# التظهير التمليكي وأثره في الأوراق التجارية

المدرس ابراهيم علي حمادي الحلبوسي
كلية القانون / جامعة الانبار

المدرس حامد شاكر محمود الطائي
كلية القانون / الجامعة المستنصرية

## Abstract

**Transformational Endorsement is the most important kind in Endoresment; it has an important legal effect on negotiable instruments, especially, a bill of Exchange and cheaque. Obviously, it transfers all the rights and the obligations that all ex-signers undertake to acquire the rights and execute all the obligations, and from this point the importance of Transformational Endorsement is came.**

## المقدمـــــة

إن التغيـر فـي أوجـه المجتمعـات ومظـاهر الواقـع ومـا افـرز مـن تطـور وتعقـد قـد أصـاب ولاشـك المعـاملات التجاريـة ومـا تتطلـب مـن تسـريع وتسـهيل ومـن ثـم ثقـة متبادلـة بـين إطرافهـا ،وان هـذا قـد أضـفى علـى الأوراق التجاريـة مـن حوالـة وسـند أذنـي وصـك ،أهميـة اسـتثنائية ، بوصـفها وسـائل لا يمكـن الاستغناء عنها في أهم مجالات التعامل التجاري اليومي .

وبـالنظر إلـى مـا يحتلـه التظهيـر فـي مجـال الأوراق التجاريـة بوجـه عـام مـن أهميـة كبيـرة ، والـى مـا يـتمخض عنـه مـن نتـائج قانونيـة خطيـرة ، وبـالنظر إلـى مـا يتبـوأ التظهيـر ألتمليكـي (أو الناقـل للملكيـة) بوجـه خـاص مـن مكـان صـدارة فـي هـذه الأهميـة ،فهـو الأكثـر شـيوعا والأكثـر خطـورة فـي التعامـل التجـاري بوصـفه نقـلا للحـق فـي الورقـة التجاريـة أو تنـازلا عنهـا ، أو بالأصـح ،عن جميع الحقوق التي تولدها .

وتقديرا للنتائج الخطيرة التي تترتب على هذا النقل أو التنازل وما تثيره من إشكالات تستلزم البحث وتحتاج إلى بلورة وتأشير وتشخيص ،فقد رأينا من النافع إن نتناول هذا الموضوع بالبحث ، وآثرنا معالجته في ثلاثة مباحث ، خصصنا أولها لمفهوم التظهير ألتمليكي (الناقل للملكية ) ، وكرسنا ثانيها لشروط التظهير التمليكي ، إما المبحث الثالث فقد افردنها للآثار التي تترتب على التظهير التمليكي .

# المبحث الأول

# مفهوم التظهير

من اجل معالجة مفهوم التظهير الناقل للملكية من أكثر جوانبه أهمية ،وجدنا من الأصوب إن نبحثه في ثلاث فقرات : فقرة أولى لتحديد معناه ، وفقرة ثانية لخصائصه ، وفقرة ثالثة لصوره.

أولا: تحديد معنى التظهير التمليكي

إن تحديد معنى التظهير ألتمليكي يقتضي وضع تعريف له ومن ثم تمييزه مما يشتبه به .

فالتظهير يعني من حيث الأصل التوقيع على ظهر الورقة التجارية بقصد نقل ملكيتها إلى الغير وهذا هو التظهير الناقل للملكية او بقصد رهنها ضمانا لدين معين وهذا هو التظهير التوثيقي او التأميني او لغرض تفويض الغير بقبض قيمتها وهذا هو التظهير التوكيلي[1] ، والتظهير هو تصرف قانوني يأتي كقاعدة عامة بعد إنشاء الورقة التجارية ليكون الوسيلة الخاصة التي تنقلها من حامل إلى حامل آخر ، والتي تتم بطريق التوقيع على هذه الورقة فهو إذاً وسيلة لتداول الورقة التجارية .

والتظهير التمليكي انما هو في الحقيقة قيام من ظهّر تلك الورقة بتمليكها للمظهر إليه ، ويسمى التظهير التام او التظهير الناقل للملكية وذلك لانتقال الآثار باجمعها الى المظهر إليه ، فهو تصرف أرادي يصدر من شخص هو المستفيد من الورقة ويتمثل في التنازل الكلي عنها لشخص أخر هو المظهر إليه ، و هذا يعني ان التظهير الناقل للملكية هو ما أريد منه نقل ملكية الحق الثابت في الورقة التجارية من المظهر إلى المظهر إليه ، وهو لهذا تصرف في الحق من جانب المظهر[2].

و يجدر بالذكر ان التظهير يعد تظهيرا تمليكياً ما لم يكن قد ورد بصيغة تدل على انه تظهير تأميني او تظهير توكيلي[٣] وعليه فالتظهير هو إجراء قانوني في غاية البساطة ،اذ يتم بوضع بيان يفيد انتقال الحق من المظهر الى المظهر إليه ،كأن يكتب المظهر (ادفعوا لأمر السيد....) أو (أدفعوا لحامله) يوقع ، بل يكفي أن يضع حامل الورقة التجارية توقيعه على ظهرها لكي يتم تنازله عنها لمصلحة المظهر إليه وينتقل الحق فيها إلى هذا الأخير ، فهذا الحامل إذ أراد مثلا ،ان يحصل على مبلغ النقود المعين في الورقة قبل حلول اجل استحقاقها فليس عليه إلا القيام بتظهيرها إلى مصرف ما لم تتم عملية الخصم المصرفية ، وإذا أراد إن يوفي التزاما ما بدفع مبلغ من النقود بتظهير الورقة إلى الدائن .

والأصل ان كل ورقة تجارية يجوز تداولها بالتظهير ،فالمادة (١/٥١) من قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ قد قضت بتداول الحوالة التجارية بالتظهير، كما قضت المادة (١٣٥) بسريان الإحكام المتعلقة بتظهير الحوالة على السند للأمر،ونصت المادة(١/١٤٧ ) على إن ((الصك[٤] المشروط دفعه لشخص مسمى ...يكون قابلا للتداول بالتظهير )) بل ان المشرع ذهب الى ابعد من ذلك ،اذ جوز تداول الورقة بطريق التظهير اذ كانت قد أنشئت بمناسبة عملية تجارية وكان محلها أداء مبلغ من النقود او تسليم بضائع ما دامت لأمر الدائن [٥].

والحقيقة ان الورقة التجارية تنقل الحق ، وان الحوالة المدنية تنقل الحق أيضا ولكن بوسيلة مختلفة ففي هذه الأخيرة يكون هنالك عقد بين طرفين والعقد نسبي في أثاره فهو يسري على طرفية دون الغير ومن هنا فان الحوالة لا تنفذ في حق المحال إليه إلا إذ وافق عليها أو أعلنت إليه.

إذن الحق لا ينقل من شخص إلى أخر إلا بموافقة أطراف ثلاث فالمسألة متعلقة بدين عادي يقوم على الاعتبار الشخصي فلا يمكن تغيير الدائن ،او المدين بإرادة منفردة وإنما لابد من استحصال موافقة الأطراف واللجوء إلى إجراءات تتسم بالتعقيد .

اما تظهير الورقة التجارية فهو تصرف يصدر من جانب واحد فيجعل الورقة التجارية ورقة اذنية مبنية على اعتبار مالي ، والحقيقة ان الورقة تنطوي على قابلية للتظهير بحكم القانون سواء كانت اسمية او لأمر ولكن

يمكن مع هذا تجريدها من الصفة الاذنية ، ومن هنا فإذا أريد للورقة ان لا تكون قابلية للتظهير تعين ذكر بيان او عبارة " غير قابلة للتظهير "[٦] .

والى جانب الأسلوب البسيط غير المعقد الذي يتسم به التظهير في قانون التجارة والسرعة التي يتم بها وهو ما تقتضيه التجارة وتفتقر إليه حوالة الحق[٧] فأن التظهير أقوى ضماناً من حوالة الحق فهذه إذا كانت بغير عوض لم يضمن المحيل للمحال له شيئاً ، ولذا فليس بمقدور المحال له الذي لم يستوفِ قيمة الورقة من المحال عليه أن يرجع على المحيل ، وهذا على عكس الورقة التجارية ، اذ لو كانت هذه الورقة صكاً مثلا وامتنع المصرف عن صرفه لكان للمحال له ان يرجع بالضمان على المحيل ، اما إذ كانت حوالة الحق بعوض فأن المحيل لا يضمن للمحال له الا وجود الحق وقت نشوء الحوالة ولا يضمن وجوده عند حلول الأجل[٨] ، كما لا يضمن وفاءه ما لم يتفق على ذلك [٩]، ولكن التظهير يجعل المظهر ضامنا للوفاء بالورقة التجارية ما لم يتفق على خلافه[١٠].

ولئن عرّف القانون المدني التمييز بين حوالة حق تقع تبرعاً وأخرى تقع معاوضة او بمقابل ، فان قانون التجارة لا يعرف مثل هذا التمييز ، فالتظهير على وفق ما يفهم من نص المادة (٦) من قانون التجارة النافذ هو عمل تجاري ، والعمل التجاري يقع بمقابل وليس بالمجان ، ولذا فلا يميز في التظهير بين تظهير على سبيل التبرع او تظهير على سبيل المعاوضة [١١] ، ثم ان المحال له في حوالة حق مدنية لا يكتسب بموجبها من الحقوق تجاه المحال عليه إلا ما يصله من المحيل بوصفه خلفاً له في حقوقه قبل المحال عليه ، وهذا على خلاف التظهير فهو كما تشير المادة (٥٤_أولا) ينقل جميع الحقوق الناشئة عن الورقة ، وهذا يعني ان التظهير التمليكي ينقل إلى المظهر اليه حقاً مستمداً من هذه الورقة مباشرة.

ولعل مما هو جدير بالاهتمام ان الضمان في الورقة التجارية يتصف بصفة أخرى بالغة الأهمية ترسم خطاً فاصلا بينه وبين حوالة الحق المدنية وهي انه اذا كان من شأن الحق في هذه الأخيرة ان ينتقل بصفاته وشوائبه ودفوعه[١٢] بحيث يكون بوسع المحال عليه أن يتمسك في مواجهة المحل له بالدفوع التي كانت له قبل المحيل ، وان من شأن تكرار حوالة الحق ان يزيد من دفوع المحال عليه ويضعف من ثم الحوالة ، فأن المدين الصرفي

لا يستطيع ان يدفع مطالبة المظهر إليه بالدفوع التي كان يستطيع بها ان يدفع مطالبة المظهر وهي الدفوع الناشئة عن علاقة شخصية بينهما ، فإذا تم تظهير الورقة انتقلت مطهرة من الدفوع فلا يستطيع الشخص ان يدفع تجاه حاملها الآخر بدفوع احد غيره من الموقعين على الورقة وذلك لان ثمة قاعدة يطلق عليها اسم (قاعدة التطهير من الدفوع) تقضي بانتقال الورقة خالية من الدفوع بالنسبة إلى الحامل الحسن النية ، أي ان هذه القاعدة تحول من دون تمسك المدين الصرفي في مواجهة هذا الحامل بما كان يمكن ان يتمسك به من دفوع تجاه حامل اخر [١٣] ولكن بشرط ان يكون حامل الورقة هنا ، او المدعي بالاستناد اليها ، هو حاملا قانونيا وحائز الورقة إنما يعد حاملها القانوني اذا استطاع ان يثبت ان الحق فيها يعود له "هو " بتظهيرات متسلسلة لا يتخللها انقطاع ولا يداخلها شطب فكل تظهير مشطوب يعد معدوما وتقبل التظهيرات غير المنقطعة لإثبات حق الحائز ولو كان آخرها تظهيرا على بياض ، ولكن اذا أعقب التظهير على بياض تظهير آخر كان الموقع على هذا التظهير هو من آل إليه الحق بالحوالة على بياض[١٤] ، كما يشترط للتمسك بقاعدة التطهير من الدفوع ما نوهنا به آنفاً وهو ان يكون الحامل حسن النية ، وهذا يعني ان لا يكون المدعي بموجب الورقة قد حصل عليها بالتظهير قاصداً إلحاق الضرر بالمدعي عليه (المدين الصرفي ) فهذا سوء نية وسيئ النية يعامل بنقيض قصده ويرد عليه فعله.

ثانياً :خصائص التظهير التمليكي

ان للتظهير التمليكي ، بل وللتظهير عموماً ، خاصيتين او شريطتين هما انه تصرف بات بحكم القانون أي غير معلق على شرط ، وانه تظهير كلي وليس تظهيراً جزئياً وسنعالج هاتين الخاصيتين تبعا لما يأتي :

١-عدم تعلق التظهير على شرط:

ان التظهير تصرف بات لا يحتمل التعليق على شرط سواء أكان هذا الشرط واقفاً ام فاسخاً ام احتمالياً ام ارادياً محضاً . وقد نص قانون التجارة النافذ[١٥] يجب ان يكون التظهير غير معلق على شرط ، وكل شرط يعلق عليه يعد كأن لم يكن " واذا كان السؤال المتبادر هنا هو : لماذا لا يجوز تعليق التظهير على شرط؟ فأن الجواب هو ان من شأن التعليق على شرط

ان يرفع عن التزام المظهر صفة الثبات عند وقوع التظهير ، او بمعنى آخر يجعله التزاماً غير مؤكد وذلك لان الشرط أمر مستقبل قد يقع وقد لا يقع فهو غير محقق الوقوع وان عدم تحققه هو ما يجعل التزام المظهر غير مؤكد لا يطمئن إليه الحامل وان هذا مما يتعارض وما يقتضي قانون الصرف من تحديد لالتزامات المتعاملين ومراكزهم القانونية ، ويضاف إلى ما تقدم أن الحق إذا لم يكن مؤكداً بسبب الشرط تعذر إعادة تظهير الورقة إلى شخص آخر وفقدت هذه الورقة قابليتها للتداول بالتظهير[١٦] ، ومن هنا قرر المشرع ، كما رأينا ان يلغي الشرط ويبقى التظهير صحيحاً.

