

-:

تجريد الالتزام من الدفع
دراسة قانونية مقارنة في وسائل حماية الدائنين في العلاقات العقدية

:

أ م د. أسعد عبید عزیز الجمیلی

. صدام فیصل کوکز المحمدي

— / كلية القانون

— / كلية القانون

Research entitled:

Stripping the obligation of the defenses
Comparative legal study on ways to protect creditors in contractual
relations

Submitted by:

Saddam F. K. al-Mohammadi

Asaad O. A. al-Jumaili

Assistant professor of civil law

assistant professor of civil law

Faculty of Law / Fallujah - Anbar University

2013

موضوع تجريد الالتزام من الدفوع ، كدراسة قانونية مقارنة في وسائل حماية الدائنين في العلاقات العقدية ، يبين لنا اهمية هذا الموضوع و حيويته ، ليس في المرتع الخصب له ، المتمثل بميدان التعامل التجاري في كثير من صورته و تطبيقاته ، و انما في اطار ايضا ، حيث تبني المشرع المدني في الدول المقارنة احكاما تقضي بتجريد بعض انواع الالتزامات في اطار العلاقات القانونية المدنية ، سواء كانت هذه العلاقات عقدية ثنائية الاطراف متعددة الاطراف ، و سواء كان الدائن المستفيد من التجريد طرفا قانونية اجنبيا عنها ، و الحكمة التي تقف وراء التجريد متعددة و متنوعة بحسب النظام القانوني المقرر فيه ، فالتجريد في الانابة في الوفاء يختلف عن التجريد في حوالة الدين ، و الحكمة في كليهما تختلف عن حكمة التجريد في الميدان التجاري ، الذي تبرز فيه الحاجة الى مثل هذا الاصل على نحو واضح و جلي ، و السبب هو مقتضيات التعامل التجاري و اعتبارات السرعة و الائتمان التي تلازمه ، لذلك حجب المشرع بنص صريح قدرة المدين على التمسك بدفع لم يكن يعلم الدائن به و لم يكن له دور في نشوئه ، ما دام ان هذا الدائن حسن النية ، وذلك مراعاة لمقتضيات العدالة و هو ما أقرّ لي سبيل الاستثناء من القاعدة العامة المقررة في القوانين المدنية المنضوية في ظل الشريعة اللاتينية ، و التي تقضي بجواز احتجاج المدين بكافة الدفوع التي من شأنها ان تعطل قدرة الدائن في المطالبة بتنفيذ الالتزام ، لذلك لا يكون التجريد صحيحا ، إلا في احوال استثنائية يفترضها استقرار التعامل ، ينص عليها القانون صراحة .

Abstract

To study the issue of stripping the commitment of the defenses, as a study comparative legal in ways to protect creditors in relations Streptococcus, show us the importance of this topic and vitality, not in the park fertile him, represented the field of doing business with most forms and its applications, but in the framework of civil law as well, where adopted legislator civil states comparison provisions for stripping some of the kinds of commitments within the framework of legal relationships, whether these relationships nodal or multilateral, and whether the creditor beneficiary of abstraction directly involved in the relationship Streptococcus or foreigners about, and the wisdom behind the abstraction multiple and varied according to the legal system to be in it, because the abstraction in the letter rogatory to fulfill different from abstraction in bank debt, and the wisdom of both differ from the wisdom of abstraction in the commercial field, which highlights the need for such an origin in a manner clear and obvious, and the reason is the requirements of doing business and considerations of speed and credit that accompanies it, so blocking the legislator explicit provision debtor's ability to adhere to the payment did not know creditor him and had no role in its inception, as long as this creditor good faith, taking into account the requirements of justice and the stability of the deal.

ليس مستغربا في اطار الموازنة بين حقيقة التصرفات القانونية و متطلبات استقرار النظام القانوني ان يلجأ المشرع القانوني الى تبني احكام و نظم تشريعية يخرج في بعض جوانبها عن مسلمات النظرية العامة في الالتزام ، و ما تجرید به هذه الحالات التي خرج بها المشرع عن قيود و اسوار هذه القواعد التقليدية .

اذ يصرح في ذهن المشرع المدني منذ عصور القانون الروماني على وجه الخصوص حديثا في وقتنا الحاضر ، عاملان مهمان يصعب تغليب احدهما على الاخر ، ألا وهما عاملا

حيث ارتبط
الثاني بمتطلبات عدالة الاحكام القانونية المنظمة لتلك العلاقات .
و لكن تذبذب الالتزام بين هاتين الناحيتين ليس على وتيرة واحدة في الرضائية يُ
ا و لا مبدأ اعلان الارادة يغفل حقيقتها كل الاغفال و يجرد منها .
على الرغم من الاهمية العلمية و العملية لموضوع تجريد الالتزام من الدفع ، و المتمثلة في التبري التشريعي له
اطار القانون التجاري ، و ما اثبتته استقرار العديد من الاوضاع القانونية ، و تحقيق وجود النظام القانوني الفعال و المستمر في العلاقات القانونية ، وبالرغم من ان تجريد الالتزام الدفع يبدو –
للوهلة الاولى – بديهيات انه لم يحض بالاهتمام الفقهي الذي يستحق لدى الفقه ، خصوصا بالشق الذي تبناه المشرع المدني ، حيث نال هذا المبدأ في اطار القانون التجاري نصيبا وافرا من البحث و الدراسة و التحليل و التطبيق ، و هو ما لا نجده في اطار البحث و التحليل و الدراسة في اطار

يح ان التبرع المدني و الفقه في المانيا لها اقصب السبق في اقرار فكرة التجريد ، و كانا الرائدین في الاخذ بها و تبنيها و الدفاع عنها ، ان هذه الفكرة لم تبق حبيسة هذا القانون و اسيرة الفقه ، فقد نفذت هذه الفكرة الى القوانين التجارية نفاذا واسعا و لقت لها تأييدا و رواجا كبيرا ، بحيث اصبحت مبدأ عاما يسيطر على احكام هذا القانون ، بينما القوانين المدنية ، لاعتبارات عدة ، و لكن بصيغة استثناء على الاصل العام في عدم تجريد الالتزام من دفعه ، و لكن هذا النفاذ لم يتخذ سياقاً موحداً و صيغة ثابتة فيما تبناه المشرع المدني من تطبيقات ، سواء في الانابة في الوفاء او في حوالة الدين ، و السبب الذي دعى المشرع الى تبني التجريد هنا هو ان تجريد الالتزام اضحى نظاما يكفل حماية الغريم الذي بطل عليه العقد بسبب عيب في ارادة غريمه ، حماية تقوم على اساس من الانصاف و رعاية مصالح المجتمع و استقرار فيه .

و الدراسة اذ تتبنى موضوع تجريد الالتزام ، فإنها تحطيم مبدأ الرضائية او التقليل من اهميته ، فما اسفر عنه تطبيق مبدأ الرضائية بصفة مطلقة من فجوات في الواقع ال
افلاسه و الدعوة الى هجره و اللهفة الى غيره ، بل هو نوع الى سد هذه الفجوات القواعد العامة تارة و الخروج عنها اذا تطلب الامر ذلك تارة اخرى ، بحيث تتساند الاحكام القانونية المقررة ضمن النظام القانوني لإشباع الحاجات العملية في المجتمع .

و هنا يتوجب القانونية ، بالاعتماد على طبيعة الاشياء
وواقع التعامل مرة و تحكم الشارع و رؤيته مرة اخرى ، فيدلي الفقه يخفف
العملية و يخرج بحلول متئدة و مدر توائم بين الحقيقة الواقعية و النظام

ثم يأتي دور القاضي في احكام صنعة القرارات و الاحكام القضائية ، فالقاضي بحكم قربه من
الحياة العملية و كثرة اختلاطه بها ، سيكون اكثر ادراكا لمقتضياتها ، لذا فهو
طروحات او مناقشات فقهية يمكن ان تضعه في متاهات و مباحكات فكرية لا يخرج منها بحلول ،
لذلك يكون عليه تلمس الحل الحكيم و التنقيب عنه و هو بصدد حل منازعة بعينها محددة بذاتها و
مجسمة بوقائعها ، و ان كان في ذلك خروج عن احكام القواعد العامة في عدم التجريد .
و هنا لا بد من الاشارة الى ان التجريد في الالتزامات لو انقلب وضعا عاما يُسند الى جميع
المدنية ، لأطاح بمبدأ الرضائية في تكوين العقود ، لهذا فهو لا بد من ان ينحصر في
نطاق ضيق في ميدان التعامل المدني ، حيث يكاد تطبيقه قانونا يقتصر على
الالتزامات المدنية ، اما في نطاق قانون الصرف و الاوراق التجارية و بعض الالتزامات التجارية
بالعمليات المصرفية ، حيث تتجرد الالتزامات من اشخاصها كقاعدة عامة في التعامل
التجاري ، لأن القول بخلاف ذلك سيترتب عليه نتائج وخيمة على هذا النوع من الالتزامات
التجارية ، و لكننا الفينا المشرع و القاضي – وهما حارسا النظام القانوني و راعيا العدالة –
حول لهما و لا طول في مواجهة المشاكل و التعقيدات التي يمكن ان تنشأ بين المتعاملين في
المجتمع ، لما سيسببه السماح للمشاعر و النوايا و الاختلاجات النفسية – و كثيرة شعابها –
فات و الالتزامات القانونية .

لذلك يجب ان يسوى الامر ابتداءً في هذا المقام بالقول ، بأن تجريد الالتزام لا ينال من مبدأ
نية في صميمه بوصفه اصلا مهما
المدنية لكن هذه الحقيقة لا تنفي امكانية الخروج عنه احيانا خروجا مطلقا كان او نسبيا ، و ذلك
بحسب ما يطلقه المشرع له من عنان لأن التحكم فيه هو بيد المشرع ، و هذا القول مرتبط بفكرة
اساسية مضمونها ، انه مادام المشرع هو الذي حدد الاثار التي تترتب على التصرفات القانونية
مطلقا ، لما له من طاقة الحد من سلطة الارادة بتفعيل اثارها كلها او بعضها ، فانه
يكون من طاقته ايضا من باب اولى ان ينسب اليها اثارا هي في الحقيقة تنكرها ، و الاداة التي
يستعين المشرع بها لتحقيق هذه الغاية هي القرائن القانونية حيث يجيز نقضها حيناً و يحظره حيناً
لا مندوحة عليه في ذ غايته في هذا الموقف هي حماية الصالح العام و ضمان

تهجت الدراسة نهجا علميا تحليليا اعتمد على استعراض النظريات و الاراء الفقهية
ما فيها من مزايا و بيان ما شابها من غموض او ما

اصابها من خل
هذه المواقف بالأخذ بنظر الاعتبار واقع تلك النصوص و مقاربتها من بعضها البعض ، و تقصي
الغاية و الحكمة من هذه الاحكام ، للتوصل الى الرأي الصحيح و السليم ليتم تبنيه و الاخذ به
نه في تعزيز توجهات هذه الدراسة .

و من هذا المنطلق جاءت هذه الدراسة تحت عنوان تجريد الالتزام من الدفوع ، و ذلك حتى لا تنصرف الاذهان الى التصرف المجرد أو الالتزام المجرد الذي ينشأ عنه ، وذلك لأن التصرف المجرد يمثل نوعا متميزا التصرفات القانونية ، اقره المشرع المدني الالمانى و اجتهد الفقه الالمانى في تبنيه و الدفاع عنه ، و فيه ينشأ التصرف القانونى مجردا عن شخصية من انشأه ، حيث ينفصل هذا التصرف - نشوئه - عن ارادة صاحبه و يكون مستقلا عنها ، و بالتالى لا يكون للملتزم ان يدفع التزامه في مواجهة الدائن بأية دفوع يمكن ان تنشأ بسبب يتعلق بشخص الملتزم نفسه اثناء تكوّن التصرف القانونى المجرد.

كما ان لفظة الالتزام المجرد يمكن ان توحى بأن هذا الالتزام هو نوع اخر من انواع الالتزامات القانونية ، التي يمكن ان تنشأ في ظل احكام القوانين المدنية ، بينما هو في الحقيقتى التزام قانونى غير مجرد ، و لكن قام المشرع - لاعتبارات رآها جديرة بالاهتمام تتعلق باستقرار تقتضيها العدالة في انواع محددة من الالتزامات - بحجب قدرة المدين فيها على التمسك بكل الدفوع او بقسم منها في مواجهة الدائن ، هذا الدائن الذي يمكن ان يكون ط علاقة قانونية او اجنبيا عنها ، لذلك فان العملية تبدو بمظهر ان المشرع قام بتعطيل اثر الدفوع و منع الملتزم من التمسك بها مع بقاء الالتزام صحيحا و قائما بالرغم من وجود هذه الدفوع ، و على ذلك تكون العملية عبارة عن تجريد الالتزام من الدفوع و ليس ا

الاساس ، و لكن لما كان شائعا بين اوساط فقه القانون المدني العربى ان هذا الالتزام هو التزام مجرد ، فانه من الضرورى التنبيه الى اننا في نا هذا لحين للدلالة على نفس المفهوم ، و ان كنا نميل الى استخدام مصطلح تجريد المجرد ، فالأمر فيهما سياتى من حيث المعنى المقصود في واقع الكتابات الفقهية المعاصرة ، حيث لا يخفى ما لموقف القانون المدني الالمانى و الفقه القانونى في المانيا من تأثير في كتابات الفقهاء العرب ، لاسيما و انهم دعاة و روا

من تأثر بهذا الفقه بكل جهده الى التقريب بين هذه النظرية و القوانين المدنية العربية بالقول المشرع المدني لالتزامات مجردة ، بينما الحال في حقيقته خلاف ذلك تماما ، لأن تبني المشرع المدني افكارا يمكن ان تتوازى مع فكرة التصرف المجرد ليس معناه انه اخذ بهذه الفكرة او تأثر بها ، لأن ما دفع المشرع الى استحداث احكام يمكن ان تبدو ظاهريا قريبة من نظرية التصرف المجرد تختلف تماما عن الدوافع و الغايات التي جعلت المشرع المدني الالمانى يتبنى فكرة ي المجرد ، و هي تتعلق بأسس و مفاهيم هذا القانون اصلا ، و هي تختلف تماما عن الاسس و المفاهيم التي تقف وراء تبني المشرع المدني لأحكام قانونية استثنائية تؤدي الى تجريد التزام المدين في بعض الانظمة القانونية .

لذلك فان ه تتعلق بتجريد الالتزام من الدفوع في غاية الاهمية ، و منها ما هو تجريد الالتزام ، و ما هي الحكمة منه ؟ و كيف يتميز عن التصرف القانونى المجرد ؟ و هل وقف الفقه القانونى المقارن موقفا موحدا في الاعتراف بتجريد الالت هل جميع الالتزامات المدنية يمكن ان تخضع للتجريد او لا ؟ و هل يشترط في الالتزام شروطا معينة لكي يصح تجريده من الدفوع الملحقه به ؟ وكيف يمكن تحديد انواع هذه الدفوع ، و هل يخضع هذا التحديد الى اطار واضح ؟ و هل نجحت محاولات الفقه في وضع هذه الدفوع في بوتقة نظرية واحدة ، و ما هو موقف المشرع المدني من هذه النظريات ، كيف السبيل الى

التعرف على هذه الدفوع التي يرى المشرع تجريد بعض الالتزامات منها ، و ما هو الرأي الذي نتبناه في هذا الصدد ؟ لنصل في نهاية الامر الى الاجابة عن التساؤل حول مدى امكانية افتراض التجريد في الالتزام ؟ و هل يشترط ان يتم النص عليه صراحة
كل هذه الاسئلة وغيرها اضطلعت هذه الدراسة للإجابة عليها في اطار خطة علمية انقسمت الى اربعة مباحث تناول اولها مفهوم تجريد الالتزام من الدفوع ،
افرزناه لبيان موقف الفقه القانوني من تجريد الالتزام من الدفوع ، ا
النظريات المطروحة في تحديد نطاق تجريد الالتزام من الدفوع
قف التشريعي من تجريد الالتزام .
و قد اختتمنا بحثنا بخاتمة تضمنت ابرز ما توصلنا اليه من نتائج و بعض المقترحات التي نرى في الاخذ بها فائدة عملية .

و الله ولي التوفيق ...

مفهوم تجريد الالتزام من الدفوع

ان الوقوف على مفهوم تجريد الالتزام على نحو واضح ، يقتضي منا ابتداءً تعريفه واضح و محدد ، ليتسنى لنا بعد ذلك بيان الخصائص المميزة له ، و التي تميزه عن الاوضاع القانونية القريبة منه ، و ذلك في مطالب ثلاثة كما يآ :

تعريف تجريد الالتزام من الدفوع

يعرف الالتزام بشكل عام بأنه " رابطة قانونية ما بين شخصين ، دائن و مدين ، يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل او ان يمتنع عن عمل " الالتزام هو حق شخصي يمكن ان ينشأ عن عقد ، فهو في الاصل حق ارادي في اغلب صوره ، لأن الملتزم عندما يعبر عن ارادته عند تكوين العقد بإحدى وسائل التعبير عن الارادة ، فانه يكون بتنفيذ ما ارتبط به اراديا ، فضلا عن ان هذا العقد لكي يكون صحيحا لا بد ان يكون له سبب و يفترض المشرع ان لكل التزام سبب و ان هذا السبب موجود و مشروع غير مخالف للنظام ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك .

و كذلك فان التعبير عن الارادة لا يكون صحيحا ما لم يصدر من شخص ذي اهلية ، لم تشب ارادته اي عيب من عيوب الارادة ، لأن ذلك من شأنه ان يعيب الارادة بخلل يمكن ان يتمسك به صاحبه في مواجهة العاقد الاخر او الغير () في العلاقات القانونية الـ يمكن ان يتحلل من العلاقة العقدية ، دون ان يكون ذلك مدعاة لنشوء مسؤوليته العقدية .
هو لا يمكن ان يجرد من

الدفوع التي ترافقه و بالتالي يمكن ان نتصور الامر طبقا لما يآ :
الالتزام هو الحالة الايجابية التي يمكن ان نتصورها من نشوء العلاقة العقدية.
الدفوع هي الحالة السلبية التي يمكن ان تقابل هذا الالتزام .
و بالتالي فان القاعدة العامة في النظرية العامة للالتزام ، هي عدم تجريد الالتزام من الدفوع التي تلحق به ، فإذا ما التزم متعاقد في عقد معين و كانت ارادته معيبة و انه التزم دون سبب ، فان هذا يعني ان هذا الالتزام الذي نشأ عن الرابطة العقدية يمكن ان يهدر بمجرد ان يتمسك المتعاقد الذي شاب ارادته عيب من العيوب التي تشوب الارادة او كان ملتزما دون سبب ، بدفع من هذه الدفوع .

