التكييف القانوني للبيانات الاختيارية في الحوالة التجارية(*)

(البيانات الاختيارية عادات اتفاقية أم قواعد قانونية؟)

دراسة في قانون التجارة العراقي النافذ

د. ندى زهير الفيل
مدرس القانون التجاري
كلية الحدباء الجامعة

المقدمة :

البيانات الاختيارية تشكل عنصراً في مضمون شكلية الحوالة التجارية يضاف إلى عنصرها الأساسي المتمثل بالبيانات الإلزامية التي أوجب المشرع إيرادها؛ فهذه الأخيرة إذا كانت تعبر عن إرادة المشرع ورغبته في توفير وسائل تجارية قادرة على إنشاء تصرف قانوني منشىء لالتزامات صرفية في ذمم المتعاملين بهذه الوسائل، فإن البيانات الاختيارية تعبر بصدق عن إرادة الساحب أو إرادة واضعيها من مظهرين وضامنين وعلى الرغم من أهمية هذه البيانات كونها تمثل تجسيد للإرادة الحقيقية لواضعيها إلا أن اهتمام الفقهاء بشأنها تركز في جانبين فقط من جوانبها القانونية أحدهما بيان ماهية أحكام البعض من هذه البيانات الاختيارية مما تعرف عليه التجار في بيئتهم التجارية والآخر هو تحديد شروط صحتها، في حين كان ينبغي على هؤلاء الفقهاء مناقشة مسألة مهمة جداً تشكل بحد ذاتها جانباً أخر من الجوانب القانونية المهمة للبيانات الاختيارية للحوالة التجارية آلا وهي مسألة تحديد التكييف القانوني الصحيح لها، فالملاحظ أن أغلب الفقهاء يتجهوا في دراستهم لهذه البيانات على أنها مجرد شروط إضافية أو اتفاقية دون التعرض إلى حقيقة هذا التكييف أي دون التعمق في معرفة ما إذا كانت هذه البيانات هي فعلاً مجرد شروط إضافية أو اتفاقية أم أنها تخرج عن ذلك لتكون عادات اتفاقية أو قواعد عرفية أو قواعد تشريعية، إن الإجابة على هذا التساؤل كانت في الحقيقة هي الدافع الأساسي لاختيار هذا البحث وقد آثرنا أن يكون نطاق هذا البحث مقتصراً على تحليل موقف المشرع العراقي فقط من هذه

(*) **أستلم البحث في ٢٠٠٨/٢/١٤ *** قبل للنشر في ٢٠٠٨/٨/١٧** .

المسألة وفي قانون التجارة العراقي النافذ دون أن نتبع أسلوب الدراسة التحليلية المقارنة لأن تخصيص نطاق موضوع البحث بموقف تشريع واحد من أية مشكلة قانونية لاشك أنه يؤدي إلى دراسة أعمق ومعالجة قانونية أدق مما لو شمل البحث التعرض لمواقف عدة تشريعات تجاه المشكلة التي تناولها ذلك البحث، كما أننا قد اضطررنا إلى التعرض في المبحث الأول إلى مجموعة من البيانات الاختيارية الشائعة في البيئة التجارية وذلك من أجل بيان وتحديد المسائل المتعلقة بهذه البيانات والتي نظمها المشرع العراقي بقواعد قانونية مما كان له الأثر في التوصل إلى التكييف القانوني لهذه البيانات.

وعلى هذا الأساس ولغرض الإحاطة بمشكلة البحث من كل جوانبها فقد قسمنا هذا البحث إلى مبحثين؛ المبحث الأول ويتضمن ماهية البيانات الاختيارية الشائعة في البيئة التجارية أما المبحث الثاني فيتضمن التكييف القانوني لهذه البيانات ثم نختتم هذا البحث بخاتمة تبين النتائج التي تم التوصل إليها.

ومن الله العون والسداد

المبحث الأول

ماهية البيانات الاختيارية الشائعة في البيئة التجارية

مما لاشك فيه أن من أهم المبادئ التي يقوم عليها قانون الصرف[١] ــ بالإضافة إلى مبدأي استقلال التواقيع والتشدد على المدينين للوفاء بقيمة الورقة التجارية ــ مبدأ الشكلية (الكتابة) التي تعد شرطاً جوهرياً لإنشاء أية ورقة تجارية إلى درجة أنه ينعدم وجود هذه الأخيرة بانعدام الكتابة (فالادعاء بسفتجة كتبت شفاهاً حتى لو كان ذلك أمام شهود هو أدعاء بتصرف معدوم لا يقبل إثباته ولا يترتب عليه حق صرفي يمكن التصرف به فإنشاء الحوالة مثلاً لا يتم إلا عن طريق محرر يتضمن على الأقل البيانات التي فرض القانون توافرها؛ فالكتابة

(١) الشكلية وسيلة من وسائل الصياغة القانونية لجأ إليها المشرع المعاصر رغم تبني مبدأ الرضائية في التصرفات القانونية نظراً لما تحققه هذه الوسيلة من مزايا هادفة لا يمكن تحقيقها بذات الفاعلية بأسلوب آخر من أساليب الصياغة القانونية. لمزيد من التفصيل أنظر أستاذنا د. فائق الشماع، (الشكلية في الأوراق التجارية)، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، ع٢٠، السنة ١٩٨٧.

وحدها تصلح لإنشاء السفتجة ولا يجوز الاستعانة بوسائل الإثبات الأخرى كالبينة الشخصية لإثبات وجود السفتجة أو لاستكمال النقص الشكلي فيها...)[١].

وبشأن مضمون هذه الشكلية فيتحدد بالإجابة عن التساؤل الآتي: ماذا يجب أن تحتوي الحوالة التجارية ؟ بمعنى آخر هل يستطيع ساحبها أن يكتب ما يشاء من المعلومات والبيانات؟ أو ما هو المدى الذي تتمتع به إرادة الساحب من سلطان في كتابة وإنشاء الحوالة التي يروم إنشاؤها ؟

في الأصل إن المشرع ألزم ابتداءً ساحب الورقة التجارية بمجموعة من البيانات التي لابد من وجودها وإلا انتفت عنها صفة الورقة التجارية وأصبحت ورقة عادية تخضع لأحكام القانون المدني وهذه البيانات سميت بالبيانات الإلزامية. لكن يمكن أن نسجل على هذا الأصل الملاحظات الآتية:

- فمن جهة أجاز المشرع العراقي لساحب الورقة التجارية إغفال ذكر بعض البيانات الإلزامية في حالات ثلاث وردت في المادة/ ٤١ من قانون التجارة النافذ وهي:

أولاً: عدم ذكر تاريخ الاستحقاق وتعدّ في هذه الحالة مستحقة الأداء لدى الإطلاع.

ثانياً: عدم ذكر مكان الأداء مع ذكر عنوان بجانب اسم المسحوب عليه فيعدّ هذا العنوان مكان الأداء ومقام المسحوب عليه في الوقت ذاته.

ثالثاً: عدم ذكر مكان الإنشاء مع ذكر عنوان بجانب اسم الساحب فيعدّ هذا العنوان مكان الإنشاء.

- ومن جهة ثانية أعطى المشرع إرادة المتعاملين بها كالساحب نفسه والمظهر والضامن إضافة ما يشاءون من بيانات إضافية سميت بالبيانات الاختيارية إلى الحوالة التجارية التي قاموا بإنشائها إضافة إلى البيانات الإلزامية (الإجبارية) التي لابد منها لاستكمال الورقة شكلها القانوني كحوالة تجارية[٢] وتختلف البيانات الاختيارية عن البيانات الإلزامية بأوجه تتحدد بما يأتي:

---

(١) أنظر قرار محكمة تمييز العراق رقم ٣٣١/ح/١٩٥٥ في ١٩٥٥/٣/٢٤ منشور في مجلة القضاء/ ١٩٥٥، ع٢، ص١٤٢-١٤٣، نقلاً عن: د. فوزي محمد سامي، د. فائق محمود الشماع، مصدر سابق، ص٥٦ هامش (١).

(٢) لابد من الإشارة إلى أننا سنضطر إلى عدم استعمال أي تكييف أطلقه الفقهاء للبيانات الاختيارية كأن تكون شروطاً أو اتفاقات إلى أن يتم مناقشة وحسم هذه المسالة في المبحث الثاني من هذا البحث لكي لا يعطي انطباع للقارئ بتبني أي رأي من آراء الفقهاء بهذا الشأن.

١. تكون البيانات الاختيارية متروكة لمحض إرادة الساحب وغيره من أشخاص الحوالة إن شاءوا أو اقتضت مصالحهم إدراج أي منها فيها وإلا فلا، أما البيانات الإلزامية فإنها مفروضة فرضاً من قبل المشرع ولا سبيل لإنشاء الحوالة من دونها.
٢. البيانات الاختيارية لا عدّ لها ولا حصر وإن كانت مقيدة ومحددة بوجوب ملاءمتها لطبيعة الحوالة وبعدم مخالفتها لقواعد النظام العام والآداب[١]، أما البيانات الإلزامية فإنها معدودة وواردة على سبيل الحصر[٢].
٣. البيانات الاختيارية ترد في الحوالة لتنظيم مسائل لم يرد في شأنها نص صريح في القانون أو للخروج بها على ما أورده المشرع من قواعد تنظيمية مفسرة غير آمرة، أما البيانات الإلزامية فإنها مقررة بقواعد آمرة لا سبيل لمخالفتها[٣] ويتبين لنا من خلال أوجه الاختلاف المتقدم ذكرها أن وجود البيانات الإلزامية مجتمعة في الحوالة يؤدي إلى نشوء الالتزام الصرفي أما وجود البيانات الاختيارية فيها فلا تؤثر على نشوء هذا الالتزام الذي تحقق بوجود البيانات الإلزامية فقط وإنما تحدد مداه وتقيده فقط وهذا ما سوف نبينه تباعاً.

ومن أجل تحديد الماهية القانونية لهذه البيانات بشكل أكثر دقة كان لابد من تقسيم هذا المبحث إلى مقصدين: المقصد الأول ونتناول فيه أحكام البيانات الاختيارية التي يمكن إيرادها من قبل الساحب، ونوضح في المقصد الثاني أحكام البيانات الاختيارية التي يمكن أن يوردها الساحب وبقية المظهرين.

المقصد الأول

البيانات الاختيارية التي يمكن إيرادها من قبل الساحب

يستطيع الساحب أن يدرج في الحوالة التجارية ما يشاء من البيانات الاختيارية التي يشترط فيها أن لا تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة وأن لا تخالف طبيعة هذا السند التجاري ومن البيانات الاختيارية الشائعة الاستعمال من قبل الساحب:

---

(٢) انظر د. مصطفى كمال طه، د. مراد منير فهيم، الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، بدون سنة طبع، ص٥١، بند٥٠.

(٣) لاحظ نص المادة/ ٤٠ من قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

(٤) د. أكرم ياملكي، مصدر سابق، ص٦٥، بند٦٦.

البيان الأول: بيان الفائدة:

الأصل هو أنه لا يجوز إدراج شرط الفائدة في الحوالة التجارية والسبب في ذلك هو (ضرورة تعيين محل هذه الحوالة -المبلغ المعين من النقود- بشكل قاطع ونافي للجهالة ومانع لكل نزاع، وفي اشتراط الفائدة عرقلة لتحديد هذا المبلغ وبالتالي أشغال المتعامل بالأوراق التجارية بإجراء عمليات حسابية تستغرق وقتاً طويلاً ولا يُستبعد فيها الغلط والنزاع وكل ذلك يصب في عرقلة تداول هذه الأوراق)[١] هذا الأصل يستقى من المفهوم المخالف لنص المادة/ ٤٤ أولاً من قانون التجارة العراقي إذ جاء فيها (يجوز لساحب الحوالة المستحقة الوفاء لدى الاطلاع أو بعد مدة معينة من الاطلاع عليها أن يشترط فائدة على المبلغ المذكور فيها، ويعتبر هذا الشرط في الحوالات الأخرى كأن لم يكن).

ويتضح من نص هذه المادة أيضاً بأن المشرع العراقي حصر الحق في وضع شرط الفائدة بالساحب دون المظهرين والموقعين الآخرين على الحوالة التجارية.

إذن لبيان الفائدة شروط لابد من توافرها لكن يعد صحيحاً، شروط ذكرها المشرع صراحة في نص المادة المتقدم ذكرها -الفقرة أولاً- وهي أن يرد هذا البيان في الحوالات التجارية المستحقة لدى الاطلاع والحوالات المستحقة بعد مدة معينة من الاطلاع أولاً ووجوب إيراده من قبل الساحب حصراً ثانياً وشرط يستنتج من نص -الفقرة ثانياً- من المادة ذاتها ومضمونه وجوب بيان سعر الفائدة في الحوالة بحيث إذا خلت منه عدّ باطلاً وشرط يمكن أن نضيفه استناداً إلى مبدأ الكفاية الذاتية -الذي يستند إليه التعامل بالأوراق التجارية- آلا وهو وجوب إيراد مثل هذا البيان على الحوالة التجارية ذاتها فإذا ورد على ورقة مستقلة عدّ كأن لم يكن.

لكن يمكن التساؤل عن كيفية احتساب الفائدة؟ نص -الفقرة ثالثاً- من المادة/ ٤٤ السالفة الذكر يقضي ببدء سريان الفائدة الاتفاقية من تاريخ إنشاء الحوالة التجارية إذا لم يعين لسريانها تاريخ آخر[٢] وفي جميع الأحوال تنتهي عند ميعاد الاستحقاق فإذا لم يفِ المدين بمبلغ السفتجة وفوائدها الاتفاقية سرت عليه

---

(١) انظر أستاذنا د. فوزي محمد سامي، د. فائق الشماع ، المصدر السابق، ص١٠٨.