وقصارى القول ان التظهير الناقل للملكية لا يجوز ان يكون معلقاً على شرط فأن وجد في الورقة بيان بهذا المعنى اعتبر كأن لم يكن وبقي التظهير صحيحاً.

٢. عدم جواز التظهير الجزئي :

ان المشرع قد اشترط ان يكون التظهير كلياً وأبطل التظهير الجزئي[١٧] وهو بهذا قد قرر حكماً يختلف عن حكمه في حالة التظهير المعلق على شرط فهو إذا اشترط عدم تعليق التظهير على شرط فإنما قرر إلغاء هذا الشرط وإبقاء التظهير صحيحاً ،اما اشتراطه الكلية وعدم الجزئية في التظهير فإنما جعل جزاء مخالفته اعتبار التظهير باطلاً ، فإذا كان التظهير جزئياً أبطل هذا التظهير ، وتم النظر الى التصرف كما لو كان حوالة حق لدى توافر شروطها .

والحقيقة ان المشرع قد قرر البطلان جزاء لجزئية التظهير دون تحديد لهذه الجزئية ، ولذا تعين القول بأن الجزئية تتحقق في حالة التظهير الوارد على جزء من قيمة الورقة والاحتفاظ بالجزء المتبقي ،فالتظهير اذا لم يرد على قيمة الورقة باجمعها كان تظهيراً باطلا ، كما تتحقق في حالة تعدد الأشخاص المستفيدين من الورقة وقيام احدهم بتظهيرها ، فالتظهير هنا باطل ولكنه يعطي الحق للمظهر إليه بالرجوع على المظهر بدعوى حوالة الحق ولكن ليس لهذا المظهر له ان يرجع على الساحب الا بدعوى غير مباشرة ، ويجدر بالتنويه هنا انه اذا تم استيفاء جزء من قيمة الورقة ووقع تظهير على الجزء المتبقي منها فأن مثل هذا التظهير لا يعد تظهيراً جزئياً ، فالتظهير يكون جزئياً إذا أفضى إلى تجزئة

الحق الذي تتضمنه الورقة أجزاء متعددة يعود كل منها لشخص معين ويتيح له المطالبة به ، والصحيح ان يكون التظهير تظهيراً كلياً.

ومع ان المشرع لم يحدد تلك الجزئية فأنه حسناً فعل اذ أبطل التظهير الجزئي فلا شك ان من شأن التظهير الجزئي او عدم التنازل الكلي عن الورقة ان يمنع من التخلي عن حيازتها ، وان عدم التخلي هذا سيحول دون تداول الورقة بطريق إعادة التظهير او المطالبة بالحق لدى استحقاقه وذلك لان الورقة ستكون في حيازة من ظهرها تظهيراً جزئياً ، وان المدين الصرفي لا يوفي قيمة الورقة إلا إذا استردها[١٨] .

ثالثاً : صور التظهير

يمكن تقسيم التظهير من حيث الشكل او من حيث ذكر اسم المظهر إليه او عدم ذكره إلى ثلاث صور هي :

التظهير الاسمي ، والتظهير على بياض ، والتظهير للحامل او كما يسمى أحياناً التظهير اللا اسمي[١٩] وسنتولى بحث هذه الصور تباعاً فيما يأتي :

أ- التظهير الاسمي :

وهي صيغة التظهير التي تشتمل على اسم المظهر وتوقيعه ( او فقط على توقيعه ) المقترن بعبارة تفيد معنى التظهير الناقل للملكية وتتضمن اسم المظهر اليه وذلك كأن تكون " ظهر إلى فلان بن فلان " " أو " ادفعوا لفلان بن فلان " او نحو ذلك من العبارات ذات دلالة والمشابهة والمذيلة بتوقيع المظهر ، ولا فرق هنا بين ان يثبت هذا التظهير على وجه الورقة التجارية او ظهرها او على ظهر ورقة متصلة بها[٢٠] كما لا فرق أن يكتب هذا التظهير بيد المظهر نفسه او بالآلة الكاتبة او بخط الغير ما دام قد ذيل بتوقيع المظهر لا يشترط هنا كتابة ( لأمر) او ذكر تاريخ التظهير ، كما لا يشترط ان يرد التظهير باللغة التي حررت بها الورقة[٢٢] .

ب_ التظهير للحامل (أو اللااسمي):

وهي صيغة تتضمن اسم المظهر مع توقيعه " وتوقيعه فقط" مذيلا لعبارة تدل على التظهير وتشير إلى المظهر إليه دون ذكر اسمه وذلك كأن يكتب " ظهرت لحاملها " أو" ادفعوا لحاملها "او ظهرت لمن يتقدم أليكم " او ظهرت لمن يأتيكم بها "او" اظهر او انقل الورقة الى

الحامل او من يحملها " بل يمكن ان تتمثل في توقيع المظهر وحده من دون عبارة او ذكر لاسم المظهر اليه .

ولا بد من الإشارة إلى ان المظهر للحامل قد يرد على ظهر الورقة او وجهها بل قد يرد على الورقة المتصلة بها[٢٣].

ج_ التظهير على بياض :

ويقع التظهير على بياض إذا لم ترد أي إشارة إلى اسم المظهر إليه او الحامل وذلك بأن يقتصر التظهير على التوقيع من دون أي عبارة للتظهير ، او أن يأتي في صورة توقيع ويجوز ان يقترن بعبارة تدل على التظهير وتخلو من اسم المظهر إليه وهذا يترك اسمه خالياً ، وهذا التظهير قد يرد على ظهر الورقة او ظهر الورقة المتصلة بها ، كما يمكن فيما نرى ، ان يرد على وجه الورقة او الورقة المتصلة بها وذلك لان التوقيع قد اقترن بعبارة تفيد التظهير ، ومثل هذه العبارة تمنع من انصراف هذا التصرف الى الضمان الذي تقضي به المادة (٨١) من قانون التجارة ، فهي قد قضت بأن الضمان يستفاد من مجرد توقيع الضامن على وجه الحوالة[٢٤]، ولكن مثل هذا الاتجاه يتعارض مع ما ورد في الفقرة الثانية من المادة (٥٣) من قانون التجارة النافذ ونصه "... ويشترط لصحة التظهير في هذه الحالة الأخيرة ان يكون على ظهر الحوالة او على ظهر الورقة المتصلة بها " وهذا يعني بمفهوم المخالفة ان التظهير على بياض يصح وروده على وجه الورقة المتصلة بها إذا تضمن عبارة تفيد معنى التظهير ولم يقتصر على توقيع المظهر . وأياً كان الأمر ، فأنه يمكن للحامل في هذه الحالة الأخيرة من التظهير على بياض ان يدون اسمه في المكان الخالي من اسم المظهر إليه ثم يظهرها إلى شخص آخر ، كما يمكن له ان يدون اسمه الشخصي مباشرة في هذا الفارغ لتظهر الورقة وكان الشخص الذي وقعها على بياض هو الذي ظهرها لصاحب هذا الاسم [٢٥] ، ومثل هذا لا يتصور وقوعه في التظهير للحامل وذلك لان بوسع هذا الحامل ان ينقلها بالمناولة الى حامل اخر .

وحريّ بالذكر ان الفقرة (ثالثاً) من المادة (٥٣) قد نصت على ما يأتي : يعد " التظهير (للحامل ) تظهيراً على بياض " وقد ذهب بعض الشراح[٢٦] إلى ان المقصود من مثل هذا النص هو إتاحة تداول الورقة

المظهرة على بياض بالمناولة مثل الورقة المظهرة للحامل ، ولكن هذا الرأي فيما نرى غير دقيق اذ لو كان هذا هو قصد المشرع لما نص في الفقرة (ج) من المادة (٥٤) على انه " يجوز للحامل في التظهير على بياض ان يسلم الحوالة إلى شخص آخر دون ان يملأ البياض ومن دون ان يظهرها " ، والصحيح ان المشرع قد أراد بهذا النص ان يشمل التظهير للحامل بأحكام التظهير على بياض ، لا ان يشمل التظهير على بياض بأحكام التظهير للحامل فيجعل الورقة المظهرة على بياض ممكنة التداول بالمناولة اذا لو كان قد أراد هذا لقال يعد التظهير على بياض تظهيراً للحامل ولما قال يعد التظهير للحامل تظهيراً على بياض[٢٧] .

اذن فأن المشرع قد أراد إخضاع صورتي التظهير هاتين لآثار واحدة ، او بمعنى آخر قد أراد للورقة المظهرة لحاملها ان تنتقل على وفق الأحكام التي تنتقل بها الورقة المظهرة على بياض ، وان تكون للحامل في الحال الأول ذات الحقوق للمظهر إليه على بياض .

والواقع ان التظهير اذا كان على بياض او لحامل الورقة بأن يملأ البياض بتدوين اسمه كمظهر إليه ثم يظهرها إلى شخص آخر يريد نقل ملكيتها إليه ، أو ان يدون اسم هذا الشخص الآخر مباشرة ليصبح التظهير على بياض تظهيراً اسمياً كما له ان يظهرها من جديد على بياض او إلى شخص آخر ، بل له كما اشرنا قبل قليل ان يسلمها إلى الشخص الذي يروم انتقال ملكيتها إليه كما هي دون ان يملأ البياض ودون ان يظهرها[٢٨] .

## المبحث الثاني

## شروط إنشاء التظهير التمليكي

ان التظهير لا يكون صحيحاً إلا إذا استوفى ما تتطلب القواعد العامة من شروط موضوعية لنشوء الالتزام ، وروعيت فيه الشروط الشكلية التي قضى قانون التجارة بمراعاتها عند إنشاء الورقة ، فتظهير الورقة لا يختلف عن إنشائها من هذا الجانب فهو مثله تصرف قانوني ذو طابع شكلي ، ومن هنا يلزم لصحة التظهير توافر نوعين من الشروط : شروط موضوعية ، وأخرى شكلية . وسنعرض لكل منهما تباعا فيما يأتي:

أولاً: الشروط الموضوعية

ان التظهير بوصفه تصرفاً ارادياً لا يصح وينتج آثاره القانونية الا اذا توافرت فيه الشروط اللازمة لصحة كل تصرف قانوني وهي الرضا والمحل والسبب ، ولكن قبل الخوض في هذه الشروط يلزم ان نبين على وجه التحديد معنى كل من المظهر والمظهر اليه بوصفهما طرفي التظهير .

أ- المظهر :

وهو الشخص الذي يقوم بنقل الحق الثابت بالورقة التجارية إلى الغير بما يشير الى تنازله عنها وعما تنطوي عليه من حق ،ولذا تعين ان يكون مالكاً لها ، ومثل هذا الشخص لا صعوبة في تحديده لدى أول تظهير واقع على الورقة _ أي حيث لم تنتقل الورقة قبل ذلك أبدأ- كما لا صعوبة في تحديده إذا كانت الورقة قد انتقلت بسلسلة من التظهيرات الاسمية غير المنقطعة ، فهنا يكون اخر شخص وصلت إليه هو صاحب الحق فيها وهو الذي يكون بوسعه تظهيرها مجددا[٢٩] . ولكن تحديد مالك الورقة الذي له حق تظهيرها الى الغير يصبح امراً في غاية الصعوبة اذا كان تظهير الورقة تظهيراً الى الحامل ، أو تظهيراً على بياض وذلك لان انتقالها هنا يتم بطريق المناولة اليدوية او التسليم فإذا ضاعت من الحامل ووقعت في يد شخص غيره وقع المحذور، ولم يكن امام المشرع إلا الأخذ بقرينه بسيطة (قابلة لإثبات العكس) على أساس نظرية الأوضاع الظاهرة وهي إن الظاهرة وهي ان حائز الورقة مالكها ( أي حاملها القانوني ) [٣٠] الا اذا اثبت انه حصل عليها بسوء نية او ارتكب خطأ جسيم للحصول عليها [٣١] ، فالورقة التجارية من المنقولات والحيازة في المنقول سند الملكية [٣٢]

ب- المظهر إليه :

وهو الشخص الذي ينقل إليه المظهر ملكيته للورقة التجارية بالتظهير ، وهذا يفيد التنازل عن الورقة والحقوق الناشئة عنها ، ويشترط ان يكون المظهر إليه شخصاً حقيقياً طبيعياً كان او معنوياً، فالتظهير يقع باطلا اذا صدر لشخص وهمي او غير حقيقي وذلك من مثل التظهير إلى شخص معنوي انتهت شخصيته كشركة انتهت بالتصفية او مؤسسة من مؤسسات القطاع الاشتراكي صدر قانون بإلغائها قبل التظهير[٣٣] .

ولا يشترط ان يكون المظهر إليه شخصاً واحداً اذ يمكن ان يصدر التظهير لأكثر من شخص بقصد التخيير او التضامن ويعد مع ذلك ، حائزاً ومنتجاً لآثاره القانونية [٣٣] بل ان هذا المظهر إليه قد يكون شخصاً اجنبياً وقد يكون شخصاً ملتزماً بها من قبل كالساحب او المظهر السابق او الضامن او المسحوب عليه ،كما يكون لهذا الملتزم السابق بدوره ، تظهيرها من جديد الى غيره.

ولا يشترط في المظهر إليه ان يكون كامل الأهلية ، فالتظهير لناقص الأهلية صحيح وعلة ذلك ان المظهر إليه لا يضع توقيعه على الورقة ولا يلتزم التزاماً صرفياً بها ولكن اذا كان الغالب ان يكون المظهر إليه اجنبياً عن الورقة التجارية فأن القانون كما قدمنا ، قد أجاز التظهير إلى ساحب الورقة او مظهرها او للمسحوب عليه سواء كان قابلا او غير قابل للورقة، كما أجاز لأي من هؤلاء ان يظهر الورقة من جديد [٣٤] وهذا يعني ان توافر الأهلية التجارية لا يشترط في المظهر إليه الذي ينتفع من الورقة .

