«ضمانات الوفاء بالحوالة التجارية»
بحث في التشريع العراقي

نسيبة ابراهيم حمو
مدرسة – فرع القانون الخاص
كليةالقانون – جامعة الموصل

بسم الله الرحمن الرحيم

«المقدمة»

تنشأ الحوالة التجارية ابتداء وهي لاتحمل غير توقيع الساحب والتزامه تجاه المستفيد ، حيث يكون المستفيد قد منح مدينه الساحب ثقته وائتمانه وتصرف اليه بأموال حاضرة في نفوذ غائبة ، وعندما يأمر الساحب مدينه المسحوب عليه بدفع قيمة الحوالة للمستفيد في موعد معين وعندها يكون هناك ضرورة لاحاطة الثقة التي اولاها هذا الدائن المستفيد للساحب بقدر من الضمانات التي ابتدعها التجار شيئاً فشيئاً ،وطورها العرف التجاري الصرفي ثم قننها المشرع في صورة قواعد ملزمة . هذه الضمانات التي اساسها القواعد العامة لقانون المصرف المعتمدة على التشديد على المدينين وضمان حقوق الدائنين بضمانات تفوق مايمنحه القانون المدني والتجاري بشكل عام يمكن حصرها في اربعة ضمانات . فالمسحوب عليه المبين اسمه وعنوانه في الحولة التجارية لايكون ملتزما ابتداء . فلابد من ان يتقدم اليه المستفيد الدائن بالحوالة بطلب القبول ، فاذا ماوقع على الحوالة بالقبول ، فهو قد وفر اول ضمان للمستفيد كما ان المشرع احاط حق الحامل بضمان آخر ، بأن قرر له حقوقاً ثابتة على مقابل الو فاء ، وهو الدين النقدي الذي يمثل علاقة المديونية بين الساحب والمسحوب عليه ، ثم ان الحوالة اذا تم تداولها بالتظهير وقع عليها المظهرون فالتزموا بموجب توقيعاتهم هذه تجاه المستفيد الحامل الاخير للحوالة التجارية فيكون التزام هؤلاء الموقعين وتضامنهم ، ضماناً ثالثاً للمستفيد ، ثم ... بعد هذا وذاك . هناك الضمان الأتفاقي المتمثل بالضمان الأحتياطيء مع امكانية ضمان الدين الثابت بالحوالة التجارية بالرهن ايضاً .

وهكذا سيكون موضوع بحثنا في عرض هذه الضمانات وتحليلها وكما يأتي :

المبحث الاول : القبول

المبحث الثاني : مقابل الوفاء

المبحث الثالث : التضامن بين الموقعين

المبحث الثالث : التضامن بين الموقعين

المبحث الرابع : الضمان الاتفاقي

خاتمة

« والله ولي التوفيق»

«المبحث الاول»

«القبول»

يمكن تعريف القبول بأنه تعهد من المسحوب عليه بتنفيذ امر الساحب في دفع قيمة الحوالة الى الحامل في تأريخ الأستحقاق (١) .وبتوقيع المسحوب عليه بالقبول يصبح امام الدائن المستفيد من الحوالة التجارية ملتزم جديد ، يشكل التزامه هذا ضماناً لاداء الحق الثابت بالحوالة في تأريخ الأستحقاق . فاذا ما كانت ثقة الحامل بيسار الساحب ضعيفة ، فأن توقيع المسحوب عليه بالقبول يعني انضمام مدين جديد اليه ، وتقوية هذه الثقة فالتوقيع على الحوالة بالقبول يعني الالتزام صرفياً .

وقد تساءل الفقه حول طبيعة التوقيع بالقبول ، هل هو تعهد بالارادة المنفردة ام اتفاق بين الساحب والمسحوب عليه يعد فيه الساحب ايجاباً ، وتوقيع المسحوب عليه بالقبول قبولا ؟ ويرى الأستاذ صلاح الدين الناهي انه على الأرجح ارادة منفردة ، وهو تام بمجرد وقوعه ولايخضع بذلك لقواعد التعاقد بين غائبين في المدة التي تمر بين سحب الحوالة وبين موعد الاداء (٢) .

ونحن نرى ان التوقيع بالقبول بذاته يخلق التزاماً صرفياً مجرداً في ذمة المسحوب عليه لمصلحة المستفيد ، وان هذا الالتزام من الاستقلال والتجريد بحيث يصعب صبه في قالب من القوالب الجامدة المعروفة في القانون المدني فهو التزام ليس له جذور ولايتعلق بخلفيات العلاقات القانونية المسببة له ، انما هو يستمد قوته الدافعة من التوقيع على هذه الورقة الشكلية بحد ذاته ، فحق الحامل تجاه المسحوب عليه لايمكن ان يفسر باللجوء الى فكرة حوالة الحق مثلا : أو فكرة الانابة او نظرية الاشتراط لمصلحة الغير أو فكرة الألتزام القانوني

أو ربما فكرة التجريد ، او الارادة المنفردة وهي افكار ونظريات حاول الفقهاء اللجوء اليها في تفسير هذا الالتزام الصرفي وحدوده (٣) ، وهي محاولات عقيمة ، تصطدم بالحقيقة الساطعة المتمثلة بأصالة الالتزام الصرفي الذي استمد ضوابطه وقوته من ابداعات التجار ، وتطبيقاتهم العملية على مر العصور .

والقبول من حيث الاساس رخصة منحها المشرع للحامل ، فقد جاء نص المادة (٧٠) من قانون التجارة الناقد كما يأتي « يجوز لحامل الحوالة ولأي حائز لها حتى ميعادا الأستحقاق ، تقديمها الى المسحوب عليه لقبولها . » فهو امر جوازي ولكنه استثناء يصبح واجباً على عاتق الحامل اذا كانت الحوالة تحتوي على بيان اختياري بوجوب تقديمها للقبول ، اوكانت الحوالة حقة الاداء بعد مدة معينة من الأطلاع .

والقبول تصرف ارادي شكلي يستلزم لصحته الشروط العامة لصحة التصرفات الأرادية ، المتمثلة بالاهلية والرضا والمحل والسبب ، فلابد ان يكون المسحوب عليه القابل ، متمتعاً بهذه الشروط . بالاضافة الى الشروط الشكلية المتمثلة بالكتابة فلايمكن تصور وقوع القبول مشافهة مثلا . او عبر وسيلة من وسائل الأتصال وتبليغ المعلومات الحديثة كالتلفون والتلكس مثلا . فلابد من الكتابة المتسمة بالجدية والثبات بالاضافة الى ضرورة ايراد الكتابة على متن الورقة التجارية ذاتها . فلا يمكن ان ينشأ في ذمة المسحوب عليه التزام صرفي بالمعنى الصحيح لو اعطى القبول على ورقة مستقلة مثلا . نصت المادة (٧٠) اولا من قانون التجارة على انه « يكتب القبول على الحوالة ذاتها بلفظ (مقبول) او اية عبارة أخرى تفيد معناه ويوقعه المسحوب عليه » كما يمكن ان يستفاد القبول ويفهم من مجرد التوقيع الصادر من المسحوب عليه على وجه الحوالة التجارية كما جاء في الفقرة ثانياً من المادة (٧٥) انفة الذكر .

والقبول كالتزام صرفي ، اقتضى المشرع ان يجعله ضماناً اضافياً لحق الحامل بالحوالة التجارية ، يجب ان يكون مطلقاً ، غير معلق على **شرط** ،

وذلك لجعل التزام المسحوب عليه باتا ، لارجعة فيه وحق الحامل مضمونا بالدرجة الكافية ، ولكن يمكن ان يكون القبول جزئياً ، فقد اجاز المشرع في المادة (٧٦) للمسحوب عليه أن يقبل الحوالة قبولا جزئيا ، والوفاء بعد ذلك قد يكون جزئياً وفي هذا تيسير على الدائن ، وهو على كل حال افضل من الأمتناع عن القبول ، فقد يتقدم مسحوب عليه احتياطي بقبول الجزء المتبقي من مبلغ الحوالة ، أو ربما قابل بالتدخل فيتوفر للحامل الدائن عدد من المدينين المتضامنين الضامنين لاداء حقه .