و عكس ذلك يمكن ان نتصوره بالنسبة لحالة تجريد الالتزام من الدفوع ، و الـ لم يتطرق الفقه الى تعريفه و انطلاقا من فكرة مفادها أن تجريد يمكن تعريفه تعريفا جامعا مانعا ما لم تؤخذ بعين الاعتبار حقيقة أن تجريد يقرر ما لم ينص عليه جواز الاحتجاج بالدفوع الناشئة عن علاقة عقدية ،
ثنائي بنوع معين من هذه الدفوع ، لأسباب يراها المشرع ، لذلك نعرف تجريد الالتزام بأنه " تعطيل اثر الدفوع الملحقة بالالتزام العقدي و حجب التمسك بها في مواجهة الدائن الذي يتلقى بطريق قانوني حقا من احد اطراف العلاقة القانونية ، سواء اكان طرفا فيها او اجنبيا عنها ، و ذلك في حالات استثنائية يقتضيها استقرار

التعامل و ينص عليها القانون بذواتها ، ما لم يكن قد علم بتلك الدفوع او توفرت له سبل العلم بها ، و ذلك حفاظا على استقرار التعامل و تسهيل تداول الحقوق و تيسر انتقالها من .
و واضح من هذا التعريف ان التركيز فيه يتحدد بنقطتين مهمتين :
اولاهما تتعلق باعتبارات العدالة في التصرفات القانونية .

ثانيهما

و مبنى هذا التركيز يقوم على اعتبار ان فكرة العدالة التي ورثتها التشريعا المنهجين الروماني – الجرمانى في القانون تأبى ان يلتزم الانسان بالتزام ارادى ، الا اذا اتجهت ارادته الى ذلك اتجاها صحيحا ، فإذا ما لحقها عيب بان انحرفت او اريد لها ان تنحرف عن طريق المشروعية او تحقيق ما ينشده الملتمزم ، فانه لا يكون من العدالة في شيء ان يبقى الشخص ملتزما بهذا الالتزام غير المشروع ، او الذي لم يكن ليرتضيه لو ان ارادته اتجهت الى غايتها اتجاها سليما ، و أكبر انتصار في مجال نظرية العقد لفكرة العدالة هو تبني نظرية السبب و عيوب الارادة ، باعتبار ان كليهما يمكن ان يؤديا الى ابطال العقد او على الاقل جعله موقوفا .
لذلك يكون مستساغا من قبل اطراف العقد او العلاقة القانونية ، قبول القول بتجريد الالتزام ، لأنهم سيكونون في عقدهم عرضة للمغانم و المغارم سواء من الناحية القانونية او من الناحية الاقتصادية ، و لكن عندما يتعلق الامر بغير طرفي العقد ، اي بشخص اجنبي عنه ، لم يشارك في ابرام العقد و انما تلقى الحق بطريق قانوني من احد اطرافه ، و بالتالي فان مباغته هذا الشخص بدفوع لم يكن سببا فيها و لا علم له بها ، و لا سبيل الى ان يعلم بها ، امر يزعزع التعامل و يؤثر في تداول الحقوق و انتقالها ، لذلك يكون مستساغا تعطيل اثر هذه الدفوع ، بقصد المحافظة على استقرار التعامل و الحفاظ على كيان الانظمة القانونية و خصائصها المستقرة في التعامل .
لذلك فانه كلما كانت الموازنة بين كفة العدالة و كفة استقرار التعامل مثالية ، كان التنظيم التشريعي مثاليا ، و هو امر لا شك فيه ، متى ما استطاع المشرع ان يحقق اكبر قدر من الاستواء و التوازن بين هاتين الكفتين .

الخصائص المميزة لتجريد الالتزام من الدفوع

و يتضح من هذا التعريف ان تجريد الالتزام من الدفوع له خصائص محددة يمكن ان نجملها :

// ان التجريد هو ابراز للحالة السلبية في رابطة الالتزام ، اذ يبقى المشرع فيه على الحالة الايجابية ، بان تبقى العلاقة القانونية ملزمة لأطرافها ، دون ان يسمح للمدين بأن يحتج تجاه الدائن بدفع يمكن ان يؤدي التمسك به الى الاطاحة بالعلاقة العقدية تماما .

ثانيا// ان التجريد يقع على الالتزام الذي يرتبط به المتعاقد في العلاقة العقدية ، فيبقى الالتزام قائما و يسقط الدفع الذي يلحق به ، دون ان يؤثر هذا السقوط على الالتزام ذاته او يمنع من تنفيذه .

// ان تجريد الالتزام هنا ليس مطابقا لما يقول به فقه

ان الاخير هو التصرف الذي ينشأ بسبب تعبير عن الارادة صادر من احد الطرفين ، و هذا التعبير ينفصل عن ارادة صاحبه بمجرد صدوره ، فيكون تصرفا مجردا عن شخص صاحبه ، لذلك يختلف تجريد الالتزام عن التصرف المجرد ، هو التزام قائم

تقابله دفعوع ، و لكن المشرع لاعتبارات يراها حجب المتعاقد من الاستفادة منها في دفع الالتزام الذي ارتبط به كلا او جزءا .

// ان تجريد الالتزام من الدفعوع هو استثناء على الاصل القانوني المتمثل في عدم تجريد الالتزام من الدفعوع الملحقة به ، لذلك لا يكون التجريد ممكنا باتفاق الاطراف او رضاهم على ذلك بصيغة او ، و انما لا يكون الا بنص القانون ، و السبب في ذلك ان قاعدة سريان يعد و بالتالي لا يمكن تجريد الالتزامات المدنية من الدفعوع الملحقة بها الا لاعتبارات قوية مبررة يقدرها المشرع يقرر بنص صريح الاعتراف بتجريدها من الالتزام الذي الحققت به .

// ان هذا التجريد ليس بالأمر السهل تعميمه في اطار المعاملات المدنية ما ينطويه خطورة كبيره ، اذ لو فتح الباب على مصراعيه امام تجريد الالتزامات من دفعوعها ، فإننا سنشهد اضطرابا و عدم استقرار في المعاملات ، يمكن ان يؤدي بالنهاية الى انهيار النظام القانوني الذي يحكم العقود بالكلية لما سيؤول اليه من عدم استقرار في التعامل ، لأنه سيكون مدعاة للعزوف عن العقد كوسيلة للتعامل و التبادل على مر العصور ، فالمتعاقد سيبعد قدر ما يستطيع عن الوسيلة التي لا توفر له الحماية المعتادة في التعامل ، لأنه سيفاجأ بالتأكد في اطار تنفيذه الالتزامات العقدية بان الطرف الاخر يختبئ وراء دفع لا يستطيع هو التمسك به لأنه ارتبط بالترام قانوني تم الاتفاق على تجريده من الدفعوع ابتداء ، و هو ما يحدث شرخا لا يمكن رأبه في ز و اهم الاساليب القانونية للتعامل ألا و هو العقد .

// ان تجريد الالتزام من الدفعوع الملحقة به لا يكون بنصوص صريحة ، و ذلك لأنها استثناء من الاصل العام الاستثناء لا يجوز التوسع فيه او القياس عليه ، و على ذلك لا يمكن ان يقال بأن تجريد الالتزام يمكن ان يستفاد ضمنا .^(١)

// ان تجريد الالتزام من الدفعوع يمكن ان يقرر في نطاق العلاقات العقدية الثنائية الاطراف ، او في العلاقات العقدية المتعددة الاطراف .^(٢)

// ان تجريد الالتزام عادة ما يقع على جانب واحد في العلاقة العقدية ، فهو يكون عبئا على طرف واحد دون الاخر ، لذلك يتحصن الالتزام الذي يتم تجريده من الاسباب التي تعرض في فترة تنفيذه ، كالدفع بعدم التنفيذ مثلا

// لا يحمل الالتزام المجرد عادة ذكرا لسببه ، و بذ لا يتقيد الشخصية التي يرمي اليها صاحب الارادة .
// عادة ما يكون تجريد الالتزام منجزا غير معلق على شرط ، فلا يعترض اثره اي

تميز تجريد الالتزام غيره من الانظمة القانونية

بعد ان تعرفنا على الخصائص المميزة لتجريد الالتزام من الدفعوع ، فإننا نستطيع ان نميزه من التصرف القانوني المجرد ، و التصرف القانوني المقيد ، بوصفها اوضاعا قانونية قريبة منه و يمكن ان يقع الخلط بينها و بين تجريد الالتزام ، و سنتولى تفصيل ذلك في فرعين كما يلي :

تميز تجريد الالتزام من الدفع من التصرف القانوني المجرد

ان التصرف المجرد هو " التصرف الصحيح بصرف النظر عن السبب "
ينفصل عن التصرف هنا هو الغرض المباشر الذي قصده الملتمزم ا انه الباعث الدافع الى

و يرى بعض الفقه انه بشكل عام يمكن الجمع بين النظريتين التقليدية و الحديثة
هذا الاطار ، لأن السبب في الحاليين يكمن خلف الرضا ، و يمثل مصلحة الملتمزم ،
نتبين وجود او عدم وجود سبب ننظر اليه نظرة اجمالية عن كذب ، و
نظور اصحاب النظرية التقليدية ، اما اذا اردنا ان نتبين مشروعيته او عدم مشروعيته ،
ننظر اليه من زاوية نفسية الملتمزم لنتبين لونه و تفاصيله كما ننظر اليه النظرية الحديثة ، لأن
النظرة الاولى تنصب على الالتزام ذاته ، كان ذلك السبب هو سبب الالتزام ، و هو السبب
الموضوعي المجرد المباشر الداخلي الذي لا يتغير في النوع الواحد من العقود ، و لأن النظرة
الثانية تتطلب البحث في نوايا المتعاقد لا في مضمون العقد ، فان السبب فيها يكون على العكس هو
السبب الحقيقي الواقعي الذاتي الشخصي غير المباشر الخارج عن العقد ، و الذي يختلف من
شخص لآخر في النوع الواحد من العقود ، و هذا هو سبب العقد .

ان الالتزام المجرد يجد له مناصرين كثر في فقه القانون المدني الالمانى
عندما يقررون بفصل الالتزام عن

البواعث الشخصية للملتمزم ، لأنهم يقررون بأن التعبير عن الارادة ينفك عن صاحبه .
أما تجريد الالتزام من الدفع ، فهو التزام لا ينفك عن شخص الملتمزم ، و انما المشرع -
لأغراض و اعتبارات هو يراها - اسقط الدفع او التمسك به ، و ابقى الالتزام قائما ، و هو ما يعني
صحيح و لكن المشرع اسقط التمسك به او اسقط تأثيره ، و هو لا يعني الغاء
الدفع و انما يعني عدم امكانية الاحتجاج به ، و الالتزام المجرد يمنع تجاوز التعبير عن الارادة
للبحث في توفر هذا الشرط في مضمون الارادة الحقيقية ، فإذا كان هذا الالتزام لا يبرز غرضا
غير مشروع ، بل يخفي هذا الغرض و لا يعلنه حقيقة فان هذا الالتزام يبقى صحيحا ، ما دام لا
يظهر هذا الغرض غير المشروع .

كذلك يتميز تجريد الالتزام عن التصرف المجرد ، و المتمثل بالتصرف الذي تتوقف صحته
على التعبير عن الارادة بغض النظر عن الارادة الحقيقية ، و عليه فان التصرف المجرد هو
التصرف الذي يستوي صحيحا و لو كان سوريا او كان صادرا مع تحفظ ذهني او كان صادرا
على سبيل المزاح او المجاملة ، او كان قد صدر تحت تأثير عيب من عيوب الارادة ، كالغلط او
و الغبن مع التغرير ، و التصرف المجرد بهذا المعنى يمثل استثناء من
بضرورة تطابق الارادة المعلنة مع الارادة الحقيقية .

و هذا ما يظهر خاصية التجريد التي تنسب الى التصرف ، اذ يؤسس عليها ان يقوم التعبير
عن الارادة صحيحا بغض النظر عن الارادة الحقيقية ، و هو ما يبني عليه بأنه لا يجوز التمسك
الحقيقية للمطالبة ببطالان التعبير عن الارادة ، سواء كان ذلك لتناقضه معها ام لقصوره
عن شمول كل مضمونها ، و سبب ذلك كله هو ان الحاجات الاجتماعية هي التي تخلق النظم
القانونية ، و هذه النظم لا تنشأ و لا تبني و لا تتطور من اجل تحقيق مصالح عملية
تنتظر منها ، توافق و تكييف النظم القانونية مع الاحتياجات العملية للمجتمع ، يقتضي

القانون و تطوره لتأثره بالظروف التي ينظمها و يطبق عليها ، لأن احترام الارادة الفردية و البحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين يتعارض مع النظرة الى الالتزام كقيمة تتداول و تنتقل الى الغير .

تميز تجريد الالتزام من الالتزام المقيد

اما بالنسبة لتمييز تجريد الالتزام من الدفوع عن الالتزام المقيد ، الذي يقيم بعض الفقه الالمانى تجريد الالتزام من الدفوع على اساس ارادة المشرع ، هو التزام يتحدد مضمونه بإرادة طرفيه و تحكمهم و لا يتطلب القانون له شكلا نموذجيا ثابتا ، فبينما الالتزام المقيد ينحصر جوهره في العلاقة الاقتصادية المعينة التي ارادها الطرفان ، بينما يتميز الالتزام المجرد بأنه ذو مضمون هو ما يعني الالتزام يمكن ان يظهر بصورة التزام مجرد او التزام مقيد و

صورتين مصير هما الالتزام المقيد ()

، و لا توجد صلة قانونية بينهما ، و انما توجد صلة اقتصادية بينهما يمكن تفسيره اقتصاديا إلا بالرجوع الى الالتزام المقيد ، و يتميز الالتزام المجرد بمحتوى و جوهر او مضمون نموذجي ثابت ، لا يتغير باتفاق الطرفين المتعاقدين و ينحصر كله في شكل يرسمه ، اما الالتزام المقيد يترك تحديد محتواه لتحكم الاطراف و لا يستلزم له شكلا نموذجيا ثابتا نادرا ، لأنه ينحصر في الرابطة الاقتصادية المعينة التي يبتغيها الطرفان الملزمان ، في حين ان الالتزام المجرد على النقيض من ذلك تلائم مختلف الروابط الاقتصادية ، لأنه وعاء اكثر من جوهر او محتوى .

و لما كانت الارادة لا تقصد من التعبير الصادر عنها ان تتجه الى احداث اثر قانوني ، فهذا الاثر يخضع من حيث صحته و اثره للشروط الاساسية المطلوبة لصحة الالتزامات و هي الاهلية عبير عن الارادة و صحته و مشروعية محتوى و مضمون التعبير عن الارادة . و اذا ما اردنا التمييز بين الالتزامات على اساس فني صحيح ، فيجب ان نستند في ذلك على دائرة قانون الالتزامات نفسها صحة التعبير عن الارادة ، و خصوصا اتفاق الارادة الحقيقية مع الارادة الم يمثل معيار عن الالتزام المقيد ، و تظهر هذه الخاصية بشكل جلي في القاعدة المشهورة (عدم سريان الدفوع) .

شروط تجريد الالتزام من الدفوع

لكي يتم تجريد الالتزام من الدفوع الملحق به ، لا بد من ان فيه الشروط الاتية :

// ان يكون الالتزام قد لحقه دفع يؤثر به :

ه أنه يمكن ان يتم دفعه بالدفوع التي تعلقت به ا يتعلق منها بعيوب الارادة او انعدام السبب او عدم مشروعيته ، او انتهاء العلاقة الاصلية ، و لكن المشرع يبقي الحالة الايجابية للالتزام ، و يبي الحالة السلبية المتمثلة بالدفوع ، فاذا لم توجد هنالك دفوع تجابه الالتزام ، فلا يكون للقول بهذا الاستثناء اي معنى .

ثانيا// ان يكون تجريد الالتزام من دفوعه قد نص عليه المشرع صراحة :

و ذلك لأن التجريد هو خلاف الاصل ، و لما كان الامر كذلك فانه لا يجوز التوسع في الاستثناء ، و عليه فانه يجب لتجريد الالتزام من دفعه ، ان ينص عليه المشرع بنصوص صريحة ، تطيع ان نفترض تجريد الالتزام من دفعه افتراضا ، و انما لا بد من النص عليه صراحة ، لأن ذلك مرتبط بغايات و ظروف قدرها المشرع و ارتأى ان يكون الحكم بصدها على هذه الشاكلة ، و قد بتعد عن هذه الغايات و اذا ما ذهب بيق هذا الحكم على اكثر من الحالات المنصوص عليها صراحة .

و على ذلك لا نستطيع افتراض تجريد الالتزام بالنسبة للمدين في حوالة الحق ، حيث يمكن للمدين ان يدفع في هذه الحالة في مواجهة المستفيد العيوب التي كان يمكن ان يدفع بها في مواجهة ك الحال اذا ما كان انتقال الالتزام بطريقة اخرى كما لو التزم المدين بموجب الوصية او الميراث ، فانه لا يجوز القول التجريد هنا ، حيث يعتبر الموصى له او

// حسن النية :

و حسن النية مبدأ مقرر في مرحلة تكوين العلاقة العقدية و حين تنفيذها ، و لا يستفيد من حالة تجريد الالتزام من الدفع سوى الدائن حسن النية لأنه الجدير بالحماية تطبيقاً لمبدأ استقرار التعامل ، حيث ليس من العدالة ان يفاجأ الدائن بدفع هو ليس سببا في نشوئها و لم يكن طرفا في العلاقة القانونية التي تكونت بصدها ، لذلك تقرر حماية هذا الدائن في هذه العلاقة ، عليه يشترط طبقاً للقواعد العامة لصحة التجريد حسن نية الدائن ، و حسن النية مفترض فيها اذا اثبت المدين فانه لا يكون للدائن سبب النية التمسك بتجريد الالتزام من دفعه في مواجهة المدين ، اذا كان سبب النية اي يعلم بالدفع ابتداء ، و رغم ذلك قبل الالتزام او توطأ مع المدين الاصيلي في انشاء الالتزام الجديد .

و علم الدائن بهذه الدفع يختلف من حيث اثره في ثبوت سوء نية الدائن او حسن نيته ، فالدفع المتعلقة بعدم مشروعية السبب و بعيوب الارادة مثلا ، يتحقق بمجرد العلم بها سوء النية ، اما فيما يتعلق بانعدام المقابل فان العلم بذلك لوحده لا يكفي لتكوين سوء النية ، اذ قد يقصد الملتزم ان يتبرع بما التزم به ، و من جانب اخر ، فان التجريد لا يمنع الملتزم بكل الاحوال من ان يرجع الى دائنه الاصيلي الذي كان طرفا معه في علاقة قانونية واحدة بالدفع المتعلقة بانعدام المقابل .

