# الفلسفة العملية المثالية للإفتراض الصرفي (دراسة مقارنة)

أ.د. باسم علوان طعمة العقابي
الدائرة القانونية – وزارة التعليم العالي
م.م. اثير عبدالجواد حسين المحنا
جامعة كربلاء - كلية القانون

# Practical idealistic philosophyof exchange assumption (a comparative study)

Prof. Dr. Basim Alwan Tumma al –Eqabei
Asst. Lec. Atheer abduljawad hussain ali almohana

**المستخلص/** يعد الافتراض الصرفي من اساليب الصياغة التشريعية التي استخدمها المشرع في صياغة بعض النصوص المتعلقة بالأوراق التجارية, وينطوي هذا الاسلوب على خلق قاعدة قانونية تنظم او تكمل او تفسر ما نقص او غمض من مضامين الورقة, وبالتأكيد فان المشرع عندما يصوغ القواعد القانونية فإنه يروم تحقيق غايات معينة قد تكون صياغية و قد تكون عملية, وتقسم الغايات العملية الى غايات فنية تتضح في اطار المعاملة التجارية الواحدة كتعزيز سرعة التداول او تقوية الائتمان في الورقة او الاقتصاد في البطلان (تقليل حالات البطلان) و هذه الغايات تعد غايات قريبة المدى يتضح اثرها في اطار المعاملة الواحدة, لكن لو امعنا النظر في هذه الغايات لوجدناها ترمي الى تحقيق غايات اخرى بعيدة المدى يمكن تشكل غايات مثالية للافتراض الصرفي, ولعل ابرز فكرتين يمكن ان نطرحهما كغاية مثالية له, هما فكرة الارادة المفترضة لأشخاص الورقة الصرفية و فكرة استقرار المعاملات ؛ وكأن المشرع عندما يفترض فينظم أو يكمل أو يفسر التصرف الصرفي فإنه يحاول التعويل على الارادة المفترضة لأشخاص الورقة ؛ فهم من أوجدوا الالتزام الصرفي بإرادتهم وهذه الارادة هي القيمة العليا التي يجب على المشرع اقتفائها, أو من الممكن انه وضع هذه الافتراضات لكي يحافظ على استقرار المعاملات, و للإحاطة بهاتين الغايتين سنقسم هذا البحث على مطلبين, نتناول في المطلب الاول التعويل على الارادة المفترضة كغاية مثالية للإفتراض الصرفي, ومن ثم نبين في المطلب الثاني استقرار المعاملات كغاية مثالية للإفتراض الصرفي .

**الكلمات المفتاحية:** الافتراض , القانون الصرفي , فلسفة القانون

**Abstract** /The Exchange assumption is one of the legislative drafting methods used by the legislator in drafting some texts related to commercial papers, and this method involves creating a legal rule that organizes, complements, or explains what is missing or ambiguous in the contents of the paper, and certainly when the legislator formulates legal rules, it aims to achieve certain goals. They may be drafting and they may be practical, and the practical goals are divided into technical goals that become clear within the framework of a single commercial transaction, such as enhancing the speed of circulation or strengthening credit in the paper or the economy in invalidity (reducing cases of invalidity). But if we look closely at these ends, we will find that they aim to achieve other long-term goals that can constitute ideal ends for the morphological assumption. Perhaps the two most prominent ideas that we can put forward as an ideal end for it are the idea of the supposed will of the people of the morphological paper and the idea of transaction stability; It is as if the legislator, when supposed to organize, complete or explain the morphological behavior, is trying to rely on the supposed will of the people of the paper; They are the ones who created the morphological commitment to their will, and this will is the highest value that the legislator must track, or it is possible that he made these assumptions in order to maintain the stability of transactions, and to take note of these two goals we will divide this research into two demands, we deal in the first requirement to rely on the assumed will as an ideal goal For the morphological assumption, and then we show in the second requirement the stability of transactions as an ideal goal for the morphological assumption.
key words:Assumption, Exchange law , philosophy of law

المقدمة

**أولًا: فكرة الموضوع:** إذا ما ذكر التعامل الصرفي فإن اول فكرة تتبادر إلى الاذهان تتمثل بأن هذا التعامل يتمحور حول ورقة تتضمن جملة من البيانات الالزامية, وقد تؤزر بأخرى اختيارية, و بالتأكيد فأن هنالك اثرًا يترتب إذا ما تخلفت البيانات الالزامية يتمثل ببطلان هذه الورقة من ناحية كونها سندًا صرفيًا, وسوف تتعاظم هذه الفرضية إذا ما علمنا ان هذا التعامل متاح للجميع ؛ بحيث يتعاطاه التاجر وغير التاجر, والعارف بأصوله و الطارئ عليه, لذلك تزداد فرضية عدم اكتمال البيانات التي اوجب القانون توفرها, و حتى لو اكتملت, فقد لا تتكامل ؛ فتاتي غامضة أو بصورة لا تستوعب جميع المضامين التي ينبغي ان تتوفر في

البيان, و بالتأكيد فإن الاثر المترتب على عدم اكتمال الشكلية أو تكاملها يتمثل ببطلان الورقة من ناحية كونها سندًا صرفيًا, ورغم ان تنظيم الشكلية الصرفية الناقصة أو اكمالها أو حتى رفع الغموض الناتج عن تعارض بيانتها يعد من صلاحية الاشخاص المكونين لها, لكن غالبًا ما تكتنف عملية التنظيم أو الاكمال أو التفسير بعض المشاكل ؛ فقد تتم العمليات السابقة خلافًا لإراده الساحب أو المتعهد وخلافًا لما يتطلبه حسن النية في التعامل, وقد تظهر الورقة الى شخص يجهل كل ذلك, الامر الذي دفع المشرع إلى ابتكار اسلوب من أساليب الصياغة التشريعية استطاع من خلاله افتراض البيانات والوقائع التي غفل أو تغافل المعنيون عن تنظيمها, بحيث لو تخلف التنظيم المتكامل لهذه البيانات و الوقائع تكفل المشرع بإفتراض تنظيم أو تكميل أو تفسير يحقق تكاملها .

**ثالثًا: اهمية الموضوع:** حسبنا ان نقول لكي نستهل بياننا لإهمية دراسة موضوع الافتراض الصرفي ان الشكلية في جانبها البياني في اطار التعامل الصرفي تبنى في – اغلب الاحيان – على ركيزتين ؛ بيانات مكتوبة, افرغها من حرر الورقة الصرفية, و اخرى مفترضة افترضها المشرع بواسطة الافتراض الصرفي, فللإفتراض الصرفي اهمية كأهمية الكتابة بالنسبة للمضمون البياني للورقة و بالتأكيد كان للمشرع فلسفة معينة عندما وضع هذه الافتراضات ففي اطار فلسفة القانون قد يبغي المشرع غايات قريبة المدى تسمى بالغايات العملية و اخرى يرسم من خلالها معالم القانون الذي يشرعه, وفي اطار الفلسفة العملية فقد تكون قريبة المدى و تسمى بالغاية الفنية او بعيدة المدى و تسمى بالغاية المثالية و بالتأكيد فان الوقوف على فلسفة المشرع الصرفي في عندما استخدم اسلوب الافتراض في صياغة القاعدة القانونية يشكل اهمية كبيرة تعيننا في بلوغ المقاصد التشريعية في اطار هذا الفرع القانوني المتمايز .

**رابعًا : اهداف الدراسة:** تهدف الدراسة إلى تحقيق المتطلبات الآتية :

١- اثبات أن الافتراض الصرفي يمثل ركيزة اساسية في المظهر البياني للورقة الصرفية وابراز دوره الفعال في تداولها وضمانها وقبولها و وفائها ؛ ومن ثم تحويل البناء الافتراضي غير الظاهر إلى حكم قانوني واقعي قابل للملاحظة و المعاينة الفعلية .

٢- الوقوف على فلسفة المشرع و مقاصده التي كان يبتغيها عندما صاغ القاعدة القانونية بإسلوب الافتراض الصرفي من خلال الوقوف على غاية المشرع العملية والصياغية .

