جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابـل
كليـة القانـون

التضامن الصرفي في الأوراق التجارية

رسالة تقدم بها الطالب يوسف عودة غانم المنصوري
إلى مجلس كلية القانون-جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

إشراف

الأستاذ الدكتور مجيد حميد العنبكي

١٤٢٥ هـ **٢٠٠٤ م**

(وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ)

(النحل: ٩١)

الإهـــداء

إلى من قال عنهما تعالى في كتابه العزيز (وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيراً) *... والديّ الحبيبين.*

إلى من تحملوا المشاق من اجل راحتي ... أخوتي الأعزاء

إلى من دأبت في يقظتها لسعادتي ... زوجتي الحبيبة

إلى أزهار حياتي اليانعة ... كرار ، فاطمة ، زينب

اهدي ثمرة جهدي المتواضع هذا

يوسف

شكر وعرفان

إذا كان شكر الناس من شكر الله ، ومن الحق أن يُرد الحق إلى اهله فاني بكل فخر واعتزاز اقدم شكري إلى استاذي المفضال الدكتور مجيد حميد العنبكي ، فلقد كان متابعا قارئاً ومرشداً حتى استقام البحث وتكامل منهجه على يديه فجزاه الله خير الدارين وانعم عليه بما يتمناه.
وأقدم عظيم امتناني إلى أستاذي الدكتور إبراهيم إسماعيل إبراهيم ، الذي كان لعلمه ودماثة خلقه الأثر الكبير في اختيار الموضوع وإرساء دعائمه.
وأتقدم بوافر الشكر والامتنان إلى الأساتذة الفضلاء في كليتي القانون بجامعة بابل وجامعة البصرة .
وإذا كان لابد من شكرٍ لمن مّد يد العون والمساعدة لي فاني ممتن بذلك إلى الأستاذ المساعد رمضان مهلهل المنصوري لترجمته المصادر الإنجليزية .
كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى منتسبي مكتبات كليات القانون والمكتبات المركزية بجامعات : بابل وبغداد والبصرة والنهرين ، والى منتسبي مكتبة وزارة العدل والمعهد القضائي .
وشكري مع اعتذاري لكل من ساعدني لإنجاز هذا البحث ولم يسعني ذكر اسمه وهم كثير فجزاهم الله خيرا.

الباحث

المحتويات

الموضـــوع	الصفحة
المقدمة	١
الفصل الأول : ماهية التضامن الصرفي	٣
المبحث الأول: التعريف بالتضامن الصرفي	٣
المطلب الأول: مفهوم التضامن الصرفي	٣
الفرع الأول: معنى التضامن الصرفي	٣
الفرع الثاني: تأصيل التضامن الصرفي	٧
المطلب الثاني: تمييز التضامن الصرفي مما يشتبه به من أنظمة قانونية	١٦
الفرع الأول: تمييز التضامن الصرفي من التضامن المدني	١٦
الفرع الثاني: تمييز التضامن الصرفي من التضامن في المسؤولية التقصيرية	٢٤
الفرع الثالث: تمييز التضامن الصرفي من الكفالة التضامنية	٢٨
الفرع الرابع: تمييز التضامن الصرفي من التضامم	٣٤
المبحث الثاني: نطاق التضامن الصرفي	٣٨
المطلب الاول: شروط صحة الالتزام الصرفي	٣٩
الفرع الأول: أهلية الملتزم الصرفي	٣٩
الفرع الثاني: اتجاه الإرادة للالتزام الصرفي	٤٣
المطلب الثاني: الأشخاص الملتزمون صرفيا ومدى إمكانيتهم في التخلص من التضامن الصرفي	٥٠
الفرع الأول: الأشخاص الملتزمون صرفيا	٥٠
الفرع الثاني: مدى إمكانية الملتزمين من التخلص من التضامن الصرفي	٦٢
الفصل الثاني: أحكام التضامن الصرفي	٦٩
المبحث الأول: علاقة الحامل بالملتزمين الصرفيين	٦٩
المطلب الأول: المبادئ التي تحكم علاقة الحامل بالملتزمين الصرفيين	٦٩
الفرع الأول: وحدة محل الالتزام	٦٩
الفرع الثاني: تعدد الروابط	٧٦
المطلب الثاني: رجوع الحامل على المتضامنين الصرفيين	٨٢
الفرع الأول: شروط ممارسة الرجوع الصرفي	٨٢

الفرع الثاني: المبالغ التي يجوز للحامل مطالبة المتضامنين الصرفيين بها	٩٦
المبحث الثاني: علاقة الملتزمين الصرفيين بعضهم ببعض	١٠٦
المطلب الأول: المبادئ التي تحكم علاقة الملتزمين الصرفيين بعضهم ببعض	١٠٦
الفرع الأول: عدم انقسام الدين	١٠٧
الفرع الثاني: النيابة التبادلية الناقصة	١١٠
المطلب الثاني: رجوع الملتزمين الصرفيين بعضهم على بعض	١١٩
الفرع الأول: الأساس القانوني لرجوع الملتزمين الصرفيين	١١٩
الفرع الثاني: أحوال الرجوع فيما بين الملتزمين الصرفيين	١٢٧
الخاتمة	١٣٥
المصادر	١٤٤

Exchange Solidarity in commercial papers

A Thesis
Submitted to the Council of the College of Law
University of Babylon

As partial Fulfillment of the Requirements for the Master Degree
in private Law

By
Yousef Auda Ganim AL-Mansorry

Supervised by
Professor Dr. Majeed Hameed AL-Anbaki

June ٢٠٠٤

المقـــدمة

الفصل الأول
ماهية التضامن الصرفي

الفصل الثاني

أحكام التضامن الصرفي

الخاتمة

المصـــــادر

Abstract

The exchange solidarity is regarded as the most important guarantees the merchandise legislator has given to the holder of the commercial paper, to strength then the trust, through which the holder can return to the debtors, jointly or severally, whether it is at the due date or before that date according to the availability of one of the reasons of the recourse date coming as stipulated by merchandise legislator.

This study falls into two chapters. The first deals with the definition of the exchange solidarity as to its concept, tracing its lawful and judiciary origin, distinguishing it from other confusing lawful systems, defining its personal frame work, tackling the possibility of the liable as to avoid it.

While the second chapter is concerned with the rules of the exchange solidarity in relation of the holder with the exchange liability and that of the exchange liability with each other.

The study is rounded up with a conclusion that includes the results and recommendations.

المقدمة

مما لا شك فيه ان الأوراق التجارية تحظى باهمية كبيرة في الوقت الحاضر من خلال ما تؤديه من وظائف اقتصادية كونها اداة وفاء تقوم مقام النقود،الا ان مدى قبول صاحب الحق استيفاء حقه عن طريق الورقة التجارية يتوقف على مدى ثقته بتلك الورقة .

ومن اجل حماية هذا الائتمان فقد تضمن قانون الصرف عدة ضمانات تحمي حق الحامل وتكفل له الوفاء بقيمة الورقة التجارية في ميعاد الاستحقاق ، ومن تلك الضمانات تمليك الحامل لمقابل الوفاء وعدم الدفع في مواجهته بالدفوع التي لا يعلم بها ومنحه حق توقيع الحجز التحفظي على منقولات المدين وعدم قبول المعارضة من المدين في الوفاء بقيمة الورقة التجارية إلا في أحوال استثنائية ، إلا إن هذه الضمانات تعد بذاتها ضمانات هشة قد لا تحقق للحامل مصلحته في الحصول على قيمة تلك الورقة ، فمقابل الوفاء قد يهلك أو قد يقوم المسحوب عليه بالتصرف فيه، وقد لا يملك المدين الصرفي اموالاً منقولة مما يتعذر على الحامل إيقاع حجز تحفظي عليها ؛ ومن اجل ذلك فقد منح القانون الصرفي للحامل ضماناً آخر يعد من أهم الضمانات الصرفية على الإطلاق ألا وهو النص على المسؤولية التضامنية للملتزمين بموجب الورقة التجارية أو ما يعرف بمبدأ التضامن الصرفي الذي من خلاله يستطيع الحامل الرجوع على أي من اولئك الملتزمين ومطالبته بقيمة تلك الورقة التجارية ؛ ومن هنا فقد قيل انه كلما زادت التواقيع على الورقة التجارية زادة ثقة الحامل في الحصول على قيمتها .

ومما يُلحظ في هذا الصدد اهتمام الدراسات والأبحاث القانونية العربية منها والأجنبية بدراسة موضوع الضمانات نظراً لما يتمتع به من أهمية خاصة تتمثل بخطورة آثارها إلا إن البحث في التضامن الصرفي والخوض فيه على نحو متكامل قد عانى من نقص واضح في إطار ما تضمنته تلك الدراسات والأبحاث وكان ذلك من جملة ما شدني إلى اختياره موضوعاً لهذه الدراسة.

ولغرض دراسة موضوع التضامن الصرفي من هذه الجهة بصورة مفصلة فان الأمر يقتضي تقسيمه على فصلين يتناول الأول ماهية التضامن الصرفي من حيث التعريف به وبيان مفهومه من حيث تحديد معناه وتأصيله من الناحيتين القانونية والفقهية وبيان ذاتيته من حيث تمييزه مما يشتبه به من أنظمة قانونية وهي التضامن المدني والتضامن في المسؤولية التقصيرية والكفالة التضامنية والتضامم ، وكذلك نطاق التضامن الصرفي من حيث بيان الأشخاص الملتزمين صرفيا ومدى إمكانيتهم في التخلص من التضامن الصرفي فضلا عن شروط صحة الالتزام الصرفي .

أما الفصل الثاني فسوف يخصص لاحكام التضامن الصرفي في بيان علاقة الحامل بالملتزمين الصرفيين من حيث المبادئ التي تحكم تلك العلاقة ورجوع الحامل على الملتزمين الصرفيين وذلك ببيان شروط الرجوع والمبالغ التي يحق للحامل الرجوع بها ، كما سيتم بيان أحكام التضامن الصرفي في علاقة الملتزمين

الصـرفيين بعضـهم بـبعض وذلـك مـن خـلال بيـان المبـادئ التـي تحكـم تلـك العلاقـة ورجوع الملتزمين بعضهم على بعض من حيث الأساس القانوني للرجوع واحواله.

إن البحث في الأمور التي ذكرناها سيتم بالمقارنـة بين قوانين جنيف الموحدة والقوانين التي سايرتها في الاتجاه نفسه كقوانين التجارة في فرنسا والعراق والاردن ومصر وغيرها من القوانين التجارية التي سيتم التعرض إليها لاحقا.

ومن ثم تأتي الخاتمة بعد هذين الفصلين متضمنة أهم ما توصل اليه البحث من نتائج ومقترحات .

وفي كل ذلك نطلب من الله تبارك وتعالى العون والسداد .

الباحث

الفصل الأول
ماهية التضامن الصرفي

يعد التضامن الصرفي نوع من الضمانات الشخصية للدائن إذ انه يزيد في ضمانه بالحصول على حقه وذلك بضم ذمم المدينين الصرفيين بعضها إلى بعض مما يضمن للدائن الحصول على حقه عند اعسار بعض المدينين .

ويقتضي التعرف على ماهية التضامن الصرفي التعريف به وبيان نطاقه وهذا ما سنتناوله في المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: التعريف بالتضامن الصرفي :

نقسم هذا المبحث على مطلبين نخصص الأول منهما لبيان مفهوم التضامن الصرفي في حين نخصص المطلب الثاني لتمييز التضامن الصرفي مما يشتبه به من أنظمة قانونية .

المطلب الأول: مفهوم التضامن الصرفي :

يتطلب بيان مفهوم التضامن الصرفي أن نتعرف على معنى هذا التضامن من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية فضلاً عن بيان التأصيل القانوني والفقهي له ، وهذا ما سنتناوله تباعاً في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: معنى التضامن الصرفي:

من اجل تسليط الضوء على معنى التضامن الصرفي من الجانبين اللغوي والاصطلاحي ، فإننا سنقسم هذا الفرع على فقرتين نخصص الاولى منهما لتحديد معنى التضامن الصرفي لغةً ، بينما نحدد في الفقرة الثانية معنى التضامن الصرفي اصطلاحاً.

أولا: معنى التضامن الصرفي لغةً:

إن مصطلح التضامن الصرفي يتكون من كلمتين اثنتين هما (التضامن والصرفي) فأما كلمة التضامن[1] ، فهي مشتقة من الفعل ضَمِنَ– يَضْمِن ، ومن خلال بحثنا في معاجم اللغة العربية وجدنا إن لهذه الكلمة ومشتقاتها معاني عدة منها: ضَمِنَ الشيء: كفل به ؛ وضَمَنّه إياه أي كفله ، يقال ضمْ نتُ الشيء بمعنى اضمنه ضمانا فانا ضامنٌ وهو مضمون . ومنها قول النبي محمد (ص) "من مات في سبيل الله

[1] تقابل كلمة التضامن بالإنكليزية Solidarity; Joint liability أما في اللغة الفرنسية فتقابلها كلمة Solidarite .

فهو ضامنٌ على الله الجنة" أي ذو ضمان على الله ، والضمين هو الكفيل وجمعه ضمناء[١] .

وضمَّنَ الشيء بالشيء : أودعه إياه كما تودع الوعاء المتاع والميت القبر . والضَمِنْ يأتي بمعنى التضمن ومنها قولهم مضمون الكتاب كذا وكذا .

والتضامن هو الاتحاد : يقال تضامن القوم على أمر أي اتحدوا واتفقوا عليه[٢] ، كما قيل في التضامن انه المشاركة في الضمان بحيث يلتزم كل فريق بان يؤدي عن الآخر بعض ما لزمه[٣] . ومنها أيضا تضامن الغرماء أي ضَمِنَ بعضهم بعضا تجاه صاحب الحق : يقال هم (متكافلون متضامنون) أي إنّ لصاحب الحق أن يطلب حقه كله ممن أراد منهم[٤] .

أما كلمة الصِرْفِي[٥] ، فهي مشتقة من الفعل صَرَفَ – يَصْرِف ؛ وصَرَفَهُ يعني رَّده ، وصَرَفَ المال أي أنفقه ، وصَرَّفَ الكلمة أي ألحقها الكسر في حالتي الجر والتنوين.

والصِرْف هو الخالص الصافي من العيب والكدر[٦] . والصَرْف هو التقلب والحيلة ومن هذا المعنى يقال عن الصَرْف والصَرْفي بأنه المحتال المتقلب في اموره .

أما الصَرْفي فهو المنسوب إلى علم الصَرْف أو العالم به[٧] .

والصَرَفْ هو بيع الذهب بالفضة وهو من ذلك لأنه يُنصرف به من جوهر إلى جوهر؛ ومنها صَرَفَ النقود أي بدلها بنقود من نوع آخر[٨] . ومن هذا المعنى الأخير ، كما يبدو ، جاء استعمال عقد الصرف (في القانون) بمعنى مبادلة النقد بالنقد ولهذا العقد تنسب كلمة الصَرْفِي.

ثانياً: معنى التضامن الصرفي اصطلاحا :

لقد أورد فقهاء القانون التجاري عدة تعاريف بشان التضامن الصرفي ، وتلك التعاريف تكاد تكون متقاربة في المضمون وان اختلفت في الألفاظ.

---

[٢] محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري، لسان العرب ، المجلد الثالث عشر ، دار صادر للطباعة ، بيروت ، ١٩٥٦ ، ص٢٥٧.

[٣] لويس معلوف ، منجد الطلاب ، ط٤، المطبعة الكاثوليكية ، بيروت ، ١٩٥٦، ص٤٣٠.

[٤] د. محمد راوس قلعه جي ود. حامد صادق قينبي ، معجم لغة الفقهاء ، ط١، دار النفائس ، ١٩٨٥، ص١٣٣.

[٥] لويس معلوف ، مصدر سابق ، ص٤٣٠.

[١] تقابل كلمة الصَرفي بالفرنسة Combiare أما في الإنكليزية فلم نجد ما يقابلها ولكن تقترب منها في المعنى كلمة Exchange .

[٢] جبران مسعود ، الرائد ، المجلد الثاني ،ط٤، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٨١، ص٩١٩.

[٣] جبران مسعود ، المصدر السابق ، ص٩١٩.

[٤] محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، مصدر سابق ، المجلد التاسع ، ص١٩٠.

فقد عرفه جانب من الفقهاء بأنه "التزام جميع الموقعين على الورقة التجارية بأداء مبلغها للحامل على وجه التضامن سواء في موعد استحقاقها الأصلي أم في حالة ترتب الحق للحامل في الرجوع المبتسر على الضامنين"[١] .

في حين عرفه جانب آخر منهم بأنه "من أهم الضمانات التي خولها المشرع التجاري للدائن في الورقة التجارية من اجل الحصول على الحق الثابت فيها"[٢] . ويؤخذ على هذا التعريف انه قصر ميزة التضامن على المبلغ الثابت في الورقة التجارية في حين إن التضامن الصرفي لا يقتصر على التزام الموقعين بالمبلغ الثابت فيها فحسب بل يشمل أيضا كافة ملحقات ذلك المبلغ من فوائد أو مصاريف أو كلاهما معا[٣] .

بينما يرى جانب آخر من الفقهاء إن التضامن الصرفي يعني "إن جميع الموقعين على (الحوالة) من ساحب ومسحوب عليه قابل ومظهر وضامن احتياطي،مسؤولون جميعا على وجه التضامن نحو حامل (الحوالة) بالوفاء بقيمتها إذا امتنع المدين الأصلي عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق بحيث يحق للحامل مطالبتهم منفردين أو مجتمعين دون مراعاة أي ترتيب بينهم"[٤] .

والملاحظ على هذا التعريف انه قد اغفل ذكر بعض الأشخاص المتضامنين كالقابل بالتدخل كما إن هذا التعريف قد أهمل حالة الرجوع المبتسر للحامل على المتضامنين الصرفيين لأي سبب من الأسباب التي حددها المشرع التجاري[٥] .

في حين يرى جانب آخر من الفقهاء إن التضامن الصرفي يعني " ذلك المبدأ الصرفي الهام الذي يجعل من كل موقع على الورقة التجارية ضامنا للوفاء بها عند امتناع المسحوب عليه عن ذلك الوفاء"[٦] .

ويؤخذ على هذا التعريف إغفاله لحالة الرجوع المبتسر التي منحها المشرع التجاري لحامل الورقة التجارية عند تحقق احد أسباب ذلك الرجوع .

بعد استعراضنا لمختلف التعاريف التي قيلت في التضامن الصرفي نستطيع تعريفه بأنه : ضمانة صرفية منحها المشرع التجاري لحامل الورقة التجارية ، يستطيع من خلالها الرجوع على جميع الملتزمين بموجبها ومطالبتهم ، مجتمعين أو منفردين ، بدفع اصل مبلغ الورقة التجارية وما يلحق به من فوائد أو مصاريف أو كليهما معا سواء أكان ذلك في ميعاد استحقاق الورقة التجارية أم قبل ذلك الميعاد لتحقق سبب من أسباب الرجوع المبتسر على الملتزمين بها .

---

[٥] د. صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الأوراق التجارية ، دراسة مقارنة ، بغداد ، ١٩٦٥، ص٤١٤. د. فوزي محمد سامي ، شرح القانون التجاري ، ج٢ (الأوراق التجارية) ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩، ص٢٠١.

[١] د. علي حسن يونس ، الأوراق التجارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٥٦، ص١٩٧.

[٢] انظر المادتين (١٠٨ ، ١٠٩) من قانون التجارة العراقي والمواد المقابلة لها في القوانين الاخرى.

[٣] د. عزيز العكيلي ، القانون التجاري (الأعمال التجارية ، التجار ، المتجر ، الشركات التجارية ،الأوراق التجارية) ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٦، ص٤٣٩.

[٤] انظر المادة (١٠٢/ثانيا) من قانون التجارة العراقي .

[٥] د. علي البارودي ، القانون التجاري (الأوراق التجارية والإفلاس) ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٥، ص١٣٦. د. سعيد يحيى ، الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي ، الرياض ، ١٩٨٥، ص ٨٢.

الفرع الثاني : تأصيل التضامن الصرفي:

سنتناول هذا الفرع في فقرتين نخصص الأولى منهما لبحث التأصيل القانوني للتضامن الصرفي بينما نخصص الفقرة الثانية لبحث التأصيل الفقهي له وحسب التفصيل الآتي:

أولا: التأصيل القانوني للتضامن الصرفي :

يقترن ظهور نظام التضامن في الأوراق التجارية بصدور قانون التجارة الفرنسي لعام ١٨٠٧[١] ، إذ نص صراحة في المادة (١٤٠) على انه "يُسأل كل من أمضى البوليصة أو قبلها أو ظهرها عن الضمان على وجه التضامن قبل الحامل" .

ومنذ ذلك التاريخ بدأت القوانين التجارية تحذو حذو المشرع التجاري الفرنسي بالنص على التضامن في الأوراق التجارية ومن تلك القوانين: قانون التجارة العثماني الصادر عام ١٨٥٠ (المادة ٩٧) والقانون التجاري المصري السابق لعام ١٨٨٣ (المادة ١٣٧) .

كما نصت على ذلك أيضاً اتفاقيتا جنيف لعامي ١٩٣٠ ، الخاصة بالحوالة التجارية والسند للأمر (المادة ٤٧) ، و١٩٣١، الخاصة بالصك (المادة ٤٤) .

وقد أخذت اغلب القوانين التجارية في الدول المختلفة بأحكام هاتين الاتفاقيتين وأوردت نصوصاً مماثلة لاحكامهما بضمنها النص على التضامن الصرفي ومن تلك القوانين : قانون التجارة الفرنسي الحالي الصادر عام ١٩٣٥ (المادة ١٥١) وكذلك المادة (٤٤) من القانون الفرنسي الصادر في ٣٠/تشرين الأول/١٩٣٥ والمتعلق بتوحيد الأحكام الخاصة بالصك. كذلك قانون التجارة البرية اللبناني الحالي رقم ٣٠٤ لسنة ١٩٤٢ (المادة ٣٦٩) ؛ وقانون التجارة العراقي الملغي رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ (المادة ٤٣٣) وكذلك قانون التجارة العراقي السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ (المادة ٤٨١) فضلاً عن قانون التجارة العراقي الحالي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ (المادة ١٠٦) .

كما نص على التضامن الصرفي قانون التجارة السوري الحالي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٤٩ (المادة ٤٧١) وقانون التجارة الليبي الحالي لسنة ١٩٥٣ (المادة ٣٣٨) كذلك نظام الأوراق التجارية السعودي الحالي رقم ٢٧ لسنة ١٩٦٣ (المادة ٥٨) وقانون التجارة الاردني الحالي رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ (المادة ١٨٥) وقانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ (المادة ٤٨١) وقانون التجارة البحريني رقم ٧ لسنة ١٩٨٧ (المادة ٤١٤) وقانون التجارة العماني رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠ (المادة ٤٩٣) وقانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ (المادة ٥٦٢) فضلاً عن قانون التجارة المصري الحالي رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المادتين

---

[١] أما بالنسبة لقانون التجارة البرية الفرنسي الصادر عام ١٦٧٣ ، فعلى الرغم من انه كان يعد أول قانون وضع أحكاما لتنظيم مسائل الأوراق التجارية بصورة متكاملة وجِد انه قد اغفل النص على التضامن بين الملتزمين في الأوراق التجارية مما اشعر الفقه والقضاء الفرنسيين آنذاك بهذا النقص ودفعهم للمطالبة بضرورة النص على التضامن في الأوراق التجارية . انظر في تفصيل ذلك : د. صلاح الدين الناهي ، المبسوط ... ، مصدر سابق ، ص ٤١٥. د. رزق الله انطاكي ، السفتجة أو سند السحب ، مطبعة جامعة دمشق ، ١٩٦٥، ص٢٥٢.

٤٤٢ ، ٥٢١). وأخيراً فقد نصت على مبدأ التضامن الصرفي اتفاقية الامم المتحدة للسفاتج (الكمبيالات) الدولية والسندات الاذنية الدولية لعام ١٩٨٨[١] ، وذلك في المادة (٦٩) منها .

مما سبق نستطيع القول إن التضامن الصرفي هو صورة من صور التضامن القانوني ، إذ إن القانون التجاري هو الذي نص عليه[٢] ، وان القانون التجاري الفرنسي لعام ١٨٠٧ يعد بحق القانون الذي ظهرت فيه نواة التضامن الصرفي .

إن للتضامن الصرفي من الأهمية ما يفوق به كثير من الضمانات التي منحها المشرع التجاري لحامل الورقة التجارية ، لغرض تسهيل تداولها ، لذلك فان النص القانوني على التضامن الصرفي كان ولا يزال ضروريا لتقوية الثقة بالورقة التجارية وتمكينها من أداء وظائفها كأداة ائتمان ووفاء تقوم مقام النقود[٣].

تجدر الإشارة إلى أن هناك عددا من فقهاء القانون التجاري ممن يذهبون إلى القول بان المشرع التجاري ما كان بحاجة إلى النص على التضامن الصرفي ذلك لان الأوراق التجارية تعد عملا تجاريا مطلقا والتضامن في المسائل التجارية مقرر بنص القانون[٤] ، أو لان العرف التجاري هو الذي يفترض التضامن في المسائل التجارية[٥] .

وعندنا ان هذا الرأي محل نظر ولا يستقيم مع أحكام قانون التجارة العراقي الحالي ، صحيح ان العمليات المتعلقة بالأوراق التجارية تعد عملا تجاريا بمقتضى قانون التجارة العراقي إلا ان هذا القانون لم ينص على افتراض التضامن في المسائل التجارية وهذا نقص تشريعي يستحسن بالمشرع التجاري تفاديه ولاسيما ان اغلب القوانين التجارية في الدول المختلفة قد اتجهت إلى النص على التضامن بين المدينين بالمسائل التجارية بعد أن سبق لها ان سكتت عن النص على مثل هذا التضامن، ومن تلك القوانين قانون التجارة المصري الحالي رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ إذ نص في المادة (٤٧) على انه : "يكون الملتزمون معاً بدين تجاري متضامنين في هذا الدين ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك" . كما إن قانون التجارة العراقي السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ كان ينص على التضامن في المسائل التجارية وذلك في المادة (٨١) منه[٦] ؛ هذا من جهة ومن جهة اخرى فان التضامن في المسائل التجارية

---

[١] سنطلق على هذه الاتفاقية اختصارا تسمية اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ ولهذا اقتضى التنويه.

[١] د. حسن جاد ، شرح القانون التجاري العراقي ، ج٢ ، مطبعة الاهالي ، بغداد ، ١٩٤٠ ، ص١٣٦. د. رزق الله انطاكي ، السفتجة ... ، مصدر سابق ، ص٢٥٦.

[٢] د. امين محمد بدر ، الأوراق التجارية في التشريع المصري ، تأصيل وتحليل لقواعد الكمبيالة والسند الاذني والشيك، ط٢ ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٤ ، ص١٩٨.

[٢] د. محسن شفيق ، القانون التجاري الكويتي (العقود التجارية ، الأوراق التجارية ، الإفلاس) ، الكويت ، ١٩٧٢ ، ص٢٢٥.

[٤] د. حسين النوري ، دروس في الأوراق التجارية والنشاط المصرفي ، مطبعة جامعة عين شمس ، مصر ، بدون سنة طبع، ص٢١٠.

[١] تجدر الإشارة إلى ان هناك بعضاً من الكتاب ممن يرى بان "التضامن في المسائل التجارية مفترض في العراق ، لان نص المادة (٨١) من قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ ما زال ساري المفعول لعدم وجود نص قانوني يقضي بخلافه كما ان حكم هذه المادة لايتعارض مع احكام القانون الجديد بل على العكس يتفق معها تماما" (د. سالم عبد الرضا طويرش ، الالتزام التضامني ، التضامن

لايمكن إثباته عن طريق العرف التجاري ذلك لان المشرع التجاري العراقي لم يذكر العرف ضمن مصادر القانون التجاري مما يعني تعذر اللجوء إليه لإثبات التضامن ، صحيح انه قد يقال إننا نستطيع اللجوء إلى العرف عن طريق القانون المدني كونه مصدراً من مصادره[1] ، ولان الأخير يعد مصدراً من مصادر القانون التجاري مما يعني بالمحصلة النهائية إمكانية الرجوع إلى العرف التجاري بوصفه مصدراً غير مباشر للقانون التجاري ؛ بيد أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به أيضاً لافتراض التضامن في المسائل التجارية ذلك لان اللجوء إلى العرف لايكون إلا عند غياب النص التشريعي في القانون ، وبما أن القانون المدني قد نص صراحة في المادة (٣٢٠) على ان "التضامن ما بين المدينين لايفترض وإنما يكون بناءً على اتفاق او نص في القانون" ؛ فلا يمكننا اللجوء إلى العرف التجاري لاثبات ذلك التضامن.

ثانياً: التأصيل الفقهي للتضامن الصرفي :

لقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة التضامن الصرفي وتعيين الفكرة التي يمكن إسناده إليها ، فيرى جانب منهم إن التضامن الصرفي هو تضامن ناقص في حين يرى الجانب الآخرمن الفقهاء ان التضامن الصرفي هو تضامن كامل شانه في ذلك شان بقية أنواع التضامن الاخرى ، وهذان الرأيان يمكن بيانهما تفصيلا على النحو الآتي :

الرأي الأول : التضامن الصرفي تضامن ناقص :

إن فكرة التضامن الناقص ترجع إلى بعض فقهاء القانون الفرنسي الذين يرون أن التضامن يعد كاملا إذا كانت هناك نيابة متبادلة بين المتضامنين بحيث يمثل بعضهم بعضا فيما ينفع وفيما يضر ليكون اتخاذ أي إجراء بحق احد المتضامنين ساري المفعول بالنسبة للمتضامنين الآخرين ، في حين ان التضامن يعد ناقصا إذا لم يوجد بين المتضامنين مصلحة مشتركة مما يرتب انعدام الآثار الثانوية للتضامن التي ترجع إلى فكرة النيابة التبادلية ، ويرى أنصار هذا الرأي ان التضامن الصرفي هو من قبيل التضامن الناقص [2] ، ويعللون ذلك بالحجج الآتية :

١. في الأوراق التجارية تكون المسؤولية التضامنية بين أشخاص لا يعرف بعضهم بعضا بل تجمعهم مجرد الصدفة ، فالمستفيد لا يعرف من الشخص الذي سيظهر

بين المدينين ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ١٩٩٨ ، ص٥٥). وهذا رأي لايمكن التسليم به ذلك لان قانون التجارة العراقي الحالي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ قد نص صراحة في المادة (٣٣١) منه على إلغاء قانون التجارة السابق ، ولو كان المشرع يقصد سريان نص المادة (٨١) من القانون السابق لاستثناه من نص الإلغاء كما فعل بالنسبة لأحكام الإفلاس والصلح الواقي منه .

[2] انظر المادة (١/ثانيا) من القانون المدني العراقي ، وتقابلها المادة (١) من القانون المدني المصري.

[1] P. Lescot et. R. Roblot, Les Effets de Commerce, Paris, ١٩٥٣, P. ٥٣٧.

Rene Roblot, Les Effets de Commerce, Sirey, ١٩٧٥, p. ٢٠٢.
انظر كذلك د. محمد حسني عباس ، الأوراق التجارية في التشريع الكويتي ، مكتبة الانكلوامريكية ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص١٣٩. د. شكر ي احمد السباعي ، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن ، ج٢ ، مكتبة المعارف ، الرباط ، ١٩٨٥، ص ٦٨-٦٩.

له الورقة التجارية والمسحوب عليه لا يعرف من الحامل الذي سيتقدم اليه بطلب الوفاء في ميعاد الاستحقاق[١] ، وعدم التعارف بين الملتزمين يؤدي إلى انتفاء المصلحة المشتركة بينهم والتي بدورها تؤدي إلى انعدام النيابة التبادلية بينهم بحيث يقتصر اثر كل إجراء يُتخذ من قبل احد المتضامنين او ضده ، عليه وحده ولا يمتد لغيره من المتضامنين مالم يُتخذ إجراءاً مشابهاً بالنسبة لهم .

٢. ان التزام كل موقع على الورقة التجارية مستقل عن التزامات غيره من الموقعين الاخرين استناداً الى قاعدة استقلال التواقيع السائدة في الأوراق التجارية ومن ثم فلا يستطيع أي متضامن ان يتمسك بالدفوع التي يستطيع غيره من المتضامنين التمسك بها[٢]هذا من جانب و من جانب آخر فان لكل متضامن في الورقة التجارية سبباً لالتزامه الصرفي مختلف عن سبب التزام غيره من المتضامنين الآخرين[٣]، مما يترتب عليه انتفاء النيابة المتبادلة بين المتضامنين صرفياً .

٣. أن القانون التجاري لم ينص على تطبيقات لمسألة النيابة المتبادلة بين المتضامنين ، ولو كان المشرع التجاري يقصد ترتيب تلك النيابة بين المتضامنين لنص على تطبيقات لها كما فعل المشرع المدني[٤] ،بل على العكس من ذلك فإننا نجد إن القانون التجاري قد نص على بعض الحالات أكد فيها انتفاء النيابة المتبادلة بين المتضامنين ، فمثلاً نجد أن القانون التجاري قد نص على أن انقطاع مدة التقادم بالنسبة لأحد المتضامنين لا يترتب عليه انقطاع سريان التقادم بالنسبة لبقية المتضامنين مما دفع بعضاً من الفقهاء الى تفسير هذا النص بأنه تطبيق لمبدأ عام ينكر وجود النيابة التبادلية بين المتضامنين في الورقة التجارية ويلزم تبعاً لذلك تطبيق هذا المبدأ على كل حالة سكت القانون التجاري عن تنظيمها[٥].

الرأي الثاني : التضامن الصرفي تضامن كامل :

يذهب أنصار هذا الرأي الى القول بأن التضامن الصرفي هو تضامن كامل شأنه في ذلك شأن بقية أنواع التضامن الأخرى[٦] ، وقد استندوا في ذلك على عدة حجج، والتي تعد في الوقت ذاته انتقادات موجهة الى أنصار الرأي الأول، وتمثلت تلك الحجج بما هو آت :-

١. أن القول: بأن التضامن الصرفي يحصل بين أشخاص غير متعارفين هو قول غير دقيق، ذلك لأن عدم التعارف بين المتضامنين ليس أمرٌ مطلق ، ففي كثير من الأحيان نجد أن الملتزمين بموجب ورقة تجارية يعرف بعضهم بعضاً، حين تتداول الورقة التجارية بين أشخاص متعارفين ، بل اكثر من ذلك فأنه حتى في

---

[٢] د. رزق الله انطاكي ، السفتجة اوسند السحب ، مصدر سابق ، ص٢٥٧.

[١] نقلا عن د. صلاح الدين الناهي ، المبسوط.... ، مصدر سابق ص٣٩٣.

[٢] د. عبد الله محمد العمران ، الأوراق التجارية في النظام السعودي ، الرياض ، ١٩٨٩ ، ص١٨٤-١٨٥ . د.ادوار عيد ، الحماية القانونية للشيك في التشريعات العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، ١٩٧٥ ، ص٣٨.

[٣] نقلا عن د.أمين محمد بدر ، الأوراق التجارية ... ، مصدر سابق ، ص٢٠١.

[٤] نقلا عن د. امين محمد بدر ، المصدر السابق ، ص٢٠١ .

[١] د. امين محمد بدر ، المصدر السابق ، ص٢٠٢ . ابو زيد رضوان ، الأوراق التجارية ، مطبعة دار الفكر العربي ، بدون سنة طبع ، ص٢٩١.

فرضية عدم تعارف المتضامنين صرفياً ، فإن عدم التعارف يعد، بلا شك ، ظرف مؤقت يزول حتماً بعمل الاحتجاج وإعلانه للمتضامنين الصرفيين عند امتناع المسحوب عليه عن الوفا ء وعندئذٍيتمكن كل واحد من المتضامنين التعرف على بقية الملتزمين معه في ضمان وفاء قيمتها للدائن[١]، إذ ان الاحتجاج يتضمن صورة حرفية للورقة التجارية ولكل ما ورد فيها خاصا بقبولها وتظهيرها وضمانها أو أداء قيمتها عند الاقتضاء وغير ذلك من البيانات[٢]. وبذلك لا يبقى للموقع على الورقة التجارية أي عذر في ادعاء عدم معرفة سائر المتضامنين معه .

٢. أما القول بان اختلاف أسباب التزام المتضامنين صرفياً يؤدي الى انتفاء النيابة المتبادلة بينهم فهو قول لا يمكن التسليم به ذلك لأنه حتى في التضامن المدني قد يكون سبب التزام بعض المدينين مختلفا عن أسباب التزامات البعض الآخر، فمن المعروف بان السبب وفق النظرية الحديثة هو الباعث الدافع للتعاقد [٣]، ومن ثم فقد يختلف الباعث الدافع للتعاقد فيما بين المدينين المتضامنين ، مثال ذلك ان يشتري ثلاثة أشخاص سوية قطعة ارض بثمن مؤجل ويتفقوا مع البائع ان يكونوا متضامنين فيما بينهم في دفع ثمنها ففي هذا المثال قد يختلف الباعث الدافع للتعاقد من مشترٍ لآخر ، فقد يكون سبب شراء الأول هو لزراعة تلك الأرض بينما قد يكون الباعث الدافع لشراء الثاني هو إقامة منشات على الأرض وقد يكون الباعث الدافع لشراء الثالث هو تأجير الأرض ، ومع ذلك فان النيابة التبادلية موجودة بينهم . مما يحتم التساؤل عن المانع من وجود تلك النيابة بين المتضامنين صرفيا عند اختلاف أسباب التزامهم الصرفي.

٣. إن عدم نص القانون التجاري على تطبيقات لمسالة النيابة التبادلية لا يعني بالضرورة عدم وجود مثل تلك النيابة بين المتضامنين في الورقة التجارية ذلك لان القانون المدني هو المرجع في جميع المسائل التجارية التي لم يرد بشأنها نص خاص في القانون التجاري [٤]. وبما ان القانون المدني قد اقر مبدأ النيابة

---

[٢] د. امين محمد بدر ، الأوراق التجارية... ، مصدر سابق ، ص٢٠٢.

[٣] انظر المادة (١٨٠/ثانيا) من قانون التجارة العراقي والمقابلة للمادة (٥٤١) من قانون التجارة المصري النافذ .

[١] د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١ ، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، ط٢ ، دار النهضة العربية، ١٩٦٤ ، ص٤٩٧ ، جدير بالذكر ان هناك عدد من الفقهاء العراقيين من يرون بان المشرع العراقي قد اخذ بنظريتي السبب التقليدية (الغرض المباشر) والحديثة (الباعث الدافع) معا (انظرد.عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج١،مصادر الالتزام بغداد ١٩٨٠،ص١٠٥، وهو ما ذهبت اليه محكمة التمييزالعراقية في قرار لها جاء فيه "ان السبب هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه ، فهو الباعث الدافع الى تحرير الكمبيالات المذكورة"قرار رقم ١٥٠/ص/١٩٦٩ بتاريخ ١٩٦٩/٦/٣٠ عبد الرزاق القيسي ، الصيغ القانونية ، مصدر سابق ، ص٨٠.

[٢] انظر المادة (٤) من قانون التجارة العراقي وتقابلها الفقرة الاولى من المادة الثانية من قانون التجارة المصري النافذ .

المتبادلة بين المتضامنين ، فيمكن الرجوع اليه في تقرير آثار النيابة المتبادلة بين المتضامنين بالورقة التجارية[١].

٤. أما القول بان القانون التجاري قد نص على بعض الحالات استبعد فيها النيابة المتبادلة بين المتضامنين الصرفيين ، كحالة عدم تأثير انقطاع مدة التقادم لبعض المتضامنين على سريان مدد تقادم بقية المتضامنين مما يجعل من التضامن الصرفي تضامنا ناقصا قياسا بالتضامن بين المدينين في القانون المدني الذي يعد تضامنا كاملا . فهو قول وان كان يستقيم مع أحكام القانون المدني الفرنسي وأحكام القانون المدني المصري السابق ، اللذان يعدان ان كل مدين متضامن وكيل عن غيره من المتضامنين فيما ينفع وفيما يضر[٢] ، فهو لا يستقيم مع أحكام القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري النافذين، اللذين استبعدا أحكام النيابة التبادلية بين المتضامنين فيما يضر واستبقياها فقط فيما ينفع المتضامنين[٣]. وبذلك يكون اتجاه المشرع التجاري باستبعاد النيابة التبادلية فيما يضر (في حالة انقطاع التقادم لأحد المتضامنين) هو توكيد لاتجاه المشرع التجاري لا خروجا على أحكامه .

ونحن نذهب مع ما ذهب إليه أنصار الرأي الثاني إلى اعتبار التضامن الصرفي تضامن كامل شانه شان بقية أنواع التضامن الاخرى ذلك لأنه لا يوجد ،

---

[٣] د.امين محمد بدر ، الاوراق التجارية .... ، مصدر سابق ، ص٢٠٢ ، وهو الرأي الذي يذهب اليه ايضا حتى بعض ممن يقول بان التضامن الصرفي هو تضامن ناقص، كالدكتور ادوار عيد= =(الحماية القانونية للشيك....، مصدر سابق ، ص٣٨) وهذا هو التناقض بعينه ، فهو من جهة يرى ان التضامن الصرفي هو تضامن ناقص لعدم وجود نيابة تبادلية بين المتضامنين ومن جهة اخرى ان احكام النيابة التبادلية في القانون المدني تطبق على التضامن الصرفي وبالتالي توجد نيابة بين المتضامنين في الورقة التجارية .

[١] ويظهر ذلك جليا من نص المادة (١٢٠٦) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت بان "الاجراءات التي تباشر ضد احد المدينين تضامنيا تقطع التقادم بالنسبة الى جميعهم" كما ان المادة (١٢٠٥) منه فقد نصت على "ان اعذر الدائن لأحد المدينين المتضامنين تجعل آثاره تسري في مواجهة الكل" . وهو ما كانت تنص عليه المادة (١١٠) من القانون المدني المصري السابق بالقول "مطالبة احد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقي المدينين" .

[٢] تنص المادة (٣٢٩) من القانون المدني العراقي والمقابلة للمادة (٢٩٢) من القانون المدني المصري على انه "اذا انقطعت مدة التقادم او وقف سريانه بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن ان يتمسك بذلك قبل باقي المدينين" . اما المادة (٣٣٠) من القانون المدني العراقي والمقابلة للمادة (٢٩٣) من القانون المدني المصري فقد نصت على انه "....، واذا اعذر الدائن احد المدينين المتضامنين او قاضاه فلا يكون لذلك اثر بالنسبة لباقي المدينين" .

كما يقول الاستاذ السنهوري ، الانوع واحد من التضامن وهو التضامن الكامل [1]، كما ان هذه التفرقة بين التضامن الكامل والتضامن الناقص تقع بدون جدوى ما دام ان في كل منهما توجد نيابة تبادلية ناقصة بين المدينين المتضامنين وما دام الدائن في كل منهما يستطيع اعتبار كل مدين متضامن بمثابة الملتزم الوحيد الذي يستطيع الرجوع عليه .

المطلب الثاني : تمييز التضامن الصرفي مما يشتبه به من أنظمة قانونية :

يعد التضامن الصرفي صورة من صور التضامن بين المدينين او ما يسمى بالتضامن السلبي، لذلك فانه قد يتشابه مع صور التضامن السلبي الاخرى وقد يتشابه مع نظام التضامم في جوانب عدة ، ولكن مع ذلك فان للتضامن الصرفي من الخصائص ما يتميز بها عن تلك الأنظمة .

ومن اجل الوقوف على حقيقة ذلك يقتضي بنا البحث تقسيم هذا المطلب على أربعة فروع نبحث في الأول تمييز التضامن الصرفي من التضامن المدني وفي الفرع الثاني تمييز التضامن الصرفي من التضامن في المسؤولية التقصيرية وفي الفرع الثالث تمييز التضامن الصرفي من الكفالة التضامنية بينما نبحث في الفرع الرابع تمييز التضامن الصرفي من التضامم .

الفرع الاول : تمييز التضامن الصرفي من التضامن المدني :

ان تحليل نظامي التضامن الصرفي والتضامن مابين المدينين في القانون المدني او ما يعرف بالتضامن المدني يؤدي الى اكتشاف اوجه كثيرة من الشبه بينهما ، فهما يقومان على المبادىء نفسها التي تحكم علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين من وحدة محل الدين وتعدد الروابط فضلاً عن مبدأ النيابة التبادلية الناقصة بين المدينين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر ويرجع تعليل ذلك إلى ان أحكام التضامن المدني تعد الأصل الذي يطبق على مسائل التضامن الصرفي في كل ما لم يرد بشأنه نص خاص .

ولكن مع ذلك فان لكل من النظامين خصائصه التي يتميز بها عن الآخر ويظهر ذلك جليا من خلال النقاط الآتية :-

اولا : ان التضامن المدني أما ان يتم بالاتفاق او ان يقرر بنص القانون وهذا ما قضت به المادة (٣٢٠) من القانون المدني العراقي[2] بقولها "التضامن ما بين المدينين لايفترض وإنما يكون بناءً على اتفاق او نص القانون" [3] . في حين يلاحظ

---

[1] د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٣ ،نظرية الالتزام بوجه عام(الاوصاف ،الحوالة ، الانقضاء) ، دار النهضة العربية ،القاهرة ،١٩٥٨ ، ص٢٨٦-٢٨٧ ، هامش رقم (٢) .

[1] تقابلها المواد (٢٧٩) مدني مصري ، (٤٢٦٩ مدني اردني ، اما المادة (١٢٠٢) من القانون المدني الفرنسي فانها تشترط ان يكون الاتفاق صريحا .

[2] وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بان التضامن في المواد المدنية لا يؤخذ بطريق الافتراض ، قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٨٣/٤/١٧ ، مشار له في مؤلف د.عز الدين

ان المشرع التجاري هو الذي يقرر التضامن الصرفي فقد نصت المادة (١٠٦) من قانون التجارة النافذ بانه "اولا : الأشخاص الملتزمون بموجب الحوالة مسؤولون بالتضامن تجاه حاملها"[١] .

نستنتج من ذلك ان الأصل في الأوراق التجارية ان التضامن بين الملتزمين بها مفترض بنص القانون على خلاف أحكام القانون المدني التي تقضي بان الأصل ان لا تضامن بين المدينين من غير اتفاق او نص في القانون .

ثانيا : في التضامن المدني يستطيع الدائن ان يبدأ بمطالبة اي من المدينين المتضامنين دون ان يكون ملزما بالبدأ بمطالبة مدين معين ، وهو ما قضت به المادة (٣٢١) من القانون المدني العراقي حيث جاء فيها "١- إذا كان المدينون متضامنين فللدائن ان يطالب بالدين كله من شاء منهم" [٢].

أما في التضامن الصرفي فان الحامل ملزم بسلوك طريق معين عند مطالبة المدينين المتضامنين فهو لا يستطيع الرجوع على أي ملتزم إلا بعد مطالبة المسحوب عليه (بالنسبة للحوالة التجارية والصك) او المحرر (بالنسبة للسند للأمر) وامتناع الأخيرعن الوفاء واثبات ذلك الامتناع بعمل احتجاج عدم الوفاء [٣] وهذا ما قضت به المادتين (١٠٢ ، ١٠٣) من قانون التجارة العراقي [٤].