ولعل مايعنينا من القبول هنا ونحن بصدد ضمانات الوفاء بالحوالة التجارية ، هو الاثر القانوني المترتب على قبول الحوالة التجارية ، وذلك ما وضحته المادة (٧٨) من قانون التجارة . فقد جاء فيها « اولا — اذا قبل المسحوب عليه الحوالة كان ملزماً بوفاء قيمتها في ميعاد استحقاقها. ثانياً — وفي حالة عدم الوفاء يكون للحامل — ولو كان هو الساحب ذاته — مطالبة المسحوب عليه القابل بدعوى مباشرة ناشئة عن الحوالة بكل ماتجوز المطالبة به..... » ولعل في نص هذه المادة . جوهر حق الحامل بالحوالة التجارية تجاه المسحوب عليه القابل حيث يترتب على توقيع المسحوب عليه بالقبول جملة آثار ، تتمثل بما يأتي : —

١ — سقوط ضمان القول ، حيث تبرء ذمم الموقعين على الحوالة من ضمان القبول الذي يلتزم به كل منهم بمقتضى التوقيع على الحوالة .

٢ — ان توقيع المسحوب عليه على الحوالة ملتزم التزاماً صرفياً واصلياً عن الحوالة . فهو بالقبول قد اصبح المدين الصرفي الأصلي اما الساحب فانه ينقلب الى مجرد ضامن ، ومع ذلك لايكون له التمسك بسقوط حق الحامل المهمل الا اذا كان قد قدم مقابل الوفاء (٤) .

٣ — يعد قبول المسحوب عليه قرينة على وجود مقابل الوفاء لديه ، حيث ينشيء قبول الحوالة حسب نص المادة ٦٤ اولا تجارة « قرينة على وجود مقابل الوفاء لدى القابل ولايجوز نقض هذه القرينة في علاقة المسحوب

عليه بالحامل. « فالمسحوب عليه القابل هنا لايقدم عادة على قبول الحوالة الا بعد ان يتأكد من مديونيته للساحب وانه سبق ان تلقى مقابل الوفاء فالمشرع قد اقام قرينة بمقتضاها ان قبول المسحوب عليه للكمبيالة يدل على انه تلقى مقابل الوفاء. ويعد هذه القرينة قاطعة لاتقبل الدليل العكسي من جانب المسحوب عليه في مواجهة الحامل. فلا يستطيع المسحوب عليه القابل ان يدفع على انه تلقى مقابل الوفاء ويعد هذه القرينة قاطعة لاتقبل الدليل العكسي من جانب المسحوب عليه في مواجهة الحامل . فلا يستطيع المسحوب عليه القابل ان يدفع في مواجهة الحامل بأنه لم يتلق مقابل الوفاء من الساحب . فهذا القبول يؤكد حق الحامل على مقابل الوفاء كما سنرى لاحقاً : ولكنه يشكل في الوقت ذاته قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس في علاقة الساحب بالمسحوب عليه .

٤ — يشكل القبول ضماناً كافياً للحامل في مواجهة المسحوب عليه القابل ، حيث لا يستطيع المسحوب عليه القابل ان يتمسك في مواجهة الحامل بالدفوع المستمدة من علاقته بالساحب للطعن بحق الحامل في مبلغ الحوالة ، فالمسحوب عليه القابل التزام بمجرد توقيعه بالقبول التزاماً صرفياً لا رجعة فيه بمقتضى قاعدة استقلال التواقيع في ميدان الاوراق التجارية .

ان الامتناع عن القبول ، يعطي الحامل الحق بالرجوع على الساحب والموقعين قبل موعد الاستحقاق ، ويكون الرجوع وفق المادتين (١٠٧) و (١٠٨) من قانون التجارة ، ويشمل مبلغ الرجوع اصل مبلغ الحوالة غير المقبولة والفوائد القانونية مطروحاً منها ما يساوي سعر الخصم الرسمي في تاريخ الرجوع بالمكان الذي يقع فيه مقام الحامل مع المصاريف التي انفقها الحامل في الاحتجاج والاخطارات .

ويعد رفضاً للقبول وامتناعاً عنه ادخال اي تعديل في بيانات الحوالة يرد في صيغة القبول حسب نص الفقرة ثانياً من المادة (٧٦) من قانون التجارة ، وهو مبرر للرجوع قبل موعد الاستحقاق .

كما يعد افلاس المسحوب عليه بعد القبول بمثابة رفض القبول ،لان القبول من ضمانات الوفاء وإفلاس المسحوب عليه القابل يقلل من وجود هذا الضمان ولذلك اجاز المشرع للحامل الرجوع قبل ميعاد الاستحقاق . (المادة ١٠٢ / ثانياً) حيث تنص على «ب — صدور حكم باعسار المسحوب عليه سواء كان قابلا للحوالة ام غير قابل لها او وقوفه عن الدفع ولم يثبت ذلك بحكم او حجز امواله حجزاً غير مجد» .

ولا يختلف الحل اذا افلس المسحوب عليه من قبل القبول ، لأن الافلاس يمنعه من القبول فيكون بمثابة رفض للقبول ، في حين لا تأثير من افلاس الساحب بعد القبول لأن الساحب يكون بعد القبول مجرد ضامن ، فقد اصبح المسحوب عليه القابل هو المدين الاعلى ، اما اذا افلس الساحب قبل القبول فان افلاسه يرتب سقوط الاجل لأنه مازال هو المدين الاصلي ، ولذلك يكون للحامل الرجوع قبل ميعاد الاستحقاق . وهذا ما اقرته المادة (١٠٢ ثانياً في فقرتها ج) .

وهكذا نجد ان القبول هو ضمان من ضمانات الوفاء بالحوالة التجارية

«المبحث الثاني»

مقابل الوفاء

لا يقتصر ضمان الحامل للحوالة التجارية على مجرد الحق في الرجوع على الساحب والمسحوب عليه القابل بالدعوى الصرفية الناجمة عن توقيع كل منهم على الحوالة التجارية ، وانما قرر له المشرع في قانون حقاً على مقابل الوفاء الموجود للساحب لدى المسحوب عليه. فقد اقام المشرع قرينة غير قابلة لاثبات العكس على ان قبول المسحوب عليه للحوالة التجارية يعني توفر مقابل الوفاء.

ويقتضي الامر ابتداء تعريف مقابل الوفاء وماهيته ، ثم شروط وجوده ثم تحديد وتوضيح ماهية حق الحامل عليه . فقد اختلفت التشريعات ، والاراء الفقهية بشأنه (٥) ، ولكن ما يعنينا هنا هو موقف المشرع العراقي .

ان سحب الحوالة التجارية لا يأتي من فراغ ،حيث يفترض ان تكون علاقة مديونيه بين الساحب والمسحوب عليه ،سابقة على سحب الحوالة التجارية ، تبرر للساحب هذا الامر المطلق غير المعلق على شرط بدفع مبلغ نقدي معين ، الذي يصدره للمسحوب عليه في صيغة الحوالة التجارية . ولم يعرف المشرع العراقي مقابل الوفاء بشكل مستقل ولكن ، جاء نص المادة (٦٣)من القانون ليوضح ماهية مقابل الوفاء حيث نصت على «يعتبر مقابل الوفاء موجوداً اذا كان المسحوب عليه مديناً للساحب او للامر بالسحب في ميعاد استحقاق الحوالة بمبلغ من النقود مستحق الاداء ومساو على الاقل لمبلغ الحوالة» . فمقابل الوفاء اذن هو الدين النقدي الذي يكون للساحب لدى المسحوب عليه ويدفع منه هذا الاخير قيمة الحوالة التجارية ولا اهمية لطبيعة هذا الدين ، فقد يكون مدنياً وقد يكون تجارياً ، وقد يكون مقابل الوفاء منذ البداية في صورة مبلغ من النقود مستحقة للساحب لدى المسحوب عليه ، ولا اهمية لمصدر تلك المديونية ، فقد تنشأ من وديعة او قرض او بيع .فقد يتسلم المسحوب عليه بضائع من الساحب تتحول إلى مبلغ من النقود قبل ميعاد استحقاق الحوالة ، فقد ترسل البضائع مثلا من الساحب البائع إلى المسحوب عليه المشتري ، ويتم سحب حوالة من الساحب على المسحوب عليه بثمن تلك البضائع ، فيصبح ثمن البضائع الموجودة لدى المسحوب عليه مقابل وفاء الحوالة التجارية ، وليس البضائع بذاتها .