تسليط الضوء على مواطن الخلل التي شابت النصوص المقررة للإفتراض الصرفي والنصوص الاخرى التي يستلزم البحث الاشارة اليها ؛ لما لها من مدخلية مباشرة في موضوع الافتراض

الصرفي, ومن ثم اقتراح ما يعالج مواطن الخلل التي شابت تلك النصوص, وكذلك محاولة استحداث تطبيقات اخرى جديدة لهذا الإفتراض نصت عليها قوانين اخرى مقارنة ولم ينص عليها المشرع العراقي وحثه على تبنيها وتلافي هذا النقص التشريعي

**منهجية الدراسة و نطاقها** : سنتبع في بحثنا المنهج التحليلي و بأسلوب المقارنة الرأسية بين النظام القانوني اللاتيني المتمثل بالقانون الفرنسي و كذلك المصري و النظام الانكلوامريكي المتمثل بقانون التجارة الامريكي الموحد (uuc) أذ سوف نقارن النظم القانونية المتقدمة بالقانون العراقي اما في اطار نطاق الدراسة فهو ينحصر في اقتفاء فلسفة المشرع العملية المثالية عندما صاغ القاعدة القانونية المقررة للأفتراض الصرفي و هي لا تخرج عن فكرتين ؛ فقد يكون المشرع قد اراد التعويل على الارادة المفترضة لأشخاص الورقة الصرفية, او انه اراد بلوغ استقرار المعاملات في اطار التعامل الصرفي

**خطة الدراسة:** استقام البحث بعد المقدمة على مطلبين, بينا في المطلب الاول التعويل على الارادة المفترضة كغاية مثالية للأفتراض الصرفي, و من ثم قسمنا هذا المطلب على فرعين, نتناول في الفرع الاول أولاً مفهوم بالإرادة المفترضة لأشخاص الورقة الصرفية, ومن ثم نبين في الفرع الثاني تقييم الارادة المفترضة كغاية مثالية للافتراض الصرفي, و من ثم خصصنا المطلب الثاني لبحث استقرار المعاملات كغاية مثالية للأفتراض الصرفي, تنا في الفرع الاول منه مفهوم استقرار المعاملات كغاية مثالية للأفتراض الصرفي ومن ثم نبين في الفرع الثاني تقييم استقرار المعاملات كغاية مثالية للأفتراض الصرفي, و من ثم ختمنا بحثنا بخاتمة اوضحنا من خلالها اهم ما توصلنا اليه من نتائج و مقترحات .

## المطلب الاول

## التعويل على الارادة المفترضة كغاية مثالية للإفتراض الصرفي

تشكل الارادة قيمة عليا في التصرفات الارادية لذلك نجد ان المشرع في مواطن عديدة اشترط الشكلية لكي يرسم طريقًا تمر من خلاله هذه الارادة و تنشئ الالتزام, فتكون الارادة المعبر عنها ارادة ظاهرية, ولعل المشرع عندما وضع الافتراضات الصرفية كان يحاول اقتفاء الارادة المفترضة لأشخاص الورقة لكي يتمم بها ارادتهم الظاهرية اذا ما نقصت, و للإحاطة بهذه الفكرة سنقسم هذا المطلب على فرعين, نتناول في الفرع الاول أولاً مفهوم بالإرادة المفترضة لأشخاص الورقة الصرفية, ومن ثم نبين في الفرع الثاني تقييم الارادة المفترضة كغاية مثالية للافتراض الصرفي .

**الفرع الاول/ مفهوم الارادة المفترضة لأشخاص الورقة الصرفية/** يسهم الافتراض الصرفي في بناء الورقة الصرفية من خلال ملئ الفراغ الذي تتركه ارادة الاشخاص المحررين لها ؛ لذلك فإن الورقة بموجب المعطى المتقدم تتكون من ارادة مكتوبة و اخرى مفترضة ؛ فالمشرع في كثير من الاحيان يضع احكامًا تكميليةً تكمل ارادة الاشخاص المكونين للتصرف ؛ فقد يغفل الاشخاص عن بعض المسائل ؛ فتكمل هذه المسائل من خلال افتراض الارادة لأشخاص التصرف [١] ويتم التوصل إلى هذه الارادة أما بواسطة المشرع أو القاضي [٢], فلكي يصل القاضي مثلاً إلى الارادة المفترضة للأطراف يجب ان يضع نفسه في مقام المتعاقدين بحيث يحل محلهم فيرجع إلى وقت ابرام التصرف, ويضع نفسه في ظرفهم و من ثم يتوقع الحل الذي يعتقد انهم سيأخذون به, وبعد ذلك يفترض ان هذا هو الحل الذي اتجهت اليه ارادة الاشخاص المكونين للتصرف [٣] .

و هذه الاحكام التكميلية أيًا كان مصدرها – المشرع أو القاضي – تضاف إلى التعبير عن الارادة لإستكمال ما كان يجب على الاشخاص المكونين للتصرف ان ينطقوا به ؛ فقد يغفل البعض عن تنظيم بعض المسائل التفصيلية لأنها لم ترد في اذهانهم على اعتبار ان تنظيم اي عقد و الاحاطة بتفاصيله يتطلب درجة معينة من المعرفة القانونية قد لا تتوفر عند بعض الاشخاص, و بشكل عام فإن ارادة الاشخاص المكونين للتصرف يجب ان تهيمن على تنظيم كافة المسائل سواء كانت متعلقة بإنشائهِ أو ترتيب اثارهِ, و لا يمكن لإرادة خارجة عن ارادة الاشخاص ان تنظم اي جانب من جوانبهِ, ومن هنا فإن تكملة التصرف الناقص يجب ان تبقى في اطار الارادة المكونة له [٤]

لذلك يجب ان تبنى الافتراضات لكي تتوافق مع هذه الارادة ؛ فهذه الارادة هي الاساس في تكوين التصرف, لذلك يرى البعض ان تكميل التصرف الناقص ما هو الا عملية تفسير لهذا التصرف فهذه الارادة هي الاساس في تكوينهِ و ترتيب اثاره, و إذا شاب التصرف نقص فيجب ان يكمل من خلال الكشف عن الارادة المفترضة لأشخاصه سواء كانت هذه الارادة

[١] - خالد عبد حسين الحديثي, تكميل العقد دراسة مقارنة, ط١, منشورات الحلبي الحقوقية, ٢٠١٢, ص٤٢.
[٢] - د. عبد الحي حجازي, الموجز في النظرية العامة للألتزام, الجزء الاول, مطبعة جامعة الكويت كلية الحقوق, ١٩٨٢, ص٤٣٥.
[٣] - استاذنا د.عباس زبون العبودي, كاظم حمادي يوسف, النظرية العامة للأرادة الضمنية, بحث منشور في مجلة العلوم القانونية, كلية القانون جامعة بغداد,العدد ٥,عدد خاص ببحوث التدريسين والطلبة,٢٠١٩, ص٣٥.
[٤] - د. وليم سليمان قلادة, التعبير عن الارادة, الطبعة الاولى, المطبعة الحديثة, القاهرة, ١٩٥٥, ص٣٤٨.

هي الارادة الحقيقة ام المفترضة, فالنصوص المكملة تعبر عن الارادة المفترضة لأشخاص التصرف, و ان القاضي عند تفسيره للتصرف يبدأ أولاً بالإرادة الصريحة للأشخاص ثم يبحث عن ارادتهم الضمنية بعد ذلك, فأن لم يجد حلاً للمسألة يلجأ إلى ارادتهم المفترضة ويطلق على هذا الاتجاه (النظرية الذاتية) في تكملة التصرف [١]

ففي بعض الاحيان يكون التعبير عن الارادة بطريقة صريحة مكتوبة و اخرى مفترضة تستنتج من سكوتهم عن تنظيم بعض المسائل ؛ بحيث لا يمكن تفسير هذا السكوت الا بكونه قبول بإن تتولى الاحكام التكميلية ملئ الفراغ المسكوت عنه, و هذه الاحكام بطبيعتها تعبير عن ارادة الاشخاص الذين كونوا التصرف ؛ على اعتبار ان هناك ارادة ظاهرة يعتد بها و ارادة مفترضة محلها الاخذ بالنصوص المكملة التي نص عليها القانون و طريق التعبير عن هذه الارادة هو سكوت الطرفين عن النص على ما يخالفها [٢] .

و يميز البعض بين الارادة المفترضة و الارادة الضمنية ؛ فيرى ان الارادة المفترضة من صنع القاضي بموجب سلطته التقديرية ؛ فالقاضي هو من يقوم بإفتراضها من خلال انشاء الحل المفترض الذي يتوقعه من ظروف التعاقد, أما الارادة الضمنية فيتم الافصاح عنها ضمنيًا من قبل اصحابها بوسيلة غير مباشرة لم يألفها الناس في تعاملاتهم [٣] .