وبعد هذه التوطئة ننتقل الى معالجة الشروط الموضوعية للتظهير فيما يأتي :

١. الرضا

ويشترط صدور الرضا من جانب المظهر بإجراء التظهير وموافقة المظهر إليه الصريحة او الضمنية على هذا الجراء ، ونتبين موافقته الضمنية من تسلمه الورقة لأمر من دون أي اعتراض ، ولكن ثمة رأي في الفقه لا يهتم بقبول المظهر إليه كشرط لصحة التظهير والدليل على ذلك كما بينا من قبل ، جواز ان يكون المظهر إليه ناقص الأهلية ، فالأهلية التجارية لا تشترط في المظهر إليه الذي يصدر التظهير لمصلحته [٣٥] ففيما يتعلق بالأهلية يلزم القول ابتداء ان المظهر يكون ضامناً لقبول الورقة ووفاء قيمتها ما لم يشترط خلاف ذلك ، وان الأعمال الخاصة بالأوراق التجارية هي أعمال تجارية، ومن هنا اشترط كمال الأهلية او بالأصح الأهلية اللازمة لممارسة التجارة ، أي ان يكون المظهر بالغاً سن الرشد او مأذوناً له في الاتجار ، فالأهلية ينبغي توافرها لدى المظهر اذا كما ينبغي توافرها لدى الساحب عند إنشاء الورقة، فالتظهير يقع باطلاً اذا صدر من عديم الأهلية او ناقصها ، أما اذا صدر من صغير مميز مأذوناً

لـه فـي الاتجـار صـح ذلـك بشـرط ان يقـع التظهيـر فـي حـدود الإذن فـي ممارسـة التجـارة [٣٦] فـالإذن مطلـق إذا لـم يقتصـر علـى أعمـال معينـة او يسـتثني أعمالاً معينة ، اما اذا اقتصر على أعمال معينة فهو إذن مقيد .

وعلـى هـذا فـأن التظهيـر يكـون بـاطلاً اذا صـدر مـن عـديم الأهليـة او ناقصـها ومـن هنـا فـأن للمظهـر ان يتمسـك بـالبطلان فـي مواجهـة كـل حامـل للورقـة التجاريـة سـواء أكـان عالمـاً بعـدم أهليـة المظهـر ام غيـر عـالم بـذلك او بمعنـى آخـر سـواء أكـان حسـن النيـة ام سـيئها [٣٧] ، أمـا غيـر المظهـر مـن المـوقعين علـى الورقـة فـلا يسـتطيع التمسـك بهـذا الـبطلان ، فمثـل هـذا الشـخص يكـون بموجـب مبـدأ اسـتقلال التوقيعـات[٣٨] ملزمـاً بهـذه الورقـة التـي تكـون صـحيحة بالنسـبة إليـه ، وكمـا يصـح التظهيـر مـن الحامـل يصـح تظهيرهـا ممـن ينـوب عنـه قانونـاً كـالولي او الوصـي او الوكيـل الـذي تخولـه وكالتـه تظهيـر الأوراق التجاريـة ، فـإذا قـام الوكيـل بـالتظهير واظهـر صـفته أي كونـه وكـيلاً فـأن الالتـزام لا يترتـب فـي ذمتـه بـل فـي ذمـة الموكـل مباشـرة، امـا اذا وقـع الوكيـل دون ان يبـين صـفته فأنـه يلتـزم شخصـياً تجـاه الحامـل حسـن النية[٣٩] .

ويجـدر بالإشـارة ان المظهـر الأجنبـي يجـب ان يكـون كامـل الأهليـة بموجـب قانونـه الـوطني ،فـإذا أحـال هـذا القـانون إلـى قـانون دولـة أخـرى وجـب تطبيـق هـذا القـانون ، ولكـن اذا كـان هـذا القـانون الأخيـر قـد اعتبـره نـاقص الأهليـة صـح التـزام الأجنبـي بموجـب الورقـة فـي حالـة كونـه قـد وضـع توقيعـه على السند في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية[٤٠] .

ولعـل مـن المناسـب ان نبـين هنـا ان التـاجر الـذي أشـهر إفلاسـه لا يكـون تظهيـره بـاطلا ولكـن مـع هـذا لا يجـوز الاحتجـاج بـه فـي مواجهـة دائنـي مثـل هـذا التـاجر ،ويصـح هـذا الحكـم كـذلك فـي حالـة التظهيـر الـذي أجـرى فـي فترة الريبة الا إذا كان قد اجري وفاء بدين حال[٤١] .

عيـوب الرضـا : ان رضـا المظهـر ينبغـي ان يكـون خاليـا مـن عيـوب الرضـا تطبيقـاً للقواعـد العامـة والأحـق لـه التمسـك بالعيـب ومـن ثـم بـبطلان التظهيـر قبـل المظهـر إليـه مباشـرة كمـا لـه ان يتمسـك بـذلك قبـل الحامـل السـيئ النيـة أي الـذي كـان علـى علـم بسـبب الـبطلان ، ولكـن لـيس لـه فعـل تجـاه

الحامل الحسن النية ، فلاحتجاج بالبطلان هنا ممتنع بحكم قاعدة تظهير الدفوع[٤٢] .

ويبدو مع عمق الاختلاف في هذه المسألة – ان توسع من ظهرّ الورقة بالإكراه ان يتمسك بذلك كدفع موضوعي تجاه الكافة ، ولكن من ظهرها وهو واقع في غلط أو تغرير مع غبن لم يكن بوسعه ذلك إلا على سبيل الدفع الشخصي او التمسك حصراً تجاه من استعمل معه الطرق الاحتيالية أو اكتسب الورقة إضراراً به[٤٣] ،وهذا يعني انه ليس للمظهر ان يتمسك بعيوب الرضا المتسمة بطابع شخصي كالتغرير مع الغبن او الغلط الا من باب الدفع الشخصي ، او بتعبير آخر ان المظهر لا يحتج بالعيب الا على المظهر إليه الذي يستفيد من التظهير مباشرة، وعلى من اكتسب الورق بقصد الإضرار به ، وانه ليس لهذا المظهر من جانب آخر ان يحتج بذلك على الحاملين الآخرين إلا بالعيوب المتسمة بطابع موضوعي كالإكراه.

٢. المحل :

ان التظهير ، بوصفه تصرفاً ، لا بد ان يكون له محل ، والمحل هنا هو الورقة التجارية وقد غلب التعبير عن هذا المحل بأنه (الحق الثابت في السند) وهذا الحق هو مبلغ الورقة التجارية ، بل ان هذا المبلغ – وهو مبلغ معين من النقود – هو ما يتبادر إلى الذهن كمحل للتظهير [٤٤] والواقع ان المبلغ المعين من النقود هو محل إنشاء الورقة التجارية ، وليس محل التظهير ، فهذا محله الورقة التجارية ذاتها وهي موجودة ومعينة [٤٥] ويشترط في تظهيرها ان لا يكون شرطياً أي غير معلق على شرط ، من أي نوع ، وان لا يكون جزئياً.

فإذا كان التظهير شرطياً صح التظهير وبطل الشرط ، وإذا كان التظهير جزئياً بطل[٤٦] كما يبطل التظهير اذا وقع على ورقة تجارية ناقصة.

وأياً ما كان الأمر فإذا لم يكن محل التظهير ورقة تجارية كان هذا التظهير باطلاً وقد قضت محكمة التمييز في العراق بأن السند الذي يفتقر إلى وصف الورقة التجارية لا يمكن تظهيره حتى لو حددت قيمته بمبلغ معين واذا لم يكن السند تجاري لا يصح تظهيره [٤٧] بل ان الورقة التي تنشأ بمناسبة عملية تجارية ويكون محلها أداء مبلغ من النقود او تسليم

بضائع يجوز تداولها بطريق التظهير اذا كانت لأمر الدائن وخير مثال على ذلك شهادات الإيداع في المستودعات العامة [٤٨] ويتصل هذا الأمر بالحوالة (او السفتجة ) ، الحوالة الاسمية والاذنية في ان معاً يمكن تظهيرها – علماً ان الحوالة اسمية دائماً فلا وجود لحوالة للحامل – ولكن إذا لم تكن للأمر لم يجز تظهيرها بل ان الحوالة تكون قابلة للتظهير اذا كانت لأمر الدائن وان كان محلها نقودا او بضائع ، اما السند الاذني (او الكمبيالة) فأنها تكون قابلة للتظهير على الدوام وذلك لانطوائها على شرط الأمر ، ولذا لا يمكن جعلها ليست للأمر ، وفيما يتصل بالصك فأنه يقبل التظهير اذا كان اسميا اذنياً ولا يمكن تظهيره اذا لم يكن كذلك .

٣.السبب:

والسبب يتمثل في الباعث الدافع على التظهير ويكمن في العلاقة القانونية التي تربط المظهر بالمظهر إليه والتي حملت المظهر على إجراء التظهير ، وهي علاقة مديونية يطلق عليها اسم (وصول القيمة ) ولها صور مختلفة منها المعاوضة ، وذلك كأن يكون المظهر مديناً للمظهر إليه فيقوم بتظهير الورقة إليه وفاء لدينه ومنها التبرع وذلك كأن يهب المظهر للمظهر اليه المبلغ المذكور في الورقة ، وعموماً فأن التظهير لا بد أن يكون له سبب موجود صحيح ومشروع وإلا وقع باطلاً وأن القانون يفترض وجود السبب ما لم يثبت العكس ، فلكل التزام سبب ولو لم يذكر إلا إذا ثبت خلاف ذلك ، كما أن القانون يفترض في حالة عدم ذكر السبب صراحةَ أن يكون هذا السبب مشروعاً ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك[٤٩].

فإذا لم يكن للتظهير سبب موجود ومشروع وقع باطلاً ، وهكذا فأن وجود السبب ضروري لوجود التظهير ، ويجدر بالإشارة أن عدم مشروعية وصول القيمة المذكورة في التظهير إنما هو عيب ظاهري ، ومن هنا يمكن الاحتجاج ببطلان التظهير بطلاناً مطلقا في مواجهة الكافة ، أما اذا ثبت ذلك إثباتاً ولم يظهر في عبارات التظهير فأنه ليس بالوسع التمسك به إلاّ في مواجهة المظهر المباشر والحامل الذي حصل عليه بقصد الإضرار بالمدين[٥٠] .

ويمكن القول بتعبير أخر أن التمسك ببطلان السبب لانعدامه أو لعدم مشروعيته لا يتجاوز علاقة المظهر بالمظهر اليه المباشر ما لم يكن هذا البطلان قد ترتب على عيب ظاهري في الورقة التجارية كما لو ذكر فيها سبب باطل ففي مثل هذه الحالة يمكن التمسك بالبطلان تجاه كل حامل للورقة[٥١] . ولو قام مدين بدين قمار بتظهير ورقة إلى دائنه فقام هذا الأخير بتظهيرها الى شخص يجهل أن سبب التظهير الأول هو دين قمار يمتنع على من ظهرها بدين قمار أن يدفع المطالبة عنه ببطلان السبب وذلك لأن قاعدة تطهير الدفوع تحول دون ذلك[٥٢] .

وإذا اتصل هذا الموضوع بالفوائد ثار السؤال عما اذا كان تاريخ سريانها هو تاريخ التظهير أم تاريخ استحقاق الورقة ؟

وللإجابة نقول لو ظهرت صكاً إلى مصرف معين ليضيفه إلى حسابك لسرت الفوائد من تاريخ استحقاق الصك وليس من تاريخ التظهير فمثل هذا التظهير ليس تظهيراً تمليكياً وذلك لأن المصرف غير مدين لك ومن ثم ليس هناك من سبب للتظهير .

ويمكن القول ، على العموم ، انه اذا انعدم السبب أو كان غير مشروع بطلت الورقة في مواجهة المستفيد المباشر والحامل الذي حصل عليها لإلحاق الضرر بالمدين ، غير أن هذا البطلان لا يمكن التمسك به قبل كل من ظهرت إليه الحوالة فحاملها وهو حسن النية وذلك لأن تظهيرها يجعلها مطهرة من الدفوع الشخصية المبنية على علاقات قامت بين من سبق لهم التوقيع عليها[٥٣] .

ثانياً : الشروط الشكلية

أن التظهير تصرف إرادي شكلي يتم بالكتابة ولا يمكن أن يقع التعبير عنه مشافهة فهو يتم بأجراء مادي يتمثل في الكتابة أو التوقيع على موضع معين هو الورقة أو الورقة المتصلة بها [٥٤]. والتوقيع لا يكون معتبراً إلا إذا كان إمضاء أو بصمة أبهام بصمت أمام شاهدين ، وقد جاء في المادة (٥٣) من قانون التجارة:

" أولاً : يكتب التظهير على الحوالة ذاتها أو على ورقة متصلة بها ويوقعه المظهر .

ثانيـــاً: يجـــوز ألا يـــذكر فـــي التظهيـــر اســـم المســـتفيد ، كمـــا يجـــوز أن يقتصر على توقيع المظهر ( التظهير على بياض ) .

ويشـــترط لصـــحة التظهيـــر فـــي هـــذه الحالـــة الأخيـــرة أن يكـــون علـــى ظهـــر الحوالـــة أو علـــى ظهـــر الورقـــة المتصـــلة بهـــا . ثالثـــاً : ..... " وكمـــا ذكرنـــا مـــن قبل يشترط في الكتابة الثبات ولا يشترط طريقة معينة .

ويشـــترط لصـــحة إنشـــاء التظهيـــر تـــوافر بيانـــات معينـــة فضـــلاً عمـــا قـــد يكـــون هنـــاك مـــن بيانـــات اختباريـــة وهـــذا يعنـــي أن كتابـــة التظهيـــر بوصـــفها طابعـــه الشـــكلي تتشـــكل مـــن بيانـــات إلزاميـــة ، وأنهـــا يمكـــن أن تتضـــمن بيانـــات اختباريـــة .