كما قد ينشأ مقابل الوفاء عن تسليم الساحب للمسحوب عليه اوراق تجارية او سندات ديون معينة لغرض تحصيلها ،ويحدث ذلك عادة اذا كان المسحوب عليه مصرفاً ، فيقوم المسحوب عليه بتحصيل قيمة الاوراق المستلمة من قبله ويسحب الساحب حوالة تجارية بهذه القيمة ، مقابل وفاء هذه الحوالة ، هو الدين النقدي المتمثل بقيمة الاوراق ، وليس الاوراق ذاتها .

مقابل الوفاء اذن هو الدين النقدي الموجود للساحب لدى المسحوب عليه . ويشترط في مقابل الوفاء الصحيح ان يكون موجوداً ، ومستحق الاداء وقت استحقاق الحوالة التجارية ، ومساوياً في الاقل لمبلغ الحوالة .

اولا : ان يكون مبلغاً نقدياً موجوداً وقت استحقاق الحوالة .

ان حق الحامل يتلخص في استحصال قيمة الحوالة التجارية ، المتمثلة بمبلغ نقدي معين ،سحبت به فلا يمكن القول بأن مقابل وفاء هذه الحوالة موجود مالم يوجد المبلغ النقدي لدى المسحوب عليه فعلا ،لاحظنا سابقاً ، أن الحياة العملية زاخرة بالامثلة الكثيرة حول علاقات المديونية التي يمكن ان تنشأ بين الساحب والمسحوب عليه ، ويصبح فيها المسحوب عليه فعلا مديناً للساحب ،ولكن هل يمكن اعتار مقابل وفاء الحوالة التجارية موجوداً بمجرد كون المسحوب عليه مديناً للساحب ؟ لابد لاعتبار مقابل الوفاء موجوداً من ان يكون الدين الذي عليه منصباً على مبلغ نقدي معين.فالامثلة المذكورة سابقاً،تعطي افتراضات لحالة مديونية ناشئة عن استلام بضاعة مثلا – الساحب من قبل المسحوب عليه،أو استلام اوراق تجاريةاو اوراق مالية أو أية أموال قابلة للاسترداد ، ولكن هل ينصب حق الحامل على هذه الاموال ذاتها أم على ثمنها ؟ ليس هناك مجال للشك بأن حق الحامل انما ينصب على قيمة هذه الاموال مقومة بالنقود ،حق الحامل اذن لايتعلق بالأموال ، ولا يتميز على غيره من دائني الساحب بالنسبة لثمنها (٦) ،إلا اذا اتضح من الظروف والملابسات ان الساحب قد خصصها كغطاء لمقابل وفاء الحوالة التجارية : فهنا يجب التمييز من مقابل الوفاء ذاته ،الدين النقدي ، وبين غطاء مقابل الوفاء (٧) ، الذي قد يكون تلك البضاعة أو هذه الأوراق المالية أو التجارية أو أي مال آخر يمكن ان يقوم بنقود .

شرط الوجود بالنسبة لمقابل الوفاء هنا غير متحقق اذا لم يكن التزام المسحوب عليه مبلغاً من النقود،فلا يصلح ذلك الالتزام لأن يكون مقابلا للوفاء بالحوالة لأن مقابل للوفاء اصلا علاقة قانونية خارجة عن إطار العلاقات القانونية الخاصة بالحوالة ،ولا شأن لعلاقات الحوالة بالعلاقة الأولى إلا في جانب واحد منها ، وهو الجانب النقدي الذي تسفر عنه هذه العلاقة في ذمة المسحوب عليه (٨).

ثانياً : ان يكون مستحق الاداء وقت استحقاق الحوالة التجارية

ومعنى هذا ان وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه وقت سحب الحوالة ليس ضرورياً ، فهو ضمان من ضمانات الحامل المستفيد وليس شرطاً لصحة سحب الحوالة . فاذا كان الساحب دائناً للمسحوب عليه بدين لم يحل اجله بعد عند حلول ميعاد استحقاق الحوالة فان هذا الدين لا يصلح اساساً لمقابل الوفاء. اذ لما كان المسحوب عليه القابل هو الذي يقوم بدفع قيمة الحوالة اعتماداً على الدين الذي في ذمته للساحب فانه يتعين ان يكون هذا الدين مستحق الاداء حتى لا يحرم المسحوب عليه من اجل منحه اياه الساحب. وهذا ما نجده واضحاً في نص المادة (٦٣) من قانون التجارة . ولكي يكون دين الساحب لدى المسحوب عليه مستحق الوجود ومعين المقدار ، بمعنى ان لا يكون معلقاً على شرط او متنازعاً في قيمته ، ويجب ملاحظة التزامن بين ميعاد استحقاق الدين النقدي الممثل لمقابل الوفاء ، فاذا كان هذا الدين النقدي موجوداً وقت سحب الحوالة ولكنه انقضى بالمقاصة او اتحاد الذمة او الابراء مثلاً مثل حلول ميعاد استحقاق الحوالة ، فانه ينتفي شرط استحقاقه وقت استحقاق الحوالة ، وينتفي بذلك وجود مقابل وفاء الحوالة .

ثالثاً : يجب ان يكون دين الساحب مساوياً بالاقل لقيمة الحوالة .

ويعني هذا الشرط انه اذا كان دين الساحب لدى المسحوب عليه اقل من مبلغ الحوالة فان مقابل الوفاء يعد غير موجود ، لصراحة نص المادة(٦٣) تجارة والذي جاء فيه «يعتبر مقابل الوفاء موجوداً اذا كان المسحوب عليه مديناً للساحب او للامر بالسحب في ميعاد استحقاق الحوالة بمبلغ من النقود مستحق الاداء ، مساو على الاقل لمبلغ الحوالة» . فمقابل الوفاء يوجد متى كان دين الساحب مساوياً على الاقل لمبلغ الحوالة ، وإلا اعتبر المقابل الجزئي المتحقق في حكم غير الموجود (٩) .

ومتى اعتبر مقابل الوفاء غير موجود بهذا الشكل ، سقط حق الساحب بدفع رجوع الحامل عليه بدعوى كونه حاملا مهملا ، ولكن اعتبار مقابل الوفاء الجزئي في حكم المعدوم ، فيه تضحية بحق الحامل ، فقد قرر المشرع العراقي للحامل في الفقرة ثانياً من المادة (٦٥) حقوقاً على مقابل الوفاء الجزئي تعادل الحقوق التي قررها في الفقرة اولا من المادة ذاتها للحامل على المقابل الكامل .

إن وجود مقابل الوفاء بشكل جزئي إذن لا يخلو من اثر . ذلك ان المسحوب عليه يستطيع ان يقبل الحوالة قبولاً جزئياً في حدود المقابل الناقص ومعلوم ان القبول الجزئي جائز (١٠) ، وفيه من المنافع والفوائد الكثير بما يسهل على الحامل اقتضاء ولوجزء من حقه ، بالاضافة إلى تخفيف عبء الدين عند كاهل المدين الاول بالحوالة ، الساحب ، اضافة إلى ان المشرع منع على الحامل رفض الوفاء الجزئي (١١) .