و يؤخذ على هذا التمييز ان الارادة المفترضة قد تكون من انشاء المشرع و ليس القاضي فقط[٤], ففي كثير من الاحيان يبني المشرع افتراضاته على ما يعتقد انه يمثل الارادة المفترضة للأشخاص بموجب نموذج مجرد آخذًا بالحسبان الغالب الشائع من الامور, لذلك نرى ان جوهر التمييز يكمن في ان الارادة المفترضة تمثل الارادة بعيدة المدى فإلاشخاص قد يعبرون عن ارادتهم بطريقة صريحة فإن لم يعبروا بهذه الطريقة فبإمكانهم ان يختاروا طريق التعبير الضمني من خلال اتخاذ موقف معين يفهم منه انهم عبروا عن ارادتهم بصورة ضمنية, فأن تعذر ذلك يضع المشرع نفسه أو القاضي في ظروف التعاقد و يحاول الوصول إلى الارادة المفترضة للأشخاص [٥], بألأضافة إلى ان وجود الارادة الضمنية سابق على

---

[١] - د. شفيق شحاتة, النظرية العامة للألتزامات في الشريعة الاسلامية, مطبعة الاعتماد,مصر,١٩٥٠, ص١٠٧

[٢] - د. حلمي بهجت بدوي, اصول الالتزامات نظرية العقد, مطبعة نوري, القاهرة, ١٩٤٣, ص٢٨٠.

[٣] - استاذنا د. عباس زبون العبودي, كاظم حمادي يوسف ,المصدر السابق, ص ٣٥-٣٦.

[٤] - د. عبد الحي حجازي, المصدر السابق, ص٤٣٥.

[٥] - يجب ان ننوه الى اننا لا يهمنا كثيراً وجود ارادة ضمنية لأشخاص الورقة الصرفة ام لا بل ما نبحث عنه هو مدى تعويل المشرع على الارادة المفترضة للأشخاص من عدمه .

المسألة بينما وجود الارادة المفترضة لاحق عليها [١] , ونعتقد ان لا مجال للكلام عن الارادة الضمنية في اطار التصرفات الصرفية كونها محكومة بالشكلية ؛ فلا مجال للتعبير الضمني بل اننا في اطار التعامل الصرفي لا نكون الا امام ارادة صريحة و ارادة مفترضة.

و لكي نوضح فكرة الارادة المفترضة كغاية مثالية للأفتراض الصرفي نضرب المثال التالي:- لو افترضنا ان شخص قام بإنشاء حوالة تجارية, بحيث اكمل البيانات الالزامية بإستثناء مكان الانشاء, فالحوالة التجارية في الفرض المتقدم يتم انشائها من خلال ارادة صريحة تمثل البيانات المكتوبة و ارادة مفترضة تمثل ارادة نفس الاشخاص ؛ فالمشرع عندما يفترض ان مكان الساحب هو المكان الذي تم انشاء الحوالة التجارية فيه, فإنه يضع نفسه موضع الساحب و في نفس ظروف انشاء الحوالة و بالتالي فإنه يفترض ان ارادة الساحب اتجهت إلى جعل موطنه يمثل مكانًا لأنشاء الحوالة, كون طبيعة الاشياء ترجح هذه الفرضية فيعول المشرع على هذه الارادة و يبني افتراضه عليها, فإلاصل ان اشخاص الورقة الصرفية هم من يتولى عملية تنظيمها, و بشكل عام فإن اطراف اي تصرف ارادي هم من يتولون عملية تنظيمه, فالارادة هي التي كونت هذا التصرف, و يستتبع ذلك ان يكون تكميل هذا التصرف أو تعديله أو نقضه – كل ذلك – يجب ان يكون في ضوء هذه الارادة, فأن عجز اطراف العلاقة عن اكمال التصرف و لجأوا إلى القضاء فأن القضاء يتولى اكمال التصرف في ضوء الارادة المفترضة للأطراف[٢], فأن كان للقاضي سلطة تقديرية في اقتفاء الارادة المفترضة للأطراف فيكون القاضي هو المنشيء لهذه الارادة وان كان القاضي لا يتمتع بإي سلطة تقديرية و انما هو محكوم بأفتراضات من صنع المشرع ففي هذه الحالة يكون المشرع هو المعبر عن الارادة المفترضة للأطراف, و يعرف اكمال العقد بإنه وسيلة لمعالجة النقص الذي يشوب مضمون العقد ؛ ويتحقق ذلك بإضافة بعض الالتزامات إلى المضمون الاصلي لتنظيم المسائل التفصيلية التي تركها المتعاقدان لتكون النتيجة متفقة مع حسن النية وما تقتضيه الامانة في التعامل [٣], لذلك يتضح ان اكمال العقد يمثل فكرة تنهض عندما تكون هناك

[١] - مروان حسين عطية, الارادة الضمنية للسلطة التأسيسية الاصلية, اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء, ٢٠٢٠, ص٣١.

[٢] - د. عبد الفتاح حجازي, تفسير العقد المدني, معهد البحوث و الدراسات العربية, جامعة الدول العربية, القاهرة, ١٩٨٨, ص١١٠, انظر في المعنى نفسه, ايمان طارق الشكري, سلطة القاضي في تفسير العقد, اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد, ٢٠٠٢, ص٤٨.

[٣] - سلام عبد الزهرة الفتلاوي,نطاق العقد,اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد,٢٠٠٥, ص٣١.

حاجة إلى ذلك بإن لا يكون التصرف مكتملاً, فلا مجال لتكملة تصرف تم واكتمل من جانب اطرافه [١], وان وجدت الحاجة يجب ان يكون التكميل في اطار الارادة المفترضة للأشخاص التصرف , ومن كل ما تقدم يتضح ان الورقة الصرفية ان لم يتكامل بنائها الشكلي ؛ بأن لم تنظم بعض بيانتها أو لم يكتب البيان مكتملًا أو كتب بطريقة غامضة, فأنها تُنظم و تُكمل و تُفسر بموجب الإفتراض الصرفي الذي يضعه المشرع مقتفيًا من خلاله الارادة المفترضة لأشخاص الورقة الصرفية, فهل ان التعويل على الارادة المفترضة لأشخاص الورقة كان فعلًا غاية الافتراض الصرفي المثالية ؟ هذا ما سوف نبينه في الفقرة التالية .

**ثانياً :- تقييم الارادة المفترضة لأشخاص الورقة كغاية مثالية للأفتراض الصرفي** قد تبدو فكرة التعويل على الارادة المفترضة لأشخاص الورقة الصرفية مقبولة – للوهلة الاولى– كغاية مثالية للأفتراض الصرفي خصوصًا مع المقاربة التي اجريناها بين فكرة تكميل الورقة بواسطة الإفتراض الصرفي و فكرة تكميل العقد وفقاً للأفكار التي تقدم ذكرها .

لكن في المقابل هنالك من يذهب إلى ان تكميل التصرف الناقص لا يكون من خلال التعويل على الارادة المفترضة للأشخاص المكونين له ؛ و انما يكون اكمال النقص وفقًا لمعايير موضوعية بعيدًا عن ارادة الاطراف, و يطلق على هذا الاتجاه انصار (النظرية الموضوعية) في تكملة التصرف الناقص[٢] .

فالقواعد الموضوعية المكملة للتصرف لا تعبر عن ارادة المفترضة لأشخاص التصرف الناقص و القول بعكس ذلك يمثل افتراض لا اساس له من الواقع ؛ إذ ان القواعد المكملة والاحكام التي تتضمنها تمثل تعبيرًا مباشرًا عن ارادة المشرع و لا شأن لأرادة الاشخاص المكونين للتصرف بها ؛ فهي تنهض حين لا يكون هناك تعبير مباشر صادر من المتعاقد, و من هنا كان سبب استكمال التصرف غير المكتمل هو سد النقص الذي تضمنه تنظيم التصرف و يتم هذا الاكمال بعيدًا عن اقتفاء ارادة المتعاقدين ؛ لذلك يكون التكميل ثمرة ارادة المشرع لا الاطراف [٣], و في المعنى نفسه يشير جانب اخر من الفقه إلى ان اكمال التصرف الناقص يمثل عملية قانونية تستند إلى معايير موضوعية مجردة عن ارادة الاشخاص

[١] - عبد المهدي كاظم ناصر, الاقتصاد في فسخ العقد ,اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء, ٢٠١٧, ص٣٠

[٢] - د. اسماعيل غانم, النظرية العامة للألتزامات مصادر الالتزام, مكتبة عبد الله وهب, مصر, ص٩٦. و من انصار هذا الاتجاه ايضاً د. وحيد الدين سوارن, التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي, ط١, ١٩٦٠, ص٣٢٣.