وتثـــار مســـألة إلغـــاء التظهيـــر[٥٥] حيـــث يـــتم إلغـــاء التظهيـــر بشـــطبه أو كتابـــة عبـــارة تفيـــد الإلغـــاء كعبـــارة ( ملغـــي ) ثـــم يوقـــع تحتهـــا[٥٦] ، ولكـــن إذا بقيـــت الورقـــة فـــي حيـــازة المظهـــر حتـــى ميعـــاد الاســـتحقاق وتقـــدم إلـــى المـــدين طالبـــاً وفـــاء الـــدين وجـــب علـــى المـــدين الوفـــاء للحامـــل ولا قيمـــة للتظهيـــر الملغـــي لأنـــه حيـــازة الحامـــل – الـــذي ألغـــي التظهيـــر للورقـــة – يفهـــم منـــه أنـــه لـــم يتنـــازل عـــن ملكيـــة الحـــق الثابـــت بهـــا ، علـــى أن للمظهـــر الـــذي يريـــد إلغـــاء تظهيـــره أن يطلـــب مـــن المظهـــر إليـــه إذا كانـــت حيـــازة الورقـــة قـــد انتقلـــت إليـــه أن يظهـــر الورقـــة تظهيـــرا عكســـياً بـــدلاً مـــن إلغـــاء تظهيـــره ، وإذا ترتـــب علـــى قيـــام المظهـــر إليـــه بتظهيـــر الورقـــة التزامـــه التزامـــاً صـــرفياً يجعلـــه ضـــامناً للورقـــة فأنـــه يســـتطيع أن يـــتلخص مـــن هـــذا الضـــمان بوضـــع شـــريط عـــدم الضـــمان فـــي التظهيـــر العكســـي[٥٧] ، وســـنعالج فيمـــا يـــأتي كـــلاً مـــن البيانـــات الإلزاميـــة والبيانـــات الاختيارية .

١ – البيانات الإلزامية :

أن التظهيـــر أمـــا أن يكـــون باســـم شخـــص معـــين ، وهـــذا هـــو ( التظهيـــر الاســـمي )، أو(تظهيـــراً علـــى بيـــاض ) أو (تظهيـــر للحامـــل) وأن البيانـــات الإلزاميـــة فـــي التظهيـــر الاســـمي هـــي أن يكـــون هنـــاك توقيـــع للمظهـــر مقتـــرن بكتابـــة عبـــارة تفيـــد معنـــى انتقـــال الملكيـــة وتتضـــمن اســـم المظهـــر إليـــه كـــأن يـــذكر (أدفعـــوا إلـــى محمـــد علـــي ) أو (مظهـــره إلـــى خالـــد حســـين ) وتوقيـــع المظهـــر علـــى ان اســـم المظهـــر إليـــه يجـــب أن يـــذكر بصـــورة واضـــحة يمكـــن بهـــا

معرفته ، ويكون التظهير التملكي هنا مكتوباً على وجه أو ظهر الحوالة أو وجه أو ظهر الورقة المتصلة بها .

أما البيانات الإلزامية في التظهير على بياض فهي توقيع المظهر فقط أو توقيعه تحت عبارة تفيد معنى انتقال الملكية دون أن يذكر فيها اسم معين وذلك كأن يكتب ( أدفعوا ) أو ( مظهره ) وتوقيع المظهر ، والمهم هنا أن تنعدم الإشارة الى المظهر اليه بالمرة .

فإذا اقتصر الأمر على توقيع المظهر فقط دون أي عبارة أخرى فينبغي أن يكون هذا التوقيع على ظهر الورقة المتصلة بها ، وإذا كان هناك توقيع مع عبارة تفيد نقل الملكية من دون إشارة إلى المظهر اليه فيمكن أن يكون التوقيع على الوجه أو الظهر .

أما البيانات الإلزامية في التظهير للحامل ( التظهير الاسمي ) فهي أن يرد توقيع المظهر مصحوباً بعبارة تفيد معنى الورقة لحاملها كأن يكتب المظهر( أدفعوا للحامل ) أو ( مظهره للحامل ) أو ( لحاملها ) وتوقيع المظهر ، أي أن عبارة التظهير الناقل للملكية هنا تنطوي على وصف للمظهر اليه من دون ذكر لأسمه ، وهذا التظهير يمكن أن يكون موضعه وجه أو ظهر الورقة التجارية أو الورقة المتصلة بها [٥٨] .

ويتبادر بعد هذا سؤال يقول : هل يعد ذكر اسم المظهر بياناً إلزامياً ؟

وللإجابة نقول : ان المشرع قد أشار الى توقيع المظهر دون اسمه وذلك لأن المظهر هو المستفيد ومن ثم فلا حاجة لذكر اسمه في التظهير ، وثمة سؤال أخر يتبادر وهو : هل يجوز تظهير الصك لحامله ؟

ويجاب على ذلك : بأن هذا الصك ينتقل بالمناولة اليدوية ، فإذا قام شخص بتظهيره فأن هذا التظهير لا يجعل منه صكاً للأمر وإنما يبقى لحامله أي قابلاً للتداول بالمناولة ، وأن هذا التظهير يجعل المظهر مسؤولاً طبقاً لأحكام الرجوع[٥٩] .

٢- البيانات الاختبارية :

ان الورقة التجارية قد تشتمل أحياناً على بيانات يرى المظهر إدراجها تنظيماً لأمر أو أمور لم يعالجها التشريع ، أو تغيراً لحكم مفسر قد جاء به التشريع ولكن بشرط أن لا يكون في ذلك البيان الاختباري مخالفة للنظام العام والآداب العامة وأن لا يؤدي إلى نفي ورود التزام صرفي ثابت في

الورقة التجارية أو تغير هذا الالتزام ، وأن لا يأتي مناقضاً لبيان اختباري أخر سبق أن أدرج على الورقة . ويجدر بالإشارة بعد هذا أن البيان الاختباري الذي وضعه المظهر هنا يكون نسبي الأثر فأثره يقتصر على المظهر الذي وضعه ، وهذا على خلاف البيان الاختباري الذي يضعه الساحب إذ أن أثاره تتميز بالعمومية فهي تشمل كل من يتعامل بتلك الورقة ، ومن هذا فأن لا حاجة لوضع بيان كان قد أورده الساحب ، وأن للمظهر أن يضع البيان الاختباري الذي يرى دون ايلاء نظر إلى البيانات الاختيارية التي أوردها المظهرون السابقون .

والحقيقة أن يستعصي على الباحث أن يحصي أو يحصر البيانات الاختيارية ، ولكن هناك بيانات اختياريه قد شاع استعمالها في مجال تظهير الأوراق التجارية ، ويمكن إجمال هذه البيانات فيما يأتي :

أ- بيان وصول القيمة :

وبيان وصول القيمة هو سبب التظهير ، فالتظهير إذا تم وفاء لدين في ذمة المظهر كان هذا الدين عوض التظهير ، ولا شك في أن وصف وصول القيمة له مزايا لا تنكر فهو يسمح للمتعامل بالورقة التجارية بأن يطلع على وجود سبب التظهير ومشروعيته كما يدل على تعبير عن إرادة المظهر بالالتزام قبل كل حامل للورقة بذات الشروط التي التزم بها المنتفع المباشر من التظهير ، الا أن التشريع العراقي لا يستلزم ذلك تماشياً مع الاتجاه الحديث للقواعد العامة التي لاتشترط الافصاح عن سبب الالتزام ، وتكتفي بافتراض وجوده ومشروعيته ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك [٦٠] .

ب- بيان تاريخ المظهر :

على الرغم من عدم اشتراط القانون العراقي تحديد تاريخ التظهير فأن التطبيق العملي قد جرى على ذكر التاريخ كبيان اختباري اعترافاً لذلك من أهمية خاصة ، فذكر تاريخ التظهير يسمح بمعرفة حالة المظهر وقت وقوع التظهير ، من جهة تمتعه أو عدم تمتعه بالأهلية اللازمة للتظهير وكذلك من جهة خضوعه لنظام الإفلاس ، فمن ظهرّ ورقة وهو عديم الأهلية وقع تصرفه باطلاً ، ومن ظهّرها وهو مفلس لم ينفذ تصرفه هذا في حق دائنيه ، فإذا جاء التظهير خالياً من التاريخ وأصيب أحد المظهرين بعارض من عوارض الأهلية فأنه يكون من المستعصي إثبات وقوع التظهير قبل

الإصابة بالعارض ، هذا فضلاً عن أن القانون قد قرر أن " التظهير اللاحق لاحتجاج عدم الوفاء أو الحاصل بعد انقضاء الميعاد القانوني المحدد لعمل هذا الاحتجاج لا ينتج الاً أثار حوالة الحق "[٦١] ، وهذا يعني أن ذكر تاريخ التظهير في صيغة التظهير سيفصح عما اذا كان قد وقع ضمن المدة المحددة له قانوناً أم لا بمعنى أخر سيظهر ما اذا كان التظهير قد وقع قبل احتجاج عدم الوفاء أو قبل انقضاء الميعاد القانوني المحدد لعمل هذا الاحتجاج .

وبناءً على هذه الأهمية العملية لبيان تاريخ التظهير وشيوعه فأن المشرع قد خصه بعناية استثنائية لمنع التلاعب فيه فحرّم بموجب المادة (٦١) من قانون التجارة تقديم التظهير[٦٢] ، ولكن إذا كانت هذه المادة قد حرمت التقديم فما هو حكم تأخير تاريخ التظهير ؟ وللإجابة نقول : إن حكم التقديم يصدق كذلك في التأخير فهذا محرم هو الآخر فإذا وقع عدَّ تزويراً وأفقد التظهير قيمته القانونية[٦٣] .

ج- المنع من عمل الاحتجاج :

ان لحامل الورقة عند عدم قبولها أو الامتناع عن وفائها في ميعاد الاستحقاق أن يرجع على المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين بها ، وأن الامتناع عن القبول أو الوفاء إنما يثبت باحتجاج عدم القبول أو احتجاج عدم الوفاء [٦٤] .

وعلى الرغم من الدور الايجابي الذي يلعبه الاحتجاج إذ أن الرجوع على المظهر عند عدم قبول الورقة أو عدم وفائها يكون مقيداً بشرط عمل الاحتجاج ، وأنه لا يخلو من السلبيات فهو إجراء رسمي يستوجب نفقات قد لا تتناسب مع مبلغ الورقة ، كما انه يؤدي إلى طعن بالسمعة المالية لمن يوجه إليه ، ولكن أياً ما كان الأمر فأن مزايا هذا البيان تغطي مثالبه ، ويشترط لوجود هذا البيان أن يذكر في صيغة التظهير بعبارة تدل على منع عمل الاحتجاج ، كأن يقول ( بدون احتجاج )[٦٥] . أو الرجوع بلا مصاريف على أنه يجدر بالتنويه أن بيان منع الاحتجاج الصادر من المظهر يتميز بنسبية الأثر أو بمعنى أخر أن أثاره لا تسري الا في علاقة الحامل وهذا على خلاف البيان الصادر من الساحب فأثاره تشمل كل المتعاملين بالورقة التجارية .

د- بيان عدم التظهير :

يجوز للمظهر أن يمنع المظهر إليه من إعادة التظهير متى كان الساحب قد سكت عن مثل هذا البيان ، فإذا كان ساحب الورقة قد منع تظهيرها امتنع هذا التظهير على الكافة ، أما إذا كان هذا الساحب قد سكت عن ذلك فأنه يجوز للمستفيد أن يظهر الورقة ، ولكن المظهر قد يشترط على المظهر إليه عدم القيام بالتظهير مرة أخرى أي عدم إعادة التظهير مجدداً وذلك كأن يورد عبارة في الورقة من مثل (ليست للامر)أو(غير قابل للتظهير) أو ما شابه ذلك من العبارات الدالة على عدم إمكانية التظهير فان فعل ذلك استفاد منه وحده دون غيره من الأشخاص أو بمعنى أخر أن هذه الورقة تبقى مع ذلك قابلة للتظهير ولكن اذا ظهرت لاحقاً فأن المظهر المشترط لا يلزم بالضمان إزاء المظهر إليه المباشر وكل الأشخاص الذين آلت إليهم الورقة بتظهير لاحق أي أنه إذا قام المظهر إليه المباشر بتظهيرها إلى شخص ما فأن هذا الآخر لا تكون له دعوى صرفية في مواجهة المظهر الذي اشترط عدم التظهير ، ولكن يجوز له الرجوع على الساحب والمظهر إليه المباشر بالضمان ، استناداً إلى الأثر النسبي للبيان الذي يشترط المظهر[٦٦] .

وهنا اذا ذكر هذا البيان من قبل الساحب فأنه ينفي الضمان ، أما اذا ذكر البيان من قبل المظهر فأنه لا ينفي الضمان بل يقلصه ، حيث أن المظهر الذي ذكر هذا البيان لا يلتزم إلا باتجاه المظهر إليه المباشر فقط .

هـ- بيان عدم الضمان :

وسيأتي بيانه بالتفصيل في المبحث الثالث عند التعرض له كأثر من آثار التظهير التمليكي ، ولكن لا بدّ هنا من إشارة موجزة سريعة إليه ، وهي أن الأصل يقضي بأن يكون الساحب والمظهر وكل من وقع على الورقة ضامناً لها ، فإذا رفضها المسحوب عليه يحق للحامل الرجوع على الموقعين عليها ، أما الاستثناء فهو أن القانون قد أجاز للساحب وكذلك للمظهر أن يتخلص من المسؤولية باشتراطه بيان عدم الضمان[٦٧] .

# المبحث الثالث

# اثار التظهير التمليكي

اذا وقع التظهير الناقل للملكية مستوفياً لأركانه الموضوعية والشكلية قبل عمل احتجاج عدم الوفاء او قبل انتهاء المدة القانونية المحددة لعمل هذا الاحتجاج ترتبت على وقوعه أربعة آثار هي انتقال الحقوق الناشئة عن الورقة إلى المظهر إليه ، وتطهير الحق الثابت بالورقة من الدفوع قبل الحامل الحسن النّية ، والتزام المظهر بضمان الورقة ما لم يشترط غير ذلك ، وإضفاء صفة الحامل الشرعي على المظهر اليه[٦٨] . وسنعالج كل أثر من هذه الآثار تباعاً كل في فقرة مستقلة.