و كذلك الحال في السبب الصوري فانه ليس سببا لبطلان العلاقة دائما ، رغم ما يوحي به ظاهره عادة ، اذ ان من يلتزم لسبب مشروع يلتزم في وضح النهار و ليس في حاجة لأن يخفي سبب التزامه ، و مع ذلك قد لا تكون الصورية سببا لبطلان الالتزام ، و انما يتم البحث عن السبب الحقيقي فان كان مخالفا للنظام العام او الاداب بطل الالتزام و الا فهو صحيح منتج لأثره ، لأن التزام المدين قبل الدائن التزام مجرد لا يتأثر بالسبب الصوري و لا بالسبب الحقيقي ، و انكشف السبب في الالتزام مجرد صوريا لا يجعل الدائن سبب النية ، لأن السبب الصوري قد يستتر سببا مشروعاً لا غبار عليه .

اما الدفع الخاصة بعدم التنفيذ او باستعمال الحق في الحبس و بانقضاء الالتزام فان مجرد علم الدائن بها لا يجعله سبب النية ، لأن المدين الذي تقادم حق دائنه قد يقبل ان يفي به مختارا ، و قد يوقع بالقبول على كمبيالة مسحوبة عليه وفاء للحق المتقادم ، فيكون التزامه الطبيعي سببا لالتزامه المدني ، و كذا الشأن في المقاصة ، فقد يقصد الدائن و المدين الاصيليان عدم وقوع

المقاصة ، و ان يتم الوفاء بحق الغير من الدين الذي على المدين ، لذلك فليس في علم الدائن بدفوع الانقضاء المتعلقة بالدين الاصلي ما يثبت سوء نيته ، ما دام ان هناك وجها قائما لحسن النية. و العبرة في سوء نية الغير هي بوقت تلقيه للحق ، فإذا ثبت علمه بالدفوع في هذا الوقت كان سيء النية ، و اذا ثبت علمه بعد تلقيه الحق كان حسن النية ، و حسن النية في الاحوال المتقدم ذكرها - . مفترض يكون على من يدعي خلافه ان يثبته و يقيم الدليل عليه . و مع ذلك فانه طبقا للحكمة المتوخاة من تجريد الالتزام ايضا ، فان الدائن لا يستفيد من تجريد الالتزام اذا كان هناك عيب شكلي ظاهر في سند الدين ، فإذا كان السند يشير الى سبب غير مشروع ، فلا يستطيع الدائن ان يزعم حسن نيته و سبب البطلان ظاهر امامه .

موقف الفقه القانوني من تجريد الالتزام

اختلف الفقه بين القول بان القاعدة العامة في القانون المدني هي تجريد الالتزام من دفعه ، و بين القول بان تجريد الالتزام غير مقرر في القانون المدني كأصل عام ، و سنتولى عرض كلا الاتجاهين و ما استند اليه انصار كل اتجاه من حجج تدعم توجهه ، ثم نتولى تقييم هذين الاتجاهين و عرض رأينا في الموضوع ، و ذلك في ثلاث مطالب كما يأتي :

بتجريد الالتزام من دفعه

يربط الفقه بين تجريد الالتزام و القاعدة القانونية المشهورة في عدم سريان الدفع التي يتبناه المشرعون في اطار العلاقات القانونية التجارية و المدنية ، على حد سواء ، و ينطلق الفقه بعد ذلك الى تبيان الالية التي يتبنى بها المشرع المدني هذا المبدأ ، فنجد قسما من الفقه يذهب باتجاه يدعو للأخذ بتجريد الالتزام ، و مؤدى هذا الاتجاه ليس المقصود به ان الفقه يجعل من تجريد الالتزام مبدأ عاما يسري على جميع الالتزامات ، و انما المقصود به ان هذا الحكم يبقى استثناء على العام في سريان الدفع ، و لكن الفقه يذهب هنا الى جواز افتراض التجريد ، بمعنى عدم اقتصار التجريد على النص التشريعي الصريح ، و انما يقر بتوجهه هذا امكانية ان يستفاد التجريد ضمنا و لو لم يتم النص عليه صراحة .

ففي الوقت الذي يسلم فيه انصار هذا الاتجاه ، بأن النص التشريعي في الانابة هو الذي يجوز القول بتجريد التزام المناب من الدفع التي يمكن ان تنشأ في العلاقة بينه و بين المنيب ، و التزام المناب هنا بالتأكيد في مواجهة الدائن ، و نحن نقر هذا الاستثناء ، كون ان النص عليه

صراحة امر مقصود ، لأنه هو الوضع الذي يميز الانابة عن غيرها من الانظمة القانونية القريبة منها سواء التجديد او الكفالة .

لكننا لا نقر ما يذهب اليه انصار هذا الاتجاه من القول بأن تجريد التزام الكفيل في مواجهة الدائن ، وذلك عن اي دفع يمكن ان ينشأ بسبب علاقة هذا الكفيل بالمدين ، و التي ادت الى ان ي الكفيل بكفالة هذا المدين ، فقد يتعهد الكفيل اما بقصد الوفاء بدين قائم بذمته لمصلحة المكفول ، او بقصد ادانة المدين مع نية الرجوع اليه ، او بقصد التبرع له ، و القاعدة العامة هنا – حسبما يذهب انصار هذا الاتجاه – هو ان هذه البواعث الخاصة بالكفيل بما تتضمنه من ظروف واقعية لا اثر لها على صحة الكفالة ، و خصوصا التزام الكفيل في مواجهة الدائن ، فإذا ما شاب ارادة الكفيل اي من عيوب الارادة ، او لم تتطابق ارادته الحقيقية مع الارادة الظاهرة ، مما يمكن ان يستدعي – الى بطلان التعبير عن الارادة ، فانه يعد تعهد الكفيل مجردا ، و يترتب على ذلك انه لا يسمح للكفيل ان يوجه للدائن الدفع المستمدة من علاقته بالمدين ، وما يؤكد قولنا هذا ما اورده المشرع المدني من احكام يمكن ان يستفاد منها عدم صحة القول بوجود التجريد قانون المدني العراقي في اطار تنظيمها للعلاقة بين

الكفيل و الدائن على ان " يجب على الكفيل ان يخطر المدين قبل ان يقوم بوفاء الدين الدائن وجب عليه ان يدخل المدين خصما في الدعوى فان لم يقم المدين قبل وفاء الدين او لم يدخله خصما في الدعوى عند مقاضاة الدائن له ، سقط حقه في الرجوع على المدين اذا كان هذا قد وفى الدين او اثبت اسبابا تقضي ببطلان الدين او انقضائه " و نص هذه المادة واضح و صريح في ان التزام الكفيل يمكن ان ينقضي في مواجهة الدائن في احوال منها قيامه بوفاء الدين بعد المطالبة القضائية ، او انه يستطيع اثبات اسباب تقضي ببطلان الدين او انقضائه ، و طبيعي ان هذه الحالة الاخيرة لن تحصل في واقع الامر ما لم يكن الكفيل قد استند في ابطال الدين او انقضائه الى اسباب تتعلق بعلاقة المدين بالدائن في الدين الاصلي ، خصوصا و ان هذا الاثبات يتم امام و بمطالبة قضائية ، و عليه لا تكون اسباب البطلان إلا دفوعا قانونية استند اليها الكفيل في ابطال الدين ، لذلك نرى بأنه لا مجال بعد ذلك للقول بتجريد التزام الكفيل من الدفع الناشئة عن علاقة المدين بالدائن في الدين الاصلي .

اتجاه التقييد في الاخذ بتجريد الالتزام

اما الاتجاه الثاني ؛ فهو الاتجاه الذي يقيد الحكم بتجريد الالتزام - على النحو الذي لا يمكن معه افتراض التجريد ضمنا و انما لا بد من النص عليه صراحة ، و عليه يكون افتراض التجريد في العلاقة القانونية الناشئة بسبب عقد الكفالة بين الكفيل و الدائن غير صحيح ، وذلك على العكس مما ذهب اليه انصار الاتجاه السابق ، لأن الكفيل يستطيع ان يدفع مطالبة الدائن له الدفع كافة التي يمكن ان تستمد من عقد الكفالة نفسه ، كأن يكون باطلا لعيب اصابه او ان هذا الدفع قد ينشأ بسبب العلاقة بين المدين و الكفيل ، كأن يكون التزام الكفيل متوقفا على عدم تحقيق الشرط الواقف او تحقق الشرط الفاسخ ، فيحق للكفيل – بموجب هذا النظر – يتمسك بعدم وجود الكفالة لعدم تحقق الشرط الواقف او ان التزامه في مواجهة الدائن قد انقضى ،

و يقر انصار هذا الاتجاه في الوقت نفسه بتجريد التزام المناب تجاه المناب لديه ()
الدفع التي كان يستطيع ان يحتج بها على المنيب في الدين الذي في ذمة المناب
الى صراحة النصوص التشريعية التي تقرر هذا الحكم .

و على الرغم مما يبدو عليه هذا التوجه من صحة للوهلة الاولى ، الا ان التدقيق في تفاصيله و
النظر فيما يمكن ان يؤدي اليه هذا الرأي ، يمكن ان يوصلنا الى خلاف هذه النتيجة ، حيث نجد
انصار هذا الرأي قد غالوا في تقييد تطبيق الالتزام المجرد الى الحد الذي يقصرون فيه تطبيق هذا
و في نطاق ضيق و محدود جدا ، مما يخرج حكم تجريد الالتزام من معناه
و يفرغه من محتواه و يخالف الغاية المقصودة منه .

فعندما يذهب انصار هذا الاتجاه الى القول بأنه ، في الانابة في الوفاء اذا كان الدين الذي
للمناب لديه على المناب لا يتأثر بالدين الذي للمناب على المناب ، فانه على النقيض من ذلك يتأثر
بالدين الذي للمناب لديه على المنيب ، و بما ان محل الدينين واحد - كما يذهبون -
يمكن ان يدفع بها احدهما يدفع بها الاخر ، و ذلك لأن المناب لديه لما اتخذ مدينين (المنيب و
(لم يقصد ان يضاعف الدين الذي له ، و لا وجه لهذه المضاعفة ، بل قصد ان يتقاضى
الدين الذي له من اي من المدينين ، فإذا تقاضاه من احدهما برئت ذمة الاخر ، فالدينان متصلان
احدهما بالآخر اتصالاً وثيقاً ، و اذا كان الدين الذي للمناب لديه على المنيب باطلا او قابلاً للإبطال
او كان يمكن ان يدفع بأي دفع اخر جاز للمناب في الدين الاخر الذي في ذمته للمناب لديه ، ان
يدفع رجوع هذا عليه بكل هذه الدفع .

تقييم الاتجاهات الفقهية و رأينا في الموضوع

نرى ان ما ذهب اليه الاتجاه الاول من امكانية تجريد الالتزام من دفعه كمبدأ عام في
العلاقات التجارية و المدنية ، قد شط عن الصواب في هذا النظر ، خصوصا عندما اخذ يفترض
وجود تجريد للالتزام بعيدا عن صراحة النصوص القانونية ، كما فعل في الكفالة .
و نرى ان هذا الاتجاه قد وقع في تناقض مع نفسه في ثلاثة مواضع هي :

انه يقر بأن هذه العلاقة يتعذر وقوعها في ا - علاقة الكفيل بالمدين في
- و هذه الندرة هي السبب في جعل الفقه غير مهتم بها ، فعند عد تعهد الكفيل مجردا في
مواجهة الدائن ، لا يسمح له ان يوجه للدائن الدفع المستمدة من علاقته بالمدين ()
و الحق هو ان سبب ندرة وقوع هذا الفرض في الواقع هو لأنه يخالف النظام القانوني للكفالة ، و
الغاية التي من اجلها شرع هذا النظام ، اذ ان هذا النظر سيقضي على ميزة هذا النظام بوصفه
نظاما قانونيا لضمان تنفيذ الالتزام ، و سيكون ذلك مدعاة لعدم الاخذ بها و عدم اللجوء اليها في
ذلك لما سيسببه ذلك من ارباك و عدم استقرار في التعامل .

و هنا تجدر الاشارة الى ان بعض الفقهاء ممن يقولون بوجود التجريد في الكفالة ، يترددون
في افتراض التجريد فيها ، فتارة ينفون التجريد عن واحدة من العلاقتين الاساسيتين في الكفالة دون
اخرى ، ففي علاقة الكفيل بالدائن يستطيع الاول ان يتمسك قبل الثاني بالدفع الناشئة عن علاقة
المدين بالدائن ، فلا تجريد في هذه العلاقة القانونية ، اما عن علاقة الكفيل بالمدين فهي علاقة
يتجرد التزام الكفيل فيها و يحرم ابتداءً من التمسك بأي دفع ناشئ عنها ، و يستنتجون التجريد من
مفهوم المخالفة للنصوص القانونية التي تحكم اثار الكفالة ، حيث ان النص ذكر جواز احتجاج

الكفيل بدفوع المدين ، و ذلك يدل - حسب وجهة النظر هذه - على ان ما لم يذكر في النص له حكم مخالف ، فتكون دفوع الكفيل قبل المدين غير جائزة توجيهها الى الدائن ، تارة اخرى نجد انصار هذا الرأي يفضلون ان يصرح النص بذلك الحكم ، لأن التجريد استثناء على القاعدة العامة للتصرفات ، و هذا يقتضي ان يتقرر الاستثناء بنص صريح يقطع الخلاف ، لا بنص ضمني ، و هذا الموقف في حد ذاته موقف مرتبك لا يدل على ثقة بصحة ما يتبناه من افتراض ، اذ ان افتراض التجريد يتعارض كلياً من وجوب نص المشرع صراحة عليه ، كونه يخالف الاصل .

ثانياً : ان الآلية التي اتبعتها انصار هذا التوجه ، آلية مرنة ، يمكن ان يدخل في حكمها كثير من صور التعامل القانوني التي تدخل ضمن اطار العلاقات القانونية الثلاثية الاطراف ، و ابرز مثال ونية الناشئة عن الاشتراط لمصلحة الغير ، حيث يمكن ان يقال و بنفس

المنطق ، ان التزام المشتراط عليه مجرداً في مواجهة المستفيد () نشأت عن علاقته بالمشتراط ، بغض النظر عن نية و سبب التزامه في الاشتراط ، و هذا المنطق يمكن ان يجعل الالتزام المجرد قاعدة عامة تسري على العلاقات القانونية الثلاثية الاطراف بشكل هو امر يخالف صراحة قاعدة سريان الدفع التي ها الـ يـ المدني ، و يفرغها مضمونها .

: ان اقرار الالتزام المجرد جاء بشكل اقرار تشريعي ورد بشكل استثناء على القواعد عامة ، و الاستثناء لا يجوز التوسع فيه و لا القياس عليه ، لذلك فان ما اورده المشرع من نصوص تشريعية صريحة يمكن ان يستفاد منها القول بتطبيق الالتزام المجرد بالحدود التي بينها - كما تحقق ذلك في الانابة في الوفاء و حوالة الدين - فهو الحد المعقول و المقبول للاستثناء ، و لكن يجب التوقف عند هذا الحد و عدم التوسع فيه ، و السبب - هو ان اتخاذ موقف مخالف و الخروج عن قاعدة عدم التوسع في الاستثناء سيدخلنا في مشاكل نحن في غنى عنها ، بسبب ما سيؤديه ذلك من عدم الثقة بالأنظمة القانونية المشرعة ، و التي يقصد منها ان تكون سبيلاً سلساً و فعالاً في تحقيق انجاز ناجح للتعامل القانوني ، و سبيلاً لاستقرار هذا التعامل ، و ان اراد الاطراف عدم تجريد الالتزام الذي ارتبطوا به فان عليهم ان يثبتوا ذلك باتفاقهم

أما ما ذهب اليه انصار الاتجاه الاول من المغالاة في تقييد تطبيق الالتزام المجرد الى الحد الذي يقصرون فيه تطبيق هذا الحكم على احوال معدودة و في نطاق ضيق جدا ، كما قيّد انصار هذا الاتجاه نص المادة ، على النحو الذي يجعل منها ان تقرر بان المناب لا يلتزم نحو المناب لديه الا فيما يتعلق بالدفع التي كان يستطيع ان يحتج بها على المنيب ، اما الدفع التي كان المنيب يستطيع ان يحتج بها على المناب لديه ، فلا يجيز النص جعل التزام المناب فيها مجرداً .

و في ذلك كما نرى تقييد مقصود لإطلاق النص المذكور لا يبرره اي داع ، اذ ان التجريد المقصود هنا يتعلق بالدفع التي تنشأ عن علاقة المناب بالمنيب ، التي يعد المناب لديه اجنبي عنها ، و بذلك فان علاقة الاخير بالمناب تحكمها القواعد العامة ، هذا من جانب ، و من جانب اخر فان تفسير النص المذكور على هذا النحو يبعد بالحكم كثيراً عن تجريد الالتزام المقصود في الانابة في الوفاء عموماً ، حيث ان التجريد في الانابة يعد ميزة مهمة لهذا النظام ، بدونه سيتم القضاء على هذا النظام القانوني في الوفاء ، اذ سيكون الوصف القانوني الدقيق لها تجديداً او كفالة ، و هو

امر يقضي بطبيعة الحال على الانابة بإسقاط اهم مميزاتها التي اعترف لها المشرع بها صراحة ،
ألا وهي تجريد التزام المناب قبل المناب لديه و لو كان التزامه قبل المناب باطلا او كان خاضعا
لدفع من الدفع ، و ليس على المناب الا الرجوع على المنيب بعد ذلك بدعوى الوكالة او الفضالة
او الاثراء بلا سبب ، بحسب الاحوال كما لو لم تكن هناك مديونية سابقة بينهما ، ما لم يأخذ المناب
بالجواز التشريعي الذي يعطيه الحق في ان يشترط في الانابة جعل التزامه نحو المنيب سببا
لإلتزامه نحو المناب لديه ، و عندئذ يسقط التزامه نحو المناب لديه ، اذا تبين ان التزامه تجاه
المنيب كان باطلا او كان قد انقضى او كان يمكن دفعه بأي دفع اخر .