[٣] - عبد الفتاح حجازي, المصدر السابق, ص١٢٥.

المكونين للتصرف, فالقواعد المكملة لا تهتم فيما يحتمل ان يريده الاشخاص المكونين للتصرف لو انهم واجهوا المسائل المفترضة, لا تسعى هذه القواعد إلى تحديد ارادتهم المفترضة؛ و انما تسعى لتحديد ما يمكن ان يستنتج من التصرف من الناحية الموضوعية [١], و بموجب الفكرة المتقدمة فأن استكمال الورقة الصرفية الناقصة لا يكون من خلال افتراضات يبنيها المشرع على الارادة المفترة للأشخاص وانما تبنى على اعتبارات موضوعية مجردة عن الاشخاص .

كما ان القول بأن سكوت الاطراف بصدد المسألة المتروكة من التصرف يعد تعبيرًا عن رضا الاطراف بالإحكام المكملة وبالتالي هي تعبر عن ارادتهم, قول يرد عليه بأن السكوت يعد طريق استثنائي للتعبير عن الارادة لا يمكن الاخذ به الا في مواطن معينة ثبت على خلاف الاصل لا يجوز مد حكمها لأوضاع اخرى خارج هذا الاستثناء [٢], و حتى في اطار تعامل القواعد العامة مع السكوت على انه تعبير استثنائي فإنها لم تعطيه حكم القبول دائمًا ؛ فأحيانًا تعتبره قبول واحيانًا رفض وفي احيان أخرى تعده تغرير [٣], ولو سلمنا جدلًا ان سكون اشخاص الورقة الصرفية يعد قبولًا بقواعد الافتراض الصرفي التكميلية فإن ذلك تعويل لأرادة الاشخاص على ارادة المشرع و ليس العكس .

لذلك فان استكمال الورقة الصرفية من خلال الإفتراض الصرفي لا يكون وفقًا لإرادة اشخاص الورقة, و انما بموجب ارادة المشرع و لا نعتقد ان المشرع بوضعه للافتراضات كان يحاول التعويل على ارادة الاشخاص الورقة, فقانون التجارة بشكل عام لا يهتم كثيرًا بمبدأ سلطان الارادة و الذي يكون حاكمًا على المعاملات المالية في اطار القواعد العامة في القانون المدني

---

[١] - د. جاك غسان, المطول في القانون المدني مفاعيل العقد و اثاره, ترجمة منصور القاضي, المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر, بيروت, , ٢٠٠١, ص ٨٠-٨١.

[٢] - د. عبد الفتاح حجازي, المصدر السابق, ١٢٣-١٢٤.

[٣] - فمثلاً نجد ان المادة (٨١) من القانون المدني العراقي اشارت الى حالات السكوت الملابس و هو لا يعد طريقًا للتعبير عن الارادة الا إذا لابسته ظروف يستشف منها انه يعد قبولاً, في حين نجد ان المادة (٣٤٠)في فقرتها الثانية بخصوص حوالة الدين تعتبر السكوت رفض حين نصت "– وإذا قام المحيل او المحال عليه بإبلاغ الحوالة للمحال له وحدد له اجلاً معقولاً لقبول الحوالة ثم انقضى الاجل دون ان يصدر القبول اعتبر سكوت المحال له رفضاً للحوالة". كما ان المادة (٢/١٢١) اعتبرت عدم البيان (السكوت) صورة من صور التغرير حين نصت "٢ – ويعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الامانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المرابحة والتولية والاشراك" فرغم ان القواعد العامة تعتبر السكوت طريق استثنائي للتعبير عن الارادة لا انه لم تعامله –في اطار الاستثناء – على انه قبول دائماً ؛ لذلك لا يمكن سحب الحكم الاستثنائي الخاص الذي يجعل السكوت الملابس قبولاً على حالة سكوت اشخاص الحوالة عن تنظيم بعض البيانات و تفسير سكوتهم على انه قبول بقواعد الافتراض الصرفي .

كأصل عام ؛ فمن أولويات قانون التجارة النافذ الحد من مبدأ سلطان الارادة و تغليب العلاقة القانونية على العلاقة التعاقدية [1] ؛ لذلك نرى ان المشرع وهو ينظم أو يكمل أو يفسر ما لم ينظم أو نقص أو غمض من مضامين الورقة مستخدمًا الافتراض الصرفي كوسيلة لبلوغ ذلك لم يكن ينوي التعويل على الارادة المفترضة لأشخاص الورقة الصرفية , و بالاضافة إلى ما تقدم هنالك امر مهم اخر يدعونا إلى قول ذلك ؛ فلو كان المشرع يريد التعويل على ارادة اشخاص الورقة الصرفية لصاغ النصوص المقررة للأفتراضات بقالب القرينة لا بقالب القواعد الموضوعية غير القابلة للدحض ؛ لان القرائن بحسب طبيعتها قابلة للدحض واثبات العكس – كما تقدم – فإن لم يتوافق ما تفترضه مع ارادة اشخاص الورقة لأمكن اثبات ما يتوافق مع ارادة الاشخاص ؛ وبالتالي يدحض الافتراض لكي يتوافق مع الارادة, وهذا الامر غير متصور بالنسبة للنصوص المقررة للأفتراض الصرفي كما مر بنا سابقًا .

فلو فرضنا ان حوالة تجارية تم تحريرها و لم يذكر فيها مكان الاداء, فبموجب الإفتراض الصرفي فأن مكان انشائها هو العنوان الموجود بجوار اسم المسحوب عليه ؛ وهذا الافتراض كما مر بنا مبني على الاحتمال الراجح الذي ترجحه طبيعة الاشياء ؛ الا ان هذا الاحتمال لا يصل إلى مرتبة اليقين بأي حال من الاحوال فقد لا تكون الارادة المفترضة لأشخاص الورقة تنوي ان يكون محل ادائها هو عنوان المسحوب عليه ؛ فلو اراد المشرع اقتفاء هذه الارادة لصاغ الإفتراض بقالب القرينة الصرفية بحيث لو لم يتوافق ما افترضه مع ارادة الاشخاص لأمكن اثبات الفرض الاخر الذي يتوافق مع ارادة الاشخاص ومن ثم تسقط القرينة و يعول على ما يتوافق مع ارادتهم, الا انه – المشرع – لم يفعل ذلك بل صاغ الافتراضات الصرفية بقواعد موضوعية بعيدًا عن مدى موافقتها لإرادة الاشخاص المفترضة من عدمه .

ومن كل ما تقدم يبدو جليًا ان فكرة التعويل على الارادة المفترضة لأشخاص الورقة الصرفية لم تكن غاية الافتراض الصرفي المثالية ؛ فالمشرع وهو يصوغ هذه الافتراضات لا يفكر بمدى انطباق ما افترضه على ارادة اشخاص الورقة الصرفية المفترضة, فلربما تكون هناك غايات مثالية اخرى اهم يسعى اليها .

## المطلب الثاني

## استقرار المعاملات كغاية مثالية للأفتراض الصرفي

[1] - نصت الفقرة (٣) من المادة (الاولى) من قانون التجارة النافذ في اطار بيان اساس التي يقوم عليها هذا القانون "٣- الحد من مبدأ سلطان الارادة وتغليب العلاقة القانونية على العلاقة العقدية " .

يسعى المشرع بشكل عام إلى ضمان استقرار المعاملات ولا تقتصر هذه الغاية على ميدان قانوني معين دون اخر بل هيَ غاية تعم كل القوانين الناظمة للمعاملات المالية تجارية كانت ام مدنية ؛ الا ان مفهوم استقرار المعاملات كغاية قانونية قد يختلف في اطار القواعد العامة عند استقرار المعاملات في البيئة التجارية, الامر الذي يتطلب بيان مفهوم استقرار المعاملات كغاية مثالية للأفتراض الصرفي وهو ما سوف نبينه في الفرع الاول ومن ثم نبين في الفرع الثاني تقييم استقرار المعاملات كغاية مثالية للأفتراض الصرفي .