(٢) من الجدير بالذكر أن المادة/ ١٧٣ مدني عراقي أجازت للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد على أن لا يزيد هذا السعر على (٧%)، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى (٧%) وتعين رد ما دفع زائدا على هذا المقدار.

الفوائد التجارية التي تقرها المادة/ ١٠٧ من قانون التجارة العراقي النافذ عن أصل مبلغ الحوالة وفوائدها الاتفاقية ابتداءً من تاريخ استحقاق الحوالة[١].

البيان الثاني: بيان الدفع الفعلي بالعملة الأجنبية:

الأصل أن المشرع العراقي لم يشترط أن يكون مبلغ الحوالة بالعملة العراقية وإنما اشترط فقط أن يكون مبلغ هذه الورقة معيناً[٢] وذلك بما يعني جواز أن يكون مبلغ الحوالة التجارية بالعملة الأجنبية لكن هذا الجواز يتقيد بأمر مهم وهو وجود بيان اختياري ينص على ذلك، وتنص المادة/ ٩٢ أولاً من قانون التجارة النافذ بأنه إذا اشترط وفاء الحوالة في العراق بعملة أجنبية وجب وفاؤها بالعملة العراقية حسب سعرها يوم الاستحقاق فإذا لم يتم الوفاء بها في هذا اليوم كان للحامل الخيار بين المطالبة بمبلغها مقوما بالعملة العراقية حسب سعرها لدى البنك المركزي العراقي يوم الاستحقاق أو يوم الوفاء وتقرر المادة ذاتها في -الفقرة ثانياً منها- بأنه لا يجوز التعامل بالحوالة خلافاً لقوانين البنك المركزي العراقي والتحويل الخارجي والتعليمات الصادرة بموجبها.

ولو أمعنا النظر في أحكام هذه المادة لتبين لنا ما يلي:

١. أن مجرد ذكر مبلغ الحوالة بعملة أجنبية كبيان إلزامي فيها لا يعني ضرورة دفعه بتلك العملة الأجنبية، حيث أن للمسحوب عليه رغم ذلك الدفع بالعملة المتداولة في العراق أي العملة الوطنية وفق الأحكام التي تقررها -الفقرتين أولاً وثانياً- من المادة المذكورة أعلاه.
٢. بينما لو أكد الساحب ببيان اختياري وجوب دفع المبلغ بعملة أجنبية بذاتها كأن تكون بالدولار الأمريكي أو بالين الياباني وليس بعملة بلد الوفاء -عملة الدينار العراقي– أو بأية عملة أخرى كأن تكون الدينار الكويتي فان الأمر سيختلف كلياً، إذ ينبغي إعمال هذه الإرادة الصريحة للساحب وبالتالي فلا يكون للمسحوب عليه حق الخيار في هذا الشأن بل عليه الالتزام بتنفيذ مضمون هذا البيان الاختياري والوفاء بتلك العملة الأجنبية[٣].

---

(٢) تنص المادة/ ١٠٧ (أولاً – بأنه لحامل الحوالة مطالبة من له حق الرجوع عليه بما يأتي:

أ. أصل مبلغ الحوالة غير المقبولة أو غير المدفوعة مع الفوائد الاتفاقية أن كانت شروطه.

ب. الفوائد القانونية ابتداء من تاريخ الاستحقاق.

ج. مصاريف الاحتجاج والإخطارات وغيرها من المصاريف).

(٣) انظر نص المادة/ ١٢٨ مدني عراقي.

(١) أنظر د. أكرم ياملكي، د. فائق الشماع، القانون التجاري، بغداد، ١٩٨٠، ص٢٢٨.

٣. ولما تقدم يتبين لنا أهمية هذا البيان الاختياري قانوناً بحيث دفع المشرع العراقي إلى أن يقرر مثل هذا الحكم، أي جعل المسحوب عليه يلتزم بدفع مبلغ الحوالة التجارية بالعملة الأجنبية بناءً على شرط أو بيان اختياري اقترن به الأمر الصادر من الساحب وليس بموجب بيان إلزامي يتضمن الدفع بالعملة الأجنبية على الرغم من أن الالتزام الصرفي يبنى بالأساس على البيانات الإلزامية الواردة في الحوالة التجارية وإذا احتج بأنه لا بد من إعمال الإرادة الصريحة للساحب فإنه يمكن الرد على ذلك بأن الأمر المطلق بدفع مبلغ معين من النقود بعملة أجنبية معينة أيضاً انصرفت إليه إرادة الساحب بشكل صريح وعبر عنها بالتوقيع مثل هذا التساؤل دفعنا إلى البحث في التكييف القانوني للبيانات الاختيارية ومدى قوتها القانونية وجوانب الإلزام فيها.

البيان الثالث: بيان عدم التقديم للقبول:

الأصل أنه يجوز تقديم الحوالة التجارية حتى ميعاد استحقاقها إلى المسحوب عليه لقبولها وهذا ما قررته المادة/ ٧٠ من قانون التجارة العراقي النافذ لكن ومع ذلك واستثناءً من هذا الأصل فقد أجاز المشرع العراقي للساحب وفق -الفقرة ثانياً- من المادة/ ٧١ من قانون التجارة العراقي النافذ أن يشترط عدم تقديم الحوالة التجارية للقبول على وجه الإطلاق، أو عدم تقديمها للقبول قبل اجل معين وذلك وفق -الفقرة ثالثاً- من نفس المادة.

لكن ما هي الأحكام المتعلقة بإيراد مثل هذا البيان؟

من خلال استقراء نص المادتين/ ٧١ و٧٢ من قانون التجارة العراقي النافذ يتبين لنا ما يلي:

١. لا يمكن وضع هذا البيان إلا من قبل الساحب حصراً وهذا واضح من المفهوم الموافق لنص -الفقرتين ثانياً وثالثاً- من المادة/ ٧١ من هذا القانون وهذا يعني بأنه لا يجوز للمظهر أن يضع مثل هذا البيان وهذا يستقى من المفهوم المخالف لنص -الفقرة ثانياً- من المادة/ ٧١ فضلاً عن المفهوم المخالف لنص -الفقرة رابعاً- من المادة نفسها عندما حصر المشرع حق المظهر باشتراط تقديم الحوالة للقبول وليس عدم تقديمها. ولو أراد المشرع إعطاء حق اشتراط عدم تقديم الحوالة للقبول إلى المظهرين أيضاً لصّرح بذلك خاصة وإننا بصدد استثناء والاستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره.
٢. يتبين من نص -الفقرة ثانياً- من المادة/ ٧١ المتقدم ذكرها بأنه لا يجوز اشتراط عدم تقديم الحوالة للقبول في نوعين من الحوالات حتى لو كان من الساحب وهاتين الحوالتين هما:

أ. الحوالة التجارية مستحقة الدفع عند شخص غير المسحوب عليه أو في محل آخر غير مقام المسحوب عليه ويعبر عن ذلك جانب من الفقه بالقول بأنه (يجب أن لا تكون الحوالة التجارية موطّنة توطيناً تاماً أو ناقصاً لأن شرط عدم التقديم يتعارض أساساً مع طبيعة الحوالة الموطنة التي لابد من تقديمها إلى المسحوب عليه من أجل إطلاعه عليها قبل تقديمها عند حلول أجل استحقاقها إلى الغير الذي كلف بدفع قيمتها عوضاً عنه أو بالوكالة عنه، وإذا لم يكن هذا الغير –الشخص الموطّن– معيناً من قبل الساحب فيتوجب على الحامل أن يقدمها إلى المسحوب عليه ليقوم هو بتعيينه أو يتهيأ شخصياً للوفاء في المكان)[١].

ب. الحوالة التجارية المستحقة الدفع بعد مدة معينة من الاطلاع عليها والسبب في ذلك كما هو معلوم بأن ميعاد استحقاق هذه الحوالة يستند أو يتوقف أساساً على تقديمها للمسحوب عليه الذي يفترض أن يقبلها ويحدد تاريخ هذا القبول ليتم احتساب ميعاد الاستحقاق فيها ابتداءً من هذا التاريخ المحدد وإلا أي إذا رفض المسحوب عليه قبول الحوالة التجارية فيحتسب ميعاد استحقاق من تاريخ سحب احتجاج عدم القبول؛ فلو أجيز للساحب أن يشترط عدم تقديم هذا النوع من الحوالات التجارية للقبول لأدّى ذلك إلى الحيلولة دون تحديد ميعاد الاستحقاق فيها.

وأخيراً لابد من القول بأن هذا البيان يضاف إلى الحوالة التجارية أحياناً بناءً على رغبة المسحوب عليه، لا سيما إذا كان هذا الأخير مصرفاً من المصارف وبالاتفاق مع الساحب وذلك في حالة الحوالات التجارية ضئيلة المبلغ إذ لا تكون هناك حاجة إلى قبول مثل هذه الحوالات من مسحوب عليه مصرف، كما يمكن أن يحقق هذا البيان مصلحة للساحب أيضاً في حالة ما إذا كان يخشى عدم إمكانية إيجاد مقابل الوفاء في الوقت المناسب لدى المسحوب عليه مما يترتب عليه رفض الأخير لقبول الحوالة وهو الأمر الذي كثيراً ما يشهر بسمعة الساحب ويضعف ائتمانه[٢].

البيان الرابع: بيان القبول أو الوفاء مقابل تسليم مستندات:

(١) انظر د. أكرم ياملكي، مصدر سابق، ص٨٧، البند٩٩.

(٢) انظر د. أبو زيد رضوان، الأوراق التجارية، دار الفكر العربي، بيروت، دون سنة طبع ، ص ١١٣-١١٤.

الحوالة التجارية المتضمنة لهذا البيان تسمى حوالة أو سفتجة مستندية، وفي الحقيقة أن وضع هذا البيان يتم من خلال تنفيذ أهم عملية من عمليات المصارف آلا وهي عملية الاعتماد المستندي ويمكن تصور ذلك بالشكل الآتي:

لدينا مشترٍ وبائع ومصرف، فالمشتري وهو عراقي الجنسية يروم استيراد بضاعة معينة يجهزها له بائع سوري الجنسية ، وهنا يتوجب على المشتري –المستورد- أن يطلب من المصرف الذي يتعامل معه وهو طبعاً في العراق فتح اعتماد مستندي له بمبلغ يعادل قيمة البضاعة التي أشتراها، بعدها يقوم هذا المشتري بإبرام عقد يحدد بمقتضاه قيمة الاعتماد والبضاعة التي فُتِح الاعتماد بسببها والوثائق والمستندات التي يتوجب أن تقدم للمصرف لغرض دفع قيمة البضاعة وبعد إتمام العقد فإن المصرف الذي يتعامل معه المشتري يقوم بإشعار البائع السوري الجنسية من خلال خطاب اعتماد يتضمن جميع الشروط التي تم الاتفاق عليها مع المشتري وهذا الخطاب يرسل عن طريق أحد فروع ذلك المصرف (الذي يتعامل معه المشتري) والموجود في سوريا وعند تلقي البائع لخطاب الاعتماد من المصرف الذي يتعامل معه في بلده يقوم بسحب سفتجة أو حوالة تجارية يرفق بها سند الشحن للبضاعة المنقولة مع قائمة بيعها ووثيقة التامين عليها ثم يقوم بخصم تلك الحوالة أو السفتجة لدى مصرفه فيحصل على ثمن البضاعة عندئذ يقوم مصرف البائع في سوريا (المصرف الخاصم لهذه الحوالة) بتقديم هذه السفتجة المستندية إلى مصرف المشتري لقبولها -باعتبار أن هذا المصرف هو مسحوباً عليه- وهو لا يضع قبوله عليها إلا إذا تأكد بعد فحص المستندات المرفقة بدقة بأنها مطابقة لتعليمات المشتري المستورد فتصبح السفتجة المستندية وجميع المستندات في حيازته وبالتالي فان المشتري المستورد لا يستطيع استلام البضاعة عند وصولها إلا إذا كانت بيده تلك المستندات التي تمثل البضاعة من مصرفه وهو من أجل الحصول عليها لابد من أن يدفع قيمة السفتجة أو الحوالة إلى هذا الأخير، وعند امتناعه فإنه سوف يُجابه برفض المصرف تسليمه هذه المستندات بل يحتفظ بها ويستطيع استيفاء حقه من خلال التنفيذ عليها بطريق البيع[1]، يتبين مما تقدم ما يأتي:

---

(1) انظر في هذا المعنى د. أكرم ياملكي، مصدر سابق، ص ٩٥، كذلك د. أكرم ياملكي، د. فائق الشماع، مصدر سابق، ص٢٣٤، كذلك د. باسم محمد صالح، القانون التجاري: القسم الأول/ النظرية العامة– التاجر– العقود التجارية– العمليات المصرفية القطاع التجاري الاشتراكي، ط ٢، منشورات دار الحكمة، بغداد، ١٩٩٢، ص ٣٢٦-٣٢٨.

١. أن نطاق استخدام مثل هذا البيان الاختياري مقارنة ببقية البيانات الاختيارية الأخرى محدود جداً إذ لا يتم إيراده إلا بشأن عقد بيع دولي ينفذ من خلال اعتماد مستندي.
٢. أن ساحب الحوالة أو السفتجة المتضمنة مثل هذا البيان هو البائع (المصدّر) للبضاعة الذي يقيم في دولة هي غير دولة المشتري (المستورد) لها، لا يكون هو المستفيد الوحيد من هذا البيان وإنما أثره الايجابي يمتد ليشمل مصرف البائع (الساحب للحوالة المستندية) ومصرف المشتري (المسحوب عليه).

فمصرف البائع سينفذ عملية خصم هذه الحوالة المستندية بناءً على طلب البائع (الساحب طالب الخصم) ولا يخفى بأن هذه العملية تشكل نوعاً من الاستثمار للأموال المودعة لديه استثماراً قصيراً بدلاً من إبقائها مجمدة عنده وهو في ذلك ينفذ عملية الخصم مقابل الفائدة أو سعر الخصم[١].