و نرى ان الموقف الذي يصح تبنيه في هذا الاطار هو انه لا بد من ان يتم التفريق بين الموقف
من تجريد الالتزام في القانون المدني من جهة ، و موقف قانون التجارة من جهة اخرى ، و ذلك
على التفصيل الاتي :

نقر من حيث المبدأ بأن المشرع المدني يأخذ بتجريد الالتزام من دفعه كاستثناء على الاصل
العام الذي يتبناه في سريان الدفع ألا و هو عدم تجريد الالتزام من دفعه ، و لكن لا بد من
التنويه هنا الى ان موقف المشرع المدني اختلف عن موقف المشرع في قانون التجارة من تجريد
ري قاعدة عدم سريان الدفع كقاعدة عامة ، تمخض
عنها مبدأ استقلال التواقيع و عدم الاحتجاج بالدفع في الاوراق التجارية ، الا اننا نجد المشرع
المدني قد تبني في بعض احكامه تجريد الالتزام من الدفع ، و نص على ذلك صراحة ، و تباين
في موقفه من التجريد من حيث مضمونه و اشخاصه ، فتارة نجده يتبنى تجريد الالتزام من دفعه
بشكل مطلق ، كما في الانابة في الوفاء ، و تارة نجده يتبنى تجريد الالتزام على نحو نسبي ،
فيقتصر التجريد على نوع معين من الدفع و فئة معينة من الاشخاص ، كما فعل في حوالة الدين ،
بينما نجده يتبنى تجريد الالتزام من دفعه على نحو مطلق في القانون التجاري بشكل عام .

و نرى ان هذا الموقف تقف وراءه اعتبارات عدة اهمها :

- خصوصية النظام القانوني للانابة في الوفاء ، اذ لولا الاعتراف بتجريد الالتزام من دفعه
لما كان لهذا النظام اية ميزة تميزه عن الانظمة القانونية القريبة منه .
- خصوصية التعامل التجاري و مراعاة لما تتطلبه الحياة التجارية من ثقة و سرعة و انتمان
سواء في الوسائل و الادوات او في الاساليب القانونية المطبقة فيها .
- عدم التوسع في الاستثناء الذي اقتضى التجريد او القياس عليه ، و ذلك لأن التجريد لا يمثل
مة في القانون المدني و انما هو استثناء اقتضته ضرورات استقرار التعامل القانوني و

- اعتبارات عملية تتعلق بفسح المجال امام المتعاملين و اعطائهم نوع من المرونة و قدرا
من الثقة في وسائل التعامل القانوني ، و ذلك من خلال اضعاف نوع من الحماية لهم في مواجهة
الاشخاص الذين تقودهم نيتهم السيئة الى التحايل او التلاعب بالآخرين ، من خلال استغلال حسن
نيتهم و عدم علمهم بالدفع ليفاجأوا بعد ذلك بوجود دفع ادى الى اهدار حقوقهم او قسم منها ، لا
لذنب اقترفوه ، و انما بسبب انهم حسني النية لم يعلموا بالدفع ابتداء و لم يكن على الاقل بمقدورهم
ان يعلموا به .

النظريات المطروحة في نطاق تجريد الالتزام

اختلف الفقه في محاولته تحديد الاطار العام لتجريد الالتزام ، و طرح بصدد ذلك افكارا و آراء مختلفة ، حاول في كل منها ان يجمع شتات احوال تجريد الا و لما كان الاختلاف الفقهي في هذا الصدد قائما ، فإننا لا بد من ان نستعرض الآراء و النظريات المطروحة في هذا الصدد ، ثم نحلل ما جاءت به هذه النظريات من طروحات و افكار و نضعها في ميزان التقييم ، لننقضى مدى صحتها و امكانية الاخذ بها في هذا الصدد ، ليتسنى لنا بعد ذلك التعرف على الدفوع التي يمكن ان يتجرد منها الالتزام ، و ذلك في مطالب ثلاثة ، و كما يأتي :

عرض النظريات الفقهية المطروحة في تحديد نطاق تجريد الالتزام

نتولى عرض كل رأي او نظرية طرحت في هذا الصدد و نفصل في بيان مضامينها و الحجج و الاسانيد التي استندت اليها كل نظرية بفرع مستقل ، و ذلك في الفروع الآتية :

نظرية التصرف الشكلي

تجد هذه النظرية جذورها و اساسها الحقيقي في عهد القانون الروماني ، حيث كان وجود التصرف و قوته الملزمة لا تستند الى الارادة و لا الى الارادة المعبر عنها بالشكل و انما تستند الى

و السبب في ذلك هو ان الرومان كانوا مولعين فطريا بتجسيم المعنويات و اعطائها كيانا و مظهرا يدرك بالرؤية او بالسمع ، و كان ذلك واضحا في كل جوانب الحياة ، سواء في الجانب الخاص بالدين او النظام الاجتماعي او الحياة القانونية .

و التجريد في التصرفات القانونية كان يتحقق من خلال الفصل بين الشكل و الحقيقة في التصرفات القانونية ، و لما كانت الارادة ظاهرة معنوية بعيدة عن المتناول المادي للإنسان ، و جب ان تصب هذه الارادة في شكل مادي يحل محلها بحيث كان مجرد استيفاء الشكل مانعا من التفهق

و لم يكن القانون الروماني معنيا في بداية الامر باعتبارات العدالة ، حيث يكون التصرف مشوبا بعيب من عيوب الارادة ، اذا كان الغرض الذي اتجهت اليه الارادة ، قد تخلف او كان غير

مبررا في نطاق المجتمع الروماني الضيق و ندرة المعاملات و كون الاشكال القانونية تتضمن عنصر الاشهار او العلانية ، و في هذا ضمان واقعي لسلامة الرضا من العيوب .

الرومانية و انتشرت التجارة ، بحيث اصبح الشكل عبئا ثقيلًا يصعب استيفاءه ، اذا لم يكن متعذرا اصلا ، فبدأت الارادة تتحرر تدريجيا من الشكلية ، و بظهور مبدأ سلطان الارادة ، و مبدأ الرضائية في العقود في اخر عهد القانون الروماني ، وحتى في عهد القانون الكنسي الذي كانت له اليد الطولى في بناء مبدأ سلطان الارادة ، لم يكن الالتزام المجرد ليخفي تماما من بعض تطبيقاته

نظرية تجريد الالتزام من سببه

و في اطار هذه النظرية نجد توجيهين رئيسيين ، اولهما يذهب الى ان تجريد الالتزام يقتضي وعية السبب ، و الثاني يذهب الى ان التجريد يقتضي فصل الالتزام عن سببه ، و نتولى عرض هذين الرأيين فيما يأتي :

تجريد الالتزام يقتضي افتراض السبب

و تقوم هذه النظرية على فكرة رئيسة مفادها ، ان التجريد يجعل السبب مفترضا في التصرف م ، و معنى ذلك ان الدائن يستطيع مطالبة المدين بتنفيذ التزامه دون حاجة الى اثبات السبب ، و حتى لو كان سبب التزام المدين غير مشروع ، فان الدائن لا يكلف بان يثبت مشروعية سبب التزام مدينه ، و انما يكون على المدين ان يثبت عدم مشروعية سبب التزامه ، ذلك اصبح التزامه باطلا .

لذلك فان هذه النظرية تقيم قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ، ألا و هي قرينة صحة السبب ، و هي قرينة قانونية بسيطة لأنها تحور سير الدعوى بان تقلب عبء اثبات ركن السبب و تلقي به على عاتق المدين .

تجريد الالتزام يقتضي فصل الالتزام عن سببه

حيث يرى مناصروا هذا الاتجاه بأن الالتزام المجرد هو الالتزام الصحيح بصرف النظر عن سببه ، و معنى السبب الذي ينفصل عنه الالتزام يختلف من بلد لآخر ، و بحسب الشريعة التي تسود في ذلك البلد ، ففي فرنسا حيث ورث القانون المدني الفرنسي اغلب نظري الروماني يتنازع معنى السبب نظريتان رئيستان ، احدهما النظرية التقليدية في السبب و التي تفهمه على انه الغرض المباشر الذي قصده الملتزم ، اما الثانية فتفهمه على انه الباعث الدافع الى التعاقد ، و هي النظرية الحديثة ، ولأن النظرية التقليدية تركز على الالتزام ذاته ، فيكون السبب المقصود فصله عن الالتزام هو سبب الالتزام ، و هو السبب الموضوعي المجرد المباشر الداخلي ، الذي لا يتغير في النوع الواحد من العقود ، اما السبب الذي تقصده النظرية الحديثة فيتعلق بالبحث في نوايا المتعاقد لا في مضمون الالتزام او العقد ، لذلك فان السبب فيها يكون السبب الحقيقي الواقعي الذاتي الشخصي غير المباشر الخارج عن العقد او الالتزام ، و الذي يختلف من شخص لآخر في النوع الواحد من العقود و هذا هو سبب العقد .

اما السبب في ايطاليا فيقصد به الوظيفة القانونية – الاجتماعية للتصرف

- القانوني الذي يعترف به القانون و يحميه ، و بهذا المعنى يكون السبب عبارة عن عنصر مادي خارجي مرتبط بارادة القانون ، بعيد كل البعد عن النوايا التي يراد تحقيقها في المحيط النفسي للشخص ، و واضح ان هذا المعنى للسبب يضفي عليه طابع اجتماعي ، فالحرية التعاقدية لم تقرر للاطراف في العقد إلا لنفاذ مصالح جديرة بالحماية في نظر القانون ، و بذلك تستبعد الالتزامات او العقود التي تتوخى اغراضا عديمة النفع من الناحية الاجتماعية .

اما في المانيا موطن التصرف القانوني المجرد ، فيقصد بالسبب الذي يتجرد عنه الالتزام او التصرف بأنه سبب الاضافة الى الذمة ، و هو شبيه بمعنى السبب في نظام الاثراء بلا سبب ، و لكن سبب الاضافة الى الذمة هو الغرض المباشر في العمل الارادي ، على العكس من السبب في

الاثراء ، حيث يمكن ان ينشأ السبب في الاثراء عن واقعة مادية غير ارادية ، و هو بهذا المعنى لا يختلف كثيرا عن السبب القسدي في النظرية التقليدية للسبب في فرنسا ، لأنه سيكون الغرض المباشر الذي يبيغيه الملتزم من التزامه .

نظرية تأخير الدفع الى حين تاريخ الاستحقاق

ذهب الفقيه البلجيكي (De page) الى ان التجريد معناه انه لا يجوز للمسحوب عليه القابل الاحتجاج بدفوعه حتى تاريخ الاستحقاق ، و لو كان ذلك في مواجهة الساحب ، و معنى ذلك ان التجريد سيعني تأخير الرجوع الى ما بعد الوفاء ، و يستطيع المسحوب عليه القابل الرجوع بدفوعه على الساحب بعد الاستحقاق في صورة الاثراء بلا سبب .

و لذلك فان في العلاقة بين المسحوب عليه و الحامل ، لا يجوز الاحتجاج بعدم وجود السبب و لا بعيوب الارادة المتعلقة بالعلاقة الاصلية و بالسند الصرفي ، و لا بالسبب غير المشروع و لا بالإبراء ، اما فيما بين المسحوب عليه و الساحب ، فلا يجوز الاحتجاج بانعدام السبب ، و يجوز الاحتجاج بعيوب السند ذاته عيوب الارادة الخاصة به و نقص الاهلية و السبب غير المشروع و المقاصة و اتحاد الذمة و الابراء ، كل ذلك قبل تاريخ الاستحقاق ، اما بعد هذا التاريخ فيكون للمسحوب عليه الاحتجاج بالدفع كافة ، بان يرجع بدعوى الاثراء بلا سبب على الـ .
و عليه فان هذه الفكرة لا تضر المدين لأنها لا تحرمه الرجوع بالسبب ، و انما هي تؤخر فقط هذا الرجوع .

تجريد الالتزام يقتضي تجريده من الارادة الباطنة

و الالتزام المجرد عند انصار هذا الرأي ينشأ عن التصرف الذي تتوقف صحته على التعبير رادة بغض النظر عن الارادة الحقيقية ، و نتيجة لذلك فان التصرف القانوني يكون صحيحا حتى لو كان صوريا او صدر مع تحفظ ذهني او على سبيل المزاح او المجاملة ، او تحت تأثير الغلط او الاكراه او التدليس .

و اذا رجعنا الى التأريخ نجد ان المشرعين قد تبنوا فكرة عدالة الاحكام القانونية المنظمة للعلاقات القانونية بالتركيز حول تطابق الارادة مع اعلانها ، و في هذا نشأ صراع طويل بين امرين تولد عن معالجة انحراف التعبير عن الارادة عن ان يكون الترجمان الصادق لها ، فمن ناحية بدت الارادة في صورتها المعلنة سليمة من الشوائب ، صالحة للاستناد اليها في انشاء التصرف القانوني ، و لكن في الوقت ذاته اذا نفذت الى حقيقتها - من ناحية اخرى -

التعبير الذي ظهرت فيه مخالف تماما لحقيقتها ، و من ثم لا تستطيع اخذها بهذا التعبير ، و لذلك فان الزامها بما لم تع و ترغب حقيقة ، و بالتالي فان ذلك مسخ لها ، او توجيه مبدأ الرضائية عليه و تحكم ببطلان هذا التعبير ، وستكون امام موقفين اما احقاق الحق و عدم الاعتراف بهذا التعبير ، او الاخذ باعلان الارادة الاعتراف بهذا التعبير ، صونا لنظام التعاملات القانونية في المجتمع من ان تتحكم به الخوارج النفسية و هي متعددة الشباب، والنوايا الشخصية أو أن تؤثر في استقرارها.

فالقانون يتطلب في مضمون التعبير عن الارادة ، ان يكون مشروعاً و ممكناً و إلا كان باطلا ، صحيح ان التصرف يعتبر باطلا بطلانا مطلقا اذا كان مضمونه يشمل محلا او غرضا غير

مشروع ، الا انه لا يمكن تجاوز التعبير عن الارادة للبحث عن توفر هذا الشرط في مضمون الارادة الحقيقية ، لذلك يكون التصرف المجرد صحيحا ، و ان كان يخفي وراءه غرضا غير مشروع ، ما دام لا يحمل اشارة الى هذا الغرض .

و مقتضى هذا الرأي هو مسابرة ما يذهب اليه التشريع المدني و الفقه في المانيا ، م التعبير المجرد عن الارادة لا يعتبر صحيحا ، الا خروجا على القواعد العامة المتعلقة بصحة

تجريد الالتزام يقتضي منع الاحتجاج ببعض الدفوع في مواجهة بعض الاشخاص

و هذا الرأي يركز على النتيجة المتوخاة من التجريد و الغاية المنشودة منه ، و يذهب الى ان التصرف المجرد هو التصرف الذي لا يجوز فيه الاحتجاج ببعض الدفوع بالنسبة الى بعض الاشخاص الذين لا يجوز الدفع في مواجهتهم بهذه الدفوع ، يتم تحديدهم بواسطة الحكمة المقصودة من التشريع ، و هم اطراف العلاقات القانونية و الغير الذي يتلقى حقا ناشئا عن ، لأنه هو الجدير بالحماية القانونية ، ما دام حسن النية لم يتصل علمه بالعيب الموجود في العلاقة بوجه ما .

و يرى انصار هذا الاتجاه بان المقصود بالغير هنا هو الدائن او الخلف الخاص الذي يتلقى الحق عن العلاقة القانونية او عن احد اطرافها ، ثم من يخلف هذا الدائن في حقه ، كالمستفيد و المظهر اليهم او الحامل حسن النية و المناب لديه في الانابة.

لذلك فان انصار هذا الرأي يرتبون على ذلك نتيجة مفادها ، انه فيما بين المتعاقدين في عقد واحد لا يكون هناك تجريدا ، لأن الحكمة من التجريد اقل ظهورا ، و لكن بما ان المشرع يحرص على الموازنة بين احترام الارادة الحقيقية و بين استقرار التعامل ، و من اجل ايجاد هذا التوازن في داخل العلاقة القانونية بين المتعاقدين ، فانه لا يسمح بان يحتج بعيوب الارادة او ببطلان السبب من احد الطرفين إلا اذا كان الطرف الاخر قد اتصل بذلك العيب ، بأن اشترك فيه او علم به او كان من السهل عليه ان يعلمه او ان يتبينه ، فإذا لم يتحقق شيء من ذلك كان المتعاقد حسن النية ، و يستفيد من ميزة جزئية من التجريد هي بقاء العقد صحيحا رغم ذلك العيب .

و يبرر انصار هذا الرأي موقفهم هذا في التضييق من نطاق التجريد ، بالقول بأنه رغم هذا الموقف من المشرع في ابقاء العقد صحيحا مع وجود العيب الذي اعتراه ، فانه لا نستطيع ان نحمل انفسنا على القول بأن ثمة تجريدا بين اطراف العقد ، لأن التجريد لا يكون منحصر في نطاق عيوب الارادة و عدم مشروعية السبب ، و انما يشمل دفوعا اخرى كثيرة ، ثم ان موقف الغير الذي يستفيد من التجريد يختلف عن موقف المتعاقد حسن النية ، في ان الاخير يؤاخذ على عدم علمه بالعيب اذا كان من السهل عليه ان يتبينه ، اما الغير في التجريد فلا بد ان يكون قد علم بالعيب فعلا حتى يفقد ميزة التجريد ، اما اذا كان من السهل عليه ان يتبينه و لم يتبينه فلا مأخذ عليه في ذلك .

و مع ذلك قد يضيف المشرع الى اشتراط علم الغير في التصرف المجرد قصد الاضرار بالمدين ، و بذلك تزيد الفوارق بينه و بين المتعاقد حسن النية .

و يذكر انصار هذا الرأي ميزة لتوجههم هذا ، مفادها انه يكون من السهل على وفق ما تقدم الاستغناء عن الانظمة القانونية خارج نظرية العقد ، مثل الاثراء بلا سبب او المسؤولية التقصيرية

، او التعسف باستعمال الحق لمعالجة ما يترتب من اثار " متوهمة " نتيجة القول بالتجريد فيما بين المتعاقدين ، بسبب ان التجريد ينتفي فيما بين المتعاقدين و يقتصر على الغير الذي يتلقى الحق بوسائل قانونية من احد اطراف العلاقة القانونية ، اذا كان هذا الغير حسن النية .
اما اذا كان هذا الغير سيء النية فانه لا يصبح جديرا بالحماية القانونية من هذه الدفوع ، و انما يأخذ حكم الطرف المباشر الذي يجوز توجيه تلك الدفوع اليه .
اما الدفوع التي لا يجوز توجيهها الى الغير بموجب الحكمة من اقرار التصرف المجرد ، اي الدفوع التي يجرد منها الالتزام ، فقد يتم تحديدها من قبل المشرع ، و احيانا يغفل المشرع عن تحديدها تفصيلا ، و احيانا اخرى ينشأ هذا التجريد بقوة العرف .

تقييم النظريات المطروحة و رأينا في الموضوع

يلاحظ على النظريات المتقدمة انها - اذا كانت صحيحة في جانب معين منها ، ولكن هذه الصحة قاصرة ، اذا ما ان نمعن النظر في الآراء المطروحة إلا و تظهر فيه العيوب و تتبين فيها النواقص .