**الفرع الاول/ مفهوم استقرار المعاملات كغاية مثالية للأفتراض الصرفي/**يعد موضوع استقرار المعاملات من الموضوعات المهمة في اطار الدراسات القانونية بحيث ينبسط نطاق هذا الموضوع على كل فروع القانون, وغالبًا ما تبحث فكرة استقرار المعاملات بإعتبارها غاية مهمة من الغايات التي يسعى القانون إلى تحقيقها بل انه في كثير من الاحيان قد يقدمها على تحقيق العدالة [١] فكل مشرع في البلدان المختلفة يهدف عبر سنه للتشريعات إلى تحقيق عدة غايات وفي طليعة تلك الغايات تتجلى استقرار المعاملات كغاية فذة يسعى اليها المشرع فضلاً عن تحقيق العدالة والتقدم الاجتماعي [٢],و عُرفت فكرة استقرار المعاملات على "انها ثبات اثار الوقائع الانسانية في الاموال بنفاذها وانحلالها "[٣], و يؤخذ على هذا التعريف ان فكرة استقرار المعاملات اقرب إلى التصرفات القانونية من الوقائع الانسانية – وان كان الاستقرار في اثار الوقائع مطلوب ايضاً – الا ان الاستقرار المنشود في التعريف المتقدم يخص المعاملات وهو تعبير يقود في دلالته[٤] إلى معنى التصرفات كالبيع ونحوه[٥], وكذلك ان غاية استقرار المعاملات لا تتعلق بنفاذ المعاملات و انحلالها فحسب ؛ بل هي مطلوبة حتى عند انشائها ففي كثير من الاحيان كما مر بنا يكمل المشرع التصرف الناقص فيكتمل ويستقر عند انشائه و من ثم يستقر عند نفاذه وانحلاله .

---

[١] - د. محمد جمال عطية عيسى, الشكلية القانونية دراسة مقارنة بين النظم الوضعية و الشريعة الاسلامية, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٤, ص٢٢.

[٢] - علي الخفيف, احكام المعاملات الشرعية, الطبعة الثالثة, دار الفكر العربي, الكويت, ص٣٧.

[٣] - علي حميد كاظم الشكري, استقرار المعاملات المالية, اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء, ٢٠١٤, ص٢٥.

[٤] - ان دلالة المفردة تكون مقدمة للوصول الى المعنى فلا يوجد ترادف بين معنى المفردة و دلالتها, للمزيد من التفصيل انظر,السيد الخوئي,اجود التقارير,ج١,بحث النائيني,منشورات مصطفوي,قم, ايران,١٣٦٨هـ, ص١٣

[٥] - د. عبد المنعم فرج الصدة, اصول القانون, الطبعة الاولى, مطبعة الحلبي, مصر, ١٩٦٥., ص٦٠.

و نعتقد ان من الصعوبة بمكان اعطاء تعريف جامع و مانع لأستقرار المعاملات كفكرة تنبسط على كل فروع القانون, على اعتبار ان استقرار المعاملات في اطار القانون المدني كغاية تختلف عن استقرار المعاملات في اطار القانون التجاري, وإلى هذا المعنى يشير الفقه الالماني على اعتبار ان فكرة استقرار المعاملات من ثمار نظرية الاعلان عن الارادة وهي المانية المنشأ و قد تأثر بها الفقه الفرنسي من خلال الاعتداد بالظاهر الملموس الذي وثق به التعامل من خلال الاخذ بفكرة الاعلان وحدها اذ كان له دور في تهدئة نفوس المتعاملين عن طريق ما تولده من ثقة بأنهم لم يفاجأوا بمن يريد عكس ما بدى لهم من ذلك المظهر[١], الا ان هذه النظرية مخالفة للقواعد العامة الخاصة بإنتقال الحقوق و حمايتها ؛ اذ ان هذه القواعد و كما هو معلوم لا تطهر الدفوع و بالتالي قد يتفاجأ من كان حسن النية بدفوع لم تبدو له في الوهلة الاولى .

لذلك رأى الفقهاء الالمان ان غاية استقرار المعاملات في اطار القواعد العامة لا تناسب السرعة في انتقال الحقوق و الحماية المطلوبة لها في البيئة التجارية لذلك بدأوا يفرقون بين نوعين من الاستقرار هما (استقرار الحقوق) و (استقرار التعامل) [٢] , وهذه الفكرة و تقسيماتها تلقاها الاستاذ (ديموج) ليصوغ منها فكرته عن استقرار التعامل, فقد قسم استقرار المعاملات على نوعين ؛ الأول اسماه (الاستقرار السكوني) و الثاني اسماه (الاستقرار الحركي), فإما الاستقرار السكوني – استقرار الحقوق – فمقتضاه ان لا يفقد شخص حقه بغير ارادته ؛ فبقاء الحقوق تحت سلطة اصحابها مبتغى لا يمكن للمجتمع ان يتخلى عنه, وهذا يعني ان لا يعتد بأي تصرف بالحق يقوم به من لم يمتلك تلك السلطة في مواجهة صاحب الحق الاصلي, فلا يعتد بإي مظهر يخالف تلك الارادة حتى ولو كان الشخص الذي تعامل مع من لم يمتلك الحق حسن النية وفي ذلك ما يحقق الامن الفردي المتمثل بحماية الحق[٣] .

---

١ - د. عدنان ابراهيم السرحان, الاتجاهات الحديثة للمسؤولية عن الفعل الضار، دراسة نقدية مقارنة في القانونين الإماراتي والقطري في ضوء تطورات المسؤولية في القانون الفرنسي, بحث منشور في مجلة الشريعة و القانون, تصدر عن كلية القانون, جامعة الامارات, العدد ٧١, السنة ٣١, ٢٠١٧, ص١٤٤.

٢ - Academie de Droit Internationa, Recueil Des Cours – Collected Courses,martinus nijhoff publishers ,boston 1991-II, p328.

وانظر ايضاً في تفصيل فكرة (استقرار الحقوق و استقرار التعامل) د. عبد الباسط جميعي, الوكالة الظاهرة, بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية, جامعة عين شمس, العدد الثاني, ١٩٦٣. ص٣٣٥.

3 - Jaqus Leaute, Le Mandate apparent Dans Ses rapports aveo La Theoriegerenal l opparence, revue, trim estrille Annee, 1947, p302.

الا ان الحياة الاجتماعية تحتاج لتطورها و ديمومتها في ذات الوقت إلى النشاط والحركة اللازمين لهذا التطور و الذي يقوم على توسيع فرص ومعدلات الانتاج و التبادل وبصورة عامة توسيع التعامل سواء الاقتصادي منه أو الاجتماعي[١], فنمو وازدهار هذا التعامل يحتاج إلى وسائل قانونية تشجعه و ذلك قد لا يتحقق من خلال الانحناء التام إلى الارادة المكونة للتصرف واضفاء القدسية عليها و الثبات على اثارها بشكل مطلق [٢] ؛ فإذا كانت الحركة (التعامل والتبادل) مطلوبة لتطور المجتمع فإن استقرار نتائجها مطلوب كاستقرار وجودها هي في ذاتها, وهذا الاستقرار اسماه (ديموج) بالاستقرار الحركي الذي يعتبره ضروريًا لتحقيق الامان والاطمئنان الاجتماعي المتمثل بحماية التعامل و ديمومته و تطوره [٣] , ففي كثير من الاحيان يقع هذا النوع من الاستقرار وسابقه – الاستقرار السكوني – على مفترق طرق الامر الذي يقتضي الموائمة بينهما أو تغليب احدهما على الاخر إذا اقتضى الامر ؛ بحيث لا يُشجع التعامل و التبادل الا حيث يكون هذا التشجيع في محله من خلال حماية الثقة التي تزيد من الاقبال على التعامل ؛ وذلك عن طريق تفضيل مصلحة التعامل متى كان المركز الحقيقي مختفيًا وراء وضع ظاهر أوهم الغير بإنه حقيقي, ولم يكن ذلك الوهم راجعًا إلى خطئه و تقصيره ومتى كان الغير حسن النية [٤] .

و لعل ابرز مصداق على فكرة الاستقرار الحركي يتمثل بقاعدة التطهير من الدفوع التي تحمي الحامل حسن النية من دفوع ربما لا تكون بادية اليه و بذلك تشجع التبادل – التظهير – وتحمي مخرجاته, والامر على خلافه في ظل القواعد العامة على اعتبار ان فكرة حوالة الحق لا تتضمن تطهير الدفوع و بالتالي هي مصداق للأستقرار السكوني, وفي هذا المثال يتجلى الفرق بين فكرة استقرار المعاملات في البيئة التجارية وبين تلك المعروفة في القانون المدني .