من جهة اخرى فانه وفقا للقواعد العامة في القانون المدني فان الدائن حر في اقتضاء الدين او عدم اقتضائه في ميعاد استحقاقه من غير ان يترتب على سكوته جزاء إلا إذا استطال هذا السكوت المدة القانونية لانقضاء الحق بالتقادم [٥].

في حين يلاحظ ان الأمر مختلف بعض الشيء في الأوراق التجارية حيث الزم المشرع التجاري حامل الورقة التجارية بضرورة تقديمها للوفاء في يوم استحقاقها او في يومي العمل التاليين لهذا اليوم ، وهو ما نصت عليه المادة (٨٩) من قانون التجارة العراقي حيث جاء منها "على حامل الحوالة المستحقة الوفاء في يوم معين او بعد مدة معينة من تاريخ إنشائها او من تاريخ الاطلاع عليها ان يقدمها

الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، القاهرة الحديثة للطباعة ، ١٩٨٨ ، ص٤٨٧.

[٣] تقابلها المواد (٤٧) من قانون جنيف الموحد لعام ١٩٣٠ الخاصة بالحوالة التجارية والسند للامر والمادة (٤٤) من قانون جنيف لعام ١٩٣١ الخاصة بالصك ، (١٥١) من قانون التجارة الفرنسي والمادة (٤٤) من قانون توحيد أحكام الصك الفرنسي ، (٤٤٢ ، ٥٢١) من قانون التجارة المصري النافذ ، (١٨٥) من قانون التجارة الاردني .

[١] تقابلها المواد (٢٨٥) من القانون المدني المصري ، (٤٢٨) من القانون المدني الاردني .

[٢] د.ثروت عبد الرحيم ، القانون التجاري المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص٧٢٣- ٧٢٤ . د. هشام فرعون ، القانون التجاري البري ، ج٢ ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، ١٩٨٥ ، ص٨٠ .د. زكي زكي الشعراوي ، الوجيز في القانون التجاري ، ج١، ط٣، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص٢٠٦.

[٣] تنص المادة (١٠٢) من قانون التجارة العراقي "اولا : لحامل الحوالة عند عدم وفائها في ميعاد الاستحقاق الرجوع على المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين بها" اما المادة (١٠٣) فقد نصت على انه "اولا : يكون اثبات الامتناع عن قبول الحوالة او عن وفائها باحتجاج عدم القبول او عدم الوفاء" .

[٤] د. امين محمد بدر ، الالتزام الصرفي في قوانين البلاد العربية ، معهد الدراسات العربية ، ١٩٥٥، ص٧٩ .

للوفاء في يوم استحقاقها او في يومي العمل التاليين لهذا اليوم" [1] .ويمكن تعليل اختلاف موقف المشرع التجاري عن موقف المشرع المدني في مسألة ضرورة تقديم الورقة التجارية في ميعاد استحقاقها إلى انه في العلاقات المدنية يقتصر خطر سكوت الدائن عن المطالبة بالحق عليه وحده ، اما بالنسبة للأوراق التجارية فان خطر سكوت الحامل لا يقتصر عليه وحده بل يتعداه الى غيره من الملتزمين ذلك لان الأوراق التجارية تربط عدداً من الملتزمين قد اثقل المشرع عاتقهم بتقرير المسؤولية التضامنية بينهم وبين المدين الأصلي لضمان وفاء مبلغ الورقة التجارية للحامل في ميعاد الاستحقاق والتي قد تؤدي الى إلزام الموقع على الورقة التجارية بدفع قيمتها ثانية بعد ان سبق له ان دفع قيمتها عند انتقال ملكيتها اليه ، لذا يكون من مصلحتهم الإسراع في تصفية موقفهم من الحامل ومن المدين الأصلي المسؤول في النهاية عن الوفاء [2].

ثالثا : في التضامن المدني يستطيع اي من المدينين المتضامنين ان يتمسك بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً سواء أكانت دفوعاً موضوعية أم شخصية ، فقد تكون الرابطة التي تربط المدين بالدائن مشوبة بعيب في الرضا لغلط أو إكراه ، او بنقص في أهلية المدين او تكون هذه الرابطة قابلة للفسخ فيطالب المدين بفسخها ، او قد يكون العقد الذي انشأ الالتزام التضامني باطلاً في الأصل لانعدام الرضا بالنسبة للمدينين جميعاً او لعدم توافر شروط المحل والسبب او لكون العقد قابلاً للإبطال لصالح جميع المدينين بان يكون قد وقع عليهم جميعا إكراه او وقعوا جميعاً في غلط ،او غيره من اوجه الدفع الاخرى .[3]

بينما نجد ان الامر مختلف فيما يتعلق بالتضامن الصرفي اذ ان الملتزم المتضامن يستطيع ان يتمسك في مواجهة الحامل بالدفوع الموضوعية الخاصة به فقط ، اما بالنسبة للدفوع الشخصية الخاصة به فلا يستطيع التمسك بها قبل الحامل حسن النية ، ما لم تكن تلك الدفوع ناشئة عن علاقة الملتزم المدعى عليه بالحامل المدعي ، وبالتالي فلا يستطيع المتضامن صرفياً الادعاء بعدم مشروعية سبب التزامه الصرفي قبل الحامل حسن النية ما لم يكن السبب مذكوراً في الورقة التجارية، كذلك لا يستطيع ان يتمسك بالدفع الناتج عن الغلط في مواجهة الحامل حسن النية لانها تعد من الدفوع الشخصية .

من جهة اخرى فان المتضامن الصرفي لا يستطيع التمسك بالدفوع الموضوعية او الشخصية الخاصة بغيره من الملتزمين استناداً لقاعدة استقلال التواقيع السائدة في الأوراق التجارية [4].

ولم يخرج المشرع التجاري على ذلك الا فيما يتعلق بالضامن حيث أجاز له التمسك ببطلان التزام المضمون لعيب في الشكل دون غيره من الدفوع الأخرى التي يستطيع الملتزم المضمون التمسك بها[5] .

---

[5] تقابلها المادة (٤٢٦) من قانون التجارة المصري النافذ.

[1] د. امين محمد بدر ، الالتزام الصرفي... ، مصدر سابق ، ص٨٠.

[2] د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ... ، ج٣ ، مصدر سابق ، ص٣٠٧.

[1] انظر المادة (٤٧) من قانون التجارة العراقي .

[2] انظر المادة (٨٢) من قانون التجارة العراقي .

رابعا : إن التزام المدينين في التضامن المدني يعد عملاً مدنياً ، أما بالنسبة لالتزام المدينين في التضامن الصرفي فيعد ، وفقاً لنص المادة السادسة من قانون التجارة العراقي [١]، عملاً تجارياً بصرف النظر عن صفة الملتزم ونيته. ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

١. ان أحكام القانون المدني هي التي تسري على التضامن المدني ، اما بالنسبة للتضامن الصرفي فالأصل ان تسري عليه أحكام القانون التجاري فان لم يوجد فيه حكم خاص طبق عليه أحكام القانون المدني وهو ما نصت عليه لمادة الرابعة من قانون التجارة العراقي .[٢]

---

[٣] لم تنص بعض القوانين التجارية،ومنها القانون الأردني الحالي رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ وقانون التجارة اللبناني الحالي الصادر عام ١٩٤٢ وقانون التجارة المصري الحالي رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، على تجارية الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية ، بينما نصت بعض القوانين التجارية على تجارية الأعمال المتعلقة بالحوالة التجارية دون غيرها من أنواع الأوراق التجارية الأخرى كالقانون الفرنسي الحالي الصادر عام ١٩٣٥ (المادة ٦٣٢) والقانون التجاري المصري السابق لعام ١٨٨٣ (المادة ٢ الفقرتان ٤،٦ منه) .
وقد أثار ذلك خلاف كبير بين الفقه حول تجارية او عدم تجارية الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية ، فذهب جانب من الفقه هناك الى إسباغ الصفقة التجارية على الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية بصورة مطلقة وبغض النظر عن صفة القائم بتلك الأعمال ونيته (انظر د.محمود الكيلاني ، القانون التجاري الأردني ، الأوراق التجارية ، دراسة مقارنة ، عمان ، ١٩٩٠ ، ص٤٣، ٣٠٣ . انظر كذلك محمد حسين إسماعيل ، القانون التجاري الأردني (الأعمال التجاري،التاجر،المحل التجاري،العقود التجارية) ، ط١ ، دار عمار ، عمان ،١٩٨٥ ، ص٦٤-٦٩ والقرارات القضائية التي أشار اليها . انظر كذلك د.عبد القادر حسين العطير،= =الوسيط في شرح القانون التجاري ، ج١ ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص٧٧ والقرارات القضائية التي ذكرها) . بينما يذهب جانب اخر من الفقه مؤيدا ببعض القرارات القضائية الى القول بان الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية لا تعد تجارية ما لم تكن موقعة من تاجر او محررة لاعمال تجارية (J.Hamel ,G.Lagarde et Jauffret , Traite de droit commercial , libraire de droit, ١٩٧٤,p.٥٨٧) كذلك د.ادوار عيد ، الاسناد التجارية ، بيروت ، ١٩٦٦ ، ص١٢-١٣ ، ٢٠٨ . انظر كذلك قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ ٢/نوفمبر/١٩٦١ بشان السند للأمر ، منشور في المحاماة ، العدد التاسع ، السنة ٤٢، ١٩٦١، ص٧٧٦ . وانظر بشان الصك قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٨٢/٢/١٥، قضاء النقض التجاري من عام ١٩٣١- عام ١٩٨١ ، اعداد د. احمد حسني ، منشاة المعارف، الاسكندرية ،ص١٠١ . في حين يذهب الغالبية من الفقهاء الى القول بضرورة اعتبار الاعمال المتعلقة بكل من الحوالة والسند للامر عملا تجاريا مطلقا اما الاعمال المتعلقة بالصك فانها لا تعد عملا تجاريا الا اذا كان محررا لعمل تجاري. (د.مصطفى كمال طه ، اصول القانون التجاري ، ج١، الدار الجامعية ، لبنان ، بدون سنة طبع ، ص٦٧-٦٨ . د. علي البارودي ، القانون التجاري اللبناني ، ج١، لبنان ، ١٩٧٢ ، ص٧٥-٧٦) .

ونحن نرى ان اتجاه المشرع لعراقي بالنص على تجارية الاعمال المتعلقة بالاوراق التجارية هو اوفق الاتجاهات ويجدر ببقية القوانين في الدول الاخرى (فرنسا ، مصر ، الاردن ، لبنان) ان تحذو حذو المشرع العراقي وتنص على تجارية الاعمال المتعلقة بالاوراق التجارية بصورة مطلقة، وذلك لاهمية الاوراق التجارية في الحياة العملية ولان نصوص القانون التجاري هي التي تنظم احكامها فكان لابد من اعتبارها عملا تجاريا .

[١] تنص المادة الرابعة من قانون التجارة العراقي على انه "اولا : يسري هذا القانون على النشاط الاقتصادي للقطاع الاشتراكي والمختلط والخاص . ثانيا : يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشانها حكم خاص في هذا القانون او في اي قانون خاص اخر" .

٢. ان سعر الفائدة القانونية في المسائل التجارية هو ٥% بينما هو في المسائل المدنية ٤% اما بالنسبة لسعر الفائدة الاتفاقية فيجب ان لا يزيد على ٧% (بالنسبة للقانون المدني العراقي) كما ان سريان الفائدة في الأوراق التجارية يكون ابتداءً من تاريخ الاستحقاق بينما تسري الفوائد القانونية في الالتزام المدني ابتداءً من تاريخ المطالبة القضائية ، وهو ما قضت به المادة (١٧١) من القانون المدني العراقي بالقول "اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتاخر المدين في الوفاء به كان ملزما بان يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التاخير فوائد قانونية قدرها اربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ان لم يحدد الاتفاق او العرف التجاري تاريخاً اخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره"[١]. وقد نصت المادة (١٠٧) من قانون التجارة العراقي على انه "اولا : لحامل الحوالة مطالبة من له حق الرجوع عليه بما ياتي : ..... ب- الفوائد القانونية ابتداءً من تاريخ الاستحقاق"[٢] .

٣. في الالتزام المدني قد يمنح القاضي المدين المعسر اجلاً للوفاء بدينه اذا استدعت حالته الرأفة ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم ولم يوجد في نص القانون يمنع ذلك ، وهو ما نصت عليه المادة (٣٩٤) من القانون المدني العراقي [٣]. اما فيما يتعلق بالقانون التجاري فانه بالاصل قد منع القضاء من اعطاء المدين بالالتزام الصرفي مهلة للوفاء وهذا ما نصت عليه المادة (١٨٣) من قانون التجارة العراقي بالقول: "لا يجوز للمحاكم ان تمنح مهلاً للوفاء بقيمة الورقة التجارية او القيام باي اجراء متعلق بها الا في الاحوال التي ينص عليها القانون"[٤]. الا ان القانون التجاري قد اورد استثناء على هذا الاصل حيث اجاز لكل ضامن عند رجوع الحامل عليه قبل ميعاد الاستحقاق بسبب صدور حكم باعسار المسحوب عليه سواء أكان قابلاً للحواله التجارية ام غير قابل لها او بسبب وقوف المسحوب عليه عن الدفع ولو لم يثبت ذلك بحكم ام حجز امواله حجزاً غير مجدٍ واو بسبب اعسار ساحب الحواله المشروط عدم تقديمها للقبول ان يطلب من

اما القانون التجاري المصري الحالي فقد نص في المادة الثانية على انه " ١-تسري على المواد التجارية احكام الاتفاق بين المتعاقدين ، فاذا لم يوجد هذا الاتفاق ، سرت نصوص هذا القانون او غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية ، ثم قواعد العرف التجاري والعادات التجارية ، فاذا لم يوجد عرف تجاري او عادة تجارية وجب تطبيق احكام القانون المدني" .

[١] تقابلها المادة (٢٢٦) من القانون المدني المصري .

[٢] تقابلها المواد (٤٨) من قانون جنيف لعام ١٩٣٠ ، (٤٥) من قانون جنيف الموحد لعام ١٩٣١ ؛ (١٥٢) من القانون التجاري الفرنسي ، (٤٤٣،٥٢٢) من قانون التجارة المصري النافذ ، (١٨٦) من قانون التجارة الاردني .

[٣] تنص المادة (٣٩٤) من القانون المدني العراقي على انه "٢- فاذا لم يكن الدين مؤجلا اوحل اجله وجب دفعه فورا . ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة اذا لم يمنعها نص في القانون ان تنظر المدين الى اجل مناسب اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم".

[٤] تقابلها المادة (٥٤٧) من قانون التجارة المصري النافذ.

المحكمه التي يقع في منطقتها مقامه ، وخلال ثلاثة أيام من تاريخ الرجوع عليه ، منحه مهلة للوفاء ، فان رأت المحكمة ان هناك مبرراً لمنح المهلة حددت بقرار بات الميعاد الذي يجب فيه الوفاء بشرط ان لايجاوز التاريخ المعين للاستحقاق[١].

خامساً: في التضامن المدني إذا اوفى احد المدنيين المتضامنين بالدين كله فلا يستطيع الرجوع على باقي المدينين الا بقدر حصة كل واحد منهم في الدين، وهو ما نصت عليه المادة (٣٣٤) من القانون المدني العراقي بالقول "١- لمن قضى الدين من المدينين المتضامنين الرجوع على الباقين بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه كل بقدر حصته. ٢- فان كان احد منهم معسراً تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذي وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين كل بقدر حصته"[٢] .

اما في التضامن الصرفي فان الامر مختلف ذلك لان قيام احد الملتزمين المتضامنين في الوفاء يعني اعطاء الحق للموفي بالرجوع على الملتزمين السابقين عليه منفردين او مجتمعين بكل المبلغ الذي دفعه اضافة إلى ملحقاته من الفوائد والمصاريف وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٨) من قانون التجارة العراقي النافذ[٣].

الفرع الثاني: تمييز التضامن الصرفي من التضامن في المسؤولية التقصيرية:

لقد نص القانون المدني العراقي بالفصل الخاص بالعمل غير المشروع على تضامن المسؤولين عن العمل غير المشروع عند تعددهم وصدور خطأ منهم ينتج عنه اصابة غيرهم بضرر ، حيث قضت المادة (٢١٧)[٤] من على انه "إذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض

---

[٢] انظر المواد (١٠٢) من قانون التجارة العراقي ، (٤٣٨) من قانون التجارة المصري.

[١] تقابلها المواد (٢٩٧) من القانون المدني المصري، (٤٣٩) من القانون المدني الاردني.

[٢] تنص المادة (١٠٨) من قانون التجارة العراقي على انه "يجوز لمن وفى الحوالة مطالبة ضامنيه بما ياتي: اولا: المبلغ الذي اوفاه ، ثانيا: فوائد هذا المبلغ محسوبا من يوم الوفاء بالسعر القانوني، ثالثا: المصاريف التي تحملها" ، وهذا ما نصت عليه ايضا المواد: (٤٩) من قانون جنيف الموحد الخاصة بالحوالة والسند للامر، (٤٦) من قانون جنيف الموحد الخاص بالصك ، (١٥٣) من القانون التجاري الفرنسي، (٤٤٤ ، ٥٢٣) من قانون التجارة المصري النافذ ، (٥٧) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي ، (٧١) من اتفاقية الاونسيترال العام ١٩٨٨.

[٣] تقابلها المادة (١٦٩) من القانون المدني المصري ، اما القانون المدني الفرنسي فانه لم يورد نصاً يقرر التضامن بين المسؤولين تقصيرياً.

الضرر دون تمييز بين الفاعل الاصلي والشريك والمتسبب"[١] . وبهذا يعد التضامن في المسؤولية التقصيرية صورة من صور التضامن القانوني ، إذ ان القانون هو الذي افترضه ، وهو بهذا يتفق مع التضامن الصرفي ، ولكن مع ذلك فانه يوجد بين النظامين فروقات عدة يمكن اجمالها بالاتي:

اولاً: التضامن الصرفي نظام خاص بالاوراق التجارية لذلك يشترط لتطبيقه وجود ورقة تجارية مستوفية لبياناتها الالزامية التي حددها المشرع التجاري فان فقدت احدى تلك البيانات اصبحت سندا عاديا ومن ثم تعذر تطبيق احكام التضامن الصرفي[٢] .

اما في المسؤولية التقصيرية فيشترط لقيام التضامن بين المسؤولين المتعددين فيها توافر الشروط الاتية:

١. ان يكون كل واحد من الفاعلين المتعددين قد ارتكب خطأ، ولايشترط في تلك الاخطاء ان تقع في وقت واحد كما لايعتد بدرجة جسامة الخطأ المنسوب إلى كل من المسؤولين وقد يكون بعضها عملاً والاخر امتناعاً عن عمل وقد يكون بعضها ثابتاً وبعضها مفترضا كما قد يكون بعضها جنائياً والبعض الاخر من تلك الاخطاء مدنياً[٣] .

٢. ان تساهم الاخطاء التي صدرت من الفاعلين المتعددين في احداث ما وقع من ضرر، أي ان تتوافر علاقة سببية مباشرة بين خطأ كل من المسؤولين والضرر برمته فاذا اطلق جماعة من الصيادين (خطأً) بنادقهم في وقت واحد فاصيب احد المارة برصاصة من احدهم، فان الباقين لايكونون مسؤولين معه بالتضامن، لان الاخطاء التي وقعت منهم لم تكن سبب في احداث الضرر بل لايكونون مسؤولين اصلاً لانهم لم يحدثوا ضرراً ما[٤].

٣. ان يكون الضرر الذي احدثه كل منهم بخطئه هو ذات الضرر الذي احدثه الاخرون وهو مايعبر عنه بوحدة الضرر[٥] ؛ فاذا سرق احد اللصوص عجلة سيارة وجاء لص اخر فسرق من السيارة بعض الالات لم يكن اللصان متضامنين، لان كل منهما احدث بخطئه ضررا غير الضرر الذي احدثه الاخر.

ثانياً: في المسؤولية التقصيرية لايشترط لمساءلة الشخص المسؤول تقصيرياً ان يكون بالغاً سن الرشد ، بل يلاحظ على المشرع المدني انه قد نص على مسؤولية الصبي المميز او غير المميز عن تعويض ما احدثه من ضرر. وهو ماقضت به المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي بالقول "١- إذا أتلف صبي مميز او غير

---

[١] انظر قرار محكمة النقض المصرية بالطعن رقم ٩٢٤ بتاريخ ١٩٨١/١١/١٢، فتحية محمود قرة، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض (الدائرة المدنية) في خمس سنوات من ١٩٧٩ – ١٩٨٤ ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ج١ ، ص ١٨٣.

[٢] د. هشام فرعون ، مصدر سابق ، ص ٧٩.

[٣] د. احمد شوقي عبد الرحمن، الالتزام التضامني للمسؤولين تقصير اً في مواجهة المضرور، المطبعة العربية الحديثة ، القاهرة ، ١٩٨٠ ، ص٩.

[١] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ...، ج١ ، مصدر سابق ، ص١٠٤٨.

[٢] د. حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج١ (الضرر)، شركة التايمس للطبع والنشر ، بغداد ، بدون سنة طبع ، ص ٣٤١.

مميز او من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان في ماله. ٢- واذا تعذر الحصول على التعويض من اموال من وقع منه الضرر ان كان صبيا غير مميز او مجنون، جاز للمحكمة ان تلزم الولي او القيم او الوصي بمبلغ التعويض على ان يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر"[١] . وعليه فان من الممكن تصور وجود شخص ناقص الاهلية بين المتضامنين في المسؤولية التقصيرية ، اما بالنسبة للاوراق التجارية فان الامر مختلف حيث يشترط لالزام الموقع عليها ان يكون كامل الاهلية ولم يعتريه أي عارض من عوارض الاهلية ، فان كان بين الملتزمين صرفيا موقع ناقص او عديم الاهلية فان التزامه يكون باطلاً ، ومن ثم يتعذر تصور وجود ناقص الاهلية او عديمها بين المتضامنين صرفياً.

ثالثاً: ان التضامن الصرفي ليس من النظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على استبعاد احكامه بشرط صريح يتم ادراجه في الورقة التجارية يطلق عليه شرط عدم التضامن[٢]. اما بالنسبة للمسؤولية التقصيرية ، فان احكامها تعد من النظام العام[٣] ومن ثم لايجوز الاتفاق على مايخالفها ، وقد تقرر في المادة (٢٥٩)[٤] من القانون المدني العراقي بطلان كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع ، فيؤدي هذا النص إلى بطلان الاتفاق على تخفيف المسؤولية التقصيرية ولو انه جاء خالياً من الاشارة إلى اتفاقات التخفيف. وقد علل الفقهاء ذلك بالقول ان المشرع المدني لم يكن في الواقع بحاجة لذكر اتفاقات التخفيف من المسؤولية إذ يشملها حكم اتفاقات الإعفاء ولايمكن اخراج اتفاقات التخفيف من نطاق المادة (٢٥٩) تأسيساً على ان تخفيف المسؤولية ما هو الا اعفاء جزئي من المسؤولية ومن ثم يقع باطلاً كل شرط يقضي بالتخفيف من احكام المسؤولية التقصيرية[٥] ولما كان الاعفاء من التضامن يعد صورة من صور التخفيف من المسؤولية التقصيرية لذا فلايجوز الاتفاق على استبعاد التضامن بين المسؤولين تقصيرياً[٦] .

رابعاً: في الاوراق التجارية يوجد تضامن خارجي لمصلحة الدائن (حامل الورقة التجارية) وتضامن داخلي لمصلحة الموفي بقيمة تلك الورقة[٧] ، وعليه فان قيام احد الملتزمين بوفاء قيمة الورقة التجارية يمكنه من الرجوع على جميع الملتزمين السابقين عليه بكل المبلغ الذي اوفاه اضافة إلى الفوائد القانونية والمصاريف[٨] . الا ان الامر مختلف في المسؤولية التقصيرية حيث تسري احكام

---

[٣] تقابلها المادة (١٦٤) من القانون المدني المصري.

[١] د. مصطفى كمال طه ، الاوراق التجارية والافلاس في القانون اللبناني ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٧٥ ، ص١٤٥.

[٢] انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٥ ، ص ٥٥٣.

[٣] تقابلها العبارة الاخيرة من المادة (٢١٧) من القانون المدني المصري.

[٤] د. محمود جمال الدين زكي ، اتفاقات المسؤولية ، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٦١،ص ١١٧. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ... ، مصدر سابق ، ج١ ، ص ١١٠٧.

[٥] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ... ، مصدر سابق ، ج٣ ، ص ٢٧٦.

[٦] د. مصطفى كمال طه ، الاوراق التجارية ... ، مصدر سابق ، ص ١٤٢.

[١] انظر المادة (١٠٨) من قانون التجارة الفرنسي ، (٥٧) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي، (٧١) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨.

التضامن فقط في علاقة المضرور بالمسؤولين المتعددين اما في علاقة المسؤولين بعضهم ببعض فلايوجد بينهم تضامن وعليه فانه إذا قام احد المسؤولين بدفع كل مبلغ التعويض إلى المضرور جاز له الرجوع على المسؤولين الاخرين كل بمقدار نصيبه في التعويض[١] . وقد نص القانون المدني العراقي على ذلك في الفقرة الثانية من المادة (٢١٧) بالقول على انه "ويرجع من دفع التعويض باكمله على كل من الباقين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الاحوال وعلى قدر جسامة التعدي الذي وقع من كل منهم فان لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي".

وهو نفس المعنى الذي نصت عليه المادة (١٦٩) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها "إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي الا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض" .

الفرع الثالث: تمييز التضامن الصرفي من الكفالة التضامنية :

الكفالة لغةً مشتقة من الفعل كفَلَ – يكْفِل ويراد بها معانٍ عدة منها : الاول هو القيام بالاعالة والتربية والانفاق وهو المقصود من قوله تعالى (وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا)(آل عمران: من الآية٣٧) . والثاني هو الضمان[٢] ومنها قوله تعالى (إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً وَلِيَ نَعْجَةٌ وَاحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفِلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ) (صّ:٢٣). ويبدو ان الكفالة قد استعملت بالمعنى الثاني في الاصطلاح القانوني ويمكن ملاحظة ذلك من تعريف المشرع العراقي للكفالة في المادة (١٠٠٨) من القانون المدني والتي جاء فيها ان : "الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام" [٣] .

والاصل في الكفالة انها لاتكون تضامنية ، بمعنى ان الكفيل لايكون ملزماً بمبلغ الدين الذي كفله الا إذا لم يفِ به المدين نفسه لذلك وجب على الدائن الرجوع اولا على المدين فان عجز الاخير عن الوفاء جاز للدائن الرجوع على الكفيل ؛ ويجوز باتفاق المتعاقدين او بنص في القانون على جعل الكفالة تضامنية بين الكفيل والمدين وفي هذه الحالة يكون الكفيل ملزماً بالوفاء ، دون ان يستطيع دفع المطالبة (إذا ما وجهت اليه اولاً) بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين او دفع اجراءات التنفيذ على امواله بحق التجريد او طلب تقسيم المطالبة بينه وبين غيره من الكفلاء[٤]. وهذا ما قضت به المادة (١٠٢١) من القانون المدني العراقي[٥] ، لذلك

---

[٢] د. حسن علي الذنون ، المبسوط ... ، مصدر سابق ، ص ٣٥٦ – ٣٥٧.

[٣] جبران مسعود ، الرائد ، مصدر سابق ، المجلد الثاني ، ص ١٢٤٨.

[١] اما المادة (٧٧٢) من القانون المدني المصري فقد عرفت الكفالة بانها: "عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفسه".

[٢] د. سليمان مرقس ، عقد الكفالة ، ط١ ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٨، ص٩٦.

[٣] تنص المادة (١٠٢١) من القانون المدني العراقي على انه "يفرض في الكفالة انها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين بالدين مالم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط او كان قد تضامن مع المدين" وهو ذات المبدأ الذي قررته محكمة التمييز العراقية في قرارها ذو الرقم ١٧٣/ حقوقية ثالثة / ١٩٦٩ بتاريخ ١٩٦٩/١٢/٣١ ، قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد السادس ، ص٣٨٤.

فان الكفالة التضامنية تخول الدائن ضماناً اوفى من الكفالة العادية[١] وهي بذلك تجمع بعض مزايا التضامن الصرفي من حيث وجود المسؤولية التضامنية في كل منهما بحيث يكون امام الدائن اكثر من ملتزم يستطيع الرجوع عليهم بصورة منفردة او مجتمعة دون ان يكون لاي منهم دفع الدائن بضرورة تجريد المدين المكفول .

ولكن مع ذلك فثمة اختلافات توجد بين النظامين يمكن ادراج اهمها بالاتي:

اولاً: ان مصدر التضامن الصرفي هو نص القانون، في حين ان مصدر التضامن في الكفالة التضامنية هو الاتفاق او نص القانون ، إذ ان الاصل (كما ذكرنا) ان لا تضامن بين الكفيل والمدين المكفول وهو ما نصت عليه المادة (١٠٣٠) من القانون المدني العراقي بالقول "١- لاتضامن بين الكفيل والمدين مالم يشترط ذلك في عقد الكفالة او عقد منفصل. ٢- اما في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية فيكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين".

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية في العديد من قراراتها على عدم امكانية افتراض التضامن بين المدين وكفيله ما لم يشترط ذلك في عقد الكفالة[٢] .

يضاف إلى ذلك فارق اخر مفاده انه في حالة تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد، فان الدين يقسم عليهم ولايجوز للدائن مطالبة كل كفيل الا بقدر نصيبه في الكفالة[٣] ، مالم يتنازل الكفلاء عن حق التقسيم سواء اكان ذلك بالسكوت عن التمسك به الى ان يحكم عليه بكل الدين ام بقبول الكفيل الالتزام بالتضامن مع المدين إذ ان تضامنه مع المدين يفيد التزامه وحده بكل الدين ، ام بقبول تضامنه مع بقية الكفلاء ولو لم يكونوا متضامنين مع المدين لان تضامنهم فيما بينهم يجعل كل واحدا منهم مسؤولاً عن كل الدين ويحرمه من حق التقسيم[٤] ، اما في الاوراق التجارية فان تعدد الملتزمين من درجة واحدة يجعلهم متضامنين في مواجهة الدائن (حامل الورقة التجارية) ومن ثم فان كل منهم يكون مسؤولاً عن كل الدين الصرفي .

ثانيا: في التضامن الصرفي يكون الدائن (الحامل) ملزم بمطالبة المسحوب عليه (بالنسبة للحوالة التجارية والصك) او المحرر (بالنسبة للسند للامر) اولاً فان امتنع عن الوفاء جاز له الرجوع على باقي المتضامنين ليطالبه بقيمة الورقة التجارية بعد اثبات امتناع المسحوب عليه او المحرر عن الوفاء عن طريق عمل احتجاج عدم

---

[٤] ابو اليزيد علي المتيت ، الكفالة التضامنية ، بحث منشور في مجلة المحاماة ، العدد التاسع ، السنة التاسعة والثلاثون ، ١٩٥٩ ، ص ١٢٧١.

[١] انظر قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٨١٣/حقوقية /١٩٦٢ بتاريخ ١٩٦٢/٥/٣١، مجلة القضاء ، العدد الرابع ، السنة الحادية والعشرون ، ١٩٦٦ ، ص ١٢٠ ، كذلك قرارها رقم ١٤٧٥ /حقوقية /١٩٦٨ بتاريخ ١٩٦٩/١٠/٢٠ ، قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد السادس، ص٣٨٦. كذلك قرارها رقم ١٧٣ /حقوقية ثالثة /١٩٦٩ بتاريخ ١٩٦٩/١٢/٣١ ، قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد السادس ، ص٣٨٤.

[٢] انظر المادة (١٠٢٤) من القانون المدني العراقي والمقابلة للمادة (٧٩٢)من القانون المدني المصري ، اما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فانه قد نص في المادة (٢٠٢٦) على انه إذا التزم عدة اشخاص بصفة كفلاء لمدين واحد بدين واحد فانهم يكونون ملزمين كلا منهم بجميع الدين ، ثم اردف ذلك بان نص في نفس المادة على ان لكل من الكفلاء الحق في طلب التقسيم عند مطالبته بكل الدين مالم يكن متضامناً مع غيره من الكفلاء او متنازلا عن حق التقسيم.

[٣] د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص ١٠٨.

الوفاء . اما في الكفالة التضامنية فان للدائن الحرية في البدء بمطالبة المدين او الكفيل المتضامن او مطالبتهما معاً وهو مانصت عليه المادة (١٠٣١) من القانون المدني العراقي بالقول "إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين فالدائن مخير في المطالبة ان شاء طالب المدين وان شاء طالب الكفيل ..." .

ثالثا: في الكفالة التضامنية يكون التزام الكفيل تابعا لالتزام المدين المكفول[١] وقد جاء باحدى قرارات محكمة النقض المصرية بان "التزام الكفيل متضامنا كان او غير متضامن هو التزام تابع لالتزام المدين الاصلي"[٢] . اما في التضامن الصرفي فان التزام كل موقع على الورقة التجارية مستقل عن التزامات غيره من الموقعين الاخرين استنادا لمبدأ استقلال التواقيع السائد في الاوراق التجارية ، ويترتب على ذلك النتائج الاتية :

١. يترتب على بطلان التزام المدين المكفول ، في الكفالة التضامنية ، بطلان التزام الكفيل اما بالنسبة للاوراق التجارية فالاصل فيها ان بطلان التزام احد الموقعين عليها لايترتب عليه بطلان التزام غيره من المتضامنين الصرفيين ، وهو ماقضت به المادة (٤٧) من قانون التجارة العراقي بالقول "إذا حملت الحوالة توقيعات اشخاص ليس لهم اهلية الالتزام بها او توقيعات مزورة او لاشخاص وهميين او توقيعات غير ملزمة لاسباب اخرى لاصحابها او لمن وقعت الحوالة باسمائهم ، فان التزامات غيرهم من الموقعين عليها تبقى مع ذلك صحيحة"[٣] . وقد خرج المشرع التجاري على هذا الاصل في حالة الضامن إذ رتب على بطلان التزام المضمون لعيب في الشكل بطلان التزام الضامن [٤] ؛ وهذا مايمكن استخلاصه من مفهوم المخالفة لنص المادة (٨٢) من قانون التجارة العراقي والتي جاء فيها "ويكون التزام الضامن صحيحا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لاي سبب غير عيب في الشكل"[٥] .
٢. في الكفالة التضامنية للكفيل ان يتمسك بجميع الدفوع الخاصة به والناتجة عن عقد الكفالة وبجميع الدفوع الخاصة بالمكفول ومن ثم فانه يستطيع ان يتمسك في مواجهة الدائن ببطلان التزامه او ببطلان التزام المدين لانعدام الرضا او لعيب في الشكل او لعدم توافر شروط المحل او لعدم مشروعية السبب او لاي سبب اخر من اسباب بطلان الالتزام[٦] . اما في الاوراق التجارية فان الامر مختلف إذ ان المتضامن الصرفي لايستطيع التمسك بالدفوع الشخصية الخاصة به قبل الحامل حسن النية استنادا لقاعدة تطهير الدفوع ، فضلا عن

---

[١] د. ابو اليزيد علي المتين ، مصدر سابق ، ص١٢٧٣.
[٢] قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٧٦/٣/١٥ ، احمد حسني ، مصدر سابق، ص ٤٠٨.
[١] تقابلها المواد (١١٤) من القانون التجاري الفرنسي ، (٣٨٦) من قانون التجارة المصري.
[٢] للتفصيل انظر : المختار بكور ، تبعية التزام الضامن الاحتياطي وقاعدة عدم التمسك بالدفوع ، بحث منشور في المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد ، العدد الثامن عشر ، ١٩٨٥ ، ص ١٠.
[٣] تقابلها المواد (٣٢) من قانون جنيف الموحد ، (١٦٣) من قانون التجارة الاردني.
[٤] د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١٠، في التامينات الشخصية والعينية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠، ص ١٥١.

عدم امكانيته في التمسك بالدفوع الشخصية او الموضوعية الخاصة بغيره من المتضامنين الصرفيين استنادا لمبدأ استقلال التواقيع[١] باستثناء حالة الضامن فيما يتعلق بالدفع بالبطلان تبعا لبطلان التزام المضمون لعيب في الشكل .

رابعاً: ان محل التزام المتضامنين صرفياً هو مبلغ من النقود لان محل الورقة التجارية يجب ان يكون دائما مبلغا من النقود والا انقلبت إلى سند عادي ، في حين يلاحظ ان المحل في الكفالة التضامنية يمكن ان يكون اعطاء شيء او عملاً او امتناعاً عن عمل بمعنى انه لايشترط ان يكون دينا نقديا ما دام يمكن تقديره بصورة نقديه او يترتب على عدم تنفيذه الحكم بالتعويض[٢] .

خامساً: ان الكفالة التضامنية تعد مدنية وان كان الكفيل تاجراً وهو ماقضت به المادة (١٠١٦) من القانون المدني العراقي بالقول "كفالة المدين في دين تجاري تعتبر كفالة مدنية حتى لو كان الكفيل تاجراً" ، في حين ان التزام المتضامنين الصرفيين يعد عملاً تجارياً ، وهو ما نصت عليه المادة (١٠١٦) من القانون المدني العراقي واكدته المادة (٦) من قانون التجارة العراقي [٣] ، ينتج عن ذلك فروق عدة بين النظامين من حيث القانون الذي يحكمهما او من حيث سعر الفائدة القانوني او من حيث جواز او عدم جواز اعطاء مهلة قضائية ... وحسب التفصيل الذي ذكرناه عند تناولنا لمسالة تمييز التضامن الصرفي من التضامن المدني .

سادساً: ان الكفيل المتضامن ملزم بحدود كفالته[٤] ، ومن ثم فلايمكن مطالبته مطالبته باكثر من ذلك. واذا ادى الكفيل ما كفل به من ماله فله الرجوع على المدين بما ادى بموجب الدعوى الشخصية المستندة إلى الكفالة او الاثراء بلا سبب، كما يستطيع ان يرجع بموجب دعوى الحلول محل الدائن[٥] . اما إذا كان التضامن حاصلا بين الكفلاء انفسهم ففي هذه الحالة لايرجع الكفيل المتضامن (إذا ادى المبلغ الذي التزم به للدائن) بكل ما اداه على سائر الكفلاء بل يرجع بحصته في الدين

---

[٥] تنص المادة (٥٧) من قانون التجارة العراقي على انه "ليس لمن اقيمت عليه دعوى بحوالة ان يحتج على حاملها بالدفوع المبنية على علاقاته الشخصية بساحبها او بحامليها السابقين مالم يكن الحامل وقت حصوله على الحوالة قد تصرف بقصد الاضرار بالمدين" وتطبيقا لذلك قضت= =محكمة التمييز العراقية بانه "لاتسمع تجاه الحامل الدفوع المبنية على العلاقات الشخصية مع المظهر الا إذا قصد الحامل الاضرار بالمدين وقت حصوله على الورقة" قرار رقم ١٣٦٣ /مدنية رابعة/١٩٧٦ بتاريخ ١٩٧٦/٦/٢٠ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة الثامنة ، ص ٩٠. كذلك قرارها رقم ٣٤٨ /مدنية اولى /١٩٨٩ بتاريخ ١٩٩٠/١/١١ ، ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز ، القسم التجاري ، مطبعة الجاحظ ، بغداد ، ١٩٩٤ ، ص٢٣.

[١] د. محمد علي عرفة ، التقنين المدني الجديد (شرح مقارن على النصوص) ، ط٢ ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٥٥، ص ٥٦٨.

[٢] نصت المادة (١٠١٦) من القانون المدني العراقي في فقرتها الثانية "على ان الكفالة الناشئة عن ضمان الاوراق التجارية ضماناً احتياطيا او عن تظهير هذه الاوراق تكون دائما كفالة تجارية" اما المادة (٦) من القانون التجاري العراقي فانها نصت على انه "يكون انشاء الاوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها عملا تجاريا بصرف النظر عن صفة القائم بها ونيته" .

[١] انظر قرار محكمة التمييز الاردنية رقم ١٩٥٩ / حقوقية /١٩٩٩ بتاريخ ٢٠٠٠/٢/٢٦ ، المجلة القضائية ، السنة الرابعة ، العدد الثاني ، شباط ٢٠٠٠، ص ٢٣٧-٢٣٨.

[٢] انظر المواد (١٠٣٣) من القانون المدني العراقي ، (٧٩٩) من القانون المدني المصري .

وبنصيبه في حصة المعسر منهم[١] . اما في التضامن الصرفي فان اداء احد الملتزمين المتضامنين مبلغ الورقة التجارية للحامل يخوله الرجوع بموجب الدعوى الصرفية على جميع الموقعين السابقين عليه بالمبلغ الذي اداه وبفوائده القانونية من تاريخ الاستحقاق اضافة إلى المصاريف التي تحملها.

الفرع الرابع: تمييز التضامن الصرفي من التضامم:

التضامم[٢] يعني مسائلة عدة اشخاص مسؤولية كاملة تجاه الدائن من غير تضامن بينهم[٣] ، وهو نظام ابتدعه الفقه والقضاء الفرنسيان نتيجة لاغفال المشرع الفرنسي النص على التضامن بين المسؤولين عن العمل غير المشروع[٤] ، ويتفق نظام التضامم مع التضامن الصرفي في ان كلا منهما يقوم على وحدة محل الالتزام وتعدد الروابط بحيث يكون كل مدين في كليهما مسؤولا عن كل الدين قبل نفس الدائن وان وفاء احد المدينين يبرء سائر المدينين الاخرين وان في ايا منهم لايستطيع الملتزم التمسك باوجه الدفع الخاصة بغيره من الملتزمين .

ولكن مع ذلك يختلف التضامن الصرفي عن التضامم من عدة جوانب يمكن اجمال اهمها بالاتي :

اولا: ان من مقتضى التضامم ان يكون مصدر الدين متعددا[٥] ، ولايشترط ان ان يكون مصدر التزام المتضامين متماثلا . فقد يكون مصدر التزامهم عقدا او عملا غير مشروع او ان يكون مصدر التزام بعضهم عقدا في حين يكون مصدر التزام البعض الاخر عملا غير مشروع مثال ذلك ان كلا من شركة التامين والمؤمن له مسؤولان في مواجهة المضرور بتعويضه عن كامل الضرر الناتج عن فعل المؤمن له ولاشك ان مصدر التزام شركة التامين هو عقد التامين في حين ان مصدر التزام المؤمن له هو العمل غير المشروع[٦] . والى هذا المعنى ذهبت محكمة النقض المصرية في احدى قراراتها بالقول "إذا كان الحكم قد اعتبر الشركة الطاعنة (شركة التامين) ملزمة بالتعويض بموجب عقد التامين المبرم بينهما وان الشركة المطعون

---

[٣] انظر نص المادة (١٠٣٢) من القانون المدني العراقي والمقابلة للمادة (٧٩٦) من القانون المدني المصري .

[٤] التضامم لفظ مشتق لغة من الفعل :ضم – يضم وهو بمعنى الانضمام والاجتماع ، يقال تضامّ القوم أي انضم بعضهم إلى بعض ومنها قول ابي ذؤيب :

فالفى القوم قد شربوا فضموا امام القوم منطقهم نسيف

أي انهم اجتمعوا وضموا اليهم دوابهم ورحالهم وقد حذف هنا المفعول به (محمد بن مكرم بن منظور الافريقي ، مصدر سابق ، المجلد ١٢ ، ص ٣٥٨).

[٥] د. انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، ج٢ ، احكام الالتزام ، دار المعارف ، مصر ، ١٩٦٢ ، ص ٢٨٣.

[١] د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ... ، مصدر سابق ، ج١ ، ص ١٠٥٣ ، هامش رقم١. د. ابراهيم الدسوقي ، الاعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٥، ص ٣٨٤.

[٢] د. عز الدين الدناصوري و د. عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص ٥٠٢.

[٣] للمزيد من الامثلة حول التضامم يمكن الرجوع إلى د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ... ، مصدر سابق ، ج٣ ، ص ٢٨٨-٢٩٣.

ضدها الثانية ملزمة به نتيجة الفعل الضار فانهما تكونان ملتزمتين بدين واحد له مصدران مختلفان ومن ثم تتضامم ذمتهما في هذا الدين دون ان تتضامن إذ ان الالتزام التضامني يقتضي وحدة المصدر"[١] .

اما في الورقة التجارية فان مصدر الالتزام الصرفي للمدينين المتضامنين واحدا وهو التوقيع على الورقة التجارية[٢] . تجدر الاشارة هنا إلى ان هناك جانبا من فقهاء القانون التجاري ممن يرون ان مصدر التزام الموقعين على الورقة التجارية يعتبر متعددا بحيث يكون لكل ملتزم صرفي مصدر دين مستقل عن مصدر ديون الاخرين مما يدعو للقول بان الملتزمين صرفيا هم متضامون لامتضامنون[٣] . والواقع ان هذا الراي محل نظر ذلك لان مصدر الالتزام الصرفي واحدا وهو التوقيع على الورقة التجارية والذي يختلف من ملتزم لاخر هو سبب الالتزام الصرفي وليس مصدر ذلك الالتزام .

ثانياً: اساس التضامن الصرفي هو نص القانون[٤] ، في حين ان اساس التضامم هو طبيعة الاشياء ذاتها التي جعلت من عدة اشخاص ملتزمين تجاه الدائن باداء مماثل ويرجع ذلك إلى تعاصر التزامات هؤلاء الملتزمين ، ففي مثال عقد التامين (الذي ذكرناه) نجد ان شركة التامين ملزمة بموجب عقد التامين بدفع مبلغ التامين للمضرور والمؤمن له (مرتكب الفعل الضار) ملزم بدفع المبلغ ذاته للمضرور فيكون للاخير ان يرجع على أي منهما بكل مبلغ التعويض دون ان يكون بينهما تضامن تجاهه.

ثالثا: للدائن في التضامن الصرفي الرجوع على المتضامنين صرفيا بالدعوى الصرفية بعد مطالبة المسحوب عليه وعمل احتجاج لعدم الوفاء ، اما في التضامم فللدائن الرجوع على أي من المتضامين كل بحسب مصدر دينه ، بحيث يستطيع ان يرجع بموجب المسؤولية العقدية على من يكون مصدر التزامه عقدا ، وبموجب المسؤولية التقصيرية على من يكون مصدر التزامه عملا غير مشروع.

رابعاً: في التضامن الصرفي توجد نيابة تبادلية فيما ينفع لا فيما يضر المدينين المتضامنين[٥] ، في حين انه لاتوجد مصلحة مشتركة بين الملتزمين المتضامين لان مصدر الالتزام التضاممي متعدداً فتنعدم المصلحة المشتركة بين المتضامين وبالتالي فلا تكون هناك نيابة متبادلة بينهم[٦] ، مما دعا بعض فقهاء القانون المدني إلى القول بان مركز المدين المتضامم هو اسوأ من مركز المدين

---

[٤] قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٦٦/٢/٢٧ ، نقلا عن د. عز الدين الدناصوري و د. عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص ٥٠٧.