أما بالنسبة لمصرف المشتري (المسحوب عليه) فإنه غير مستعد لقبول ووفاء تلك الحوالة المستندية ودفع قيمتها إلا إذا وجد بأن هذه المستندات مطابقة لمواصفات البضاعة هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه يستطيع رفض تسليم هذه المستندات إلى عميله المشتري إلا إذا حصل على قيمة ما دفعه أي قيمة البضاعة إذ أن المستندات المرفقة بالحوالة ترتب لهذا المصرف حق رهن على البضاعة المنقولة بحيث يتمكن من التنفيذ عليها بعد بيعها عند وصولها ميناء المشتري واستيفاءه منه.

البيان الخامس: بيان التوطين (شرط الوفاء في محل مختار):

مكان الأداء من البيانات الإلزامية التي نص عليها المشرع العراقي، وإغفال هذا البيان يترتب عليه اعتبار الحوالة ناقصة[٢]، وفي الحقيقة إن تحديد مكان الأداء لا يخرج عن أحد احتمالين:

الاحتمال الأول: أن يكون متحداً مع محل إقامة المسحوب عليه وذلك يكون بموجب نص صريح يرد في السفتجة يجعل مكان أدائها في ذات محل إقامة المسحوب عليه أو بموجب نص المادة/ ٤١ –الفقرة ثانياً- من قانون التجارة

(٢) انظر د. حسن محمد كمال، د. حسن احمد غلاّب، دراسات في التنظيم المحاسبي (البنوك التجارية)، القاهرة، ١٩٧٧، ص١٢١.

(١) د. رضا عبيد، القانون التجاري والأوراق التجارية– العقود التجارية– عمليات البنوك– الإفلاس، مطبعة السعادة، مصر، ١٩٨٨، ص ١٠١.

العراقي النافذ التي تقرر اعتبار العنوان المذكور بجانب أسم المسحوب عليه مكاناً للأداء ومقاماً للمسحوب عليه وذلك عند عدم ذكر مكان معين للأداء.

الاحتمال الثاني: أن يكون مغايراً لمحل إقامة المسحوب عليه ويحصل ذلك إما بموجب بيان صريح يورده الساحب أيضاً في الحوالة التجارية من شأنه أن يجعل أداء قيمة الحوالة يتم في محل إقامة شخص آخر، هو غير محل إقامة المسحوب عليه وهذا ما أجازته المادة/ ٤٣ من قانون التجارة العراقي النافذ التي قضت بجواز أن تكون الحوالة مستحقة الأداء في مقام شخص آخر سواء في الجهة نفسها التي يقيم فيها المسحوب عليه أو في أية جهة أخرى. أو بمقتضى المادة/ ٧٧ من نفس القانون التي تضمنت بأنه إذا عين الساحب في الحوالة محلاً للأداء غير مقام المسحوب عليه دون تعيين أسم الشخص الذي يجب الأداء عنده، جاز للمسحوب عليه تعيينه عند القبول، فإذا لم يقمْ بتعيينه أعتبر المسحوب عليه القابل ملزماً بالدفع في مكان الأداء في حين أنه إذا كانت هذه الحوالة مستحقة الأداء في مقام المسحوب عليه جاز له أن يعين في صيغة القبول عنواناً في الجهة التي يجب أن يتم فيها الوفاء.

مما تقدم يتبين لنا بأن بيان التوطين أو بيان الدفع في محل مختار قد يتبدى في صور ثلاث وهي:

- **بيان التوطين التام أو الكامل،** وهو بيان صادر من الساحب يجعل فيه مكان أداء الحوالة مغايراً لمكان إقامة المسحوب عليه أو في ذات مكان إقامة المسحوب عليه لكن يكون الوفاء لدى شخص آخر كمصرف من المصارف الموجودة في تلك الجهة.
- **بيان التوطين الناقص أو غير التام،** وهو بيان صادر من الساحب أيضاً لكن يجعل مكان أداء الحوالة هو غير مكان إقامة المسحوب عليه دون تعيين ذلك الشخص الآخر الذي يتم الوفاء لديه.
- **بيان التوطين الجزئي،** وهو بيان صادر من المسحوب عليه بمقتضى المادة ٧٧ –الفقرة ثانياً- المذكورة سابقاً، فالذي يحصل هنا هو قيام الساحب في الحوالة بتعيين مكان للوفاء غير مقام المسحوب عليه دون أن يعين أسم الشخص الذي يجب الأداء عنده، فيعطى المسحوب عليه الحق بتعيين هذا الشخص عندما تقدم إليه الحوالة بقبولها. فالملاحظ أن البيان الذي يعين فيه المسحوب عليه أسم الشخص الذي يتم الأداء عنده قد جاء مكملاً للنقص

الحاصل في بيان التوطين الناقص الذي عزف فيه الساحب عن تعيين الشخص الذي يتم الوفاء عنده[١].

ولكن ما هي الأهمية العملية التي ينطوي عليها هذا البيان والتي دفعت بالمشرع إلى تنظيم أحكامه في نصين تشريعيين هما نص المادتين/ ٤٣ و٧٧ من قانون التجارة العراقي النافذ؟

إن لبيان التوطين أو بيان الدفع في محل مختار فوائد عملية تتحقق لكل من الساحب والمسحوب عليه وأحياناً المستفيد؛ فأما بالنسبة للساحب فإنه بمقتضى حوالة تجارية مسحوبة على مسحوب عليه يقطن في مكان بعيد ربما يحمله مصاريف وأضرار تنتج عن صعوبة الانتقال إليه وتقديمها لقبولها من قبله وللحصول على قيمتها عند حلول الاستحقاق واتخاذ الإجراءات القانونية الضرورية في حالة عدم دفعها، وبالنسبة للمسحوب عليه فإن بيان التوطين يحقق له نوعاً من الأمان له، إذ قد يخشى أن يكون متغيباً عن موطنه وقت تقديم الحوالة للوفاء ويضطر الحامل القانوني إلى سحب الاحتجاج -عند عدم وجود بيان المنع من عمل الاحتجاج- وما يؤدي إليه من تكاليف وجهد وإساءة لسمعة الموقعين أو الملتزمين بهذه الحوالة هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فقد يكون من الأفضل للمسحوب عليه أن يجعل المكان الذي يوجد فيه مصرفه الذي يتعامل معه والذي يحتفظ فيه بودائعه مكاناً لأداء قيمة الحوالة التجارية بدلاً من سحب قيمتها نقداً لدفعها للمستفيد أو الحامل القانوني.

وأخيراً فإن بيان التوطين قد يفيد المستفيد من الحوالة الذي من المؤكد أنه يفضل تحديد مكان أدائها لدى أحد المصارف حتى يقويها بثقته وتسهل عليه عملية تداولها[٢] وإضافة إلى ذلك نرى بأن المستفيد هو أكثر أشخاص الحوالة استفادة من هذا البيان إذ نص على جعل مكان أدائها في محل إقامته. الأمر الذي يخلصه من عناء السفر والنفقات كما أن دفع أقيام الحوالات التجارية عن طريق المصارف من خلال حساباتهم المصرفية وعملية النقل المصرفي دليلاً أكيداً على انتشار الوعي المصرفي لدى التجار المتعاملين بالأوراق التجارية.

المقصد الثاني

البيانات التي يمكن إيرادها من قبل الساحب والمظهرين والضامنين

(١) انظر في هذا المعنى د. فوزي محمد سامي، د. فائق الشماع، مصدر سابق، ص ١٠٦-١٠٧.

(١) انظر د. أبو زيد رضوان، مصدر سابق، ص ١٠٩ وما يليها، وفي هذا المعنى أيضاً د. علي حسن يونس، الأوراق التجارية، دار الفكر العربي، ١٩٧٧، ص ٨٨-٨٩، بند ٨٤.

البيان الأول: بيان التقديم للقبول:

الأصل -كما ذكرنا عند حديثنا عن بيان عدم التقديم للقبول- أنه يجوز تقديم الحوالة التجارية حتى ميعاد استحقاقها إلى المسحوب عليه لغرض قبولها وهذا ما تقرره المادة/ ٧٠ من قانون التجارة النافذ لكن المشرع العراقي أورد على هذا الأصل استثناءً أستند إلى نص -الفقرتين أولاً ورابعاً- من المادة/ ٧١ من نفس القانون وقد تحدد وفق ما يأتي:

١. فبموجب -الفقرة أولاً- من هذه المادة يجوز للساحب أن يشترط في الحوالة التجارية بيان اختياري وجوب تقديمها للقبول خلال موعد معين أو في أي وقت كان ولكن طبعاً قبل حلول أجل الاستحقاق أي إلى اليوم الذي يسبق هذا الميعاد.
٢. وبموجب -الفقرة رابعاً- من هذه المادة أيضاً يجوز لآي مظهر أن يشترط تقديم الحوالة للقبول في موعد يحدده هو أو بغير موعد محدد.

ومن خلال الرجوع إلى النصوص التشريعية المتعلقة بهذا البيان نستطيع أن نتلمس الأحكام القانونية الخاصة به والتي تتلخص بما يلي:

أولاً: أنه لا يمكن إدراج هذا البيان الاختياري في الحوالة التجارية المستحقة الأداء لدى الإطلاع لتعارضه أساساً مع تحديد ميعاد استحقاقها على هذا الوجه، وكذلك لا يوجد أي مقتضى لإدراجه في الحوالة المستحقة الأداء بعد مدة معينة من الإطلاع إلا إذا كان مقترناً بتحديد ميعاد معين للتقديم إذ أن التقديم في هذه الحوالة وجوبي وذلك خلال سنة من تاريخ إنشائها من أجل تحديد ميعاد الاستحقاق وهذا ما صرحت به -الفقرة أولاً- من المادة/ ٧٢ من القانون المذكور.

ثانياً: لا يجوز للمظهر اشتراط تقديم الحوالة للقبول إذا كان الساحب قد أشترط عدم تقديمها للقبول بشكل مطلق، أما إذا كان الساحب قد أشترط عدم تقديمها للقبول قبل موعد معين فإنه ليس للمظهر أن يشترط تقديمها للقبول قبل انقضاء الميعاد المذكور من قبل الساحب ونعتقد بأن هذا الحكم هو الذي قصده المشرع العراقي في الشطر الأخير من -الفقرة رابعاً- من نص المادة/ ٧١ من القانون.

ثالثاً: لم يحدد المشرع العراقي كما يبدو أي موضع خاص لإدراج هذا البيان الاختياري ويرى جانب من الفقه في هذا الصدد بأنه (من المفروض أن يدرجه الساحب في متن الحوالة التجارية أو في أي موضع من صدر الحوالة أي وجهها وأن يدرجه المظهر بجانب توقيعه على ظهر الحوالة أو الورقة المتصلة بها تأكيداً لشخص واضع البيان، فإذا أراد الساحب مع ذلك إيراد هذا البيان في ظهر الحوالة

أو أراد المظهر بالعكس إيراده في صدر الحوالة، فما عليهما إلا أن يوقعا تحته ثانية منعاً لكل التباس)[١].

ونحن بدورنا نؤيد الرأي المتقدم لكونه موافقاً لواقع إنشاء الحوالة التجارية من قبل الساحب وواقع تظهيرها من قبل المظهرين، فمن المستحسن أن ترد البيانات الاختيارية على وجه الحوالة إذا كانت صادرة عن الساحب وفي موضع قريب من توقيع هذا الأخير ولكي تتميز عن تلك البيانات الصادرة من المظهرين التي من الأنسب إيرادها في ظهر الحوالة التجارية لكي تدل بوضوح على أنها صادرة من أحد المظهرين، ونضيف إلى ذلك بأنه ينبغي أن يرد هذا البيان الاختياري سواء أكان من الساحب أم من المظهر على نفس الورقة التجارية ذاتها وليس في ورقة مستقلة استناداً إلى مبدأ الكفاية الذاتية.

رابعاً: يختلف الأثر القانوني المترتب على إدراج هذا البيان الاختياري في الحوالة بحسب ما إذا كان صادراً عن الساحب أو موضوعاً من قبل أحد المظهرين، فإذا كان الساحب هو الذي أدرج هذا البيان فسوف ينعكس أثره على جميع الموقعين ذلك أن البيانات الاختيارية التي تصدر عن الساحب تمتاز بعمومية الأثر حيث تشمل آثاره كل متعامل بالورقة التجارية، أما إن كان صادراً عن أحد المظهرين فإن أثره سيقتصر على المظهر واضع الشرط نفسه دون غيره من المتعاملين إذ أن البيان الاختياري الذي يضعه المظهر يمتاز بعكس البيان الاختياري الذي يضعه الساحب بنسبية الأثر ومحدوديته[٢].

وعلى هذا فإذا أراد أحد المظهرين اللاحقين للمظهر واضع الشرط الإفادة من آثار هذا البيان الاختياري فعليه أن ينص عليه أو يدرجه عند القيام بتظهير الحوالة التجارية إلى الغير. وهذا ما صرحت به -الفقرة رابعاً- من المادة/ ١١١ من قانون التجارة النافذ إذ قالت: (إذا كان المظهر هو الذي أشترط في التظهير ميعاداً لتقديم الحوالة للقبول فله وحده الإفادة من هذا الشرط).

البيان الثاني: بيان المنع من عمل الاحتجاج أو بيان الرجوع بدون مصاريف:

---

(١) انظر د. أكرم ياملكي، مصدر سابق، ص ٨٥، بند ٩٧.

(٢) في هذا المعنى انظر د. فوزي محمد سامي، د. فائق الشماع، مصدر سابق، ص ١٣٩، كذلك د. أكرم ياملكي، مصدر سابق، ص ٨٥.