اء به انصار التجريد الشكلي من ان الارادة تكون ملزمة و منتجة لآثارها ، ويكون الالتزام الناتج عنها صحيحا و ملزما ما دامت قد استوفت في اظهارها الشكل المطلوب ، فيمكن ان يرد ببساطة بمجرد التساؤل ، هل ان الاخذ بهذا الرأي يقودنا الى ان يكون الالتزام المجرد دائما التزاما شكليا ؟

فإذا كانت الاجابة بالإيجاب ، فماذا نقول بالالتزامات المجردة التي لم يكن للشكل فيها اعتبار و بالتالي لا يوجد فيها تجريد للالتزام من شكله ؟

اما اذا كان الجواب بالنفي فان ذلك سيجعل من هذا المعيار غير منضبط ، لأنه سيقر بوجوده ، و بالتالي فما الداعي لهذا المعيار و ما هي الفائدة من المناداة به و

التحمس له اذا لم يكن في مقدوره استيعاب كافة احوال التجريد ؟

اما ما قيل بصدد كون التجريد يتعلق بتأخير الرجوع الى ما بعد الوفاء ، فهو ان كان يصلح في الحياة التجارية ، للحاجة اليه في تيسير و تسهيل التعامل التجاري و تعزيز قوة و ائتمان الاوراق التجارية ، فان من الصعب قبوله في الحياة المدنية ، فضلا عن استحالة انسجامه التام مع القواعد العامة في القانون المدني ، فاستعارة احكام الاوراق التجارية و محاولة تعميمها على الاوضاع و التعاملات المدنية امر غير محمود في نظرنا ، لأن ابسط ما يمكن ان يقال في مواجهته ، ان هذه الاستعارة قاصرة للاختلاف القائم بين النظام القانوني المدني و النظام القانوني التجاري ، من حيث مضمون التصرفات القانونية و الغاية من التجريد في كل منها ، فعندما تكون الغاية من التجريد في الحياة التجارية هي تسهيل تداول الاوراق التجارية و تشجيع التعامل بها من خلال زيادة الثقة و الائتمان الذاتي فيها ، فان غاية المشرع المدني من اقرار التجريد في بعض الانظمة القانونية المدنية تختلف اختلافا كبيرا ، و كذلك فان التجريد في التعامل القانوني التجاري ي مقرر كقاعدة عامة ، بينما في التعامل القانوني المدني يعد استثناء على القواعد العامة المقررة في القانون المدني و التي تقضي بسريان الدفوع في الالتزامات المدنية ، وقد راعى المشرع المدني هذا الاعتبار حتى عندما اقر التجريد في الانابة ، و ذلك عندما اعترف للأطراف بالحرية في الاتفاق على خلاف التجريد الذي قرره في الانابة في الوفاء ، و ذلك بعكس نظام التجريد في

الاوراق التجارية الذي هو اصل عام متعلق بالنظام العام التجاري ، عليه فان استعارة احكام الكميالة الذي اقره انصار هذا الاتجاه يمثل معيارا غير مجد لتحديد نطاق التجريد و مداه .

وبعطف النظر الى ما جاءت به نظرية التجريد الاجرائي التي تقوم على افتراض السبب ، فان التمعن في هذا النظر يبين لنا بأن التجريد الاجرائي المقصود هنا ليست فيه ملامح الالتزام المجرد اصلا ، و لا تترتب عليه الاثار المتوخاة من تجريد الالتزام .

ناحية ان ليس في التجريد الاجرائي ملامح الالتزام المجرد ، فنقول انه عندما يكون هناك شخص يتأثر حقه بدفوع علاقة قانونية لم يكن اصلا طرفا فيها ، فان المشرع ولا اعتبارات استقرار التعامل و تشجيع الائتمان ، يعطي قوة و فاعلية لحق هذا الشخص ، بأن يجعل حقه واجب الاداء ايا كان امر العلاقة الاصلية التي انشأته ، و تحويل سير الدعوى بين الدائن و المدين ، الذين يكونان طرفا العلاقة القانونية ، أو قلب عبء الاثبات فيها لا يبرز امامنا ملامح الالتزام المجرد ، لأن مثل هذه العلاقة – مع التسليم بافتراض السبب فيها – لا موجب للتجريد فيها ، لأن الحق لم ينتقل من اطرافها لغيرهم .

اما من ناحية ان التجريد بالمفهوم الذي تطرحه هذه النظرية ليست له كل الاثار القانونية التي تترتب على الالتزام المجرد ، فالسبب في ذلك هو لأن التجريد يفترض ان يشمل كل وجه يؤثر على حق الدائن على نحو سلبي ، فلا يكفي استبعاد السبب ، و انما يجب ان تستبعد ايضا عيوب الارادة و دفوع الانقضاء و غيرها من الدفوع المتعلقة بالعلاقة الاصلية .

اما ما يقال عن ان التجريد في الالتزام يقوم على فصل الالتزام عن سببه ، ففيه معضلات لا يجوز غض الطرف عنها ، اولها ما هو السبب الذي يتجرد منه الالتزام ، أهو السبب المباشر ام هو السبب غير المباشر ؟ و الاخرى فتبرز اذا تم تجريد الالتزام من سببه ، فكيف يقوم الالتزام صلا و السبب فيه ركن ، اذ سنكون في مواجهة حكم قانوني أمر يتطلب ان يكون لكل التزام سبب ، و يفترض ان هذا السبب مشروع و موجود ، و إلا يكون التزام المدين باطلا اذا كان التزامه دون

ثم ان القائلين بهذا الرأي لم يتمكنوا من التوفيق بين الانظمة القانونية المختلفة و التي تذهب في تحديد معنى السبب الذي يتجرد منه الالتزام مذاهب مختلفة ، فنتساءل هل يتجرد الالتزام من الغرض المباشر الذي نشأ من اجله ، ام انه يتجرد من الباعث الدافع الى التعاقد ؟ ام انه يتجرد ، ام انه يتجرد من الوظيفة الاقتصادية القانونية للالتزام الذي

يعترف به القانون و يحميه .

ولما كان عدم استقرار المعنى الخاص بالسبب الذي يتجرد منه الالتزام قائما ، فضلا عن وجود التزامات قانونية يكون السبب فيها قائما ، و مع ذلك تعد التزامات مجردة ، فان ذلك لا يعني إلا معنى واحدا هو أن تجريد الالتزام لا يقتصر على فصل الالتزام عن سببه او مجرد افتراض السبب ، و انما يتحقق في احوال اخرى خارج هذا الاطار ، لذلك لا يكون هذا المعيار جامعا مانعا

اما ما قيل بأن الالتزام المجرد هو الالتزام الذي يجرد من الارادة الباطنة ، فهو ان كان يم صورة بارزة للالتزامات المجردة ، كونه يؤدي الى ابقاء الالتزام صحيحا بالرغم مما قد يعتوره من عيوب الارادة ، فان ما يؤخذ على هذا الرأي انه حاول ان يجمع بين السبب بمعنى الباعث الدافع الى التعاقد و عيوب الارادة كمعيار للتجريد ، و في نظرنا فان هذا التوجه لا يفيد في دفع ما

يمكن ان يوجه اليه من انتقاد ، لأن توجه هذه النظرية مفاده اضعاف عيوب الارادة الى السبب و جعل التجريد شاملا لكليهما ، و الواقع يبين لنا ان تجريد الالتزام لا يقتصر على السبب و عيوب الارادة ، و انما يمكن ان يشمل دفوعا اخرى خارج هذا الاطار .

ن الاخذ بهذا الرأي يؤدي الى الالتجاء الى وسائل غير تعاقدية مثل الاثراء بلا سبب و المسؤولية التقصيرية لمعالجة خروج بعض جوانب التصرفات المجردة عن نطاق التجريد ، و هو امر يوضح لنا جليا قصور هذه النظرية في معالجة خروج بعض جوانب الالتزامات المجردة عن يد ، و التي اخفقت هذه النظرية في جعل التجريد يشملها .

اما ما قيل بأن تجريد الالتزام يقتضي منع الاحتجاج ببعض الدفوع في مواجهة بعض الاشخاص ، فلنا على هذا الرأي - بالرغم من اننا نتفق مع الاطار العام الذي جاء به -

اولها ان هذا الرأي تبني معيارا تعوزه الدقة في بعض جوانبه ، فمثلا في تحديد الاشخاص الذين لا يجوز في مواجهتهم استخدام الدفوع التي تم تجريد الالتزام منها ، بعد ان حدد المقصود بالالتزام المجرد من انه الالتزام الذي لا يجوز فيه الاحتجاج ببعض الدفوع بالنسبة لبعض الاشخاص ، فهذه الفكرة تبدأ ببداية لا تؤدي الى النهاية المنطقية منها ، فهي لا تنتهي بالنهاية المقصودة ، خصوصا عند محاولة تحديد الدفوع التي يتجرد منها الالتزام ، حيث نجد المعيار الذي تبناه هذا الرأي مشتتا بين ثلاث جهات يخولها هذا الرأي تولى عملية تحديد هذه الدفوع ، فتارة يتولى المشرع هذا ديد ، و تارة اخرى لا يقوم المشرع بتحديد تلك الدفوع تفصيلا ، و يتيح المجال ليتولى تحديدها

العرف في احيان اخرى ، و هو ما يضعنا في ارباك واضح في محاولة تحديد تلك الدفوع ؟

ثم يتبنى طريقة تحديد الدفوع و الاشخاص بمعيار واحد ، و هو الحكمة التي من اجلها شرع تجريد الالتزام ، و عن طريق الحكمة من التجريد فانه يقصر التجريد على الغير الذي يتلقى حقا ناشئا عن العلاقة القانونية ، لأنه هو الجدير بالحماية ، و الطرف في العلاقة القانونية او المتعاقد لا يكون جديرا بهذه الحماية ، فما اعتمده هذا الرأي من معيار الحكمة من التجريد في تحديد الدفوع و الاشخاص الذين يشملهم التجريد معيار تعوزه الدقة ، و ذلك لأن الحكمة تعتبر معيارا عقليا ليس له اطار ثابت و محدد ، و لو فرضنا جدلا امكانية تبنيه ، فستعترضنا عقبة مفادها ان الحكمة من اقرار التجريد في كل نظام قانوني تختلف عن الاخر ، فضلا

من اقرار التجريد في القانون المدني تختلف عن الحكمة التي تقف وراءه في القانون التجاري ، فنجد المشرع المدني يقر التجريد في الانابة لحكمة اقتضتها الانابة في الوفاء ذاتها ، لأنه لولا هذا التجريد لكانت الانابة تجديدا او كفالة و لما بقيت لها اية خصوصية تذكر ، كما الحال في التجريد المقرر في الاوراق التجارية و الذي هو تجريد اقتضته وظيفة الاوراق التجارية و مقتضيات السرعة و تسهيل التعامل التجاري و تقوية الائتمان الذاتي في الاوراق التجارية ، و ما دامت الحكمة التي اقتضت اقرار التجريد مختلفة كما تقدم ، فهذا يعني اننا لا نستطيع اللجوء الى هذه الحكمة لتحديد الدفوع ، و حتى اعتماد معيار الحكمة لتحديد الاشخاص الذين يمسهم التجريد ، لا يصلح لهذه المهمة ، فالقول بان حكمة التجريد تقضي بان الذي يستفيد منه هو الغير الاجنبي عن العلاقة القانونية ولا يستفيد منه الطرف المباشر فيها ، قول مردود لأن التجريد يشمل الطرف في العلاقة القانونية () و الغير الاجنبي على حد سواء ، لاسيما و ان المشرع لم يحدد مباشرة الطرف الذي يكون الالتزام في مواجهته مجردا ، و انما قصد من التجريد الالتزام ذاته بصورة

مباشرة ، و سواء كان هذا التجريد في مواجهة الدائن او في مواجهة الاجنبي ، و القول بخلاف ذلك نعهه تضييقا للنصوص اكثر من اللازم .

ثم ان هذا الرأي سيؤدي الأخذ به الى جعل التزامات غير مجردة بمثابة التزامات مجردة ، في حين ان الواقع العملي و القانوني يشير الى غير ذلك ، فمؤدى هذا الرأي سيجعل من انظمة قانونية ثلاثية الاطراف كالاشرط لمصلحة الغير و الكفالة مثلا ، مثالا للتجريد بينما هي عكس ذلك ، و في ذات الوقت تخرج انظمة قانونية هي تطبيق صريح للتجريد من طائفة التجريد ، لأن الطرف المقصود من التجريد هو المتعاقد و ليس الغير .

لذلك يكون في النظريات المتقدم ذكرها تضاربا في الافكار لا يمكن معه الخروج بواسطتها بمعيار منضبط جامع مانع للتجريد .

و في خضم هذا الاختلاف الكبير ، و نحن في اطار اشكالية البحث عن معيار تجريد الالتزام و في ظل النقص الذي يعترى ما تقدم من الافكار المتقدم ذكرها ، فإننا نرى ان هنالك حقيقة قانونية - واقعية تقف وراء تحديد معنى التجريد ، لا يمكن وضعها او قولبتها في اطار واضح المعالم و محدد الابعاد ، و السبب في ذلك هو ان التجريد في القانون المدني استثناء عن الاصل العام الذي يقضي بعدم التجريد ، و المتمثل بقاعدة سريان الدفع ، لذلك فان هذا الاستثناء لا يمكن القبول به ما لم يكن مقررا بنص قانوني ، و يبقى هذا الاستثناء فاعلا في الحدود المرسومة له و لا يجوز التوسع فيه و لا القياس عليه ، و سنتولى توضيح هذا النظر في الملاحظات الاتية :

- في القانون المدني نجد المبدأ العام المطبق فيه يقضي بسريان الدفع و جواز الاحتجاج بها في مواجهة الدائن ، و سواء كانت هذه الدفع مستمدة من الالتزام ذاته ام من عيب لحق ارادة احد اطرافه ، او غير ذلك من الدفع ، و هذا يعود الى اسباب تتعلق بطبيعة التعامل المدني و ظروفه و نوعية الاشخاص المتعاملين فيه ، و عليه فانه يكون لمن التزم بالالتزام مدني ناشيء عن احد مصادر الالتزام ان يتمسك في مواجهة الدائن بأية دفع يتمكن بواسطته من دفع مطالبة الدائن بتنفيذ هذا الالتزام ، ولكن بسبب ظروف خاصة و اعتبارات يقدرها المشرع ، يمكن استثناء و بنص القانون حجب قدرة المدين من التمسك بالدفع تجاه الدائن حسن النية لحكمة ابتغاها المشرع .

- لا يمكن بأي حال من الاحوال استعارة النظام القانوني للتصرف المجرد في القانون المدني الالمانى ، و تطبيقه على الأنظمة القانونية التي اعترف بها القانون المدني ، كما في الانابة في الوفاء و حوالة الدين ، و السبب في ذلك هو ان التصرف المجرد يعتبر اصلا و نوعا مميزا للتصرف القانوني يقر به المشرع الالمانى كقاعدة عامة و له تطبيقات قانونية متميزة ، و يمنح - للأطراف ان يتفقا على تجريد علاقتهما القانونية ، و

بذلك يستطيع اطراف العلاقة القانونية باتفاقهما ان يحصنا علاقتهما من أن تتأثر بأي عيب يمكن ان يتعلق بالسبب او بعيوب الارادة .

- لا ينكر ان ما يمكن ادراكه عن التزامات مجردة في القانون المدني سواء في الانابة في الوفاء او في حوالة الدين او تطبيقات القانون التجاري تدخل في كثير مما جاءت به الاراء السابقة ، و لكن ليس من الحكمة تبني ما جاءت به نظرية واحدة و طرح الباقي لأن في ذلك قصور واضح سبق بيانه .

- و لو امعنا النظر في الموقف القانوني في التشريعات المدنية النافذة ، لوجدنا في هذا الموقف ما يدعم فكرتنا القائلة بأن المشرع هو الذي اقام هذا الاستثناء و اقره ، و بالتالي فان الاساس الذي نقوم بموجبه بتحديد اطار و حدود التجريد هو النص القانوني ، و لا نذهب بعيدا لإفترض ما او لتقييد معين ، فالنطاق هو ما فرضته النصوص القانونية ، و الحدود هي ما رسمته تلك النصوص ، و الاشخاص هم من قصدتهم تلك الاحكام ، بعيدا عن الافتراضات و التأويلات التي يمكن ان تحمل النصوص اكثر مما تحتمل ، فنجد المشرع اليوم لا يتقيد بنظرية او رأي معين ، و انما هو يتبنى من الاحكام ما ينسجم مع السياسة التي يقصدها ، و بغض النظر عن اتساق تلك الاحكام مع ما تقول به نظرية ما او تتبناه اخرى ، فعندما يقرر المشرع مثلا بان المدين لا يستطيع ان يدفع التزامه في مواجهة الدائن على نحو ما ، فهذا يعني ان المشرع قصد بذلك امرا ، قد نتوصل اليه او لا نتوصل ، و لكننا في النهاية نلتزم بحكم المشرع ، لذلك فإننا عندما نجد المشرع يسقط الشكلية تارة و يسقط التمسك بها ، ثم يعترف بها ويتشدد في متطلباتها تارة اخرى ، فإننا على يقين في ان لكل حكم حكمة تقف وراءه .

و نجد المشرع احيانا يتغاضى عن الارادة الباطنة تارة و يقر بها تارة اخرى ، أو نجده يفصل الالتزام عن سببه ، و تارة يتبنى العكس ، و نجده يقرر عيوب الارادة و نراه يتغاضى عنها ، و احيانا يهدر جميع هذه الدفوع ، و ذلك حسب المقننات التي يراها في كل حالة على حده ، و لكن يبقى الحال في النهاية صلاحيته هو يقرر ما يشاء فيها بحسب ما يرتأيه هو ، و بما يحقق المصالح التي يرى ضرورة حمايتها .

يمكن يد الالتزام منها

يمكن ان :

الدفوع التي يتم تجريد الالتزام منها

// الدفوع المبنية على عيوب الارادة :

و عيوب الارادة هي الغلط و الاكراه و الغبن مع التغيرير و الاستغلال ، فقد يحدث ان ينشأ كأثر للعلاقة القانونية العقدية التي تربط الاطراف تحت تأثير واحد او اكثر من هذه العيوب ، و لما كان الاصل انه يجوز للملتزم الذي شابت ارادته هذه العيوب ان يحتج بالعييب في مواجهة ن الاستثناء على الاصل المتمثل بتجريد الالتزام من دفوعه ، يسقط الدفوع و يبقى الالتزام على حاله ، و بالتالي يلزم المدين بتنفيذه ، بغض النظر عن الدفوع التي لحقت به .