[١] د. عبد الله محمد العمران ، مصدر سابق ، ص ١٨٥.

[٢] د. علي جمال الدين عوض ، الاوراق التجارية وعمليات البنوك ، القاهرة ، ١٩٧٣، ص ٢٩٧.

[٣] انظر المادة (١٠٦) من قانون التجاري العراقي والمقابلة للمواد (٤٧) من قانون جنيف الموحد لعام ١٩٣٠، (٤٤) من قانون جنيف الموحد لعام ١٩٣١ ، (١٥١) من القانون التجاري الفرنسي، (٤٤٢ ، ٥٢١) من قانون التجارة المصري النافذ ، (٦٩) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[١] د. حافظ محمد ابراهيم ، القانون التجاري العراقي ، ط١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٥، ص٢٢٣.

[٢] د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ... ، مصدر سابق ، ج٣ ، ص ٢٨٧. د. حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، مصدر سابق ، ص ٣٥٢.

المتضامن ومناط ذلك وجود النيابة التبادلية لمصلحة المتضامنين في التضامن وعدم وجود ها في الالتزام التضاممي[١] .

خامساً: في التضامن الصرفي إذا وفى احد المتضامنين بمبلغ الورقة التجارية فله الرجوع على جميع الملتزمين السابقين عليه بالمبلغ الذي دفعه اضافة إلى فوائده القانونية ، من وقت الدفع ، وجميع المصاريف التي تحملها الموفي [٢].

اما في التضامم فان الامر مختلف بعض الشيء إذ ان امكانية الموفي في الرجوع على غيره من الملتزمين تختلف من حالة لاخرى: ففي مثال عقد التامين إذا ما دفعت شركة التامين مبلغ التامين للشخص المضرور فليس لها رجوع على المؤمن له ، اما إذا كان المؤمن له هو الذي دفع مبلغ التعويض للشخص المضرور جاز له الرجوع على شركة التامين بمبلغ التامين فقط حتى وان كان اقل من مبلغ التعويض الذي دفعه.

---

[٣] د. عز الدين الدناصوري و د. عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص٥٠٥.

[٤] انظر المادة (١٠٨) من قانون التجارة العراقي والمقابلة للمواد (٤٩) من قانون جنيف الموحد ، (١٥٣) من القانون التجاري الفرنسي ، (٥٧) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي ، (٧١) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨.

المبحث الثاني: نطاق التضامن الصرفي:

تنص المادة (١٠٦) من قانون التجارة العراقي النافذ: "اولا الاشخاص الملتزمون بموجب الحوالة مسؤولون بالتضامن تجاه حاملها"[١] .

ان التمعن بهذا النص يظهر لنا مسألتين في غاية الاهمية:

الاولى: ان التضامن الصرفي لايتحقق الا بين الملتزمين صرفياً، والواقع ان الموقع لايوصف بانه متضامناً صرفياً الا إذا كان التزامه صحيحاً ، ذلك لان التضامن هو وصف يلحق بالالتزام[٢] وبالتالي فلابد من صحة التزام الموقع لكي يمكن القول بتحقق مسؤوليته التضامنية ؛ وصحة الالتزام الصرفي لاتتأتى من مجرد التوقيع على الورقة التجارية ، بل لابد ان تتوافر في الموقع المؤهلات القانونية للالتزام بموجب الورقة التجارية.

اما المسالة الثانية : فهي ان المشرع التجاري العراقي لم يورد تعداداً لاشخاص التضامن الصرفي ، بل اورد نصاً مطلقاً على مسؤولية جميع الملتزمين بالورقة التجارية مسؤولية تضامنية ، وهو اتجاه حسن لتجنب ما قد يحدثه التعداد من اغفال ذكر بعض الملتزمين الصرفيين ، وهو الخطأ الذي وقعت به بالفعل اغلب القوانين التي أوردت تعداداً لاشخاص التضامن الصرفي حيث اغفلت ذكر بعض الملتزمين كالقابل بالتدخل[٣] .

ومن اجل التركيز على كل مسألة من هاتين المسألتين ، فاننا سنقسم هذا المبحث على مطلبين: نخصص الاول منهما لبحث شروط صحة الالتزام الصرفي، بينما نخصص المطلب الثاني للتعرف على الاشخاص الملتزمين صرفياً ومدى امكانيتهم في التخلص من التضامن الصرفي ، وحسب التفصيل الاتي:

المطلب الاول: شروط صحة الالتزام الصرفي:

لما كان الالتزام بموجب الورقة التجارية يعد تصرفاً ارادياً فكان لزاما لصحة ذلك الالتزام ان يكون الموقع اهلاً للالتزام الصرفي وان تكون ارادته قد اتجهت نحو الالتزام الصرفي وان يعبر عن ارادته باتخاذ شكل التعبير الذي فرضه عليه المشرع التجاري. لذا سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين يخصص الاول منهما لبحث اهلية الملتزم الصرفي بينما يخصص الثاني لمسألة اتجاه الارادة للالتزام الصرفي.

الفراع الاول: اهلية الملتزم الصرفي:

يعد انشاء الاوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها عملاً تجارياً مطلقا[٤] ، ومن ثم يشترط فيمن يوقع عليها ان يكون اهلاً للقيام بالاعمال التجارية . ويُلاحظ

---

[١] لايقتصر هذا النص على الحوالة التجارية فقط بل يسري ايضا على السند للامر والصك تطبيقا لنص المادتين (١٣٥ ، ١٣٧) من قانون التجارة العراقي النافذ.

[٢] د. بدر جاسم اليعقوبي، اصول الالتزام في القانون المدني الكويتي ، ط١، الكويت ، ١٩٨١، ص ٣٨٨.

[٣] انظر المواد (٤٧) من قانون جنيف الموحد لعام ١٩٣٠ ، (١٥١) من القانون التجاري الفرنسي، (١٨٥) من قانون التجارة الاردني.

[١] انظر المادة (٦) من قانون التجارة العراقي النافذ.

على القوانين التجارية في الدول المختلفة انها لم تنظم المسائل المتعلقة بالاهلية ومن ثم لابد من البحث في ثنايا القانون المدني لمعرفة شروط الاهلية اللازمة للقيام بالعمل التجاري[١] .

وتختلف اهلية الشخص المعنوي عن اهلية الشخص الطبيعي ، فالشخص المعنوي تتحدد اهليته وفقاً لما ينص عليه سند انشائه (العقد او القانون المؤسس)[٢].

اما الشخص الطبيعي فان اهليته تتحدد ببلوغه سن الرشد دون ان يعتريه عارض من عوارض الاهلية ، ويختلف سن الرشد باختلاف القوانين في الدول المختلفة:

ففيما يخص قانون العائلة الانكليزي لعام ١٩٦٩ فقد حدد سن الرشد بابتداء الموعد السنوي لتاريخ ميلاد الشخص الثامن عشر[٣] ، في حين حددت القوانين المدنية لبعض الدول سن الرشد باتمام الثامنة عشرة من العمر[٤] . بينما اعتبرت قوانين بعض الدول سن الرشد باتمام الحادية والعشرين من العمر[٥] .

ويلحق بحكم البالغ سن الرشد الصبي المأذون له بالتجارة[٦] . وتشمل احكام الاهلية الرجل والمرأة على السواء، وبالتالي يمكن للمراة ، اسوة بالرجل ، سواء أكانت متزوجة ام غير متزوجة ان تكون من الملتزمين الصرفيين باية صفة كانت، ولايشذ عن هذا الحكم الا بعض القوانين التجارية كالقانون التجاري اللبناني الحالي حيث نص صراحة على ان المرأة المتزوجة لاتملك الاهلية التجارية الا إذا حصلت على رضا زوجها الصريح او الضمني[٧] . وذات الحكم كان مطبقاً في فرنسا قبل صدور قانون ٨ شباط ١٩٢٢ إذ كانت المرأة المتزوجة ممنوعة من الالتزام الصرفي اما بعد صدور هذا القانون اصبح لها الحرية في انشاء الالتزام الصرفي ، كما ان القانون الانكليزي قبل صدور قانون المرأة المتزوجة لعامي ١٩٣٥ و ١٩٤٩ كان

---

[٢] هناك بعض القوانين ، كقانون الحوالات التجارية الانكليزي (المادة ٢٢) وقانون التجارة الاردني (المادة ١٥) ، قد نصت صراحة على اخضاع الاهلية التجارية لاحكام القانون المدني.

[٣] انظر المواد (٤/٤٨) من القانون المدني العراقي ، (٥٣) من القانون المدني المصري. اما في القانون الانكليزي فان اهلية الشركة تختلف باختلاف التشريع الذي تتأسس بموجبه فان كانت الشركة مؤسسة بمرسوم ملكي فيكون لها اهلية واسعة لاحدود لها بعكس الشركة المؤسسة بتشريع من البرلمان او بموجب قانون الشركات لعام ١٩٨٥ والتي تكون اهليتها مقيدة وفقا للسلطات الممنوحة لها. نقلاً عن د. مجيد حميد العنبكي ، مبادئ العقد في القانون الانكليزي ، كلية الحقوق، جامعة النهرين ، ٢٠٠١ ، ص٦٠ – ٦٢.

[١] المادة الاولى من تشريع اصلاح قانون العائلة الانكليزي لعام ١٩٦٩، نقلا عن د.مجيد العنبكي، مبادئ العقد ... ، مصدر سابق ، ص ٥١.

[٢] انظر المواد (١٠٦) من القانون المدني العراقي ، (٤٣) من القانون المدني الاردني ، (٤٦) من القانون المدني السوري ، (٢١٥) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

[٣] انظر المواد (٢٤٤) من القانون المدني المصري ، (٢٤٤) من القانون المدني الليبي.

[٤] وهذا مورد اختلاف اخر بين قوانين الدول المختلفة ، فبينما اشترطت بعض القوانين لاعطاء الاذن ان يكون الصبي قد بلغ الخامسة عشرة من العمر ، كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني العراقي (المادة ٩٨)، نجد جانبا اخر من القوانين كالقانون المدني المصري (المادة ١١٢) ، قد اشترطت لاعطاء الاذن بلوغ الصبي الثامنة عشرة من العمر.

[٥] انظر المادة (١١) من القانون التجاري اللبناني.

يعد المرأة غير قادرة على ان تلتزم بموجب الورقة التجارية اما بعد صدور تلك القوانين فقد أصبحت المرأة أهلاً للالتزام الصرفي[١] .

إن اختلاف القوانين في تحديد سن الرشد ، قد يثير تنازعاً بين القوانين حول تحديد القانون الذي يحكم أهلية الموقّع على الورقة التجارية في حالة ما إذا وقّع شخص ورقة تجارية في دولة يشترط قانونها سناً للرشد يختلف عن السن الذي يشترطه قانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته ، فما هو القانون الذي يُرجع اليه في تحديد أهلية الموقّع ؟

لقد نصت أغلب القوانين التجارية على ضرورة الرجوع ، في تحديد أهلية الالتزام الصرفي ، إلى قانون الدولة التي ينتمي اليها الملتزم بجنسيته ، ثم استدركت الأمر ، ونصت على انه إذا كان قانون تلك الدولة يعتبر الموقّع ناقص الأهلية ، فان التزامه الصرفي يبقى صحيحاً إذا وضع توقيعه على الورقة التجارية في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية ، وهذا هو اتجاه قانون جنيف الموحد ، والقوانين المستمدة منه [٢] .

أما فيما يخص قانون الحوالات التجارية الانكليزي ، فانه لم يتضمن نصاً حول موضوع القانون الذي يحدد الأهلية اللازمة لانشاء الورقة التجارية ، أو العقود المرتبطة بها ، مما يقتضي الأمر ضرورة الرجوع إلى القواعد العامة في القانون الانكليزي التي تحكم الأهلية العقدية ، وبموجب تلك القواعد ، فان الأهلية يتم تحديدها وفقاً لقانون المكان الذي يقيم فيه الشخص (قانون الموطن) ، ولكن المشرّع الانكليزي ، قد أضاف لهذا المعيار معياراً آخر ، ليخفف من غلواء قانون الموطن ، فأجاز للمحكمة الاعتماد في تحديد أهلية الشخص بالاستناد إلى القانون الذي يتبعه ذلك الشخص بجنسيته [٣] .

وقد يحصل ان يوقع تاجر على ورقة تجارية بعد ان تشهر المحكمة افلاسه، فهل يؤثر ذلك الاشهار على صحة الالتزام الصرفي للتاجر المفلس؟

يذهب الراي الراجح في الفقه إلى ان اشهار الافلاس لايفقد التاجر اهليته بل يبقى متمتعا باهلية كاملة بحيث يستطيع التعامل مع الغير ولكن هذا التعامل لايمكن التمسك به قبل دائنيه ومن ثم فان توقيع المفلس على الورقة التجارية يعد صحيحا في علاقة المفلس بمن تعامل معه ولكن لاينتج اثاره الا عند انتهاء التفليسة واسترداد المفلس لامواله[٤] .

وقد تحرّم بعض القوانين على بعض الاشخاص ، كالموظف او المحامي ، القيام بالاعمال المتعلقة بالتجارة ومن ضمنها التعامل بالاوراق التجارية ولكن مع

---

[١] Maurice Megrah and Frank R. Ryder, Byles on bill of exchange, ٢٥th edition, London, ١٩٨٣, p. ٥٥.

[٢] انظر المواد (٢) من قانون جنيف الموحد ، (٤٨) من قانون التجارة العراقي النافذ ، (٦٣٠) من قانون التجارة الأردني ، (٣٨٨) من قانون التجارة المصري النافذ .

[٣] See: Robert Charles Clso, International Law of Commercial, Law-Book, ٢nd edition, London, ١٩٦١, P. ٤٤٧ – ٤٤٨.

[١] د. عزيز العكيلي ، احكام الافلاس والصلح الواقي ، عمان ، ١٩٩٧ ، ص٨٦. د. اكرم ياملكي ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، ط١ ، بغداد ، ١٩٧٦ ،ص٢٠.

ذلك فان هذا التحريم لايؤثر على صحة الالتزام الصرفي للموقع المحرّم عليه القيام بالاعمال التجارية وان كان بالامكان توقيع العقوبات الانضباطية التي فرضتها تلك القوانين بحقه[١] ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز العراقية بان "قبول المحامي تظهير الكمبيال باسمه يعرضه للعقوبات الانضباطية المنصوص عليها في قانون المحاماة ، ويبقى التظهير صحيحا"[٢].

ولما كان المشرع التجاري قد اشترط توافر الاهلية اللازمة للقيام بالتصرفات القانونية ، لصحة التزام الموقع على الورقة التجارية فان توقيع ناقص الاهلية او عديمها لايقحمه في طائفة الملتزمين الصرفيين إذ ان التزامه الصرفي يكون باطلاً وببطلان التزامه ينعدم تضامنه مع غيره من الملتزمين الصرفيين[٣] ، حتى وان كان القاصر سيء النية مرتكبا لوسائل الاحتيال التي توهم الغير وتجعله يعتقد عن غلط انه يتعاقد مع شخص كامل الاهلية[٤] ، لان نص المشرع التجاري الخاص ببطلان التزامات ناقص الاهلية او عديمها قد جاء بشكل مطلق و"المطلق يجري على اطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً او دلالة"[٥] ، وهذا على خلاف مايذهب اليه غالبية فقهاء القانون التجاري الفرنسي الذين يرون ان القاصر لايمكنه التمسك ببطلان التزامه تجاه الحامل حسن النية متى كان القاصر كامل الشعور بما ارتكبه من غش تجاه الغير ، كأن يقدم اوراقاً مزورة لاثبات كمال اهليته ، مستندين في رايهم هذا إلى المادة (١٣١٠) من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بعدم امكانية القاصر من الدفع بالقصر ضد الالتزامات الناشئة عن الجرائم واشباه الجرائم التي ارتكبها[٦] .

الفرع الثاني: اتجاه الارادة للالتزام الصرفي :

ان صحة الالتزام الصرفي تتوقف على ضرورة وجود الارادة ، لان التصرفات القانونية ترتكز بصورة اساسية عليها[٧] .

---

[٢] د. صلاح الدين الناهي ، الوسيط في شرح القانون التجاري ، احكام الاوراق التجارية ، ط٤ ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٢ ، ص٦٩ . د. مصطفى كمال طه ، الاوراق التجارية ... ، مصدر سابق ، ص٣٣-٣٤.

[٣] قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٤٠٤ /مدنية ثانية /١٩٧٤ بتاريخ ١٩٧٤/١١/١٩، النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الخامسة ، ص١٤٤. انظر في المعنى نفسه ايضا قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٤٢٦ /مدنية اولى/١٩٧٥ بتاريخ ١٩٧٥/١١/١٩ مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الرابع ، السنة السادسة ، ١٩٧٥ ، ص٨٩ .

[١] انظر المواد (٢٢) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي ، (١١٤) من القانون التجاري الفرنسي، (٤٦) من قانون التجارة العراقي ، (٣٨٥ ، ٤٧٩) من قانون التجارة المصري النافذ . وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز العراقية بان "تظهير الصغير باطلا" قرار رقم ٨٨٤ /مدنية ثالثة /١٩٧٤ بتاريخ ١٩٧٤/٩/٥ ، النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة الخامسة ، ١٩٧٤، ص١١٩.

[٢] د. صلاح الدين الناهي ، الوسيط ... ، مصدر سابق ، ص٧١. د. علي سلمان العبيدي ، عدم التمسك بالدفع في قانون الصرف المغربي ، بحث منشور في المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد ، العدد الثاني ، ١٩٧٧ ، ص٦١ .

[٣] المادة (١٦٠) من القانون المدني العراقي .

[٦] See : Lescot et. Roblot, op. cit., p. ١٥١; Rene Roblot, op. cit., p. ٩٧.

[٥] جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٨٣/٢/٢٣ بان "العقد الذي يقوم على ارادة غير موجودة هو عقد باطل" ، مجموعة المبادئ القانونية ... ، مصدر سابق ، ص١٨ .

والارادة كما هو معلوم شيء معنوي كامن في النفس البشرية لا يمكن الوقوف على صورته او تحديد معالم شكله او تبين محتواه او طبيعته الا من خلال التعبير، ذلك المظهر المادي الذي يمثل النافذة الوحيدة التي يمكن من خلالها ان نطل على الارادة لنتعرف على ما اتجهت اليه .

وفي اطار الاوراق التجارية يتخذ التعبير عن الارادة مظهرا ماديا وهو التوقيع على الورقة التجارية ، فالتوقيع إذن يمثل الاسلوب التحريري الوحيد للتعبير عن اتجاه الارادة للالتزام الصرفي ولا يغني أي اسلوب اخر عن هذا الاسلوب .

فالتوقيع وان كان من الشروط الشكلية لانشاء او تظهير او ضمان او قبول الورقة التجارية فانه يمثل ركن الرضا في تلك التصرفات التي ترد على الورقة التجارية[١] ، وقد نصت المادة (٢٣) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي على ان الشخص لايكون مسؤولاً كساحب او مظهر او قابل مالم يوقع على السند بتلك الصفة .

وتوقيع الشخص على الورقة التجارية يتخذ واحدا من صور ثلاث فهو اما ان يوقع باسمه ولمصلحته او ان يوقع باسمه نيابة عن شخص اخر وقد يوقع باسم شخص اخر. وسنفرد نقطة مستقلة لكل واحدة منها لمعرفة الشخص الملتزم صرفيا في كل صورة من تلك الصور :

اولا: توقيع الشخص باسمه ولحسابه :

يقوم الاشخاص في الغالب بالتوقيع على الورقة التجارية باسمائهم ولمصلحتهم، وفي هذه الصورة يكون الموقعون ملتزمون صرفياً باداء قيمة الورقة التجارية ، وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاردنية بانه "طالما ان المدعى عليه (المميز) قد اقر بتوقيعه على الشيك فانه يكون ملزما باداء قيمته"[٢] .

ثانيا: التوقيع نيابة عن شخص اخر:

النيابة هي حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل في ابرام تصرف قانوني مع انصراف الاثر القانوني لهذه الارادة إلى شخص الاصيل كما لوكانت الارادة صادرة منه[٣] . ويجوز للنائب ان يقوم باجراء التصرفات القانونية المختلفة نيابة عن الاصيل الاصيل ومنها الاعمال المتعلقة بالاوراق التجارية انشاءاً او تظهيراً او قبولاً او ضماناً ... وقد جاء في المادة (٣٦) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ بانه "يجوز توقيع الصك من قبل وكيل"[٤] . والاصل (كما ذكرنا) ان اثر توقيع النائب ينصرف

---

[١] د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع ، القانون التجاري ،الاوراق التجارية ، مطبعة جامعة بغداد ، بدون سنة طبع ، ص٢٧.

[١] قرار محكمة التمييز الاردنية رقم ٩٥١/حقوقية /١٩٩٨ بتاريخ ١٩٩٨/٦/١٨ ، المجلة القضائية ، السنة الثانية ، المجلد الثاني ، العدد السادس ، حزيران ١٩٩٨ ، ص١٢٩-١٣٠.

[٢] د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ... ، ج١ ، مصدر سابق، ص٢٠٣.

[٣] وقد قضت محكمت التمييز العراقية بان "للوكيل العام حق تظهير الورقة التجارية إذا كانت وكالته العامة تخوله حق القبض والاقباض" قرار رقم ١٠٥٠ /هيئة عامة /١٩٧١ بتاريخ ١٩٧٢/٢/١٩، النشرة القضائية ، العدد الاول ، السنة الثالثة، ١٩٧٣ ، ص١١١.

إلى ذمة الاصيل ومن ثم يكون هو الملتزم الصرفي والمسؤول مسؤولية تضامنية مع باقي الملتزمين الصرفيين ولكن ينبغي توافر الشروط الاتية :

١. ان تكون النيابة ظاهرة ، بمعنى ان يدرج النائب عند توقيعه على الورقة التجارية ما ينبه على وجود النيابة وان يذكر اسم الشخص الاصيل[١] ، اما إذا لم يذكر النائب ما يدل على وجود النيابة فيكون هو المسؤول صرفيا باعتباره طرفاً اصيلاً وللحامل الرجوع عليه بدعوى الصرف نظراً لما يتضمنه توقيعه على الورقة التجارية من معنى الاعتراف بالمديونية لحاملها والتعهد بدفع قيمتها في ميعاد استحقاقها[٢]. وقد نصت على ذلك صراحةً المادة (٣٦) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ بالقول"٣- وكذلك إذا وقع على الصك وكيل مفوض في التوقيع ولكن دون ان يبين في الصك انه يوقع بصفته وكيلاً عن شخص معين بالاسم او مع ذكر صفته في الصك كوكيل ولكن دون ان يعين اسم الموكل ، يكون التوقيع ملزما للشخص الموقع وليس للشخص الذي يدعي انه يمثله". وهذا ما نصت عليه المادة (٢٣) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي[٣] .

٢. ان تكون للنائب سلطة التوقيع على الورقة التجارية: السلطة هي صلاحية الشخص للتصرف باموال غيره، ويلزم توافر السلطة لدى النائب كشرط اساسي لالزام الاصيل صرفياً رغم انه لم يوقع على الورقة التجارية[٤]. اما إذا وقع شخص على ورقة تجارية بصفته نائب عن شخص اخر بدون تفويض منه او كان قد تجاوز حدود التفويض المخول له، فيكون النائب الكاذب او المتجاوز مسؤولاً مسؤولية صرفية تجاه حامل الورقة التجارية، وهذا ما نصت عليه صراحة اغلب القوانين التجارية[٥]. اما

---

[٤] ففي القضية (Ringham V. Hackett, ١٩٨٠) كان (Mr. Hackett and Mr. Walmesly) شركاء وقد فتحا حسابا" مشتركا" مع المصرف (Loyds Bank) وتم اصدار دفتر الصكوك باسمهما فضلا عن اتفاقهما مع المصرف بصرف أي صك موقع من قبل احدهما، قام (Mr. Hackett) بتوقيع صك باسم المؤسسة المشتركة بمبلغ (٥٠٠دولار) لفائدة (Paul Ringham) بعدها اختفى (Mr. Hackett) ولم يوافق (Mr. Walmsely) على اصدار ذلك الصك فاعلم المصرف المسحوب عليه بان يمتنع عن الدفع إلى (Mr. Ringham) ، فقام الاخير بتقديم الصك إلى المصرف الا انه لم يحصل على الدفع منه فاقام الدعوى على مؤسسة (Hackett/Walmsely) فقضت محكمة (Court of Appeal) الانكليزية بان المؤسسة مسؤولة= =عن ذلك الصك تحت طائلة المادة (٢٣) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي ، حيث ان الشريك الذي وقع باسمه تحت الاسم المطبوع للمؤسسة يكون قد عمل الصك للمؤسسة وليس له .

See: Smith and Denis, English Law, ٨th Edition, Britain, ١٩٨٦, No. ٦٧٧, p. ٨٢٢.

[١] د. حسين محمد سعيد ، التزامات وحقوق حامل الورقة التجارية (الشيك – الكمبيالة – السند الاذني) ، الناشر عالم الكتب ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص٢١.

[٣] Smith and Denis Keanan, op. cit., p. ٤٦٥.

[٣] انظر المادة (٢/٣٦) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٤] انظر المواد (٨) من القانون الموحد ،(١١٤) من القانون الفرنسي ،(٤٩) من قانون التجارة العراقي، (٣٨٩) من قانون التجارة المصري النافذ، (١٣١) من قانون التجارة الاردني، (٣٦) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ ، اما المادة (٤/٢٦) من قانون= =الحوالات التجارية الانكليزي

بالنسبة للاصيل المزعوم في حالة النيابة الكاذبة ، فلا يكون مسؤولاً عن أي التزام إذ لايمكن الزام شخص دون ارادته ودون تفويض منه ، اما في حالة النيابة المتجاوزة فانه يكون ملزما بحدود المبلغ الذي فوض به النائب[١] . وفي هذا المجال ينبغي عدم الخلط بين حالتي عدم وجود السلطة (او تجاوزها) وبين اساءة استعمال النائب للسلطة التي اعطيت له ، فقد يستخدم النائب السلطة المخولة له فيوقع ورقة تجارية ضمن حدود تلك السلطة ولكنه يستغل السلطة لمصلحته الشخصية لا لمصلحة الاصيل ، كما في حالة مدير الشركة الذي يوقع ورقة تجارية باسم شركته مستعملاً مبلغها لمصلحته الشخصية ففي هذه الحالة فان الموكل (الشركة في مثالنا) يبقى ملزما صرفيا تجاه الحامل حسن النية ، إذ ان اثار النيابة تنصرف إلى ذمة الاصيل ، ولايمكن للاخير التنصل من الالتزام الصرفي الا عند تحقق شرطين معا وهما اثبات سوء استعمال النائب لسلطته واثبات سوء نية الحامل . وهو ما كانت تقضي به صراحة المادة (١٧) من قانون الشركات العراقي الملغي رقم (٣١) لسنة ١٩٥٧[٢].

٣. ان يكون الاصيل اهلا للالتزام الصرفي ، اما إذا كان الاصيل ناقص الاهلية او عديمها فلا يكون ملتزما صرفيا ، إذ ان التزامات ناقص الاهلية او عديمها تعتبر باطلة[٣] . ولكن هل يصح مساءلة النائب في هذه الفرضية مساءلة صرفية؟ في الواقع ان المشرع التجاري لم يعالج هذه الفرضية ، مما اثار الخلاف بين الفقهاء : فيرى بعض منهم ان النائب يكون مسؤولاً مسؤولية مباشرة قبل الحامل ويكون متضامنا مع بقية الملتزمين الصرفيين قياساً على حالة النائب الكاذب[٤] .في حين يرى جانب اخر من الفقهاء بان النائب عن القاصر لايكون مسؤولاً صرفياً ومن ثم لا يبقى للحامل ، وان كان حسن النية ، الا الرجوع عليه بالتعويض عما اصابه من ضرر يتمثل بحرمانه من الرجوع على الاصيل بقيمة الورقة التجارية وتخضع هذه الدعوى لاحكام القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية[٥]، وهو رايٌ جدير بالتأييد ذلك ان قواعد القانون التجاري تعد استثناء من احكام القواعد العامة لايجوز التوسع في تفسير احكامها وتطبيقها على المسائل التي لم يتناولها القانون التجاري

فتلزم الممثل الكاذب بتعويض الضرر الذي يلحق الاغيار من تجاوزه سلطته او عدم تمتعه باية سلطة تمثيلية ولاتعتبره ملزم بالتزام صرفي باداء قيمة الورقة التجارية .

[١] د. صلاح الدين الناهي ، المبسوط ... ، مصدر سابق ، ص٨٥-٨٧.

[٢] نصت المادة (١٧) من قانون الشركات العراقي الملغي رقم (٣١) سنة ١٩٥٧ "تكون الشركة مسؤولة عن تصرفات مديريها قبل الغير كلما كانت هذه التصرفات ضمن حدود صلاحياتهم وكان تصرفهم مضافا إلى عنوان الشركة التجاري ، ولو كان استعمالهم لهذا التوقيع في سبيل مصلحتهم الشخصية مالم يكن الغير سيء النية".

[٣] انظر المادة (٦٤٠) من قانون التجارة العراقي والمقابلة للمادتين (٣٨٥ ، ٧٧٩) من قانون التجارة المصري النافذ .

[٤] د. محمد صالح بك ، النظرية الحديثة في مشروع قانون الاوراق التجارية ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، العدد المزدوج (٣ ، ٤) ، السنة الاولى ، ١٩٤١ ، ص٤٦٥.

[٥] د. حسين محمد سعيد ، مصدر سابق، ص٢٢.

بالتنظيم ، وانما ينبغي الرجوع في جميع المسائل التي لم يرد بشانها حكم خاص إلى قواعد القانون المدني بوصفه المرجع في كل مالم يرد به نص خاص في القانون التجاري .

صفوة القول انه متى توافرت الشروط الثلاثة (صفة النيابة ، سلطة النائب، اهلية الاصيل) فعندئذتتولد علاقة مباشرة بين الاصيل والغير ويختفي شخص النائب من بينهما ويكون الاصيل مسؤولا مسؤولية صرفية وتضامنية تجاه حامل الورقة التجارية وطرفا مباشرا ينبغي ادخاله في الدعوى الصرفية ، وهو ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاردنية في قرار لها جاء فيه "وحيث اقر وكيل المميز بان التوقيع على الكمبيالات يعود للشريك (س) وحيث ان (س) مفوض بالتوقيع عن الشركة فان الشركة المميزة تنتصب خصما للشركة المميز ضدها في دعوى المطالبة بقيمة تلك الكمبيالات"[١] .

ثالثا: التوقيع باسم الغير :

قد يحصل احيانا ان يوقع الشخص باسم شخص اخر ، بمعنى انه يزور توقيع شخص اخر ، في هذه الفرضية ان من المؤكد ان الشخص الذي زُور توقيعه لايكون مسؤولا بموجب الورقة التجارية[٢] ، ويستطيع التمسك بالدفع بتزوير توقيعه قبل كل حامل وان كان حسن النية ، إذ ان "الدفع بالتزوير من الدفوع الموضوعية التي لايطهرها التظهير"[٣] .

ولكن إذا ثبت ان الشخص الذي زُور توقيعه قد ارتكب بعض الاخطاء التي سهلّت عملية التزوير ، فانه يكون مسؤولا تجاه الحامل عن تلك الاخطاء بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية لابمقتضى قواعد القانون الصرفي[٤] .

اما فيما يتعلق بالشخص المزور فانه يعد مرتكبا لجريمة التزوير ومن ثم فانه يكون مسؤولا مسؤولية جنائية ، ان امكن التعرف عليه ، ويمكن للحامل الرجوع عليه بالتعويض بموجب تلك الدعوى او بموجب الدعوى المدنية ، ولكن لايمكن للحامل الرجوع عليه بموجب الدعوى الصرفية ، لان القانون التجاري لم يتطرق إلى الزام الشخص المزور صرفيا ، خلافا لحالة النائب الكاذب او المتجاوز ، مما يحتم الامر الرجوع بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية في القانون المدني ؛ ولم تخالف ذلك من التشريعات التجارية سوى اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ التي نصت صراحةً على الزام الشخص الذي يوقع باسم غير اسمه كما لو كان قد وقعه باسمه[٥] باسمه[٥] .

---

[٣] قرار محكمة التمييز الاردني رقم ١٦٧٢/حقوقية/١٩٩٩ بتاريخ ٢٠٠٠/١/٢٦ ، المجلة القضائية، السنة الرابعة ، العدد الاول ، كانون الثاني ٢٠٠٠ ، ص٢٦٩.

[١] انظر مفهوم المخالفة لنص المادة (٤٧) من قانون التجارة العراقي .

[٢] قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١٣٤/موسعه اولى /١٩٨٦ بتاريخ ١٩٨٦/٥/٢٨، مجموعة الاحكام العدلية ، العددان (١ ، ٢) ، ١٩٨٦ ، ص١٩٤.

[٣] د. علي سلمان العبيدي ، عدم التمسك بالدفع ... ، مصدر سابق ، ص٦٢.

[٤] انظر المادة (٣٣) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

المطلب الثاني: الاشخاص الملتزمون صرفيا ومدى امكانيتهم من التخلص من التضامن الصرفي :

نتناول هذا المطلب في فرعين نخصص الاول منهما للتعرف على الاشخاص الملتزمين صرفيا ، بينما نخصص الفرع الثاني لبحث مسألة مدى امكانية الملتزمين الصرفيين من التخلص من التضامن الصرفي ، وحسب التفصيل الاتي:

الفرع الاول: الاشخاص الملتزمون صرفيا:

تنشأ الورقة التجارية ابتداءً وهي لاتحمل سوى توقيع واحد هو توقيع الساحب او المحرر ثم تتوالى عليها التواقيع من المظهرين او الضمّان او القابلين بالتدخل فضلا عن توقيع المسحوب عليه إذا قبل الحوالة . وقد جعل المشرع التجاري مسؤولية جميع الملتزمين بموجب الورقة التجارية مسؤولية تضامنية تجاه حامل تلك الورقة .

ولما كان التضامن يعد وصف قد يلحق التزام المدين الاصلي وقد يلحق التزام الكفيل ، فان هذا الامر يثير التساؤل عما إذا كان المتضامنين في الورقة التجارية في مركز قانوني واحد او في مراكز قانونية شتى ، او بعبارة اخرى هل يعد المتضامنون في مركز المدين الاصلي المتضامن ام في مركز الكفيل المتضامن ؛ وبحث هذه المسالة يعد أمراً مهماً لان المركز القانوني للمدين المتضامن يختلف عن مركز الكفيل المتضامن من نواح عديدة تجدر الاشارة إلى اهمها كالاتي :

١. ان التزام الكفيل المتضامن تابع لالتزام الشخص المكفول في صحته وبطلانه وبقائه وانقضائه ، في حين يعد التزام المدين الاصلي المتضامن التزاماً مستقلا عن التزامات غيره من الملتزمين .
٢. يترتب على افلاس المدين المتضامن سقوط اجل الدين بينما لايؤدي افلاس الكفيل المتضامن إلى سقوط ذلك الاجل .
٣. ابراء الدائن المدين من الدين يوجب براءة الكفيل ايضا، ولكن براءة الكفيل لاتوجب براءة المدين[١] .
٤. تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من ضمانات[٢] ، بينما لايصلح هذا السبب اساساً لاعفاء المدين المتضامن من التزامه قبل الدائن .
٥. يجب على الكفيل المتضامن اخطار المدين قبل القيام بوفاء الدين والا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان الاخير قد وفى الدين او كانت عنده وقت الاستحقاق اسباب تقتضي بطلان الدين او انقضائه بينما لايقع هذا الواجب على المدين الاصلي[٣] .

---

[١] انظر المادة (١٠٤١) من القانون المدني العراقي .
[٢] انظر المواد (١٠٢٧) من القانون المدني العراقي ، (٧٨٤) من القانون المدني المصري.
[٣] د. عزيز العكيلي ، انقضاء الالتزام الثابت في الشيك ، دراسة في التشريعات المقارنة واتفاقيات جنيف الموحدة ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص٧٩.

ومن اجل معرفة النطاق الشخصي للتضامن الصرفي وبيان المركز القانوني للمتضامنين الصرفيين فاننا سنقوم بافراد نقطة مستقلة لكل شخص من اشخاص التضامن الصرفي وحسب التفصيل الاتي:

اولا: الساحب او المحرر :

يلتزم ساحب الورقة التجارية او محررها التزاماً صرفياً بضمان قبول المسحوب عليه للحوالة التجارية وبضمان اداء قيمة الورقة التجارية في ميعاد استحقاقها[١] . وقد يحصل ان يتعدد ساحبو الورقة التجارية فيكونوا مسؤولين جميعا مسؤولية تضامنية فيما بينهم من جهة وما بينهم وبين باقي الملتزمين الصرفيين من جهة اخرى باداء قيمة الورقة التجارية للحامل في حالة رجوعه عليهم[٢] .

ويجب على ساحب الحوالة او الصك ان يوجد مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه[٣] ، ولكي يعد مقابل الوفاء موجوداً يجب ان يكون الدين النقدي الذي يمثل ذلك المقابل موجوداً وقت الاستحقاق بالنسبة للحوالة او وقت الانشاء بالنسبة للصك وان يكون مستحق الاداء في ذلك الوقت وان يكون مساوياً على الاقل لمبلغ الورقة التجارية[٤] . ويعد ساحب الصك مقترفاً لجريمة اصدار صك بدون رصيد إذا لم يوجد مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه[٥].

اما في القانون الانكليزي فان المقابل يعد ركناً من اركان الورقة التجارية على اعتبار ان الاوراق التجارية تعد من العقود البسيطة عند الانكليز فكان لابد من توافر اركان ذلك العقد فيها من تراضٍ ومقابل ونيةلخلق رابطة قانونية[٦] .

ولايجوز للساحب او المحرر اعفاء نفسه من ضمان الاداء[٧]، وان جاز لساحب الحوالة اعفاء نفسه من ضمان القبول[٨]؛ الا ان اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ قد اجازت لساحب السفتجة الدولية ان يعفي نفسه من التزامه بدفع قيمتها، او ان يحد من

---

[٤] انظر بشان التزام ساحب الحوالة المواد (٥٠) من قانون التجارة العراقي ، (٥٥) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي ، (٣٨) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ ؛ وانظر بشان التزام محرر السند للامر المواد (١٣٦) من قانون التجارة العراقي ، (٨٨) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي، (٣٩) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ ؛ اما بشان الالتزام ساحب الصك فانظر المواد (١٤٦) من قانون التجارة العراقي ، (٤٨٥) من قانون التجارة المصري .

[١] نصت المادة (١٦٥) من القانون التجاري المغربي لعام ١٩٣٩ "ان جميع الساحبين للكمبيالة والقابلين لها والمظهرين والضامنين الاحتياطيين ملزمين بالتضامن نحو الحامل".

[٢] انظر المادتين (٦٢ ، ١٤١) من قانون التجارة العراقي ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز العراقية بان "الشخص الذي يسحب صكا عليه ان يؤدي مقابل وفاءه" ، قرار رقم ٧٢٧/مدنية اولى /١٩٨٩ بتاريخ ١٩٩٠/٢/١٧ ، ابراهيم المشاهدي ، مصدر سابق ، ص٣٨.

[٣] انظر في تفصيل ذلك د. فوزي محمد سامي ، مقابل الوفاء في السفتجة، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، العدد المزدوج (٤ ، ٥) ، السنة الخامسة ، ١٩٧٢، ص١٤٧-١٥٠.

[٤] انظر المادة (٤٥٩) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

[٥] د. مجيد حميد العنبكي ، مفهوم المقابل في الحوالة التجارية (السفتجة) في القانون الانكليزي ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد العاشر ، العدد الثاني ، ١٩٩٤، ص٢٧١.

[٦] انظر المواد (٥٠ ، ١٤٦) من قانون التجارة العراقي ، (٣٩٠ ، ٤٨٥) من قانون التجارة المصري ، (٣٩) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٧] انظر المادة (٥٠) من قانون التجارة العراقي والمقابلة للمادة (٣٩٠) من قانون التجارة المصري .

هـذا الالتـزام واشـترطت لنفـاذ شـرط الاعفـاء ان يكـون هنـاك موقـع اخـر ملتزم في السفتجة او اصبح ملتزما فيها ويقتصر اثر شرط الاعفاء على الساحب فقط دون ان يمتد اثره لباقي الموقعين على السفتجة[١] .

اما بصدد تحديد المركز القانوني لساحب الورقة التجارية او محررها فيمكن القول بانه لايوجد خلاف بين فقهاء القانون التجاري حول تحديد المركز القانوني لساحب الصك ومحرر السند للامر وكذلك مركز ساحب الحوالة التجارية غير المقبولة ، إذ اجمعوا على اعتباره مدينا اصليا بموجب الورقة التجارية بوصفه الشخص الذي انشأها والمدين الاول بها[٢] .

الا ان الخلاف قد ثار حول تحديد المركز القانوني لساحب الحوالة التجارية بعد قبولها من قبل المسحوب عليه:

فذهب جانب من الفقهاء إلى اعتبار ساحب الحوالة المقبولة في مركز الكفيل المتضامن[٣] ، على اساس ان الحامل لايستطيع الرجوع على الساحب ومطالبته بالوفاء الا بعد مطالبة المسحوب عليه وامتناع الاخير عن الوفاء واثبات ذلك الامتناع بعمل احتجاج عدم الوفاء ، كما ان افلاس الساحب بعد قبول الحوالة لايرتب سقوط اجل الحوالة.

بينما يرى جانب اخر من الفقهاء ان الساحب بعد قبول المسحوب عليه يصبح في مركز المدين الاصلي الاحتياطي على اعتبار ان مركز الساحب وان لم يتغير بعد قبول المسحوب عليه ولكنه يصبح مدينا احتياطيا بحيث لايمكن الرجوع عليه الا إذا لم يفِ المسحوب عليه بقيمة الورقة التجارية[٤] . الا ان هذا الرأي منتقد على اعتبار عدم امكانية تصور كون الشخص مديناً اصلياً واحتياطياً في التزام واحد في الوقت نفسه فهو اما ان يكون مديناً اصلياً او احتياطياً[٥].

بينما يذهب راي ثالث إلى القول بان ساحب الحوالة بعد قبول المسحوب عليه يعد في مركز صرفي خاص على اساس ان مركز الساحب يجمع بين ملامح المدين الاصلي من جهة وبين مركز الكفيل المتضامن من جهة اخرى[٦].

---

[١] انظر المادة (٢/٣٨) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٢] د. امين محمد بدر ، الاوراق التجارية ... ، مصدر سابق ، ص٢٠٦. د. محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري ، ج٢ ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤، ص٣٧٧. د. علي البارودي ، القانون التجاري...، مصدر سابق ، ص١٣٨. د. حسين النوري، مصدر سابق ،ص٢١٨.

[٣] د. مصطفى كمال طه ود. مراد منير فهيم ، القانون التجاري (الاوراق التجارية والافلاس) ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٤، ص١٢٧. د. علي حسن يونس ،مصدر سابق، ص٢٠٢. د. مصطفى كمال طه ، الاوراق التجارية ... ، مصدر سابق ، ص١٤٥.

[١] د. اكثم الخولي ، دروس في الاوراق التجارية ، بيروت ، بدون سنة طبع، ص٢٠٠.د. ادوار عيد، الحماية القانونية للشيك ... ، مصدر سابق ، ص٣٩.

[٢] د. كمال محمد ابو سريع ، الاوراق التجارية في القانون التجاري ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣ ، ص١٩٠.

[٣] د. علي البارودي ، القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص١٣٩.د. محمود سمير الشرقاوي، مصدر سابق ، ص٣٧٩.د. محمد اسماعيل علم الدين، موجز القانون التجاري ، ج٢، جامعة حلوان، ١٩٧٥، ص٩٣.

في حين يذهب راي رابع إلى القول بان القبول لايؤثر على المركز القانوني للساحب بمعنى انه يبقى في مركز المدين الاصلي[١] ، وهو راي جدير بالتأييد ذلك لان الساحب يلتزم التزاماً مستقلاً بذاته غير تابع لغيره من الالتزامات كما ان الساحب هو الذي انشأ الحوالة والمدين الاول بها ومسؤولاً صرفياً قِبَل جميع الملتزمين بالورقة التجارية عند قيامهم بوفاء مبلغ الحوالة للحامل ؛ ويمتنع على الساحب التمسك باهمال الحامل حتى وان قبل المسحوب عليه الحوالة ما لم يكن الساحب مقدما لمقابل الوفاء ، اما القول بان الحامل ملزم بمطالبة المسحوب عليه القابل اولا وقبل الرجوع على الساحب فيمكن الرد عليه بالقول أن الحامل ملزم بالبدء بمطالبة المسحوب عليه سواء اكان المسحوب عليه قابلاً للحوالة ام لم يكن قابلاً لها مما يعني ان البدء بمطالبة المسحوب عليه يعد مجرد اجراء قانوني لايترتب عليه تغيير مركز ساحب الحوالة ، كما ان القبول يعد ضمانة كبيرة للحامل إذ انه يضيف إلى المدين الاصلي في الحوالة (الساحب) مدينا اصليا اخر ينشا التزامه بالتوازي مع التزام الساحب دون ان يغير في مركز الساحب [٢].

ثانياً: المظهر:

يلتزم المظهر التزاما ذا طبيعة صرفية بضمان قبول ووفاء الورقة التجارية[٣]، والتزام المظهر هو التزام تضامني مع الساحب ومع بقية الملتزمين الصرفيين تجاه المظهر اليه وجميع الحملة اللاحقين عليه[٤]. مما يعني ان التظهير لايقطع علاقة المظهر بالورقة التجارية ، إذ يبقى حتى وفاؤها ضامنا لذلك الوفاء الا ان القانون التجاري قد اجاز للمظهر ان يتخلص من عبء الضمان الثقيل باحدى الصورتين الاتيتين:

الصورة الاولى: الاعفاء من الضمان: حيث اجاز القانون للمظهر ان يعفي نفسه من الضمان[٥] بشرط يضعه في صيغة التظهير يفيد هذا المعنى ويترتب عليه تنصل المظهر واضع الشرط من الالتزام الصرفي والتحلل من المسؤولية التضامنية التي القاها عليه المشرع التجاري[٦] .

الصورة الثانية: تحديد الضمان وذلك عن طريق حظر تظهير الورقة التجارية من جديد وفي هذه الحالة لايكون المظهر ملزما بالضمان تجاه من تؤول اليه

---

[٤] R. Roblot, op. cit., p. ٢٠٢; Lescot et. Roblot , op. cit., p. ٥٤٠. ، د. علي سلمان العبيدي ، الاوراق التجارية في القانون العراقي ، بغداد ، ١٩٧٣، ص٣٨٦. د. ابو زيد رضوان ، مصدر سابق، ص٢٩٤. د. امين محمد بدر ، الاوراق التجارية ...، مصدر سابق ، ص٢٠٦.

