دور الالتزام الائتماني في معالجة مشاكل تعسف الاشخاص في استعمال السلطة في اطار علاقات القانون الخاص: دراسة مقارنة بين القانونين الانكليزي والعراقي

The Role of Fiduciary Obligation in Solving the Problems of Abusing Power in Relationships of Private Law: A Comparative Study between the Law of England and Iraq

م.د.رعد هاشم امين التميمي
كلية الحقوق-جامعة النهرين

كلمات مفتاحية: الائتماني، السلطة، الاساءة، تضارب، مصالح،المستفيد.

ملخص البحث

يعد الالتزام الائتماني احد النظم القانونية التي تستهدف حماية مصالح المستفيد عند تعامله مع شخص اخر يتولى بموجبها تمثيل هذه المصالح او قد يملك القدرة على التاثير عليها نتيجة تنفيذه لالتزامه، في اطار علاقة تقوم على اساس مسيس الحاجة الى نشاط الائتماني او خبرته وعلى اعتبارات الامانة والنزاهة والاستقامة التي ينبغي ان تحكم سلوكه عند انفاذ التزاماته. وتؤدي هذه العلاقة غير المتوازنة الى خضوع المستفيد لارادة هذا المؤتمن بحكم تمتعه بسلطة التصرف في مصالحه الى وجود احتمال باساءة استعمال المؤتمن لسلطاته الواسعة بغية تحقيق مصالحه او مصالح غيره على حساب مصالح المستفيد. ويقتضي هذا الوضع من القانون ان يتدخل لحماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة من خلال فرض عدد من الالتزامات القاسية ،والتي تعرف في القوانين الانكلو-سكسونية بالالتزامات الائتمانيةfiduciary obligations ، والتي تتطلب من المدين ان يعمل لمصلحة الاصيل وان يتجنب اي وضع من شانه ان يؤدي الى التضارب بين مصالحه او مصالح الغير مع التزامه قبل المستفيد حماية للاخير من تعسف الاول. وتكشف هذه الدراسة عن حقيقة ان التشريعات العراقية، وان اعتمدت بعض احكامها تطبيقات جزئية لمفهوم الالتزام الائتماني، الا انها لم تتبن بوجه عام المفهوم العام لهذا المبدا، فاغفلت تنظيم جوانب معينة من هذه الالتزامات، واتت باحكام جزئية لا تحقق حماية معقولة للمستفيد. ويخلص الباحث من هذه المقارنة بين القانونين الانكليزي والعراقي الى ان الحل يكمن زرع المفهوم الالتزام الائتماني في القانون المدني باطار قاعدة عامة تنبسط على جميع تطبيقاته المتناثرة في في ثنايا القانون التي تصطبغ بالصبغة الائتمانية لكي تجري على غرار نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية التعسف في استعمال السلطة في علاقات القانون الخاص . ولا شك بان ادراج هذا المبدا في صلب القانون المدني يسمع بتطبيقه على جميع العلاقات التي تنظمها بقية فروع القانون الخاص، كالقانون التجاري والاحوال الشخصية وما الى ذلك.

Abstract

The fiduciary doctrine is one of brainchild of the Anglo-Saxon school of law, aims at protecting the beneficiary, who relies on efforts, advice or expertise of another person, in a relationship should be premised on the considerations of reliance, dependency, probity and fidelity in discharging the powers, which are vested with a person, who is called a fiduciary. The fiduciary, undoubtfully, enjoys with broad powers with a view to enable him performing his duties properly. This position creates unbalanced relationship between the aforesaid persons due to the existence of a possibility of abusing powers vested with the fiduciary, which can be envisaged where the fiduciary placing his personal interests, or the interests of another person, ahead of the beneficiary's interest.

Hence, English law, or broadly speaking the Anglo-Saxon legal system, interfere in such relationships in order to safeguard the vulnerable person in such

relationships (the beneficiary) by the imposition of certain severe obligations on the fiduciary requiring him to act in good faith to achieve the best interest for the beneficiary, and to avoid any position in which he have or can have an interest conflicting with his obligation towards the beneficiary.

An investigation on the position of Iraqi private law reveals the fact that the law, notwithstanding of containing provisions regulating some limited and partial aspects of fiduciary obligation, but lack a general conceptual framework governing all relationships which have fiduciary features. Therefore, solving the problems of abusing powers on the part of the fiduciary in relationships governing by private law necessitate transplanting the root of fiduciary doctrine into the Iraqi Civil Code under a general doctrine enabling the court to confront the abuse of power and any legislative lacuna in other legislation by the resort to this principle.

The researcher

مقدمة البحث

١- يغلب في الواقع العملي ان يستعين شخص بشخص اخر في تدبير اموره ورعاية مصالحه، بالنظر لافتقاره الى الاهلية الكافية او الخبرة والوقت الكافي للقيام بالعمل بنفسه.[١] وقد يتطلب القانون ان يعهد رعاية مصالح الغير الى شخص محايد ، كالوكيل والولي والوصي والقيم والحارس القضائي والمصفي وامين التفليسة والمودع لديه.[٢] وقد تقتضي الظروف ان يطلب المرء خدمة او نصيحة او معلومة ما من شخص اخر كالمحامي والطبيب والاستشاري[٣] وما سواهم.[٤] وقد تفرض طبيعة الشخص ذاته، كالشخص المعنوي، ان يكل ادارة اموره الى شخص اخر لكي يمثله ويعبر عن ارادته[٥]. ويفترض القانون ان ارادة هؤلاء المدراء تتطابق مع ارادة الشخص المعنوي طالما كان ذلك في حدود الاغراض التي انشا من اجلها.

٢- بيد ان الطبيعة البشرية التي جبلت على الانانية وايثار الخير للذات، قد تجعل المرء يميل الى تفضيل مصالحه او اية مصالح غيره على حساب المصالح التي يتولى رعايتها. وقد اخبرنا الحق الالهي عن هذه الغريزة الانسانية بقوله في محكم كتابه المبين ((وتحبون المال حبا جما)).[٦] ويعد هذا الميل الى مرعاة المصالح الخاصة خطرا داهما يهدد اجواء الثقة والائتمان التي ينبغي ان تسود العلاقات القانونية من هذه الشاكلة، فيخلق حالة من عدم الثقة بين اطرافها، ويثير الكثيرمن المشاكل القانونية المعقدة المتاتية من استغلال المؤتمن على مصالح الغير سلطاته في تحقيق مصالحه الشخصية بغية الاثراء غير المشروع، بدلا عن انفاذ التزامه قبله. بل ان تفضيل المصالح الشخصية قد يكون سببا في انهيار وزوال شخص من اعتمد الى الغير في تدبير شؤونه، كما هو الحال بصدد الاشخاص المعنوية التي قد تصفى او يشهر افلاسها بسبب فساد ذمم الاشخاص القائمين على ادارتها.

٣- لذا كان لزاما على القانون ان يتصدى لهذه الظاهرة الخطيرة من خلال فرض التزامات تحول دون ان يميل المرء الى مصلحته الشخصية بدلا من التزامه او واجبه قبل الغير، ومجازاته بقسوة عند الاخلال بها سبيلا يتوسل به في مواجهة نزعة الانانية واساءة استعمال السلطة. وقد وصل الجهد القانوني ذروته الى

---

(1) Robert H. Sitkoff, *the Economic Structure of Fiduciary Obligation* (2011) 91(1039) Boston L. J, P.1040.

(2) John D. McCamus, *Prometheus Unbound: Fiduciary Obligation in the Supreme Court of Canada* (1997) 28(1) Canadian Business Law Journal, P.108.

(3) Paul B. Miller & Charles Weijer, *Fiduciary Obligation in Clinical Research* (2006) 34 (2) journal of Law, Medicine & Ethics, P. 5.

(4) Tamar Frankel, *Fiduciary Law* (1983)71(3) California L.J, P. 795.

(٥) تنظر المادة ٤٨(١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٦) سورة الفجر،اية (٢٠). وتشير هذه الاية الكريمة الى نزعة الشخص الى جلب الخير له وان كان ذلك على حساب مصالح الاخرين.

درجة ان المشرع الدولي تنبه الى هذا الخطر الداهم، فاقدمت الامم المتحدة على وضع اتفاقية مكافحة الفساد لعام ٢٠٠٤ الزمت فيها الدول المتعاقدة على تضمين تشريعاتها نصوصا قانونية تضمن التصدي لظاهرة تضارب المصالح لدى لقائمين على ادارة الشخص المعنوي.[١]

٤-وتعرف الالتزامات التي تعالج ظاهرة التضارب في المصالح في القانون الانكليزي بالالتزام (او الواجب) الائتماني Fiduciary obligation، وهو ما سيكون مدار حديثنا في هذا البحث. ان فرض هذه الالتزامات بحكم القانون[٢] لا يفيد في منع حصول التضارب في المصالح حماية لمصالح المستفيد فحسب، بل انه يعد وسيلة قانونية ناجعة يستعاض بها عن ايراد شروط تفصلية في الاتفاق المبرم بين الطرفين قد تحد كثيرا من سلطة الائتماني في العمل، او قد لا يكون بوسع الاطراف المتعاقدة الالمام بما ستكشف عنه قادم الايام من حوادث او وقائع بغية تنظيمها في الاتفاق المعقود.[٣] وعلى هذا يلعب الالتزام الائتماني دورا في تكملة ما نقص في العقد من شروط غير متوقعة وحفظ تكاليف ابرامه.[٤] وفرض هذه الالتزامات وسيلة مهمة لحماية الاصيل يستعاض بها عن ممارسة الرقابة عن اعمال الائتماني التي تجري تنفيذا لالتزاماته القاونية او التعاقدية حينما يتعذر عملا مزاولتها، كما هو الحال بصدد حالة القاصرين والشركات المساهمة التي يساهم فيها عدد كبير من المساهمين مما لا يتيسر عملا ممارستهم للرقابة الجماعية على المدراء، او في الاحوال التي يكون موضوع الاتفاق تقديم الائتماني لخبرة او عمل لا يكون المستفيد ملما بها.[٥]

بيد ان مدى تبني القانون العراقي للالتزام المذكور باطار قاعدة عامة تتصدى لجميع جوانبه يبقى محل تسائل سنعمد للاجابة عنه في هذا البحث الموجز.

فرضية البحث (مشكلة البحث):-

٥- تصدى القانون الانكليزي الى مشاكل اساءة استعمال السلطة في اطار علاقات القانون الخاص من خلال فرض التزام ائتماني على المؤتمن على مصالح الغير في علاقة ينبغي ان تسودها الثقة والاعتماد بمنتهى الحزم والقسوة بغية حمل الاخير على حسن تنفيذه لواجباته. ونرى بدورنا ان ليس لهذا المفهوم العام -الذي ينبسط على العديد من العلاقات التي تجذب اعمال هذا الالتزام- حضور في القانون المدني العراقي وفي بقية التشريعات العراقية الاخرى، كما ان التشريعات العراقية لم تتضمن نصوصا جامعة شاملة تمنع، او تحد على اقل تقدير، من قدرة المؤتمن على استغلال وضعه بغية التربح على حساب الاصيل في هذه الطائفة من العلاقات القانونية. لذا فان الحل الذي من شانه ان يضمن عدم انجرار المؤتمن الى رعاية مصالحه بدلا من التزامه هو في تكريس الالتزام الائتماني بنصوص عامة مجردة تسمح بانطباقها على اكبر قدر ممكن من العلاقات القائمة على الامانة والثقة لتجري على غرار طريقة صياغة المشرع لنظرية التعسف في استعمال الحق[٦] في سعة نطاقها.

منهجية البحث:-

٦- سنعتمد في هذا البحث منهج الدراسة المقارنة بين القانونين الانكليزي(والانكلوسكسوني بوجه عام) والعراقي، مستعينين في ذلك بما تيسر من المصادر الفقهية الانكلو-سكسونية، هادفين من ذلك بسط المفهوم العام للالتزام الائتماني. وقد توخينا في هذه الدراسة الايجاز وعدم الولوج في تبيان الاحكام الخاصة بكل علاقة ائتمانية، والتي تنتظمها احكام خاصة تستاهل ان تخصص لها دراسة مستقلة، لان من شان ذلك ان يباعدنا عن هدفنا العام في تبيان الاطار العام لهذا المبدا. وسنعتمد النهج ذاته عند التعرض لموقف القانون العراقي من المبدا الائتماني، تاركين توضيح الاحكام التفصلية للنصوص القانونية المعروضة لما تناولته اقلام الفقه من توضيح في هذا الشان.

خطة البحث:-

٧- نعقد لدراسة مشكلة البحث انفة الذكر ثلاثة مباحث: يتناول المبحث الاول مفهوم الالتزام الائتماني، ويعالج المبحث الثاني نطاق انطباق الالتزام الائتماني، ويوضح المبحث الثالث موقف القانون العراقي من

---

[١] تنظر المادة ١٢ من هذه الاتفاقية.

[2] Sarah Worthington, Fiduciaries: When is Self-Denial Obligatory? (1999) 58(3) Cambridge L. J, P.504.

[3] Robert H. Sitkoff, *the Economic Structure of Fiduciary Obligation* (2011) 91(1039) Boston L. J, P.1040.

[4] ibid, P.١٠٤٤.

[5] Tamar Frankel, Fiduciary Law (1983)71(3) California L.J,P. ٨١٣; Sitkoff, *op cite*, P.1040.

[٦] تنظر المادتين٦و٧ من القانون المدني العراقي.

المبدا الائتماني، وسنناقش في المبحث الرابع والاخير امكانية زرع المبدا الائتماني في القانون العراقي، على ان يلي ذلك خاتمة نستعرض فيها النتائج التي توصلنا اليها ومقترحاتنا في هذا الشان.

المبحث الاول

التعريف بالواجب الائتماني

٨- لا يمكن الاحاطة بماهية الالتزام الائتماني بغير التعريف به، وتحديد العنصر الجوهري الذي يقوم عليه. وستنال هذه المسائل حظها من الدراسة والتوضيح في المطالب الثلاثة القادمة.

المطلب الاول

مفهوم الالتزام الائتماني

٩- يعني مصطلح Fiduciary المؤتمن، وهو تعبير مشتق من من المصطلح اللاتيني Fiducia الذي يعني بدوه مفاهيم الامانة والثقة.[١]وقد ارتبط هذا المفهوم منذ نشوءه في اواخر القرن السابع عشر في انكلترا[٢] بمفهوم العدالة والتي تابى ان يستغل المرء حاجة غيره الى خدماته او خبرته فيستغل وضعه الائتماني في تحقيق فائدة غير عادلة على حساب المستفيد. وقد اقتصر نطاق انطباق هذا المبدا في بداية ظهوره على علاقة الامين trustee بمن ائتمنه على ماله، الا انه سرعان ما طغى ليشمل علاقات اوسع كتلك التي اشرنا اليها فيما تقدم.[٣] واكتسب المبدا المذكور،بفعل اجتهاد القضاء في الازمنة الاحقة، قدرا من الثبات والرسوخ.[٤]

١٠- ويعد الالمام بهذا المفهوم من اكثر المواضيع تعقيداً"، فقد استعصى على القضاء والفقه ان يحيط بمضمونه[٥] ويجمع شتات تطبيقاته المتنوعة والمتشعبة، بالنظر لشموله علاقات متعددة ومتشعبة. بيد ان هذه الصعوبة لم تمنع القضاء من محاولة سبر غور هذا الالتزام. وقد جاءت المحاولة الاولى على يد القاضي Mason في *قضية،، Hospital Products v United States Surgical Corporation* والذي وصف العلاقة التي تنتج الالتزام الائتماني بالاتي :-

ان السمة الحاسمة لهذه العلاقات هو ان الائتماني يتعهد بان ياخذ او يقبل بالعمل لاجل او نيابة عن او لمصلحة شخص اخر في ممارسته لسلطة او حرية التقدير والتي سوف تؤثر على مصالح ذلك الشخص بالمعنى القانوني او الواقعي. ان العلاقة بين الاطراف هي لذلك واحدة من تلك التي تعطي الائتماني فرصة خاصة لممارسة السلطة او حرية التقدير اضرارا بذلك الشخص والذي هو تبعا لذلك معرض للاساءة من

---

[١] تنظر في تفصيل ذلك المراجع القانونية الانكلو-سكسونية الاتية:-

Leonard I. Rotman, 'The Vulnerable Position of Fiduciary Doctrine in the Supreme Court of Canada' (1996) 24(1) Man L J 60; Dennis Klinck, 'Things of Confidence: Loyalty, Secrecy and Fiduciary Obligation' (1990) 54 Sask L Rev 73, 90; Derek French, Stephen W. Mayson and Christopher L. Ryan, *Mayson, French & Ryan on Company Law* (29 th edn, OUP 2013) 476, para 16.3.2; Mr Justice R. P. Meagher & Adrian Maroya, 'Crypto- Fiduciary Duties' (2003) 26(2) U N S W L J 348, 350-351.

[٢] تنظر قضية *Keech v Sanford* [1726] 25 E R 223(CH) والتي تعد باكورة الاحكام القضائية التي كرست جذور هذا المبدا وتتلخص وقائع هذه القضية في ان احد الامناء على اموال رضيع قد دخل في مفاوضات مع مالك عقار لغرض تجديد اجارة عقار lease قبل انقضاء مدته. الا ان المالك رفض تجديد العقد للرضيع، الامر الذي حدى بالوصي الى ان يستخلص الاجارة لنفسه. ولما عرضت القضية على المحكمة ذهب اللورد Chancellor في ص ٦٢ من هذا الحكم " قد يبدوهذا صعبا ان الامين هو الشخص الوحيد في العالم الذي يجب ان لا ياخذ الاجارة: ولكن من المناسب جدا ان تتبع هذه القاعدة بقسوة....لانه من الواضح ما هي النتائج التي ستترتب على السماح للامين ان يحصل على الايجارة عن رفض التجديد لاستعمال الامين use *cestui que*.

[3] McCamus, op cite, P.108.

[4] M.H. Ogilvie, 'Banks, Advice-Giving and Fiduciary Obligation' (1985) 17(263) Ottawa L. J., P.263.

[٥] انظر بهذا الخصوص في الفقه الانكلو-سكسوني:-

Pearlia Koh, 'Once Director, Always a Fiduciary?'(2003) 62(2) Cambridge L J 403, 405; Stephen Griffin ' Conduct Amounting to a Breach of the Conflict of Interest Duty' (2010) 268 Co L N 1, 2; Bikramaditya Ghosh & Karmendra Singh, 'Directors' Duties in India: Strengthening the Laws on Trusteeship' (2009) 20(6) I C C L R 199; Deirdre Ahern, 'Legislating for the Duty on Directors to Avoid Conflicts of Interest and Secret Profits: The Devil in the Detail' (2010) 45 Irish Jurist 82, 291; Arthur B. Lary, 'Resolving Conflicts of Duty in Fiduciary Relationships' (2004) 54(75) Am U L Rev 75, 80-81; Martin Day, 'Fiduciary duties' (2009) 15(6) Trusts & Trustees, 447; Paul B. Miller & Charles Weijer, 'Fiduciary Obligation in Clinical Research' (2006) 34 (2) journal of Law, Medicine & Ethics, P. 3.

قبل الائتماني في وضعه. ان التعابير "لاجل" و " نيابة عن" و " لمصلحة" تعني ان الائتماني يعمل بطابع تمثيلي في ممارسته لمسؤولياته.[١]

ويؤخذ على هذا المبدا القضائي قصره المبدا الائتماني على العلاقات القائمة على اساس تمثيل مصالح المستفيد، ولم ياخذ في اعتباره حقيقة ان العلاقات الائتمانية مما تتسع فتعم روابط اوسع من هذا المفهوم الضيق، كعلاقة الطبيب بالمريض والمستشار الاقتصادي بمن استشاره وقس على ذلك سائر الاحوال الاخرى.

وقد نحى القاضي الشهير Millett في قضية *Bristol and West Building Society v Mothew* منحى اخر بالتعويل على الواجب (او الالتزام) الذي ينشا عن العلاقة الائتماني، فيرى ان الائتماني هو:-

" اي شخص يتعهد بالعمل لمصلحة او لحساب شخص اخر في مسالة معينة وفي ظروف تثير علاقات الامانة Trust والثقة confidence. والالتزام المميز للائتماني هو واجب الولاء. فالاصيل Principal مخول باقتضاء ولاء عن ذهن منفرد[٢] من الائتماني. وجوهر هذه المسؤولية يتالف من اوجه عدة. فالائتماني يجب ان يعمل بحسن نية، ويجب ان لا يجني فائدة من اموال الامانة؛[٣] ويلزم ان لا يضع نفسه في موقف قد يتضارب فيه واجبه مع مصالحه الخاصة، وعليه ان لا يعمل لمصلحته الخاصة او لمصلحة شخص ثالث بدون استحصال موافقة معلومة[٤] من قبل الاصيل".[٥]

ولعل الطابع المميز لهذا التعريف هو غلبة الميل نحو ايراد تعداد لاوجه الالتزام الائتماني بديلا عن محاولة الولوج الى جوهره ونطاق انطباقه. بيد انه يفهم من الحكم المذكور ان اعمال الالتزام المذكور تحدده ظروف العلاقة محل النظر من قبل القضاء[٦] وما اذا كان بالامكان نعتها بالعلاقة الائتمانية،[٧] وليس طبيعة العلاقة بحد ذاتها.

١١- ونرى بدورنا ان الائتماني هو كل شخص تفرض عليه ظروف العلاقة التي تربطه بالاصيل- والقائمة على اساس من الثقة والاعتماد الى خبرته او كفائته في انجاز التزام او عمل ما- على نحو يتيح له سلطة التاثير على مصالح المستفيد، ان يكون مواليا للاخير، وهو ما يقتضي منه ان يعمل بحسن نية لمصلحة الاصيل، وان يتجنب اي وضع قد تتضارب فيه مصالحه المباشرة او غير المباشرة، ولو بصورة محتملة، مع مصالح الاخير.

١٢- تاسيسا على ما تقدم، ينبع الواجب الائتماني من علاقة تتوافر فيها السمات الاتية[٨]:-

١-ان تتاسس هذه العلاقة على اعتبارات الثقة بالائتماني واهليته واستقامته او كفاءته او خبرته[٩] في مجال معين.[١٠] وليس بلازم ان تتوافر هذه الثقة في الائتماني من قبل الاصيل ذاته، والذي قد يكون عديم الارادة او ناقصها، كالصغير او الصبي او المحجور، بل يكتفى في هذا الخصوص ان يتحقق ذلك من قبل القانون او الجهة التي تولت تسميته، كالمحكمة او اية هيئة او مؤسسة لها سلطة التعيين كالهيئات المختصة بالرقابة على انشطة الشخص المعنوي ورعاية شؤون القاصرين. ولا يعبا القانون الانكليزي بعد هذا بطبيعة العلاقة ذاتها

---

(1) (1984)156C.L.R41. Cited by Worthington, op cite, P.504-505.

(٢) ويراد بالذهن المنفرد single mind هو ان لا يراعي الائتماني عند قيامه باي تصرف سوى مصالح الاصيل.

(٣) اي الاموال التي اؤتمن عليها.

(٤) تعني الموافقة المعلومة تلك التي تصدر عن الاصيل بعد احاطته علما بجميع ظروف حالة التضارب في المصالح، بغية ان تصدر الموافقة عن ارادة حرة خالية من عيوب الارادة.

(5) [1996] 4 All E R 698, 711-712 (CA).

(6) Miller & Weijer, op cite, P. 3.

(7) P. D. Finn, *Fiduciary Obligations* (Law Book Company Ltd 1977) 21, para 3.

(٨) ترى القاضية Wilson في رايها المخالف في القضية الكندية *Frame v Smith* [1987] 2S.C.R.42 D.L..R.(4th) 84 ان:-

العلاقات التي يفرض فيها [الالتزام الائتماني] تبدو انها تحوز ثلاثة خصائص عامة:-

١- ان للائتماني مجال لممارسة بعض من سلطة التصرف.

٢- ان الائتماني يستطيع بشكل منفرد ممارسة تلك السلطة بغية التاثير على المصالح القانونية والعملية.

٣- ان المستفيد ضعيف بشكل غريب للائتماني او تحت رحمته والذي يملك سلطة التقدير والتصرف.

This case cited by Miller & Weijer, op cite, P. 5.

(9) Frankel, op cite, P. 808.

(10) Lawrence E. Mitchell, 'The Death of Fiduciary Duty in Close Corporations' (1990) 138 U PA L Rev 1675, 1684; P. B. Mile, 'A Theory of Fiduciary Liability' (2011) 56(2) McGill L J 235,144.

وما اذا كانت مدنية ام تجارية، وسواء قدمت الخدمة مجانا ام بمقابل،[١] ذلك لان العبرة تكمن فيما تفضي اليه هذه العلاقة من قدرة الائتماني على التاثير على مصالح المستفيد. كما انه ليس بلازم ان يعمل الائتماني لمصلحة او نيابة عن المستفيد شرطا لنشوء الالتزام الائتماني، فقد قضت احدى المحاكم الكندية بان قيام شركة باستغلال المعلومات السرية التي افصحت عنها شركة اخرى بمناسبة اجراء مفاوضات بين الشركتين لغرض اجراء مشروع مشترك من خلال قيامها بشراء عقارات لها صلة بالمعلومات المفصح عنها لمصلحتها الخاصة يعد خرقا لواجب ائتماني يتعلق بالمحافظة على اسرار الطرف الاخر.[٢]

٢-ان تتطلب ظروف العلاقة ذاتها منح الائتماني سلطة التعاطي مع مصالح الاصيل.[٣] ويرتبط مدى اعتماد المستفيد الى خدمات الائتماني على ظروف العلاقة ذاتها والغرض منها[٤] ومقدار السلطة التي فوضت للائتماني ودرجة الرقابة المفروضة عليه. وبناء على ما تقدم تكون السلطة الممنوحة لمدراء الشركة المساهمة اوسع نطاقا مما عليه الحال بالنسبة لمدراء بقية انواع الشركات الاخرى بحكم ضعف الدور الذي يلعبه المساهمون في ادارة الشركة المساهمة والاشراف عليها. وهذه القدرة على التاثير على مصالح المستفيد تكون بدورها اشد من من قدرة العامل على التاثير على مصالح رب العمل بحكم خضوع الاول لرقابة الثاني. ويؤخذ بالحكم ذاته بشان الوكيل بالبيع ذو السلطة المحدودة او الشخص المستفيد من الاستشارة والذي قد يملك الخبرة المناسبة لتقييم الاستشارة او قد يطلب رايا اخر على نحو ينفي اعتماده الاجمالي على المؤتمن.[٥] كما ان لظرفي الزمان والمكان دور في زيادة حدة الاعتماد وسلطة الوكيل في المساس بمصالح موكله تكون اشد خطورة في حالة غياب الاصيل منه عن حالة حضوره والتي تتيح له ممارسة الرقابة على انشطته.[٦]وايا كان نطاق سلطة التصرف في مصالح الغير، ومقدار الرقابة المفروضة عليه من قبل الاصيل، يعد العامل والوكيل مؤتمنين على مصالح المستفيد طالما كان هؤلاء يتمتعون بقدر من القدرة على التاثير على مصالح الاصلاء قلت ام كثرت.

تجدر الاشارة الى ان سلطة الائتماني في التعاطي مع مصالح المستفيد ليست حقا له، وانما ترد عليها ثلاثة قيود:اولهما: ان يمارس سلطته التقديرية بنفسه لا ان يعهد بها الى شخص اخر، وثانيهما، ان يمارس سلطته بحرية، وان يتجنب الولوج في اتفاقات من شانها ان تغل من سلطته التقديرية وتؤثر بالنتيجة على قدرته على انجاز التزامه بما يحقق اقصى فائدة ممكنة للمستفيد.[٧] وثالث هذه القيود هو ان يستعمل الائتماني السلطات الممنوحة له طبقا للغرض الذي فوضت من اجله. وعلى هذا يعد قرار مدير الشركة بطرح اسهم جديدة للاكتتاب، بقصد تفتيت اغلبية المساهمين المعارضة لقرار اتخذه، لضمان تمرير القرار مجددا، غير مشروع لتعارضه مع الغرض من تفويض الصلاحية الا وهو وجود حاجة فعلية لزيادة راس المال.

٣- ان تخلق هذه العلاقة علاقة غير متوازن بين الطرفين يكون فيها الاصيل في مركز الضعيف بفعل احتياجه الى خدمات المؤتمن وتمتع الاخير بسلطة تدبير شؤونه ووجود احتمال باساءة استغلاله لهذه السلطة.[٨]

٤-وبغية حمل الائتماني على حسن تنفيذه لالتزاماته قبل المستفيد fiduciary من خدماته، يفرض القانون الانكليزي او الاتفاق على الاول التزامات معينة، بغية حماية الثقة التي اودعت فيه، والتي تفضي بالضرورة الى حماية الثقة العامة.

١٣- والواقع ان لا سبيل لحصر الالتزامات الائتمانية لانها ترتبط بطبيعة وظروف العلاقة ذاتها وما تنتجه من التزامات، الا انه بالامكان تبيان اهم هذه الالتزمات واكثرها شيوعا في الواقع القانوني الانكلوسكسوني، منها على سبيل المثال:-

---

(1) McCamus, op cite, P.١١٨.

(2) The Canadian case *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd* [1989] 2 S.C.R. 574. Cited by McCamus, op cite, P.١٢٠.

(3) Paul L.Davies, Sarah Worthington and Eva Micheer, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law* (8th edn, Sweet and Maxwell 2008) 496, Para 16.17; Frankelop cite, P. 809.

(4) Worthington, op cite, P.505; McCamus, op cite, P.108.

(5) McCamus, op cite, P.١٢٣.

(6) Frankel, op cite, P. ٨١٠.

(7) Miller & Weijer, op cite, P. ٢٤.

(8) Frankel, op cite, P. ٨٠٩.

ا- الالتزام بالعمل وبحسن نية لتحقيق مصلحة الاصيل في عمل ما.[١] ويندرج ضمن هذا الالتزام الالتزام بتقديم النصيحة او المشورة باخلاص وامانة وتجرد من قبل الائتماني والذي قد يتخذ شكل مصرف او شركة استشارات تجارية او استثمارية او محامي او طبيب. ولعل من موجبات تنفيذ هذا الالتزام الكشف للمستفيد عن الظروف المتصلة بتقديم النصحية، من ذلك التصريح له بوجود مصالح للمصرف في الشركة التي يراد ان يستثمر الزبون امواله فيها، كان تكون الشركة احد عملاء المصرف او ان يكون الاخير مالكا لاسهم فيها.[٢]

ولمفهوم المصلحة معنى اعم من مجرد المصالح الاقتصادية، فيشمل ذلك مصالح اخرى كحماية الجسد والشرف والسمعة وحماية الخصوصية وحرية الوصول الى المعلومات وقيم الاسرة وما سوى ذلك.[٣] ويترتب على هذا لزوم اعمال الجزاءات التي نص عليها الالتزام الائتماني في الاحوال التي يرتكب فيها الاب جريمة زنا المحارم[٤] بحق القاصر او ان يستغل الطبيب مريضته المدمنة على المخدرات استغلالا جنسيا مقابل اعطاءها وصفات العلاج.[٥] ولا شك ان اعمال مبادئ المسؤولية المدنية العقدية بصدد الحالات اعلاه قد لا تفضي الى التصدي مدنيا لهذه الافعال الشائنة الا اذا افترضنا ان مسؤوليتهم تقوم على اساس خرق التزام العمل لمصلحة من ائتمنهم على مصالحه.[٦]

والتزام المؤتمن في السعي لتحقيق مصلحة الاصيل هو التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق نتيجة. وعلى هذا لا تقوم مسؤولية المستشار المالي او المحامي عن تقديمهما لنصيحة لم تفض الى تعظيم مصالح الاصيل بفعل انخفاض غير متوقع في اسعار اسهم ما او بسبب ضعف المركز القانوني للموكل. ولا تقوم مسؤولية مدير الشركة عن الاعمال المؤدات والتي لم ينتج عنها تعظيم ارباحها [٧] بفعل عامل المنافسة في السوق طالما تعذر نسبة اي اخلال من قبله بالتزماته[٨].

ب- واجب تجنب التضارب في المصالح، وبمقتضاه يمتنع على الائتماني ان يضع نفسه في موقف تتضارب فيه مصالحه المباشرة او غير المباشرة او مصالح غيره مع مصالح المستفيد، ولو بصورة محتملة، بغير الترخيص له بذلك سلفا من قبل المستفيد.[٩] ويمكن التمثيل على حالات التضارب في المصالح بقيام العامل والمحامي ومدير الشركة بمنافسة الاصيل او استغلال امواله او المعلومات والفرص التي وقفوا عليها بمناسبة تادية التزاماتهم لمصالحهم الخاصة، او ان يقدم المصرف نصيحة اقتصادية الى احد زبائنه تشجيعا له على اكتساب شركة اخرى ويخفي عنه في الوقت عينه حقيقة ان الاخيرة تعد احد زبائنة ويتولى ادارتها احد مدراء المصرف.[١٠]

ج- واجب تجنب تمثيل مصالح متعارضة: وبمقتضى هذا الالتزام على الوكيل او المحامي ان يتجنب تمثيل الخصوم في نزاع معين خشية ان يقوم بافشاء ما وقف عليه للموكل الاخر،[١١] او ان يعمل مدير الشركة او احد موظفيها في اكثر من شركة منافسة، او ان تقدم شركة استشارات فنية او هندسية او تجارية مشورتها الى شخص للاستثمار لدى شركة لها فيها مصلحة.

د- واجب الاعلان عن المصلحة في تصرف قانوني يكون للائتماني فيه مصلحة مباشرة او غير مباشرة، الى المستفيد. ويعد مخلا بهذا الالتزام الوكيل الذي يقوم ببيع ماله للاصيل او ان يشتري مال الاصيل لنفسه

---

(1) Worthington, *op cite*, P.504; Ogilvie, op cite, P.263

(2) Ogilvie*, op cite*, P.263

(3) Worthington, op cite, P.50٧.

(4) ibid, P.50٠.

(5) The Canadian case Norberg v Wynrib [1992] 2 S.C.B. 226. 92 DL.R. (4th) 229. Cited by McCamus, op cite, P.114.

(6). McCamus, op cite, P.114.

(7) Miller & Weijer, op cite, P. ٢٢-23.

(٨) تنظر المادة (٢٥١) من القانون المدني العراقي.

(9) Sitkoff, op cite, P.1043; Miller & Weijer, op cite, PP. 20, 31.

(١٠) تنظر القضية الامريكية *Standard Investments Ltd v Canadian Imperial Bank of Commerce* (1983) 24 B.L.R 1, 5 D.L.R. مشار اليها من Ogilvie, *op cite*, P.263.

(11) Miller & Weijer, op cite, P. 20.

بغير ترخيص منه،[١] ويؤخذ بالحكم ذاته بشان المستشار الاقتصادي الذي يشجع المستفيد على الولوج في مشروع له فيه مصلحة.[٢]

ولا مسؤولية على الائتماني ان رخص له المستفيد هذا التضارب في المصالح بناء" على تصريح كامل وصحيح عن جميع الحقائق الجوهرية المتعلقة بمصلحته في الصفقة، بغية تمكين المستفيد من اتخاذ قراره عن معرفة بطبيعة ومدى التضارب في المصالح.[٣]. ويعد التصريح بالمصلحة الى المستفيد احد اسباب الاعفاء من المسؤولية التي يقررها المبدا الائتماني تخفيفا من غلوها.

٥- واجب الامتناع عن قبول اية فائدة او منفعة او رشوة من شخص ثالث له صلة بانفاذ التزامه قبل المستفيد.[٤] والواقع ان المسؤولية عن الاخلال بهذا الالتزام تقوم على مجرد تقاضي الفائدة وبصرف النظر عن المسائل المتعلقة باخلال الائتماني بالتزامه للمستفيد، ذلك ان حرمان الائتماني من الفائدة المنهي عنها يجد سنده في قاعدة "لا ربح" no-profit rule التي تسود اقضية المحاكم الانكلو-سكسونية، والتي تحظر عليه التربح من وضعه الائتماني وان لم يكن من شان تقاضي الفائدة ان يضعه في مركز التضارب في المصالح.[٥]

٥-يترتب على اخلال الائتماني بالالتزمات الائتمانية تعرضه لمسؤولية مدنية تتسم بالقسوة والضراوة.[٦] وتبدو القسوة في ان قيام المسؤولية لا يستلزم اثبات عناصر المسؤولية المدنية المعروفة (الخطا والضرر وعلاقة السببية)، وانما تقوم على عنصر واحد، الا وهو وضع الائتماني نفسه في موقف التعارض في المصالح وعدم قيامه باستحصال موافقة المستفيد المسبقة على ذلك. ويترتب على قيام هذه المسؤولية ان ينهض حق المستفيد في المطالبة بمصادرة الفائدة المتحققة نتيجة الاخلال بالالتزام،[٧] ان ساوت في قيمتها مقدارالضرر او جاوزته، وبخلاف ذلك يحق للمستفيد المتضرر المطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل وفقا للمبادئ العامة في التعويض الانصافي.[٨] فكان الائتماني في هذه الحالة يلعب دور الوكيل الذي يعمل رغم اخلاله بالتزامه، لمصلحة المستفيد. ويعني هذا ان الفائدة المتحصلة عن الاخلال بالتزام الائتماني تعد ملكا للمستفيد بوصفه امينا انشائيا constructive trustee[٩] يلتزم بالمحافظة عليها وتنميتها لمصلحة المستفيد ولو قام يتحويلها الى شخص ثالث عن تواطو معه.[١٠] وتهدف المصادرة الى تحقيق الدور الردعي (الوقائي) Deterrence Role[١١] للجزاء المدني يبدو في ابطال اي حافز لدى الائتماني لخرق التزامه فيما لو علم مسبقا ان جميع الجهود المبذولة من قبله ستؤول في النهاية الى المستفيد فيما لو انكشف امر المخالفة. ولا ريب ان فرض هذا الجزاء له فائدة اخرى تكمن في اشاعة ثقافة الافصاح للمستفيد عن التضارب في المصالح. واخيرا قد يجد القضاء ان خير علاج لخرق الالتزام الائتماني يكمن في تقرير بطلان التصرف الذي تلوث بخرق الالتزام.[١٢]

والواقع ان الاحاطة بالاحكام المنظمة لهذه الالتزامات وبيان شروط قيام مسؤولية الائتماني يستلزم الكثير من الافاضة، وهو ما يخرجنا كثيرا عن نطاق دراستنا والتي تختص بالقاء نظرة عامة على مفهوم الالتزام الائتماني لذا نكتفي بهذا القدر.

---

(1) McCamus, op cite, P.١٠٨.

(٢) تنظر القضية الكندية *Hodgkinson v Simms* [1994] 3 S.C.R. 377,117 D.L.R(4th) 161 مشار اليها من قبل:- McCamus, op cite, P.110.

(3) Sitkoff, *op cite*, P.١٠٤٣.

(4) McCamus, op cite, P.108.

(5) McCamus, op cite, P.108.

(6) Curk Shue Sing, *'Avoidance of Loss, Regal Hastings and the No Conflict Rule'* (2013) 34(3) Comp Law 73, 76; Stanley M. Beck, *'Constraints on Pursuing Corporate Opportunity'* (1988) Can-USLJ 143.

(7) Worthington, op cite, P.٥٠٧; Sitkoff, op cite, P.1040; McCamus, op cite, P.109.

(8) McCamus, op cite, P.112; Sitkoff, op cite, P.١٠٤٨; Sitkoff, op cite, P.١٠٤٩.

(٩) وتعني الامانة الانشائية ان للقضاء ان يتخذ قرارا يعد فيه من يحوز ارباحا ناجمة عن الاخلال باحد الالتزامات الائتمانية امينا على هذه الاموال بلتزم بالمحافظة عليه وتنميتها الى حين ان يردها لصاحب الحق فيها.

(10) Frankel, op cite,P. ٨٢٨; McCamus, op cite, P.109.

(11) Sitkoff, op cite, P.١٠٤٣.

(12) Worthington, op cite, P.٥٠٧.

المطلب الثاني
واجب الولاء

١٤- يفهم من القول الماثور للقاضي Millett في قضية *Bristol and West Building Society v Mothew*[١] سالفة الذكر ان الالتزام بالولاء Loyalty للمستفيد يعد جوهر الواجبات الائتمانية والتي تدور بمجملها حول هذا المفهوم العام. والواقع ان الاحاطة بهذا المفهوم وادراك محتواه امر لا يقل صعوبة عن الاحاطة بمفهوم الالتزام الائتماني ذاته. بيد ان المعاجم القانونية الانكليزية افاضت في تعريف الولاء، بالقول انه ((الالتصاق باخلاص بوعد قدم لشخص ما))[٢] وقد يعني ((الاخلاص faithfulness والامتثال allegiance لسيادة شخص او سلطته)).[٣] ولم يتردد بعض من الفقه الانكليزي في محاولة استجلاء مفهوم الولاء بالقول انه يعد تجسيدا لمفاهيم الوفاء والثقة والتفاني التي يجب ان يدين بها الائتماني للاصيل.[٤]ويصف البعض الاخر الولاء بانه انجاز الواجب بحسن نية مطلق وبطريقة غير انانية. ويعتقد جانب اخر من الفقه ان الولاء يفرض على الائتماني ان يعمل بحسن نية وان لا يرجح مصالحه على واجبه،[٥] اي انه يعني اختصارا نكران الذات Self-denial.[٦]

١٥- واذا كان لنا ان ندلو بدلونا بصدد هذا الموضوع فاننا نرى بان الولاء يتحلل الى عنصرين:-

العنصر الاول: العنصر النفسي psychological element، ويتبدى بمفاهيم الامانة والاخلاص والالتصاق بمصالح المستفيد التي تؤلف مجتمعة مفهوم الولاء والتي تتاصل في سلوك الائتماني وتدفعه الى مراعاة مصالح المستفيد. بيد ان مفهوم الولاء بمعناه المعنوي قد يصلح لوصف العلاقة بين الاشخاص الطبيعية لا المعنوية، لان من العسير تصور ان يكون الشخص مواليا لمن لا ارادة له. لذا نرى بان المراد بالولاء في علاقة الائتماني بالمستفيد تنصرف الى معناها القانوني لا المعنوي.

العنصر الثاني: وهو العنصر المادي material element، ويلزم فيه ان يتجسد الولاء في سلوكيات او قرارات تصب في مصلحة المستفيد، وبخلاف ذلك تفهم الخيانة disloyalty التي لا تخرج عن احد صورتين:-

وتبدو الصورة الاولى من عدم الولاء حينما يميل الائتماني الى مصالحه الخاصة بدلا من واجبه. ويوصف هذا السلوك "بالانتهازية" opportunism او "مراعاة المصالح الشخصية" self-interest او "الخيانة" لمصالح betrayal للاصيل. ويمكن التمثيل على هذه الحالة حينما يغتصب مدير الشركة او العامل او المحاسب او الوكيل اموال المستفيد او فرصة مربحة، او ان يستفيد بصفة شخصية من المعلومات التي وقف عليها بحكم منصبه،[٧] او ان يتقاضى هؤلاء منفعة او رشوة من الشخص المتعامل مع الاصيل اخلالا بالتزاماتهم قبله،[٨] او ان يخفي المؤتمن مصلحة مشروعة في صفقة يزمع ابرامها مع الاصيل، [٩] او ان لا يقدم بامانة واخلاص النصح او المشورة في امر للمستفيد.

وتتخذ الصورة الثانية من عدم الولاء حالة ان يضع المرء نفسه، او قد تضعه الظروف، في موقف يفرض عليه ان يميل الى رعاية مصلحتين متعارضتين يتعذر التوفيق بينهما بغير التفريط باحدهما مما يفضي الى التضارب في المصالح. ويمكن التمثيل على ذلك بالحالة التي يعمل فيها مدير الشركة او احد موظفيها لدى شركة منافسة او ان يعين المؤتمن عضوا في مجلس ادارة شركة تابعة للشركة التي سمته، او ان يكون

---

(1) [1996] 4 All E R 698, 711-712 (CA).

(2) See *Oxford English Dictionary* <http://0-www.oed.com.unicat.bangor.ac.uk/ view /Entry /110759 ?redirected From=loyalty#eid > accessed on 1 May 2014.

(3) *Longman Dictionary of Law* (7th edn, Pearson Education 2007) 229.

(4) Neil Richards, 'A Question of Loyalty' (1993) 12 Crim Just Ethics 48, 49.

(5) John M. Sjovall, 'What Duty Do Company Directors Owe to Banks and Other Creditors?' (2004) 121 Banking L J 4, 9.

(6) Sarah Worthington, 'Corporate Governance: Remedying and Ratifying Directors' Breaches' (2000) L Q R 638, 641.

(٧) ينظر على سبيل المثال القسم ١٧٥ من قانون الشركات الانكليزي.

(٨) ينظر على سبيل المثال القسم ١٧٦ من قانون الشركات الانكليزي لعام ٢٠٠٦ والذي سناتي على ذكر مضمونه فيما يلي من ابحاث.

(٩) ينظر على سبيل المثال القسم ١٧٧ من قانون الشركات الانكليزي لعام ٢٠٠٦. علما اننا سناتي على تبيان مضان هذه النصوص فيما يلي من ابحاث.

المرء وليا او وصيا او قيما مقاما على تجارة من هم تحت رعايته ويعمل في الوقت عينه في الشركة التي تستثمر اموال القاصر، او ان يمثل المحامي خصمان، وقس على ذلك سائر الفروض الاخرى. وتعرف هذه الحالة من التضارب "بتضارب الالتزامات" او "الواجبات" Conflict of obligations or duties.

١٦- ويخرج عن مفهوم الولاء، على نحو ما تقدم، واجب رعاية شؤون المستفيد duty of care او كما يعرف في القانون العراقي بالعناية التي ينبغي ان يوليها المدين. ويقوم الالتزام المذكور على مفهوم المهارة skill والرعاية care والحيطة prudence التي ينبغي ان يوليها المدين في تنفيذ عمل ما لمصلحة الغير.[١] وبعبارة اخرى ينصرف واجب الرعاية الى مدى الكفاءة competence التي يمارسها المرء انفاذا لالتزامه، ولا يمتد الى مفاهيم حسن النية والولاء والاخلاص للمستفيد. ويترتب على هذه الثنائية في تكريس الالتزامات التي تحكم علاقة قانونية معينة وبين الاطراف ذاتها اثارا قانونية من حيث شروط قيام المسؤولية وعبء اثباتها والنتائج التي تترتب على ذلك: فلا تتطلب قيام المسؤولية عن الاخلال بواجب الولاء سوى اقامة الدليل على وضع الائتماني لنفسه في وضع تتضارب فيه مصالحه مع التزامه[٢] دون حاجة الى اثبات اركان المسؤولية المدنية، والتي تعد بالمقابل شرطا لقيام مسؤوليته عن خرق واجب الرعاية. كما ان اثبات اخلال الائتماني بالواجب الائتماني يقاس طبقا لمعيار موضوعي subjective standard،اي وفقا لتقديره الشخصي ومدى مراعاته لمبدا حسن النية في تنفيذ التزامه. في حين تتحدد مسؤولية الائتماني عن الاخلال بواجب العناية بصورة موضوعية، اي وفقا لمعيار الشخص المعقول reasonable person ان وجد في ظروف مشابهة.[٣] واخيرا، يترتب على خرق الالتزام الائتماني الزام الائتماني بمصادرة الفائدة التي حصل عليها، في حين يلتزم من اخل بواجب الرعاية باداء التعويض عن الضرر الذي حاق بالدائن وفقا لما تقرره المحكمة في هذا الخصوص.[٤]

وبناء على ما تقدم، يعد الطبيب قد اخل بواجب الرعاية ان هو نصح المريض باجراء عملية لا ضرورة لها او لا جدوى منها في تحسين وضعه الصحي عن اهمال وعدم تبصر، في حين انه يكون قد اخل بالتزام الولاء للمريض ان نصحه باجراء العملية برغم علمه بعدم جدواها بالنسبة لوضعه بغية تقاضي اجور العملية نظير ذلك او نصحه باجراءها في المستشفى التي يملكها او له فيها مصلحة مالية فيها رغم علمه بعدم توافر المقومات المادية والبشرية لنجاحها بغية كسب فائدة مالية للمستشفى على حساب المريض.

سمات الولاء:-

١٧- للولاء سمات معينة يمكن استخلاصها من مجمل القواعد المنظمة للالتزمات الائتمانية، وهي:-

١-الولاء مفهوم ذو معنى واسع مجرد يستوعب جميع تصرفات الائتماني التي تحكمها جوانب متعددة من الالتزامات الائتمانية سالفة الذكر[٥] والتي يتشكل منها هذا الالتزام. ويعني هذا ان هذه الواجبات لا تخرج عن كونها تطبيقات للولاء تغطي جوانب معينة منه دون ان تكون مرادفة له. ويستخلص من ذلك، بمفهوم المخالفة، ان الولاء بوصفه مفهوما مجردا لا يمكن انفاذه بدون الركون الى جوانبه التفصيلة سالفة الذكر.[٦]

٢-الولاء رابطة مستقلة تفرض على الائتماني، في الغالب الاعم من الحالات، ان ينفذ التزامه طيلة ساعات خدمته للمستفيد، وليس اثناء تنفيذ التزامه فحسب، لان القول بخلاف ذلك من شانه ان يبيح للعامل او مدير الشركة او الموظف النائب القانوني المقام لرعاية شؤون القاصر ان يفشي باسرار الصناعة او التجارة التي اطلع عليها للغير او ان يستغلها لمصلحته بعد انقضاء ساعات العمل.

وقد طبق قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ هذا المبدا ضمنا حينما منع اعضاء مجلس الادارة والمدير المفوض للشركة من العمل لدى شركة منافسة[٧] .ومنع قانون العمل الجديد رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥

---

(1) Ogilvie, op cite, P.263; Sitkoff, op cite, P.1043.

(2) Ogilvie, op cite, P.٢٨٢.

(3) Sitkoff, op cite, P.1040; Ogilvie, , P.263.

(4) Ogilvie, op cite, P.283.

(٥) ينظر المطلب الاول من هذا المبحث.

(6) Matthew Conaglen, 'The Nature and Function of Fiduciary Loyalty' (2005) 121(Jul) L Q Rev 452, 480.

(٧) تنظر المادة ١١٠(ثانيا") من القانون المذكور.

العامل من افشاء اسرار العمل للغير، او من قبول اية عمولة من المقاولين او المتعاقدين مع صاحب العمل الا بموافقته.[١]

٣-الولاء بوجه عام التزام لا يمكن تخفيفه بناءا" على اتفاق بين الطرفين، لان من العسير تصور ان يتفق الطرفان على ان يعمل الائتماني بسوء نية وفي غير مصلحة المستفيد [٢]لما ينطوي عليه ذلك الاتفاق من خطر داهم لا يهدد مصلحة الاخير فحسب وانما مصلحة المجتمع لما ينطوي عليه من تشجيع الى خرق الثقة والامانة وحسن النية في التعامل بين الاشخاص. واذا كان قانون الشركات الانكليزي لعام ٢٠٠٦ قد اجاز ضمنا تخفيف بعض اوجه واجب الولاء والمتمثلة باعادة تنظيم واجب الامتناع عن التضارب في المصالح في دستور الشركة،[٣] انطلاقا من حق الشركة في تحديد نطاق مصالحها وما يخرج عن ذلك، فان ذلك ينبغي ان لا يؤدي على الانتقاص من اصل المبدا، لان القانون المذكور لم يجز اعفاء المدير من جوهر واجب التضارب في المصالح.

٤-الاصل ان الولاء رابطة مؤقتة عارضة Interim ومصير العارض الزوال، لان استمراره يعتمد على استمرار العلاقة ذاتها. الا ان الولاء للمستفيد قد يستمر في بعض الروابط الائتمانية حتى بعد انقضاءها، ولا سيما تلك التي تمكن الائتماني من الاطلاع على اسرار التجارة والصناعة. وتطبيقا لذلك، مد قانون الشركات الانكليزي لعام ٢٠٠٦ نطاق انطباق واجب تجنب التضارب في المصالح وواجب عدم قبول منفعة من الغير (في حالات محددة) ليحكم تصرفات المدراء حتى بعد زوال صلتهم بشركتهم.[٤]

وقد طبق القانون المدني العراقي المبدا المتقدم، بصدد تنظيمه لعقد العمل، حينما منع العامل من افشاء اسرار العمل،[٥] واجاز لرب العمل الاتفاق مع العامل على عدم منافسته بعد انقضاء عقد العمل مقابل تعويض عادل.[٦] الا ان ما يعاب على مسلك القانون المدني ان الركون الى الاتفاق سبيلا لحماية المصالح المشروعة لرب العمل ما قد يلزم الاخير، بالمقابل، ان يعوض العامل جراء حرمانه من ممارسة حريته الاقتصادية، وهو ما يفرض عليه اعباء مالية ليس لها ما يبررها. كما ان منع المنافسة مما يشمل المزاحمة المشروعة وغير المشروعة. وتعرف الحالة الاخيرة في النظام القانوني الانكلوسكسوني بتضارب المصالح. لذا كان الاجدر بالمشرع ان يفرض على العامل، وبحكم القانون، حظرا مؤقتا ومحدد النطاق بالامتناع عن القيام باي عمل ينطوي على تضارب في المصالح ويشمل ذلك كل ما اطلع عليه بحكم عمله السابق بدلا من ذلك الحظر الشامل غير المبرر على جميع انشطة العامل المنافسة المشروعة وغير المشروعة التي قررها القانون المدني العراقي.

١٨- ويخلو القانون المدني وقانون رعاية القاصرين وقانون الشركات من نصوص مماثلة تفرض على الوكلاء والاولياء (ومن هم بحكمهم) والعاملين في الشركات بوجه عام الالتزام بالمحافظة على الاسرار المرتبطة بمصالح المستفيد. ولا شك ان في ذلك مثلبة يحسن الانتباه اليها بالتعديل في اقرب فرصة.

المبحث الثاني

نطاق انطباق الالتزام الائتماني

The Scope of Applying Fiduciary Obligation

١٩- بينا مما تقدم ان من الصعوبة بمكان وضع قائمة محددة بالعلاقات التي تقوم على اساس من الثقة والامانة والاعتماد،[٧] لان ذلك يتوقف على ظروف العلاقة ذاتها [١]وما تضمنه اتفاق الاطراف من شروط

---

[١] تنظر الفقرات (ج) و (ي) من الفقرة (ثانيا) من المادة ٤٢ من القانون المذكور.

[2] Sitkoff, *op cite*, P.104٦; Arthur B. Laby 'the Fiduciary Obligations as the Adoption of End' (2008) 56 Buffalo L R J, P.103.

[٣] ينص القسم ١٨٠/٤/ب) من القانون المذكور على انه " حينما تحتوي مواد الشركة على نصوص للتعامل مع التضارب في المصالح، لا تعد (يقصد الواجبات العامة) قد انتهكت باي فعل يؤدى (او امتناع) من المدراء، او من اي منهم، طبقا لهذه النصوص". ويجري النص الانكليزي لهذه المادة على النحو الاتي:

" where the company's articles contain provisions for dealing with conflicts of interest, are not infringed by anything done (or omitted) by the directors, or any of them, in accordance with those provisions" .

[4] ينظر القسم ١٧٠(٢) من القانون المذكور.

[٥] ينظر المادة٩٠٩/١/ه) من القانون المدني العراقي.

[٦] تنظر المادة ٩١٠ من القانون المذكور. ولا مقابل لهذه المادة في قانون العمل العراقي الجديد رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥.

[٧] وفي هذا الخصوص يقول القاضي .Slade J في قضية

تضفي عليها الصفة الائتمانية.[٢] لذا عمد الفقه الى تبني مذهبين في تحديد طبيعة العلاقة الائتمانية، الاول: المنهج الضيق[٣] (منهج العناصر الائتمانية المشتركة) ذاتها Status-based relations approach ، وبمقتضاه يصار الى امعان النظر في العلاقة ذاتها وما اذا كانت تحمل سمات او عناصر مشتركة للعلاقات التي تواضع القضاء على عدها ائتمانية معيارا" يتحدد في ضوئه طبيعة الرابطة التي تجمع الطرفين،[٤] كعلاقات الوكلاء والاباء ومدراء الشركات والمؤتمنين على اموال غيرهم والمحامين بالاصلاء. ويتسع المذهب الثاني الذي يعرف بمنهج العلاقة الائتمانية ذاتها fact-based relationships approach، ليشمل علاقات اوسع من سابقه انطلاقا من حقيقة ان الالتزام الائتماني يتولد من ظروف العلاقة لا من نوعها او الصفة التي يضفيها اطرافها عليها.

٢٠- والحق ان هذا الاجتهاد الفقهي تقف خلفه اعتبارات قانونية في غاية الاهمية: فمن الضرورة بمكان، من جانب، تحديد طبيعة العلاقة وما اذا كانت تتضمن سمات ائتمانية ليتسنى فيما بعد اخضاعها للمسؤولية التي تقررها الالتزامات الائتمانية والتي تتسم، كما راينا، بالشدة في الضرب على يد الائتماني الذي يخون الامانة. ولا شك ان تكريس احكام قانونية مخصوصة للالتزامات الائتمانية يخلق نظاما قانونيا مزدوجا للعلاقات القانونية dual legal system يفرض تحديد نطاق انطباق كل نظام. كما ان العلاقة الائتمانية ذاتها قد تحكمها التزامات ائتمانية وغير ائتمانية، فالمحامي الذي يهمل في الترافع عن موكله دون ان يضع نفسه في موضع التضارب في المصالح لا يخضع للمسؤولية الناجمة عن خرقه للالتزامات الائتمانية وان كان من شان ذلك ان يعرضه للمسؤولية التعاقدية عن اخلاله بواجب رعاية شؤون موكله الذي هو بدوره التزام غير ائتماني. كما ان البحث في طبيعة العلاقات التي تجذب انطباق الالتزامات الائتمانية له اهمية، من جانب ثان، في فهم هذه العلاقات وتبرير سبب اخضاع المؤتمن الى مسؤولية مدنية مشددة. واخيرا يفيد تحليل العلاقات الائتمانية، من جانب ثالث، في تيسير استيعاب مفهوم ونطاق انطباق هذا النظام القانوني ومن ثم مقارنته مع نظم قانونية اخرى للوقوف على مدى استيعاب هذه النظم لمفهوم الالتزام الائتماني.

٢١- وقد طرح الفقه الانكلو-سكسوني نظريات عدة في محاولة منه لتعريف العلاقات الائتمانية، منها نظرية الامانة والاعتماد ونظرية عدم التعادل ونظرية التعهد ونظرية الانتفاع واخيرا نظرية السلطة. وفيما يلي بيان مقتضب عن كل من هذه النظريات.

اولا: نظرية الامانة (او المال) Trust (or Property) Theory : -

٢٢- تنطلق هذه النظرية من حقيقة ان العلاقات الائتمانية تنشا بسبب تمتع المؤتمن بسلطة قانونية او فعلية على الاموال المعهودة اليه.[٥] ويفرض عليه هذا الواقع التزاما" بان يعمل لمصلحة من ائتمنه على هذا المال،[٦] وهو ما يبرر نشاة الواجب الائتماني واعتبار الامين trustee بمركز المؤتمنfiduciary .[٧]

تعيدنا هذه النظرية الى الاساس التاريخي لنشاة الالتزامات الائتمانية والتي ارتبطت في البداية بسلطة الامين trustee في ادارة اموال غيره[٨]، ولعلها تقدم تبريرا لطبيعة يد بعض المؤتمنين على اموال المستفيدين كمدراء الشركات[١] والعمال والوكلاء وما عداهم.

English v Dedham Vale Properties Ltd [1978] 1 W L R 93, 110 (CH) "انا لا اعتقد ان اصناف العلاقات الائتمانية والتي تثير الامانة الانشائية يجب ان تعتبر كما لو كانت تقع ضمن عدد محدود بشكل صارم او ان تكون بالضرورة مغلقة. فهذه العلاقات، بعد ذلك، ليست اكثر من صيغة لغرض منح الاسعاف الانصافي" للمتضرر.

(١) Ogilvie, op cite, P.26; Miller & Weijer, op cite, P. 3.

(٢) Ogilvie, op cite, P.26; Miller & Weijer, op cite, P. 5.

(3) Worthington, op cite, P.50٦.

(٤) ينظر في تفصيل هذه المذاهب في الفقهين الانكليزي والامريكي:-

Sappideen, op cite, 20; Mile, op cite, 141-142; Flannigan, op cite, 301.

(4) Koh, 'op cite, 405; Griffin, op cite, 2; Ghosh & Singh, op cite, 199; Ahern, op cite, 291; Arthur B. Lary, 'Resolving Conflicts of Duty in Fiduciary Relationships', P. 80-81; Day, 'Fiduciary Duties' (2009) 15(6) Trusts & Trustees, 447.

(5) Klinck, op cite, 90; L. S. Sealy 'Fiduciary Relationship' (1962) 20(1) C L J 69, 74-75.

(6) Sappideen, op cite, 384.

(7) Geoffrey Morse, *Palmers Company Law* (2th edn, Sweet & Maxwell 2009) para 8.2306; John P. Lory, 'Regal (Hastings) Fifty Years on: Breaking the Bonds of the Ancient Regime?' (1994) 45(1) N Ir Legal Q 1.

(٨) تنظر قضية *Keech v Sanford* [1726] 25 E R 223(CH) والتي سبق ان سردنا وقائعها في هامش (١٤).

٢٣- الا انه سرعان ما تعرضت هذه النظرية الى نقد لاذع من الفقه الذي سعى الى نخر الاساس الذي تقوم عليه.وتتلخص اوجه النقد في ان بعض المؤتمنيين يعدون وكلاء عند حيازتهم لاموال المستفيدين من خدماتهم، كمدراء الشركات،[٢] لا مجرد امناء على اموالها،[٣] وان كان هؤلاء يعتبرون "..بحكم الامين من حيث المسؤوليات".[٤] كما ان مدراء الشركات،على سبيل المثال، انما يحوزون اموال الشركة بوصفهم شبه امناء quasi trustee وليس امناء اصليين cestui que trustee [٥] يمنحهم القانون الانكليزي سلطات مشابهة لتلك التي تثبت للمالك.[٦] كما ان مدراء الشركات، شانهم في ذلك شان سائر الوكلاء الاخرين، يعملون بصفتهم متعهدين entrepreneurs لمصلحة الشركة بغية تحقيق الغايات التي انشات من اجلها، لا كامناء على اموالها، ويحمل ذلك الواجب معنى المضاربة في السوق وتحمل المخاطروالموازنة بين مصالح عدة كمصالح حملة السندات والدائنين والحفاظ على سمعة الشركة وتعزيز دورها في السوق التجارية.[٧] ويوخذ بالحكم نفسه بصدد عمل بعض الوكلاء التجاريين والاطباء والمحامين الذين لا تتطلب طبيعة عملهم التعامل المباشر مع اموال الاصلاء. نستخلص من العرض اعلاه ان ليس كل "مؤتمن" بمنزلة "الامين" بشان الاموال المعهودة اليه، ولكن يمكن القول بان كل "امين" هو "مؤتمن" على الاموال بالنظر لانطواء مفهوم رعاية مصالح المستفيد على معنى اوسع من مجرد الحفاظ على امواله.

ثانيا: نظرية الاعتماد Reliance Theory:-

٢٤- تقوم هذه النظرية على فكرة مؤداها ان العلاقات الائتمانية تفترض اعتماد المستفيد[٨] على السمات الشخصية للمؤتمن كاستقامته وامانته[٩] واخلاصه، وقدرته على اداء عمل ما بصورة ملائمة. ويستهدف القانون من التشديد على مسؤولية الائتماني حماية الثقة التي اودعت فيه لضمان عدم خيانته للمستفيد. وفي ذلك ما يضمن اشاعة الثقة العامة في المجتمع، لا سيما وان العديد من الخدمات المؤدات في العلاقات الائتمانية تمارس من قبل اشخاص يحترفون النشاط التجاري.

٢٥- تتميز هذه النظرية عن سابقتها بانها تضفي على العلاقة الائتمانية طابعا اخلاقيا ينسجم تماما مع موجب حماية المستفيد من سوء اختياره للمؤتمن على مصالحه. الا ان هذه النظرية لا تخلو من عيوب تتبدى بان هذه النظرية تفضي، من جهة، الى توسع غير مقبول في مفهوم العلاقات الائتمانية ، ذلك ان الاعتماد يعد قاسما مشتركا يجمع الاخيرة مع علاقات اخرى لا يمكن ان توصف بهذا الوصف كالعلاقة بين الشريكين في تجارة ما. والاعتماد، من وجهة ثانية، له معنى معنوي (نفسي) ينصرف الى الروابط التي تقوم بين الاشخاص الطبيعية لا المعنوية كالجمعيات والمؤسسات التي قد تستعين بمن يدير اعمالها. وتعول هذه النظرية، من وجهة ثالثة، على السمات الشخصية للائتماني[١٠] لحظة دخوله في خدمة الاصيل، وتهمل

---

(1) For example see: *Aberdeen Rail Co v Blaikie* [1854] 1 Macq 249, 2 Eq Rep 1281; 23 LTOS 315, 1 Macq 461, 252 (HL) (Lord Cranworth LC); *Regal (Hastings) Ltd v Guliver* [1967] 2 AC 134 (HL). See also John Birds and others, *Boyle & Birds Company Law* (8th edn, Jordan's publishing Ltd 2011) 490, para 16.2.

(2) See *Re Lands Allotment Co* [1894] 1 Ch 616, 631 (CA); *Re Duckwari plc* (No 2), *Duckwari plc v Offerventure Ltd (No 2)* [1998] 2 BCLC 315, 321 (CA).

(3) *Bairstow v Queens Moat Houses plc* [2001] EWCA Civ 712, [2001] 2 BCLC 531 [53] (Robert Walker LJ); *O'Donnell v Shanahan* [2009] EWCA Civ 751, [2009] BCC 822 [68]; *Sinclair Investments (UK) Ltd v Versailles Trade Finance Ltd (in administrative receivership)* [2011] EWCA Civ 347, [2012] Ch 453 [34] (Lord Neuberger MR); *GHLM Trading Ltd v Maroo* [2012] EWHC 61 (Ch), [2012] 2 BCLC 369 [148] (Newey J).

(4) *Aberdeen Rail Co v Blaikie* [1854] 1 Macq 252, 2 Eq Rep 1281, 23 LTOS 315, 1 Macq 461, 251 (HL) (Lord Cranworth LC). See also Peter Loose, Michael Griffiths and Davide Impey, *The Company Director: Powers, Duties and Liabilities* (11 edn, Jordan Publishing Ltd 2011) 295, para 6.55.

(5) Emile Van Der Does De Willebois & Jean-Pierre Brun, 'Using Civil Remedies in Corruption and Asset Recovery Cases' (2013) 45 Case W Res J Int'l L 615, 620-621; Justice Joseph T. Walsh, 'The Fiduciary Foundation of Corporate Law' (2002) 27 J Corp L 333-343; George L. Gretton, 'Constructive Trusts: Part 1' (1997) 1(3) Edin L R 281, 282.

(6) *Aberdeen Rail Co v Blaikie* [1854] 1 Macq 252, 2 Eq Rep 1281, 23 LTOS 315, 1 Macq 461, 251 (HL) (Lord Cranworth LC). See also Loose, Griffiths & Impey, *op cite*, 295, para 6.55.

(7) Kelli A. Alces, 'Debunking the Corporate Fiduciary Myth' (2009) 35(2) J Corp L 239, 241.

(8) Laby, op cite, P.105.

(9) Alces, op cite, 241.

(10) Klinck, op cite, 90.

سلوكه المتصل بتنفيذ التزاماته والذي يعد السبب في قيام مسؤوليته. ولا تقدم هذه النظرية، من وجهة رابعة، تبريرا مقنعا لبعض العلاقات التي يغدو فيها المرء ملزما برعاية مصالح شخص اخر دون ان يتسنى له فرصة اختياره استنادا الى سمات الامانة والنزاهة والاخلاص والكفاءة، من ذلك الولي الجبري[١] والوصي والقيم المقام على عديمي الاهلية، والوصي المعين من قبل السلطات الادارية على بعض الشركات [٢] والمصفي والسنديك ومن هم بحكمهم. وينطبق هذا الامر بشان المدير المعين nominee director من قبل جهة ما في مجلس ادارة شركة اخرى لرعاية مصالحها فيها، [٣] والمدير بحكم الواقع de facto director وهو كل من يزعم انه يتولى ادارة شركة ما دون ان يكون لادعائه سند في القانون. وقد استقر القضاء الانكليزي على اخضاع المدير بحكم الواقع للالتزامات الائتمانية حماية للشركة من احتمال اضراره بها.

وهكذا يلمس من تبيان اوجه النقد الذي وجه لهذه النظرية عجزها عن تقديم تحليل مقنع لمفهوم الائتمان على نحو يؤهلها لكي تكون اساسا يتحدد في ضوءه مفهوم العلاقة الائتمانية.

ثالثا: نظرية التفاوت (عدم تكافؤ اطراف العلاقة)Inequality Theory :-

٢٦- تمعن هذه النظرية النظر الى العلاقة غير المتوازنة التي قد تجمع بين اطرافها والناجمة عن تحلي الائتماني بسلطات واسعة[٤] التي تبيح له فرصة الاضرار بمصالح المستفيد [٥] منطلقا للقول بان عدم تعادل كفتي هذه العلاقة يعد اساس فرض الالتزام الائتماني ومبررا لاخضاع المؤتمن للمسؤولية المشددة التي يقررها القانون حماية للطرف الضعيف.[٦]

٢٧- ويؤخذ على اصحاب هذه النظرية اغفالهم لحقيقة ان العلاقة غير المتوازنة يمكن تصورها في العديد من الروابط القانونية، وبصرف النظر عن كونها ائتمانية. وهذه الظاهرة الاقتصادية هي التي حدت بالمشرع الى التدخل في بعض الظروف لحماية الطرف الضعيف والضرب على يد الطرف القوي.[٧] كما ان الخضوع المطلق للطرف القوي لا يمكن تصوره في بعض اصناف العلاقات الائتمانية، فمدراء الشركات يخضعون عموما لرقابة زملائهم ورقابة الهيئة العامة للشركة[٨] والسلطات الادارية المختصة، كمسجل الشركات،[٩] والتي قد ترقى الى حد اقصائهم من مناصبهم او محاسبتهم قانونا" على نحو ينفي ممارستهم لسلطة مطلقة وهيمنة شاملة على شؤونها. ويراعى الحكم ذاته بصدد محاسبي الشركات والمصفين والموظفين والعمال وما الى ذلك.

رابعا: نظرية التعهد (او النظرية التعاقدية):- the Promise (Contractarian) Theory:

٢٨- ينبع الالتزام الائتماني، وفقا لهذه النظرية، من العقد الذي تعهد فيه المؤتمن بان يعمل لمصلحة المستفيد، وذلك في مقابل تمتعه بسلطات تقديرية واسعة على شؤونه بغية تمكينه من الاضطلاع بواجباته بصورة ملائمة. الا ان هذا الاتفاق ذو طابع خاص لانه لا يتطلب تلاقي ارادة الموجب مع ارادة القابل، كما تقضي بذلك المبادئ العامة للعقد.[١٠] وهكذا ينشا الواجب الائتماني من شبه العقد quasi contract الموصوف انفا.[١١]

٢٩- ويؤخذ على هذه النظرية انها تتجافى ،من جانب، واحكام القواعد العامة والتي تقضي لزوم تلاقي ارادة اطراف الاتفاق،[١٢] وتفضي، من جانب ثان، الى التضييق من نطاق الالتزمات الائتمانية لتقتصر

---

[١] تنظر المادة ١٠٢ من القانون المدني العراقي.

[٢] تنظر المواد ٥٩ و ٦٠ من قانون المصارف الاهلية الصادر بالامر المرقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ ؛ المادة ٥١ وما بعدها من قانون تنظيم اعمال التامين الصادر بالامر المرقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥.

[٣] تنظر المادة ١٠٣(/اولا"/١) من قانون الشركات المرقم ٢١ لسنة ١٩٩٧.

[4] Klinck, op cite, 90.

[5] Klinck, supra note, 90; P.J. Millett, 'Equity's Place in the Law of Commerce' (1998) 114 (Apr) L Q R 214, 219.

[6] Leonard I. Rotman, 'Fiduciary Doctrine: A Concept in Need of Understanding' (1996) 34(4) Alta L Rev 821, 842; Alces, op cite, 240.

[٧] تنظر المادة ١٦٧ من القانون المدني العراقي والتي تقرر حماية للطرف المذعن في عقود الاذعان.

[٨] تنظر الفقرة (ثانيا) من المادة ١٠٢ من قانون الشركات المرقم ٢١ لسنة ١٩٩٧.

[٩] تنظر المواد ١٤٠- ١٤٦ من القانون المذكور.

[١٠] تنظر المادة ٧٣ من القانون المدني العراقي.

[11] Leonard I. Rotman, 'Fiduciary Doctrine: A Concept in Need of Understanding' op cite, 240.

[12] Rotman, supra note, 384. See also Art.73 of the Civil Code 1951.

على ما ادرج في العقد من شروط، فيعجز طرفي العقد عن التصدي لاية مشاكل قد تحدث في المستقبل والتي لم تنظم في العقد. كما ان بعض التزامات بعض المؤتمنين تنبع مباشرة من نصوص القانون، كحالة الولي الجبري وغيره من الامناء. وبناء على ما تقدم لا تقدم هذه النظرية اساسا صالحا للعلاقات الائتمانية.

خامسا": نظرية الاثراء غير العادل Unjust Enrichment Theory

٣٠- تعول هذه النظرية، في تبرير انبثاق الالتزامات الائتمانية، على النتائج المترتبة على استغلال الائتماني لسلطاته، الا وهي اثراءه غير المشروع على حساب المستفيد.[١] وبناء على ما تقدم، تهدف الالتزامات الائتمانية الى منع التربح على حساب الاصيل.

٣١- بيد ان هذه النظرية تعرضت، كسابقاتها،الى نقد لاذع من الفقه الذي يرى ان الاعتداد ، من وجهة، يجب ان ينصب على الالتزام ذاته وعلى الظروف التي اوجبت اعماله لا على نتائجه، ولعل مما يتجافي مع المنطق القانوني السليم ان يصار الى امعان النظر الى اثار النظام القانوني بدلا من تحليل محتواه وخصائصه.[٢] ولا تقدم هذه النظرية،من وجهة ثانية، اية معايير واضحة للتمييز ما بين الالتزامات الائتمانية وغير الائتمانية، طالما ان الائتماني يسال عن اداء التعويض عند خرقه لاي التزام مهما كانت طبيعته. فالمحامي ومدير الشركة والعامل يسالون عن اداء التعويض في الاحوال التي يضعون فيها انفسهم في موضع التضارب في المصالح او في الاحوال التي يرتكبون فيها اي اهمال غير متعمد في تنفيذ التزاماتهما انفاذا لواجب رعاية شؤون الاصيل.[٣] ومن المتصور، من جهة ثالثة، ان يخرق الائتماني واجبه دون ان يجني اية فائدة من ذلك، كما لو تسبب قيامه في وضع نفسه في موضع التضارب في المصالح في رفض الغير التعامل معه ومع الاصيل في ان واحد، ورغم ذلك استقر القضاء الانكليزي على قيام مسؤولية المؤتمن عن الاخلال بالالتزام الائتماني في هذه الحالة.[٤]

سادسا: نظرية الانتفاع The Utility Theory:-

٣٢- تنطلق هذه النظرية، على النقيض من سالفتها، في توضيح سبب نشاءة الالتزام الائتماني من الغرض الذي من اجله تقرر فرضه الذي يتجلى في حماية الاستقامة والنزاهة في العلاقات الائتمانية،[٥] بغية تامين اقتضاء المستفيد لاقصى فائدة ممكنة من نشاط المؤتمن.[٦]ولعل في الركون الى القيم الخلقية التي تطغى على الروابط الائتمانية ما يمثل حجر الزاوية في تمييزها عن بقية الروابط العقدية التي يراعي فيها كل طرف مصالحه الخاصة غير مقيد سوى بالقيود الاتفاقية التي ترد على حريته.[٧]

٣٣- تنسجم هذه النظرية كثيرا مع نشاة الالتزام الائتماني الذي ارتبط منذ ظهوره بمبادئ العدالة والقيم الدينية التي تتجافى مع افعال الغش والاحتيال وتضارب المصالح،[٨] كما انها تتوائم مع طبيعة النشاط التجاري الذي يقوم بدوره على الثقة والائتمان.[٩] لذا لا عجب ان تضمن القسم ١٧٢ من قانون الشركات الانكليزي نصوصا تفرض على مدير الشركة مراعاة مبدا حسن النية في تنفيذ واجب العمل لمصلحة الشركة،[١٠] وان ياخذ في الاعتبار "مرغوبية صيانة سمعة الشركة وفقا لاعلى معايير السلوك التجاري".[١١] ومما لا شك فيه ان منع المدراء في هذا القانون من استغلال فرصة الشركة او اموالها او معلوماتها لمصلحة المؤتمن ما يعزز النزاهة والاستقامة في البيئة التجارية،[١٢] ويبرر فرض تبعات قانونية قاسية على من يخون الثقة التي اودعت فيه.

---

(1) Rotman, , supra note, 848.

(2) Rotman, , supra note, 848.

(3) *Bristol and West Building Society v Mothew* [1996] 4 All ER 698 (CA).

(٤) تنظر في هذا السياق قضية *Item Software (UK) Ltd v Fassihi* [2004] EWCA Civ 1244, [2005] 2 BCLC 91(CA)

(5) Rotman, supar note, 849.

(6) Frankel, op cite, P. ٨٣٠.

(7) ibid, P. ٨٣٠.

(8) Frankel, supra note, P. ٨٣١.

(٩) وفي هذا الخصوص تنص المادة الثالثة من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على ان "التجارة نشاط اقتصادي يجب ان يقوم على اساس من الثقة والامانة ...".

(١٠) الفقرة(١) من القسم المذكور.

(١١) االفقرة ١/ه من القسم ١٧٢ من قانون الشركات الانكليزي لعام ٢٠٠٦.

(١٢) الفقرتين ١ و ٢ من القسم ١٧٥ من قانون الشركات الانكليزي لعام ٢٠٠٦. انظر ايضا:-

Rotman, supra note, 849.

٣٤- الا ان ما يؤخذ على هذه النظرية انها تقوم على مفهوم واسع يصعب ضبط حدوده بيسر على ارض الواقع العملي.[١] ذلك ان حماية الثقة العامة يمثل احد مقاصد القانون وبصدد اية علاقة بصرف النظر عن طبيعتها. وفضلا عن ذلك فان استجلاء مفهوم الاعتبارات الاخلاقية ليس بالامر الهين الذي يتيسر ادراك محتواها، بالنظر لاختلاف هذه المفاهيم باختلاف ظرفي الزمان والمكان واخلاقيات المجتمع وطبيعة النشاط او المهنة محل النظر. وفوق هذا وذاك، يجب ان لا تغيب عن الذهن حقيقة ان فرض الالتزامات الائتمانية، وكما يرى اللورد Herschell بحق في قضية *Bray v Ford* ((لا تقوم على المبادئ الخلقية...)) ولكنها تستند على اعتبار اخر وهو ان ((... الطبيعة البشرية والتي يكون فيها خطر، ذلك هو انه في بعض الظروف عندما يكون المرء بوضع ائتماني فانه قد يميل الى مصلحته بدلا من واجبه...)).[٢]

سابعا: نظرية السلطة والتقدير The Power and Discretion Theory :-

٣٥- تنطلق هذه النظرية في تفسيرها للعلاقات الائتمانية من حقيقة تمتع الائتماني بسلطة تقديرية واسعة تبيح له القدرة في التعامل بمصالح غيره، ولعل من اخطرها سلطة الاولياء والاوصياء والوكلاء في التعاطي باموال من ائتمنهم عليها دونما حاجة الى استحصال موافقة المستفيدين من خدماتهم. ويلاحظ بان فرض اية قيود على هذه الحرية قد يفضي الى الحد من قدرتهم على انجاز الاعمال المناطة بهم.[٣] ولعل في فرض التزامات قاسية تضمن ان لا ينحرف الائتماني عن اطار مصالح المستفيد ما قد يحد من احتمال اساءة استعمال سلطاته.

٣٦- تتميز هذه النظرية عن سابقاتها كنظريتي الاعتماد وعدم التوازن في العلاقات القانونية، في تعويلها على السلطات التي يتحلى بها الائتماني عنصرا في تمييز العلاقات الائتمانية عن سواها، بدلا من الركون الى حالة الضعف التي يعاني منها المستفيد في هذه العلاقة.[٤] والحق ان ما يتحلى به المؤتمن من سلطة التقدير على مصالح الغير قد يكون الباعث الذي يلهم القانون تقرير حماية قانونية للمستفيد تقيه اي تعسف قد يصدر من الاول استغلالا لهذه السلطات. بيد ان الركون الى سلطة التصرف في شؤون الغير تبريرا لاخضاعه للالتزامات الائتمانية قد يفضي الى توسيع نطاق انطباق الالتزامات الائتمانية، لانه يعد قاسما مشتركا يجمع العلاقات الائتمانية بغيرها من الروابط، مثل السلطة التقديرية الواسعة التي تعهد بالقاضي بغية انفاذ حكم القانون بحق الخصوم،[٥] والدور الرقابي الذي قد تضطلع به الهيئات العامة حماية لبعض اشخاص القانون الخاص، كتلك التي تمارس من قبل مسجل الشركات في الرقابة على الشركات،ورقابة دائرة رعاية القاصرين في العراق على شؤون عديمي الاهلية وناقصيها.

٣٧- نخلص مما تقدم، ان ما يعيب النظريات سالفة الذكر ان كلا منها عول، في اطار سعيه لتفسير العلاقات الائتمانية، على جانب منها واهمل بقية الجوانب، مما اعجزها عن رسم اطار عام يجمع بين طياته الروابط التي يمكن نعتها بالائتمانية. بيد ان هذا لا يعني ان ما طرح من نظريات يخلو من اية قيمة قانونية. ولعل في الجمع بين هذه النظريات ما قد يقدم لدارس القانون ومطبقه ادلة معقولة تعينه في الوقوف على طبيعة الرابطة محل النظر. فلعل مما يستقيم مع المنطق والواقع القول بان المستفيد قد ركن في اختياره للائتماني الى استقامته ونزاهته وكفاءته وحسن انجازه لواجباته. ويقتضي حسن اداء المؤتمن لالتزاماته ان يتحلى بسلطة تقديرية على مصالح المستفيد . ويخلق هذا الوضع علاقة قانونية غير متوازنة تتاتى من احتمال استغلال الائتماني لسلطاته بغية تحقيق مصالحه الخاصة او مصالح غيره على حساب مصلحة المستفيد، فيثري بالنتيجة على حسابه. الامر الذي يقتضي اخضاع الائتماني لقواعد قانونية صارمة هدفها حماية الثقة التي اوعت فيه، والتي ستفضي بالضرورة الى حماية الثقة العامة من خلال منع استغلال المركز الائتماني لتحقيق اغراض شخصية، ومنع الاثراء غير المشروع على حساب الاخرين. وهكذا يلمس بجلاء ان الجمع بين ما طرح من اراء قد يسهم في رسم تصور واضح لمفهوم العلاقة الائتمانية.

---

(1) ibid, 849.

(2) (1896) AC 44, 51 (HL).

(3) Leith Ajlouni, 'Directors' Duties and the Protection of Creditors' Interests: An Examination of Directors' Duties to Creditors of Financially Troubled Companies with the View of Expanding the Scope of Directors' Fiduciary Duties to Include the Interests of Creditors of Companies Operating while Insolvent or Doubtfully Solvent' (Ph.D thesis, the University of Reading 2002) pp. 21-22.

(4) Roman, 'Fiduciary Doctrine: A Concept in Need of Understanding' (1996) 34(4) Alta L Rev 821, 849.

(5) ibid, p.849.

المبحث الثالث
موقف القانون العراقي من المبدا الائتماني
The Position of Iraqi Law from the Fiduciary Doctrine

٣٨- راينا فيما سلف ان المبدا الائتماني يمثل بنات افكار القانون الانكليزي ارست معالمه محاكم العدالة المنحلة ليحكم روابط غير قابلة للحصر او التعريف الا من خلال التمعن بظروف الحالة محل النظر. واستقر هذا المبدا منذ ظهوره في قوانين البلدان التي تعتمد النظام الانكلوسكسوني. الا ان ذلك لا يمنع من ان تتاثر تشريعات البلدان التي تعتمد النظام القانوني اللاتيني كالعراق بالمبدا المذكور بطريقة او باخرى.
وسنحاول في هذا البحث الوقوف على حقيقة ما اذا كان للمبدا الائتماني حضور في القوانين المدنية والتجارية العراقية، او مدى تبنيها لبعض عناصر النظام المذكور، وما اذا كان بالامكان تقنين المبدا المذكور في التشريعات العراقية.
بناء على ما تقدم نعقد لدراسة هذا الفصل مطلبين، نخصص المطلب الاول لتبيان موقف القانون المدني العراقي من المبدا المذكور، والمطلب الثاني لتوضيح موقف التشريعات التجارية العراقية.

المطلب الاول
موقف القانون المدني العراقي وبقية التشريعات المدنية من مبدا الالتزام الائتماني
The Position of the Iraqi Civil Law and other Civilian Legislation from the Fiduciary Doctrine

٣٩- يظم القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بين دفتيه الاحكام المنظمة لعلاقات القانون الخاص في العراق. ولا يقتصر دور هذا القانون على تنظيم العلاقات القانونية في الحياة المدنية فحسب، وانما يتعدى ذلك الى كونه المصدر الرئيس لقانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ في المسائل التي لم يرد بشانها نص خاص في القانون الاخير. [١]
٤٠- ومن نافلة القول ان نشير الى ان نصوص القانون المدني تخلو من الاشارة الى تعابير مثل "الواجب الائتماني" او "الولاء" او "الائتماني" او "المؤتمن على مصالح الغير" وغير ذلك من التعابير التي يشيع استعمالها من قبل القضاء والفقه الانكلو-سكسوني. بيد ان اعطاء حكم مسبق ينفي وجود المبدا الائتماني في ثنايا هذا القانون بالركون الى الصياغة اللفظية للنصوص القانونية امر لا يستقيم مع التحليل العلمي القانوني والذي يفرض استنباط الاحكام القانونية من مضامينها.
٤١- وتلوح في الافق بعض النظم القانونية التي جاء بها القانون المدني والتي تبدو-للوهلة الاولى- قريبة الشبه من بعض مفاهيم الالتزام الائتماني، لا سيما تلك المتصلة باحكام الوكالة، والاثراء بدون سبب، واحكام التغرير والوديعة والاستغلال والتعسف في استعمال الحق. وتبيان ما اذا كان اي من هذه النظم القانونية تصلح ان تكون الاساس القانوني والمفاهيمي للواجب الائتماني سيكون مدار حديثنا فيما يلي من القول، مراعين في ذلك الايجاز وعدم التعرض بالتفصيل للاحكام المنظمة لهذه النظم، مكتفين في ذلك بما تناوله الفقه من توضيح بهذا الخصوص.

اولا:- احكام الوكالة the Rules of Agency :-

٤٢- تمثل النيابة الارض الخصبة التي تنبع الالتزامات الائتمانية والتي تبيح بطبيعتها للنائب سلطة التصرف في مصالح غيره. حتى لقد عد القضاء والفقه ظهور الالتزام الائتماني رجع الصدى لحل مشاكل الوكالة agency problems" [٢] والتقليل من كلفة تنظيم العقد والذي يتطلب صوغه من قبل قانوني[٣] وحماية الاصيل من افعال الغش والاحتيال وسوء النية. [٤]

---

[١] تنص الفقرة (ثانيا) من المادة الرابعة من قانون التجارة المرقم(٣٠) لسنة ١٩٨٤ على انه " يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشانها نص خاص في هذا القانون او في اي قانون خاص اخر". وتعني عبارة " او في اي قانون خاص اخر"، حسب تقديرنا، جميع القوانين المنظمة للانشطة التجارية، كقانون الشركات او النقل او الدلالة وما الى ذلك. كما اننا نرى بان الركون الى احكام هذا القانون لا تقتصر على النصوص القانونية فحسب بل تمتد الى بقية مصادر القانون الاخرى، كالعرف والشريعة الاسلامية ومبادئ العدالة، طالما ان اللجوء انما يكون "للقانون المدني" بوجه عام وليس الى "نصوصه التشريعية".

[2] Sitkoff, op cite, P.1040.

[3] ibid, P.104٢.

[4] *Item Software (UK) Ltd v Fassihi* [2004] EWCA Civ 1244 (CA), [2005] 2 BCLC 91 [66] (Arden L J).

٤٣- وتجدر الاشارة الى ان القانون المدني العراقي لم يتناول احكام النيابة باطار نظرية عامة تجمع بين دفتيها القواعد القانونية التي تحكم النيابة القانونية (كنيابة الولي والوصي والقيم) والقضائية (كنيابة الوصي والقيم، وامين التفلسة والمصفي وما الى ذلك) سوى تلك التي تخص النيابة الاتفاقية (الوكالة).[١] ولا ريب في ان هذا الاغفال يعد قصورا تشريعيا ينبغي تلافيه في اقرب تعديل ممكن للقانون المدني. لذا كان لزاما على مطبق القانون الرجوع الى الى احكام الوكالة على سبيل القياس.[٢]

ويقتضي تبيان مدى قدرة احكام النيابة على استيعاب المبدا الائتماني التعرض اولا الى احكامها القانونية، ومن ثم تقدير مدى تاثرها بالمبدا المذكور.

ا- احكام النيابة في القانون العراقي:-

٤٤- نظم القانون المدني العراقي احكام النيابة الاتفاقية في المواد (٩٢٧-٩٤٩) منه. الا انه ما يعاب على هذا التنظيم التشريعي افتقاره الى تنظيم العديد من الالتزامات التي تكفل تجنب التضارب في المصالح، من ذلك الزام الوكيل بان يعمل وبحسن نية لحساب الاصيل،[٣] والذي يعد جوهر الالتزامات الائتمانية، ولم يفرض القانون على الوكيل ان يتجنب اي وضع تتضارب فيه مصالحه مع واجبه، والا كان لزاما عليه اما ان يعتزل الوكالة او ان يستحصل على ترخيص مسبق من الاصيل على هذا التضارب على وفق ما يقضي به المبدا الائتماني. ولم يتطلب القانون ايضا من الوكيل ان يتجنب اي وضع تتضارب فيه مصالح من يمثلهم في حالة ابرام صفقة، على نحو ما يعرف بتضارب الالتزامات او الواجبات. ويترتب على هذا الاغفال التشريعي ان للوكيل ان يمثل مصالح متعارضة او من المحتمل ان تتعارض. بيد ان قانون نقابة المحامين رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥ قد تدارك هذا النقص التشريعي حينما حظر على المحامي في المادة (٤٤) منه " ...ان يقبل الوكالة عن خصم موكله اثناء قيام الدعوى التي وكله فيها كما لا يجوز له ان يبدي لخصم موكله اي مشورة في الدعوى نفسها او في دعوى اخرى ذات علاقة بها ولو بعد انتهاء وكالته . ولا يجوز له بصفة عامة ان يمثل مصالح متعارضة ويسرى هذا الحظر على كل من يعمل مع المحامي في مكتبه من المحامين باي صفة كانت".[٤] والحكم المتقدم جزئي لا يسري الا على حالة المحامي فقط. كما ان القانون لم يوجب على الوكيل الافصاح للاصيل عن اية مصلحة له في صفقة يزمع ابرامها لمصلحة الاصيل، او عن اية فائدة تقاضاها من الغير ممن له مصلحة من المحتمل ان تؤثر على نزاهة او حياد الوكيل عند اداءه لالتزاماته قبل الاصيل.

٤٥- ويمثل هذا القصور التشريعي خطرا على مصالح الاصيل من شانه ان يفسح المجال امام الوكيل للانخراط في انشطة تتضارب فيها مصالحه او مصالح غيره مع مصالح الاصيل، متذرعا في ذلك ان القانون لا يفرض عليه قيودا على ممارسة هذه الانشطة، وان الاصل هو حرية ممارسة النشاط الاقتصادي.[٥] ولا يبقى امام الاصيل من سبيل سوى ان يضمن الوكالة من الشروط ما يمنع هذه الصور من التضارب في المصالح، وهو امر لا يتصور حصوله عملا بالنظر الى ان فرض هذه الالتزامات مما لا يشيع العمل بها في البيئة القانونية العراقية. ولعل مما يزيد الامر تعقيدا ان بقية التشريعات المنظمة لشؤون الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة لم تات عموما بنصوص قانونية تحكم هذه الروابط مما يستلزم اللجوء الى احكام الوكالة في القانون المدني سدا للنقص فيها.[٦]

٤٦- ولا تقتصر عيوب التنظيم القانوني على احكام الوكالة فحسب بل تمتد الى احكام النيابة القانونية التي نظمها قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ [٧]والذي نص في المادة ٤١ منه وبصدد تصديه لاحكام

---

[١] ينظر د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي:الجزء الاول في مصادر الالتزام، الناشر وزارة التعليم العالي والبحث العلمي،١٩٨٠، ص ٥٤-٥٥.

[٢] تنظر المادة ٣ من القانون المدني العراقي.

[٣] وقد تلافى قانون نقابة المحامين رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥ هذا النقص التشريعي حينما فرض في المادة (٤٣) على المحامي واجب " ان يدافع عن موكله بكل امانة واخلاص ...". وما "الامانة" و"الاخلاص" سوى تعابير تشير الى مبدا حسن النية.

[٤] ويستخلص من التمعن بتحليل هذه المادة انها فرضت على المحامي ان يتجنب التضارب في الواجبات في صورته الضيقة (تمثيل موكلين في ان واحد)، ولم تتنبه الى حقيقة ان تضارب الواجبات اعم من ذلك وقد يتخذ صورا عدة منها ان يكون المحامي مشاورنا قانونيا لشركات متنافسة ولكنها ليست متخاصمة. كما يعاب على صياغة هذه المادة انها تتعارض مع موجبات الصياغة التشريعية والتي تقتضي ان يشار الى القاعدة العامة ومن ثم يصار الى تبيان اهم تطبيقاتها لا العكس.

[٥] تنظر المواد ١٦، ٢٥، ٢٦ من دستور جمهورية لعراق لعام ٢٠٠٥.

[٦] ينظر ما سيلي بيانه عن هذا الموضوع في المطلب الثاني من هذا المبحث، الفقرات ٦٨-٧٢.

[٧] تنظر على سبيل المثال المواد ٣٢ ٤٣ من قانون رعاية القاصرين.

ادارة اموال القاصرين على انه " على الولي او الوصي او القيم المحافظة على اموال القاصر وله القيام بأعمال الادارة المعتادة على ان يبذل في كل ذلك ما يطلب من الوكيل المأجور بذله وفقاً لأحكام القانون المدني ". ويعاب على هذه الصياغة تاثرها باحكام عقد الوكالة في القانون المدني الذي تغلب فيه النظرة الى الوكيل على انه اي شخص مكلف في القيام بتصرف "... جائز معلوم"[١] ذو طبيعة محددة ومؤقتة لمصلحة الاصيل. ولم يتنبه المشرع الى الطبيعة الخاصة لعمل الاولياء ومن هم بحكمهم والقائمة على ادارة مجمل المصالح المالية للقاصر بصورة مستمرة ومنتظمة طيلة مدة خضوع القاصر لولاية هؤلاء، ورعاية المصلحة اوسع من حيث المفهوم والنطاق من مجرد رعاية المال، لانها تفرض على النائب جلب اية "منفعة" للاصيل ودفع مضرة[٢] وتعزيز المصالح القائمة وتوسيعها ودفع الضرر عنه. ويفرض هذا المفهوم على هؤلاء الاضطلاع بدور ايجابي اوسع من مجرد ادارة اموال القاصر بطريقة سليمة، تقتضي منهم ان يعملوا بحسن نية لتحقيق اقصى فائدة ممكنة لمن هم تحت ولايتهم، من ذلك المشاركة الجادة في حضور اجتماعات الهيئات العامة ومجالس ادارة الشركات التي للقاصرفيها مصلحة ما، والامتناع عن التصويت في اي امر يتضمن ضررا مباشرا او غير مباشر للقاصر، والبحث الجاد عن اية فرصة او صفقة مربحة للقاصر، وتغييرطبيعة النشاط التجاري الحالي الى نشاط اخر ان اقتضت مصلحة القاصر ذلك، كاستبدال متجرالقاصر الحالي باخر يدر ربحا اكثر في موقع جغرافي اخر او شراء متجر منافس بغية حماية تجارة او صناعة القاصر، وما الى ذلك. ولا يمكن، في ظل النصوص القانونية الحالية، مسائلة الاصيل عما قد يتخذه من موقف سلبي في الفروض السابقة طالما تجرد فعله عن معنى الاضرار باموال القاصر او تجارته ولم يتخط حدود الادارة المعتادة والتي تقتضي منه ان لا ينزل عن عناية الرجل المعتاد.

٤٧- وبصدد معالجة المشرع لاحكام التضارب في المصالح، تبيح المادة ٣٢ من القانون المذكور " للمحكمة ان تسلب ولاية الولي متى ثبت لها سوء تصرفه". ولم تحدد النص المتقدم المراد "بسوء السلوك"، بيد اننا نرى انه يمثل اي سلوك ينطوي على هدر لاموال القاصر او الانخراط في انشطة تفضي الى التضارب في المصالح. ويدعم هذا التصور نص المادة ٣٧ من القانون المذكور والتي اجازت للمحكمة "... ان تعين وصياً للخصومة اذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة وليه او وصيه او القيم عليه ولها ان تقيم وصياً مؤقتاً اذا حكم بوقف الولاية او الوصاية ".[٣] ولنا على هذا النص ملاحظات عدة:-

اولها:- ان النص المتقدم لم يفرض التزاما واضحا على الاولياء ومن هم بحكمهم يفرض عليهم تجنب اي وضع ينطوي على التضارب في المصالح لكي يؤدي النص المتقدم دوره كخطاب موجه لهؤلاء بما يتضمنه من اوامر ونواهي، انما اشار الى النتائج التي تترتب على وجود التضارب فحسب. ويفترض حسن الصياغة التشريعة ان يشير القانون الى الالتزام او الواجب القانوني ابتداء"، ثم يتناول بالتنظيم التبعات التي تترتب على عدم الامتثال لموجباته.

وتبدو الملاحظة الثانية في ضيق نطاق انطباق المادة ٣٧ والتي تنحصر في تخويل المحكمة منع التضارب في المصالح بمناسبة نزاع بين الطرفين عرض امام القضاء، سندنا في ذلك ان النص اشار الى تعيين "وكيل بالخصومة" حينما تصل العلاقة بين القاصر والنائب القانوني الى درجة من التضارب الفعلى او كما يعرف "بالتضارب المباشر" في المصالح. ولم يتحسب المشرع الى ذلك التضارب الذي يقع خارج سوح القضاء، وهو الاكثر شيوعا والاشد خطرا على مصالح القاصر لانه يجرى خارج نطاق رقابة القضاء. ويمكن التمثيل على ذلك التضارب في الاحوال التي يمارس فيها النائب القانوني نشاطا منافسا لتجارة اوصناعة القاصر، وهي حالات لا تستوعبها المادة ٣٧ من القانون. كما اغفل النص المتقدم الاشارة الى التضارب غير المباشر، وهو ما يعرف ب"الارتباط". ويعني الارتباط الصلة التي تجمع النائب بالغير الذي قد تكون له مصالح من المحتمل ان تتضارب مع مصالح الموكل، بوجه عام، او مع مصالح القاصر،على وجه الخصوص. ومن المفارقات ان بعض التشريعات العراقية اشارت الى المصالح غير المباشرة،[٤] في وقت لم

---

[١] المادة ٩٢٧ من القانون المدني العراقي.

[٢] ينظر في مفهوم المصالحة استاذنا الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد،ط٥، مطبعة الخنساء،١٩٩٩، ص ١١٩.

[٣] تنظر المادة ٣٧ من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ (المعدل).

[٤] عدت المادة الاولى من قانون المصارف الاهلية الصادر بالامر المرقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ علاقات الارتباط التي تجمع مدراء المصرف بكل من له علاقة قرابة به حتى الدرجة الثانيةاو قرابة نسبية كصلات التبني والمساكنة في منزل واحد، او حينما يكون لمدير المصرف مصلحة في مصرف له

يتعرض القانون المدني وقانون رعاية القاصرين الى "علاقة الارتباط"، وهو ما يعد، حسب تقديرنا، عيبا خطيرا ومنفذا يسمح بان يتسرب منه الفساد الى الانشطة التي يمارسها النائب القانوني. ويمتد هذا القصور التشريعي الى اغفال المشرع التعرض الى "التضارب المحتمل"، والذي يعني بايجاز عدم حصول التعارض في المصالح حالا" وحقيقة مع وجود فرصة لتحققه. ويفرض المبدا الائتماني على المؤتمن التصريح بذلك التضارب للاصيل حماية لمصالحه ودفعا للشبهة والريبة في سلوكه واشاعة لمبدا الشفافية والنزاهة في المجتمع. ويمكن التمثيل على التضارب المحتمل بالحالة التي يكتشف فيها الولي او مدير الشركة او الوكيل فرصة مربحة وقف عليها بمناسبة تنفيذ التزامه لم يكن الاصيل مهتما باكتسابها ابتداء الا انه ليس هناك ما يقطع باحتمال ان يرفض الصفقة، فيستخلصها لنفسه بدلا من ان يقدمها للاصيل. ومن ذلك ايضا ان يستحوذ ولي القاصر على قطعة ارض زراعية او سكنية او محل تجاري مجاور لمتجر القاصراو عقاراته لو كان القاصر ذو اهلية كاملة وعلى علم بذلك لبادر الى الولوج في هذه الصفقة بغية تحقيق نفع له او دفع ضرر ما عنه. ولا سبيل للتوسع في تفسير نص المادة (٣٧) انفة الذكر تفسيرا واسعا بما يستوعب الصور المتقدمة من التضارب في المصالح، بسبب محدودية نطاق انطباق النص من جهة، ولان النصوص التي تفرض قيودا على الحرية الاقتصادية للشخص يجب ان تفسر تفسيرا ضيقا لا واسعا.

وتكمن الملاحظة الثالثة في ان نصوص القانون المدني المتعلقة بالوكالة والمادة ٣٧ من قانون رعاية القاصرين لم تفرض على النائب الاتفاقي او القانوني التزاما بالتصريح بوقوع التضارب في المصالح واستحصال موافقة الجهة التي نصبته على القيام بالعمل المنهي عنه قانونا الذي من شانه، بمقتضى مبادئ الالتزام الائتماني، ان يعفي الوكيل من المسؤولية، ومتى ما احجم النائب عن ذلك فلا يلومن الا نفسه فقد حقت عليه المسؤولية والتي ينبغي ان تكون مشددة. وبهذا الاغفال يكون المشرع العراقي قد فوت مقاصد شتى كان بالامكان الوصول اليها ومنها: اشاعة ثقافة الافصاح عن اي امر قد يضير بالاصيل،واطلاع الاخير (او الجهة التي تفرض رقابتها على القاصر) على الامر لكي يتخذ القرار المناسب بشانه، واعفاء الوكيل من المسؤولية، وعدم حرمان الاخير والقاصر من فرصة الاستفادة المتبادلة من الصفقة محل التضارب، لاسيما في الحالات التي يتضمن موضوع التضارب فائدة للنائب الا انه يؤثر ان يلج في الصفقة خشية تعرضه للمسؤولية. قد يقال بان ما نصت عليه المادة ٤٣ من قانون رعاية القاصرين من لزوم استحصال موافقة مديرية رعاية القاصرين شرطا لاجراء بعض من التصرفات القانونية [١]ما فيه من السعة على نحو روعي في هذه المادة ان تشتمل على جميع التصرفات المضرة بمصلحة القاصر والتي تقع في حدود التصور المعقول. بيد ان التمعن في هذه القيود التشريعية يميط اللثام عن انها تندرج ضمن مفهوم التصرفات التي تنطوي على خطر يتهدد القاصر او تتضمن التضحية بمصالحه بدون مبرر، وهي لا تندرج،بالنتيجة، ضمن مفهوم التضارب في المصالح طالما ان القانون لم يشترط ان يكون للنائب القانوني مصلحة فيها.

وتبدو الملاحظة الرابعة في الارتباك الذي يغلف المواد٥٨٨-٥٩٢ من القانون المدني والتي اباحت التضارب في المصالح بشان صفقة مع القاصر يكون النائب طرفا فيها، فاباحت ذلك في حالات، ومنعت التضارب في البعض الاخر بغير ترخيص من الاصيل، واوردت منعا مطلقا على الولوج في حالات ثالثة. فبالنسبة للحالة الاولى، اباح القانون للاب والجد ان يشتريا اموال القاصر لنفسيهما او ان يبيعا مالهما للقاصر ولو نجم عن ذلك غبن يسير لا فاحش. واقام القانون حكم الاباحة على احتمال وفور شفقة هؤلاء وانتفاء الرغبة لديهما في الاضرار بمصالحه.[٢] بل ان القانون المدني ذهب الى ابعد من ذلك فاجاز في المواد

فيه اسهم. تنظر بهذا المعنى المادة ٦٣ من قانون تنظيم اعمال التامين الصادر بالامرالمرقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥، والفقرة (١٣/١) من النظام الدخلى لسوق العراق للاوراق المالية لسنة ٢٠٠٨ .

[١] ومن هذه الاعمال جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الاصلية او التبعية او نقله او تغييره او زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة ، التصرف في المنقول او الحقوق الشخصية او الاوراق المالية ،الصلح والتحكيم فيما زاد على مائة دينار لكل قاصر،حوالة الحقوق وقبولها وحوالة الدين، ايجار العقارات لأكثر من سنة واحدة وللاراضي الزراعية لأكثر من ثلاث سنوات على ان لا تمتد مدة الايجار في أي من الحالتين الى ما بعد بلوغ الصغير سن الرشد، قبول التبرعات المقترنة بعوض، التنازل عن التأمينات واضعافها والتنازل عن الحقوق والدعاوى وطرق الطعن القانونية في الاحكام، القسمة الرضائية للاموال التي للقاصر حصة فيه. لاحظ بهذا الاتجاه قدر تعلق الامر بالوكالة العامة المادة ٥٢ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩

[٢] ينظر د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، المصدر السابق، ص ٦٢.

١٢٨٩ و ١٣٢٧منه للاب ان يرتهن مال ولده بدين علي نفسه رهنا تامينيا او حيازيا فان هلك المال المرهون فلا يكون ضامنا.[١]

ولم يجز القانون للوصي المختار من الاب والجد البيع للقاصر او الشراء منه الا باذن المحكمة شريطة ان يكون في ذلك خير للقاصر.[٢] وتشمل الاباحة فئة اخرى من الوكلاء الممنوعين من شراء اموال موكليهم او القائمين على ادارة او تصفية او تثمين الاموال[٣] شريطة الترخيص لهم ممن جرى البيع لحسابه.[٤] في حين منع القانون الوصي المنصوب او القيم المقام من قبل المحكمة[٥] مطلقا من شراء اموال القاصر، ولو كان في ذلك خيرا له.

٤٨- ولنا على الاحكام القانونية سالفة الذكر ثلاثة ملاحظات:-

1- ان القانون المدني نظم احكام التعارض في المصالح في المواضع التي يمثل فيها شخص مصالح شخص اخر، وهو ما يؤكد حقيقة ان النيابة عن الغير تمثل البيئة الملائمة لنشاة التضارب في المصالح.

٢- ان الاحكام المذكورة تتسم بضيق نطاقها لانها تقتصر على البيع والشراء دون سواهما، في حين ان الخطر الذي يتهدد الاصيل يعم حالات ابعد من ذلك فيشمل الايجار والمغارسة والاعارة والشركة والمقاولة وما الى ذلك من تصرفات قد تفضي الى التضارب.

3- ان القانون، في اطار اباحته للاب او الجد التعامل باموال القاصر ولو بغبن فاحش، يكون قد اضفى صفة المشروعية على تضارب المصالح في هذه الحالة دون ان يقدم تبريرا واضحا للافتات على حقوق القاصر ولو بالغبن اليسير. وهذا الحكم ان صلح في زمن كان الاولياء فيه احرص على مصالح اولادهم من خاصة شؤونهم، فانه لم يعد ينسجم مع واقع المجتمع الذي كثر فيه تعدي الاولياء على اموال القاصر بسبب فساد ذمم البعض منهم، ولا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان. وعلى هذا فان وفور شفقة الاب والجد يمثل عاملا احتماليا قد لا يقوى دوما على التصدي لنزعات الانانية وغريزة حب المال وقد انبانا الحق عن ذلك بقوله تعالى" وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا ".[٦] تجدر الاشارة الى ان الامين trustee ممنوع من التعامل باموال الامانة بمقتضى مبادئ الالتزام الائتماني.[٧]

٤- ان المشرع منع منعا مطلقا الولي المنصوب من المحكمة من ان يبيع ماله للقاصر او ان يشتري منه الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين طبقا لنص المادة (٤٣) من قانون رعاية القاصرين لعام ١٩٨٠

---

[١] وقد استمد القانون الحكم المتقدم من مذهب ابو حنيفة وزفروالذين بررا صحة هذا الرهن بانه يجري مجرى الايداع اوالمبادلة والاب يملك اتيان هذه التصرفات. بيد ان المالكية والشافعية والحنابلة لا تجيز هذا التصرف لانتفاء اية مصلحة للقاصر في رهن ماله لمصلحة ابيه. انظر في تفصيل ذلك د. غني حسون طه والاستاذ محمد طه البشير، الحقوق العينية، الجزء الثاني، ص ٣٦٧ وما بعدها وانظر ايضا هامش رقم (١٩) من ص ٣٦٨.

[٢] تنظر المادة ٥٩٠ من القانون المدني. وقد حددت الفقرة(٢) من المادة المذكورة معنى "الخيرية" بانه البيع لليتيم باقل من ثمن المثل او الشراء منه باقل من ثمن المثل. ونرى بدورنا ان هذا النص ولد مشلولا ان لم يكن ميتا، ذلك ان من المتعذر تصور ان يؤثر الانسان الخير للغير على حساب نفسه، ويعرض نفسه للخسارة.

[٣] تنص المادة ٥٩٢ من القانون المدني على انه " – ليس للوكلاء ان يشتروا الاموال الموكلين هم ببيعها وليس لمديري الشركات ومن في حكمهم ولا الموظفين ان يشتروا الاموال المكلفين هم ببيعها او التي يكون بيعها على يدهم، وليس لوكلاء التفاليس ولا للحراس المصفين ان يشتروا اموال التفليسة ولا اموال المدين المعسر وليس لمصفي الشركات والتركات ان يشتروا الاموال التي يصفونها وليس للسماسرة ولا للخبراء ان يشتروا الاموال المعهود اليهم في بيعها او في تقدير قيمتها، وليس لاحد من هؤلاء ان يشتري ولو بطريق المزاد العلني لا بنفسه ولا باسم مستعار ما هو محظور عليه شراؤه".

[٤] لم يتعرض القانون صراحة لجواز الترخيص بالشراء ممن له الحق في ذلك. الا انه يستخلص هذا الحكم ضما من نص الفقرة (١) من المادة ٥٩٢ من القانون المدني والتي جاء فيها " على ان الشراء في الاحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة يصح اذا اجازه من تم لحسابه، متى كان وقت الاجازة حائزاً للاهلية الواجبة...". وتفترض الاجازة، من باب اولى، امكان تصحيح البيع ابتدا متى ما رخص للوكيل الشراء من قبل من له حق اجازة الشراء، لان اعمال الكلام اولى من اهماله.

[٥] المادة ٥٨٩ من القانون المدني.

[٦] صورة الفجر، اية ٢٠.

وقد يتذرع بعض الاباء تبريرا لاستيلائهم على مال ابنائهم عن فهم خاطئ لقول مرجوح اسند للرسول الاعظم محمد (ص) "انت ومالك لابيك. وهذا الحديث، على فرض صحته، ينصرف الى ان الابن لا يحق له ان يقصر في الانفاق على والده والا حق للاب ان ياخذ من مال ولده ما يكفيه لسد حاجته، كما لو كان ماله، دون ان يقرر للاب سلطة التصرف في مال ولده كيفما يشاء، لان الشريعة السمحاء قررت للابن ذمة مالية مستقلة عن الاب. وعلى اية حال فان الحديث المذكور ليس محل اجماع الفقهاء المسلمين. انظر في تفصيل ذلك فتوى دار الافتاء الاردنية، متاح على شبكة المعلومات الدولية:-

<http://aliftaa.jo/Question.aspx?QuestionId=633#.WNFktmBxn80>.

[7] Arthur B. Laby op cite, P.10٨.

(المعدل)[١]. والوقع ان المنع المطلق ليس له ما يبرره اذا كان في الصفقة خير للقاصر ولعل من شان التحريم المطلق ان يضير بمصالح القاصر لا سيما اذا كان السعر المعروض من قبل الوصي المنصوب يتسم بالعدالة وصدر من شخص يقدر القيمة الحقيقية للمال بفعل اطلاعه عليه. فقد كان على المشرع ان يبيح التعاطي باموال القاصر من قبل هذه الفئة من الاشخاص، شريطة صدور ترخيص مسبق من قبل مديرية رعاية القاصرين وبما يحقق اقصى فائدة ممكنة للقاصر.

٥- واخير قد يقال بان الاحكام اعلاه والمتعلقة باباحة التعامل باموال القاصر معطلة بحكم الفقرة (اولا) من المادة ٤٣ من قانون رعاية القاصرين لعام ١٩٨٠ والتي يحرم هؤلاء من اتيان ((جميع التصرفات التي من شانها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الاصلية او التبعية او نقله او تغييره او زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة)) بغير موافقة دائرة رعاية القاصرين، ويندرج ضمن التصرفات المقررة للحق العيني شراء المال للقاصر، وبالبيع يزول هذا الحق. بيد ان هذا التعطيل لاحكام هذه النصوص وان كان يتضمن حماية كافية لمصالح القاصر،الا انه لا ينفي، من جانب اخر، ان القانون قد اباح، لاسباب غير مستساغة عقلا، التضارب في المصالح، ولا يحول دون سريانها مجددا في حالة احلال قانون اخر محل القانون النافذ لا يتضمن نصوصا معطلة لهذه الاباحة. لذا فالراي عندي ان في الغاء هذه النصوص ما يحقق الحماية القصوى لمصالح من لا يحسن الدفاع عنها بحكم حالته البدنية او العقلية او النفسية.

٢- تقدير مدى تاثر احكام الوكالة بالمبدا الائتماني:-

٤٩- نخلص مما تقدم ذكره ان قواعد النيابة عن الغير في القانون العراقي لا تصلح بمفردها ان تكون اساسا صالحا للالتزام الائتماني طبقا للمفهوم الانكليزي للمبدا، بالنظر لما تنطوي عليه من ثغرات ونقائص تسمح للفساد ان يتسرب الى انشطة النائب على نحو يجعلها قاصرة عن ان تستوعب المبدا المذكور. كما ان عد الوكالة اساسا للمبدا الائتماني يفضي الى التضييق من نطاق المبدا ويحول دون الاحاطة بجميع اوجه العلاقات القائمة على اساس من الثقة والائتمان، كعلاقة الوديع بمن استودع لديه مالا، وعلاقة شركة الاستشارات الفنية او التجارية او الطبيب او المحامي بمن طلب الاستشارة منهما في امر يخص مهنهم، وقس على ذلك سائر الامثلة الاخرى. بل ان تاسيس علاقة المدراء بالشركة استنادا الى عقد الوكالة، والذي يحظى بتاييد غالبية الفقه في العراق،[٢] ليس محل اجماع لدى بعضا منهم .[٣]

ثانيا:- قواعد الكسب دون سبب (الاثراء بدون سبب) Unjust Enrichment Theory :-

٥٠- وفقا لهذا المصدر من مصادر الالتزامات في القانون المدني العراقي، يكون الشخص الذي اثرى على حساب غيره ملزما بتعويضه بقدر ما افتقرت ذمته اذا لم يكن لهذا الاثراء ولذلك الافتقار سبب في بقية مصار الالتزامات، كالعقد والفعل الضار او نص القانون.[٤]

---

[١] لمزيد من التفصيل بشان التكييف القانوني للاذن الصادر من مديرية رعاية القاصرين بصدد التصرفات المذكورة، ينظر د. اكرم فاضل سعيد، المعين في دراسة التاصيل القانوني لحق الالتجاء الى الوساطة كحل بديل للنزاعات التجارية، ط٢، ٢٠١٧، الناشر مكتبة القانون والقضاء، ص ١١٩ وما بعدها، هامش (١٠٩)

[٢] د.احمد ابراهيم البسام، الشركات التجارية في القانون العراقي، ط٢، الناشر مطبعة الزمان، ١٩٦٧، ص١٨٧؛ د. فوزي محمد سامي،الشركات التجارية-دراسة مقارنة، الناشر دار الثقافة، ٢٠٠٦، ص ٤٧٦؛ د. مرتضى ناصر نصر الله، الشركات التجارية، ١٩٦٩،مطبعة الارشاد، ص ٢٥١؛ د. اكرم ياملكي، الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي: الجزء الثاني في الشركات التجارية، ط٢، الناشرمطبعة العاني، ص ٧١، ف ٤١.

[٣] وتتلخص حجة المنكرين لتاسيس هذه العلاقة على عقد الوكالة بان هذا التكييف الفقهي يفتقر الى سنده القانوني في قانون الشركات، ولان المشرع العراقي قد تاثر، عند تشريعه لقانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧، بالنهج الاشتراكي الذي ساد العراق في تلك الحقبة، والذي يقوم على اساس تنظيم احكام الشركات بنصوص امرة لا مجال لان تجد الاتفاقات الخاصة، وبضمنها عقد الوكالة،سبيلا اليها يسمح بتنظيم هذه العلاقة باطر تعاقدية. لذا يخلص اصحاب هذا الراي الى ان مدراء الشركة يعتبرون ممثلين عنها بحكم القانون واستنادا الى الفقرة (١) من المادة ٤٨ من القانون المدني.
ينظر في هذا الاتجاه د. موفق حسن رضا، قانون الشركات:اهدافه واسسه ومضامينه، الناشر مركز البحوث القانونية، ص ١٩٨؛ د. كمال عبد الحسين البلداوي وعلياء يونس الدباغ، "المسؤولية المدنية لاعضاء مجلس الادارة"، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد ٢٧، السنة ٢٠٠٦، ص٢٩.
ونرى بدورنا ان الخلاف بين الرايين المذكورين لا يعدو ان يكون خلافا نظريا(ظاهريا)، طالما ان القانون المدني العراقي لم ينظم من احكام التمثيل القانوني باطار قواعد عامة شاملة سوى احدى تطبيقاتها، الا وهي الوكالة (المواد٩٢٧-٩٤٩). لذا لزم الركون الى احكام الوكالة بغية سد النقص في التنظيم القانوني لاحكام التمثيل بحكم القانون، على سبيل القياس.

[٤] وفي هذا الخصوص تنص المادة ٢٤٣ من القانون المدني العراقي على انه كل شخص ولو غير مميز يحصل على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص اخر يلتزم في حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال كسبه فيها".

٥١- تقترب قواعد الاثراء بدون سبب كثيرا من الاثراء غير العادل والتي تعد احدى النظريات التي ساقها الفقه الانكليزي تبريرا للعلاقات الائتمانية. وقد يقال بان منع الاثراء بلا سبب هو الهدف الذي يسعى اليه القانون من فرض الالتزامات الائتمانية، لذا فانه يعد اساسا يصلح اللجوء اليه في الحالات التي يغفل فيها المشرع العراقي عن تنظيم بعض الاحكام المنظمة لتضارب المصالح.

٥٢- ولا نجد اية صعوبة في الرد على هذا التصور بالقول ان ما قيل بصدد نقد نظرية الاثراء غير العادل في القانون الانكليزي وبيان عدم صلاحها لكي تكون اساسا للعلاقات الائتمانية، يثار ايضا بصدد قواعد الكسب بلا سبب في القانون المدني العراقي، هذا من جانب. ومن جانب اخر يلاحظ بان احكام الاثراء بلا سبب في القانون العراقي ذو طبيعة تعويضية Remedial او استردادية Restitutionary Rules تهدف الى رد طرفا واقعة الاثراء الى الحالة التي كانا عليها قبل حدوثه، فهي لا تعبا بمواجهة خطر الاساءة في استعمال سلطة التصرف في شؤون الغيرو وبصرف النظر عن الضرر الذي حاق بالدائن من عدمه. وتفترض قواعد الاثراء بدون سبب، من جانب ثالث، في الغالب الاعم من الحالات انتفاء اية رابطة قانونية بين الطرفين(المثري والمفتقر) وليس هذا هو الاصل في العلاقات الائتمانية التي تم بسطها، والتي تفترض وجود صلة ولو قانونية على الاقل بين اطرافها. لذا نخلص من العرض اعلاه بان قواعد الاثراء بدون سبب تعجز بدورها عن ان تستوعب العلاقات الائتمانية.

ثالثا:- احكام التغرير مع الغبن:- Fraud with Grievous Damage

٥٣- يعد التغرير، بمقتضى القانون المدني العراقي، احد عيوب الارادة في مرحلة ابرام العقد، يقوم على افعال الغش والاحتيال والتي تستهدف خداع العاقد الاخر وحمله على ابرام عقد طبقا لشروط تتضمن غبنا فاحشا للعاقد المغرر به يتبدى في صورة تقاضيه لمنفعة مالية اقل مقارنة بما التزم باداءه للعاقد الغار.[١]

٥٤- وتقترب قواعد التغرير مع الغبن من مبدا الالتزام الائتماني من وجهة ان اغلب حالات الاساءة في استعمال السلطة تتخذ مظهر الغش والتغرير بقصد تحقيق فائدة مادية على حساب المستفيد، كما ان التغرير لا يتحقق الا اذا افترضنا ان المتعاقد الاخر قد اعتمد[٢] على امانة العاقد الغار وصدقه في الحديث فابرم العقد استنادا الى هذا الاعتماد، والذي يعد بدوره احد النظريات التي طرحت لتفسير العلاقات الائتمانية.

٥٥- بيد انه يجب الحذر من مسايرة هذا التصور، ذلك ان الالتزام الائتماني، من جانب، ذو نزعة شخصية تستهدف مواجهة اي انحراف في سلوك المرء ولو تجرد ذلك عن معنى الغش او سوء النية [٣]. ولا يقيم القانون الانكليزي، من جانب اخر، اي وزن للضرر الذي حاق بالمتضرر من هذا السلوك. وليس هذا هو الاصل في احكام التغرير مع الغبن في القانون العراقي -المتاثر باحكام الفقه الاسلامي- والذي يستلزم الغبن شرطا لاعمال الجزاء المقرر بموجبه، الا وهو ايقاف العقد. ولا شك ان عنصر الخطا الذي تقوم عليه قواعد المسؤولية عن التغرير تقف حجر عثرة امام التصدى لبعض صور التضارب في المصالح، كما لو ورث النائب القانوني او الاتفاقي اسهما في شركة منافسة لموكله، او متجرا يمارس النشاط التجاري ذاته الذي يزاوله متجر القاصر، ويمتنع رغم ذلك عن الانسحاب من الوضع الذي انشا هذا التعارض في المصالح. فلا يمكن في هذه الفروض ان ينسب الى هذا النائب اي تغرير. وتضيق قواعد التغرير، من جانب ثالث، عن ان تستوعب جميع انشطة الائتماني التي تمارس انفاذا لواجباته، لانها تقتصر على ذلك التغرير الذي ينصب على شروط التعاقد الذي تحددت بمقتضاه حقوقه والتزاماته قبل المستفيد.

رابعا: الوديعة Deposit:

٥٦- الوديعة في القانون العراقي عبارة عن وضع قانوني به يصبح الوديع bailee ملزما بالمحافظة على الشيْ الذي تسلمه من المودع depositor او الذي وضعته الظروف في حيازته مع التزامه برده اليه بالحالة

---

[١] لمزيد من التفصيل عن هذه الاحكام ينظر محمد احمد، العقد الموقوف في القانون المدني العراقي:دراسة مقارنة، مطبعة كويل ٢٠٠٥،ص ٥٨؛ استاذنا د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، الناشر مطبعة السنهوري ١٩٧٦، ص ٩٩؛ د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، الغبن عيب في الرضا ام في ذات العقد، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد الاول السنة ٢٠٠٩، ص ١٥ و43-37.

وانظر باللغة الانكليزية :-

Yacoub Sarkhoh, 'The Manger of Limited Liability Company under Kuwait Commercial Companies Law: A Comparative Study' (1990) 5 Arab L Q 163, 197.

[2] Ogilvie, op cite, P.٢٨١.

[٣] في هذا المعنى انظر قضية (Lord (Russell) (HL) 144 ,134 AC 2 [1967] *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver*

التي كان عليها وقت تسلمه.[١] قد يقال بان لاحكام الوديعة صلة وثقى بعدد من العلاقات التي قد تصطبغ بالصفة الائتمانية، والتي قد تتطلب حيازة المؤتمن لاموال المستفيد تنفيذا لموجبات التزامه، كالنائب الاتفاقي او القانوني والناقل ومدراء الشركة وغيرهم، على نحو يدعو الى المناداة بعدها اساسا محتملا للعلاقات الائتمانية في القانون العراقي. ويتوافق هذا التصور مع نظرية الامانة التي نادى بها بعض من الفقه الانكليزي اساسا لتوضيح مفهوم العلاقات.[٢]

٥٧- والواقع، ان تقريب احكام الوديعة في القانون العراقي من نظام الامانة trusteeship system يقف دونه اعتبار قانوني يتمثل في الفارق الشاسع بين المفهومين، ذلك ان الوديعة في القانون العراقي تفرض على الوديع التزامات (شخصية) لا تتعدى "الحفظ المادي" للشئ. وليس هذا هو الاصل في نظام الامانة في القانون الانكليزي الذي يمنح الامين سلطات واسعة على اموال المستفيد تقترب من سلطات المالك، وهو ما يبرر فرض عواقب قانونية مشددة عند خرق الاخير لواجبه بغية حمله على حسن اداء واجبه. وهذه القسوة في التعامل مع هذا الائتماني تقابلها مسؤولية مخففة في القانون العراقي تقوم على اساس ان الوديع غير ضامن الا بتعديه او تقصيره.[٣]، والذي ياخذ بنظر الاعتبار ان المودع لديه ما هو في حقيقة الامر الا متبرع (متفضل) volunteer لا يتقاضى اجرا، ما لم يتفق على خلاف ذلك،[٤] على نحو لا تستسيغ العدالة اخضاعه الى قواعد مشددة. ويضيق مفهوم الوديعة، من ناحية اخرى، عن ان يستوعب بعض العلاقات التي توصف بالائتمانية والتي تقتضي من المؤتمن رعاية مصالح المستفيد لا امواله كعمل المحامي والطبيب والاستشاري وما سواهم. تاسيسا على ما تقدم، لا تبدو احكام الوديعة ذلك الاساس الذي يصلح ان يكون منطلقا لان يتاسس عليها اي التزام يتصل باساءة استعمال السلطة في العلاقات التي تقوم على اساس من الثقة والاعتماد.

خامسا: قواعد الاستغلال Exploitation Rules:-

٥٨-الاستغلال [٥]هي احد عيوب الارادة تواجه استغلال احد الاشخاص لحالة من حالات الضعف في شخص العاقد الاخر، كحاجته او طيشه او هواه او قلة خبرته او ضعف ادراكه، فيلحقه جراء هذا الاستغلال غبن فاحش.[٦] ويمثل الاستغلال احد مظاهر تحول القانون العراقي من النزعة الموضوعية التي تغلف اغلبية مبادئه الى النزعة الشخصية مراعاة منه للخطورة التي يتسم بها سلوك العاقد المستغل (بكسر الغاء) في هذا العيب في الارادة.

٥٩- تقترب هذه النظرية من مفهوم الواجب الائتماني من حيث ان المستفيد قد يكون بامس الحاجة الى عمل او خدمة او خبرة او نصيحة ما تقدم من الائتماني، والذي قد يستغل هذه الحاجة او قلة الخبرة على النحو الذي يحقق مصلحته على حساب المستفيد.

٦٠- بيد ان هذا التصور يجب استبعاده على الفور، ذلك ان الاستغلال انما يتحقق في مرحلة ما قبل ابرام العقد فيدفع المستفيد للدخول في تعاقد مع المستغل (بكسر الغاء) بناء على الثقة التي يوليها له المستغل(بفتح الغاء) فينجم عن ذلك الغبن المنهي عنه، ولا ينصرف الى التعاطي مع مصالح المستفيد في مرحلة ما بعد ابرام العقد التي تبيح للائتماني سلطة تقديرية واسعة في التصرف بها او التاثير عليها عند تعاطيه مع المستغل (بفتح الغاء) او مع الاغيار. كما ان الاستغلال، من جهة اخرى، يفترض الخضوع المطلق للتاثير الصادر من المستغل، وليس هذا الامر شرطا لازما في جميع العلاقات الائتمانية لاختلاف احوال الناس ومستوى معرفتهم وخبراتهم وذكائهم[٧] والذي يتوقف عليه بالنتيجة قدرة المستغل على التاثير على

---

[١] تعرف الامانة الفقرة (١) من المادة (٩٥٠) من القانون المدني العراقي بانها " ... المال الذي وصل الى يد احد باذن من صاحبه حقيقة اوحكما، وهي اما ان تكون بعقد استحفاض كالوديعة، او ضمن عقد كالماجور والمستعار، او بدون عقد او قصد كما لو القت الريح في دار شخص مال احد" .

[٢] ينظر ما سلف بيانه عن هذا الموضوع، الفقرات (٢٢-٢٣).

[٣] تنظر الفقرة (٢) من المادة ٩٥٠.

[٤] فنكون في هذه الحالة ازاء عقد ملزم للجانبين *quid pro quo* تقوم فيه مسؤولية المودع لديه عند هلاك الوديعة او ضياعها لسبب يمكن التحرز منه. انظر المادة ٩٥٣ من القانون المدني.

[٥] ويعرف هذا المبدا في القانون الانكليزي بالتاثير غير المستحق undue influence. ينظر في تفصيل ذلك:

G.H.Treitel, *An Outline of the Law of Contract* (London Btterworths, Second edn, 1979) PP.153-154.

[٦] تنظر المادة ١٢٥ من القانون المدني العراقي.

[7] Ogilvie, op cite, P.٢٨٨.

مصالحهم.ويلاحظ اخيرا بان الطبيعة التعويضية للاستغلال، والتي تقوم على اساس ما يتطلبه القانون[1] من اثبات ان غبنا ما لحق المستغل(بفتح الغاء) يقف حجر عثرة تحول دون ان تؤدي قواعد الاستغلال دورها في التصدي للخطورة التي ينطوي عليها سلوك الائتماني من خلال مجازاته بالحرمان عما جناه من فائدة جراء انتهاك التزامه وبقطع النظر عن الضرر الذي حاق بالعاقد المتضرر، كما يقضي بذلك المبدا الائتماني.

سادسا: مبدا التعسف في استعمال الحق Doctrine of Abuse Right :-

٦١- يجازي هذا المبدا كل شخص، وان لم يتخط حدود استعماله لحقه، بالضمان متى ما تبين انه تعسف في استعماله لحقه بان اسفر عن ذلك الاستعمال ضرر للغير. وفي هذا السياق، تنص المادة السابعة من القانون المدني العراقي على انه:-

"١- من استعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان.

٢- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الاتية:-

ا- اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير.

ب- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة".

٦٢- وليس من العسير دحض الركون الى هذا المبدا اساسا للمناداة به اساسا للواجب الائتماني في القانون العراقي بالقول انه يتصل باساءة استعمال الحق ولا ينصرف الى اساءة استعمال السلطة الممنوحة للائتماني والتي قد تفضي الى الاضرار بمصالح المستفيد. والسلطة متى ما منحت الى شخص ما بغية تنفيذ التزامه يجب ان تمارس لمصلحة الاصيل لا ان تكون حقا خالصا للمؤتمن يمارسها على وفق مقتضيات مصلحته.

٦٣- بيد ان من المتصور ان يجتمع الالتزام الائتماني مع مبدا التعسف في استعمال الحق، في الحالة التي يستعمل المؤتمن حقا اباحته له الرابطة التي تجمعه بالمستفيد بقصد الاخلال بالتزام ائتماني ترتب بذمته في مرحلة ما قبل استقالته، من ذلك ان يعتزل النائب او العامل او مدير الشركة من منصبه بقصد استغلال معلومات او صفقة مربحة وقف عليها اثناء اداءه لالتزامه السابق لمصلحته الخاصة متوسلا بالاستقالة - بوصفها حق له ان يمارسه في اي وقت- سبيلا يعتصم به من المسؤولية التي تتقرر عند خرقه التزامه السابق.

الخلاصة:-

٦٤- نخلص من التمعن بالمبادئ التي جاء بها القانون المدني العراقي التي قد تقترب من المفهوم الائتماني، ان ايا منها لا يصلح ان يكون اساسا للواجبات الائتمانية ذلك. والعلة في ذلك ظاهرة ترجع الى ان مبادئ القانون المدني تقوم في مجملها على اعتبارات تعويضية (استردادية) restitutionary purposes لم تصغ لمواجهة الخطورة التي ينطوي عليها تصرف ما في اطار علاقة تفتقر الى التوازن بين الطرفين، على غرار ما عليه الحال في القانون الانكليزي. وبعبارة اخرى يمكن القول بلا تحفظ ان المشرع العراقي لم يفلح في رسم اطار عام لمبدا يستهدف مواجهة التعسف في استعمال السلطة ليجري على غرار مبدا التعسف في استعمال الحق في القانون المدني ومبدا التعسف في استعمال السلطة باطار علاقات القانون العام. ونستخلص مما تقدم ان المبدا الائتماني يعد من بنات افكار القوانين الانكلو-سكسونية لم يكتب له ان يرى النور في بلدان القانون اللاتيني كفرنسا او قوانين بعض من البلاد العربية التي استمدت من القانون المدني الفرنسي غالبية احكامها كالقوانين المدنية لمصر ولبنان والجزائر وتونس والمغرب وغيرها .

٦٥- هنا تغدو الوسيلة القانونية الوحيدة لحماية الطرف الضعيف في العلاقات القانونية التي تقوم على اساس من الاعتماد والامانة والنزاهة بالركون الى النصوص القانونة المنظمة لهذه العلاقات. وقد راينا فيما تقدم ان الاحكام التشريعية المنظمة للعديد من هذه العلاقات قد اغفلت، وفي العديد من المواضع، الاشارة الى جوانب

---

[1] وفي هذا السياق تنص المادة ١٢٥ من هذا القانون على انه "اذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته...جاز له خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول،فاذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعا جاز له خلال هذه المدة ان ينقضه". ونرى ان المشرع العراقي باقراره الغبن شرطا لرفعه او لنقض التصرف يكون قد جرد عيب الاستغلال، بوصفه الوسيلة التي يتوسل بها المشرع لمجازات الاستغلال وانعدام النزاهة في التعامل، من اية قيمة عملية.

وتجدر الاشارة الى ان اثبات الضرر الذي حاق بالطرف الضعيف والذي يتبدى في عدم عدالة الصفقة بالنسبة اليه ليس مما يتيسر اقامة الدليل عليه في جميع الفروض، مما يقتضي الركون الى قرائن موضوعية للتحقق من وقوعه. ينظر:-

Ogilvie, op cite, P.288.

عديدة من الالتزامات التي اصطلح على نعتها، بمقتضى القانون الانكليزي، بالواجبات الائتمانية. ويعد اغفال تنظيم القانون لوسائل التصدي للتعسف في استعمال السلطة في علاقات القانون الخاص مثلبة يحسن بالمشرع العراقي ان يتصدى لها في الباب التمهيدي للقانون المدني من خلال تكريس قاعدة عامة تنبسط على جميع العلاقات التي يمكن وصفها بالائتمانية

ولكن هل لهذا الالتزام حضور في التشريعات التجارية؟ هذا ما سيكون مدار حديثنا في المطلب الاتي.

المطلب الثاني

موقف التشريعات التجارية من الالتزام الائتماني

٦٦- يعد التعاطي بالشدة مع المتعاملين في البيئة التجارية من اهم سمات القانون التجاري لضمان حملهم على احترام مبادئ حسن النية والامانة والنزاهة والاستقامة التي ينبغي ان تسود التعامل التجاري. وما تلك الاحكام المتصلة بقسوة قانون الصرف في الاوراق التجارية واحكام اشهار افلاس التاجر الا تكريسا لنزعة المشرع في التعامل بشدة مع المدين بالتزام تجاري. وتنسجم هذه السمة مع طبيعة الالتزام الائتماني والذي ينزع النزعة ذاتها عند تعاطيه مع اخلال المؤتمن بالتزامه.

ويقتضي السعي لاقتفاء اثر الواجب الائتماني في ثنايا القانون التجاري العراقي الى التعرض الى اهم المبادئ التي جاء بها قانون التجارة، وبقية التشريعات التجارية ذات الصلة بالموضوع، وقانون الشركات.

اولا: موقف قانون التجارة وبقية التشريعات التجارية من مفهوم الالتزام الائتماني:-

٦٧- لم يقرر قانون التجارة ، شانه في ذلك شان القانون المدني العراقي، قاعدة عامة للالتزام الائتماني، وان كان قد عرف التجارة، بمقتضى المادة الثالثة منه، بانها "نشاط اقتصادي يجب ان يقوم على اساس من الثقة والامانة والالتزام الدقيق بقواعد القانون، ومن لا يلتزم بذلك يكون معرضا للمسؤوليتين المدنية والجنائية". ويلاحظ على هذا النص امران: الاول، انه قد اشار الى مفاهيم الامانة والنزاهة والتي يتشكل منها مبدا حسن النية في التعامل الذي يعد احد اوجه الواجب الائتماني بمقتضى القانون الانكليزي. والامر الثاني، ان النص المتقدم لا يخرج عن كونه اطارا عاما غير محدد الملامح لما يتعين ان يكون عليه سلوك المتعاملين في البيئة التجارية عند انفاذهم لالتزاماتهم، ولا يصلح بوضعه الراهن ان يقرر قاعدة عامة للمفهوم الائتماني بالنظر لعدم تبيانه لاهم اوجه هذا الالتزام. من هنا امكن القول بان النص المتقدم يغلب عليه الطابع التوجيهي (الارشادي) declarative على نحو يخلو من فرض التزام محدد يحمي الطرف الضيف من تعسف الطرف القوي. لذا فان السبيل الوحيد لحماية المستفيد تتبدى فيما تتضمنه نصوص القانون من تنظيم لاحكام العلاقات القانونية من مبادئ بهذا الشان.

٦٨- وقد بينا فيما تقدم[١] ان الوكالة عموما تمثل الارض الخصبة التي تنبع منها الواجبات الائتمانية، لانها تهيئ الارضية المناسبة لنشاة سلطة التعاطي بمصالح الغير. و يؤخذ على المشرع العراقي في هذا الخصوص عدم تنظيمه لاحكام الوكالة التجارية في قانون التجارة تاركا ذلك الى القوانين الخاصة المنظمة لهذه العملية التجارية، من ذلك قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم (٥١) لسنة ٢٠٠٠،[٢] وقانون النقل رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣، وقانون الدلالة رقم (٥٨) لسنة ١٩٨٧.[٣]

٦٩- والقاسم المشترك لهذه التشريعات ان بعضا منها اغفل تنظم احكام الوكالة التجارية كالقانون رقم (٥١) لسنة ٢٠٠٠، في حين ان البعض منها لم يات سوى بتطبيقات جزئية للالتزامت الائتمانية. ويمكن حصر اهم هذه التطبيقات الجزئية ما نصت عليه الفقرة (ثالثا) من المادة ٧٨ من قانون النقل رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣ من منع الوكيل من" ... ان يقيد في حساب موكله اجرة نقل اكثر من الاجرة المتفق عليها مع الناقل. وكل ما يحصل عليه الوكيل من مزايا من الناقل تعود فائدته على الموكل ما لم يتفق في عقد الوكالة او يقتضي التعامل بغير ذلك". ولا يخرج هذ الحكم عن كونه تطبيقا جزئيا لمبدا مصادرة الفائدة التي يحصل عليها الائتماني جراء اخلاله بالتزامه الموصوف في هذه المادة، ولا يتعدى ذلك الى بقية صور الاخلال بالالتزامات الاخرى كتلك التي تخص تجنب التضارب في المصالح او الدخول في صفقة للوكيل العمول فيها

---

[١] انظر ما سبق بيانه عن هذا الموضوع، فقرة (42) من هذا البحث.

[٢] تعرف الفقرة (اولا) من المادة الاولى من هذا القانون الوكالة التجارية بانها " كل عمل تجاري يقوم به في العراق شخص بصفة وكيل عن شخص طبيعي أو معنوي من خارج العراق سواء أكانت وكالة تجارية أم وكالة بالعمولة أم أية وكالة تجارية أخرى منصوص عليها في القوانين الخاصة بالتجارة والشركات والنقل."

[٣] عرفت الفقرة (اولا) من المادة الاولى من هذا القانون الدلالة بانها " عمل ينبغي القائم به تسهيل ابرام عقد من العقود لقاء اجره".

مصلحة مباشرة او غير مباشرة او منع الحصول على فائدة او منفعة او عمولة سرية من احد طرفي العلاقة. ولعل مما يزيد الامر تعقيدا ان اللجوء الى احكام الوكالة المدنية في القانون المدني بغية سد النقص في تنظيم المشرع لاحكام هذا النوع من النيابة ليس بذي فائدة قانونية ملموسة بالنظر لاغفال القانون المدني العراقي تنظيم العديد من جوانب التضارب في المصالح كما قدمنا.[١]

٧٠- وفرضت الفقرة (اولا) من المادة التاسعة من قانون الدلالة رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٧ على الدلال " ان يكون امينا في اطلاع الطرفين على جميع البيانات التي يعلمها عن الصفقة والظروف الخاصة بها". والظاهر ان هذه المادة تشير الى مبدا حسن النية الذي يعد مفهوم "الامانة" احد العناصر التي يتشكل منها. كما قضت المادة (١٣) من هذا القانون بانه " لا يجوز للدلال ان يقيم نفسه طرفا في الصفقة التي يتوسط ابرامها". ويستهدف هذا النص منع التضارب في المصالح في الحالة التي يكون فيها الدلال وسيطا وطرفا في الصفقة على نحو قد يجعل العاقد الاخر عرضة للاستغلال والوقوع في حبائل التغرير والذي قد يفضي الى خسارة محققة.

٧١- وقد اتى النظام الداخلي لسوق العراق للاوراق المالية الصادر بموجب قانون السوق الصادر بالامر المرقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤، بقواعد اكثر سعة واقترابا من الالتزامات الائتمانية بفعل تاثر التشريع المذكور بالقوانين الانكلو-سكسونية التي تسربت الى العراق مع تشكيل سلطة الائتلاف المؤقتة في اعقاب سقوط النظام البائد في ٢٠٠٣/٤/٩. وقد فرض النظام المذكور على الوسيط في السوق "العمل بكل امانة ونزاهة ومراعاة مصالح الزبون وقواعد السوق ومبادئ العمل التجاري"[٢] وان يتجنب التضارب في المصالح من خلال " العمل لمصلحة العملاء ولا سيما العمل على وضع مصالح العملاء قبل مصلحته والحفاظ على حقوقهم"[٣] وعليه ايضا " الامتناع عن الاشتراك في التعاملات الكاذبة او الزائفة وكافة اشكال الاحتيال في السوق كذلك الابتعاد عن التصرفات والممارسات التي تعمل على تضليل وخداع المستثمرين او خلق انطباع كاذب ومضلل عن السوق"،[٤] كتلك التي تخص سعر اي ورقة مالية او حجم تداولها.[٥]وقد وصل درجة تاثر هذا التشريع بالمفهوم الائتماني ذروته الى حد انه عد الوسيط"... كمؤتمن على اموال الزبون وعدم خلط اموال وحسابات الزبون مع اموال وحسابات العضود [يقصد الوسيط] او الاخفاق في الحفاظ على اموال الزبون".[٦]

٧٢- نخلص من استعراض اهم الاحكام القانونية المنظمة للعلاقات القانونية القائمة على اساس من الاعتماد والثقة والامانة في التشريعات العراقية انها اتت بقواعد جزئية تحتوي على بعض العناصرالتي يتشكل منها مفهوم الالتزام الائتماني على نحو يدعونا الى القول بان قانون التجارة لم يتبن الالتزام الائتماني وانما تناول بعض تطبيقاته الجزئية.وقد كان يغني عن ذلك،حسب تقديرنا، ايراد قاعدة عامة في الباب الاول من قانون التجارة تفرض على كل من له سلطة التصرف في شؤون غيره في علاقة تقوم على اساس من الثقة والامانة والنزاهة والاعتماد على عمله او خبرته او امانته، ان يعمل لمصلحة المستفيد وان يتجنب ان يضع نفسه في اي موضع تتضارب فيه مصلحته ولو بصورة محتملة مع واجبه بغير ترخيص مسبق قائم على اساس من التصريح الكامل والصحيح بطبيعة ومدى مصلحته، والا وجب عليه رد اية فائدة حصل عليها جراء انتهاك واجبه الى المستفيد. والحق ان ايراد هذه القاعدة لا يفيد في زرع المفهوم الائتماني في قانون التجارة فحسب، وانما في التصدي لاي وهن او قصور في الاحكام التفصلية المنظمة لشتى انواع العلاقات الائتمانية.

ثانيا: موقف القوانين المنظمة لشؤون الشركات:-

---

[١] انظر الفقرة (٤٤) وما بعدها من هذا البحث

[٢] الفقرة (٥-١٢-٢) من النظام الدخلي لسوق العراق للاوراق المالية.

[٣] الفقرة (٥-١٢-٢) من النظام المذكور.

[٤] الفقرة (٥-١٢-٤) من النظام المذكور.

[٥] الفقرة (ا) من المادة (٩) من تعليمات تداول الاوراق المالية في سوق العراق والمتاحة على الموقع الالكتروني للسوق (لم تتضمن هذه التعليمات اشارة الى رقمها او تاريخ صدورها).

[٦] الفقرة (٥-١٢-٥) من النظام المذكور (وقد اضيف الى هذه المادة توضيح بين الاقواس). انظر في السياق ذاته الفقرة (ب) من المادة (٤) من تعليمات تداول الاوراق المالية في سوق العراق المنشور في الموقع الالكتروني لسوق العراق للاوراق المالية.

٧٣- يمثل قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ (المعدل) المرجع العام لجميع التشريعات المنظمة لشؤون الشركات في العراق، كقانون المصارف الاهلية الصادر بالامر المرقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤، وقانون تنظيم اعمال التامين الصادر بالامر المرقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥.[١]

٧٤- وقد تضمن قانون الشركات العراقي، وبقية التشريعات انفة الذكر، بين دفتيها بعض النصوص القانونية التي تفرض على مدراء الشركات واجبات تقترب الى حد ما من الواجبات الائتمانية التي استوعبها القانون الانكليزي من امد بعيد. بيد ان هذه النصوص القانونية وردت مبعثرة في ثنايا هذا القانون على نحو مغاير لما عليه الحال بصدد تنظيم القانون لاختصاصات مجلس الادارة والمديرالمفوض،[٢]وبخلاف التنظيم المحكم لقانون الشركات الانكليزي للواجبات المذكورة في الفصل العاشر من القسم العاشر منه.[٣] فقد اشار قانون الشركات العراقي باقتضاب الى واجب منع التضارب في المصالح في الفقرة (٣) من المادة الاولى منه بصدد تناولها لاهداف القانون ومن ضمنها "حماية حاملي الاسهم من تضارب المصالح واساءة استعمال المدراء فيها وحاملي اغلبية الاسهم، والمسيطرين على شؤون الشركة فعليا".[٤] ولم تتعرض هذه المادة الى صور التضارب واحكامه وحالات الاعفاء من المسؤولية عنه بخلاف ما عليه الحال في القسم ١٧٥ من قانون الشركات الانكليزي لعام ٢٠٠٦ والذي نص على الاتي:-

"١- يجب على مدير الشركة ان يتجنب الحالة التي يكون له فيها، او يمكن ان يكون له فيها، مصلحة مباشرة او غير مباشرة والتي تتعارض، او من المحتمل ان تتعارض، مع مصالح الشركة.

٢- ويطبق ذلك على وجه الخصوص في استغلال اي مال او معلومات او فرصة (وليس من الجوهري فيما اذا كانت الشركة تستطيع ان تحصل على فائدة من المال او المعلومات او الفرصة).

٣-.....

٤- هذا الواجب لا ينتهك:-

ا- اذا كانت الحالة لا يمكن اعتبارها بصورة معقولة من المحتمل ان تثير تضاربا في المصالح.

ب- اذا كات الحالة قد رخصت من قبل المدراء.

٧٥- وتعرض القانون الى منع "التضارب في الواجبات" في نطاق ضيق اقتصر على منع العمل لدى شركة منافسة وذلك بصدد تصديه لتشكيل مجلس الادارة،[٥] وقد جاء هذا الحكم قاصرا عن ان يتصدى للموضوع باطار قاعدة عامة تستوعب جميع الحالات التي يدين فيها المدير بواجبه لاشخاص اخرين من المحتمل ان تتضارب مصالحهم مع مصالح الشركة التي يعمل فيها، على غرار ما جاء في الفقرة (٧) من القسم ١٧٥ من قانون الشركات الانكليزي والتي تنص على ان " اية اشارة في هذا القسم الى التضارب في المصالح يشمل تضارب المصلحة والواجب وتضارب الواجبات". وتؤدي محدودية نطاق اطباق المادة ١١٠ من قانون الشركات العراقي الى اضفاء صفة المشروعية على التضارب في الواجبات الذي يقع خارج نطاق العمل في شركة اخرى، كما هو الحال عندما يتولى المدير ادارة محل تجاري منافس او شركة محاصة لا يعترف لها قانون الشركات العراقي باي وجود قانوني، او حينما يكون المرء مديرا للشركة ونائبا قانونيا او اتفاقيا لاحد المستثمرين فيها في ان واحد.

٧٦- وتناول قانون الشركات العراقي في المادة ١١٩ منه واجب المدير في التصريح عن مصلحته المباشرة او غير المباشرة في صفقة يزمع ابرامها مع الشركة بصياغة مشابهة الى حد ما للقسم ١٧٧ من قانون الشركات الانكليزي،[٦] وذلك في الفرع الثالث والمتعلق باختصاصات وصلاحيات مجلس الادارة، الى

---

[١] تنظر الفقرة (اولا) من المادة الثالثة من قانون الشركات المرقم (٢١) لسنة ١٩٩٧.

[٢] تنظر المادة ١١٧ من قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧. والظاهر من طريقة تنظيم المشرع للاحكام القانونية تاثره بالخلط بين سلطات المدراء وواجباتهم اعتقادا منه ان السلطات الممنوحه لهم تمثل في الوقت عينه واجبات يسال هؤلاء عن عدم القيام بها. والواقع ان هناك فرق شاسع ينهض بين "السلطة" و"الواجب" من حيث ان السلطة تعني ما يرخص للمدير القيام به انفاذا لواجبه،في حين ان الواجب عبارة عن قيد يفرض على المدراء يتضمن التزامهم في القيام بعمل او الامتناع عن عمل.

[٣] تنظر الاقسام ١٧٠-١٨١ من قانون الشركات الانكليزي لعام ٢٠٠٦.

[٤] تقابلها المادة ٤٢/ثانيا/ب) من قانون تنظيم اعمال التامين المرقم ١٠ لعام ٢٠٠٥، والقسم ١٧٥ من قانون الشركات الانكليزي لعام ٢٠٠٦.

[٥] تنظر المادة ١١٠(ثانيا) والوارد ذكرها في الفرع الاول من الفصل الثاني من القانون المذكور.

[٦] المادة ١٢٠ من لقانون المذكور. تقابلها المادة ١٧(٥) من قانون المصارف الاهلية المرقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤، والقسم ١٧٢ من قانون الشركات الانكليزي لعام ٢٠٠٦.

جانب واجب العمل لمصلحة الشركة.[١] في حين اغفل المشرع معالجة واجب الامتناع عن قبول اية فائدة او منفعة من شخص ثالث، بخلاف ما عليه الحال في قانون الشركات الانكليزي،[٢] كما اغفل القانون ايضا الاشارة الى واجب عدم منافسة المدير لشركته. واذا كان كلا الواجبين انفي الذكر يستوعبهما واجب تجنب تجنب التضارب في المصالح، الا اننا نرى انه كان يحسن بالمشرع النص عليهما تاكيدا لحكم القاعدة العامة ومنعا لاي تاويل مغاير من شانه ان يضفي صفة المشروعية على اتيان هذه المخالفات، وبغية اتاحة الفرصة لتنظيمهما باحكام متميزة عن حكم القاعدة العامة بما ينسجم مع خصوصية كل منهما.

٧٧- ويعد واجب العمل بحسن نية لتحقيق مصالح الشركة جوهر الواجبات الائتمانية لانه يرسم لمدراء الشركة طريقا واضحا لما ينبغي ان يقوموا به من اداءات.ومتى ما التزم هؤلاء بالواجب المذكور كان من العسير على الشركة ان تنسب اليهم تهمة الوقوع في التضارب في المصالح معها. بيد ان المادة ١٢٠ من قانون الشركات العراقي خلطت، من جانب، بين واجب العمل بحسن نية، وهو واجب ائتماني، وواجب رعاية شؤون الشركة، وهو واجب غير ائتماني يهدف الى تبيان المعيار الذي تقوم عليه مسؤولية المدراء عن الخطا اوالتقصير وعدم التبصر، حينما قضت بانه " على رئيس واعضاء مجلس الادارة ان يبذلوا في تدبير مصالح الشركة ما يبذلونه في تدبير مصالحهم الخاصة وادارتها ادارة سليمة وقانونية...". في حين ان قانون الشركات الانكليزي حافظ على التمييز بين هذا الواجب الائتماني والذي افرد له حكما منفصلا في القسم ١٧٢ منه، [٣] وواجب رعاية شؤون الشركة الذي عالجه في القسم ١٧٤ منه.[٤] كما ان المادة ١٢٠، من جانب اخر، لم تتعرض الى واجب المدراء في حماية مصالح حملة السندات stakeholders، بخلاف ما عليه الحال في قانون الشركات الانكليزي.[٥]

٧٨- ويجب ان لا ينصرف الذهن الى ان معالجة القانون المذكور لبعض اوجه الواجبات الادارية ينبئ بما يفيد تبنيه لمفهوم الالتزام الائتماني صراحة او ضمنا، ذلك ان امعان النظر في النصوص انفة الذكر يكشف انها اوردت، من جانب، تطبيقات جزئية لواجبات اوسع في المفهوم والنطاق تقررت في القانون الانكليزي. كما ان قانون الشركات العراقي، من جانب اخر، لم يات باحكام خاصة تنتظم مسؤولية المدير المخل بالتزامه تختلف عن قواعد المسؤولية المدنية المقررة في الى القانون المدني، مما يقتضي اللجوء الى الاخيرة والتي تستلزم بدورها اثبات اركان المسؤولية المدنية (الخطا والضرر وصلة السببية). في حين اننا راينا ان القوانين الانكلوسكسونية تقرر احكاما خاصة للمسؤولية عن خرق الواجب الائتماني تستوجب مصادرة الفائدة المتحصلة لمصلحة المستفيد في الاحوال التي يخل فيها المدير بواجبه الائتماني بغية ابطال اي حافز لديه في استغلال منصبه دون ان تكلف الشركة باثبات اركان المسؤولية المدنية.[٦]

---

[١] المادة ١١٩ من القانون المذكور. تقابلها المادة (٢١) من قانون المصارف الاهلية لعام ٢٠٠٤، والقسم ١٧٧ من قانون الشركات الانكليزي لعام ٢٠٠٦.

[٢] انظر القسم ١٧٦ من قانون الشركات الانكليزي لعام ٢٠٠٦ والذي ينص على انه :
" يجب على مدير الشركة ان لا يقبل منفعة من شخص ثالث ممنوحة بسبب:-
ا-كونه مديرا، او
ب- قيامه (او عدم قيامه) اي شي كمدير". .

[٣] ينص هذا القسم على انه " يجب على المدير ان يعمل على نحو ما يعتبره، وبحسن نية، ان يؤدي في الغالب الى تعزيز نجاح الشركة لمنفعة اعضاءها ككل".

[٤] وينص القسم ١٧٤ من قانون الشركات الانكليزي على انه:-
١-يجب على المدير ان يمارس الرعاية المعقولة والمهارة والاجتهاد.
٢-وهذا يعني الرعاية والمهارة والاجتهاد الذي سيراعيه الشخص المعقول المجتهد، مع:-
ا- المعرفة العامة، والمهارة والخبرة التي قد تتوقع بصورة معقولة من شخص ينجز وظائف يتم تنفيذها من قبل المدير في علاقته مع الشركة، و
ب- المعرفة العامة، والمهارة والخبرة التي للمدير".

والواقع ان الخلط الذي وقع به القانون العراقي قد طال ايضا صياغة المادة ١٧(6) من قانون المصارف الاهلية لعام ٢٠٠٤ والتي تناولت المعيار الذي تقوم عليه مسؤولية المدراء حينما نص على انه "يعمل اعضاء مجلس الادارة بامانة وبحسن نية ولتحقيق افضل المصالح للمصرف وعند قيامهم بوظائفهم فانهم يمارسون الدقة والخبرة والمثابرة التي يمارسها الشخص الطبيعي في ظروف مشابهة".

[٥] ينظر القسم ١٧٢ من القانون المذكور والتي فرضت على المدراء حماية مصالح حملة السندات وهم كل من يؤثر او يتاثر بنشاط الشركة كالبيئة والمجتمع ودائني الشركة والموردين والزبائن والعملاء والعمال وغيرهم.

[٦] تنظر في هذا السياق الاحكام القضائية الانكليزية الاتية:-
Transvaal Lands Company v New Belgium (Transvaal) Land and Development Company [1914] 2 Ch 488 (CA); *Cook v Deeks* [1916] 1 AC 554 (PC); *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* [1967] 2 AC 134 (HL); *CMS Dolphin Ltd v*

المبحث الرابع

امكانية زرع الالتزام الائتماني في القانون العراقي؟

٧٩- خلصنا فيما تقدم من ابحاث ان القانون المدني العراقي وبقية التشريعات التجارية لم تعتمد بوجه عام في ثناياها مبدا الالتزام الائتماني او اية مفاهيم اخرى مقاربة، وان كانت قد تناولت بين دفتيها نصوصا تضمنت احكاما جزئية مشابهة الى حد ما لتلك المقررة في القانون الانكليزي. بل ان بعض نصوص القانون المدني العراقي، لا سيما تلك المنظمة لنيابة الاب والجد (والمعطلة حاليا بموجب قانون رعاية القاصرين لعام ١٩٨٠) قد اباحت صراحة التعارض في المصالح حينما اجازت للاب والجد الولوج في بعض التعاقدات مع القاصر ولو نتج عنها غبن يسير للاخير، وهو ما يتعارض البتة مع المبادئ التي يقوم عليها الالتزام الائتماني في تحريم هذه التصرفات لتعارضها الصارخ مع مصلحة الاصيل.

٨٠- ويدعونا هذا الامر الى استخلاص نتيجة مفادها الى ان الالتزام الائتماني ما زال فكرة غريبة عن القانون العراقي، بالنظر لاغفاله تكريس قاعدة جامعة من شانها ان تتصدى بلا هوادة لاوجه التعسف في استعمال السلطة من قبل المؤتمن، لتجري على غرار ما عليه الحال بشان التعسف في استعمال الحق.وندعم راينا المتقدم بحجة مفادها ان تكامل هذا الاطار المفاهيمي العام لاي مبدا قانوني يعتمد على احاطة التشريع بجميع احكامه وتطبيقاته على نحو يتيح لدارس القانون ومطبقه استنباط هذا المفهوم العام من خلال البحث عن نقطة الوصل بين تطبيقاته الجزئية والتي ينبغي ان يجمعها مبدا وحدة المفهوم والهدف ونطاق الانطباق . وهذا الاستنباط متعذر في ضوء عدم تكامل الفكرة العامة في خلد المشرع العراقي والتي كشفت عنها حقيقة عدم تنظيمه بعض الاحكام التفصيلية للموضوع وضيق نطاق انطباق البعض الاخر منها، بل وتضاربها في بعض الاحيان مع اصل المبدا. وهذا الاغفال من المشرع العراقي يعد، حسب تقديرنا، مثلبة لا بد ان يتنبه لها بالتشريع في اقرب فرصة ممكنة.

٨١- ولكن هل بالامكان ان يقتبس المشرع العراقي مبدا الالتزام الائتماني من نظام قانوني مختلف عنه ومن ارض خصبة بمبادئ العدالة لكي يزرعها في بيئة قانونية اخرى، وهل سيكتب لهذا الاقتباس النجاح؟ في الواقع، خضع هذا التساؤل لنقاش من قبل الفقه الانكلو-سكسوني ولم يعدم من منكرين لامكان زرع الالتزام الائتماني في بلدان المجموعة القانونية اللاتينية.

٨٢- وفي هذا السياق، يرى بعض من الفقه ان صعوبات عديدة قد تواجه اي مسعى بهذا الخصوص منها ان مبادئ العدالة، (والتي تمثل سبب نشاة هذا الالتزام في القانون الانكليزي والمصدر الرئيس الذي استمد منه احكامه) لا تعد كذلك مصدرا رئيسا في بلدان القانون المدني كالعراق الذي يعد التشريع فيه مصدرا رئيسا للاحكام القانونية. ويستطرد اصحاب هذا الراي في تبرير حجتهم الى ان العدالة تمنح المحكمة سلطة تقديرية واسعة في التمعن بوقائع الدعوى وظروفها بغية الوصول الى حكم عادل غير مقيدة في ذلك بالاغلال التي تفرضها النصوص التشريعية الجامدة او احكام القانون العام common law. [1] كما ان هذه المبادئ تزود القاضي بوسال قانونية تمكنها من الوصول الى الحكم العادل، من ذلك ما تمنحه من مرونة في تحويل عبء الاثبات من المدعي الى المدعى عليه، او ان يمنح المدعي حماية قانونية ما كان بوسعه ان يحصل عليها طبقا لمبادئ القانون العام.[2] ويخلص هؤلاء الى ان اي نظام قانوني يفتقر الى هذه المكنة القانونية (قد يواجه صعوبة في تطبيق مبادئ الالتزام الائتماني).

٨٣- ويذهب راي اخر من الفقه اكثر تشددا من سابقه الى القول باستحالة اقتباس الالتزام الائتماني من القوانين الانكلو-سكسونية بغية زرعها في بلدان القانون المدني. وينطلق اصحاب هذا الاتجاه في تبرير رايهم الى حجة مفادها ان صياغة المبدا المذكور في ارض تخلو من مبادئ العدالة وحرية القضاء في الاجتهاد

Simonet [2001] 2 BCLC 704 (CH) [99]; *Murad v Al-Saraj* [2005] EWCA Civ 959, [2005] All ER (D) 503 (Jul) [77].

ينظر في تفصيل ذلك ايضا:-

Matthew Conaglen, 'The Extent of Fiduciary Accounting and the Importance of Authorization Mechanisms' (2011)70(3) C L J 548, 555; L. S. Sealy, 'Some Principles of Fiduciary Obligation' (1963) 21(1) C L J 119, 128.

[1] Rebecca Lee, 'Fiduciary Duty without Equity: "Fiduciary Duties" of Directors under the Revised Company Law of the PRC' (2007) 47(4) Va J Int'l L 897, 910-913.

[2] Rebecca Lee، ibid, P. 924-925.

واستنباط الاحكام القانونية يفضي الى ان التشريع المقتبس قد يتضمن سردا لحالات الاساءة في استعمال الائتماني لسلطاته، او قد يصاغ باطار قاعدة عامة مجردة. واتباع الاسلوب الاول في الصياغة يستلزم الاحاطة بجزئيات الموضوع والذي يقتضي ايضا استيعاب ما قد يستجد في المستقبل من حوادث، وهو مهمة عسيرة قد لا تتيسر لواضعي القانون. ويفضي هذا الاسلوب في الصياغة الى ان يجمد التشريع عن مسايرة ما تفرزه التطورات المرتقبة من معطيات. اما الصياغة العامة المجردة للنصوص المتعلقة بالواجب الائتماني فلا ينشا عنها سوى نص فضفاض غير واضح المعالم ولا يمكن ادراك مفهومه ونطاق سريانه بيسر، وقد تنجم عنه قيود صارمة تحول دون ادراك متى تبدا ومتى تنتهي حرية الائتماني في ممارسة نشاطه الاقتصادي الخاص. ولا يستطيع القضاء في هذه البلدان، وفي كلا الفرضين، ان يسعف التشريع بالمبادئ التي تكفل التصدي لمثالب هذه الصياغات القانونية للالتزامات الائتمانية، لانه قد جبل على تطبيق القانون وتفسيره، وليس على استحداث قواعد قانونية،[١] واجتهاده في هذا الصدد تقف دونه قاعدة " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص".[٢]

٨٤- ونرى بدورنا ان هذا الاجتهاد الفقهي قد غالى غلوا كبيرا في انكار قدرة المبدا المذكور على العيش والازدهار في بلدان مجموعة القانون المدني، ذلك ان المحاكم العراقية ليست ممنوعة من اللجوء الى مبادئ العدالة، ولا من الركون الى المبادئ القضائية التي اقرها القضاء في البلدان التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية.[٣] وليس من الصحيح النظر الى القضاء المدني في بلدان القانون اللاتيني على انه اسير النصوص القانونية. وقد غاب عن خلد اصحاب الراى المتقدم ان الدور الايجابي للقضاء قائم في جميع بلدان العالم في مجال تفسير القانون واستكمال النقص في الاحكام باللجوء الى بقية مصادر القانون، ومنها مبادئ العدالة. وليس ادل على ذلك ما ذهب اليه قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ من "توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من ادلة بما يكفل التطبيق السليم لاحكام القانون وصولا الى الحكم العادل في القضية المنظورة"،[٤]

٨٥- بيد ان هذا الدور الايجابي للمحكمة منوط بان يتولى المشرع رسم الاطار العام للمفهوم الائتماني، وهو ما سبيح للقضاء في مرحلة لاحقة ان يتحرك ضمن هذا الاطار مستهديا، تارة، بالتطبيقات الجزئية التي ترد في التشريع بما له من حرية معقولة في التفسير، او بمبادئ العدالة، او بالمبادئ القضائية المستقاة من البلدان التي كان لها قصب السبق في بلورة مفهوم الالتزام الائتماني. بيد ان هذا الاطار العام للمبدا يفتقر اليه القانون العراقي في الوقت الراهن، وهو ما يستلزم دعوة المشرع العراقي الى زرعة المفهوم المذكور في القانون المدني العراقي ليجري على منوال صياغة مبدا التعسف في استعمال الحق.

---

[1] Katharina Pistor & Chenggang Xu, 'Fiduciary Duty in Transitional Civil law Jurisdictions' (2002) <www .wcgi .org/wp> accessed 8 September 2013, pp.5, and 33-35.

[٢] المادة الثانية من القانون المدني العراقي.

[٣] تنظر الفقرة (٣) من المادة الاولى من القانون المدني العراقي.

[٤] المادة الاولى من قانون الاثبات العراقي المرقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩(المعدل).

خـاتـمـة الـبـحث

يعد الالتزام الائتماني احد الدعائم القانونية الهادفة لحماية المستفيد من تعسف الائتماني عند مزاولته لسلطة التصرف في شؤون الاول في قوانين بلدان النظام القانوني الانكلو-سكسوني، وبصدد علاقة ينبغي ان تقوم على اساس من الثقة والامانة والاستقامة. ويخلق احتياج المستفيد لخدمات الائتماني، بحكم حالته العقلية او الذهنية او لافتقاره الى الخبرة في مجال معين، علاقة غير متوازنة. وتابى مبادئ العدالة، والتي استلهم منها القضاء الانكليزي اسس الالتزام المذكور، ان يستغل الائتماني حاجة المستفيد ووضعه الائتماني لكي يحقق فائدة له او للغير على حساب المستفيد. وبغية حمل الائتماني على حسن انفاذ التزامه بامانة واخلاص، يقرر القانون الانكليزي قواعد متميزة تتسم بالقسوة والضراوة تتبدى في ان قيام مسؤولية الائتماني عن اخلاله بالتزامه لا تستلزم اثبات عناصر المسؤولية المدنية المتعارف عليها (الخطا والضرر وعلاقة السببية). ويجازى الائتماني المخل بالتزامه بالحرمان من الفائدة المتحصلة عن ذلك، بغية ابطال اي حافز لديه للميل لمصالحه الخاصة بدلا من التزامه (او واجبه).

وللالتزام الائتماني اوجه متعددة لا سبيل لحصرها لعل من ابرزها ان يكون الائتماني مواليا لمصلحة المستفيد بان يعمل وبحسن نية على تحقيق مصلحة الاخير، وان يتجنب اي وضع تتضارب فيه مصالحه او مصالح غيره ولو بصورة محتملة مع التزامه قبل المستفيد او ان يمثل مصالح متعارضة. وعلى المؤتمن ايضا ان يتجنب الدخول في عقد اوصفقة مع الاخير له فيها مصلحة مباشرة او غير مباشرة بغير الكشف عن ذلك والترخيص له بالامر الذي يسبب تضاربا في المصالح. وعلى الائتماني ايضا ان يتجنب الحصول على اية فائدة او منفعة او هبة من شخص ثالث من المحتمل ان تؤثر على استقامته وحياده.

وقد القينا في هذا البحث الموجز نظرات عجلى على موقف التشريعات العراقية المدنية والتجارية من مفهوم الالتزام الائتماني، وخلصنا الى القول بان هذه التشريعات وان تناولت بعض الاوجه التي تقترب الى حد ما من تلك التي تعارفت عليها القوانين الانكلو-سكسونية. الا انه يؤخذ على هذه النصوص انها فشلت في رسم الاطار العام للمبدا الائتماني، لانها تناولت احكاما جزئية عالجت بعض تطبيقات المبدا الائتماني وفشلت بالنتيجة في التصدي للعديد من مظاهر التعسف في استعمال السلطة التي تخرج عن نطاقها. ويبيح هذا القصور التشريعي للائتماني ان يتعسف في ممارسة سلطته مستفيدا من مبدا الحرية في ممارسة النشاط الاقتصادي والذي يقضي بان كل ما لا تحرمه النصوص القانونية او الاتفاقية من انشطة يصح اتيانها. بل ان البعض من هذه النصوص القانونية ، ولا سيما تلك التي تتعلق بسلطة الاولياء في التصرف باموال من هم تحت ولايتهم تبيح لهم سلطة التصرف باموال القاصر لمصالحهم الخاصة ولو لم يكن للاخير فائدة ملموسة من ذلك التصرف، وفي ذلك اباحة واضحة للتضارب في المصالح منهي عنه في القانون الانكليزي.

ويجب ان لا ينصرف الذهن الى ان ما تضمنته هذه النصوص من التزامات او واجبات تقترب من تلك التي تعارفت القوانين الانكلو-سكسونية على عدها من الالتزامات الائتمانية ما قد يفيد تاثر المشرع العراقي بالمبدا الائتماني بطريقة او باخرى، ذلك ان عدم تكامل الاحكام القانونية المنظمة للمبدا انما يدل على عدم المام المشرع العراقي بماهية المبدا واهدافه ونطاق انطباقه، والا لكان قد سعى الى تضمين التشريع بنصوص اكثر سعة وشمولا مما عليه الحال. وتدعونا هذه الحقيقة الى القول وبلا تحفظ ان المشرع العراقي لم يعن بتكريس مبدا عاما يتصدى للتعسف في استعمال السلطة في علاقات القانون الخاص على غرار مبدا التعسف في استعمال الحق في القانون المدني ومبدا التعسف في استعمال السلطة في اطار علاقات القانون العام، بقدر ما عنى بتنظيم حماية محدودة للطرف الضعيف في انماط معينة من هذه العلاقات.

ولعل في صياغة الاطار العام للمفهوم الائتماني في القانون المدني العراقي بنص يسري على جميع العلاقات المدنية والتجارية ما من شانه ان يحقق اعتبارات عدة، منها: اولا: ان صياغة المبدا المذكور من شانها ان تكرس اطارا مفاهيميا عاما يلجا اليه سدا للنقص في الاحكام القانونية المنظمة لبعض جوانبه المتناثرة في ثنايا التشريعات المنظمة للعلاقات الائتمانية. ويتلخص الاعتبار الثاني في ان هذا الاطار العام المجرد من شانه ان يستوعب ما قد يكشف عنه التطور في المستقبل من وقائع او اساليب للغش والاحتيال مما لا قبل للنصوص التشريعية الحالية ان تحيط به. وللقضاء سلطة التحرك ضمن هذا الاطار العام مكرسا مبادئ جديدة مستوحات من مبادئ العدالة تارة، ومن الاعراف السائدة، تارة اخرى، ومن السوابق القضائية للدول التي لها قصب السبق في ميدان تبني هذا المبدا تارة ثالثة. وليس بلازم ان يكون القضاء العراقي مقيدا بمبدا او قاعدة محددة متعارف عليها في النظم القانونية الاخرى ، ذلك ان القانون وليد المجتمع ويلزم ان يتناغم مع

مقتضيات العصر وظروف المجتمع وقيمه الاجتماعية والاقتصادية والخلقية السائدة.
وبناء على المعطيات سالفة الذكر، نرى بان اي اصلاح للقانون العراقي في هذا الجانب يجب ان ياخذ في الاعتبار ، اولا، لزوم ازاحة تلك النصوص التي تسمح بحصول التضارب في المصالح، وان يكرس، ثانيا، نصا عاما يتصدى للالتزام الائتماني، نقترح ان يرد في الباب التمهيدي للقانون المدني وعلى النحو الاتي:-

النص المقترح:-

اولا: يعد مؤتمنا كل من كانت له سلطة فعلية او قانونية في التاثير على مصالح غيره في علاقة تقوم على اساس من الامانة والنزاهة والحاجة الى خدماته بفعل الحالة العقلية او الذهنية للمستفيد او قلة خبرته بمجال نشاط او خبرة او عمل الائتماني.

ثانيا: تسري احكام الفقرة اعلاه على وجه الخصوص على موظفي الدولة والعمال والنواب القانونيين والوكلاء والاستشاريين والاوصياء ومدراء الشركات وامناء التفليسة والمصفين والحراس القضائيين والمحامين، وبوجه عام كل من يقدم خبرة او راي او نصيحة او استشارة بحكم مهنتهم تكون محل اعتبار لدى المستفيد منها ولو تم ذلك بدون مقابل.

ثالثا: على الائتماني ان يراعي في تنفيذ التزامه ما ياتي:-

١- ان يعمل بحسن نية في سبيل تحقيق اقصى فائدة ممكنة لمصلحة المستفيد من خدمته.
٢- ان يتجنب اي وضع تتضارب فيه مصالحه او مصالح غيره ولو بصورة محتملة مع مصالح المستفيد.
٣- ان يتجنب الدخول في اية صفقة او عقد او ترتيب له فيه مصلحة مباشرة او غير مباشرة مع المستفيد.
٤- ان يتجنب قبول اية فائدة او منفعة او هبة من اي شخص من شانها ان تؤثر بصورة محتملة على استقامته او نزاهته او حياده عند تنفيذ التزامه.
٥- ان يتجنب تمثيل مصالح متعارضة او من المحتمل ان تتعارض.

رابعا: لا تقوم مسؤولية على المؤتمن على مصالح غيره في الاحوال الاتية:-

١- اذا حصل على ترخيص من المستفيد او من قام بتسميته بتضارب المصالح قائم على تقديم تصريح كامل وصحيح بطبيعة ومدى مصلحته والظروف التي تثير التضارب في المصالح.
٢- اذا كانت الحالة التي تستوجب مسؤولية المؤتمن ليس من المعقول ان تثير تضاربا في المصالح او مساسا بنزاهة او حياد المؤتمن.

خامسا: على المحكمة عند ثبوت مسؤولية المؤتمن عن الاخل بالتزاماته الواردة في الفقرة اعلاه ان تحكم باي من الاداءات الاتية:-

١- مصادرة الفائدة المتحققة نتيجة الاخلال بالالتزام مع عدم الاخلال بحق المستفيد في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي جاوز في مقداره قيمة الفائدة المتحققة.
٢- التعويض عن الاضرار الاخرى وفقا لاحكام المسؤولية المدنية، على حسب الاحوال، في حالة عدم تحقيق الائتماني لفائدة او اذا كانت الفائدة المتحققة قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مع مقدار الضرر الذي حاق بالمستفيد.
٣- الحكم بابطال التصرف القانوني المبرم على خلاف احكام هذه المادة.

والله من وراء القصد

الباحث

المصادر

اولا:- الكتب:-

١-باللغة العربية

-القران الكريم.

- د.احمد ابراهيم البسام، الشركات التجارية في القانون العراقي، ط٢، الناشر مطبعة الزمان.
- د. اكرم فاضل سعيد، المعين في دراسة التاصيل القانوني لحق الالتجاء الى الوساطة كحل بديل للنزاعات التجارية، ط٢، ٢٠١٧، الناشر مكتبة القانون والقضاء.
- د. اكرم ياملكي، الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي: الجزء الثاني في الشركات التجارية، ط٢، الناشرمطبعة العاني.
- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، الناشر مطبعة السنهوري .١٩٧٦
- د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي:الجزء الاول في مصادر الالتزام، الناشر وزارة التعليم العالي والبحث العلمي،١٩٨٠
-د. فوزي محمد سامي،الشركات التجارية-دراسة مقارنة، الناشر دار الثقافة، ٢٠٠٦.
- محمد احمد، العقد الموقوف في القانون المدني العراقي:دراسة مقارنة، مطبعة كويل ٢٠٠٥.
- د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد،ط٥،مطبعة الخنساء،١٩٩٩
- د. مرتضى ناصر نصر الله، الشركات التجارية، ١٩٦٩،مطبعة الارشاد.
- د. موفق حسن رضا، قانون الشركات:اهدافه واسسه ومضامينه، الناشر مركز البحوث القانونية، ١٩٨٥.

٢- باللغة الانكليزية:

-Birds, John and others, *Boyle & Birds Company Law* (8th edn, Jordan's publishing Ltd 2011)

- Davies, Paul L, Worthington, Sarah & Micheer, Eva, Gower *and Davies' Principles of Modern Company Law* (8th edn, Sweet and Maxwell 2008).

- Finn, P. D, *Fiduciary Obligations* (Law Book Company Ltd 1977).

-French, Derek Mayson, Stephen W, and Ryan Christopher L, *Mayson, French & Ryan on Company Law* (29th edn, OUP 2013).

- Morse, Geoffrey *Palmers Company Law* (2th edn, Sweet & Maxwell 2009).

- Peter Loose, Michael Griffiths and Davide Impey, *The Company Director: Powers, Duties and Liabilities* (11 edn, Jordan Publishing Ltd 2011) 295.

- G.H.Treitel, *an Outline of the Law of Contract* (London Btterworths, Second edn, 1979) PP.153-154.

ثالثا: البحوث:-

١-باللغة العربية:-

- د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، الغبن عيب في الرضا ام في ذات العقد، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد الاول السنة ٢٠٠٩.
- د. كمال عبد الحسين البلداوي وعلياء يونس الدباغ، "المسؤولية المدنية لاعضاء مجلس الادارة"، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد ٢٧، السنة ٢٠٠٦

٢- باللغة الانكليزية:-

- Ahern, Deirdre 'Legislating for the Duty on Directors to Avoid Conflicts of Interest and Secret Profits: The Devil in the Detail' (2010) 45 Irish Jurist 82.

- Alces, Kelli A. 'Debunking the Corporate Fiduciary Myth' (2009) 35(2) J Corp L 239.

- Beck, Stanley M. *'Constraints on Pursuing Corporate Opportunity'* (1988) Can-USLJ 143.
- Day, Martin 'Fiduciary Duties' (2009) 15(6) Trusts & Trustees, 447.
- Conaglen, Matthew, 'The Nature and Function of Fiduciary Loyalty' (2005) 121(Jul) L Q Rev 452.
-Conaglen, Matthew, 'The Extent of Fiduciary Accounting and the Importance of Authorization Mechanisms' (2011)70(3) C L J 548.
- Ghosh, Bikramaditya & Singh, Karmendra 'Directors' Duties in India: Strengthening the Laws on Trusteeship' (2009) 20(6) I C C L R 199.
- Frankel، Tamar, 'Fiduciary Law' (1983)71(3) California L.J.
- Flannigan, Robert 'The Fiduciary Obligation' (1989) 9 Oxford J Legal Stud 285.
-Gretton, George L, 'Constructive Trusts: Part 1' (1997) 1(3) Edin L R 281
-Griffin, Stephen, 'Conduct Amounting to a Breach of the Conflict of Interest Duty' (2010) 268 Co L N 1.
-Klinck, Dennis, 'Things of Confidence: Loyalty, Secrecy and Fiduciary Obligation' (1990) 54 Sask L Rev 73.
- Koh, Pearlia, 'Once Director, Always a Fiduciary?'(2003) 62(2) Cambridge L J 403.
- Laby, Arthur B. 'The Fiduciary Obligations as the Adoption of End' (2008) 56 Buffalo L R J, P.103.
- Lary, Arthur B. 'Resolving Conflicts of Duty in Fiduciary Relationships' (2004) 54(75) Am U L Rev 75.
- Lee, Rebecca 'Fiduciary Duty without Equity: "Fiduciary Duties" of Directors Under the Revised Company Law of the PRC' (2007) 47(4) Va J Int'l L 897.
- Lory, John P. 'Regal (Hastings) Fifty Years on: Breaking the Bonds of the Ancient Regime?' (1994) 45(1) N Ir Legal Q 1.
- McCamus John D, 'Prometheus Unbound: Fiduciary Obligation in the Supreme Court of Canada', (1997) 28(1) Canadian Business Law Journal.
- Meagher, Mr Justice R. P. & Maroya, Adrian, 'Crypto- Fiduciary Duties' (2003) 26(2) U N S W L J 348.
- Mile, P. B. 'A Theory of Fiduciary Liability' (2011) 56(2) McGill L J 235.
- Miller, Paul B. & Weijer, Charles 'Fiduciary Obligation in Clinical Research' (2006) 34 (2) journal of Law, Medicine & Ethics
-Millett, P.J. 'Equity's Place in the Law of Commerce' (1998) 114 (Apr) L Q R 214
- Mitchell, Lawrence E, 'The Death of Fiduciary Duty in Close Corporations' (1990) 138 U PA L Rev 1675.
- Ogilvie, M.H, 'Banks, Advice-Giving and Fiduciary Obligation' (1985) 17(263) Ottawa L. J.
- Pearlia, Koh, 'Once Director, Always a Fiduciary?'(2003) 62(2) Cambridge L J 403.
Pistor, Katharina & Xu, Chenggang, 'Fiduciary Duty in Transitional Civil law Jurisdictions' (2002) <www .wcgi .org/wp> accessed 8 September 2013.

- Richards, Neil 'A Question of Loyalty' (1993) 12 Crim Just Ethics 48.
- Rotman, Leonard I. 'Fiduciary Doctrine: A Concept in Need of Understanding' (1996) 34(4) Alta L Rev 821.
-Rotman, Leonard I, 'The Vulnerable Position of Fiduciary Doctrine in the Supreme Court of Canada' (1996) 24(1) Man L J 60.
Sarkhoh, Yacoub 'The Manger of Limited Liability Company under Kuwait Commercial
Companies Law: A Comparative Study' (1990) 5 Arab L Q 163.
- Sappideen, Razeen, 'Fiduciary Obligations to Corporate Creditors' (1991) J Bus L 365.
- Sealy, L. S. 'Fiduciary Relationship' (1962) 20(1) C L J 69.
Sealy, L. S. 'Some Principles of Fiduciary Obligation' (1963) 21(1) C L J 119.
-Sing, Curk Shue *'Avoidance of Loss, Regal Hastings and the No Conflict Rule'* (2013) 34(3) Comp Law 73.
-
-Sitkoff ،Robert H, *'the Economic Structure of Fiduciary Obligation'* (2011) 91(1039) Boston L. J.
- Frankel, Tamar, 'Fiduciary Law' (1983)71(3) California L.J.
- Sjovall, John M. 'What Duty Do Company Directors Owe to Banks and Other Creditors?' (2004) 121 Banking L J 4.
- Walsh, Justice Joseph T. 'The Fiduciary Foundation of Corporate Law' (2002) 27 J Corp L 333
- Willebois, Emile Van Der Does De & Brun, Jean-Pierre, 'Using Civil Remedies in Corruption and Asset Recovery Cases' (2013) 45 Case W Res J Int'l L 615.
- Worthington, Sarah, Fiduciaries: When is Self-Denial Obligatory? (1999) 58(3) Cambridge L. J.J.
- Worthington, Sarah 'Corporate Governance: Remedying and Ratifying Directors' Breaches' (2000) L Q R 638.

رابعا: الاطاريح الجامعية:-

باللغة الانكليزية:-

- Ajlouni, Leith, 'Directors' Duties and the Protection of Creditors' Interests: An Examination of Directors' Duties to Creditors of Financially Troubled Companies with the View of Expanding the Scope of Directors' Fiduciary Duties to Include the Interests of Creditors of Companies Operating while Insolvent or Doubtfully Solvent' (Ph.D. Thesis, the University of Reading, 2002)

خامسا: الاتفاقيات الدولية:-

-اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٤.

سادسا: التشريعات:-

١- في القانون العراقي:-
- دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥
-القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
-قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤
قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ (المعدل).-
قانون نقابة المحامين رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥ .-
قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ .-
قانون الاثبات العراقي المرقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩(المعدل).-
قانون المصارف الاهلية العراقي الصادر بالامر المرقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ .-
قانون تنظيم اعمال التامين العراقي الصادر بالامرالمرقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥ -
قانون تنظيم الوكالة التجارية العراقي رقم (٥١) لسنة ٢٠٠٠ -
-قانون النقل رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣.
- قانون الدلالة رقم (٥٨) لسنة ١٩٨٧
النظام الدخلى لسوق العراق للاوراق المالية لسنة ٢٠٠٨. –
- تعليمات تداول الاوراق المالية في سوق العراق. متاح على الموقع الالكتروني للسوق (بلا ذكر لرقم التعليمات و تاريخ صدورها).

٢- في القانون الانكليزي:-
-قانون الشركات الانكليزي لعام ٢٠٠٦.
سابعا: الاحكام القضائية:-
١- في المملكة المتحدة:-
-*Aberdeen Rail Co v Blaikie* [1854] 1 Macq 249, 2 Eq Rep 1281; 23 LTOS 315, 1 Macq 461, 252 (HL).
- *Bairstow v Queens Moat Houses plc* [2001] EWCA Civ 712, [2001] 2 BCLC 531.
-*Bray v Ford* (1896) AC 44, 51 (HL).
-*Bristol and West Building Society v Mothew* [1996] 4 All E R 698(CA).

- *English v Dedham Vale Properties Ltd* [1978] 1 W L R 93, 110 (CH).

-*GHLM Trading Ltd v Maroo* [2012] EWHC 61 (Ch), [2012] 2 BCLC 369 [148]
-*Hospital Products v United States Surgical Corporation* (1984)156C.L.R41.

Keech v Sanford [1726] 25 E R 223(CH).
-*Regal (Hastings) Ltd v Guliver* [1967] 2 AC 134 (HL).
Re Lands Allotment Co [1894] 1 Ch 616, 631 (CA).

- *Re Duckwari plc* (No 2), *Duckwari plc v Offerventure Ltd (No 2)* [1998] 2 BCLC 315, 321 (CA).

- *Item Software (UK) Ltd v Fassihi* [2004] EWCA Civ 1244, [2005] 2 BCLC 91(CA)

-*O'Donnell v Shanahan* [2009] EWCA Civ 751, [2009] BCC 822 [68].
-*Sinclair Investments (UK) Ltd v Versailles Trade Finance Ltd (in administrative receivership)* [2011] EWCA Civ 347, [2012] Ch 453 [34].

٢- في الولايات المتحدة الامريكية:-

-*Standard Investments Ltd v Canadian Imperial Bank of Commerce* (1983) 24 B.L.R 1, 5

٣- في كندا:-

- *Frame v Smith* [1987] 2S.C.R.42 D.L..R.(4th) 84.
- *Hodgkinson v Simms* [1994] 3 S.C.R. 377,117 D.L.R (4th) 161.
- *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd* [1989] 2 S.C.R. 574.
- Norberg v Wynrib [1992] 2 S.C.B. 226. 92 DL.R. (4th) 229.

ثامنا: القواميس:-

-باللغة الانكليزية:-

- *Oxford English Dictionary* <http://0-www.oed.com.unicat.bangor.ac.uk/ view /Entry /110759 ?redirected From=loyalty#eid > accessed on 1 May 2014.
- *Longman Dictionary of Law* (7th edn, Pearson Education 2007).