وخلاصة القول ان مقابل الوفاء هو دين بمبلغ من النقود للساحب في ذمة المسحوب عليه موجود او مستحق في ميعاد استحقاق الحوالة ومساوٍ على الاقل لمبلغ الحوالة ، ولا يهم بعد ذلك طبيعة هذا الدين مدني او تجاري ، ولا سبب منشئه ، شرط ان يكون هذا السبب مشروعاً (١٢) .

اما اثبات وجود مقابل الوفاء فهو امر قد تقتضيه مصلحة الحامل في علاقته بالمسحوب عليه ، او مصلحة الساحب في علاقته بالحامل او بالمسحوب عليه . فقد اقام المشرع العراقي في المادة (٦٤) من قانون التجارة قرينة قانونية قاطعة غير قابلة لاثبات العكس على وجود مقابل الوفاء في حالة قبول الحوالة .

نصت المادة (٦٤) تجارة على «اولا — يعتبر قبول الحوالة قرينة على وجود مقابل الوفاء لدى القابل . ولا يجوز نقض هذه القرينة في علاقة المسحوب عليه بالحامل . ثانياً — وعلى الساحب وحده ان يثبت في حالة الانكار سواء حصل قبول الحوالة او لم يحصل ، ان المسحوب عليه كان لديه مقابل الوفاء في ميعاد

الاستحقاق ، فاذا لم يثبت ذلك كان ضامناً للوفاء ولو عمل الاحتجاج بعد الميعاد المحدد قانوناً . فاذا اثبت الساحب وجود المقابل واستمرار وجوده حتى الميعاد الذي كان يجب فيه عمل الاحتجاج برئت ذمته بمقدار هذا المقابل مالم يكن قد استعمل في مصلحته» .

فالمسحوب عليه لا يقبل الحوالة عادة الا اذا كان قد تلقى مقابل الوفاء من الساحب فعلا ، وهكذا اقام المشرع على هذا القبول قرينة قانونية قاطعة غير قابلة لاثبات بالنسبة لعلاقة الحامل بالمسحوب عليه ، فبعد القبول لا يستطيع المسحوب عليه ان يمتنع عن الوفاء للحامل بحجة انه لم يتلق مقابل الوفاء من الساحب ، والمسحوب عليه بتوقيعه بالقبول كما لاحظنا في المبحث السابق يصبح ملتزماً صرفياً وشخصياً تجاه الحامل بوفاء قيمة الحوالة في تاريخ الاستحقاق والتزامه هذا مستقل عن وجود مقابل الوفاء

اما في علاقة الساحب بالمسحوب عليه فالقبول لا يشكل الا قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس . فيجوز للمسحوب عليه رغم قبوله ، إثبات عدم وجود مقابل الوفاء إما لاسترداد قيمة الحوالة التي دفعها على المكشوف ، من الساحب وإما لدفع دعوى رجوع الساحب عليه بعد ان يكون قد دفع قيمة الحوالة للحامل منه ، ويمكن للمسحوب عليه ان يتوصل إلى هذا الاثبات بكافة طرق الاثبات .

ونلاحظ اخيراً ، انه لا اهمية للقبول في اثبات وجود مقابل الوفاء بالنسبة لعلاقة الحامل بالساحب ، حيث يقع على الساحب إثبات وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه بالضوابط التي لاحظناها سابقاً من كونه ديناً نقدياً مستحق الاداء وقت استحقاق الحوالة ، مساو في الاقل لمبلغ الحوالة ، وسواء حصل القبول ام لم يحصل ، وبعكسه فانه يكون ضامناً للوفاء ولو عمل الاحتجاج بعد الميعاد القانوني المحدد . وقد يستطيع الساحب التوصل إلى هذا الاثبات ، بمعنى وجود المقابل واستمرار وجوده إلى تاريخ استحقاق الحوالة ، ولكنه مع ذلك

يبقى مشغول الذمة تجاه الحامل ، ولاتبرأ ذمته إذا ما كان هذا المقابل قد استعمل في مصلحة الساحب ، لوفاء حوالات اخرى مثلا .

حقوق الحامل على مقابل الوفاء .

اقر المشرع العراقي في المادة (٦٥)حقاً للحامل على مقابل الوفاء حيث نصت الفقرة الاولى من المادة (٦٥) على انه« ينتقل الحق مقابل الوفاء بحكم القانون الى حملة الحوالة المتعاقبين » ويتضح من هذا النص أن المشرع أقر للحامل الحق في مقابل الوفاء، ومقتضى هذا الحق منع الساحب من ان يسترد المقابل من المسحوب عليه أو يتصرف فيه . ومن ملاحظة نصوص المواد ٦٥ بفقرتيها و ٦٦ و ٦٧ و ٦٨ بفقرتيها تتضح لنا حدود حق الحامل على مقابل الوفاء كما يأتي :

١ — يخلق القبول للحامل حقوقاً ، على مقابل الوفاء الموجود للساحب لدى المسحوب عليه فطالما ان القبول يشكل قرينة على وجود مقابل الوفاء، فان هذا المقابل يصبح من حق الحامل ولا يجوز للساحب استرداده أو التصرف فيه .

٢ — في حالة كون مقابل الوفاء غير كامل ،أو كان ديناً متنازعاً فيه أو غير مستحق الأداء عند استحقاق الحوالة ، فأن حقوق الحامل على هذا المقابل الناقص هي نفس الحقوق التي اقرها المشرع للحامل على المقابل الكامل . (م /٦٦ /ثانياً) .

٣ — ان افلاس الساحب بعد القبول وقبل استحقاق الحوالة لايؤثر على حقوق الحامل على مقابل الوفاء الموجود لدي المسحوب عليه ، حيث يكون للحامل حق استيفاء قيمة الحوالة من مقابل الوفاء هذا دون بقية دائني الساحب . (المادة ٦٧) (تجارة) .

٤ — اوجب المشرع على الساحب أن يسلم الحامل المستندات اللازمة للحصول على مقابل الوفاء والمتمثلة بأدلة علاقة المديونية القائمة بين الساحب

والمسحوب عليه، فاذا أفلس الساحب وجب على المصفي تمكين الحامل من الحصول على مقابل الوفاء بتسليمه المستندات اللازمة (المادة ٦٦ تجارة) .

٥ — فيما يتعلق بأفلاس المسحوب عليه ، فأن مبلغ مقابل الوفاء يدخل في تفلسية المسحوب عليه ، وقد لايسهل فرزه عن بقية أموال التفلسية ، وتثبيت حقوق الحامل عليه ، ولكن اذا كان للساحب لدى المسحوب عليه بضائع او اوراق تجارية او اوراق مالية أو غير ذلك من الأموال التي يجوز استردادها طبقاً لاحكام الأفلاس و كانت هذه الأموال مخصصة صراحة او ضمناً لوفاء الحوالة فللحامل الاولوية في استيفاء حقه من قيمتها

فالتخصيص هنا حماية لحق الحامل على المقابل النقدي للاموال التي هيأها الساحب كغطاء لمقابل وفاء الحوالة .فاذا ما ارسل الساحب الى المسحوب عليه بضاعة مالبيغها مثلا وطلب منه تخصيص ثمنها للوفاء بحوالة معينة يسحبها عليه ، ثبت حق الحامل على هذا المبلغ من لحظة التخصيص دون انتظار بيع البضاعة وتحولها الى مبلغ نقدي : ووفقاً لجانب كبير من الفقه يتأكد ايضاً حق الحامل على مقابل الوفاء اذا ما أخطر الحامل المسحوب عليه بالحوالة وتأريخ استحقاقها فيمتنع على المسحوب عليه رده الى الساحب .