[١] د. ابو زيد رضوان ، مصدر سابق، ص٢٩٤.

[٢] انظر المادتين (٥٥ ، ١٤٩) من قانون التجارة العراقي، المادة (٥٥) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي ، المادة (٤٤) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨.

[٣] د. سميحة القليوبي ، الاوراق التجارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧، ص١١١. د. حسين محمد سعيد ، مصدر سابق، ص٣٨.

[٤] انظر المادتين (٥٥ ، ١٤٩) من قانون التجارة العراقي النافذ.

[٥] د. عبد الرزاق عبد الوهاب ، التظهير واثاره في قانون التجارة الجديد ، دراسة مقارنة ، مطبعة الشعب ، بغداد ، ١٩٨٩، ص ٨٤.

الورقة التجارية بتظهير لاحق [١]. وقد اختلف فقهاء القانون التجاري في تحديد المركز القانوني للمظهر : فذهب بعض الفقهاء إلى اعتباره في مركز المدين الاصلي المتضامن[٢] ،وقد عللوا ذلك بالقول ان القانون التجاري قد جعل جميع الملتزمين بمن فيهم المظهر في مرتبة واحدة بوصفهم جميعاً متضامنين تجاه الحامل وبالتالي فهو يعد في نفس مركز الساحب والمسحوب عليه (مديناً اصلياً) . كما ان اعتبار المظهر في مركز المدين الاصلي المتضامن ادعى لتحقيق مصلحة الحامل من اعتباره مجرد كفيل متضامن وذلك لانه ينبغي مراعاة مصلحة الحامل في جميع المواطن التي لم ينظمها المشرع التجاري وبما ان الاخير لم يحدد مركز المظهر فينبغي اعتباره في مركز المدين الاصلي[٣] ، من جانب اخر فان التزام المظهر هو التزام مستقل عن التزامات غيره من الملتزمين استناداً لقاعدة استقلال التواقيع السائدة في الاوراق التجارية.

بينما يرى جانب اخر من الفقهاء ان المظهر يعد في مركز الكفيل المتضامن[٤]، وقد برروا رأيهم بعدة حجج منها :ان الحامل لا يستطيع الرجوع على الا بعد مطالبة المسحوب عليه او المحرر[٥]، كما ان التزام المظهر هو التزام هش يسقط بمجرد اهمال الحامل باتخاذ الواجبات التي فرضها عليه المشرع التجاري كما ان افلاس المظهر لايؤثر على حلول اجل الورقة التجارية بعكس حالة افلاس الساحب او المسحوب عليه الذي يترتب عليها حلول ذلك الاجل[٦] . واخيراً فان المظهر يعد ضامناً للموقعين اللاحقين عليه ومضموناً من الموقعين السابقين له ولما كان المظهر ملتزماً بالضمان بالنسبة لبعض الملتزمين في الورقة التجارية دون البعض الاخر فانه لايمكن اعتباره مديناً اصلياً بالورقة التجارية[٧] .

الا ان هذا الراي منتقد على اساس ان طبيعة التزام الكفيل وما يتميز به من تبعية لالتزام المكفول تتعارض مع الصفة الاصلية لالتزام المظهر والمستقل عن التزامات غيره من الملتزمين .

وتلافياً للانتقادات الموجهة إلى الرأيين السابقين حاول جانب من الفقهاء الجمع بين الرأين وذلك من خلال اعتبار المظهر في مركز قانوني خاص يجمع بين

---

[٦] انظر المادة (٥٥ / ٢) من قانون التجارة العراقي ، كما ان المادة (٣٥) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي قد اجازت حصر التظهير باسم شخص معين.

[١] د. علي سلمان العبيدي ، الاوراق التجارية في القانون العراقي، مصدر سابق، ص٣٨٦. د. ابو زيد رضوان ، مصدر سابق ، ص٢٩٧. د. فريد شرقي ، اصول القانون التجاري المصري ، القاهرة، بدون سنة طبع ، ص٢٨٢ وهو ما ذهب اليه ايضاً: R. Roblot, op. cit., p. ٢٠٢.

[٢] د. عبد الله محمد العمران ، مصدر سابق ، ص١٨٦ – ١٨٧، د. امين محمد بدر ، الاوراق التجارية ... ، مصدر سابق ، ص٢٠٧.

[٣] د. حسين النوري، مصدر سابق ، ص٢١٨ ؛ د. محمد علي راتب ، السندات الاذينية ، ط١ ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٤٨،ص٢١٣ ؛ د. علي حسن يونس ، مصدر سابق ، ص٢٠٤.

[٤] د. حسين النوري ، مصدر سابق ، الالتزام الصرفي ٢١٨.

[٥] د. مصطفى كمال طه ود. مراد منير فهيم ، مصدر سابق ، ص١٢٧.

[١] د. علي حسن يونس ، مصدر سابق ، ص٢٠٣.

صفتي المدين الاصلي المتضامن والكفيل المتضامن[١] ، وهو رأي جدير بالتأييد وذلك لان المظهر في الواقع يحتل مركزاً وسطاً بين المدين الاصلي المتضامن والكفيل المتضامن ، فله من ملامح المدين الاصلي المتضامن استقلالية التزامه عن التزامات غيره من الملتزمين الصرفيين ، وله من ملامح الكفيل المتضامن عدم تاثير افلاسه على حلول اجل الورقة التجارية وكون التزامه هشاً يسقط بمجرد اهمال الحامل[٢] .

ثالثا: المسحوب عليه القابل :

يلتزم المسحوب عليه بمجرد التوقيع بالقبول على الحوالة التجارية[٣] ، التزاماً التزاماً ذا طبيعة صرفية بالتضامن مع باقي الملتزمين الصرفيين في اداء قيمة الحوالة في ميعاد استحقاقها. اما قبل التوقيع بالقبول فانه يكون بمنأى عن الحوالة وغير ملزم صرفياً بها إذ انه قبل التوقيع لم يعبر عن ارادته في الالتزام بموجبها وان كان عالماً بصدورها [٤]. فالقبول اذن هو الذي (يُقحم المسحوب عليه في الالتزام الالتزام الصرفي ويظل قبل وقوعه اجنبياً عن الالتزام لايصله بالحامل الا مقابل الوفاء)[٥].

ويكون التزام المسحوب عليه القابل التزاماً مباشراً متولد عن التوقيع على الورقة التجارية ذاتها ومستقل عن العلاقات التي تربط المسحوب عليه بالساحب وبالتالي فان القابل يكون ملتزماً بالوفاء وان لم يكن قد تلقى مقابل الوفاء من الساحب[٦] ، بل انه يكون ملتزماً بالدعوى الصرفية حتى تجاه الساحب نفسه عند صيرورته حاملاً للورقة التجارية[٧] ، وهي فرضية ممكن تحققها باحدى صورتين: الاولى ان يحرر الساحب الورقة التجارية لامره دون ان يطرحها للتداول اما الصورة الثانية فتتمثل في حالة ايلولة الورقة التجارية للساحب وذلك من خلال اعادة تظهيرها له .

---

[٢] د. امين محمد بدر ، الاوراق التجارية ... ، مصدر سابق ، ص٤٠٨؛ د. علي البارودي ، القانون التجاري ، مصدر سابق ص١٣٩. د. السيد محمد اليماني ، القانون التجاري ، ج٢ (العقود التجارية ، الاوراق التجارية ، عمليات البنوك ، الافلاس) ، مصر ، ١٩٨٦، ص٢٨٨.

[٣] هناك راي رابع يقول ان المظهر في مركز المدين الاصلي الاحتياطي الا انه راي ضعيف وانفرد به د. ادوار عيد ، الحماية القانونية للشيك ...، مصدر سابق ، ص٣٩.

[٤] ان القبول هو نظام خاص بالحوالة التجارية دون غيرها من انواع الاوراق التجارية الاخرى، فقد نص القانون صراحة على ان "لاقبول في الصك" (المادة ١٤٢) تجارة عراقي ، كما ان المشرع التجاري قد جعل محرر السند للامر ملتزم بالكيفية التي يلتزم بها قابل الحوالة (المادة ١٣٦) تجارة عراقي .

[١] د. فائق الشماع ، احكام التزام المسحوب عليه القابل ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد السابع عشر، العددان (١،٢) ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص١.

[٢] المذكر التفسيرية لقانون التجارة العراقي السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ ، ص١٩٩.

[٣] د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، موجز القانون الصرفي ، ط١ ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٢، ص١٧١. د. مصطفى كمال طه ، الاوراق التجارية ... ، مصدر سابق ، ص١٣١.

[٤] انظر المواد (٢/٧٨) من قانون التجارة العراقي ، (٤١٦) من قانون التجارة المصري .

ولايمكن للمسحوب عليه القابل اعفاء نفسه من الضمان إذ انه في قبوله للحوالة يكون قد تعهد بدفع مبلغها للحامل وهذا التعهد قطعي و لا يجوز العدول عنه[١] .

وقد اجمع الفقهاء على اعتبار المسحوب عليه القابل في مركز المدين الاصلي المتضامن[٢] ، الذي يترتب على وفائه براءة ذمة سائر الملتزمين الصرفيين ، كما ان افلاسه يجيز للحامل الرجوع بالورقة التجارية قبل ميعاد استحقاق تلك الورقة[٣].

رابعا: القابل بالتدخل :

إذا قُدمت الورقة التجارية للمسحوب عليه لغرض قبولها فهو اما ان يقبلها ويصبح ملتزما صرفيا باداء قيمتها للحامل واما ان يرفض القبول وفي هذه الحالة يجوز للحامل الرجوع الصرفي على الملتزمين الصرفيين قبل حلول ميعاد استحقاق الحوالة التجارية ،وتلافيا لهذه النتيجة فقد يعمد احد الاشخاص إلى التوقيع على الحوالة كقابل بالتدخل لمصلحة احد الملتزمين وعندئذ يمتنع على الحامل الرجوع المبتسر على من حصل التدخل لمصلحته وعلى الموقعين اللاحقين عليه[٤].

ويمكن ان يُعطى القبول بالتدخل من قبل شخص اجنبي عن الحوالة او من قبل احد الملتزمين بها كما يجوز للمسحوب عليه ان يكون قابلا للتدخل [٥].

ويكون القابل بالتدخل ملتزما صرفيا باداء مبلغ الحوالة في ميعاد استحقاقها إذا امتنع المسحوب عليه عن الوفاء ، وقد يتعدد القابلون بالتدخل فيكونون متضامنين فيما بينهم وبين باقي الملتزمين في مواجهة الحامل. ويبقى القابل بالتدخل ملتزما بالضمان حتى لو قبل المسحوب عليه الحوالة التي سبق له ان رفض قبولها ، ولايجوز للقابل بالتدخل اعفاء نفسه من ضمان الوفاء والتنصل من الالتزام الصرفي، ذلك لانه عندما يوقع على الحوالة كقابل بالتدخل انما يتعهد بدفع مبلغها في حالة عدم ادائه من قبل المسحوب عليه في ميعاد الاستحقاق وبالتالي لايجوز له العدول عن هذا التعهد.

خامسا: الضامن :

---

[٥] د. خالد الشاوي ، الاوراق التجارية في التشريعين الليبي والعراقي ، مطابع دار الكتب ، بيروت ، ١٩٧١ ، ص٢٧٧. د. رزق الله انطاكي ود. نهاد السباعي ، الوسيط في الحقوق التجارية البرية ، ج٢، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦٢، ص٣٩٩.

[١] د. محمد اسماعيل علم الدين ، مصدر سابق ، ص٩٢. د. كمال محمد ابو سريع ، مصدر سابق، ص١٩٠. د. محمود سمير الشرقاوي ، مصدر سابق ، ص٣٧٧. د. السيد محمد اليماني ، مصدر سابق ، ص٢٨٧.

[٢] انظر د. علي البارودي ، الوجيز في القانون التجاري ، القاهرة ، ١٩٦٦، ص١٣٢.

[٣] انظر المادة (١١٥) من قانون التجارة العراقي ، وهذا على خلاف موقف القانون المصري السابق الذي لم يحرم الحامل من حقه في الرجوع على الساحب والمظهرين بالرغم من قبول الحوالة من قبل متدخل ، (انظر المادة ١٢٦ منه) .

[٤] انظر المادة (١١٦/ثانياً) من قانون التجارة العراقي .

الضامن هو الشخص الذي يتقدم لضمان مبلغ الورقة التجارية كله او بعضه، وقد يكون شخصا اجنبيا عن الورقة التجارية او ان يكون ملتزما بها ويكون الضمان بكتابة هذا اللفظ او باية صيغة تفيد هذا المعنى ويوقعه الضامن[١].

ويلتزم الضامن التزاما صرفيا بالتضامن مع الشخص الذي حصل الضمان لمصلحته ومع بقية الملتزمين الصرفيين باداء مبلغ الورقة التجارية للحامل ، وقد جاء في قرار لمحكمة القاهرة التجارية الجزئية بان "الضامن الاحتياطي يتضامن مع المدين في المسؤولية عن الدين رغم عدم النص على التضامن في السند"[٢] .

ويتحدد التزام الضامن بمقدار التزام الشخص المضمون[٣] ، لذا ينبغي تعيين الشخص المضمون ، وفي حالة عدم تعيينه يعد الضمان حاصلا لمصلحة الساحب عند اغلب القوانين التجارية كقانون جنيف الموحد والقوانين المشتقة منه[٤]، بينما اعتبرت بعض التشريعات التجارية كاتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ ان الضمان في هذه الحالة يعد حاصلا لمصلحة القابل او المسحوب عليه في السفتجة الدولية ولمصلحة المحرر في السند الاذني الدولي [٥].

ويقع التزام الضامن في الاصل على ضمان القبول وضمان الاداء الا انه يستطيع حصر ضمانه بالقبول دون الاداء ، او بالاداء دون القبول ، او ان يحصر ضمانه بحامل معين دون الحملة اللاحقين او ان يحصره لمصلحة ملتزم معين دون الملتزمين الاخرين[٦] .

وقد اختلف الفقهاء حول تحديد المركز القانوني للضامن (وهو ذات الخلاف الذي دار حول تحديد مركز القابل بالتدخل) :

فذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار الضامن والقابل بالتدخل في مركز المدين الاصلي[٧] ، على اساس ان القانون التجاري قد ساوى بين جميع الملتزمين الصرفيين في المسؤولية التضامنية كما ان مصلحة الحامل وضرورة حمايته حماية كاملة تقتضي اعتبار جميع الملتزمين مدينين اصليين في مواجهته.

---

[١] انظر المادة (٨١) من قانون التجارة العراقي وكذلك ما قضت به محكمة التمييز العراقية بقرارها رقم ٥٨١/مدنية منقول/٢٠٠١ بتاريخ ٢٠٠١/٦/٢٨ ، الموسوعة العدلية ، العدد٩٤، ٢٠٠٢، ص٨،٩.

[٢] قرار محكمة القاهرة التجارية الجزئية بتاريخ ١٩٤٩/٤/١٦ ، المحاماة ، السنة التاسعة والعشرون، ١٩٤٨ – ١٩٤٩، ص٨٠٣.

[٣] انظر المواد (٨٢) من قانون التجارة العراقي ، (٤٧) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٤] انظر المواد (٣١) من قانون جنيف الموحد ، (٨١/ثالثا) من قانون التجارة العراقي .

[٥] انظر المادة (٤٦) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[١] د. ابراهيم اسماعيل ابراهيم ، الضمان الاحتياطي في الاوراق التجارية ، دراسة قانونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص١٥٠-١٥٢.

[٢] د. رزق الله انطاكي ، السفتجة او سند السحب ، مصدر سابق ، ص٢٥٧. د. علي سلمان العبيدي، الاوراق التجارية في القانون العراقي ، مصدر سابق ، ص٣٨٦. د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري (١٩٩٩) ، مصدر سابق ، ص٢٠٣.

بينما يرى جانب اخر من الفقهاء ان الضامن والقابل بالتدخل يعدان في مركز الكفيل المتضامن[١] . وقد استدلوا على ذلك من ان المشرع التجاري قد اعتبر الضامن والقابل بالتدخل يلتزمان بالكيفية التي يلتزم بها الشخص الذي حصل الضمان او القبول لمصلحته ، مما يعني ان التزامهما تابعاً لالتزام من تدخلوا لمصلحته ومرتبط به من حيث صحته وبطلانه وانقضائه[٢] .

في حين يذهب راي ثالث إلى اعتبار الضامن والقابل بالتدخل كفلاء صرفيين[٣] ، وهو الراي الذي نذهب لتاييده ، ذلك لان المركز القانوني للضامن والقابل بالتدخل يجمع بين ملامح الكفيل المتضامن من جهة وبين خصائص القانون الصرفي من جهة اخرى ، وتبرز صفة الكفيل من خلال كون الضامن والقابل بالتدخل تابعان في التزامهما لالتزام الشخص الذي تدخلا لمصلحته فيما يتعلق بكيفية التزامهما الصرفي ومقدار ذلك الالتزام[٤] وبترتيب التزامهما بين سلسلة الموقعين على الورقة التجارية ومن حيث امكانية او عدم امكانية التمسك بسقوط حق الحامل المهمل .

بينما تبرز الصفة الصرفية بوضوح فيما يتعلق باستقلال التواقيع ، فبينما تقتضي القواعد العامة بالكفالة ان التزام الكفيل يكون تابعا لالتزام المكفول تبعية مطلقة في بقاءه وانقضائه وصحته وبطلانه ، نجد ان قاعدة استقلال التواقيع تقف حاجزا يفصل بين توقيع الكفيل الصرفي وتوقيع المدين المضمون وتجعل لكل من التزامهما كيانا مستقلا عن الاخر[٥] ، وهذا ما نلمسه من نص القانون التجاري على اعتبار التزام الضامن صحيحا حتى ولو كان التزام المضمون باطلا لاي سبب غير عيب في الشكل[٦] .

الفرع الثاني: مدى امكانية الملتزمين من التخلص من التضامن الصرفي :

ذكرنا فيما سبق ؛ ان كل شخص تتوافر فيه المؤهلات القانونية يكون بتوقيعه على الورقة التجارية مسؤولاً مسؤولية تضامنية تجاه الحامل باداء قيمتها ، وهذه

---

[٣] د. مصطفى كمال طه ، الوجيز في القانون التجاري (الاوراق التجارية ، العقود التجارية ، عمليات البنوك ، الافلاس) ، الاسكندرية ، ١٩٧٣، ص١١٦. د. السيد محمد اليماني ، مصدر سابق ، ص٢٨٦. د. حسين النوري ، مصدر سابق ، ص٢١٨. د. فريد شرقي ، مصدر سابق ، ص٢٨٢.

[٤] انظر د. حسين النوري ، مصدر سابق ، ص٢١٨.

[١] د. علي البارودي ، القانون التجاري ...،مصدر سابق ،ص١٣٨ .د.عزيز العكيلي،انقضاء الشيك...، مصدر سابق ،ص٨٠ .وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية بان "الكفيل بالافال او الضامن الاحتياطي علاوة عن كونه كفيلا فانه يعتبر مدينا ايضا امام حامل السند" ، قرار رقم ١٤٢٠/حقوقية /١٩٦٦، بتاريخ ١٩٦٦/١١/١٧ ، نقلا عن المحامي عبد الرزاق القيسي ، الصيغ القانونية ... ، مصدر سابق ، ص١٥٠-١٥٣.

[٢] انظر المادتين (٨٢/اولا، ١٢٠) من قانون التجارة العراقي ، والمقابلة للمادتين (٣٢ ، ٥٨) من قانون جنيف الموحد لعام ١٩٣٠ .

[٣] د. علي البارودي ، القانون التجاري ... ، مصدر سابق ، ص١٣٨.

[٤] المادة (٨٢) من قانون التجارة العراقي .

المسؤولية مفترضة بنص القانون التجاري وبالتالي لاحاجة للنص عليها من قبل الاطراف[١] . ولكن هل يجوز للملتزمين ان يستبعدوا المسؤولية التضامنية المفترضة ام ليس لهم ذلك ؟ واذا كان ذلك جائزاً فكيف لهم استبعادها (المسؤولية التضامنية) ؟ وما هو الاثر المترتب على ذلك الاستبعاد؟

ومن اجل اعطاء اجابة وافية عن هذه التساؤلات يقتضي بنا البحث ان نقسم هذا الفرع على فقرتين : نتناول في الاولى مسألة جواز استبعاد التضامن الصرفي، بينما نحدد في الفقرة الثانية الاثر المترتب على استبعاد التضامن الصرفي وحسب التفصيل الاتي :

الفقرة الاولى : جواز استبعاد التضامن الصرفي :

ان بحث مسالة ما إذا كان للاطراف استبعاد التضامن الصرفي فيما بينهم ام لا تقتضي التعرف عما إذا كانت قاعدة التضامن بين الملتزمين التي نص عليها القانون الصرفي متعلقة بالنظام العام ، بحيث يقع باطلاً كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك ، ام انها ليست من النظام العام.

والواقع ان الاصل في احكام قانون الصرف انها ليست من النظام العام[٢] ، ومن ثم يجوز للاطراف الاتفاق على خلافها - باستثناء تلك الاحكام التي يمنع القانون فيها صراحة الافراد من الاتفاق على مخالفتها - فاذا ما وجد اتفاق بين المتعاقدين وجب تقديم ذلك الاتفاق على تلك الاحكام ، طالما كان هذا الاتفاق غير مخالف للنظام العام والاداب ، وقد اشار إلى ذلك صراحة قانون التجارة المصري النافذ رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث نص على سريان احكام الاتفاق بين المتعاقدين اولا فان لم يوجد هذا الاتفاق سرت نصوص القانون التجاري[٣] .

ولاتخرج قاعدة التضامن الصرفي من هذا الاصل ، بمعنى انها لاتعد من النظام العام ومن ثم يجوز الاتفاق على التخلص من احكامها[٤] ، ويتم ذلك عن طريق طريق ادراج شرط عدم التضامن. ولما كان شرط عدم التضامن يعد خروجا على مبادئ القانون الصرفي فكان لزاما ان يكون هذا الشرط واضح الدلالة على رفع المسؤولية التضامنية ، إذ ان الاستثناء لايصار اليه الا في حالة النص عليه[٥]. وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية بانه "إذا نص في الكمبيال على الزام الكفيل

---

[١] انظر قرار محكمة القاهرة التجارية الجزئية بتاريخ ١٩٤٠/٤/١٦ ، مشار اليه في مؤلف مصطفى رضوان ، مدونة الفقه والقضاء في القانون التجاري ، ج٢ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع ، ص١٤٨.

[٢] د. محسن شفيق ، مصدر سابق ، ص٢٢٧. د. علي البارودي ، القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص١٤١.

[١] انظر المادة (٢) من قانون التجارة المصري .

[٢] د. حافظ محمد ابراهيم ، مصدر سابق ، ص٢٢٣. د. عزيز العكيلي ، انقضاء الالتزام الثابت في الشيك ، مصدر سابق ، ص٧٨.

[٣] د. حافظ محمد ابراهيم ، مصدر سابق ، ص٢٢٣. د. رضا عبيد ، القانون التجاري، (الاوراق التجارية والعقود التجارية وعمليات البنوك والافلاس) ، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٨٨، ص١٧٣.

بعد عجز الاصيل كان هذا التعهد صحيحا ويتعين على المحكمة التثبت من عجز المدين عن الدفع"[١].

ويجوز ادراج شرط عدم التضامن من قبل أي من الملتزمين بموجب الورقة التجارية ، مما يعني انه يجوز لساحب او محرر الورقة التجارية ان يشترط عدم التضامن فضلا عن جواز ادراجه من قبل أي مظهر او قابل بالتدخل او ضامن فيها.

الفقرة الثانية : اثار شرط عدم التضامن:

ان شرط عدم التضامن لايعفي الملتزم الصرفي من الضمان ، إذ يظل الملتزم مسؤولا عن الوفاء بقيمة الورقة التجارية ، وانما يقتصر اثره على رفع المسؤولية التضامنية بين الملتزم الذي وضع الشرط وغيره من الملتزمين الاخرين، لذلك يتعين على الحامل مراعاة ترتيب الموقعين على الورقة التجارية فلا يرجع مباشرة على الملتزم الذي اشترط عدم التضامن الا إذا كان هذا الملتزم هو المظهر الاخير ؛ فان لم يكن كذلك وجب على الحامل قبل الرجوع عليه ان يرجع على الموقع اللاحق له ، عندئذ يستطيع الرجوع على واضع الشرط من خلال تحريك التزامه بالضمان ، قبل الموقع اللاحق عليه[٢] .

ولتوضيح ذلك يمكن ان نسوق المثال الاتي: فلو فرضنا ان (أ) قد سحب ورقة تجارية ، تداولت بالتظهير من (ب) إلى (ج) وانتهت إلى الحامل (د) فان كان المظهر (ج) هو الذي ادرج شرط عدم التضامن فلا يستفيد من الشرط إذ ان للحامل في كل الاحوال ان يرجع عليه بوصفه ضامن له حصول الوفاء في ميعاد الاستحقاق ومسؤولا قبله مسؤولية مباشرة . اما إذا كان المظهر (ب) هو الذي وضع شرط عدم التضامن تعين في هذه الحالة على الحامل (د) ان يطالب ، عند امتناع المسحوب عليه عن الوفاء، (ج) اولا ولايستطيع الرجوع على (ب) الا عن طريق دعوى الضمان التي يملكها (ج) تجاه (ب)[٣] .

تجدر الاشارة الى ان هناك جانبا من فقهاء القانون التجاري يخلطون بين شرطي عدم الضمان وعدم التضامن ويرون تبعا لذلك بان الساحب لايمكنه ادراج شرط عدم التضامن[٤] ، في حين ان الامر غير ذلك ، إذ ان شرط عدم الضمان يقصد به رفع المسؤولية الصرفية بصورة كلية، لذلك يمنع على الساحب ادراج مثل هذا الشرط باعتباره الشخص الذي انشا الورقة التجارية والمدين الاول بها، وبالتالي فان السماح له باعفاء نفسه من الضمان من شانه ان يضر بحامل الورقة التجارية خاصة إذا لم يقم المسحوب عليه بالوفاء له بقيمتها وهذا من شانه ان يؤدي إلى انعدام الثقة بالورقة التجارية ؛ بينما يقصد بشرط عدم التضامن تخفيف المسؤولية الصرفية

---

[٤] قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١٢٢٦/ حقوقية /١٩٥٩ بتاريخ ١٩٥٩/٦/٢٤ مجلة القضاء ، العدد الخامس ، السنة ١٧، ص٧٦٣.

[١] د. السيد محمد اليماني مصدر سابق ، ص ٢٨٨. د. علي حسن يونس، مصدر سابق ، ص٢١٠.

[٢] انظر د. امين محمد بدر ، الاوراق التجارية ... ، مصدر سابق ، ص٢٠٩-٢١٠.

[٣] د. هشام فرعون، مصدر سابق ، ص٨١. د. رزق الله انطاكي ، السفتجة او سند السحب ، مصدر سابق ،ص ٢٥٦. د. كمال محمد ابو سريع ، مصدر سابق ، ص١٩٢. د. شكري احمد السباعي ، مصدر سابق ، ص٦٦.

وذلك بالتحلل من المسؤولية التضامنية مع بقاء الموقع ملتزما صرفياً باداء قيمة الورقة التجارية في ميعاد استحقاقها لذا فان بامكان الساحب او غيره من الملتزمين ادراج هذا الشرط.
ويختلف اثر شرط عدم التضامن بحسب ما إذا كان وارداً في ورقة مستقلة ام في الورقة التجارية ذاتها، كما يختلف اثره باختلاف الملتزم الذي ادرج الشرط وحسب التفصيل الاتي:

اولا: ادراج شرط عدم التضامن في ورقة مستقلة :

قد يُدرج شرط عدم التضامن في ورقة مستقلة عن الورقة التجارية ، كما لو ادرج المظهر مثلاً بيان يفيد عدم التضامن في ورقة مستقلة دفعها للمظهر اليه، ففي مثل هذه الحالة ينتج شرط عدم التضامن اثره فيما يخص علاقة الملتزم الذي ادرج الشرط والحامل الذي تم املاء الشرط عليه ، ومن ثم يتحلل الملتزم من المسؤولية التضامنية [١].

اما فيما يخص علاقة الملتزم واضع الشرط بالحملة الاخرين فان الملتزم يستطيع الاحتجاج بذلك الشرط على الحامل سيء النية الذي يعلم بشرط عدم التضامن [٢].
ويقع على الملتزم عبء اثبات علم الحامل بهذا الشرط ، بينما لايستطيع الملتزم ، واضع شرط عدم التضامن الاحتجاج على الحملة حسني النية بالشرط المدرج في ورقة مستقلة ، ذلك لان قاعدة الكفاية الذاتية للورقة التجارية تمنع الملتزم من الاحتجاج على الحامل حسن النية بغير البيانات الواردة في الورقة التجارية [٣].

ثانيا: ادراج شرط عدم التضامن في الورقة التجارية ذاتها :

اما إذا كان شرط عدم التضامن وارداً في الورقة التجارية ذاتها فانه ينتج اثره وذلك بنفي تضامن الملتزم واضع الشرط مع بقية الملتزمين الصرفيين ،ويستطيع ذلك الملتزم الاحتجاج بهذا الشرط تجاه كل حملة الورقة التجارية وان كانوا حسني النية [٤] ؛اعمالا بقاعدتي الكفاية الذاتية للورقة التجارية وحرفية الدين الصرفي وما تقضيان به من تمكين الملتزم الصرفي من الاحتجاج على حملة الورقة التجارية بما ورد في تلك الورقة من بيانات دون حاجة إلى اثبات سوء نية اولئك الحملة[٥].
واذا كان شرط عدم التضامن المدرج في ورقة مستقلة يقتصر اثره على الملتزم واضع الشرط ؛ فان الامر يختلف بالنسبة للشرط المدرج في الورقة التجارية ذاتها، إذ ان مدى امتداد اثر ذلك الشرط إلى بقية الملتزمين الصرفيين يختلف باختلاف واضع الشرط :

فان كان الشرط مدرجا من قبل ساحب الورقة التجارية او محررها فان اثره يكون ساري المفعول بحق جميع الملتزمين الاخرين ، بحيث يكون التضامن

---

[١] د. رفعت ابادير ، دروس في الاوراق التجارية ، الكويت ، ١٩٨٧، ص١٤٤.
[٢] د. ثروت عبد الرحيم ، مصدر سابق ، ص٧٢٥.
[٣] د. رفعت ابادير ،مصدر سابق ، ص١٤٤. د. ثروت عبد الرحيم ، مصدر سابق ، ص٧٢٥.
[١] د. محمد حسني عباس ، الاوراق التجارية في التشريع الكويتي ، مصدر سابق ، ص١٤٠ .
[٢] انظر د.فائق الشماع ، الشكلية في الاوراق التجارية ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، العدد (٢٠) ،السنة الثالثة عشرة ، ١٩٨٧ ،ص١٧١-١٧٢ .

الصرفي منتفيا بصورة كلية[١] ، لان الشرط الذي يدرجه الساحب يعد عنصرا من العناصر الاصلية للورقة التجارية التي تنتج اثارها بالنسبة لجميع الملتزمين الصرفيين.

اما إذا كان شرط عدم التضامن مدرجا من قبل احد الملتزمين الاخرين من غير الساحب ، اقتصر اثره على الملتزم الذي ادرجه دون غيره من الملتزمين السابقين او اللاحقين تطبيقا لقاعدة استقلال التواقيع[٢] ؛ ومن ثم فلا ينتفي التضامن الا بالنسبة للملتزم واضع الشرط . واذا ما اراد بقية المتضامنين ان ينفوا التضامن فيما بينهم فان على كل واحد منهم ان يدرج شرط عدم التضامن[٣] .

ومن الملاحظ ان شرط عدم التضامن ليس دارجا في الحياة العملية ، لما يترتب عليه من اضعاف ثقة الحامل بالورقة التجارية ، وذلك بحرمانه من اهم ضمانة صرفية وفرها له المشرع التجاري ، وما قد يؤديه ذلك من تعطيل تداول تلك الورقة[٤] ؛ كما ان القضاء كثيرا" ما يتشدد في تفسير وجود هذا الشرط ويشترط ان يكون واردا" في عبارة بعيدة عن كل لبس او غموض[٥] .

---

[٣] د.محمود سمير الشرقاوي ، مصدر سابق ، ص٣٧٩ .د.حسين النوري ، مصدر سابق ، ص٢١٩ . د.محمد ابراهيم محمود ، موجز الاوراق التجارية ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٢، ص٢٢٤.

[٤] د. محمد محمود ابراهيم ، مصدر سابق ، ص٢٢٤. د. سعيد يحيى ، مصدر سابق ، ص٨٣.

[٥] د. مصطفى كمال طه ، الاوراق التجارية ... ، مصدر سابق ، ص١٤٥. د. محمد حسني عباس، الاوراق التجارية في التشريع الكويتي ، مصدر سابق ، ص١٤١.

[١] د. امين محمد بدر ، الاوراق التجارية ...، مصدر سابق ، ص٢١٠. د. ثروت عبد الرحيم ، مصدر سابق ، ص٧٢٣.

[٢] انظر قرار محكمة الاستئناف المختلط المصرية بتاريخ ١٩٣٢/٤/١٣ ، مشار اليه في مؤلف مصطفى رضوان ، مصدر سابق ، ص١٣٢ ، رقم (٤).

الفصل الثاني
احكام التضامن الصرفي

ان للتضامن الصرفي احكاماً مهمة سواء أكانت في علاقة الحامل بالملتزمين الصرفيين ام في علاقة الملتزمين الصرفيين بعضهم ببعض ، ولكي نقف على حقيقة ذلك فاننا سنقسم هذا الفصل على مبحثين نتناول في الاول احكام التضامن الصرفي في علاقة الحامل بالملتزمين الصرفيين ، بينما نخصص المبحث الثاني لبيان احكام التضامن الصرفي في علاقة الملتزمين الصرفيين بعضهم ببعض وحسب التفصيل الاتي:

المبحث الاول: علاقة الحامل بالملتزمين الصرفيين :

نتناول هذا المبحث في مطلبين نخصص الاول لبيان المبادئ التي تحكم علاقة الحامل بالملتزمين الصرفيين ، بينما نخصص المطلب الثاني لبحث رجوع الحامل على الملتزمين الصرفيين .

المطلب الأول: المبادئ التي تحكم علاقة الحامل بالملتزمين الصرفيين :

تقوم العلاقة بين حامل الورقة التجارية والملتزمين بموجبها على مبدأين رئيسين هما : مبدأ وحدة محل الالتزام ومبدأ تعدد الروابط القانونية ؛ وسنفرد فرعا مستقلا لكل مبدأ من هذين المبدأين .

الفرع الاول : وحدة محل الالتزام :

يقصد بوحدة محل الالتزام ان موضوع التزام المتضامنين الصرفيين واحداً وهو دفع قيمة الورقة التجارية ، ويترتب على هذا المبدأ اثرين مهمين: الاول ان للحامل الحق في مطالبة كل ملتزم بكل مبلغ الدين الصرفي ، اما الاثر الثاني فمفاده ان استيفاء الحامل لدينه الصرفي من احد الملتزمين يمنعه من الرجوع على باقي الملتزمين . وسنخصص فقرة مستقلة لكل من هذين الاثرين :

الفقرة الاولى : حق الحامل في المطالبة بكل الدين الصرفي :

لما كان محل التزام جميع المتضامنين الصرفيين واحداً فان للحامل الحق في مطالبتهم بكل مبلغ الورقة التجارية وهو حرٌ في اختيار طريقة الرجوع عليهم فله ان يرجع على الملتزمين الصرفيين منفردين او ان يرجع عليهم مجتمعين .

اولاً: رجوع الحامل على الملتزمين الصرفيين منفردين: يحق للحامل الرجوع على أي من المتضامنين الصرفيين ومطالبته بمبلغ الورقة التجارية[1] ، فهو يستطيع الرجوع على الساحب والمظهر والقابل والضامن والقابل بالتدخل ، وقد اشارت إلى

---

[1] د. محيي الدين اسماعيل علم الدين ، شرح قانون التجارة الجديد (تعليق على القانون مادة مادة مع اعماله التحضيرية) ، مصر ، ١٩٩٩ ، ص٨٠٤. د. محمد فريد العريني ، القانون التجاري (الاوراق التجارية والافلاس) ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٥، ص٢٨.

ذلك المادتان (١٠٢ ، ١٦٩) من قانون التجارة العراقي ، فقد نصت المادة (١٠٢) على انه "اولاً: لحامل الحوالة عند عدم وفائها في ميعاد الاستحقاق الرجوع على المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين" اما المادة (١٦٩) منه فقد نصت على انه "لحامل الصك الرجوع على الساحب والمظهرين وغيرهم من الملتزمين به ..." . وهذا ما ذهب اليه القضاء في العديد من قراراته[١] . كما اشارت المادة (١٠٦) من قانون التجارة العراقي إلى طريق المطالبة الفردية صراحة بالقول " للحامل الرجوع على هؤلاء الملتزمين منفردين... " .

ويتخذ رجوع الحامل على المتضامنين الصرفيين عند مطالبته اياهم بصورة فردية اشكالاً متعددة ، مع ضرورة ملاحظة ان اشكال الرجوع على الملتزمين غير ملزمة للحامل وبالتالي فانه يستطيع اتخاذ الشكل الذي يراه مناسباً له دون التقيد باشكال الرجوع الاخرى . ويمكن اجمال اشكال الرجوع بما يأتي :-

١. **الرجوع الودي** : قد يفضل حامل الورقة التجارية المطالبة بقيمتها بصورة ودية رغبة منه في استيفاء حقه بعيداً عن اروقة المحاكم وما تتطلبه من إجراءات ونفقات ،ويحدث هذا في الغالب عندما يرتبط الحامل بالملتزمين الصرفيين بروابط تتجاوز العلاقات المالية ،او حين تحول مصالحهم المشتركة دون الاحتكام إلى القضاء [٢]، كما قد يحصل ان يتفق الملتزمين الصرفيين مع حامل الورقة التجارية على ان يبدأ اولا بمطالبتهم مطالبة ودية ، عند امتناع المسحوب عليه عن الوفاء ، قبل اللجوء إلى المطالبة القضائية ولا شك ان مثل هذا الاتفاق جائز لانه لايحرم الحامل من حقه في اللجوء إلى القضاء بل كل ما في الامر ان عليه ان يبتدىء بالمطالبة الودية فان تعذر عليه استيفاء حقه جاز له عندئذٍاللجوء إلى القضاء .وقد يفضل الحامل منح مدينه الصرفي فترة من الزمن على امل ان يُحسن خلالها اوضاعه المالية ليستدرك ما يحتاج اليه من سيولة نقدية تمكنه من الوفاء ، فيعمد إلى سحب حوالة الرجوع ، وقد اشارت اليها المادة (١١٤) من قانون التجارة العراقي[٣] بالقول "اولا: لكل من له حق الرجوع على غيره من الملتزمين بالحوالة ان يستوفي حقه بسحب حوالة جديدة على احد ضامنيه تكون مستحقة الاداء لدى الاطلاع وواجبة الاداء في مقام هذا الضامن مالم يشترط غير ذلك".

٢. **التنفيذ المباشر**: يستطيع الحامل ايضاً ان يسلك طريق التنفيذ المباشر، دون اللجوء إلى القضاء، وذلك في الدول التي تعتبر الاوراق التجارية فيها محررات قابلة للتنفيذ في مديريات التنفيذ كقانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ وقانون الاجراء اللبناني النافذ الصادر بتاريخ ٤/ايار/١٩٥٤ مع وجود فارق بين

---

[٢] انظر في هذا المعنى : قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٦١٣/مدنية اولى/١٩٧٧ بتاريخ ١٩٧٨/١/٣ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الاول ، السنة التاسعة ، ١٩٧٨ ، ص٨٧، قرار محكمة التمييز الاردنية رقم ٣٣٠٢/ حقوقية / ١٩٩٩ بتاريخ ٢٠٠٠/٦/٢٩ ، المجلة القضائية ، السنة الرابعة ، العدد السادس ، حزيران ، ٢٠٠٠ ، ص١٩٦ .

[١] د.هشام فرعون ، مصدر سابق ، ص١٠٨ .

[٣] تقابلها المواد (٥١) من قانون جنيف الموحد لعام ١٩٣٠ ، (١٦٣) من القانون التجاري الفرنسي ، (١٩٦) من قانون التجارة الاردني.

كل من القانونين ، ففي الوقت الذي يجيز فيه قانون الاجراء اللبناني للحامل التنفيذ المباشر على أي من الملتزمين الصرفيين[١] . نجد ان قانون التنفيذ العراقي يشترط ان لايكون المدين المراد التنفيذ بحقه من مظهري الورقة التجارية واذا كان المطلوب التنفيذ بحقه كفيلاً وجب تبليغ المدين للوقوف على مالديه من اعتراضات[٢] .

٣. **استصدار امر اداء**: اجازت قوانين بعض الدول ، كقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ (المادة ٢٠١) وقانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي (المادة ١٦٦)[٣] ، لحامل الورقة التجارية استصدار امر اداءإذا اراد الرجوع على الساحب او المسحوب عليه القابل او الضامن الاحتياطي لاحدهما من دون حاجة لرفع الدعوى القضائية [٤].

٤. **الرجوع القضائي**: وذلك عن طريق رفع الدعوى واختصام الملتزمين الصرفيين قضائياً وهو الاسلوب الغالب الذي يلجأ اليه الحامل عندما يتعذر عليه استيفاء مبلغ الورقة التجارية وقد اشارت اليه المادة (١٠٦) من قانون التجارة العراقي بالقول "ثالثا: الدعوى المقامة على احد الملتزمين لاتحول دون الرجوع على الباقين ...". ويخضع رفع الدعوى الصرفية للقواعد العامة في قانون المرافعات المدنية ، ويكون الاختصاص في نظر الدعوى الصرفية لمحكمة البداءة التي يقع في دائرتها موطن الملتزم الذي يريد الحامل الرجوع عليه، او مركز معاملاته ، او محل نشوء الالتزام الصرفي ، او مكان وفاء الورقة التجارية ، او المحل الذي اختاره الاطراف لاقامة الدعوى الصرفية[٥]. اما إذا كان الملتزم الذي يريد الحامل الرجوع عليه ، شخصاً معنوياً فيكون الاختصاص لمحكمة البداءة التي يقع في دائرتها مركز ادارته الرئيسي[٦] .

ويجوز للملتزم الذي رفعت عليه الدعوى الصرفية ، ان يطلب ادخال باقي الملتزمين الصرفيين معه في الدعوى ، كما ان للمحكمة ان تدعو أي شخص للاستيضاح منه عما يلزم لحسم الدعوى، كما يجوز لباقي الملتزمين الصرفيين ان يتدخلوا في الدعوى التي رفعها الحامل منضماً الى الملتزم الاول او طالباً الحكم لنفسه فيها[٧].

ثانيا: رجوع الحامل على الملتزمين الصرفيين مجتمعين:

يحق للحامل كذلك ان يرجع على جميع الملتزمين الصرفيين دفعة واحدة ومطالبتهم جميعاً بمبلغ الورقة التجارية وهو ما اشارت اليه صراحة المادة (١٠٦)

---

[٣] انظر المادة الاولى من قانون الاجراء اللبناني.

[١] المادة (١٤/ثانياً) من قانون التنفيذ العراقي.

[٢] اما بالنسبة للمشرع العراقي فانه لم يؤخذ بنظام اوامر الاداء.

[٣] انظر في تفصيل ذلك د. مصطفى كمال طه ، الوجيز ... ، مصدر سابق ، ص١٥٤.

[٤] انظر المادة (٣٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

[٥] المادة (٣٨) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

[١] انظر المادة (٦٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي وتقابلها المواد (١١٧ ، ١١٨ ، ١٢١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

من قانون التجارة العراقي بالقول: "للحامل الرجوع على هؤلاء الملتزمين منفردين او مجتمعين". وغالبا ما يأخذ الرجوع الجماعي شكل المطالبة الودية او القضائية ، اما اشكال الرجوع الاخرى، كالتنفيذ المباشر او استصدار امر الاداء ، فانها لاتصلح لحالة الرجوع الجماعي إذ انها مختصة بحالة الرجوع على بعض الملتزمين دون البعض الاخر. ويلزم اقامة الدعوى في محكمة مختصة يقع في دائرتها موطن احد الملتزمين الصرفيين [١]. وقد يحصل احياناً ان يرفع الحامل عدة دعاوى على الملتزمين الصرفيين في وقت واحد وتلك الدعاوى اما ان تكون مرفوعة امام محكمة واحدة ، عندما تكون تلك المحكمة مختصة نوعياً ومكانياً بالنسبة لجميع الملتزمين الصرفيين وفي هذه الحالة يجوز للخصوم ان يطلبوا ضم الدعاوى الى بعضها كما ان للمحكمة ان تامر بضم تلك الدعاوى ، او ان تكون تلك الدعاوى مرفوعة امام عدة محاكم وهنا يجوز للملتزمين ان يطلبوا نقل الدعاوى الى المحكمة التي رفعت امامها اول دعوى.

ويكون القرار الصادر في الدعوى الجماعية ملزماً لجميع الملتزمين الصرفيين بصورة شخصية وتضامنية ومن ثم فان للحامل الحق في تنفيذ قرار الحكم في مواجهة أي ملتزم متضامن كما يحق له تنفيذه في مواجهة جميع الملتزمين.

ويجوز للحامل اثناء رفع دعوى الرجوع الصرفية على الملتزمين ، بصورة منفردة كانت او مجتمعة ، ان يوقع حجزاً احتياطياً على اموال الملتزمين المنقولة[٢] لمنع الملتزمين من تهريب تلك الاموال فضلاً عما للحجز التحفظي من اهمية كوسيلة ضغط على المدين ، نظراً لما له من اثر سيء على سمعة المدين ، فيحاول الاخير تفادية باداء مبلغ الورقة التجارية قبل اتخاذ هذا الاجراء التحفظي[٣].

الفقرة الثانية : استيفاء الحامل لدينه الصرفي من احد الملتزمين يمنعه من الرجوع على الاخرين :

لما كان محل التزام جميع المتضامنين الصرفيين واحداً ، فان استيفاء الحامل لدينه الصرفي من احد الملتزمين يمنعه من الرجوع على باقي المتضامنين لمطالبتهم بذلك الدين ، إذ لايجوز للدائن استيفاء دينه اكثر من مرة واحدة ، معنى ذلك ان وفاء احد المتضامنين للدين الصرفي يبرئ ذمة سائر المتضامنين معه في مواجهة الحامل الذي تم الوفاء له[٤] . والوفاء بالدين الصرفي اما ان يكون كلياً او جزئياً :

فاذا ما حصل ، عند رجوع الحامل على الملتزمين ، ان اوفى احدهم بمبلغ الورقة التجارية كاملا برأت ذمته وذمم سائر المتضامنين (مع التأكيد على ان الوفاء للحامل لايعني بالضرورة براءة ذمة الملتزمين نهائياً بقدر ما يعفيهم من رجوع الحامل ، الذي استوفى حقه ، عليهم) . اما إذا قام احد الملتزمين الصرفيين بوفاء

---

[٢] انظر المواد (٢/٣٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، (٤٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

[١] انظر المواد (١٥٨) تجاري فرنسي ، (١١٣) تجارة عراقي ، (١٩٨) تجارة اردني.