أولاً : انتقال الحقوق الناشئة عن الورقة الى المظهر اليه :

أشارت المادة (٥٤/أولاً) من قانون التجارة إلى ان التظهير ينقل جميع الحقوق الناشئة عن الحوالة كما قضت المادتان (١/١٣٥ و ١٣٧) من هذا القانون بسريان أحكام الحوالة المتعلقة بجملة أمور منها التظهير على السند للأمر والصك، والحقيقة ان التظهير ينقل ملكية الورقة التجارية من المظهر الى المظهر اليه، وبانتقالها تنتقل إليه معها جميع الحقوق الناشئة عنها ، وتكون هذه الحقوق الجديدة للمظهر إليه مستمدة من الورقة ذاتها فهو يكتسبها بمجرد التظهير وبصورة لا علاقة لها بشخص المظهر وعلاقته بالساحب او المسحوب عليه.

وهنا نقول إذا كان ثمة دفوع يمكن الاحتجاج بها تجاه المظهر فانه من غير الممكن الاحتجاج بهذه الدفوع قبل حامل الورقة اذا كان هذا الأخير حسن النية ، فالتظهير ليس حوالة حق ، لينتقل به إلى المحال له ما للمحيل وما للمظهر من حق في ذمة مظهر سابق او ذمة الساحب بل ينتقل به الحق الثابت بالورقة ويمكنه استيفاء هذا الحق ممن ظهر له الورقة وكذلك المظهرين السابقين والساحب والمسحوب عليه والضامنين اي من كل موقع على الورقة وان هذا الحق ينتقل إلى المظهر إليه بمجرد التظهير بقوة القانون ودون حاجة إلى اتخاذ اي إجراء آخر[٦٩] ، والحقيقة ان حامل الورقة يستمد حقوقه من شكلها أو بتعبير أدق مما هو مدّون فيها ، اذ ان العلاقة هنا تكون مبنية على أساس من الالتزام الصرفي الناشيء من التوقيع على الورقة وينتقل الحق إلى المظهر إليه كما هو وقت التظهير فتنتقل معه جميع توابعه من ضمانات شخصية او عينيه او شروط ان وجدت، ولعل مما يجدر بالإشارة بعد هذا إن الحقوق الثابتة

بالورقة تنتقل إلى المظهر إليه من وقت التظهير دون حاجة إلى قبول المدينين بها او حتى إخطارهم[٧٠].

ثانياً : تطهير الحق الثابت بالورقة من الدفوع :

اذا طالب حامل الورقة بدفع قيمتها لدى الاستحقاق فلا يجوز الاحتجاج ضده بالدفوع التي كان بإمكان المدين ان يحتج بها في مواجهة المستفيد او اي شخص آخر من حملة الورقة السابقين ، والدفوع هنا هي التي تنشأ بسبب العلاقات الشخصية بين المدين والموقعين الآخرين فتظهر الورقة إلى حامل جديد لا يتيح الاحتجاج ضده بالدفوع التي كان يمكن الاحتجاج بها ضد المظهر وذلك لكي لا يفاجأ هذا الحامل بدفوع كان بإمكان المدين ان يدفع بها في مواجهة الساحب او حملة الورقة السابقين وهذا هو ميدان قاعدة التطهير الحق من الدفوع [٧١] . فمقتضى هذه القاعدة هو منع الاحتجاج في مواجهة الحامل القانوني للورقة بدفوع المدين الناشئة عن علاقاته الشخصية بساحبها أو بحامليها السابقين وهو ما يتميز به التظهير، أما اذا انتقلت الورقة إلى الحامل بطريق حوالة الحق فلا وجود لمثل هذا الحكم وإنما ينتقل الدين الى الحامل بكل ما يشوبه من عيوب ودفوع ، كما لا سريان لهذه القاعدة عند انتقال الورقة بالوصية او الميراث او عندما يكون الحامل قد اراد من الحصول على الورقة الإضرار بالمدين .

ان قاعدة التظهير من الدفوع هي الأساس الذي يقوم عليه تداول الأوراق التجارية والذي يتصل اتصالا وثيقا بقاعدة استقلال التواقيع وذلك لان التوقيع على الورقة يرتب للحامل حقا مجردا مستقلا عن العلاقات التي تربط الموقعين على الورقة فكل موقع على الورقة ساحبا كان او مظهرا ضامنا احتياطيا او مسحوبا عليه قابلا إنما يلتزم بمجرد توقيعه على الورقة التزاما مستقلا عن العلاقات التي أدت إلى إنشائها او تظهيرها ويكون للحامل في مقابل ذلك تجاه كل ملتزم بالورقة حق مباشر ناشئ من الورقة ذاتها ومندمج بها[٧٢] .

شروط قاعدة التطهير من الدفوع :

يخلص الينا مما تقدم ان من الممكن إجمال شروط قاعدة التطهير من الدفوع فيما يأتي :

١. ان يكون المدعي بموجب الورقة التجارية حاملا قانونيا لها ويعد المدعي حاملا قانونيا اذا اثبت له صاحب الحق في الحوالة بموجب سلسلة غير منقطعة من التظهيرات ويجب ان يكون حاملا قانونيا بموجب التظهير فقط، اما اذا حصل على الورقة او ارث او وصيه فانه يحق لحاملها ان يتمسك بهذه القاعدة ويكون التظهير متتاليا اذا لم تنقطع سلسله التظهيرات فإذا ظهّرها (أ) إلى (ج) ووقّع ثم ظهّرها (ج) إلى (د) ووقّع وظهّرها (د) إلى (هـ) ولم يوقع فهنا تنقطع سلسلة التظهيرات ، غير انه اذا شطب تظهير (د) وقام بتظهيرها الى (و) ووقع فهنا تعاد سلسلة التظهيرات ولايؤثر الشطب عليها .

٢. ان لا يكون المدعي بالورقة قد قصد الإضرار بالمدين الصرفي حين حصوله على الورقة بالتظهير فإذا كان قد قصد ذلك فلا يحق له التمسك بهذه القاعدة وذلك لأنه سيء النية وسوء النية يرد على أهله ومن هنا فان قاعدة التطهير من الدفوع تختص بالحامل الحسن النية دون غيره واذا ظهرت الورقة من جديد الى المستفيد مرة ثانية انقضى الالتزام بالضمان ولم يحق له الرجوع على اي من المظهرين وذلك لأنهم سيحتجون او يدفعون بانه مدين لهم وان كان دائنا لهم بموجب الورقة ، وهذا يعني إرجاعه إلى مركزه الأول لا يحق له الرجوع بالضمان الا على الساحب [٧٣] .

ويبدو ان التشريع العراقي النافذ أكثر تشديدا من التشريعات السابقة له وذلك لأنه اشترط إثبات قصد الإضرار وهذا أمر يصعب ويشق وهو على خلاف التشريعات السابقة التي اشترطت إثبات التواطؤ بين شخصين وهذا أمر أكثر يسرا في الإثبات من قصد الأضرار .

ولاشك ان الغرض من التشديد هو تشجيع تداول الورقة التجارية وايا ما كان الأمر فان هناك دفوعا يطهرها التظهير ودفوعا لا يطهرها التظهير وسنعالج ذلك تبعا فيما يلي :-

<u>الدفوع التي يطهرها التظهير :</u>

ان الدفوع التي لا يمكن الاحتجاج بها ضد الحامل الحسن النية هي دفوع مبنية على أساس من العلاقات الشخصية بين المدين والساحب او

احد حملة الورقة السابقين ويمكن حصر هذه الدفوع في أربع طوائف هي[٧٤]:

١. الطائفة الأولى :

وتوصف بالدفوع المبنية على انعدام سبب الالتزام الصرفي او عدم مشروعيته ، فالدفوع المتعلقة بعدم وجود السبب او عدم مشروعيته لا يمكن التمسك بها في مواجهه الحامل القانوني الذي لا يعلم بذلك اي الحامل الحسن النّية فاذا قام (أ) بتظهير ورقة الى (ب) على سبيل الرشوة وظهّرها (ب) إلى (جـ) فهنا لا يكون (جـ ) على علم بهذا السبب غير المشروع ، الامر الذي يؤمّن له الحماية القانونية ويمكنه التمسك بقاعدة التطهير من الدفوع من خلال الدفع بعدم مشروعية السبب ولعّل خير الامثلة على ذلك هو التوقيع لايفاء دين قمار ،ودفع قيمة صفقة مواد قد حظر الاتجار بها ، وعلى العموم فاذا لم يستند تظهير الورقة الى سبب موجود او مشروع فان هذا الدفع لا يحتج به الا في مواجهة المنتفع المباشر من هذا التظهير الباطل ولكن اذا تم تظهير الورقة الى شخص اخر حسن النيّة فانه لا يمكن التمسك بهذا الدفع تجاهه وذلك لان الورقة قد طهرت من الدفوع بالتظهير.

٢. الطائفة الثانية :

الدفوع المبنية على عيب من عيوب الرضا ذات الطابع الشخصي كالغلط والتغرير مع الغبن والاستغلال مع الغبن الفاحش[٧٥]، ففي حالة الغلط مثلاً ، يظهر التظهير الدفع به وذلك كان يعتقد الشخص ملائمة موقع سابق – هو في الحقيقة معسر او متوقف عن الدفع – فهنا لا يستطيع ان يواجه الحامل الحسن النيّة بهذا الدفع لانه لا يعلم بالغلط ولكن يتمسك به ضده اذا كان عالما بهذا العيب .

٣. الطائفة الثالثة:

الدفوع المستمدة من واقعه لاحقة لنشوء الالتزام الصرفي او المبنية على أساس التزام خارج الورقة فمثل هذه الدفوع لا يجوز التمسك بها تجاه حامل الورقة الحسن النيّة ، فإذا كان الساحب قد سحب الورقة التجارية على أساس انها ثمن لبضاعة معينة وأعطاها للمستفيد كبائع ، ثم فسخت العلاقة بين الساحب والمستفيد لسبب من الأسباب ، ففي هذه الحالة

يجوز للساحب ان يمتنع عن الوفاء بقيمة الورقة بناءً على فسخ العقد ، ولكن اذا قام المستفيد بتظهير الورقة الى حامل حسن النيّة فانه لا يجوز للساحب الامتناع عن الوفاء بحجة هذا الدفع لان التظهير قد طهّر الورقة من الدفوع.

٤. الطائفة الرابعة :

الدفوع المتعلقة بصورية احد او بعض البيانات التي تشتمل عليها الورقة التجارية ، وذلك كان يكون هناك حوالة على بياض فيصار إلى تكملتها خلافا للاتفاقات بهذا الخصوص [٧٦].

وحيث ان المادة (١/١٤٧) من تقنيننا المدني قد نصت على انه " اذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص اذا كانوا حسني النيّة ان يتمسكوا بالعقد المستتر" فان هذا يعني ان بوسع من دفع على حوالة ان يحتج قبل حاملها السيئ النيّة ببيان مستتر أخفته الصورية ، ولكنه لا يستطيع الاحتجاج بذلك ضد حامل حسن النيّة او بمعنى آخر ضد حامل يجهل ان البيان المستتر هو البيان الذي أراده الموقعون وان البيان الصوري هو ما ذكرناه في الحوالة .

ويلزم القول أخيراً ان آثار التصرفات القانونية نسبية فهي لا تشمل إلا أطراف هذه التصرفات او بمعنى آخر ان التصرف القانوني لا يمس بأثره من حيث الأصل ، الشخص الاجنبي عنه [٧٧].

وغنيٌ عن البيان ان هذه الدفوع التي يطهرها التظهير بحيث يمتنع على المدين الصرفي التمسك بها قبل الحامل القانوني الحسن النيّة إنما تجمعها فكرة واحدة هي ان للسبب في العلاقات الثنائية او المباشرة أثراً في التظهير ( وكذلك في الانشاء ) ولكن ليس له مثل ذلك في العلاقات البعيدة.

<u>الدفوع التي لا يطهرها التظهير :</u>

ويطلق على هذه الدفوع اسم الدفوع الموضوعية او المطلقة ، وهي دفوع بالالتزام نفسه وتقع خارج نطاق قاعدة التطهير من الدفوع ولو كان الحامل حسن النيّة وذلك لأنها غير مبنية على علاقات المدين الشخصية بأشخاص الورقة الآخرين . ويمكن إجمالها فيما يأتي :

١. الدفوع المبنية على عيب ظاهري وتكون عند وجود عيب شكلي او عدم استكمال الشكلية المطلوب توافرها في الورقة وتتمثل في نقص احد البيانات الإلزامية او مخالفة هذه البيانات او البيانات الاختيارية للحقيقة ، او في ذكر سبب غير مشروع او في انقطاع سلسلة التظهيرات وما إلى ذلك ، فهذه الدفوع يجوز التمسك بها لعدم إمكان التظهير هنا ، فتظهير الورقة يستلزم استيفاءها الشرائط القانونية ، وهذا يعني ، في النتيجة انه لا يمكن ان يكون هناك حامل قانوني للورقة [٧٨].

وعلى العموم فان العيوب الشكلية يمكن التمسك بها في مواجهة كل حامل فمن يحمل ورقة معينة لا يستطيع الاحتجاج بجهله وحسن النية ، فالجهل بالقانون لا يعذر .

٢. الدفوع الناشئة من انعدام الأهلية أو نقصها : ان من وقع ورقة تجارية وهو عديم الأهلية او ناقصها يستطيع التمسك في مواجهة الكافة بالدفع المستمد من انعدام أهليته او نقصها ، وذلك لان قواعد الأهلية من النظام العام هذا فضلاً عن المشرع قد قصد حماية ناقص الأهلية او عديمها[٧٩] ، ومن هنا فإذا وقع مثل هذا الشخص ورقة تجارية كان توقيعه باطلاً في مواجهة كل حامل قانوني لها سواء أكان حسن النية ام سيئها ، واذا كان هنالك موقعون عديدون وكان بينهم ناقص أهلية ، فان قاعدة التطهير من الدفوع تستبعد لحماية هذا الشخص وحده ، ويجوز للحامل القانوني من ثم ان يرجع على بقية الموقعين الآخرين .

٣. الدفع الناشئ عن النيابة الكاذبة او تجاوز حدود النيابة ، فإذا وضع شخص توقيعه على ورقة تجارية كنائب عن آخر ولم يكن مفوضاً منه او كان مفوضاً وتجاوز حدود التفويض فانه يلتزم شخصياً بموجب الورقة[٨٠] .