٦ — في حالة عدم قبول المسحوب عليه للحوالة التجارية فأن حق الحامل على مقابل الوفاء لايكون الافي ميعاد الأستحقاق اذ أنه بدون القبول لايتحدد حق الحامل على المقابل ولا يستقر . ولكن عندما يحل ميعاد الأستحقاق ويكون المقابل متحققاً لدى المسحوب عليه فأن للحامل حقوقاً على هذا المقابل من لحظة تحققه . وبناء على ذلك فأن الساحب له كامل الحرية في سحب أو استرداد المقابل من المسحوب عليه قبل حلول ميعاد الأستحقاق كما له حق التصرف فيه او تخصيصه للوفاء بحوالة

أخرى وليس للمسحوب عليه في هذه الحالة رفض أوامر الساحب اذا ما أراد استرداد المقابل لان المسحوب عليه هنا غير ملتزم صرفياً ، طالما كان غير قابل .

٧ ـ في حالة سحب عدة حوالات على مقابل وفاء واحد ، وهو مايعرف بالتزاحم على مقابل الوفاء فقد رسمت المادة (٦٩) من قانون التجارة اسلوباً لاداء هذه الحوالات ، قدمت فيه الحوالة المقبولة على الحوالة غير المقبولة ، واذا كانت الحوالات جميعها مقبولة فتكون العبرة في تأريخ القبول ، فاذا كانت كلها مقبولة في تأريخ واحد اقتسم الحملة مقابل الوفاء قسمة غرماء . اما عند عدم وجود حوالة مقبولة فالأولوية للحوالة التي خصص لها مقابل وفاء لأدائها واذا كانت الحوالات كلها قد خصص لها مقابل الوفاء في نفس التأريخ اقتسم حاملوها المقابل قسمة غرماء ، اما عند عدم وجود اية حوالة مقبولة وعدم وجود وتخصيص مقابل وفاء أي منها فتكون الأولوية للاسبق منها في تأريخ الأستحقاق . والا اقتسم الحملة المقابل قسمة غرماء .

حوالات المجاملة او الاعارة

هي حوالات صورية تسحب بين اطراف لاتربطهم علاقات حقيقية ولا ينوي الموقعون فيها الالتزام بدفع قيمتها في تأريخ الأستحقاق (١٣) . وعادة مايلجأ الساحب الى اسلوب حوالة المجاملة في محاولة للحصول على ائتمان وهمي يدفع به مطالبه دائنه ، المستفيد من هذه الحوالة ، كما يمكن ان تكون حوالة المجاملة وسيلة بيد الساحب لضمان حركة النقد وسيولته بيده ، فقد يقوم التاجر الذي اضطربت اعماله التجارية بسحب حوالة على تاجر آخر غير مدين له ويرجوه قبولها لاعتبارات مهنية او علاقات اجتماعية معينة دون ان يوفر لديه مقابل الوفاء ، على ان يرسله له بعد حين ، وقبل ميعاد الأستحقاق

فيقبل المسحوب عليه الحوالة مجاملة للساحب ودون ان يقصد الالتزام بها ودفع قيمتها ، ثم تقدم الحوالة الى المصرف للخصم ، فيحصل الساحب على حاجته من النقود ، واذا ماعجز الساحب عن تدبير مقابل الوفاء اللا زم في ميعاد الأستحقاق ، عمد الى سحب حوالة جديدة على مسحوب عليه آخر مجامل ايضاً ، وهكذا تتكرر العملية بضع مرات قبل استحقاق كل حوالة ويتحرك النقد بأستمرار في يد الساحب .

وعادة ما يكون المجامل ، المسحوب عليه . قد قدم توقيعه بالقبول مقابل عمولة معينة ، بل قد يكون هناك اتفاق بين الساحب والمسحوب عليه على اقتسام حصيلة العملية بعد خصم الحوالة ، وقد يتفقان على تبادل المجاملة بأن يسحب كل منهما حوالة على الاخر ، ومن النادر ان يكون المجامل ، مغفلا يقدم توقيعه دون مقابل معقول !

ويبدو من الصعوبة بمكان كشف حقيقة حوالات المجاملة طالما كانت من الناحية الشكلية الظاهرية مستجمعة البيانات التي يفرضها القانون كما لو كانت حوالات جدية حقيقية ، ولكن خبرة المصرف القائم بالخصم ومهارته التجارية قد تساعد على كشف هذه الحوالات من خلال تكرار نفس التوقيعات او صلة القرابة التي تجمع بين الساحب والمسحوب عليه ، او يكون الساحب والمسحوب عليه هما مدير الشركة والشركة ذاتها مثلا ، او ربما اختلاف موضوع تجارة الساحب عن تجارة المسحوب عليه .

موقف القانون العراقي من حوالات المجاملة

نادى الفقه دوماً بتجريد الالتزام الصرفي عن العلاقات الخارجية عن الورقة التجارية . وهكذا ، يمكن ان تكون حوالة المجاملة حوالة صحيحة ، ولكن الحكم قد يكون عكسياً بالضبط ، أي تقرير بطلان حوالات المجاملة إذا ما راجعنا نصوص القانون واستوحينا قواعده واهدافه .

ولو رجعنا الى نصوص قانون التجارة الخاصة بمقابل وفاء الحوالة التجارية لوجدنا ان المشرع العراقي قد استلزم توفر مقابل الوفاء كدين نقدي مستحق الاداء في ذمة المسحوب عليه للساحب كاف لاداء قيمة الحوالة التجارية في تأريخ الأستحقاق ، بمعنى ان سحب الحوالة بدون تحقق وجود مقابل الوفاء بالضوابط التي بيناها سابقاً امر يبيحه القانون فلا اثر ولا تأثير لمقابل الوفاء على سحب الحوالة التجارية ، إذن ، لايمكن الأستناد الى انعدام مقابل الوفاء عند سحب حوالة المجاملة للتوصل على الحكم ببطلانها .

ولكن يمكن القول بأن حوالات المجاملة هي حوالات باطلة فعلا لانها مخالفة للنظام العام ، فالمعروف ان صحة التصرفات القانونية لاتتحقق مالم تكن لهذه التصرفات اسباب صحيحة باعثة ودافعة الى تقرير الالتزام في ذمة الملتزم ، فالسبب الصحيح ينتج تصرفاً صحيحاً والسبب الباطل بالتأكيد ينتج تصرفاً باطلا ، وعليه فأن من يوقع على حوالة المجاملة في موقع المسحوب عليه انما يستهدف تمكين الساحب او المستفيد من الحصول على ائتمان وهمي وهو امر مخالف للنظام العام ومناف للامانة التجارية ، وقد يشكل سحب هذا السند جريمة يعاقب عليها القانون ويكون سبباً من اسباب الأفلاس التقصيري.

ان الحوالة التجارية لم يقرر المشرع العراقي الجنائي ، شمولها بما يشمل بـ الصك من تجريم وعقاب في حالة سحبه دون مقابل وفاء ، فنص المادة (٤٥٩) من قانون العقوبات العراقي صريح في حصر الجريمة بحالة اعطاء الصك دون رصيد ، ولكن يمكن الأستناد الى نصوص قانون العقوبات المتعلقة بجريمة الافلاس التدليسي ، حيث نصت المادة ٤٦٨ ــ الفقرة ثالثاً على انه « يعد مفلساً » بالتدليس كل تاجر حكم نهائياً بأشهار افلاسه في احد الحالات التالية ... ثالثاً ــ اذا اعترف بدين صوري او جعل نفسه مديناً بمبلغ ليس في ذمته حقيقة سواء اكان ذلك في دفاتره او ميزانيته او غيرها من الأوراق او بأقراره بذلك شفوياً « وهكذا نجد ان سحب حوالة المجاملة من قبل الساحب

سيء النية الذي يروم الحصول على ائتمان وهمي ، وقبولها من المسحوب عليه المجامل الذي يشترك في الأحتيال ، وهدر الأئتمان التجاري سيكون سبباً في تجريم كل منهما بجريمة الأفلاس التدليسي .

ان ربط التصرفات القانونية السليمة والصحيحة باطار عام من مشروعية السبب واحترام النظام العام ومجمل القواعد القانونية يجعلنا نقر ببطلان حوالات المجاملة لانتفاء مقومات التصرفات الصحيحة و المشروعة فيها .

المبحث الثالث

«التضامن بين الموقعين»

يمكن اعتبار التضامن بين الموقعين من الضمانات الأكثر فاعلية لحماية حق الحامل بالحوالة التجارية ، وقد نص المشرع العراقي على هذا التضامن في المادة (١٠٦) من قانون التجارة والتي جاء فيها اولا — الأشخاص الملتزمون بموجب الحوالة مسؤولون بالتضامن تجاه حاملها . ثانياً — للحامل الرجوع على هؤلاء الملتزمين منفردين او مجتمعين دون ان يلزم بمراعاة ترتيب التزاماتهم . ويثبت هذا الحق لكل موقع على الحوالة اذا ادى قيمتها . ثالثاً — الدعوى المقامة على احد الملتزمين لا تحول دون الرجوع على الباقين ولو كانوا لاحقين للملتزم الذي اقيمت عليه الدعوى ابتداء (١٤).

فالتضامن بين الموقعين على الحوالة التجارية ، على مختلف مراكزهم يشكل ضمانة اكيدة لحق الحامل ، تتلخص في امكانية رجوعه على سلسلة من الموقعين لاينقسم الالتزام بينهم فالتضامن بين المدينين وهو ما يطلق عليه احياناً بالتضامن السلبي ، تمييزاً عن التضامن الايجابي وهو مايقع بين الدائنين هو احد التصورات القانونية التي يتوحد بمقتضاها محل الالتزام رغم تعدد روابطه بحيث يكون للدائن اكثر من مدين او ملتزم يقع الالتزام الواحد على عاتقهم مجتمعين او منفردين (١٥) .

والتضامن بين المدينين هو أعلى مراتب الكفالة الشخصية، اذ يستطيع الدائن مطالبة اي مدين متضامن بكل الدين دون اتباع ترتيب معين، ويستطيع المدين ايضاً الوفاء بكل الدين والحلول محل الدائن في مطالبة زملائه الاخرين ومرد ذلك كله الى وحدة محل الالتزام .

اما نطاق هذا التضامن الصرفي بمقتضى كونه وارداً على حوالة تجارية فهو نطاق شمولي يضم كل الموقعين على الحوالة التجارية. فلم يميز المشرع العراقي في الفقرة الأولى آنفة الذكر بين هؤلاء الموقعين، وانما جعلهم جميعاً متضامنين تجاه حاملها الاخير، ثم حرص المشرع في الفقرة الثانية آنفة الذكر على التأكيد على حق الحامل في مباشرة حقه بالرجوع على هؤلاء الملتزمين منفردين او مجتمعين دون التزام بأتباع ترتيب معين . مع ملاحظة يجب ان لاتغيب عن الأذهان ، وهي ان المدين الصرفي الاصلي بالحوالة التجارية هو المسحوب عليه القابل ، فيتوجب على الحامل مطالبته في تأريخ الأستحقاق بقيمة الحوالة التجارية ، ثم اذا امتنع المسحوب عليه القابل عن الوفاء كان للحامل حق الرجوع بالضمان على الموقعين المتضامنين ويرى بعض الفقهاء(١٦) ان الحامل ملزم بأتباع طريق معين في الرجوع ، فلو رجع على الساحب مباشرة سقط حقه في الرجوع على باقي الموقعين على باقي المظهرين ، وكذلك اذا اختار ضامناً بعينه ، سقط حقه في الرجوع على الاخرين ، ولانستطيع الاتفاق مع هذا الرأي أمام صراحة نص الفقرة ثانياً من المادة (١٠٦) تجارة .

ولايقتصر التضامن بين الموقعين على الحوالة على التزامهم بالمبلغ الثابت فيها بل ايضاً بكافة ملحقاته من فوائد ومصاريف ، كما ان هذا التضامن لايستفيد منه الحامل فقط وانما كل مدين او اي شخص آخر قام بالوفاء وحل محل الحامل الدائن ولأن هذا التضامن قانوني ، اقره المشرع بنص القانون فلا يمكن استبعاده بورقة منفصلة لخصوصية القواعدالقانونية للورقة التجارية.

طبيعة التضامن الصرفي

يقوم التضامن بين المدينين على فكرةوحدة الدين من جهة وتعدد الروابط من جهة اخرى (١٧)،فالدين واحد ومحل الالتزام الذي ينصب عليه تضامن المدينين واحد ، ولكن روابط كل مدين من هؤلاء المدينين مختلفة ومستقلة عن روابط الاخرين بالدائن الحامل . كما يمكن ان ينظرالى التضامن السلبي بين المديين على انه قائم على فكرة النيابة التبادلية،وتفترض هذه الفكرة أن يعرف المتضامنون بعضهم بعضاً . ويختار بعضهم بعضاً ،بينما يكون تضامن الموقعين على الحوالة بحكم القانون بحيث يجهل بعضهم البعض الاخر ، ولهذا عبر بعض الفقهاء (١٨) عن هذا التضامن بكونه تضامناً ناقصاً وليس تضامناً كاملا .

كما ان هذا التضامن لايتعلق بالنظام العام ، ومن ثم يجوز استبعاده بشرط صريح في الحوالة . بأضافة بيان اختياري بعدم الضمان ،فالساحب لايستطيع إعفاء نفسه من ضمان الوفاء ، ولكنه يستطيع اعفاء نفسه من ضمان القبول ، فاذا اشترط الساحب الشرط ، سرى على كافة الموقعين على الحوالة . اما اذا اشترطه المظهرفلا يسري الا عليه ولايستفيد منه الموقعون السابقون ولا الموقعون اللاحقون تطبيقاً لمبدأ استقلال التواقيع .

ويلاحظ أخيراً ، ان المركز القانوني لهؤلاء المدينين المتضامنين متبايـن ، ففي حين يكون الضامن الاحتياطي والقابل بالتدخل كفلاء متضامنين عمن تدخلوا لمصلحتهم نلاحظ ان المسحوب عليه القابلمدين صرفي أصلي بالحوالة والساحب والمظهرين مدينون صرفيون ولكن احتياطيين فقط ، فالقواعد القانونية تلزم الحامل بمطالبة الحامل المسحوب عليه القابل اولا ، وفي حالة امتناعه عن الدفع اثبات هذا الأمتناع باحتجاج عدم الوفاء ثم ممارسة حقه بالرجوع على المدينين المتضامنين دون اتباع ترتيب معين ، وبكل الدين ، فالمسحوب عليه القابل اذن هو المدين الصرفي الاصلي ، والساحب قبل القبول يكون ايضاً بمنزلة المدين الصرفي الاصلي ولكنه بعد القبول يصبح في مركز واحد مع المظهرين وهو المدين الأحتياطي .

المبحث الرابع

«الضمان الاتفاقي»

يمكن اعتبار الضمان الاحتياطي ضماناً اتفاقياً يتم في النهاية لمصلحة الحامل وضمان حقه في وفاء قيمة الحوالة ، ومع الضمان الاحتياطي قد يكون هناك ضمان اتفاقي اخر كالرهن مثلا ، فقد يشترط حامل الحوالة على الساحب المدين بها تقرير رهن على عقار او منقول ضماناً للوفاء بقيمة الحوالة ، ولكن هذا الامر نادر الحدوث (١٩) في الحياة العملية نظراً لما تتطلبه اجراءات رهن العقار من بطء وعدم مرونه . وكذلك رهن المنقول الذي يشترط انتقال حيازته للحامل حتى يصبح سارياً في مواجهة الغير .

والضمان الاحتياطي من وجهة نظر الفقه قد ينظر اليه ككفالة لاحد الموقعين على الورقة التجارية او التزام بالارادة المنفردة لمصلحة الحامل الاخير بالحوالة و غير ذلك ومهما يكن من امر الاراء والافكار الفقهية فان الضمان الاحتياطي تصرف صرفي ، يتضمن كفالة احد الموقعين على الحوالة التجارية ، تقوية لضمان حق الحامل وزيادة للثقة والائتمان بالحوالة ككل والموقعين عليها وتسهيلا لسهولة وسرعة تداول الحوالة التجارية (٢٠) .