[٢] د. عزيز العكيلي ، الموجز في شرح قانون التجارة الكويتي ، ط١ ، مكتبة المنهل ، الكويت ، ١٩٧٨، ص٣٤٢.

[٣] د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ...، ج٣، مصدر سابق ، ص٣٤٢.

جزء من قيمة الورقة التجارية برأت ذمته وذمة بقية المتضامنين معه بقدر ما يُدفع من اصل قيمتها[١] ، ومن ثم لا يجوز للحامل الرجوع على بقية المتضامنين الا بالقدر غير المدفوع من قيمة تلك الورقة ، ذلك لان موضوع الدين الصرفي واحداً ولايتعدد بتعدد المدينين المتضامنين[٢] . وهنا يتبادر تساؤل عن مدى امكانية المدين الصرفي في اجبار الحامل على قبول الوفاء الجزئي.

وللاجابة على ذلك نقول :ان التشريعات التجارية لم تتفق بشان هذه المسألة: فذهبت بعض التشريعات كاتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ إلى ان الحامل غير ملزم بقبول الوفاء بجزء من قيمة الورقة التجارية[٣] . بينما الزمت معظم القوانين التجارية الحامل بقبول الوفاء الجزئي[٤]، ويشترط لالزام الحامل بذلك الوفاء ان يكون حاصلاً في ميعاد استحقاق الورقة التجارية إذ "لايجبر حامل (الحوالة) على قبض قيمتها قبل الاستحقاق" [٥]. فان رفض الحامل الوفاء الجزئي الحاصل في ميعاد الاستحقاق جاز للمدين ان يعرضه عليه عرضاً صحيحاً ثم يقوم بايداع ذلك المبلغ وفقاً لقواعد العرض والايداع المنصوص عليها في القانون المدني[٦].

وبالمقابل لايجوز للحامل الرجوع على بقية المتضامنين الا بالقدر غير المدفوع من قيمة الورقة التجارية ، وان كان قد رفض الوفاء الجزئي مما يعني ان الحامل هو الذي يتحمل لوحده مسؤولية عدم استيفاء ذلك الجزء المعروض من قيمة الورقة التجارية.

والواقع ان سياسة المشرع التجاري في الزام الحامل بقبول الوفاء الجزئي لها ما يبررها ، إذ ان اثر الوفاء الجزئي لايقتصر على الحامل فقط بل يمتد ليشمل بقية المتضامنين الصرفيين الذين يكون من مصلحتهم الاقتصار على دفع الجزء غير الموفى من قيمة الورقة التجارية بدلاً من دفع قيمتها كاملة[٧] ، فحاول المشرع التجاري التخفيف من اعباء الملتزمين الصرفيين ، نظراً لما القاه عليهم من حمل ثقيل من خلال النص على التضامن فيما بينهم في مواجهة الحامل ، فمنع الحامل من رفض الوفاء الجزئي في محاولة لتحقيق الموازنة بين مصلحتي الحامل والملتزمين الصرفيين.

ويرى فقهاء القانون التجاري ان حكم الزام الحامل على قبول الوفاء الجزئي ، يقتصر على الوفاء الجزئي الذي يعرضه المسحوب عليه فقط ولايمتد إلى الوفاء

---

[١] انظر المادة (٩٠/رابعا) من قانون التجارة العراقي ، والمقابلة للمواد (٣٩) من قانون جنيف الموحد ، (١٧٠) من قانون التجارة الاردني ، (٧٧) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٢] د. سالم عبد الرضا طويرش، مصدر سابق ، ص٩٠.

[٣] انظر المادة (٧٣) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨.

[٤] انظر المواد (٣٩) من قانون جنيف الموحد ، (٩٠) تجارة عراقي ، (١٧٠) تجارة اردني.

[٥] المادة (٩١) تجارة عراقي وتقابلها المواد (٤٠) جنيف الموحد ، (١٧١) تجارة اردني.

[٦] انظر المواد (١٢٥٧) مدني فرنسي ، (٣٣٦ – ٣٤٠) مدني مصري ، (٣٨٥ – ٣٨٩) مدني عراقي ، (٣٢٢ – ٣٢٨) مدني اردني.

[١] د. امين محمد بدر ، الالتزام الصرفي ... ، مصدر سابق ، ص٨٣.

الجزئي المعروض من بقية الملتزمين الصرفيين ، على اعتبار ان هذا الحكم يعد حكماً خاصاً بالمسحوب عليه ، لايجوز التوسع في تفسيره [١] .

الفرع الثاني : تعدد الروابط:

ان وحدة محل الالتزام لاتمنع من وجود روابط متعددة، تربط الحامل بالملتزمين الصرفيين ومستقلة بعضها عن بعض[٢] ، ويتجلى ذلك واضحاً من خلال قاعدة استقلال التواقيع والتي يراد بها اعتبار كل من يضع توقيعه على الورقة التجارية ملتزماً التزاماً مستقلاً عن التزامات غيره من الموقعين[٣] .

ويترتب على مبدأ تعدد الروابط النتائج الاتية :

اولاً: ان رجوع الحامل على احد الملتزمين الصرفيين لايفقده حقه في الرجوع على الاخرين [٤]. فاذا ما شعر الحامل بانه قد اقام الدعوى على ملتزم معسر معسر ، او رأى ان يوجه مطالبته لملتزم اخر ظهر له فيما بعد ان مطالبته تعد اكثر جدوى او ايسر من الدعوى الاولى ، او بدا له أي سبب اخر لهذه المطالبة الجديدة ، فان الحامل لايتقيد بالمطالبة الاولى بل ان له ان يدخل الملتزم الصرفي الاخر خصماً في الدعوى الاولى ويطلب الحكم على الاثنين في الدين الصرفي متضامنين فيه ، كما ان له ان يترك الدعوى الاولى ويرفع دعوى جديدة على الملتزم الاخر يطالبه فيها وحده بكل قيمة الورقة التجارية .

ولم يلزم المشرع التجاري الحامل بمراعاة ترتيب التزام المتضامنين الصرفيين[٥]، بمعنى انه لم يرتب على اقامة الدعوى على ملتزم معين امتناع اقامتها على ملتزم اخر وان كان لاحقاً للملتزم الذي اقيمت عليه الدعوى ابتداء[٦]. وهذا على على خلاف ما كان عليه القانون التجاري المصري السابق الذي اشترط على الحامل ، متى اختط سبيل المطالبة الفردية ، ضرورة مراعاة ترتيب توقيع الملتزمين الصرفيين، بحيث رتب على مطالبة الساحب براءة ذمة جميع الملتزمين الاخرين كما رتب على مطالبة أي مظهر براءة ذمة المظهرين اللاحقين عليه في التزامهم[٧] ، على افتراض ان الحامل عند مطالبته احد الملتزمين الصرفيين قد تنازل عن مطالبة الملتزمين اللاحقين عليه وهو اتجاه منتقد على اعتبار ان المشرع التجاري قد اسند إلى الحامل قصداً قد لايجول بخاطره[٨] .

---

[٢] د. صلاح الدين الناهي ...، مصدر سابق ،٤٥٢ ، د. محمد حسني عباس ، الاوراق التجارية في التشريع الكويتي ، مصدر سابق ، ص١٦٤.

[٣] د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني ، ج٢ ، في اثار الحقوق الشخصية، احكام الالتزامات ، ط١ ، مركز حماد للطباعة ، اربد الاردن ، ١٩٩٧ ، ص ٤١٨.

[٤] د. احمد البسام ، قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الاوراق التجارية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٦٩، ص١٠٢، د. سمير عاليه ، الوجيز في القانون التجاري ، ط١، بيروت ، ١٩٨٧، ص٢٧٦.

[١] د. محمد محمود ابراهيم، مصدر سابق ، ص١٢٥-١٢٦، د. رفعت ابادير ، مصدر سابق ، ص١٤٢.

[٢] انظر المواد: (٤٧) من قانون جنيف الموحد لعام ١٩٣٠ ، (٤٤) من قانون جنيف الموحد لعام ١٩٣١، (١٠٦) من القانون التجاري العراقي ، (٦٩) من اتفاقية الاونسيترال.

[٣] Henry Cabrillac, Le Cheque et. Le virement, ٢ edition, Paris, ١٩٥٧, p. ١١٣

[٤] انظر المادة (١٦٤) من قانون التجارة المصري السابق.

[٥] د. محسن شفيق ، مصدر سابق ، ص٢٢٦.

ثانياً: ان بطلان التزام احد الموقعين على الورقة التجارية لايؤثر على التزامات غيره من الموقعين ، بعبارة اخرى انه قد يكون التزام احد الموقعين باطلاً لنقص في اهلية الموقع او لتزوير توقيعه ، ففي مثل هذه الاحوال يتحلل الموقع من المسؤولية الصرفية الا ان بطلان التزامه لايستفيد منه غيره من الموقعين الاخرين الذين يظل التزامهم صحيحاً[1] . وهو ما نصت عليه المادة (٤٧) من قانون التجارة العراقي النافذ بالقول "إذا حملت الحوالة توقيعات اشخاص ليس لهم اهلية الالتزام بها او توقيعات مزورة او لاشخاص وهميين او توقيعات غير ملزمة لاصحابها او لمن وقعت الحوالة باسمائهم ، فان التزامات غيرهم من الموقعين عليها تبقى مع ذلك صحيحة " .

ثالثا: ان أي ملتزم صرفي لايستطيع التمسك بالدفوع الخاصة بغيره من الملتزمين: وهنا لابد لنا من التعرف على انواع الدفوع من حيث مدى امكانية الملتزم الصرفي من التمسك بها قِبل الحامل : فالدفوع تقسم على دفوع مشتركة بين جميع الملتزمين الصرفيين ودفوع خاصة : فالدفوع المشتركة هي الدفوع التي يمكن لاي ملتزم التمسك بها في مواجهة الحامل كالدفع ببطلان الورقة التجارية لنقص في احد بياناتها الالزامية[2] . اما بالنسبة للدفوع الخاصة فيقصد بها الدفوع التي تتعلق بشخص او التزام احد الموقعين على الورقة التجارية دون غيره ، وهذه الدفوع تقسم بدورها على دفوع موضوعية ودفوع شخصية : فالدفوع الموضوعية يمكن التمسك بها في مواجهة كل حامل للورقة التجارية ، ومن امثلتها: الدفع بانعدام الاهلية او نقصها والدفع بالتزوير والدفع بالاكراه الملجيء حسب الرأي الراجح والدفع بعدم مشروعية السبب عند ذكره في الورقة التجارية أضافة إلى الدفع بالتقادم ؛ ويعتبر الغلط في طبيعة الورقة التجارية في بعض التشريعات التجارية ، كقانون الحوالات التجارية الانكليزي لعام ١٨٨٢[3] واتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨[4] ، من الدفوع الموضوعية التي يمكن ان يحتج بها على الحامل ، وان كان حسن النية ، شريطة ان لايكون الغلط راجعاً إلى اهمال الموقع وان يكون نتيجة غش من طرف اخر.

اما فيما يخص الدفوع الشخصية فان الملتزم الصرفي يستطيع التمسك بها قبل الحامل سيء النية ، بينما لايستطيع التمسك بها قبل الحامل حسن النية الا إذا كانت تلك الدفوع متصلة بعلاقة الحامل المدعي بالملتزم المدعى عليه تطبيقاً لقاعدة تطهير الدفوع .

---

[1] د. سمير عالية ، مصدر سابق ، ص٢٧٦.

[2] تختلف القوانين التجارية فيما بينها بشأن تحديد البيانات الواجب توافرها في الورقة التجارية فمثلا ان ذكر تسمية الحوالة التجارية ومكان الاداء وتاريخ الانشاء ومكان الانشاء واسم المستفيد ، تعد من البيانات الالزامية للحوالة التجارية في القانون التجاري العراقي ، في حين انها لاتعد من البيانات الالزامية في القانون الانكليزي، كما ان تلك البيانات تختلف في القانون الواحد باختلاف انواع الاوراق التجارية فمثلا في القانون العراقي يعد (اسم المستفيد) من البيانات الالزامية للحوالة التجارية ، في حين انه لايعد من بيانات الصك الالزامية.

[1] انظر استاذنا د. مجيد العنبكي ، مبادئ العقد ... ، مصدر سابق ، ص٧٦-٧٧، والذي يشير في ذلك إلى قضية (Foster v. Makinnon , ١٨٦٩) .

[2] انظر المادة (٣٠) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

ويعتبر الحامل حسن النية إذا لم يكن وقت حصوله على الورقة التجارية قد تصرف بقصد الاضرار بالمدين[١] . ويفسر جانب من فقهاء القانون التجاري (قصد الاضرار بالمدين) مجرد علم الحامل بالدفع الذي يمكن للمدين التمسك به[٢]، في حين يذهب جانب اخر من الفقه إلى القول بان العلم وحده لايكفي لاثبات سوء النية ، بل لابد من توافر نية الاضرار بالمدين الصرفي ومحاولة حرمانه من التمسك بالدفوع التي كان يمكنه التمسك بها تجاه احد الحملة السابقين[٣] .

ويبدو ان الرأي الاول اجدر بالتأييد ، إذ ان قاعدة تطهير الدفوع تهدف إلى حماية الحامل القانوني وذلك بعدم مطالبته بدفع لم يكن يعلم به ، فان علم بذلك الدفع وقت حصوله على الورقة التجارية انتفت الغاية من تلك القاعدة ولزم تبعاً لذلك استبعادها بحقه .

اما فيما يتعلق بقانون الحوالات التجارية الانكليزي فقد عرف في المادة (٩٠) حسن النية بالقول : يعتبر العمل صادراً عن حسن نية عندما يكون في الحقيقة صادراً عن استقامة سواء اكان هناك اهمال ام لم يكن ؛ تجدر الاشارة هنا إلى ان القانون الانكليزي لايكتفي بحسن النية لتطبيق قاعدة تطهير الدفوع بل يلزم ان يكون الحامل قانونياً ، وقد عرفت المادة (٢٩) منه الحامل القانوني بانه "الحامل الذي استلم حوالة تجارية تامة ونظامية ، وبموجب الشروط الاتية :

أ- ان يكون قد اصبح حاملاً للحوالة التجارية قبل فوات ميعاد استحقاقها وان لايكون عالماً برفض قبولها إذا سبق وقدمت للقبول .

ب- ان يكون قد استلم الحوالة التجارية بحسن نية وبالقيمة والا يكون عالماً ، وقت نقلها اليه ، بوجود عيب في ملكية من نقلها اليه".

ويعد من قبيل الدفوع الشخصية الدفع بعيوب الرضا من غير الاكراه الملجيء والدفع بعدم مشروعية السبب او انعدامه والدفع بعدم تنفيذ الالتزام الذي كان السبب في نشوء الالتزام الصرفي .

والدفوع الخاصة ، سواء أكانت دفوعاً موضوعية ام شخصية ، فلايمكن التمسك بها الا من قبل الملتزم صاحب تلك الدفوع ؛ اما بالنسبة لغيره من الملتزمين فلا يمكن لهم الاستفادة من تلك الدفوع ، ولم يخرج المشرع التجاري على هذه القاعدة الا بصدد الضامن إذ اجاز له التمسك ببطلان التزام الشخص المضمون لعيب في الشكل[٤] .

---

[٣] انظر المواد (١٧) من قانون جنيف الموحد، (٥٧) من قانون التجارة العراقي ، (١٤٧) من قانون التجارة الاردني .

[٤] د. صلاح الدين الناهي ، الوسيط ... ، مصدر سابق ، ص٢٢٨. د. محمد حسني عباس ، الاوراق التجارية في التشريع الكويتي ، مصدر سابق ، ص٩٤. د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع ، مصدر سابق ، ص١٥٢.

[٥] د. رزق الله انطاكي ود. نهاد السباعي ، الوسيط ... ، مصدر سابق ، ص٣٧٣. د. مصطفى كمال طه، الاوراق التجارية ... ، مصدر سابق ، ص٩٠. د. علي سلمان العبيدي ، عدم التمسك بالدفع ... ، مصدر سابق ، ص٦٢.

[١] انظر المواد (٣٢) من قانون جنيف الموحد ، (٨٢) من قانون التجارة العراقي ، (١٦٣) من قانون التجارة الاردني.

رابعا: ان مقدار التزام احد المتضامنين الصرفيين قد يختلف عن مقدار التزام غيره من المتضامنين ، وهذه النتيجة يمكن تصورها باحدى فرضيتين :

الفرضية الاولى: حصول تحريف بمبلغ الورقة التجارية ، سواء أكان بالحذف ام بالاضافة ام بالتغيير ام بغيرها من وسائل التحريف وسواء أكان التحريف عفوياً ام ارادياً. والقاعدة هنا ان كل موقع على الورقة التجارية يلتزم بمقتضى الشروط والبيانات التي تتضمنها تلك الورقة وقت توقيعه عليها[١]، عملاً باحكام المادة (١٣١) من قانون التجارة العراقي وما تنص عليه من التزام الموقعين اللاحقين على التحريف بما ورد في النص المحرف ، والزام الموقعين السابقين على التحريف بما ورد في المتن الاصلي ؛ فاذا كان الساحب مثلا قد وقع على الورقة التجارية عند سحبها وهي تتضمن مبلغ عشرة الاف دينار وامكن تحريفها إلى مئة الف دينار ، فهنا يلتزم الموقعون على الورقة التجارية، قبل حصول التحريف بالمبلغ الاصلي (عشرة الاف دينار) شريطة ان يثبتوا حصول التحريف فضلاً عن اثبات توقيعهم على الورقة التجارية قبل حصول ذلك التحريف ، اما بالنسبة للملتزمين اللاحقين على التحريف فيلتزمون بموجب المبلغ المحرف[٢] .

تجدر الاشارة هنا إلى ان المادة (٦٤) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي قد نصت على ان كل تحريف (هام) في الحوالة يفقدها صحتها الا بالنسبة للشخص ذي المصلحة الذي رضي بهذا التحريف وللمظهرين المتعاقبين[٣].

الفرضية الثانية : اقتصار التزام بعض الموقعين على ضمان جزء من مبلغ الورقة التجارية :

يُلاحظ على المشرع التجاري انه اجاز لبعض الملتزمين قصر التزامهم على ضمان جزء من مبلغ الورقة التجارية ، فمثلاً يجوز للمظهر تحديد التزامه بمبلغ معين ، كما يجوز للضامن تحديد التزامه بضمان جزء من مبلغ الورقة التجارية[٤]، كما يجوز للمسحوب عليه ان يقصر قبوله على جزء من مبلغ الحوالة التجارية[٥] . اما بالنسبة لساحب الورقة التجارية او محررها فلا يجوز له اعفاء نفسه من ضمان الوفاء كلياً او جزئياً ، ويقع باطلاً كل شرط يقضي بخلاف ذلك[٦].

صفوة القول : ان مقدار التزام احد المتضامنين يمكن ان يكون مختلفاً عن مقدار التزام الاخرين وفي هذه الحالة يُسأل كل منهم مسؤولية شخصية وتضامنية في

---

[١] د. احمد البسام ، مصدر سابق ، ص١٠٤.

[٢] د.عزيز العكيلي ، الاوراق التجارية وعمليات البنوك ، ط١ ، الاصدار الاول ، الدار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٢ ، ص٢٢٩.

[٣] انظر في تفصيل ذلك المحامي يوسف سليم كحلا ، الشيك : تاريخه ونظامه وتطبيق احكامه في القوانين التجارية والجزائية في البلاد العربية والاجنبية واتفاقيات جنيف الموحدة ، مطابع فتى العرب، دمشق ، ١٩٦٧، ص٣٤٠-٣٤٢.

[١] المادتان (٨٠ ، ١٥٤) من قانون التجارة العراقي وتقابلهما المادة (٤٦) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٢] المادة (٧٦) من قانون التجارة العراقي ، وتقابلها المادة (٤٣) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨.

[٣] المادتان (٥٥ ، ٦٤٦) من قانون التجارة العراقي وتقابلهما المواد (٣٩٠ ، ٤٨٥) من قانون التجارة المصري النافذ ، (٣٩) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

حدود مقدار التزامه عند رجوع الحامل عليه ، دون التقيد بمقدار التزام غيره من المتضامنين .

المطلب الثاني : رجوع الحامل على المتضامنين الصرفيين :

نتناول هذا المطلب في فرعين نخصص الاول منهما لبحث شروط ممارسة الرجوع الصرفي بينما نتناول في الفرع الثاني المبالغ التي يجوز للحامل مطالبة المتضامنين الصرفيين بها :

الفرع الأول: شروط ممارسة الرجوع الصرفي:

إذا كان المشرع التجاري قد منح الحامل ميزة التضامن الصرفي وما توفره له من حق في ممارسة الرجوع على جميع المتضامنين الصرفيين ، فان هذا الحق ليس مطلقاً وانما قيده المشرع بلزوم توافر شروط معينة تتمثل في ضرورة تحقق حالة من حالات الرجوع الصرفي واتخاذ الحامل الاجراءات التي فرضها عليه المشرع التجاري ، فضلاً عن ضرورة اقامة الدعوى قبل انقضاء مدة التقادم وهو ما سنتناوله تباعاً في الفقرات الثلاث الاتية :

الفقرة الاولى: تحقق حالة من حالات الرجوع الصرفي :

لقد حدد المشرع التجاري الحالات التي يجوز فيها لحامل الورقة التجارية الرجوع على المتضامنين الصرفيين وتلك الحالات هي :

اولا: عدم الوفاء بقيمة الورقة التجارية: ان الغاية القصوى لحامل الورقة التجارية هي الحصول على قيمتها في ميعاد استحقاقها عند تقديمها للمسحوب عليه، بالنسبة للحوالة والصك ، او للمحرر ، بالنسبة للسند للامر ، فان تحقق ذلك الوفاء انتهت حياة الورقة التجارية وبذلك ينقضي الالتزام الصرفي لجميع المتضامنين على الورقة التجارية[١] ، وهو ما نصت عليه صراحة المادة (٧٧) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ بالقول "٢- وفاء المسحوب عليه بقيمة السفتجة كلها او بعضها للحامل او لموقع يكون قد دفع قيمتها ، يبريء جميع الموقعين من التزاماتهم بالمقدار نفسه".

اما إذا لم يقم المسحوب عليه او المحرر بدفع قيمة الورقة التجارية ، سواء اكان ذلك بسبب عدم قدرته على الوفاء ام لعدم تلقيه مقابل الوفاء من الساحب ، فينشأ للحامل الحق في الرجوع الصرفي على سائر الملتزمين بموجب الورقة التجارية[٢]. وقد يعين الساحب او احد المظهرين او الضامن لاي منهم مسحوباً عليه احتياطياً ، ليقبل الحوالة التجارية او ليدفع قيمتها او لهما معاً ، إذا امتنع المسحوب عليه الاصلي عن القبول او الدفع ، لتجنب الرجوع عليه في احدى هاتين الحالتين ؛ ففي هذه الحالة يكون الحامل مقيد بمطالبة المسحوب عليه الاحتياطي ، عند رفض المسحوب عليه الاصلي القبول او الدفع في ميعاد الاستحقاق واثبات ذلك الرفض بعمل الاحتجاج المناسب . ولايستطيع الحامل الرجوع قبل ميعاد الاستحقاق على من صدر عنه هذا

---

[١] د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص٢٢٥. د. علي البارودي ، القانون التجاري ، طبعة ١٩٨٥، مصدر سابق ، ص٢٠٠.

[٢] انظر المواد (١٠٢ ، ١٦٩) من قانون التجارة العراقي ، (٥٨) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨.

التعيين ولا على الموقعين اللاحقين عليه، الا إذا قدم الحوالة إلى من عُين لقبولها او لوفائها عند الاقتضاء وامتنع الاخير عن قبولها او وفائها واثبات ذلك الامتناع بأحتجاج[١] .

ثانيا: عدم قبول الحوالة التجارية : يعد تقديم الحوالة للقبول ، في الاصل ، حقاً اختيارياً للحامل[٢] ، مالم يوجد شرط بخلاف ذلك سواء أكان بالزام الحامل بتقديم الحوالة للقبول خلال فترة محددة ام بمنعه من تقديمها للقبول[٣] .

واذا ما قدمت الحوالة للقبول فنكون امام فرضيتين : اما ان يقبل المسحوب عليه الحوالة ويصبح ملتزما صرفيا بموجبها (وهنا يجب على الحامل تقديمها مرة اخرى للمسحوب عليه عند حلول ميعاد استحقاقها لغرض الوفاء بها) ، او ان يرفض المسحوب عليه قبول الحوالة ؛ وفي هذه الحالة يكون للحامل خيارين : اما ان يتجاهل هذا الرفض وينتظر لحين حلول ميعاد استحقاق الورقة التجارية ، من اجل تقديمها للوفاء ، لتحديد الموقف النهائي للمسحوب عليه وذلك اما بالقيام بالوفاء او بالامتناع عنه كما سبق له ان امتنع عن القبول[٤]. وقد يفضل الحامل الرجوع الفوري على بقية المتضامنين عند رفض المسحوب عليه للقبول وقد منح المشرع التجاري للحامل هذا الحق[٥] .

والواقع ان رجوع الحامل على الملتزمين قبل ميعاد الاستحقاق ، بسبب رفض القبول ، يعد تطبيقاً لما تقضي به القواعد العامة من سقوط اجل الدين عند تخلف المدين عن تقديم ما وعد به من تأمينات[٦] ، ذلك لان القبول هو ضمان للحامل يؤكد حقه في الحصول على قيمة الحوالة التجارية ، ولما كان جميع الملتزمين الصرفيين ضامنين قبول المسحوب عليه لذا فان رفض الاخير للقبول يعد تخلفا من الملتزمين عن تقديم ما وعدوا به من ضمان يترتب عليه سقوط اجل الحوالة مما يوفر للحامل الحق بالرجوع المبتسر على الملتزمين الصرفيين[٧] .

ثالثا: العجز عن الوفاء حكماً : الاصل انه لايجوز للحامل الرجوع على الملتزمين الصرفيين الا في حالتي رفض الوفاء او رفض قبول الحوالة التجارية، بيد ان المشرع التجاري قد قنّن ان هناك حالات تستوجب سقوط اجل الورقة التجارية وتمكين الحامل من الرجوع المبتسر على المتضامنين الصرفيين تتمثل تلك الحالات بطروء تغير على المركز المالي للمسحوب عليه او الساحب يفترض معه عدم قدرته على الوفاء عند حلول ميعاد استحقاق الورقة التجارية بحيث يكون الانتظار لحين

---

[١] المادة (٥٥) من قانون جنيف الموحد ، وتقابلها المادة (١١٥) من قانون التجارة العراقي .
[٢] انظر المواد (٧٠) من قانون التجارة العراقي ، (٤٩) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .
[٣] انظر المواد (٧١) من قانون التجارة العراقي ، (٤٩ ، ٥٠) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .
[٤] د. حسين محمد سعيد ، مصدر سابق ، ص٢٦٠.
[٥] انظر المواد (٤٣) من قانون جنيف الموحد ، (١٤٧) من القانون التجاري الفرنسي ، (١٠٤) من قانون التجارة العراقي ، (٥٤) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .
[٦] انظر المادة (٢٩٥) من القانون المدني العراقي والمقابلة للمادة (٢٧٣) من القانون المدني المصري .
[١] د. مصطفى كمال طه ، الاوراق التجارية ... ، مصدر سابق ، ص١٩٢.

حلول ذلك الميعاد غير مبرر إذ ان النتيجة تكون معلومة سلفاً بعدم قدرة المسحوب عليه على الوفاء[١] . وقد حصر المشرع التجاري تلك الحالات بـ:

١. حالة صدور حكم باعسار المسحوب عليه ، قابلاً كان او غير قابل[٢] ، او توقفه عن دفع ديونه ولو لم يثبت ذلك التوقف بحكم قضائي ، او حجز امواله حجزاً غير مجدٍ.
٢. حالة اعسار ساحب الحوالة المشروط عدم تقديمها للقبول حتى لو كان المنع من التقديم للقبول محدداً بمدة معينة وافلس الساحب خلال تلك المدة[٣] ، ذلك لان الحامل في هذا النوع من الحوالة لايستطيع تقديمها للمسحوب عليه للقبول من اجل الحصول على الضمان الذي يؤمنه من خطر اعسار الساحب ، لذا فان الحامل يكون معتمداً في الوفاء على الساحب ، فان اعسر الاخير اختلت ثقة الحامل بالورقة التجارية وجاز له الرجوع على سائر الملتزمين الصرفيين[٤] .

ويُلاحظ على المشرع التجاري انه قد فرق بين حالات الرجوع المبتسر للأسباب المتعلقة بالساحب وتلك المتعلقة بالمسحوب عليه ، ففي الوقت الذي لم يُجز للحامل الرجوع المبتسر الا في حالة اعسار الساحب نجده قد اجاز للحامل ذلك الرجوع في حالات اعسار المسحوب عليه او توقفه عن الدفع او حجز امواله حجزا غير مجدٍ . والواقع انه لايوجد أي مبرر لهذه التفرقة ، لذا نقترح على المشرع التجاري المساواة بين تلك الحالات من خلال اعطاء الحامل الحق في الرجوع المبتسر في حالات توقف الساحب عن الدفع او حجز امواله حجزاً غير مجدٍ.

الفقرة الثانية : اتخاذ الحامل الاجراءات التي فرضها عليه المشرع التجاري:

لقد فرض المشرع التجاري على الحامل ، علاوة على تحقق حالة من حالات الرجوع الصرفي ، ان يقوم بعمل احتجاج عدم القبول او عدم الوفاء وبأخطار الملتزمين بواقعة تخلف المسحوب عليه او المحرر عن القبول او الوفاء.

اولا: عمل احتجاج عدم القبول او عدم الوفاء:

لما كان الامتناع عن القبول او الوفاء يعطي للحامل الحق في الرجوع على المتضامنين الصرفيين ، فقد اراد المشرع التجاري التحقق من تقديم الورقة التجارية للمسحوب عليه (بالنسبة للحوالة التجارية والصك) او المحرر (بالنسبة للسند للامر) ورفض قبولها او رفض الوفاء ؛ فاوجب على الحامل اثبات ذلك عن طريق احتجاج عدم القبول او عدم الوفاء[٥] .

---

[٢] د. عبد الله محمد العمران ، مصدر سابق ، ص٢١٢.
[٣] انظر المادة (١٠٢) من قانون التجارة العراقي .
[٤] د. اكرم ياملكي ، الاوراق التجارية وفقا لاتفاقيات جنيف الموحدة ، والعمليات المصرفية وفقا للاعراف الدولية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩، ص٢١٨.
[١] د. مصطفى كمال طه ، الاوراق التجارية ... ، مصدر سابق ، ١٩٣.
[٢] انظر المواد (١٠٣) ، قانون التجارة العراقي ، (١٨٢) من قانون التجارة الاردني ، (٥٩) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

ويُلزم عمل احتجاج عدم القبول في المواعيد المحددة لتقديم الحوالة للقبول ، اما فيما يتعلق باحتجاج عدم الوفاء فيُلزم عمله عن الورقة التجارية المستحقة الدفع في يوم معين او بعد مدة معينة من تاريخ انشائها او من تأريخ الاطلاع عليها، في احد يومي العمل التاليين ليوم الاستحقاق ؛ اما إذا كانت الحوالة مستحقة الدفع لدى الاطلاع وجب عمل احتجاج عدم الوفاء خلال سنة من تاريخ انشاءها[١] . في حين الزمت اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ الحامل بعمل احتجاج عدم القبول او عدم الوفاء في اليوم الذي رُفض فيه الصك او في احد ايام العمل الاربعة التالية له[٢] .

وقد اناط المشرع التجاري العراقي بكاتب العدل مهمة عمل الاحتجاج[٣] ، ويجب ان يشتمل الاحتجاج على صورة حرفية للورقة التجارية ولكل ما ورد فيها خاصا بقبولها او تظهيرها او ضمانها او اداء قيمتها عند الاقتضاء وغير ذلك من البيانات. كما يجب ان يشتمل الاحتجاج على التنبيه بوجوب اداء الورقة واثبات حضور او غياب من عليه قبولها او اداؤها واسباب الامتناع عن القبول او الاداء والعجز عن وضع الامضاء او الامتناع عنه ومقدار ما دفع من قيمة الورقة في حالة الاداء الجزئي" [٤].

اما فيما يتعلق باتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ فانها استلزمت ضرورة ان يشتمل الاحتجاج على اسم الشخص الذي طلب عمل الاحتجاج ومكان عمل ذلك الاحتجاج والطلب الذي قُدم والرد عليه ، ان وجد ، او واقعة عدم امكان العثور على المسحوب عليه او القابل او المحرر[٥] .

ولم تبين القوانين التجارية جزاء تخلف البيانات التي يجب ان يشتمل عليها الاحتجاج ، الا ان الرأي الراجح في الفقه[٦] ، يذهب إلى القول بضرورة التمييز بين تلك البيانات من حيث اهميتها، فان كان البيان المتخلف هو بيان جوهري بحيث يفقد الاحتجاج بدونه الغاية من تحريره ، ترتب على ذلك بطلان الاحتجاج. اما إذا كان البيان المتخلف هو من البيانات غير الجوهرية ، كأغفال ذكر سبب رفض القبول او الوفاء ، فلا يترتب عليه بطلان الاحتجاج ؛ وفي كل الاحوال فان تقدير جوهرية او عدم جوهرية البيان المتخلف تُعد مسألة موضوعية يترك لقاضي الموضوع تحديدها بحسب ظروف كل حالة على حدا[٧] .

---

[١] المادة (١٠٣) من قانون التجارة العراقي والمقابلة للمواد (١٤٧) من القانون التجاري الفرنسي ، (١٨٢) من قانون التجارة الاردني.

[٢] انظر المادة (٦١) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٣] انظر المادة (١٨٠) من قانون التجارة العراقي والمقابلة للمادة (١٩٢) من قانون التجارة الاردني؛ اما بالنسبة لاتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ فقد نصت في المادة (٦٠)على ان الاحتجاج "يعمل في المكان الذي حصل فيه الرفض ،ويكون موقعاً ومؤرخاً من شخص منوط به هذا العمل طبقاً لقانون ذلك المكان ".

[٤] المادة (١٨٠) من قانون التجارة العراقي وتقابلها للمادة (١٩٣) من قانون التجارة الاردني.

[١] المادة (٦٠) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٢] د. مصطفى كمال طه ، الاوراق التجارية ... ، مصدر سابق ، ص١٩٧. د. اكرم ياملكي ، الاوراق التجارية ... ، مصدر سابق ، ص٢٢٣.

[٣] د. اكرم ياملكي ، المصدر السابق ، ص٢٢٣.

وقد اختلفت التشريعات التجارية في مسالة جواز الاستعاضة عن عمل الاحتجاج ببيان اخر : فذهبت اغلب التشريعات المستمدة من قانون جنيف الموحد[١] ، إلى اعتبار الاصل ان أية ورقة اخرى لاتقوم مقام الاحتجاج والاستثناء هو جواز اثبات الامتناع عن الوفاء بالصك ببيان صادر من المسحوب عليه مع ذكر يوم تقديم الصك شريطة ان يكون البيان مؤرخاً ومكتوباً على الصك ذاته[٢] .

في حين نجد ان بعض التشريعات التجارية كاتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ قد اختطت طريقاً اخر إذ انها جعلت الاصل هو جواز الاستعاضة عن الاحتجاج بتصريح يكتب على الورقة التجارية موقع ومؤرخ من قبل المسحوب عليه او القابل او المحرر او الشخص المعين في الصك لاجراء الدفع في محل اقامة شخص مسمى شريطة ان يذكر في التصريح واقعة رفض القبول او رفض الوفاء، وجعلت الاستثناء على ذلك لزوم عمل الاحتجاج في حالة ما إذا اشترط احد الملتزمين صراحة في الورقة التجارية عمل الاحتجاج[٣] . اما بالنسبة لقانون الحوالات التجارية الانكليزي فانه فرق بين الاوراق التجارية الدولية (التي يتبين من متنها انها مسحوبة او مظهرة في بلد اجنبي) والاوراق التجارية الداخلية ، فاوجب عمل الاحتجاج بواسطة الكاتب العدل لاثبات واقعة الامتناع عن قبول او وفاء الورقة التجارية الدولية[٤] . اما بالنسبة بالنسبة للاوراق التجارية الداخلية فلم يلزم الحامل بعمل الاحتجاج من قبل الكاتب العدل الا في حالة وجود شرط في الورقة التجارية بضرورة عمل الاحتجاج ، ولكن حتى في هذه الفرضية فقد اجاز هذا القانون للحامل (في حالة ما إذا كانت دائرة الكاتب العدل مزدحمة ومشغولة) ان يجري الاحتجاج بصورة تصريح من قبل شخص مشهور بالاستقامة امام شاهدين مزكيين[٥] .

وقد رتب المشرع التجاري على عدم قيام الحامل بعمل الاحتجاج سقوط حقه في الرجوع على المتضامنين الصرفيين ، بيد ان هذا السقوط يقتصر فقط على الدعوى الصرفية ولايمتد إلى الدعاوى السببية المتعلقة بعلاقة الدائنية والمديونية التي كانت السبب في نشوء الالتزام الصرفي[٦] ، هذا من جانب ومن جانب اخر ، فان التمسك بسقوط حق الحامل المهمل يختلف باختلاف صفة الملتزمين الصرفيين ومراكزهم القانونية وحسب التفصيل الاتي :

ففيما يخص المسحوب عليه القابل ومحرر السند للامر فلا يجوز لهما التمسك بسقوط حق الحامل ان لم يقم بعمل الاحتجاج وهو ما نصت عليه صراحةً التشريعات

---

[٤] كقانون التجارة العراقي (المادة ١٨١) و قانون التجار الاردني (المادة ١٩٤) .

[٥] المادة (١٦٩) من قانون التجارة العراقي ، المادة (٢٦٠) من قانون التجارة الاردني التي اجازت ايضا اثبات الامتناع عن وفاء الصك ببيان مؤرخ من غرفة المقاصة يذكر فيه عدم وفاء الصك.

[١] المادة (٦٠) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٢] المادة (٢/٥١) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي .

[٣] المادة (٩٤) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي .

[٤] د. فائق الشماع ، سقوط حق حامل الورقة التجارية المهمل ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ،المجلد السادس ،العدادن (٢،١)،١٩٨٧،ص٣١ .

التجارية المختلفة[١] . اما بالنسبة للساحب فانه يستطيع التمسك بسقوط حق الحامل المهمل إن كان قد سبق له ان قدم مقابل الوفاء للمسحوب عليه ، اما إذا لم يكن (الساحب) مقدماً لذلك المقابل فلا يستطيع التمسك بسقوط حق الحامل وإن اهمل في اتخاذ الاجراءات القانونية ومنها عمل الاحتجاج ، وهذا هو موقف اغلب التشريعات التجارية[٢] ، ولاتشذ عن ذلك الا بعض التشريعات كاتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ التي نصت على براءة ساحب السفتجة الدولية في حالة عدم قيام الحامل بعمل الاحتجاج الواجب دون تمييز بين ما إذا كان الساحب قد قدم مقابل الوفاء ام لم يكن مقدماً له[٣] . ولعل السبب في ذلك يرجع إلى ان تلك الاتفاقية لم تُلزم الساحب بتقديم مقابل الوفاء.

اما بالنسبة للمظهر فان له ،في الاصل، التمسك بسقوط حق الحامل المهمل عند رجوع الاخير عليه[٤] ، ذلك لان المظهر لايعد مديناً اصلياً في الورقة التجارية كما انه قد سبق له ان دفع قيمة الورقة التجارية لمن ظهرها له ومن ثم فان تمسكه بالسقوط لايرتب له اثراء بدون سبب على حساب الحامل[٥] ، غير ان المظهر لايستطيع التمسك بالسقوط إن كان قد اعفى الحامل من عمل الاحتجاج.

اما فيما يخص الضامن والقابل بالتدخل فان مركزهما يتحدد بمركز الملتزم الذي تدخلا لمصلحته ، إذ انهما يلتزمان بالكيفية التي يلتزم بها من حصل الضمان او القبول لمصلحته[٦] ، ومن ثم يجوز للضامن والقابل بالتدخل ان يتمسكا بسقوط حق الحامل المهمل متى كان للملتزم المضمون حق التمسك بذلك السقوط ، اما إذا كان الملتزم المضمون من الاشخاص الذين لايجوز لهم التمسك بالسقوط امتنع على الضامن (او القابل بالتدخل) ذلك ايضاً . وهو مانصت عليه صراحة المادة (٦٣) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ بالقول : "١- إذا كان عمل الاحتجاج لرفض الصك بعدم القبول او بعدم الوفاء واجباً ولم يعمل الاحتجاج على الوجه الصحيح فان الساحب والمظهرين وضامنيهم يبرأون من التزامهم بموجبه . ٢- عدم عمل الاحتجاج لايبريء القابل او المحرر وضامنيهما او ضامن المسحوب عليه من التزامهم بموجبه".

تجدر الاشارة اخيراً إلى ان هناك حالات يُعفى فيها الحامل من عمل الاحتجاج وتتمثل تلك الحالات بـ :

---

[١] انظر المواد (٥٣) من قانون جنيف الموحد ، (١٥٦) من القانون التجاري الفرنسي ، (١١١) من قانون التجارة العراقي ، (١٩٠) من قانون التجارة العراقي الاردني ، (٦٣) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٢] انظر المواد (٥٣) من قانون جنيف الموحد ، (١١١) من قانون التجارة العراقي ، (١٩٠) من قانون التجارة الاردني والمواد المقابلة لها في بقية القوانين المستمدة من قانون جنيف الموحد .

[٣] المادة (٦٣) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٤] انظر المواد (٥٣) من قانون جنيف الموحد ، (١٥٦) من القانون التجاري الفرنسي ، (١١١) من قانون التجارة العراقي ، (٦٣) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٥] د. محمد حسني عباس ، الاوراق التجارية في التشريع الكويتي، مصدر سابق ، ص٢٠٤. د. فائق الشماع ، سقوط حق ...، مصدر سابق ، ص٣٩. د. كمال محمد ابو سريع ، مصدر سابق ، ص٢٨٠.

[١] انظر المواد (٨٣/اولا ، ١٢٠/اولا) من قانون التجارة العراقي .

١. حالة صدور حكم باعسار المسحوب عليه او ساحب الحوالة المشروط عدم تقديمها للقبول ، إذ يكفي تقديم حكم الاعسار ليتمكن الحامل من ممارسة الرجوع الصرفي[١] ؛
٢. حالة اعفاء الحامل من عمل الاحتجاج[٢] ؛
٣. حالة سبق عمل احتجاج عدم القبول ، إذ انه يغني عن عمل احتجاج عدم الوفاء[٣] ؛
٤. حالة طروء قوة قاهرة تمتد لاكثر من ثلاثين يوماً محسوبة من تاريخ الاستحقاق او من تاريخ الاخطار ، (بالنسبة للحوالة التجارية والسند للامر) [٤] ، او امتداد القوة القاهرة لاكثر من خمسة عشر يوماً من التاريخ الذي قام فيه الحامل باخطار من ظهر له الصك بقيام القوة القاهرة (بالنسبة للصك)[٥] .

.

ثانيا: اخطار الملتزمين بواقعة عدم القبول او عدم الوفاء :

الزم المشرع التجاري حامل الورقة التجارية باخطار الملتزمين الصرفيين بعدم قبولها او بعدم وفائها ، وقد اختلفت التشريعات التجارية في تحديد الاشخاص الذين يجب على الحامل اخطارهم :

فالزمت بعض التشريعات التجارية الحامل باخطار المظهر الاخير والساحب فقط ، وهذا هو اتجاه قانون جنيف الموحد والتشريعات المستمدة منه[٦] . اما بالنسبة لاتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ فقد اوجبت على الحامل اخطار الساحب والمظهر الاخير وجميع المظهرين الاخرين والضامنين الذين يمكن للحامل التحقق من عناوينهم استناداً إلى البيانات الموجودة في الورقة التجارية[٧].

اما في القانون الانكليزي فان الحامل ملزم باعطاء الساحب وجميع المظهرين اخطاراً بان الورقة التجارية لم تُشرف بالقبول او بالوفاء بحسب الاحوال[٨] .

ولم يحدد المشرع التجاري شكلاً معيناً للاخطار ، مما يعني ان الاخطار يجوز ان يتم باي شكل من الاشكال ، فيمكن ان يكون شفهياً او تحريرياً ويعتبر مجرد

---

[٢] انظر المواد (١٠٣) من قانون التجارة العراقي ، (١٨٢) من قانون التجارة الاردني.
[٣] انظر المواد (١٠٥) من قانون التجارة العراقي ، (١٨٤) من قانون التجارة الاردني ، (٦٢) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .
[٤] المادة (١٠٣) من قانون التجارة العراقي ، (١٨٢) من قانون التجارة الاردني .
[٥] المادة (١١٢) من قانون التجارة العراقي ، اما بالنسبة لاتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ فان مدة الثلاثون يوما تكون محسوبة من تاريخ الرفض (المادة ٦٢ من الاتفاقية) ، كما ان هذه الاتفاقية قد= =اضافت حالة اخرى للاعفاء من عمل الاحتجاج مفادها إذا كان الساحب والمسحوب عليه او القابل في السفتجة شخصاً واحداً ، (الفقرة ٢/ج من المادة ٦٢ منها) .
[١] انظر المواد (١٧١) من قانون التجارة العراقي ، (٢٦٦) من قانون التجارة الاردني .
[٢] انظر المواد (٤٥) من قانون جنيف الموحد ، (١٤٩) من القانون التجاري الفرنسي، (١٠٤) من قانون التجارة العراقي .
[٣] المادة (٦٤) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .
[٤] انظر المادة (٤٨) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي .

ارجاع الورقة التجارية المرفوضة اخطاراً كافياً[١] ، ولكن المهم ان يتم الاخطار خلال الفترة التي حددها المشرع التجاري وهي اربعة ايام العمل التالية ليوم عمل الاحتجاج او ليوم تقديمها للقبول او الوفاء إذا اشتملت على شرط الرجوع بلا مصاريف ، بالنسبة لقانون جنيف الموحد والقوانين المشتقة منه[٢] ، اما بالنسبة لاتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ فقد اوجبت على الحامل الاخطار خلال يومي العمل التاليين ليوم عمل الاحتجاج او ليوم الرفض في حالة وجود شرط اعفاء من عمل الاحتجاج[٣] . بينما يلزم عمل الاخطار في القانون الانكليزي في اليوم التالي ليوم رفض قبول او وفاء الورقة التجارية .

وقد اختلفت التشريعات التجارية في تحديد الاثر المترتب على اهمال الحامل في القيام باخطار من يجب عليه اخطارهم : فرتبت بعض القوانين ، كقانون الحوالات التجارية الانكليزي ، على عدم الاخطار سقوط حق الحامل قبل الملتزمين الذين لم يتم اخطارهم[٤] . بينما لم ترتب اغلب التشريعات التجارية على عدم الاخطار سقوط حق الحامل بل كل ما في الامر انها الزمت الحامل بتعويض من وجب عليه اخطاره عما يلحقه من ضرر من جراء عدم الاخطار شريطة ان لايتجاوز التعويض مبلغ الورقة التجارية[٥] .