ولا يمكن للحامل القانوني ان يرجع على الأصيل المزعوم ، وانما يرجع على مدعي النيابة ، ويتبين من هذا انه على الرغم من وجود تظهير صحيح وورقة تجارية صحيحة فان قاعدة التطهير تتعطل وان توافرت شروطها تجاه الأصيل المزعوم .

٤. الدفوع القائمة على تزوير التوقيع : فالشخص الذي يزور توقيعه على الورقة التجارية يستطيع التمسك بذلك في مواجهة كل حامل لو كان حسن النية ، فالتظهير لا يطهر الورقة من الدفع بالتزوير لأنه لا يمكن إلزام الشخص دون إرادته ويلاحظ ان هذا الدفع يقتصر التمسك به على الشخص الذي زور توقيعه ، وهذا يعني ان الموقعين الآخرين يلتزمون بالورقة ولا يجوز لهم الدفع بالتزوير لأنه يتصل بهم ثم ان هذا ما يقضي به مبدأ استقلال التواقيع[٨١] .

٥. الدفع الناشئ عن التحريف : ويمكن الاحتجاج بالتحريف او ( بالتغيير اللاحق في بيانات الورقة ) في مواجهة كل حامل حسن النية ، فاذا وقع التحريف او تغيير البيانات يتعين التفريق في الحكم بين ما قبل التحريف وما بعده ، فمن وقع على الورقة بعد التحريف التزم بما ورد في المتن المحرف ، ومن وقع عليها قبل التحريف التزم بما ورد في المتن الأصلي اي البيانات التي كانت فيها لدى توقيعه عليها ، واستطاع الاحتجاج بذلك قبل حملة اللاحقين[٨٢] .

٦. الدفع بالإكراه : ان الإكراه دفع موضوعي يتعلق بالالتزام ذاته فيمكن الدفع به لبطلان التصرف في مواجهة كل حامل للورقة التجارية سواء كان سيء النية او حسنها ، فالقانون المدني العراقي في المادة (١١٢) منه لا يشترط للتمسك بالإكراه كعيب من عيوب الإرادة ان يكون الطرف الآخر في العقد عالماً بالإكراه ، ولذا فمن وقع ضحية إكراه جاز له ان يحتج به ضد الحامل وان كان حسن النية[٨٣] ، ولكن اذا لم يكن من الجائز للحامل ان يرجع على المكره فان بإمكانه الرجوع على الاخرين ، ويجدر بالإشارة ان الدفع بالإكراه هو دفع من الدفوع التي لا يطهرها التظهير حسب الرأي الراجح ، وان الغلط الجوهري يعد كذلك حسب رأي بعض الكتاب[٨٤] .

ثالثا / التزام المظهر بالضمان

إذا انتقلت الورقة إلى المظهر إليه فان علاقة المظهر بها لا تنتهي وذلك لأنه يكون بعد التظهير ملتزما أمام المظهر إليه وكل حامل شرعي لها بعده بضمان وفاء المدين الصرفي للدين الثابت في الورقة ويترتب هذا الضمان بمجرد تظهير الورقة ودون حاجة إلى نص فإذا حل ميعاد

الاستحقاق وامتنع المدين عن الوفاء كان للمظهر إليه ولكل من انتقلت إليه الورقة بالتظهير ان يرجع على المظهر مطالباً إياه بالوفاء [٨٥] .

وحق المظهر إليه في الرجوع لا يقتصر على من ظهر إليه الورقة بل يشمل المظهرين السابقين تطبيقا لقاعدة تضامن الموقعين على الورقة [٨٦] ، وذلك كلما تداولت الورقة التجارية فانتقلت من ظهر ازداد عدد الضامنين فيها وقويت الثقة بها، وهذا أمر له أهميته من جهة أداء الورقة التجارية لوظيفتها كأداة وفاء تقوم مقام النقود ، والحقيقة ان تظهير يجعل المظهر ملتزما بضمان قبول الورقة من المدين الصرفي الممتنع عن القبول او عن أداء قيمتها[٨٧] ، وهذا يعني ان بوسع الحامل ان يرجع على هذا المظهر وبقية المظهرين بوصفهم ضامنين لأداء القيمة عند امتناع المدين ولكن الدقة تقتضي هنا ، مع ذلك ، ان نبين ان التزام المظهر بالضمان هو التزام بضمان وفاء الورقة التجارية وليس بأداء قيمتها فهو التزام ذو طبيعة تبعية يفسرها حق التجريد الذي يستطيع المظهر ان يدفع به إذ انه لا يجوز للحامل الشرعي للورقة ان يرجع على المظهر الا بعد الرجوع على المدين الصرفي المضمون وعدم استجابته لطلب الحامل ، ولكن ليس للمظهر أكثر من مطالبة الحامل القانوني بمراجعة المدين الصرفي اولا ، وإلا فانه اذا تم استيفاء الشرائط القانونية لرجوع الحامل التزم المظهر ، مع بقية الملتزمين بموجب الورقة ، التزاماً تضامنياً بضمانها وتنفيذ هذا الالتزام بالضمان ، فالتزام المظهر ذو الطبيعة التبعية هو كذلك التزام ذو طبيعة أصلية ، فالمظهر يضمن الورقة ويستطيع الرجوع على من سبقه في التوقيع عليها لضمانها فهو اذا ما دفع مبلغ الورقة انتقلت إليه من جديد وكان له الحق بالرجوع على المظهرين السابقين لاستيفاء هذا المبلغ وهذا امر يجعل الورقة التجارية محل ثقة واطمئنان ، بل ان الثقة بها تزداد بتداولها من مظهر على آخر ومن ثم بزيادة عدد ضامنيها [٨٨] ، وبهذا يتلف التظهير من حي مدى ضمان المظهر عن مدى ضمان المحيط في حوالة الحق ، فالمحيل كما اشرنا من قبل يضمن وجود الحق المحال به عند الحوالة اذا كانت هذه الحوالة بعوض ولكنه لا يضمن وجود الحق اذا كانت بغير عوض .

ولكن اذا كان من شان ضمان المظهر هذا ان يترتب بمجرد تظهير الورقة ودون حاجة الى النص فانه يمكن الإعفاء منه بالاتفاق مع المظهر اليه كما يمكن تحديده وذلك على التفصيل الاتي :-

١- إعفاء المظهر من الضمان بصورة مطلقة :

أجاز القانون للمظهر ان يشترط إعفاءه من الضمان بشرط يضعه بهذا المعنى في صيغة التظهير وذلك كأن يكتب ( دون ضمان ) او ( دون مسؤولية ) او ( دون التزام ) ، فإذا اشترط مثل هذا الشرط ترتب على ذلك إعفاءه من مسؤولية عدم وفاء المدين الصرفي للدين الثابت بالورقة عند الاستحقاق ، وينتج هذا الشرط أثره تجاه المظهر اليه الذي قام واضع الشرط بتظهير الورقة إليه وكذلك تجاه كافة المظهر إليهم اللاحقين الذين انتقلت إليهم الورقة ، غير انه لا يستفيد من هذا الشرط إلا المظهر الذي وضعه ، فالمظهرون اللاحقون لا يستفيدون منه[٨٩] .

٢- تحديد الضمان :

ويتم تحديد الضمان بوضع شرط ( ليس للأمر ) في صيغة التظهير ، فتحديد الضمان يكون بوضع شرط في الظهر يمنع من تظهير الورقة مجدداً ، اي انه شرط لا يعفي المظهر من التزامه بالضمان تجاه المظهر إليه ، ولكن يعفيه من ذلك تجاه المظهر إليهم اللاحقين ، فإذا قام المظهر إليه بتظهير الورقة فإن تظهيره هذا وإن كان مشروعاً ، لا يجعل المظهر الذي وضع الشرط ( ليس للأمر ) ملتزماً بالضمان تجاه من ظهرت إليهم الورقة مجدداً فهو يكون في حالة من ضمان الوفاء بالدين عند الاستحقاق تجاه المظهر إليهم اللاحقين او بمعنى آخر انه يضمن قبول الورقة ووفائها تجاه من ظهر له هذه الورقة ولا يضمن ذلك تجاه من تؤول اليه بتظهير لاحق[٩٠] .

بيد ان شرط عدم الضمان او تحديده لا يعفي المظهر من ضمان وجود الحق وقت التظهير ولا من ضمان أفعاله الشخصية ، فإذا اتضح مثلاً الحق الثابت في الورقة لم يكن موجوداً وقت التظهير جاز للمظهر اليه الرجوع على المظهر على الرغم من شرط عدم الضمان ومثال ذلك ان يكون توقيع الساحب مزوراً وأن يقوم المستفيد بتظهير الورقة مشترطاً عدم

الضمان ، إذ أن تزوير التوقيع دفع لا يطهره التظهير وهذا يعني انه بوسع المظهر اليه ان يرجع على المظهر رغم وجود شرط عدم الضمان [٩١] .

وحيث ان من المتصور تظهير الورقة لشخص كان قد وقع عليها سابقاً فأن السؤال المتبادر هو هل يضمن في مثل هذه الحالة المظهر وجميع الموقعين الوفاء بقيمة الورقة لهذا الحامل الذي قد كان وقّع عليها من قبل؟

الحقيقة ان الحكم يختلف هنا باختلاف حالات ثلاثة هي [٩٢]:

أ- حالة ان يقع تظهير الورقة لمصلحة الساحب : فإذا أمتنع المسحوب عليه من الوفاء في ميعاد الاستحقاق فأن المظهر اليه (الساحب ) لا يستطيع الرجوع بالضمان على من ظهّر الورقة اليه ولا على المظهرين السابقين وذلك لأنه هو من سحب الورقة ، وهو ، من ثم ، من يلتزم بالضمان تجاه الكافة ، ولكنه يستطيع مطالبة المسحوب عليه القابل بقيمة هذه الورقة . أما إذا قام هذا الساحب المظهر إليه بتظهير الورقة مجدداً فأن للحامل أن يرجع على الموقعين السابقين .

ب- حالة ان يقع تظهير الورقة لمصلحة المسحوب علية الذي كان قد قبلها:

فإذا قام هذا المسحوب عليه القابل [ وهو المظهر إليه] بتظهر الورقة الى شخص آخر قبل حلول أجلها فان صفتي المظهر والقابل تجتمعان فيه وأن للحامل أن يرجع عليه ، فإذا امتنع عن أداء قيمتها جاز لهذا الحامل أن يرجع على الموقعين السابقين .

أما إذا بقيت الورقة لدى هذا المسحوب عليه القابل حتى يوم الاستحقاق فأنه يصبح دائناً ومديناً في آن معاً ويسقط الدين باتحاد الذمة .

ج- حالة أن يقع تظهير الورقة لمصلحة مظهر سابق : فإن تم تظهير الورقة إلى من كان قد ظهّرها سابقاً فأنه يحرم من الرجوع بالضمان على كل من وقع عليها في المدة الواقعة بين تظهيره الاول وبين انتقالها اليه مجدداً بالتظهير .

ويجدر بالتنويه يعد هذا ان شرط عدم الضمان لا يجوز وروده في الصيغة ( السند للأمر ) وذلك لأن السند للأمر عبارة عن تعهد بالوفاء وأن لمن التناقص أن يتعهد الشخص بالوفاء ، ثم يلغي هذا التعهد بشرط عدم الضمان ، فإذا وقع مثل هذا الشرط كان عبئاً ولغواً يجل عنه العاقل .

رابعاً : إضفاء صفة الحامل الشرعي للورقة على المظهر اليه :

أشرنا في المبحث الأول من هذا البحث إلى المادة (٥٦) من قانون التجارة فوجدنا الفقرة أولاً منها تنص على أنه " يعد حائز الحوالة حاملها القانوني متى اثبت أنه صاحب الحق فيها بتظهيرات غير منقطعة ولو كان آخرها تظهيراً على بياض ، وتعد التظهيرات المشطوبة في هذا الشأن كأن لم تكن . وإذا أعقب التظهير على بياض تظهيراً آخر أعتبر الموقع على هذا التظهير أنه هو الذي آل إليه الحق في الحوالة بالتظهير على بياض " (٩٣) .

وهذا يعني أن التظهيرات المتسلسلة غير المنقطعة تدل على ان حائز الورقة هو حاملها الشرعي ، بل أنها تدل على ذلك حتى لو كان آخرها تظهيراً على بياض ، اما التظهيرات المشطوبة فأنها تعتبر كأن لم تكن وإذا جاء بعده التظهير على بياض تظهيراً آخر فأن من وقع على هذا التظهير يعد هو الذي آل اليه الحق بالورقة بالتظهير على بياض .

إذاً فتسلسل التظهيرات قرينة على أن الحائز الأخير للورقة هو حاملها الشرعي ، ولكن هذه القرينة بسيطة يجوز إثبات ما يخالفها فإذا اثبت ذلك حرّم الحامل من حماية القانون الصرفي ومن ثم من التزم الموقعين تجاهه (٩٤) .

كما وجدنا أن الفقرة ثانياً من هذه المادة تنص على انه " أذا فقد شخص حوالة اثر حادث ما فلا يلزم الحامل بالتخلي عنها متى اثبت حقه فيها طبقاً للفقرة ( أولاً ) من هذا المادة ، إلا أذا كان قد حصل عليها بسوء نية او ارتكب في سبيل الحصول عليها خطأ جسيماً وهذا نص واضح لا يحتاج إلى زيادة وقد اشرنا إليه في ما سبق فلا نعود اليه .

## الخاتمة

تبين لنا ان للتظهير في الأوراق التجارية أهمية كبيرة تتجسد في النتائج التي تترتب عليه ، وان هذه الأهمية تكون أكثر جسامة وخطورة عندما يكون التظهير تمليكياً أي ناقلا لملكية الورقة التجارية بما فيها من حقوق ، فالحقيقة ان التظهير التمليكي هو ما أريد منه نقل ملكية الحق الثابت في الورقة التجارية و من المظهر إلى المظهر إليه وهو لهذا تصرف في الحق من جانب المظهر ، وان التظهير يعد تمليكياً ما لم يكن قد ورد بصيغة تدل على انه تظهير تأميني او تظهير توكيلي ، والأصل ان كل ورقة تجارية يجوز تداولها بالتظهير ، بل يجوز تداول الورقة بالتظهير إذا كانت قد أنشئت بمناسبة عمل تجاري وكان محلها اداء مبلغ من النقود او تسليم بضائع ما دامت لأمر الدائن .

ولقد وجدنا من المناسب ان نعالج التظهير التمليكي واثره في ثلاث مباحث: خصصنا المبحث الأول لمفهومه ، وجعلنا المبحث الثاني لشروطه وكرسنا المبحث الثالث لآثاره ، وقد حددنا في المبحث الأول معنى التظهير التمليكي ورسمنا خطاً فاصلاً بينه وبين حوالة الحق المدني ، ثم بينا انه تصرف غير معلق على شرط فهو بات بحكم القانون وان كل شرط يعلق عليه التظهير يعد كأن لم يكن ويبقى هذا التظهير صحيحاً ، كما بينا انه لا يجوز تظهير الورقة تظهيراً جزئياً فإذا لم يرد التظهير على قيمة الورقة باجمعها كان تظهيرا باطلا وإذا تعدد الأشخاص المستفيدون من الورقة وقام احدهم بتظهيرها كان هذا التظهير باطلا ايضا ، ولكن للمظهر اليه الرجوع على المظهر بدعوى حوالة الحق .

ويجدر بالتنويه انه اذا تم استيفاء جزء من قيمة الورقة ووقع تظهير على الجزء المتبقي منها فان التظهير لا يعد جزئياً إذ ان التظهير الجزئي هو ما افضى إلى تجزئة الحق أجزاء متعددة يعود كل منها لشخص معين ، وحسنا فعل المشرع إذ أبطل الجزئية في التظهير وذلك لان من شأن الجزئية ان تحول دون تداول الورقة بطرق اعادة التظهير ، فالورقة ستكون في حيازة المظهر تظهيرا جزئياً، والمدين الصرفي لا يوفي قيمة الورقة الا اذا استردها .

وفي شأن نص القانون على اعتبار التظهير للحامل تظهيراً على بياض، وذهاب بعض الشراح الى ان المشرّع قد قصد بذلك إتاحة تداول

الورقة على بياض بالمناولة ، فإننا رأينا ان هذه الوجهة غير دقيقة اذ لو كان هذا هو قصد المشرّع لما جوز للحامل في الظهير على بياض ان يسلم الورقة إلى شخص آخر دون ان يملأ الفراغ أو يظهرها والصحيح ان المشرع قد أراد بذلك ان يشمل التظهير للحامل بإحكام التظهير على بياض لا ان يشمل التظهير على بياض بأحكام التظهير او بمعنى آخر أراد للورقة المظهرة لحاملها ان تنتقل على وفق الأحكام التي تنتقل بها الورقة المظهرة على بياض .

وقد بينا في المبحث الثاني شروط إنشاء التظهير التمليكي ، فالتظهير لا يصح الا اذا استوفى ما تتطلب القواعد العامة من شروط موضوعية لنشوء الالتزام وروعيت فيه الشروط الشكلية التي قضى قانون التجارة بمراعاتها عند إنشاء الورقة وقبل ان نلج موضوع الشروط الشكلية من رضا ومحل وسبب حاولنا ان نحدد معنى كل من المظهر والمظهر اليه بوصفهما طرفي التظهير .

ولدى معالجتنا للرضا تكلمنا في الأهلية وفي عيوب الرضا ومما بيناه في هذا الخصوص ان التظهير يكون باطلا اذا صدر من عديم الأهلية اوناقصها ومن هنا فللمظهر ان يتمسك بالبطلان في مواجهة الحامل سواء اكان سئ النية ام حسنها ، ولكن غير المظهر من الموقعين لا يستطيع التمسك بذلك ، وان المظهر لا يحتج بعيوب الرضا ذات الطابع الشخصي الا على من يستفيد من التظهير مباشرة وعلى من اكتسب الورقة بقصد الاضرار به ، أما الحاملون الآخرون للورقة فليس له ان يحتج عليهم إلا بالعيب ذي الطابع الموضوعي كالإكراه.

وقد تناولنا الشروط الشكلية وبينا ان كتابة التظهير بوصفها طابعه الشكلي تتشكل من بيانات إلزامية ، كما يمكن ان تتضمن بيانات اختيارية ، وقد وقفنا في ذلك على نقاط في غاية الأهمية كما وقفنا على مسائل اكثر أهمية في المبحث الثالث لدى معالجة آثار التظهير التمليكي من انتقال الحقوق الناشئة من الورقة الى المظهر اليه ، وتظهير الحق الثابت في الورقة من الدفوع وهو موضوع ينطوي على امور تشكل اساسا وانعطافات عميقة في القانون الصرفي ، ومن التزام المظهر بضمان الورقة واشتراط

الإعفاء من هذا الضمان او تحديده ومن إضفاء صفة الحامل الشرعي على المظهر له وما ينتظم هذا الإضفاء من مسائل جديرة بالبحث .

وفضلا عن جوانب الموضوع المهمة التي وقفنا عليها او بلورناها والأفكار والآراء التي تتبناها والنتائج التي خلصنا إليها في موضع إيرادها من هذا البحث ، فأن ثمة نتائج أخرى يلزم إيرادها هنا وهي :

١- على الرغم من الدور الكبير الذي يلعبه التظهير التمليكي في مجال التعامل التجاري اليومي في ميدان الأوراق التجارية فأن الهوة تكاد تكون كبيرة جداً بين النظرية والتطبيق ، فالرجل المصرفي يحتفظ باحترام وتقدير كبيرين للأحكام المتعلقة بتظهير الأوراق التجارية ، ولكنه يقف في الوقت نفسه مكتوف الأيدي امام التعليمات التي تصدرها الجهات المختصة والتي تأتي مخالفة للقواعد العامة المتعلقة بتظهير الأوراق التجارية ، فهذه التعليمات تمنع مثلا من تظهير الصك الحكومي الصادر من جهة حكومية لصالح جهة حكومية أخرى ، بل انها تمنع في بعض الأحيان من تظهير بعض الصكوك الحكومية التي يكون الافراد الطرف المستفيد فيها[٩٥] .

٢- على الرغم من الحماية التي احاط بها المشرع العراقي الاوراق التجارية[٩٦] للتمكين او التسهيل من اداء وظيفتها كأداة وفاء تقوم مقام النقود ، فأن المصارف تتحفظ كثيرا في موضوع التظهير التمليكي نظرا لكثرة حالات التزوير فيه وبلاخص عند ورود ذلك في الصكوك حيث لا يستطيع الرجل المصرفي ان يدفع عن نفسه المسؤولية الناشئة عن اخلاله بواجبه في صرف هذه الصكوك الا اذا اثبت انه قد بذل في ذلك عناية الرجل المعتاد[٩٧].

ويجدر بالتنويه هنا ان هامش الخسارة المقرر له لا يكفي دائما لإطفاء المبالغ التي تترتب على قيامه – بحسن نية – بصرف صكوك مظهرة تظهيراً ناقلا للملكية ولا سيما اذا كان محلها كبيرة ، ولهذا تلجأ المصارف الى ابرام عقود التأميم مع شركات التأمين ضد خطر هذه الأوراق وبالأخص في التظهيرات الناقلة للملكية [٩٨] .

٣- ان للتظهير الناقل للملكية دوراً فاعلاً في العمليات المصرفية وبالأخص الحساب الجاري، حيث يتعين تسليم المدفوعات للقابض

على سبيل التمليك ليتمكن من قيدها في الحساب ، فهذه المدفوعات لا تكون ديناً على القابض الا عند تملكها ، وتأسيساً على ذلك فأن قيد الأوراق التجارية ( المظهرة تظهيراً ناقلاً للملكية ) يجري بمجرد تسلم الطرف الآخر للورقة [٩٩].

٤- ان دور التظهير التمليكي يتضاءل في التعامل بالسند للأمر (الكمبيالة) ويبرز بجلاء عندما يكون التعامل بحوالة تجارية أو صك .

واذ نصل أخيراً نهاية المطاف في هذا البحث ، نوصي بعد التوسع في تفسير التعليمات الخاصة بتقيد احكام التظهير في قانون التجارة وذلك لانها وردت على سبيل الاستثناء من القاعدة والاستثناء لا يتوسع به ولا يقاس عليه .

## الهوامش

(١) د. اكرم ياملكي ، الاوراق التجارية ، ط ٢ شركة التايمس للطبع والنشر – بغداد ١٩٧٨، ص ٩٤.

(٢) د. علي البارودي و د. محمد فريد العريني ، القانون التجاري ، دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية – ١٩٨٧، ص ٦٥٨ وكذلك د. اكرم ياملكي ، المرجع السابق ، ص ١٠٧.

(٣) د. فوزي محمد سامي ، شرح قانون التجارة العراقي الجديد ، في الاوراق التجارية ط٢، مطبعة الزهراء ، بغداد ،١٩٧٤، ص ٨٩.

(٤) استبدل المشرع العراقي كلمة ( الشيك ) لتحل محلها ( الصك ) أينما وردت في القانون .

(٥) انظر المادة (١/٨٥) من قانون التجارة النافذ.

(٦) د.جاسم لفتة سلمان العبودي – محاضرات في الاوراق التجارية القيت على طلبة المعهد القضائي عام ٢٠٠١،٢٠٠٢ ، ص ١٢.

(٧) د.حافظ محمد ابراهيم ، القانون التجاري العراقي ،الاوراق التجارية ، بغداد ،١٩٥٥ ص ١٠٠ وما بعدها ، ود. صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الاوراق التجارية ، بغداد،١٩٦٥، ص ١٨٨ وما بعدها ود. علي سلمان العبيدي ، الاوراق التجارية في القانون العراقي ، بغداد ١٩٧٣، ص ١٧٣ وما بعدها ود. اكرم يا ملكي ، القانون

التجـاري ، الاوراق التجاريـة ، دراسـة مقارنـة للسـفتجة والكمبيالـة والشـيك ، ط ٢ ، بغـداد ١٩٧٨، ص ٧٠ ود. فـوزي محمـد سـامي ود. فـائق الشـماع ، القـانون التجـاري ، الاوراق التجارية ، بغداد ، ١٩٨٤ ، ص ٤٥ وما بعدها .

(٨) انظر المادتين ٣٦٨و ٣٦٩ من تقنينا المدني .

(٩) انظـر المـادة (٥٥) اولا مـن قـانون التجـارة النافـذ ونصـها " يضـمن المظهـر قبـول الحوالـة ووفائها ما لم يشترط غير ذلك "

(١٠) د. جاسم العبودي – المرجع السابق – ص٢٢

(١١) د. جاسم العبودي –المرجع السابق – ص١٦.

(١٢) تـنص المـادة (٣٦٦) مـن تقنينـا المـدني علـى انـه " للمحـال عليـه ان يتمسـك قبـل المحـال لـه بالـدفوع التـي كـان لـه ، عنـد صـيرورة الحوالـة نافـذة فـي حقـه ، ان يحـتج بهـا على المحيل كما يجوز له ان يحتج بالدفوع الخاصة بالمحال له وحده".

(١٣) د. جاسم العبودي – المرجع السابق – ص ١٦.

(١٤) هـذا مـا جـاء فـي الفقـرة الاولـى مـن المـادة (٥٦) مـن قـانون التجـارة النافـذ ، امـا الفقـرة الثانيـة فتـنص علـى انـه " اذا فقـد شـخص حيـازة حوالـة اثـر حـادث مـا ، فـلا يلـزم الحامـل بـالتخلي عنهـا متـى اثبـت حقـه طبقـاً للفقـرة (اولا) مـن هـذه المـادة . الا اذا كـان قـد حصـل عليها بسوء نية او ارتكب في سبيل الحصول عليها خطأً جسيماً.

(١٥) في المادة (١/٥٢) منه .

(١٦) د. جاسم العبودي – المرجع السابق – ص ١٠

(١٧) نصـت الفقـرة (ثانيـا) مـن المـادة (٥٢) مـن قـانون التجـارة علـى انـه " يكـون التظهيـر الجزئي باطلاً "

(١٨) د. فوزي محمد سامي و د. فائق محمود الشماع _ المرجع السابق ، ص ١٢٦.

(١٩) د. فـوزي محمـد سـامي – المرجـع السـابق ، ص ٨٤ وكـذلك د. لطيـف جبـر ود. علـي الرفيعـي ، القـانون التجـاري – طبعـه وزارة التعلـيم العـالي والبحـث العلمـي – ٢٠٠٠،ص٧٣.

(٢٠) د. فـوزي محمـد سـامي ود. فـائق الشـماع ، المرجـع السـابق ، ص ١٣٤ وكـذلك د. لطيـف جبـر ود. علـي الرفيعـي – المرجـع السـابق ، ص ٤٧٣ وانظـر كـذلك المـادة ٥٣/ اولا من قانون التجارة النافذ .

(٢١) د. فوزي محمد سامي – المرجع السابق ، ص ٨٤.

(٢٢) المرجـع نفسـه ، ص ٨٥، وكـذلك د. لطيـف جبـر ود. علـي الرفيعـي ، المرجـع السـابق ص ٤٧٣.

(٢٣) انظر د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع ، المرجع السابق ، ص ١٣٤.

(٢٤) د. جاسم العبودي – المرجع السابق ، ص ٣٣ .

(٢٥) د. فوزي محمد سامي – المرجع السابق ، ص٨٦.

(٢٦) انظر د. اكرم ياملكي – المرجع السابق ، ص ١٠٥

(٢٧) وهذا ما قضت به المادة ٥٤/ ثانيا من قانون التجارة النافذ.

(٢٨) د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع ، المرجع السابق ، ص ١٥١ –١٥٢.

(٢٩) يجدر بالتنويه ان الشخص اذا اكتسب الورقة التجارية بموجب وصية او هبة عد حائزا شرعيا لها ، اما اذا حاز الورقة بطريق التظهير فانه يكون حاملا قانونيا لها .

(٣٠) انظر المادة ٥٦ من قانون التجارة النافذ ، عند تحديدها لمفهوم الحامل القانوني .

(٣١) المادة (١١٦٣) من تقنيننا المدني.

(٣٢) ومما يتصل بهذا ان ثمة تعليقات صادرة من وزارة المالية بعدم السماح بتظهير بعض الصكوك الحكومية (كصكوك الرواتب وصكوك الفلاحين )

(٣٣) انظر القرار التمييزي ١٠٣٨/مدنية رابعة / ١٩٧٠ في ١٠/١٧/ ١٩٧٠ – النشرة القضائية ، عدد ٤ السنة الأولى ، ص ١١٩.

(٣٤) انظر المواد ٢/٥١ و ٣/١٤٧ من قانون التجارة النافذ .

(٣٥) انظر في ذلك د. فائق الشماع ، المرجع السابق ، ص ٢٢.

(٣٦) انظر على سبيل المثال : د. فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص ٨٩ ، حيث يذهب إلى ان الاذن ينصب على المال، والواقع ان هذا القول يرتبط بمبدأ بطلان التظهير الجزئي ، فيرى بطلان التظهير الصادر من الصغير المأذون اذا وقع على مبلغ يجاوز المبلغ المأذون فيه .

(٣٧) د. جاسم العبودي ، المرجع السابق ، ص٦ ، وانظر كذلك القرار التمييزي ١٧٤/ حقوقية ثالثة / ٦٩ في ١٩٦٩/١٢/٣١ ، قضاء محكمة التمييز ، المجلد السادس ، ص ٤٠٤ .

(٣٨) وهو ما نصت به المادة ( ٧٤ ) من قانون التجارة النافذ .

(٣٩) تنص المادة (٤٩) من قانون التجارة النافذ على انه : " اولا : من وقع حوالة عن اخر بغير تفويض منه التزم شخصياً بموجب الحوالة . فاذا اوفاها آلت اليه الحقوق التي كانت تؤول إلى من ادعى النيابة عنه ، ثانيا : ويسري هذا الحكم على النائب اذا جاوز حدود نيابته " . وكذلك د. محسن شفيق ، القانون التجاري المصري ، الاوراق التجارية ، ط١ ، القاهرة ، ١٩٥٤ ، ص ١٤١ .

(٤٠) المادة ٤٨ من قانون التجارة النافذ .

(٤١) د. فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص ٩٠ .

(٤٢) د. جاسم العبودي ، المرجع السابق ، ص ١٥ .

(٤٣) د. اكرم ياملكي ، الاوراق التجارية ، ط٢ ، بغداد ، ١٩٨٧ ، ص ٢١ .

(٤٤) انظر في هذا الخصوص على سبيل المثال : د. اكرم ياملكي ، المرجع السابق ، ص ١٠١ . وكذلك د. فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص ٩ .

(٤٥) اذ يشترط في المحل ما يشترط في محل كل التزام قانوني من شروطه ، أي يكون موجوداً ومعيناً وقابلاً للتعامل فيه . ومن هنا لا يصح تداول الورقة التي تحمل عبارة " ليست للامر " فتظهير مثل هذه الورقة يبطل لبطلان المحل .

(٤٦) د.فوزي محمد سامي و د. فائق الشماع ، المرجع السابق ، ص ١٢٦ .

(٤٧) انظر القرار التمييزي ٦٧٩ / مدنية رابعة / ١٩٧٢ في ١٩٧٢/٩/٢٠ ، النشرة القضائية ، السنة الثالثة ، العدد الثالث ، ص ٩٥ .

(٤٨) انظر المواد : ١٨٥ و ٢٠٧ و ٢٠٨ من قانون التجارة النافذ .

(٤٩) المادة ( ١٣٢ ) من تقنيننا المدني .

(٥٠) د. اكرم ياملكي ، المرجع السابق ، ص ١٠٢ .

(٥١) ان العيب الظاهر هذا يتمثل في ذكر السبب غير المشروع في صلب الحوالة وان هذا يتيح التمسك ببطلانها بطلاناً في مواجهة أي شخص . د.جاسم العبودي ، المرجع السابق ، ص ٢٥ .

(٥٢) علي حسن يونس ، الاوراق التجارية ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص ١٠٥ .

(٥٣) الدفوع التي يظهرها التظهير فلا يحتج بها على الحامل الحسن النية ، وهي الدفوع المبنية على أساس من العلاقات الشخصية وأجملها في أربع مجموعات هي :

١. عيوب الرضا ذات الطابع الشخصي كأن يقع الشخص في الغلط يعتقد ملائمة الموقع والموقع معسر أو متوقف عن الدفع فهو في مثل هذه الحالة لايستطيع أن يواجه الحامل الحسن النية بهذا الدفع وذلك لأنه لا يعلم بالغلط ولكن اذا كان عالماً بالغلط تمسك بذلك ضده .

٢. الدفوع المبنية على عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته وهي كما في حالة التوقيع لايفاء دين قمار أو دفع قيمة صفقة مواد قد حظر التعامل أو الاتجار فيها .

٣. الدفوع المستمدة من واقعة قد وقعت بعد نشوء الالتزام الصرفي وذلك كالدفع بفسخ العلاقة بين الساحب والمستفيد أو المظهروالمظهر اليه أو بالمقاصة أو اتحاد الذمة .

٤. الدفوع الخاصة بصورية بعض ما اشتملت عليه الورقة من بيانات .

(٥٤) د.فوزي محمد سامي – المرجع السابق ، ص ٩١.

(٥٥) أجازت المادة ١/٥٦ و ١٥٠ من قانون التجارة النافذ الغاء التظهير .

(٥٦) أنظر د. محسن شفيق – المرجع السابق ، ص ١٨٤ .

(٥٧) أنظر المادتين ١/٥٥ و ١/١٤٩ من قانون التجارة النافذ .

(٥٨) د.أكرم ياملكي ، المرجع السابق ، ص ١٠٢ وما بعدها ، وكذلك د.فوزي محمد سامي ود.فائق الشماع – المرجع السابق ، ص ١٣٤ .

(٥٩) انظر المادة ( ١٥٢ ) من قانون التجارة النافذ .

(٦٠) د.أكرم ياملكي – المرجع السابق ، ص ٧٧ وما بعدها ، وكذلك د.فوزي محمد سامي ود.فائق الشماع – المرجع السابق ، ص ١٣٧ .

(٦١) المادة (٦٠) من قانون التجارة النافذ .

(٦٢) نصت المادة (٦١) من قانون التجارة على تحريم تقديم تاريخ التظهير فاذا حصل اعتبر تزويراً ولا قيمة لتظهير الورقة اذا كان مشوباً بالتزوير، المنصوص عليها في المادة (٢٩٥) بدلالة المادة (٢٨٧) من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .

(٦٣) د. جاسم العبودي – المرجع السابق ، ص ؟ و ١/١٠٣ من قانون التجارة النافذ .

(٦٤) انظر : المادتين (١٠٢/٣و١٠٣/١) من قانون التجارة النافذ .

(٦٥) انظر : المادة (١٠٥/١) من قانون التجارة النافذ .

(٦٦) د. جاسم العبودي ، المرجع السابق ، ص ٢٣ .

(٦٧) د. جاسم العبودي ، المرجع السابق ، ص ١٣ .

(٦٨) د. جاسم العبودي ، المرجع السابق ، ص ١٥ .

(٦٩) د. جاسم العبودي ، المرجع السابق ، ص ٨ .

(٧٠) عبد الرزاق عبد الوهاب ، المرجع السابق ، نقلاً عن ليسكو ورويلو ، نبذة ( ٢٩١ ) ، ص ٣١٧ ، و د. علي سليمان العبيدي ، المرجع السابق ، نبذة ( ٢١١ ) .

(٧١) انظر المواد ( ٥٧ و ١٨٥/٤ ) من قانون التجارة النافذ .

(٧٢) انظر : احمد ابراهيم البسام ، قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الاوراق التجارية ، بغداد ، ١٩٦٩ ، ص ٢٤ وما يليها ، وعلي سليمان العبيدي ، المرجع السابق ، نبذة( ٢١٩ ) .

(٧٣) د. محمد فوزي سامي ، و د.فائق الشماع ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨-٢٠٩ .

(٧٤) د. جاسم العبودي ، المرجع السابق ، ص ١٠ .

(٧٥) انظر المواد ( ١١٧- ١٢٥) من القانون المدني العراقي .

(٧٦) د. اكرم ياملكي _ المرجع السابق ، ص ١١٦ ، ويلاحظ في هذا الشأن ان المادة (١٠) من قانون جنيف الموحد قد اجازت التمسك بعدم مراعاة هذه الاتفاقات بالنسبة الى الحامل الذي اكتسب الحوالة بسوء نيّة وكذلك بالنسبة الى من ارتكب في اكتسابها خطأً جسيماً . انظر على سبيل المقارنة في هذا الشأن : د.علي العبيدي _ المرجع السابق ، نبذه (٢٤٢) ، ص ٢٤٣ .

(٧٧) د. احمد البسام _ المرجع السابق ، ص ٧٩ود.علي العبيدي _ المرجع السابق ، نبذه (٢٢٢) ص٢٢٧.

(٧٨) انظر القرار التمييزي ٢٥٦/ ث ب /٨٢ في ١٩٨٢/٦/٥ _ مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة ١٩٨٢/١٣ .

(٧٩) انظر المواد : ( ١/١٥٥) و ( ١/١٤٩) من قانون التجارة النافذ .

(٨٠) انظر المادة ( ١/١٠٢) من قانون التجارة النافذ فيما يتصل بالحوالة ، والمادة ( ١/١٦٩) فيما يتصل بالصك .

(٨١) المادة ( ٥٥/ اولا ) من قانون التجارة النافذ .

(٨٢) انظر المادة (٤٦) من قانون التجارة النافذ والمادة ( ٢/١١٤) من القانون التجاري الفرنسي .

(٨٣) انظر المادة (٤٩) من قانون التجارة النافذ المقابلة للمادة ( ٣/١١٤) من القانون التجاري الفرنسي .

(٨٤) انظر المادة (٤٧) من قانون التجارة النافذ والمادة ( ٣/١١٤) من القانون التجاري الفرنسي .

(٨٥) انظر المادة (١٣١) من قانون التجارة العراقي النافذ والمادة ( ١٧٨) من التقنين التجارية الفرنسي .

(٨٦) انظر : د. احمد البسام ، المرجع السابق ، ص ١١٣ ، وكذلك د. اكرم ياملكي ، المرجع السابق ، نبذة ( ١٣٢ ) ، ص ١١٩ .

(٨٧) انظر تفصيل ذلك : د. احمد البسام ، المرجع السابق ، ص ١١٣ –١١٥ .

(٨٨) د. جاسم العبودي ، المرجع السابق ص ١٧ .

(٨٩) د.علي سلمان العبيدي ، المرجع السابق ، ص ٢١٢ .

(٩٠) انظر المادة (٥٥) بفقرتيها وكذلك د. علي سلمان العبيدي _المرجع السابق ، ص ٢٢٢ .

(٩١) د. محسن شفيق ، المرجع السابق ، ص٢١٥ .

(٩٢) د. جاسم العبودي ، المرجع السابق ص ١٥ .

(٩٣) تقابلها المادة (١٢٠) من قانون التجاري الفرنسي .

(٩٤) د. فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ص٩٥_٦٩ .

(٩٥) تعذر علينا الحصول على تعليمات وزارة المالية بهذا الخصوص .

(٩٦) انظر البحث المنشور في مجلة القانون المقارن (جريمة اصدار صك بدون رصيد ) العدد ٢٧ لسنة ٢٠٠٠ ص ٧٦ .

(٩٧) انظر القرار التمييزي ٦٤٧/ مدينة ثانية / ١٩٩٧ في ١٩٩٧/٨/١٩( قرار غير منشور ).

(٩٨) انظر الفقرة (٣) من وثيقة تأمين البنوك ذات الرقم ٦٦٠/١١٠/٨٠/٩/١ .

(٩٩) انظر د. باسم محمد صالح –القانون التجاري – النظرية العامة – مطبعة جامعة بغداد – ١٩٨٧، ص ص ٣٢٠– ٣٢٢. . وكذلك انظر الفقرات (٦،١٣،١٠،٧) من وثيقة الحساب الجاري .

# المراجع


**المؤلفات :**

**١- د. احمد ابرهيم البسام ، قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الاوراق التجارية ،بغداد ،١٩٦٩.**

**٢- د. اكرم ياملكي ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، داسة مقارنة السفتجة والشيك ، ط٢ ، بغداد ،١٩٨٧.**

**٣- د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، النظرية العامة ، مطبعة جامعة بغداد ١٩٨٧.**

**٤- د. حافظ محمد إبراهيم ، القانون التجاري العراقي ، الأوراق التجارية بغداد ، ١٩٥٥ .**

**٥- د. جاسم العبودي ، الاوراق التجارية ، محاضرات القيت على طلبة السنة الثانية في المعهد القضائي ، عام ٢٠٠١_٢٠٠٢.**

**٦- د. صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الأوراق التجارية ، بغداد ١٩٦٥.**

**٧- د. عبد الرزاق عبد الوهاب ، التظهير وآثاره في قانون التجارة الجديد ، بغداد ١٩٨٥.**

**٨- د. علي حسن يونس ، الاوراق التجارية ، القاهرة ، ١٩٥٦.**

**٩- د. علي سلمان العبيدي ، الاوراق التجارية في القانون العراقي ، بغداد١٩٧٣.**

**١٠- د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع ،القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، بغداد - ١٩٨٤.**

**١١- د. فوزي محمد سامي ، الاوراق التجارية في القانون العراقي ، ١٩٧٤.**

**١٢- د. محسن شفيق ، القانون التجاري المصري ، الاوراق التجارية ، ط١ القاهرة ، ١٩٥٤.**

**القوانين**

**١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.**

**٢- قانون التحارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.**

**٣- القانون التجاري الفرنسي .**

**٤- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.**

**النشرات والمجلات :**

**١- النشرة القضائية .**

**٢- مجلة القانون المقارن .**