والضمان الاحتياطي يتميز عن التظهير والقبول ، فكل من المظهر والقابل والضامن الاحتياطي هم موقعون على الحوالة التجارية ولكن مقتضى وغاية وهدف كل موقع منهم يختلف عن هدف الموقع الاخر ، ففي حين يهدف التظهير إلى تداول الحوالة التجارية نلاحظ بان المظهر ضامن ايضاً ، جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق رقم ٨١٨ /حقوقي /ثالثة /١٩٧٠ بتاريخ ٢٦ / ٧ /١٩٧٠ (٢١) «ان المظهر ضامن لتأدية بدل السند مالم يوجد شرط يخالف ذلك» وقد يكون هدف التظهير الوحيد منصباً لا على تداول الحوالة التجارية كما يدل عليه هدفه الظاهري ، وانما إلى اعطاء ضمان قوي للحامل خاصة عندما

يكون توقيع الساحب غير كاف فيضمن المظهر بتوقيعه هذا اداء قيمة الحوالة لمصلحة الحامل الاخير (٢١) .

والأصل ان يكون الضمان الاحتياطي من شخص غير ملتزم بالحوالة ، لان الغاية من الضمان الاحتياطي زيادة ضمان الحامل والحال ان الموقع بمقتضى توقيعه الاول هو ضامن فتوقيعه ثانية باعتباره ضامناً احتياطياً لا يزيد شيئاً في ضمان الحامل ، ولكن نلاحظ ، ان المشرع العراقي في المادة (٨٠) قد اجاز ان يقع الضمان ممن وقع على الحوالة مسبقاً . تحت هذه المادة من قانون التجارة على «يجوز ضمان وفاء مبلغ الحوالة كله او بعضه من اي شخص ولو كان ممن وقعوا عليها» .

اما المضمون فيمكن ان يكون اي موقع ملتزماً بالحوالة كالساحب او المسحوب عليه القابل او المظهر ، كما يجوز ان يقدم الضمان الاحتياطي عن واحد من الموقعين او عنهم جميعاً ، فالضمان الاحتياطي لمصلحة الساحب يمتد باثاره ليشمل كل الموقعين على الحوالة التجارية باختلاف مراكزهم .ولتعيين الملتزم المضمون اهمية كبيرة لان مركز الضامن الاحتياطي يتمدد بمركز الملتزم المضمون وحجم التزامه فاذا لم يذكر المضمون اعتبر الضمان لمصلحة الساحب وفق المفروض بالتطبيق لمبدأ الكفاية الذاتية ، ان يقع الضمان كتابة على ذات الحوالة شأنه في ذلك شأن التصرفات الاخرى التي ترد عليها كالقبول والتظهير .ولكن حرصاً على أئتمان الملتزم المضمون ، يجوز ان يكون الضمان الاحتياطي في ورقة مستقلة حتى لا يكون في ظهوره على الحوالة ذاتها ما يثير الشك في يسار المضمون وقدرته على الوفاء ، وبالتالي زعزعة الثقة فيه واضعاف ائتمانه (٢٣)

وقد اجاز المشرع العراقي اعطاء الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة ، وذلك في سياق المادة (٨١ اولا) وفي نص المادة (٨٣) التي جاء فيها «يجوز اعطاء الضمان على ورقة مستقلة يبين فيها المكان الذي تم فيه» .والغاية هنا من ذكر المكان الذي تم فيه اعطاء الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة ، هو

لمعرفة مدى صحة هذا الضمان في قانون الدولة التي اعطى فيها، حيث تباينت التشريعات المقارنة في امر الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة بين موافق ومعارض .

اما آثار الضمان الاحتياطي فقد اوجزتها المادة (٨٢) من قانون التجارة ، والشق الثاني من المادة (٨٣) منه. نصت المادة (٨٢) على انه : «اولا — يلتزم الضامن بالكيفية التي التزم بها المضمون ، ويكون التزام الضامن صحيحاً ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لاي سبب اخر غير عيب في الشكل ٢ — اذا اوفى الضامن الت اليه الحقوق الناشئة عنها قبل المضمون وقبل كل ملتزم بمقتضى الحوالة تجاه المضمون «اما المادة (٨٣) التي اجازت إعطاء الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة فقد حددت اثار الضمان بنصها «ولا يلزم الضامن في هذه الحالة الاتجاه من اعطى له الضمان» .

وهكذا نجد ان التزام الضامن الاحتياطي المعطى على الحوالة ذاتها هو التزام تبعي من حيث الاساس ، فهو يدور وجوداً وعدماً مع التزام المضمون ،حكمه في هذا حكم التزام الكفيل في الكفالة الشخصية ،ولكن كون الضمان الاحتياطي يمثل توقيعاً على حوالة تجارية ، وبالتالي التزاماً صرفياً ، فهو خاضع لما تخضع له الالتزامات الصرفية من ضوابط وقواعد ، اهمها ما يتعلق بقاعدة استقلال التواقيع ، حيث يبقى التزام الضامن الاحتياطي صحيحاً ولو بطل التزام المضمون لاي سبب كان ، وهنا نجد ان التزام الضامن الاحتياطي يبدد اصلياً ، يستمد قوته من التوقيع على ذات الحوالة التجارية ، ولا يخفى ان الورقة التجارية عموماً ورقة شكلية ، ولذلك فان سلامة الشكل القانوني لها لازم لصحتها وصحة كل التزام ناشيء عنها ، وعلى هذا فان عيب الشكل الذي يترتب عليه بطلان التزام المضمون يجر بالتالي إلى بطلان التزام الضامن ايضاً .

وربما يثور التساؤل بشأن الطبيعة القانونية للضمان الاحتياطي المعطى على ورقة مستقلة ؟ وهل يشكل التزاماً صرفياً ام لا ؟ ونحن نجد ان الالتزامات

الصرفية لا تتقرر في واقع الحال الا على اوراق تجارية صحيحة ، وان مبدأ الكفاية الذاتية في الورقة التجارية مبدأ لابد من رعايته واحترامه ، ولذلك فان الضمان المعطى على ورقة مستقلة لايعدو ان يكون كفالة تجارية متى كان الضامن تاجراً وله مصلحة في الدين المضمون ، وبذلك فهو بعيد عن ميدان قانون الصرف وقواعده الاساسية وخصوصاً قاعدتي التطهير من الدفوع في نطاق الاوراق التجارية واستغلال التواقيع . وفي المادة (٨٣) تجارة آنفة الذكر اقر بأن التزام الضامن على ورقة مستقلة ذو اثر محدود ،وليس ذا اثر شمولي كما هو الحال في الضمان على ذات الحوالة التجارية ،فلا يلتزم الضامن الاتجاه من اعطى له الضمان ،ولم يحدد المشرع بعد ذلك طبيعة هذا الالتزام هل هو التزام عادي ام صرفي ، ونحن نرى انه ليس الا التزاماً عادياً لا يتمتع بخصوصيات قانون الصرف .

واذا اوفى الضامن الاحتياطي الت اليه الحقوق التي كانت للحامل تجاه المضمون وهذا تطبيق للقاعدة العامة في الوفاء مع الحلول ، ونلاحظ جيداً بأن حق الضامن الموفى يكون تجاه المضمون والموقعين السابقين عليه ، اما الموقعون اللاحقون للمضمون فلا يكون للضامن الموفى حق تجاههم لانه يتمتع بنفس مركز المضمون ، وهو مركز الضامن لهم وليس المضمون من قبلهم .

«الخاتمة»

في بحثنا هذا تناولنا ضمانات الوفاء بالحوالة التجارية ، ولاحظنا ان هذه الضمانات بمجموعها تسهم في حماية حق الحامل من افلاس المدين وعجزه عن اداء حق الحامل الاخير ، وان هذه الضمانات لا تخص شخص المستفيد الاول من الحوالة التجارية الذي تربط بالساحب علاقة وصول القيمة ، وانما تنتقل لتحمي الحق الثالث في هذه الحوالة ولمصلحة الحامل الاخير .