الفقرة الثالثة : الرجوع على الملتزمين الصرفيين قبل اكتمال مدة التقادم :

يُلزم حامل الورقة التجارية باقامة دعوى الرجوع الصرفية قبل اكتمال مدة التقادم الصرفي[٦] . وتختلف مدد التقادم والتاريخ الذي يبدأ منه احتساب تلك المدد تبعاً لاختلاف التشريعات التجارية:

ففيما يخص قانون جنيف الموحد والقوانين المستمدة منه تتحدد مدد تقادم دعوى الحامل كالاتي:

١. تتقادم دعوى الحامل تجاه المسحوب عليه القابل او محرر السند للامر او ضامنهما ، بمضي ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق ، بالنسبة للحوالة والسند للامر[١]، او من تاريخ انقضاء مدة تقديم الصك بالنسبة للصك[٢].

---

[١] انظر المواد (١٠٤) من قانون التجارة العراقي ، (٦/٤٩) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي، (٦٥) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٢] انظر المواد (٤٥) من قانون جنيف الموحد ، (١٤٩) من القانون التجاري الفرنسي ، (١٠٤) من قانون التجارة العراقي .

[٣] المادة (٦٦) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٤] انظر المادة (٤٨) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي .

[٥] انظر المواد (٤٥) من قانون جنيف الموحد ، (١٤٩) من القانون التجاري الفرنسي ، (١٠٤) من قانون التجارة العراقي ، (٦٨) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[١] انظر بهذا المعنى قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٣٣/هيئة عامة اولى /١٩٧٥ بتاريخ ١٩٧٥/٥/٣١ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة السادسة ، ١٩٧٥، ص١٤٤.

٢. تتقادم دعوى الحامل ضد الساحب والمظهرين وضامنيهم بمضي سنة من تاريخ الاحتجاج المحرر في الميعاد القانوني او من تاريخ الاستحقاق إذا اشتملت الورقة التجارية على شرط الرجوع بلا مصاريف ، هذا بالنسبة للحوالة التجارية والسند للامر [٣]، في حين تتقادم دعوى الحامل ضد ساحب ومظهري الصك بمضي ستة اشهر من تاريخ انقضاء ميعاد تقديم الصك [٤].

اما بالنسبة لاتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ فانها قد حددت مدد التقادم وتاريخ بدأها وذلك في المادة (٨٤) منها والتي تنص على انه "١- لايجوز بعد انقضاء اربع سنوات ممارسة الحق في اقامة دعوى ناشئة عن صك:

أ- على محرر السند الواجب الدفع عند الطلب او على ضامنه ، وذلك اعتباراً من تاريخ السند؛

ب- على القابل او المحرر في الصك الواجب الدفع في ميعاد معين او على ضامنهما ، وذلك اعتباراً من تاريخ الاستحقاق ؛

ج- على ضامن المسحوب عليه في السفتجة الواجبة الدفع في ميعاد معين ، وذلك اعتباراً من تاريخ الاستحقاق ، او من تاريخ الاحتجاج لرفض السفتجة بعدم القبول ، او من تاريخ عدم القبول في حالة الاعفاء من الاحتجاج ؛

د- على قابل السفتجة المستحقة الدفع عند الطلب او ضامنه ، وذلك اعتباراً من تاريخ قبولها ، او من تاريخ انشائها إذا كان تاريخ القبول غير مبين ؛

هـ- على ضامن المسحوب عليه في السفتجة الواجبة الدفع عند الطلب ، وذلك اعتباراً من تاريخ توقيعه على السفتجة ، او من تاريخ انشاء السفتجة إذا كان تاريخ التوقيع غير مبين ؛

و- على الساحب او المظهر او ضامنهما ، وذلك اعتباراً من تاريخ عمل الاحتجاج لرفض القبول او رفض الوفاء ، او من تاريخ الرفض في حالة الاعفاء من عمل الاحتجاج".

اما بالنسبة لقانون الحوالات التجارية الانكليزي فانه لم ينص على تحديد مدة لتقادم دعوى الحامل على الملتزمين الصرفيين ، الامر الذي يحتم ضرورة الرجوع إلى قانون التقادم لعام ١٩٣٩ والذي نص على تقادم الدعوى في العقود البسيطة بعد ست سنوات من التاريخ الذي كان يمكن اقامتها فيه من قبل المدعي اول مرة [٥].

وبما ان الورقة التجارية عند الانكليز تعد من قبيل العقود البسيطة فانها تخضع لمدة تقادم الالتزامات العقدية.

---

[٢] انظر المواد (٧٠) من قانون جنيف الموحد ، (١٧٩) من القانون التجاري الفرنسي ، (١٣٢) من قانون التجارة العراقي ، (٢١٤) من قانون التجارة الاردني.

[٣] انظر المواد (١٧٥) تجارة عراقي ، (٢٧١) تجارة اردني.

[٤] انظر المواد (٧٠) من قانون جنيف الموحد ، (١٧٩) تجاري فرنسي ، (١٣٢) تجارة عراقي.

[٥] انظر المواد (٥٢) من قانون جنيف الموحد لعام ١٩٣١ ، (٥٢) من قانون توحيد احكام الصك الفرنسي ، (١٧٥) من قانون التجارة العراقي ، (٢٧١) من قانون التجارة الاردني.

[١] نقلا عن د. مجيد حميد العنبكي ، مبادئ العقد ... ، مصدر سابق ، ص١٨٧.

الفرع الثاني: المبالغ التي يجوز للحامل مطالبة المتضامنين الصرفيين بها:

لقد حددت المادة (١٠٧) من قانون التجارة العراقي[١] المبالغ التي يجوز للحامل المطالبة بها عند رجوعه على الملتزمين الصرفيين بالقول: "لحامل الحوالة مطالبة من له حق الرجوع عليه بما ياتي:

أ-اصل مبلغ الحوالة غير المقبولة او غير المدفوعة مع الفوائد الاتفاقية ان كانت مشروطة ؛

ب- الفوائد القانونية ابتداء من تاريخ الاستحقاق ؛

ج- مصاريف الاحتجاج والاخطارات وغيرها من المصاريف" .

وينطبق حكم هذه المادة على السند للامر والصك عملاً باحكام المادتين (١٣٥ ، ١٣٧) من قانون التجارة العراقي .

يظهر لنا من نص المادة (١٠٧) ان المبالغ التي يحق للحامل المطالبة بها هي: اصل مبلغ الورقة التجارية والفوائد والمصاريف ، وسنخصص فقرة مستقلة لكل من هذه المبالغ مع اضافة فقرة رابعة لبحث مدى امكانية الحامل بالمطالبة بالتعويض عن الاضرار التي تلحق به من جراء التأخير في الوفاء.

الفقرة الاولى: اصل مبلغ الورقة التجارية:

يقصد باصل مبلغ الورقة التجارية: المبلغ الذي تعهد به الساحب او امر المسحوب عليه بادائه[٢] ، ويمثل هذا المبلغ بياناً الزامياً من بيانات الورقة التجارية[٣] مما يحتم الامر ضرورة تحديده تحديداً دقيقاً بعيداً عن الغموض . ويعتبر جميع المتضامنين الصرفيين ضامنين للوفاء بهذا المبلغ ومن ثم يجوز للحامل مطالبتهم به عند امتناع المسحوب عليه او المحرر عن وفاءه [٤]. وقد اولى المشرع التجاري عناية فائقة لتنظيم مسائل مبلغ الورقة التجارية من اجل اجتناب ما قد يحصل من نزاع بين الحامل و الملتزمين الصرفيين عند حصول اشكال في مسألة معينة ، ويظهر هذا التنظيم واضحاً من خلال القواعد التي ارساها المشرع التجاري في هذا المجال:

فقد اعطى الاولوية للمبلغ المكتوب بالحروف ، عند كتابة مبلغ الورقة التجارية بالحروف و الارقام معاً وحصول اختلاف بينهما ،كما اعطى الاولوية

---

[١] تقابلها المواد (٤٨) من قانون جنيف الموحد لعام ١٩٣٠ ، (٤٥) من قانون جنيف الموحد لعام ١٩٣١، (١٥٢) من القانون التجاري الفرنسي ، (٤٥) من قانون توحيد احكام الصك الفرنسي ، (٤٤٣ ، ٥٢٢) من قانون التجارة المصري النافذ ، (٥٧) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي، (٧٠) من اتفاقية الاونسيترال.

[٢] د. رزق الله انطاكي ، السفتجة او سند السحب ، مصدر سابق ، ص٣٦٠.

[٣] انظر المواد (٤٠ ، ١٣٣ ، ١٣٨) من قانون التجارة العراقي ، (٣ ، ٧٣ ، ٨٣) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي ، (٣) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[١] د. عزيز العكيلي ، الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص١٥٦.

للمبلغ الاقل في حالة كتابة المبلغ بالحروف او بالارقام عدة مرات وحصول اختلاف بين المبالغ المذكورة[١] .

اما فيما يتعلق بنوع العملة التي يجب الوفاء بمقتضاها فينبغي التمييز بين ما إذا كانت العملة التي عين على اساسها مبلغ الورقة التجارية ،عملة وطنية ام عملة اجنبية : فان كان الوفاء مقرراً بعملة وطنية ،فلا يثور ذلك ادنى صعوبة ، إذ يجب وفاء مبلغ الورقة التجارية بالعملة الوطنية دونما اثر لارتفاع او انخفاض قيمة تلك العملة[٢] ؛ وفي حالة تعيين مبلغ الورقة التجارية بعملة تحمل التسمية نفسها التي تحملها عملة دولة اخرى غير الدولة التي يجب اجراء الوفاء فيها ولم يثبت ان المقصود هو عملة دولة معينة بذاتها ، وجب الوفاء بعملة الدولة التي يجب الوفاء فيها[٣]. اما إذا كان الوفاء مقرراً بعملة غير عملة الدولة التي يجب الوفاء فيها (عملة اجنبية) فان الحكم يختلف باختلاف القوانين التجارية:

فذهبت غالبية القوانين التجارية ، كقانون جنيف الموحد واغلب القوانين المشتقة منه[٤] ، إلى جواز الوفاء بالعملة الوطنية مالم يشترط في الورقة التجارية ضرورة الوفاء الفعلي بالعملة الاجنبية . بينما اوجبت بعض القوانين التجارية ، كقانون التجارة العراقي النافذ ، الوفاء بالعملة الوطنية حتى وان أُشترط في الورقة التجارية ضرورة الوفاء بالعملة الاجنبية[٥] . ويبدو ان المشرع العراقي قد اخذ بالتحفظ الذي نصت عليه المادة (٧) من الملحق الثاني لاتفاقية جنيف لعام ١٩٣٠، والقاضي بجواز الخروج على مبدأ الاداء الفعلي بعملة اجنبية[٦] .

اما عن كيفية الوفاء ، فيتم على اساس تقويم العملة الاجنبية بالعملة الوطنية حسب سعر البنك المركزي يوم الاستحقاق ؛ وفي حالة عدم الوفاء في ذلك الميعاد فيكون للحامل الخيار في المطالبة بقيمة الورقة التجارية مقومة بالعملة الوطنية حسب سعرها يوم الاستحقاق او يوم الوفاء وهو ما نصت عليه المادة (٩٢) من قانون التجارة العراقي . وقد يظهر للوهلة الاولى من نص هذه المادة ان فيها محاباة لمصلحة حامل الورقة التجارية على حساب مصلحة المدين الصرفي ، إذ انها اعطت الخيار للحامل في حالة عدم الوفاء بقيمة الورقة التجارية المشترط وفائها بعملة اجنبية ، في ميعاد استحقاقها ، في المطالبة بمبلغها مقوما بالعملة العراقية حسب سعرها لدى البنك المركزي العراقي يوم الاستحقاق او يوم الوفاء من دون تمييز بين

---

[٢] انظر المواد (٦)من قانون جنيف الموحد ،(٤٥) من قانون التجارة العراقي ، (١٢٩)من قانون التجارة الاردني ،(٢/٩) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي ، (٨)من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٣] د. محمد حسني عباس ، الاوراق التجارية في التشريع الكويتي ، مصدر سابق ، ص١٦٢.

[٤] انظر المواد (٤١) من قانون جنيف الموحد ، (١٧٢) من قانون التجارة الاردني ، (٨) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ ، اما بالنسبة للمشرع التجاري العراقي فانه لم يورد نصاً مماثل لذلك.

[١] انظر المواد (٤١) من قانون جنيف الموحد ، (١٧٢) من قانون التجارة الاردني .

[٢] المادة (٩٢) من قانون التجارة العراقي .

[٣] تنص المادة (٧) من الملحق الثاني لاتفاقية جنيف على ان "لكل دولة موقعة على الاتفاقية ان تحتفظ برخصة الخروج على المبدأ المذكور في المادة (٤١) بصدد الاداء الفعلي بنقود اجنبية إذا ما رأت ضرورة لذلك في ظروف استثنائية متصلة بسعر صرف نقود تلك الدولة وذلك بالنسبة للحوالات التجارية القابلة للاداء في اقليمها" .

حالتي تقديم الورقة التجارية للوفاء وامتناع المسحوب عليه او المحرر عن الوفاء وبين تماهل وتقصير الحامل في التقديم ، الامر الذي قد يمنح الحامل فرصة تعمد عدم تقديمه الورقة التجارية للوفاء بتاريخ استحقاقها على امل ارتفاع قيمة العملة التي حُدد مبلغ الورقة التجارية على اساسها خاصة وان قانون جنيف الموحد قد ميز بين الحالتين في المادة (٤١) منه ؛ بيد ان المشرع التجاري العراقي قد خفف من غلواء هذا الانتقاد ، بغية عمل موازنة بين مصلحتي الحامل والمدين الصرفي ، وذلك باعطاء الاخير الحق في ايداع مبلغ الورقة التجارية لدى الكاتب العدل الذي يقع في منطقته مكان الوفاء في حالة عدم تقديم الورقة التجارية للوفاء يوم الاستحقاق[١] ، لكي يأمن تقلبات الاسعار[٢] ، علما بان الايداع يكون على نفقة الحامل ومسؤوليته .

الفقرة الثانية: الفوائد :

ان الفوائد ، بحسب ما اشارت اليه المادة (١٠٧) من قانون التجارة العراقي، اما ان تكون فوائد اتفاقية او فوائد قانونية :

اولا: الفوائد الاتفاقية : يقصد بالفوائد الاتفاقية الفوائد التي يتفق الاطراف على تحديدها[٣] . ولابد لنا من معرفة موقف القوانين التجارية من مسألة جواز او عدم جواز اشتراط الفوائد في الورقة التجارية ، ولاشك ان لهذه المسألة اهمية كبيرة إذ يتوقف عليها صحة او عدم صحة ذلك الاشتراط والمعلوم ان المتضامنين الصرفيين لايكونوا ملزمين بالفوائد الاتفاقية الا إذا كان اشتراطها جائزاً .

والواقع ان القوانين التجارية تنقسم فيما بينها حول مسألة جواز او عدم جواز اشتراط الفوائد في الورقة التجارية : فذهبت بعض القوانين التجارية إلى عدم جواز اشتراط الفائدة في جميع انواع الاوراق التجارية ، وتمثل هذا الاتجاه بنظام الاوراق التجارية السعودي إذ نصت المادة (٦) منه على ان (اشتراط فائدة الكمبيالة يعتبر كأن لم يكن) ويسري هذا الحكم على السند للامر والصك ، وذلك اعمالاً لاحكام الشريعة الاسلامية التي تمثل النظام العام في المملكة العربية السعودية[٤] .

في حين ذهبت بعض القوانين التجارية إلى اعتبار الاصل هو عدم جواز اشتراط الفائدة في الورقة التجارية والاستثناء هو الجواز في الحوالة التجارية والسند للامر المستحقي الوفاء لدى الاطلاع او بعد مدة معينة من الاطلاع عليهما دون غيرهما من انواع الاوراق التجارية الاخرى ، وتمثل هذا الاتجاه بقانون جنيف الموحد والقوانين التي حذت حذوه[٥] . وقد علل الفقه ذلك بالقول : ان سرعة تداول

---

[١] انظر المادة (٩٣) من قانون التجارة العراقي .

[٢] د. صلاح الدين الناهي ، الوسيط ...، مصدر سابق ، ص٤٢٠.

[٣] د. منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية الوضعية ، ج٢ ، احكام الالتزام ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٨ ، ص٨٣.

[١] المذكرة الايضاحية لنظام الاوراق التجارية السعودي ، ص٣٨ ، نقلا عن د. سعيد يحيى ، مصدر سابق ، ص٤٥.

[٢] انظر المواد (٥) من قانون جنيف الموحد لعام ١٩٣٠ ، (١١٢) من القانون التجاري الفرنسي ، (٤٤) من قانون التجارة العراقي ، (١٢٨) من قانون التجارة الاردني . اما بشان الصك فقد نصت هذه

الورقة التجارية تتطلب معرفة المبلغ الكلي للورقة التجارية بسهولة بمجرد النظر اليها وهو الامر الذي لايمكن التوصل اليه في حالة ذكر فائدة على ذلك المبلغ نظراً لما يتطلبه بيان الفوائد من حسابات قد يصعب تحديدها ، كما ان الحوالة والسند للأمر المستحقي الاداء في تاريخ معين او بعد مدة معينة من تاريخ انشائهما يمكن فيهما تحديد مقدار الفائدة واضافتها مقدماً إلى مبلغ الورقة التجارية على خلاف الحوالة والسند للامر المستحقي الوفاء لدى الاطلاع او بعد مدة معينة من الاطلاع إذ لايمكن تحديد ميعاد استحقاقهما بدقة عند انشائهما لذا فقد اجاز القانون فيهما اشتراط الفائدة[١] . بينما نصت بعض القوانين التجارية على جواز اشتراط الفائدة في جميع انواع الاوراق التجارية بصورة مطلقة ، ومن تلك القوانين : قانون الحوالات التجارية الانكليزي حيث نصت المادة (٩) منه على ان "المبلغ يعتبر معيناً : ١- إذا اشترطت معه فائدة" والملاحظ على هذا النص انه قد جاء مطلقاً مما يعني جواز اشتراط الفائدة في جميع انواع الاوراق التجارية[٢] ، وهو ذات الاتجاه الذي اتخذته اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ ، فقد نصت المادة (٧) منه على انه "يعتبر مبلغ الصك معيناً وان اوجب الصك الوفاء به مع الفائدة".

وينبغي تحديد سعر الفائدة الواجب دفعها في كل الاحوال التي يجوز فيها اشتراط الفائدة[٣] ، شريطة ان لايتجاوز الحد الاعلى المسموح به لسعر الفائدة وقد حددت المادة (١٧٢) من القانون المدني العراقي الحد الاعلى للفائدة الاتفاقية بـ (٧%) فاذا اتفق الاطراف على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى (٧%) ورد ما دفع زائداً على هذا المقدار[٤] .

ويجب تحديد تاريخ بدء سريان الفوائد الاتفاقية وفي خلافه تسري الفائدة ابتداءً من تاريخ انشاء الورقة التجارية .

تجدر الاشارة إلى ان اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ قد اجازت تعيين السعر الذي تدفع به الفائدة بوصفه سعراً ثابتاً او سعراً متغيراً وقد اشترطت الاتفاقية لاعتبار السعر متغيرا ان يكون سعر الفائدة متغيرا إلى واحد او اكثر من اسعار الفائدة التي يمكن الرجوع اليها وفقاً للاحكام التي ينص عليها الصك شريطة ان يكون كل سعر من الاسعار التي يمكن الرجوع اليها منشوراً او متاحاً بوسيلة اخرى للجمهور والا يكون خاضعاً بطريقة مباشرة او غير مباشرة للتحديد من جانب واحد بمعرفة شخص مسمى في الصك وقت انشائه الا إذا كان ذلك الشخص معينا فقط في

القوانين صراحة على بطلان الفائدة فيه ، انظر المواد (٧) من قانون جنيف الموحد لعام ١٩٣١ ، (٧) من القانون الفرنسي الخاص بالصك ، (١٤٥) من قانون التجارة العراقي .

[٣] د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع ، مصدر سابق ، ص١٠٦.

[١] د. مجيد حميد العنبكي ، انشاء الحوالة التجارية (السفتجة) في القانون الانكليزي ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، الملجلد السادس ، العدد (١ ، ٢) ، بغداد ، ١٩٨٧، ص٢٤٥.

[٢] انظر المواد (٤٤) من قانون التجارة العراقي ، (١١٢) من القانون التجاري الفرنسي ، (٨) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٣] انظر المادة (١٧٢) من القانون المدني العراقي ، وتقابلها المادة (٢٢٧) من القانون المدني المصري.

الاحكام المتعلقة بسعر الفائدة الذي يمكن الرجوع اليه[١] . واذا عين سعراً متغيراً للفائدة الواجب دفعها جاز ان ينص فيه صراحة على ان السعر المتغير لايجوز ان يكون اقل او اكثر من سعر محدد او على ان تكون التغيرات محدودة[٢] . وفي حالة عدم امكانية تحديد السعر المتغير للفائدة ، لاي سبب كان ، فيكون سعر الفائدة هو السعر الذي يصبح واجب الاستيفاء نتيجة لاجراءات قانونية متخذة في نطاق الولاية القضائية للبلد الذي تدفع فيه قيمة الصك[٣] .

ويجوز للحامل المطالبة بالفوائد الاتفاقية للفترة من تاريخ انشاء الورقة التجارية ، مالم يحدد تاريخاً اخر لبدء سريان تلك الفوائد ، إلى تاريخ استحقاق الورقة التجارية لان الفائدة الاتفاقية تنتهي عند ميعاد الاستحقاق لتبدأ الفائدة القانونية[٤] .

ثانيا: الفوائد القانونية: يقصد بالفوائد القانونية: الفوائد التي يتولى القانون تحديدها والتي يلتزم المدين بدفعها على سبيل التعويض عن التاخير في تنفيذ التزام محله دفع مبلغ من النقود عن الميعاد المحدد له[٥] .وتسري الفوائد القانونية على اصل مبلغ الورقة التجارية وفوائده الاتفاقية فقط ، وهذا خلاف لما كانت تذهب اليه بعض القوانين ، كقانون التجارة المصري السابق ، من التوسع في سريان الفوائد القانونية لتشمل الفوائد المستحقة على المصاريف ايضاً[٦] .

ويختلف تاريخ بدء سريان الفوائد القانونية باختلاف القوانين التجارية : ففيما يخص قانون جنيف الموحد والقوانين المستمدة منه فقد نص على سريان الفوائد ابتداء من تاريخ الاستحقاق[٧] . اما قانون الحوالات التجارية الانكليزي فانه قد نص في المادة (٥٧) على سريان الفائدة من تاريخ تقديمها للوفاء إذا كانت الورقة التجارية مستحقة عند الاطلاع ، ومن تاريخ استحقاقها بالنسبة للانواع الاخرى من الاوراق التجارية[٨] .

في حين نجد ان القانون التجاري المصري السابق قد ميز بين الفوائد المستحقة عن أصل الدين ، وجعل سريانها من تاريخ عمل الاحتجاج فاذا لم يعمل الاحتجاج فان الفوائد القانونية لاتسري الا من تاريخ المطالبة القضائية[٩] ، والفوائد المستحقة عن المصاريف ، وجعل سريانها من تاريخ المطالبة القضائية[١٠].

---

[٤] الفقرة (٦) من المادة (٨) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[١] الفقرة (٧) من المادة (٨) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٢] الفقرة (٢) من المادة (٧٠) بدلالة الفقرة (٨) من المادة (٨) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٣] د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع ، مصدر سابق ، ص١٠٧.

[٤] د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ، القانون المدني ، ج٢، احكام الالتزام ،بغداد ، ١٩٨٦، ص٧٤.

[٥] المادة (١٨٨) من القانون التجاري المصري السابق .

[٦] انظر المواد (٤٨) من قانون جنيف الموحد ، (١٥٢) من القانون التجاري الفرنسي ، (١٠٧) من قانون التجارة العراقي ، (١٨٦) من قانون التجارة الاردني .

[١] See: Robert Lowe, Commercial Law, Sixth Edition, sweet and Maxwell Ltd. London, ١٩٨٣, p. ٢٩٦-٢٩٧.

[٢] المادة (١٨٧) من القانون التجاري المصري السابق ، وللتفصيل انظر د. كمال محمد ابو سريع ، مصدر سابق ، ص٢٨٨.

[٣] المادة (١٨٨) من القانون التجاري المصري السابق.

اما اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ فقد نصت على احتساب الفائدة وفقاً للشرط المتفق عليه ، ان وجد شرط على استحقاق فائدة ؛ وفي حالة عدم وجود الشرط تحسب الفائدة من تاريخ التقديم[١] .

وقد اختلفت القوانين التجارية في تحديد سعر الفائدة القانونية : فذهبت بعض القوانين التجارية إلى تحديد سعر الفائدة بمقدار (٦%) وهو اتجاه قانون جنيف الموحد[٢] . بينما ذهبت قوانين اخرى إلى التمييز بين الاوراق التجارية المسحوبة فيها وجعلت سعر الفائدة هو السعر القانوني الذي يسري على المسائل التجارية ، وبين الاوراق التجارية المسحوبة في الخارج والمستحقة الوفاء فيها وجعلت سعر الفائدة (٦%) ، وتمثل هذا الاتجاه بالقوانين التجارية في سوريا والاردن[٣].

في حين اتجهت بعض القوانين التجارية إلى عدم تحديد سعر للفائدة القانونية وانما اكتفت بما هو محدد في القواعد العامة من اسعار للفائدة في المسائل التجارية وهذا هو اتجاه قانون التجارة العراقي النافذ[٤] ، كما ان اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ لم تحدد هي الاخرى سعراً للفائدة القانونية وانما تركت تحديد ذلك وفقا للسعر الذي يصبح واجب الاستيفاء نتيجة لاجراءات قانونية متخذة في نطاق الولاية القضائية للبلد الذي يدفع فيه قيمة الصك[٥] ، كما ان قانون الحوالات التجارية الانكليزي لم يحدد سعر الفائدة القانونية ، مما يقتضي الامر ضرورة الرجوع إلى قانون مقرضي الاموال لسنة ١٩٢٧ والذي حدد الحد الاعلى للفائدة في المادة (١٠) بسعر (٤٨%) سنويا أي (٤%) شهريا[٦] .

الفقرة الثالثة : المصاريف :

اجاز المشرع التجاري كذلك لحامل الورقة التجارية الرجوع على الملتزمين الصرفيين بالمصاريف التي تكبدها عند ممارسة حقه في الرجوع عليهم[٧] ، وتشمل هذه المصاريف : مصاريف عمل احتجاج عدم القبول او عدم الوفاء مع ضرورة ملاحظة انه في حالة ادراج الساحب شرط الرجوع بلا مصاريف فلا يستطيع الحامل الرجوع بمصاريف عمل الاحتجاج على احد ، بخلاف الشرط الذي يدرجه المظهر او الضامن ، إذ يجوز للحامل الرجوع على جميع الملتزمين بمصاريف الاحتجاج[٨] .

---

[٤] انظر المادة (٧٠) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٥] انظر المادة (٤٨) من قانون جنيف الموحد لعام ١٩٣٠ .

[٦] انظر المواد (٤٧٢ ، ٥٤٩) من قانون التجارة السوري ، (١٨٦ ، ٢٦٣) من قانون التجارة الاردني ، علماً بان سعر الفائدة في المسائل التجارية في سوريا هو (٥%) وفي الاردن هو (٩%).

[١] انظر المادة (١٠٧) من قانون التجارة العراقي ، علما بان سعر الفائدة في المسائل التجارية طبقا لما نصت عليه المادة (١٧١) من القانون المدني العراقي هو (٥%) .

[٢] انظر المادة (٢/٧٠) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٣] نقلا عن د. مجيد حميد العنبكي ، انشاء الحوالة ... ، مصدر سابق ، ص٢٤٥.

[٤] انظر المواد (٤٨) من قانون جنيف الموحد ، (١٥٢) من القانون التجاري الفرنسي، (١٠٧) من قانون التجارة العراقي ، (٥٧) من قانون الحوالات التجارية الانكليزية ، (٧٠) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٥] انظر المادة (١٠٥) من قانون التجارة العراقي .

وتشمل المصاريف ايضاً : مصاريف الاخطارات التي يقوم بها الحامل وسائر المصاريف الاخرى كمصاريف المراسلات والمطالبة ومصاريف الدعوى ورسوم التقاضي وكذلك مصاريف حوالة الرجوع[١] ، في حالة سحبها ، وما تتطلبه من عمولة ورسم الطابع[٢] .

الفقرة الرابعة : التعويض:

لقد اختلفت التشريعات التجارية في مسألة النص على امكانية الحامل بالمطالبة بالتعويض عن الاضرار التي تلحقه نتيجة التأخير في وفاء قيمة الورقة التجارية: فنصت بعض التشريعات صراحة على امكانية الحكم بالتعويض عن أي خسارة اضافية تلحق بالحامل نتيجة التاخير عن الوفاء ، وتمثل هذا الاتجاه باتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨[٣] .

في حين لم تورد بقية القوانين التجارية نصاً يقضي بامكانية الحكم للحامل بالتعويض ، ولكن مع ذلك فاننا نرى ان اغفال ذكر المشرع التجاري للتعويض ضمن المبالغ التي يجوز للحامل المطالبة بها ، لايصح ان يحمل على انه قد قصد حرمان الحامل منها ، بل يتعين تفسير ذلك الاغفال بضرورة الرجوع إلى القواعد العامة والمنصوص عليها بالمادة (١٧٣) من القانون المدني العراقي[٤] ، التي تنص على انه "٢- ويجوز للدائن ان يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد القانونية او الاتفاقية إذا اثبت ان الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش منه او بخطأ جسيم" .

تجدر الاشارة اخيراً إلى ان هذه المبالغ (التي اجاز المشرع التجاري للحامل الرجوع بها على الملتزمين الصرفيين) يمكن ان تخفض في حالة رجوع الحامل على الملتزمين الصرفيين قبل ميعاد استحقاق الورقة التجارية لتحقق حالة من حالات الرجوع المبتسر التي حددها المشرع التجاري ، فقد نصت الفقرة: ثانياً من المادة (١٠٧) من قانون التجارة العراقي على انه "في احوال الرجوع قبل ميعاد استحقاق الحوالة يجب ان يطرح من قيمتها ما يساوي سعر الخصم الرسمي في تاريخ الرجوع بالمكان الذي يقع فيه مقام الحامل"[٥] .

ويجري الخصم من قيمة الورقة التجارية بالنسبة للايام الواقعة بين تاريخ الوفاء وتاريخ استحقاق تلك الورقة[٦] ، واذا تضمنت الورقة التجارية شرط الفائدة،

---

[١] د. رزق الله انطاكي ، السفتجة ... ، مصدر سابق ، ص٣٦٧. د. جعفر كاظم جبر ، الرجوع الصرفي في الورقة التجارية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ١٩٩٧، ص١٣٤.

[٢] المادة (١١٤/ثانيا) من قانون التجارة العراقي .

[٣] انظر الفقرة الثالثة من المادة (٧٠) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٤] تقابلها المادة (٢٣١) من القانون المدني المصري.

[١] تقابلها المواد : (٤٨) من قانون جنيف الموحد ، (١٥٢) من القانون التجاري الفرنسي ، (١٨٦) من قانون التجارة الاردني ، (٧٠) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٢] د. مصطفى كمال طه ود. مراد منير فهيم ، مصدر سابق ، ص١٨١-١٨٢.

فيتم حساب الفائدة إلى تاريخ الاستحقاق واضافتها إلى اصل مبلغ الورقة التجارية ثم اجراء الخصم[١] .

المبحث الثاني : علاقة الملتزمين الصرفيين بعضهم ببعض :

سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نخصص الاول منهما لبحث المبادئ التي تحكم علاقة الملتزمين الصرفيين بعضهم ببعض ، بينما نتناول في المطلب الثاني رجوع الملتزمين الصرفيين بعضهم على بعض وحسب التفصيل الاتي :

المطلب الأول : المبادئ التي تحكم علاقة الملتزمين الصرفيين بعضهم ببعض :

ترتكز علاقة الملتزمين الصرفيين فيما بينهم على مبدأين اساسيين هما مبدأ عدم انقسام الدين ومبدأ النيابة التبادلية الناقصة ، وسنعالج كل واحد من هذين المبدأين في فرع مستقل :

الفرع الاول : عدم انقسام الدين:

الاصل ، وفقاً للقواعد العامة ، ان التضامن لايقوم الا في العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامنين ؛ بمعنى انه لايوجد الا تضامن خارجي لمصلحة الدائن ، اما في علاقة المدينين بعضهم ببعض فان الدين ينقسم بينهم ولايكون امام المدين الذي قام بالوفاء الا الرجوع على الاخرين كل بقدر حصته في الدين[٢] .

بيد ان الأمر يختلف بالنسبة للتضامن الصرفي إذ ان المشرع التجاري قد قرر تضامن داخلي بين الملتزمين الصرفيين فضلاً عن التضامن الخارجي في علاقتهم بالحامل[٣] ، ومن ثم فلا مجال لانقسام الدين في العلاقة بين المتضامنين في الالتزام الصرفي فيكون من حق الملتزم ، الذي يوفي للحامل بقيمة الورقة التجارية ، الرجوع على باقي الملتزمين تجاهه بكل المبلغ الذي اوفاه ، اما إذا قام احد الملتزمين بوفاء جزء من الدين الصرفي فقط فلا يرجع على الملتزمين تجاهه الا بقدر ما اوفاه مع الفوائد والمصاريف ، ولو كان قد حصل في مقابل الجزء الذي وفاه على ابراء المدين من كل الدين نتيجة لصلح ، مثلاً ، بينه وبين الدائن (الحامل) وقد اكدت هذا المعنى المادة (١٠٨) من قانون التجارة العراقي بالقول: "يجوز لمن وفى الحوالة مطالبة ضامنيه بما ياتي : اولاً: المبلغ الذي اوفاه ؛ ثانيا: فوائد هذا المبلغ محسوبة من يوم الوفاء بالسعر القانوني ؛ ثالثا: المصاريف التي تحملها"[٤] . غير انه إذا ثبت ان الحامل قد اكتفى بالجزء الذي دفعه الموفي ونزل للاخير شخصياً عن الجزء الباقي

---

[٣] د. رزق الله انطاكي ، السفتجة ...، مصدر سابق ، ص٣٦٨. د. جعفر كاظم جبر ، مصدر سابق، ص١٣٥.

[١] انظر المواد (٣٣٤) من القانون المدني العراقي ، (٢٩٧) من القانون المدني المصري .

[٢] د. مصطفى كمال طه ، الاوراق التجارية ...، مصدر سابق ، ص١٤٣.

[٣] تقابلها المواد (٤٩) من قانون جنيف الموحد ، (١٥٣) من القانون التجاري الفرنسي ، (٤٤٤) من قانون التجارة المصري ، (٥٧) من قانون الحوالات التجارية الانكليزي ، (٧١) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

تبرعاً منه اليه ، كان للموفي حق الرجوع بكل مبلغ الورقة التجارية (بما دفع وبما حصل التبرع به له).

وقد اشارت المادة (١٠٦) من قانون التجارة العراقي إلى وجود التضامن الداخلي بين الملتزمين الصرفيين بالقول : "ويثبت هذا الحق (أي الرجوع على الملتزمين منفردين ومجتمعين) لكل موقع على الحوالة إذا ادى قيمتها"[١] .

ومن التمعن بهذه المادة يظهر لنا عدم دقة عبارة المشرع التجاري ، إذ ان الاخذ بهذه المادة على اطلاقها من شأنه ان يعطي لكل ملتزم يقوم بالوفاء، سواء أكان المظهر ام الساحب (الذي لم يقدم مقابل الوفاء) ام المسحوب عليه (الذي تلقى مقابل الوفاء)، ان يرجع على سائر الملتزمين الصرفيين منفردين او مجتمعين ومطالبتهم بما اوفى ، وهذا امر غير مقبول لتعارضه مع احكام الرجوع الصرفي التي لاتسمح للمظهر عند قيامه بالوفاء إلا الرجوع على الملتزمين السابقين له دون الملتزمين اللاحقين عليه ، كما لاتسمح للساحب الذي لم يسلم مقابل الوفاء ولا للمسحوب عليه الذي تلقى ذلك المقابل ان يرجعا على احد فيما إذا قاما بوفاء قيمة الورقة التجارية .

لذا نقترح على المشرع التجاري العراقي ان يضيف إلى المادة (١٠٦) عبارة (تجاه المسؤولون نحوه) او أي عبارة اخرى تفيد هذا المعنى ، ليصبح نص المادة بعد تعديلها "ويثبت هذا الحق لكل موقع على الحوالة إذا ادى قيمتها ، تجاه المسؤولون نحوه" ؛ وهو ما نص عليه بالفعل نظام الاوراق التجارية السعودي والقانون التجاري الكويتي وقانون التجارة العماني وقانون المعاملات التجارية الاماراتي و اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨[٢] .

ويحتل مبدأ عدم انقسام الدين اهمية كبيرة من خلال زيادة ضمان الموفي ، وذلك بتخويله مطالبة أي ملتزم من الملتزمين السابقين عليه بكامل المبلغ الذي يدفعه مما يشجع الملتزمين الصرفيين على الوفاء للحامل ما دام بامكانه الرجوع بما اوفى على بقية المتضامنين[٣] .

والواقع ان عدم انقسام الدين في العلاقة بين المدينين هو امرٌ ليس بالغريب حتى في التضامن المدني وذلك في حالة ما إذا كان احد المدينين المتضامنين هو صاحب المصلحة الاساسية في الدين ، إذ يقتضي الامر التمييز بين علاقة المتضامنين بالدائن حيث تسري عليها قواعد التضامن ، وعلاقتهم فيما بينهم إذ تسري عليها قواعد الكفالة[٤] ؛ ويترتب على ذلك ان قيام احد المتضامنين من غير المدين الاصلي بالوفاء يجيز له الرجوع بالدين كله على المدين الاصلي ، شأنه شأن الكفيل الذي يوفي بالدين للدائن ، وبالمحصلة النهائية فلا يتحمل بالدين الا المدين

---

[١] تقابلها المواد (٤٧) من قانون جنيف الموحد ، (١٠٦) من القانون التجاري العراقي ، (٤٤٢) من قانون التجارة المصري .

[٢] انظر المواد (٥٨) من نظام الاوراق التجاري السعودي ، (٢/٤٨١) من قانون التجارة الكويتي ، (٤٩٣) من قانون التجارة العماني ، (٥٦٢) من قانون المعاملات التجارية الاماراتي ، (٦٩) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[١] د. ادوار عيد ، الحماية القانونية للشيك ... ، مصدر سابق ، ص٣٧.

[٢] د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ...، مصدر سابق ، ج٣ ، ص٣٦٨. د. سالم عبد الرضا طويرش ، مصدر سابق ، ص١٤٥. د. ابو زيد رضوان ، مصدر سابق ، ص٢٩٩.

الاصلي صاحب المصلحة بالدين وهو ما نصت عليه المادة (٣٣٥) من القانون المدني العراقي بالقول : "إذا كان احد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين فهو الذي يتحمله كله قبل الباقين"[١] .

ويمكننا تعليل مبدأ عدم انقسام الدين في الاوراق التجارية بالقول : ان التزامات الموقعين على الورقة التجارية لاتنشأ دفعة واحدة من تصرف قانوني واحد ، بل تنشأ من تصرفات قانونية متعاقبة يمثل كل واحد منها التزاماً يُضاف إلى الالتزام الذي سبقه ، ولذلك جعل المشرع التجاري كل موقع ضامن لمن بعده مضمون بمن سبقه[٢] . كما ان الموقع على الورقة التجارية ، من غير المدين الاصلي ، قد سبق له ان دفع قيمتها بمناسبة انتقال ملكيتها له ، فالمستفيد الاول يدفع قيمتها للساحب والمظهر اليه يدفع قيمتها للمظهر وهكذا بالنسبة لبقية الملتزمين ؛ لذا فقد اجاز القانون التجاري للموفي ان يرجع على ضامنيه بكل ما اوفاه وبالمحصلة فان مبلغ الدين لايتحمله في النهاية الا شخص واحد هو المدين الاصلي[٣] .

تجدر الاشارة اخيراً إلى ان مبدأ عدم انقسام الدين لايطبق على الملتزمين من درجة واحدة سواء أكانت هذه الدرجة ناشئة من تعدد الساحبين ام تعدد المظهرين ام تعدد الضامنين[٤] ، فاذا ادى احد الملتزمين قيمة الورقة التجارية للحامل فلا يستطيع يستطيع الرجوع على الملتزمين معه في الدرجة نفسها الا بمقدار حصة كل واحد منهم من الدين فضلاً عن حصة المعسر من بينهم على ضوء ما تقضي به القواعد العامة في التضامن المدني[٥] ، وهو ما ذهبت اليه محكمة التمييز العراقية باحدى قراراتها بالقول "ان تسديد احد المظهرين مبلغ الكمبيالة إلى المصرف ورجوعه بنصف الدين على الثاني تعتبر معاملة جديدة بين المظهرين تخرج عن نطاق الالتزام الصرفي وتخضع لاحكام القانون المدني لا القانون التجاري"[٦] .

الفرع الثاني: النيابة التبادلية الناقصة :

مضمون هذه النيابة ان كل مدين متضامن يعد ممثلاً عن باقي المتضامنين بالاعمال النافعة التي يقوم بها لا في الاعمال الضارة[٧] ، بمعنى انه إذا قام احد المتضامنين بعمل نافع استفاد منه جميع المتضامنين الاخرين اما إذا قام بعمل ضار فان اثر ذلك العمل يقتصر عليه وحده ولاينصرف إلى غيره من المدينين المتضامنين

---

[٣] تقابلها المادة (٢٩٩) من القانون المدني المصري.

[٤] د. زكي زكي الشعراوي ، مصدر سابق ، ص٢٠٧.

[١] انظر د. امين محمد بدر ، الاوراق التجارية ...، مصدر سابق ، ص٣٠٤. د. مصطفى كمال طه ، الاوراق التجارية ... ، مصدر سابق ، ص١٤٣.

[٢] د. علي سلمان العبيدي ، الاوراق التجارية في التشريع المغربي (الكمبيالة ، السند للامر ، الشيك) ، ط١ ، الرباط ، ١٩٧٠ ، ص٢٥٨ – ٢٥٩. د. شكري احمد السباعي ، مصدر سابق ، ص٦٨. د. ابراهيم اسماعيل ابراهيم ، مصدر سابق ، ص١٤٤.

[٣] انظر المواد (٣٣٤) من القانون المدني العراقي ، (٢٩٧) من القانون المدني المصري .

[٤] قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٦٨٩ /حقوقية /١٩٦٨ بتاريخ ١٩٦٩/٢/١٥، مشار اليه في مؤلف المحامي عبد الرزاق القيسي ، مصدر سابق ، ص٢٠٣.

[٥] د. عبد القادر الفار ، احكام الالتزام (اثار الحق في القانون المدني) ، ط٥ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩، ص١٦٧. د. حسين النوري ، مصدر سابق ، ص٢١٢.

. هذا المبدأ الذي ارسى دعائمه القانون المدني ، بالنسبة للدول التي تاخذ بمبدأ النيابة التبادلية الناقصة ، يظهر جلياً بالتضامن الصرفي ، كون القانون المدني المرجع في كل ما لم يرد به نص خاص في القانون التجاري . وسنستعرض اهم تطبيقات هذا المبدأ من خلال النقاط الاتية:

اولا: انقطاع التقادم ووقفه :

لم يحدد المشرع التجاري اسبابا خاصة لقطع التقادم الصرفي ، لذا فانه ينقطع بنفس الاسباب التي ينقطع بها التقادم المسقط في القواعد العامة[١] . وبالرجوع إلى المادتين (٤٣٧ ، ٤٣٨) من القانون المدني العراقي[٢] ، نجد ان التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية عن طريق اقامة دعوى من قبل الدائن (الحامل) على المدين امام القضاء بقصد المطالبة بالدين ، كما ينقطع التقادم الصرفي بتقديم الدائن طلباً لقبول حقه في التفليسة او في التوزيع (عندما يعلن عن توزيع اموال المدين على الدائنين دون اشهار افلاسه) او باتخاذ الدائن أي عمل للتمسك بحقه اثناء السير في احدى الدعاوى ، وينقطع التقادم الصرفي كذلك باقرار المدين بحق الدائن ، إذ ان الاقرار يعد تنازلاً من المدين عن التمسك بالمدة السابقة على الاقرار[٣] .

ويترتب على انقطاع التقادم سقوط المدة السارية للتقادم قبل تحقق احد اسباب الانقطاع وابتداء تقادم جديد من وقت انتهاء الاثر المترتب على سبب الانقطاع[٤] وهذا يعد امراً ضاراً بالمدينين المتضامنين الذين تقتضي مصلحتهم استمرار التقادم في سريانه لحين اكتماله ، لمنع الدائن من الرجوع عليهم ، لذا فان قطع التقادم بالنسبة لاحد المتضامنين لايعني قطعه بالنسبة للباقين، بل يقتصر اثر القطع على المدين الذي توافرت فيه اسباب الانقطاع ، واذا ما اراد الحامل ان يقطع التقادم في حق جميع المتضامنين وجب عليه اتخاذ اجراء قطع التقادم بالنسبة إلى كل منهم [٥]. وقد نصت غالبية القوانين التجارية صراحة على اقتصار اثر قطع التقادم على الملتزم الذي اتخذ تجاهه الاجراء القاطع[٦] .اما بالنسبة للمشرع العراقي فانه لم يورد نصاً مماثلاً في قانون التجارة النافذ ، على الرغم من انه قد نص على ذلك في قانون التجارة السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ ، ويبدو ان المشرع التجاري قد اكتفى بما ورد في المادة (٣٢٩) من القانون المدني[٧] من النص على انه "إذا انقطعت مدة التقادم او

---

[١] انظر قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١٥/مدنية ثالثة/١٩٧٢ بتاريخ ١٩٧٣/٨/٤، النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة الثالثة ، ١٩٧٤ ، ص١٠٨.

[٢] تقابلهما المواد (٣٨٢، ٣٨٣) من القانون المدني المصري ، (٣٥٧ ، ٣٥٨) من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

[٣] شعيب احمد سليمان ، التقادم المسقط في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة الحقوقي، السنة الخامسة عشرة ، ١٩٨٣ ، الاعداد (١ – ٤) ، ص١١٠.

[٤] انظر المادة (١٧٦) من قانون التجارة العراقي .

[١] د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ... ، ج٣ ، مصدر سابق ، ص٣٣٣.

[٢] انظر المواد : (٧٣) من قانون جنيف الموحد ، (٢١٦) من قانون التجارة الاردني.

[٣] تقابلها المواد (٢/٢٩٢) من القانون المدني المصري ، (١٧٦) من قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ بينما ذهبت إلى عكس ذلك المادة (١٢٠٦) من القانون المدني الفرنسي، إذ نصت على ان الاجراءات التي تباشر ضد احد المدنيين المتضامنين تقطع التقادم بالنسبة إلى جميعهم ، والمادة (٣٦)

او وقف سريانه بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن ان يتمسك بذلك قبل باقي المدنيين" .