وهو البيان الذي يكون الغرض منه إعفاء الحامل من تحرير احتجاج عدم القبول أو الأداء لاستعمال حق الرجوع عند امتناع المسحوب عليه عن القبول أو الأداء[١].

وابتداءً لابد لنا من التمييز بين الاحتجاج وبين بيان المنع من عمل الاحتجاج؛ فالاحتجاج أو ما يسمى (بالبروتستو) وثيقة رسمية ينظمها الكاتب العدل بناءً على طلب الحامل القانوني لإثبات الامتناع عن قبول السفتجة أو عن وفاء قيمتها وعمل الاحتجاج إجراء لابد من اتخاذه ليتمكن الحامل من الرجوع على كل موقع في الحوالة من ساحب أو مظهر أو ضامن احتياطي للمطالبة بقيمتها عند امتناع المسحوب عليه عن القبول أو الأداء، والغرض من سحب هذه الوثيقة هو حث الحامل على إعلام الموقعين على الحوالة بامتناع المسحوب عليه وإفهامهم بأنهم معرضون للرجوع عليهم ومطالبتهم بالقبول أو الأداء بحسب الحال لكي لا تبقى ذممهم مشغولة بقيمة هذه الحوالة لفترة طويلة، كذلك فإنه وثيقة الاحتجاج تعد سنداً رسمياً يثبت امتناع المسحوب عليه بشكل لا يقبل الشك ولا يدع مجالاً للنزاع[٢].

ومما لاشك فيه بأن لهذه الوثيقة جوانباً سلبية على الرغم من الغاية التي تكمن وراءه، فمن جهة يتوجب على الحامل أن يقوم بهذا الإجراء خلال مدة قصيرة جداً وهي أحد يومي العمل التاليين ليوم الاستحقاق[٣] ومن جهة أخرى فإن هذا الاحتجاج يرتب نفقات إضافية تثقل كاهل الملتزمين بموجب الحوالة ثم أن عمل الاحتجاج يعكس آثاراً سلبية من شأنها إضعاف الثقة بأشخاص هذه الحوالة أو الضامنين لها. ولهذا كله أصبح من المعتاد استبعاد هذا الإجراء أي سحب الاحتجاج بموجب بيان اختياري يرد النص عليه صراحة في الحوالة التجارية فيتخلص الملتزمين في الحوالة من النفقات الإضافية التي يرتبها هذا الاحتجاج

---

(٢) انظر د. صلاح الدين الناهي، د. أحمد عباس الشالجي، الموجز العملي والنظري في القانون التجاري العراقي، ط ٤، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٥٨، ص ١٨٥.

(١) انظر عبد الرزاق القيسي، الصيغ القانونية لرفع الدعوى التجارية، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٠، ص١٨١، ثم انظر نص المادة ١٠٣ –أولاً– من قانون التجارة العراقي النافذ، كذلك د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص ٨٢.

(٢) انظر –الفقرة ثالثاً– من المادة ١٠٣ من قانون التجارة العراقي النافذ.

وتحفظ سمعتهم التجارية من التشهير والأهم من ذلك كله هو الحفاظ على حق الحامل القانوني من السقوط الذي ينجم عن إهمال ومراعاة هذا الإجراء[١].

والأحكام القانونية المتعلقة بهذا البيان يمكن تحديدها بالآتي:

أولاً: للساحب ولكل مظهر أو ضامن أن يدرج هذا البيان الاختياري ويعفي بموجبه الحامل من سحب احتجاج عدم القبول أو احتجاج عدم الوفاء وهذا ما تقرر في الشطر الأول من -الفقرة أولاً- من المادة ١٠٥ من قانون التجارة النافذ.

ثانياً: تبين من الشطر الثاني من نفس الفقرة المتقدم ذكرها أن المشرع العراقي لم يحدد مصطلح أو صيغة معينة يجب التقيد بها للتعبير عن هذا البيان الاختياري إذا أجاز استخدام عبارة الرجوع بلا مصاريف أو بدون احتجاج أو أي شرط آخر يفيد هذا المعنى فجعل المجال مفتوحاً أمام المتعاملين بالحوالة التجارية لاختيار أي مصطلح يفيد معنى هذا البيان كأن يستخدموا أيضاً أرجع بدون احتجاج، لا تعمل احتجاج، بدون مصروفات... الخ.

ثالثاً: ولصحة هذا البيان الاختياري أشترط المشرع العراقي صراحة ما يلي:

١. الكتابة، حيث نصت على ذلك -الفقرة أولاً- من المادة/ ١٠٥ بقولها: (... بكتابة شرط الرجوع بدون مصروفات...) وواضح من هذا النص أن هذا البيان لا يمكن أن يتفق عليه شفاهاً، كما أنه لا يمكن أن يرد في ورقة مستقلة وذلك استناداً إلى مبدأ الكفاية الذاتية.

٢. التوقيع، وهذا الشرط نصت عليه -الفقرة أولاً- من المادة/ ١٠٥ أيضاً ويعلق الدكتور فوزي محمد سامي بشأن هذا التوقيع بالقول: (... ويلاحظ أن القانون يتطلب من واضع البيان أن يضع توقيعه عند اشتراطه ذلك ولكن إذا وضع الساحب البيان عند إنشائه الحوالة فلا نرى موجباً لتوقيعه مرة أخرى بجانب البيان إضافة إلى توقيعه على الحوالة لأن توقيع الساحب في البداية يشمل جميع البيانات والشروط الواردة في الحوالة)[٢].

٣. يشترط جانب من الفقه أن يرد هذا البيان بصورة صريحة بهذا المعنى، فالتنازل عن اتخاذ إجراءات الاحتجاج يجب أن يذكر صراحة في الورقة التجارية، ولا يؤخذ بالظن والاستنتاج، بينما يذهب د. محسن شفيق إلى جواز استخلاص منع عمل الاحتجاج من قرائن الحال، حيث لا يشترط أن يرد هذا البيان الاختياري صريحاً دائماً وإنما يمكن أن يكون ضمنياً وعلى من يتمسك

---

(٣) انظر د. أبو زيد رضوان، مصدر سابق، ص ١١٦-١١٧.

(١) انظر أنظر د. فوزي محمد سامي، القانون التجاري: الأوراق التجارية، ج ٢، ط ١، عمان، ١٩٩٩، ص٨٣، هامش (٤).

به أن يقيم الدليل على وجوده ويجد هذا الرأي سند له في بعض القرارات القضائية القديمة التي ذهبت إلى استخلاص تنازل المظهر من لزوم عمل الاحتجاج حين يقوم المظهر بالتوقيع مرتين على ظهر الورقة التجارية، حيث فُسِر أحد التوقيعين بمعنى التظهير، وفُسِر الثاني بمعنى التنازل عن اتخاذ الإجراءات القانونية التي تضمن حق الرجوع على المظهر[١].

ونحن نرى ضرورة إيراد هذا البيان الاختياري سواء أكان صادراً من قبل الساحب أو المظهر بشكل صريح ويدل دلالةً واضحةً على إلزام الحامل القانوني بالامتناع عن سحب الاحتجاج وتبرير ذلك أن هذا البيان جاء استثناءً من القاعدة العامة التي توجب القيام بإجراء سحب الاحتجاج من أجل الرجوع على بقية الموقعين عند امتناع المسحوب عليه عن القبول أو عن الوفاء فلابد أن يرد هذا الاستثناء بشكل صريح وبيّن هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه من الواجب لفت انتباه الحامل القانوني إلى هذا المنع بشكل صريح لأن مخالفته المتمثلة بسحب الاحتجاج يؤدي به إلى تحمل كل المصاريف الناتجة عن ذلك لوحده.

رابعاً: يختلف الأثر المترتب على إيراد مثل هذا البيان الاختياري في الحوالة التجارية باختلاف مشترطه، فإذا كان الساحب هو الذي دّون البيان على الحوالة فإن أثره يسري على جميع الموقعين عليها أي يستفيد منه المظهرون والضامنون، أما إذا كان البيان صادراً من أحد المظهرين أو من الضامن فأثره لا يتعدى مشترطه، وهذا ما نصت عليه -الفقرة ثالثاً- من المادة ١٠٥ من قانون التجارة النافذ.

ويترتب على اختلاف هذا الأثر اختلاف النتيجة المترتبة على مخالفة الحامل القانوني لهذا المنع وقيامه بسحب الاحتجاج قبل الرجوع على الموقعين فإذا كان الذي وضع البيان هو الساحب وخالف الحامل القانوني هذا المنع وبادر بسحب الاحتجاج فإن الأخير هو الذي يتحمل لوحده المصاريف المترتبة على ذلك، بينما إذا كان واضع البيان هو أحد المظهرين أو الضامنين فعندئذٍ النتيجة تختلف إذ يكون للحامل الذي عمل الاحتجاج رغم مخالفته للمنع المقرر بموجب البيان أن يرجع بالمصاريف على كافة الموقعين على الحوالة بما فيهم الساحب وهذا ما قررته -الفقرة رابعاً- من المادة/ ١٠٥ المذكورة أعلاه. بل يرى جانب من الفقه في هذا الصدد (أنه من حق الحامل القانوني الرجوع بالمصاريف على المظهر الذي أدرج هذا البيان ويبرر رأيه هذا بأن هذا الأخير سيستفيد من الاحتجاج الذي عمله الحامل لكي يرجع على باقي الموقعين بقيمة الحوالة عند

---

(١) انظر هذه الآراء لدى د. فوزي محمد سامي، د. فائق محمود الشماع، مصدر سابق، ص ١١٣، وص ١٤٤.

وفائه لها، إذ لولا احتجاج الحامل لكان لزاماً عليه أن يقوم هو بعمل الاحتجاج قبل أن يرجع على الموقعين السابقين)[١].

البيان الثالث: بيان عدم الضمان أو شرط الجزّاف:

الأصل أن جميع الموقعين على الحوالة ضامنون لقبول وأداء قيمتها. لكن المشرع استثناءً أعطى لكل من الساحب والمظهر الحق في أن يشترط إعفاءهما من هذا الضمان ومن أجل الإحاطة التامة بأحكام هذا البيان فإنه لابد من التمييز بين ما إذا كان صادراً عن الساحب وبين ما إذا كان صادراً عن المظهر.

أولاً: أحكام بيان عدم الضمان الصادر عن الساحب

قد يصدر الساحب الحوالة التجارية إلى المستفيد لكنه يشترط فيها أن يسقط من على عاتقه الالتزام بالضمان الذي يفرضه عليه عقد الصرف لمصلحة المستفيد وباقي الموقعين، ويلجأ الساحب إلى إدراج هذا البيان في الحوالة عندما يكون قد قدم مقابل الوفاء إلى المسحوب عليه ويخشى ألا يقوم الأخير بالوفاء بقيمة الحوالة إلى المستفيد في ميعاد الاستحقاق[٢]، لكن ما المقصود بالضمان الذي يشترط الساحب إعفاءه منه، فالساحب كما هو معلوم ملتزم بضمان القبول وضمان الأداء، فأيهما الذي يمكن أن يكون محلاً لهذا البيان؟

في الحقيقة أن المادة/ ٥٠ من قانون التجارة العراقي النافذ جاءت بأصل عام واستثناءاً على هذا الأصل، -فالفقرة أولاً- منها قررت مبدأ وجوب أن يضمن الساحب قبول الحوالة وأدائها، أما -الفقرة ثانياً- فقد تضمنت استثناءاً يجيز للساحب إيراد بيان إعفاء من هذا الضمان ولكن قيد هذا الاستثناء بالإعفاء من ضمان القبول لا ضمان الوفاء وبخلاف ذلك فإن أي بيان يعفي الساحب من ضمان الأداء يعد كأن لم يكن.

ويبرر أغلب الفقهاء موقف المشرع هذا بأن الساحب هو منشئ الحوالة والملتزم الأول بدفع قيمتها عند امتناع المسحوب عليه عن ذلك، والمتوقع على الأغلب بأن الساحب ابتداء يعلم بأن المسحوب عليه سوف يمتنع عن دفع قيمة الحوالة، فلو أجيز له أن يعفي نفسه من ضمان الأداء الذي يؤول إلى الإعفاء من المسؤولية فعندئذٍ يستطيع أن يتخلص من التزام دفع قيمة الحوالة التجارية وبالتالي سيجد المستفيد وربما غيره من الموقعين الموفين لقيمة الحوالة إلى المستفيد

---

(١) انظر د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص ٨٤.

(٢) د. رضا عبيد، مصدر سابق، ص ١٠٠.

أنفسهم دون ضامن لقيمة الحوالة وهذا ما يؤدي إلى إضعاف الثقة بالضمانات العديدة التي بنيت عليها الثقة بالتعامل بالأوراق التجارية[١].

هذا ومن الجدير بالذكر هو (أن البيان الذي يضعه الساحب ينصرف دائماً إلى عدم ضمان القبول سواء أكانت عبارته صريحة تشتمل على هذا المعنى أم كانت واردة بصورة مطلقة أي دون تخصيص أو حتى لو أراد بها إعفاء نفسه من ضمان عدم القبول وعدم الوفاء معاً، أما إذا أقتصر على اشتراط عدم ضمان الوفاء فإن هذا البيان يعد باطلاً ولا يفيده حتى في إعفائه من ضمان عدم القبول علماً أن هذا البطلان سيشمل البيان دون الحوالة المتضمنة لهذا البيان)[٢].

وإتماماً لهذه الأحكام فإنه لابد من القول بأن بيان عدم الضمان الذي يضعه الساحب وإن كان بياناً اختيارياً فإن يعتبر عنصراً من العناصر الأصلية للحوالة التجارية والتي تنصرف آثارها لجميع الموقعين[٣].