ان ضمانات الوفاء بالحوالة التجارية قد تكون قانونية ، وقد تكون اتفاقية فقبول المسحوب عليه وتهيئة الساحب لمقابل الوفاء ، والتزام الموقعين وتضامنهم معاً تجاه الحامل الاخير ، يمكن اعتبارها ضمانات قانونية جاءت بنص القانون في حين ان هناك ضمانات اتفاقية متمثلة بالضمان الاحتياطي ، الذي هو كفالة صرفية ان صح التعبير ، وما يمكن ان يتفق عليه الحامل مع الموقع الملتزم من تقرير ضمانات اخرى كالرهن الوارد على العقار او المنقول لحماية حق الحامل في مبلغ الحوالة التجارية .

ان عرض هذه الضمانات وبحثها لا يخلو من فائدة علمية وعملية ، تعكس بالدليل الملموس ، قوة الحق الصرفي وميزته عن الحق المدني والتجاري العادي ومستوى ضمانه الحالي .

الهوامش

(١) يستخدم الدكتور فوزي محمد سامي لفظ « طالب الساحب» والحال ان الساحب لا يطلب من المسحوب عليه ، او يرجوه دفع قيمة الحوالة وانما يأمره لأن صيغة الأمر المطلق غير المعلق على شرط بيان الزامي لا بد منه لصحة الحوالة .
راجع : د. فوزي محمد سامي — شرح قانون التجارة العراقي الجديد في الاوراق التجارية — الطبعة الثانية — مطبعة الزهراء — بغداد — ١٩٧٤ — ص ١٣٤ .
كذلك : د . فوزي محمد سامي و د . فائق الشماع — القانون التجاري — الأوراق التجارية — بغداد — مطبعة جامعة بغداد — ص ٢٧٥ .

(٢) د. صلاح الدين الناهي — المبسوط في الأوراق التجارية — بغداد، شركة الطبع والنشر الأهلية — ١٩٦٥ — ص ٢٨

(٣) د . ابو زيد رضوان — الأوراق التجارية — دار الفكر العربي — القاهرة الطبعة بلا ص ٣٠.

(٤) د . علي حسن يونس — الأوراق التجارية — دار الفكر العربي — القاهرة — ١٩٧٨ ص ١٩١ .

(٥) القانون التجاري — الأوراق التجارية — د . فوزي محمد سامي و د . فائق الشماع — المصدر السابق — ص ٢٥٢ .

(٦) د . حسين محمد سعيد — التزامات وحقوق حامل الورقة التجارية — عالم الكتب — القاهرة — الطبعة بلا — ص ٤٠ .

(٧) د . ابو زيد رضوان — المصدر السابق — ص ٢١٥ .

(٨) د . رضا عبيد — القانون التجاري — القاهرة — مطبعة السعادة — ١٩٨٨ — ص ١٥١ .

(٩) د . مصطفى كمال طه — مبادىء القانون التجاري — مؤسسة الثقافة الجامعية — الأسكندرية — ص ٤٥٥ .

(١٠) راجع نص المادة (٧٦) الفقرة اولا من قانون التجارة النافذ.

(١١) نصت المادة (٩٠) الفقرة ثانياً من قانون التجارة على انه « لايجوز للعامل الأمتناع عن الوفاء الجزئي .

(١٢) د . مصطفى كمال طه ، و د. مراد منير فهيم — القانون التجاري — الدار الجامعية — بيروت — ص ٩٢ .

(١٣) د . سميحة القليوبي — الموجز في القانون التجاري — دار النهضة العربية — القاهرة ١٩٧٨ — ص ١١١.

(١٤) المحامي الياس ناصيف — الشامل في قانون التجارة — مكتبة الفكر الجامعي — بيروت — ص ١٦١ .

(١٥) د. عبد الرزاق السنهوري — الوجيز في شرح القانون المدني — نظرية الا لتزام — ج ١ — ١٩٦٦ — القاهرة — ص ١٠٠٠ وما بعدها .

(١٦) د . رضا عبيد — المصدر السابق — ص ١٥٧ .

(١٧) د . مصطفى كمال طه و د . مراد منير فهيم — المصدر السابق — ص ١٢٥ .

(١٨) المحامي الياس ناصيف – المصدر السابق – ص ١٨٦ .

(١٩) د. سميحة القليوبي – المصدر السابق – ص ١١٦ .

(٢٠) د . علي سلمان العبيدي– الأوراق التجارية في التشريع العراقي ط ١ – دار السلام – بغداد – ص ٣٨٩ – ٣٩١ .

(٢١) القرار منشور في النشرة القضائية – عدد ٣ – السنة الأولى – ايار ١٩٧١– ص ١٥٤.

(٢٢) د. اكرم ياملكي – القانون التجاري – الأوراق التجارية – ط ٢ بغداد – ١٩٧٨ – ص ٢٢١ .

(٢٣) د . محمد فريد العريني – القانون التجاري – الأوراق التجارية والأفلاس – دار المطبوعات الجامعية – الأسكندرية – ١٩٨٥ – ص ٢٩

المراجع

اولا : الكتب

١ ـ الدكتور اكرم ياملكي ـ القانون التجاري ـ الاوراق التجارية ـ ط٢ ـ بغداد ١٩٧٨ .

٢ ـ المحامي الياس ناصيف ـ الكامل في قانون التجارة ـ مكتبة الفكر الجامعي ـ بيروت .

٣ ـ الدكتور ابو زيد رضوان ـ الاوراق التجارية ـ دار الفكر العربي القاهرة ـ السنة بلا .

٤ ـ الدكتور حسين حامد حسان ـ التزامات وحقوق حامل الورقة التجارية ـ عالم الكتب ـ القاهرة .

٥ ـ الدكتور رضا عبيد ـ القانون التجاري ـ القاهرة ـ مطبعة السعادة ـ ١٩٧٨ .

٦ ـ الدكتورة سميحة القليوبي ـ الموجز في القانون التجاري ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ ١٩٧٨ .

٧ ـ الدكتور صلاح الدين الناهي ـ المبسوط في الاوراق التجارية ـ بغداد ـ شركة الطبع والنشر الاهلية ـ ١٩٦٥ .

٨ ـ الدكتور علي حسين يونس ـ الاوراق التجارية ـ دار الفكر العربي القاهرة ـ ١٩٧٨ .

٩ ـ الدكتور علي سلمان العبيدي ـ الاوراق التجارية في التشريع العراقي ط١ ـ دار السلام ـ بغداد .

١٠ ـ الدكتور عبدالرزاق السنهوري ـ الوجيز في شرح القانون المدني ـ نظرية الالتزام ج ١ ـ القاهرة ـ ١٩٦٦ .

١١ ـ الدكتور فوزي محمد سامي ـ شرح قانون التجارة العراقي الجديد في الاوراق التجارية ـ ط٢ ـ مطبعة الزهراء ـ بغداد ـ ١٩٧٤

١٢ ـ الدكتور فوزي محمد سامي والدكتور فائق الشماع ـ القانون التجاري الاوراق التجارية ـ مطبعة جامعة بغداد ـ بغداد ١٩٨٢ .
١٣ ـ الدكتور مصطفى كمال طه ـ مباديء القانون التجاري ـ مؤسسة الثقافة الجامعية ـ الاسكندرية .
١٤ ـ الدكتور مصطفى كمال طه والدكتور مراد منير فهيم ـ القانون التجاري ـ الدار الجامعية ـ بيروت .
١٥ ـ الدكتور محمد فريد العريني ـ الاوراق التجارية والافلاس ـ دار المطبوعات الجامعية ـ الاسكندرية ـ ١٩٨٥ .

ثانياً : القوانين

قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤
قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩

ثالثاً : مجموعة القرارات القضائية

النشرة القضائية ـ وزارة العدل ـ بغداد