ثانيا// الدفوع المبنية على انعدام سبب الالتزام او عدم مشروعيته :

فإذا ما حصل و نشأ الالتزام دون سبب او لسبب غير مشروع ، او كان قد وجد تحفظ ذهني فانه لا يمكن الاحتجاج بهذا الدفع الا قبل الدائن الذي قصد الاضرار بالمدين الذي كان يعلم بعدم مشروعية السبب ، اما الدائن حسن النية فانه لا يمكن للمدين الدفع في مواجهته بانعدام السبب او عدم مشروعيته او الدفع بان السبب كان سوريا ، حيث لا يضره ان يكون الالتزام له سبب ، ن المشرع يفترض لكل التزام سبب موجود و مشروع ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك .

// الدفوع المبنية على فسخ العلاقة الاصلية :

في الغالب تنشأ علاقات قانونية ثلاثية الاطراف يكون الالتزام الذي تم تجريده من الدفوع وسيلة لتنفيذ التزام ناشئ عن علاقة اصلية ، فاذا فسخت العلاقة الاصلية ، فان ذلك لا يجد له اثرا بالنسبة للملتزم المدين ، اذ يبقى هو غريبا عن العلاقة الاصلية ، و ان حقه مرتبط بالالتزام الذي

نشأ بينه و بين المدين ، و لا يملك الاخير الدفع بانقضاء او فسخ العلاقة الاصلية ، في مواجهة الدائن ، و هذا الافتراض يشمل كل اسباب بطلان العلاقة الاصلية ، مثل عدم مراعاة الشكل

//

التنفيذ او باستعمال الحق في الحبس .

//

راء او اتحاد الذمة بين المدين و

//

الدائن الاصيلي ، و الدفع بالتقادم اذا كان الدين الاصيلي ينقضي بمضي مدة تختلف عن الحق

و هذه الدفع لا يجوز الاحتجاج بها في مواجهة الدائن (الغير) في حالة الاعتراف التشريعي بتجريد الالتزام منها ، الا اذا ثبت سوء نية الدائن فانه لا يستفيد من خاصية التجريد هذه .

تشريعي من تجريد الالتزام

لما كان تجريد الالتزام من دفعه في القانون المدني يمثل استثناء على الاصل العام ، و هذا الاستثناء جاء بنصوص قانونية صريحة ، اوضحت مداه و حددت معالمه بصورة واضحة و جلية ، في الوقت الذي يعتبر فيه تجريد الالتزام قاعدة عامة في قانون التجارة ، فإننا سنقسم البحث في هذا المبحث الى مطلبين رئيسيين ، نتناول في اولهما موقف القانون المدني ، و نتناول في الثاني موقف قانون التجارة ، و كما يلي :

التطبيقات القانونية الصريحة الواردة في القانون المدني ، لتجريد الالتزام من الدفع ، تجريد التزام المحال عليه في حوالة الدين قبل المحال له من الدفع الخاصة بشخص المدين تجريد التزام المناب تجاه الدائن في الانابة في الوفاء ، من الدفع الناشئة عن علاقته بالمنيب " المدين " فصيل البحث في هذين التطبيقين :

تجريد التزام المحال عليه قبل المحال له في حوالة الدين

من القانون المدني العراقي ، فان المحال عليه لا يتسنى له التمسك بالدفع الخاصة بشخص المحيل ، فقد ن " للمحال عليه ان يتمسك قبل المحال له بما كان للمحيل من دفع متعلقة بذات الدين ، و ليس له ان يتمسك بما كان من الدفع خاصا بشخص المحيل ، و انما يجوز له ان يتمسك بما كان خاصا بشخصه هو " ، و يتبين من هذا النص ما يأتي :

// ان الحكم في تجريد التزام المحال عليه من الدفع ، لا يسري على الدفع المتعلقة بذات الدين ، لأنها تبقى ملازمة له ، ولا يتم تجريدها منه ، و يحق للمحال عليه ان يتمسك بها في مواجهة المحال له .

ثانياً// اما الدفوع التي تتعلق بشخص المحيل نفسه فهذه هي الدفوع التي يتم تجريد التزام المحال عليه منها ، بحيث لا يستطيع الاخير ان يتمسك بالدفوع بالحبس او الدفع بعدم التنفيذ الثابتين للمحيل ، و غير ذلك من الدفوع التي لا تتعلق بالدين .

//
سابقة الذكر ايضا القاعدة العامة في تجريد التزام المحال عليه ، انه في العلاقة القانونية المباشرة بينه و بين المحيل ، بحيث يستطيع المدين المحال عليه ان يرد بالدفوع التي تتعلق بشخصه فقط دون الدفوع التي تتعلق بشخص المحيل .
و على ذلك مثلا ، اذا كان المحيل مشتريا من المحال له ، و احاله بالثمن قبل ان يتسلم المبيع ، فالمحال عليه لا يستطيع ان يدفع تجاه البائع المحال له بأنه لم يسلم المبيع الى المحيل .
و هذا النوع من التجريد - كما هو واضح من النص ليس تجريدا مطلقا ، اذ ان المشرع ارتأى ان يقصر التجريد على الدفوع التي تتعلق بذات الدين ، و استبعد منها ذات الدفوع التي تكون متعلقة بشخص المحيل ، و ابقى المشرع للمحال عليه الحق في ان يحتج في مواجهة المحال له بالدفوع التي تتعلق بشخصه هو .

و يحدث في الواقع العملي ان يكون سبب الحوالة موجودا في الرابطة التي تقوم بين المدين الاصيلي و المحال عليه ، فيحصل ان يبيع شخص عقارا مرهونا رهنا تأمينيا الى مشتر ، و يقوم نئ العقار المرهون - وفي عقد البيع ذاته - بتحويل الدين المضمون بالرهن الى هذا المشتري حتى ينتقل اليه مع العقار المرهون ، او ان يبيع مالك المحل التجاري محله و في عقد البيع ذاته يحول الى المشتري الديون التي على المحل ، فالمحال عليه في هذين الفرضين هو المشتري علاقة هذا الاخير بالمدين الاصيلي " " يحددها عقد البيع ، و في هذه الرابطة بالذات يقوم سبب الحوالة ، فلولا البيع لما كانت الحوالة ، و لو فرضنا ان البيع قد فسخ لسبب يقتضي الفسخ ، التزاماته او جميعها ، فلا يستطيع المحال عليه ان يت

المستمدة من العلاقة بينه و بين المدين الاصيلي ، و التي كانت سببا لالتزامه ،
الدائن يعلم وقت الحوالة ان المحال عليه ما كان ليقبل الحوالة لولا انه اشترى العقار المرهون او المحل التجاري ، فانه يكون من حقه التمسك قبل الدائن بفسخ البيع ، فيحق له الامتناع عن الوفاء بالدين محل الحوالة ، اما اذا كان الدائن لا يعلم وقت الحوالة بهذا السبب ، لم يجز للمحال عليه ان يتمسك قبله بفسخ البيع ، بل يبقى ملتزما ان يفي بالدين المحال به بالرغم من هذا الفسخ ، وله الرجوع بعد ذلك الى المدين الاصل لقواعد العامة في قضاء دين الغير.

تجريد التزام المناب تجاه الدائن في الانابة في الوفاء

هنا تظهر عملية تجريد الالتزام من الدفوع الملحقة به ، بصورة اوضح و اكثر صراحة ، حيث نجد المشرع ينص بوضوح ع " يكون التزام المناب صحيحا حتى لو كان ملتزما قبل المنيب و كان التزامه هذا باطلا او خاضعا لدفع من الدفوع ، ولا يبقى للمناب الا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره " .

قبول التعهد بالوفاء في مواجهة شخص ثالث ، كانت العملية القانونية هنا انابة في الوفاء ، و هي عملية ثلاثية الاطراف فيها المدين الاصيلي و يسمى منيبا ، و المدين الجديد و يسمى منابا ، و

المستفيد من عملية الانابة و يسمى المناب له او المستفيد ، و لتوضيح خاصة تجريد الالتزام في يفيتها على نحو مفصل نقول :

لا بد من ان نركز في الاساس هنا على علاقتين اساسيتين هما :

- العلاقة بين المنيب و المستفيد .

- العلاقة بين المنيب و المناب .

و على افتراض ان الشخص الذي يمثل محور العملية هو المنيب " المدين الاصلي " ، لأنه يرتبط بعلاقة مباشرة مع المناب و مع المستفيد ، وفي الاولى يتم الاتفاق بين الطرفين بقصد ان يلتزم المناب بان يقدم شيئاً للمستفيد ، بقصد وفاء لدين او تسديد لقرض او تبرعا التزم به في مواجهة المنيب ، اما في الثانية فيبغى المنيب من اتفائه مع المستفيد اما الوفاء بدين قائم او بقصد

و الانابة كنظام قانوني تقع صحيحة بمجرد التعبير عن الارادة من جانب المنيب و المناب بغض النظر عن ارادتهما الحقيقية ، لأن الاسباب المادية للتصرف القانوني مستقرة في العلاقات المتبادلة بين المتعاقدين ، و ينهض الالتزام الجديد في الانابة في الوفاء مستقلا عن هذه الاسباب المادية ، لذلك لا يتأثر المستفيد بالدفع التي تكون مستمدة من علاقة المنيب بالمناب ، لأن الاخير الذي وعد المستفيد لا يمكن ان يتمسك في مواجهة هذا المستفيد بالدفع التي يملك التمسك بها في مواجهة المنيب ، كما لا يملك ان يتمسك في مواجهته بدفع المنيب ضد المستفيد ، لأن مبدأ الانابة ووظيفتها هي انشاء التزام جديد الى جانب الالتزام القديم .

و يبنى على تجريد الانابة ان المناب لا يملك ان يوجه الى المستفيد ما يملكه الاول من دفع في مواجهة المنيب ، لذلك يكون التزام المناب بعيدا عن كل ما يمكن ان يؤثر بمصير الالتزام الاخر ، بمعنى ان المستفيد يحتفظ بحقوقه رغم كل ما قد يصيب حقوق المنيب .

لذلك فان صحة التزام المناب في مواجهة المستفيد ، لا يتأثر بعيوب الارادة او تخلف الغرض الشخصي او عدم مشروعيته ، ولا شيء يسعف المناب بعد تنفيذه للالتزام سوى ا المنيب بدعوى الكسب دون سبب .

و على ذلك فانه لا مندوحة من القول في هذا المقام ، ان التزام المناب تجاه المناب لديه تم تجريده من الدفع التي يمكن ان تلحق به ، و التي تنشأ بسبب العلاقة السابقة بين المناب و المنيب ، فهو مجرد عن الدفع التي كان المناب التمسك بها تجاه المناب لديه ، فلو ان الدين الذي كان في ذمة المناب للمنيب كان باطلا ، او انه كان قد انقضى بسبب من الاسباب ، او انه لم يكن مدينا اصلا ، او كان الباعث الدافع لقبول المناب للانابة كان غير مشروع ، فان ذلك كله لا يؤثر اه المناب لديه .

و لكن قد يتفق الطرفان على خلاف ذلك ، اي ان المناب و المنيب يقيما اتفاقهما على الانابة على اساس عدم التجريد ، فان اتفاقهما هو الذي يسري ، و ذلك استنادا الى صراحة النص المتقدم ذكره و الذي اجاز ان يتم تراضي الاطراف على حكم يخالف نص المادة الم بالتجريد ، و لذلك فانه اذا لم يحتفظ المناب بحقه في التمسك في مواجهة المناب لديه بالدفع التي كان له ان يتمسك بها في مواجهة المنيب ، فلا يكون له إلا تنفيذ ما التزم به ، ثم الرجوع بعد ذلك على المنيب استنادا للوكالة او الفضالة او الكسب دون سبب ه في ذلك شأن من يوفي بدين الغير .

و السبب في هذا الحكم هو ان المناب قد ارتضى ان يلتزم قبل دائن المنيب ، اما لأنه يريد ذلك او انه يبغى تنفيذ دين في ذمته ناشئ عن علاقة سابقة تربطه مع المنيب ، و اما بقصد القرض او التبرع ، و أيا كان السبب فانه على خلاف القواعد العامة لا اثر له في صحة التزام المناب قبل المناب لديه ، فهو التزام يتجرد ن دفع نشأت بموجب علاقة اخرى سابقة ، و يظهر هذا التجريد بصورة اكثر صراحة عندما يقرر المشرع بأن يكون التزام المناب صحيحا و لو كان التزامه قبل المنيب باطلا ، فاذا كان للمناب دفع يستطيع ان يدفع به مطالبة المنيب ، كطلب ابطال الالتزام لوجود سبب من اسباب البطلان ، او انقضاء الالتزام لأي سبب من الانقضاء ، فليس للمناب ان يتمسك بأي دفع من هذه الدفع في مواجهة المناب لديه ، خصوصا اذا كانت هذه الدفع ناشئة اذا احتفظ الاخير بحقه في التمسك تجاه المناب لديه بالدفع بإمكانه ان يتمسك بها تجاه المنيب و الا لا يبق امامه سوى الرجوع على المنيب وفق

و السبب الذي دعى المشرع الى اقرار هذا الحكم الاستثنائي ، هو ان التزام المناب قبل فيه التزام نشأ اصلا عند قبول المناب ، و هو بذلك التزام مستقل عن التزام المناب قبل المنيب ، و هو السبب في الالتزام الجديد ، هذا من جهة ، و من جهة اخرى ، اذا كان المناب قد قصد بقبوله الانابة التبرع للمنيب ، و كان الباعث على هذا التبرع غير مشروع ، فلا يجوز للمناب ان يحتج ببطلان التزامه قبل المناب لديه على اساس عدم مشروعية السبب ، لأنه سيتجرد هنا عن سببه بحكم القانون ، و هذا الوضع هو ما يميز الانابة في الوفاء عن الكفالة أو الحوالة ، و يقيم لها الخصوصية التي تتطلبها للقيام بوظيفتها كوسيلة من وسائل انقضاء الالتزام بما يعادل

و الحكمة من التجريد في الانابة على النحو السابق الذكر هو المحافظة على استقرار المعاملات و سرعتها ، و دعم الائتمان و ادوات الوفاء ، من جهة ، و من جهة اخرى حتى لا يكون عدم التجريد مدعاة لأن يبحث المناب عن دفع يمكن ان يعطل الانابة التي اتفق على انشائها مع المنيب عن اداء التزامه تجاه المستفيد ، و لكي لا يكون الاخير في موقف لا يحسد عليه عندما يفاجأ حين مطالبته للمناب بتنفيذ الالتزام ان الاخير قد هيا دفعا يمكن ان يؤدي الى عدم الزامه بتنفيذ التزامه في مواجهته ، في حين ان هذا الدفع ناشئ عن علاقة لم يكن المستفيد طرفا فيها ، و لم يكن له دور في انشاء هذا الدفع ، و لذلك فان التجريد الذي نراه في الانابة يفيدنا في خاصيتي الائتمان و السرعة و الحاجة الى الاستقرار الذي تتطلبه المعاملات القانونية في الحياة العملية ، لذلك تشد الحاجة الى حماية المناب لديه ، و هو الاجنبي عن علاقة المنيب و المناب ، لذلك يكون من حقه التنازل عن هذه الحماية ، فلا يوجد سبب يمنع المناب و المناب لديه من الاتفاق على ان يكون للمناب التمسك بالدفع التي كانت له قبل المنيب .

ان التجريد في الانابة يتناول احدى العلاقتين الاساسيتين دون الرابطة

الاخرى ، وكما يأتي :

// يتناول التجريد علاقة المنيب بالمناب ، فلا يجوز التمسك بأي دفع ناشئ عن هذه الرابطة الى المناب لديه ، و يمكن القول هنا بأن المناب لديه اذا كان يعلم ببطلان سبب هذه العلاقة او بوجود عيب من عيوب الارادة لدى المناب عند ابرام عقد الانابة ، فانه يكون سيء النية ، وبناء عليه فانه لن يستفيد من التجريد .

ثانيا // اما العلاقة بين المنيب و المناب لديه ، فهذه العلاقة لا يشملها التجريد و يجوز للمناب او للمنيب ان يتمسك بدفوع هذه العلاقة ، و الاحتجاج ضد المناب لديه طبقا للقواعد العامة .
هنا ان التجريد في الالة لا يقتصر على دفوع السبب و عيوب الارادة و انما يشمل دفوع الانقضاء و اي دفع اخر يمكن ان يدفع به هذا الالتزام ، و لكن هل يشمل التجريد عدم الدفع بالبطلان ، ايا كان سبب هذا البطلان ،
اسباب البطلان ، كان يكون البطلان بسبب :
- انعدام اهلية المدين .

- انعدام المحل او عدم مشروعيته او استحالة المحل او عدم تعيينه تعيينا تاما نافيا للجهالة

و هنا نتساءل سؤال له ابعاد قانونية - واقعية مفاده ، هل من الممكن ان يكون التزام المناب صحيحا رغم ظهور سبب من اسباب البطلان المتقدم ذكرها ، و يكون التزامه صحيحا رغم كونه مجنونا او محجورا عليه لسفه او عته او غفلة ، او كان قد وقع عليه اكراما او قد وقع في غلط في محل العقد او غرر المنيب بالمناب او حصل من جراء ما مورس عليه من تغرير في العقد على غبن فاحش ، او استغلت حاجته او طيشه او قلة خبرته او هواه او ضعف ادراكه فلحقه غبن فاحش من تعاقدته ، او انه التزم بالتزام محله غير مشروع ، او لم يتطابق الايجاب و القبول في العقد ؟
ككيف يمكن تطبيق النص الذي يقرر التجريد في الانابة ، تطبيقا واقعا بحيث لا يصطدم مع القواعد العامة في نظرية العقد او النظام العام
هنا يمكن ان نأخذ اتجاها وسطا ، لا يصطدم مع ما تقرره القواعد العامة من جهة ، و لا يخفي الغاية المقصودة من التجريد المقرر في الانابة ، يمكن ان يتمثل بتقسيم اسباب البطلان الى اسباب طبيعية و اسباب قانونية .

و الاسباب الطبيعية تتمثل بانعدام الاهلية و انعدام الرضا و عدم تطابق الايجاب و القبول و انعدام المحل ، و هي اسباب طبيعية لأنها من مستلزمات قيام النظام القانوني في العقد ، ولا يستوي بدونها ، فعدم الاهلية مثلا ليس لديه ارادة ليعبر عنها ، و عدم الرضا يجعل الارادة غير متعلقة بشيء يمكن ان ينتج عنه اثر قانوني ، اما عدم تطابق الايجاب و القبول فينفي تعلق ترد عليه ، اما انعدام المحل فانه يؤدي الى استحالة مادية ينجم عنها استحالة قانونية ، لذلك تتعلق هذه الاسباب بحالات طبيعية تؤدي الى انعدام العقد .

