٦٨.

١٥ ــ محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، الجزء الأول، ١٩٨٢.

١٦ ــ مصطفى كمال طه، الموجز في القانون التجاري، ١٩٧٤.

١٧ ــ مصطفى كمال، القانون التجاري، ١٩٨٨.

١٨ ــ محمد بهجت قايد، القانون التجاري، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية ١٩٩٠-١٩٩١.

١٩ ــ هشام فرعون، الحقوق التجارية البرية، دمشق، ١٩٧٥.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

1- G. Hubrecht, A. couret J.J. Barbieri, Droit Commercial. 11e ed, Sirey, 1988.

2- G. Ripert et R, Roblot. traite de droite Commercial. t.212 ed L G. D,J. 1990.

3- Hemard. Les contrats Commerciaux. Siery 1953.

4- Hamel et G. Lagarde et A. Jauffret, Droit, Commercial, T. 1,2ed 1980.

5- J. Guyenot, cours de droit commercial, 1977.

6- M. De juglart et B. Ippolito rite commercial T 1,4 e ed.

7- M, De juglart et B. Ippolito, cours de droit commercial, Paris, 1988.

8- Parleani (G.) un texte anachronique le neuvel arrticale 109 du code commerce D. S. 1, 1983.

9- Pi io L introduction de La notion de consommateur en droit francais D, 1982.

10- Ripert, traite elementaire du droit commercial T. 1 8e ed Par Roblot.

11- R. Houin et M. Pedamon, 8e ed Precis Dolloz 1985.

12- Tyan (E.), Droit commercial, ., T.1 1986.