وينتقد البعض فكرة الاستقرار الحركي من حيث كونها تقوم على اعتبارات اقتصادية اكثر من كونها اعتبارات قانونية, بإلاضافة إلى انها تحاول حماية التبادل وسرعة النشاط الاقتصادي وتعتبر ان بلوغ ذلك يشكل غاية فذة بحيث يمكن ان يستفيد منها حتى من كان سيء النية [٥]

---

[١] - هنري باتيفول, فلسفة القانون, ترجمة د, سموحي فوق العادة, مكتبة الفكر الجامعي منشورات عويدات, بيروت, ١٩٧٢,ص ٤٦.

[٢] - د.عدنان ابراهيم السرحان, المصدر السابق, ص ١٤٥.

[٣] - Jaqus Leaute, op, cit ,p303

[٤] - د. عدنان ابراهيم السرحان, المصدر السابق, ص١٤٥.

[٥] - د. عبد الرحمن عيادة, اساس الالتزام العقدي النظرية العامة و التطبيقات, الاسكندرية, ١٩٧٢,ص ٩٤.

لذلك يرى البعض ان فكرة الاستقرار الحركي تصلح كغاية في مجال القانون التجاري فقط ولا تصلح في مجال القوانين الاخرى [١], فالتجارة على حد تعبير البعض كالنبتة التي تنتعش وتترعرع في مناخ السرعة وضمن تربة الاستقرار [٢] ومن كل ما تقدم يمكن ان نعرف استقرار المعاملات على انه غاية فذة يبتغي المشرع تحقيقها من خلال و سائل متعددة يضمن من خلالها ثبات التصرفات القانونية عند انشائها وتنفيذها ووفائها .

وفي ضوء المفهوم المتقدم ينبغي عدم الخلط بين استقرار المعاملات و بعض الافكار القانونية التي قد تختلط معها, ومن المفاهيم التي تقترب في معناها من استقرار المعاملات نظرية الوضع الظاهر الذي يمثل حالة واقعية غير صحيحة مختفية تحت شكل قانوني صحيح في الظاهر [٣] وتتشابه الفكرتين من حيث الحكمة منهما, فالحكمة من نظرية الوضع الظاهر تتمثل بأقرار نفاذ التصرفات القانونية الصادرة من صاحب الوضع الظاهر ولو لم تكن تصرفاته مستندة إلى سلطة قانونية وذلك لتحقيق الامان الاجتماعي و المصلحة العامة, وكذلك الحال بالنسبة للحكمة من استقرار المعاملات المالية والمتمثلة في اضفاء الثبات على التصرفات القانونية [٤], وفي ذلك مساهمة كبيرة في تحقيق الامان الاجتماعي أما وجه الاختلاف بينهما فيتمثل في ان الحفاظ على الوضع الظاهر قد يسهم في استقرار المعاملات اي ان علاقتهما تمثل علاقة الغاية بالوسيلة بحيث يمثل الحفاظ على الوضع الظاهر وسيلة من وسائل استقرار المعاملات .

فالمشرع وهو يتطلع إلى استقرار المعاملات يكون لدية ادوات ؛ عديدة منها على سبيل المثال الشكلية فهي تهدف إلى تحقيق هدف عام يتمثل ببث الثقة في نفوس الاشخاص ومن ثم توفير الاستقرار في المعاملات و تحقيق الامن القانوني [٥], ويتحقق الهدف العام من خلال تحقيق عدة اهداف فرعية تسعى الشكلية إلى تحقيقها ؛ كحماية مصلحة الاطراف فهي وسيلة لضمان رضا الاطراف و تحمي الارادة من الوقوع في الخطأ من خلال رسم السبيل الذي يجب ان

---

[١] - محمد شريف جمال, نظرية الوضع الظاهر و استقرار المعاملات, منشورات كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة آكلي محند اولحاج –البويرة -٢٠١٩, ص٤٢.

[٢] - د. ياسين بن ناصر الخطيب, نظرية استقرار المعاملات و اثرها على العقود دراسة تطبيقية على بعض المعاملات المالية, بحث منشور في مجلة العدل, العدد ٦٣, جمادي الاول, ١٤٣٥ هجرية, ص٤٧.

[٣] - د. نعمان محمد خليل, اركان الظاهر كمصدر للحق, مطبوعات المنظمة العربية للتربية و الثقافة, معهد البحوث و الدراسات العربية, القاهرة, ١٩٧٧, ص٩.

[٤] - علي حميد كاظم الشكري, المصدر السابق, ص٦٤.

[٥] - . د. محمد جمال عطية, المصدر السابق, ص١٩٦.

تسلكه الارادة, وكذلك تهدف الشكلية إلى حماية الغير من خلال توفير قدر من المعلومات لهم ومن ثم يمكنهم ان يكونوا على بينة من تفاصيل التصرفات القانونية التي تقع بين الاطراف لذلك فهي تحول دون الغش فضلًا عن مساهمتها في وضوح هذه التصرفات امام ليس فقط الغير بل حتى السلطات العامة, و كل ذلك يؤدي بدوره إلى الامن القانوني و الاستقرار الذي ينشده المشرع [١], ومن المعروف بأن التعامل الصرفي محكوم بالشكلية و كما مر بنا فأن الشكلية التي تكون الورقة الصرفية تقسم إلى شكلية مكتوبة وشكلية مفترضة, وهذه الاخيرة افترضت من خلال قواعد موضوعية واضحة لا تقبل اثبات العكس و الشكلية كما رأينا تساهم و بشكل كبير في ضمان استقرار المعاملات سواء اكانت هذه الشكلية مكتوبة ام مفترضة, وفي ضوء كل ما تقدم يمكن ان نعرف استقرار المعاملات في ضوء فكرة الاستقرار الحركي كغاية مثالية للأفتراض الصرفي على انها (تلك الغاية التي يسعى الافتراض الصرفي لبلوغها من خلال ضمان ثبات التصرفات الصرفية عند انشائها بتنظيمها أو اكمالها أوتفسيرها وحماية وتسريع تداولها ووفائها), فهل كانت هذه الغاية هي غاية الافتراض الصرفي المثالية ؟ .

**الفرع الثاني/ تقييم استقرار المعاملات كغاية مثالية للأفتراض الصرفي/** تبدو فكرة استقرار المعاملات اكثر قبولاً من غيرها كغاية مثالية للأفتراض الصرفي, خصوصاً إذا ما نظرنا إلى النصوص القانونية المقررة لهذه الافتراضات بإعتبارها جزء من منظومة قانون التجارة, هذا القانون الذي يعتبر التجارة نشاط اقتصادي يجب ان يقوم على اساس الثقة والامانة والالتزام بقواعد القانون [٢], فتوفر الاعتبارات المتقدمة انما يهدف إلى ديمومة هذا النشاط وليس ذلك الا ضمانًا للاستقرار الحركي للمعاملات .

فالتعامل الصرفي كما هو الحال بالنسبة لبقية أوجه النشاط التجاري محكوم بهذه الاعتبارات فيجب ان يمارس على اسس من الثقة والامانة والالتزام الدقيق بقواعد القانون لذلك نراه يفرض جزاءات عند تخلف الاعتبارات المتقدمة تصل حد تعطيل الاستقرار الحركي وترجيح الاستقرار

---

[١] - د. سالم حماد شعبان الدحدوح, الشكلية في العقود المدنية في القانون الاردني دراسة مقارنة, مطبوعات كلية الحقوق الجامعة الاردنية, ١٩٨٩, ص١٢٢.

[٢] - تنص المادة (٣) من قانون التجارة العراقي " التجارة نشاط اقتصادي يجب ان يقوم على اساس من الثقة والامانة والالتزام الدقيق بقواعد القانون، ومن لا يلتزم بذلك يكون معرضاً للمسؤوليتين المدنية والجزائية". ولم نجد ما يقابل هذه المادة في قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩و كذلك الفرنسي لعام ١٨٠٧, و كذلك قانون التجارة الامريكي الموحد رغم انه قد عرف لحسن النية ( good faith ) اذ عرفه في الفقرة (t) من البند(2) المادة (201-1)على انه (الامانة بالفعل واتباع المعايير التجارية المعقولة في التعامل العادل) (-1-201 (t) "Good faith", except as otherwise provided in article 5, means honesty in (fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing"

السكوني ؛ فمثلًا عندما لا يكون الحامل القانوني حسن النية فلا يسعه الاحتماء بقاعدة التطهير من الدفوع, ولو تمعنا بأقسام الافتراض الصرفي لوجدناها تسعى إلى غاية مثالية فذة وهي ضمان الاستقرار الحركي للتعامل الصرفي ؛ اي ديمومة هذا النشاط و تشجيع الاقبال عليه فتطبيقات الإفتراض الصرفي المنظم تحد من حالات البطلان كما مر بنا و بالتالي هي تبقي الورقة الصرفية حية بوسعها التداول؛ وبالتالي يسهم ذلك في ضمان الاستقرار الحركي للتعامل الصرفي فهو يفترض البيانات التي لم تتضمنها الورقة الصرفية والتي اباح القانون افتراضها وهو بذلك يلعب دورًا مهمة في انشاء الالتزام الصرفي و ضمان ثباته لذلك نرى ان الفقه يشترط في الكتابة الخاصة ببينات الورقة ان تكون ثابته و جدية [1] ضمانًا لأستقرار التعامل وهذا فيما يخص الشكلية المكتوبة .