تجدر الاشارة إلى ان المشرع التجاري قد اعتبر ان صدور حكم بالدين او حصول الدائن على اقرار به في ورقة مستقلة عن الورقة التجارية يعد تجديداً للالتزام الصرفي بتغيير سببه ، الامر الذي يحتم اخراج الالتزام من نطاقه الصرفي وادخاله ضمن الالتزامات العادية التي تتقادم وفقاً للقواعد العامة [١]. وهو ما نصت عليه المادة (٢١٥) من قانون التجارة الاردني والمادة (٣٩٩) من القانون التجاري اللبناني ، عند معالجتهما احكام التقادم الصرفي بالنسبة للحوالة التجارية كنص عام ينطبق ايضاً على السند للامر والصك على اعتبار ان احكام الحوالة تسري عليهما مالم تتعارض مع طبيعتهما ، اما بالنسبة للمشرع التجاري العراقي فقد اورد هذا النص في المادة (١٧٦) عند معالجته لاحكام التقادم الصرفي للصك، الامر الذي يثير التساؤل حول مدى امكانية تطبيق هذا الحكم على الحوالة والسند للامر.

وقد اجاب بعض كتاب القانون التجاري العراقي[٢]، عن هذا التساؤل بالقول: ان حكم المادة (١٧٦) يقتصر على الصك فقط اما بالنسبة للحوالة التجارية والسند للامر فيخضعا لحكم المادة (٤٣٩) من القانون المدني العراقي والتي تنص "٢- على انه إذا حكم بالدين وحاز الحكم درجة البتات او إذا كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى سنة واحدة وانقطعت باقرار المدين كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة".

والواقع ان الاخذ بهذا الرأي يؤدي إلى نتائج غير مقبولة مفادها ان اقرار المدين لايؤدي إلى تغيير التقادم الصرفي إلى تقادم عادي الا إذا كانت مدة التقادم الصرفي سنة واحدة ، وبالتالي فان حصول الحامل على اقرار المسحوب عليه القابل في الحوالة التجارية او محرر السند للامر سوف لايغير مدة التقادم الصرفي، بل تبدأ مدة جديدة للتقادم امدها ثلاث سنوات ، في الوقت الذي يؤدي حصول الحامل على اقرار ساحب الحوالة او احد المظهرين فيها او في السند للامر إلى قطع التقادم الصرفي وابتداء تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة ، الامر الذي يجعل مدة تقادم دعوى الحامل قبل المظهرين اطول من مدة تقادم دعواه ضد المدين الاصلي (المسحوب عليه القابل ومحرر السند للامر، وهو امر مرفوض لان من شأنه ابقاء التزام الضامن رغم انقضاء التزام المدين الاصلي.

وتلافياً لهذه الاشكالات ، نقترح على المشرع التجاري العراقي ايراد نص المادة (١٧٦) عند معالجته لاحكام التقادم في الحوالة التجارية لكي تسري على جميع انواع الاوراق التجارية خاصة وان قانون التجارة العراقي السابق قد عالج هذه المسالة ضمن احكام الحوالة التجارية [٣].

من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي ميزت بين انقطاع ووقف التقادم إذ اعتبرت ان وقف التقادم بالنسبة لاحد المدنيين المتضامنين لايوقفه بالنسبة لبقية المتضامنين ، بينما اعتبرت ان قطع التقادم لاحدهم يقطع التقادم بالنسبة إلى الاخرين.

[٤] انظر في تفصيل ذلك : د. مصطفى كمال طه ، الاوراق التجارية ...، مصدر سابق ، ص٢٢٨. د. محمد حسني عباس ، الاوراق التجارية في التشريع الكويتي ، مصدر سابق ، ص٢١٤.

[١] انظر د. جعفر كاظم جبر ، مصدر سابق ، ص١٥٠.

[١] انظر المادة (٥٠٦) من قانون التجارة العراقي السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠.

اما بالنسبة لوقف التقادم فانه يعني عدم احتساب المدة التي وقف فيها سريان التقادم، لتحقق احد اسباب وقف التقادم ، اما المدة السابقة على الوقف فانها تحسب ضمن مدة التقادم ، وفي هذا يختلف الوقف عن انقطاع التقادم ، حيث ان المدة السابقة على الوقف تحسب ضمن مدة التقادم بينما لاتحسب الفترة السابقة على انقطاع التقادم ضمن تلك المدة[١] .

ويعد وقف التقادم عملاً ضاراً بالمدينين المتضامنين ، إذ انه يؤدي إلى اطالة مدة التقادم وهذا عكس ما تقتضيه مصلحة المتضامنين من ضرورة الاسراع في انقضاء مدة التقادم ؛ لذا فان وقف التقادم الصرفي بالنسبة لاحد المتضامنين الصرفيين ، لقيام سبب من اسباب وقف التقادم التي نصت عليها المادة (٤٣٥) من القانون المدني العراقي ، لايترتب عليه وقف التقادم بالنسبة لباقي المتضامنين[٢]؛ لذلك فمن الممكن تصور اكتمال مدة التقادم بالنسبة لبعض المتضامنين الصرفيين دون ان يكتمل بالنسبة إلى البعض الاخر ، لتحقق احد اسباب وقف التقادم بالنسبة لهم.

ثانيا: خطأ احد الملتزمين المتضامنين:

قد يقترف احد الملتزمين الصرفيين خطأ في تنفيذ التزامه فيكون مسؤولاً عن ذلك الخطأ وحده دون باقي المتضامنين الصرفيين[٣] لان ذلك الخطأ من شأنه الاضرار بالمتضامنين، والنيابة منتفية بالنسبة للاعمال التي تضرهم.

ومن امثلة الخطأ في تنفيذ الالتزام الصرفي: قيام احد الملتزمين الصرفيين بوفاء قيمة الورقة التجارية قبل ميعاد استحقاقها ، او الوفاء في ميعاد الاستحقاق دون التحقق من تسلسل التواقيع ، او دفع قيمة الورقة التجارية رغم المعارضة الصحيحة ، او قيام احد الملتزمين الصرفيين بالوفاء للحامل المهمل دون ان يتمسك بسقوط حق الحامل بالاهمال ، او الوفاء للحامل رغم انقضاء مدة التقادم[٤]، ففي كل هذه الحالات يتحمل الموفي لوحده نتيجة تلك الاخطاء وذلك اما بالزامه بالوفاء للدائن ثانية او بحرمانه من الرجوع على باقي المتضامنين الصرفيين لمطالبتهم بقيمة ما اوفاه .

ثالثا : الصلح :

---

[٢] د. مصطفى كمال طه ، الاوراق التجارية ...، مصدر سابق ، ص٢٢٩.

[٣] د. حافظ محمد ابراهيم ، مصدر سابق، ص٢٢٢.

[٤] تنص المادة ٣٣٠ من القانون المدني العراقي على انه "لايكون المدين المتضامن مسؤولا فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام الا عن فعله" ؛ وتقابلها المواد (٢٩٣) من القانون المدني المصري ، (٣٨) من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، (١٧٧) من قانون الالتزامات والعقود المغربي ؛ اما المادة (١٢٠٥) من القانون المدني الفرنسي فقد نصت على ان الخطأ الصادر من احد المدينين= =المتضامنين يجعل جميع المدينين مسؤولين عن تعويضه كما لو كان قد صدر منهم جميعا. انظر في تفصيل ذلك Lucas et. Catala, code civil, paris, ١٩٩٤ – ١٩٩٥, p. ٦٢٤

[١] انظر د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص١٣٥ .

الصلح : هو عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي [١]. ويفترض في الصلح حصول تنازع بين حامل الورقة التجارية والملتزمين الصرفيين ، فان عقدوا جميعاً الصلح مع الحامل فلا شك ان اثار الصلح تنصرف اليهم جميعاً، ولكن قد يعمد الحامل الى عقد صلح مع احد الملتزمين الصرفيين ؛ فهل ينصرف اثر هذا الصلح الى بقية الملتزمين المتضامنين ام يقتصر اثره على الملتزم الذي عقد الصلح مع الحامل ؟

لقد اجابت عن هذا التساؤل المادة (٣٣١) من القانون المدني العراقي [٢] بالقول "اذا تصالح الدائن مع احد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الابراء من الدين او براءة الذمة منه باية وسيلة اخرى استفاد منه الباقون اما اذا كان من شأن هذا الصلح ان يرتب في ذمتهم التزاماً او يزيد فيما هم ملتزمون به فانه لا ينفذ في حقهم الا اذا قبلوه" .

وينطوي هذا النص على تطبيق اخر من تطبيقات القاعدة العامة في اعمال فكرة النيابة التبادلية الناقصة بشان الصلح ، فاذا تصالح الحامل مع احد الملتزمين الصرفيين وتضمن الصلح الابراء من الدين الصرفي او النزول عن جزء منه او النزول عن فوائد الدين او تضمن عقد الصلح شروطاً اخف من الشروط السابقة فهكذا صلح يكون قد وفر نفعاً لبقية المتضامنين الصرفيين ، لذا فان اثره يكون نافذاً في حقهم ويستفيدون منه ويجوز لهم الاحتجاج به على الموفي [٣] ويمكن لنا استنباط ذلك من نص المادة (١٠٨) من قانون التجارة العراقي والتي اجازت للموفي الرجوع بالمبلغ الذي اوفاه وفوائد هذا المبلغ والمصاريف التي تحملها ، وعليه فاذا تضمن الصلح مثلاً اقتصار الملتزم على دفع جزء من قيمة الورقة التجارية فقط ، فلا يستطيع الموفي ، عند الرجوع على بقية المتضامنين ، المطالبة الا بالمبلغ الذي اوفاه ، وبهذا يكون باقي المتضامنين قد استفادوا من الصلح الذي عقده غيرهم من المتضامنين .

يستثنى من ذلك الصلح الذي يعقده احد الملتزمين الصرفيين مع الحامل لانهاء التفليسة واعادته الى ادارة امواله والتصرف فيها ، اذ ان اثر ذلك الصلح يقتصر عليه وحده ولا يستفيد منه باقي المتضامنين وان اتخذ اتجاهاً في مصلحتهم[٤].

اما اذا كان من شأن الصلح ان يرتب في ذمتهم التزاماً جديداً او يزيد فيما هم ملتزمون به فلا ينفذ الصلح في حق باقي المتضامنين الا اذا قبلوه لان اعمال النيابة يضرهم [٥].

---

[٢] المادة (٦٩٨) من القانون المدني العراقي .

[٣] تقابلها المواد (٢٩٤) من القانون المدني المصري ، (٣٤) من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، (٤٣١) من القانون المدني الاردني .

[١] د. ياسين محمد الجبوري ، مصدر سابق ، ص٤٢٢ ؛ د. حسين النوري ، مصدر سابق ، ص٢١٦ ؛ د. حافظ محمد ابراهيم ، مصدر سابق ، ص٢٢٢ .

[٢] د. سالم عبد الرضا طويرش ، مصدر سابق ، ص١٣٦ ؛ د. مصطفى كمال طه ، الاوراق التجارية... ، مصدر سابق ، ص١٨٣ .

[١] د. حافظ محمد ابراهيم ، مصدر سابق ، ص٢٢٢ ؛ د.محمد اسماعيل علم الدين ، مصدر سابق ، ص٨٩ ؛ د. حسين النوري ، مصدر سابق ، ص٢١٦ .

رابعا : المطالبة القضائية وصدور الحكم :

تنص المادة (٣٣٠) من القانون المدني العراقي على انه : "....واذا اعذر الدائن احد المدينين المتضامنين او قاضاه فلا يكون لذلك اثر لباقي المدينين " [١].

فاذا قام حامل الورقة التجارية بمطالبة احد الملتزمين الصرفيين مطالبة قضائية فلا تتعدى اثار تلك المطالبة الى باقي المتضامنين [٢] لان المطالبة القضائية ترتب اثار ضارة بالملتزمين ، اذ انها تقطع التقادم الصرفي وقطع التقادم الصرفي ليس في مصلحة الملتزمين لذا فان الملتزم الذي طولب مطالبة قضائية لايمثل الاخرين فيما يضرهم . ولكن لما كانت مطالبة احد الملتزمين الصرفيين لا تمنع من مطالبة الاخرين ، فان الحامل يستطيع مطالبة باقي الملتزمين مطالبة قضائية ان اراد ان يجعل اثار المطالبة القضائية تسري في حقهم [٣].

واذا صدر حكم ضد احد الملتزمين ، عندما تكون الدعوى مقامة عليه وحده، فان هذا الحكم لا يسري على باقي المتضامنين ولا يحتج عليهم به [٤]. وهذا ماقضت به محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه "اذا صدر حكم على احد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين ومقتضى ذلك انه حتى فيما بين المدينين المتضامنين انفسهم ، لا يعتبر الحكم الصادر ضد احدهم حجة على باقيهم"[٥].

واذا ما اراد الحامل ان يكون الحكم سارياً في حق باقي الملتزمين فان عليه ان يدخلهم في الدعوى او ان يرفع عليهم دعوى او دعاوى اخر لكي يصدر الحكم في مواجهتهم .

واذا اختصم الحامل جميع الملتزمين المتضامنين في دعوى واحدة وصدر الحكم عليهم ، فلا يترتب على اعلانه لاحدهم سريان مواعيد الاعتراض والاستئناف والتمييز بالنسبة للباقين [٦]. وقد قضت محكمة النقض المصرية بانه "اذا رفعت الدعوى بطلب الحكم على المدعى عليهما بالتضامن فان كل منهما يكون مستقلاً عن الاخر في الخصومة وفي مسلكه فيها والطعن على ما يصدر فيها من احكام ولا مجال في هذا الوضع للقول بنيابة المسؤولين بالتزام تضامني عن بعضهم البعض في

---

[٢] تقابلها المادة (٢٩٣) من القانون المدني المصري .

[٣] انظر قرار محكمة النقض المصرية بالطعن رقم ٧٦٢ بتاريخ ١٩٨٤/١١/٦ ، مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها محكمة النقض ، الدائرة المدنية في خمس سنوات من ١٩٧٩-١٩٨٤ ، ج٢ ، اعداد فتحية محمود قرة ، دار المطبوعات الجامعية ص٥٦٩ رقم (٢) .

[٤] د. سالم عبد الرضا طويرش ، مصدر سابق ، ص١٣٤ .

[٥] انظر المواد (٣٣٣) من القانون المدني العراقي ؛ (٢٦٩) من القانون المدني المصري .

[١] قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٦٨/٢/٢٢ ، مشار اليه في مؤلف المستشار انور طلبة ، القانون المدني معلقا على نصوصه باراء الفقه واحكام النقض ، ج١ ، ط١ ، ١٩٧٥ ، ص٣٤٩ .

[٢] د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، احكام الالتزام ، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٤ ص ١٩٨ .

اجراءات الخصومة واعتبار الاستئناف المرفوع عن احدهما بمثابة استئناف مرفوع من الاخر" [١].

بيد انه اذا صدر حكم لصالح احد الملتزمين الصرفيين استفاد منه باقي الملتزمين ، ما لم يكن الحكم الصادر مبنياً على سبب خاص بالملتزم الذي صدر الحكم لصالحه [٢]، اذ لا يستفيد من هذا الحكم بقية المتضامنين استنادا لقاعدة استقلال التواقيع [٣]، فاذا ما صدر حكم ببطلان الورقة التجارية ، مثلاً ، لعيب في الشكل فيستطيع باقي الملتزمين ان يتمسكوا بهذا الحكم ، لان الملتزم الذي صدر الحكم لصالحه يعد بمثابة وكيل لهم في الاعمال التي تنفعهم .[٤]

المطلب الثاني : رجوع الملتزمين الصرفيين بعضهم على بعض :

سنقسم هذا المطلب على فرعين : نتعرف في الفرع الاول منهما على الأساس القانوني لرجوع الملتزمين الصرفيين ، بينما نتتبع في الفرع الثاني احوال الرجوع فيما بين الملتزمين الصرفيين:

الفرع الاول : الاساس القانوني لرجوع الملتزمين الصرفيين :

عندما يقوم احد الملتزمين الصرفيين بالوفاء بقيمة الورقة التجارية ، يكون بامكانه الرجوع على الملتزمين تجاهه ، وهذا الرجوع اما ان يكون بموجب الدعوى الشخصية او بموجب الدعوى الصرفية :

أولا : الدعوى الشخصية : تقوم الدعوى الشخصية على اعتبار نشوء حق شخصي للموفي في ذمة الملتزمين تجاهه [٥] ، ويرتكز هذا الحق على أساس ما يكون بين الملتزمين الصرفيين من علاقات سابقة والتي كانت السبب في دخول الموقع كطرف في الالتزام الصرفي .

وقد جرى الفقه [٦] على تأسيس الدعوى الشخصية اما على أساس الوكالة ، وذلك عندما يتم الوفاء بناء على طلب المدين او بعلمه ودون اعتراض منه ، او على اساس الفضالة ، بالنسبة للقوانين التي تأخذ بالفضالة ، وذلك عندما يتولى احد الاشخاص عن قصد وفاء قيمة الورقة التجارية لحساب شخص اخر دون ان يكون ملزماً بذلك الوفاء [٧].

---

[٣] قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٥٨/١/٢٣ ، نقلا عن المستشار انور طلبة ، مصدر سابق ، ص٢٤٢ .

[٤] نظر المواد (٣٣٣) من القانون المدني العراقي ، (٢/٢٩٦) من القانون المدني المصري ، (٣٦) من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

[٥] د.حسين النوري ، مصدر سابق ن ص٢١٦ . د.حافظ محمد ابراهيم ، مصدر سابق ، ص٢٢٣.

[١] د.حافظ محمد ابراهيم ، مصدر سابق ، ص٢٢٣ . د.علي سلمان العبيدي ، الاوراق التجارية في التشريع المغربي ، مصدر سابق ، ص٢٦٠.

[٢] د. سالم عبد الرضا طويرش ، مصدر سابق ، ص١٥٢ .

[٣] انظر: د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص٢٢٤-٢٢٥ ؛ د. رفعت ابادير ، مصدر سابق ، ص١٧٤-١٧٥ ؛ د. عبد الله محمد العمران ، ص٢٢٣ .

[٤] انظر المادة (١٨٨) من القانون المدني المصري .

وقد تقوم الدعوى الشخصية على اساس الكفالة كما في حالة رجوع الضامن الموفي على الشخص المضمون . واخيراً يمكن ان تقوم الدعوى الشخصية على اساس الاثراء دون سبب ، كما في حالة قيام شخص قاصر بانشاء ورقة تجارية نتيجة لحصوله على منفعة معينة ، ففي هذه الحالة وان كان الساحب القاصر لا يمكن الزامه صرفياً ولكن يجوز للحامل او للموفي ان يرجع عليه بما أُثري به دون سبب [1]، تطبيقا لنص المادة (٢٣٤) من القانون المدني العراقي القاضية بانه "١- اذا كان من تسلم الشيء الغير مستحق ناقص الاهلية فلا يكون ملزما الا برد ما كسب حتى ولو كان سيء النية . ٢-وكذلك اذا أُبطل عقد ناقص الاهلية فلا يرد الا ماكسبه بسبب تنفيذ العقد ".

وهو مانصت عليه المادة (١١٤) من القانون التجاري الفرنسي بالقول "الحوالة التي يحررها قصر ليسوا من التجار تعتبر باطلة قبلهم ، دون الاخلال بحقوق الاطراف المقررة في المادة (١٣١٢) من القانون المدني" وبالرجوع الى المادة (١٣١٢) من القانون المدني الفرنسي نجدها تنص على حق المتعاقدين مع القصر باسترداد ما قبضه هؤلاء القصر من مقابل تنفيذاً للتصرف المعقود متى ثبت ان هؤلاء القصر قد اثروا مما قبضوه .

ويجب توخي الدقة عند تحديد اساس الدعوى الشخصية وذلك بالتمييز بين ما اذا كان الموفي ملزماً بالورقة التجارية ام غير ملزماً بها :

فاذا كان الموفي غير ملتزم صرفياً ، كما في حالة الموفي بالتدخل او المسحوب عليه غير القابل ، فهنا يمكننا تطبيق احكام أي من تلك الاسس عند الرجوع بموجب الدعوى الشخصية.

اما اذا كان الموفي ملزماً بالوفاء فان بعض تلك الاسس ، كالوكالة والفضالة ، تُستبعد من تاسيس الدعوى الشخصية عليها ، ذلك لان القول بوجود وكالة ضمنية او صريحة بين الملتزم الموفي والمدين ، بوفاء قيمة الورقة التجارية لا يستقيم مع المبادىء العامة للوكالة ، والتي تقتضي جواز عزل الموكل للوكيل او نزول الاخير عن الوكالة [2]، في حين انه متى ما تم التوقيع على الورقة التجارية فلا يستطيع المدين ان يقيل اي ملتزم من التزامه وبالمقابل فان الملتزم لايستطيع الامتناع عن الوفاء .

من جانب اخر فان القول بان اساس علاقة الملتزم الموفي بالمدين الاصلي هي علاقة فضالة لا يستقيم مع المبادئ العامة للفضالة ، ذلك لان الفضالة تقتضي ان يقوم الفضولي بعمل لغيره دون ان يكون ملزماً بذلك [3]، في حين ان وفاء الملتزم بمبلغ الورقة التجارية يكون بناءً على التزامه الصرفي الناشئ من توقيعه على الورقة التجارية وبالتالي فلا مجال للقول بوجود الفضالة .

ولا يحتاج الموفي الى الدعوى الشخصية الا حيث تتعذر عليه المطالبة بموجب الدعوى الصرفية . ويشترط في استعمال الدعوى الشخصية : ان يكون

---

[1] د.صلاح الدين الناهي ، الوسيط ... ، مصدر سابق ، ص٧٠ .

[1] انظر المواد (٩٤٧) من القانون المدني العراقي (٧١٥ ، ٧١٦) من القانون المدني المصري .

[2] انظر المادة (١٨٨) من القانون المدني المصري .

الملتزم قد وفى بالدين الصرفي ، اذ ان الوفاء هو الذي يخول الملتزم بالرجوع، أي انه مصدر حق الرجوع (فلا رجوع ما لم يسبقه الوفاء)، وان تعود على المدين منفعة من هذا الوفاء ، وذلك ببراءة ذمته من دين كان يشغلها ، فاذا كان وفاء الملتزم باطلاً وغير مبريء لذمة المدين في مواجهة الحامل فلا يستطيع الموفي الرجوع على المدين .

ويلاحظ ان هذه الشروط لا تخرج عن شروط دعوى الاثراء دون سبب وهي افتقار الملتزم الموفي واثراء المدين بالقدر الذي برأت به ذمته بسبب هذا الوفاء[١].

وتخضع الدعوى الشخصية لاحكام القواعد العامة في القانون المدني من حيث مدة التقادم وسعر الفائدة القانوني وما الى ذلك من الاحكام ولا تستوجب الدعوى الشخصية اتخاذ الاجراءات التي فرضها المشرع التجاري على الحامل عند ممارسة رجوعه على الملتزمين تجاهه [٢].

ثانيا : الدعوى الصرفية : يراد بالدعوى الصرفية : الدعوى التي تخضع في احكامها لقواعد القانون الصرفي ، وتتميز هذه الدعوى بانها توفر للموفي ميزات لا يوجد لها نظير في الدعوى الشخصية من خلال تطبيق قواعد قانون الصرف كقاعدة تطهير الدفوع او قاعدة عدم منح المدين مهلة للوفاء .... .

وقد اختلف الفقهاء في تحديد الاساس القانوني لرجوع الموفي بالدعوى الصرفية :

فذهب بعض الفقهاء الى القول بان الدعوى الصرفية تقوم على اساس الحلول القانوني [٣]، على اعتبار ان الموفي ملزم بالدين الصرفي مع المدين، والقاعدة تقضي بانه "اذا دفع الدين شخص غير المدين حل الدافع محل الدائن بحكم القانون في الاحوال الاتية : أ- اذا كان ملزما بالدين مع المدين او ملزماً بوفائه عنه" [٤]. كما استدل بعض من انصار هذا الرأي بما جاء في المادة (١٥٨) من القانون التجاري المصري السابق والتي تنص على انه "من دفع قيمة الكمبيالة بطريق التوسط يحل محل حاملها فيحوز ماله من الحقوق ويلزم بما عليه من الواجبات" .

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية بانه "اذا ادى الكفيل قيمة سند الكمبيال فانه يحل محل الدائن في ذات الحق بالتأمينات التي كانت للدائن والدفوع التي كانت على الدائن" [٥].

والواقع ان الاخذ بفكرة حلول الموفي محل الحامل تؤدي الى نتائج غير مقبولة تجدر اليها الإشارة كالآتي :-

---

[٣] انظر المواد (٢٤٣) من القانون المدني العراقي ، (١٧٩) من القانون المدني المصري .

[١] د.صلاح الناهي ، الوسيط... ، مصدر سابق ، ص٤٧٥ ؛ د. مصطفى كمال طه ود.مراد منير فهيم ، مصدر سابق ، ص١٨٩ .

[٢] د. محمد علي راتب ، مصدر سابق ، ص٢١٤ ؛ د.علي حسن يونس ، مصدر سابق ، ص١٩٩؛ د.حافظ محمد ابراهيم ، مصدر سابق ، ص٣١٠ ؛ ابو زيد رضوان ، مصدر سابق ، ص٢٩٠ .

[٣] المادة (٣٧٩) من القانون المدني العراقي وتقابلها المواد (١٢٥١) من القانون المدني الفرنسي ، (٣٢٦) من القانون المدني المصري.

[٤] قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١٠٢٥/حقوقية/١٩٦٨ (هيئة عامة) بتاريخ ١٩٦٩/١٢/٦ ، قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد السادس ، ١٩٦٩ ، ص٤٢٤ .

١. ان نظام الحلول القانوني يجعل الموفي في نفس المركز القانوني للدائن ، ومن ثم فان الموفي يعد حسن النية متى حصل الوفاء لشخص حسن النية حتى وان كان الموفي سيء النية والعكس بالعكس. وهذا مما لاشك يعد امراً مرفوضاً في مجال الاوراق التجارية اذ ان حسن نية الموفي او سوءها ينظر فيها الى شخص الموفي لا الى شخص الدائن (الحامل) الذي حصل الوفاء له [١].

٢. وفقا لنظام الحلول القانوني ، فان الموفي يحل محل الدائن في حقه بكل ما يرد عليه من دفوع [٢]. فاذا كانت للمدين دفوع يجوز له التمسك بها قبل الدائن ، سواء أكانت تلك الدفوع متعلقة بالدين ام خاصة بشخصه ، كالدفع ببطلان الدين لسبب تتعلق بالنظام العام او لنقص في الاهلية او لعيب في الرضا او بانقضائه بالمقاصة او التقادم ... ، جاز له التمسك بهذه الدفوع ذاتها في مواجهة الموفي ، ويستوي في ذلك ان يكون المدين قد اخطر بها الموفي قبل الوفاء ام لم يخطره بها ، فما دام الموفي قد حل في حق الدائن بجميع خصائصه ، فان هذه الدفوع ترد عليه كما كانت ترد في حق الدائن. وهذا على خلاف ما تقضي به قواعد قانون الصرف من تخويل الموفي حقاً شخصياً مستقلاً عن حق الحامل ، له صفاته وخصائصه ، ولا ترد عليه الا الدفوع الخاصة بالموفي دون الدفوع التي يجوز التمسك بها قبل الحامل ما لم يكن الموفي سيء النية (عالما بالدفع) وذلك تطبيقاً لقاعدة تطهير الدفوع [٣].

٣. طبقا لاحكام الحلول القانوني ،فان المدين الموفي بجزء من الدين لا يستطيع الرجوع بما وفاه الا بعد ان يستوفي الدائن كل حقه من الدين ، في حين لم يرد مثل هذا الحكم في القانون التجاري ، مما يعني ان الملتزم الموفي بجزء من مبلغ الورقة التجارية لا يتقيد رجوعه بما يتقيد به رجوع الموفي بدعوى الحلول فيجوز له ان يسبق الدائن في التنفيذ على اموال المدين او ان يزاحمه في توزيع الناتج من هذه الاموال ، غير انه يجوز للحامل في هذه الحالة اذا كان الموفي ملتزما بضمان باقي الدين الصرفي ان يوقع الحجز على ما يصيب الموفي من توزيع اموال المدين وان يستوفي من حقه فيتمكن بذلك عملياً من استيفاء حقه قبل ان يحصل الموفي على شيء . اما اذا كان الموفي غير ضامن الا الجزء الذي وفاه للحامل فليس للاخير ان يلجأ الى هذه الوسيلة ولا الى اية وسيلة اخرى يمنع بها الموفي من الرجوع بما وفاه على المدين ، الى ان يستوفي هو كامل حقه من المدين .

٤. ان الاخذ باحكام الحلول القانوني من شأنه ان يعطي لكل ملتزم يقوم بالوفاء، وان كان هو الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء ، ان يرجع على المسحوب عليه القابل دون ان يكون للاخير الدفع بانتفاء سبب التزامه (مقابل الوفاء) نظراً لحلول الساحب محل الحامل وهي نتيجة لايمكن التسليم بها في ظل

---

[١] د.حسين محمد سعيد ، مصدر سابق ، ص٢٥٦ .

[٢] انظر المواد (٣٨١) من القانون المدني العراقي ، (٣٢٩) من القانون المدني المصري .

[٣] انظر في تفصيل ذلك د.عبد الله محمد العمران ، مصدر سابق ، ص٢٢٢ .

قانون الصرف . من جهة اخرى يكون للموفي الحال محل الدائن ان يرجع على جميع المدينين الاخرين في حين ان الموفي بقيمة الورقة التجارية لا يستطيع الرجوع الا على الملتزمين السابقين عليه دون بقية الملتزمين الاخرين .

٥. تخول قواعد قانون الصرف الموفي حقوقاً اوسع مدى مما تخوله دعوى الحلول ؛ فبينما لا يستطيع الموفي مع الحلول ان يكتسب حقوقاً اكثر من حقوق الدائن ، بل "يكون هذا الحلول بالقدر الذي اداه من حل محل الدائن"[١] فان حق الملتزم الصرفي الذي يقوم بالوفاء لا يقتصر على اصل الدين بل ، يشمل أيضاً المصروفات التي انفقها والفوائد عن المبالغ التي دفعها للحامل [٢] من وقت دفعها بينما لا تعطيه دعوى الحلول حقً بالفوائد الا من وقت المطالبة القضائية بها وفقا للقواعد العامة .

لكل هذه الاسباب فقد قام اغلب فقهاء القانون التجاري بهجرفكرة الحلول القانوني والاتجاه في تفسير الرجوع الصرفي على اساس ان الموفي يعد حاملاً جديدا للورقة التجارية يملك حقاً مستقلاً قبل الملتزمين تجاهه يستمده مباشرة من الورقة التجارية [٣]. وهو الرأي الذي نؤيده ، كونه متوافقا مع احكام القانون الصرفي خاصة وان هناك العديد من نصوص هذا القانون تعامل الموفي كحامل جديد للورقة التجارية ، فمثلاً نجد ان المادة (٧٨/ثانيا) من قانون التجارة العراقي النافذ تجعل للحامل في حالة عدم الوفاء "مطالبة المسحوب عليه القابل بدعوى مباشرة ناشئة عن الحوالة بكل ما تجوز المطالبة به بمقتضى المادتين (١٠٧) و (١٠٨) من هذا القانون" . وبالرجوع الى متن القانون التجاري نجد ان المادة (١٠٧) تتحدث عن رجوع حامل الورقة التجارية الاخير ، اما المادة (١٠٨) فانها تناولت رجوع الموفي بمبلغ الورقة التجارية على سائر الملتزمين تجاهه ، ومن تعميم هذا التكييف على سائر انواع الرجوع الصرفي يظهر لنا جلياً ان المشرع التجاري قد اعتبر [٤] الموفي حاملاً جديداً للورقة التجارية يستطيع ان يمارس رجوعه في دعوى مباشرة شأنه في ذلك شأن الحامل الذي تم الوفاء له .

كما ان المادة (١٢٥) من قانون التجارة العراقي قد قضت بان "يكتسب من اوفى حوالة بطريق التدخل جميع الحقوق الناشئة عنها تجاه من حصل الوفاء لمصلحته والملتزمين تجاه هذا الشخص بمقتضى الحوالة" . ومن التمعن بهذا النص يظهر لنا ان المشرع التجاري لم يشر الى حلول الموفي محل الحامل بل نص على اكتساب الموفي حقاً صرفياً مستقلاً تجاه من حصل التدخل لمصلحته والملتزمين السابقين عليه ، وهذا يتناسب مع تكييف الموفي كحامل جديد للورقة التجارية .

---

[١] المادة (٣٨١) من القانون المدني العراقي .

[١] انظر المادة (١٠٨) من قانون التجارة العراقي النافذ .

[٢] د.صلاح الدين الناهي ، الوسيط... ، مصدر سابق ، ص٤٧٦ ؛ د.مصطفى كمال طه ، الاوراق التجارية ... ، مصدر سابق ، ص٢١٠ ؛ د.محمد حسني عباس ، الاوراق التجارية في التشريع الكويتي ، مصدر سابق ، ص١٩٨ ؛ د.عبد الله العمران ، مصدر سابق ، ص٢٢٢ ؛
P.Lescot et R.Roblot , Op.cit , II , p.١٣٨-١٣٩.

[٣] د.محمد حسني عباس ، الاوراق التجارية في التشريع الكويتي ، مصدر سابق ، ص١٩٦ .

واذا كان الامر كذلك فلا بد للموفي ان يكون حائزاً للورقة التجارية أي يجب عليه استرداد تلك الورقة من الحامل عند قيامه بالوفاء له [١]. كما يجب على الموفي ان يمارس الرجوع الصرفي على الملتزمين تجاهه قبل انقضاء مدة التقادم الصرفي ، وتختلف هذه المدة باختلاف مركز من يريد الموفي الرجوع عليه .

ففيما يخص دعوى الموفي تجاه المسحوب عليه القابل في الحوالة او تجاه محرر السند للامر فانها تتقادم بمضي ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق بينما تتقادم دعوى الموفي تجاه المسحوب عليه في الصك بمضي ثلاث سنوات من تاريخ انقضاء مدة الصك[٢]. اما بالنسبة لدعوى الموفي تجاه المظهرين او تجاه الساحب فانها تتقادم بمضي ستة اشهر من يوم الوفاء او من يوم اقامة الدعوى على الملتزم الموفي ، بالنسبة للحوالة التجارية والسند بالامر [٣]، او من تاريخ انقضاء ميعاد تقديم الصك، بالنسبة للصك [٤].

اما فيما يتعلق باتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ فانها قد حددت مدة تقادم دعوى الموفي ضد الملتزمين الاخرين بسنة من تاريخ الوفاء [٥].

ويحق للموفي ان يمارس نفس الوسائل التي يجوز للحامل ممارستها عند استيفاء حقه ، فله ان يطالب ضامنيه مطالبة فردية او جماعية وهو حرٌ في ان يسلك سبيل المطالبة الودية او المطالبة القضائية او ان يسحب حوالة الرجوع ويجوز له ان يحجز على اموال الملتزمين المنقولة تجاهه حجزاً احتياطياً [٦]، وله ان يستفيد من قاعدة تطهير الدفوع ان كان حسن النية وقت انتقال ملكية الورقة التجارية له .

الفرع الثاني : احوال الرجوع فيما بين الملتزمين الصرفيين :

سنتتبع في هذا الفرع احوال رجوع الملتزمين الصرفيين بعضهم على بعض مبتدأين برجوع المسحوب عليه بعدها نتناول رجوع الساحب فرجوع المظهرين واخيرا رجوع الضامن او القابل بالتدخل او الموفي بالتدخل وحسب التفصيل الاتي:

اولا : رجوع المسحوب عليه:

نتناول أولاً رجوع المسحوب عليه على الساحب ، بعدها نتناول رجوعه على بقية الملتزمين الصرفيين من غير الساحب .

١. رجوع المسحوب عليه على الساحب :

---

[١] انظر المادة (٩٠) من قانون التجارة العراقي .

[٢] انظر المادة (١٧٥) من قانون التجارة العراقي . وقد حددت المادة (١٥٦) من هذا القانون مدة تقديم الصك بعشرة ايام ، بالنسبة للصك المسحوب في العراق والمستحق الوفاء فيه ، وبستين يوم بالنسبة للصك المسحوب خارج العراق والمستحق الوفاء فيه .

[٣] انظر المادة (١٣٢) من قانون التجارة العراقي .

[٤] المادة (١٧٥) من قانون التجارة العراقي .

[٥] المادة (٨٤) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[١] انظر د. صلاح الدين الناهي ، الوسيط .... ، مصدر سابق ، ص٤٧٧ ؛ د. مصطفى كمال طه ، الاوراق التجارية .... ، مصدر سابق ، ص٢١١ .

ان تحديد مسألة امكانية او عدم امكانية رجوع المسحوب عليه الموفي على الساحب يتوقف على معرفة ما اذا كان المسحوب عليه قد تلقى مقابل الوفاء من الساحب ام انه لم يتلقى ذلك المقابل :

فاذا كان المسحوب عليه قد تلقى مقابل الوفاء، امتنع عليه الرجوع على الساحب اذا ما قام بوفاء قيمة الورقة التجارية ، اذ ان قيامه بذلك الوفاء لا يعدو ان يكون وفاءً لما في ذمته من دين للساحب [١]. ويقع على الساحب عبء اثبات تلقي المسحوب عليه للمقابل ما لم يكن المسحوب عليه قد وقع على الورقة التجارية بالقبول (بالنسبة للحوالة التجارية) او بالاعتماد (بالنسبة للصك)، اذ ان القانون في هاتين الحالتين قد اقام قرينة على تلقي المسحوب عليه لمقابل الوفاء وهو ما نصت عليه المادتين (٦٤ ، ١٤٢) من قانون التجارة العراقي [٢].

اما اذا قام المسحوب عليه بالوفاء على المكشوف ، أي دون ان يتلقى مقابل الوفاء ، فان له الرجوع بما اوفى على الساحب ، ويقع على المسحوب عليه عبء اثبات عدم تلقيه لمقابل الوفاء ، صحيح انه قد يقال ان القانون التجاري يلزم الساحب لا المسحوب عليه باثبات وجود مقابل الوفاء لدى الاخير [٣]، لكن هذا النص مقصور على علاقة الساحب بالحامل ، اما في علاقته بالمسحوب عليه فعلى الاخير ان يثبت توافر شروط حقه الذي يدعيه ومنها عدم تلقيه مقابل الوفاء[٤].

ويكون الرجوع على الساحب بموجب الدعوى الشخصية وفقاً للقواعد العامة ايا كان اساسها - سواء أكانت دعوى الوكالة ام دعوى الاثراء بلا سبب - وبالتالي فلا حاجة لاعمال قواعد القانون التجاري الخاصة بالرجوع الصرفي .

كما ان للمسحوب عليه الرجوع على الساحب بموجب الدعوى الصرفية في الحالة التي يكون فيها المسحوب عليه قابلاً بالتدخل او موفياً بالتدخل ، سواء أكان ذلك التدخل لمصلحة الساحب ام لمصلحة احد الملتزمين الاخرين .

واذا كانت الورقة التجارية مسحوبة لحساب الغير فان المسحوب عليه الموفي يستطيع الرجوع على الساحب الحقيقي بينما لا يستطيع الرجوع على الساحب الظاهر الا اذا كان المسحوب عليه قد قبل الحوالة التجارية متدخلاً لمصلحة الساحب الظاهر حيث يكون له في هذه الحالة الرجوع على الساحب الحقيقي والساحب الظاهر على السواء [٥].

اما بالنسبة لمسألة امكانية رجوع المسحوب عليه الموفي على ضامن الساحب فانه يتحدد بمقتضى طبيعة مركز المسحوب عليه : فان قام المسحوب عليه بالوفاء بصفته مسحوباً عليه فلا رجوع له على الضامن ذلك لان الضمان هو نظام خاص

---

[٢] د.حسين محمد سعيد ، مصدر سابق ، ص٢٦٠ .

[١] تنص المادة (٦٤) من قانون التجارة العراقي على انه "يعتبر قبول الحوالة قرينة على وجود مقابل الوفاء لدى القابل" اما المادة (١٤٢) فقد نصت على انه "ثانيا .... ويفيد الاعتماد وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه في تاريخ التأشير عليه" .

[٢] انظر المواد (٦٤ ، ١٤١) من قانون التجارة العراقي .

[٣] د. علي جمال الدين عوض ، انقضاء الشيك ، دروس القيت لطلبة دبلوم القانون الخاص بكلية الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت ، ١٩٧٥ ، ص٨١ .

[٤] انظر د. جعفر كاظم جبر ، مصدر سابق ، ص١٥٨ .

بالورقة التجارية ، ولما كان وفاء المسحوب عليه ينهي حياة الورقة التجارية ، فان الضمان ينتهي تبعاً لانتهاء الالتزام الصرفي . اما اذا قام المسحوب عليه بالوفاء بصفته قابلاً بالتدخل او موفياً بالتدخل لمصلحة احد الملتزمين الصرفيين كان له الرجوع على ضامن الساحب بموجب الدعوى الصرفية ومطالبته بالمبالغ التي اجاز القانون للموفي الرجوع بها على الملتزمين تجاهه .

٢. رجوع المسحوب عليه على سائر الملتزمين الصرفيين :

يتحدد حق المسحوب عليه في الرجوع على المظهرين او ضامنيهم بموجب المركز القانوني للمسحوب عليه ، كما ان لهذا المركز اهميته في تحديد طبيعة دعوى الرجوع وما اذا كانت دعوى صرفية ام دعوى مدنية [١].

ومن المعروف ان المركز القانوني للمسحوب عليه يتحدد بنوع التصرف القانوني الذي يقوم به المسحوب عليه : فاذا قام المسحوب عليه بالوفاء بصفته مسحوباً عليه فلا رجوع له على المظهرين او ضمانهم لان قيام المسحوب عليه بالوفاء يبرئ ذمتهم بصورة نهائية وذلك لانقضاء الالتزام الصرفي نتيجة ذلك الوفاء[٢] .

اما اذا كان المسحوب عليه قد قبل الورقة التجارية بالتدخل او قام بالوفاء متدخلاً لمصلحة احد المظهرين ، فان المسحوب عليه يصبح في مركز القابل او الموفي بالتدخل ومن ثم يستطيع الرجوع على المظهر الذي حصل التدخل لمصلحته وعلى ضامنه الاحتياطي كما يستطيع الرجوع على المظهرين السابقين للملتزم الذي حصل التدخل لمصلحته وضمانهم فضلا عن حقه في الرجوع على الساحب.

وللمسحوب عليه في هذه الحالة ان يرجع بموجب الدعوى الصرفية شريطة مراعاة الإجراءات والمواعيد التي فرضها القانون الصرفي ، كما انه يستطيع الرجوع على الملتزم الذي حصل القبول او الوفاء بالتدخل لمصلحته بموجب الدعوى الشخصية والتي يكون مبناها الوكالة او الاثراء بلا سبب حسب الاحوال[٣].

ثانيا : رجوع ساحب الورقة التجارية او محررها :

اذا قام محرر السند للامر بوفاء قيمته للحامل فلا رجوع له على احد لان قيامه بالدفع انما هو وفاء لما تعهد بدفعه من دين صرفي والذي غالباً ما يكون قد اخذ مقابله عند تحرير السند للامر .

اما اذا كان الموفي هو ساحب الحوالة او الصك فان مدى امكانيته في الرجوع تنحصر في علاقته بالمسحوب عليه وما اذا كان قد قدم للاخير مقابل الوفاء ام لم يكن مقدماً لذلك المقابل :

فاذا كان الساحب قد قدم مقابل الوفاء و اضطر رغم ذلك الى دفع قيمة الورقة التجارية للحامل نتيجة لأمتناع المسحوب عليه عن الوفاء ، فان الساحب يستطيع

---

[١] د.حسين محمد سعيد ، مصدر سابق ، ص٢٥٩ .

[٢] انظر المادة (٧٨) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[١] د. محسن شفيق ، مصدر سابق ، ص٣١٠ ؛ د. محمد حسني عباس ، الاوراق التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، ص٢١٤ .

الرجوع على المسحوب عليه بموجب الدعوى الشخصية لاسترداد مقابل الوفاء ، كما يستطيع الرجوع على المسحوب عليه بموجب الدعوى الصرفية اذا كان الاخير قد قبل الحوالة التجارية ، اذ ان قبول المسحوب عليه للحوالة يجعله ملتزماً صرفياً بوفائها ومن ثم يستطيع الحامل او الموفي ، وان كان الساحب ، ان يرجع عليه بموجب الدعوى الصرفية المباشرة [١]. فضلاً عن ذلك فان للساحب الحق في مطالبة المسحوب عليه بتعويضه عما اصابه من اضرار ، نتيجة اخلال الاخير بتعهده بالوفاء ، وفقاً لاحكام المسؤولية المدنية ان كان لها مقتضى [٢].

ويقع على عاتق الساحب عبء اثبات تقديم مقابل الوفاء للمسحوب عليه مالم يوقع الاخير على الورقة التجارية بالقبول او بالاعتماد اذ ان ذلك يعد قرينة على وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه [٣]، وتختلف هذه القرينة باختلاف الاشخاص : ففي علاقة المسحوب عليه بالحامل تعد القرينة قطعية في حين تعد هذه القرينة بسيطة في علاقة المسحوب عليه بالساحب وبالتالي فان للمسحوب عليه ان يثبت عدم وجود مقابل الوفاء لديه رغم توقيعه على الحوالة التجارية او الصك بالقبول او بالاعتماد .

وهنا قد يثار التساؤل حول القرينة التي يمكن ان يستفيد منها الساحب في فرضية صيرورته حاملا للورقة التجارية . خاصة وان القوانين التجارية ، وبضمنها قانون التجارة العراقي ، لم تعط حلاً واضحاً ، فهي من جانب قد ساوت بين مركز الساحب والحامل من حيث جواز مطالبة المسحوب عليه القابل بدعوى مباشرة ناشئة من الحوالة ، ومن جانب اخر قد فرقت بين مركزي الحامل والساحب من حيث قرينة مقابل الوفاء ، كما ذكرنا ، مما اخضع هذه المسألة لاجتهاد الفقهاء الذين يرون ضرورة اخضاع العلاقة القانونية بين المسحوب عليه و (الساحب/الحامل) لاحكام القرينة البسيطة [٤].

وقد علل الدكتور فائق الشماع ذلك بالقول "ان الازدواجية في المركز الفعلي (للساحب/الحامل) لا تعني ازدواجية للصفة القانونية لشخص المدعي ، حيث ان قاعدة وحدة الذمة المالية للشخص تحول دون امكانية تصور استمرارية بقاء صفتا الدائن والمدين في شخص (الساحب/الحامل) بصورة مستقلة حتى يصبح اختفاء او تعطيل الصفة المدينة للساحب وتبقى له الصفة الدائنة تجاه القابل بصورة مستقلة بحيث لا يمكن للقابل التمسك في مواجهتة بالدفوع الشخصية ، فالصفة المدينة للساحب هي الطاغية طالما تعلقت المطالبة بمبالغ لم يوفرها الساحب لدى المسحوب عليه استقلالاً عما اذا كان هذا الاخير قابلاً ام لا"[٥].