ثانياً: أحكام بيان عدم الضمان الصادر عن المظهر

إن من أهم الآثار القانونية التي يرتبها التظهير الناقل للملكية هو التزام المظهر بالضمان وهذا الالتزام قد قرره المشرع بنص تشريعي هو نص -الفقرة أولاً- من المادة/ ٥٥ من قانون التجارة العراقي النافذ. وبالتالي فلا داعي للاتفاق أو النص عليه في عبارة التظهير وواضح أن هذا الضمان يمتاز بالقوة ويمثل أعلى درجات الضمان لأنه مقرر صراحة بنص القانون ويتجسد السبب الذي دفع المشرع إلى تقرير مثل هذا الضمان بما ذكره الدكتور صلاح الدين الناهي بأنه (.....الرغبة في تقوية ائتمان الورقة التجارية ودعمها في التعامل بتقوية ائتمانها الشخصي لأن الضمانات العينية في باب الأوراق التجارية نادرة ولهذا يتوجب دعم ضمان الورقة التجارية بالإكثار من عدد الملتزمين بأداء قيمتها وبجعل كل واحد منهم يلتزم بأداء المبلغ للحامل التزاماً مشدداً)[٤].

لكن على الرغم من قوة هذا الضمان كونه أحد دعائم الثقة بالتعامل بالأوراق التجارية فقد أجاز المشرع العراقي استثناءً للمظهر أن يعفي نفسه من

---

(١) انظر د. صلاح الدين الناهي، د. أحمد عباس الشالجي، مصدر سابق، ص ١٥٨، كذلك د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص ٧٧، كذلك د. أكرم ياملكي، مصدر سابق، ص ٨٨، كذلك د. فوزي محمد سامي، د. فائق الشماع، مصدر سابق، ص ١١٠.

(٢) انظر د. فوزي محمد سامي، د. فائق محمود الشماع، مصدر سابق، ص ١١١.

(٣) د. علي سلمان العبيدي، الأوراق التجارية في التشريع المغربي، ط ١، الرباط، ١٩٦٠، ص ١٥٩.

(١) نقلاً عن د. فوزي محمد سامي، د. فائق الشماع، مصدر سابق، ص ١٦٣.

هذا الضمان وذلك عن طريق بيان اختياري يدرج في صيغة التظهير يفيد معنى عدم الضمان وهذا ما قررته -الفقرة أولاً- من المادة/ ٥٥ المذكورة.

لكن ينبغي على المظهر أن يحدد نوع الضمان الذي يريد استبعاده فإذا جاء البيان مطلقاً كما لو كتب المظهر عند تظهيره الحوالة التجارية إلى المظهر إليه عبارة (من غير ضمان) أو (لا أضمن) أو (لا للضمان) فيفسر على أن هذا البيان يراد به عدم ضمان القبول والأداء معاً لأن المشرع أجاز له التخلص من ضمان القبول والأداء في وقت واحد بعكس الحال بالنسبة للساحب الذي لا يجوز له أن يعفي نفسه إلا من ضمان القبول فحسب[١].

وبيان عدم الضمان الصادر من المظهر في مواجهة المظهر إليه يمتاز بنسبية الأثر بمعنى أن هذا البيان لا يفيد إلا المظهر الذي أدرجه دون المظهرون الآخرون سواء كانوا سابقين أم لاحقين للمظهر الذي وضع البيان، حيث يبقى التزامهم بالضمان كاملاً، فمبدأ استقلال التواقيع يجعل كل تظهير مستقل في وجوده وأوصافه عن بقية التظهيرات الأخرى[٢]. وعلى الرغم من الاختلاف بين أحكام بيان عدم الضمان الصادر عن الساحب وأحكام البيان الصادر عن المظهر فإن هناك حكماً مشتركاً يجمع بينهما وهو وجوب أن يرد هذا البيان صريحاً فلا يجوز أن يستخلص ضمناً من وقائع الدعوى، ونعتقد بأنه لكي يكون كذلك فإنه لابد أن يكون مكتوباً سيما وإن الكتابة التي تمثل الشكلية تعتبر من أهم المبادئ التي يقررها قانون الصرف لكل تعامل يرد على الورقة التجارية من إنشاء وتظهير وقبول ووفاء وضمان.... والخ.

البيان الرابع: بيان حظر التظهير:

إذا كان بإمكان المظهر أن يتخلص من التزامه بالضمان بحذفه كلياً عن طريق بيان عدم الضمان المتقدم ذكره فإنه يستطيع أيضاً أن يقتصر على تقليص هذا الضمان جزئياً عن طريق بيان اختياري آخر يختلف في أثره عن بيان عدم الضمان، هذا البيان هو بيان حظر التظهير أو بيان لا للتظهير أو بيان ليس لأمر أو بدون أذن وهو بيان اختياري أجازه المشرع بالنص الصريح إذ قرر في -الفقرة ثانياً- من المادة/ ٥٥ من قانون التجارة النافذ بأنه من حق المظهر أن يمنع المظهر إليه من إعادة تظهير الحوالة المظهرة إليه من جديد.

([٢]) انظر د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص ٨٧.

([٣]) انظر في هذا المعنى د. أكرم ياملكي، مصدر سابق، ص ٨٩، كذلك د. فوزي محمد سامي، ص ٧٩، كذلك د. فوزي محمد سامي، د. فائق الشماع، مصدر سابق، ص ١٦٥.

ويترتب على هذا البيان الاختياري كما صرحت به المادة المتقدم ذكرها عدم التزام المظهر الذي أدرجه بضمان الحوالة قبل من تؤول إليه بتظهير لاحق[١] إذن هذا البيان الاختياري لا يبعد الضمان عن المظهر بشكل كلي ويخلصه من المسؤولية بصورة تامة وإنما الذي يحصل هو تعديل أو تقليص في مدى هذا الالتزام لا أكثر إذ أن هذا المظهر يبقى ملتزماً في جميع الأحوال تجاه المظهر إليه مباشرة الذي يرتبط به بعلاقة مديونية كانت الغرض الباعث لهذا التظهير هذا الأثر يختلف عن الأثر القانوني المترتب على بيان عدم الضمان إذ أنه يؤدي إلى استبعاد الالتزام بالضمان.

وفي الحقيقة إن حق المظهر في وضع بيان حظر التظهير أو بيان ليس لأمر جاء تطبيقاً لفكرة أن الحوالة التجارية المظهرة تصبح حقاً خالصاً للمظهر إليه وبالتالي يستطيع هذا الأخير أن يتنازل عنها لشخص آخر عن طريق التظهير أيضاً وهذا يجسد لنا الصفة الأذنية للحوالة التجارية، إلا أن هذه الصفة ليست جوهرية في الحوالة التجارية إذ بالإمكان سلبها منها وتحويلها إلى ورقة غير أذنيه وذلك عن طريق هذا البيان أي بيان حظر التظهير أو (لا للتظهير) وفي هذا الصدد يقول أستاذنا الدكتور فائق الشماع (.....بأن السفتجة ورقة أسمية وأذنية في آنٍ واحد، لكن الصفة الأذنية قابلة للحذف من قبل الساحب كما أنها قابلة للتقييد من قبل المظهر وذلك عن طريق بيان اختياري يمنع بموجبه انتقالها عن طريق التظهير...)[٢].

وبناءً على ما تقدم فإنه لا يجوز تداول الحوالة التي وضع فيها الساحب عبارة ليست لأمر أو أية عبارة تفيد هذا المعنى إلا بأتباع أحكام حوالة الحق، لأن حظر التظهير إذا وضع من قبل الساحب فإنه يُفقد هذه الحوالة قابليتها على التداول بواسطة التظهير. وهذا ما تقرره -الفقرة ثانياً- من المادة/ ٥١ من قانون التجارة العراقي النافذ وبالتالي فإن أثر هذا البيان سوف يسري في حق الجميع[٣]

---

(١) انظر أستاذنا د. فوزي محمد سامي، د. فائق الشماع، ص ١٦٥.

(١) انظر د. فوزي محمد سامي، د. فائق الشماع، مصدر سابق، ص ٧٨، هامش (١).

(٢) من الجدير بالذكر أن الحوالة التي اشتملت على بيان ينفي الأذن أو الأمر لا تعتبر حوالة معيبة وإنما هي صحيحة فيما بين الساحب والمستفيد فتسري عليها أحكام الحوالة من ضمان القبول وضمان الوفاء وسقوط الحق ومرور الزمان وما سوى ذلك من أحكام وهي حوالة صحيحة كذلك فيما بين الساحب والمستفيد والمسحوب عليه القابل أيضاً لأن القانون لم ينص على بطلانها كما نص على بطلان الحوالات الأخرى التي لا تحتوي على مبلغ

على اعتبار أن كل بيانات الحوالة التي يضعها الساحب تعتبر عنصراً أصلياً فيها ويستفاد منها جميع الملتزمين.

في حين انه إذا وضع هذا البيان من قبل المظهر فإنه لا يسلب الحوالة قابليتها على التداول بالتظهير بل يؤدي فقط إلى إعفاء المظهر واضع البيان من الالتزام بالضمان تجاه الحملة اللاحقين الذين تنتقل إليهم الحوالة عن طريق التظهير وهذا ما صرحت به -الفقرة ثانياً- من المادة/ ٥٥ من القانون المذكور ثم إن هذا البيان لا يسرِ في حق الجميع وإنما يستفيد منه هو وحده فقط.

المبحث الثاني

التكييف القانوني للبيانات الاختيارية

تحدثنا عن البيانات الاختيارية بصفتها جزءاً من مضمون الكتابة التي استلزم المشرع العراقي وجودها كعنصر شكلي لتكوين الحوالة التجارية -تطبيقاً لمبدأ الشكلية الذي يعدّ من أهم المبادئ التي يبنى عليها قانون الصرف- وبيّنا الشروط الواجب توافرها في هذه البيانات لكي تعد صحيحة مرتبة لأثارها القانونية في حق الملتزمين بموجب هذه الحوالة. وأيضاً ميزنا بينها وبين البيانات الإلزامية التي تمثل الجزء الآخر من ذات العنصر الشكلي الذي تتكون منه هذه الورقة التجارية ثم وجدنا من الضرورة بمكان أن نعرض لعدد يسير من هذه البيانات التي تعارف عليها المتعاملون بالأوراق التجارية ثم أصبحت شائعة الاستعمال في البيئة التجارية وقد تم التركيز على البيانات الاختيارية التي قصدها المشرع بالتنظيم في قانون التجارة العراقي النافذ فحسب دون الأخرى التي لم تحظَ بالتنظيم ليس إحساساً منا بعدم أهميتها وإنما وفقاً لمقتضيات وحاجات البحث والوصول إلى مقصودِه الذي يتمثل ببيان التكييف القانوني لهذه البيانات، فالملاحظ كما سبق لنا وأن قلنا في تمهيد هذا البحث أن بعضاً من الفقهاء والشّراح يوصف هذه البيانات بأنها (شروط قانونية أو إضافية يقصد بها تنظيم مسائل لم يرد بشأنها نص أو يقصد بها تغيير حكم مفرد في نص تشريعي مفسر)[1] البعض الأخر يعبر عنها (بالشروط الثانوية أو الإضافية لتنظيم مسائل لم يَرِدْ بصددها نصوص صريحة في القانون أو للخروج بها على ما أورده المشرع من قواعد

معين أو لم يعين فيها أجل الأداء... لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع راجع د. سلمان بيات، القضاء التجاري العراقي، ج ٢، شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة، بغداد، ١٩٥٣، ص ٢١.

(١) انظر د. فوزي محمد سامي، د. فائق الشماع، المرجع السابق، ص ١٠٢.

تنظيمية مفسرة أو آمرة)[١] وجانب من الفقه يطلق عليها (بيانات وشروط أخرى) دون أن يحدد نوع هذه الشروط أو مصدرها[٢] وآخر يقول بأنها عبارة عن (شروط اختيارية يترتب عليها آثار قانونية في التزامات الأطراف....)[٣] وجانب آخر من الفقه لم يتعرض حتى لتحديد طبيعة أو صفة هذه البيانات فيقتصر على القول بأنه (...لا مانع بعد ذلك أن يثبت فيها -أي في الحوالة- أصحاب الشأن بيانات أخرى اختيارية لا شأن لها بصحة الورقة...)[٤].

إن موقف الفقهاء هذا في إطلاق تلك المسميات أو التعابير المختلفة على البيانات الاختيارية والتي ربما لا تنسجم ولا تدل دلالة واضحة على حقيقة طبيعتها القانونية قد يجد له عذراً يتمثل في عدم تدخل التشريع في أمر تسميتها بنص خاص يسد باب الاجتهاد ويحسم المسألة كما فعل بالنسبة للبيانات الإلزامية التي أوجب اشتمال الحوالة التجارية عليها بنص المادة/ ٤٠ من قانون التجارة النافذ وبخلافه لا تعد الورقة حوالة تجارية بالمعنى الذي أراده - إلا في حالات استثنائية قررتها المادة/ ٤١ من نص القانون- وأيّاً كانت التعابير التي أطلقت على البيانات الاختيارية وبغض النظر عن موقف المشرع منها، تبقى الحاجة القانونية قائمة لتحديد التكييف القانوني لهذه البيانات؛ فمن المعلوم أن هذه البيانات تختلف عن البيانات الإلزامية من حيث الأساس القانوني، بصفة أن الأخيرة مقررة بقواعد قانونية آمرة لا سبيل لمخالفتها بينما البيانات الاختيارية ليست كذلك، فهي إن لم تكن كذلك فبماذا تُكيف إذن؟ هل يمكن عدّها قواعد قانونية مكملة أو مفسرة لإرادة المتعاقدين عند اتفاقهم عليها؟ أم هل يمكن اعتبارها عرفاً على أساس أن هذه البيانات تعاقب التجار على الأخذ بها وتكرر العمل بمقتضاها لاعتقادهم بوجوب أتباعها أم أنها لا ترقى إلى مرتبة العرف لكي تكون مصدراً احتياطياً يلي التشريع وإنما هي مجرد عادات اتفاقية مهنية خاصة بالتجار.

من أجل مناقشة هذه الافتراضات والوصول إلى التكييف القانوني الملائم لهذه البيانات فإننا آثرنا أن نقسم هذا المبحث إلى مقصدين نناقش في الأول منهما تكييف البيانات الاختيارية على أنها عُرف وفي الثاني تكييف البيانات الاختيارية على أنها مجرد عادات اتفاقية.

---

(٢) انظر د. أكرم ياملكي، مصدر سابق، ص ٦٥، بند ٦٦.

(٣) انظر د. مصطفى كمال طه، د. مراد منير فهيم، مصدر سابق، ص ٥١، بند ٥٠.

(٤) انظر د. رضا عبيد، مصدر سابق، ص ٩٨، بند ٥٧.

(١) انظر د. علي حسن يونس، مصدر سابق، ص ٨٧، بند ٨٣.

المقصد الأول

تكييف البيانات الاختيارية على أنها قواعد عُرفية

اصطلاح العُرف ينصرف إلى مجموعة القواعد القانونية التي تنشأ باضطراد سلوك الناس على نحو معين في أتباعها زمناً طويلاً، مع اعتقادهم بإلزامها، وبأن مخالفتها تستتبع توقيع جزاءاً مادياً، فالقواعد القانونية العُرفية تنشأ في ضمير الجماعة وفي العلاقات بين أفراد المجتمع دون تدخل من سلطة أخرى خارجية[١] وهو على هذا النحو يعد مصدراً رسمياً يضع قاعدة قانونية على وجه الدقة، بمعنى أنها ملزمة سواء بإمكانية فرض مضمونها قضاءً والإجبار على احترامها والعمل بمقتضاها أو بتعرض المخالف لها للجزاء المقرر لها وهو ما يميزه عن التقاليد والمجاملات كقواعد سلوكية لا ترقى إلى مستوى القواعد القانونية بالمعنى الدقيق[٢]. ويعدّ العُرف من أسبق مصادر القانون ظهوراً إذ عرفته الإنسانية منذ أقدم العصور، إلا أنه لم يعد كافياً لتنظيم سلوك الأشخاص وعلاقاتهم في المجتمع الحديث الذي لم يعد محدود الحجم كالمجتمعات البدائية[٣] ويقوم العُرف كمصدر للقاعدة القانونية على ركنين أساسين هما: الركن المادي والركن المعنوي. أما الركن المادي فيتمثل بالأعتياد على عادة معينة أو ما تسمى (بالعادة المستقرة) ويتحقق هذا الركن بالاعتياد على سلوك معين واطراد أتباع

---

(١) انظر د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية/ القسم الأول (النظرية العامة للقانون)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٣، ص ٢٥١، بند ١٦٣، كذلك انظر في هذا المعنى د. سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، ط ١، مطابع جامعة الموصل، ١٩٨٢، ص ١٧٤.

(٢) انظر د. همام محمد محمود، المدخل إلى القانون (نظرية القانون)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٢٩٧.

(٣) انظر أستاذنا د. جعفر الفضلي، د. منذر عبد الحسين الفضل، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون- النظرية العامة للحق، ط ١، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٧، ص ٦٨، كذلك د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، ط ٣، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨١، ص ١٣٦، بند ١٣٣.

طريقة معينة من الحياة فترة طويلة من الزمن[١] ولا يقوم هذا الركن إلا وفق شروط لا بد من تحققها تتمثل بما يأتي:

١. أن يكون عاماً لأن العُرف ينشئ قاعدة قانونية، والقاعدة لا بد أن تكون عامة مجردة، فلا ينصرف حكمها إلى شخص معين بذاته أو إلى أشخاص معينين بالذات وليس معنى هذا أن يكون العُرف شاملاً لكل الأشخاص في الدولة ولكنه قد يكون خاصاً بإقليم معين منها وفي هذه الحالة يعدّ عُرفاً محلياً، وقد ينشأ العُرف ويكون خاصاً بفئة من الأشخاص فقط ومع ذلك لا يفقد صفة العمومية وهذا هو الشأن بالنسبة للعُرف الذي ينشأ بين طائفة التجار أو المزارعين أو أصحاب مهنة معينة وفي هذه الحالة يعتبر العُرف مهنياً أو طائفياً[٢].

٢. يلزم أن يكون العُرف قديماً ومعنى ذلك أن يمضي على أتباعه فترة طويلة من الزمن، ومع ذلك يصعب تحديد الفترة الزمنية بدقة بل أنها قد تطول وتقصر باختلاف القواعد العُرفية وتباين موضوعها ويرجع النظر في ذلك للقضاء بمعنى أنه يجب أن يمر الزمان على السير بمقتضى هذه العادة فترة طويلة يشعر الناس أن ما تقرره العادة قد أستقر بمضي المدة الطويلة التي لا تحيط بالذاكرة[٣].

٣. أن تكون العادة مطرّدة، أي يجب أن تتبع العادة بصورة دائمة غير متغيرة ولا متقطعة حتى يصح العمل بموجبها ويصبح لها قوة القانون، أي بمعنى آخر أن يتبع الناس هذه العادة بانتظام، بطريقة لا تتغير ولا تنقطع فلا يتبعها الناس في بعض الأوقات ويتركونها في أوقات أخرى، ويترك تقدير هذا الموضوع للقضاء[٤].

٤. يشترط أن تكون هذه العادة مطابقة للنظام العام والآداب في المجتمع، فإذا جرت عادة الناس على أمر من الأمور التي تتنافى مع النظام العام فإنه لا

---

(١) انظر د. صلاح الدين عبد الوهاب، الأصول العامة لعلم القانون، مكتبة عمان، ١٩٦٨، ص ١٨٥، كذلك أستاذنا د. جعفر الفضلي، د. منذر الفضل، المصدر السابق، ص٦٩.

(٢) انظر د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص ٢٥٣، بند ١٦٤.

(٣) ويلاحظ أن القانون الإنكليزي يقصد "بالقديم" ما لا يُعرف أوله، أي ما لا يعرف الناس الأحياء كيف بدأ.... انظر د. عبد الرحمن البزاز، مبادئ أصول القانون، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٤، ص ١١٦.

(٤) انظر د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص ١٥٤، كذلك د. عبد الرحمن البزاز، مصدر سابق، ص ١١٦، كذلك أستاذنا د. جعفر الفضلي، د. منذر الفضل، ص ٦٩.

ينشأ عنها عُرف ملزم قانوناً وفي الحقيقة إن هذا الشرط يصح تطلبه في العادة التي يتكون منها العُرف المحلي أو المهني، أما العادة التي ينشأ عنها عُرف شامل ينطبق على إقليم الدولة برمته فلا يتصور أن تخالف قواعد النظام العام والآداب العامة لأنها تسهم عندئذٍ في تحديد مفهوم النظام العام والآداب العامة في الدولة[١].

٥. آلا تتعارض هذه العادة مع نص القانون وذلك لأن العُرف إنما هو مصدر متمم، وليس مصدراً أصلياً للقانون وعليه فلا يعتد بالعُرف المخالف لصراحة القانون، ولهذا السبب نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي على ما يلي: (فإن لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العُرف.....) ومعنى هذا أن العُرف يؤخذ به في حالة سكوت المشرع، فإذا وجد نص قانوني صريح فلا يصار إلى العُرف[٢].

وأما بالنسبة للركن الثاني لقيام العُرف وهو الركن المعنوي ويقصد به الاعتقاد العام بالإلزام حيث يستقر السلوك بتكراره وتواتره على سبيل الاستقرار والثبات فيضرب بجذوره في نفوس عموم أفراد الجماعة مولداً شعوراً يقينياً بأن أتباع هذا السلوك أصبح مفروضاً بل التزاماً أي بمعنى آخر أن يستقر في نفوس الناس الاعتقاد بوجوب أتباع العادة باعتبارها قاعدة قانونية تقترن بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة عند مخالفتها وبغير هذا الاعتقاد لا يوجد عُرف بل يظل عادةً يملك الأفراد مخالفتها دون التعرض للجزاء القانوني[٣].

ووفقاً لما تقدم بيانه هل يمكن أن توصف البيانات الاختيارية قواعد عُرفية؟

بالرجوع إلى الركن الأول لقيام العُرف وهو الركن المادي الذي يتمثل بالاعتياد لوجدنا بأنه من المؤكد أن هذه البيانات قد نشأت عن اعتياد التجار على أتباع إدراجها في الأوراق التجارية إما بدافع التقليد لمن سبقهم من التجار (إذ يحدث عادة أن يبدأ شخص أو مجموعة من الأشخاص بأتباع سلوك معين في

---

(١) انظر د. عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بيت الحكمة، بغداد، ١٩٨٩، ص ١٤١، وكذلك د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص ١٧٧.

(٢) انظر د. عبد الرحمن البزاز، مصدر سابق، ص ١١٧، كذلك د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص ١٧٧.

(٣) انظر د. همام محمد محمود، مصدر سابق، ص ٣٠٣، كذلك د. عبد الباقي البكري، زهير البشير، مصدر سابق، ص ١٤١.

مسألة أو معاملة معينة ويتكرر هذا السلوك على نسق واحد في المسائل المتماثلة)[١] أو ربما لصلاحية هذه البيانات لتنظيم التعامل بالأوراق التجارية أو للآثار الإيجابية التي تخلفها والتي تتمثل بصون حقوق حاملي هذه الأوراق مثل بيان المنع من عمل الاحتجاج كما بينا إذ أنه يصون حق الحامل القانوني من السقوط إذا لم يراع المدة القانونية التي يجب أن تسحب حلالها وثيقة الاحتجاج ويحمي سمعة بقية الملتزمين بها من التشهير والإساءة.

وتمتاز هذه البيانات بالقِدم، فأحكامها تتعلق بالأوراق التجارية التي لم يعرف على وجه التحديد تاريخ ظهورها وقد بقيت أحكامها لمدة طويلة تستمد من العُرف والتعامل التجاري حتى القرن السابع عشر[٢] وعليه فمن المؤكد أن يكون قد مضى على أتباعها والعمل بمقتضاها مدة طويلة مما يدل على تأصلها في نفس المتعاملين بالأوراق التجارية ويقيناً بأنه في خلال هذه المدة الطويلة التي عرف فيها التعامل بالأوراق التجارية قد تحقق اعتياداً وتكراراً لإدراج هذه البيانات الاختيارية لمرات عدة ولو أن جانباً من الفقه يرى (بأنه لا يوجد عدد محدد من مرات التكرار يتعين استيفاؤه ليتحقق للركن المادي الاكتمال، إذ العبرة بأثر التكرار وليس بعدد مراته، فالمعوّل عليه هو ذلك القدر من التكرار الذي يؤدي إلى توليد الاعتقاد العام بالالتزام....)[٣].

والبيانات الاختيارية تمتاز بالعمومية والتجريد، فالتعامل بالأوراق التجارية وإدراج البيانات الاختيارية فيها لا تقتصر على شخص أو أشخاص معينين بذاتهم وإنما يتبع ذلك وعلى سبيل التكرار من قبل كل شخص يحمل صفة التاجر طبيعياً أو شخصاً معنوياً فلا يكفي لنشوء الركن المادي للعُرف أي العادة أن يعتاد تاجر معين إدراج بيان اختياري أستحدثه لمصلحته، وربما يقال بأن طائفة البيانات الاختيارية تدرج أو يتعامل بها جماعة محدودة من الأفراد فإنها تفقد صفة العمومية والتجريد، والجواب على ذلك كما أسلفنا بأن لا يشترط لتحقق عمومية الاعتياد أن تكون هذه البيانات شائعة بالنسبة لجميع أفراد المجتمع فهي تعد عُرفاً مهنياً أو طائفياً وهذا النوع من العُرف يعد عاماً حتى لو طبق فيما بين التجار حصراً.

---

(١) انظر د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص ١٧٥.

(٢) لمزيد من التفصيل في هذه النبذة التاريخية انظر أستاذنا د. فوزي محمد سامي، د. فائق الشماع، مصدر سابق، ص ١٨ وما يليها.

(٣) انظر د. همام محمد محمود، مصدر سابق، ص ٣٠٠.

ومن المعتاد أن البيانات الاختيارية وبسبب قدمها فقد تواتر التجار على أتباعها بشكل متكرر ومنتظم غير متقطع (ومع ذلك فلا يعني إهمال بعض التجار لهذه البيانات وعدم العمل بها نفي لصفة الثبات والاطراد التي تقتضيها شروط صحة الاعتياد)[١].

كذلك لا يتوقع أن تكون البيانات الاختيارية مخالفة للنظام العام والآداب العامة فهي بوصفها عُرفاً طائفياً أو مهنياً جاءت من أجل سد النقص في القواعد التشريعية المتعلقة بالبيانات الإلزامية في الورقة التجارية لأنه مهما حاول المشرع أن يصل بهذه القواعد إلى أن تكون كاملة فإنها لا تستطيع أن تحيط بكل الحلول اللازمة لمواجهة الحاجات والوقائع التي تواجه التجار في بيئة تجارية تتعرض للتطور المستمر فلا يمكن لطائفة التجار أن يضمنوا الورقة التجارية بياناً اختيارياً بموجبه تم تقليص أو إطالة مدة تقادم الدعوى المقامة ضد المسحوب عليه القابل فهذا البيان لا يصلح أن يحقق الركن المادي للقاعدة العُرفية لكونه مخالفاً لأحكام النظام العام الذي تتعلق به مدة التقادم.

وأخيراً فإنه من غير المعقول أن تتضمن الحوالة التجارية بياناً اختيارياً يتعارض مع نص في القانون وذلك لأن مهمة البيانات الاختيارية تتحدد بتنظيم مسائل لم يرد بشأنها نص أو تغيير حكم ورد في نص تشريعي مفسر هذا من جهة ومن جهة أخرى يذهب جانب من الفقه في صدد التعليق على قرار صادر عن محكمة بداءة الكرخ بتاريخ ١٩٨٧/٩/٢٦ إلى أن (المشّرع أفصح عن الطبيعة الآمرة لهذا النص بألفاظ صريحة قاطعة الدلالة ولا تقبل التأويل، ومعلوم أن قواعد القانون التجاري والمدني الآمرة هي أول المصادر التي يستعين فيها القاضي والقاعدة القانونية المطلوبة ولا يعمل بالاتفاق المبرم بين الطرفين إذا ما تضمن أحكاماً تخالف أو تعارض تلك القواعد ذات السمة الناهية...)[٢] فلا يجوز مثلاً أن يعتاد التجار على وضع بيان اختياري يتضمن شرط عدم التقديم للقبول في حوالة تستحق بعد شهرين تاريخ الإطلاع عليها لأن ذلك يتعارض مع الطبيعة القانونية لهذا النوع من الحوالات فاحتساب ميعاد الاستحقاق فيها يتوقف على تقديمها إلى المسحوب عليه لغرض قبولها الذي يشترط فيه أن يكون مؤرخاً لكي

---

(١) هذا الرأي تطبيقاً لما ذكره د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص ١٧٦.

(٢) انظر هذا التعليق على القرار الصادر من محكمة بداءة الكرخ والمصادق عليه من محكمة استئناف منطقة بغداد بصفتها التمييزية برقم (الإعلام رقم ٤٧ الإضبارة مستعمل ٨٨/٨٧ بتاريخ ١٩٨٦/٩/٢٦ منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، مصدر سابق، ص ٤٣٢.

يكون هذا التاريخ بداية احتساب ميعاد الاستحقاق[١]، كذلك لا يحق لساحبي الحوالات التجارية تضمينها بيانات اختيارية تعفيهم من ضمان الأداء لأن ذلك يتعارض مع نص قانون التجارة الذي منع على الساحب أن يعفي نفسه من ضمان الأداء[٢].

أما بصدد الركن المعنوي الواجب توافره لقيام القاعدة العُرفية والذي يتجسد بالاعتقاد الجازم بإلزامية العادة كقاعدة قانونية والشعور بوجوب احترامها فهذا ما لم نجده في البيانات الاختيارية إذ أنها لا تكون ملزمة لأشخاص الحوالة التجارية من تلقاء نفسها وإنما هي تلزمهم فقط إذا ما اتفقوا فيما بينهم على أتباع حكمها وتطبيقها في هذه الحالة لا يكون على اعتبار أنها قاعدة قانونية ولكن تطبيقها يأتي من أتفاق الأفراد فيما بينهم على أتباعها باعتبارها شرطاً من شروط الاتفاق وهذا بخلاف العُرف -الذي أردنا تكييف البيانات الاختيارية على أساس منه- إذ يلتزم الأفراد به باعتباره قاعدة قانونية فالمسحوب عليه لا يلزم بأداء ثمن الحوالة فعلياً بعملة أجنبية إلا إذا ورد بيان اختياري متضمن أتفاق الساحب معه على ذلك، كما أسلفنا ولا يلزم أيضاً بدفع (فوائد اتفاقية على مبلغ الحوالة التجارية ابتداءً من تاريخ إنشائها وحتى ميعاد الاستحقاق إلا إذا أشترطها الساحب ببيان اختياري بناءً على أتفاق بينه وبين المسحوب عليه.

وعليه فلا نستطيع إذن وصف هذه البيانات قانوناً بأنها عُرف لأن الذي تحقق فيها هو الجانب المادي للعُرف فقط وهو الاعتياد بجميع شرائطه، العمومية والقِدم والاطراد والموافقة للنظام العام والآداب العامة وعدم المعارضة للنصوص القانونية المقررة في قانون التجارة، أما الركن المعنوي المتمثل بشعور التجار بإلزاميتها ووجوب احترامها والانضواء تحت حكمها - كالذي يحصل بالنسبة لجميع القواعد التشريعية الآمرة والقواعد العُرفية - فهذا لن يتحقق ولذلك وجدنا أنه من الأفضل اعتبار هذه البيانات الاختيارية حالياً وعلى سبيل الفرض أنها مجرد عادات يتم الاتفاق عليها بين التجار أي مجرد ركن مادي في قاعدة عُرفية إلى أن يتم مناقشة هذه المسألة وحسمها بالوصول إلى الوصف القانوني الصحيح لهذه البيانات وهذا ما سوف نتناوله في المقصد الثاني.

المقصد الثاني

(٢) لاحظ نص المادة/ ٧١ -الفقرة ثانياً- من قانون التجارة النافذ.

(٣) لاحظ نص المادة/ ٥٠ -الفقرة ثانياً- من قانون التجارة العراقي النافذ.

تكييف البيانات الاختيارية على أنها مجرد عادات اتفاقية[١]

العادات هي القواعد التي أعتاد الناس على اتباعها في معاملاتهم ولكن ليس لها صفة الإلزام ويُسترشد بها في معرفة نية المتعاقدين، أي أن صفة الإلزام هي المعيار الأساسي لتمييز هذه العادات عن القواعد العُرفية التي تعد قواعد قانونية ملزمة في التطبيق فالعادات(Usage) كما يصفها العلامة السنهوري رحمه الله هي (القواعد التي لم ترقَ بعد إلى مرتبة القانون وهي التي استوفت شروط العُرف عدا شرط الإلزام)[٢] وكما يقول الفقيه (Marty) بأن (العادة هي قاعدة في مرحلة التكوين)[٣].

فالبيانات الاختيارية التي تعرضنا إليها في المبحث الأول سواء تلك التي يتم وضعها من قبل الساحب أو من قبل الساحب والمظهرين والضامنين فهي عادات تم الاتفاق عليها بين التجار لتكون تنظيماً قانونياً يحتكمون إليه في معاملاتهم التجارية وهي -أي هذه العادات الاتفاقية- ذات ركن مادي مبتسر وتخلّف فيها الركن المعنوي، بحيث تمثل أساس الالتزام بها في ارتضائها من جانب واضعيها، وبالتالي فإن الالتزام بما ورد في أي بيان من هذه البيانات الاختيارية مرهون بالعلم بها والرضا بالأحتكام إليها من قبل الموقعين على الحوالة التجارية والملتزمين بها، وكأنها جزءاً تكميلياً للشكلية التي أشترطها المشرع للحوالة التجارية. لذا فإن هذه البيانات لابد أن تؤثر في توضيح وتفسير وتكملة إرادة مشترطيها وبالتالي فإنها لا تكون واجبة الأتباع إلا إذا كانت موافقة للنظام العام والآداب كقيد على مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية[٤].

وفي الحقيقة أن أتفاق أشخاص الحوالة التجارية والملتزمين بها على البيانات الاختيارية قد يكون صريحاً أي متفقون صراحةً فيما بينهم على أداء قيمة الحوالة التجارية في محافظة بغداد لدى مصرف الرافدين فرع الرشيد وذلك بمقتضى بيان توطين تام يشير إلى ذلك، وهذه المسألة كما نرى لا تثير أية صعوبة إذ سيعمل بهذا الاتفاق الصريح، ولكن قد يكون أتفاق أشخاص الحوالة

---

(١) من الجدير بالذكر أن العادات يمكن أن تكون بسيطة ليست ذات أثر قانوني مطلق -كالاعتياد على غسل الوجه في الصباح وعادة تدخين السكائر وعادة تبادل الزيارات في الأعياد- انظر في ذلك د. صلاح الدين عبد الوهاب، مصدر سابق، ص ١٩١.

(٢) نقلاً عن د. حسن الخطيب، مصدر سابق، ص ١٤١، هامش (١).

(٣) نقلاً عن د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص ٢٥٥، هامش (٧).

(٤) انظر في هذا المعنى د. همام محمد محمود، مصدر سابق، ص ٣٠٤-٣٠٥.

على بيان من البيانات الاختيارية ضمنياً وليس صريحاً أي لابد من الكشف عنه من خلال ظروف الاتفاق بينهم والغرض منه ومن المعاملات السابقة بينهم ويكفي لاستخلاص هذا الرضا الضمني أن يكون الموقعون على هذه الحوالة عالمين بوجود عادة اتفاقية بهذا الشأن، وهذه مسألة تترك للقاضي لكي يتبينها من ظروف سحب الحوالة التجارية ومن طبيعة التصرفات الواردة عليها[١] ومثال ذلك اتجاه القضاء العراقي في القرارات القديمة الصادرة عنه إلى استخلاص تنازل المظهر عن لزوم عمل الاحتجاج (أي استخلاص بيان المنع من عمل الاحتجاج) من قيامه –المظهر- بالتوقيع مرتين على ظهر الحوالة التجارية حيث فسّر أحد التوقيعين بمعنى التظهير، وفسّر الثاني بمعنى التنازل عن وجوب الإجراءات القانونية التي تؤمن للحامل القانوني حق الرجوع على المظهر ومطالبته بقيمة الحوالة[٢].

وبناءً على ما تقدم فإذا سلمنا جدلاً بأن البيانات الاختيارية هي عبارة عن عادات اتفاقية، فلنا أن نتساءل عن التبرير القانوني الذي جعل المشرع يتصدى لتنظيم أغلب البيانات الاختيارية بحيث استقرت في نصوص تشريعية من قانون التجارة النافذ، فهو قد نظم بيان الفائدة في المادة/ ٤٤ من قانون التجارة العراقي النافذ وبيان عدم الضمان أو شرط الجزاف في المادتين/ ٥١ و٥٥ أولاً من القانون نفسه وشرطي التقديم للقبول وعدم التقديم للقبول في المادة/ ٧١ -بفقراتها الأولى والثانية والرابعة- من القانون وبيان خطر التظهير في المادة/ ٥٥ -الفقرة ثانياً- من القانون وشرط الدفع الفعلي بعملة أجنبية في المادة/ ٩٢ من نفس القانون وبيان المنع من عمل الاحتجاج في المادة/ ١٠٥ من القانون وبيان التوطين أو شرط الدفع في محل مختار في المادتين/ ٤٣ و٧٧ منه، مما يجعل هذه البيانات الاختيارية تخرج عن كونها مجرد عادات اتفاقية لأنه كما هو معلوم بأن القواعد العُرفية والعادات الاتفاقية تتسم بكونها غير مكتوبة وبأنها مستقرة في أذهان الأفراد وضمائرهم وبأنها نتيجة لذلك تنشئ مضمون القاعدة القانونية دون أن توضع في صيغة محددة واضحة تبين متى يبدأ وقت سريانها وهذا ما يثير

---

(٢) انظر إلى هذا المعنى د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص ٢٥٧، بند ١٦٥.

(١) أنظر قرار محكمة تمييز العراق برقم ١٨٨٣/ح/١٩٥٨ في ١٩٥٨/١٢/٩ المنشور في مجلة القضاء/١٩٥٩، ع٢، ٣، ص٣٤٥، نقلاً عن د. فوزي محمد سامي، د. فائق الشماع، مصدر سابق، ص١٤٤، هامش (٢). كذلك أنظر قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٣٠٨/ح/١٩٦٨ في ١٩٦٩/٩/١٨ المنشور في مجلة القضاء/١٩٧٠، ع١، ص١٤٩-١٥٣، نقلاً عن د. فوزي محمد سامي، د. فائق الشماع، مصدر سابق، ص١١٣، هامش (٤).

النزاعات بشأن القاعدة العُرفية إذ يصعب في كثير من الأحيان معرفة مضمون القاعدة على وجه الدقة[١] ومعرفة الوقت الذي توجد فيه وتصبح واجبة التطبيق هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه يصعب على القاضي الإلمام بالقاعدة العُرفية - رغم افتراض علمه بها- لذا فإنه يطلب من الخصم الذي يدعي وجود القاعدة العُرفية إقامة الدليل عليها، كما أن لهذا الخصم أن يبادر بتقديم هذا الدليل ولو لم يطلب منه ذلك[٢].

وعلى هذا الأساس فقد أضحت البيانات الاختيارية المنظمة من قبل المشرع بنصوص تشريعية واردة في القانون تقترب من القواعد المكملة والمفسرة وهي القواعد التي تسري على الأفراد ما لم يتفقوا على مخالفة أحكامها[٣].

إذ أن البيانات الاختيارية لا يلتزم بها أشخاص الحوالة التجارية إلا إذا اتفقوا على حكمها وتطبيق مضمونها لكن الملاحظ في هذا الصدد ما يأتي:

١. إن هذه البيانات يمكن أن ترد في القاعدة المفسرة أو المكملة بصورة استثناء تقرر على مبدأ عام كما هو الحال في المادة/ ٥٠ من قانون التجارة العراقي النافذ فهي تنص في -فقرتها الأولى- على مبدأ يقضي بضمان ساحب الحوالة قبولها ووفاءها بينما تصرح في - الفقرة الثانية- بأنه للساحب أن يشترط إعفاؤه من ضمان القبول فبيان عدم ضمان القبول جاء في هذه القاعدة بهيئة استثناء ورد على المبدأ العام الذي يقضي بضمان الساحب للقبول والوفاء معاً.

وكذلك الحال في المادة/ ٥٥ من نفس القانون تقول بأنه يضمن المظهر قبول الحوالة ووفاءها ما لم يشترط غير ذلك أي ما لم يضع بيان عدم الضمان أيضاً؛ فالأصل هو ضمان المظهر لقبول الحوالة ووفاؤها والاستثناء هو عدم الضمان الذي يمكن إيراده بشكل بيان اختياري.

٢. ويمكن أن ترد بعض البيانات الاختيارية في صورة حقوق تتعلق بأحد التصرفات الواردة على الورقة تعطى للساحب أو المظهرين تنص عليها القواعد المكملة أو المفسرة في قانون التجارة مثال على ذلك المادة/ ٧١ - بفقراتها الأربعة- التي أقرت للساحب والمظهرين عدداً من الحقوق – المقيدة بشروط- يمكن استخدامها في مجال تقديم الحوالة للقبول - فالفقرة أولاً-

---

(٢) انظر د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص ٢٦١.

(١) انظر د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص ١٤٣-١٤٤.

(٢) انظر عبد الباقي البكري، زهير البشير، مصدر سابق، ص ٢١١.

أجازت للساحب[١] أن يشترط تقديم الحوالة للقبول في موعد محدد أو بعد موعد. -والفقرة ثانياً- أعطته الحق أن يشترط عدم تقديمها للقبول بشرط أن تكون الحوالة مستحقة الدفع في محل مختار أو مستحقة الوفاء بعد مدة معينة من الاطلاع عليها. -والفقرة ثالثاً- منحته الحق في أن يشترط عدم تقديم الحوالة للقبول قبل موعد معين أما -الفقرة رابعاً- فإنها أعطت الحق للمظهر في أن يشترط تقديم الحوالة للقبول في موعد يحدده هو وفضلاً عن نص المادة/ ٥٥ –الفقرة ثانياً- أعطت الحق للمظهر بأن يمنع تظهير الحوالة مجدداً وفي هذه الحالة لا يكون ملزماً تجاه من تؤول إليه الحوالة بتظهير لاحق.

٣. وقد وجدنا أيضاً بأن أحكام بعض البيانات الاختيارية كانت موضوعاً أو مضموناً لقواعد مكملة أو مفسرة، فالمادة/ ٤٤ من القانون نفسه تبين الشروط الواجب توافرها في بيان الفائدة فحددت هذه القاعدة أنواع الحوالات التجارية التي يمكن اشتراط الفائدة فيها فضلاً عن وجوب تحديد سعرها وبيان أحكام سريانها وكذلك المادة/ ١٠٥ من القانون نصت على بيان من له الحق في يورد بيان المنع من عمل الاحتجاج والشرط الواجب توافرها لصحته في الفقرة ثانياً والآثار المترتبة على وضع هذا البيان إن كان من الساحب أو أحد المظهرين وكذلك الأثر المترتب على مخالفته من قبل الحامل للقانون.

وبناءً على ما تقدم فإنه لا يجوز القول بأن البيانات الاختيارية هي مجرد شروط إضافية أو استثناءات يقصد بها تنظيم مسائل لم يرد بشأنها نص أو يقصد بها تغيير حكم ورد في نص تشريعي مفسر لأنه كما ثبت لنا بأن أحكام معظم هذه البيانات قد استقرت في التشريع واتخذت من القواعد القانونية المكملة أو المفسرة إطاراً لها، وهي إن أصبحت بهذا الوصف فإنها ستكتسب صفة الإلزام مثلها في ذلك مثل غيرها من القواعد القانونية الأخرى –طالما أن المشرع قد أحاطها بعناية التنظيم القانوني- ولكن لكل قاعدة قانونية أياً كانت سواء أكانت آمرة أم مكملة لا تطبق إلا إذا توافرت الشروط اللازمة لتطبيقها ولما كان من شروط تطبيق القواعد المكملة آلا يتفق الأفراد على مخالفتها فهذا يعني أنه إذا أتفق الأفراد على مخالفتها أمتنع تطبيقها لا لأنها ليست قاعدة ملزمة ولكن لأن شرطاً من شروط تطبيقها قد تخلف، أما إذا سكت الأفراد عن النص على مخالفتها فإن

---

(١) وقد سميت هذه القواعد بالمكملة لأنها تكمل إرادة الأفراد وسميت بالمفسرة على أساس أنه إذا سكت الأفراد على النص على حكم مخالف، فإن هذا السكوت يفسر على أن نية المتعاقدين أرادت تطبيق حكم القاعدة... أنظر في تفصيل ذلك د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص ٧٢، بند ٤١.

شروط تطبيقها تكون متوافرة وبالتالي تنطبق عليهم ويلتزمون بحكمها إذ أنها قد وضعت لحكم مسألة من المسائل يسكت الطرفان عن تنظيمها فإذا سكتا عن تنظيم تلك المسألة وجب عليهم الخضوع لحكم القانون بشأنها.

وهكذا فإن ساحب الحوالة إذا لم يشترط عدم ضمان القبول فإنه يكون ضامناً لهذا القبول في مواجهة الحامل القانوني وكذلك المظهر إذا لم يشترط حظر التظهير تجاه المظهر إليه فإنه سيكون مسؤولاً عن أداء قيمتها تجاه كل من تؤول إليه الحوالة بتظهير مجدد، وإذا لم يشترط الساحب عند إنشائه الحوالة أو المظهر عند تظهيره لها بيان المنع من عمل وثيقة الاحتجاج. فإنه يتوجب على الحامل القانوني لكي يُسمح له بالرجوع على بقية الموقعين ومطالبتهم بالوفاء أن يتبع حكم القاعدة القانونية التي تكلفه بسحب وثيقة الاحتجاج التي تثبت امتناع المسحوب عليه عن القبول أو الوفاء، وإذا لم يشترط الساحب على الحامل القانوني أن يقدم الحوالة التجارية خلال موعد محدد وفقاً للقبول، فإن الحوالة ستقدم للقبول خلال الموعد المحدد لها في القاعدة القانونية المقررة لذلك.

أما البيانات الاختيارية الأخرى المتعارف عليها بين طائفة التجار ولكنها لم تحظَ بتنظيم المشرع -مثل بيان المنع من سحب حوالة رجوع أو بيان المنع من سحب نُسخ على الحوالة- أو تلك التي سوف تظهر مستقبلاً في البيئة التجارية فإنه لا يمكن تكييفها بالقواعد المكملة أو المفسرة وإنما تبقى مجرد عادات اتفاقية أو قواعد في مرحلة التكوين أو عبارة عن ركن مادي في قاعدة عرفية إلى أن تشمل بتنظيم المشرع لها في نصوص قانونية.

الخاتمة :

تبين لنا من خلال مسيرة البحث والدراسة لمسألة التكييف القانوني للبيانات الاختيارية في الحوالة التجارية بأن ما أتجه إليه أغلبية الفقه من عدّ هذه البيانات مجرد شروط إضافية أو استثناءات يقصد بها تنظيم مسائل لم يرد بشأنها نص أو يقصد منها تغيير حكم ورد في نص تشريعي مفسر هو اتجاه لا يستقيم مع واقع حالها قانوناً وسندنا في ذلك ما يأتي:

١. الاتجاه الفقهي المتقدم إنْ كان يصدق على البعض من البيانات الاختيارية التي جرى استعمالها من قبل المتعاملين بالأوراق التجارية والتي لم تحظَ باهتمام وعناية المشرع فإنه لا يصدق على بيانات اختيارية كثيرة أولاها المشرع عنايته تنظيم قانوني صريح. فقد أوضحنا أن المشرع العراقي جاء

بنصوص تشريعية عدة احتوت على هذه البيانات، فنصوصاً تشريعية أشارت إلى بعض البيانات الاختيارية بصورة استثناء على مبدأ عام أقره المشرع في نص تشريعي سابق، ونصوصاً أخرى أوردت بيانات اختيارية في صورة حقوق تترتب لمصلحة واضعيها في الحوالة التجارية، وثمة نصوصاً جعلت من البيانات الاختيارية مضموناً أو مبدءاً عاماً نصت عليه بشكل صريح.

٢. إن موقف المشرع هذا من بعض البيانات الاختيارية قد وقف حائلاً أمام تكييفها على أنها قواعد عرفية لأنه على الرغم من توافر الركن المادي للعرف فيها بكل شروطه والمتمثل بالعادة، إلا أنها تفتقد إلى الركن المعنوي له –العرف- المتمثل بالاعتقاد الجازم بلزومية هذه العادة، فالبيانات الاختيارية لا تكون ملزمة لأشخاص الحوالة التجارية من تلقاء نفسها وإنما هي تلزمهم فقط إذا ما اتفقوا فيما بينهم على أتباع حكمها، وتطبيقها في هذه الحالة لا يكون على أساس أنها قاعدة قانونية لكن تطبيقها يأتي من اتفاق واضعيها فيما بينهم على أتباعها باعتبارها شرطاً من شروط الاتفاق.

وكذلك الحال لو أردنا تكييف هذا البيانات بأنها عبارة عن عادات ثم الاتفاق عليها صراحةً أو ضمناً بين واضعيها لتكون تنظيماً قانونياً يحتكمون إليه في معاملاتهم التجارية وأن الالتزام بما ورد بها مرهون بالعلم بها والرضا بالاحتكام إليها من قبلهم لاسيما وأنها يجب أن تكون موافقة للنظام العام والآداب، فإن موقف المشرع المتقدم ذكره أيضاً يحول دون إمكانية ذلك إذ من سمات القواعد العرفية والعادات الاتفاقية أنها غير مكتوبة وأنها مستقرة في أذهان الأفراد وضمائرهم لذلك فهي تنشيء مضمون القاعدة القانونية دون أن توضع في صيغة محددة واضحة تبين متى يبدأ وقت سريانها، في حين أن الجزء الأكبر من هذه البيانات قد قُننت من قبل المشرع في صورة نصوص تشريعية.

٣. نخلص مما تقدم أن البيانات الاختيارية التي دخلت التنظيم التشريعي أصبحت قواعد تشريعية لكن ليست آمرة وإنما مكملة أو مفسرة لإرادة واضعيها. لأن غرض القواعد المكملة أو المفسرة أو المقررة هي إما إكمال نقص أو قصور في الاتفاق فات الإرادة أن تحكمه أو تقرر أمراً يفترض أن الإرادة كانت تتجه إليه لو أنها التفتت إلى حكمه أو أنها تُفسر غموضاً شاب الإرادة وهذا ما تلمسناه عند التعرف لبعض البيانات الإلزامية الشائعة في بيئة المتعاملين بالأوراق التجارية والتي نظمها المشرع بنصوص تشريعية، أما البيانات الاختيارية الأخرى مثل بيان المنع من سحب حوالة رجوع وبيان المنع من سحب نسخ للحوالة وبيان التوسط أو الاقتضاء التي لم تحظ بتنظيم المشرع

فإنه يمكن تكييفها على أنها قواعد في مرحلة التكوين أو عبارة عن ركن مادي في قاعدة عرفية إلى أن يشملها المشرع بتنظيمه القانوني.

مراجع البحث :

أولاً: الكتب :

١. د. أبو زيد رضوان، الأوراق التجارية، دار الفكر العربي، بيروت، بدون سنة طبع.
٢. د. أكرم ياملكي، د. فائق محمود الشماع، القانون التجاري، جامعة بغداد، ١٩٨٠.
٣. د. أكرم ياملكي، الأوراق التجارية وفقاً لاتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقاً للأعراف الدولية، الطبعة ١، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠١.
٤. د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، الطبعة ٣، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨١.
٥. د. باسم محمد صالح، القانون التجاري: القسم الأول/ النظرية العامة للتاجر، العقود التجارية، العمليات المصرفية، القطاع التجاري الاشتراكي، الطبعة ٢، منشورات دار الحكمة، بغداد، ١٩٩٢.
٦. د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية: القسم الأول/ النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٣.
٧. د. جعفر الفضلي، د. منذر عبد الحسين الفضل، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون- النظرية العامة للحق)، الطبعة ١، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٧.
٨. د. حسن الخطيب، مبادئ أصول القانون، مطبعة حداد، البصرة، ١٩٦٣.
٩. د. حسن محمد كمال، د. حسن أحمد غلاّب، دراسات في التنظيم المحاسبي (البنوك التجارية)، القاهرة، ١٩٧٧.
١٠. د. رضا عبيد، القانون التجاري (الأوراق التجارية- العقود التجارية- عمليات البنوك- الإفلاس)، مطبعة السعادة، مصر، ١٩٨٨.
١١. د. سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، الطبعة ١، مطابع جامعة الموصل، ١٩٨٢.
١٢. د. سلمان بيات، القضاء التجاري العراقي، الجزء ٢، شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة، بغداد، ١٩٥٣.

١٣. د. صلاح الدين عبد الوهاب، الأصول العامة لعلم القانون، مكتبة عمان، ١٩٦٨.
١٤. د. صلاح الدين الناهي، د. أحمد عباس الشالجي، الموجز العملي والنظري في القانون التجاري العراقي، الطبعة ٤، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٥٨.
١٥. د. عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، بدون سنة طبع.
١٦. د. عبد الرحمن البزاز، مبادئ أصول القانون، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٤.
١٧. عبد الرزاق القيسي، الصيغ القانونية لرفع الدعوى التجارية، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٠.
١٨. د. علي حسن يونس، الأوراق التجارية، دار الفكر العربي، ١٩٧٧.
١٩. د. علي سلمان العبيدي، الأوراق التجارية في التشريع المغربي، الطبعة ١، الرباط، ١٩٦٠.
٢٠. د. فوزي محمد سامي، د. فائق محمود الشماع، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، بغداد، ١٩٩٢
٢١. د. فوزي محمد سامي، القانون التجاري- الأوراق التجارية، الجزء ٢، الطبعة ١، عمان، ١٩٩٩.
٢٢. د. محمد صالح بك، الأوراق التجارية، بدون مكان طبع، ١٩٥٠.
٢٣. د. مصطفى كمال طه، د. مراد منير فهيم، الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، بدون سنة طبع.
٢٤. د. همام محمد محمود، المدخل إلى القانون (نظرية القانون)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١.

ثانياً: البحوث :

١. د. فائق محمود الشماع، (الشكلية في الأوراق التجارية)، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد ٢٠، السنة ١٩٨٧.

ثالثاً: الدوريات :

١. مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد ٦، العددان ١ و٢، السنة ١٩٨٧.

رابعاً: القوانين :

١. قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.