أما فيما يتعلق بالشكلية المفترضة من خلال الافتراض الصرفي, فلا نكون مبالغين إذا قلنا ان ثباتها اكثر قوة من ثبات الشكلية المكتوبة ؛ فهي ثابتة بنصوص قانونية صريحة صيغت بقالب القواعد الموضوعية التي لا تقبل الدحض أو اثبات العكس و بإفتراضها, فإنها لا تكون موجودة على الورقة, وبالتالي لن تكون عرضة للمحو أو التحريف بخلاف الشكلية المكتوبة التي تكون معرضة لذلك, ولا يقتصر الامر على ضمان استقرار البيانات عند انشائها بل حتى عند التداول نجد ان هناك من الافتراضات الصرفية التي تسهم في تعزيز هذه الصفة بالورقة فتزيل كل غموض يشوب سلطة الحامل في تظهير الورقة ؛ كالافتراض الخاص بالصفة الاذنية حيث تفترض هذه الخاصية عند عدم تضمين الورقة هذه الصفة, و لا جرم ان غاية هذا الافتراض المثالية تتمثل بضمان الاستقرار الحركي من خلال امكانية انتقال و تداول الورقة الصرفية بواسطة التظهير الامر الذي يزيد من حجم التداول, و كذلك الامر بالنسبة لتطبيقات الافتراض الصرفي المكمل فكلها تَكمل التصرف الصرفي الناقص الامر الذي يؤدي إلى ازالة كل غموض يشوب التصرف الصرفي, و رأينا ان هذه الافتراضات تؤدي إلى تقوية الائتمان ايضًا, وبالتأكيد فان ذلك يشجع الاقبال على التعامل الصرفي و بالتالي يضمن الاستقرار الحركي, والامر نفسه ينطبق على الافتراض الصرفي المفسر فمن هذه التطبيقات ما يسهم و بشكل فعال في رفع التعارض بين مضامين الورقة الصرفية الامر الذي يزيد في وضوح مضمون البيان ويسهم ذلك في ضمان استقرار التعامل الصرفي, لذلك يمكن القول

[1] - د. فائق الشماع, د. فوزي محمد سامي, القانون التجاري الاوراق التجارية, المكتبة القانونية, بغداد, ص٥٥.

وبحق ان فكرة استقرار التعامل الصرفي تمثل الغاية المثالية للأفتراض الصرفي ونرى ان الافتراض الصرفي قد مال بإتجاه الاستقرار الحركي الذي يضمن ديمومة التعامل الصرفي ؛ من خلال زيادة الاقبال عليه وضمان استمراره من خلال التداول اكثر من ميله نحو فكرة الاستقرار السكوني, ولعل سؤال يمكن ان يطرح بهذا الصدد مفادُه, إذا كنا نقول ان ضمان استقرار التعامل الحركي يمثل غاية الافتراض الصرفي المثالية و التي تؤدي بالنتيجة إلى زيادة الاقبال على التعامل الصرفي لتوفر مقومات الاستقرار الحركي كالثبات والسرعة في التداول وقوة الائتمان, فلماذا لا نقول ان غاية الافتراض الصرفي المثالية هي ضمان الاقبال على التعامل الصرفي ؟ في حقيقة الامر نرى ان زيادة الاقبال على التعامل الصرفي يشكل غاية اقتصادية اكثر من كونه غاية قانونية ؛ كونه يسهم في الحد من اثار التضخم على اعتبار ان ورقة صرفية واحدة يمكن ان تحل محل كتلة نقدية كبيرة ؛ ويكون لذلك اثار ايجابية على الاقتصاد, وهذا الامر لا يشكل غاية فلسفية لعلم القانون بل هو غاية اقتصادية بحتة .

لذلك يمكن القول وبحق ان الغاية المثالية للأفتراض الصرفي تتمثل بضمان استقرار التعامل الصرفي وبالتحديد الاستقرار الحركي لهذا التعامل و الذي يعني ضمان ديمومة التعامل الصرفي من خلال وضوح وثبات الحقوق المثبتة في الورقة الصرفية وثبات النتائج المترتبة على انتقالها و ضمانها و وفائها ؛ فضمان ذلك يعني تحقق غاية مثالية هي ضمان الاستقرار الحركي للتعامل الصرفي, ولو تمعنا في الغايات الفنية التي سبق بيانها ( الاقتصاد في البطلان و تقوية الائتمان وتعزيز سرعة التداول ) لوجدنها غايات قريبة المدى تسعى لتحقيق غاية مثالية بعيدة المدى تتمثل بضمان الاستقرار الحركي للتعامل الصرفي .

## ((الخاتمة))

في ختام بحثنا توصلنا الى جملة من النتائج و المقترحان نعرضها تباعًا :

**اولاً: النتائج :**

١- يعد الافتراض الصرفي من اساليب الصياغة المعنوية التي استخدمها المشرع بقصد تنظيم او اكمال او تفسير مضامين الورقة الصرفية التي قد يغفل او يتغافل اشخاص الورقة عن كتابتها بالشكل الامثل .

٢- ان الشكلية في اطار الاوراق الصرفية في معظم الاحيان تنقسم على قسمين ؛ الاول يتمثل بالشكلية المكتوبة التي افرغها اشخاص الورقة, و الثانية تتمثل بالشكلية المفترضة التي

ينظمها المشرع بقصد اكمال النقص الذي يشوب الشكلية المكتوبة او رفع الغموض عن بعض مضامينها اذا ما كتبت بطريقة غامضة

٣- هنالك غايات عملية قريبة المدى سعى المشرع الصرفي الى تحقيقها من خلال الافتراض الصرفي كتعزيز سرعة تداول الورقة من خلال افتراض الصفة الاذنية في حالة عدم ذكرها و كذلك تقوية الائتمان من خلال افتراض التضامن و كذلك الاقتصاد في البطلان من خلال افتراضات البيانات الناقصة و من ثم الحيلولة دون بطلان الورقة.

٤- عندما ينظم المشرع البيانات التي لم تنظم او يفترض تكملة لها او يرفع الغموض الناتج عن تعارض بياناتها فأنه لا يعول كثيرًا على ارادة اشخاص الورقة المفترضة, بل انه صاغ افتراضاته بتجرد تام عنها .

٥- ان فكرة استقرار المعاملات كغاية قانونية في اطار التصرفات التجارية بشكل عام و الصرفية بشكل خاص تختلف عن فكرة استقرار المعاملات في اطار القواعد العامة ؛ فبينما تسعى القواعد العامة لضمان استقرار الحقوق, يسعى المشرع الصرفي الى ضمان استقرار التعامل و تسمى هذه الفكرة بفكرة الاستقرار الحركي و التي تمثل ضمان ديمومة النشاط الصرفي و استقرار النتائج المترتبة على انتقال الحقوق صرفيًا .

٦- تبين لنا ان الغاية العملية المثالية التي يبتغيها المشرع الصرفي من الافتراضات الصرفية المختلفة تتمثل بضمان الاستقرار الحركي للتعامل الصرفي من خلال ضمان ديمومة النشاط الصرفي و ثبات النتائج المترتبة على انشاء الاوراق الصرفية و تداولها وضمانها وقبولها وفائها, ففي الميدان الصرفي يرجح استقرار التعامل على استقرار الحقوق وهذه الغاية تمثل منتهى غاية المشرع في اطار الغايات القانونية, رغم انها قد تؤدي الى نتيجة اقتصادية مهمة تتمثل بالحد من حالة التضخم لكن هذه الغاية الاخيرة لا تبحث كغاية ضمن علم القانون .