---

[٢] انظر المواد (٢٨) من قانون جنيف الموحد ، (٧٨) من قانون التجارة العراقي .

[١] د.فوزي محمد سامي ود.فائق الشماع ، مصدر سابق ص١٨٤ ؛ د.حسين محمد سعيد ، مصدر سابق ، ص٢٥٨ .

[٢] انظر المواد (٦٤ ، ١٤٢) من قانون التجارة العراقي .

[٣] د. فائق الشماع ، احكام الالتزام ... ، مصدر سابق ، ص٦ ؛ د.ابو زيد رضوان ، مصدر سابق، ص٢٧١ ؛ د. صلاح الدين الناهي ، الوسيط ... ، مصدر سابق ، ص٣٢٣ ؛ د. جعفر كاظم جبر، مصدر سابق ، ص١٠٩ ؛ انظر كذلك: R.Roblot, Op. cit, p.١٩٣.

[١] د.فائق الشماع ، احكام التزام ... ، مصدر سابق ، ص٦ .

اما اذا لم يكن الساحب قد اوجد مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه وقام بالوفاء فلا يستطيع الرجوع على احد حيث انه بدفعه قيمة الورقة التجارية يكون قد اوفى بالدين المستحق في ذمته [١].

وفي حالة سحب الورقة التجارية لحساب الغير يستطيع الساحب الظاهر ، اذا ما وفى بقيمة الورقة التجارية ، ان يرجع على الساحب الحقيقي بموجب دعوى الوكالة بالعمولة [٢]، لاسترداد ما دفعه من مبلغ الورقة التجارية وما تحمله من مصاريف مع فوائدها من وقت الانفاق [٣].

ثالثا : رجوع المظهر :

اذا قام احد مظهري الورقة التجارية بوفاء قيمتها للحامل كان له الرجوع على المظهرين السابقين عليه وعلى الساحب والمسحوب عليه القابل وعلى ضامنيهم، كما يستطيع ان يرجع على القابل بالتدخل لمصلحة احد هؤلاء الملتزمين[٤]. اما بالنسبة للمظهرين اللاحقين للمظهر الموفي فان ذمتهم تبرأ من الالتزام الصرفي [٥]، ويمكن تعليل ذلك بالقول ان المشرع التجاري قد جعل كل ملتزم صرفي مضموناً من قبل الملتزمين السابقين له وضامن للملتزمين اللاحقين عليه وبالتالي فلا رجوع له عليهم .

ويكون رجوع المظهر بموجب الدعوى الصرفية ويتحتم على المظهر ، لكي يتمكن من الرجوع على ضامنيه ، ألا يكون قد اوفى لحامل مهمل دون ان يحتج عليه بالسقوط للاهمال والا فان حقه في الرجوع على ضامنيه يتعرض للسقوط ايضاً ويقع على المظهر عبء اثبات وفائه لحامل يقظ مراعٍ لمواعيد المطالبة والرجوع عند حصوله على الاداء منه [٦].

مع ضرورة التذكير بان هناك طائفة من الملتزمين الصرفيين لا يمكنهم التمسك بسقوط حق الموفي لحامل مهمل وتتمثل تلك الطائفة بمحرر السند للامر والساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء وكذلك المسحوب عليه القابل .

رابعا : رجوع الكفلاء الصرفيين :

---

[٢] د.حسين النوري ، مصدر سابق ، ص٢٥٩ .

[٣] لتفصيل احكام الوكالة بالعمولة يمكن الرجوع الى د.عبد الفضيل محمد احمد ، العقود التجارية وعمليات البنوك طبقاً لاحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، الناشر مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ١٩٩٩ ، ص١١٤-١١٦ .

[٤] انظر المادة (٩٤١) من القانون المدني العراقي .

[٥] د.سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص٢٢٥ ؛ د.علي البارودي ، مصدر سابق ، ص٢٠١ ؛ د.رضا عبيد ، مصدر سابق ، ص٢٠٤ ؛ وهو ما كانت تنص عليه صراحةً المادة (١٦٤) من= =القانون المصري السابق بالقول "يجوز ايضاً لكل واحد من المحيلين مطالبة الساحب والمحيلين السابقين عليه ....." .

[١] انظر المادة (٧٧) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٢] د.حافظ محمد ابراهيم ، مصدر سابق ، ص٣٠٩ ؛ د.حسين محمد سعيد ، مصدر سابق ، ص٢٥٥.

اذا قام احد الكفلاء الصرفيين - كالضامن او القابل بالتدخل او الموفي بالتدخل - بالوفاء بقيمة الورقة التجارية كان له حق في الرجوع على الملتزم الذي كفله وعلى الملتزمين السابقين عليه [١]، بمعنى ان نطاق حق الكفيل الصرفي بالرجوع يتحدد اتساعاً وضيقاً ، تبعاً لمركز الملتزم الذي حصل الضمان او الوفاء بالتدخل لمصلحته . فاذا كان الضمان او التدخل حاصلاً لمصلحة الساحب اقتصر حق الكفيل الصرفي في الرجوع على الساحب وعلى المسحوب عليه المتلقي لمقابل الوفاء ، واذا كان الضمان حاصلاً لمصلحة المسحوب عليه القابل جاز للضامن عند اضطراره بالوفاء للحامل ان يرجع على المسحوب عليه القابل وعلى الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء للمسحوب عليه . اما اذا كان الضمان او الوفاء بالتدخل حاصلاً لمصلحة احد المظهرين جاز للضامن او الموفي بالتدخل الرجوع على المظهر المضمون وعلى المظهرين السابقين للمظهر الذي حصل التدخل لمصلحته فضلاً عن حقه في الرجوع على الساحب والمسحوب عليه القابل وضامنيهم.

وقد نص على هذا المعنى صراحة قانون التجارة العراقي النافذ في المادتين (٨٢ ، ١٢٥)[٢] فقد جاء في المادة (١٨٠) "ثانيا – اذا اوفى الضامن الحوالة آلت اليه الحقوق الناشئة عنها قبل المضمون وقبل كل ملتزم بمقتضى الحوالة تجاه هذا المضمون " اما المادة (١٢٥) منه فقد نصت على انه "يكتسب من اوفى الحوالة بطريق التدخل جميع الحقوق الناشئة عنها تجاه من حصل الوفاء لمصلحته والملتزمين تجاه هذا الشخص بمقتضى الحوالة ".

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية في احدى قراراتها بانه "لا يقتصر حق الكفيل بالافال (الضامن) بالرجوع على مكفوله ، اذا ادى مبلغ الورقة التجارية ، بل ان هذا الحق يمتد ليشمل كافة الموقعين عليها من ساحب ومظهرين"[٣] وجاء في قرار اخر لها بانه "للكفيل حق الرجوع على الساحب اذا دفع مبلغ الكمبيالة للدائن "[٤] .

---

[٣] د. محمد اسماعيل علم الدين ، مصدر سابق ، ص١٢٥ ؛ د.هشام فرعون ، مصدر سابق ، ص١١٠ ؛ د.سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص٢٢٦ .

[١] تقابلها المواد (١٦٣ ، ٢٠٧) تجارة اردني ، المادة (٤٨) من اتفاقية الاونسيترال لعام ١٩٨٨ .

[٢] قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٢٠٤ /مدنية ثالثة/١٩٧٢ بتاريخ ١٩٧٢/٥/٩ ، النشرة القضائية، العدد الثاني ، ١٩٧٤ ،ص١٢١ . انظر في هذا المعنى ايضا قرار رقم ٤٣٦ /مدنية ثانية/١٩٧٢ بتاريخ ١٩٧٢/١٠/١١ ، النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الثالثة ، ١٩٧٤ ، ص١٣١ .

[٣] قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١٤٩٢/منية ثالثة/١٩٧٣ يتاريخ ١٩٧٤/٣/١٣ النشرة القضائية، العدد الاول ، السنة الخامسة ،١٩٧٦ ، ص٢٣٠ .

ويكون رجوع الكفيل الصرفي بموجب الدعوى الصرفية فضلاً عن حقه في الرجوع بموجب الدعوى الشخصية على الملتزم الذي حصل الضمان او الوفاء بالتدخل لمصلحته وتقوم هذه الدعوى على اساس الكفالة (بالنسبة للضمان) او الوكالة (بالنسبة للقبول بالتدخل والوفاء بالتدخل) [1].

[4] د.محسن شفيق ، مصدر سابق ، ص٣١٠ ؛ د.رفعت ابادير ، مصدر سابق ، ص١٧٥ .

المصـــــادر

بعد القران الكريم

- باللغة العربية

اولا: الكتب:

١. د. ابـراهيم اسـماعيل ابـراهيم، الضـمان الاحتيـاطي فـي الاوراق التجاريـة، دراسة قانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩.
٢. د. ابراهيم الدسوقي، الاعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥.
٣. د. ابو زيد رضوان، الاوراق التجارية، مطبعة دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة طبع.
٤. د. احمد البسام، قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الاوراق التجارية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٩.
٥. د. احمد شوقي عبد الرحمن، الالتزام التضامني للمسؤولين تقصيريا في مواجهة المضرور، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ١٩٨٠.
٦. د. ادوار عيد، الحماية القانونية للشيك في التشريعات العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، ١٩٧٥.
٧. د. ادوار عيد، الاسناد التجارية، بيروت، ١٩٦٦.
٨. د. السيد محمد اليماني، القانون التجاري، ج٢ (العقود التجارية ، الاوراق التجارية ، عمليات البنوك ، الافلاس) ، القاهرة، ١٩٨٦.
٩. د. اكثم الخولي، دروس في الاوراق التجارية، بيروت، بدون سنة طبع.
١٠. د. اكرم ياملكي ، الاوراق التجارية وفقا لاتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقا للاعراف الدولية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩.
١١. د. اكرم ياملكي ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية (دراسة مقارنة) ، ط١ ، بغداد ، ١٩٧٦.
١٢. د. امين محمد بدر، الاوراق التجارية في التشريع المصري (تاصيل وتحليل لقواعد الكمبيالة والسند الاذني والشيك، ط٢ ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٥٤.
١٣. د. امين محمد بدر، الالتزام الصرفي في قوانين البلاد العربية، معهد الدراسات العربية، ١٩٥٥.
١٤. د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج٢ ، احكام الالتزام، دار المعارف، مصر، ١٩٦٢.
١٥. المستشار انور طلبة، القانون المدني معلقا على نصوصه باراء الفقه واحكام النقض، ج١ ، ط١ ، ١٩٧٥.
١٦. د. بدر جاسم اليعقوب ، اصول الالتزام في القانون المدني الكويتي ، ط١، الكويت ، ١٩٨١.

١٧. د. ثروت عبد الرحيم، القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.
١٨. جبران مسعود، الرائد، المجلد الثاني، ط٤ ، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨١.
١٩. د. حافظ محمد ابراهيم، القانون التجاري العراقي، الاوراق التجارية، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٥.
٢٠. د. حسن جاد، شرح القانون التجاري العراقي، ج٢ ، مطبعة الاهالي، بغداد ، ١٩٤٠.
٢١. د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١ (الضرر) ، شركة التايمس للطبع والنشر، بغداد ، بدون سنة طبع.
٢٢. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، احكام الالتزام، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤.
٢٣. د. حسين النوري، دروس في الاوراق التجارية والنشاط المصرفي، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، بدون سنة طبع.
٢٤. د. حسين محمد سعيد، التزامات وحقوق حامل الورقة التجارية (الشيك ، الكمبيالة ، السند الاذني) ، الناشر عالم الكتب ، القاهرة ، بدون سنة طبع.
٢٥. د. خالد الشاوي ، الاوراق التجارية في التشريعين الليبي والعراقي، مطابع دار الكتب ، بيروت ، ١٩٧١.
٢٦. د. رزق الله انطاكي، السفتجة او سند السحب، مطبعة جامعة دمشق ، ١٩٦٥.
٢٧. د. رزق الله انطاكي ود. نهاد السباعي، الوسيط في الحقوق التجارية البرية، ج٢، مطبعة جامعة دمشق ، ١٩٦٢.
٢٨. د. رضا عبيد، القانون التجاري (الاوراق التجارية والعقود التجارية وعمليات البنوك والافلاس) ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٩٨٨.
٢٩. د. رفعت ابادير ، دروس في الاوراق التجارية، الكويت ، ١٩٨٧.
٣٠. د. زكي زكي الشعراوي، الوجيز في القانون التجاري، ج١، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
٣١. د. سعيد يحيى، الاوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، الرياض، ١٩٨٥.
٣٢. د. سليمان مرقس، عقد الكفالة ، ط١، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة، ١٩٥٨.
٣٣. د. سميحة القليوبي، الاوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧.
٣٤. د. سمير عالية، الوجيز في القانون التجاري، ط١ ، بيروت، ١٩٨٧.
٣٥. د. شكري احمد السباعي، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، ج٢، مكتبة المعارف ، الرباط، ١٩٨٥.

٣٦. د. صلاح الدين الناهي، المبسوط في الاوراق التجارية، دراسة مقارنة، بغداد، ١٩٦٥.
٣٧. د. صلاح الدين الناهي، الوسيط في شرح القانون التجاري، احكام الاوراق التجارية، ط٤ ،شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد ، ١٩٦٢.
٣٨. د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، موجز القانون الصرفي، ط١ ، جامعة القاهرة، ١٩٩٢.
٣٩. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني:
- الجزء الاول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام، ط٢ ، دار النهضة العربية، ١٩٦٤.
- الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام (الاوصاف – الحوالة – الانقضاء)، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٥٨.
- الجزء العاشر، في التامينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، ١٩٧٠.
٤٠. المحامي عبد الرزاق القيسي، الصيغ القانونية لرفع الدعوى التجارية، مطبعة الرشاد، بغداد، ١٩٧٠.
٤١. د. عبد الرزاق عبد الوهاب، التظهير واثاره في قانون التجارة الجديد، دراسة مقارنة ، مطبعة الشعب ، بغداد ، ١٩٨٩ .
٤٢. د.عبد الفضيل محمد احمد ،العقود التجارية وعمليات البنوك طبقا لاحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، الناشر مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة، ١٩٩٩ .
٤٣. د.عبد القادر الفار ،احكام الالتزام (اثار الحق في القانون المدني) ،ط٥، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩ .
٤٤. د.عبد القادر حسين العطير ، الوسيط في شرح القانون التجاري ، ج١ ، عمان ، ١٩٩٩ .
٤٥. د.عبد الله محمد العمران، الاوراق التجارية في النظام السعودي، الرياض، ١٩٨٩.
٤٦. د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١ ، مصادر الالتزام ، بغداد، ١٩٨٠.
٤٧. د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، القانون المدني، ج٢ ، احكام الالتزام ، بغداد، ١٩٨٦.
٤٨. د. عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، ١٩٨٨.
٤٩. د. عزيز العكيلي، احكام الافلاس والصلح الواقي، عمان، ١٩٩٧.
٥٠. د. عزيز العكيلي ، الاوراق التجارية وعمليات البنوك، ط١ ، الاصدار الاول ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، ٢٠٠٢.

٥١. د. عزيز العكيلي، القانون التجاري (الاعمال التجارية والتجار والمتجر والشركات التجارية والاوراق التجارية)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦.
٥٢. د. عزيز العكيلي، الموجز في شرح قانون التجارة الكويتي ، ط١ ، مكتبة المنهل، الكويت ، ١٩٧٨.
٥٣. د. عزيز العكيلي، انقضاء الالتزام الثابت في الشيك، دراسة في التشريعات المقارنة واتفاقيات جنيف الموحدة ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠١.
٥٤. د. علي البارودي، القانون التجاري (الاوراق التجارية والافلاس) ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٥.
٥٥. د. علي البارودي، القانون التجاري اللبناني، ج١ ، لبنان ، ١٩٧٢.
٥٦. د. علي البارودي، الوجيز في القانون التجاري، القاهرة، ١٩٦٦.
٥٧. د. علي جمال الدين عوض، الاوراق التجارية وعمليات البنوك، القاهرة، ١٩٧٣.
٥٨. د. علي جمال الدين عوض، انقضاء الشيك، دروس القيت لطلبة دبلوم القانون الخاص بكلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، ١٩٧٥.
٥٩. د. علي حسن يونس، الاوراق التجارية، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٥٦.
٦٠. د. علي سلمان العبيدي، الاوراق التجارية في التشريع المغربي (الكمبيالة – السند للامر – الشيك)، ط١ ، الرباط ، ١٩٧٠.
٦١. د. علي سلمان العبيدي، الاوراق التجارية في القانون العراقي ، بغداد ، ١٩٧٣.
٦٢. د. فريد شرقي، اصول القانون التجاري المصري، القاهرة ، بدون سنة طبع.
٦٣. د. فوزي محمد سامي ، شرح القانون التجاري ، ج٢ ، الاوراق التجارية، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ١٩٩٩.
٦٤. د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع، القانون التجاري ، الاوراق التجارية، مطبعة جامعة بغداد، بدون سنة طبع.
٦٥. د. كمال محمد ابو سريع، الاوراق التجارية في القانون التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٣.
٦٦. لويس معلوف ، منجد الطلاب ، ط٤، المطبعة الكاثوليكية ، بيروت، ١٩٥٦.
٦٧. د. مجيد حميد العنبكي، مبادئ العقد في القانون الانكليزي، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، ٢٠٠١.
٦٨. د. محسن شفيق ، القانون التجاري الكويتي (العقود التجارية ، الاوراق التجارية ، الافلاس)، الكويت ، ١٩٧٢.

٦٩. د. محمد اسماعيل علم الدين ، موجز القانون التجاري، ج٢ ، جامعة حلوان ، سوريا، ١٩٧٥.
٧٠. محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري، لسان العرب (المجلد : ٩ ، ١٢ ، ١٣) ، دار صادر للطباعة ، بيروت ، ١٩٥٦.
٧١. د. محمد حسني عباس ، الاوراق التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٧.
٧٢. د. محمد حسني عباس ، الاوراق التجارية في التشريع الكويتي، مكتبة الانكلوامريكية، القاهرة ، بدون سنة طبع.
٧٣. د. محمد حسين اسماعيل ، القانون التجاري الاردني (الاعمال التجارية ، التاجر ، المحل التجاري ، العقود التجارية)، ط١ ، دار عمار للطباعة ، عمان ، ١٩٨٥.
٧٤. د. محمد راوس قلعة جي ود. صادق قينبي ، معجم لغة الفقهاء، ط١ ، دار النفائس، ١٩٨٥.
٧٥. د. محمد علي راتب ، السندات الاذنية ، ط١ ، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٤٨.
٧٦. د. محمد علي عرفة ، التقنين المدني الجديد (شرح مقارن على النصوص)، ط٢ ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٥٥.
٧٧. د. محمد فريد العريني، القانون التجاري (الاوراق التجارية والافلاس)، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٥.
٧٨. د. محمد محمود ابراهيم، موجز الاوراق التجارية ، دار الفكر العربي، القاهرة ، ١٩٨٢.
٧٩. د. محمود الكيلاني، القانون التجاري الاردني (الاوراق التجارية) ، دراسة مقارنة ، عمان، ١٩٩٠.
٨٠. د. محمود جمال الدين زكي، اتفاقات المسؤولية، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة ، ١٩٦١.
٨١. د. محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري ، ج٢ ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.
٨٢. د. محي الدين اسماعيل علم الدين، شرح قانون التجارة الجديد (تعليق على القانون مادة مادة مع اعماله التحضيرية)، مصر ، ١٩٩٩.
٨٣. مصطفى رضوان ، مدونة الفقه والقضاء في القانون التجاري ، ج٢ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع.
٨٤. د. مصطفى كمال طه، اصول القانون التجاري ، ج١ ، الدار الجامعية ، لبنان ، بدون سنة طبع.
٨٥. د. مصطفى كمال طه، الاوراق التجارية والافلاس في القانون اللبناني ، ط٢، دار النهضة العربية ، بيروت، ١٩٧٥.
٨٦. د. مصطفى كمال طه ، الوجيز في القانون التجاري (الاوراق التجارية ، العقود التجارية ، عمليات البنوك ، الافلاس) ، الاسكندرية ، ١٩٧٣.

٨٧. د. مصطفى كمال طه ود. مراد منير فهيم ، القانون التجاري (الاوراق التجارية والافلاس) ، الدار الجامعية ، بيروت، ١٩٨٤.
٨٨. د. منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية الوضعية ، ج٢ (احكام الالتزام) ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٨.
٨٩. د. هشام فرعون ، القانون التجاري البري ، ج٢، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، دمشق، ١٩٨٥.
٩٠. د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، ج٢ (في اثار الحقوق الشخصية)، احكام الالتزامات ، ط١ ، مركز حماد للطباعة ، اربد، الاردن، ١٩٩٧.
٩١. المحامي يوسف سليم كحلا ، الشيك (تاريخه ونظامه وتطبيق احكامه في القوانين التجارية والجزائية في البلاد العربية والاجنبية واتفاقيات جنيف الموحدة)، مطابع فتى العرب ، دمشق ، ١٩٦٧.

ثانياً: الرسائل الجامعية:

١. د. جعفر كاظم جبر، الرجوع الصرفي في الورقة التجارية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ١٩٩٧.
٢. د. سالم عبد الرضا طويرش، الالتزام التضامني (التضامن بين المدينين) ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة النهرين ، ١٩٩٨.

ثالثاً: الابحاث:

١. د. ابو اليزيد علي المتين، الكفالة التضامنية، مجلة المحاماة ، العدد التاسع، السنة التاسعة والثلاثون، ١٩٥٩.
٢. المختار بكور، تبعية التزام الضامن الاحتياطي وقاعدة عدم التمسك بالدفوع، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد الثامن عشر، ١٩٨٥.
٣. شعيب احمد سليمان، التقادم المسقط في القانون المدني العراقي ، مجلة الحقوقي، الاعداد (١ – ٤) ، السنة الخامسة عشرة ، ١٩٨٣.
٤. د. علي سلمان العبيدي، عدم التمسك بالدفع في قانون الصرف المغربي، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد الثاني ، ١٩٧٧.
٥. د. فائق محمود الشماع، احكام التزام المسحوب عليه القابل ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد السابع عشر، العدد (١ ، ٢) ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٢.
٦. د. فائق محمود الشماع، الشكلية في الاوراق التجارية ، مجلة القانون المقارن، العدد (٢٠) ، السنة الثالثة عشرة، ١٩٨٧.
٧. د. فائق محمود الشماع، سقوط حق حامل الورقة التجارية المهمل، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد (١ ، ٢) ، ١٩٨٧.
٨. د. فوزي محمد سامي ، مقابل الوفاء في السفتجة، مجلة القانون المقارن، العدد (٤ ، ٥) ، السنة الخامسة ، ١٩٧٢.

٩. د. مجيد حميد العنبكي، انشاء الحوالة التجارية (السفتجة) في القانون الانكليزي ، دراسة مقارنة ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد السادس، العدد (١ ، ٢)، بغداد، ١٩٨٧.
١٠. د. مجيد حميد العنبكي ، مفهوم المقابل في الحوالة التجارية (السفتجة) في القانون الانكليزي، مجلة العلوم القانونية ، المجلد العاشر ، العدد الثاني، ١٩٩٤.
١١. د. محمد صالح بك، النظرية الحديثة في مشروع قانون الاوراق التجارية، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد (٣ ، ٤)، السنة الاولى ، ١٩٤١.

رابعاً: الدوريات:

١. القضاء ، مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين العراقية:
- العدد الخامس ، السنة السابعة عشرة ، ١٩٥٩.
- العدد الرابع، السنة الحادية والعشرون، ١٩٦٦.
٢. المجلة القضائية، يصدرها المعهد القضائي الاردني، عمان ، الاردن:
- العدد السادس ، السنة الثانية، حزيران ، ١٩٩٨.
- العدد الاول ، السنة الرابعة ، كانون الثاني ، ٢٠٠٠.
- العدد الثاني ، السنة الرابعة ، شباط،٢٠٠٠ .
- العدد السادس ،السنة الرابعة ، حزيران ،٢٠٠٠ .
٣. المحاماة، مجلة قضائية شهرية تصدرها نقابة المحامين المصرية:
- العدد الثاني ، السنة التاسعة والعشرون ، ١٩٤٩.
- العدد التاسع ، السنة الثانية والاربعون، ١٩٦١.
٤. الموسوعة العدلية، العدد الرابع والتسعون، مكتبة شركة التامين الوطنية، بغداد، ٢٠٠٢.
٥. النشرة القضائية، يصدرها المكتب الفني لمحكمة التمييز العراقية:
- العدد الاول، السنة الثالثة، ١٩٧٣.
- العدد الثاني ، السنة الثالثة، ١٩٧٤.
- العدد الثالث، السنة الثالثة، ١٩٧٤.
- العدد الرابع ، السنة الثالثة، ١٩٧٤.
- العدد الاول، السنة الخامسة ، ١٩٧٦.
- العدد الثالث، السنة الخامسة، ١٩٧٦.
- العدد الرابع ، السنة الخامسة ، ١٩٧٦.
٦. قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد السادس، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٩، دار الحرية للطباعة ، مطبعة الحكومة ، بغداد، ١٩٧٢.
٧. مجموعة الاحكام العدلية ، يصدرها قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل:
- العدد الثاني ، السنة السادسة ، ١٩٧٥.
- العدد الرابع، السنة السادسة، ١٩٧٥.

- العدد الثاني ، السنة الثامنة ، ١٩٧٧.
- العدد الاول ، السنة التاسعة ، ١٩٧٨.
- العدد المزدوج الاول والثاني ، السنة السابعة عشرة، ١٩٨٦.

خامساً: المجاميع القضائية:

١. القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز ، القسم التجاري ، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٤.
٢. د. احمد حسني ، قضاء النقض التجاري من عام ١٩٣١-١٩٨١ ، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة طبع.
٣. د. فتحية محمود قرة ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض (الدائرة المدنية) في خمس سنوات من ١٩٧٩-١٩٨٤، الجزئين الاول والثاني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، بدون سنة طبع.

سادساً: التشريعات:

١. القوانين:

- القانون التجاري المصري لعام ١٨٨٣.
- قانون الالتزامات والعقود المغربي لعام ١٩١٣.
- قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر عام ١٩٣٢.
- القانون التجاري المغربي الصادر عام ١٩٣٩.
- قانون التجارة البرية اللبناني رقم ٣٠٤ لسنة ١٩٤٢.
- قانون التجارة العراقي رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣.
- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
- القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩.
- قانون التجارة السوري رقم ١٤٩ لسنة ١٩٤٩.
- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- قانون التجارة الليبي لعام ١٩٥٣.
- قانون الاجراء اللبناني الصادر عام ١٩٥٤.
- قانون الشركات العراقي رقم ٣١ لسنة ١٩٥٧.
- نظام الاوراق التجارية السعودي رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.
- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.
- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
- قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠.
- القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
- قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠.
- قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠.
- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.
- قانون التجارة البحريني رقم ٧ لسنة ١٩٨٧.
- قانون التجارة العماني رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠.

- قانون المعاملات التجارية الاماراتي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣.
- قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

٢. الاتفاقيات الدولية :

- الملحق الاول لاتفاقية جنيف الموحدة لعام ١٩٣٠ المتضمن القانون الموحد المتعلق بالحوالة التجارية والسند للامر.
- الملحق الثاني لاتفاقية جنيف الموحدة لعام ١٩٣٠ المتضمن التحفظات.
- الملحق الاول لاتفاقية جنيف الموحدة لعام ١٩٣١ المتضمن القانون الموحد المتعلق بالصك.
- اتفاقية الامم المتحدة للسفاتج (الكمبيالات) الدولية والسندات الاذنية الدولية (الاونسيترال) لعام ١٩٨٨ ، مطبوعات الامم المتحدة ١٩٩٤.

- باللغات الاجنبية

اولاً: باللغة الانجليزية

١. Bill of Exchange Act ١٨٨٢.
٢. Maurice Mrgrah and Frank R. Ryder, Byles on bill of exchange, ٢٥th edition, London, ١٩٨٣.
٣. Robert Lowe, Commercial Law, Sixth edition, Sweet and Maxwell Ltd., London, ١٩٨٣.
٤. Robert charles clso, international law of commercial, Law-book, ٢nd edition, London, ١٩٦١.
٥. Smith and Denis, English Law, ٨th edition, Britain, ١٩٨٦.

ثانياً: باللغة الفرنسية

١. Henry Cabrillac, Le cheque et Le virement, ٢nd edition, Paris, ١٩٥٧.
٢. J. Hamel, G. Lagarde et Jauffret, Traite de Droit commercial, libraire de Droit, ١٩٧٤.
٣. Lucas et Catala, code civil, Paris, ١٩٩٤-١٩٩٥.
٤. P. Lescot et R. Roblot, Les effets de commerce, Paris, ١٩٥٣.
٥. Rene Roblot, Les effets de commerce, sirey, ١٩٧٥.

الخاتـــمـــة

بعد الانتهاء من بحث موضوع التضامن الصرفي في الأوراق التجارية ، نورد أهم ما توصل اليه الباحث من نتائج ومقترحات وعلى النحو الآتي :

أولا : ان التضامن الصرفي يعد من أهم الضمانات التي منحها المشرع التجاري لحامل الورقة التجارية وللموفي على السواء ، والذي من خلاله يستطيع الرجوع على الملتزمين الصرفيين ، منفردين او مجتمعين ، سواء أ كان ذلك في ميعاد استحقاق الورقة التجارية أم قبل ذلك الميعاد لتحقق أحد أسباب الرجوع المبتسر.

ثانيا : ان التضامن الصرفي هو نظام خاص بالأوراق التجارية لذلك كان لزاماً لتحققه ضرورة توافر ورقة تجارية مستوفية للبيانات الإلزامية التي نص عليها المشرع التجاري ، اما اذا فقد السند صفته كورقة تجارية فلا يكون هناك مجال لتطبيق نظام التضامن الصرفي لذا فان الورقة التجارية تعد بحق الأساس الذي يبنى عليه نظام التضامن الصرفي .

ثالثا : ان التضامن الصرفي هو صورة من صور التضامن القانوني ، ويرجع ظهوره الى قانون التجارة الفرنسي لعام ١٨٠٧ ، اما قبل هذا القانون فلا يوجد نص على افتراض التضامن بين الملتزمين في الورقة التجارية ؛ في حين ان اغلب التشريعات التجارية الصادرة بعد عام ١٨٠٧ قد نصت صراحة على افتراض ذلك التضامن بين الملتزمين الصرفيين .

رابعا : ان افتراض التضامن في المسائل التجارية في ظل قانون التجارة العراقي الحالي يعد امراً متعذراً، ذلك لان هذا القانون لم يورد نصاً على افتراض ذلك التضامن من جهة ومن جهة اخرى فانه قد اغفل النص على العرف التجاري ضمن مصادر القانون التجاري، الأمر الذي يستبعد إمكانية اللجوء الى العرف التجاري لافتراض التضامن بين الملتزمين بدين تجاري ؛ وهو ما يعد نقصاً تشريعياً وقد اقترحنا على المشرع التجاري تلافيه من خلال النص على افتراض التضامن بين الملتزمين بدين تجاري .

خامسا : ان التضامن الصرفي هو تضامن كامل شأنه شأن بقية أنواع التضامن الاخرى ، حيث لا يوجد الا نوع واحد من التضامن وهو التضامن الكامل ؛ واذا ما وجد اختلاف بين صور التضامن فانما يعبر ذلك عن الخصائص الذاتية لكل صورة من تلك الصور دون ان يترتب على ذلك الاختلاف نقصان تلك الصورة من التضامن قياساً بصور التضامن الأخرى .

سادسا : ان للتضامن الصرفي العديد من الخصائص التي يتميز بها عن بقية الانظمة التي قد تشتبه به كنظام التضامن بين المدينين في القانون المدني ، او ما يسمى (بالتضامن المدني) ، ونظام التضامن في المسؤولية التقصيرية ونظام الكفالة التضامنية فضلاً عن نظام المسؤولية المجتمعة او ما يسمى بالتضامم .

سابعا : ان المشرع التجاري العراقي قد أحسن صنعاً عندما نص على اعتبار الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية اعمالاً تجارية على خلاف العديد من القوانين التجارية الأخرى ، كالقانون التجاري الفرنسي والقانون التجاري اللبناني وقانون التجارة الاردني وقانون التجارة المصري النافذ ، التي لم تنص اصلاً على تجارية الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية او نصت على تجارية الأعمال المتعلقة ببعض أنواع الأوراق التجارية دون البعض الاخر ؛ الأمر الذي اثار الخلاف بين الفقه والقضاء هناك حول تجارية او عدم تجارية الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية ؛ وتلافيا لذلك الخلاف فقد اقترحنا على المشرع التجاري في تلك الدول (فرنسا ، لبنان ، الاردن ، مصر) بان تحذو حذو المشرع التجاري العراقي بالنص على تجارية الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية بصورة مطلقة بغض النظر عن صفة القائم بها ونيته .

ثامنا : ان التضامن الصرفي يحصل بين الأشخاص الملتزمين صرفياً وان أي شخص لا يمكن ان يكون ملتزماً صرفياً الا اذا توافرت فيه الأهلية اللازمة للقيام بالأعمال التجارية وكانت إرادته قد اتجهت نحو الالتزام الصرفي وقد تم التعبير عنها باتخاذ شكل التعبير الذي فرضه عليه المشرع التجاري .

تاسعا : ان اهلية الالتزام الصرفي تختلف بحسب ما اذا كان الشخص معنوياً او طبيعياً كما انها تختلف باختلاف القوانين في الدول المختلفة الأمر الذي قد يثير تنازعا بين القوانين حول تحديد القانون الذي يحكم أهلية الموقع على الورقة التجارية ، وقد لاحظنا ان اغلب القوانين قد وضعت حلاً لهذا التنازع عن طريق الأخذ بقانون الجنسية او بقانون الموطن او بهما معاً لتحديد القانون الذي يحكم اهلية ذلك الموقع .

عاشرا : ان إشهار إفلاس التاجر لا يؤثر على صحة التزامه الصرفي الا ان هذا الالتزام لا يمكن الاحتجاج به قبل دائني التاجر المفلس ، كما ان حظر التعامل بالأوراق التجارية الذي تفرضه بعض القوانين على بعض الأشخاص لا يؤثر على صحة التزام الموقع المحرم عليه ذلك التعامل ، بيد انه قد يتعرض للعقوبات الانضباطية التي تفرضها عليه تلك القوانين .

حادي عشر : يعد التوقيع الاسلوب التحريري الوحيد للتعبير عن اتجاه الارادة نحو الالتزام بموجب الورقة التجارية . ولايكون الشخص ملتزماً صرفياً الا اذا وقع بنفسه على الورقة التجارية باسمه ولحسابه او فوض غيره للالتزام بموجب

تلك الورقة . اما اذا حصل التوقيع نيابة عنه دون تفويض منه ، فان الالتزام الصرفي يقع على عاتق الموقع (النائب الكاذب) وليس على عاتق الأصيل المزعوم ، واذا زُور توقيع شخص معين فلا يمكن الزام الشخص بذلك التوقيع شريطة ان يثبت حصول ذلك التزوير اما بالنسبة للموقع فانه يعتبر مرتبكاً لجريمة التزوير المعاقب عليها في قانون العقوبات .

ثاني عشر : ان المشرع التجاري العراقي لم يورد تعداداً لأشخاص التضامن الصرفي ، بل اورد نصاً مطلقاً على تضامن الملتزمين بموجب الورقة التجارية ايا كانت صفة التزامهم (ساحب ، مظهر ، ضامن ، قابل ، قابل بالتدخل) متجنباً في ذلك ما قد يحدثه التعداد من إغفال ذكر بعض الملتزمين الصرفيين ، على خلاف ما ذهبت اليه اتفاقية جنيف واغلب القوانين المستمدة منه من إيراد تعداد لأشخاص التضامن الصرفي والذي ترتب عليه إغفال ذكر القابل بالتدخل ضمن الأشخاص المتضامنين صرفياً .

ثالث عشر : يختلف المركز القانوني للمتضامنين الصرفيين باختلاف صفة اولئك المتضامنين : ففيما يخص ساحب الورقة التجارية او محررها فانه يعد في مركز المدين الأصلي المتضامن ، اما بالنسبة للمظهر فانه يعد في مركز قانوني خاص نظراً لما يحتله المظهر من مركز وسط يجمع بين ملامح المدين المتضامن والكفيل المتضامن ؛ اما بالنسبة للمسحوب عليه القابل فانه يعد في مركز المدين الأصلي المتضامن ؛ بينما يعد القابل بالتدخل والضامن كفلاء صرفيين كون مركزهما القانوني يجمع بين ملامح الكفيل المتضامن من جهة وبين خصائص القانون الصرفي من جهة اخرى .

رابع عشر : ان أحكام التضامن الصرفي ليست من النظام العام ، ومن ثم يجوز لجميع الأشخاص بما فيهم الساحب التخلص من التضامن بشرط صريح يطلق عليه شرط عدم التضامن ، ويترتب على هذا الشرط رفع المسؤولية التضامنية بين الملتزم واضع الشرط وبين غيره من الملتزمين الآخرين ، وذلك لا يعني التنصل من الالتزام الصرفي وإنما يقصد به التحلل من التضامن الصرفي فقط .ويختلف اثر شرط عدم التضامن بحسب ما اذا كان وارداً في ورقة مستقلة ام في الورقة التجارية ذاتها ، كما يختلف أثره باختلاف الملتزم واضع ذلك الشرط.

خامس عشر : ان العلاقة بين الحامل والملتزمين الصرفيين محكومة بمبدأ وحده محل الالتزام الذي يستطيع الحامل بمقتضاه الرجوع عليهم ومطالبتهم مطالبة فردية اوجماعية دون ان يكون ملزماً بمراعاة ترتيب التزام الموقعين على الورقة التجارية ، ويكون الحامل حراً في اختيار شكل المطالبة عند الرجوع على الملتزمين الصرفيين ، فيستطيع ان يطالبهم مطالبة ودية كما يمكنه ان يكتفي بسحب حوالة

الرجوع ، او اللجوء الى وسائل التنفيذ المباشر او استصدار الأمر بالأداء ، في الدول التي تجيز قوانينها مثل تلك الوسائل ، كما يستطيع ان يلجأ الى المطالبة القضائية .

سادس عشر : ان مبدأ وحدة محل الالتزام الذي يحكم علاقة الحامل بالملتزمين الصرفيين لا يمنع من وجود روابط متعددة بينهم والتي تجسدت بمبدأ استقلال التواقيع وما يترتب عليه من نتائج عديدة منها: ان اقامة الحامل الدعوى على احد الملتزمين الصرفيين لا يمنعه من اقامتها على ملتزم آخر ، كما ان بطلان التزام احد المتضامنين لا يؤثر على صحة التزام غيره من المتضامنين وان أي من الملتزمين الصرفيين لا يستطيع التمسك بالدفوع الخاصة بغيره من المتضامنين كذلك فان مقدار التزام المتضامنين الصرفيين قد يختلف عن مقدار التزام غيره من المتضامنين .

سابع عشر : ان الحامل لا يستطيع الرجوع على المتضامنين الصرفيين الا بعد تقديم الورقة التجارية للمسحوب عليه او المحرر ورفض الأخير للقبول او للوفاء ، واثبات ذلك الرفض باحتجاج عدم القبول او عدم الوفاء حسب الأحوال ، او حصول حالة من حالات الرجوع المبتسر على المتضامنين ، وقد لاحظنا في هذا المجال ان تمييز المشرع التجاري بين أسباب الرجوع المبتسر الخاصة بالمسحوب و تلك الخاصة بالساحب ، يعد تمييزاً لا مبرر له وقد اقترحنا على المشرع التجاري المساواة بين تلك الحالات وذلك بإعطاء الحامل الحق في الرجوع المبتسر في حالات توقف ساحب الحوالة المشروط عدم تقديمها للقبول عن الدفع او الحجز غير المجدي على امواله .

ثامن عشر : ان الحامل ملزم بعمل احتجاج عدم الوفاء او عدم القبول ، في غير الحالات التي يعفى فيها من عمل ذلك الاحتجاج ، وقد رتب المشرع التجاري على عدم قيام الحامل بعمل الاحتجاج او التأخير بعمله سقوط حق الحامل في الرجوع الصرفي على جميع الملتزمين الصرفيين باستثناء المسحوب عليه ومحرر السند للأمر والساحب ، الذي لم يقدم مقابل الوفاء، وضامنيهم.

تاسع عشر : ان التشريعات التجارية الزمت الحامل بإخطار الملتزمين الصرفيين بواقعة رفض القبول او رفض الوفاء الا انها اختلفت في تحديد الأشخاص الذين يجب على الحامل إخطارهم ، كما انها اختلفت في تحديد الأثر المترتب على إهمال الحامل في القيام بإخطار من يجب عليه إخطارهم ، فرتبت بعض القوانين ، كقانون الحوالات التجارية الإنكليزي ، على ذلك الإهمال سقوط الحامل قبل الملتزمين الذين لم يتم إخطارهم ؛في حين الزمت بعض القوانين الحامل، الذي لم يقم بالإخطار، بتعويض من وجب عليه إخطارهم عما يصيبهم من ضرر من جراء عدم الإخطار شريطة ان لا يتجاوز التعويض مبلغ الورقة التجارية .

عشرون : ان الحامل ملزم بإقامة دعوى الرجوع الصرفية قبل اكتمال مدة التقادم الصرفي والا تعرض حقه للسقوط ، وتختلف مدة التقادم الصرفي وبداية احتسابه باختلاف التشريعات التجارية من جهة وباختلاف مركز الملتزمين الصرفيين الذين يريد الحامل الرجوع عليهم من جهة اخرى .

إحدى وعشرون : ان للحامل مطالبة المتضامنين الصرفيين بأصل مبلغ الورقة التجارية والفوائد الاتفاقية والقانونية وكذلك المصاريف ، كما يجوز له مطالبتهم بالتعويض عن الأضرار التي تلحقه نتيجة التأخير عن الوفاء ، على الرغم من ان المشرع التجاري لم يورد نصاً بامكانية الحامل بالمطالبة بذلك التعويض ذلك لان اغفال ذكر المشرع التجاري للمطالبة بالتعويض لا يصح ان يحمل على ان المشرع التجاري قد قصد حرمان الحامل من المطالبة بالتعويض بل يتعين تفسيره بانه قُصد به الرجوع الى القواعد العامة والتي تجيز مثل تلك المطالبة .

اثنى وعشرون : ان القوانين التجارية قد اختلفت فيما بينها بشأن جواز اشتراط الفوائد في الورقة التجارية ، ويتراوح موقف تلك القوانين بين المنع المطلق من اشتراط الفوائد والجواز المطلق وما بين ذلك من اجازة اشتراط الفوائد في بعض انواع الاوراق التجارية دون البعض الآخر ؛ كما ان تلك القوانين قد اختلفت في تحديد تأريخ بدء سريان الفوائد القانونية وفي تحديد سعر تلك الفائدة .

ثلاث وعشرون : ترتكز علاقة الملتزمين الصرفيين فيما بينهم على اساس مبدأ عدم انقسام الدين والذي بموجبه يستطيع الموفي الرجوع على الملتزمين تجاهه بكل المبلغ الذي أوفاه فضلاً عن حقه في المطالبة بالفوائد القانونية المترتبة على المبلغ الذي أوفاه وبالمصاريف التي تحملها ؛ مما يعني ذلك ان المشرع التجاري قد أوجد تضامناً داخلياً بين الملتزمين الصرفيين فضلاً عن التضامن الخارجي الذي يربطهم بالحامل ، الا ان مبدأ عدم انقسام الدين لا يطبق على الملتزمين من درجة واحدة اذ تسري عليهم أحكام القواعد العامة في التضامن المدني وما تقضي به من ضرورة تقسيم الدين عند رجوع المدين الموفي على غيره من المتضامنين .

أربع وعشرون : ان حكم المادة (١٠٦) من قانون التجارة العراقي والخاص بحق الموفي بالرجوع على غيره من الملتزمين يعد حكماً عاماً يترتب على الأخذ به نتائج غير مقبولة وقد اقترحنا على المشرع التجاري اضافة عبارة (تجاه المسؤولون نحوه) الى نص هذه المادة لتصبح بعد تعديلها :".... ويثبت هذا الحق لكل موقع على الحوالة اذا ادى قيمتها ، تجاه المسؤولون نحوه" .

خمس وعشرون : وجدنا ضرورة ايراد نص المادة (١٧٦) من قانون التجارة العراقي ضمن احكام التقادم في الحوالة التجارية لكي يسري على بقية انواع

الاوراق التجارية الاخرى على النحو الذي اتبعه قانون التجارة العراقي السابق واغلب القوانين المستمدة من قوانين جنيف الموحدة .

ست وعشرون : يستطيع الملتزم الموفي الرجوع على الملتزمين تجاهه بموجب الدعوى الشخصية والتي تقوم في الغالب على اساس الكفالة او الاثراء بلا سبب كما يستطيع الرجوع بموجب الدعوى الصرفية والتي تقوم على أساس اعتبار الموفي حاملاً جديداً للورقة التجارية لا على أساس حلول الموفي محل الحامل في حقوقه .

سبع وعشرون : ان إمكانية الملتزم الموفي بالرجوع على غيره من الملتزمين الصرفيين تختلف باختلاف مركز كل من الموفي والملتزمين ممن يريد الموفي الرجوع عليهم :

ففيما يخص المسحوب عليه لا يستطيع الرجوع على الملتزمين الصرفيين الا اذا قام بقبول الحوالة التجارية او وفائها بالتدخل عن احد اولئك الملتزمين كما انه لا يستطيع الرجوع على الساحب الا اذا لم يتسلم مقابل الوفاء من الساحب ، ويكون رجوعه بموجب الدعوى الشخصية باستثناء حالة ما اذا كان قابلاً او موفياً بالتدخل اذ انه يستطيع الرجوع بموجب الدعوى الصرفية .

اما بالنسبة للساحب الموفي فلا يستطيع الرجوع الا على المسحوب عليه اذا كان قد اوجد لدى الأخير مقابل الوفاء ويكون رجوعه بموجب الدعوى الشخصية لاسترداد ذلك المقابل ما لم يكن المسحوب عليه قد قبل الحوالة التجارية اذ يكون للساحب الرجوع عليه بموجب الدعوى الصرفية .

اما فيما يخص المظهر الموفي فانه يستطيع الرجوع على جميع المظهرين السابقين عليه وعلى الساحب والمسحوب عليه القابل وضمانهم وذلك بموجب الدعوى الصرفية . وأخيراً يستطيع الضامن او الموفي بالتدخل ان يرجعا على الملتزم الذي حصل الضمان او التدخل لمصلحته وعلى جميع الملتزمين تجاههم بموجب الدعوى الصرفية فضلاً عن حقهما بالرجوع بموجب الدعوى الشخصية على من حصل الضمان او التدخل لمصلحته .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين