تطبيقات نظرية الوضع الظاهر في القانون التجاري

بحث مستل

إسراء عبد الزهرة كاطع سلطان **أ.م.د.حسن فضالة موسى**

الملخص

إن القانون ضرورة اجتماعية لا غنى عنه لضبط وتنظيم سلوك وعلاقات ومعاملات الأفراد في المجتمع ، فقواعد القانون تحدد ما لكل فرد من أفراد المجتمع من حقوق وما عليه من التزامات ، أي أنها تحدد المراكز القانونية التي يمكن أن يشغلها الأفراد في المجتمع ، وهي الأصل والأساس الذي يعتد به المشرع ويعول عليه في ضبط وتنظيم علاقات وتصرفات الأفراد في المجتمع ، وإلى جانب هذه المراكز القانونية توجد مراكز أخرى يشغلها بعض الأفراد لا تستند في وجودها إلى القانون ، فهي تنشأ وتتكون وتوجد في الواقع الاجتماعي على خلاف القانون ، وذلك لأنها تفتقد لأحد أو بعض العناصر اللازمة لاتفاقها مع قواعد القانون وأحكامه ويطلق عليها (المراكز الفعلية) ، وهي تستند إلى الواقع وليس القانون . ومن أمثلتها التاجر الظاهر ، والشركة الظاهرة والمدير المفوض الفعلي ... ، وقد تم الاعتراف بالمراكز الفعلية واعتمادها والتعويل عليها وحماية من يتعامل مع أصحابها على أساس أنهم أصحاب مراكز قانونية .

الكلمات المفتاحية

صاحب الوضع الظاهر ، المراكز الفعلية ، المراكز القانونية ، التاجر الظاهر ، الشركة الظاهرة ، المدير المفوض الفعلي .

Application of the situationin apparent in the commercial law

Esraa Abdel-Zahra Kate Sultan Assist. Prof. Dr. (Hassan Fadalla Mousa)

Abstract

The law is an indispensable social necessity for controlling and regulating the conduct, relationships and transactions of individuals in society. The rules of law define the rights and obligations of each member of society, that is, the legal centers that individuals can occupy in society, It is the origin and basis of the legislator and relies on him to control and regulate the relations and actions of individuals in society. Besides these legal centers there are other centers occupied by some individuals whose existence is not based on the law, They are created, formed and exist in social reality, unlike the law, because they lack one or some of the elements necessary for their agreement with the rules and provisions of the law and are called (actual centers), which are based on reality rather than law. Such as the apparent trader, the visible company and the actual executive director … , The actual centers have been recognized, approved and relied upon and protected from dealing with their owners on the grounds that they have legal status .

Key ward:- The apparent situation, Actual centers, Legal Centers, The apparent merchant, The actual company, The actual delegated director

مقدمة البحث

أن نظرية الوضع الظاهر يلزم لقيامها توافر المظاهر المادية الخارجية التي تتكون من الوجود الحقيقي للمركز الظاهر وممارسة اختصاصاته من قبل شخص يفتقر إلى الصفة القانونية اللازمة ، وهذا الأمر يؤدي إلى وقوع الغير حسن النية في غلط شائع حول توافر الصفة اللازمة بالنسبة لصاحب الوضع الظاهر ، ولأجل إثبات الكيفية التي طبق بها القانون التجاري تلك الأفكار وما أخذ به القضاء والفقه من أحكام النصوص القانونية ، باعتبارهما أصحاب الرأي في تلك النصوص للتثبت من سلامتها وكمالها أو نقصها وقصورها ، وبما أن للوضع الظاهر وجود قوي ومؤثر في القانون التجاري فأنه لا توجد دراسة متكاملة لهذه النظرية ، وإنما مجرد الإشارة لها عند دراسة بعض الموضوعات ، لأجله كان من الدوافع المهمة لاختيار هذا الموضوع أهميته من الناحية العملية ، كذلك كثرة تطبيقاته في الواقع العملي ، لأن الواقع العملي هو المحك الدائم لمصداقيته ، ومن المعلوم أن القانون التجاري يستمد من ذاتية النشاط التجاري الذي يحكمه والمعتمد على سرعة الحركة والقدرة على حسم الموقف واتخاذ القرار من غير تردد ثم تحمل مسؤولية القرار ضرراً أو نفعاً ، فهو نشاط لا يحبذ القيود أو الشكليات حتى ولو كانت تهدف إلى حماية إرادة المتصرف ، إذ أن حاجة التاجر إلى مرونة الحركة وسهولة النشاط أهم بكثير من حاجته إلى حماية إرادته ، لذا أخذ القانون التجاري بنظرية الوضع الظاهر بسهولة ويسر عن طريق التطبيقات المتعلقة بتلك النظرية ، وذلك على خلاف القانون المدني الذي تشدد في قبولها ، ففي الوقت الذي يهتم فيه القانون المدني بتبرير الوضع الظاهر بالرجوع إلى الغلط الشائع يولد الحق وغيرها من الأفكار ، نجد أن القانون التجاري يتقبل السند لمجرد احتوائه على العناصر اللازمة لصحته بغض النظر عن سببه الحقيقي .

وفي الواقع أن دراسة موضوع (تطبيقات الوضع الظاهر في القانون التجاري) جديدة تؤدي إلى سد النقص القائم في المكتبة القانونية العراقية أو العربية ، لأن هذا الموضوع لم يلقِ الاهتمام الفقهي الكافي، إذ لم تناقش أوجهه القانونية المختلفة بصورة معمقة ، كما أن هنالك ندرة في الدراسات والمراجع القانونية لهذا الموضوع ولاسيما وأن البحوث في القانون المقارن التي تناولته على الرغم من ندرتها فأنها جاءت مقتضبة فعلاً عن وحدة مضامينه ، وهذه النظرية تمتد لتشمل كل فروع القانون ، وقد ارتأيت أن أقصر دراستي على هذا الموضوع ، حيث يتساءل الباحث عن الأجوبة المناسبة والتي تمثل فرضيات البحث ، ومن هذه التساؤلات ، ما المقصود بالوضع الظاهر وما هي طبيعته القانونية وعناصره ، وما هي تطبيقات الوضع الظاهر في القانون التجاري والقوانين الأخرى ، حيث تكمن المشكلة في إيجاد الأجوبة لما ذكرناه ، لأجل المحافظة على حقوق الغير الذي يتعامل مع صاحب الوضع الظاهر وتحقيق الاستقرار قدر الإمكان في التعامل التجاري ، ولهذا يجب علينا إعادة النظر فيها على نحو يثير أو يحفز المشرع لإصلاحها أو الأخذ بما لم يؤخذ منها ، لذلك خصصنا هذه الدراسة لأهم تطبيقات نظرية الوضع الظاهر في القانون التجاري ، لذا نتناول الموضوع في مبحثين ، وعلى النحو الأتي :-

المبحث الأول : التعريف بنظرية الوضع الظاهر
المطلب الأول: تعريف الوضع الظاهر
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للوضع الظاهر
المطلب الثالث: عناصر الوضع الظاهر
المبحث الثاني : تطبيقات الوضع الظاهر في القانون التجاري
المطلب الأول : الوضع الظاهر ومحترفي الأعمال التجارية
المطلب الثاني : المدير المفوض الفعلي
المطلب الثالث : الوضع الظاهر في الأوراق التجارية

المبحث الأول

التعريف بنظرية الوضع الظاهر

للتعريف بنظرية الوضع الظاهر ينبغي علينا بيان مفهومها وطبيعتها القانونية والعناصر المكونة لها ، وهذا ما نتناوله في ثلاثة مطالب وعلى النحو الأتي:-

المطلب الأول: تعريف الوضع الظاهر

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للوضع الظاهر

المطلب الثالث: عناصر الوضع الظاهر

المطلب الأول

تعريف الوضع الظاهر

أن الحكم على الشيء يتأتى من إدراكه وتوصيفه ، فإذا لم يكن للوضع الظاهر في أذهاننا مفهوم وصورة واضحة له لا يمكن أن يصدر حكماً ، حيث أن للوضع الظاهر العديد من المعاني ، فنحاول أن نوضح بعضاً منها من خلال بيان معنى مفردة (الوضع) و ومفردة (الظاهر) في اللغة العربية ، فيقال ، وَضِعَ الرجل في تجارته ، أي خسر فيها ، فهو موضوع في تجارته ، لا يزال موضوعاً في تجارته [١] ، وقد تأتي بمعنى الاختلاف فيقال ، وضع الحديث ، أي افتراه وكذبه ، واختلقه [٢] ، وقد يراد بها (الوَضْع الشّرعيّ) أي السّمة أو الحالة القانونية لشخص أو لشيء ، وَضْع أحدهم خارج ما ينص عليه القانون ، وقد تأتي الكلمة للدلالة على المركز كمركز أحدهم في العالم الأكاديمي [٣].

إما (الظاهر) في اللغة العربية ، فقد يراد به معنى (الزوال) ومنه ظهر عنه العار أي زال ولم يعلق به [٤] ، والظاهر هو اسم من أسمائه جل وعلا فهو (هو الأول والآخر والظاهر والباطن وهو بكل شيء عليم) [٥] ، ويأتي (الظاهر) بمعنى (الغالب أو الفائز) كما في قوله تعالى (يا قوم لكم الملك اليوم ظاهرين في الأرض فمن ينصرنا من بأس الله أن جاء) [٦] ، وقد يراد بالظاهر (البارز أو الواضح) فهو المحسوس الذي يدركه العقل والحواس والظاهر المحسوس هو مبلغ علم أكثر الناس ، كما في قوله تعالى (ولكن أكثر الناس لا يعلمون ، يعلمون ظاهراً من الحياة الدنيا وهم عن الآخرة هم غافلون) [٧] ، فتدل الآية الكريمة على أن أكثر الناس لا يعلمون إلا بعض مظاهر الحقائق في الحياة

---

[١] الإمام ، إسماعيل بن حماد الجوهري ، معجم الصحاح قاموس عربي – عربي ، اعتنى به ، خليل مأمون شيحا ، دار المعرفة ، بيروت – لبنان ، ص ١١٤٥ .

[٢] مجمع اللغة العربية ، المعجم الوجيز ، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ، القاهرة ، ١٩٩٨ - ١٩٩٩ ، ص ٦٧٣.

[٣] الإمام ، العلامة أبن منظور ، لسان العرب ، طبعة مصححة ، ج ٩ ، دار الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٣١ ، وأيضاً ، إبراهيم مصطفى وآخرون ، المعجم الوسيط ، المكتبة الإسلامية ، استانبول – تركيا ، مادة وضع ، ص ١٠٨٢ .

[٤] إبراهيم مصطفى وآخرون ، المعجم الوسيط ، المرجع السابق ، ص ٥٧٨ ، وأيضاً ، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، ج٢ ، باب الراء ، فصل الظاء ، دار الفكر ، بيروت ، ص ٨٢ ، الإمام ، العلامة أبن منظور ، لسان العرب ، طبعة مصححة ، ج ٦ ، دار الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٦ .

[٥] سورة الحديد / الآية رقم (٣) .

[٦] سورة غافر / الآية (٢٩) .

[٧] سورة الروم / الآية (٦ و ٧) .

الدنيا ، ولكنهم غافلون عن جواهر تلك الحقائق التي يؤدي إدراكها إلى التأكد من الحياة الأخرى [١] ، وعليه فإن أحكام الناس تجري على الظاهر .

وفي المجال الفقهي ، فقد عرف الوضع الظاهر بأنه (اسم لكلام ظهر المراد به للسامع بصيغته) [٢]، فمن خلال الصيغة ظهر المقصود من الكلام وفهم على هذا الوضع الظاهر منه .

أن نظرية الوضع الظاهر تعتمد في حكمها على ما يظهر في الواقع بصرف النظر عن كونه الحقيقة أو لا ، فهي تقترب في جوهرها من فكرة الاعتماد في الحكم على ما يظهر من قرائن إي (العلامات أو الأمارات) ، أو هي من الأمور التي يحكم فيها لظاهر الحال وشاهده ، وهذه المسائل يزخر فيها الفقه الإسلامي ، وقد دل القرآن الكريم على الاعتماد على الوضع الظاهر في قوله تعالى " وجاءوا على قميصه بدم كذب قال بل سولت لكم أنفسكم أمراً فصبر جميل والله المستعان على ما تصفون " [٣] ، فقد حكم في قضية قتل الذئب ليوسف (ع) بأنه لم يقتله مع وجود الدم على القميص استدلالاً بما ظهر من القرينة وحال القميص عملاً بالوضع الظاهر ، فإن أخوة يوسف عندما جاءوا بقميص يوسف إلى أبيهم يعقوب نظر إليه و تأمله فلم يجد فيه أي تمزق ، فقال لهم ما عهدت الذئب حليماً يأكل يوسف ولا يمزق القميص ، فدل ذلك على كذبهم ، فأستدل العلماء بهذه الآية الكريمة في إعمال العلامات والأمارات في مسائل كثيرة من الفقه [٤] .

وفي المجال القانوني ، قد عرف الوضع الظاهر في القانون المدني بأنه المحسوس المخالف للحقيقة الذي يوهم الغير بأنه مركز يحميه القانون) [٥] ، فهنا نجد أن صاحب الوضع الظاهر ليس دائماً سيء النية ومركزه غير مشروع أو مخالف للقانون ، بل هو مركز لم يقره القانون أو لم يحميه لعدم توافر شروط الحماية أو لأن القانون يعطي الأفضلية لمركز أخر ويكون هذا التفضيل هو أساس إطلاق وصف القانونية على هذا المركز [٦] ، وعرفه البعض الأخر بأنه (وضع مخالف للحقيقة القانونية ، قد نشأ نتيجة أفعال وتصرفات محسوسة مقترنة بعوامل محيطة من شأنها أن توقع الغير في التعامل مع هذا الوضع الظاهر كما لو كأن وضعاً حقيقياً يقرره ويحميه القانون) [٧] .

أما القانون التجاري لا يوجد فيه تعريف تشريعي أو فقهي للوضع الظاهر في ، على الرغم من توافر العناصر المكونة له ، من خلال المظاهر المادية الخارجية والمتمثلة بممارسة شخص لسلطات ومزايا مركز ليس له صفة في حيازته (أي حيازته لصفة التاجر التي لم تتحقق بعض شروط اكتساب هذه الصفة) [٨] هذا من جانب ، ومن جانب أخر توافر العنصر المعنوي والمتمثل بالتعامل مع الغير الذي تخدعه تلك المظاهر المادية الخارجية لصاحب الوضع الظاهر (التاجر الظاهر) ويبرم العقود والصفقات التجارية معه ، مما يؤدي إلى اعتراف المشرع بنظرية الوضع الظاهر من أجل حماية الغير حسن النية وتوفير القدر الكافي من الثقة والائتمان في المعاملات التجارية ، وهذا ما نلاحظه في نصوص القانون التجاري في حالة ممارسة النشاط التجاري باسم مستعار .

---

[١] د. ماجد راغب الحلو ، نظرية الظاهر في القانون الإداري ، مجلة الحقوق والشريعة ، السنة الرابعة ، العدد الأول ، ١٤٠٠ هـ ، ١٩٨٠ م ، ص ٤٦ .

[٢] أبو البركات عبد الله أبن أحمد ، كشف الأسرار شرح المتن على المنار ، ج ١ ، دار الكتب العلمية ، بلا سنة طبع ، ص ٢٠٥ .

[٣] سورة يوسف ، الآية (١٨) .

[٤] الطبري ، جامع البيان ، ج ١٢ ، دار الفكر ، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م ، ص ٢١٤ ، عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري ، ، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي) ، ج ٥ ، دار القلم للتراث ، بلا سنة طبع ، ص ٥٣١ .

[٥] د. نعمان محمد خليل جمعة ، أركان الظاهر كمصدر للحق – التنازع بين القانون والواقع المستقر ، معهد البحوث والدراسات العربية بجامعة الدول العربية ، ١٩٧٧ ، ص ٤ .

[٦] المرجع السابق ، ص ٦ .

[٧] د. نجوان عبد الستار علي مبارك ، الوضع الظاهر في القانون المدني ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٥ ، ص ٣٥ .

[٨] المادة (السابعة /١) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل ، يقابله المادة (العاشرة / ١) من قانون قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

لذا يمكن أن نعرف الوضع الظاهر في القانون التجاري بأنه (القيام بتصرفات قانونية سواء كان بقصد المضاربة من قبل تاجر أو القيام بأعمال تجارية من تاجر أو غير تاجر توهم الغير حسن النية المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر بقانونية هذا التصرف المتولد عنه المركز الواقعي من خلال ما يحيط به من مظاهر وعوامل خارجية جعلته يثق بهذا الوضع الظاهر كما لو كأن وضعاً حقيقياً يسبغ القانون حمايته عليه) .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للوضع الظاهر

إن الطبيعة القانونية للوضع الظاهر تستوجب توضيح وتحديد الغموض ، وذلك لعدم وجود دراسة متكاملة في هذا الموضوع تجمع مفاهيمه وتكون ذات أثر في ميدان الدراسات القانونية ، فنبحث الطبيعة القانونية للوضع الظاهر في فروعين وعلى النحو الأتي :-

الفرع الأول : الوضع الظاهر مبدأ قانوني

الفرع الثاني : الوضع الظاهر نظرية قانونية

الفرع الأول

الوضع الظاهر مبدأ قانوني

المبدأ القانوني يمثل الأساس لمجموعة من الحلول القانونية [١] ، ومثالها مبدأ الكفاية الذاتية في الورقة التجارية ، والمبدأ القانوني أما أن يكون مكتوب منصوص عليه في القانون من قبل المشرع أو غير مكتوب يستقر في ضمير الجماعة ولا يحتاج إلى نص يقرره ، وهذا المبدأ يستند إلى العدالة والكثير من المبادئ غير المكتوبة قد تبناها المشرع من خلال النص عليها في القانون [٢] ، كما أن المبدأ القانوني يتصف بالعمومية لأنه يمكن انطباقه على القواعد القانونية [٣] ، ونظرية الوضع الظاهر من ناحية الطبيعة القانونية تؤدي إلى التوفيق بين الفلسفة النظرية والواقع العملي ، وهذه الفلسفة تقتضي التمسك بالمبادئ القانونية على نحو قد يتعارض مع مقتضيات الحياة ومتطلبات التطور ، إذ لا يمكن للقانون الذي ينظم أمور المجتمع أن يعيش بمعزل عن المجتمع ، وإنما يجب أن يتماشى مع الواقع والفطرة الإنسانية لكل ما تحمله من التناقضات وإلا لكان الواقع والمجتمع في جانب والقانون في جانب أخر [٤] ، ، وبهذا الصدد تغيرت الأنشطة التي أثرت بشكل أو بأخر على القانون التجاري ، فالوضع الظاهر يمثل حالة واقعية غير صحيحة وعدم صحتها راجع إلى اختفائها وراء مركز حقيقي وهذا ما يؤدي إلى إضفاء القوة القانونية على التصرفات الصادرة من صاحب الوضع الظاهر ، من خلال إبرامه للتصرفات مع الغير حسن النية على اعتبار أنه صاحب الحق ، لكنه في الحقيقة ليس كذلك كما في حالة مباشرة صاحب الوضع الظاهر مزايا أو سلطات مركز لا يجوز له مباشرته ، ومثاله عندما تضيع الورقة التجارية المظهرة على بياض أو للحامل فيجدها شخص ولنفترض أنه صاحب الوضع الظاهر

---

[١] د. مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، ج ١ ، مطبعة الجامعة المستنصرية ، بغداد – العراق ، ١٩٧٢ ، ص ٢٠ .

[٢] د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية – مصر ، ١٩٨٤ ، ص ٢٥٨ وما بعدها .

[٣] د. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الأردن ، ١٩٩٩ ، ص ٢٢٣ .

[٤] علي حميد كاظم الشكري ، استقرار المعاملات المالية ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون - جامعة كربلاء ، ٢٠١٤ ، ص ٥٥ وما بعدها .

ويقوم بتسليمها إلى شخص أخر ولنفترض أنه الغير حسن النية من أجل وفاء دين في ذمة صاحب الوضع الظاهر إلى هذا الغير حسن النية الذي لا يعلم بظروف حصول صاحب الوضع الظاهر على الورقة التجارية ، ففي مثل هذه الحالة سيجد الغير حسن النية شخص منازعاً له يتمثل في شخص صاحب الحق (المالك الحقيقي للورقة التجارية) التي فقدت منه ، فنكون بصدد خصمين هما الحائز (الغير) حسن النية ومالك الورقة التجارية (صاحب الحق) ، فأيهما يكون صاحب الحق في الورقة التجارية ؟ ولكي لا يعرقل تداول الورقة التجارية أو تقل أهميتها الاقتصادية ، فقد حدد المشرع العراقي صاحب الحق فيها على أساس الأخذ بنظرية الوضع الظاهر ، ذلك لأن الورقة التجارية هي من المنقولات ، والقاعدة تقضي أن حيازة المنقول بحسن نية سند الملكية ، لذا يمكن اعتبار (الغير) حائز الورقة التجارية حاملاً قانونياً لها ما لم يثبت أنه قد حصل عليها بسوء نية أو ارتكب في سبيل الحصول عليها خطأ جسيماً [١] .

مما تقدم ووفقاً للمبدأ القانوني المتعارف عليه في الورقة التجارية وهو مبدأ الكفاية الذاتية الذي على أساسه طرحت الورقة الجارية في التعامل مما أدى إلى اعتبار الغير الذي انتقلت إليه الورقة التجارية بحسن نية حاملاً قانونياً لها وفقاً لطبيعة الوضع الظاهر من حيث كونه مبدأ قانوني ، ونطاق المبدأ ينحصر في تنظيم حالة قانونية معينة لهذه فطبيعة الوضع الظاهر نظرية قانونية وهذا ما نبحثه في الأتي.

الفرع الثاني

الوضع الظاهر نظرية قانونية

يقصد بالنظرية القانونية مجموعة من النصوص القانونية التي تمثل قواعد قانونية تعنى بتنظيم وجه من أوجه معاملات الأشخاص اليومية [٢] ، فالنظرية القانونية تعمل على توضيح العلاقة بين السبب والأثر وتفسير المتغيرات ، كذلك تتعلق بتنظيم جزئية معينة من القانون الذي ينظم أوجه النشاط كلها وتنظم سير الحياة في المجتمع ، فعندما يفقد الوضع الظاهر العناصر اللازمة لاتفاقه مع أحكام القانون ، وفي أحيان أخرى قد يتوافر للوضع الظاهر بعض العناصر القانونية الخاصة بصاحب الحق كما في حالة بطلان عقد الشركة الذي ينتج عنه مركز فعلي يتمثل بالشركة الفعلية [٣] ، فالحالة الواقعية هنا تنتج ذات الآثار التي تنتجها التصرفات القانونية الصحيحة [٤] ، ذلك أن الغير حسن النية المتعامل مع الشركة الذي وثق بالتصرفات الصادرة من ممثليها دون أي تقصير أو إهمال من جانبه ، ودون العلم بالعيوب التي تشوب تصرفات الشركة جدير بالحماية لاعتبارات تتعلق بالثقة المشروعة ، والواقع أن الثقة عنصر أساسي في المجاملات القانونية والاقتصادية والمالية ، وأيضاً في مجال العلاقات العائلية والودية أو الفكرية التي يقيمها الأفراد فيما بينهم ، وانعدام هذه الثقة أمر تستحيل معه الحياة بصورة عامة [٥] ، فحماية الغير حسن النية تقتضي نفاذ التصرف الذي قام به المدير المفوض الظاهر لمصلحة الشركة ،

---

[١] المادة (٥٦) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل ، د. فوزي محمد سامي ، د. فائق محمود الشماع ، القانون التجاري – الأوراق التجارية ، الناشر ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، توزيع ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص ١٢٣ ..

[٢] مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ط ٢ ، دار القلم ، دمشق – سوريا ، ٢٠٠٤ ، ص ٩٦٦ .

[٣] د. محمد صديق محمد عبد الله ، موضوعية الإرادة التعاقدية ، المرجع السابق ، ص ١٦٦ .

[٤] علي حميد كاظم الشكري ، استقرار المعاملات المالية ، المرجع السابق ، ص ٥٩ ، المستشار ، فتيحة قرة ، أحكام الوضع الظاهر ، الناشر ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص ٢٤ وما بعدها .

[٥] لهذا تجمع التشريعات الجنائية على الاعتراف بالثقة كمصلحة جديرة بالحماية ، د. محمد عيد غريب ، الثقة العامة ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة الثانية والعشرون ، العدد الثاني ، ١٩٨٤ ، ص ٨ .

لأنه وثق بالوضع الظاهر . والواقع أن حماية الغير حسن النية لا تهدف لمجرد توفير الحماية لذاته ، ولكنها تهدف أيضاً لكفالة استقرار وأمن المعاملات ، لأن إهدار الآثار المتولدة عن التصرفات التي يبرمها المدير المفوض الظاهر في مواجهة الغير من شأنه التضحية بالاستقرار اللازم في المعاملات القانونية ، ولا يمكن لأي تنظيم قانوني الاستغناء عن مبدأ الاستقرار الذي يشكل أحد أهم دعائمه [١] ، وعليه فإن توفير الاستقرار يقتضي عدم خذلان من تعامل مع مدير الشركة الظاهر الذي توافرت له مختلف المظاهر المادية لخارجية التي من شأنها الإيهام بأنه صاحب مركز قانوني صحيح في الواقع ، أي وكأنه يجسد إرادة الشخص المعنوي (الشركة) في الحقيقة والواقع ، فالاستقرار يقتضي أن يكون للتصرف الظاهر المبرر ذات الآثار التي ينتجها التصرف الصحيح ، وبدون الاستقرار لا يتصور قيام عدالة أو تحقيق تقدم [٢] ، وبالتالي فإن حماية الغير وهي دعامة هذا الاستقرار تمس أمراً حتمياً تفرضه هذه الحماية عليه وذلك لضرورة وطبيعة المعاملات التجارية ، وأيضاً تقتضي العدالة حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع ممثل الشركة الظاهر وهو يعتقد أنه يتعامل مع ذي صفة ، خاصة إذا كان هذا الاعتقاد مبرراً ، أي لا يمكن أن ينسب لصاحبه أي تقصير أو إهمال في البحث عن الحقيقة وتحريها والاستعلام عنها [٣] ، فالعدالة تمثل أحد الأهداف السامية التي يسعى القانون إلى تحقيقها .

ولابد من اعتبار الوضع الظاهر من حيث الطبيعة القانونية نظرية وليس مبدأ ، حيث أن القول بأن الوضع الظاهر مبدأ قانوني محل نظر ، إذ أن نطاق المبدأ يختلف عن نطاق النظرية ، والنظرية لا تساوي المبدأ ، فالنظرية تتضمن تطبيقات ، كنظرية العقد بوجه عام وتطبيقاتها من العقود الواردة على الملكية والانتفاع بالشيء والعمل ، في حين أن المبدأ يمثل فكرة عامة لا تحتوي على تطبيقات ، كمبدأ حسن النية في تكوين العقود ، فنطاق المبدأ ينحصر في تنظيم حالة قانونية معينة ، أما نطاق النظرية فأنه أوسع من نطاق المبدأ ولا يتناسب معه ، وبالتالي فنطاق النظرية يعمل على توضيح العلاقة بين السبب والأثر وتفسير المتغيرات ، وتتعلق في تنظيمها بجزئية محددة من القانون الذي ينظم أوجه النشاط كلها وينظم سير الحياة في المجتمع [٤] ، وبالتالي فطبيعة الوضع الظاهر في القانون التجاري يمثل نظرية وليس مبدأ لأنه الوضع الظاهر يشتمل على العديد من التطبيقات ولا يختص بحالة معينة كمبدأ قانوني ولهذا يصح القول نظرية الوضع الظاهر وليس مبدأ الوضع الظاهر .

---

[١] د. ياسين محمد الطباخ ، الاستقرار كغاية من غايات القانون – دراسة مقارنة ، ط ١ ، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠١٢ ، ص ٤٧ .

[٢] يذهب جانب من الفقه إلى أن اعتبار العدالة لا يمكن التسليم به لأنه وأن كان يقف إلى جانب الغير ، يمكن أثارته أيضاً في جانب صاحب الحق ، فالعدالة لا يمكن أن تكون سنداً لتجريد صاحب الحق من حقه بغير إرادته وبدون خطأ من جانبه ، والبعض الأخر من الفقه يوضح أن اعتبار العدالة غير ذا أهمية في الوقت الحاضر الذي غابت فيه المصلحة العامة أي مصلحة الجماعة ، فالقانون لم يعد علم العدالة بقدر ما هو علم الرخاء والوفرة الاقتصادية ، ينظر ، د. نعمان محمد خليل جمعة ، أركان الظاهر كمصدر للحق ، المرجع السابق ، ص ٥٩ .

[٣] هذه الأفكار للأستاذ الفرنسي (إيمانويل ليفي ، أشار لها د. عبد الباسط محمد جميعي ، نظرية الأوضاع الظاهرة – المظهر المخالف للحقيقة وما يترتب عليه من أثار ، القاهرة ، ١٩٥٥ ، ص١٠٨ وما بعدها .

[٤] Tomes.R.S, Conkling.E.C. and Greats the Geography of Economic Activity, New York, 1968, p. 886 . ، د. عبد الأمير كاظم زاهد ، دراسة في الفقه الإسلامي المقارن ، ط ١ ، العارف للمطبوعات ، بيروت - لبنان ، ٢٠١٢ ، ص ١٣ . .

المطلب الثالث

عناصر الوضع الظاهر

تتطلب دراسة عناصر الوضع الظاهر تقسيمها إلى عنصرين حسب ما أعتاد عليه الفقه ، وهي عنصر مادي يتعلق بصاحب الوضع الظاهر وعنصر معنوي يتعلق بالغير المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر [١] ، وهذا ما نتناوله في فرعين على النحو الأتي :-

الفرع الأول :- العنصر المادي للوضع الظاهر

الفرع الثاني :- العنصر المعنوي للوضع الظاهر

الفرع الأول

العنصر المادي للوضع الظاهر

يراد بالعنصر المادي هو ذلك العنصر أو مجموعة العناصر التي تلزم لقيام المركز الواقعي أو تؤدي إلى الاستدلال عليه [٢] ، أما المركز القانوني لصاحب الحق قد يستدل عليه بعقد صحيح ، وقد يستدل عليه بممارسة صاحب الحق لسلطات ومزايا ومكنات يخولها له هذا العقد ، فالمركز القانوني لممثل الشركة يمكن الاستدلال عليه عن طريق عقد الشركة الذي يحدد سلطاته وصلاحياته ، وأيضاً يستدل عليه عن طريق مزاولة هذا الممثل لسلطاته التي يخولها له عقد الشركة ، وقد يظهر صاحب الوضع الظاهر كأنه صاحب الحق عندما يكون مركزه مدعوماً بوقائع مادية تقع تحت سمع وبصر الآخرين ، بالإضافة إلى ارتداء المركز الظاهر ثوب المركز القانوني ، كما هو الحال عندما يتوافر للشريك الظاهر في الشركة التجارية ذات الحق في التصرف بحصته أو أسهمه مقارنة بالشريك القانوني الذي يكون له حق التصرف فيها ، وذلك عندما يكون عقد الشريك الظاهر غير متنازع فيه وقت إبرامه لأي تصرف[٣].

والعنصر المادي للوضع الظاهر قد يتخذ صور متعددة منها ، ما يكون في صورة (تصرف قانوني باطل أو منعدم) ، ومثاله صدور التصرف من شخص منعدم الأهلية كالمجنون أو الصبي غير المميز ، أو قد تكون الإرادة غير جدية أو صورية ، وأيضاً في حالة السند المزور كسند الشحن الذي يحرر على ورقة مطبوعة باسم الشاحن يحتوي على جميع البيانات المطلوبة ، وأيضاً في حالة الصك المحرر على أوراق البنك المطبوع باسم العميل الذي زور توقيعه [٤] ، وفي أحيان أخرى يتمثل العنصر المادي للوضع الظاهر في صورة خداع الغير في عنوان الشركة إذا كأن ذلك العنوان يتضمن أشخاص لا ينتمون إلى الشركة أو في حالة التعامل مع الشريك المتضامن الذي أنسحب من الشركة دون أن يعلن انسحابه [٥] ، وقد يكون العنصر المادي للوضع الظاهر في صورة حكم قضائي يتبين بطلانه لخطأ في القانون أو لاستناده إلى واقعة غير صحيحة أو إلى سند ثبت فيما بعد أنه مزور [٦] ، وقد يتمثل العنصر

---

[١] د. نعمان محمد خليل جمعة ، أركان الظاهر كمصدر للحق ، المرجع السابق ، ص٥٩ .

[٢] د. نعمان محمد خليل جمعة ، أركان الظاهر كمصدر للحق ، المرجع السابق ، ص٥٩ ، وأيضاً المستشار ، فتيحة قرة ، أحكام الوضع الظاهر ، الناشر ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص٣١ .

[٣] د. سلامة عبد الفتاح حلبية ، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – في الفقه المقارن ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠٥ ، ص ١٦٩ .

[٤] د. نعمان محمد خليل جمعة ، أركان الظاهر كمصدر للحق ، المرجع السابق ، ص ٦٠ وما بعدها .

[٥] د. سعدون حسن سرحان ، نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية - دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع ، ص٢٠٩ .

[٦] مثال ذلك ، قضية لابوسنير الشهيرة التي أثيرت أمام القضاء الفرنسي ، حيث أن القضاء قد حكم بأموال التركة لموصى له ثبت فيما بعد أنه قد زور الوصية ، حيث كان حكم القضاء الفرنسي آنذاك هو اعتباره وارثاً ظاهراً بالرغم

المادي للوضع الظاهر في تسجيل تصرف معين ، كما في حالة الشخص المعنوي (الشركة) عندما يقوم بعض الأشخاص بتكوينها يخلقون غلطاً يخدع الغير حول وجود ومشروعية هذه الشركة ، وأيضاً يتمثل العنصر المادي في صورة عدم الإعلان عن نقل ملكية المحل التجاري ، فإن ذلك يجعل من البائع مالكاً ظاهراً للمحل التجاري ويلتزم بما يلتزم به المشتري وكأنه وكيل عنه أو تابعاً له [١] .

من كل ما تقدم نجد أن هنالك غلطاً قد وقع فيه الغير المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر وهذا الغلط يعتبر من العناصر الجوهرية ذات الأثر المنشئ في نظرية الوضع الظاهر ، وأن الفكرة العامة ذات الأثر الهام في أنشاء نظرية الوضع الظاهر هي فكرة الغلط الشائع [٢] ، وفيها يجب أن يكون من شأن المظاهر المادية الخارجية أن تولد الاعتقاد لدى الغير بقانونية مركز صاحب الوضع الظاهر ، ويراد بالغلط في مجال الوضع الظاهر هو الاعتقاد الواهم في مركز معين على خلاف الحقيقة والواقع [٣] ، أو الجهل القانوني متى كأن هذا الجهل مصحوباً بحسن نية ، وهذه القاعدة لم ترد بنص القانون فهي وليدة المبادئ العامة [٤]، ويتوافر هذا الغلط من جانب الغير في كل حالة يتضح فيها أن الوضع الظاهر الذي استند إليه المتصرف ظاهر مستقر قوي ومعقول ، أي أنه يبدو وكأنه مركز قانوني وبذلك يكون الغير معذوراً في غلطه [٥] .

وقد ذهب البعض من الفقه [٦] ، إلى أن العنصر المادي للوضع الظاهر المكون للغلط نوعين الأول ذاتي ، والذي يتعلق بالغير ، أما النوع الثاني ، فيقوم على حالة الوضع الظاهر ، بعبارة أخرى أن يكون العنصر المادي للوضع مستنداً إلى وقائع متقنة الشبه مع تلك التي يستند إليها المركز القانوني في مثل هذه الظروف .

الفرع الثاني

العنصر المعنوي للوضع الظاهر

يتصل العنصر المعنوي بالغير المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر ، وهذا الغير لا ينسب إليه غش أو سوء النية أو رغبة الأضرار بالآخرين ، وهذا ما نحاول بحثه في نقطتين متتالين ، وعلى النحو الأتي:-

أولاً : التعريف بالغير المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر

ثانياً : حسن نية الغير والغلط الشائع

من إلغاء وصيته ، وذلك لأن الغير قد تعامل معه على أساس ذلك الحكم القضائي الذي أعترف بصفته كموصى له ، أشارت له ، المستشار ، فتيحة قرة ، أحكام الوضع الظاهر ، المرجع السابق ، ص ٣١ .

[١] د. نجوان عبد الستار علي مبارك ، الوضع الظاهر في القانون المدني ، المرجع السابق ، ص ٥٩ وما بعدها .

[٢] البعض من الفقه يرى أن الوضع الظاهر له ثلاثة أركان وهي ، الركن الأول ، وجود أفعال وتصرفات محسوسة يطلق عليها بالشواهد المادية والخارجية ، والركن الثاني ، هو العوامل التي أحاطت بتلك الأفعال المحسوسة وبسببها ويطلق عليها الغلط الشائع ، والركن الثالث ، هو اعتقاد الغير بقانونية مركز صاحب الوضع الظاهر (المتصرف) ، وهذا التقسيم أشارت له د. نجوان في مؤلفها ، الوضع الظاهر في القانون المدني ، فتقول ، أن الفقه اعتاد على تقسيم أركان الوضع الظاهر إلى ركنين ، الأول ، الركن المادي ، والثاني ، الركن المعنوي ، وبالرغم من هذا التقسيم الثنائي لأركان الوضع الظاهر إلا أن الفقه أختلف حول تحديد مشتملات كلا الركنين ، فالبعض قد أدمج الغلط الشائع مع الشواهد المادية والخارجية كركن مادي ، والبعض الأخر قد أدمج الغلط الشائع مع حسن نية الغير (المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر) كركن معنوي ، وكلا الرأيين له أسبابه ومبرراته التي حملته على ذلك التقسيم .

[٣] Jobard-Bachellier (M.N), L'apparence en droit international privé, OP . P.13 .

د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ، نظرية الوارث الظاهر ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ١٩٩٣ ، ص ٩٨ .

[٤] L.Aymes, phillip M alaurie - Cours de droit civil, éd. Cayes. 1991, p175 .

[٥] د. نجوان عبد الستار علي مبارك ، الوضع الظاهر في القانون المدني ، المرجع السابق ، ص ٧٨ وما بعدها .

[٦] د. عبد الباسط محمد جميعي ، نظرية الأوضاع الظاهرة ، المرجع السابق ، ص ٧٩ .

أولاً : التعريف بالغير المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر

لم يستطع الفقه أن يضع تعريفاً لمصطلح (الغير) يشمل كل تطبيقاته ، إلا أن هنالك محاولات من قبل الفقه لتعريف الغير في عدة مفاهيم لتعدد أوضاعه ، من هذه المحاولات في الفقه محاولات الأستاذ (أوسيل) الذي يرى أن مصطلح الغير من المصطلحات غير المنضبطة ، إذ أنها من المصطلحات التي لها معاني متعددة ، فمن معانيها الغير في الصورية إلى الغير في ثبوت التاريخ ، ويستنتج من ذلك فكرة الغير هي فكرة مغلوطة ومستعصية تماماً على أي تعريف عام يحيط بكل جوانبها [١] ، ويرى الأستاذ السنهوري [٢] ، أن مصطلح الغير يختلف تحديده تبعاً لأوضاعه المختلفة ، فالغير في حجية الورقة العرفية وفي ثبوت التاريخ وفي حجية الشيء المقضي به وفي الصورية ، وله تحديد خاص يختلف عما تقدم في أثر العقد أو سريانه وفي التسجيل ، وهو في كل وضع من هذه الأوضاع يتحدد على نحو يتلاءم مع هذا الوضع ، إلا أن الفكرة المشتركة بين جميع هذهِ الأوضاع أن أثراً قانونياً معيناً قد يمتد لشخص تقضي المبادئ العامة للقانون بحمايته من أن يمتد إليه فيعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا الأثر[٣] .

وفي مجال بحثنا ، نجد أن هناك قدراً من الحماية من أجل حماية المصالح الخاصة للشخص من جهة وحماية الجماعة من جهة أخرى وتلك الحماية أملتها اعتبارات العدالة وتوفير الأمن والاستقرار في التعامل .

ويرى البعض من الفقه [٤] ، أن مصطلح (الغير) بوجه عام يعني (كل شخص يتأثر بوضع قانوني قانوني معين ولا يكون طرفاً أو ممثلاً فيه أو ساهم في قيامه) ، وفي اعتقادنا أن هذا التعريف لمصطلح الغير هو أكثر وضوحاً وعموماً لبيان معناه في القانون ، إلا أنه لا يسعفنا في تحديد معناه في نطاق بحثنا ، لذا وجدنا البعض من الفقه [٥] عرفه وبالخصوص في نظرية الوضع الظاهر بأنه (الأجنبي عن الظاهر أي الشخص الذي لم يقم ولم يساهم في وجوده واستقراره وليس خلفاً عاماً أو ممثلاً بواسطته صاحب الوضع الظاهر في خصوص هذا الوضع ، وهو في ذات الوقت قد تعامل مع صاحب الوضع الظاهر بقصد الحصول منه على حق أو ميزة) .

ويقصد بالغير في القانون التجاري ذلك الشخص الذي يتعامل مع التاجر الظاهر أو ممثل الشركة الظاهر أو المستفيد الظاهر من الورقة التجارية معتمداً على المظاهر الخارجية التي ولدت لديه الاعتقاد بقانونية مركز صاحبة ومطابقته للحقيقية ، فعلى سبيل المثال الشخص الذي يقوم بإبرام عقد تجاري معين مع تاجر ظاهر ينشأ له حق في مواجهة التاجر الحقيقي (المستتر) ، أي أنه يعتبر من (الغير) بالنسبة للوضع الظاهر ، في حين أنه المتصرف إليه من قبل التاجر الظاهر (الساتر) لذا فهو المتعاقد الأخر بالنسبة للتصرف الذي أجراه التاجر الظاهر وبهذا المفهوم نستبعد التاجر الظاهر من الحماية التي توافرها هذه الحماية فلا يمكن اعتبار التاجر الظاهر من الغير لأنه قد يساهم في خلق ونشأة الوضع الظاهر المخالف للحقيقة ، ولهذا لا يهم توافر حسن النية أو عدم توافرها ، وأيضاً التاجر الحقيقي لا يمكن اعتباره من الغير ، فأما أن يكون قد علم بالوضع المخالف للحقيقة ، ولم يتخذ الوسائل التي من شأنها أن تزيل ذلك الوضع الظاهر الزائف ، وأما أنه لا يعلم بذلك الوضع ولا يخلو الأمر من إهمال من جانبه وتقاعس عن القيام بواجبه على الوجه المطلوب .

---

[١] د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون – جامعة بغداد ، ١٩٩٢ ، ص ٧ ، د. سعدون حسن سرحان ، نحو نظرية لحماية الغير حسني النية المتعاملين مع الشركات التجارية ، المرجع السابق ، ص ١٨٦ .

[٢] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام – الإثبات – أثار الالتزام ، ج ٢ ، دار أحياء التراث العربي ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص ١٠٨٨ .

[٣] د. سليمان مرقص ، قوة المحررات العرفية في الإثبات ، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، العدد ٧٤ ، السنة الرابعة عشر ، مارس – ابريل – مايو / ١٩٤٤ ، ص ٢٦٣ .

[٤] عبد الباسط محمد جميعي ، نظرية الأوضاع الظاهرة ، المرجع السابق ص٩٣ وما بعدها .

[٥] د. نعمان محمد خليل جمعة ، أركان الظاهر كمصدر للحق ، المرجع السابق ، ص١٢٨ .

وفي كلتا الحالتين نجد أن هناك مساهمة ومشاركة من قبل التاجر الحقيقي في خلق الوضع الظاهر ، وبالتالي لا يمكن اعتباره من الغير .

فالعبرة أذن بحسن نية الغير المتعامل مع التاجر الظاهر الذي يؤثر على فاعلية نظرية الوضع الظاهر بشكل جوهري من أجل حمايته ، لذا من الضروري بحث حسن النية في الفرع الثاني وعلى النحو الأتي.

ثانياً : حسن نية الغير والغلط الشائع

أن حسن النية هو مبدأ أدبي أخلاقي يقوم عليه التعاقد القانوني والاجتماعي ، الغاية منه التخفيف من قساوة القواعد القانونية من خلال التطبيقات الملائمة والمناسبة للمبادئ الأخلاقية ، فمفهوم حسن النية يهدف إلى ربط المبادئ القانونية بمبادئ العدالة الأساسية ، وبالرغم من أهمية هذا المبدأ وتأثيره في القانون لم تعرفه القوانين الوضعية بشكل واضح ودقيق لصعوبة حصره وتحديده في بعض العبارات ، فهو مفهوم لصيق بالأنصاف ، فهو روح العمل القانوني وقوامه وهو الإرادة الأخلاقية التي تهدف إلى ربط المبادئ القانونية بالأفكار الجوهرية للعدالة ، فهو يمثل الأمانة والأخلاق والاستقامة والصدق والعدالة والحرص على الالتزام بحدود القانون في التصرفات القانونية وبالذات العقد [١] .

وفي الواقع ، أن حسن النية لفظ شائع الاستعمال في النصوص التشريعية وليس له معنى عام يوجد في جميع الحالات وإنما يختلف من حالة إلى أخرى .

أن حسن النية في تنفيذ العقد يقصد به الأمانة والاستقامة ، بينما في حالات كسب الحقوق على خلاف القواعد العامة فهو عدم العلم بالعيب الذي يشوب التصرف أو يجعل التصرف غير فعال [٢] .

أما حسن النية في مجال نظرية الوضع الظاهر لم يكن لها موقفاً محدداً لبيان مفهومها ، فبرزت وجهة نظر أولى تعتبر أن حسن النية هو الخطأ أو الغلط الشائع الذي يشوب تصرف صاحب الوضع الظاهر من عدم المشروعية بسبب تخلف الصفة اللازمة ، حيث يلجأ الغير إلى التعامل معه معتقداً أنه يتعامل مع صاحب الحق الذي يحميه القانون ، أما وجهة النظر الثانية ، ترى بأن حسن النية هو قصد الالتزام بحدود القانون ، فالنية هي قصد الشخص في اتخاذ قرار داخلي لمواجهة مشكلة معينة متأثرة بعوامل داخلية وخارجية كالرغبات والعواطف والشهوات وغيرها من العوامل وهي إرادة داخلية باطنه تبقى في نفس صاحبها طالما أنه لم يعبر عنها وإلا تحولت إلى تصرف قانوني منشأ للحقوق والالتزامات فالنية التي تبقى خفية ومستترة في نفس صاحبها من دون أن يرافقها تصرف خارجي معين لا يرتب عليها القانون أي أثر [٣] .

وحتى يكون الغير حسن النية يجب أن يقصد الالتزام بحدود القانون وقصد الالتزام يختلف عن الالتزام ذاته ، لأنه قد يقصد الشخص احترام القانون ومع ذلك تحصل منه المخالفة أما لعدم أدركه لكل حقائق الموضوع وأما لجهله القانون فقصد الالتزام شيء مستقل عن التحقيق الفعلي لهذا الالتزام [٤] .

ومن الواضح أنه لا يوجد فارق جوهري بين الوجهتين ، أي بين من يعتبر أن حسن النية هي غلط شائع وبين من يعتبرها قصد الالتزام بحدود القانون ، فحسن النية في نظرية الوضع الظاهر تقوم على المزج بين جهل الغير بصفة الشخص الذي تعامل معه وبين قصد هذا الغير الالتزام بحدود القانون فيكون الغير حسن النية عندما يبرم تصرفاً يسعى من خلاله الحصول على حق وفق حكم القانون

---

١. [١] لوزان أمين الحاج سليمان ، الوكالة الظاهرة بين الواقع والقانون ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٧ ، ص ١٠٠ .

[٢] علاء حسين علي الجوعاني ، مبدأ حسن النية في تكوين العقود – دراسة قانونية مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة صدام " سابقاً " ، ٢٠٠٢ ، ص ٤ ، رشيد مجيد محمد الربيعي ، مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية ، رسالة مقدمة إلى جامعة بغداد ، كلية القانون والسياسة ، ١٩٨٣ ، ص ٢٣ ، د. نعمان محمد خليل جمعة ، أركان الظاهر كمصدر للحق ، المرجع السابق ، ص ١٣٠ .

[٣] د. نعمان محمد خليل جمعة ، أركان الظاهر كمصدر للحق ، المرجع السابق ، ص ١٣٥ ، .

[٤] د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ، نظرية الوارث الظاهر ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ .

فيتعامل مع غير ذي صفة قانونية من دون علمه بذلك ، فتحميه نظرية الوضع الظاهر من بطلان التصرف عن طريق تصحيح هذا العيب [١] .

وفي تصورنا أن حسن النية وأن كان ضرورياً لتصحيح تصرف معين فإنه لا يكفي لوحده في تحقيق هذا الأثر فإذا كان تصحيح الوضع يتقرر للغير الذي يتعامل مع صاحب الوضع الظاهر سواء كان تاجر ظاهر أو مدير الشركة الظاهر ، لأنه كأن مخدوعاً وحيث يختلط حسن النية بالغلط المشروع [٢] ، فإن من الواجب أن يكون هذا الغلط الذي وقع فيه ذلك الشخص قد استمد مشروعيته من عنصر ظاهر ومحسوس مختلف عن الحقيقة المستترة ، وهذا هو العنصر المادي للنظرية والمتمثل بالمظاهر الخارجية والتي تبدو وكأنها مظاهر قانونية ، ولهذا نجد أن حسن النية لكي يصبح فعالاً يلزم أن يعتمد على الظاهر المشروع أو المبرر والمقنع من أجل أن يعذر الغير بجهله في حقيقة الواقع [٣] .

المبحث الثاني

تطبيقات الوضع الظاهر في القانون التجاري

لم ينظم المشرع العراقي سواء في القانون المدني أو القانون التجاري نظرية الوضع الظاهر ، وإنما أورد تطبيقات لها من خلال النصوص المتفرقة فيه [٤] ، فقد تدخل الفقه وصاغ نظرية الوضع الظاهر بما يتفق مع روح التشريع ولا يخالف نصاً تشريعياً في القانون ، فقد قضي بنفاذ تصرف صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق .

أن الطريق الوحيد لإثبات أي نظرية وإبرازها يكون عن طريق التطبيقات ، ولأهمية الوضع الظاهر في القانون التجاري ، ظهرت لنا أهم تطبيقاته التشريعية في نطاق القانون التجاري ، وقد أعتد القانون التجاري بنظرية الوضع الظاهر في عدة تطبيقات سنبينها في المطالب الثلاثة الآتية :-

المطلب الأول : الوضع الظاهر ومحترفي الأعمال التجارية

المطلب الثاني : المدير المفوض الفعلي

المطلب الثالث : الوضع الظاهر في الأوراق التجارية

المطلب الأول

الوضع الظاهر ومحترفي الأعمال التجارية

القانون التجاري تقبل نظرية الوضع الظاهر غير تردد لما يتمتع به من سرعة وائتمان أو ثقة وبرز ذلك في أهم حالة نموذجية تتصل بمحترفي التجارة تحت تطبيق (التاجر الظاهر) ، فصفة التاجر لابد فيها من شروط وضعها القانون لاكتسابها بقصد تنظيم شؤونه وحصوله على المزايا والتسهيلات التي منحها القانون لمن يكتسب تلك الصفة ، وفي ذات الوقت تحمله العديد من الواجبات الضرورية والمهمة، من أجل حماية الغير الذي تعامل معه على هذا الأساس ، وأيضاً تحقيق الضمان الخاص الذي أحاط به

---

[١] خديجة شريف ، نظرية الظاهر في القانون المدني والتجاري – دراسة مقارنة بين القانونين اللبناني والفرنسي ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية – الفرع الأول – الجامعة اللبنانية ، ١٩٩٩ ، ص ١٨٥ .

[٢] لوزان أمين الحاج سليمان ، الوكالة الظاهرة بين الواقع والقانون ، المرجع السابق ، ص ١١٣ وما بعدها .

[٣] عارف صالح مخلف ، نظرية الظاهر في القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية صدام للحقوق " سابقاً " ، ١٩٩٨ ، ص٤٦ ، وأيضاً المستشار فتيحة قرة أحكام الوضع الظاهر ، المرجع السابق ، ص٣٤ .

[٤] أن هذا الحكم جاء خلافاً للقانون المدني الفرنسي الذي تضمن مواد بحثت بالوارث الظاهر والأهلية الظاهرة والدائن الظاهر ، لوزان أمين الحاج سليمان ، الوكالة الظاهرة بين الواقع والقانون ، المرجع السابق ، ص ٢٥ .

القانون من يتعامل مع التاجر ، لهذا صفة التاجر تمثل مصلحة المتعاقدين معه [١] ، والأمر هذا يتطلب ظهور الشخص أمام الغير مكتسباً لصفة التاجر ويتعامل معهم على أساس هذا الظهور ، ومع ذلك فإن الظهور بالعمل التجاري وممارسة كافة صلاحيات المركز الذي يخوله القانون للتاجر له دور أكيد في زيادة الثقة به والاطمئنان إليه والرغبة في التعامل معه ، ولأن هذا الغير حسن النية ولا يستحق اللوم لذلك كان لازماً على القانون أن يتدخل لحماية الثقة التي أولاها الغير للوضع الظاهر بأن يجعل من مجرد مركز التاجر سبباً لترتيب الآثار كافة التي تترتب على ذات المركز عن طريق افتراض اكتسابه صفة التاجر وتحميله النتائج كافة التي تترتب على اكتساب هذه الصفة الحقيقية [٢] ، ولهذا فأن الظهور القانوني في اكتساب صفة التاجر لها تطبيقات عديدة يمكن لمحترف الأعمال التجارية أن يظهر بها ، فقد يمارس تجارته وهو مستتراً وراء شخص أخر يتاجر بأمواله ويعمل لحسابه ويظهر أمام الغير على أنه التاجر الحقيقي فيتعامل باسمه دون إشارة إلى الشخص المستتر ، أو قد يمنع من ممارسة التجارة لأسباب معينة ، أو قد يظهر شخص بمظهر التاجر ، كما أن احتراف الأعمال التجارية بقصد تحقيق الربح من قبل الشخص الطبيعي أو المعنوي يكون سبباً لاكتساب الصفة التجارية ، وهذا الاحتراف للأعمال التجارية يتصل عادة بالعلانية [٣] التي تتمثل بنشاط منظم وفقاً لطرق فنية ملائمة ومظاهر دالة على إعلان الجمهور بمباشرة هذا النشاط والقيام بالمعاملات التجارية على نحو متصل ومعتاد واتخاذ اسم تجاري ومسك دفاتر تجارية ونحو ذلك [٤]، وبالنسبة لمحترف الأعمال التجارية قد تعتبر الأموال التي تعود للغير ملكاً له باعتباره تاجر إذا كانت في حيازته عند إفلاسه أو قد يظهر بأنه مالك لبضاعة على خلاف الحقيقة ، أو قد يعهد هذا التاجر إلى شخص أخر بإدارة سفينته ، فإذا ما خدع الغير بها تداركته نظرية الوضع الظاهر ووفرت الحماية له .

المطلب الثاني

المدير المفوض الفعلي

أن القضاء الفرنسي [٥] قد اعتاد الاستجابة إلى اعتبارات العدالة والمصلحة العامة لكي يتصدى لحماية بعض الأوضاع التي لا يحميها التشريع ، ومن بين هذه الحالات حماية الغير الذي تعامل مع الظاهر وقد استند القضاء في تبريره لهذه الحماية إلى أفكار عديدة منها فكرة المدير المفوض الفعلي

---

[١] د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري – القسم الأول ، الناشر ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، توزيع ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة طبع ، ص ٨٧ ، د. أحمد إبراهيم البسام ، القانون التجاري ، ج١ ، بغداد ، ١٩٦١ ، ص١٢٣ .

[٢] د. سميحة القليوبي ، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري ، ج ١ ، ط٧ ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٥ ، ص ١٩٤ ، د. مصطفى كمال طه ، أ. وائل أنور بندق ، أصول القانون التجاري ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠١٣ ،ص١٤٣.

[٣] د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، المرجع السابق ، ص ١١٩ ، حسين عواد ، القانون التجاري المقارن – دراسة مقارنة ، محاضرات لطلاب السنة الثالثة حقوق ، الجامعة اللبنانية – كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية ، الفرع الأول ، مجلس فرع الطلاب ، دائرة شؤون المطبوعات ، ١٩٩٤ ، ص ١٦٢ ، د. أكثم أمين الخولي ، قانون التجارة المقارن ، – مقدمة عامة – الأعمال التجارية – والتجار – حقوق الملكية الصناعية – المتجر والعقود الواردة عليه ، ج ١ ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت – لبنان ، ١٩٦٧ ، ص ١٨٤ .

[٤] د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، المرجع السابق ، ص ١١٧ ، د. سميحة القليوبي ، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري ، ج ١ ، ط ٧ ، المرجع السابق ، ص ٢١٥ .

[٥] القضاء الفرنسي كان من مؤسسي نظرية الأوضاع الظاهرة ، فطبقها بلا تردد بمختلف تطبيقاتها المدير المفوض الفعلي والوكيل الظاهر والوارث الظاهر والشركة الفعلية ، حيث آمن بأن نظرية الأوضاع الظاهرة وقاعدة الغلط الشائع يولد الحق هي قاعد قانونية واجبة التطبيق ، مكتفياً في تطبيقها بالظاهر المقنع فقط ، وهذا الأمر يجعل الوضع الظاهر مصدراً من مصادر الحق وهذا ما أستقر عليه القضاء الفرنسي بأعلى هيئاته ، سركوت إسماعيل حسين ، الظاهر ودوره في الإثبات – دراسة مقارنة ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٩ ، ص ٦٣ .

فهي من صنع القضاء ابتدعها لغرض تحقيق أكبر قدر من الحماية لجمهور المتعاملين الذين غالباً ما يعتمدون في معاملاتهم التجارية على الوضع الظاهر [١] .

وقد أثيرت فكرة المدير الفعلي بشكل أكثر شيوعاً في العمل في مجال التعامل مع مدير الشركة الظاهر ، أن المشرع الفرنسي لم يضع تعريف أو تحديد لهذه الفكرة ، لذلك فقد انطلق القضاء بهذه الفكرة إلى أفاق واسعة ، فقد استند إلى هذه الفكرة في العديد من أحكامه لتقرير مسؤولية الشركة تجاه الغير عن أعمال المدير خروجاً على مقتضى القواعد العامة متى كان نظام الشركة قد خول المدير السلطات الظاهرة مما أدى إلى خديعة الغير حسن النية المتعامل معه [٢] ، وفي الحقيقة أن القضاء الفرنسي عندما اقتضى لنفسه هذا الدور لم يبالغ في استخدامه لهذه الفكرة وإنما كان معتدلاً ومتزناً بحيث لم يستخدمها إلا في حالات اقتضتها العدالة أو مصلحة المجتمع ، وحيث لا يوجد نص تشريعي ليحقق هذه الأهداف ويبرر موقف القضاء الفرنسي قدم التقنينات التي ترجع إلى بداية القرن التاسع عشر ولم تعد تتناسب مع واقع المجتمع الذي كان محلاً لتطوير هائل وعميق [٣] ، أما عن الوضع في مصر ، فلم يحاول القضاء المصري تقليد القضاء الفرنسي في هذا الشأن كما وأن المشرع المصري كنظيره الفرنسي لم يعنَ بتحديد هذه الفكرة وكان من الطبيعي والحال كذلك أن تظل المسألة بعيدة عن اهتمام الفقه في مصر .

ونعود للوضع في فرنسا حيث توسع القضاء الفرنسي في تطبيقه لهذه الفكرة بشكل ملحوظ وخاصة في مجال الشركات ذات المسؤولية المحدودة في حالة تجاوز المدير لسلطاته أو لأغراض الشركة مستهدفاً بذلك حماية الغير حسن النية من مخاطر المسؤولية المحدودة للشركاء في هذه الشركة [٤] ، بل لقد لجأ القضاء إلى هذه الفكرة في حالة انعدام سلطات المدير وهي تلك الحالة التي كانت مثار حيرة القضاء الذي يجتهد في تلمس أي خطأ يمكن نسبته إلى الشركة لتقرير مسؤوليتها عن الأعمال التي أجراها ذلك المدير المزعوم مع الغير حسن النية مع أنه لم ينسب إليها ثمة خطأ ولم يصدر عنها أية تفويض ، وإذا كان اصطلاح المدير الفعلي قد اكتسب على هذا النحو قدراً من الشيوع مشهود ، حيث رددت العديد من أحكام القضاء وجرت به أقلام الشراح في فرنسا إلا أنه ظل رغم هذا كله بعيداً عن التحديد [٥] ، وإزاء صمت المشرع عن تحديد دلالته الفعلية فقد أظهر تطبيقه في مجال معين كثيراً من الحيرة والاضطراب وكان من الطبيعي أن تستوقف هذه الظاهرة أنظار الباحثين والشراح ، فصار الاصطلاح موضوعاً لدراسات قديمة وحديثة في فرنسا عني بعض الشراح بتحديد دلالته الفنية في إطار فكرة الوضع الظاهر ، بينما عني البعض الأخر بمعالة فكرة المدير الفعلي كبناء قانوني له سند تشريعي، ويمكن حصر هذه المحاولات في اتجاهين رئيسيين ، أولهما ، ذهب إلى معالجة الفكرة في إطار نظرية

---

(١) Raad Hashim Ameen Al-Temimi , Companies Directors in Iraq Law and their Divided Loyalty; Lessons Drawn from English Law , A Thesis Submitted to Bangor University , 23 June 2015 , p. 41 .

(٢) Cour de cassation , 29, Sept , 1975 , Revue Trimestrielle de droit Commerical , 1975 , p. 864 .

حيث اعتبرت المحكمة الوكيل المفوض عن الشركة ذات المسؤولية المحدودة مديراً فعلياً استناداً إلى أنه كان يتعامل مع الغير على وجه معتاد بصفته مديراً للشركة بما كان من شأنه أن يخلق وضعاً ظاهراً يولد لدى الغير الاعتقاد بمطابقة هذا المظهر للحقيقة ، د. سعدون حسن سرحان ، نحو نظرية لحماية الغير حسني النية المتعاملين مع الشركات التجارية ، المرجع السابق ، ص ٢٤٥ .

(٣) د. سعدون حسن سرحان ، نحو نظرية لحماية الغير حسني النية المتعاملين مع الشركات التجارية ، المرجع السابق ، ص ٢٤٦ .

(٤) د. أبو زيد رضوان ، شركات المساهمة (وفقاً لقانون لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١) والقطاع العام ، دار الفكر العربي ، مصر ، ١٩٨٣ ، هامش ١و٢و٣ ، ص ١٥٥ .

(٥) د. سعدون حسن سرحان ، نحو نظرية لحماية الغير حسني النية المتعاملين مع الشركات التجارية ، المرجع السابق ، ص ٢٤٨ .

الوضع الظاهر ، بينما ركز الاتجاه الأخر اهتمامه في ضوء نص المادة (٩٩) من قانون الشركات النافذ الصادر ١٣/ ٧/ ١٩٦٧ الخاص بنظام السنديك (وكيل التفليسة) ، ونوضح كلاً من الاتجاهين في فرعين وعلى النحو الأتي:-

أولاً : فكرة المدير الفعلي في ضوء نظرية الوضع الظاهر ، من خلال البحث عن مفهوم دقيق لفكرة المدير الفعلي ظهرت محاولات لصياغة هذه الفكرة في إطار نظرية الوضع الظاهر ، ومن أبرزها محاولة الأستاذ (كاليه أولوي Calais, Auloy) ، إذ يرى ن وصف المدير الفعلي ينطبق على ذلك الشخص الذي يظهر أمام الغير باعتباره ممثلاً عن الشركة على خلاف الواقع أو بعبارة أخرى من يلزم الشركة بمقتضى فكرة الظاهر وهذا المعنى هو الذي درجت عليه أحكام عديدة في القضاء الفرنسي ، وتقوم فكرة الظاهر في هذا الصدد وفقاً لما استقر عليه الرأي في الفقه والقضاء الفرنسي على حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع الظاهر دون علم بأوجه النقص أو العيب في القرار الصادر من ممثل الشركة الظاهرة والذي يتجاوز حدود سلطاته المقررة له في العقد أو تجاوزه لأغراض الشركة بل وفي حالة انعدام سلطته أصلاً في بعض الأحوال متى كانت المظاهر والشواهد التي أحاطت بالتعاقد من شأنها أن تولد الاعتقاد لدى الغير بمطابقة المظهر للحقيقة ، فإن مدير الشركة الظاهر هو بالضرورة مدير فعلي والعكس غير صحيح أي أن المدير الفعلي ليس في كل الأحوال مدير ظاهر ، لهذا فإننا نؤثر إطلاق لفظ المدير الفعلي على الحالات التي تقوم على فكرة الظاهر فقط حتى لا يدعو ذلك إلى الاعتقاد بأن المدير الفعلي هو دائماً مدير ظاهر .

ثانياً : فكرة المدير الفعلي في ضوء نص المادة (٩٩) من قانون الشركات الفرنسي رقم ٥٣٧ / ٦٦ بتاريخ ٢٤ / تموز / ١٩٦٦ ، اتجه فريق أخر في الفقه وجهة أخرى وهو بصدد البحث عن مفهوم دقيق لفكرة المدير الفعلي وقد تلمس الأستاذ (Rives - Lang) في نص المادة (٩٩) من قانون الشركات الفرنسي رقم ٥٣٧ / ٦٦ بتاريخ ٢٤ / تموز / ١٩٦٦ والخاصة بنظام السنديك سنداً تشريعياً لهذه الفكرة إذ نصت هذه المادة على (التزام مديري الشركات على وجه التضامن تجاه الغير من دائني الشركة والمساهمين عن كل ما يظهر من أخطاء أو إهمال منسوب إليهم أثناء توليهم إدارة الشركة) ، ويتضح من هذا النص أنه في حالة عجز الشركة عن الوفاء بديونها يتكفل جميع مديري الشركة بالتضامن بالوفاء بديونها من أموالهم الخاصة في حالة ثبوت أخطاء أو إهمال منسوب إليهم أثناء تصريفهم لأمور الشركة ، ومن خلال هذا النص فإن المشرع الفرنسي قد توسع كثيراً في مسؤولية الشركة تجاه الغير عن أعمال ممثليها فأخضع لحكم هذه المادة كل من يظهر أمام الغير على نحو عادي ومضطرد باعتباره يجسد إرادة الشركة سواء في الواقع القانوني أو الفعلي وسواء كان ظاهراً أو مستتراً وهكذا يعتبر مديراً فعلياً وفقاً لنص المادة (٩٩) من هذا القانون كل شخص يباشر بحرية واستقلال اختصاص وسلطات الإدارة على وجه عادي ومضطرد مما يحمل الغير المتعاملين مع الشركة على الاعتقاد بأن هذا الشخص يملك سلطة التصرف نيابة عن الشركة في الواقع المادي والقانوني دون أن يكون له في الحقيقة والواقع سلطة التعامل نيابة عنها فينطبق هذا الوصف على كل شخص يمارس سلطاته باسم الشركة سواء كان ظاهراً لاعتباره مديراً للشركة أو كان مستتراً أو بوصف مستعار لكي يبقى المدير الحقيقي في الظل بعيداً عن أي مسؤولية ، كالبنك الذي يساهم بايجابية وفاعلية في نشاط الشركة أو يكون المحرك الفعلي في تمويل شركة تحت التأسيس ، وكذلك الشخص الذي يظهر أمام الغير باعتباره مفوضاً عن الشركة بالتوقيع عن أعمالها أو كان له اختصاصاً في شأن تعيين الموظفين بها ، وكذلك من كانت له سلطة التصرف في حسابات البنك ، ومع ذلك فقد خلص الأستاذ (ريف لانج) في بحثه ، أن نص المادة (٩٩) سالفة الذكر لم تقدم سوى مساهمة ضعيفة لا طائل منها في تحديد المقصود من فكرة المدير الفعلي ، لذا لجأ إلى وضع بعض التحديدات أو المعايير التي يراها ضرورية بغية الوصول إلى مفهوم

دقيق لفكرة المدير الفعلي وتتمثل هذه المعايير في ثلاثة عناصر مجتمعة [1] ، وعناصر قيام فكرة المدير الفعلي تتمثل بالأتي :-

١- يشترط لانطباق وصف المدير الفعلي القيام بنشاط إيجابي وفعال ، ويعتبر الشخص الذي يتعامل باسم الشركة مديراً فعلياً وفقاً لهذا المعيار متى كان الشخص يباشر سلطاته في تصريف أمور الشركة بفاعلية وإيجابية على نحو يؤدي إلى تحقيق أغراضها ، أما الامتناع عن ممارسة نشاط أو أمر ما ولو كان محل انتقاد أو مساءلة لا يكفي - في هذا المقام – لقيام وصف المدير الفعلي ، وعلى ذلك لا يعتبر مديراً فعلياً رجل البنك الذي يقتصر دوره على مجرد متابعة أوجه مصروفات الشركة بالنسبة للأموال التي اقترضتها .

٢- يجب أن يكون مفهوم الإدارة محدداً تحديداً دقيقاً ويتحدد مفهوم الإدارة للشركة وفقاً لهذه الوجهة في ضوء طبيعة النشاط الذي تقوم عليه الشركة ، بحيث يبدو الشخص الذي ينطبق عليه وصف المدير الفعلي وكان بمقدوره أو بوسعه أن يقرر مصير المشروع من الناحية التجارية والمالية ، وعلى ذلك يعتبر مديراً فعلياً من يقترض من البنك لحساب الشركة دون حاجة ملجئة لذلك أو يقترض بالزيادة عن القدر المطلوب مما يتسبب عنه خسارة أو يعرض الشركة للإفلاس ، وكذلك من يقوم بشراء السلع والحاجات التي لا يقوم عليها نشاط الشركة وبصفة عامة يشترط لقيام وصف المدير الفعلي وفقاً لهذا المعيار أن يكون التصرف الذي أجراه الشخص باسم الشركة متوافراً فيه شرط الخطأ المستوجب للمسؤولية المدنية ولكن ليس معنى ذلك أن يتحمل الغير إثبات الخطأ في جانب المدير الفعلي فالخطأ هنا مفترض في جانب المدير الذي يتجاوز حدود سلطاته أو يتجاوز أغراض الشركة وإنما يجب على الغير إثبات الشواهد أو المظاهر التي كان من شأنها أن تولد لديه الاعتقاد بأن هذا المدير إنما يجسد إرادة الشركة في الواقع خلافاً للحقيقة .

٣- يفترض وصف المدير الفعلي نشاطاً فعالاً يقوم به الشخص بمطلق الحرية والاستقلال ، يجب على الشخص الذي ينطبق عليه وصف المدير الفعلي وفقاً لهذا المعيار أن يباشر سلطاته واختصاصاته في حدود المعتاد بالنسبة لمن كان في مثل وضعه في الشركات التي تمارس نفس نوع النشاط الذي تقوم به الشركة ، وعلى ذلك لا ينسحب وصف المدير الفعلي على الشخص الذي يخضع في مباشرة سلطاته واختصاصاته لإشراف أو تعليمات صادرة إليه من سلطة عليا بحيث يبدو وكأنه مجرد أداة تنفيذية لهذه السلطة وكذلك يستبعد أيضاً الشخص الذي تربطه بالشركة علاقة عمل حيث يفترض فيه قيام رابطة التبعية ، وهكذا تبدو فكرة المدير الفعلي وفقاً لتقدير هذه الوجهة وبخلاف الاتجاه الأول كبنيان قانوني وليس مجرد حالة واقعية بحتة ومن ثم يخضع وصف المدير الفعلي من حيث الشروط التي يقوم عليها والحالات التي يتواجد فيها لرقابة محكمة النقض ، ولكن من يقع عليه عبء إثبات وصف المدير الفعلي ؟ يجيب الأستاذ (ريف لانج) على هذا التساؤل قائلاً: أنه يجب على المدعي وهو السنديك وفقاً لنص المادة (٩٩) أنفة الذكر ، أن يقيم الدليل على أن المدعى عليه كانت له صفة المدير الفعلي ولقاضي الموضوع في هذا سلطة تقديرية واسعة ويخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض .

خلاصة القول ، أن وصف المدير الفعلي وفق الاتجاه الأول ينطبق على كل من يظهر أمام الغير باعتباره ممثلاً للشركة على خلاف الحقيقة والواقع أو بمعنى أدق من كان يلزم الشركة بمقتضى نظرية الوضع الظاهر فهو بهذا يفترض غلطاً يقع فيه الغير بالنسبة للمتصرف أو المدير الظاهر مما يبرر احتجاج الغير على الشركة بالتصرف الذي أجراه مع ذلك المدير الذي يتجاوز سلطاته أو يتجاوز أغراض الشركة ، وعلى ذلك ووفقاً لهذا الاتجاه فإن عبء إثبات توافر وصف المدير الفعلي بالنسبة للشخص الذي أجرى التصرف الذي شابه عيب التجاوز يتحمله الغير وتتلك مسألة من مسائل الواقع التي تخضع في تقديرها لمطلق سلطان قاض الموضوع ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض .

[1] ويقول الأستاذ (ريف لانج) أنه باستقراء أراء الفقه واتجاهات القضاء في هذا الشأن يعكس تحديد مفهوم فكرة المدير الفعلي عن طريق تكملة النصوص ووضع بعض التحديدات الضرورية لها .

أما بالنسبة للاتجاه الأخر فقد حصر مفهوم المدير الفعلي في إطار قانوني ، واقتفى لقيام هذا الوصف شروط وضوابط محددة يلزم توافرها في الشخص الذي ينطبق عليه ذلك الوصف ، كما وضع أمام القضاء عدة معايير موضوعية لكي يسترشد بها وهو بصدد أعماله لهذه الفكرة ، على أن يخضع قضاة الموضوع في تقديرهم لقيام وصف المدير الفعلي لرقابة محكمة النقض [١] .

وفي اعتقادنا ، أنه لا يوجد فارق جوهري بين الاتجاهين وبصفة خاصة ، فيما يتعلق بالإثبات ، فسواء كانت فكرة المدير الفعلي باعتبارها مسألة من مسائل الواقع أو كانت من مسائل القانون فإن النتيجة على الأقل بالنسبة للغير – هدف هذه الدراسة – تكون في الحالتين واحدة إذ يقع على الغير في جميع الأحوال عبء إثبات الغلط الذي وقع فيه ، وجعله يعتقد بأن ذلك الشخص الذي أجرى معه التصرف ، إنما يجسد إرادة الشركة في الواقع المادي والقانوني .

ومع ذلك ، فإننا أقرب إلى تأييد الرأي الذي يقول به أنصار الاتجاه الأول ، حيث يساعد على تحديد الطبيعة الحقيقة لفكرة المدير الفعلي ، باعتبارها مسألة واقع ، مما يساهم في تسهيل مهمة الغير في الإثبات ، فضلاً على ما يحققه هذا الوصف من نطاق أوسع لحماية الغير حسن النية الذي تعامل مع الوضع الظاهر ، فلا يضار الغير من بطلان في التصرف الذي أجراه معه مدير الشركة على خلاف الأصول المتبعة والمرعية في هذا الشأن ، ولا يتضرر كذلك من تجاوز المدير لحدود سلطاته أو تجاوز أغراض الشركة من أعمال المدير ولو لم تكن هناك ثمة علاقة في الأصل بين الشركة والمدير .

المطلب الثالث

الوضع الظاهر في الأوراق التجارية

أن لقاعدة التطهير من الدفوع أهمية في تيسير تداول الأوراق التجارية وفيها ضمانة للحامل القانوني من المفاجئة بعدم التسديد [٢]، لهذا نصت المادة (٥٧) من قانون التجارة [٣] على أنه " ليس لمن أقيمت عليه دعوى بحوالة أن يحتج على حاملها بالدفوع المبنية على علاقاته الشخصية بساحبها أو بحامليها السابقين ما لم يكن الحامل وقت حصوله على الحوالة قد تصرف بقصد الأضرار بالمدين " ، حيث جاءت هذه القاعدة من أجل الثقة بالأوراق التجارية ولإضفاء نوع من الائتمان في بياناتها يستحيل من خلالها على المسحوب عليه القابل للورقة التجارية أن يتمسك في مواجهة الحامل حسن النية بالدفوع أي (وسائل الدفاع) التي كان باستطاعته التمسك بها في مواجهة الساحب [٤] .

لذا نحاول أن نقتصر على حالات متعلقة بالأوراق التجارية وخاصة الحوالة التجارية على اعتبار أنها تمثل النظرية العامة في الأوراق التجارية مع أمكانية القياس عليها بالنسبة لباقي الأوراق التجارية التي لها دوراً ائتمانياً في البيئة التجارية [٥] ، وهذه الحالات هي :-

---

[١] د. سعدون حسن سرحان ، نحو نظرية لحماية الغير حسني النية المتعاملين مع الشركات التجارية ، المرجع السابق ، ص ٢٤٤ وما بعدها .

[٢] د. علي فوزي الموسوي ، الوجيز في الأوراق التجارية ، – دراسة في قانون التجارة العراقي النافذ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٤ ، ص ٩٠ .

[٣] المادة (٥٧) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل ، وأيضاً نصت عليها المادة (٣٩٧) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

[٤] د. مصطفى كمال طه ، الأوراق التجارية والإفلاس ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ١٩٨٢ ، ص ٧٣ .

[٥] د. فوزي محمد سامي ، د. فائق محمود الشماع ، القانون التجاري – الأوراق التجارية ، الناشر ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، توزيع ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص ٢٥ .

أولاً : توقيع الورقة على بياض والورقة الناقصة [١]

الورقة على بياض هي تلك الورقة التي يتفق أطرافها ذوي العلاقة على عدم ذكر بعض بياناتها الجوهرية أي (الإلزامية) في السند أي تركها على بياض على أمل تكملتها فيما بعد وفقاً للاتفاق المبرم بينهما ، وبالرجوع إلى قانون جنيف الموحد [٢] وبالذات المادة (١٠) منه نلاحظها نصت صراحة على هذا النوع من الأوراق التجارية ، وهي الكمبيالة على بياض أو الكمبيالة الناقصة [٣] ، وتعتبرها صحيحة ، حيث نصت على أنه " إذا كانت الكمبيالة ناقصة عند سحبها وتم أكمالها بعد ذلك خلافاً للاتفاق الحاصل فإن أكمالها على الوجه المذكور لا يمكن إيراده دفعاً تجاه الحامل ، ما لم يكن الحامل قد تملك الكمبيالة الموضوعة البحث بسوء نية أو كان قد أرتكب خطأ جسيماً " ، وقد ذهب قانون التجارة الملغي [٤] في المادة (٣٩٦) إلى أنه " إذا كانت البوليصة ناقصة عند سحبها وتم إكمالها بعد ذلك خلافاً لاتفاق الحامل فإن إكمالها على هذا الوجه المذكور لا يمكن إيراده دفعاً تجاه الحامل ، ما لم يكن قد تملك البوليصة الموضوعة البحث بسوء نية أو كان قد أارتكب خطأً جسيماً عند ذلك " ، وعليه فإن الساحب يلتزم قبل الحامل حسن النية للحوالة التجارية المستكملة خلافاً لإرادة الساحب ، أما بالنسبة لقانون التجارة النافذ فلم يرد فيه نص يقابل نص المادة أنفة الذكر ، وعلى الرغم من سكوت النص التشريعي نجد أن الفقه المعاصر [٥] لا يرى مانعاً من إقرار مسؤولية الساحب قبل الحامل حسن النية الذي اكتسب الحوالة بعد استكمالها عن طريق التظهير ، بخلاف الحال بالنسبة للحامل سيء النية وهو الذي يعلم حين تملكه للحوالة أنها كانت قد سحبت ناقصة وتم إكمالها خلافاً لإرادة الساحب .

ونلاحظ أن التشريع العراقي النافذ لم يتطرق إلى بيان مدى التزام الساحب قبل من خالف إرادته بالذات من جانب ، وقبل من آلت إليه الورقة عبر هذا الأخير من جانب أخر ، إلا أنه بالنسبة للقضاء هناك تطبيقات في هذا الشأن والمتمثلة بالتزام ساحب الورقة التجارية الناقصة قبل من خالف إرادته ، فقد قضت محكمة التمييز [٦] بأنه " إذا ثبت أن من أؤتمن على التوقيع وضع بيانات غير التي أتفق عليها عليها

---

[١] الورقة على بياض هي الورقة التي تخلو من جميع البيانات الإلزامية عدا بيان التسمية والتوقيع ، أما الورقة الناقصة هي الورقة التي تخلو من الذي لا يمكن افتراضه بحكم القانون وأيضاً تعتبر الورقة ناقصة إذا ذكر فيها البيانات التي يجوز افتراضها ولكن بشكل غير جدي أو إذا لم يذكر العنوان بجانب اسم الساحب أو المسحوب عليه ، والفرق بينهما هو أن الإغفال يكون عن سهو أو إهمال في الورقة الناقصة ويكون الإغفال عن تعمد في الورقة على بياض ، د. أكم يا ملكي ، القانون التجاري – الأوراق التجارية – دراسة مقارنة – (للسفتجة وللكمبيالة والشيك) ، ط ٢ ، بغداد ، ١٩٧٨ ، ص ٥٠ .

[٢] لقد فكر المجتمع الدولي في وضع قانون موحد ينظم الأوراق التجارية ، أي وضع قانون الصرف ، وقد تحقق ذلك في مؤتمر جنيف قي ١٣/ مايس – حزيران / ١٩٣٠ حيث تم المصادقة على ثلاثة اتفاقيات وقد وافقت عليها ٢٥ دولة بتاريخ ٧ يونيو ١٩٣٠ تتعلق بالكمبيالة والسند لأمر وفي شهر فبراير سنة ١٩٣١ تم عقد مؤتمر جنيف أيضاً حيث تم التوقيع على قانون موحد خاص بالشيك في ١٩ مارس ١٩٣١ ، وهكذا سارعت العديد من الدول فيما بعد إلى الأخذ بقانون جنيف الموحد وإدخاله في قوانينها الوطنية .

[٣] أن استعمال مصطلح " حوالة تجارية أو سفتجة " في القانون العراقي يتفق مع ما ذهب إليه المشروعان المقترحان من قبل جامعة الدول العربية واتحاد المحامين العرب كمحاولة لإحلاله محل المصطلحات الأخرى المستعملة في مختلف البلدان العربية ، حيث تذهب التشريعات التجارية في كل من مصر والمغرب وليبيا وتونس والكويت والسعودية وقطر إلى استعمال مصطلح " كمبيالة " ، في حين يذهب التشريع اللبناني إلى استعمال مصطلح " سند السحب " ، والقانون السوري واللبناني يستعملان مصطلح " سفتجة " ، أما القانون الأردني يستعمل مصطلح " سند السحب أو بوليصة أو سفتجة " ، ينظر د. أكرم ياملكي ، القانون التجاري – الأوراق التجارية ، المرجع السابق ، ص ٢٧ وما بعدها .

[٤] المادة (٣٩٦) من قانون التجارة العراقي الملغى رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ .

[٥] د. أحمد إبراهيم البسام ، قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الأوراق التجارية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٦٩ ، ص١٢٨.

[٦] تمييز ٧٤ / مدنية ثانية / ٧٣ في ١٦ ، ٤ ، ١٩٧٣ ، النشرة القضائية ، السنة الرابعة ، العدد الثاني ص ٢١٨ ، وبالنسبة للقضاء المقارن في هذا الصدد نشير إلى قرار قضائي سوري أخر ، الذي قضت به محكمة النقض السورية

مع الموقع فقدت الورقة حجيتها " ، نستخلص من هذا القرار التمييزي ، أن الموقع على ورقة تجارية ناقصة لا يلتزم قبل من أؤتمن عليها متى قام هذا الأخير بوضع بيانات مخالفة لإرادة ساحب هذه الورقة، وأن هذا الحل الذي أخذت به محكمة التمييز في العراق هو ذات الحل الذي أخت به العديد من التطبيقات القضائية العربية والأجنبية [١] ، وفقاً ما عليه القواعد العامة حيث أن سيء النية يرد بمثلها .

ثانياً : حوالات المجاملة

من الواضح في هذا النوع من الحوالات أن يطلب ذكر سبباً للأمر لا يتفق مع ما يقرره القانون المدني ، حيث أنه يفترض أن لكل التزام وجود سبب أنه سبب مشروع [٢] ، وهي تلك الحوالات التي تبدو في ظاهرها مستوفية لجميع البيانات التي يفرضها القانون كما لو كان حوالة حقيقية أي جدية ، مع أن الحقيقة أن أرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى الحصول على ائتمان وهمي لا علاقة له بالحقيقة يرمي بالأساس إلى خداع الغير من هذا الوضع الظاهر ، وعليه فهي ورقة أو حوالة لا تعبر عن علاقة سابقة بين الساحب والمسحوب عليه نبرر للساحب أن يسحب الحوالة على المسحوب عليه ، فالوضع الطبيعي أن يكون المسحوب عليه مديناً للساحب بدين هو مقابل وفاء الحوالة ، وفي صورة حوالة المجاملة لا يكون هناك مقابل وفاء ، ومع ذلك يقبلها المسحوب عليه دون أن يكون لديه مقابل وفاء وقت إنشائها ولكنه لا ينوي – المسحوب عليه – وفاءها أطلاقاً وإنما وضع توقيعه بقصد خلق ائتمان وهمي للساحب ، وفي هذه الحالة تكون الحوالة عملاً غير مشروع ، ويشتبه بها الحوالة التي تسحب على شخص وهمي وتسمى هذه الصورة السحب في الفراغ [٣] ، وهذا النوع من السحب يسحب على شخص غير مدين وبدون علمه ، وقد تكون المجاملة متبادلة بين الساحب والمسحوب عليه فيسحب كل منهما حوالة على الأخر ويقبلها على سبيل المجاملة ، وفي جميع هذه الصور يكون مركز الساحب المالي مضطرباً فيسعى إلى الحصول على نقود ويستخدم الحوالة وسيلة لإقناع الغير بإعطائه ما يريد ، ويستخدم قبول المسحوب عليه كأداة لإقناع الغير بأن له حقوقاً قبله وأنه لا يزال جديراً بالثقة ، ومتى ما كانت هذه الحوالة لا تستند على علاقة جدية ولم يكن لدى أحد قصد جدي في وفائها كانت باطلة لقيامها على قصد الغش من الساحب أو المسحوب عليه ، كما أنه لا يجوز الاحتجاج بهذا البطلان على الحامل حسن النية إذ يكون من حقه مطالبة الساحب والمسحوب عليه بوفائها نتيجة توقيع كل منهما ، أما الحامل سيء النية أي الذي يعلم بالحقيقة وقت تلقيه الورقة فلا حق له في المطالبة ، أما الساحب نفسه فيعتبر مرتكباً جريمة نصب إذا حصل على نقود من الغير بطريق هذه الحوالة ، وإذا أفلس وتبين أنه استخدم هذا الأسلوب لإطالة حياته التجارية جاز اعتباره مرتكباً لجريمة الإفلاس بالتقصير [٤] .

والتي ذهبت إلى ذات الرأي ، حيث جاء في قرار لها أن (توقيع السند على بياض لا يجعله باطلاً إلا إذا ثبت إن حامله دون فيه خلاف المتفق عليه) ، قرار محكمة النقض السورية / الغرفة الثانية / قرار رقم ٤٧٩ / أساس ٥٥٧ جلسة ٩ ، ١٠ / ١٩٦٧ د. حسن الفكهاني ، ، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية ، ج ١١ ، ص ٧٩٠ .

أما القرارات القضائية الأجنبية منها ما ورد في:

Ripert, G., par Roblot, R., Traite élémentaire de Droit Commercial, tome 1, 1968, p. 126 . ، د. فوزي محمد سامي ، د. فائق محمود الشماع ، القانون التجاري - الأوراق التجارية ، المرجع السابق ، ص ٩٨ .

[٢] المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، وأيضاً المادة (١٣٧) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

[٣] وفي كل الأحوال يشترط في المسحوب عليه أن يكون شخصاً حقيقياً لا وهمياً ، وإلا كان السحب من عمليات النصب والاحتيال التي يعاقب عليها القانون العراقي في المادة (٤٥٦) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ ، د. فوزي محمد سامي ، د. فائق محمود الشماع ، القانون التجاري – الأوراق التجارية ، المرجع السابق ، ص ٦٨ .

[٤] المادة إفلاس بالتقصير تقابل ٣٣٠ عقوبات مصري

وعلى الرغم من مشاركة المسحوب عليه في عملية الغش فإنه متى ما أوفى مبلغ الورقة فإن له أن يرجع بما وفاه على الساحب على أساس الكسب دون سبب ، ولكن إذا أفلس الساحب فهو يحرم من

الدخول في تفليسة الساحب بما دفعه لأن في هذا الرجوع ضرراً على الدائنين لأنهم بريئون من كل غش[١] .

ونظراً لما يترتب على التعامل بهذه الأوراق الوهمية من إشاعة الاضطراب في الحياة التجارية وتقويض الثقة بين التجار وإحداث تضخم مصطنع في الأوراق التجارية التي تقوم مقام النقود ، فقد أجمعت التشريعات الحديثة على بطلان هذه الأوراق بطلاناً مطلقاً لمخالفتها النظام العام ، بالإضافة إلى عدم مشروعية سببها حيث أن الدافع على الالتزام فيها هو خلق ائتمان وهمي للاحتيال على الغير وإيهامه بصحة الالتزام الوارد في الورقة ، وبما أنه قد اختلفت وجهات النظر الفقهية في فرنسا حول آثار هذا البطلان وما إذا كان يجوز لمنشئ ورقة المجاملة الذي وفى قيمتها للحامل عند حلول ميعاد الاستحقاق ، أن يرجع بهذه القيمة على المستفيد ، فذهب فريق إلى القول بامتناع هذا الرجوع استناداً إلى أن العقد الباطل لا ينشئ حقاً لمن اشترك فيه ، إلا أن الرأي الراجح في الفقه الفرنسي يميل إلى إجازة هذا الرجوع تأسيساً على أنه وأن كان طرفا المجاملة قد اشتركا في العمل الباطل إلا أن من العدل ترجيح كفة من دفع منهما شيئاً على من لم يدفع شيئاً وأثرى على حساب الأخر ، وعلى ذلك يجوز لمنشئ ورقة المجاملة الذي وفى قيمتها للحامل أن يرجع على المستفيد بما وفاه عنه حتى لا يثري على حسابه ، وبهذا الرأي أخذ الفقه العراقي مستنداً في تأييده إلى نص المادة (١٣٨ / ٢) [٢] من القانون المدني التي نصت على أنه " فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ... " ، وعليه يجوز للمتعاقد في العقد الباطل – أياً كان سبب البطلان – استرداد ما سلمه للمتعاقد الأخر وفاء عنه ، وبالتالي يحق لمحرر ورقة المجاملة الرجوع على المستفيد بقيمة الورقة التي أوفى بها للحامل على الرغم من بطلان هذه الورقة [٣] .

ومما تقدم ، فأن القانون العراقي وقانون جنيف الموحد ، لا نجد أدنى أثر لهذا النوع من الحوالات الوهمية ومع ذلك فإنها تعتبر صحيحة في كل من القانون الألماني والانكليزي والايطالي ، أما القضاء والفقه قد أجمعا على بطلان حوالات المجاملة لعدم مشروعية السبب وذلك لان من يوقع على ورقة المجاملة أنما يستهدف تمكين الساحب أو المستفيد من الحصول على ائتمان وهمي زائف وهو أمر مخالف لنظام العام وينافي الائتمان التجاري الذي يجب أن يسود في المعاملات التجارية ، إلا أن نتائج البطلان وأثارها تختلف بالنسبة للأطراف عنها بالنسبة للغير ، فبالنسبة للأطراف ذوي العلاقة ينتج البطلان أثارة في مواجهتهم ، وذلك على اعتبار أن إرادتهم لم تنصرف أصلاً إلى أنشاء أي التزام صرفي لانعدام وجود مقابل الوفاء ، أما بالنسبة للغير فيجب التمييز بين الغير سيء النية الذي لا يستحق أي حماية والغير حسن النية الذي لا يسوغ التمسك في مواجهته في بطلان حوالة المجاملة ، وذلك لكونه اطمئن إلى ظاهر الورقة والتي تحمل كافة البيانات القانونية وموقعاً عليها بالقبول من طرف المسحوب عليه رغم عدم وجود مقابل الوفاء [٤] .

ثالثاً : الوفاء لغير الحامل الشرعي للورقة التجارية

---

[١] د. علي جمال الدين عوض ، الأوراق التجارية – السند الأذني ، الكمبيالة ، الشيك – دراسة للقضاء ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، ١٩٩٥ ، ص ١٤٦ .

[٢] من القوانين المقارنة ، المادة (١٤٣) من القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ ، والمادة (١٤٢) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

[٣] د. علي جمال الدين عوض ، الأوراق التجارية – السند الأذني ، الكمبيالة ، الشيك – دراسة للقضاء ، المرجع السابق ، ص ٤٧ .

[٤] د. عز الدين بستني ، الظاهر في القانون البنكي ، ص ١٣ – بحث منشور في صفحة مجلة قوانين التجارة والأعمال بتاريخ ٨/٢ / سبتمبر ، الساعة ٩:٢٩ م ، منشورة على الموقع : https:||mobile.twitter.com

في الواقع العملي كثير ما يفاجأ المسحوب عليه القابل للحوالة التجارية بوجود واقعة أدت إلى انقضاء الالتزام الصرفي ، ومثالها حالة ما إذا سحبت حوالة حالة فسخ العلاقة الأصلية التي كانت سبباً لإنشاء

الالتزام الصرفي ، كما لو حرر الساحب الورقة التجارية وفاء لثمن بيع ولم يقم المستفيد بتنفيذ ما يفرضه عليه البيع من التزامات فاضطر الساحب إلى طلب الفسخ وقضى به ، فإذا رجع المستفيد بقيمة السند التجاري على الساحب ، كان للساحب التمسك في مواجهته بانقضاء الالتزام الصرفي نظراً لفسخ البيع الذي كان سبب إنشاء الورقة التجارية ، ولكن إذا ظُهرت الورقة التجارية ، فإن التظهير سيطهر الورقة من الدفوع ، وعليه لا يمكن للساحب رفض رجوع الحامل القانوني حسن النية بحجة فسخ البيع المذكور [1] ، فيمتنع على المسحوب عليه التمسك بهذا الدفع في مواجهة الحامل القانوني حسن النية .
وفي التشريع المقارن نجد أن القانون المغربي أوضح بأن المسحوب عليه القابل للورقة التجارية والذي يؤدي مبلغها للساحب غالباً ما يطالب من قبل المظهر إليه بأداء قيمة الورقة التجارية في ميعاد الاستحقاق على اعتبار أنه الحامل الشرعي ، وفي هذه الحالة يكون المسحوب عليه مجبراً على الأداء مرة ثانية للحامل الشرعي للحوالة التجارية وليس باستطاعته أن يتمسك في مواجهته بالدفع بالأداء للساحب .

خاتمة البحث

وبعد أن انتهينا من هذه الدراسة التي وجهنا فيها الضوء على موضوع (تطبيقات الوضع الظاهر في القانون التجاري) ، فقد توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات التي يمكن الانطلاق منها لمعالجة الموضوع ، وهذه النتائج والتوصيات يمكن أجمالها فيما يأتي :-

أولاً :- النتائج

توصلنا من خلال دراستنا للموضوع إلى أهم النتائج الآتية :-

١- أن نظرية الوضع الظاهر هي من النظريات التي تستمد عناصرها من المواجهة بين الواقع الذي يخالف القانون وحكمه والذي لا يمكن إهداره أو تجاهله من جانب ، وبين القانون ونصوصه من جانب أخر ، وهذه المواجهة هي التي جعلت نظرية الوضع الظاهر تعمل على التوفيق بين القانون والواقع .

٢- إن الالتزام لا يزال رابطة قانونية بين شخصين ولا تزال الإرادة الحرة تحدث من الآثار القانونية ما تتجه إلى أحداثه ، ولا يزال الالتزام الإرادي يقوم على الإرادة المشتركة للدائن والمدين، إلا أن القضاء استثنى تلك القواعد لصالح الغير حسن النية والتي مؤداها إعمال أثر الوضع الظاهر الذي يختلف عما هو عليه في الحقيقة القانونية بشرط أن يكون الغير غير عالماً بالحقيقة ، وكانت لديه أسباب قوية تدعوه إلى الاعتقاد بصحة الوضع الظاهر، فشكل ذلك وسيلة ملائمة لحل الصراع بين الحق والعدالة ، ولهذا تعتبر العدالة ومصلحة المجتمع وسلامة المعاملات وحماية الغير حسن النية من أهم مبررات قيام نظرية الوضع الظاهر .

٣- أن الوضع الظاهر نظرية عامة مستقلة ومتكاملة القواعد تحدد مفهومها وعناصرها القانونية ، والشروط التي يخضع لها كل تطبيق من تطبيقاتها ضمن ضوابط وقيود توفر حلولاً نهائية مستقرة لحالات الوضع الظاهر التي تستند إلى الحياة التجارية وتجاربها ، فأصبح الوضع الظاهر مصدراً

---

[1] ويطبق ذات الحكم في حالة قيام المسحوب عليه أو أحد الملتزمين بموجب الورقة التجارية بوفاء قيمتها مكتفياً بمخالفة عادية دون استرداد السند التجاري في حين انتقل هذا السند بالرغم من الوفاء إلى شخص أخر توفرت فيه شروط الحامل الشرعي حسن النية ، ينظر تمييز ١٥٠٥ / ص / ١٩٥١ في ٢٥ / ٧ / ١٩٥١ ، أشار إليه المحامي، عبد الرزاق القيسي ، الصيغ القانونية لرفع الدعاوى التجارية ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع ، ص ٢٠٧ .

للحق بالنسبة للغير حسن النية ، ولهذا تقدم الحقوق التي يقررها الوضع الظاهر على الحقوق التي يقررها القانون .

٤- إن نظرية الوضع الظاهر عندما نعتمد عليها لحماية الغير نكون قد اعتبرناها واقعة قانونية تتشابه مع واقعة الحق فهي لا تقوم من فراغ ، وقد اتفق الفقهاء على أن هنالك عنصرين يجب أن يتوافرا من أجل أن تترتب على نظرية الوضع الظاهر أثارها وهما ، عنصر مادي يتمثل بالمظاهر المادية الخارجية التي تلفت إلى وجود الحق وتدل عليه وتولد اعتقاداً مشروعاً بأن الوضع الظاهر هو الحقيقة ، والعنصر المعنوي وهو حسن النية الذي يتصل بالغير ليحدد الآثار القانونية التي تترتب على وجود الوضع الظاهر ، فتشكل بذلك المبرر الأدبي الذي يجعل الغير يتمتع بالحماية القانونية من جانب ، كما تعتبر السبب الجوهري لتغليب مصلحة الغير على مصلحة صاحب الحق ، لأن هذه النظرية وجدت لحماية الغير حسن النية الذي أطمئن للوضع الظاهر المستقر .

٥- إن التطبيقات العملية المختلفة لنظرية الوضع الظاهر الذي يمثل الواقع الذي يفرض نفسه على أنه الحقيقة وتكون نتيجته نقضاً لوضع قانوني قائم خفي لم يستطع الغير اكتشافه لعذر منعه من تبين الحقيقة ، فقد يكون منشأ الوضع الظاهر البيانات التي فرضها القانون في السندات التجارية ، حيث بدأ التطبيق الأصيل لنظرية الوضع الظاهر في قاعدة التطهير من الدفوع ، لأن تشجيع تداول الأوراق التجارية باعتبارها سندات ائتمان أضفت على الوضع الظاهر دوراً جديداً وهو إنشاء حق مستقل معزول تماماً عن أي حقيقة أخرى سواء أكان هذا الوضع الظاهر مطابقاً للحقيقة التي كانت سبباً في إنشاء الورقة أو في تظهيرها أم مخالفاً لها .

٦- ونظرية الوضع الظاهر قد بينت بشكل أجمالي وحدة هذه النظرية في مختلف تطبيقاتها ، وذلك عن طريق تدخل المشرع بسلطته اللازمة في تطوير المجتمع وازدهاره إلى أن يعتبر تلك الأوضاع التي يقوم عليها مظهر الحق لا مجرد أن ينتفع الغير حسن النية بآثارها فقط ، وهذا ما حققته نصوص القانون التجاري التي كشفت عن وجود تطبيقات كثيرة لنظرية الوضع الظاهر في إطار هذا الفرع من فروع القانون ، فقد اعتبرت من يمارس التجارة وهو ممنوع من ذلك تاجراً بكل ما تحمله هذه الصفة من صلاحيات وامتيازات دون أن تلزمه ببعض الالتزامات والقيود كخضوعه لنظام الإفلاس .

ثانياً :- المقترحات

من خلال بحثنا نوصي بالأتي :-

١- ندعو المشرع العراقي إلى النص صراحة على نظرية الوضع الظاهر متى ما ورد تطبيق لها في أي فرع من فروع القانون ، وأن يضع لها الأسس والعناصر والشروط التي تؤدي إلى قيامها وتنظيم أحكامها في الباب الأول من القانون التجاري النافذ (أسس القانون ونطاق سريانه) ، فيضاف إلى نص المادة (الرابعة) منه الفقرة (ثالثاً) ويكون نصها كالأتي (تسري أحكام الوضع الظاهر المتولدة عن الغلط الشائع الذي اعتقده الغير حسن النية في أثناء تعامله بقصد الربح مع أصحاب الوضع الظاهر من التجار أو غيرهم ممن يمارسون الأعمال التجارية إذا تحققت العناصر والشروط الدالة على قانونية مركز صاحب الوضع الظاهر) .

٢- ندعو المشرع العراقي إلى إعادة العمل بنص المادة (١٨) من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ من خلال تعديل قانون التجارة الحالي لتكون بالشكل الأتي " إذا زاول التجارة أحد الأشخاص الذين حظر عليهم الاتجار بمقتضى قوانين أو أنظمة خاصة ، اعتبر تاجراً وسرت عليه أحكام هذا القانون " ، وذلك القانون الملغي ذهب إلى اعتبار الممنوعين من ممارسة التجارة إذا ما خالفوا المنع تجاراً .

٣- ندعو المشرع العراقي أيضاً إلى تفعيل نص المادة (١٩) من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ والتي تنص على أنه " تثبت صفة التاجر لكل من احترف التجارة باسم مستعار أو كان مستتراً وراء شخص آخر فضلاً عن ثبوتها للشخص الظاهر " .

ففي النصين المتقدمين قد لجأ إلى إدخال هؤلاء الأشخاص إلى طائفة التجار مع أنهم لم تتوفر فيهم الشروط التي تطلبها القانون لاكتساب الصفة التجارية ، وبذلك يكون القانون العراقي في هذا النص قد

وفر حماية مطلقة للغير في مواجهة صاحب الوضع الظاهر ، وبالنص عليهما مجدداً يكون قد عوض الصمت في نصوص قانون التجارة العراقي النافذ .

٤- وأخيرا ندعو المشرع العراقي أن يأخذ بعين الاعتبار تلك المقترحات التي إذا نفذت في وقتها تغيرت أحوال كثيرة ، وبالتالي تساعد المشرع في الاستفادة من هذه التوصيات حيث نقترح على وزارة التعليم العالي والبحث العلمي أن تشكل لجنة علمية للنظر في توصيات الباحثين القانونيين ووضعها في مشاريع القوانين من أجل مناقشتها والأخذ بها .

هذا ومن الله التوفيق .

الباحثة

المراجـــع

أولاً : القرآن الكريم

ثانياً : المعاجم والقواميس

١. إبراهيم مصطفى وآخرون ، المعجم الوسيط ، المكتبة الإسلامية ، استانبول – تركيا ، مادة وضع .
٢. الإمام العلامة ، أبن منظور ، لسان العرب ، طبعة مصححة ، ج ٦ ، دار الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .
٣. الإمام العلامة ، أبن منظور ، لسان العرب ، طبعة مصححة ، ج ٩ ، دار الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .
٤. الإمام ، إسماعيل بن حماد الجوهري ، معجم الصحاح قاموس عربي – عربي ، اعتنى به ، خليل مأمون شيحا ، دار المعرفة ، بيروت – لبنان .
٥. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، ج٢ ، باب الراء ، فصل الظاء ، دار الفكر ، بيروت .
٦. مجمع اللغة العربية ، المعجم الوجيز ، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ، القاهرة ، ١٩٩٨ - ١٩٩٩ .

ثالثاً : الكتب الفقهية

١. أبو البركات عبد الله أبن أحمد ، كشف الأسرار شرح المتن على المنار ، ج ١ ، دار الكتب العلمية ، بلا سنة طبع .
٢. الطبري ، جامع البيان ، ج ١٢ ، دار الفكر ، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م .
٣. د. عبد الأمير كاظم زاهد ، دراسة في الفقه الإسلامي المقارن ، ط ١ ، العارف للمطبوعات ، بيروت - لبنان ، ٢٠١٢ .
٤. عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري ، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي) ، ج ٥ ، دار القلم للتراث ، بلا سنة طبع .

رابعاً : الكتب القانونية

١. د.أبو زيد رضوان ، شركات المساهمة (وفقاً لقانون لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١) والقطاع العام ، دار الفكر العربي ، مصر ، ١٩٨٣ .
٢. د. أحمد إبراهيم البسام ، القانون التجاري ، ج١ ، بغداد ، ١٩٦١ .
٣. د. أحمد إبراهيم البسام ، قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الأوراق التجارية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٦٩ .
٤. د. أكثم أمين الخولي ، قانون التجارة المقارن – مقدمة عامة – الأعمال التجارية – والتجار – حقوق الملكية الصناعية – المتجر والعقود الواردة عليه ، ج ١ ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت – لبنان ، ١٩٦٧ .
٥. د. أكرم يا ملكي ، القانون التجاري – الأوراق التجارية – دراسة مقارنة – (للسفتجة وللكمبيالة والشيك) ، ط ٢ ، بغداد ، ١٩٧٨ .
٦. د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري – القسم الأول ، الناشر ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، توزيع ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة طبع .
٧. حسين عواد ، القانون التجاري المقارن – دراسة مقارنة ، محاضرات لطلاب السنة الثالثة حقوق ، الجامعة اللبنانية – كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية ، الفرع الأول ، مجلس فرع الطلاب ، دائرة شؤون المطبوعات ، ١٩٩٤ .
٨. سركوت إسماعيل حسين ، الظاهر ودوره في الإثبات – دراسة مقارنة ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٩ .

٩. د. سعدون حسن سرحان ، نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية - دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع .
١٠. د. سلامة عبد الفتاح حليبة ، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – في الفقه المقارن ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠٥ .
١١. د. سميحة القليوبي ، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري ، ج١ ، ط ٧ ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٥ .
١٢. د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية – مصر ، ١٩٨٤ .
١٣. د. عبد الباسط محمد جميعي ، نظرية الأوضاع الظاهرة – المظهر المخالف للحقيقة وما يترتب عليه من أثار ، القاهرة ، ١٩٥٥ .
١٤. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام – الإثبات – أثار الالتزام ، ج ٢ ، دار أحياء التراث العربي ، القاهرة ، ١٩٥٦ .
١٥. د. علي جمال الدين عوض ، الأوراق التجارية – السند ألأذني ، الكمبيالة ، الشيك – دراسة للقضاء ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، ١٩٩٥ .
١٦. د. علي فوزي الموسوي ، الوجيز في الأوراق التجارية ، التجارية – دراسة في قانون التجارة العراقي النافذ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ١٠١٤ .
١٧. المستشار ، فتيحة قرة ، أحكام الوضع الظاهر ، الناشر ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، بلا سنة طبع .
١٨. د. فوزي محمد سامي ، د. فائق محمود الشماع ، القانون التجاري – الأوراق التجارية ، الناشر ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، توزيع ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١١ .
١٩. لوزان أمين الحاج سليمان ، الوكالة الظاهرة بين الواقع والقانون ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٧ .
٢٠. د. مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، ج ١ ، مطبعة الجامعة المستنصرية ، بغداد – العراق ، ١٩٧٢ .
٢١. د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ، نظرية الوارث الظاهر ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ١٩٩٣ .
٢٢. د. مصطفى كمال طه ، أ. وائل أنور بندق ، أصول القانون التجاري ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠١٣ .
٢٣. د. مصطفى كمال طه ، الأوراق التجارية والإفلاس ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ١٩٨٢ .
٢٤. د. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الأردن ، ١٩٩٩ ، ص ٢٢٣ .
٢٥. د. نجوان عبد الستار علي مبارك ، الوضع الظاهر في القانون المدني ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٥ .
٢٦. د. نعمان محمد خليل جمعة ، أركان الظاهر كمصدر للحق – التنازع بين القانون والواقع المستقر ، معهد البحوث والدراسات العربية بجامعة الدول العربية ، ١٩٧٧ .
٢٧. د. ياسين محمد الطباخ ، الاستقرار كغاية من غايات القانون – دراسة مقارنة ، ط ١ ، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠١٢ .

خامساً : الرسائل والأطاريح

١. خديجة شريف ، نظرية الظاهر في القانون المدني والتجاري – دراسة مقارنة بين القانونين اللبناني والفرنسي ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية – الفرع الأول – الجامعة اللبنانية ، ١٩٩٩ .

٢. رشيد مجيد محمد الربيعي ، مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية ، رسالة مقدمة إلى كلية القانون والسياسة – جامعة بغداد ، ١٩٨٣ .
٣. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون – جامعة بغداد ، ١٩٩٢ .
٤. عارف صالح مخلف ، نظرية الظاهر في القانون الإداري – دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية صدام للحقوق " سابقاً " ، ١٩٩٨ .
٥. علاء حسين علي الجوعاني ، مبدأ حسن النية في تكوين العقود – دراسة قانونية مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة صدام " سابقاً " ، ٢٠٠٢ .
٦. علي حميد كاظم الشكري ، استقرار المعاملات المالية ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون – جامعة كربلاء ، ٢٠١٤ .

سادساً : المقالات والبحوث

١. د. سليمان مرقص ، قوة المحررات العرفية في الإثبات ، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، العدد ٧٤ ، السنة الرابعة عشر ، مارس – ابريل – مايو / ١٩٤٤ .
٢. د. ماجد راغب الحلو ، نظرية الظاهر في القانون الإداري ، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة ، السنة الرابعة ، العدد الأول ، ١٤٠٠ هـ ، ١٩٨٠ م .
٣. د. محمد عيد غريب ، الثقة العامة ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات ، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة الثانية والعشرون ، العدد الثاني ، ١٩٨٤ .

سابعاً : القوانين والأنظمة والتعليمات

١. قانون جنيف الموحد الخاص بالحوالة التجارية والسند لأمر لعام ١٩٣٠ .
٢. قانون جنيف الموحد الخاص بالشيك بتاريخ ١٩ / مارس / ١٩٣١ .
٣. قانون التجارة العراقي الملغي رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ .
٤. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
٥. القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ .
٦. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٧. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .
٨. قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل .
٩. قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

ثامناً : مواقع الشبكة الدولية للمعلومات (الانترنت)

١. د. عز الدين بستني ، نظرية الظاهر في القانون البنكي – بحث منشور في صفحة مجلة قوانين التجارة والأعمال بتاريخ ٨/٢ / سبتمبر ، الساعة ٩:٢٩ م ، منشورة على الموقع :
https:||mobile.twitter.com

تاسعاً : المراجع الأجنبية

1- Jobard-Bachellier (M.N), L'apparence en droit international privé, th.-paris - L.G.D.J 1984 .
2- L.Aymes, phillip M alaurie - Cours de droit civil, éd. Cayes. 1991 .
3- Raad Hashim Ameen Al-Temimi , Companies Directors in Iraq Law and their Divided Loyalty; Lessons Drawn from English Law , A Thesis Submitted to Bangor University , 23 June 2015 .
4- Ripert, G., . par Roblot, R., traité élémentaire de droit commercial, tome 1, 1968 .
5- Tomes.R.S, conkling.E.C.and Greats the Geography of Economic Activity, New York, 1968 .