اما الاسباب القانونية ، فتتمثل بما ارتآه المشرع من اسباب ، رأها تحمي مصالح الافراد بشكل عام و فيها ضمانات للاستقرار القانوني و الاجتماعي في المعاملات ، و هي عدم مشروعية السبب روعية المحل او عدم سلامة الرضا من العيوب ، فهي بجملتها اسباب لولا ان المشرع جعلها اسبابا للبطلان لكان العقد الذي ينعقد في ظلها صحيحا منتجا لآثاره .

لذلك نرى ان اسباب البطلان التي يقصد المشرع تجريد التزام المناب منها هي الاسباب القانونية دون الطبيعية ، لأنه هو الذي يقررها و بالتالي له المكنة في ان ينفبها اذا ما تطلبت

الطبيعية للبطلان من دائرة التجريد ، فيجوز التمسك بها كدفوع يستطيع المناب ان يحتج بها على المنيب في الدين الذي للمنيب في ذمة المناب ، و من ثم يجوز الاحتجاج بها ضد المناب لديه .

اما الاسباب الطبيعية فلا يجوز الاحتجاج بها في مواجهة المناب لدية الا اذا كان سيء النية ،
بذلك تكون احكام النص القانوني الذي ينص على التجريد منسجم مع القواعد العامة في
نظرية العقد و مع تجريد الالتزام في آن واحد .

يتبنى المشرع التجاري كقاعدة عامة مبدأ تطهير الدفع ، و هو المبدأ المناظر لتجريد
الدفع في القانون المدني ، و الفرق بينهما ان المشرع التجاري يجعل من تطهير الدفع قاعدة
عامة ، بينما يجل المشرع المدني تجريد الالتزام من الدفع استثناء على القاعدة العامة ، التي
تقضي بصحة التمسك بالدفع لمن وجد دفع لمصلحته ، و السبب في هذا الموقف المتباين يرجع الى
طبيعة المعاملات التي يتناولها بالتنظيم كل من القانونين ، و ان كانت فكرة التجريد واحدة ، فحيث
بيغي القانون المدني الى تنظيم معاملات قانونية تتسم بالبساطة و عدم التعقيد و السهولة ، نجد
القانون التجاري ينظم نوعا اخر من المعاملات يتصف التعامل بها بالسرعة و تتطلب لإنجازها
من الثقة و الائتمان لا تتطلبه المعاملات المدنية ، فنجد من تطبيقات تطهير الا
الدفع في قوانين التجارة ما يأتي :

- التزام الموقع على الورقة التجارية تجاه الحامل الاخير حسن النية ، التزام مجرد
الدفع المبنية على علاقاته الشخصية بساحبها او بحاملها السابقين .
- التزام المصرف في عقد الاعتماد المستندي تجاه المستفيد و كل حامل حسن النية للورقة
التجارية المسحوبة تنفيذا للعقد الذي فتح الاعتماد بسببه .
- مبلغ معين الى المستفيد في خطاب الضمان ، التزام مجرد عن
الدفع الناشئة عن علاقة المصرف بالأمر ، و ايضا مجرد عن الدفع الناشئة عن علاقة الأمر
بالمستفيد .

ان التجريد في القانون التجاري يعمل بشرط ان يكون الدائن حسن النية ،
و ان يكون في الحدود التي رسمها المشرع و الدفع ، و على ذلك لا يجوز توجيه
دفع تتعلق بعدم مشروعية السبب او بعدم وجود مقابل الوفاء او بعيب من عيوب الارادة او
بصورية السبب او بانقضاء الالتزام او بعدم التنفيذ او باستعمال حق الحبس ، هذا من جهة ، و من
جهة اخرى ، لا يمكن توجيه الدفع التي لا يمكن معها الادعاء بحسن النية ، و هي الدفع
المرتبة على عيب شكلي في الورقة التجارية ، و كذلك يمكن توجيه دفع اخرى تفوق الاعتبارات
املتها على اعتبارات استقرار التعامل و دعم الائتمان ، و هي الدفع المتعلقة بتزوير التوقيع
او بانعدام الصفة و كذلك الدفع بنقص الاهلية ، ان منطبق تجريد الالتزام من سببه و الحكمة
منه تتدخل فتقتصر الا فادة من هذه الدفع الاخرة على من تعلق به من الموقعين ف
سواهم ، لذلك يضل التجريد ساريا و قائما في حق من لا يدعي تزوير التوقيع او انعدام الصفة او
نقص الاهلية ، من بين الموقعين على الورقة التجارية .

و يبنى على ما تقدم ان فكرة تجريد الالتزام من سببه تستوجب تبني مبدئين هامين في قانون
الصرف ، هما مبدأ تطهير الدفع و مبدأ استقلال التوقيع ، و لكن اذا ما اقيم البرهان على ان
حامل الورقة التجارية كان يعلم وقت تلقي هذه الورقة بوجود عيب السبب او عيب الارادة ،
فيصبح ملوث اليد بسوء النية ، و ان سوء النية هذا يجرمه من ان يستفيد من تجريد الالتزام ، و

يجوز الاحتجاج عليه فوع لأنه يأخذ حكم الطرف المباشر عليه فلا تجريد بينه و بين مدينه و حيث ان الاوراق التجارية تعتبر من اهم ادوات الائتمان التجاري في الوقت الذي تعتبر فيه ادوات وفاء ، و من وظائف تجريد الالتزام من سببه في اطار التعامل بها هي ان تسبغ على هذه الاوراق القوة الكافية التي تمكنها من ادائها الوظيفتين المتقدم ذكرهما ، لكي يكون الضمان فيهما قويا عندما تكون ادوات للائتمان ، و يكون الوفاء بهما مضمونا عند ميعاد الاستحقاق ، و من اجل ذلك يمنع التمسك بالدفع المتقدمة ، و بذلك تصبح الاوراق التجارية شبيهة با

// :

- يعرف تجريد الالتزام من الدفع ، بأنه تعطيل اثر الدفع الملحقة بالالتزام و حجب التمسك بها في مواجهة الدائن الذي يتلقى بطريق قانوني حقا من احد اطراف العلاقة القانونية ، سواء اكان طرفا فيها او اجنبيا عنها ، ما لم يكن قد علم بتلك الدفع او توفرت له سبل العلم بها ، و ذلك حفاظا على استقرار التعامل و تسهيل تداول الحقوق و تيسير انتقالها من ذمة الى ذمة .
- يعد تجريد الالتزام وسيلة حماية الدائنين في العلاقات العقدية خصوصا و العلاقات القانونية بشكل عام ، الا هذا التجريد ليس بالأمر السهل تعميمه في اطار المعاملات المدنية ما ينطويه خطورة كبيره ، اذ لو فتح الباب على مصراعيه امام تجريد الالتزامات من دفعها ، فإننا سنشهد اضطرابا و عدم استقرار في المعاملات ، يمكن ان يؤدي بالنهاية الى انهيار الذي يحكم العقود بالكلية لما سيؤول اليه من عدم استقرار في التعامل ، سيكون مدعاة للعزوف عن العقد كوسيلة للتعامل و التبادل على مر العصور ، فالمتعاقدين سيبتعد قدر ما يستطيع عن الوسيلة التي لا توفر له الحماية المعتادة في التعامل ، لأنه سيفاجأ بالتأكد في اطا تنفيذه الالتزامات العقدية بان الطرف الاخر يختبئ وراء دفع لا يستطيع هو التمسك به لأنه ارتبط بالالتزام قانوني تم الاتفاق على تجريده من الدفع ابتداء ، و هو ما يحدث شرخا لا يمكن رأبه في ابرز و اهم الاساليب القانونية للتعامل الا و هو العقد .
- لا يصح ان ينش تجريد لتمام من دفعه ما لم ينص عليه المشرع صراحة التجريد هو خلاف الاصل ، و لما كان الامر كذلك فانه لا يجوز التوسع في الاستثناء ، و عليه فانه يجب لتجريد الالتزام من دفعه ، ان ينص عليه المشرع بنصوص صريحة ، كما يشترط توفر حسن النية النية مبدأ مقرر في مرحلة تكوين العلاقة العقدية و حين تنفيذها ، و لا يستفيد من حالة تجريد الالتزام من الدفع سوى الدائن حسن النية لأنه الجدير بالحماية .
- ان الاساس الذي تقوم بموجبه بتحديد اطار و حدود التجريد هو النص القانوني ، و لا نذهب بعيدا لإفترض ما او لتقييد معين ، فالنطاق هو ما فرضته النصوص القانونية ، و الحدود هي ما رسمته تلك النصوص ، و الاشخاص هم من قصدتهم تلك الاحكام ، بعيدا عن الافتراضات و التأويلات التي يمكن ان تحمل النصوص اكثر مما تحتل .
- لما كان القصور باديا فيما جاءت به النظريات الفقهية التي حاولت تحديد نطاق الدفع التي يتجرد الالتزام منها ، بحيث لا نستطيع القول بأن

نظرية منها ، حيث جاء موقفه ذلك انسجاما مع الغايات و الاهداف التي يرمي المشرع الى تحقيقها في ضوء اعتبارات استقرار التعامل و مقتضيات العدالة .

- اخذ المشرع المدني بتجريد الالتزام على سبيل الاستثناء من الاصل العام في جواز الاحتجاج بالدفع في القانون المدني ، و لما كان الاستثناء لا يجوز التوسع فيه و لا القياس عليه ، فإننا نرى بان هذا الاستثناء لا يفترض افتراضا ، و لذلك لا نستطيع القول في اطار القانون المدني ان المشرع قد تبنى تجريد الالتزام في موضعين لا ثالث لهما ، و هما الانابة في الوفاء و حوالة الدين ، فضلا عن انه لم يتبن التجريد على درجة واحدة في كلا النظامين ، فقد تبنى التجريد بشكل مطلق في الانابة في الوفاء ، و بشكل نسبي و مقيد في حوالة الدين ، و حتى في الانابة في الوفاء خفف من هذا الاطلاق عندما قرر للأطراف الحق في ان يتفقوا خلاف ذلك ، و هذا الموقف عكس موقف قانون التجارة ، فقد تبنى هذا القانون تجريد الالتزام كقاعدة عامة ، ولم يجز حتى الاتفاق على خلافها في احيان كثيرة ، كما في بعض احكام الاوراق التجارية فيما يتعلق بمبدأي استقلال التوقييع و عدم جواز الاحتجاج بالدفع ، و في بعض احكام العمليات المصرفية

ثانيا // :

نتوجه بمقترحنا ابتداء الى المحاكم ، و هي تتولى تطبيق احكام النصوص القانونية على يعرض امامها من وقائع ، و هي اقرب ما تكون منها و اكثر اتصالا بها و ادراكا لمقتضياتها ، و المحاكم اذ تستشعر في احكامها العدالة و الانصاف ، و تلتمس الحلول العملية بعيدا عن المجردات النظرية و الابنية الفكرية ذات القالب الفني الذهني الخالص ، ان تضع نصب عينيها مبدأ التوفيق و المواءمة بين الحقيقة الواقعية و النظام القانوني ، فكما يعنى المشرع باحكام الصنعة التشريعية ، لا بد ان يعنى القاضي باحكام صنعة الحكم القضائي الذي سيكون بحق عنوان العدالة ، و من ثم لا ننسى دور المشرع القانوني و هو بيده عنان التجريد ، لما له

الاثار المترتبة على بعض الاوضاع القانونية و لاسيما الدفع ، ما دامت مصلحة الجماعة تتحقق في تفعيل هذه السلطة ، لكن بحدود معلومة و معروفة الغايات ، لأننا بخلاف ذلك و بدون هذا التوافق و الانسجام بين ما هو تشريعي و قضائي سنجد المحاكم و المشرع كليهما قد ابتعدا عن تحقيق التوازن و الانسجام و الاستواء بين اعتبارات العدالة و اعتبارات المحافظة على استقرار التعامل ، و لا شك في ان النظام القانوني سيكون مثاليا كلما كان هذا التوافق و الانسجام متحققا بدرجات عالية .

. 4

انتهى ...

" الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين /
و مدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بان ينقل حقا عينيا او ان يقوم بعمل او ان يتمتع عن عمل... " ...
عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ،
الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان
- النظرية العامة للالتز -
كلية الحقوق ،
و ما بعدها .

البحرين ،
كما يمكن ان ينشأ عن مصادر اخرى تتمثل بالإرادة المنفردة و الفعل الضار و الكسب دون سبب و القانون
للمزيد في مصادر الالتزام ينظر د. السنهوري : الوسيط ، المرجع السابق ، ص . ما بعدها ، و أ د .
و ما بعدها .

: - يكون
- ويفترض في كل التزام ان له
يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقدّم دليل على غير ذلك . - اما اذا ذكر سبب في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي
حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك.
للمزيد في تأصيل قاعدة سريان الدفع المقررة في القواعد العامة في القانون المدني ينظر د. هوري :
الوسيط ، المرجع السابق ، ص و ما بعدها ، و التي تناقض في مفهومها قاعدة عدم سريان الدفع المقررة
في القانون التجاري ، و المتمثلة بقاعدة عدم الاحتجاج بالدفع المطبقة في الاوراق التجارية ، للمزيد في هذه
القاعدة ينظر د.
و ما بعدها .

5. Tien Dien (N) : Le formalisme en matière contractuelle dans les droits français et
vietnamien , Université Panthéon-Assas, Ecole doctorale de droit privé ,Thèse de
doctorat soutenue le 30 novembre 2011 , p – 17 etc .

و هو موقف
او قابلا للابطال كما في التشريع المدني المصري
البحريني ، للمزيد من التفصيل في ذلك ينظر : . السنهوري : الوسيط ، المرجع السابق ، ص و ما بعدها
: النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص

للمزيد من التفصيل
في المانيا و مصر ينظر : . محمود ابو عافية :
القانون المصري المقارن ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ،

كما تقضي احكام حوالة الحق بأن الحق ينتقل من المحيل الى المحال اليه بكل ضماناته و دفعه ،
فيستطيع المحال عليه ان يدفع في مواجهة المستفيد بكل الدفع التي كان من الممكن ان يواجه بها المحيل ...
و هو ما اقرته المواد
... للمزيد في ذلك ينظر : .

الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج منشورات الحلبي الحقوقية ، ط
، بيروت لبنان ،
و ما بعدها .

: . محمود ابو عافية :
و ما بعدها .
ينظر نص المادة من القانون المدني العراقي و المتعلقة بتنظيم العلاقة بين المحال عليه و المحال له
في حوالة الدين ، و المادة لفة بتنظيم العلاقة بين المنيب و المناب في الانابة في الوفاء ، حيث
" للمحال عليه ان يتمسك قبل المحال له بما كان للمحيل
من دفع متعلقة بذات الدين وليس له ان يتمسك بما كان من الدفع خاصا بشخص المحيل وانما يجوز له ان
يتمسك بما كان خاصا بشخصه هو . " يكون الالتزام المناب صحيحا حتى لو

كان ملتزما قبل المنيب وكان التزامه هذا باطلا او خاضعا لدفع من الدفع ، ولا يبقى للمتاب الاحق الرجوع على المنيب، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره. "

. ينظر . محمود ابو عافية :

. عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط

. حشمت ابو ستيت : نظرية الالتزام في

القانون المدني الجديد ، الكتاب الاول ، ط القاهرة
النظرية العامة للالتزام ، ج - الالتزام في ذاته القاهرة ،
و كذلك ينظر في الفقه الفرنسي :

- David (R) : Les grand systèmes de droit contemporains , Paris , 1966 , p -
328 etc .

و في الفقه الانكليزي ينظر :

- Wilson (J) : Principales of the law of contracts , London , 1957 , p- 75 .

. . محي الدين اسماعيل علم الدين : نحو مفهوم جديد للتصرف المجرد ، مجلة ادارة قضايا الحكومة ، ع
، يناير ، و ما بعدها .

. م ، حيث يقر القانوني المدني الالمانى صورتين للتصرف القانوني المجرد هما التعهد

المجرد بالوفاء و الاعتراف المجرد بالدين .

. . محمود ابو عافية :

. . محمود ابو عافية :

. . محمود ابو عافية :

. . محمود ابو عافية : نفسه

. . وليم سليمان قلادة : التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري ، دراسة مقارنة ، ط ، القاهرة ،
المطبعة التجارية الحديثة ،

. و عيوب الارادة في القانون المدني العراقي هي ا حيث تنص " - الاكراه هو

اجبار الشخص بغير حق على ان يعمل عملا دون رضاه ، عيب الغلط و قد نصت المادة " -

وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشارا اليه فان اختلف الجنس تعلق بالمسمى وبطل لانعدامه
ختلف الوصف فان كان الوصف مرغوبا فيه تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده الا انه يكون

" - اما عيب التعبير م

المتعاقدين بالآخر وتحقق ان في العقد غبنا فاحشا كان العقد موقوفا على
تنتقل دعوى التعبير لوارثه.... " - مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد

ما دام الغبن لم يصحبه تعبير.

- على انه اذا كان الغبن فاحشا وكان المغبون محجورا او كان المال الذي حصل فيه الغبن ما

فان العقد يكون باطلا . - لا يجوز الطعن بالغبن في عقد تم بطريق المزايمة العلنية. " اما عيب الاستغلال فقد
" اذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه

فلحقه من تعاقد غبن فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول، فاذا
كان التصرف الذي صدر منه تبرعا جاز له في هذه المدة ان ينقضه " .

. و هذه القاعدة تجد لها صدى واسعا في احكام القانون التجاري ضمن قواعد قانون الصرف المنطوي تحت

، الاوراق التجارية ، دار الثقافة ، عمان

" ينتقل الحق الى المحال له بصفته و ضماناته كالكفالة

" للمحال عليه

والامتياز والرهن وتعتبر الحوال

ان يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له عند صيرورة الحوالة نافذة في حقه ان يحتج بها على المحيل كما يجوز له ان يحتج الخاصة بالمحال له وحده " .
. ينظر د. علي جمال الدين عوض : الاوراق التجارية ، ج مطبعة جامعة القاهرة ،
بعدها ، و قارن مع . مصطفى كمال طه : مختار بريري :

. محمود الكيلاني :
- الاوراق التجارية ، المطابع التعاونية ، عمان
ووفق القواعد العامة في الالتزام فان التصرف الصوري ليس له وجود فيما بين المتعاقدين ، بل هو منعدم ،
اما فيما بين المتعاقدين و الغير فتغلب مصلحة الغير حيث يستطيع ان يتمسك بأيهما يحقق مصلحته سواء كان
التصرف الحقيقي او ال
. و قد يقتضي الحال منح ناقص الاهلية - حماية لماله و مراعاة لضعف ادراكه و قلة خبرته - تغليب هذا
الاعتبار على التجريد في بعض الاحوال ، كما في الاوراق التجارية ، فيجوز للقاصر وحده ان يتمسك ببطلان
الالتزام لمصلحته ، و لا يمنعه من ذلك تجريد التصرف ، و من نافذة القول ايضا ان المدين يستطيع ان يحتج
بانعدام ارادته في مواجهة الدائن في الالتزام المجرد ، كما في حالة تزوير التوقيع في الاوراق التجارية و حالة
انعدام الصفة في التوقيع ...
. محي الدين اسماعيل علم الدين :
د ابو عافية :
و ما بعدها ،

. السنهوري يذكر ان الفقهاء الالمان يقررون بان التزام المناب لديه المجرد في
الانابة لا يمكنه من ان يحتج بالدفع التي كان يستطيع المنيب ان يحتج بها ، و يذهب الى ان المناب في التقنين
المدني المصري لا يلتزم نحو المناب لديه التزاما مجردا ، الا فيما يتعلق بالدفع التي كان يستطيع ان يحتج بها
على المنيب ، اما الدفع التي كان المنيب يستطيع ان يحتج بها على المناب لديه ، فلا يوجد نص يجعل التزام
المناب فيها مجردا ، ... ، للمزيد في هذا الرأي ينظر د. السنهوري : الوسيط ، ج و هـ ، وبموقفه
هذا يكون قد خالف رأي اغلب الفقه و التوجه القضائي المصري الذي يذهب الى انه لا يجوز للمناب ان يحتج على
المناب لديه بالدفع التي تكون للمنيب في مواجهة المناب لديه ، للمزيد ينظر . محمود ابو عافية :
وما بعدها ، و د.
: و ما بعدها ، و كذلك احكام محاكم

فبراير سنة

، و ايضا استئناف مختلط مايو سنة

- اول ديسمبر سنة

(، و يشير د. السنهوري الى ان المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني المصري تبين ان الفكرة
الجوهرية في الانابة هي ان تعهد المناب قبل المناب له تعهدا مجردا ... للمزيد في ذلك ينظر د. السنهوري :
الوسيط ، ج ، المرجع السابق ، هامش ص
. محمود ابو عافية :

. و نفس هذا الكلام ينطبق على المادة
المدين و جب على الدائن ان يتقدم في التفليسة بالدين الا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما اصاب
الكفيل من الضرر من جراء اهمال الدائن .
من المدين في مقابل الدين شيئا اخر برئت ذمة الكفيل ، حتى لو استحق هذا الشيء
بالحق في الرجوع على الكفيل في هذه الحالة " حيث انه من الواضح في كلا المادتين ان الكفيل يستطيع ان يدفع
كليا او جزئيا مطالبة الدائن له ، و ذلك بدفع نشأت بسبب علاقة المدين بالدائن .
. ينظر خلاف ذلك د. محي الدين اسماعيل علم الدين :
افية :

. . السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، ج
. . السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، ج

. . السنهوري : الوسيط :

، وفي الفقه الفرنسي ينظر :

- Capitant : op cit , n – 179 , p – 398 .

. محمود ابو عافية :

. ينظر د. محي الدين اسماعيل علم الدين :

. . محمود ابو عافية :

. . محمود ابو عافية :

. ينظر في هذا الموقف د. محي الدين اسماعيل علم الدين ، المرجع السابق ، ص وما بعدها ، بينما يذهب بعض الفقه و نحن نؤيدهم في ذلك الى ان التجريد لا يمكن القول به هنا لأنه لم يتقرر بنص من القانون ، ... للمزيد في هذا الرأي ينظر د. : التأمينات الشخصية و العينية ، القاهرة

. اذ يبدو ذلك مناسباً للوهلة الاولى لنظام الاشتراط لمصلحة الغير و حوالة الحق ايضاً ، و لكن لما كان الانطباع الغالب في نظام الاشتراط هو انه ينشأ في الغالب الاصح بصفة تبرعية ، خاصة في المحيط العائلي كما في التأمين على الحياة ، في الوقت الذي يمكن ان تكون المعاوضة قائمة في الاشتراط لمصلحة الغير و ذلك في علاقة المشترط بالمنفع ، و هذه الحالة يمكن ان تبرر قيام التجريد و تسوغ تقريره ، كما ان ذلك يمكن من اضافة صفة التجريد على التزام المدين في حوالة الحق ، ولكن ذلك سيقرب حوالة الحق من الاوراق التجارية ، و في هذه الحالة سيكون اللجوء الى الاوراق التجارية من اول الامر اولى ، سيما و انها اوراق تعد مناسبة لانتقال الديون التجارية و المدنية على السواء ، و بذلك فان مسايرة هذا المنطق ستؤدي الى القول انه من المناسب ان يتعقب المشرع الحالات التي ينتقل فيها الحق الى الغير او ينشأ في ذمة الغير ابتداء فيجعل التزام المدين فيها مجرداً ، نفس المنطق يمكن ان ينطبق على العلاقات القانونية الناشئة عن حالة التنازل عن الايجار او التنازل عن المقولة ، فيما يتعلق بالتزام المتنازل اليه تجاه الدائن حيث يكون التزامه مجرداً من الدفع التي له في مواجهة المتنازل . و هو ما سمح به المشرع المدني في الانابة عندما اورد في الشطر الاخير من المادة

" ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره "

. التي تقابلها المادة

. السنهوري : الوسيط ،

. . اسماعيل غانم :

هـ

هنا ان الفقيه الفرنسي DE PAGE يطرح فكرة مقارنة من هذا النظر في محاولة منه لتحديد نطاق التصرف المجرد ، فيذكر وجود نوعين من التصرف المجرد ، احدهما تصرف مجرد بصفة مطلقة ، ويكون ذلك عندما يوجد طرف ثالث في التصرف ، و يضرب مثالا على ذلك بالإنابة في الوفاء ، و يبين انه في هذا النوع من التصرف المجرد يتأثر جوهر الحق ذاته بالتجريد ، اما النوع الاخر من التصرف المجرد فهو التصرف المجرد النسبي ، و يضرب مثالا على ذلك بالسند غير المسبب ، فهذا النوع لا يبقى صحيحاً رغم عدم وجود السبب او عدم مشروعيته ، و انما يترتب عليه قلب عبء الاثبات ، بحيث يصبح للمدين ان يثبت وجهاً من هذه الواجه ، فيترتب على ذلك بطلان التزامه ... للمزيد في ذلك ينظر :

- De page : op cit , p - 181 etc .

. . محمود ابو عافية :

و ما بعدها .

. . محمود ابو عافية :

. . محمود ابو عافية :

. و كذلك نجد التصرف الشكلي معروفاً ايضاً في القانون انكليزي ، و يرجع ذلك الى قانون نشأ في الاصل على الشكليات و تعدد الاجراءات امام المحاكم ، و لم تكن القواعد الموضوعية فيه بنفس

كثرة القواعد الشكلية ، و لم يكن للأخيرة منطق قانوني تخضع له ، لذلك كانت القاعدة فيه منذ القدم هي وسائل
" REMEDIES PRECEDE RIGHTS " و مقتضى هذه القاعدة هو ان التوصل
الى الحصول على الحق يأتي عن طريق اعتماد قواعد اجرائية غالبا لا عن طريق قواعد موضوعية ... للمزيد في
ذلك ينظر :

- David(R): op cit , n- 274, p- 328 .

القوانين الجرمانية ايضا و خصوصا القانون المدني الالمانى ، هذه النظرية في تطبيقين شهيرين هما
، التعهد المجرد بالوفاء ، و الاعتراف المجرد بالدين ، للمزيد في ذلك ينظر : . محي الدين اسماعيل علم الدين :
محمود ابو عافية :

. . ابو عافية :

. . محمود ابو عافية :

. و من القائلين بهذه النظرية و المتحمسين لها الفقيه الفرنسي كابيتان (Capitant) ، حيث يفسر على اساسها
مستهديا باعتبارات تاريخية و مقربا بينها و بين المادتين
من قانون الالتزامات السويسري ، فيما يتعلق بالسبب في التصرفات

القانونية ، للمزيد ينظر :

Capitant (H): De la couse des obligation, paris , 1929, n -174 , p – 388 .

و ما بعدها ، و د. احمد حشمت ابو ستيت :

. . السنهوري : الوسيط

: النظرية العامة للالتزام ،

نظرية الالتزام

و ما بعدها . و ايضا :

- Wilson (J) : op cit , p – 75 & David (R) : op cit , p- 328 .

⁵⁵ . Carponeir : op cit , n -109, p – 373 .

. . محمود ابو عافية :

⁵⁷ . Carponeir : op cit , n – 114, p – 384 .

. ينظر د. السنهوري : الوجيز ، المرجع السابق ، ص / ه ، و لكن هذا السبب يختلف عن السبب
القصدي في انه يخرج من دائرته التصرفات التي لا تتضمن اضافة الى الذمة ، كالوكالة و الوديعة ، كما انه يشمل
الى جانب التصرفات التي تتضمن اضافة الى الذمة اعمال مادية لها نفس النتيجة ، مثل الفضالة ... للمزيد ينظر د.
محمود ابو عافية :

⁵⁹ . De page: Les obligation abstraite en droit interne et en droit compare ,

bruxelles , 1957, p –55 .

⁶⁰ . De page : op cit , p- 197 etc .

و ايضا :

. . ابو عافية :

- De page : op cit , p- 39 .

. . ابو عافية :

و ما بعدها .

. . قارن مع محي الدين اسماعيل علم الدين :

. . محمود ابو عافية :

. . محمود ابو عافية :

. . محي الدين اسماعيل علم الدين :

. . سليمان : القاهرة

. . لمزيد من التفصيل ينظر د. محي الدين اسماعيل علم الدين :

عدها

. . السنهوري : الوسيط ، ج

و ما بعدها .

. . محي الدين اسماعيل علم الدين :

. و هو ما تبناه قانون جنيف الموحد للاوراق التجارية في شأن الكمبيالة في المادة منه ، و اخذ به المشرع " ليس لمن اقيمت عليه دعوى بحوالة ان يحتج على حاملها بالدفوع المبنية على علاقاته الشخصية بساحبها او بحاملها السابقين ما لم يكن الحامل وقت حصوله على الحوالة قد تصرف بقصد الاضرار بالمدين " .
. محي الدين اسماعيل علم الدين :
. النظرية العامة للالتزام ، ج ، الالتزام في ذاته ، القاهرة ،

. و هذا ما سنراه في القادم من هذه الدراسة .
. الصرفية القاهرة
. بها د. محي الدين اسماعيل علم الدين ، المرجع السابق ، ص
.. " يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد

..."
77 . Carponeir : op cit , n – 109, p – 373 .

. السنهوري : الوجيز ،

79 . Carponeir : op cit , n – 114, p – 384 .

. سليمان مرقس :

" للمحال عليه ان يتمسك
قبل المحال له بما كان للمحيل من دفوع متعلقة بذات الدين ، و ليس له ان يتمسك بما كان من الدفوع خاصا بشخص المحيل ، و انما يجوز له ان يتمسك بما كان خاصا بشخصه هو " ، وسيأتي التفصيل في تجريد التزام المحال عليه لاحقا في القادم من هذه الدراسة .
. جميل الشرقاوي : نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، - القاهرة ،

. و من ابرز صور التصرف المجرد في القانون المدني الالمانى التعهد المجرد بالوفاء و الاعتراف المجرد بالدين ، للمزيد ينظر السنهوري : الوجيز ، المرجع السابق ، ف –
وفي الفقه الفرنسي :
- Capitant : op cit , p- 386 , n- 173 .

. قارن مع مصطفى كمال طه: الاوراق التجارية و الافلاس ، دار الجامعة الجديدة ،
مختار بريري : قانون المعاملات التجارية ، ج ، الافلاس ، الاوراق المالية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،
. للمزيد في اثر توفر سوء النية في اي من هذه الدفوع ينظر د. محي الدين اسماعيل علم الدين :
و ما بعدها .

. . عبد المجيد الحكيم : ، دار الحرية للطباعة ،

. و هذا الموقف كما نرى هو دليل على ان تجريد الالتزام في القانون المدني نسبي و مطلق ، كما ذهبنا اليه في صفحات سابقة من هذه الدراسة ، و هذه الصورة تطبيق للتجريد النسبي ، اذ لو كان التجريد مطلقا لأباح المشرع

للمحال عليه ان يحتج في مواجهة المحال له بكافة الدفوع سواء كانت هذه الدفوع متعلقة بذات الدين او متعلقة بأشخاصه .

. السنهوري : الوسيط . و ما بعدها .

. و ما بعدها من القانون المدني العراقي النافذ .

. . . ود ابو عافية :

. . . محمود ابو عافية :

. . . عبد المجيد الحكيم :

. السنهوري : الوسيط ، ج

ج : الوجيز في شرح القانون المدني الاردني ، ج و ما بعدها ، د. ياسين محمد

– في اثار الحقوق الشخصية ، احكام الالتزام ، ط ، ينظر نص المادة

. . . اسماعيل غانم : في نظرية الـ ، احكام الالتزام ، مطبعة عبدالله وهبة ، عابدين –

و ما بعدها ، و ايضا د. محي الدين اسماعيل علم الدين ، المرجع السابق ، ص

و ما بعدها .

. . . السنهوري : الوسيط ، ج ، نظرية الالتزام بوجه عام ، المرجع السابق ،

و ما بعدها ف

. . . السنهوري : الوسيط

. . . محيي الدين اسماعيل علم الدين :

و تجدر الاشارة الى انه بدون هذه القاعدة ستتعلل قابلية الاوراق التجارية للتداول باعتبارها اداة ائتمان ، فمن ذا الذي سيقبل بورقة تجارية قد يفاجأ بأي لحظة بشخص اخر يواجهه بدفع لم يكن له يد فيه ، فيحرمه من الحصول على حقه ، لهذا ابتكر العرف التجاري هذه القاعدة حماية للمتعامل بالاوراق التجارية و تعزيزا للثقة و الائتمان الذاتيين فيها ، لتقوم بوظيفتها كأداة وفاء و ائتمان على افضل وجه ، للمزيد في مفهوم هذه القاعدة و تطبيقاتها و اهميتها في ميدان التعامل التجاري ينظر : . مصطفى كمال طه : الاوراق التجارية و صلاح الدين عبد اللطيف الناهي : المبسوط في الاوراق التجارية

و ما بعدها ، و كذلك د. احمد ابراهيم البسام : قاعدة تطهير ا

و ما بعدها .

في ميدان الاوراق التجارية

على انه " ذا حملت الحوالة توقيعات

وهميين او توقيعات غير ملزمة

لأصحابها ، فان التزامات غيرهم من الموقعين عليها تبقى مع ذلك صحيحة

" ليس لمن اقيمت عليه دعوى

بحوالة ان يحتج على حاملها بالدفع المبنية على علاقاته الشخصية بساحبها او بحاملها السابقين ما لم يكن الحامل وقت حصوله على الحوالة قد تصرف بقصد الاضرار بالمدين .

:"

يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح اعتماد لصالح المستفيد بناء على طلب الامر بفتح الاعتماد

ماد بسببه ويبقى

. ثانيا :

المصرف اجنبيا عن هذا العقد.

" : يكون التزام المصرف في حالة الاعتماد

المستندي غير القابل قطعيا ومباشرا تجاه المستفيد وكل حامل حسن النية للورقة التجارية المسحوبة تنفيذاً

عقد الذي فتح الاعتماد بسببه.....

" لا يجوز للمصرف ان يرفض الاداء
او المستفيد او الى علاقة الامر بالمستفيد " .

للمستفيد لسبب يرجع الى علاقة المصرف
. محيي الدين اسماعيل علم الدين :

:: المراجع باللغة العربية :

- احمد ابراهيم البسام : قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الاوراق التجارية، بغداد ، مطبعة العاني
- اسماعيل غانم : في نظرية ا
عابدين - ، احكام الالتزام ، مطبعة عبدالله وهبة ،
- حشمت ابو ستيت : نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ، الكتاب الاول ، ط
القاهرة .
- جميل الشرقاوي : نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، دار
القاهرة ،
- سليمان مرقس : ، القاهرة ،
- : النظرية العامة للالتزام - ، كلية الحقوق -
جامعة البحرين ،
- صلاح الدين عبد اللطيف الناهي : تجارية ، بغداد ، مطبعة العاني ،
- عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ، نظرية الالتزام
بوجه عام - الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان .
- عبد الرزاق احمد السنهوري : يط في شرح القانون المدني الجديد ، ج
الحلبي الحقوقية ، ط ، بيروت لبنان ،
- : النظرية العامة للالتزام ، ج - الالتزام في ذاته ، القاهرة ،
- محي الدين اسماعيل علم الدين : نحو مفهوم جديد للتصرف المجرد ، مجلة ادارة قضايا
، يناير ،
- علي جمال الدين عوض : الاوراق التجارية ، ج ، مطبعة جامعة القاهرة ،
- : النظرية العامة للالتزام ، ج التزام في ذاته ، القاهرة ،
- : ات الائتمان المصرفية ، القاهرة
- عبد المجيد الحكيم :
الحرية للطباعة ، بغداد ،
- : ، الاوراق التجارية ، دار الثقافة ، عمان
- : - الاوراق التجارية ،
و ما بعدها .
- : التأمينات الشخصية و العينية ، القاهرة
- محمود ابو عافية : - النظرية العامة و التطبيقات في القانون
المصري المقارن ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ،
- مود الكيلاني : - الاوراق التجارية ، المطابع التعاونية ، عمان .

-
- مختار بريري : قانون المعاملات التجارية ، ج
العربية ، القاهرة ،
- مصطفى كمال طه : الاوراق التجارية و الافلاس ، دار الجامعة الجديدة ،
- وليم سليمان قلادة : التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري ، دراسة مقارنة ، ط
القاهرة ، المطبعة التجارية الحديثة ،
- ياسين محمد الجبوري : الوجيز في شرح القانون المدني الاردني ، ج
الشخصية ، احكام الالتزام ، ط

ثانياً :: المراجع باللغة الأجنبية :

- 25- David (R) : Les grand systèmes de droit contemporains , Paris ,
1966 .
26- De page: Les obligation abstraite en droit interne et en droit compare
, bruxelles , 1957 .
27- Capitant (H): De la couse des obligation, paris , 1929.
28- Tien Dien (N) : Le formalisme en matière contractuelle dans les
droits français et vietnamien , Université Panthéon-Assas, Ecole
doctorale de droit privé ,Thèse de doctorat soutenue le 30 novembre
2011 , p – 17 etc .
29- Wilson (J) : Principales of the law of contracts , London , 1957.