**ثانيًا : المقترحات :**

١- تماشيًا مع غاية الاستقرار الحركي نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٤٥) من قانون التجارة بإضافة فقرة ثالثة تفترض صحة اقل المبالغ المكتوبة في حالة تعدد كتابة مبلغ الحوالة عدة مرات بالحروف و عدة مرات بالأرقام, بحيث يكون نصها الفقرة على الشكل الاتي: ( ثالثًا: اذا كتب مبلغ الحوالة عدة مرات بالحروف و عدة مرات بالأرقام فيفترض ان مبلغ الحوالة الصحيح هو اقل المبالغ المكتوبة بالحروف).

٢- نقترح على المشرع الاخذ بما نص عليه قانون التجارة الامريكي الموحد عندما افترض صحة البيانات المكتوبة بخط اليد عند تعارضها مع البيانات المطبوعة و يتم ذلك من خلال اضافة فقرة رابعة لنص المادة (٤٥) من قانون التجارة بحيث يكون نصها على الشكل الاتي : (رابعًا: اذا تضمنت الورقة بيانات مطبوعة و اخرى مكتوبة بخط اليد كانت الاولوية عند حدوث تعارض بينها للبيانات المكتوبة بخط اليد, متى كانت البيانات المكتوبة بخط اليد معززة بتوقيع من اضاف البيان).

٣- لا يتضمن قانون التجارة العراقي افتراض يحل مشكلة عدم تحديد نوع العملة في الورقة رغم المشاكل الكبيرة التي تترتب على ذلك , وكذلك لو ذكرت العملة وفق تسمية مشتركة بين بلد الانشاء و بلد الوفاء, لذلك نقترح على المشرع العراقي اضافة مادة تتضمن افتراض يحل المشاكل المتقدمة على ان يأتي تسلسلها بعد المادة (٤٥) من قانون التجارة و يكون نصها على الشكل الاتي:( اذا كتب مبلغ الحوالة دون بيان نوع العملة التي حرر بموجبها او كانت تسمية العملة مشتركة بين بلد الانشاء و بلد الوفاء تطبق الاحكام التالية : اولًا: اذا كانت الحوالة محررة في العراق و مستحقة الوفاء فيه ولم يتم تحديد نوع العملة عند كتابة مبلغها فيفترض انها حررت بالعملة العراقية. ثانيًا : اذا اختلف بلد الانشاء عن بلد الوفاء ولم يتم تحديد نوع العملة عند كتابة مبلغ الحوالة فيفترض انها قد حررت وفق عملة بلد الوفاء. ثالثًا : اذا ذكرت تسمية للعملة فقط و كانت التسمية مشتركة بين بلد الوفاء و بلد الانشاء فيفترض ان مبلغ الحوالة قد حرر وفق عملة بلد الوفاء).

**المصادر**


اولاً الكتب

١- د. اسماعيل غانم, النظرية العامة للألتزامات مصادر الالتزام, مكتبة عبد الله وهب, مصر,

٢- هنري باتيفول, فلسفة القانون, ترجمة د, سموحي فوق العادة, مكتبة الفكر الجامعي منشورات عويدات, بيروت, .١٩٧٢

٣- د. جاك غسان, المطول في القانون المدني مفاعيل العقد و اثاره, ترجمة منصور القاضي, المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر, بيروت, , .٢٠٠١

٤- حلمي بهجت بدوي, اصول الالتزامات نظرية العقد, مطبعة نوري, القاهرة, ١٩٤٣

٥- خالد عبد حسين الحديثي, تكميل العقد دراسة مقارنة, ط١, منشورات الحلبي الحقوقية, .٢٠١٢

٦- السيد الخوئي ,اجود التقارير, ج١, بحث النائيني, منشورات مصطفوي, قم, ايران, ١٣٦٨ هـ,

٧- د. عبد الفتاح حجازي, تفسير العقد المدني, معهد البحوث و الدراسات العربية, جامعة الدول العربية, القاهرة, ١٩٨٨

٨- د.عبد الحي حجازي, الموجز في النظرية العامة للألتزام, جامعة الكويت كلية الحقوق, ١٩٨٢

٩- د. عبد الرحمن عيادة, اساس الالتزام العقدي النظرية العامة و التطبيقات, الاسكندرية, .١٩٧٢

١٠- علي الخفيف, احكام المعاملات الشرعية, الطبعة الثالثة, دار الفكر العربي, الكويت.

١١- د. عبد المنعم فرج الصدة, اصول القانون, الطبعة الاولى, مطبعة الحلبي, مصر, .١٩٦٥

١٢- د. سالم حماد شعبان الدحدوح, الشكلية في العقود المدنية في القانون الاردني دراسة مقارنة, مطبوعات كلية الحقوق الجامعة الاردنية, ١٩٨٩.
١٣- د. شفيق شحاتة, النظرية العامة للألتزامات في الشريعة الاسلامية, مطبعة الاعتماد, مصر, ١٩٥٠
١٤- د. فائق الشماع, د. فوزي محمد سامي, القانون التجاري الاوراق التجارية, المكتبة القانونية, بغداد
١٥- د. محمد جمال عطية عيسى, الشكلية القانونية دراسة مقارنة بين النظم الوضعية و الشريعة الاسلامية, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٤.
١٦- محمد شريف جمال, نظرية الوضع الظاهر و استقرار المعاملات, منشورات كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة آكلي محند اولحاج –البويرة -.٢٠١٩
١٧- د. نعمان محمد خليل, اركان الظاهر كمصدر للحق, مطبوعات المنظمة العربية للتربية و الثقافة, معهد البحوث و الدراسات العربية, القاهرة, ١٩٧٧.
١٨- د. وليم سليمان قلادة, التعبير عن الارادة, الطبعة الاولى, المطبعة الحديثة, القاهرة, ١٩٥٥.
١٩- وحيد الدين سوارن, التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي, الطبعة الاولى, ١٩٦٠ .

ثانيًا : الرسائل و الاطاريح

١-ايمان طارق الشكري, سلطة القاضي في تفسير العقد, اطروحة دكتوراه كلية القانون جامعة بغداد, ٢٠٠٢.
٢-سلام عبد الزهرة الفتلاوي, نطاق العقد, اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد, ٢٠٠٥.
٣-عبد المهدي كاظم ناصر, الاقتصاد في فسخ العقد ,اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء, ٢٠١٧.
٤- علي حميد كاظم الشكري, استقرار المعاملات المالية, اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء, ٢٠١٤.
٥-مروان حسين عطية, الارادة الضمنية للسلطة التأسيسية الاصلية, اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء, ٢٠٢٠.

ثالثًا : البحوث

١-د. عبد الباسط جميعي, الوكالة الظاهرة, بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية, جامعة عين شمس, العدد الثاني, ١٩٦٣.
٢-د. عباس زبون العبودي, كاظم حمادي يوسف, النظرية العامة للأرادة الضمنية, بحث منشور في مجلة العلوم القانونية, كلية القانون جامعة بغداد, العدد الخامس, عدد خاص ببحوث التدريسين و الطلبة, ٢٠١٩.
٣-عدنان ابراهيم السرحان, الاتجاهات الحديثة للمسؤولية عن الفعل الضار، دراسة نقدية مقارنة في القانونين الإماراتي والقطري في ضوء تطورات المسؤولية في القانون الفرنسي, بحث منشور في مجلة الشريعة و القانون, تصدر عن كلية القانون, جامعة الامارات, العدد ٧١, السنة ٣١, ٢٠١٧.
٤-د. ياسين بن ناصر الخطيب, نظرية استقرار المعاملات و اثرها على العقود دراسة تطبيقية على بعض المعاملات المالية, بحث منشور في مجلة العدل, العدد ٦٣, جمادي الاول, ١٤٣٥ هجرية.

رابعًا : المصادر باللغة الاجنبية

١- Academie de Droit Internationa, Recueil Des Cours, Collected Courses,martinus nijhoff publishers ,boston 1991-II.
٢- -Jaqus Leaute, Le Mandate apparent Dans Ses rapports aveo La Theoriegerenal l opparence, revue, trim estrille Annee, 1947.

خامسًا: التشريعات العرقية و العربية و الاجنبية.

١- قانون التجارة الفرنسي لعام ١٨٠٧ المعدل.
٢- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
٣- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٤- قانون التجارة الامريكي الموحد (ucc) لسنة ١٩٥٢.
٥- قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.
٦- قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩.