مناعة التصرف التجاري في العلاقات الثلاثية
(دراسة مقارنة)

The immunity of act commercial to connotation tricyclic
(A comparative study)

أ.م.د.مرتضى جمعة عاشور
كلية القانون/ جامعة ذي قار

ملخص
يعد الائتمان ركيزة أساسية من الركائز التي يقوم عليها النشاط التجاري، وهو أحد العوامل التي أدت الى نشوء واستقلال القانون التجاري، ومن أسباب الائتمان –التي يعد الاخير نتيجة منطقية لها- مناعة التصرف التجاري التي تحيطه بسد منيع ضد ما قد يهدد وجوده وكيانه، وبالتالي تحقيق الائتمان. والمناعة –باقرار الفقه- تمثل أهم مميزات القانون التجاري، باختلاف المسميات التي نعتت بها، هذا الاختلاف للمسميات الذي رافقه اختلاف الاسس التي طرحت لتبرير هذه المناعة، وان كنا نرى انها مناعة أساسها التضامن، مع ملاحظة، انه اذا كان التضامن لا يفترض، فليس معنى ذلك انه يشترط ان يكون صريحا، اذ انه يمكن ان يستفاد ضمنا من طبيعة الظروف، وان كنا نميل جعل التضامن في القانون التجاري هو الاصل –أي مفترضا-. بيد أنه يجب الالتفات الى ان هذه المناعة لها ما يخفف من حدتها، فمسايرتها الى ما لانهاية يؤدي الى نتائج مخالفة للعدالة، مع التأكيد على ان وسائل التخفيف لا تشكل استثناء على المناعة بقدر ما هي تطبيقا للقواعد العامة في التصرف او المسؤولية المدنية.

Abstract

The Credit is the cornerstone basis d of the pillars of business, which is one of the factors that led to the distinctness and the independence of the Commercial Code, and the causes of the credit -that longer is logical consequence has widened immunity commercial disposal, which is surrounded by filling impervious against what could threaten its existence and of his being, and thus achieve credit. And Immunity -in Jurists- represent the most important features of commercial law, depending on the Titles that qualify them, this difference of names, which was accompanied by different foundations put forward to justify this immunity, if we see that it's immune-based solidarity, with a note, that if solidarity is not presumed, it is not meaningful so it is required to be frank, because it can be utilized by implication from the nature of the circumstances, even though we tend to make solidarity in commercial law is the parent-namely supposed-. However, it must pay attention to these immune her what than mitigated, and kept up with indefinitely lead to results contrary to justice, with an emphasis on the means of mitigation is not an exception to immunity as far as application of the general rules of action or civil liability.

ا لـــمقـــدمـــة

الحمد لله.. رب العالمين والصلى والسلام... على محمد وآله الطيبين الطاهرين، وبعد...

يحتل التصرف التجاري المساحة الاوسع في نطاق المعاملات، فهو يتميز بالسرعة في ايقاعه، ويلزم لذلك ان تكون أحكامه واضحة لا لبس فيها مع خصوصيتها في التصرفات التجارية عن المدنية، ورغم ذلك يبقى القانون المدني هو المصدر العام الذي يجب الركون اليه كلما غاب الحكم في القانون التجاري، ويرتبط مع السرعة الحاجة للائتمان، بما يجعل المقدمين عليه –التصرف التجاري- لا يترددون في ايقاعه، ما يحتاج الى وسائل لتقوية هذا الائتمان، ومنها مناعة التصرف التجاري.

جوهر فكرة البحث

لا يخفى لما لموضوع مناعة التصرف التجاري من أهمية بالغة، فهو يوصد الباب أمام وسائل الطعن بالتصرف التجاري، ما يحفظ له –التصرف- وجوده وكيانه، وبالتالي تقوية الائتمان التجاري.

فالمتعامل في النشاط آنف الذكر، يهدف دائما الى ان يكون مطمئنا في تعامله وان لا يفاجأ بدفوع لم يكن ليتصورها وقت نشوء الالتزام، لاسيما ان عكس هذا التصوير، يؤدي الى تباطؤ الاشخاص في ايقاع التصرفات التجارية، وهو بدوره ما يتنافر مع احدى السمات الاساسية لهذا التعامل وهي السرعة، فلا بد من وجود آليات قانونية تضمن الموازنة بين السرعة في ايقاع التصرفات التجارية واطمئنان الاشخاص المتعاملين، ولعل ذلك أدعى ما يكون لاكساب التصرف التجاري مناعة خاصة.

تقوم على ان هذه المناعة لها أصل في القواعد العامة ضمن أحكام التضامن، وان كان الفقه قد طرح عدة آراء لبيان أساسه، بيد اننا نرى عدم التكلف والبحث عن أسس غريبة واستثنائية -مع ملاحظة ان جميع الاسس التي طرحت لتبرير المناعة لم تخلو من النقد-، في حين ان الاساس قريب وفي متناول الايدي.

هدف البحث

التعرف على مفهوم مناعة التصرف التجاري، وبيان حقيقة الاساس الدقيق الذي تقوم عليه، وهل هنالك ضرورة منطقية تحتم ان يرسم لمناعة التصرف شكلا معينا؟، واذا كان التضامن لا يفترض، فهل يشترط النص عليه صراحة؟ وفيما اذا كانت المناعة مطلقة من عدمها، ومعيار التمييز بين المتعامل حسن النية وسيئها وحقيقة استثناء سوء النية من المناعة، عن طريق دراسة التطبيقات الشائعة للتصرف التجاري المتسم بالمناعة محاولين في كل ذلك وضع نظرية عامة لمناعة التصرف التجاري.

نطاق البحث

محاكاة التصرفات التجارية المتسمة بالمناعة، وتم التركيز على الاوراق التجارية وخطاب الضمان والاعتماد المستندي، ويخرج عن نطاق التصرف –بداهة- التصرفات البسيطة والاحكام الاجرائية لمناعة التصرف التجاري، حيث الاهتمام بالجانب الموضوعي.

وأود أن ألفت النظر الى ان اغلب الدراسات –او كل التي اطلعت عليها- عالجت النماذج الثلاثة آنفة الذكر على انفراد معطية لكل منها أساسا مختلفا، متجاهلة بذلك الرابط المشترك الذي يربط بينها، وحاولنا جمعها تحت مظلة الالتزام التجاري، غير متناسين في ذلك ضرورة وجود نظرية عامة للمناعة للالتزام التجاري وما تلك النماذج سوى تطبيقات لها.

منهجية البحث وهيكليته

بحث تحليلي وصفي مقارن، عن طريق تحليل مفردات الموضوعات ضمن العناصر المختارة – كتطبيقات شائعة لها برأينا- وصولا الى ايجاد نظرية عامة، مراعين في ذلك المنهج الاستقرائي (Inductive method). بدراسة الوضع في القانون العراقي مقارنة ببعض التشريعات الداخلية والدولية لاسيما مبادئ العقد الاوربي والقانون الانكليزي والامريكي و الفرنسي والالماني والمصري والكويتي مع مراعاة جانبي الفقه والقضاء، مع الاشارة الى بعض القواعد الدولية حيثما وجدت ضرورة لذلك. وكانت الدراسة بمطلب تمهيدي ومبحثين ثم خاتمة لابرز النتائج والتوصيات، .

مطلب تمهيدي

مفهوم مناعة التصرف التجاري

وفيه نتكلم عن تعريف المناعة وضوابطها في فرعين مستقلين.

الفرع الاول

تعريف مناعة التصرف التجاري

هنالك من يذهب الى ان مناعة[١] التصرف تتحقق عندما لا يمكن الطعن بالتصرف لعيب السبب (عدم الوجود أو عدم المشروعية)[٢]، فالمناعة هي عدم قابلية التصرف للطعن فيه بسببه.

ويؤخذ على هذا الرأي أنه يقصر المناعة على سبب التصرف دون الدفوع الشخصية الاخرى كعيوب الارادة او نقص الاهلية او وصف الالتزام او قيام سبب من أسباب الفسخ او البطلان، بيد ان الانتقاد الرئيس الذي يمكن ان يوجه لهذا الرأي ان التصرف لا يمكن ان يكتسب المناعة عن طريق فصله من سببه، لانه لا التزام من غير سبب وسواء كان السبب بمعنى الغرض المباشر أم الباعث، اذ انه لا يمكن ان نتصور التزام شخص دون سبب سوى التزام المجنون، والتزام الاخير باطل لا لعدم وجود السبب انما لانعدام الاهلية.

وهنالك من يذهب الى ان المناعة للتصرف التجاري تقتضي حرمان الطعن بالتصرف لعيب السبب مثلما عيوب الارادة.[٣]

واذا ما كان أصحاب هذا الرأي التفتوا الى ان المناعة لا تقتصر على السبب انما تمتد لتشمل عيوب الارادة، بيد أنه يصدق ما قيل على الرأي الاول هنا ويضاف اليه ان قواعد حماية الارادة –عيوب الارادة- والسبب من النظام العام[٤] وهي جاءت لحماية الرضاء ومصلحة المجتمع، فكيف يتصور الزام شخص رغم ارادته الزاما ارديا ففي هذا مخالفة واضحة لاحكام القانون، وهو يتضمن تناقضا واضحا، فالالتزام الارادي مصدره الارادة وهي بدورها قائمة على الرضاء الصحيح فالرضاء مصدر الالتزام، فاذا ما كان المصدر –الرضاء- معيبا –بعيب من عيوب الارادة- فكيف يمكن أن ينشأ الالتزام صحيحا؟، وقل مثل ذلك بالنسبة للسبب.

---

(١) . المَنْعُ: أَن تَحُولَ بين الرجل وبين الشيء الذي يريده، وهو خلافُ الإِعْطاءِ، ويقال: هو تحجيرُ الشيء، مَنَعَه يَمْنَعُه مَنْعاً ومَنَّعَه فامْتَنَع منه وتمنَّع. ... ومَنُعَ الشيءُ مَناعةً، فهو مَنِيعٌ :اعتَزَّ وتعسَّر. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور)، لسان العرب، ج١٤، دار صادر، بيروت، حرف الميم.

(٢) . يرى د. علي جمال الدين عوض أنه (يقصد بالدفع عموما كل سبب يهدد حق حامل الاثر، ولكنه في خصوص تطبيق هذه القاعدة ينصرف الى معنى أضيق هو السبب الذي يخلص المسحوب عليه من التزامه بالوفاء)، عمليات البنوك من الوجهة القانونية (دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربي)، طبعة مكبرة، ١٩٩٣، ص١١٥، وينظر د.مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، النظرية العامة في الالتزام، في مصادر الالتزام، دار الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٧١ ص٤١٩، د.اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عب... وهبة للنشر، مصر، ١٩٦٦، ص٢٦٦-٢٦٧ و د.توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دون دار نشر، ١٩٧٨، ص١٧٨

(٣) . ينظر د.محمود ابو عافية، التصرف القانوني المجرد (النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري المقارن)، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٤٨، ص٢٧٩ ود.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١ (نظرية الالتزام بوجه عام –مصادر الالتزام)، مج١، نهضة مصر، الفجالة، ط٣، ٢٠١١، ص٤٦٣

(٤) . ينظر نص المادة (٣-١-٤) من الـPICC (Principles of International Commercial Contracts)، وقضي بنقض احد الاحكام القضائية لعدم قيام محكمة البداءة بالتحقق من سبب الكمبيالة. قرار بالعدد ٣١٦٨/ الهيأة المدنية/ عقار/ التسلسل ٢١٦ في ٢/٣/ ٢٠١٠. أشار اليه القاضي ربيع محمد الزهاوي، التسبيب والاجتهاد (في قرارات السادة قضاة محاكم البداءة)، ج٣، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٦، ص١١٢٢-١١٢٣. وقضت محكمة التمييز بأن (تعتبر الكمبيالة باطلة اذا تبين انها بدون سبب وبالتالي يكون قرار المحكمة برد الدعوى صحيح وموافق للقانون). قرار بالعدد ٤٧/ مدنية منقول/ ٢٠١٠ في ٢٠١٠/٣/١٧، أشار اليه القاضي جبار جمعة اللامي، القضاء التجاري العراقي (في قرارات محكمة التمييز الاتحادية)، مطبعة السيماء، بغداد، ط١، ٢٠١٥، ص٢١٠.

ويذهب فريق ثالث الى ان مناعة التصرف التجاري هي استقلاله بسبب الارادة –ارادة أحد الاطراف أو ارادة طرفيه-[١]، أو بسبب العرف التجاري[٢] أو العادات والصفة المهنية لاطرافه – لاسيما المصرف-[٣].

في حين يذهب رابع الى أنها –المناعة- ان يكون الحق الذي ينشأ من السند حقا أصليا وقائما بذاته، مستقلا عن العلاقة القانونية التي أدت الى انشاء السند وعن العلاقات التي تنشأ بين من تداولوا السند فيما بينهم، بمعنى ان حامل السند يكتب حقه لمجرد صلته القانونية بالسند، فالحق الشخصي لحامل السند يتلقاه لمجرد كونه مالكا له، دون الاعتداد بالعلاقات السابقة بين الحائزين السابقين.[٤]

واذا ما كانت نقطة البداية عند أصحاب الرأيين الاخيرين جديرة بالاهتمام، بيد أنهم لم يبينوا صفة الاستقلال بصورة واضحة، اضافة الى أنهم انحرفوا عن جادة الصواب عند بيان أساس هذا الاستقلال.[٥]

والحال ان مناعة التصرف التجاري ليست هي عدم القابلية للطعن به لسببه أو لعيوب الارادة، انما أصالة هذا الالتزام وانقطاعه عن الروابط الاخرى، فهو تصرف قابل للطعن من حيث السبب أو عيوب الارادة فيما يتعلق برابطته المباشرة وهو أصيل –مستقل- عن الروابط الاخرى، فمناعته تأتي من عدم القابلية للطعن به عن الروابط الاخرى.

---

[١] . ينظر د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية (في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٠، ص٦٣ و٧٩. ويقول د.صلاح الدين الناهي (تلك هي طبيعة الكفالة المصرفية من حيث اعتبارها قائمة على ارادة الكفيل المنفردة بالضمان). ينظر د.صلاح الدين الناهي، أهم القرارات والاجتهادات القضائية، مطبعة الحوادث، بغداد ١٩٧٦، ص٢٠٠

Francois Dessemontet , Sûretés, garanties et abstraction, p.32
Available at:
https://www.unil.ch/cedidac/files/live/sites/cedidac/files/Articles/S%C3%BBret%C3%A9-garantie-abstraction.pdf

[٢] . ينظر د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المصدر السابق، ص٦٣ ، حسن جاد، شرح القانون التجاري العراقي، ج٢، مطبعة التفيض الاهلية، بغداد، ١٩٤١ ، ص١٢٩ ،علي العريف، شرح القانون التجاري المصري، ج٢، الاوراق التجارية، ط١، مطبعة عطايا، مصر، ١٩٤٨، ص٩٠ ويرى د.عوض ان التزام المصرف في خطاب الضمان (صورة ابتكرها العرف). د.علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، المصدر السابق، ص٥٨٤ ويعلق ايضا بقوله : (ولذا يكون من الخطأ الاستشهاد بما يقوله الشرح والقضاء باحكام الكفالة بخصوص خطاب الضمان). ينظر المصدر نفسه، ص٥٨٥. ويقول أيضا (واذا كان نظام خطابات –الضمان- وسيلة جديدة ابتكرها العرف سدا لحاجات طرأت، كان الاصل في الضمان المصرفي هو الكفالة العادية اي التي ينظمها القانون المدني، فاذا لم تتوافر للضمان شروط خطاب الضمان وجب الرجوع الى احكام الكفالة في القانون المدني). ينظر المصدر نفسه، ص٥٨٥. وينظر في الاتجاه نفسه د.يعقوب يوسف صرخوه، المصدر السابق، ص١٠٣.

ويقول (حامد فهمي المحامي) (ان الضرورة القاضية بسرعة التداول في الاوراق التجارية هي التي فرضتها –قاعدة التطهير من الدفوع- دفعا للحاجة... وقد عالج الفقهاء تعليل هذه القاعدة وربطها بأصل فقهي رغبة منهم في اقامة حدودها على أساس علمي ولكن أغلبهم لا يزال يعترف بالعجز عن ايجاد تعليل صحيح ويقف عند وجوب التسليم بأخذها عن العرف والجري في تحديدها على ما جرى عليه). حامد فهمي المحامي، عدم جواز الاحتجاج بالدفوع في الاوراق المتداولة التي تنتقل فيها الملكية بالتحويل، مجلة المحاماة، مصر ع٦، س٥، ١٩٢٥. متاح على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الالكتروني:

http://www.mohamoon.com/montada/Default.aspx?action=Preview_Research&id=93&Type=5&CatID=22

[٣] . ينظر د. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية (دراسة للقضاء والفقه المقارن وقواعد سنة ١٩٨٣ الدولية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص٨١

[٤] . ينظر د.عبد الحي حجازي، سندات الائتمان الصرفية (الاوراق التجارية) الكمبيالة والسند الاذني والشيك، ج١، القسم العام، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٧، ص١٩.

[٥] . وهذا ما سيتضح عند الكلام عن أساس مناعة التصرف التجاري.

الفرع الثاني
ضوابط مناعة التصرف التجاري

١- العلاقة الثلاثية ٢- انفصال تعهدات الملتزمين ٣-وحدة الالتزام (المحل) ٤-المصلحة المشتركة

١- العلاقة الثلاثية

تفترض المناعة وجود ثلاثة أشخاص على الاقل –ثلاثة روابط-[١]، فاذا لم يكن الامر كذلك - بأن كانت العلاقة ثنائية- كان التصرف عاديا –بسيطا- ولم يكن للبحث عن المناعة أية قيمة قانونية، فالضمان او الالتزام او التوقيع هو مجرد التزام من طرف قبل الآخر في علاقة عقدية، وبالتالي لا يثير أية اشكالية.[٢]

في حين يذهب الدكتور (أبو عافية) الى أن (التجريد –وهو ما يقابل عندنا المناعة- خاصية تلازم التعبير عن الارادة منذ البداية وفي مواجهة الكافة، أي بلا تفريق بين المتعاقد المباشر وغير المباشر، أو بين الحامل الحسن النية أو الحامل السيء النية. غاية ما في الامر ان المدين الذي منع في نطاق قانون العقد من طلب بطلان التعبير عن الارادة يستطيع أن يلجأ الى الوسائل غير التعاقدية دفاعا عن نفسه)[٣]، ويذهب المؤلف نفسه الى أنه (ففي مواجهة المتعاقد المباشر (contractant) الذي تقوم بينه وبين المدين علاقة أساسية هي التي دفعت الى اصدار السند يرجع المدين بطريق دعوى الاثراء بلا سبب. فاذا كان قد نفذ تعهده كان موضوع دعواه هو استرداد المبلغ المدفوع، أما اذا لم يكن قد دفع وطولب بالوفاء من جانب المتعاقد المباشر فيستطيع أن يلجأ الى الدفع المقابل لدعوى الاثراء ليمتنع عن تنفيذ التزامه... والمدين اذ يلجأ الى دعوى أو دفع الاثراء بلا سبب لا يطالب ببطلان التعبير عن الارادة، فهذا الطلب غير جائز حتى في مواجهة المتعاقد الآخر).[٤]

وفي هذا اضافة الى ان الدكتور (أبو عافية) والفقيه (Henry de Page) يخرجان عن شرط ثلاثية العلاقة بجوازهما التمسك بالمناعة ضد المتعاقد المباشر، بيد ان المخالفة الجوهرية التي يمكن ان تنسب الى هذا الرأي هي عدم امكان التمسك بالبطلان في مواجهة المتعاقد المباشر، ولا يمكن قبول هذا الرأي بأي شكل من الاشكال، فعند تحقق سبب من اسباب البطلان او وقف التصرف في جانب أحد الطرفين –العاقدين-، كيف يمكن أن نفسر حرمانه من التمسك به في مواجهة المتعاقد المباشر؟!. هذا القول يتعارض مع النصوص القانونية المتعلقة بهذا الموضوع لاسيما أنها من النظام العام، ثم أنه لا يمكن قبوله وفق قواعد المنطق السليم.

٢- انفصال تعهدات الملتزمين

ليس في هذا الشرط تكرارا للاول، لان العلاقة قد تكون ثلاثية بيد أنها ليست منفصلة، كما في الاشتراط لمصلحة الغير[٥]. والعلاقة بين المصطلحين منطقيا هي العموم والخصوص المطلق، فالعلاقة الثلاثية أعم مطلقا والانفصال أخص مطلقا.

وانفصال التعهدات ينتج عنه امكانية ان يكون أحد التعهدات أو أكثر باطلا دون غيره وقد يكون احدها موصوفا دون غيره[١] وقد ينقضي احد التعهدات دون غيره. فتعدد المدينين من شأنه أن يجعل التعهدات

---

(1) . (Chaque fois que les sûretés et les garanties mettent en jeu trois parties ou plus), Francois Dessemontet , op.cit, p.2

(٢) . ينظر د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٢ (في الالتزامات)، مج١ (نظرية العقد والارادة المنفردة)، دار شتات، مصر، ط٤، ١٩٨٧،، ص٣٠٩ وكذلك د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المصدر السابق، ص٤٥

(٣) .د.محمود ابو عافية، المصدر السابق ، ص٢٤٧

(٤) .د.محمود ابو عافية، المصدر السابق، ص٢٤٧-٢٤٨ وينظر كذلك في الاتجاه نفسه

H. de Page, L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 11 N°3,Juillet-septembre 1959, p.632

(٥) . اذ ان العلاقات في الاشتراط لمصلحة الغير تختلف أحكامها عن العلاقات ضمن أحكام المناعة -كما سيتضح من البحث- البحث-. ينظر أحكام الاشتراط لمصلحة الغير في المواد ١٥٢-١٥٤ من القانون المدني العراقي، وللتفصيل ينظر د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مج١، المصدر السابق، ص٥٦٢ وما بعدها و د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد،، بلا سنة طبع، ص٣٥٢ وما بعدها

متعددة[٢]، ووحدة موضوع الالتزام أي تطابقه – كما سنرى- لا يمنع من وجود علاقات منفصلة بين الدائن والمدينين، فيتعهد عدة مدينين لدائن واحد بشيء واحد، بيد ان التزام كل مدين يعد مستقلا عن التزام بقية المدينين.[٣] وليس في معنى وحدة الدين – كما سنرى- ان هنالك رابطة واحدة تربط بالدائن جميع المدينين، بل ان رابطة مستقلة عن روابط المدينين تربطه بكل مدين.[٤] فالروابط متعددة والدفوع متعددة[٥]، فالضامن –في الاعتماد المستندي مثلا- يتعهد بصفته اصيلا[٦]، فلا ينظر في التنفيذ الى شروط البيع او مصيره او ظروف المشتري او اي عنصر آخر خارج عن علاقة البائع بالمصرف الذي وعد بتنفيذ الاعتماد.[٧]وفي ذلك تنص المادة (٢٣٢١) من القانون المدني الفرنسي على أنه (...لا يستطيع الضامن الاحتجاج بأي دفع يتعلق بالالتزام المضمون...)، ويترتب على ذلك[٨]:

أ- تعتبر صحة التعهد بالنسبة لكل مدين على انفراد، فيجوز ان يكون تعهد احدهم معيبا او باطلا بسبب الغش او الصغر او مخالفة النظام العام دون ان يؤثر ذلك في التزامات بقية المدينين.

ب- يمكن ان يكون تعهد احد المدينين مضافا الى اجل او معلقا على شرط –أي موصوفا- بينما يكون تعهد الآخر منجزا.[٩]

ج- يجوز اقالة احد المدينين من التعهد مع بقاء تعهد بقية المدينين، فيمكن ان ينقضي التزام احدهم مع بقاء ما عداه.[١٠]

٣- وحدة موضوع التعهد

مناعة التصرف التجاري تتميز بان كل المدينين يتعهدون بشيء واحد[١١]، فهنالك ارتباط النتيجة بالهدف من الناحية العملية والاقتصادية[١٢]. والاصل ان محل الالتزام واحد، فالالتزام يرد على كل، وكل مدين ملزم باداء الكل دون امكانه الزام الدائن قبول الاداء الجزئي.[١٣]

فبالرغم من تعدد الروابط بين المدينين والدائن يكون الالتزام موحد المحل، فالروابط متعددة والمحل واحد[١]. ووحدة المحل هذه هي التي تحفظ للالتزام وحدته رغم تعدد الدائنين.[٢] فلكل مدين ان يفي الدين

---

[١] . ينظر د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٢ (في الالتزامات)، مج٤ (أحكام الالتزام)، دار شتات، مصر، ط٢، ١٩٩٢، ص٥٨٤ د.بدر جاسم اليعقوب، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، ط١، ١٩٨١، الكويت، ص٣٩٠. وينظر نص المادة (١٢٠١) من القانون المدني الفرنسي والمادة (١٠: ١٠٢-٣) من الـPECL

[٢] .ينظر د.نبيل ابراهيم سعد، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٧،ص٧١

[٣] .ينظر د.محمد صالح، أصول التعهدات، ط٤، مطبعة الاعتماد، مصر، ١٩٣٣، ص١٨٧

[٤] . ينظر د.عبد السلام ذهني بك، في الالتزامات(النظرية العامة)، مطبعة مصر، ص٥٩٨، د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، ج٣، الاوصاف- الحوالة- الانقضاء، نهضة مصر، الفجالة، ط٣، ٢٠١١، ص٢٨٤، د.حافظ محمد ابراهيم، القانون التجاري العراقي (النظرية العامة والتعهدات والعقود التجارية)، ط١، الشركة الاسلامية للطباعة والنشر المحدودة، بغداد، دون سنة طبع، ص٢٠١ وما بعدها و د.محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات (في القانون المدني المصري)، ط٣، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص٨٨١

[٥] . ينظر د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المصدر السابق، ص٧٧

[٦] . ينظر المصدر نفسه ، ص٨٥

[٧] . ينظر د.علي جمال الدين عوض، الاعتماد المستندي، المصدر السابق، ص٩

[٨] . ينظر د.محمد صالح، المصدر السابق، ص١٨٧، د.عبد السلام ذهني بك، في الالتزامات، المصدر السابق، ص٦٠٠ و د.محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، ص٨٨١

[٩] . ينظر عبد الحي حجازي،النظرية العامة للالتزام،ج١، الالتزام في ذاته، مطبعة نهضة مصر، الفجالة، ١٩٥٤، ص٢١٤

[١٠] . للتفصيل في هذا الموضوع ينظر هوامش الدفوع الموضوعية.

[١١] . ينظر د.محمد صالح، المصدر السابق، ص١٨٧، د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام- أحكام الالتزام- آثار الالتزام)، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦،ص ٤١٧-٤١٨ د.نبيل ابراهيم سعد، التضامم ، المصدر السابق ، ص١٥. وينظر قرار (نقض ١٩٦٦/٢/١٧ طعن ٣٠٦ س٣١ق)، أشار اليه المستشار أنور طلبة، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة النقض منذ انشائها سنة ١٩٣١ (الدائرة المدنية والتجارية والاحوال الشخصية)، ج٦، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ص٥٧٧ وينظر المادة(١٠: ١٠١-١) من الـPECL

[١٢] . ينظر د.علي جمال الدين عوض، الاعتماد المستندي، المصدر السابق، ١٣٩

[١٣] .ينظر د.محمد صالح، المصدر السابق، ص١٨٨، د.صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات (بحث موازن بين أحكام المعاملات المالية الشرعية والمدنية المرعية في بلاد الجامعة العربية)، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٠، ص٣٥٥، د.حسن علي الذنون، المصدر السابق، ٤١٥ و د.حافظ محمد ابراهيم، المصدر السابق، ص٢٠١

بأسره ويكون وفاؤه هذا مبرئا لذمة الباقين[٣]، وعلى ذلك لا يكون من حق الدائن ان يطالب الوفاء بكل الدين فحسب بل ويكون من واجبه كذلك ان يقبل أداؤه، ويترتب على ذلك نتائج هامة منها انه اذا اتفق الدائن مع احد المدينين على تجديد الدين او استبداله فان الالتزام القديم ينقضي وتبرأ تبعا لذلك ذمة باقي الدائنين منه مالم يرتض هؤلاء الارتباط بالتعهد الجديد، فان لم يرتضوا ذلك وكان الدائن قد اشترط رضائهم فلا ينعقد التجديد ويبقى الالتزام القديم قائما.[٤]

فقوام المناعة ان يكون كل من المدينين مسؤولا قبل الدائن عن كل الدين[٥] بحيث يعد الدين واحدا رغم تعددهم.[٦] فمحل التزام المدينين بالورقة التجارية واحد رغم تعدد الروابط التي تربط بينهم وبين الدائن وسواء كانت مباشرة أم غير مباشرة وهو دائما مبلغ من النقود، ومحل التزام المصرف والمقاول واحد في خطاب الضمان وهو مبلغ ضمان حسن التنفيذ او الدفعة المقدمة رغم تعدد الروابط التي تربطهم بالمستفيد، فالضمان يتبنى حدود الدين المضمون[٧]. ومحل التزام المصرف والمشتري واحد في الاعتماد المستندي وهو ثمن البضاعة رغم تعدد الروابط التي تربط البائع بالمشتري والمصرف، فعقد الاعتماد ان كان مستقلا من الناحية القانونية عن عقد البيع، بيد انه تابع له في الواقع، اذ يهدف الى تسوية دين الثمن.[٨]

٤- المصلحة المشتركة

رغم تعدد الروابط واستقلالها من الناحية القانونية، بيد انها تخدم هدفا اقتصاديا واحدا.[٩] ومع وجود هذا الاستقلال القانوني هنالك ارتباط النتيجة بالهدف من الناحية العملية والاقتصادية، وكما رأينا سابقا، فمثلا – في الاعتماد المستندي- انه يهدف الى تسوية دين الثمن ما يعني ارتباطه عمليا واقتصاديا.[١٠] بيد انه ارتباط ينبغي ان لا يؤثر على حقوق الاطراف، والا اهتزت حقوقهم واضطربت علاقاتهم[١١] وتفرض الغاية الاقتصادية الاستقلال[١٢]، ووحدة المصدر (المحل) هي التي تفرض وجود المصلحة المشتركة[١٣]، فدفع قيمة الضمان يؤدي الى قضاء دين الآمر قبل المستفيد.[١٤]

---

[١] . يقول الرومان وهو واضعوا الاسس الاولى للتضامن الحاضر، ان للالتزام التضامني محلا واحدا لا يتعدد. ينظر د.عبد السلام ذهني بك، في الالتزامات، المصدر السابق، ص٥٩٨

& see Michelle Cumyn, responsibility for another's debt: suretyship, solidarity and imperfect delegation, McGill Law Journal (2010) 55, p.217.

[٢] . ينظر د.عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام، ج٣، المصدر السابق، ٢٨٥

[٣] . ينظر د.بدر جاسم اليعقوب، المصدر السابق، ص٣٨٩.

[٤] . ينظر د.حافظ محمد ابراهيم، المصدر السابق، ص٢٠١-٢٠٢

[٥] . ينظر نص المادة (١/٣٢١) من القانون المدني العراقي ونص المادة (١٢٠٠) من القانون المدني الفرنسي والمادة (٤٢١) من الـBGB والمادة (٢٨٥) من القانون المدني المصري والمادة (٣٤٦) من القانون المدني الكويتي والمادة (١٠: ١٠١-٣) من الـPECL.وينظر(نقض ١٩٩٤/٣/٣٠ طعن ٣٦٣٥ س٥٩ق). أشار المستشار أنور طلبة، ، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة النقض منذ انشائها سنة ١٩٣١ (الدائرة المدنية والتجارية والاحوال الشخصية، ج١١، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ص٦٠٣.

[٦] . ينظر د.محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، ص٨٨١. فمحل التزام جميع المتضامنين الصرفيين واحدا، وحق الحامل ثابت في مطالبتهم بكل مبلغ الورقة التجارية. وينظر المادة ١٠٦ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل.

[٧] .ينظر د.علي جمال الدين عوض ، خطابات الضمان، المصدر السابق، ص٨٨

[٨] . ينظر د.علي جمال الدين عوض ، الاعتماد المستندي، المصدر السابق، ص١٥٥، السيد محمد اليماني، الاعتماد المستندي والطبيعة القانونية لالتزام البنك، رسالة دكتوراه، ص١٦ (أشار اليه جورجيت، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص٢٨).

ان الوظيفة الرئيسية للاعتماد، هي ان يطمئن البائع الى استيفاء الثمن متى قام بتنفيذ التزاماته، واطمئنان المشتري الى استلام البضاعة متى قام بدفع الثمن. ويترتب على ذلك وجود ارتباط بين تنفيذ الاعتماد وتنفيذ عقد البيع. ينظر المصدر نفسه، ص١٠٩

[٩] . ينظر د.علي جمال الدين عوض ، خطابات الضمان، المصدر السابق، ص٦١

[١٠] . ينظر د.علي جمال الدين عوض ، الاعتماد المستندي، المصدر السابق، ص١٥٥

[١١] . ينظر المصدر نفسه، ص١٣٩

[١٢] . ينظر المصدر نفسه، ص١٤١

[١٣] . ينظر د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، ج٣، المصدر السابق ، ص٢٨٧

[١٤] . ينظر د.علي جمال الدين عوض ، خطابات الضمان، المصدر السابق، ص٧٨-٧٩

المبحث الاول

الاساس القانوني لمناعة التصرف التجاري

لم يكن موضوع المناعة محل اتفاق من جانب الفقه، ومع اختلاف المسميات التي يطلقها الفقه عليه[١] اختلف كذلك الاساس الذي طرحه الفقه للمناعة، ولسنا هنا بصدد طرح جميع الاراء[٢] بل أشهرها، وحاولنا جمع هذه الآراء –الشائعة- تحت مسميات معينة استنادا للرابط المشترك بينها، وبذا قسمنا هذا المبحث الى مطلبين الاول للنظريات القائمة على التجريد، والثاني للنظريات القائمة على الاستقلال والاصالة.

المطلب الاول

نظريات التجريد

وفيه نتكلم عن النظرية التي تعطي المناعة للالتزام استنادا لشكليته –التجريد الشكلي- والنظرية التي تعطي المناعة للتصرف التجاري بتجريده موضوعيا، والمقصود من الموضوعي هنا ما يقابل الشكلي، اي لا يشترط لتجريد التصرف لاكسابه المناعة شكلا معينا، ووفق الفرعين الآتيين.

الفرع الاول

التجريد الشكلي

أولا: عرض النظرية

الشكلية في القوانين القديمة جوهر التصرف القانوني، حيث لم يكن للارادة أي دور قانوني[٣]، فالاشكال رمزية في القانون الروماني[٤]-الاشكال منفصلة عن الارادة الحقيقية للاطراف التي تنشئ العقد-[٥]، والمناعة –عندهم- تقتضي الفصل بين الارادة والشكل[٦]. ويقضي مبدأ الشكلية ان الارادة لا تنتج بذاتها أي أي أثر قانوني مالم تفرغ في القالب الذي حدده القانون[٧]. هذا المبدأ كان قاعدة أصولية في القانون الروماني[٨]، فالشكلية كانت ضرورة اجتماعية[٩]، وينظر الى التعبير نظرة موضوعية في حد ذاته[١].

---

(1) . "'abstrait" "indépendant","autonome", "irrévocable", "formel" ou "sans condition" . see Francois Dessemontet , op.cit, p.4

(٢) . هذه الاراء التي قيلت نحو أساس مناعة التصرف ليست الوحيدة، بيد اننا اخترنا أشهرها ولمزيد من الاسس التي نادى بها الفقه ينظر د.عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص٢١ وما بعدها، د.صلاح الدين الناهي، المبسوط في الاوراق التجارية، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٥، ص٣١ وما بعدها، د.أحمد ابراهيم البسام، قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الاوراق التجارية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٩، ص٣٣ وما بعدها، د.يعقوب يوسف صرخوه، خطاب الضمان المصرفي في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع ٣، س١٧، ط٢، ١٩٩٤، ص٩٢ وما بعدها، جورجيت، المصدر السابق، ص١٥٥ وما بعدها و القاضي موفق العبدلي آثار خطاب الضمان (دراسة تحليلية لخطاب الضمان من الوجهة القانونية وتطبيقاته القضائية)، دار الشؤون الثقافية، بغداد، ٢٠١٠، ص٣٣ وما بعدها.

(٣) . ينظر د.السيد عبد الحميد فوده، مبدأ حسن النية في القانون الروماني، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص٣١ ود.محمد علي عبده، دور الشكل في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط١ ،٢٠٠٧، ص١٩

(٤) . ينظر د.عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي (النظرية والتطبيقات)، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الاسكندرية، ١٩٧٢، ص١٣

(٥) . ينظر د.السيد عبد الحميد فوده، المصدر السابق، ص٣٥.

وقد كان الرومان يهتمون بمبدأ استقرار المعاملات، وحرصا على ذلك وجدت الشكلية، ففي ظل قانون تسود فيه الشكلية، لا ينشئ العقد آثارا الا بين اطرافه الذين ساهموا في القيام باجراءاته. ينظر د.عبد الودود يحيى، حوالة الدين (دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية والقانونين الالماني والمصري)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص٣٣-٣٤.

(٦) . ينظر د.محمود ابو عافية، المصدر السابق، ص٤٦

(٧) . ينظر د.عبد الرحمن عياد، المصدر السابق، ص١٣

& Creutzig Jürgen, Quelques remarques sur le problème de l'obligation abstraite, Revue internationale de droit comparé, Vol.21, N°2, Avril-juin 1969, p. 374

(٨) . ينظر د.السيد عبد الحميد فوده، المصدر السابق، ص٤٠-٤١

(٩) . ينظر د.عبد السلام ذهني بك،في الالتزامات، المصدر السابق،ص٩٥و د.السيد عبد الحميد فوده،المصدر السابق،ص٤٨ السابق،ص٤٨

والتجريد في القانون الروماني كان يستند على الشكلية.

فالمناعة نتيجة مباشرة للشكلية الرمزية[٢]، والمناعة هي مناعة من الطعن بالارادة، أي استقلال الارادة.[٣] فمناعة التصرف تكون للتصرف القانوني الذي يعتمد في صحته على الشكل المرسوم له بصرف النظر عن ارادة اطرافه[٤].

وفي القوانين الحديثة جميع التصرفات عمل ارادة[٥]، بيد ان الارادة وحدة واقعية يكملها عنصر السبب، فاذا أردنا -يقول ابو عافية- فصل السبب عن الارادة فلا بد من تدخل المشرع بوضع شكل معين تلبسه الارادة المستقلة.[٦] فالشكل بمعناه الدقيق ما فرضه المشرع، وقيل بأنه (صورة خاصة من صور التعبير عن الارادة يفرضها المشرع)[٧]، فالشكل الذي يفرضه المشرع يكسبه بهذا صفة قانونية تسبغ عليه طابعا قانونيا متميزا ويتميز بوجود مستقل، فلا أثر للاردة الا اذا تمت بالصورة التي فرضها المشرع. اذن يكون الشكل يكون ضروريا طالما كان مشروطا لتحقيق وتنفيذ الوضع القانوني المحدد او النتائج القانونية الخاصة. فهو –الشكل- يعد خروجا على مبدأ كفاية الارادة المجردة لانشاء الالتزام، وكل ما يتجاوز هذه الارادة يعد شكلا طالما هو لازم لوجود التصرف وصحته، ولا يهم ما اذا كانت علة هذا الشكل ظاهرة أو مستترة أو منتفية تماما، بل ان الشكليات المتناثرة في القوانين الحديثة كلها تقريبا لها علة وجود تكمن في المصلحة العامة واستقرار المعاملات[٨] وحماية الافراد.[٩]

ويضيف أنصار هذا الاتجاه الى ذلك، ان النظام القانوني لا يمنح المناعة للشكل في ذاته، انما لارادة المناعة المعبر عنها في الشكل[١٠]، والمناعة نظام ينتمي الى القوانين الفطرية ولا يتصور بغير الشكلية الرمزية[١١]. وفي القوانين الحديثة المسألة ليست مسألة رموز، انما يفصل اعلان الارادة عن حقيقته الواقعية لاكسابه مناعة استثنائية ضد وسائل الهجوم المستمدة من القواعد العامة، وذلك لحماية الائتمان في العلاقات لاسيما التجارية منها، فحماية الائتمان حيث تبدو ألزم من مقتضيات العدالة، هي العامل الوحيد الذي يبرر ذلك الاجراء الشديد الذي يتخذه المشرع عمدا ليصل به الى أهداف معينة.[١٢] فالشكل يعد أمرا ضروريا أو مطلوبا لتيسير العلاقات العقدية وتبسيطها، ويبدو هذا الدور على نحو بارز في نطاق المعاملات التجارية لانه يتمثل في التوفيق بين التبسيط والسرعة الضروريين لها. والحقيقة ان من شأن اجراء التعامل بطريق الاوراق والسندات التجارية ان يؤدي الى تسهيل المعاملات التجارية وتبسيطها، فهذا التعامل يرد على تصرفات شكلية، وتكون الاوراق التجارية بل والسندات التجارية –في الغالب- مطبوعة سلفا بحيث لا تحتاج سوى التوقيع عليها بعد ملئ الفراغات الموجودة ببيانات معينة.[١٣]

ويثار التساؤل هنا هل هنالك ضرورة منطقية تحتم ان يرسم لمناعة التصرف شكلا معينا؟

هنالك من يرى تطابق فكرتي المناعة والشكلية على اساس ان الاولى نتيجة منطقية للثانية وان الثانية هي دائما سبب للاولى، استنادا الى ان التصرف الشكلي يتضمن جميع العناصر التي يمكن ان يعتمد عليها القاضي عند تكوين حكمه دون تجاوز ذلك للبحث فيما وراء الشكل عن الارادة وسببها، وان التصرف الشكلي يمتنع عن الطعن فيه بالسبب فهو صحيح بغض النظر عن السبب، وهو كذلك استنادا للارادة وحدها

See Herve Trofimoff, La cause dans l' exception non numeratae pecuniae, p.210 Available at http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/1986/13.%20Trofimoff.pdf

(١) . ينظر د.السيد عبد الحميد فوده، المصدر السابق، ص٨٢

(٢) . ينظر د.محمود ابو عافية، المصدر السابق، ص٤٠ و٤٦

(٣) . ينظر المصدر نفسه، ص٤٧

(٤) . ينظر المصدر نفسه، ص٤٨

(٥) . ينظر المصدر نفسه، ص٨٥

(٦) . ينظر المصدر نفسه، ص٨٦

(٧) . د.جميل الشرقاوي،النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول،مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٧٦، ص٣١

(8)see H. de Page,, op. cit, p.631 .

(٩) .ينظر د.السيد عبد الحميد فوده، المصدر السابق، ص٣٤

(١٠) . ينظر د.محمود ابو عافية، المصدر السابق، ص٨٦

(١١) . ينظر المصدر نفسه، ص٩٢

(١٢) . ينظر المصدر نفسه، ص٩٣

(١٣) . ينظر جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط١، المؤسسة الجامعة، بيروت، ٢٠٠٠، ص٣٨٤.

في تبرير الالتزام، فيكون لازم من ظهور هذه الارادة في شكل واضح ومحدد بما يدل وبصورة قاطعة على شروط الالتزام وآثاره[١].

ويرى د.عبد الحي حجازي –في معرض تعريفه لـ(سند الائتمان المجرد)- أنه –سند الائتمان المجرد- هو الذي لا يكون لسببه، مع وجود هذا السبب، أهمية قانونية بالنسبة الى **الحق الورقي** الذي يتضمنه السند.[٢]

وقد حاول الفقيه (ليبيه) نفي الارتباط بين خاصية المناعة والشكل، وان الاول يرجع –في رأيه- الى نية الطرفين المفترضة بمعنى ان الاشكال المستعملة كانت تقيم قرينة قاطعة على ارادة المدين للالتزام مهما وقع، وبصرف النظر عن أي ظرف آخر. ويسوق دليلا على ارتباط المناعة بالارادة لا بالشكل، ان القانون الروماني قد اعطى مناعة لتصرف قانوني دون الحاجة الى اشكال وهو التسليم (Traditio).[٣]

ويرى الفقيه (ليبيه) ان الاوراق التجارية تمثل عقدا شكليا لا يستمد قوته من ارادة الطرفين انما من الشكل الذي صيغ فيه، والى ذلك يرجع استقلال الالتزام الصرفي عن العلاقات السابقة للموقعين[٤]، فما دام يوجد صك بين يدي الحامل استجمع مقوماته الشكلية التي فرضها المشرع، فان ذلك وحده أساسا كافيا للرجوع على الموقع، دون ان يطالب باثبات وجود سبب صحيح لالتزام الاخير.[٥]

ويرى الفقيه (ريبير) ان التعامل بالورقة التجارية يتضمن احالة صك لا احالة حق، فالحامل الجديد يمارس الحق الذي يمنحه الصك وهذا الحق يرتبط ارتباطا وثيقا بالحيازة،[٦] فالصك يكفي نفسه بنفسه، ومرد هذه الكفاية يرجع الى تغلب الشكل على الموضوع، فاذا استوفت الورقة التجارية مقوماتها الشكلية اصبح كل موقع عليها ملتزما باداء مبلغها مهما كان السبب الذي من أجله وقع عليها وبذلك يستقل حق الحامل عن العلاقات السابقة للموقعين ويكتسب مناعته.[٧]

ويرى الفقيه (بيكر) –وهو صاحب نظرية التشخيص (Theorie de la personification)- ان المدين انما اراد الالتزام تجاه الصك ذاته لا نحو أي شخص آخر، فصاحب الحق -على ما يرى (بيكر)- هو الصك لا الحامل، والاخير عندما يطال المدين انما يعد نائبا عن الصك، وبهذا يمكن تعليل عدم امكانية التمسك بالدفوع المستمدة من الروابط الشخصية للموقعين.[٨]

---

[١] . ينظر د. محمود ابو عافية، المصدر السابق، ص٤٧، ويقول د.السنهوري (فمنذ أن انتكصت الشكلية في العقود وساد مذهب الرضائية انتصر عامل الإرادة على عامل الاستقرار ولم يستطع عامل الاستقرار أن يسترد ما فقد إلا بظهور التصرف المجرد، ففيه ينتصر على الإرادة كما رأينا. ومن هنا كان تطور العقد من تصرف شكلي إلى تصرف رضائي ثم من تصرف رضائي إلى تصرف مجرد، تطوراً تعاقب فيه عاملاً الاستقرار والإرادة على مراحل متتابعة، كان الظفر في كل مرحلة منهما لأحد العاملين على الآخر. ومن هنا أيضاً كان التصرف المجرد رجوعا مهذباً إلى التصرف الشكلي يستجيب إليه في جمعية بدائية، ويستجيب إليه التصرف المجرد في جمعية متحضرة). ينظر د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، مج١، المصدر السابق، ص٢٦٣- ٢٦٤.

[٢] . ينظر د.عبد الحي حجازي، سندات الائتمان، المصدر السابق، ص٣٦، رغم ان د.الحجازي يذهب في موضع آخر من المصدر نفسه قائلا (ويمكن ان يقال ان تجريد الالتزام الصرفي هو أحد تطبيقات قاعدة عامة في القانون هي تبسيط عناصر الواقعة القانونية، وليس هذا هو التطبيق الوحيد لهذه القاعدة، فقصر الحكم على منطوقه دون حيثياته، وعدم اهتمام القانون بالبواعث، هي تطبيقات اخرى لهذه القاعدة التي تقضي بانه يجوز الاكتفاء ببعض عناصر الواقعة القانونية في ترتيب آثارها وذلك نزولا عند مقتضيات اقتصادية قانونية واضحة)، ينظر المصدر نفسه، ص٥٧. وسوف يتضح – مع احترامنا لوجهات النظر المعروضة- مدى دقتها عند بحث تقييم هذه النظرية والنظريات الاخرى.

[٣] . ينظر د.محمود ابو عافية، المصدر نفسه، ص٤١

[٤] . د.أحمد ابراهيم البسام ، المصدر السابق، ص٦٦

[٥] . ينظر المصدر نفسه، ص٦٦

[٦] . أشار اليه د.عبد الرزاق عبد الوهاب، المصدر السابق، ص١٢٥

[٧] . ينظر د.أحمد ابراهيم البسام ، المصدر نفسه، ص٦٦-٦٧
ويؤيد د.عبد الرزاق عبد الوهاب رأي الفقيه (ريبير)، ومصدر الحق عنده هو القانون. ينظر د.عبد الرزاق عبد الوهاب، المصدر نفسه ، ص١٢٥

[٨] . ينظر د.أحمد ابراهيم البسام ، المصدر السابق، ص٦٧-٦٨

ويرى انصار نظرية الاندماج ان الحق الذي يمثله الصك يتجسد في الصك ذاته، فيصبحا وكأنهما شيء واحد، ويتحول حق الحامل من حق شخصي الى حق عيني ويصبح الصك منقولا ماديا وبذلك تنبت صلة الحق بكافة الالتزامات الشخصية التي تربط الموقعين.[١]

ثانيا: تقييم النظرية

ان القانون الحديث يعترف للارادة بقوة تحريك الآثار القانونية، والشكل يقتصر على أداء وظيفة خارجية هي اظهار الارادة، فاصبح من المستحيل عقلا وقانونا ان نبحث في الشكل عن جوهر التصرف او عن اساس المناعة.[٢]

فكل التصرفات في القانون الحديث عمل ارادة[٣]، وليست المناعة شكلا قانونيا مستقلا عن التصرف الذي أنشأه، هذا التصوير الاخير لا يمكن التسليم به في القانون الحديث مع التسليم بمبدأ سلطان الارادة فلا يمكن ان ينسب للشكل مهمة جوهرية، فمهمته التعبير عن الارادة، عليه فان الارادة وحدها جوهر التصرف القانوني.[٤] فالشكل ما هو الا وسيلة التعبير عن الارادة ولا التزام من دون ارادة حقيقية غير معيبة. ومن يذهب الى ان الشكلية ترجع الى الارادة نفسها –الارادة الظاهرة- فواقعا ان الارادة وان كان لها سلطان في ان تلتزم من عدمه، بيد ان الشخص ان أراد الالتزام فيجب ان يكون التزامه في ضوء القانون، وحيث ان القانون يشترط في الارادة ان يكون لها سببا وان يكون الاخير مشروعا وان تكون غير معيبة، فلا يجوز لها –الارادة- ان تستقل عن ذلك وتعطل أحكام القانون، لاسيما اذا كانت تلك الاحكام من النظام العام.

ولم يعد الشكل هو العنصر الوحيد في التصرف القانوني الذي على وجوده يتحقق التصرف القانوني وتترتب آثاره، انما أصبح عنصرا يضاف الى الارادة[٥]، فتكوين التصرف يستلزم -في بعض الاحيان- عنصري الارادة والشكل، والنية –الارادة- هي سبب وجود التعبير ومعياره[٦]. ومن هنا كان من القواعد الثابتة ان توافر الشكلية لا يمنع من الطعن بالتصرفات القانونية بعيوب الارادة[٧]، فالشكل بمعناه الحديث لا يسلب الارادة دورها في العقد[١]، ومن ثم لا يحول دون البحث عن عن الارادة الحقيقية للتصرف، كما ان الحقيقة الخارجية للعقد الشكلي لا يمكن ان تكون عقبة تمنع من الطعن في العقد الشكلي بعيوب الارادة[٢].

---

[١] . ينظر المصدر نفسه، ص٦٨ ويسميه الدكتور عبد الحي حجازي بـ(الحق الورقي) ينظر د.عبد الحي حجازي، سندات الائتمان، المصدر السابق، ص٢٤-٢٥

& Satoru Shibazaki, L'abstraction de la promesse non causee de payer une somme d'argent en droit prive japonais, 2003, p.66&76

Available at:http://dspace.wul.waseda.ac.jp/dspace/bitstream/2065/11382/1/20070707_shibazaki_08.pdf

[٢] . ينظر د.محمود ابو عافية، المصدر السابق، ص٨٧

[٣] . فالرضاء هو العنصر الاساس اللازم لانشاء العقد. ينظر د.توفيق حسن فرج، المصدر السابق، ص٤٠

[٤] . ينظر د.محمود ابو عافية، المصدر السابق،ص٩٤

[٥] . ينظر د.جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦، ١٩٥٦، ص٣١٢

[٦] . ينظر د.جليل الساعدي، الارادة الباطنة في العقد (دراسة في القانون المدني العراقي)، مكتبة السنهوري، بغداد، ط١، ٢٠١٢، ص١٧

[٧] . وقد ذهبت غالبية الفقه العراقي الى تأسيس التعويض المشار اليه في المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي في حالة الاخلال بالتعهد بنقل ملكية عقار على اساس المسؤولية العقدية، فالاتفاق الذي يتم بين الطرفين غير المستوفي الشكل المطلوب، يعد عقدا صحيحا –عقد غير مسمى-. ينظر د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج٢، أحكام الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٣٦– ٣٨٧، د. عباس الصراف، بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي، مجلة العدالة، ع ٤، السنة الثانية، ١٩٧٦، ص ٩١٣، د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج١، البيع والايجار، ط ٣، بغداد، ١٩٧٣، ص ١٠٦ و د. كمال قاسم ثروت: شرح أحكام عقد البيع، ط٢، بغداد، ١٩٧٦، ص ٦٠. وكذلك هو منحى القضاء العراقي ومن ذلك قرار محكمة التمييز الذي جاء فيه ((... وإن كان بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل بدائرة الطابو (٥٠٨ مدني)، إلا أن التعهد السابق على البيع المنصوص عليه في المادة (١١٢٧) من القانون المدني هو عقد غير مسمى وليس عقد بيع، ولكنه عقد ملزم للطرفين إذا أخل أحد المتعاقدين به التزم بالتعويض الاتفاقي، وهو التزام ينشأ عن مسؤولية عقدية) قرار بالعدد ٩٨٧/حقوقية/١٩٦٨ في ١٩٦٨/١٢/١٥، المنشور في قضاء محكمة التمييز، المجلد الخامس، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨، دار الحرية للطباعة، مطبعة

ثم ان التشديد على أهمية الشكل يتضمن اهمالا ضمنيا لعنصر الارادة ما يؤدي الى حرمان المدين من الاحتجاج ضد دائنه بغير العيوب الشكلية، فضلا عن ان ذلك لا يقيم وزنا لحسن نية المتعاقد –الحامل مثلا- ، اذ اننا لو جارينا هذه الاراء سيستوي الحامل حسن النية وسيئها، ما دام يحوز سندا صحيحا من حيث الشكل.[٣]

وبشأن نظرية التشخيص، كيف يمكن القول ان الصك يتحول الى شخص يكتسب الحق الذي يمثله، وان دور الحامل يقتصر على النيابة عن الصك في حين أنه يقبض قيمته لحسابه الخاص؟ وكيف يمكن تصور وكيل لا يؤدي حسابا عن وكالته؟[٤].

وبشأن نظرية الاندماج، فانها تقيم رباطا بين حق الحامل وحيازة الصك، في حين ان الاخيرة ليست ملازمة للمطالبة بقيمة الورقة التجارية، اذ يستطيع المالك الحقيقي الذي فقد الورقة استيفاء حقه من المدين على الرغم من عدم حيازته لها، ان لم تكن قد وقعت بيد حامل حسن النية[٥] او استخراج بديل عنها –بدل ضائع-[٦].

الفرع الثاني
التصرف المجرد الموضوعي

اولا: عرض النظرية

مبنى هذه النظرية ان كل مدين يلتزم التزاما مجردا (obligation abstraite)، يمتنع عليه الطعن بالتزامه.[٧] وهنالك من يرى ان الالتزام الصرفي التزام مجرد، بيد انه ليس تجريدا تاما[٨].

ولم تتفق كلمة الفقه على الموضوع الذي يتجرد منه التصرف بين قائل بالتجريد عن السبب[٩] وآخر عن الارادة الباطنة.[١]

الحكومة، بغداد، ١٩٧١، ص٣٢٢. ومنه قرارها الذي جاء فيه((... إن بطلان بيع العقار لا يتضمن بطلان العقد الذي يلتزم به البائع بنقل الملكية في الطابو والمشتري بقبول المبيع ودفع الثمن، لأن العقد صحيح وان لم تنتقل به ملكية العقار) الصادر بالعدد ١١١/ حقوقية ثانية/ ١٩٧٠ في ٥/ ٣/ ١٩٧٠ والمنشور في النشرة القضائية العدد الأول، السنة الأولى، ١٩٧٠، ص ٤٧.

[١] . ينظر د.محمد علي عبده، المصدر السابق، ص٥٩

[٢] . والنظام العام يعد ضابطا لحرية الافراد في ترتيب علاقاتهم القانونية. ينظر د.جليل الساعدي ص٦١ و د.محمد علي عبده، المصدر السابق، ص٣٧

[٣] . د.أحمد ابراهيم البسام، المصدر السابق، ص٦٧

[٤] . ينظر المصدر نفسه، ص٦٨ و د.صلاح الدين الناهي، المبسوط، المصدر السابق، ص٤٣

[٥] . ينظر د.أحمد ابراهيم البسام، المصدر نفسه، ص٦٨ و د.صلاح الدين الناهي، المصدر نفسه ص٤٤

[٦] . ينظر نص المادة (٩٩) من قانون التجارة العراقي والمادة (٤٦٩) من قانون التجارة الكويتي

[٧] . ينظر د.صلاح الدين الناهي، المصدر نفسه، ص٣٩

تجدر الاشارة الى أنه مع اطروحة سافيني، ولد التصرف –العقد- المجرد والفصل بين قانون الملكية وقانون الالتزامات، نقل الملكية عند سافيني عقد حقيقي، لكن هذا العقد يرتب التزامات مجردة، اطروحة سافيني هي تتويج لشكل التعاقد لنقل الملكية، والتي من شأنها ان تميز هذه الالتزامات عن العقد الذي ولدها، فنقل الملكية عنده مستقل عن عيوب الرضاء التي تؤثر على عقد البيع. See Gwenola Labro, op.cit, p.14

وعلى الرغم من ان لفظ التصرف –العقد- المجرد لم يظهر بشكل واضح عند سافيني الا ان الفقيه (Johow) المحرر الرئيسي للـ BGB كان قد وضحه تحت تأثير فقه سافيني.See ibid, p.15

والقانون الفرنسي لا يميل الى تجريد نقل الملكية.See ibid, p.31

[٨] . ينظر د.علي جمال الدين عوض، الاوراق التجارية (السند الاذني- الكمبيالة – الشيك –دراسة للقضاء-)، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٩٥، ص٣٢ ، د.الياس حداد، الاوراق التجارية (في النظام التجاري السعودي)، معهد الادارة العامة، الرياض، ١٤٠٧ هـ، ص٣٢ وهو يستند في ذلك الى أحكام مقابل الوفاء ينظر ص١٨٦ وما بعدها وكذلك د. يعقوب يوسف صرخوه، المصدر السابق، ص٤٧ وما بعدها وهو يستن في ذلك الى الشروط التي قد يتضمنها خطاب الضمان، ينظر تحديدا ص٥١.

[9]. see H. de Page, op.cit, p. 631, Henri Leon et Jean Mazeaud, La Cause en Droit Français, McGILL Law Journal, Vol. 3 , No.1, p.18

و د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، المصدر السابق، ص١١٥ ، د.مالك دوهان الحسن، المصدر السابق، ص٤١٩، د.اسماعيل غانم، المصدر السابق، ص٢٦٦-٢٦٧ و د.توفيق حسن فرج، المصدر السابق، ص١٧٨

فالالتزام المجرد هو الالتزام الذي يخلو من السبب[٢] وبه يلتزم المدين بمجرد تحريره ولا يستطيع المدين نقضه باثبات عدم وجود السبب او عدم المشروعية[٣]، ودون الاعتداد بالعلاقات السابقة[٤].

ويعبر الدكتور (أبو عافية) عن رأيه بقوله عن التصرف المجرد أنه (التصرف القانوني الذي يقوم صحيحا حتى لو كان صوريا او كان مع تحفظ ذهني او كان صادرا على سبيل المزاح او المجاملة، او تحت تأثير الغلط او الاكراه او التدليس. فالتعبير عن الارادة اذا كان مجردا يعتبر بالنسبة لصاحبه قرارا نهائيا لا يمكن ابطاله بحجة التمسك بالارادة الحقيقية على فرض انها تتجاوز التعبير او تتعارض معه)[٥].

ويرى الدكتور (السنهوري) (ان الارادة اذا كانت من جهة قد تجردت من الشكل فتحللت من هذا القيد فهي من جهة اخرى قد اقترنت بالسبب قيد السبب بقيد الشكل، اما الارادة مجردة من الشكل ومن السبب معا فلا يمكن ان يسلم بها كقاعدة في قوانين تأخذ بالارادة الباطنة كالقوانين اللاتينية، فان الاخذ بالارادة الباطنة معناه ان تحرر الارادة من عيوبها وان تقترن بسببها ولكن الاخذ بالارادة الظاهرة يجعل من اليسير ان نباعد ما بينها وبين الارادة الباطنة فتتجرد الارادة الظاهرة من عيوب الارادة كما تتجرد من السبب الذي حرك هذه الارادة، ولا يبقى في مجال التعامل الا هذه الارادة الظاهرة المجردة، وهذا ما يسمى بالتصرف المجرد).[٦]

---

(١) . ينظر د.محمود ابو عافية، المصدر السابق، ص٢٧٩ و د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١ ، مج١، المصدر السابق، ص٤٦٣

(٢) . يرى د. علي جمال الدين عوض في عمليات البنوك أنه (ويقصد بالدفع عموما كل سبب يهدد حق حامل الاثر، ولكنه في خصوص تطبيق هذه القاعدة ينصرف الى معنى أضيق هو السبب الذي يخلص المسحوب عليه من التزامه بالوفاء). ينظر د. علي جمال الدين عوض، المصدر السابق، ص١١٥.

(s'il n' y a pas de raison d' être)
See H. de Page, op.cit, p. 631
& Henri Leon et Jean Mazeaud, op.cit, p.18

(3). (un engagement qui doit être exécuté même s'il est prouvé qu'il est sans cause ou a une cause illicite).
See Paul Esmein, in Marcel Planiol et Georges Ripert, Traité pratique de droit civil français, 9e éd., t. VI, Paste 1952, n° 267.
أشار اليه Creutzig Jürgen, op.cit, p.376
و د.مالك دوهان الحسن، المصدر السابق، ص٤١٩ د.اسماعيل غانم، المصدر السابق، ص٢٦٦-٢٦٧ و د.توفيق حسن فرج، المصدر السابق، ص١٧٨
وان (التظهير بمثابة مطهر لسبب البطلان). ينظر د.عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، ج٢، الاوراق التجارية وعمليات البنوك، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦، ص٨٩ ويرى د.عزيز العكيلي انتقاد جميع النظريات التي تحاول ان تؤسس الالتزام الصرفي وفق أحكام قواعد القانون المدني. ينظر المصدر نفسه، ص٢٨ وما بعدها.

(4). see Chumah Amaefule, The Exceptions to the Principle of Autonomy of Documentary Credits, A thesis submitted to the University of Birmingham for the degree of Doctor of Philosophy, 2011, p.25 . Available at: http://etheses.bham.ac.uk/3831/1/Amaefule12PhD.pdf
وينظر كذلك د.محمد ابراهيم علي موسى، خطابات الضمان الملاحية، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ع١، ٢٠١١، ص٩٤٣، والقاضي موفق علي العبدلي، المصدر السابق، ص٣٠ ، د.محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك (في المملكة العربية السعودية)، ط٢، مطابع جامعة الملك سعود، الرياض، ١٩٩٧ ص٣٢٣ و د.عزيز العكيلي، المصدر السابق، ص٤٣٧.
وقضي بأنه (...وبمقتضى المادة ٢٩٠ من القانون المذكور –قانون التجارة- لا يجوز للمصرف ان يرفض الاداء للمستفيد لسبب يرجع الى علاقة المصرف بالآمر او المستفيد او الى علاقة الآمر بالمستفيد لاسيما وان المادة ٢٩٢ من قانون التجارة نصت أنه اذا أوفى المصرف للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان حل محله في الرجوع على الآمر بمقدار المبلغ الذي أوفاه وبهذا لا يجوز للمدعى عليه ان يمتنع عن تسديد قيمة خطابي الضمان الى الشركة المدعية المستفيدة طالما كانت المطالبة خلال مدة نفاذهما...). حكم محكمة بداءة الكرادة بالعدد(١٨٠٧/ب/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٩/١٧)، أشار اليه القاضي ربيع محمد الزهاوي، المصدر السابق، ص٧١٣-٧١٤.

(٥) . ينظر د.محمود ابو عافية، المصدر السابق، ص٢٧٩. & Francois Dessemontet , op.cit,p.3

(٦) .ينظر د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١ ، مج١، المصدر السابق، ص٤٦٣

تجدر الاشارة الى ان أنصار هذا الرأي لا يشترطون في التصرف المجرد ان يكون شكليا[١]، وقد أراد القانون استجابة لدواعي الحياة العملية وتسهيلا لتداول الاوراق التجارية تجريد العقد الذي يتم عند انشاء الورقة التجارية او قبولها او تداولها بالتظهير (L'endossement) من البواعث الشخصية للساحب والمسحوب عليه والمظهرين والنظر اليه كتعهد مطلق من قبل هؤلاء بدفع مبلغا من النقود، وعليه لا يجوز للساحب او المسحوب عليه القابل او المظهر التمسك تجاه الحملة المتعاقبين بالدفوع المستمدة من بطلان الالتزام الاصلي الذي انشئت من اجله الورقة التجارية او قبلت او ظهرت.[٢] فاذا كان التصرف المجرد يخفي في الحقيقة غرضا غير مشروع، فانه يبقى صحيحا ما دام لا يحمل اشارة الى هذا الغرض.[٣]

وان أحكام الاوراق التجارية تقوم في جملتها وتفصيلها على اساس من نظرية التعهد المجرد والاعتداد في صحة التعهد باستيفاء الشكل المطلوب من دون البحث فيما وراء ذلك عن الروابط التعاقدية بين الطرفين[٤]، فهي أبرز مثال للتعهد المجرد عن السبب.[٥] ويمكن بالاستناد الى نظرية التصرف المجرد لتبرير الاوضاع في الاوراق التجارية وخطاب الضمان.[٦]

وفي مجال البحث عن حرية الافراد في تجريد تصرفاتهم، يرى انصار هذا الرأي ان التصرف المجرد نظام استثنائي خارج القواعد العامة، وان الافراد لا يملكون تجريد تصرفاتهم الا في الحدود التي يسمح فيها القانون بذلك.[٧] ويرى الدكتور (السنهوري) ان القوانين اللاتينية تقر بالتصرف المجرد في احوال استثنائية استثنائية منها الكمبيالات والسندات تحت الاذن والسندات لحاملها.[٨]

ويرى انصار هذا الاتجاه ان التجريد خاصية تلازم التعبير عن الارادة[٩] منذ البداية وفي مواجهة الكافة، بلا تمييز بين المتعاقد المباشر وغير المباشر، او بين الحامل حسن النية وسيئها، غاية ما في الامر ان المدين الذي منع في نطاق العقد من طلب بطلان التعبير عن الارادة يستطيع ان يلجأ الى الوسائل غير التعاقدية دفاعا عن نفسه برجوعه الى دعوى الاثراء بلا سبب.[١٠] فاذا نجح في ذلك فلا تحول صحة التعبير المجرد دون التمسك بمبدأ الاثراء،[١١] لان التعبير لا يصلح في هذه الحالة –رغم صحته الشكلية-

---

[1] see Capitant, op. cit., p. 383.

أشار اليه Creutzig Jürgen, op.cit, p.378

في حين ان الدكتور عبد الحي حجازي يذهب لخلاف ذلك ويرى ارتباط التجريد بالشكلية (الحق الورقي)، فهو يعرف التجريد الموضوعي –في مؤلفه سندات الائتمان الصرفية ص٥٢- بقوله (ليس معنى التجريد الموضوعي هو نفي وجود السبب) انما (ألا يجوز للمدين الصرفي ان يحتج في مواجهة الحامل بالدفوع المشتقة من العلاقة الاصلية)، المصدر نفسه، ص٥٣، وأوضحنا سابقا ان الدكتور حجازي يذهب الى ان اساس الاستقلال هو نظرية الاندماج، ينظر المصدر نفسه، ص٢٤، وبذ فان مصطلح (التجريد الموضوعي) عندا يكون له مفهوما مغايرا لمفهوم د.عبد الحي حجازي.

[٢] . ينظر د.عبد السلام ذهني بك، في الالتزامات، المصدر السابق، ص٤٥٣-٤٥٤ ود.أحمد ابراهيم البسام، المصدر السابق، ص٥١

[٣] . ينظر د.محمود ابو عافية، المصدر السابق، ص٢٨٠

ويرى د.الياس حداد، ان قاعدة التطهير تعد خروجا على القواعد العامة التي تقضي بان (فاقد الشيء لا يعطيه) وأنه (لا يجوز للشخص ان ينقل الى غيره من الحقوق أكثر مما يملك)، ويرجع ذلك الى التزام الموقع التزاما صرفيا مجردا. ينظر د.الياس حداد، المصدر السابق، ص١٥٥-١٥٦

[4] .see Francois Dessemontet , op.cit,p.2 (parce que le tiers - le débiteur cédé - ne s'immiscera pas dans les relations entre la banque et son client ?)

[٥] . ينظر د.صلاح الدين الناهي، الوجيز، المصدر السابق، ص١١٢

[٦] . see Satoru Shibazaki, op. cit, p.82

ويرى كابيتان ان عملية التطهير تقوم على أصلين، الاول ان التزام الموقع على السند الذي تحت الاذن هو التزام ينشأ عن مجرد ظهور رغبته في الالتزام بالتوقيع عليه، والثاني ان التزام (معرى) عن سببه. ينظر كابيتان، نظرية السبب، فقرة ١٩١ وما بعدها. أشار اليه حامد فهمي، المصدر السابق.

[٧] .ينظر د.محمود ابو عافية، المصدر السابق، ص٢٨٩

[٨] . ينظر د.عبد الرزاق السنهوري، ج١، مج١، مصادرالالتزام، المصدر السابق، ص٤٦٩

[9] . see Capitant, op. cit., n°" 165& 171

& René Dekkers, Précis de droit civil belge, t. II, Bruxelles 1955, n° 81.

أشار اليهما Creutzig Jürgen, op.cit, p.377- 379

[١٠] . ينظر د.محمود ابو عافية، المصدر السابق، ص٢٤٧

[١١] . ينظر د.علي العريف، المصدر السابق، ص٣٠

لان يعد سببا قانونيا للاثراء وفقا للقواعد العامة، أي (ان الاثراء صحيح شكلا ولكنه غير مشروع في جوهره). وبرد هذا الاثراء يعاد التوازن الاقتصادي الذي أخل به التصرف المجرد دون المساس بصحة هذا الاخير. وهكذا تقوم دعوى الاثراء (action de in rem verso)[١] او الدفع الذي يقابلها[٢] بمعالجة بمعالجة ما قد يترتب على التجريد من نتائج منافية للعدالة بين المتعاقدين مباشرة.[٣]

ثانيا: تقييم النظرية

ان القول بان الالتزام المجرد يعني حرمان المدين من التمسك بالدفوع المستمدة من بطلان الالتزام الاصلي او من انقضائه حتى ضد الدائن الذي تلقى منه الورقة مباشرة، لم ينته الى اقراره أي من القائلين باستقلال الالتزام الصرفي.[٤] فمن المسلم به ان من حق المدين التمسك بالدفوع المستقاة من العلاقة الشخصية التي تربطه بدائنه المباشر، فللساحب او المظهر ان يدفعا ببطلان اوبفسخ او بانقضاء رابطة الاول بالمستفيد او رابطة الثاني بالمظهر اليه المباشر، فليس من الصحيح تجريد الالتزام الصرفي من سببه في العلاقات المباشرة بين المتعاملين في الورقة التجارية. والنظرية عاجزة عن تفسير قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع ضد الحامل حسن النية.[٥] وحتى التفسير الذي طرحه الدكتور ابو عافية يعد تفسيرا غريبا لا يتلاءم يتلاءم مطلقا مع قواعد القانون والمنطق السليم.

ولا يمكن قبول هذا الاساس، اذ انه يتضمن مخالفة لقواعد النظام العام، فقواعد السبب ومشروعيته من النظام العام.[٦]فاذا ما كانت الارادة صاحبة السلطان ويجب احترام ما وضعته واعماله، فان ذلك يستلزم مخالفتها للنصوص الآمرة في القانون او النظام العام او الآداب العامة.[٧]اذ ان لكل التزام سبب ويجب ان يكون مشروعا، ولذلك يجب ان يكون لالتزام المدين والمحرر سبب موجود وان يكون هذا السبب مشروعا، والا كان التصرف –السند- باطلا.[٨] فلا يجوز للمدين ان يجرد التزامه من سببه، وبذلك يكون استلزام وجود سبب للالتزام قيدا أورده القانون على مبدأ سلطان الارادة، ولا يجوز ان لا يوجد السبب وان التصرف الذي لا سبب له يكون ناقصا وبالتالي باطلا.[٩] ويصعب ان نتصور شخصا يلتزم بارادته لغير سبب الا اذا كان مكرها على ذلك او مخدوعا.[١٠] والشراح يجمعون على ان الالتزام الذي لا سبب له هو

---

(1)see Herve Trofimoff, op.cit, p.212& 214

(2) . see Creutzig Jürgen, op.cit, p.376 & Henri Leon et Jean Mazeaud, op.cit, p.19

(٣) .ينظر د.محمود ابو عافية، المصدر السابق، ص٢٤٩

(٤) . عدا الدكتور ابو عافية والفقيه (هنري دي باج)، ينظر ما سبق ذكره بخصوص اعلاه.

(٥) . ينظر د.أحمد ابراهيم البسام، المصدر السابق، ص٥٣

وان غاية الالتزام المجرد هي حماية حسن النية. See Satoru Shibazaki, op.cit, p.81

(6)see Francois Dessemontet , op.cit,p.19 .

(٧) .ينظر د.جليل الساعدي، المصدر السابق، ص٥٣

(٨) . ينظر د.علي العريف، المصدر السابق، ص٢٨

(٩) .ينظر د.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، ج١، مصادر الالتزام/ المصادر الارادية (العقد والارادة المنفردة)، مج١، نظرية الالتزام- تحليل العقد، باعتناء د.محمد الالفي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٢، ص٤٠٦-٤٠٧ رغم ان د. حجازي يرى في الالتزامات الصرفية انها قائمة على الالتزام المجرد، وهو يرى ان التجريد معناه هو الالتزام الذي لا يدرج فيه سببه وانما يوجد خارجه. ينظر المصدر نفسه، ص٤٠٤، ويرى ان الفرق بينه وبين الالتزام المسبب هو في الجزاء، ففي التصرف المسبب جزاء تخلف السبب هو البطلان، أما في المجرد فتخلف السبب لا يؤثر في صحة التصرف، بيد أنه يعطي للمتعاقد الذي لم يكن لالتزامه سبب الحق في ان يتمسك بالاثراء بلا سبب. ينظر المصدر نفسه، ص٤٠٩، في حين انه يرى في كتابه (سندات الائتمان الصرفية) الى ان اساس استقلال الالتزام الصرفي هو نظرية الاندماج. ينظر د.عبد الحي حجازي، سندات الائتمان، المصدر السابق، ص٢٤.

ولا شك في ان في ذلك تعارض واضح فاذا كان انعدام السبب يؤدي الى البطلان، فلماذا الاصرار على التمسك بتصرف باطل؟ وهل عجزت كل الحلول حتى يصار الى ذلك؟!

ويرى الدكتور (محمود سعد الدين) ان القوانين اللاتينية ومنها العراقي تولي نظرية السبب أهمية بالغة بحسبانه ركنا من اركان العقد، ولذلك فانها لا تسلم بفكرة التصرف المجرد الا في حدود ضيقة، بل ولا يزال الالتزام في الاوراق التجارية في الشرائع اللاتينية مخالفا للالتزام في الاوراق التجارية في الشرائع الجرمانية. د.محمود سعد الدين، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج١ (في مصادر الالتزام)، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥،ص٢٢٦

(١٠) . ينظر حسن جاد، المصدر السابق، ص٦٧

ضرب من ضروب الجنون، فليس ثمة تصرف قانوني دون سبب اذ ليس التصرف غاية في ذاته، بل ابرم من اجل غاية معينة قصد اليها الطرفان وهذه الغاية هي ما يطلق عليه اسم السبب. [١]

ويقول د.الشرقاوي (والعجيب ان الكثير من الفقهاء يسلمون بنقطة البداية فيما نقول به من ان الارادة لا يمكن ان يتصور لها وجود دون ان تكون لها غاية تهدف اليها (اي سبب) الا اذا كانت عملا يصدر من مجنون، ولكنهم مع ذلك يعودون الى الكلام عن انعدام السبب مستقلا عن انعدام الارادة)[٢]، والحقيقة أنه (لا (لا يمكن تجريد ارادة الاثر من هذا التمثيل الا بنفي كل وجود ولو مادي لها).[٣] (ونحن لا نتصور ان يكون التصرف القانوني مخالفا لقاعدة من قواعد النظام العام، بموضوعه لا بشكله (par le fond non par la forme) دون ان تتصل هذه المخالفة بمحل التصرف او سببه، او كما نسمي محل التصرف وسببه معا، بمحتواه)[٤].

ولا يملك الاطراف حرية تجريد تصرفاتهم، لان ذلك سيكون ذريعة لاتفاقات مخالفة للنظام العام وغير مشروعة. أما القول ان التصرف المجرد نظاما استثنائيا أراده المشرع ولا يمكن رفض هذه الارادة –ارادة المشرع- وبالتالي (a posteriori)اقراره في الاحوال التي يجيزه فيها. ففي ذلك مجانبة لقواعد المنطق السليم، اذ ان المشرع واضع القواعد القانونية التي يهدف منها اقامة العدالة في المجتمع، كيف يمكن هو ان يشجع على هكذا مخالفات وان يضفي المشروعية على الاعمال التي من شأنها زعزعة النظام، وينبغي ان لا ينظر لعدد الحالات المزعوم النص عليها بل لا بد من النظر الى تطبيقاتها في الواقع العملي والى ما يمكن ان نتصور من مخالفات قانونية تقع تحت ذلك. ثم انه هل عجز الفقه عن ايجاد أساس قانوني سليم، حتى يلجأ الى أساس ملغوم؟!

ولا بد من أحد أمرين اما ان يكون الالتزام مجردا او لا، وفي الحالة الاولى لا مجال للقول بدعوى الاثراء بلا سبب بناء على التزام صحيح ترتب بذمة الملتزم –الموقع على الورقة التجارية مثلا- واما ان يقال ان للمدين ممارسة هذه الدعوى وفي هذه الفرضية لا يكون التزامه مجردا.[٥]

وحتى كابيتان رفض الوعد المجرد صراحة في وقت لاحق.[٦] فتأثير الوعد المجرد هو فقط قلب عبء الاثبات.[٧] فلا يمكن الاعتراف بالالتزام المجرد في القانون الفرنسي لوجود المواد ١١٠٨ و١١٣١ و١١٣٢ و١١٣٤، وهي عقبات تعترض طريقه.[٨]

يضاف الى ذلك ان نظرية التجريد وجدت في القانون الالماني -وهو مصدر هذه النظرية- لفصل قانون الالتزامات وقانون الملكية.[٩]

---

[١] . ينظر د.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، المصدر السابق، ص٤٠٣-٤٠٤

[٢] . ينظر د.جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، المصدر السابق، ص٢٨٤-٢٨٥

[٣] المصدر نفسه، ص٢٨٥

[٤] . ينظر د.جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، المصدر السابق، ص٣٠١

[٥] . ينظر د.صلاح الدين الناهي، المبسوط، المصدر السابق، ص٤٠-٤١ رغم ان د.الناهي يرجع في ص٦١ ويذكر التجريد التجريد كاحدى الخصائص التي ينفرد بها الالتزام الصرفي.

[6] . see Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil, t. II, réf. par Léon Julliot de la Morandière, Paris 1959, nos 727, 732.

أشار اليه Creutzig Jürgen, op.cit, p.380

[7] . see Osias, op. cit., p. 59, 60.

أشار اليه Creutzig Jürgen, op.cit, p.380

[8] . see Henri Leon et Jean Mazeaudt, op.cit, p.19

Creutzig Jürgen, op.cit, p.383

وان صحة الالتزام مع عدم ذكر سببه (المادة ١١٣٢ من القانون المدني الفرنسي) لا تعني اباحة الالتزام المجرد بقدر ما هي مسألة تتعلق بعبء الاثبات.

See Herve Trofimoff, op.cit, p.260

[9] . see Gwenola Labro, La question du transfert de propriété en droit français et allemand sous l'angle de l'obligation de donner, Master II Droit européen comparé Juin 2011, Humboldt Universität zu Berlin Paris II Panthéon-Assas, p.13

المطلب الثاني
نظريات الاستقلال والاصالة

نشترك مع نظرية الاستقلال في ان المناعة للتصرف التجاري تأتي من مناعته وأصالته، بيد اننا نختلف معها في اساس هذه الاصالة، وبذا يكون هذا المطلب متضمنا فرعين الاول لبحث نظرية الاستقلال والثاني لرأينا في اساس مناعة التصرف التجاري.

الفرع الاول
نظرية الاستقلال

أولا: عرض النظرية

هنالك من يذهب الى ان مناعة التصرف التجاري تقوم على استقلاله[١]، ويعبرون عن ذلك بقولهم (ان كثيرا من النظم التجارية نشأ بعيدا عن يد المشرع، دفعت اليه الحاجة العملية وظلت تدفعه وتطوره وفقا لاعتباراتها الخاصة، بحيث احتفظ لنفسه بخصائص معينة لا يعرفها غيره من النظم)[٢]، فهو من صنع التجارة الدولية وهو وليد عدم الثقة يتقابل مع الخطر في التجارة[٣]، فالاساس هو الامانة[٤]. وهو وليد التقاليد والعرف لاجل تشجيع الناس على التعامل بالاوراق التجارية.[٥] وان العرف قضى بها فاقرها الفقه والقضاء في فرنسا وأخذت بها تشريعات مختلفة، وفي مؤتمر لاهاي كانت محل موافقة تامة من المؤتمرين[٦]، وأما مسوغات هذه القاعدة فترجع الى سببين احدهما عملي والثاني قانوني، فاما العملي فلان السفتجة تقوم مقام النقد في التداول ما يلزم تطهيرها من الدفوع حتى يسهل تداولها، واما السبب القانوني فيرجع الى شرط الاذن، فالمسحوب عليه بقبول السفتجة يكون قد التزم مباشرة بوفاء قيمتها الى من يكون حاملا لها وقت الاستحقاق، لذا يكون لحاملها حقين، الاول تلقاه من المحيل وهو قائم بذاته وناتج عن شرط الاذن، فان كان الحق المتلقى من المحيل معطل بسبب الدفوع التي يدفع (defend) بها المسحوب عليه مطالبة الحامل بسداد السفتجة يبقى الحق الآخر القائم بذاته والناشئ عن وجود شرط الاذن قائما يعين

---

available at: https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/6e873498-ea27-43dc-9893-b23532ec34bc

(١) . والمقصود باستقلال التزام المصرف عن التزام المدين في خطاب الضمان هو اختلاف محل كل منهما او ان يتعهد بالدفع لدى الطلب رغم معارضة المدين او ايا كان مصير التزام المدين، فالاستقلال هو قطع الصلة بين التزام كل منهما وجعل التزام المصرف مستقلا عن التزام المدين لا بحكم استقلال المحل ولكن بحكم ارادة المصرف وحدها. ينظر د.علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، المصدر السابق، ص٥٨٩. ويذهب كل من د.الناهي ، المصدر السابق، ص٢٠٥ و د.فائق الشماع، العمليات المصرفية، جامعة بغداد، كلية الادارة والاقتصاد، ص١٥٨ د.عزيز العكيلي، المصدر السابق، ٤٦٠، الى ان التزام المصرف في خطاب الضمان التزاما مستقلا.

ويعد الاستقلال المبدأ الجوهري في الاعتماد المستندي.

(which is the fundamental principle of documentary credits - the autonomy principle -) see Lu Lu, The Exceptions in Documentary Credits in English Law, A thesis submitted to the University of Plymouth in partial fulfilment for the degree of DOCTOR OF PHILOSOPHY, Plymouth Law School, Faculty of Business, 2011, p.12

(٢) . ينظر د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المصدر السابق، ص١١، وينظر في المعنى نفسه د.عبد الحي حجازي، سندات الائتمان، المصدر السابق، ص٥٧.

(٣) . ينظر المصدر نفسه، ص٣٤

(٤) . ينظر المصدر نفسه، ص٧٧

(٥) . ينظر د.علي العريف، المصدر السابق، ص٩٠ د.عبدا... محمد العمران، الاوراق التجارية (في النظام السعودي)، ط٢، معهد الادارة العامة، الرياض، ١٩٩٥، ص٩١

(٦) . تجدر الاشارة الى انه سبق مؤتمر جنيف –الذي أقر فيه القانون الصرفي الموحد- محاولات أهمها مؤتمرا لاهاي ١٩١٠ و١٩١٢، ثم جاءت الحرب العالمية الاولى وقطعت هذه المحاولات، وعندما أنشئت عصبة الامم انعقد مؤتمر دولي ثالث في جنيف انتهى عام ١٩٣٠ لوضع قواعد القانون الصرفي الموحد. ينظر د.عبد الحي حجازي، سندات الائتمان، المصدر السابق، ص٨٦.

المحتال على ان يطالب المسحوب عليه بوفاء قيمة السفتجة ما لم يكن لدى هذا الاخير دفوعا خاصة بالحامل المطالب بقيمتها.[١]

وقد قرر القضاء الفرنسي هذا الاستقلال –وكما يقول د.نبيل ابراهيم- دون الاستناد الى اي نص، لانه ليس محل نقاش، فهو مبدأ قديم ومستقر.[٢]

وبالتالي فان ربط التصرفات –في الاحوال المنصوص عليها- يقوض هذه التصرفات من اساسها ويقضي على الفائدة المرجوة منها.[٣] فالانفصال هو ما يقوي وظيفته وفاعليته وهو هدف مقصود ومظهره العملي عدم جواز الاحتجاج بالدفوع المتعلقة بالعلاقات الشخصية السابقة.[٤]

فالاستقلال (Autonomy) هنا استقلال قانوني[٥]، لان هنالك ارتباط النتيجة بالهدف من الناحية العملية العملية والاقتصادية ولكنه ارتباط يجب ان لا يكون له اثر على حقوق الاطراف، والا اهتزت حقوقهم واضطربت علاقاتهم وتعطل (crash) نظام الاعتماد المستندي (Documentary credit) عن تحقيق هدفه، وهذا الاستقلال فرضه الحاجة العملية ونصت عليه الاصول الدولية بوصفه أصلا جوهريا (essential nature).[٦]

والاستقلال مصدره اتفاق الطرفين ورضاهما بهذه النتيجة في عقد الاساس،[٧] فمصدر حق المستفيد امام امام المصرف الارادة المنفردة للمصرف[٨].

والاطراف احرار في ان يختاروا من بين دوافع التزاماتهم ما يدخل في الرابطة التعاقدية وما يصلح سببا لتعهدهم وما يخرج منها.[٩] وبالتالي فان الطرفين يقطعان صلة السببية التي تربط مجموعة العقود وتربط في داخلها التعهد المستقل بأية رابطة اخرى.[١٠] والحق المباشر والمستقل الذي يتمتع به الحامل ضد الموقع يرجع الى الارادة.[١١]

وتسيطر على هذا العقد الصفة المهنية للمصرف وتلقي عليه التزامات خاصة مستمدة من العادات ومن هذه الصفة المهنية.[١٢]

فذلك الاستقلال يستجيب الى حاجات اقتصادية مشروعة ويخضع للمبدأ العام في حرية التعاقد.[١٣] ويقول د. نبيل انه من الناحية القانونية ليس هنالك ما يمنع من ان يلتزم شخص بطريقة مستقلة بان يدفع مبلغا من النقود عند الطلب من جانب الدائن،[١٤] فالمعيار الحقيقي هو نزول الضامن –صاحب الدفع- عن التمسك بدفوع عقد الاساس[١٥]، فهذا النزول وحده هو الذي يفصل بين التصرف المستقل والعلاقات الشخصية السابقة.[١] فمبدأ استقلال الارداة يبرر استقلالية الضمان أفضل من الاستناد الى السبب.[٢]

---

[١] . ينظر حسن جاد، المصدر السابق، ص١٢٩-١٣٠

[٢] . ينظر د.نبيل ابراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص (في نطاق قانون الالتزامات – في نطاق قانون الاموال –دراسة مقارنة-)، ط٣، دون دار نشر، ٢٠٠٦، ص٧٧

[٣] . .ينظر د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المصدر السابق، ص٨٣

[٤] . ينظر المصدر نفسه، ص٨٦. (خطاب الضمان يحدد بمضمون عباراته مدى التزام البنك نحو المستفيد). و د.عزيز العكيلي، المصدر السابق، ص٤٤٧.

[٥] . ينظر القاضي عبد الرزاق محسن صالح، خطاب الضمان (أحكامه القانونية وتطبيقات القضائية)، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٤، ص٣٣.

[٦] . . ينظر د.علي جمال الدين عوض، الاعتماد المستندي، المصدر السابق، ص١٣٩

[٧] . ينظر د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المصدر السابق، ص٩٢

[٨] . ينظر د.علي جمال الدين عوض، الاعتماد المستندي، المصدر السابق، ص١٤١.

[٩] . ينظر د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المصدر نفسه، ص١١٠

[١٠] . ينظر المصدر نفسه، ص١١٠

[١١] . ينظر د.أحمد ابراهيم البسام، المصدر السابق، ص٧٩-٨٠

[١٢] . ينظر د.علي جمال الدين عوض، الاعتماد المستندي، المصدر السابق، ص٨١

[١٣] . ينظر د.نبيل ابراهيم، الضمانات، المصدر السابق، ص١٢٩ وص١٣٣

[١٤] . ينظر المصدر نفسه، ص١٣١

[١٥] . ويعلق حامد فقهمي بالقول (يرى بعضهم ... ان يعتبروا المدين قد رضي سلفا عند قبوله الكمبيالة او عند التوقيع على السند الذي تحت الامر والاذن بما عساه يقع... وأنه قد تنازل بذلك ضمنا عن كل ما يجوز له ان يدفع به. ولا شك انك لاتجد في هذا تعليلا وانك تراه مجرد افتراض تقريري لا يمكن الاعتماد عليه في التعليل في جميع الاحوال وبخاصة في الاحوال التي يراد الدفع فيها ببطلان الدين لانعدام الرضاء او لفساده لانك لا تدري مع استمساكك بالبطلان كيف يمكن

ثانيا: تقييم النظرية

القول بان الارادة هي مصدر الاستقلال، سيؤدي الى مساواة مركز جميع الدائنين –في الاوراق التجارية- تجاه المدين لا فرق بين متعاقد مباشر وغير مباشر، وعليه لا يصح ان يتمسك ضد أي منهم بالدفوع المستمدة من بطلان التزامه. في حين ان القاعدة تقضي بحق المدين في التمسك ضد دائنه المباشر بالدفوع المستقاة من علاقته الشخصية.[٣]

اضافة الى انه لا توجد حرية مطلقة (absolutely) للارادة في ان تجعل التزامها مستقلا عن سببها، فقواعد السبب من النظام العام (public order).

بل انه حتى انصار نظرية الاستقلال يرون ان هذا التصرف يستند الى سبب، فهو –اي التصرف- مسبب (causative)[٤]، فالارادة فيه تستند الى سبب.[٥] ويضربون مثلان على ان التصرف رغم استقلاله لا يزال مسببا: الاول في ضمان رد الدفعة المقدمة، وسبب تعهد المصرف هو في دفع الدفعة المقدمة من جانب المستفيد، فمتى دفعت وجد سبب الضمان. والثاني في ضمان حسن التنفيذ، فسبب التعهد هو ابرام عقد الاساس،[٦] فان لم يبرم او اذا ما ابرم عقدا آخر، كان تعهد المصرف بلا سبب وكان

اعتبارك راضيا حقا بالتنازل عنه ضمن رضائك الباطل بالالتزام والصحة والبطلان لن يجتمعا في محل واحد وباعتبار واحد) ينظر حامد فهمي المحامي، المصدر السابق.

(١) . ينظر علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المصدر السابق، ص٧٩ و١١٧ و١٣٤

(٢) . ينظر د.نبيل ابراهيم، الضمانات، المصدر السابق،ص١٣٨

(٣) .ينظر د.أحمد ابراهيم البسام، المصدر السابق، ص٥٨

(٤) . والسبب ينبغي ان يكون مشروعا ولذلك يبطل الاعتماد المفتوح لصالح شخص بقصد تمكينه من ادارة محل للقمار، طبقا للقواعد العامة في الالتزامات. ينظر د.علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، المصدر السابق، ص٥١٢

& Lu Lu, op.cit, p.169

(٥) . ينظر علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المصدر السابق، ص٦٩.

& Francois Dessemontet , op.cit, p.5&32

ويرى (Francois Dessemontet) انه حتى المادة (١٧) من القانون التجاري الفرنسي لا تسعف سوى بتجريد اجرائي، أي قلب عبء الاثبات. See Ibid, P.15& 28-29

فسبب الحوالة هو الباعث الدافع على سحبها او تظهيرها، هذا الباعث الناشئ عن رابطة بين الساحب والمستفيد جعلت الاول مدينا للثاني او رابطة بين المظهر والمظهر اليه اصبح الاول بمقتضاها مدينا للثاني بمبلغ الحوالة ولذلك ظهرها، واذا كانت الحوالة دون سبب او لسبب غير مشروع عدت باطلة. ينظر د.عبد الرزاق عبد الوهاب، التظهير وآثاره في قانون التجارة الجديد، مجلة القضاء، ع١و٢، س ٤٤، ص١٠٨.

(٦) . جدير بالذكر ان المادة (٢٨٧) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل تشترط ان يحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله. وتقابل المادة (٣٨٢) من قانون التجارة الكويتي. ونصت المادة (٢٩٣) من القانون نفسه -العراقي- على أنه (لا يجوز للمستفيد المطالبة بقيمة خطاب الضمان عن غرض اخر غير الغرض المحدد له فيه)، في حين لاوجود لمثل ذلك –تحديد الغرض- في قانون التجارة المصري، ينظر نص المادة (٣٥٥) من قانون التجارة المصري.

وقضي بأنه (...حيث ان المادة ٢٨٧ من قانون التجارة نصت على ان خطاب الضمان تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد او شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب... ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله...وجد من اللائحة المقدمة من قبل المصرف الذي أدخلته المحكمة شخصا ثالثا في الدعوى للاستيضاح بأنه تم تجديد خطاب الضمان (موضوع الدعوى) ولعدة مرات بناء على طلب الهيأة العامة للاسكان (الجهة المستفيدة) دون الرجوع الى الشركة البولونية (الجهة الآمرة)، وعلى الرغم من ان الدعوى اقيمت على مدير عام الهيأة/ اضافة لوظيفته دون المصرف فان المحكمة لم تتحقق عن كيفية تجديد خطاب الضمان من قبل المصرف بناء على طلب الجهة المستفيدة دون الرجوع الى الشركة (الآمرة) وما اذا كانت وفقا للتعليمات الصادرة بهذا الشأن... كما لم تتحقق ما اذا كانت شروط المطالبة بمبلغه المنصوص عليها في القانون المذكور –قانون التجارة- متحققة من عدمه...ثم تصدر حكمها على ضوء ذلك...ولما كانت المحكمة قد خالفت وجهة النظر المتقدمة مما أخل بصحة حكمها المميز عليه قرر نقضه). قرار ١٠٠٤/ استئنافية منقول/ التسلسل ١٤٠٧ في ٢٠٠٧/١٢/١٢. ينظر القاضي ربيع محمد الزهاوي، المصدر السابق، ص١٠٥٠-١٠٥١

وقضي (لدى عطف النظر على الحكم المطعون به تبين انه صحيح لموافقته لاحكام القانون ... ذلك لان المصرف (المدعى عليه/المميز) كان قد تعهد بدفع مبلغ خطاب الضمان بالرقم (...) للمستفيد / المدعى عليه اضافة لوظيفته اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب بشرط توقيع العقد بين المستفيد والآمر...)، -فالغرض هو العقد –محل التوقيع--

باطلا[1]، واذا ابرم عقد الاساس تسبب بذلك تعهد المصرف، وكان للمتعاقدين حرية تحديد شروط تنفيذ هذا التعهد، واذا ابرم عقد الاساس ثم زال العقد نتيجة الانتهاء او البطلان فهذا الزوال لا يخلي المصرف من تعهده.[2]

فسبب الضمان هو عقد الاساس والعبرة هي بوجود السبب وقت نشأة التعهد ولا يهم اختفاؤه بعد ذلك- حسب رأيهم-.[3] وان الفقه الفرنسي والايطالي في مجموعه يذهب الى ان التزام الضامن التزام سببي.[4] وفي ذلك تنص المادة (٢٣٢١) من القانون المدني الفرنسي على أنه (الضمانة المستقلة هي التعهد الذي يلتزم بموجبه الضامن **بسبب التزام** معقود من قبل شخص ثالث بتسديد ميلغ اما عند اول طلب او وفقا لطرق متفق عليها...)، وتنص المادة (٢/ب) من قواعد (1992/ICC[5]) على أنه (الضمانات بطبيعتها عمليات منفصلة عن العقد او العقود او شروط المناقصات التي تكون **أساسا لها**...)، ونصت المادة (٢) من اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة/ ١٩٩٥ على أنه (...يمثل التعهد التزاما مستقلا... بأن يدفع للمستفيد... لدى تقديم مطالبة بسيطة او مطالبة مشفوعة بمستندات اخرى... تفيد او يستدل منها استحقاق السداد بسبب تقصير في أداء التزام ما، او بسبب حدث طارئ آخر، او سداد لمال مقترض او مستلف، او سداد لاي دين مستحق السداد...)، ونصت المادة (١٩) من ذات الاتفاقية وتحت عنوان (الاستثناء من عدم السداد) على أنه (١-اذا كان من البين الواضح:... ج- ان المطالبة، بحكم نوع التعهد وغرضه، ليس لها أساس يمكن تصوره، فان الكفيل/ المصدر، متصرفا بحسن نية، يكون له حق ازاء المستفيد، في ان يمتنع عن السداد)، وأوضحت الفقرة الثانية من المادة نفسها الحالات التي (لا يتصور فيها أساس للمطالبة) ومنها، عدم وقوع الحدث او الخطر الاحتمالي الذي اريد بالتعهد ان يؤمن المستفيد من وقوعه او بطلان الالتزام الاصلي او في حالة ان الالتزام الاصلي قد تم اداؤه على نحو يرضي المستفيد او ان عدم تنفيذ الالتزام بسبب المستفيد.

والواقع –ان د.نبيل ابرهيم يرجع ليقول- ان التزام البنك الضامن يجد سببه في العلاقة بينه وبين المدين وهذا السبب يتمثل بصفة خاصة في المقابل الذي يدفعه المدين للمصرف، هذه العلاقة بين المدين

قرار بالعدد (٩٤٣/ الهيأة المدنية/ منقول/ التسلسل ١٦٩٩ في ٢٠١٠/١٢/٢٩). ينظر القاضي ربيع محمد الزهاوي، المصدر السابق، ص١٠٥١.

وقضت محكمة الاستئناف العليا في الكويت/ الدائرة التجارية/٢ بتاريخ ١٩٨٩/١/٢٤ –والمؤيد من دائرة التمييز بتاريخ ١٩٩٠/١/١٥- بأنه (لا يجوز للمستفيد ان يطالب بقيمة خطاب الضمان استيفاء لحق ناشئ عن عملية أخرى...). غير منشور، أشار اليه د.يعقوب يوسف صرخوه، المصدر السابق، ص٤٥.

[1] . فقد قضت محكمة التمييز بأنه (اذا كان الغرض من خطاب الضمان هو لحسن تنفيذ العقد وان العقد لم يعقد أصلا لذا تكون دعوى المدعي بمصادرة مبلغه وايداعه في حسابه دون سند من القانون). قرار بالعدد ١٦٢٦/ استئنافية منقول/ ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٧/٣١، أشار اليه القاضي جبار جمعة اللامي، المصدر السابق، ص١٦١-١٦٣، وينظر كذلك القرار بالعدد ٤٣٧/٤٣٦/ الهيأة الاستئنافية منقول/ ٢٠١٠ في ٢٠١٠/٥/٢٧ أشار اليه المصدر نفسه ص١٦٥-١٦٧، ونصت المادة (١٩) من اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة/ ١٩٩٧ وتحت عنوان (الاستثناء من عدم السداد) في فقرتها الثانية في تعدادها الحالات التي (لا يتصور فيها أساس للمطالبة) ومنها (ب- حيث يكون الالتزام الاصلي الواقع على الاصيل/ الطالب قد أعلنت بطلانه محكمة أو هيأة تحكيم...).

وكذلك الحكم في الاوراق التجارية فقد قضي بنقض احد الاحكام القضائية لعدم قيام محكمة البداءة بالتحقق من سبب الكمبيالة. قرار بالعدد ٣١٦٨/ الهيأة المدنية/ عقار/ التسلسل ٢١٦ في ٢/٣/ ٢٠١٠. ينظر القاضي ربيع محمد الزهاوي، التسبيب والاجتهاد (في قرارات السادة قضاة محاكم البداءة)، ج٣، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٦، ص١١٢٢-١١٢٣. وقضت محكمة التمييز بأن (تعتبر الكمبيالة باطلة اذا تبين انها بدون سبب وبالتالي يكون قرار المحكمة برد الدعوى صحيح وموافق للقانون). قرار بالعدد ٤٧/ مدنية منقول/ ٢٠١٠ في ٢٠١٠/٣/١٧، أشار اليه القاضي جبار جمعة اللامي، القضاء التجاري العراقي (في قرارات محكمة التمييز الاتحادية)، مطبعة السيماء، بغداد، ط١، ٢٠١٥، ص٢١٠-٢١٣.

[2] . ينظر علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المصدر السابق، ص١١١

[3] . ينظر المصدر نفسه، ص١١٢

[4] . Ph. Simler, Cautionnement et Garanties autonomes, 2e éd, Litec, 1991, No.848 ets, pp.675 ets

أشار اليه د.نبيل ابراهيم، الضمانات، المصدر السابق ص١٣٧

[5] . International Chamber of commerce

والمصرف يعتبر الدائن اجنبيا بالنسبة لها، ولذلك لا يجوز الاحتجاج في مواجهته بالدفوع الناشئة عن هذه العلاقة.[١] أي ان سبب التعهد هو الابرام لا التنفيذ. وان (التزام البنك بالوفاء بقيمة الاعتماد المصرفي من يوم تثبيته هو التزام مستقل عن العقد القائم بين البائع والمشتري على الصفقة، فلا يلزم البنك بالوفاء بقيمته –على ما جرى به قضاء محكمة النقض- الا اذا نفذ المستفيد شروط فتح الاعتماد).[٢] وقضي بأن (عجز المدعي باثبات وصول مستندات الشحن يجعل مطالبته بمبالغ الاعتماد المستندي حرية بالرد).[٣]

والمسألة الاهم هي ان الارادة مصدر الالتزام لا أساسه، فكل الالتزامات الارادية مصدرها الارادة، بيد ان لكل منها أساسا مختلفا.

وأنصار هذا الرأي رغم قولهم بالاستقلال، بيد انهم يرون ان الرابطة بينه وبين العلاقات الاخرى –عقد الاساس- لا تنقطع، لان الانقطاع –على حد تعبيرهم- قول مبالغ فيه، وهذا ما يبرر –عندهم- (اعتبار طلب وفاء الضمان مشوبا بالغش في بعض الاحيان، وهو أيضا ما يؤدي الى ان دفع قيمة الضمان يؤدي الى قضاء دين الآمر قبل المستفيد).[٤]

وواقعا هذا ان دل على شيء فانما يدل على ان هنالك تضامن، فهذه النتائج المتعارضة التي يحاول ان يوفق بينها انصار هذا الرأي، نراها بوضوح نتائجا تترتب تلقائيا، اذا ما أخذنا (select) باحكام التضامن (Solidarity).

الفرع الثاني

رأينا في أساس مناعة التصرف التجاري

ان مناعة (immunity) التصرف التجاري تأتي من استقلاله، وهذا الاستقلال يرجع الى أصالة الالتزام، والمناعة –محل البحث- تقتضي علاقة ثلاثية ذات روابط متعددة، فيكون هنالك أكثر من دائن وأكثر من مدين. ولتوضيح ذلك في السفتجة –مثلا- نقول ان الساحب يسحب السفتجة لمصلحة المستفيد والحامل، عليه فهو يعد مدينا لكل منهما[٥]. في وقت واحد ومصدر اولهما العقد فيما تكون الارادة المنفردة مصدرا للثاني.[٦] غاية ما في الامر ان المستفيد يرتبط بعلاقة مباشرة مع الساحب، وعليه فلا محل لاعمال قاعدة التطهير[٧] من الدفوع بين المتعاقدين المباشرين، اذ يمكن التمسك بالدفوع قبل بعضهم البعض كعيب الرضاء او عدم وجود السبب او عدم مشروعيته.[٨] في حين انه –الساحب- يرتبط بعلاقة غير مباشرة مع الحامل.[٩] ولا ضير في ذلك لان النظرية المادية للالتزام تجيز ان لا يكون الدائن معينا في الالتزام، انما

---

[١] . ينظر المصدر نفسه ص١٣٨

[٢] . (نقض ١٩٦٦/٥/٣١ طعن ٤٣٣ س٣١ق). أشار اليه المستشار أنور طلبة، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة النقض منذ انشائها سنة ١٩٣١ (الدائرة المدنية والتجارية والاحوال الشخصية، ج٥، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ص٢٧٠.

[٣] . ينظر قرار محكمة التمييز بالعدد ٣٦٢/ استئنافية المدنية منقول/ ٢٠١٥ في ٢٠١٥/٢/٩، أشار اليه القاضي جبار جمعة اللامي، المصدر السابق، ص١٩٧-١٩٨. وقضي أيضا (يكون سحب مبالغ الاعتمادات المستندية منفردا وفقا لمستندات الشحن واتفاق الطرفين ولمخالفة المدعى عليه ذلك يجعل دعوى المدعي لها سندها من القانون). حكم محكمة التمييز بالعدد ١١٦٩/ استئنافية منقول/٢٠١٥ في ٢٠١٥/٥/٢٠، أشار اليه المصدر نفسه، ص٢٠١-٢٠٣.

[٤] . ينظر د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المصدر السابق، ص٧٨-٧٩

[٥] . واذا تعدد ساحبوا السفتجة او الصك او محرروا الكمبيالة عدوا متضامنين في الوفاء بقيمة الدين المثبت في الورقة. ينظر د.حسين محمد سعيد، التزامات وحقوق حامل الورقة التجارية (الشيك- الكمبيالة- السند الاذني)، عالم الكتب، القاهرة، دون سنة طبع، ص١٩. ويلاحظ ان د.عبد الحي حجازي ذهب في مؤلفه (سندات الائتمان الصرفية) الى ان اساس المناعة هو التجريد الشكلي بقوله باندماج الحق بالسند (الحق الورقي) –على حد تعبيره- في ص٢٤ و٢٥، بيد أنه عاد في ص٩٦ ليقر بالتضامن في الالتزامات الصرفية.

[٦] . ينظر د.علي العريف، المصدر السابق، ص١٩

[٧] . ينظر نص المادة (L.511-12) من قانون التجارة الفرنسي. ص٧٧٥

[٨] . ينظر د.علي العريف، المصدر نفسه، ص٩١

[٩] . والواقع ان قاعدة التطهير من الدفوع خاصة بعلاقة المدين مع الغير. ينظر المصدر نفسه، ص٩١ وصدر التزامه هنا الارادة المنفردة، ولا يحتج هنا باحكام المادة (١٨٤) من القانون المدني العراقي، لان المقصود بان لا تكون الارادة المنفردة مصدرا للالتزام في غير الاحوال المنصوص عليها في القانون ليس هو القانون المدني فقط، بل كلما وجد نص قانوني سواء في القانون المدني ام التجاري ام في غيرهما. د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح

قابلية تعيينه تكفي[1]، وقابلية التعيين هنا مقرونة بحامل السند[2] فلا يلزم لوجود العلاقة القانونية ان يكون الدائن معينا بل يكفي ان يكون قابلا للتعيين فيما بعد ما دامت عناصر تعيينه موجودة وقت نشوء العلاقة.[3]

والساحب يرتبط بعلاقة مع الحامل،[4] اذ انه يلتزم قبل المستفيد وحاملها، والعلاقة مع الاخير تفسر وفق المذهب المادي للالتزام، هذا المذهب الذي يفسر تفسيرا منطقيا صحيحا كيف يجوز ان ينشأ الالتزام دون دائن وهي كثيرة في الحياة العملية ومنها حالة الحامل في الورقة التجارية.[5]

وفي ذات الوقت هنالك اكثر من مدين، فالحامل يمثل دائنا لكل من الساحب والمستفيد، وتربطه بالاخير –ان كان مظهرا له- علاقة مباشرة بخلاف الاول الذي يرتبط معه بعلاقة غير مباشرة.

وبعبارة موجزة، فان العلاقات بين المتعاملين تندرج ضمن أحكام التضامن وتجد أساسها فيه، ولا مانع من ان يجتمع في التزام واحد تضامن الدائنين وتضامن المدينين، فيكون الالتزام متعدد الدانين مع تضامنهم

القانون المدني، ج١ (نظرية الالتزام بوجه عام –مصادر الالتزام)، مج٢، نهضة مصر، الفجالة، ط٣، ٢٠١١، ص١٢٩٧ و موفق العبدلي، المصدر السابق، ص٤٦-٤٧

وينظر عكس هذا الرأي د.خالص نافع أمين، مسؤولية المصرف في مواجهة المستفيد بموجب عقد الاعتماد المستندي، مجلة الكوفة، ع٧، ص١٣٠

[1] . ويرى كابيتان ان الالتزام هنا لا يتولد عن اتفاق بين اثنين انما من جهة صاحب الالتزام، وهو ظاهرا لا يلتزم نحو اشخاص لا يعرفهم ولم يتبادلوا معه الرضاء، ولذلك حاول بعضهم ان يدرج هذا الالتزام في عداد العقود، بجعله ايجابا للعقد من جهة على ان يضاف فيما بعد الى قبول كل محتال بالكمبيالة، فيتم العقد بالايجاب والقبول، ولكنهم –اصحاب هذا الرأي كما يرى كابيتان- لم يفلحوا في ذلك لان من خصائص ايجاب العقد الانفساخ بارادة الموجب والالتزام هنا لا يقبل الانفساخ بمحض ارادة الملتزم استقلالا، ثم يلاحظ –الاستاذ كابيتان- بعد ذلك ان القضاء الفرنسي لا يزال يعارض في الاعتلاف بوجود التزام ينشأ عن ارادة واحدة فيجري في نقده بتعبيره (ان في هذا الانكار تغاضيا عن الامر المحسوس ومع ذلك فانهم يسلمون بصحة الالتزام الحاصل في منفعة اغير يقولون (stipulation pour autrui)، ألم يروا شركات التأمين تلتزم للمؤمن ثم تلتزم لمن يجب دفع التأمين له، وهو التزام وان نشأ من العقد، الا انه حاصل لمنفعة شخص لم يشترك فيه ولم يقبله بعد، أليس الامر كذلك في السندات القابلة للتداول بالتحويل، الا ترى ان الموقع على السند قد تعاقد مع دائنه والتزم بالدفع له ثم التزم كذلك بالدفع لغيره ممن يقع السند في يده بالتحويل والتزامه الاول ناشئ عن الاتفاق والتعاقد مع دائنه والتزامه الثاني حصل لدائنين آخرين لم يعرفهم بعد. الا تجد في ذلك ان هناك التزاما عقديا بين اثنين وبجانبه التزاما آخر حصل من طرف واحد لاجنبي لم يدخل في عملية الاتفاق، فلم لا نعترف بطبيعة هذا الالتزام كما اعترفنا بطبيعة الالتزام الحاصل لمنفعة الغير. كابيتان، نظرية السبب، فقرة ١٩٣، أشار اليه الاستاذ حامد فهمي، المصدر السابق.

[2] . ينظر د.حسين محمد سعيد، المصدر السابق، ص١٧

[3] . ينظر د.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، المصدر السابق، ص٦٠

[4] . جدير بالذكر الى ان د.محي الدين يرى في كتابه (الاعتماد المستندي)، ان لا علاقة عقدية بين المستفيد والمصرف، ويكيف حق الاول تجاه الثاني وفق أحكام نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، منتفعا في ذلك بين العقد الذي أبرم بين المشتري والمصرف. ينظر د.محيى الدين اسماعيل علم الدين، الاعتمادات المستندية، ط١، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، القاهرة، ١٩٩٦، ص٣٧. وواقعا ان نظرية الاشتراط لمصلحة الغير لا تصلح لتبرير التزام المصرف المستقل تجاه المستفيد لان من المعرف انه وفقا لاحكام هذه النظرية يمكن الاحتجاج ضد البائع بالدفوع التي للمصرف تجاه المشتري وهذا ما يتعارض مع الهدف المقصود من الاعتماد المستندي، واذا ما لم تكن هنالك علاقة عقدية بينهما، فهذا لا يحتم عدم التزام المصرف تجاه المستفيد التزاما اراديا مصدره الارادة المنفردة.

[5] . وكذلك حالة التزام الواعد في الوعد بجائزة والاشتراط لمصلحة الغير عندما يكون الشخص غير معين. ينظر نص المادة (٥-٢-٢) من الـPICC، وينظر د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، مج١، ص٨١ و١٠٨ د.حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الاول (في نظرية العقد)، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٣، ص٢٢ محمد حسني عباس، العقد والارادة المنفردة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٩، ص١١-١٢ ، د.محمود زكي، المصدر السابق، ص١٥-١٦، محمود سعد الدين ز ص٤٩، د.أحمد حشمت ابو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مكتبة عبد ا... وهبة، القاهرة، ١٩٤٥، ص١٤ وما بعدها ،د.أحمد حشمت ابو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، مطبعة مصر، ط٢، ١٩٥٤، ص١٧ وما بعدها، د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٢ (في الالتزامات)، مج١ (نظرية العقد والارادة المنفردة)، دار شتات، مصر، ط٤، ١٩٨٧، ص١٥-١٨ ود.اسماعيل غانم، المصدر السابق، ص٢١ وما بعدها

ومتعدد المدينين مع تضامنهم أيضا.[١] فالمدين يتعهد نحو عدة أشخاص دون معرفة من سيطالبه بالوفاء منهم، و لكل منهم الحق في ذلك، بيد انه ليس عليه الوفاء سوى لمرة واحدة. فتسري قاعدة تضامن الجميع بحيث يجوز للحامل في حال امتناع الساحب (ربما المسحوب عليه)عن الوفاء الودي مطالبتهم جميعا او بعضهم او مطالبة أحدهم بالدين كله، واذا تعدد المحررون فيعدون ايضا متضامنين. والواقع ان كل ملتزم موقع على السند يكون متضامنا مع بقية الملتزمين عن الوفاء.[٢]

ويكون الالتزام واحدا غير متعدد، بيد ان للدائن الحق في مطالبة أي واحد من المدينين المتعددين.[٣] وان تضامن المدينين معناه ان كل مدين يصبح مسؤولا نحو الدائن عن أداء كل الدين، فيستطيع الدائن ان يطالب أي مدين بالدين كله ويستطيع أي مدين ان يفي بالدين كله للدائن فيبرئ ذمته وذمة سائر المدينين.[٤] (However, payment by one debtor dis charges the other's obligations)[٥]

فالمصرف في خطاب الضمان (Letter of credit) انما يلتزم بصفته أصيلا قبل المستفيد لا بوصف كونه نائبا عن عميله.[٦]

وقد يقول قائل كيف نفسر عدم رجوع المستفيد على المقاول قبل ان يرجع على المصرف؟ ونقول انه لا يجب ان ينصرف الذهن لاحكام الكفالة لان المدين الاصلي هو المقاول لا المصرف اما هذا الاشكال فيجاب عليه انه في الالتزام التضامني لا يمنع ان تكون واحدة من العلاقات او اكثر موصوفة دون غيرها.

وفي صدد تمييز مركز المصرف بين الوكالة والاستقلال، يوضح د.علي عوض (...وقد يتعهد تعهدا شخصيا نهائيا ومستقلا... هذا التعهد من البنك الوسيط يسمى تأييد أو تعزيز الاعتماد confirmation، وهذا أقصى درجات الامان للبائع لانه بدون هذا التأييد يظل البنك الوسيط مجرد وكيل عن البنك...)[٧]. ونرى ان هذا التأييد هو ما يضفي على الالتزام صفة التضامن.

وساحب السفتجة وقابلها ومحيلها ملزمون تجاه الحامل بالوفاء على وجه التضامن.[٨] وهذا التضامن صورة من صور التضامن القانوني (Legal Solidarity) نص عليه المشرع لتقوية الثقة بالسفتجة وتسهيل تداولها.[٩]

---

[١] . ينظر د.محمد صالح، المصدر السابق، ص١٨٠ و د.عبد الرزاق السنهوري، ج٣، المصدر السابق، ص٢٠٠. ويعد التضامن من أهم المسائل المتعلقة بنظرية الالتزام وقد عنى به المشروعون منذ عهد الرومان و دقق الشراح في بحثه وعنيت المحاكم بتمحيصه. ينظر د.محمد صالح، المصدر نفسه، ص١٨٠

[٢] . ينظر د.علي العريف، المصدر السابق، ص٢١١

[٣] . ينظر د.صلاح الدين الناهي، الوجيز، المصدر السابق، ص٣٥٣، د.محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، ص٨٧٨-٨٧٩ و د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٢ (في الالتزامات)، مج٤ (أحكام الالتزام)، دار شتات، مصر، ط٢، ١٩٩٢، ص٥٧٥.

[٤] .ينظر نص المادة (٣٢٢) من القانون المدني العراقي والمادة (٤٢٢) من الـ BGB والمادة (٢٨٤) من القانون المدني المصري والمادة (٣٤٧) من القانون المدني الكويتي والمادة (١١-١-٣) من الـPICC، وينظر د.محمد صالح، المصدر السابق، ص١٨٠ و د.حافظ محمد ابراهيم، المصدر السابق، ص٢٠٠

[5] see Halsbury's laws of England IX[4], no.1080, see Principles, Defi nitions and Model Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition, Volume 1, p.982 .

[٦] . ينظر د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المصدر السابق، ص٧٧
فالمصرف يقدم ضمانة شخصية مستقلة. See Satoru Shibazaki, op.cit, p.77

[٧] . ينظر علي جمال الدين عوض، الاعتماد المستندي، المصدر السابق،ص٦، وينظر نص المادة (٩) من الـUCP، ونصت المادة (٢٧٣/ثانيا) من قانون التجارة العراقي على انه (عقد الاعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه ويبقى المصرف اجنبيا عن هذا العقد) وتقابل المادة (٢/٣٦٧) من قانون التجارة الكويتي. ونصت المادة (٢٧٨) على انه (اولا : يجوز تثبيت الاعتماد البات من مصرف اخر يلتزم بدوره بصفة قطعية ومباشرة تجاه المستفيد. ثانيا : لا يعتبر مجرد الاخطار بفتح الاعتماد المستندي البات المرسل الى المستفيد عن طريق مصرف اخر تثبيتا من هذا المصرف للاعتماد.) وتقابل المادة (٣٤٦) من قانون التجارة المصري والمادة (٣٧٢) من قانون التجارة الكويتي.

[٨] . ويرى د.الياس حداد (ان التزام التضامني في الورقة التجارية التزام تبعي، خلافا للقواعد العامة في التضامن –على حد رأيه- مستندا في ذلك الى الرجوع على المسحوب عليه اولا). ينظر د.الياس حداد، المصدر السابق، ص٢٨٠. ونرى ان احكام التضامن لا تمنع ان تكون علاقة احد الملتزمين او اكثر موصوفة.

[٩] . ينظر حسن جاد، المصدر السابق،ص١٣٨و د.محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، ص٨٨٠. ورغم ان التضامن التضامن من طبيعة السفتجة الا انه ليس ركنا جوهريا فيها، بل يمكن الاتفاق على عكسه، فيذكر في السفتجة ما يفيد

وما يبرر ذلك -في الاوراق التجارية- ان التزام الموقعين –المظهرين- على الورقة التجارية ليس بالضرورة ان يكون مستقلا –مجردا- (تضامنيا)، اذ انه يمكن لاي منهم اخراج نفسه من دائرة الالتزام الصرفي بادراج شرط عدم الضمان، وفي الاعتماد المستندي، ليست طبيعة الالتزام فيه مستقلة[١]، وما يؤكد ذلك هو النوع الآخر للاعتماد المستندي –غير القطعي-[٢]، وباعتراف انصار نظريتي الاستقلال والتجريد، لا يكون التزام المصرف فيه قطعيا –مستقلا-، ما يعني ان ما يحدد قطعيته واستقلاله هو عباراته –أي الصيغة المستخدمة فيه-، وقل مثل ذلك بالنسبة لخطاب الضمان، فهو في صورته غير الباتة او المعلق على شرط لا يكون مستقلا، فما يحدد استقلاله هو ما يتضمنه من عبارات. وحيث ان التضامن لا يفترض (ne se presume pas)[٣]، بيد انه لا يشترط فيه ان يكون بنص صريح، فيمكن ان يستفاد بما يتضمنه الالتزام من عبارات معينة تفيد التضامن[٤] ويجب ان نبحث في قصد الطرفين بطريق تفسير البيع والعادات التجارية الخاصة به وسوابق التعامل بين الطرفين.[٥]، كالالتزام المستقل او القطعي او دون علاقة بالروابط الاخرى.

واذا ما صار ذلك واضحا (visible) أمكن تفسير الاحتجاج بالدفوع من عدمه، فلا حاجة بنا الى اقرار قواعد استثنائية او اللجوء الى نظم غريبة، في ظل وجود القواعد التي تبرر الاحكام، فحيث ان الساحب يرتبط بعلاقة مباشرة مع المستفيد فبامكان الاول ان يحتج على الثاني بكافة دفوعه الشخصية، وقل مثل ذلك

الاعفاء من التضامن. ينظر حسن جاد، المصدر نفسه، ص١٣٩. ونصت المادة (٥٥/أولا) من قانون التجارة على أنه (يضمن المظهر قبول الحوالة ووفاءها ما لم يشترط غير ذلك) وتقابل المادة (١/٣٩٥) من قانون التجارة المصري والمادة (١/٤٢٧) من قانون التجارة الكويتي والمادة (L.511-10) من قانون التجارة الفرنسي ص٧٧٤، فاحكام قانون الصرف ليست من القواعد الآمرة من حيث الاصل باستثناء الحالات التي يمتنع على الافراد ذلك بموجب القانون وعموما يشترط عدم مخالفة النظام العام والآداب العام فاذا لم تكن هنالك مخالفة يقدم الاتفاق على نصوص القانون التجاري وهو ما أشارت اليه م٢ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. ينظر يوسف عودة غانم المنصوري، التضامن الصرفي في الاوراق التجارية، ط١، ٢٠١٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص٨٥.

[١] . نصت المادة (٤) من (600 UCP /2007)على أنه (أ- الاعتمادات المستندية منفصلة عن عقود البيع والعقود الاخرى التي تكون أساسا لها، ولا تتقيد المصارف بهذه العقود حتى لو نص الاعتماد المستندي على أية أشارة اليها). وتنص المادة(٢/ج) من قواعد (ICC/ 1992) على أنه (...والضمانات المقابلة بطبيعتها هي عمليات منفصلة عن الضمانات التي تتصل بها وعن العقود المتعلقة بها وكذلك عن شروط المناقصات...)، ونصت المادة (٣) من اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة/ ١٩٩٧ على أنه (لاغراض هذه الاتفاقية، يكون التعهد مستقلا عندما لا يكون التزام الكفيل/ المصدر تجاه المستفيد: أ-مرهونا بوجود معاملة اصلية او صلاحيتها، أو بأي تعهد آخر... ب-خاضعا لأي شرط او حكم غير وارد في نص التعهد، او باي فعل او واقعة مستقبلية غير مؤكدة الوقوع عدا تقديم المستندات او اي فعل او واقعة اخرى من هذا القبيل تدخل في نطاق عمليات الكفيل/ المصدر).
& See Gaëlle Eloy, op.cit, p.11

[٢] . فقد نصت المادة (٢٧٥) من قانون التجارة على انه (اولا : يجوز ان يكون الاعتماد المستندي باتا او قابلا للالغاء. ثانيا : يكون الاعتماد قابلا للالغاء ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك.) وتقابل المادة (٣٤٣) من قانون التجارة المصري والمادة (٣٧٠) من قانون التجارة الكويتي See LuLu, op.cit, p.21

[٣] . ينظر نص المادة (٣٢٠) من القانون المدني العراقي ونص المادة (١٢٠٢) من القانون المدني الفرنسي والمادة (٤٢٠) من الـ BGB والمادة (١٠: ١٠٢-١) من الـPECL والمادة (٢٧٩) من القانون المدني المصري والمادة ٣٤١ من القانون المدني الكويتي وتجدر الاشارة الى ان القانون الاخير –الكويتي- استثنى من ذلك الالتزامات التجارية حيث ذيل المادة آنفة الذكر بعبارة (...مع مراعاة قواعد التجارة).
جدير بالذكر ان المادة (١٢٠٢) من القانون المدني الفرنسي آنفة الذكر هي موضوع تعديل من قبل الفقيه (بيار كتالا) في مشروعه الذي طرحه مع مجموعة من الفقهاء لتعديل القانون المدني الفرنسي وان النص المقترح هو الآتي (١٢٠٢: لا يفترض وجود التضامن، بل يجب ان ينتج من القانون او الاتفاق او **الاعراف التجارية**). ينظر بيار كتالا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادم في القانون الفرنسي، تعريب كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة القديس يوسف ، مؤسسة مجد، بيروت، ط١، ٢٠٠٩، ص١٧٢.

[٤] . فاذا كان التضامن لا يفترض قانونا، فلقضاة الموضوع التحقق –تحت رقابة محكمة النقض- من انه ينتج بشكل واضح من السند الذي نشأ عنه الالتزام، حتى لو لم بوصف هذا الالتزام بأنه تضامني. نقض عرائض ٤ آب/ أغسطس ١٨٩٦، د دوري ١٨٩٦. ١. ٤٥٦، نقض مدنية ١، ٣ كانون ١/ ديسمبر ١٩٧٤، نشرة مدنية I، رقم ٣٢٢و نقض مدنية ٣، ٢٦ كانون ٢/ يناير ٢٠٠٥، نشرة مدنية III، رقم ١٤، د ٢٠٠٥. مشار الى هذه القرارات في Code Civil, op.cit, p.1474

[٥] . ينظر د.علي جمال الدين عوض، الاعتماد المستندي، المصدر السابق،ص٦٥

في علاقة المظهر بالمظهر اليه –الحامل-[1]، وحيث ان لا علاقة مباشرة تربطه –اي الساحب او احد المظهرين غير المظهر المباشر- بالحامل فلا يستطيع التمسك ضده بالدفوع الشخصية.[2] فالتزام الموقعين على الورقة التجارية واحد، وهو المبلغ المحدد من النقود الثابت فيها، وفي الاعتماد المستندي محل التزام المشتري هو الثمن ومحل التزام المصرف هو مبلغ من النقود، والذي بدوره لا يعدو ان يكون من الناحية الاقتصادية ثمن البضاعة، ولتوضيح ذلك نقول، حيث ان عقد البيع ينعقد بالتراضي –الايجاب والقبول-، وحيث ان الاعتماد المستندي وسيلة لتنفيذ عقد البيع –سداد الثمن-، ما يفترض ابتداء انعقاد عقد البيع، وبعد ذلك –الانعقاد- تنشغل ذمة المشتري بدين محدد –سببه عقد البيع- ويأتي دور المصرف ليتضامن مع المدين –المشتري- في وفاء هذا الدين.

وقد يثار تساؤل هنا، انه اذا كان الامر كذلك فهل بامكان البائع مطالبة المشتري بالثمن في ظل وجود الاعتماد المستندي؟ ونجيب على ذلك ان احكام التضامن لا تمنع من ان تكون روابط أحد المدينين موصوفة، وعليه فان رابطة المشتري –المدين- بالبائع تكون معلقة على شرط هو مطالبة المصرف.

وبالنسبة لخطاب الضمان، وهو في صورتيه الشائعتين، ضمان رد الدفعة المقدمة وضمان حسن التنفيذ، فالمقاول فيهما يلتزم بأن يؤدي اعمالا تقابل قيمة الدفعة المقدمة في الحالة الاولى وفي الثانية يجب ان يكون تنفيذه حسنا، بما في ذلك فترة الصيانة، وبعبارة اخرى ان التزام المقاول هنا التزاما بعمل، بيد انه في الواقع ان التزام المقاول في الفرضيتين اعلاه ليس التزاما بسيطا بل التزاما بدليا[3] او متضمنا شرطا جزائيا، اذ هو في الحالة الاولى له ان ينفذ اعمالا بقيمة الدفعة المقدمة[4] او ان يعيد الدفعة المقدمة والمصرف متضامن مع المقاول في احدى صورتي التزامه البدلي.

وفي الثانية ان لم يكن ملتزما بالصورة الحرفية لالتزامه والتزامه بالصيانة يطبق بحقه الشرط الجزائي، والمصرف متضامن مع المقاول في قيمة هذا الشرط، وبهذا النهج يسير القضاء العراقي.[5]

---

(1) . ينظر في ذلك د.عبد الحي حجازي، سندات الائتمان، المصدر السابق، ص١٥٥ وما بعدها

(2) . وأساس ذلك سوف يتضح عند الكلام عن الوسائل المخففة.

(3) . للتفصيل في الالتزام البدلي، ينظر د.عبد الرزاق السنهوري، ج٣، المصدر السابق، ص١٧٦ وما بعدها و د.عبد الحي حجازي، الالتزام في ذاته، المصدر السابق، ص١٩٩

(4) . وقضت محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ٢٤/ ٩٢ تجاري/ ٢ في ١٩٩٢/٦/١٥، والذي جاء مؤيدا لحكم الاستئناف، حيث قرر للمستفيد الحق في صرف مبلغ يعادل ٧٥% من قيمة حطاب الضمان، وهو ما دفع المصرف الى الطعن في هذا الحكم بالتمييز تأسيسا على انه بهذا الشكل قد جزأ خطاب الضمان فأفقده كيانه المعترف به قانونا، اذ من المقرر ان علاقة المصرف بالمستفيد هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، وقد كان رد محكمة التمييز (ان صدور خطاب الضمان بمبلغ محدد لا يمنع المستفيد من مطالبة البنك بمبلغ يقل عنه متى رأى انه لا يستحق قيمة الضمان كاملة...). غير منشور، أشار اليه د.يعقوب يوسف صرخوه، المصدر السابق، ص٧٩-٨٠.
ولعل التمعن في هذا الحكم، يؤدي الى النتيجة التي توصلنا البها.

(5) . فقد قضت محكمة بداءة الكرادة بحكمها بالعدد (٦٦٥/ب/٢٠١٤ في ٢٠١٤/٣/٣١) بأنه (...وبما ان خطاب الضمان هو هو كفالة صادرة من مصرف المدعى عليه لكفالة شخص آخر لصالح المدعي...وبما ان الكفالة التي يتضمنها الخطاب هي لضمان التعويض عما يصيب المدعي من ضرر من جراء اخلال المكفول بالتزامه تجاه المكفول له...وان خطاب الضمان والمبلغ الوارد فيه هو بمثابة التعويض الاتفاقي بين المدعي والشركة المكفولة...). أشار اليه القاضي ربيع محمد الزهاوي، المصدر السابق، ص٧١٥-٧١٦.
وفي قضية بين احدى الشركات وشركة نقل المسافرين تم بصدده تقديم خطاب ضمان لعقد التشغيل المشترك (تكسي المطار)، وحيث ان المدير العام لشركة نقل المسافرين/ اضافة لوظيفته صادر خطاب الضمان من مصرف الخليج التجاري دون ان يصيبه ضرر (وحيث تجد المحكمة ان موضوع الدعوى يتعلق بالتأمينات التي قدمها المدعي للمدعى عليه لضمان تنفيذ عقد تجاري كان مبرما بينهما وهو عقد التشغيل المشترك (تكسي المطار) وشملت هذه التأمينات بخطاب الضمان البالغ قيمته (...)... الا ان المدعى عليه/ اضافة لوظيفته بارادته المنفردة قام بفسخ العقد ومصادرة التأمينات وأقام دعوى متقابلة (...) طلب فيها التعويض عن الاضرار التي لحقت به وقد ردت تلك الدعوى لعدم اثبات الضرر... وحيث ان هذه التأمينات هي لضمان تنفيذ العقود وحيث ان العقد قد فسخ من قبل المدعى عليه/ اضافة لوظيفته لذا فقد انتفت الحاجة لهذه التأمينات وان من حق المدعي المطالبة باعادة تلك التأمينات له...ولكل ما تقدم قرر الحكم بالزام المدعي عليه/ اضافة لوظيفته باعادة مبلغ خطاب الضمان (...) للمدعي مع الزامه بالفائدة القانونية ٥% التي تبلغ (...) اعتبارا من تاريخ المطالبة القضائية (...) ولغاية التأدية الفعلية...). حكم محكمة بداءة الاعظمية بالعدد (٥٤٠/ب/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٤/١٠)، أشار اليه القاضي ربيع محمد الزهاوي، المصدر السابق، ص٧٦٣-٧٦٥.

فالغرض من خطاب الضمان هو زيادة التأمينات[١]، وهو ذات الغرض من التضامن السلبي.[٢]

بقيت لدينا مسألة تتعلق باساس التمييز بين الحامل حسن النية وسيئها؟ ونرجئ الكلام في ذلك عند بيان الوسائل المخففة، بيد اننا ننوه هنا الى أنه حيث توجد علاقة بين الساحب والحامل –وان كانت علاقة غير مباشرة- فالتوقيع على الورقة يتضمن معنى المديونية للحامل والتعهد بدفع قيمتها عند حلول ميعاد الاستحقاق.[٣] فيستوي في ذلك الاحتجاج بالدفوع ضده. غاية ما في الامر ان الاحتجاج بالدفوع يستلزم الاشتراك (العلم او امكانية العلم)، فاذا ما تحقق ذلك كنا امام حامل سيء النية وبالتالي امكن الاحتجاج ضده وان لم يكن كذلك كان الحامل حسن النية وبالتالي لا يمكن الاحتجاج ضده، وكل ذلك في ضوء القواعد العامة التي تستلزم الاشتراك في العلم بعدم وجود السبب او عدم مشروعيته وايقاع الاكراه او العلم به والاشتراك بالغلط والقيام باستغلال الطرف الآخر مع غبن يلحقه.

واذا كان الاصل في المعاملات المدنية ان التضامن لا يفترض ولا بد لقيامه من وجود نصوص في العقد او في القانون تستلزم هذا التضامن[٤]، فان الوضع خلاف ذلك في المعاملات التجارية[٥]، فالتضامن مفترض فيها، اذ هو في مصلحة التجارة لان فيه ضمان للدائنين كما انه يسهل على المدينين الحصول على الائتمان، فهو عصب المعاملات التجارية.[٦]

وقد قضي بانه (لدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون وذلك لثبوت قيام المدعى عليه باطلاق خطاب الضمان وان قيام المدعى عليه باستقطاع جزء من الثاني المرقم (٩٠١-٥٧٨-٢٠١١) بعد قيام المدعي بتنفيذ التزاماته العقدية بتجهيز كمية خمسة آلاف طن حليب أطفال للمدعى عليه اضافة لوظيفته بموجب العقد المرقم ٢٠١١ في ٢٠١١/١٢/١٩ وكان عليه التحقق من مطابقة الكمية المجهزة للمواصفات قبل اطلاق خطاب الضمان المرقم (٩٠١-٥٧٨-٢٠١١) عن تجهيز كمية اخرى من الحليب لم يتم التعاقد عليها وحصلت الموافقة على اعادة تصديرها الى جهة المنشأ بحجة ان قسم من الكمية المجهزة بالعقد الاول غير صالح للاستهلاك البشري فان ذلك يعد خلافا لما أوجبته المادتين ٢٨٧ من قانون التجارة التي نصت على انه يحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله و٢٩٣ التي نصت على عدم جواز قيام المستفيد بالمطالبة بقيمة خطاب الضمان عن غرض آخر غير الغرض المحدد فيه...). قرار بالعدد ٢٣٤/ الهيأة الاستئنافية منقول/ ٢٠١٤ في ٢٠١٤/٢/٢٧. (غير منشور)، أشار اليه القاضي عبد الرزاق محسن صالح، المصدر السابق، ص٣٩-٤٠ هامش رقم ٣.

[١] . ويقول د.علي جمال الدين عوض (ان العلاقة الثالثة –بين الآمر والبنك- ما تمت الا لتنفيذ العلاقة الاولى...). ينظر د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المصدر السابق، ص٦١

[٢] . ينظر د.عبد الحي حجازي، الالتزام في ذاته، المصدر السابق، ص٢١١

[٣] . ينظر د.حسين محمد سعيد، المصدر السابق، ص١٧

[٤] . وفي الحياة العملية قد طغى هذا الاستثناء على الاصل، ونادرا ما نجد دائنا له مدينون متعددون في التزام واحد ولا يشترط تضمنهم.. د.نبيل ابراهيم، التضامم، المصدر السابق، ص٧٠، د.أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، المصدر السابق، ص٥٢٣ وكذلك د.عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص٢٤٠-٢٤١.

والتضامن في الاوراق التجارية مصدره القانون. ينظر المادة (٤/٦٥) من قانون التجارة المصري والمادة (١/٤٨١) من قانون التجارة الكويتي، ونصت المادة (٨٥) من (Bilk of Exchange Act, 1882) الانكليزي على أنه

((1.) A promissory note may be made by two or more makers, and they may be liable thereon jointly, or jointly and severally according to its tenour.
(2.) 'Where a note runs " I promise to pay" and is signed by two or more persons it is deemed to be their joint and several note).

وينظر د.محمد صالح، المصدر السابق، ص١٨٤، د.سليمان مرقس، المصدر السابق، ص٥٧٩ و كذلك د.أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، المصدر السابق، ص٥٢٤، وينظر حكم محكمة النقض ١٩٧٠/٥/١٢ مجموعة الاحكام السنة ٢١ ص٨١٠ اشار اليه د.علي جمال الدين عوض، الاوراق التجارية، المرجع السابق، ص٥٩

[٥] . (لا تسري أحكام المادة (١٢٠٢) في المواد التجارية). نقض تجارية ٢١ نيسان/ أبريل ١٩٨٠، نشرة مدنية IV ، رقم ١٥٨. Code Civil, op.cit, p.1474

[٦] . ينظر د.حافظ محمد ابرهيم، المصدر السابق، ص٧٠ و٢٠٠ ، د.عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص٢٤٤ وكذلك د.حسين محمد سعيد، المصدر السابق، ص١٩. وقد نصت المادة (١٠٣) من قانون التجارة الاسبق –الملغي- رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ على انه (اذا ارتبط شخصان او اكثر على وجه الاشتراك بتعهد ما تجاه شخص آخر في معاملة تعد تجارية بالنسبة لهم او لاحدهم فيكون جميع بذلك التعهد مسؤولين بالتضامن والتكافل ما لم يشترط خلاف ذلك. ويشمل هذا الحكم الاشخاص المتعددين الذين تكفلوا سوية في دين تجاري).

ولا مراء في ان اراد المتعاقدين هي مرجع ما يرتب على العاقدين من آثار، بيد ان هذه الارادة، وهي ذاتية بطبيعتها لا يمكن استخلاصها الا بوسائل مادية او موضوعية، وهي عبارة العقد (term of contract)، فان كانت العبارة واضحة لزم ان تعد تعبيرا صادقا عن ارادة العاقدين المشتركة ولا يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما اراد العاقدان حقيقة عن طريق التفسير او التأويل. تلك قاعدة يقتضي استقرار التعامل حرصا بالغا على مراعاتها. بيد انه قد يبدو للعيان ان العبارة الواردة في العقد تخالف ما قصده العاقدان مخالفة لا تحتاج الى بيان، فهل يؤخذ هنا بعبارة العقد؟ لاشك انه ينبغي الاخذ بما قصده العاقدان لان العبرة بالمعاني لا بالالفاظ والمباني.[١]

واذا كانت العبرة في تفسير العقد تكون للارادة الظاهرة لا للتفسير الحرفي (literally).[٢] بيد أنه ينبغي ان يفسر العقد طبقا لما يقتضيه العرف الجاري في التعامل اذ المعقول في المسائل التي يوجد فيها عرف ان يفترض في العاقدين انهما عالمان به وقد ارتضياه والا لصرحا بمخالفته، فان كانت عبارات العقد مبهمة (vague) وجب تفسيرها على ضوء هذا العرف[٣]، كما ينبغي ان تستهدي المحكمة بمقتضيات العدالة وبما ينبغي ان يتوافر في التعامل التجاري من أمانة وثقة بين المتعاقدين.[٤]

واذا ما كان التضامن لا يفترض، فليس معنى ذلك وجوب اشتراطه بصريح العبارة (direct)، لان ما يفهم ضمنا لا يلزم بيانه (quod tacite intelligitur deesse non videtur) فقد تنصرف اليه الارادة ضمنا بيد انه ينبغي ان تكون دلالة الاقتضاء –في مثل هذه الحالة- واضحة[٥]، ولا يشترط استعمال استعمال صيغة خاصة، فتكفي أية صيغة تؤدي معنى التضامن مثل التعهد بدفع الدين بأكمله او ندفع بدون احالة بعضنا على بعض.[٦]

وان المحاكم الانكلو أمريكية تستدل على التضامن من اللفظ المستخدم، فتارة تميل الى تمييزه بالضمير (we) بدلا من (I) حيث تستنتج التضامن في الاول دون الثاني، واخرى تستنتجه من لفظ (joint and several) وثالثة من لفظ (individually).[٧] وعموما العبرة بالقصد (the only question is to determine the intention).[٨] قلا بد من استكشاف قصد أصحاب العلاقة (will be looked at, to discover their intention).[٩] وفي انكلترا يستخدم تعبير (joint and several) للدلالة على التضامن.[١٠] وحكم بأنه اذا تعهد عدة أشخاص كل منهم تعهدا مستقلا بدفع دين واحد لدائن واحد، ولو كانت التعهدات في أزمنة متعاقبة، كان كل المتعهدين مسؤولين بذلك الدين بطريق التضامن بينهم.[١١] وشاع

---

[١] . ينظر د.حافظ محمد ابراهيم، المصدر نفسه، ص٢٣٧

[٢] . ينظر د.جليل الساعدي، المصدر السابق، ص٩٤، د.وحيد الدين سوار، المصدر السابق، ص٥٥٥ و د.حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص٤٧

[٣] . ينظر نص المادة (٤٢٧) من الـBGB

[٤] . ينظر د.حافظ محمد ابراهيم، المصدر نفسه، ص٢٣٩

[٥] . ينظر د.محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، ص٨٨٠ وكذلك د.حشمت ابو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، المصدر السابق، ص٥٢١.

[٦] . ينظر د.محمد صالح، المصدر السابق، ص١٨٣،د.حسن علي الذنون، المصدر السابق،ص٤١٤ و المستشار أنور طلبة، طلبة، المطول في شرح القانون المدني،ج٥(الالتزام التخييري..التقادم المسقط، المكتب الجامعي الحديث،الاسكندرية، ص١٥

[7] . see Gary Finis Strickland, The Liability of Co-Makers of Promissory Notes: Joint or Solidary, Louisiana Law Review, Volume 49 | Number 5, May 1989, p.1108&1113 & Valentin Reyes Y Tan Chanco, op.cit, p.11

[8] . see Valentin Reyes Y Tan Chanco, ibid, p.14

[9] . see Ibid, p.15 & Michelle Cumyn, op.cit, p.220

[10] . see Chitty on contracts I[29], chap.17
See Christian von Bar and Eric Clive, op. cit, p.975
Available at: http://www. dnb.d-nb.de.

[١١] . حكم مصر ١٦ مايو ١٩١١. أشار اليه د.محمد صالح، المصدر السابق، ص١٨٣
ويرى د.علي جمال الدين عوض ، ان مسؤولية الموقعين على الورقة التجارية مسؤولية تضاممية لا تضامنية فالملتزمون (مدينون بدين واحد ودائنهم واحد ولكن مصدر دين كل منهم مستقل عن مصدر ديون الآخرين) ينظر الاوراق التجارية، ص٩٠ هامش رقم ١

التضامن في المسائل التجارية حتى أصبح من الشروط المفروض وجودها بالعقد رغم عدم النص عليها.[١] عليها.[١] ومعظم الشراح الفرنسيين يرى ان التضامن مفترض في الميدان التجاري، ويستندون في ذلك الى: الى: ١-يقتضي العرف التجاري المتبع بين التجار منذ القدم وقبل وضع القانون التجاري بالتضامن في المسائل التجارية. ٢-اذا لم يبطل القانون العرف، فيبقى هذا العرف معمولا به.[٢] وقضت محكمة النقض الفرنسية بان التضامن في المسائل التجارية موجود بحكم القانون.[٣] ولعدم وجود نظرية عامة للالتزام التجاري في قانون التجارة العراقي نقترح تعديل نص المادة (٣٢٠) من القانون المدني بجعل التضامن مفترضا في المسائل التجارية.[٤]

المبحث الثاني

تقنية اعمال مناعة التصرف التجاري

ينبغي تحديد مجال اعمال المناعة في ظل العلاقات التي تكون بين الاطراف –الثلاثية على الاقل-، ما يستلزم منا تحديد النطاق الفني للمناعة ثم مدى اطلاقه من عدمه ببحث الوسائل المخففة من المناعة، ووفق المطلبين الآتيين.

المطلب الاول

النطاق الفني

في ظل العلاقات المتعددة متى يكون من حق الاطراف التمسك بالدفوع للعيوب التي تشوب علاقاتهم من عدمه، بمعنى أنه متى يمكن لهم التمسك بالدفوع، والتي تكون –أكيدا- خارج المناعة، وما هي الدفوع التي لا يمكن للاطراف التمسك بها لمناعة التصرف التجاري، ولذلك ارتأينا تقسيم هذا المطلب الى فرعين الاول للدفوع النفعية والثاني للدفوع غير النفعية.

الفرع الاول

الدفوع النفعية (opportunistic)

١- الدفوع الشخصية المباشرة

يحتج المدين تجاه دائنه المباشر بكافة الدفوع الشخصية التي له قباله،[٥] وذلك تطبيقا للقواعد العامة، فبامكانه التمسك ضده بعيوب الارادة[٦] والسبب[٧] لانه طرف مباشر في العلاقة، وكذا الامر بالنسبة

---

[١] . ينظر د.عبد السلام ذهني بك، في الالتزامات، المصدر السابق، ص٥٩٣
ويرى د.نبيل بصدد بحثه عن الالتزام التضامني وتحديدا بحث المسألة في القانون الفرنسي ان التضامن الصريح مشروطا في التضامن الاتفاقي دون القانوني، فالاخير لا يشترط نص صريح فيه و(حيث ان التضامم يقع في معظم الاحوال نتيجة لتطبيق نصوص قانونية... كما ان الحالات الاخرى تنشأ من طبيعة الاشياء، فانه يمكن ادخال التضامم في نطاق التضامن الذي يتم بقوة القانون). د.نبيل ابراهيم التضامم، المصدر السابق، ص١١١-١١٢.

[٢] . ينظر د.محمد صالح، المصدر السابق، ص١٨٦

[٣] .ينظر المصدر نفسه، ص١٨٦و د.سليمان مرقس، الالتزامات، المصدر السابق، ص٥٧٦-٥٧٧

[٤] . تجدر الاشارة الى ان قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ يجعل من التضامن مفترضا في المسائل التجارية مالم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك.ينظر نص المادة (٤٧)، وكذلك الحال نص المادة (٩٧) من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ ونصت أيضا على ذلك مبادئ اليونيدروا (PICC) في المادة (١١-١-٢) تحت عنوان (قرينة التضامن) حيث نصت على انه (اذا ما التزم عدد من المدينين بنفس الالتزام قبل دائن فيفترض تضامنهم ما لم تدل ظروف الحال على خلاف ذلك). تجدر الاشارة الى ان التضامن لم يشر اليه في المبادئ آنفة الذكر الا في العام ٢٠١٠، حيث اضيف الفصل الحادي عشر لتنظيم حالة تعدد المدينين والدائنين.

[٥] . ينظر نص المادة (٢/٣٢١) من القانون المدني العراقي ونص المادة (١٢٠٨) من القانون المدني الفرنسي والمادة (٢/٢٨٥) من القانون المدني المصري والمادة (٢/٣٤٦) من القانون المدني الكويتي والمادة (١٠: ١٠٦-١) من الـPECL والمادة (١١-١-٤) من الـPICC وينظر د.محمد صالح، المصدر السابق، ص١٩٢ ود.عبد الحي حجازي، الالتزام في ذاته، المصدر السابق، ص٢٢٩

[٦] . ينظر د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمانأ المصدر السابق، ص٦٧

[٧] . ينظر د.علي العريف، المصدر السابق، ص١٣٦

لانقضاء الالتزام او الفسخ وكذلك فيما يتعلق بالشروط السرية بينهما تطبيقا لقواعد العامة للتصرف الصوري.[١]

فاذا كانت الرابطة مشوبة بعيب في الرضاء لاكراه او غلط او تغرير مع غبن او استغلال او بنقص الاهلية او كانت الرابطة قابلة للفسخ او انقضت بسبب غير الوفاء، فهذه جميعها دفوعا يحتج بها المدين الذي قام السبب من جهته ويدفع بها مطالبة الدائن الذي يرتبط معه بعلاقة مباشرة.[٢]

وان للدائن ان يطالب كلا من المدينين المتضامنين بالدين بأسره وله ان يطالب هؤلاء المدينين بالوفاء مجتمعين او منفردين، ولا يجوز لمن يطالب بالوفاء منهم -على هذا الوجه- ان يحتج سوى بأوجه الدفع الخاصة بشخصه كالغلط او الاكراه اللذين شابا رضاءه.[٣]

أما عن علاقة حامل الورقة التجارية بالمظهر الذي قام بتظهيرها اليه تظهيرا تاما، فهي علاقة مباشرة بين دائن ومدين، فيستطيع الرجوع عليه ولكل منهما اثارة الدفوع الناتجة عن علاقتهما.[٤]

والاستقلال في الاعتماد المستندي لا يحمي البائع من الدفوع المستمدة من عقد البيع او من عمليات التنفيذ فهو طرف في عقد البيع وبالامكان الاحتجاج ضده بدفوع هذا العقد.[٥]

ويجب التمييز بين عدم وجود الرضاء وبين تعيبه، ففي الحالة الاولى الرضاء معدوم وغير موجود فالبطلان مطلق –متحقق-، في حين في الثانية فان الرضاء موجود بيد انه معيب لجهل المدين بالحقيقة او بسبب الاكراه –حيث فضل المدين الرضاء تحاشيا من الاذى-، ولذلك يكون التصرف موقوفا لمصلحة المدين وحده، ويجوز التمسك به ضد من تربطه به علاقة مباشرة وضد الحامل حسن النية.[٦]

ووجه التمسك ضد الحامل سيء النية يجد مبرراته الخاصة فيما سنوضحه فيما بعد –عند الكلام عن الوسائل المخففة-.

٢- الدفوع الموضوعية

يمكن للمدين ان يحتج بأوجه الدفع الموضوعية، ولا نقصد بالموضوعية الدفوع المشتركة والتي يضرب الفقه عليها مثلا كحالة بطلان جميع الروابط لانعدام الرضاء جميعا او او لان الرضاء معيبا بالنسبة للجميع لان الاكراه وقع عليهم باجمعهم او كحالة الغلط المشترك للجميع وكذا السبب[٧]. ولا نرى دقة في ذلك لاننا لاننا لو حللنا الحالات السابقة نجد انه يمكن الخروج بالنتيجة نفسها عن طريق الدفع الشخصي المباشر.

ويبقى على ذلك حالتين للدفع الموضوعي وهما عيبا الشكل[٨] وانقضاء الالتزام، هذام الدفعان الذين يمكن ان يوصفا بالموضوعية والذين يجوز التمسك بهما ضد الجميع لانهما ظاهرين وبمجرد الاطلاع ولا يوجد عذر للادعاء بجهلهما.[٩]

فمثلا اذا كان الشرط مذكورا في السند –كبيان وصول القيمة- فانه تسري على الجميع لانه ظاهر معروف بمجرد الاطلاع.[١]

---

[١] . ينظر المصدر نفسه، ص١٣٧

[٢] . ينظر د.عبد الرزاق السنهوري، ج٣، المصدر السابق، ص٣٠٧. وبهذا قضت محكمة التمييز بأنه (يحدد في خطاب الضمان التزامات البنك ...). قرار ٣٦٤/ عامة/ ٧١ في ١٩٧٢/٢/٧، مجلة القضاء ع٢ س٢٨، ١٩٧٣ ص١٥٣. وقضت محكمة التمييز بان علاقة البنك بالدائن المستفيد (وزارة الدفاع) الذي صدر خطاب الضمان لصالحه يحكمها خطاب الضمان وحده، فهو الذي يحدد التزامات البنك ولا يسأل البنك الا في حدود خطاب الضمان. قرار ٣٠٢/ استئنافية/ ٧٠ في ١٩٧٠/٦/٣، مجلة القضاء ع٢ س٢٨، ١٩٧٣ ص١٤

& see Satoru Shibazaki, op.cit, p.78

[٣] .ينظر د.حافظ محمد ابراهيم، المصدر السابق، ص٢٠١ ود.نبيل ابراهيم، الضمانات، المصدر السابق، ص٧٩

[٤] . ينظر د.حسين محمد سعيد، المصدر السابق، ص٣٩

[٥] . ينظر د.علي جمال الدين عوض، الاعتماد المستندي، المصدر السابق، ص١٤٠-١٤١

[٦] . ينظر د.علي العريف، المصدر السابق، ص٥٥-٥٦

[٧] . ينظر د.عبد السلام ذهني بك، في التأمينات، مطبعة الاعتماد، مصر، ١٩٢٦، ص١٢، د.محمد صالح، المصدر السابق، ص١٩١، د.صلاح الدين الناهي، الوجيز، المصدر السابق، ص ٣٥٩، د.عبد الرزاق السنهوري، ج٣، المصدر السابق، ص٣٠٧ و د.حافظ محمد ابراهيم، المصدر السابق، ص٢٠١. ووصفنا لها بالموضوعية –هنا- لانها تخرج عن الطابع الشخصي.

[٨] . ينظر د.عزيز العكيلي، المصدر السابق، ص٩٢

[٩] . ينظر د.علي العريف، المصدر السابق، ص١٣٤ و حسن جاد، المصدر السابق، ص١٣١

وبشأن انقضاء الالتزام، فمثلا، ينقضي التزام المحرر بالمدة المنصوص عليها قانونا من تاريخ الاستحقاق، ولذلك يمكن لكل شخص الاحتجاج بذلك تجاه كل حامل حسن النية ام سيئها.[٢]

وتجدر الاشارة الى انه ثار خلاف بشأن الدفع بالتقادم، وانقسم الفقه الى رأيين، الاول، يذهب الى ان الدفع بالتقادم دفع موضوعي يستطيع كل مدين متضامن ان يتمسك به تجاه الدائن ولو كانت الروابط متميزة عن بعضها من حيث وصفها –التزام تجاري وآخر مدني-، وعليه ينقضي الدين بالنسبة لجميع المدينين اذا ما انقضى عن احدهم بسبب التضامن.[٣]

في حين ان هنالك رأي آخر يذهب الى ان تقادم دعوى الدائن تجاه احد المدينين المتضامنين، لا يمنع الاول من مطالبتهم بالدين، ويستدل في ذلك على امرين الاول نص المادة (٢/٢٩٢) من القانون المدني المصري، والثاني ان هذا الدفع شخصي.[٤]

واذا كنا نرى ان تقادم دين الدائن تجاه احد الدائنين لا يمنعه من مطالبة المدينين الباقين بيد اننا نختلف عن الرأي الاخير في الحجج التي ساقها، فالنص هو سندنا لتبرير الحالة ولا يصلح اساسا للاستدلال المنطقي، اما عن كون الدفع شخصيا، فنرى ان ذلك محل نظر، اذ لو كان كذلك لما أمكن الاحتجاج به من غير من المستفيد الاصلي منه، فلا يمكن لغيره ان يتمسك به ولو بقدر نصيبه، طالما كان شخيا والحال ان هذا الدفع دفع موضوعي، ووجه ذلك امكان التمسك به من المدينين المتبقين، ولرب معترض هنا يقول، ان التمسك يكون بمقدار نصيب الاول من الدين لا الدين كله، ونقول نعم، لان الدفع عندما يوصف بالشخصي يتعذر التمسك به من اي من المدينين تلاخرين اما عن التمسك بنصيب هذا المدين دون الدين باكمله فذلك يرجع الى ان طبيعة التزام المدينين قد تكون مختلفة ما يؤدي لانقضاء بعضها بالتقادم التجاري واخرى بالمدني، وحيث ان الالتزم التضامني الاصل فيه ان يكون الدين قابلا للانقسام، وما التضامن الا لاجل ضمان الوفاء، عليه فاذا ما تحقق سبب من اسباب الانقضاء في جانب احد المدينين المتضامنين، ينقضي الالتزام بقدر نصيب هذا الشخص ولجميع المدينين الاحتجاج بذلك على الدائن، اما حيث يكون وصف الالتزام واحدا وخاضع لمدة تقادم واحدة فنرى ان انقضاءه بالنسبة لاحد المدينين يؤدي لانقضاء الدين باكمله بالنسبة لجميع المدينين الاخرين، وللعلة آنفة الذكر.

الفرع الثاني
الدفوع غير النفعية

المدين المطالب بالوفاء لا يمكنه الاحتجاج بأوجه الدفع الشخصية الخاصة بغيره من المدينين المتضامنين[١]، فلو ان أحد المدينين الآخرين قد أكره او وقع في غلط او غرر به فلحقه غبن او استغل، فلا

---

[١] . see Francois Dessemontet , op.cit ,p.17

[٢] . ينظر د.علي العريف، المصدر نفسه، ص١٣٦ وينظر المواد (١٣٢، ١٣٥، ١٧٥) من قانون التجارة العراقي والمواد (٢/٣٢١ - ٣٢٩ و ٢/٣٣٣) من القانون المدني العراقي والمادة (٢٩٢ومابعدها) من القانون المدني المصري والمادة (٣٥٤) من القانون المدني الكويتي والمواد (٦٨، ٤٦٥، ٤٧٠ و٥٣١) من قانون التجارة المصري والمواد (١١٨، ٥٠٢، ١/٥٠٨ و٥٥٠) من قانون التجارة الكويتي والمادتين (٣: ١١٩٨) و (٥: ١١٥) من الـUCC وقضي بـ (ان تقادم الكمبيالة يخضع لاحكام التقادم المنصوص عليها في قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤...)، قرار محكمة التمييز بالعدد ٧٦٩/ الاستئنافية منقول/ ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/١٠/١٨، أشار اليه جبار جمعة اللامي، المصدر السابق، ص٢٢٧-٢٢٩، وقضي بأنه (متى كان الشيك تجاريا عند انشائه فان جميع العمليا التي تجري عليه ...تخضع للاحكام العامة للاوراق التجارية ومنها الحكم الخاص بالتقادم الصرفي المنصوص عليه في المادة (١٩٤) من قانون التجارة، ولا علاقة لذلك بقاعدة تطهير الورقة من الدفوع... اذ ان هذه القاعدة تعتبر أثرا من آثار التظهير الناقل للملكية...بما لا يتصور معه ان يترتب على تطبيق هذا الاثر زوال الصفة التجارية عن الورقة او عدم خضوعها للتقادم الصرفي المنصوص عليه في المادة (١٩٤) من قانون التجارة). (نقض ١٩٨٢/٢/١٥ طعن ١١٥ س٤٣ق). أشار اليه المستشار أنور طلبة، مجموعة المبادئ القانونية، ج١١، المصدر السابق، ص٢٤٢.

[٣] . ومن انصار هذا الاتجاه ديمولومب في كتابه (Cours du Code Napoleon)، ج٢٦، رقم ٤١١ و٤١٦ وكذلك بودري لاكنتنري وبارد في كتابهما الالتزامات، ٢، رقم ١٢٥٢، ص٣٣٩، وحكم محكمة النقض الفرنسية في ٨ ديسمبر/ كانون الاول ١٨٥٢، دالوز ٨٠/١/١٨٥٣، وسيري ٧٩٥/١/١٨٥٢. أشار اليهن د.عبد المنعم البدراوي، أثر مضي المدة في الالتزام، مطبعة جامعة فؤاد الاول، ١٩٥٠، ص١٠١-١٠٢.

[٤] . ينظر المصدر نفسه، ص١٠٤ ثم يسترسل د.البدراوي لمعالجة مسألة رجوع المدين الموفي على المستفيد من التقادم من عدمه، ينظر المصدر نفسه ص١٠٤-١٠٥.

يحتج المدين المطالب بالوفاء في ذلك لانه دفع شخصي لم يقم في جهته،[٢] وكذا الحكم فيما لو قام سبب للفسخ في رابطة غيره من المدينين، فلا يمكن له ان يحتج بذلك وقل مثل ذلك بالنسبة للدفوع الشخصية الاخرى.[٣]

والقاعدة انه اذا ثبت عدم صحة التوقيع او عدم وجود الرضاء فيكون السند باطلا ويجوز التمسك بهذا البطلان تجاه الجميع وبدون التفات الى حسن النية، فلا يوجد تعاقد بدون رضاء.[٤]

واما المستفيد فلا يمكنه التمسك بهذا التزوير ضد الحامل حسن النية لانه ملتزم بالوفاء بحكم توقيعه كمظهر بعكس لو كان الحامل سيء النية.[٥]

وبشأن تزوير البيانات، اذا ثبت تزوير تعديلات في المستند فتكون مسؤولية المحرر في المستند على البيانات الاصلية دون التعديلات المزورة، ويمكنه التمسك بذلك ضد الجميع حتى الحامل حسن النية[٦]، اما بالنسبة للمظهر فيعد ضامنا صحة السند بحالته وقت التظهير ولا يجوز له التمسك بالتزوير.[٧]

وبشأن عدم أهلية المحرر –الساحب- يجوز لعديم الاهلية التمسك بهذا الدفع تجاه كل حامل حتى حسن النية، بيد أنه لا يجوز لغيره التمسك بهذا الدفع.[٨]

وكذا الحكم بالنسبة للوكالة الكاذبة، فيجوز الاحتجاج بها تجاه كل حامل دون حق غيره من الاحتجاج بها[٩]، ولا يوجد ضرر من ذلك لان المستفيد الاصلي مهمل بعدم فحص صحة هذه الوكالة بحيث يعد

---

(١) . ينظر نص المادة (١٢٠٨) من القانون المدني الفرنسي والمادة (٢/٢٨٥) من القانون المدني المصري والمادة (٢/٤٢٢) من الـBGB والمادة (١١-١-٤) من الـPICC، وبهذا قضت محكمة التمييز بأنه (يحدد في خطاب الضمان التزامات البنك ولا يمتد الى علاقة البنك مع عميله التي ينظمها عقد الاعتماد). قرار ٣٦٤/ عامة/ ٧١ في ١٩٧٢/٢/٧، مجلة القضاء ع٢ س٢٨، ١٩٧٣ ص١٥٣. وقضت محكمة التمييز بان ... لا علاقة لهذا الخطاب بين البنك وعميله فهذه العلاقة ينظمها عقد الاعتماد بينهما كما لا علاقة لخطاب الضمان بين العميل المتعهد ورب العمل (وزارة الدفاع) فهذه العلاقة يحكمها عقد المقاولة. قرار ٣٠٢/ استئنافية/ ٧٠ في ١٩٧٠/٦/٣، مجلة القضاء ع٢ س٢٨، ١٩٧٣، ص١٤

(٢) . ينظر د.حسين محمد سعيد، المصدر السابق، ص٣٩ و د.حافظ محمد ابراهيم، المصدر السابق، ص٢٠١

(٣) . ينظر د.عبد الرزاق السنهوري، ج٣، المصدر السابق، ص٣٠٨.

(Any hidden defect of any one of the obligations based on special disqualification of a certain debtor… does not make the other obligations void).

See Valentin Reyes Y Tan Chanco, Acomparative study of joint (mancomunada) and joint and several (solidaria) obligations under the Spanish law and American law, Philippine law journal, v.VI, No.1, August 1919, p.10

(٤) . ينظر د.علي العريف، المصدر السابق، ص٥٦ د.حسين محمد سعيد، المصدر السابق، ص٢٠

(٥) . ينظر د.علي العريف، المصدر نفسه، ص٥٦ وص٩٢ ويبرر في الصفحة الاخيرة ذلك بان (مصلحة المدين أولى قانونا بالحماية).

(٦) . (لانعدام ارادته) ينظر د.عزيز العكيلي، المصدر السابق، ص٩٣

(٧) . ينظر المصدر نفسه، ص١٣٥-١٣٦ و حسن جاد، المصدر السابق، ص١٣١

ونصت المادة (٤٧) من قانون التجارة على انه (اذا حملت الحوالة توقيعات اشخاص ليست لهم اهلية الالتزام بها او توقيعات مزورة او لاشخاص وهميين او توقيعات غير ملزمة لاسباب اخرى لاصحابها او لمن وقعت الحوالة باسمائهم، فان التزامات غيرهم من الموقعين عليها تبقى مع ذلك صحيحة) وتقابل المادة (٣٨٦) من قانون التجارة المصري والمادة (٤١٢) من قانون التجارة الكويتي والمادة (L.511-5) في فقرتها الثانية من قانون التجارة الفرنسي، ونصت المادة (١٩) من اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة/ ١٩٩٧ وتحت عنوان (الاستثناء من التزام السداد) على أنه (١-اذا كان من البين الواضح: أ-ان المستند المقدم، أيا كان، مزور او قد جرى تزييفه...)

(٨) . ينظر د.علي العريف، المصدر نفسه، ص٩٢ و١٣٤ ، حسن جاد، المصدر نفسه، ص١٣١ و د.عزيز العكيلي، المصدر السابق، ص٩٢-٩٣.

ونصت المادة (٤٦) من قانون التجارة العرقي على انه (تكون التزامات ناقص الاهلية او عديمها الناشئة من توقيعه على الحوالة باية صفة باطلة بالنسبة اليه فقط. ويجوز له التمسك بهذا البطلان تجاه كل حامل للحوالة). وتقابل المادة (٣٨٥) من قانون التجارة المصري والمادة (٤١١) من قانون التجارة الكويتي والمادة (L.511-5) من قانون التجارة الفرنسي في فقرتها الاولى والتي نصت على أنه (الورقة التجارية الموقعة من اشخاص ناقصي الاهلية تكون باطلة بالنسبة اليهم فقط، .... مع مراعاة احكام المادة ١٣١٢ من القانون المدني). وتقضي المادة (١٣١٢) من القانون المدني الفرنسي بعدم الزام ناقصي الاهلية مالم يثبت بان ما دفعوه سبب لهم ربحا.

(٩) . ينظر د.حسين محمد سعيد، المصدر السابق، ص٢٢.

الملوم، واذا ظهر المستفيد الاصلي هذا السند الى حامل فيكون مسؤولا عن صحة السند ووفائه امام الحامل حسن النية وبدون مسؤولية على الموكل المزعوم الذي يمكنه التمسك بهذا الدفع تجاه الجميع.[١]

وفي الاحوال التي يملأ فيها البياض يجب ان تكون صيغة التظهير مطابقة للواقع، فاذا فرض ان المظهر اليه على بياض ذكر انه دفع قيمة السفتجة –خلافا للحقيقة- ليوهم انه تظهيرا تاما، عد خائنا للامانة وحق عليه العقاب، انما يعد التظهير في هذه الحالة صحيحا بالنسبة للغير حسن النية.[٢]

وعموما يحتج المحرر ضد الحامل حسن النية بالدفوع الآتية:

١- البطلان الشكلي للتظهيرات، فمن واجب الحامل التأكد من سلسلة التظهير وصحته الشكلية، ولا محل للقول بخلاف ذلك لان هذه العيوب ظاهرة بمجرد الاطلاع عليها، بيد ان تزوير التوقيع لا يعد عيبا موضوعيا.[٣]

٢- بطلان التظهير الاخير، لوجود العلاقة المباشرة بينهما.[٤]

٣- انقضاء الالتزام، يعد المحرر مدينا للحامل الاخير ويمكنه التمسك ضده بما سبق ان دفعه اليه من قيمة السند، وعلى العموم بانقضاء الالتزام بموجب التعامل معه بمناسبة مقاصة بينهما[٥] او استبدال او ابراء.[١]

ونصت المادة (٤٩) من قانون التجارة على أنه (اولا : من وقع حوالة عن اخر بغير تفويض منه التزم شخصيا بموجب الحوالة. فاذا اوفاها الت اليه الحقوق التي كانت تؤول الى من ادعى النيابة عنه. ثانيا : ويسري هذا الحكم على النائب اذا جاوز حدود نيابته) وتقابل المادة (٣٨٩) من قانون التجارة المصري والمادة (٤١٣) من قانون التجارة الكويتي والمادة (٢-٢-٥) من الـPICC. ونص المادة (L.511-5) الفقرة الثالثة منها، ونصت المادة (١/٢٦) من قانون (Bills of Exchange Act, 1882) الانكليزي على أنه

(Where a person signs a bill as drawer, indorser, or acceptor, and adds words to his signature, indicating that he signs for or on behalf of a principal; or in a representative character, he is not personally liable thereon ; but the mere addition to his, signature of words describing him as an agent, or as filling a representative character, does not exempt him from personal liability)

وهنالك حالة خاصة في الشركات يقوم فيها مدير الشركة بتحرير ورقة تجارية والتوقيع عليها لمصلحته الشخصية لا لمصلحة الشركة، ولا تستطيع الشركة نفي مسؤوليتها الا باثبات سوء نية الحامل، فاذا ثبت حسن نية الحامل او عجزت الشركة عن اثبات سوء نيته –الحامل- التزمت الشركة في مواجهته بالدفع. ينظر د.حسين محمد سعيد، المصدر السابق، ص٢٢-٢٣

وقضي (ان الصك موضوع الدعوى يشير الى انه مسحوب من الشخص الثالث وكيل المدير المفوض للشركة وفق الصلاحيات المخولة لذا كان على المحكمة ان تسأل المدعى عليه فيما اذا كان يطلب تحليف المدعي اليمين كونه عاجزا على الاثبات). قرار محكمة التمييز بالعدد ١٥٣٠/ الهيأة الاستئنافية منقول/ ٢٠١٢ في ٢٠١١/١٠/١٧، أشار اليه القاضي جبار جمعة اللامي، المصدر السابق، ص٢٢٤-٢٢٦.

وهنالك حالات معينة ليست في الواقع استثناء من قاعدة حدود مكنة النائب بقدر ما هي اعادة نظر في حدود النيابة، وما يهمنا منها هو حالة وجود ظروف من فعل الاصيل من شأنها اعطاء الغير فكرة عن النيابة أوسع من حقيقة الامر في الانابة، فهنا تعد التصرفات الحاصلة ضمن حدود تلك المكنة الظاهرة حاصلة بطريق النيابة ومنصرفة آثارها الى الاصيل. ينظر د.جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية (طبيعتها وأحكامها)، مطابع البصير، الاسكندرية، ١٩٥٤، ص١٢٩ (فالنيابة –كما يقول الاستاذ ديموج تقوم على الارادة الظاهرة للاصيل اكثر من قيامها على ارادته الحقيقية، او على حد تعبيره عن تلك الارادة ، وهذا ما يقتضيه ضمان سلامة المعاملات). ينظر د.جمال مرسي، المصدر نفسه، ص١٣٩ وكذلك فتحية قرة، النظرية القضائية المستحدثة للاوضاع الظاهرة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص٤٥-٤٦

[١] . ينظر د.علي العريف، المصدر السابق، ص١٣٤-١٣٥

[٢] . ينظر حسن جاد، المصدر السابق، ص١٣٧

[٣] . ينظر د.علي العريف، المصدر السابق، ص١٣٨

[٤] . ينظر المصدر نفسه، ص١٣٨

[٥] . نصت المادة (٣٢٤) من القانون المدني العراقي على أنه (لا يجوز للمدين المتضامن ان يحتج بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن اخر الا بقدر حصة هذا المدين الاخر) وتقابل نص المادة (٢٨٧) من القانون المدني المصري والمادة (٣٤٩) من القانون المدني الكويتي والمادة (١٠: ١٠٧-١) من الـPECL. ويذهب القضاء الفرنسي الى ان

ولكن لا يجوز للمحرر التمسك ضد هذا الحامل بانقضاء الالتزام مع المستفيد الاصلي او مع احد المظهرين.[٢] والواقع لا شأن للحامل بعلاقة المحرر بالدائنين السابقين له –للمحرر-.[٣]

المطلب الثاني
الوسائل المخففة

مناعة التصرف التجاري ليست مطلقة، بيد ان عدم اطلاقها لا يتصور انه استثناء عليها بقدر ما هو تطبيقا للقواعد العامة في العلم او المسؤولية المدنية، ولذلك قسمنا هذا المطل الى فرعين الاول للاشتراك والثاني للتعسف في استعمال الحق.

الفرع الاول
الاشتراك (العلم او امكانية العلم)

طالما توجد علاقة بين الساحب والحامل، فان علاقتهما هي علاقة دائن بمدين، وتقضي القواعد العامة انه يجوز للمدين ان يتمسك ضد دائنه بجميع الدفوع الخاصة بوقف او بطلان التزام المدين (كعيوب الارادة او عدم وجود السبب او عدم مشروعيته)، وسواء مع هذا الحامل او مع الدائن السابق الذي حول الدين الى هذا الحامل.[٤]

وحيث ان الاكراه لا يشترط وقوعه من الطرف المباشر، انما يكفي فيه ان يعلم به الشخص او كان في استطاعته ان يعلم به[٥]، فيجب في الاكراه ان يكون متصلا بالعاقد الآخر، ويكون له هذا الوصف اذا صدر منه او كان على علم به او من المفروض حتما ان يعلم به. واذا كان الاكراه في كل الاحوال يعيب رضاء العاقد –او قد يعدمه- حتى ولو لم يتصل بالعاقد الآخر، فان حكمة استلزام ذلك الشرط هي - كما في الغلط والتغرير (التدليس)- توفير الاستقرار للمعاملات حتى لا يفاجأ العاقد حسن النية، -الذي لم يدر بخلده الاكراه الذي وقع الطرف الآخر تحت تأثيره-، بابطال عقد كان مطمئنا الى صحته.[٦] ومتى توافر علم العاقد الآخر بالاكراه او ضرورة علمه به كان العقد قابلا للابطال –موقوفا وفق احكام القانون العراقي-، وسواء صدر الاكراه من الغير او كان نتيجة ظروف ولدتها المصادفة واقتصر دوره على انتهازها، ودفع من أحاطت به الى التعاقد.[٧]

وفي الغلط لا يشترط ان يكون مشتركا، انما حتى لو لم يكن كذلك ما دام الطرف الآخر يعلم به او يستطيع ان يعلم به[٨]، ففي هاتين الحالتين يقوم عيب الارادة.

الصفة المستقلة للضمان تستبعد التلازم بين دين الضامن وأي دين مترتب لمصلحة هذا الاخير الضامن. نقض تجاري ١٩ ك١/ ديسمبر ٢٠٠٦، نشرة مدنية IV ، رقم ٢٤٩، د٢٠٠٧. مشار اليه في Code Civil, op.cit, p.2514

في حين نصت المادة (١١-١-٥) من الـPICC على انه (يتحلل المدينين تجاه الدائن من الدين فيما يتعلق بالالتزام في التنفيذ والمقاصة، حال التنفيذ او المقاصة من قبل مدين متضامن او المقاصة التي يباشرها الدائن قبل مدين متضامن).

(١) . ينظر د.علي العريف، المصدر نفسه، ص١٣٨، وينظر نص المادة (١١-١-٦-١) من الـPICC.

(٢) . ينظر المصدر نفسه، ص١٣٨

(٣) . ينظر المصدر نفسه، ص١٣٩

(٤) . ينظر المصدر نفسه، ص١٣١

(٥) . ينظر د.عبد الرزاق السنهوري ، ج١، مج١، المصدر السابق، ص٣٥١-٣٥٢ و د.حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص٨٧

(٦) . ينظر د.محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، ص١٥٧-١٥٨، د.جميل الشرقاوي، البطلان، المصدر السابق، ص٢٤٨-٢٤٩ ، د.محمد حسني ، المصدر السابق، ص١٧٧، د.سليمان مرقس، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص٤٠٢-٤٠٤ ، د.محمود سعد الدين الشريف، المصدر السابق، ص١٩٢-١٩٣ و د.أحمد حشمت ابو ستيت، المصدر السابق، ص١٧٥

(٧) . ينظر د.محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، ص١٥٨

(٨) . ينظر د.جليل الساعدي، المصدر السابق، ص٧٩

فاتصال المتعاقد الآخر بالغلط شرط من شأنه ان يكفل استقرار التعامل. د.اسماعيل غانم، المصدر السابق، ص٢٠٠، ويقول د.اسماعيل غانم (ان علم المتعاقد الآخر بالاعتبار الدافع للتعاقد، او استطاعته العلم به، شرط ضروري وكاف في آن واحد لحماية استقرار التعامل وهو وحده الذي كان يجب الوقوف عنده في صياغة المادة ١٢٠). د.اسماعيل غانم، المصدر نفسه، ص٢٠٢.

وبالنسبة للسبب، يجب ان تكون عدم المشروعية معلومة لدى الطرف الآخر[١]. ويستلزم القضاء الفرنسي لبطلان العقد ان يكون الدافع غير المشروع معلوما للعاقد الآخر. ولعل القضاء في ذلك تحدوه الرغبة في توفير الاستقرار للمعاملات ووقاية الغير حسن النية من بطلان عقد كان قد اطمأن الى صحته ونظم علاقاته على اساس وجوده.[٢]

بالتالي فاذا ما ثبت ان الحامل يعلم بالاكراه او الغلط او السبب او بامكانه ان يعلم به الذي وقع فيه الساحب –مثلا- فبامكانه –الساحب- ان يحتج على الحامل بهذا الدفع، ولعل هذا ما يبرر الاحتجاج على الحامل سيء النية،[٣] وبالتالي التخفيف من مناعة التصرف التجاري.

والواقع ان الحكمة في مسؤولية الحامل المطلع على الحقيقة وقت تملكه السند انه غير معذور لانه يمكنه رفض السند او على الاقل مطالبة أصحاب السند بتصحيحه قبل هذا القبول بعكس الحامل حسن النية.[٤] وقد وقد يحدث ان يكون الحامل سيء النية جزئيا، بان يعلم ببعض عيوب السند وقت تملكه دون العيوب الاخرى، وهنا يجوز للمحرر التمسك ضده بالحقائق المعلومة لديه دون غير المعلومة.[٥]

اذن يشترط في التطهير ان يكون الحامل حسن النية، أي لا يعلم بالعيب الذي يشوب السفتجة وقت تظهيرها.[٦] فمبدأ عدم الاحتجاج بالدفوع لا ينطبق اذا كان الطرف الثالث –المناب لديه- سيء النية، عندما عندما يعلم بالعيوب التي تلحق بسبب التزام المنيب في مواجهته،[٧] فيجوز للمحرر التمسك ضد الحامل سيء النية بالدفوع العامة وكذلك بالدفوع الخاصة بالدائنين السابقين –المستفيد الاصلي والمظهرين- ما دام يعلم أسبابها وقت ابتداء تملكه للسند فضلا عن الدفوع الخاصة بهذا الحامل، والمقصود بالدفوع الاخيرة هي الدفوع نفسها التي يمكن التمسك بها ضد الحامل حسن النية.[٨]

ولما كان تغيير الحقيقة عيبا خفيا لا يعلمه الا الواقفون على بواطن الامور، كان من العدل ان نميز بين العارفين به والغافلين عنه.[٩]

الفرع الثاني
التعسف في استعمال الحق

استعمال الحق قد يلابسه خطأ[١]، فقد يحدث ان يستغل الدائن أصالة حقه واستقلاله، فيقوم بالمطالبة دون دون وجه حق، ويرى ان لا سبيل للاحتجاج عليه، كون حقه مستقلا. ففي حالة خطاب الضمان –مثلا- قد

---

[١] .ينظر د.حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص٩٤

[٢] . ينظر د.محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، ص٢١٥-٢١٦ ، د.سليمان مرقس، الالتزام، المصدر السابق، ص٣٠٢ ، د.أحمد حشمت أبو ستيت، المصدر السابق، ص، ٢٢٦، د.حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص١٢٥ و د.محمود سعد الدين، المصدر السابق، ص٢٣٩

[3] see Francois Dessemontet , op.cit, p.16-17 .

ونصت المادة (٥٩/ثانيا) من قانون التجارة على انه (ليس للملتزمين بالحوالة الاحتجاج على الحامل بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية بالمظهر ما لم يكن الحامل وقت حصوله على الحوالة قد تصرف بقصد الاضرار بالمدين.) وتقابل المادتين(٥/٦٥ و ٣٩٧) من قانون التجارة المصري والمادة (٢/٤٢٩) من قانون التجارة الكويتي.

وقد نصت المادة (٢/٣٨) من (Bills of Exchange Act, 1882) الانكليزي على أنه

(Where he ,is a holder in due course, he holds the bill free from any defect of title of prior parties, as well as from mere personal defences available to prior parties among themselves, and may enforce payment against all parties liable on the bill)

[٤] . ينظر د.علي العريف، المصدر السابق، ص١٣٣. ويقول د.علي جمال الدين عوض (وينهدم الاصل –حسن النية- حتى يثبت انه سيء النية اي انه تلقى الورقة وهو عالم انه بذلك يضر المدين بها او ان يعلم ان المدين يضار باكتسابه هو لهذه الورقة بحرمانه من التمسك من دفع كان يمكنه التمسك به لولا ايلولة الورقة الى البنك. ويقنع القضاء المصري بمجرد علم البنك عند تقيه الورقة بوجود الدفع او العيب الذي يحتج به عليه). ينظر د.علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، المصدر السابق، ص٨٢٧

[٥] . ينظر د.علي العريف، المصدر السابق، ص١٣٣

[٦] . ينظر حسن جاد، المصدر السابق،ص١٣٠

[٧] . ينظر د.نبيل ابراهيم، الضمانات، المصدر السابق، ص٧٧

[٨] . ينظر د.علي العريف، المصدر السابق، ص١٣٩-١٤٠

[٩] . ينظر حسن جاد، المصدر السابق، ص٥٩

يبادر المستفيد من هذا الخطاب الى مطالبة المصرف بقيمة الضمان مستندا لاستقلالية حقه عن الروابط الاخرى لاسيما عقد الاساس –المقاولة مثلا-، رغم ان المقاول أدى ما عليه من التزامات، فهل على المصرف –في هذه الحالة- ان يفي قيمة خطاب الضمان الى المستفيد استنادا الى مناعة التصرف التجاري - لاسيما اذا اخذنا بنظر الاعتبار ان للمصرف مقاضاة الآمر في حالة دفع الاول مبلغ خطاب الضمان، ولم يكن قد حصل مقدما من الآمر على مقابل وفائه كله او بعضه-؟

واقعا أثيرت هذه المسألة عند الفقهاء الذين تناولوا بالبحث خطاب الضمان وكذلك الاعتماد المستندي، وهم يرون[٢] انه في هذه الفرضية على المصرف ان يمتنع عن الاداء للمستفيد، مستندين في ذلك الى الدفع بالغش، اذ ان المستفيد الذي يطالب المصرف بالوفاء دون ان تكون هنالك جدوى حقيقية من المطالبة –في حال تنفيذ المقاول ما عليه من التزامات في عقد الاساس- يعد مرتكبا لغش، وان الغش يفسد كل شيء. وهذا ما يؤدي الى اعادة صهر الروابط المنفصلة في بوتقة واحدة، وبالتالي يفقد الضمان استقلاله هنا ويحتج عليه –على المستفيد- بدفوع المقاول.

والاجماع قائم –في فرنسا وانكلترا وسويسرا ودول أخرى- ان طلب وفاء خطاب الضمان القائم على الغش يجب رفضه، اذ يجب ان لا يستخدم هذا الضمان وسيلة للغش،[٣] فعلى المصرف ان يتأكد من حسن نية المستفيد ولا يدفع له متى قام الدليل ظاهرا على وقوع غش منه، ذلك ان الضمان يعد من جانب المصرف عملا –في حقيقته- يتم لحساب الغير، والمصرف –في الحقيقة- يدفع لحساب الغير الذي هو في الوقت نفسه الآمر، وعليه ان يراعي مصالحه، وان على المستفيد ان لا يطالب بالوفاء الا اذا كان لذلك ما يبرره.[٤]

وقد خفف القضاء من نتائج استقلال الضمان، فاقر ان استقلاله يتراجع اذا ثبت غش المستفيد.[٥] ومن حالات الغش التي أقرها القضاء، حالة تقديم دليل الى المحكمة يثبت تمام التنفيذ، او على عدم التنفيذ لقوة قاهرة او لاسباب سياسية بحتة راجعة الى النزاع بين الدولتين أدى الى ان مصارف احدى الدولتين أصرت على طلب الوفاء من مصارف الدولة الثانية،[٦] او ان حسن تنفيذ عقد الاساس ليس محل شك، وذلك بمقتضى شهادة صادرة من وكيل المستفيد والخبير القضائي نفسه.[٧]

عليه فان الضمان ولو أنه مستقل فان أمانة التعامل تقتضي استخدامه للغرض الذي صدر له وبحسن نية، ولا يمكن ان يكون وسيلة لان يقوم المستفيد باغتيال حقوقا ليست له.[٨]

وتطبيقا لقاعد (الغش يفسد كل شيء)، يتحمل البائع الضرر الذي سببه للمصرف الذي قدم هو اليه عمدا مستندات لا قيمة لها بقصد غشه،[٩] ويمتد الغش في هذا الخصوص الى عقد الاساس بحيث يجعل طلب تنفيذ الاعتماد منطويا على غش.[١] وان التعسف الظاهر هو كالحيل المنطوية على الغش

---

[١] . ويرى د.مصطفى مرعي ان استخدام تعبير (اساءة استعمال الحقوق) او (التعسف في استعمال الحق) فيه تناقض، ويرى ان الافضل الاستعاضة عنه بتعبير (الخطأ تحت ستار الحقوق). ينظر في ذلك د.مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، مطبعة الاعتماد، القاهرة، ١٩٤٤، ص٦٦ وما بعدها

[٢] . ينظر د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المصدر السابق، ص٣٨٠.

[٣] .ينظر د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المصدر السابق، ص٣٥٠
& Satoru Shibazaki,op.cit, p.79

[٤] . ينظر د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المصدر السابق،ص٣٥١. ان تقرير الحق ليس ملحوظا فيه صالح صاحب الحق وحده، انما ينبغي مراعاة صالح الجماعة التي ينتمي اليها صاحب الحق، في ان يستعمل حقه فيما أعد له اجتماعيا، فالحق بالغة ما بلغت درجته من الاهمية لا يمكن ان يكون مطلقا، بحيث يتأتى استعماله على أي نحو وفي أية صورة ولأي غرض، انما الحقوق كلها مقيدة محدودة، وأول ما يقيدها ويحدها هو الغرض الاجتماعي الذي دعا الى تقريرها. ينظر د.مصطفى مرعي، المصدر السابق، ص٦٩

[٥] . ينظر د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المصدر السابق،ص٣٥١-٣٥٢

[٦] . ينظر المصدر نفسه، ص٣٥٣

[٧] . ينظر المصدر نفسه، ص٣٥٤

[٨] . ينظر د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المصدر السابق،ص٣٥٤
وقضت محكمة الاستئناف العليا في الكويت/ الدائرة التجارية/٢ بتاريخ ١٩٨٩/١/٢٤ –والمؤيد من دائرة التمييز بتاريخ ١٩٩٠/١/١٥- بأنه (لا يجوز للمستفيد ان يطالب بقيمة خطاب الضمان استيفاء لحق ناشئ عن عملية أخرى...). غير منشور، أشار اليه د.يعقوب يوسف صرخوه، المصدر السابق، ص٤٥.

[٩] . ينظر د.علي جمال الدين عوض، الاعتماد المستندي، المصدر السابق،ص٣٠٩

كلاهما يحتج به على المستفيد من الضمان ويمنع الوفاء له.[٢] وقضي بأنه (اذا كان خطاب الضمان مستقلا بالنظر الى عقد الاساس، فان امتناع التمسك بالدفوع المستمدة من تنفيذ عقد الاساس يتراجع أمام حالات الغش الواضح، ومتى اتضح ان الشركة المستفيدة من الخطاب لم تسدد للشركة الآمرة المبالغ المستحقة عليها بمقتضى شهادات انتهاء الاعمال بنسبة ١٠٠% الصادرة منها والشهادات الاخرى الصادرة من مهندسها المشرف ومن ادارة الحسابات ، وان الشركة المستفيدة طلبت من الشركة الآمرة أعمالا اضافية صدرت عنها فواتير لم تدفع من جانب المستفيد، ولم تنازع فيها الشركة المستفيدة، فان ذلك يعني -في نظر المحكمة- وبحق- ان طلب الوفاء بخطاب الضمان عملا منطويا على غش (طرق احتيالية (fraud)).[٣] ونصت المادة (١٩) من اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة/ ١٩٩٥ وتحت عنوان (الاستثناء من عدم السداد) على أنه (١-اذا كان من البين الواضح:...ب-ان السداد لم يكن مستحقا على الاساس الوارد في المطالبة والمستندات الداعمة. أو ج- ان المطالبة، بحكم نوع التعهد وغرضه، ليس لها أساس يمكن تصوره، فان الكفيل/ المصدر، متصرفا بحسن نية، يكون له حق ازاء المستفيد، في ان يمتنع عن السداد)، وأوضحت الفقرة الثانية من المادة نفسها الحالات التي (لا يتصور فيها أساس للمطالبة) ومنها، عدم وقوع الحدث او الخطر الاحتمالي الذي اريد بالتعهد ان يؤمن المستفيد من وقوعه او بطلان الالتزام الاصلي او في حالة ان الالتزام الاصلي قد تم اداؤه على نحو يرضي المستفيد او ان عدم تنفيذ الالتزام بسبب المستفيد.

ويبدو عدلا ان المصرف الضامن يكفيه ان يعلم بغش المستفيد عند طلب الوفاء ليكون أيضا متواطئا معه وقت الوفاء.[٤]

ويقصد بالغش في هذا المعنى كل عمل من جانب المستفيد يقصد به الحصول على مزية الاعتماد بطريق الجش.[٥] وواقعا ليس من السهل وضع تعريف للغش فقد عرفه (Lord Denning IVI.R) عند نظره قضية (Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank InternationalLtd1978) بأنه العلم بان المستندات مزورة او ان طلب الدفع –من قبل المستفيد- مشوبا بالغش، ويكون كذلك في حال كانت المطالبة دون وجه حق[٦] . ويستنتج (Lu Lu) ان الغش يقع في حالتين حالة تقديم وثائق مزورة وحالة الطلب المصحوب بغش ويستند في ذلك الى قانون الغش الانكليزي (Fraud Act 2006) وان كان هذا القانون خاص بالقضايا الجزائية.[٧] وهنالك من يرى انه كل سلوك من شأنه الاخلال بالائتمان والثقة يمكن ان يؤدي الى وقف الدفع.[٨]

والغش كما عرفه بعض الفقهاء بأنه (عمل يعهد اليه الشخص بقصد الاضرار بحقوق شخص آخر)، وهو يتضمن –بهذا المفهوم- معنى الغرر، فمن يقصد الاضرار بغيره قد يتعمد الى ذلك.[٩]

ومن تطبيقات الغش، التعسف في استعمال الحق، اذ ان أحد معايير هذا التعسف المنصوص عليها في القانون المدني كفيلة بادراج حقيقة الغش، وذلك واضح في من يستعمل حقه ولا يقصد من ذلك سوى

---

[١] . ينظر المصدر نفسه، ص٣١١

[٢] . Cass.Com,19/5/1992,D1993, p.103 أشار اليه د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المصدر السابق،ص٣٥٩

[٣] . ينظر المصدر نفسه، ص٣٥٧-٣٥٨

[٤] . ينظر المصدر نفسه، ص٣٧١

[٥] . ينظر المصدر نفسه، ص٣١١

[6] . (it knows that the documents are forged or that the request for payment is made fraudulently in circumstances when there is no right to payment)
see Lu Lu, op.cit, p.49

[7] . see Ibid, p.49-50

[8] . see citing *SEC* K *Cap/ta/ Gains Research Bureau Inc.* (1953)
أشار اليه Lu Lu, ibid, o.88

[٩] . ينظر د.محمد سليمان الاحمد، النظرية العامة للقصد المدني (القصد قبل التعريف –دراسة تحليلية تركيبية مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٩، ص٢٤٢

الاضرار بالغير.[١] ويعد اساءة استعمال الثقة (abus de confiance) من ضروب سوء النية وتدخل في نطاق الغش.[٢] والغالب ان تتأدى اساءة استعمال الحق في نية الاضرار (l'intention de naire) وهي بلا ريب دافع يجافي الاخلاق والآداب ويجفو مصلحة الجماعة ما يحيد بالحق عن قصده الطبعي المشروع الذي من أجله منح ذلك الحق.[٣] وقد يكون التعسف فيما بين المتعاقدين والغير، وهنا يبدو سوء النية في صورة خطأ يكون المسؤولية المدنية، كما يمكن ان يبدو منافيا لاي من الاغراض الاجتماعية التي منحت من أجلها الحقوق.[٤] ويكون قصد الاضرار بالغير متوافرا بالمعيار الموضوعي العام للخطأ، عندما يكون استعماله لحقه على هذا النحو مما يعد انحرافا عن السلوك المألوف للشخص العادي.[٥] وان الغش الصادر من البائع في تنفيذ الالتزام يجيز للمصرف ان يمتنع عن تنفيذ تعهده، وذلك اذا كانت بيانات المستندات لا تطابق الحقيقة[٦] وكان ذلك بغش او بعلم من البائع، وفي ذلك تنص المادة (٢٣٢١) من القانون المدني الفرنسي على أنه (...ان الضامن ليس ملزما في حالة التعسف او الغش الظاهرين من المستفيد...)، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية كانت فيها البضاعة المبيعة ساعات من صنف جيد، فارسل البائع بدلا منها صنفا رديئا جدا، وقدم مستندات تتضمن ان البضاعة المرسلة ساعات من النوع المتفق عليه. بيد ان البضاعة وصلت الى المشتري بالبريد قبل وصول المستندات، فأبلغ جنائيا ضد البائع بتهمة النصب وأمر المصرف بعدم الدفع للبائع. عرض النزاع الخاص برفض المصرف للبائع على محكمة السين، طلب المشتري تأجيل القضية حتى يفصل في الدعوى الجنائية الخاصة بالنصب عملا بمبدأ (الجنائي يوقف المدني)، بيد ان محكمة السين رفضت هذا الطلب، واستأنف المشتري وقبلت استئنافه محكمة استئناف باريس في ٦ يوليو ١٩٤٩، طعن في الحكم بيد ان محكمة النقض الفرنسية رفضت الطعن في ٤ مارس ١٩٥٣، وذلك على حد تعبيره (بالرغم من استقلال كل من عقدي البيع والاعتماد وان عدم تنفيذ احدهما لا يؤثر على الآخر، فان الامر يختلف في حالة الغش، وان وقف الدعوى المدنية يبرره ان الغش أفسد رابطة الاعتماد وليس فقط البيع).[٧] وقضت محكمة النقض الفرنسية ان مجرد التعسف في

---

[١] . ينظر المصدر نفسه، ص٢٤٥

[٢] . ينظر د.حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود، مطبعة مصر، ط١، ١٩٦٠، ص٩١

[٣] . ينظر حسين عامر، التعسف، المصدر السابق، ص٩٢

[٤] . ينظر المصدر نفسه، ص١٧٨

[٥] .ينظر د.عبد الرزاق السنهوري، ج١، مج٢، المصدر السابق، ص٨٤٤

[٦] . ينظر نص المواد (٧، ١٢،١٤) من UCP والمادة (٥: ١٠٩/ ب) من UCC، علما ان النص الاخير ادرج بصورته الحالية عام ١٩٩٥. See Lu Lu, op.cit, p.79

& see Yanan Zhang, Approaches to Resolving the International Documentary Letters of Credit Fraud

Issue, University of Eastern Finland, 2011, p.74 & Gaëlle Eloy, Letters of credit: Under which circumstances may the bank withhold payment?, Master in advanced European Law, Ugent, 2011-2012,p.20 & 24 available at: http://www.

& Chumh Amaefule, op.cit, p.104

Available:

تجدر الاشارة الى ان هذا المبدأ عرف في القانون الامريكي١٩٥٢ على اثر قضية (*Sztejn v. J. Henry Schroder banking Corporation*). للتفصيل ينظر

Nevin Meral, The Fraud Exception in Documentary Credits: A Global Analysis, Ankara Bar Review, 2012, p.53 & Lu Lu, op.cit, p.45

وايدت صياغته عام ١٩٩٥، ينظر

Xiang Gao, The Fraud Rule under the UN Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit: A Significant Contribution from an

International Perspective, George Mason, Journal of International Commercial Law, Vol. 1; Issue 1, 2010, p.58

وتجدر الاشارة الى ان اعتماد هذا المبدأ في القانون الانكليزي كان بالرجوع للسوابق القضائية لعدم وجود نص ٩٩هخاص في القانون آنف الذكر. See Lu Lu, ibid, p.47

[٧] . ينظر د.علي جمال الدين عوض، الاعتماد المستندي، المصدر السابق ، ص٣٠٥-٣٠٦

استعمال الحق يشكل غشا بالمعنى العام وبالتالي يوجب وقف دفع قيمة الاعتماد[١] وساندها في ذلك بعض الفقه الفرنسي[٢] وهو ما ذهبت اليه المادة (١٩) من اتفاقية الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة ١٩٩٨.

واذا كنا نرى صحة الرأي المتقدم فيما ذهب اليه بداية، الا أننا نرى أنه قد جانب الصواب فيما بعد، ووجه ذلك، ان الغش المرتكب من المستفيد يكيف على أنه اساءة في استعمال الحق، وهو لا ينفي استقلالية ومناعة التزام المصرف، بيد أنه ينبغي الالتفات الى ان اساءة استعمال الحق –الغش- تنطوي على اضرار بالمصرف، وبيان ذلك، في ان المصرف صاحب مصلحة في تنفيذ خطاب الضمان وكذلك الامر في الاعتماد المستندي، ففي الاخير له –المصرف- حق رهن على البضاعة[٣]، اذ تمر حيازة البضاعة من البائع الى المشتري بالمصرف المكلف بتنفيذ الاعتماد، وله ضمان على البضاعة، [٤]وذلك بطريق حصوله عن طريق المستندات على رهن البضاعة موضوع السندات.[٥] وان للمصرف مصلحة في ان ينفذ البائع التزامه بطريقة معينة، لان له رهنا على بضاعة من قيمة معينة.[٦] والمصرف لا يسأل عن البضاعة الا اذا كان هنالك غشا من البائع كان المصرف يعلمه.[٧] وفي الاول له الرجوع على المقاول بعد ان يفي بمبلغ خطاب الضمان -او على الاقل طلب تسييله، لاسيما في أغلب الحالات التي يكون فيها غطاء خطاب الضمان غير نقدي-، وحيث ان الرجوع على على المصرف يستلزم حسن نية المستفيد وحيث ان المصرف يعلم بالغش –اساءة استعمال الحق- الصادر من المستفيد وحيث ان المصرف صاحب مصلحة، عليه يجب عليه التمسك بذلك تجاه طلب المستفيد والدفع باساءة استعماله لحقه، فان لم يفعل ذلك، فان للمقاول الاحتجاج عليه بهذا الدفع، وبالتالي يكون المصرف صاحب مصلحة في الاحتجاج على المستفيد بالاساءة في استعمال حقه، لانه –المستفيد- في هذه الحالة يكون قد قصد الاضرار بالغير –سواء كان المصرف ام المقاول-.

والالتزام اما ان يكون مستقلا او لا، وبدون استثناء، اما اذا ما أسسناه وفق أحكام التضامن، أمكن التحرر من هذا المأزق وبالتالي لا يوجد استثناء، فيتم الرجوع للقواعد العامة للخروج بالنتيجة نفسها لحالة الغش. هذه الاستقلالية قد وضع لها القضاء الفرنسي بعض الحدود، فقد قررت بعض الاحكام انه اذا كان

وينظر حكم قريب من ذلك *Discount Records Ltd* v. *Barclays Bank Ltd and Barclays Bank International Ltd*

أشار اليه Lu Lu, op.cit, p.101

(١) . نقض تجاري في ١٩٨٧/١/٢٠ منشور في مجلة دالوز ١٩٩١، أشار اليه أ.معزي صونية، الغش وأثره على الالتزام المصرفي المستقل في عقد الاعتماد المستندي في القانون الجزائري، مجلة المفكر، ع٦، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص٤٠٥.

وأيضا ينظر نقض تجاري في ١٩٨٥/٥/٢١ وايضا نقض في ١٩٩٠/١٢/١٨، أشار اليهما د.يعقوب يوسف صرخوه، المصدر السابق، ص٥٤.

(2)See Vasseur M.,Dix ans de jurisprudence francaise relative aux garantie independante, 1990, n.120.(أشار اليه د.محمد ابراهيم علي موسى، المصدر السابق، ص١٠٢٤) .

(٣) . ينظر نص المادة (٢٨٢) من قانون التجارة العراقي والمادة (٣٤١) من قانون التجارة المصري وكذلك المادة (٣٦٧) من قانون التجارة الكويتي

(نقض ١٩٧٣/٥/١٧ طعن ٥٠٠ س ٣٧ق) المستشار أنور طلبة، مجموعة المبادئ القانونية، ج٥، المصدر السابق، ص٢٧٤.

(٤) . ينظر د.علي جمال الدين عوض، الاعتماد المستندي، المصدر السابق،ص١٢٤

(٥). ينظر المصدر نفسه، ص١٢٥

(٦) . ينظر المصدر نفسه، ص٣٠٦

(٧) .ينظر المصدر نفسه، ص٣٠٨

فعلم المصرف بالغش دائما محل اتفاق لاقرار حالة –قاعدة- الغش، فتخلى مسؤولية المصرف (مالم ينبه بوضوح بالغش) (unless the banks have niticed clear cases of fraud) والمصرف يكون مسؤولا طالما كان عالما بالغش (if it knows that) والمصرف غير مسؤول طالما لم يكن على معرفة بالغش (the bank had no knowledge of fraud).

See Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd., [1978], *Gian Singh & Co. Ltd. v. Banque de l'Indochine* [1974] أشار اليهما Lu Lu, op.cit, p.176

هنالك حكم ببطلان او فسخ العقد الاساس او اذا كان تنفيذ هذا العقد من جانب معطي الامر قد تم اثباته بطريقة لا تقبل الشك فانه يجوز تعطيل آلية هذا الضمان.[١] ويسمح القضاء على نطاق واسع بتجميد الضمان بحكم مستعجل في حالة التعسف الظاهر من جانب المستفيد، ومن جانب ضامن الضامن اذا كان الضامن يعلم بهذا التعسف.[٢]

لكن قد يثار تساؤل هنا حول امكانية المعارضة –لمنع الوفاء للمستفيد-عن طريق الحجز على ما بين يدي المصرف؟ الاصل ان يكون الحجز من قبل الدائن على مال مملوك للمدين قابل للتصرف، ولذلك لا يمكن ايقاع هذا الاجراء لان المصرف هو المدين المباشر للمستفيد بدين شخصي وليس لدين عميله[٣] فحق فحق المستفيد حق شخصي لا يمكن لسواه ان يستخدمه. بيد انه يمكن ان تكون هنالك معارضة لوفاء المصرف لخطاب الضمان للمستفيد من خلال أمر ولائي[٤]، فقد قضي بأنه (...ان الدعوى ... يتعلق موضوعها بفسخ العقد المبرم بين الطرفين واعادة مبلغ خطاب الضمان مما يستوجب ايقاف صرفه الى نتيجة الدعوى...)[٥]. وقضي بأنه (يجوز للقاضي المستعجل وفي اطار الفحص الاول ان يامر بمنع البنك الضامن المقابل من الوفاء اذا كان هناك خطر الغش من جانب المستفيد...)[٦] وقضي بأنه (القرار القضائي الصادر بتجميد خطاب الضمان لحين صدور الحكم في موضوع النزاع لا يمكن النيل منه او تعطيله مسبقا بالاتفاق بين الاطراف، لتعلق مثل هذا الاتفاق باحدى القواعد المتعلقة بالنظام العام)[٧]. ونصت المادة (٥: ١١٤) من UCC على أنه (يحق للعميل الآمر الحصول على أمر قضائي يعارض فيه تنفيذ الاعتماد متى كان هنالك غشا ظاهرا للعيان سواء وقع الغش في عقد الاساس او في مستندات الاعتماد شريطة ان يتم اثباته). ويساند الفقه الامريكي هذا الاتجاه.[٨] وقد اوضحت المادة (١٩) من اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة ١٩٩٥ الحالات التي يمكن الاستناد اليها لرفض الدفع، وبينت المادة (٢٠) من الاتفاقية نفسها التدابير القضائية المؤقتة التي يمكن اعمالها في هذه الحالات والتي تبتدئ بتقديم التماس يدل على تحقق حالة من الحالات المشار اليها في المادة (١٩)، بعد ذلك للمحكمة ان تصدر امرا مؤقتا بايقاف صرف المبلغ.[٩]

---

[١] . ينظر د.نبيل ابراهيم، الضمانات، المصدر السابق، ص١٤٣

[٢] . ينظر المصدر نفسه، ص١٤٥

[٣] . ينظر أ.معزي صونية، المصدر السابق، ص٤٠٢

[٤] . ينظر نص المادة (١٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

[٥] . قرار بالعدد ٤٩٦/٤٩٥/م/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٤/٧. غير منشور. اشار اليه القاضي عبد الرزاق محسن صالح، المصدر السابق، ص٤٥.

[٦] . حكم محكمة باريس التجارية في ٢٩ سبتمبر ١٩٨٨، أشار اليه د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المصدر السابق، ص٢٣١.

[٧] . Cass.com. 10 Juin `1997, banque, 1997, no 586, p.90 اشار اليه د.محمد ابراهيم علي موسى، المصدر السابق، ص١٠٣٨.

[٨] . Gaëlle Eloy, op. cit, p.26

[٩] . وقد أشارت المادة أعلاه -٢٠- الى صلاحية المحكمة لاجراءات اخرى كتجميد عائدات التعهد وما الى ذلك. لمزيد من الايضاح ينظر نص المادة آنفة الذكر في الاتفاقية اعلاه.

الـخـاتـمـة

وفي ختام بحثنا هذا نسجل لأهم النتائج وأبرز التوصيات، ووفق الآتي:

أولا: النتائج

١- لا ضرورة منطقية تحتم ان يرسم لمناعة التصرف شكل معين.

٢- القانون الحديث يعترف للارادة بقوة تحريك الآثار القانونية، وان الشكل يقتصر على أداء وظيفة خارجية هي اظهار الارادة، فاصبح من المستحيل عقلا وقانونا ان نبحث في الشكل عن جوهر التصرف او عن اساس المناعة.

٣- ان مناعة التصرف التجاري هي أصالة هذا الالتزام وانقطاعه عن الروابط الاخرى، فهو تصرف قابل للطعن من حيث السبب أو عيوب الارادة فيما يتعلق برابطته المباشرة وهو أصيل –مستقل- عن الروابط الاخرى، فمناعته تأتي من عدم القابلية للطعن به عن الروابط الاخرى.

٤- ان الالتزام الذي لا سبب له هو ضرب من ضروب الجنون، فليس ثمة تصرف قانوني دون سبب اذ ليس التصرف غاية في ذاته، بل ابرم من اجل غاية معينة قصد اليها الطرفان وهذه الغاية هي ما يطلق عليه اسم السبب ولا يملك الاطراف حرية تجريد تصرفاتهم، لان ذلك سيكون ذريعة لاتفاقات مخالفة للنظام العام وغير مشروعة.

٥- القول ان التصرف المجرد نظام استثنائي أراده المشرع ولا يمكن رفض هذه الارادة –ارادة المشرع- وبالتالي اقراره في الاحوال التي يجيزه فيها. فيه مجانبة لقواعد المنطق السليم، اذ ان المشرع واضع القواعد القانونية التي يهدف منها اقامة العدالة في المجتمع، كيف يمكن هو ان يشجع على هكذا مخالفات وان يضفي المشروعية على الاعمال التي من شأنها زعزعة النظام، وينبغي ان لا ينظر لعدد الحالات المزعوم النص عليها بل لا بد من النظر الى تطبيقاتها في الواقع العملي والى ما يمكن ان نتصور من مخالفات قانونية تقع تحت ذلك. ثم انه هل عجز الفقه عن ايجاد أساس قانوني سليم، حتى يلجأ الى أساس ملغوم؟!

٦- اذا كانت الارادة هي أساس الاستقلال، فان ذلك سيؤدي الى مساواة مركز جميع الدائنين تجاه الدائن لا فرق بين متعاقد مباشر وغير مباشر، وعليه لا يصح ان يتمسك ضد أي منهما بالدفوع المستمدة من بطلان التزامه. في حين ان القاعدة تقضي بحق المدين في التمسك ضد دائنه المباشر بالدفوع المستقاة من علاقته الشخصية اضافة الى انه لا توجد حرية مطلقة للارادة في ان تجعل التزامها مستقلا عن سببها، فقواعد السبب من النظام العام. بل انه حتى انصار نظرية الاستقلال يرون ان هذا التصرف يستند الى سبب، فهو –اي التصرف- مسبب، فالارادة فيه تستند الى سبب.

٧- ان مناعة التصرف التجاري تأتي من استقلاله، وهذا الاستقلال يرجع الى أصالة الالتزام.

٨- ان العلاقات بين المتعاملين –ضمن أحكام مناعة التصرف التجاري- تندرج ضمن أحكام التضامن وتجد أساسها فيه.

٩- التزام الموقعين على الورقة التجارية واحد، وهو المبلغ المحدد من النقود الثابت فيها، وفي الاعتماد المستندي محل التزام المشتري هو الثمن ومحل التزام المصرف هو مبلغ من النقود، والذي بدوره لا يعدو ان يكون من الناحية الاقتصادية ثمن البضاعة. وبالنسبة لخطاب الضمان، ان التزام المقاول التزام بعمل، بيد انه في الواقع ليس التزاما بسيطا بل التزاما بدليا او متضمنا شرطا جزائيا، والمصرف متضامن مع المقاول في احدى صورتي التزامه البدلي. وفي الثانية ان لم يكن ملتزما بالصورة الحرفية لالتزامه والتزامه بالصيانة يطبق بحقه الشرط الجزائي، والمصرف متضامن مع المقاول في قيمة هذا الشرط.

١٠- حيث توجد علاقة بين الساحب والحامل فيمكن الاحتجاج بالدفوع ضده. غاية ما في الامر ان الاحتجاج بالدفوع يستلزم الاشتراك او العلم او امكانية العلم، فاذا ما تحقق ذلك كنا امام حامل سيء النية وبالتالي امكن الاحتجاج ضده وان لم يكن كذلك كان الحامل حسن النية وبالتالي لا يمكن الاحتجاج ضده، وكل ذلك في ضوء القواعد العامة التي تستلزم الاشتراك في العلم بعدم وجود السبب او عدم مشروعيته وايقاع الاكراه او العلم به والاشتراك بالغلط والقيام باستغلال الطرف الآخر مع غبن يلحقه.

١١- اذا كان الاصل في المعاملات المدنية ان التضامن لا يفترض ولا بد لقيامه من وجود نصوص في العقد او في القانون تستلزم هذا التضامن، فان الوضع خلاف ذلك في المعاملات التجارية، فالتضامن مفترض فيها، اذ هو في مصلحة التجارة لان فيه ضمان للدائنين كما انه يسهل على المدينين الحصول على الائتمان، فهو عصب المعاملات التجارية، بيد ان الوضع في القانون العراقي خلافا لذلك، فالتضامن فيه لا يفترض وسواء أكان العمل تجاريا أم مدنيا.

١٢- يمكن للمدين ان يحتج بأوجه الدفع الموضوعية، ولا نقصد بالموضوعية الدفوع المشتركة والتي يضرب الفقه عليها مثلا كحالة بطلان جميع الروابط لانعدام الرضاء جميعا او او لان الرضاء معيبا بالنسبة للجميع لان الاكراه وقع عليهم باجمعهم او كحالة الغلط المشترك للجميع وكذا السبب. ولانرى دقة في ذلك لاننا لو حللنا الحالات السابقة نجد انه يمكن الخروج بالنتيجة نفسها عن طريق الدفع الشخصي المباشر.

١٣- طالما توجد علاقة بين الساحب والحامل، وتعد علاقتهما علاقة مدين بدائن، وتقضي القواعد العامة انه يجوز للمدين ان يتمسك ضد دائنه بجميع الدفوع الخاصة بوقف او بطلان التزام المدين (كعيوب الارادة او عدم وجود السبب او عدم مشروعيته)، وسواء مع هذا الحامل او مع الدائن السابق الذي حول الدين الى هذا الحامل.

١٤- استعمال الحق قد يلابسه خطأ، ومن ضمن الوسائل المخففة للمناعة –والتي تحد من تلك المناعة للتصرف التجاري- هذا الخطأ – والذي يكيف بأنه اساءة في استعمال الحق-.

١٥- ان تقادم دين الدائن تجاه احد الدائنين لا يمنعه من مطالبة المدينين الباقين، اما عن تكييف الدفع بكونه دفعا شخصيا، فنرى ان ذلك محل نظر، اذ لو كان كذلك لما أمكن الاحتجاج به من غير من المستفيد الاصلي منه، فلا يمكن لغيره ان يتمسك به ولو بقدر نصيبه، طالما كان شخصيا والحال ان هذا الدفع دفع موضوعي، ووجه ذلك امكان التمسك به من المدينين المتبقين، ولرب معترض هنا يقول، ان التمسك يكون بمقدار نصيب الاول من الدين لا الدين كله، ونقول نعم، لان الدفع عندما يوصف بالشخصي يتعذر التمسك به من اي من المدينين الاخرين اما عن التمسك بنصيب هذا المدين دون الدين باكمله فذلك يرجع الى ان طبيعة التزام المدينين قد تكون مختلفة ما يؤدي لانقضاء بعضها بالتقادم التجاري واخرى بالمدني، وحيث ان الالتزم التضامني الاصل فيه ان يكون الدين قابلا للانقسام، وما التضامن الا لاجل ضمان الوفاء، عليه فاذا ما تحقق سبب من اسباب الانقضاء في جانب احد المدينين المتضامنين، ينقضي الالتزام بقدر نصيب هذا الشخص ولجميع المدينين الاحتجاج بذلك على الدائن، اما حيث يكون وصف الالتزام واحدا وخاضع لمدة تقادم واحدة فنرى ان انقضاءه بالنسبة لاحد المدينين يؤدي لانقضاء الدين باكمله بالنسبة لجميع المدينين الاخرين، وللعلة آنفة الذكر.

ثانيا: التوصيات

١- نوصي القضاء عدم استلزام النص حرفيا على التضامن لاقراره، وليس في ذلك تعارضا مع القواعد العامة، فيمكن استنتاجه من عبارات العقد، فاذا ما كان التضامن لا يفترض، فليس معنى ذلك وجوب اشتراطه بصريح العبارة، فقد تنصرف اليه الارادة ضمنا بيد انه ينبغي ان تكون دلالة الاقتضاء –في مثل هذه الحالة- واضحة، ولا يشترط استعمال صيغة خاصة، فتكفي أية صيغة تؤدي معنى التضامن مثل التعهد بدفع الدين بأكمله او ندفع بدون احالة بعضنا على بعض.

٢- نوصي بوضع نظرية عامة للالتزام التجاري لما لاحكام هذا الالتزم من خصوصية سواء في مجال المناعة أو غيرها.

٣- نوصي باضافة فقرة في المادة (٣٢٠) من القانون المدني العراقي ووفق الآتي (ثانيا: يكون التضامن في المسائل التجارية مفترضا مالم ينص القانون او يتم الاتفاق على خلاف ذلك).

٤- نوصي بوضع نص يبرر المذهب المادي للالتزام، لما لهذا المذهب من فائدة عملية، كما اتضحت من البحث، ويكون ذلك باضافة فقرة الى المادة (٦٩) من القانون المدني ووفق الآتي (٤- لا يشرط وجود الدائن لوجود الالتزام بل لتنفيذه).

٥- نوصي بتعديل نص المادة (٢٩٠) من قانون التجارة العراقي باضافة عبارة (مع مراعاة احكام المادة

٣٢٠/ ثانيا من القانون المدني) –المشار اليها في (٣) أعلاه من التوصيات-، لتأكيد تطبيق أحكام التضامن بعدها أساسا لمناعة التصرف التجاري.

٦- نوصي بتعديل نص المادة (٢٧٧) من قانون التجارة العراقي باضافة عبارة (مع مراعاة احكام المادة ٣٢٠/ ثانيا من القانون المدني).

٧- نوصي باضافة فقرة في المادة ٢٨٧ من قانون التجارة العراقي ووفق النص الآتي (ثانيا: ان المصرف ليس ملزما في حالة التعسف او الغش الظاهرين من المستفيد).

٨- اضافة فقرة الى المادة (٢٩٠) من قانون التجارة العراقي وتكون وفق النص الآتي (ثانيا: للمصرف ان يوقف دفع مبلغ خطاب الضمان في حال صدور امر ولائي من المحكمة).

٩- نوصي باضافة فقرة الى المادة ٢٧٧ من قانون التجارة العراقي وتكون وفق الآتي (ثالثا: يعفى المصرف من التزامه تجاه المستفيد في حالة التعسف او الغش الظاهرين من المستفيد).

١٠- نوصي القضاء عند الوقوف على احكام المادة (١٨٤) من القانون المدني العراقي عدم تفسير لفظ (القانون) الوارد في المادة اعلاه بمفهوم القانون المدني فقط، لانه استلزام دون حجة، ولفظ القانون ورد مطلقا –وطبقا للقاعدة ان المطلق يجري على اطلاقه- فيجب ان يفسر القانون هنا هو اي قانون نافذ مدني أم غيره.

١١- نوصي تعديل المادة (٥٩/ثانيا) من قانون التجارة باضافة (دون اخلال باحكام المادتين (٤٧) من هذا القانون و (٣٢٠/ ثانيا) من القانون المدني)

١٢- نوصي تعديل المادة (٣٢٤) من القانون المدني العراقي لتكون وفق الآتي (يتحلل المدينون تجاه الدائن من الدين فيما يتعلق بالالتزام في حال المقاصة التي يباشرها الدائن قبل مدين متضامن).

قائمة المصادر

أولا: المصادر باللغة العربية

أ- الكتب

١- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور)، لسان العرب، ج١٤، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٣.

٢- د.أحمد ابراهيم البسام، قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الاوراق التجارية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٩

٣- د.أحمد حشمت ابو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مكتبة عبد ا... وهبة، القاهرة، ١٩٤٥.

٤- د.أحمد حشمت ابو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، مطبعة مصر، ط٢، ١٩٥٤

٥- د.اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عب... وهبة للنشر، مصر، ١٩٦٦

٦- د.السيد عبد الحميد فوده، مبدأ حسن النية في القانون الروماني، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠،

٧- د.الياس حداد، الاوراق التجارية (في النظام التجاري السعودي)، معهد الادارة العامة، الرياض، ١٤٠٧ هـ.

٨- المستشار أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج٥ (الالتزام التخييري....التقادم المسقط، المكتب الجامعي الحديث،الاسكندرية.

٩- د.بدر جاسم اليعقوب، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، ط١، ١٩٨١، الكويت.

١٠- د.توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دون دار نشر، ١٩٧٨

١١- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط١، المؤسسة الجامعة، بيروت، ٢٠٠٠

١٢- د.جليل الساعدي، الارادة الباطنة في العقد (دراسة في القانون المدني العراقي)، مكتبة السنهوري،

بغداد، ط١، ٢٠١٢
١٣- . د.جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية (طبيعتها وأحكامها)، مطابع البصير، الاسكندرية، ١٩٥٤،
١٤- د.جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة،
١٥- د.جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦
١٦- جورجيت، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢
١٧- د.حافظ محمد ابراهيم، القانون التجاري العراقي (النظرية العامة والتعهدات والعقود التجارية)، ط١، الشركة الاسلامية للطباعة والنشر المحدودة، بغداد، دون سنة طبع
١٨- حسن جاد، شرح القانون التجاري العراقي، ج٢، مطبعة التفيض الاهلية، بغداد، ١٩٤١
١٩- د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام- أحكام الالتزام- آثار الالتزام)، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦
٢٠- حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود، مطبعة مصر، ط١، ١٩٦٠
٢١- د.حسين محمد سعيد، التزامات وحقوق حامل الورقة التجارية (الشيك- الكمبيالة- السند الاذني)، عالم الكتب، القاهرة، دون سنة طبع
٢٢- د.حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الاول (في نظرية العقد)، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٣
٢٣- د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج١، البيع والايجار، ط ٣، بغداد، ١٩٧٣
٢٤- د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٢ (في الالتزامات)، مج١ (نظرية العقد والارادة المنفردة)، دار شتات، مصر، ط٤، ١٩٨٧
٢٥- د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٢ (في الالتزامات)، مج٤ (أحكام الالتزام)، دار شتات، مصر، ط٢، ١٩٩٢
٢٦- د.صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات (بحث موازن بين أحكام المعاملات المالية الشرعية والمدنية المرعية في بلاد الجامعة العربية)، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٠
٢٧- د.صلاح الدين الناهي، المبسوط في الاوراق التجارية، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٥
٢٨- د.صلاح الدين الناهي، اهم القرارات والاجتهادات القضائية، مطبعة الحوادث، بغداد ١٩٧٦
٢٩- د.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج١، الالتزام في ذاته، مطبعة نهضة مصر، الفجالة، ١٩٥٤.
٣٠- د.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، ج١، مصادر الالتزام/ المصادر الارادية (العقد والارادة المنفردة)، مج١، نظرية الالتزام- تحليل العقد، باعتناء د.محمد الالفي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٢
٣١- د.عبد الحي حجازي، سندات الائتمان الصرفية (الاوراق التجارية) الكمبيالة والسند الاذني والشيك، ج١، القسم العام، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٧
٣٢- د.عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي (النظرية والتطبيقات)، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الاسكندرية، ١٩٧٢
٣٣- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١ (نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام)، مج١، نهضة مصر، الفجالة، ط٣، ٢٠١١.
٣٤- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١ (نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام)، مج٢، نهضة مصر، الفجالة، ط٣، ٢٠١١.
٣٥- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، ج٣، الاوصاف الحوالة الانقضاء، نهضة مصر، الفجالة، ط٣، ٢٠١١.
٣٦- القاضي عبد الرزاق محسن صالح، خطاب الضمان (أحكامه القانونية وتطبيقات القضائية)، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٤.

٣٧- د.عبد السلام ذهني بك، في الالتزامات(النظرية العامة)، مطبعة مصر
٣٨- د.عبد السلام ذهني بك، في التأمينات، مطبعة الاعتماد، مصر، ١٩٢٦
٣٩- د.عبدا... محمد العمران، الاوراق التجارية (في النظام السعودي)، ط٢، معهد الادارة العامة، الرياض، ١٩٩٥
٤٠- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد،، بلا سنة طبع.
٤١- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج٢، أحكام الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بلا سنة طبع
٤٢- د.عبد المنعم البدراوي، أثر مضي المدة في الالتزام، مطبعة جامعة فؤاد الاول، ١٩٥٠.
٤٣- د.عبد الودود يحيى، حوالة الدين (دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية والقانونين الالماني والمصري)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢
٤٤- د.عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، ج٢، الاوراق التجارية وعمليات البنوك، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦.
٤٥- د.علي العريف، شرح القانون التجاري المصري، ج٢، الاوراق التجارية، ط١، مطبعة عطايا، مصر، ١٩٤٨.
٤٦- د. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية (دراسة للقضاء والفقه المقارن وقواعد سنة ١٩٨٣ الدولية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩
٤٧- د. علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية (دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربي)، طبعة مكبرة، ١٩٩٣
٤٨- د.علي جمال الدين عوض، الاوراق التجارية (السند الاذني- الكمبيالة – الشيك –دراسة للقضاء-)، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٩٥
٤٩- د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية (في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٠
٥٠- د.فائق الشماع، العمليات المصرفية، جامعة بغداد، كلية الادارة والاقتصاد
٥١- فتحية قرة، النظرية القضائية المستحدثة للاوضاع الظاهرة، منشأة المعارف، الاسكندرية
٥٢- د. كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد البيع، ط٢، بغداد، ١٩٧٦
٥٣- د.مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، النظرية العامة في الالتزام، في مصادر الالتزام، دار الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٧١
٥٤- د.محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك (في المملكة العربية السعودية)، ط٢، مطابع جامعة الملك سعود، الرياض، ١٩٩٧
٥٥- د.محمد حسني عباس، العقد والارادة المنفردة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٩،
٥٦- د.محمد سليمان الاحمد، النظرية العامة للقصد المدني (القصد قبل التعريف –دراسة تحليلية تركيبية مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٩
٥٧- د.محمد صالح، أصول التعهدات، ط٤، مطبعة الاعتماد، مصر، ١٩٣٣
٥٨- د.محمد علي عبده، دور الشكل في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط١ ،٢٠٠٧
٥٩- د.محمود ابو عافية، التصرف القانوني المجرد (النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري المقارن)، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٤٨
٦٠- د.محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات (في القانون المدني المصري)، ط٣، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨
٦١- د.محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج١ (في مصادر الالتزام)، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥
٦٢- د.محيى الدين اسماعيل علم الدين، الاعتمادات المستندية، ط١، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، القاهرة، ١٩٩٦،
٦٣- د.مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، مطبعة الاعتماد، القاهرة،

٦٤- القاضي موفق العبدلي آثار خطاب الضمان (دراسة تحليلية لخطاب الضمان من الوجهة القانونية وتطبيقاته القضائية)، دار الشؤون الثقافية، بغداد، ٢٠١٠
٦٥- د.نبيل ابراهيم سعد، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٧
٦٦- د.نبيل ابراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص (في نطاق قانون الالتزامات – في نطاق قانون الاموال –دراسة مقارنة-)، ط٣، دون دار نشر، ٢٠٠٦
٦٧- يوسف عودة غانم المنصوري، التضامن الصرفي في الاوراق التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٢.

ب- البحوث

١- حامد فهمي المحامي ، عدم جواز الاحتجاج بالدفوع في الاوراق المتداولة التي تنتقل فيها الملكية بالتحويل، مجلة المحاماة، مصر ع٦، س٥، ١٩٢٥.
متاح على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الالكتروني:
http://www.mohamoon.com/montada/Default.aspx?action=Preview_Research&id=93&Type=5&CatID=22
٢- د.خالص نافع أمين، مسؤولية المصرف في مواجهة المستفيد بموجب عقد الاعتماد المستندي، مجلة الكوفة، ع٧.
٣- د. عباس الصراف، بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي، مجلة العدالة، ع ٤، السنة الثانية، ١٩٧٦.
٤- د.عبد الرزاق عبد الوهاب، التظهير وآثاره في قانون التجارة الجديد، مجلة القضاء، ع١و٢، س ٤٤.
١- د.محمد ابراهيم علي موسى، خطابات الضمان الملاحية، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ع١، ٢٠١١
٥- أ.معزي صونية، الغش وأثره على الالتزام المصرفي المستقل في عقد الاعتماد المستندي في القانون الجزائري، مجلة المفكر، ع٦، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة.
٢- د.يعقوب يوسف صرخوه، خطاب الضمان المصرفي في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع ٣، س١٧، ط٢، ١٩٩٤

ج- المجموعات القضائية

٣- النشرة القضائية العدد الأول، السنة الأولى، ١٩٧٠.
٤- المستشار أنور طلبة، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة النقض منذ انشائها سنة ١٩٣١ (الدائرة المدنية والتجارية والاحوال الشخصية، ج٥، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية.
٥- المستشار أنور طلبة، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة النقض منذ انشائها سنة ١٩٣١ (الدائرة المدنية والتجارية والاحوال الشخصية، ج٦، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية.
٦- المستشار أنور طلبة، ، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة النقض منذ انشائها سنة ١٩٣١ (الدائرة المدنية والتجارية والاحوال الشخصية، ج١١، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية..
٧- القاضي جبار جمعة اللامي، القضاء التجاري العراقي (في قرارات محكمة التمييز الاتحادية)، مطبعة السيماء، بغداد، ط١، ٢٠١٥
٨- قضاء محكمة التمييز، المجلد الخامس، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧١
٩- مجلة القضاء ع٢ س٢٨، ١٩٧٣
١٠- القاضي ربيع محمد الزهاوي، التسبيب والاجتهاد (في قرارات السادة قضاة محاكم البداءة)، ج٣، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٦

د- القوانين والاتفاقيات الدولية ومشروعات القوانين

١- قانون التجارة الاسبق –الملغي- رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣
٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل
٣- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل.

٤- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨
٥- قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.
٦- القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠
٧- قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠
٨- اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة/ ١٩٩٥.
https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N96/762/17/PDF/N9676217.pdf?OpenElement
٩- ينظر بيار كتالا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادم في القانون الفرنسي، تعريب كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة القديس يوسف ، مؤسسة مجد، بيروت، ط١، ٢٠٠٩.

ثانيا: المصادر باللغات الاجنبية

A-Books & Research

1-Christian von Bar and Eric Clive, Principles, Defi nitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition, Volume 1 Available at: http://www. dnb.d-nb.de.

2- Chumah Amaefule, The Exceptions to the Principle of Autonomy of Documentary Credits, A thesis submitted to the University of Birmingham for the degree of Doctor of Philosophy, 2011, Available at: http://etheses.bham.ac.uk/3831/1/ Amaefule 12PhD.pdf

3- Creutzig Jürgen. Quelques remarques sur le problème de l'obligation abstraite.. In: Revue internationale de droit comparé. Vol.21 N°2, Avril-juin 1969.

4-Francois Dessemontet , Sûretés, garanties et abstraction. Available at: https://www.unil.ch/cedidac/files/live/sites/cedidac/files/Articles/S%C3%BBret%C3%A9-garantie-abstraction.pdf

5-Gaëlle Eloy, Letters of credit: Under which circumstances may the bank withhold payment?, Master in advanced European Law, Ugent, 2011-2012

6-Gary Finis Strickland, *The Liability of Co-Makers of Promissory Notes: Joint or Solidary*, **Louisiana Law Review,** Volume 49 | Number 5, *May 1989*

7- Gwenola Labro, La question du transfert de propriété en droit français et allemand sous l'angle de l'obligation de donner, Master II Droit européen comparé Juin 2011, Humboldt Universität zu Berlin Paris II Panthéon-Assas.
available at: https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/6e873498-ea27-43dc-9893-b23532ec34bc

8- H. de Page, L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 11 N°3,Juillet-septembre 1959

9- Henri Leon et Jean Mazeaud, La Cause en Droit Français, McGILL Law Journal, Vol. 3 , No.1

10-Herve Trofimoff, La cause dans l' exception non numeratae pecuniae. Available at http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/1986/13.%20Trofimoff.pdf

11-Lu Lu, The Exceptions in Documentary Credits in English Law, A thesis submitted to the University of Plymouth in partial fulfilment for the degree of DOCTOR OF PHILOSOPHY, Plymouth Law School, Faculty of Business, 2011,

12-Nevin Meral, The Fraud Exception in Documentary Credits: A Global Analysis, Ankara Bar Review, 2012
13-Satoru Shibazaki, L'abstraction de la promesse non causee de payer une somme d'argent en droit prive japonais, 2003. Available at: http://dspace.wul.waseda.ac.jp/dspace/bitstream/2065/11382/1/20070707_shibazaki_08.pdf
14-Yanan Zhang, Approaches to Resolving the International Documentary Letters of Credit Fraud
Issue, University of Eastern Finland, 2011
15-Valentin Reyes Y Tan Chanco, Acomparative study of joint (mancomunada) and joint and several (solidaria) obligations under the Spanish law and American law, Philippine law journal, v.VI, No.1, August 1919
16-Xiang Gao, The Fraud Rule under the UN Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit: A Significant Contribution from an International Perspective, George Mason, Journal of International Commercial Law, Vol. 1; Issue 1, 2010

B- Codes

1-BGB available at http://www.gesetze-im- internet.de/englisch_bgb
2-Bills of Exchange Act, 18820
3-Code Civil (Français), 110 e Édition, 2011, Dalloz, Paris
4- Code de Commerce (Français), 106 e Édition, 2011, Dalloz, Paris
5- ICC/ 1992
6-PECL, available at: http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002
7-PICC available at: http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles 2010/translations/blackletter2010-arabic.pdf
8-UCC , availabla at : http://www.legalucc.com/free_study_material/Ucc-Workbook.pdf
9-UCP 600/ 2007. Available at: http://www.iccwbo.org