التعارض بين قاعدة التطهير من الدفوع وقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية

م.د أمير صلاح نصر الأعرجي

الكلمات الافتتاحية :
التعارض، قاعدة التطهير من الدفوع، قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

نبذة عن الباحث :
كلية القانون والعلوم السياسية/ الجامعة الإسلامية في النجف الأشرف

Abstract

A commercial paper is considered movable money and is transferred by endorsement or manual handling if the endorsement of the bearer or blank and sometimes the bond is created directly to the bearer, as in the blank check. Sometimes the original owner loses possession of the bond to the bearer in a certain event and is then endorsed for someone who is unaware of his loss called the holder. The commercial law has addressed the issue of the loss of the bond to the bearer and its access to the holder in Article 56, as well as the Civil Code in Article 1164. Their judgment is inconsistent with the ownership of the bond. omen Article (56) recognizes the ownership of the award in accordance with certain rules and Article (1164) recognizes the ownership of the original owner in accordance with certain controls as well.

The types of endorsement in terms of form are three nominal and for the pregnant and blank, if the nominal endorsement comes out of the scope of the conflict because the paper will be determined by the owner directly and can not be disputed, and therefore does not provoke a loss of ownership dispute, but the danger lies in the loss of the paper showing the pregnant or blank, which is called It has the bond of the bearer and falls within the scope of the conflict, including the commercial transfer and the bill of exchange, appearing a proprietary or documentary manifestation of the bearer or blank, and the check appearance is a proprietary manifestation of the bearer only.

تاريخ استلام البحث :
٢٠١٩/١١/٢١
تاريخ قبول النشر :
٢٠١٩/١٢/٣٠

The conflict shall be resolved by the application of the cleansing of defenses rule on the bond to the bearer, which falls within the scope of the conflict with respect to its loss and access to the holder in accordance with the rules set forth in this rule. The endorsement must also be valid and summarized for the conditions of health in terms of formality, satisfaction, place and reason, The lost holder of the holder and not the original owner who lost the transfer.

The rule of tenure in the movable title deed is applied in the following cases: If the commercial paper appears and was a manifestation of the holder or blank and reached the holder of good faith and the endorsement is void, as well as applied to everything that deviates from the concept of the deed to the holder in the conflict, and also if The endorsement is a power of attorney, as well as the endorsement of the check as an insurance endorsement, and if the endorsement occurs after the submission date and after the protest action.

الملخص

تعتبر الورقة التجارية مالا منقولا وتنتقل بواسطة التظهير أو المناولة اليدوية إذا كان التظهير للحامل أو على بياض وتارة ينشأ السند مباشرة لحامله كما هو الحال في الشيك على بياض وفي بعض الأحيان يفقد المالك الأصلي حيازة السند لحامله بواقعة معينة ويتم تظهيره بعد ذلك لشخص يجهل ضياعه يسمى الحائز حسن النية فيطالب كل منهما بملكية السند فينشأ نزاع بين المالك الأصلي الذي فقد السند والحائز الذي وصل إليه السند، وقد عالج القانون التجاري مسألة ضياع السند لحامله ووصوله للحائز في المادة (٥٦) وكذلك القانون المدني في المادة (١١٦٤) وقد تعارض حكمهما حول ملكية السند فالمادة (٥٦) تقر بملكية الحائز على وفق ضوابط معينة والمادة (١١٦٤) تقر بملكية المالك الأصلي على وفق ضوابط معينة أيضا. إن أنواع التظهير من حيث الشكل ثلاث اسمي وللحامل وعلى بياض، فإذا كان التظهير اسميا يخرج من نطاق التعارض ذلك أن الورقة سيتحدد مالكها مباشرة ولا يمكن منازعته، وبالتالي لا يثير ضياعها نزاعا حول ملكيتها ولكن الخطورة تكمن في ضياع الورقة المظهرة للحامل أو على بياض والتي يطلق عليها السند لحامله ويدخل في نطاق التعارض منها الحوالة التجارية والكمبيالة المظهرتان تظهيرا تمليكيا أو توثيقيا للحامل أو على بياض، والشيك المظهر تظهيرا تمليكيا لحامله فقط. ويحل التعارض بتطبيق قاعدة التطهير من الدفوع على السند لحامله الذي يدخل في نطاق التعارض فيما يخص ضياعه ووصوله للحائز على وفق الضوابط المنصوص عليها في هذه القاعدة ويجب أيضا أن يكون التظهير صحيحا ومستجمعا لشروط صحته من حيث الشكلية والرضا والمحل والسبب وبناء على ما تقدم تكون ملكية السند لحامله الضائع للحائز وليس للمالك الأصلي الذي فقد الحوالة. كما إن قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية تطبق في الحالات الآتية: إذا ظهرت الورقة التجارية وكان تظهيرا للحامل أو على بياض ووصلت إلى حامل حسن النية وكان التظهير باطلا، وكذلك تطبق على كل ما يخرج عن مفهوم السند لحامله الداخل في دائرة التعارض، وأيضا إذا كان التظهير توكيليا، وكذلك تظهير الشيك تظهيرا تأمينيا، وإذا وقع التظهير بعد ميعاد التقديم وبعد عمل الاحتجاج.

المقدمة :

أولاً/ التعريف بموضوع البحث:

تعتبر الورقة التجارية مالا منقولا وتنتقل بواسطة التظهير أو المناولة اليدوية إذا كان التظهير للحامل أو على بياض وتارة ينشأ السند مباشرة لحامله كما هو الحال في الشيك على بياض وفي بعض الأحيان يفقد المالك الأصلي حيازة السند لحامله بواقعة معينة ويتم تظهيره بعد ذلك لشخص يجهل ضياعه يسمى الحائز حسن النية فيطالب كل منهما بملكية السند فينشأ نزاع بين المالك الأصلي الذي فقد السند والحائز الذي

وصل إليه السند، وقد عالج القانون التجاري مسألة ضياع السند لحامله ووصوله للحائز في المادة (٥٦) وكذلك القانون المدني في المادة (١١٦٤) وقد تعارض حكمهما حول ملكية السند فالمادة (٥٦) تقر بملكية الحائز على وفق ضوابط معينة والمادة (١١٦٤) تقر بملكية المالك الأصلي على وفق ضوابط معينة أيضا.

ثانيا/ أهمية موضوع البحث:

تكمن أهمية البحث في حل التعارض بين قاعدتي التطهير من الدفوع وقاعدة حيازة المنقول ذلك أن القاضي المعروض أمامه النزاع يجب عليه أن يرجح إحدى القاعدتين فإذا طبق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية أعطى الحق في الملكية للمالك الذي فقد السند وإذا طبق قاعدة التطهير من الدفوع أعطى الحق في الملكية للحائز، فضلا عن ذلك لم نجد دراسة مختصة تعالج موضوع التعارض بين القاعدتين.

ثالثا/ مشكلة البحث:

تنطلق مشكلة البحث من التعارض بين قاعدتي التطهير من الدفوع وقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية اللتان تتنازعان من حيث التطبيق على فقدان السند لحامله الأمر الذي يثير عدة تساؤلات أهمها:

١- ما المقصود بالسند لحامله؟

٢- ما هو نطاق التعارض بين القاعدتين؟

٣- أي القاعدتين تطبق على فقدان السند لحامله؟

رابعا/ منهجية البحث:

لحل إشكالية البحث والإجابة عن التساؤلات اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي من أجل الوقوف على القواعد القانونية والعمل على تحليلها بالشكل الذي يصل إلى مستوى الجزئيات المتعلقة بالتعارض الحاصل بين قاعدتي التطهير من الدفوع وقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

خامسا/ خطة البحث:

لمعالجة موضوع البحث اعتمدنا التقسيم الثنائي وذلك من خلال تقسيم البحث إلى مبحثين بحثنا في الأول مفهوم التعارض بين قاعدتي التطهير من الدفوع وحيازة المنقول وعلى مطلبين الأول التعريف بقاعدتي التطهير من الدفوع وحيازة المنقول، والثاني تحديد التعارض بين قاعدتي التطهير من الدفوع وحيازة المنقول، وبحثنا في المبحث الثاني حل التعارض بين قاعدتي التطهير من الدفوع وحيازة المنقول وعلى مطلبين الأول نطاق التعارض بين القاعدتين والثاني حكم التعارض بين القاعدتين.

المبحث الأول/ مفهوم التعارض بين قاعدتي التطهير من الدفوع وحيازة المنقول:

تتعارض القاعدتان في حكمهما بخصوص السند لحامله الضائع من حيث ملكيته، ولتوضيح هذا التعارض نحتاج أن نبين مفهومه من بيان التعريف بالقاعدتين وصولا لتحديد موضع التعارض؛ ومن أجل ذلك سنبحث المفهوم في مطلبين، نتناول في الأول التعريف بقاعدة التطهير من الدفوع وقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وفي المطلب الثاني تحديد التعارض بين القاعدتين:

المطلب الأول/ التعريف بقاعدتي التطهير من الدفوع وحيازة المنقول:

للتعريف بالقاعدتين لابد لنا من تحديد مفهوم كل منهما على حدة وذلك من خلال تعريفهما وما هي شروط تطبيقهما ونطاقهما؟ وسنبحث ذلك في فرعين نتناول في الأول مفهوم قاعدة التطهير من الدفوع وفي الثاني مفهوم قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية:

الفرع الأول/ مفهوم قاعدة التطهير من الدفوع:

ان قاعدة التطهير من الدفوع والتي تسمى أيضا بقاعدة عدم التمسك بالدفوع هي ركن ثابت يستند إليه القانون الصرفي وأساس يبنى عليه تداول الورقة التجارية باعتبار أن التوقيع عليها يرتب للحامل حقا مجردا في الورقة ذاتها ومستقلا عن العلاقات الخاصة التي تربط الموقعين عليها وتكييف ذلك أن الموقع على السفتجة ساحبا كان أو مظهرا أو ضامنا احتياطيا أو قابلا يلتزم بتوقيعه وإرادته المنفردة التزاما صرفيا مجردا ومستقلا عن العلاقات الخارجية التي أدت إلى انشاء الورقة التجارية أو تظهيرها أو ربطت موقعيها بعضهم ببعض وينشئ في نفس الوقت حقا مباشرا للحامل تجاهه وتجاه كل ملتزم بمقتضاها وهو حق ناجم عن الورقة ذاتها ومندمج فيها، ولا شك أن قاعدة التطهير من الدفوع ما هي إلا مظهر من مظاهر اندماج الحق في السند ذاته والذي تتصف به الأوراق التجارية عموما[1].

تقضي القواعد العامة في القانون المدني بشأن حوالة الحق المدنية التي تشبه في وظيفتها الورقة التجارية في بعض الجوانب بأن الحق ينتقل من المحيل إلى المحال له بصفته وضماناته بحيث يكون المحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له أن يحتج بها على المحيل، بيد إن هذا المبدأ لا يمكن تطبيقه في ميدان قانون الصرف إذ إنها تتعارض مع طبيعة ووظيفة الأوراق التجارية فلو أجيز للمدين الصرفي في الورقة التجارية أن يتمسك في مواجهة الحامل بالدفوع التي كان يستطيع أن يتمسك بها قبل حامل سابق لنشأ عن ذلك حتما إقامة العقبات في سبيل تداول الورقة التجارية بالسرعة التي تستلزمها المعاملات التجارية، إذ يتردد المظهر إليه في التعامل بالورقة التجارية أو يضطر إلى إجراء تحريات طويلة والبحث في خفايا السند عن العيوب التي تنخر فيه، وهذه النتيجة إن كان من المقبول التسليم بها في ميدان التعامل المدني الذي يتسم بالتراخي والبطء والندرة فإنها غير مقبولة في ميدان التعامل التجاري بوجه عام وفي ميدان التعامل الصرفي بوجه خاص، حيث لا يمكن أن تكون الورقة التجارية أداة ائتمان او أداة وفاء متى كان حاملها قلقا على حقه معرضا للدفوع التي كان جاهلا بها ولم يكن بمقدوره معرفتها[2]. لهذا هجر القانون التجاري القاعدة المشار إليها في التعامل المدني واختار لأجل تيسير التعامل التجاري حماية حامل الورقة التجارية وذلك بمنع المدين الصرفي من التمسك في مواجهته بالدفوع الشخصية التي كان يستطيع التمسك بها في مواجهة حامل سابق[3].

ويشترط للفائدة من قاعدة التطهير من الدفوع وبالتالي عدم الاحتجاج بها، وجود حامل قانوني للورقة التجارية، وأن يكون حسن النية، وأن تكون الدفوع ناشئة عن العلاقات التي تربط المدين الصرفي بأشخاص الورقة التجارية عدا الحامل القانوني[٤].

الفرع الثاني/ مفهوم قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية:

تحتل الحيازة مكانة هامة في الأنظمة القانونية لما ترتبه من آثار خطيرة سواء كسبب لكسب الملكية أو كقرينة على قيامها، فالوضع الظاهر والمستقر عملا أن الحيازة مظهر من مظاهر الملكية فمن يحوز شيئا غالبا ما يكون هو مالكه، والحيازة هي وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء أو حق، فالقانون يحمي الوضع الظاهر الذي يتفق غالبا مع الحقيقة، فالوضع المألوف أن الحائز هو المالك أو صاحب الحق، والمشرع في حمايته للحيازة يهدف إلى تحقيق الاستقرار والأمن في المجتمع تحقيقا للصالح العام، من خلال حماية الأوضاع الواقعية القائمة بالفعل ومنع الاعتداء عليها تفاديا لشيوع الفوضى والاضطراب[٥]، وتعني قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية أن الحيازة تكفي لكسب ملكية المنقول دون الحاجة إلى فترة تقادم أي يتم التملك فورا[٦]، وتختلف هذه القاعدة عن تملك المنقول بالتقادم إذ بحسب الأخير يشترط الحيازة ومضي (١٥) سنة فترة التقادم وان تلقى الحائز المنقول من مالكه الأصلي، أما التملك فورا على وفق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية يشترط فيه فضلا عن الحيازة وجود سبب صحيح وحسن نية، ذلك أن هذه القاعدة تحمي الحائز الذي يتلقى المنقول من غير مالكه الأصلي في مواجهة دعوى الاستحقاق التي يرفعها عليه المالك الأصلي[٧].

المطلب الثاني/ تحديد التعارض بين قاعدتي التطهير من الدفوع وحيازة المنقول:

إن التعارض بين القاعدتين يتعلق بمالك الورقة التجارية الأصلي وحائز الورقة التجارية الضائعة وما ينشب بينهما من نزاع حول ملكية السند؛ ولتحديد هذا التعارض لابد من تحديد التنازع من خلال توضيح المقصود بالمالك الأصلي والحائز وكيف ينشأ بينهما النزاع، ومن ثم نحدد موضع التعارض من حيث حكم القاعدتين، وسنبحث ذلك في فرعين الأول التنازع بين المالك الأصلي للمنقول والحائز، والثاني محل التعارض بين القاعدتين:

الفرع الأول/ التنازع بين المالك الأصلي للمنقول والحائز:

قاعدتي التطهير من الدفوع والحيازة في المنقول سند الملكية تتعلق بالمنقول فقط، والأولى تتعلق بالأوراق التجارية، وكما هو معلوم أن الأوراق التجارية هي منقول، أما الثانية فتشمل الأوراق التجارية وغيرها من المنقولات ومن أجل إعمالهما يجب أن يكون المنقول بيد الحائز وينازعه فيه المالك الأصلي أو غيره، والمقصود بالمالك للمنقول هو من له سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف أي صاحب السلطة القانونية ولا يشترط في المالك أن يكون الشيء في حيازته، أما الحائز وهو من تكون له السيطرة الفعلية على المنقول، إذ تعرف الحيازة بأنها وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق[٨]، ولا يجب على الحائز اثبات شيء سوى حيازته وله أن يقف موقفا سلبيا بعكس من يدعي

الملكية فيجب عليه اثبات ملكيته لأن القانون يحمي الحيازة ابتداءً بغض النظر عن مشروعيتها.

تختلف الأوراق التجارية عن المنقولات الأخرى في الانتقال إلى الحائز ذلك أنها تنتقل إما عن طريق المناولة اليدوية إذا كانت غير إسمية أي لحاملها أو عن طريق التظهير ويمكن أن تسرق أو تضيع الورقة التجارية أو تغصب أو تخان الأمانة وتصل بعد سلسلة من التظهيرات إلى حائز حسن النية كما هو الحال في المنقولات الأخرى التي تكون معرضة أيضا للضياع والسرقة والغصب وخيانة الأمانة والوصول بعد ذلك لحائز حسن النية الذي يجد نفسه في مواجهة من يدعي ملكية المنقول سواء أكان ورقة تجارية أم منقول آخر أي يكون المالك الأصلي الذي فقد ملكية المنقول صاحب الحق فيه وكذلك الحائز حسن النية فينشأ النزاع بينهما إذ إن كلاهما له الحق في ملكية المنقول.

الفرع الثاني/ محل التعارض بين قاعدة التطهير من الدفوع وقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية:

تنص المادة (١١٦٤) من القانون المدني العراقي على إنه: ((استثناء من أحكام المادة السابقة يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قد اضاعه او خرج من يده بسرقة او غصب او خيانة امانة ان يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية وبسبب صحيح في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع او السرقة او الغصب او خيانة الأمانة)).

ويفهم من هذا النص ان المشرع أجاز لمالك السند لحامله الذي خرج من تحت يده بضياع أو سرقة أو غصب أو خيانة أمانة أن يسترده من الحائز ولو كان حسن النية ومستندا في حيازته إلى سبب صحيح خلال ثلاث سنين من تاريخ الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة. والحكمة التي جعلت المشرع يثبت هذا النص ان السند إذ يخرج من تحت يد مالكه بأحد الحالات السابقة يخرج كرها وعلى غير إرادته ولا يمكن نسبة أي تقصير أو خطأ إليه فأكثر الناس حرصا على أمواله قد يكون عرضة لضياعها أو سرقتها أو اغتصابها أو يخون الأمين أمانته. ولهذا وجد المشرع نفسه بين شخصين لكل منهما حق التملك أولهما المالك الأصلي وثانيهما الحائز؛ ولهذا فضل الأول إذ يكون الحائز في أغلب الأحوال مقصرا فهناك عوامل كثيرة ترشده إلى كون السند ضائعا أو مسروقا أو مختلسا أو مغتصبا؛ وبناء على ما تقدم أجاز المشرع للمالك الاسترداد وقيده بثلاث سنوات.

تنص المادة (٥٦) من القانون التجاري العراقي[٩] على إنه: ((أولا: يعتبر حائز الحوالة حاملها القانوني متى اثبت انه صاحب الحق فيها بتظهيرات غير منقطعة ولو كان اخرها تظهيرا على بياض وتعتبر التظهيرات المشطوبة في هذا الشأن كأن لم تكن. وإذا أعقب التظهير على بياض تظهير اخر اعتبر الموقع على هذا التظهير أنه هو الذي ال اليه الحق في الحوالة بالتظهير على بياض.

ثانيا: إذا فقد شخص حيازة حوالة إثر حادث ما. فلا يلزم الحامل بالتخلي عنها متى اثبت حقه فيها طبقا للفقرة (أولا) من هذه المادة. الا إذا كان قد حصل عليها بسوء نية او ارتكب في سبيل الحصول عليها خطأ جسيما)).

يفهم من نص هذه المادة عدم إمكانية التمسك بضياع السفتجة كدفع في مواجهة الحامل الشرعي حسن النية ما دامت السفتجة قد وصلت إليه عن طريق سلسلة غير منقطعة من التظهيرات ولو كان آخرها على بياض على وفق الفقرة أولا من المادة (٥٦) من القانون التجاري العراقي. فإذا توجه الحامل حسن النية إلى الموقع الذي ضاع منه السند لحامله فإن هذا الموقع لا يستطيع ان يتمسك بهذا الدفع قبل الحامل المذكور وانما يستطيع ان يتمسك بهذا الدفع تجاه الشخص الذي عثر على السفتجة وأطلقها في التداول عندما تؤول إليه.

بناء على ما تقدم نلاحظ التعارض بين المادة (١١٦٤) من القانون المدني العراقي التي تعطي الحق للمالك الذي فقد السند لحامله بأن يسترده من الحائز وإن كان حسن النية وذلك عكس ما ذهبت إليه المادة (٥٦) من القانون التجاري العراقي التي تعطي حق الملكية لحائز السند لحامله إذا كان حسن النية وتفضله على المالك الأصلي الذي فقد السند واعتبار الفقدان من ضمن الدفوع التي يطهرها التظهير ولا يمكن ان يتمسك بها المالك الأصلي للسند المفقود. وبالتالي يطرح السؤال الآتي أي القاعدتين تطبق على حالة فقدان السند لحامله؟ هل نطبق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية في القانون المدني أم نطبق قاعدة التطهير الدفوع في القانون التجاري؟ وهذا ما سنجيب عنه في المبحث الثاني عند بحثنا في حل التعارض بين القاعدتين.

المبحث الثاني/ حل التعارض بين قاعدتي التطهير من الدفوع وحيازة المنقول:

بعد أن بينا مفهوم التعارض بين القاعدتين وحددنا محل التعارض لابد لنا من حل هذا التعارض من خلال ترجيح أي القاعدتين تطبق على ملكية السند لحامله على وفق النصوص القانونية في القانونين المدني والتجاري. ولحل التعارض نحتاج أن نوضح نطاق التعارض لتحديد أي القاعدتين تطبق على السند الضائع؛ وسنبحث ذلك في مطلبين نتناول في الأول نطاق التعارض بين القاعدتين وفي الثاني حكم التعارض:

المطلب الأول/ نطاق التعارض بين القاعدتين:

إن محل التعارض بين قاعدتي التطهير من الدفوع وقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية كما تبين يتعلق بفقدان السند لحامله من قبل المالك الأصلي ووصوله لحائز حسن النية. فما المقصود بالسند لحامله الذي يدخل في نطاق التعارض؟ هذا ما سنوضحه في هذا المطلب وعلى فرعين إذ نبحث في الأول تظهير السند وفي الثاني الشيك لحامله لنتمكن من حصر مفهوم السند لحامله وبالتالي تحديد أي القاعدتين تطبق عليه؟ وكالآتي:

الفرع الأول/ تظهير السند:

إن قاعدة التطهير من الدفوع التي أقرها القانون التجاري العراقي في المادة (٥٦) منه ترتبط بالأوراق التجارية حصرا وهي من آثار التظهير. وكما هو معلوم أن الأوراق التجارية ثلاثة فقط الحوالة التجارية والشيك والكمبيالة. وهذه الأوراق الثلاث يمكن أن يحرر بعضها لحاملها أي بدون ذكر اسم المستفيد كالشيك والبعض الآخر لا يمكن ذلك فيه أي يجب أن يذكر اسم المستفيد كالحوالة والكمبيالة وبالتالي لا يمكن أن نجد حوالة أو

كمبيالة يطلق عليها ابتداء مصطلح السند لحامله، بعكس الشيك الذي سنبحثه في الفرع الثاني، فمتى يطلق على الحوالة أو الكمبيالة مصطلح السند لحامله؟

تجيب عن هذا التساؤل المواد (٥١_٦١) من القانون التجاري العراقي التي نظمت عملية انتقال الأوراق التجارية تحت مسمى (التظهير) وتبدو أهمية هذا الأسلوب الخاص في تجرده من عيوب حوالة الحق المنصوص عليها في القانون المدني، والتظهير إجراء مبسط يتم بكتابة معينة توضع على ظهر السند التجاري فيكون نافذا في حق الجميع دون حاجة إلى قبول المحال عليه أو إعلانه إليه، كما يكون المحيل (المظهر) ضامنا لوجود الحق وادائه قبل المحال له (المظهر إليه) وبالتالي فإن ضمان الورقة التجارية سيتضخم كلما ازداد عدد التظهيرات التي تجرى عليه[١٠]، وإذا استعرضنا اجمالا احكام التظهير، وجدناه من حيث الشكل على ثلاث صور هي: التظهير الاسمي، والتظهير للحامل أو اللا اسمي، والتظهير على بياض ومناط التمييز بين هذه الصور الثلاث هو تضمن صيغة التظهير الإشارة إلى المظهر إليه، فمتى ذكر الاسم الكامل للمظهر إليه في صيغة التظهير كان التظهير اسميا اما اذا وردت في صيغة التظهير إشارة للمظهر إليه دون تعيين اسمه فان التظهير يكون لا اسميا او للحامل، كما لو ذكر (ظهرت لمن يتقدم بها إليكم) أو (ظهرت لحاملها) وأخيرا قد تنعدم الإشارة اطلاقا إلى شخص المظهر إليه في صيغة التظهير، فيصطلح على هذا التصرف (التظهير على بياض).

على أن التظهير في صوره الثلاث قد حصر استخدامه لاحد أغراض ثلاثة وهي:

١- أما لنقل ملكية الورقة التجارية والحق الثابت فيها، ويصطلح عليه (التظهير الناقل للملكية) أو (التظهير التمليكي).

٢- وإما لتوكيل المظهر إليه في استيفاء قيمة الورقة التجارية، ويصطلح عليه (التظهير التوكيلي).

٣- وإما لرهن الورقة التجارية لدى المظهر إليه ضمانا لدين هذا الأخير في ذمة المظهر، ويصطلح عليه (التظهير التوثيقي)[١١].

بناء على ما تقدم أنواع التظهير من حيث الشكل ثلاث اسمي وللحامل وعلى بياض، فإذا كان التظهير اسميا يخرج من نطاق التعارض ذلك أن الورقة سيتحدد مالكها مباشرة ولا يمكن منازعته، وبالتالي لا يثير ضياعها نزاعا حول ملكيتها ولكن الخطورة تكمن في ضياع الورقة المظهرة للحامل أو على بياض وهذين النوعين من التظهير يدخلان في نطاق التعارض بين قاعدتي التطهير من الدفوع وحيازة المنقول، أما أنواع التظهير من حيث الغرض والتي حصرها المشرع في صور ثلاث وهي التمليكي والتوكيلي والتوثيقي فيخرج من نطاق التعارض التظهير التوكيلي فقط ذلك أن المظهر إليه يكون بحكم الوكيل بالنسبة للمظهر وبالنسبة للأغيار فهو لا يملك الحوالة وانما يقتصر دوره على استيفاء قيمة الحوالة فضلا عن عدم جواز تظهيره الحوالة إلا على سبيل التوكيل[١٢] ولا يدخل في نطاق قاعدة التطهير من الدفوع، بخلاف التظهير التمليكي الذي يدخل في نطاق قاعدة التطهير من الدفوع ذلك أن المظهر إليه يكون حاملا قانونيا للورقة وبالتالي

يدخل في نطاق التعارض بين قاعدتي التطهير من الدفوع وحيازة المنقول، وينطبق الكلام ذاته على التظهير التوثيقي.

الفرع الثاني/ الشيك لحامله:

أوردت المادة (١٤٣) الصور التي يمكن كتابة اسم المستفيد في الشيك ومنها يتبين الكيفية التي ينتقل فيها الشيك من شخص لآخر، ولا يوجد في الشيك عند إنشائه إلا ثلاثة أشخاص الساحب والمسحوب عليه والمستفيد وقد يكون الأخير معينا بالاسم، أو أن يكون الشيك لحامله وعليه فإن تداول الشيك يكون بالتظهير أو بالتسليم، وفيما يتعلق بأحكام تظهير الشيك وصوره فإنه يخضع لأحكام تظهير الحوالة التجارية، وذلك على وفق الإحالة التي نصت عليها المادة (١٣٧) من القانون التجاري العراقي[١٣].

وفيما يتعلق بنطاق التعارض فإن الشيك إذا ظهر على وفق ما تقدم ذكره في الفرع السابق فإنه يدخل في نطاق التعارض مع ملاحظة أن تظهير الشيك تظهيرا تأمينيا لا يتصور وقوعه ذلك أن الشيك مستحق الوفاء لدى الاطلاع وبسبب قصر المدة التي نص القانون على وجوب تقديمه خلالها لوفاء قيمته، وبهذا يدخل في نطاق التعارض تظهير الشيك تظهيرا تمليكيا فقط، أما صورة الشيك لحامله فهل يدخل في نطاق التعارض أم لا؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تكون في شقين الأول: إن نطاق تطبيق قاعدة التطهير من الدفوع التي تتعارض في حكمها مع قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية المنصوص عليها في المادة (١١٦٤) من القانون المدني العراقي يتحدد في تظهير الحوالة التي يثبت الحائز لها ملكيته بسلسلة من التظهيرات غير المنقطعة وإن كان آخرها على بياض[١٤]، أي أن الحوالة غير المظهرة لا تشمل بقاعدة التطهير من الدفوع وبالتالي لا تدخل ضمن نطاق التعارض، وبما أن المادة (١٣٧) تحيل أحكام تظهير الشيك لتظهير الحوالة التجارية فلا يدخل الشيك لحامله ضمن نطاق قاعدة التطهير من الدفوع وبالتالي لا يدخل ضمن نطاق التعارض موضوع البحث.

والشق الثاني هو نص المادة (١٦٤) من القانون التجاري العراقي التي تحدثت عن معارضة وفاء الشيك الضائع المحرر لحامله والتي نصت على أنه: "رابعا: إذا رفع المعارض دعوى استحقاق الشيك فلا يجوز للمسحوب أن يدفع قيمته إلا لمن يتقدم له من الخصمين بحكم نهائي بملكية الشيك أو بتسوية ودية مصدق عليها من الطرفين تقر له بالملكية. وتفصل المحكمة في دعوى الاستحقاق طبقا للأحكام المتعلقة باسترداد المنقول والسند لحامله المنصوص عليه في القانون المدني."

وبهذا تحيل هذه المادة مسألة الفصل في النزاع الناشئ بين المالك الأصلي والحائز حسن النية للقاعدة المنصوص عليها في المادة (١١٦٤) من القانون المدني العراقي والتي تتعارض في حكمها مع قاعدة التطهير من الدفوع الأمر الذي يؤدي إلى استبعاد الشيك لحامله من مفهوم السند لحامله الداخل في دائرة التعارض بين القاعدتين.

وخلاصة ما تقدم في هذا المطلب أن المقصود بالسند لحامله الذي يدخل في نطاق التعارض بين القاعدتين نتيجة التظهير هو الحوالة التجارية والكمبيالة المظهرتان

تظهيرا تمليكيا أو توثيقيا للحامل أو على بياض، والشيك المظهر تظهيرا تمليكيا لحامله فقط.

المطلب الثاني/ حكم التعارض بين القاعدتين:

إن حكم التعارض يتحدد في ترجيح إحدى القاعدتين فتارة تطبق قاعدة التطهير من الدفوع على السند لحامله على وفق ضوابط معينة وتارة تطبق قاعدة الحيازة في المنقول إذا كان السند يدخل في نطاقها ويخرج من نطاق التعارض ولفض التعارض سنبحث الموضوع في فرعين نتناول في الأول تطبيق قاعدة التطهير من الدفوع وفي الثاني تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية:

الفرع الأول/ تطبيق قاعدة التطهير من الدفوع:

تنص المادة (٤) من القانون التجاري العراقي على أنه: ((ثانيا: يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو أي قانون خاص آخر))، يفهم من هذا النص أن القانون المدني هو القانون العام بالنسبة للقانون التجاري فمتى وجد نقص في القانون التجاري يسد بنصوص القانون المدني أما إذا وجد نص في القانون التجاري ينظم مسألة معينة فهو الذي يطبق، أما إذا وجد تعارض بين القانونين فإن القانون التجاري أيضا هو الذي يطبق ذلك على وفق مبدأ الخاص يقيد العام فالقانون التجاري هو القانون الخاص والقانون المدني هو القانون العام، وفيما يتعلق بموضوع البحث وهو التعارض بين قاعدة التطهير من الدفوع المنصوص عليها في المادة (٥٧) من القانون التجاري وقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية في المادة (١١٦٣) و (١١٦٤) من القانون المدني العراقي، فإن القانون التجاري هو المطبق في هذه الحالة ذلك أنه القانون الخاص وبالتالي فإن قاعدة التطهير من الدفوع تطبق على السند لحامله الذي يدخل في نطاق التعارض فيما يخص ضياعه ووصوله للحائز على وفق الضوابط المنصوص عليها في هذه القاعدة وهي: أن يكون المدعي بموجب الورقة التجارية حاملا قانونيا لها وأن لا يكون المدعي بموجب الورقة التجارية قد تصرف حين حصوله على الورقة التجارية بقصد الإضرار بالمدين الصرفي المدعى عليه أي أنه حسن النية، بالإضافة لذلك تحتاج لتطبيق هذه القاعدة أن يكون التظهير صحيحا ومستجمعا لشروط صحته من حيث الشكلية والرضا والمحل والسبب فإذا كان التظهير باطلا لا مجال لتطبيق هذه القاعدة. بناء على ما تقدم تكون ملكية السند لحامله الضائع للحائز وليس للمالك الأصلي الذي فقد الحوالة على وفق قاعدة التطهير من الدفوع ويبقى للمالك الحق في الرجوع على من وجد الحوالة ووضعها للتداول لتصل للحائز حسن النية.

الفرع الثاني/ تطبيق قاعدة حيازة المنقول سند الملكية:

يستبعد تطبيق قاعدة التطهير من الدفوع على السند لحامله الداخل في دائرة التعارض وتطبق محله قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية في الحالات الآتية:

١- إذا ظهرت الورقة التجارية وكان تظهيرا للحامل أو على بياض ووصلت إلى حامل حسن النية على وفق ما تقدم وكان التظهير باطلا كأن تكون الورقة التجارية محل التظهير باطلة أو فيها بيان ليست لأمر[١٥] فإن التظهير لا ينتج آثاره التي من بينها تطهير

الدفوع وبهذه الحالة ترجع ملكية السند لحامله إلى المالك الأصلي الذي فقد الورقة على وفق المادة (١١٦٤) أي تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

٢- كل ما يخرج عن مفهوم السند لحامله الداخل في دائرة التعارض تطبق عليه قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية كالشيك الذي ينشأ لحامله ابتداءً أي بدون تظهيره؛ ذلك أنه غير مشمول بنطاق تطبيق قاعدة التطهير من الدفوع على وفق ما تبين في الفرع الثاني من المطلب السابق[١٦].

٣- إذا كان التظهير توكيليا: إن قاعدة التطهير من الدفوع لا تطبق في حالة التظهير التوكيلي لعدم اعتبار المظهر إليه توكيليا صاحب الحق في الورقة التجارية، بل مجرد نائب عن المظهر في الحيازة المادية للورقة المظهرة واستعمال الحقوق الناشئة عنها[١٧]. وكذلك تظهير الشيك تظهيرا تأمينيا؛ ذلك أنه غير متصور الوقوع كما تقدم وبالتالي إذا ما نشأ نزاع حول ملكية الحوالة وكان التظهير توكيليا تطبق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

٤- إذا وقع التظهير بعد ميعاد التقديم وبعد عمل الاحتجاج لا يترتب عليه أثر من آثار التظهير وإنما تطبق في هذه الحالة القواعد الخاصة بحوالة الحق المنصوص عليها في القانون المدني[١٨]. وبالتالي لا تطبق قاعدة التطهير من الدفوع وإنما قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية إذا كان التظهير للحامل أو على بياض.

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث مسألة مهمة وهي التعارض بين القانون المدني والقانون التجاري فيما يتعلق بحكم السند لحامله الذي يتعرض للفقدان ويصل لحائز حسن النية وقد بحثنا في مفهوم هذا التعارض من حيث التعريف به وتحديد محله ونطاقه وحل هذا التعارض وقد توصلنا لجملة من النتائج والتوصيات نجملها بالآتي:

أولا/ النتائج:

١- تعطي المادة (١١٦٤) من القانون المدني العراقي الحق للمالك الذي فقد السند لحامله بأن يسترده من الحائز وإن كان حسن النية وذلك عكس ما ذهبت إليه المادة (٥٦) من القانون التجاري العراقي التي تعطي حق الملكية لحائز السند لحامله إذا كان حسن النية وتفضله على المالك الأصلي الذي فقد السند واعتبار الفقدان من ضمن الدفوع التي يطهرها التظهير ولا يمكن ان يتمسك بها المالك الأصلي للسند المفقود.

٢- أن المقصود بالسند لحامله الذي يدخل في نطاق التعارض بين القاعدتين نتيجة التظهير هو الحوالة التجارية والكمبيالة المظهرتان تظهيرا تمليكيا أو توثيقيا للحامل أو على بياض، والشيك المظهر تظهيرا تمليكيا لحامله فقط.

٣- إن قاعدة التطهير من الدفوع تطبق على السند لحامله الذي يدخل في نطاق التعارض فيما يخص ضياعه ووصوله للحائز على وفق الضوابط المنصوص عليها في هذه القاعدة ويجب أيضا أن يكون التظهير صحيحا ومستجمعا لشروط صحته من حيث الشكلية والرضا والمحل والسبب فإذا كان التظهير باطلا لا مجال لتطبيق هذه

القاعدة وبناء على ما تقدم تكون ملكية السند لحامله الضائع للحائز وليس للمالك الأصلي الذي فقد الحوالة.

٤- تطبق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية في الحالات الآتية: إذا ظهرت الورقة التجارية وكان تظهيرا للحامل أو على بياض ووصلت إلى حامل حسن النية وكان التظهير باطلا، وكذلك تطبق على كل ما يخرج عن مفهوم السند لحامله الداخل في دائرة التعارض، وأيضا إذا كان التظهير توكيليا، وكذلك تظهير الشيك تظهيرا تأمينيا، وإذا وقع التظهير بعد ميعاد التقديم وبعد عمل الاحتجاج.

ثانيا/ التوصيات:

١- نوصي بتعديل المادة (٥٦) من القانون التجاري وذلك بتحديد نطاق تطبيقها بخصوص ضياع السند لحامله وتحديد المقصود به، بما يؤدي إلى حل التعارض.

٢- نوصي بتعديل المادة (١٣٧) من القانون التجاري العراقي المتعلقة بسريان أحكام الحوالة على الشيك وتوضيح نطاقها بشكل دقيق يزيل الغموض ويؤدي إلى استبعاد الشيك لحامله من نطاق التعارض.

الهوامش:

١ علي سلمان العبيدي، الأوراق التجارية في القانون العراقي، ط١، العراق_بغداد، مطبعة دار السلام، ١٩٧٣، ص٢٢٣.
٢ - احمد ابراهيم البسام، قاعدة التطهير من الدفوع في ميدان الأوراق التجارية، بغداد، ١٩٦٩، ص٢٤.
٣ - المادة (٥٧) من القانون التجاري العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.
٤ - أحمد كويسي، الأوراق التجارية، ط١، المغرب_٢٠٠٧، منشورات مركز قانون الالتزامات والعقود كلية الحقوق فاس، ص٨٦، ٩٢.
٥ - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٧، ص٥١٦_٥١١٧.
٦ - محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦، ص٣٨٣.
٧ - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أحكامه ومصادرها، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٤، ص٣٧١.
٨ - المادة (١١٤٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٩ - رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.
١٠- فوزي محمد سامي وفائق محمود الشماع، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١، ص١١٦.
١١ - انظر المواد (٥٣_٥٩) من القانون التجاري العراقي.
١٢ - المادة (٥٨) من قانون التجارة العراقي.
١٣ - نصت المادة (١٣٧) على أنه: ((تسري على الشيك أحكام الحوالة بالقدر الذي لا تتعارض مع ماهيته)).
١٤ - أنظر نص المادة (٥٦) من القانون التجاري العراقي.
١٥ - انظر الفقرة الثانية من المادة (٥١) من قانون التجارة العراقي.
١٦ - انظر المواد (٦٥، ١٣٧، ١٦٤) من قانون التجارة العراقي.
١٧ - انظر نص المادة (٥٨) من قانون التجارة العراقي.
١٨ - أنظر نص المادة (١٥٣) من قانون التجارة العراقي.