أساس مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية(دراسة تحليلية)

الباحث. منصور أحمد نعيم زايد **أ.د. علاء عمر محمد**

كلية القانون / جامعة البصرة

Email : nmansoor465@gmail.com
Email : alaa.omer@ubasrah.edu.iq

الملخص

في إطار البحث عن ماهية مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية ، نجد إن هناك قصورا في طرح فكرة منطقية حول هذا المبدأ ، وفي ظل البحث عن أداة فنية يمكن أن تحقق أكبر قدر من الاستقرار لأطراف العلاقة القانونية ، مراعية من جانب مصلحة الغير الذي يرتبط بالعلاقة القانونية بحسن نية ، دون أن يكون عالماً بما شاب إرادة أطرافها من عيوب . كان مدار انتهاء البحث إلى فكرة التجريد باعتبارها تحقق أكبر قدر من الاستقرار في دائرة التصرفات القانونية .

وفي حقيقة الأمر أن مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية اعتمد كل الاعتماد على خاصية التجريد في لإرساء أثره ، من حيث إن التعامل بالأوراق التجارية يكون بعيداً عن العلاقة الأساسية التي حررت الورقة وفاءً لها، ويكون للكفاية الذاتية للورقة الأثر الأقوى بعلاقة الحامل بالموقعين السابقين للورقة، من حيث عدم جواز الرجوع للعلاقة الأساسية التي على أساسها حررت الورقة التجارية.

فكان الحيز الذي يبحث فيه عن أساس صحيح لمبدأ الكفاية الذاتية في دائرة فكرة التصرف المجرد باعتبارها الأجدر، بعيدا عن نظريات الالتزام الصرفي الذي ثبت عدم جدواها كأساس لمبدأ الكفاية الذاتية.

الكلمات المفتاحية: مبدأ، الكفاية، الذاتية، أساس.

The basis of the principle of self-sufficiency of commercial paper (Analytical study)

Researcher. Mansour Ahmed Naeem Zayed
Prof.Dr. Alaa Omar Mohammed
College of Law / University of Basrah
Email : nmansoor465@gmail.com
Email : alaa. omer@ubasrah.edu.iq

Abstract

In the context of the search for the principle of self-sufficiency of commercial paper, one can find that there is a lack of finding a logical explanation of this principle. So the research for a technical tool can bring the greatest stability to the parties of the legal relationship, taking into account the interest of the third party who is related to the legal relationship in good faith, without realizing the flaws of the will of the parties . The end of the research was directed to the idea of abstraction as the achievement of the greatest stability in the circle of legal acts.

In fact, the principle of self-sufficiency of a commercial paper is completely dependent on the property of abstraction in proving its effectiveness, since dealing with commercial papers is far from the basic relationship that the paper was issued to achieve, and the paper's self-sufficiency has the strongest effect on the holder's relationship with the previous signatories to the paper in terms of the irreversibility of the basic relationship on the basis of which the commercial paper was issued .

The space in which the researchers were looking for a valid basis for the principle of self-sufficiency was in the circle of the idea of abstract behavior as the most worthy, far from the theories of pure commitment, which proved to be useless as the basis for the principle of self-sufficiency.

Keywords: Principle, sufficiency, subjectivity, basis.

المقدمة

أولا: جوهر فكرة البحث

إن مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية بشكل مبسط، يعني الالتزام بما ورد من بيانات في الورقة دون الحاجة للتطرق لعوامل خارج إطار الورقة التجارية وذلك بحجة تفسير الالتزام. وذلك بحق يعدٌ انتصاراً لعامل الاستقرار على عامل العدالة .عامل الاستقرار ، الذي ترتب عفواً على الشكلية في القانون الروماني، هو بعينه الذي أدى عمداً هذه المرة إلى تمتع بعض التصرفات القانونية الحديثة بخاصية التجريد . هذا الاجراء ، مهما بلغ في القدم ، قد بينت قدرته على الاستجابة لتحقيق عدد من المصالح الاساسية في المجتمع الحديث ؛ فمبدأ الكفاية الذاتية للورقة يقرر ميزة الثبات رغم ما قد يشوب الإرادة من عيوب ، فيهيئ جواً من الثقة الشاملة الوطيدة ، تتداول فيه الحقوق في اطمئنان تام .

ثانيا: أهمية البحث

حسبنا أن نقول لكي نستهل بياننا لأهمية دراسة مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية ، أهميتهُ من الناحية العملية التي تظهر في جانبين ؛ الاول يتمثل بكون الدراسة تعد التخصصية الأولى التي تبحث الموضوع بحدود اطلاعنا؛ وبالتأكيد فإن الخوض في غمار هكذا بحث علمي سوف يسهم في ابتكار مصطلحات علمية جديدة، والتأسيس لإطار نظري وفلسفي وتطبيقي لمبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية، وفي ذلك فائدة علمية قد تسهم ولو بشكل يسير في سد النقص الذي تعانيه المكتبة القانونية فيما يتعلق بالدراسات التي تخص قانون الصرف بشكل عام وفيما يتعلق بمبدأ الكفاية الذاتية بشكل خاص.

ثالثا: إشكالية البحث

تتمثل الإشكالية الرئيسية إن الأوراق التجارية (كالحوالة) بإجماع الفقه تعد من التصرفات المجردة ، إلا أنه عند البحث في إطار تأصيل الالتزام الصرفي وما يحمله من مبادئ وقواعد – كمبدأ الكفاية الذاتية– وجد أنه وضعت نظريات بعيدة كل البعد في تأصيله ، بينما كان الاجدر البحث في إطار التصرف المجرد عن تأصيل ومن ثم اعتماد اساس صحيح لمبدأ الكفاية الذاتية.

رابعاً: هدف البحث

يهدف البحث إلى وضع أساس لمبدأ الكفاية الذاتية ، وطرح النظريات الخاصة بالالتزام الصرفي والتعرض لتقيمها لمعرفة مدى صلاحيتها كأساس لمبدأ الكفاية ، ومن بعد ذلك الخوض بفكرة التجريد ومعرفة ومدى التطابق ما بينه وبين الشكلية ، للخروج بأساس خاص بمبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية.

خامساً: نطاق البحث

إن تناول مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية سيتم بالتحديد في نطاق قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤، وإن البحث سوف يقتصر على الأوراق التجارية الصرفية (كالحوالة وغيرها من الأوراق).

سادساً: منهجية البحث

سنتبع في الدراسة نهجاً علمياً تحليلياً يعتمد على استعراض النظريات والآراء الفقهية المتعلقة بموضوع الدراسة واستقصاء ما فيها من مزايا وما شابها من عيوب أو غموض .

سابعاً- هيكلية البحث

تتوزع خطة البحث على مبحثين وكالآتي:

المبحث الأول : النظريات التي تستند إلى فكرة الالتزام القانوني

المبحث الثاني : الأساس المعتمد

المطلب الأول/ النظريات التي تستند إلى فكرة الالتزام القانوني

تقوم هذه النظريات ، على فكرة مفادها ، اقصاء الإرادة ، سواء أكانت الإرادة المزدوجة (العقد) أم الإرادة المنفردة ، لأن الاعتداد بالإرادة من شأنه أن ينقل الالتزام إلى حامل الورقة التجارية مشوبا بالعيوب التي تلحق إرادة الملتزم وهو ما يناقض مبدأ تطهير الدفوع الذي يسود أحكام قانون الصرف[١]. وتقرر هذه النظريات أن القانون هو الذي قرر حرمان المدين في الورقة التجارية من التمسك قبل حاملها بالدفوع التي يمكنه توجيهها إلى المستفيد أو إلى حامل سابق ، حتى يضفي على الورقة التجارية الثقة الواجبة للتعامل بها كأداة ائتمان وأداة وفاء[٢].

عليه سوف نناقش هذه النظريات والتي اصطلح على تسميتها من قبل أحد الكتاب "النظريات المؤسسة على حماية الثقة المشروعة" [٣] (الفرع الأول) ، وتقييم هذه النظريات (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ النظريات المؤسسة على حماية الثقة المشروعة

أن اولى النظريات التي طرحت لمناقشة مبدأ الكفاية الذاتية ، هي **نظرية حسن النية وحماية الظاهر**[٤]، وكان الفقيه الألماني غرونهوت أول من نادى بهذه النظرية [٥]، ولم يحاول أن يقطع الصلة بين الالتزام الصرفي والإرادة ، فأسنده إلى إرادة المدين المنفردة ، ولكنه حاول تفسيره وتعليل تطهره من الدفوع وهو ينتقل من حامل إلى آخر بالاستناد إلى الاعتبارات المستمدة من النظام العام الذي يستلزم حماية حسن النية والاعتماد على ظاهر الأشياء[٦]. فعنده أن الموقع على الورقة التجارية – ساحبا كان أو قابلا أو مظهرا أو ضامنا احتياطيا – لا ينشئ في ذمته التزاما فحسب ، وإنما ينشئ "قيمة" يكون هو حارسها[٧]. وتظل هذه القيمة "متحفزة" طالما أن الورقة في حيازة شخص

حسن النية ، انتقلت القيمة المذكورة من دور التحفز إلى دور العمل ، وسواء في ذلك أ كان خروج الورقة من حيازة المدين بإرادته الحرة أم رغما عنه ، كما في حالتي السرقة والضياع [٨]. ومتى دخلت القيمة في دور العمل بانتقالها إلى حامل حسن النية ، فلا يجوز للمدين بعد ذلك أن يتحلل من التزامه ، لأن حسن نية الحامل قد تم صيانته ، لا سيما وأن الورقة ظاهرة الصحة ولا تحمل ما ينبئ عما تتضمنه من عيوب ، فلا تثريب على الحامل إن وثق في هذا الظاهر [٩].

ومن الواضح أنه لم يخطر ببال Grunhut إسناد الالتزام الصرفي إلى القانون ، فهو من أنصار نظرية الإرادة المنفردة ونظرية الإنشاء المتفرعة عنها. غير أن اعتماده في تبرير هذه النظرية على وجوب حماية حسن النية وظاهر الأشياء، وجه نظر الفقهاء إلى الاستعانة بالاعتبارات العملية ورسم الاتجاه نحو نظرية الالتزام القانوني [١٠].

وخطا العلامة جاكوبي[١١] الخطوة التالية في هذه الاتجاه فجعل للالتزام الصرفي مصدرين : ففي العلاقة بين المدين ودائنه المباشر– كالعلاقة بين الساحب أو المحرر والمستفيد الأول، والعلاقة بين المظهر والمظهر إليه المباشر ، والعلاقة بين المسحوب عليه القابل والحامل الذي حصل منه على القبول – يصدر الالتزام الصرفي عن العقد ، ولذا يجوز للمدين أن يتمسك في مواجهة دائنه المذكور بالدفوع المتصلة بهذا العقد [١٢]. أما بالنسبة إلى الحامل غير المباشر ، فلا يصدر الالتزام الصرفي عن إرادة المدين ، وإنما عن الوضع الظاهر الذي أوجده المدين بإنشاء الورقة أو تظهيرها أو قبولها والذي ركن إليه الغير. ولذا لا يجوز للمدين أن يتمسك قبل الحامل المذكور بالدفوع التي تناقض هذا الوضع [١٣].

ثم تبلورت هذه النظرية على يد الفقيه الإيطالي موسى [١٤]، الذي اضطلع بإعمال هذه النظرية إلى اقصى حدود الاعمال فقد أبى أن يكون لالتزام المدين مصدران مختلفان ، هما الإرادة والقانون، فأن اعتبار القانون مصدرا لهذا الالتزام يترتب عليه محو الإرادة كمصدر له ، كما أن اعتبار القانون مصدره الوحيد يجلو الأمور جلاء ، فالتزام الموقع الصرفي لا ينشأ إلا بناء على القانون ، ولا شأن لإرادة الافراد في ذلك ، إذ يقتصر دورها على تحريك أوامر القانون وأحكامه [١٥]، ولذا فأن القانون حرصا منه على المحافظة على الثقة العامة يرتب على التوقيع على الأوراق التجارية اثارا موافقة لمقتضيات المظهر ، وكل ذلك حتى لو كانت تلك الاثار غير مقصودة من طرف الموقع الذي لا عبرة بإعلانه عن إرادته [١٦].

أما نظرية كل من ، **تشخيص الصك** ، **واندماج الحق بالصك** ، فقد تقرر شرحهما وذلك للارتباط الواضح ما بين مضمون هذه النظريات ومبدأ الكفاية الذاتية [١٧]، فالأولى مضمونها أن صاحب الحق الثابت في الصك هو الصك وليس حامله ، إذ لم يشأ المدين أن يلتزم قبل شخص

معين وإنما قبل الصك ذاته ، وما الحامل إلا نائب قانوني عن الصك في المطالبة بقيمة الحق الثابت فيه[١٨]. ولما كان الصك هو الدائن الحقيقي في الالتزام ، فلا يجوز للمدين أن يوجه إلى الحامل إلا الدفوع الناشئة عن العيوب الشكلية في الصك دون غيرها من الدفوع المتعلقة بالروابط القانونية الخارجة عن نطاق الصك [١٩].

أما النظرية الثانية ، فمضمونها أن الحق الثابت في الصك يختلط به ويتجسم فيه فيصير الصك هو الحق ذاته [٢٠]. بمعنى أن الحق الذي كان للدائن عند المدين يتحول بمجرد إفراغه في الصك إلى منقول مادي يتمثل في الصك ذاته [٢١]. ويرى احد الكتاب[٢٢] أن نظرية اندماج الحق في الصك يؤيدها – على الأقل الظاهر – تطبيق قاعدة " الحيازة في المنقول سند المليكة " . فالقضاء – تطبيقا لهذه القاعدة – يحمي الحائز الحسن النية لسند الائتمان ضد دعوى الاسترداد التي يقيمها المالك الحقيقي للسند . إلا أنه لا يمكن التسليم بهذا الرأي وذلك لأن قاعدة "الحيازة في المنقول سند المليكة" تنطبق على "السندات لحاملها" بنفس الطريقة التي تنطبق بها على المنقولات المادية [٢٣]، أما تطبيقها على الأوراق التجارية فيثير بعض الشك لأن مجرد الحيازة لا يكفي في هذه الأوراق لاستعمال الحق الثابت بها ، بل يجب أن يضاف إليه التظهير ، ومع ذلك يحصل أن يتجرد صاحب السند من حيازته على أثر ضياع السند أو سرقته وأن يحول السند بطريق غير نظامي لشخص حسن النية .

الفرع الثاني/ تقييم النظريات المؤسسة على الثقة المشروعة

إن هذه النظريات تعد من اقدم النظريات التي طرحت لمحاولة تحديد أساس الالتزام الصرفي وما يقع تحت طائلته من مبادئ – كمبدأ الكفاية – وأكدت أن الالتزام لا يكون مجرداً إلا أذا رسم له شكل معين[٢٤]. والتصرف الشكلي معروف منذ عهد القانون الروماني فكان وجود الالتزام وقوته لا يستندان إلى الإرادة ، ولا إلى الإرادة معبراً عنها في الشكل وإنما إلى الشكل مباشرة [٢٥].

ويرجع ذلك إلى طبيعة المرحلة التي كان يمر بها الانسان في تطوره ، فقد كان الانسان مهتما بتجسيم المعنويات واعطائها كيانا يدرك بالرؤية أو بالسمع وكان ذلك يتجلى في كل جوانب النظام الاجتماعي سواء الجانب الخاص بالدين أو الحياة الاجتماعية أو القانونية [٢٦]. فالإرادة التي تنشأ التصرف ظاهرة معنوية بعيدة عن متناول الانسان ، ولذلك يجب أن تصب في شكل مادي يحل محلها بحيث كان مجرد استيفاء الشكل يمنع التراجع إلى الإرادة كأساس في انشاء الالتزام[٢٧].

ويؤخذ على هذه النظريات أنها تتجاهل دور الإرادة في الالتزام الصرفي تجاهلا مطلقا ، وهو وضع لا يتفق والواقع [٢٨]. فإذا كان صحيحا أن دور الإرادة غير ظاهر في التزام المدين قبل الحامل غير المباشر ، فمما لا شك فيه أن الإرادة مصدر التزام المدين قبل دائنه المباشر ، وأن

هذه الإرادة تظل مؤثرة في العلاقة بينهما بحيث يستطيع المدين أن يتمسك قبل الدائن المذكور بكل الدفوع الناشئة عن عيوبها [٢٩].

كما أن هناك تساؤل إذا كان صحيحا إسناد الالتزام الصرفي إلى القانون وحده ، فكيف نفسر أن هناك بعض الدفوع تبقى عالقة بالالتزام بحيث يكون للمدين حق توجيهه إلى كل حامل ولو كان حسن النية . فإذا كان الالتزام الصرفي التزاما قانونيا بحتا ، لوجب حرمان المدين من كل الدفوع على اختلاف أنواعها وبغير استثناء ، وهو وضع يكذبه ما استقر عليه العمل في شأن تحديد نطاق مبدأ عدم الاحتجاج بالدفوع ، إذ من المقرر أن هذا المبدأ لا يستطيع – على الرغم من قوته – اكتساح عدد من الدفوع ، كالدفع بالتزوير والدفع بتجاوز حدود التفويض[٣٠].

كما أن النظريات السالف ذكرها ، لكل منها خلل يجعل من الصعب اعتمادها ، بالرغم أن بعض هذه النظريات كان البعض يعتمدها كأساس لمبدأ الكفاية الذاتية [٣١].

فنظرية الظاهر القانوني ، هي فكرة مستقلة تمام الاستقلال عن نظرية تجريد التصرفات القانونية. فنظرية مظهر الحق ما زالت صيغتها في دور التكوين وإن كان الفقهاء متفقين على الفكرة العامة التي توحي بها وعلى كثير من تطبيقاتها الخاصة ، ولكن صيغتها ما زالت محل مناقشة[٣٢].

والسبب في ذلك يرجع إلى ميل هذه التشريعات الحديثة إلى حماية الشخص الذي يثق بحسن نية ثقه مشروعة في مظهر خارجي لا يعتبر من الحقيقة كمن يشتري من حائز المنقول وهو غير مالك ، ولا شك في أن هناك عاملا مشتركا بين نظرية التجريد ومظهر الحق ، فكلتاهما تعبر عن ميل التشريعات الحديثة إلى صيغ العلاقات القانونية بصيغة مادية بقصد ضمان استقرارها، ولكنهما مع ذلك لا تختلطان[٣٣].

فنظرية مظهر الحق تتبع دائرة الوقائع القانونية بالمعنى الضيق أي تخرج عن دائرة قانون التصرفات بينما نظرية التجريد تدخل في نطاقه . وتقوم الأولى على إرادة القانون بينما أساس الثانية هو مبدأ سلطان الإرادة .والمعيار الفني في النظرية الأولى هو حسن النية ، وهو معيار لا يدخل في صيغة نظرية التجريد . فالتعبير عن الإرادة المجرد يحتفظ بهذا الوصف ، أي يمنع طلب بطلانه لعيب في الإرادة ، سواء أكان المستفيد حسن النية أم سيئها [٣٤].

أما بالنسبة لنظرية اندماج الحق في الصك ، نقول أن الأوراق التجارية واستعمال الحق الثابت بمقتضاها ، يخضع كاستعمال اي حق للشروط العامة المطلوبة لمشروعية الأداء[٣٥]. فالشخص الذي يجوز له أن يستعمل حقا ما عينيا كان أم شخصيا هو كقاعدة عامه صاحب هذا الحق ولكي تكون للشخص هذه الصفة يجب أن تتوافر له عدة شروط قانونية عليه أن يثبتها . فالشخص الذي يريد أن يستعمل حقا شخصيا يدعي أنه صاحب هذا الحق ، أي يدعي لنفسه صفة

الدائن ، هذا الشخص عليه أن يثبت الواقعة القانونية أو التصرف القانوني الذي أنشا حقه [٣٦]، وفي حال ثبوته يستطيع مباشرة حقه المدعى به بشرط أن تتوفر له أهلية الأداء اللازمة لذلك . والمدين الذي يفي بناء على هذا الدليل يكون وفاؤه صحيحا مبرئا لذمته ولو كان الوفاء لدائن ظاهر بشرط أن يكون المدين الموفي حسن النية [٣٧]. ولهذا كان للمدين الحق ، وعليه واجب التثبت من أن الدليل المقدم على وجود الحق ونسبته إلى هذا الشخص المعين دليل كامل حتى يتجنب نتائج الوفاء الخاطئ[٣٨] . تلك هي القواعد العامة في الوفاء الشخصي أيا كان مصدره ، ونظرية اندماج الحق بالصك ، يترتب على قبولها اعفاء الحائز الذي يبرز السند من إثبات وجود الحق المذكور فيه ، وإعفاؤه أيضا من إثبات نسبة هذا الحق إليه . الا أن هذه النظرية تقوم على تصور غريب ، إذ الواقع أننا لا ندرك ما هي فائدة إبراز السند إن لم يكن مقصودا به إثبات وجود الحق ونسبته إلى الحامل ؟ فإبراز السند لا يعفي الحامل من إثبات هذين الأمرين إلا لأنه يقوم دليلا كافيا عليهما ، فالحامل الذي يبرز لا يعفي نفسه من إقامة الدليل وإنما يقدمه [٣٩].

كما ينسب إلى هذه النظرية أيضاً بالنسبة للحامل إنها تعفيه خروجا على القواعد العامة من إقامة الدليل على "سلسلة التظهيرات التي وصل بها الحق من الحامل الأول إلى الحامل الأخير"[٤٠]. وأخيراً لأن نظرية اندماج الحق في الصك ليست مطلقة ، ويعترف بذلك الفقهاء الألمان والطليان انفسهم بقولهم إن السند يعتبر ضروريا ما دام موجوداً [٤١]. فلو حصل أن أختفى السند على أثر سرقة أو اختلاس أو ضياع أو هلاك فأن استعمال الحق يتعطل مؤقتاً أي أن اختفاء السند لا يعني في هذه الأحوال ضياع الحق وإنما يقيم عقبة مادية في سبيل استعماله ، وذلك لأن "السند ليس هو الحق نفسه ، وإنما هو وسيلة إثباته فقط" لذلك تنظم التشريعات الحديثة طرقا لمباشرة الحق في هذه الحالة أي مع اختفاء السند دون أن تعرض المدين لخطر الوفاء الخاطئ [٤٢].

أما نظرية تشخيص الصك فهي نظرية غريبة بعض الشيء . فمن الغريب أن يكون الصك صاحب حق . ومن الشذوذ أن يتقدم الحامل إلى المدين للمطالبة بالوفاء بوصفه نائبا عن الصك وهو يسعى في الواقع إلى قبض الحق لحسابة الخاص . وفي مواجهة من يلتزم هذا الوكيل بتقديم حساب عن وكالته أفي مواجهة الصك وقد تمثل شخصا [٤٣].

ازاء هذه النقاش نجد أن هذه النظريات لا تواكب التطور الذي لحق الورقة التجارية التي تتسم بالسرعة في تداولها ، وأن اعتماد احد هذه النظريات في حقيقة الامر أمر غير مستساغ بعد التقييم الذي طرح بصددها .

المطلب الثاني/ الأساس المعتمد

سبق وأن اتضح أن الالتزام الصرفي يولد التزاما مجردا . فهو عقد قائم بذاته لا يستند إلى العلاقات السابقة عليه ، ويرتب أحد الكتاب [٤٤] على كون التصرف مجردا نتائج منها ، أنه عادة

ملزم لجانب واحد أي أنه لا يولد أعباء إلا على أحد طرفيه لصالح الآخر دون أن يلزم هذا الأخير بعبء مقابل . كما لا يحمل التصرف المجرد عادة ذكرا لسببه ، ويترتب على ذلك أن أثره ينفذ دون تقيد بالأغراض الشخصية التي يرمي إليها صاحب إعلان الإرادة ، كما أنه يصدر التصرف المجرد عادة منجزاً أي غير معلق على شرط واقف أو فاسخ أو أي شرط تبعي آخر . وفي حقيقة الأمر هذه النتائج هي المعول عليها في إطار الأوراق التجارية والتي هي تصرفات شكلية التي يشترط فيها مضمون بياني معين حيث أنه لم يكتفي المشرع في بعض التصرفات القانونية بمجرد الكتابة العرفية وإنما استلزم إلى جانب ذلك أن تتضمن هذه الكتابة بيانات معينة يترتب على تخلفها بطلان التصرف الشكلي [٤٥]. وعلى هذه الاساس كان لزاما بحث التجريد والشكلية (الفرع الأول) ، ومن ثم الانتقال الى وضع الاساس الصحيح (الفرع الثاني) معتمدين في ذلك على عنصري التصرف القانوني الشكل والإرادة .

الفرع الأول/ التجريد والشكلية

يقود الكلام في الشكلية إلى التصرف المجرد وهو ذلك التصرف الذي تتجرد فيه الإرادة الظاهرة من العيوب التي تشوب الإرادة الباطنة ، كما تتجرد من السبب الذي ينسب إليه تحرك هذه الإرادة [٤٦]، ويذهب أحد الكتاب[٤٧] إلى أن التصرف المجرد "هو ذلك التصرف الذي يصح بصرف النظر عما يقع من اختلاف بين الارادة الظاهرة والارادة الباطنة وان معياره لا يتمثل في التجرد عن السبب وانما يتمثل في التجرد عن الارادة الباطنة ليخلص ارادة ظاهرة" ، إذ لا شك أن للشكل تأثير على العقد وهذا التأثير، وان كان غير مباشر، يجعل من المستحيل في بعض الأحيان إثبات ما يخالف التعبير، الأمر الذي يؤدي عملاً إلى تجريد التصرف الشكلي، وهنا يثور التساؤل عن مدى التطابق أو التقابل بين التصرف الشكلي والتصرف المجرد؟

يذهب البعض إلى القول بتطابق فكرتي التصرف الشكلي والتصرف المجرد على أساس ان التصرف المجرد يكون على الدوام شكلياً وان التصرف الشكلي يكون على الدوام مجرداً، وذلك لأن التصرف الشكلي يلتئم على جميع العناصر التي يعتمد عليها القاضي في تكوين رأيه ولا يتجاوز ذلك إلى البحث فيما وراء الشكل من إرادة وسببها، وان تجريد التصرف يعني أن هذا التصرف يقع صحيحاً بغض النظر عن سببه فهو يستند إلى الإرادة وحدها في تبرير الالتزام، فيكون من اللازم ان تظهر هذه الإرادة في شكل واضح ومحددة يدل بصورة قاطعة على شروط الالتزام وآثاره [٤٨]. ويتضح أن هذا الرأي متأثر بالنظرية التقليدية للتصرف المجرد ، ذلك إن التجريد في التصرفات القانونية كان يحتل مكان القاعدة في القانون الروماني ، وذلك لارتباطه بالشكلية ، وكانت الشكلية هي المبدأ العام السائد بلا استثناء في القانون القديم [٤٩]. كما أن تجريد التصرفات في القانون

الروماني هو عبارة عن الفصل بين الإرادة الخاصة والتصرف القانوني المرموز إليه بالشكل ؛ فمسألة التصرف المجرد أو المقيد يجب ألا تثار في القانون الروماني على أساس فكرة السبب ، وإنما على أساس "الشكل" معارضا "الإرادة" (٥٠).

إلا أنه فيما بعد تم العدول عن هذه الفكرة ، حيث لم ينازع أحد إلا نادراً في أن التصرف المجرد ، هو عمل إرادة . وهذا سلم به حتى أنصار النظرية التقليدية التي تربط تجريد التصرفات بالشكلية . غير أنهم يرون أن الإرادة وحدة واقعية ، يكملها عنصر السبب ، فاذا أردنا أن نفصل السبب عن الإرادة فلا بد من تدخل المشرع بوضع شكل معين تلبسه الإرادة المجردة (٥١). وحجتهم أنه لا سبيل إلى فصل جزء من الإرادة عن غيره من الأجزاء بمحض اختيار الفرد نفسه ، وإنما يتم ذلك بواسطة قوة تتسلط عليه ، وترسم للإرادة شكلا معينا تظهر فيه ، ويمنح الشكل القدرة على جعل تلك الإرادة مستقلة (أي مجردة) (٥٢).

إلا أنه من خلال الطرح السابق يتضح أن هناك خلط لدى انصار النظرية التقليدية بين مسألتين يجب الفصل بينهما . إحداهما هي : هل هناك ضرورة منطقية تحتم أن يرسم للتصرف المجرد شكلا قانونيا معيناً ؟ والثانية هي : هل يجب تصريح المشرع مقدما لكي يستطيع الأفراد إنشاء تصرف مجرد ؟ يرى ويندشيد بحق (٥٣) "أن النظام القانوني لا يمنح قوة التجريد للشكل في ذاته وإنما لإرادة التجريد المعبر عنها في الشكل . إذن لماذا لا تعطى هذه القوة إلا للإرادة المعبر عنها في شكل ما ؟" .

هنا يظهر الفارق الأساسي بين القانون الروماني والقانون الحديث فيما يتعلق بالتصرف المجرد . فالرومان الأقدمون ، نظراً لعجزهم عن رؤية دور الإرادة في إنشاء التصرف القانوني ، نسبوا وجود التصرف وقوته الالزامية إلى الشكل ذاته ، فكان لزاماً أن نبحث عن أساس التجريد في نظام الشكلية (٥٤). أما القانون الحديث فيعترف للإرادة بقوة تحريك الآثار القانونية ، ويترتب على ذلك أن الشكل يقتصر على أداء وظيفة خارجية هي إظهار الإرادة ، فأصبح من المستحيل عقلا وقانوناً أن نبحث في الشكل عن جوهر التصرف أو عن أساس التجريد (٥٥). ولا جدال في أن هناك أسباباً عملية قد يرى معها المشرع بحكم الضرورة أو المنفعة أن يرسم شكلاً لإعلان الإرادة المجرد، فالشكل يسمح بأثبات الإرادة في سهولة وطمأنينة (٥٦). ولكن لا يجب أن يستنتج من ذلك وجود علاقة منطقية بين الشكل والتجريد ، فالعلاقة بينهما في هذه الحالة لا تزيد عن كونها علاقة نفعية بحته يقوم فيها الشكل بمهمة عرضية هي إعطاء التصرف المجرد هيكلا خارجياً يميزه .

مفاد ما تم التوصل إليه أن كلاً من فكرتي التصرف المجرد والتصرف الشكلي تستقل عن الفكرة الاخرى، فالتصرف المجرد يبنى أساساً على الأخذ بالإرادة الظاهرة، حيث تتجرد هذه الإرادة من عيوب الإرادة الباطنة كما تتجرد من السبب الذي حرك هذه الإرادة، وهذا يعني أن التصرف

يعتمد أساساً على التعبير وحده. أما الشكل فهو عبارة عن صورة خاصة للتعبير عن الإرادة، أو هو أسلوب محدد يفرضه المشرع على المتعاقد للتعبير عن ارادته، فالعقد لا ينشأ ولا يترتب عليه أي اثر ما لم يستوفِ الشكل المحدد، والشكل بمعناه الحديث لا يسلب الإرادة دورها في العقد ومن ثم لا يحول دون البحث عن الإرادة الحقيقية للمتصرف .

وعلى هذا فهناك بحق فارق جوهري بين الفكرتين يحول دون القول بالتطابق بينهما، فليس هناك من مجال في التصرف المجرد للبحث عن الإرادة الحقيقية "الباطنة" وهو لهذا لا يجوز الطعن فيه لأسباب تتعلق بالإرادة كالعيوب التي تشوبها، وبالمقابل نجد أن الشكلية الحديثة تقوم على أساس أن للتصرف الشكلي عنصرين، هما الإرادة والشكل، وان كلاً منهما مستقل عن الآخر ولا يغني عنه، ومن هنا أمكن في هذا التصرف، مع وجود صعوبة في الاثبات، البحث عن الإرادة الحقيقية، كما أمكن الطعن فيه بعيب من عيوب الإرادة أو انعدام السبب [٥٧].

لكن لئن أدى الشكل، من الناحية العملية، إلى تجريد التصرف الشكلي بسبب ما يُنشئ من قرينة يصعب إثبات خلافها فإن ذلك لا يمس ما بين الفكرتين من فارق جوهري، وآية ذلك أن المشرع قد يجرد بعض التصرفات القانونية دون ان يفرض لها شكلاً معيناً كما هو الشأن في الإنابة والكفالة[٥٨]. وفي إطار الأوراق التجارية نراه يجردها مع فرض شكل معين يجب الالتزام به .

وبذلك فأن تجريد الالتزامات قد انفصل في القانون الحديث عن الشكل ليرتبط بالإرادة وحدها فمسألة الالتزام المجرد لا تثير في القانون الحديث التعارض بين الشكلية والرضائية ففكرة الإرادة المجردة أي مجرد إرادة الالتزام أو الإرادة كما تؤخذ في قرارها النهائي تمثل التقدم الرئيس الذي يتفوق به القانون الحديث على القانون القديم في موضوع الالتزام المجرد [٥٩]، وعليه فإن الالتزام القانوني في القانون الحديث هو التعبير عن الإرادة ، ولا يوجد ما يمنع أن يأخذ ذلك الالتزام خاصية التجريد أو التقييد حسب الأحوال دون أن يكون لتدخل الشكل أو عدم تدخله أثر في ذلك [٦٠].

المطلب الثاني/ الأساس الصحيح

وبعد أن استعرضنا الأفكار التي انطوت تحت عباءة فكرة التصرف المجرد والنظريات السالف ذكرها، وانتهى بنا المطاف إلى عدم ملائمتها لاعتمادها كأساس لمبدأ الكفاية الذاتية ، وذلك لما تحمله من افكار تقليدية كان شفيعها روح العصر آنذاك إلا أنها لا تواكب التطور الحاصل في إطار المعاملات التجارية القائمة على الائتمان وسرعة التداول . ومن مناقشة العلاقة بين التجريد والشكلية نرى في حقيقة الأمر أنه حتى نخرج بأساس صحيح، فيجب الرجوع إلى المشرع العراقي و نظرته للأوراق التجارية كونها نقطة انطلاقتنا. فالمشرع العراقي في قانون التجارة الحالي نص في المادة (٣٩) على أنه "الورقة التجارية محرر شكلي بصيغة معينة ..." ، ومن خلال ذلك يبين أن

هذه الأوراق ذات طبيعة شكلية ، إلا أن السؤال الذي يطرح ما هي طبيعة هذه الشكلية أو ما هو المعنى الدقيق للشكل ؟ .

إن الشكل في القانون الروماني، كان له مفهوم واضح ومحدد تمثل في فرض هذا القانون صيغ وطقوس وإجراءات معينة [٦١]، ولكن هذا المفهوم لم يعد على هذه الدرجة من الوضوح والتحديد لدى فقهاء القانون في ظل سيادة مبدأ سلطان الإرادة في القوانين الحديثة، فنرى أن الآراء تشعبت في تحديده، سواء من حيث طبيعته أو من حيث الصور التي يشتمل عليها، وهو بدوره أدى إلى اختلاف في تحديد الدور الذي يمكن أن يضطلع به الشكل في العقد بين منكر لأي دور في العقد وبين مثبت لهذا الدور ووصفه بالجوهري [٦٢].

إن معنى الشكل هو من المسائل التي ثار بشأنها خلاف حاد بين الكتاب ، الا أننا لن نخوض بهذا الخلاف حتى لا نخرج بالبحث من نطاقة المرسوم . ونرى أن السبيل الامثل هو الانطلاق من الفرضية التي تبناها الفقه وهي أن الشكل هو تعبير عن الإرادة ، أو بتعبير ادق ، هو صورة خاصة يفرض المشرع استيفاءها في شكل إجراء ولا يكون لهذه الإرادة أي حرية في التعبير بغيره[٦٣].

في نطاق علم القانون الحقيقة الثابتة أن الإرادة ، وهي ظاهرة نفسية خفية ، لا يمكن الركون إليها إلا إذا ظهرت إلى العالم الخارجي في شكل مادي محسوس ، يجعل من الممكن فهمها وتقدير مدى جديتها في الانصراف إلى أحداث الأثر القانوني[٦٤]، وذلك لأن الانسان بطبيعته قاصر عن الإحاطة بما ينطوي عليه باطن غيره من مكنونات أو بما يعتمل في داخله من أمور ، ومن هنا كان التعبير عن الإرادة أمراً اساسيا لابد من توافره لوجود الإرادة وفاعليتها [٦٥]. لأن الإرادة مجرد حقيقة ذهنية باطنية ، عديمة الأثر ، وهذا ما اضفى أهمية استثنائية على التجسيد المادي للإرادة أو ما أطلق عليه اسم التعبير عن الإرادة أو إعلان الإرادة [٦٦].

وللإرادة حرية في نطاق التعبير عنها في اتخاذ الشكل الذي تظهر فيه إلى العالم الخارجي ، فهي قد تبدو في صورة لفظ أو كتابة أو إشارة متداولة عرفاً أو معاطاة أو تتخذ أي مسلك لا يثير لبساً في دلالته عليها[٦٧]، ولكن الشكل الذي تتخذه الإرادة للتعبير عن نفسها لا يمثل في الحقيقة الشكل بمعناه الدقيق ، وذلك لأن الشكل المتخذ لا يخرج بالتصرف من نطاق الرضائية إلى ميدان الشكلية ، في حين أن الشكل يمثل قيداً على الإرادة يحد من قدرتها في اختيار وسيلة التعبير ، إذ يفرض عليها أسلوباً معيناً لا بد لها من اتخاذه وإلا كانت عديمة الأثر[٦٨]، ولذلك يمكن أن يحدد معنى الشكل بأنه "صورة خاصة من صور التعبير عن الإرادة يفرضها المشرع" . فالشكل بمعناه الدقيق هو ما فرضه المشرع [٦٩]. وهو ما سماه بعض الكتاب الشكل غير الحر كما أطلق عليه

أسم الشكلية القطعية ، تمييزاً لها من الشكل الحر أو الشكلية غير التامة التي تعد تطبيقاً لمبدأ الرضائية [٧٠].

وعلى ذلك فأن الشكل ، بمعناه الدقيق ، هو ما فرضه المشرع ، والحقيقة أن هذا هو مبعث تقييد الإرادة ، في إطار التصرفات الشكلية ، بوجوب اتخاذ مسلك معين وهو مالا يوجد في الشكل الحر حيث تكون للإرادة حرية مطلقة من أي قيد في اختيار شكل التعبير عنها[٧١]. وأن الإرادة في التصرفات الشكلية مقيدة بضرورة اتخاذ الوسيلة التي فرضها المشرع للتعبير، ولا تتمتع بأي حرية في هذا النطاق، إذ يتحتم على الأفراد اتباع الإجراء الذي فرضه المشرع. ولذلك فالأفراد لا يستطيعون تجاوز هذا الشكل أو استبدال شكل آخر به ولو كان معادلاً له .

وأن وجود الإرادة لا يغني عن وجود الشكل، فالقول بان الإرادة هي العنصر الوحيد في التصرف القانوني إنما يجافي الحقيقة وينافي الواقع الذي يؤكد وبصورة لا تقبل الشك ان الإرادة ظاهرة نفسية لا يعتد بها القانون الا إذا ظهرت في ثوب اجتماعي هو التعبير عنها. ومن هنا فان التصرف القانوني في القانون الحديث ينبسط على عنصرين: أولهما الإرادة، وثانيهما التعبير. وإذا ما انتقلنا إلى نطاق التصرفات الشكلية، ووضعنا في الاعتبار أن الشكل يمثل صورة خاصة للتعبير عن الإرادة ، تحصل لدينا ان للتصرفات الشكلية عنصرين: هما الإرادة والشكل [٧٢]. من الإشارة إلى أنه ليس هناك أي تلازم بينهما من حيث الصحة وعلى القاضي أن يبحث في كل عنصر على حده ، كما أن وجود الشكل لا يغني عن وجود الإرادة ، وإنما تبحث من حيث وجود هذه الإرادة وسلامتها ومدى مشروعيتها ولذلك يشترط لصحة التصرف الشكلي إضافة إلى توافر الشكل القانوني توافر عناصر التصرف الموضوعية ، كما هو الحال في الأوراق التجارية وهي تصرفات إرادية يتسم بطابع شكلي يستلزم إلى جانب الشروط الشكلية شروط موضوعية لصحة الورقة التجارية [٧٣].

وألان بعد أن تم تحديد معنى الشكل ، نردف أن الشكل له صور شائعة يلجأ إليها المشرع في سبيل الوصول إلى الغايات المراد تحقيقها من فرض الشكل . وأن الصور الشائعة في التشريعات الحديثة أن يلجأ المشرع إلى الكتابة ، رسمية كانت أو عرفية ، شكلاً للعقد [٧٤].

وإن الأوراق التجارية هي عبارة عن كتابات عرفية حدد المشرع ضوابط شكلية لصحة التعبير عنها متمثلة بالبيانات الالزامية المطلوب توافرها ، ومن هذه البيانات على سبيل المثال ما استلزمه المشرع في إنشاء السفتجة من إدراج لفظ حوالة تجارية أو سفتجة مكتوبة في متن الورقة وباللغة التي كتب بها، وبيان أمر غير معلق على شرط بأداء مبلغ معين من النقود ، واسم من يؤمر بالأداء ، وميعاد الاستحقاق ، ومكان الأداء ، واسم من يجب الأداء إليه أو لأمره ، وتاريخ إنشاء الحوالة ومكان إنشائها ، واسم وتوقيع من انشأ الحوالة [٧٥].

وأن مدعاة اختيار الشكل كأساس لمبدأ الكفاية الذاتية برجع إلى مبررات عملية منها ، أن الأوراق التجارية عبارة عن سندات خاصة وجدت لتؤدي دوراً اقتصادياً يقوم مقام النقود ، ولكي تقوم الأوراق التجارية بهذا الدور كان لابد أن تأخذ شكلاً خاصاً ومتميزاً ، يحقق السرعة واليسر بالتداول، حيث يسهل على المتعامل التعرف عليها بنظرة فاحصة واحدة ، شأنها في ذلك شأن النقود [٧٦]، ومن جانب آخر تخصيص شكل معين ومحدد للورقة التجارية يجعلها متميزة في وجودها عن غيرها من السندات القانونية المعروفة في التعامل ، كما أنها تدبير وقائي مهم واجراء احتياطي نافع لمواجهة كل نزاع احتمالي يخشى وقوعه مستقبلاً بشأن الدين[٧٧]. بالإضافة إلى ما تبتغيه هذه الشكلية الصرفية من حماية الغير والمتمثل بحامل الورقة الشرعي ، فالأوراق التجارية، على سبيل المثال وهي تصرفات شكلية تصدر بالإرادة المنفردة، فضرورة توافر بيانات معينة في الورقة التجارية ووجوب تدوين جميع التصرفات التي يكون موضوعها الورقة التجارية على هذه الورقة يمنح الثقة والأمان للغير الذي يتعامل بهذه الورقة، إذ أن ذلك يعطي صورة واضحة عن العمليات التي جرت على هذه الورقة .

كما اصبح من المفرغ منه اليوم أن من شأن اشتراط الشكل ان يؤدي من حيث النتيجة إلى استقرار المعاملات وتحقيق العدالة او بعبارة اكثر دقة انه بمثابة الوسيلة المؤدية إلى ذلك ، لأن الشكل، ، يضمن تطابق التعبير مع الإرادة الحقيقية للمتعاقد [٧٨]، كما يكفل حرية هذه الإرادة في إبرام التصرف القانوني، ويوفر وسيلة إثبات مسبقة مع تحديد دقيق لمضمون التصرف، فإن تحقق هذه الأغراض يجعل كل متعاقد على علم ودراية كاملة بما له وما عليه من حقوق والتزامات ثابتة لا يرقى إليها الشك في اغلب الأحيان، وهو ما يؤدي حتماً إلى التقليل من المنازعات بين الأفراد ومن ثم تحقيق قدر من الاستقرار في التعامل على صعيد هذه التصرفات التي قدر المشرع أهميتها وخطورتها بالنسبة إلى الأفراد [٧٩].

وفي ضوء ما تقدم ، فالشكل من منظوره الحديث هو ما يصلح كأساس للكفاية الذاتية ، لأن فكرة الشكل تواكب افكار الكفاية الذاتية ، لأن مثل هكذا مبدأ لا يمكن الركون لإرادة الأفراد فقط، وإنما التعويل على إرادة المشرع في إرسائه ، ونبذ الافكار والنظريات التقليدية التي وضعت لمناقشة اساسة . والأشكال في القانون الحديث كلها من النوع ذي الهدف ، لا تقرر إلا في الحدود التي يمكن فيها أن تحقق أغراضاً معنية يرمي إليها المشرع .

الخاتمة

النتائج

١- توصلنا إلى نتيجة مفادها عدم جدوى النظريات التي تستند إلى فكرة الالتزام القانوني ، كون هذه النظريات تتجاهل دور الإرادة في الالتزام الصرفي تجاهلاً مطلقاً ، كما إن الركون إلى القانون وحده لا يفسر بعض الدفوع التي تبقى عالقة بالالتزام إذ يكون للمدين توجيهها إلى الحامل ولو كان حسن النية كالدفع بالتزوير.

٢- كما يؤخذ على كل من نظرية اندماج الحق بالصك وتشخيص الصك، إن الأولى تعتبر خروجاً على القواعد العامة من إقامة الدليل على "سلسلة التظهيرات التي وصل بها الحق من الحامل الأول إلى الأخير" ، بينما الثانية تجعل من الحامل نائب عن الصك وهو في حقيقة الأمر يسعى لقبض قيمة الصك لحسابة . ازاء هذا النقد الذي وجه لهذه النظريات وجد إنها لا تواكب الورقة التي تتسم بالسرعة في تداولها .

٣- توصلنا إلى نتيجة ، إن بحث أساس مبدأ الكفاية الذاتية يتم الانطلاق فيه من فكرة التصرف المجرد – الذي يعتد بالإرادة الظاهرة دون الحقيقية– كون الفقه يسلم بأن الأوراق التجارية من التصرفات المجردة ، وإن الصيغة المختارة للتجريد هو الإرادة التي اصبحت في القانون الحديث لها القوة على تحريك الآثار القانونية.

٤- وتوصلنا إلى الأساس المعتمد لمبدأ الكفاية الذاتية يتمثل بالشكلية التي قررها المشرع ، الشكلية بمفهومها الحديث باعتبارها وسيلة للتعبير عن الإرادة ، وكون الورقة التجارية من التصرفات المجردة لا يثير نوع من اللبس ، إذ إن تدخل الشكل من عدمه لا أثر له على خاصية التجريد ، باعتبار إن الشكلية هي وسيلة للتعبير عن الإرادة.

التوصيات

١- نقترح أن تكثف الدراسات حول فكرة التصرف المجرد، إذ إن هذه الفكرة هي الضالة المنشودة في بيان ماهية مبدأ الكفاية الذاتية، حتى يمكن التوصل إلى فكرة منطقية متكاملة الاركان حول مبدأ الكفاية الذاتية ، والسبب في ذلك يرجع إلى الصيغة المختارة في تأصيل التصرف المجرد في العصر الحديث إلى مبدأ سلطان الإرادة فما يصدق على التجريد يمكن إعماله بشأن مبدأ الكفاية الذاتية .

كما أتقدم بالتوصية إلى المهتمين بالشأن القانوني من الأكاديميين والباحثين ، بأن يؤخذ هذا الموضوع بالمزيد من البحث والتقصي للوصول إلى فكرة منطقية كاملة عن مبدأ الكفاية الذاتية.

الهوامش

(١) د. محمود سمير الشرقاوي ، الأوراق التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣، ص٤٦.

(٢) د. محمد حسن عباس ، الأوراق التجارية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧١ ، ص١٤٥.

(٣) غرونهوت ، جـ١ ، ص٢٧٢ . مشار إليه د. مصطفى كمال طه ، الأوراق التجارية ، ط١ ، مطبعة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٨، ص٣٦٥.

(٤) هذه النظرية هي في الحقيقة محاولة لصياغة المبدأ اللاتيني القائل بأن ((الغلط الشائع يكسب حقا Error communis facit jus)) انظر د. محمود ابو عافية ، التصرف القانوني المجرد ، مطبعة جامعة فؤاد، القاهرة، ١٩٥٤، ص٢٧٠.

(٥) د. ثروت عبدالرحيم ، القانون التجاري المصري ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص٦٢٣.

(٦) المرجع نفسه، ص٦٢٣ ؛ محمد حسن عباس ، الأوراق التجارية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧١، ص١٥٠.

(٧) د. صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الأوراق التجارية ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٥، ص٥٢ .

(٨) المرجع نفسه ، ص٥٢ .

(٩) ثروت عبدالرحيم ، المرجع السابق ، ص٦٢٣ .

(١٠) د. محسن شفيق ، القانون التجاري المصري ،الأوراق التجارية ، ط١ ،دار المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٥٤، ص١٠٦٩ .

(١١) جاكوبي في كتابه Werpapiere ، ص٢٩٠ . مشار إليه د. صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الأوراق التجارية ، المرجع السابق ، ص٥٣.

(١٢) محمد حسن عباس ، الأوراق التجارية ، المرجع السابق ، ص٤٦.

(١٣) د. احمد محمد محرز ، السندات التجارية ، ط١، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص٥٤.

(١٤) موسى ، جـ١ بند ١٦٠ ، ومقالته الإرادة والإعلان في إنشاء البوليصة La dichiarazione cambiaria . مشار إليه د. صلاح الدين الناهي ، المرجع السابق ، ص٥٣.

(١٥) د. محسن شفيق ، الأوراق التجارية ، المرجع السابق ، ص١٠٧٠ ؛ د. مصطفى كمال طه ، الأوراق التجارية ، المرجع السابق ، ص٣٦٦.

(١٦) د. محسن شفيق ، المرجع السابق، ص١٠٧٠.

(١٧) وعادة ما يعول على هذه النظريتان بمسألة تتعلق بطبيعة التزام المدين في الصك قبل الحامل ، إذ أن هناك اجماع على أنه التزام مجرد ، لكن الخلاف يدور حول تعليل هذه التجريد . انظر في هذا الشأن د. مصطفى كمال طه ، الأوراق التجارية ، المرجع السابق ، ص.٣٦٣.

(١٨) د. مصطفى كمال طه ، الأوراق التجارية ، المرجع السابق ، ص٣٦٣.

(١٩) د. احمد محمد محرز ، السندات التجارية ، المرجع السابق ، ص٦٥.

(٢٠) المرجع نفسه ، ص٦٦.

(٢١) محمود سمير الشرقاوي ، الأوراق التجارية ، المرجع السابق ، ص٤٦.

(٢٢) د. محمود ابو عافيه ، التصرف القانوني المجرد ، المرجع السابق ، ص٢٦٧.

(٢٣) فرج ابراهيم عبدالله ، الحيازة في المنقول كسبب من اسباب كسب الملكية ، جامعة الازهر ، غزة ، ٢٠١١ ، ص١٦

(٢٤) حسن داخل عبد راضي ، الالتزام القانوني المجرد ، اطروحة دكتوراه ، جامعة كربلاء- كلية القانون ، ٢٠١٨، ص١٦.

(٢٥) المرجع نفسه ، ص١٧.

(٢٦) محمد جمال عطية ، الشكلية القانونية ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق – جامعة الزقازيق ، ١٩٩٣ ، ص٤٣٣.

(٢٧) المرجع نفسه ، ص٤٣٣.

(٢٨) د. محسن شفيق ، الأوراق التجارية ، المرجع السابق ، ص١٠٧٢ .

(٢٩) د. علي حسن يونس ، الأوراق التجارية ، ط٢ ، مطبعة عين شمس ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ٣٦٥

(٣٠) سعود بن عبد المحسن ، قاعدة التطهير من الدفوع دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية ، السعودية ، ٢٠٠٧ ، ص٧٢ .

(٣١) فقد ذهب الدكتور عبد الحي حجازي في مناقشة أساس الحرفية إلى مناقشة نظرية الظهور القانوني وجهه لها النقد ومن ثم اختار نظرية اندماج الحق في الصك كأساس للحرفية. د. عبدالحي حجازي، السندات الأذنية، جـ١ ، ط١ ، الطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٧، ص٣٣.

(٣٢) د. محمود ابو عافية ، التصرف القانوني المجرد ، المرجع السابق ، ص٢٧٠.

(٣٣) يس محمد محمد الطباخ ، الاستقرار كغاية من غايات القانون ، دراسة مقارنة ، جامعة الاسكندرية- كلية الحقوق ، ٢٠١٢، ص٢٦٦.

(٣٤) المرجع نفسه ، ص٢٦٧.

(35) Messineo ltitoli di crectito . op . cit .p. 16

مشار إليه . د. محمود ابو عافية ، التصرف القانوني المجرد ، المرجع السابق ، ص٢٦٢ <

(٣٦) د. اكثم الخولي ، الأوراق التجارية ، مكتبة عبدالله وهبه ، مصر ، ١٩٧٠ ، ص٢٤.

(٣٧) د. علي البارودي ، الأوراق التجارية والافلاس ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١١٢ .

(٣٨) وهذا ما ذهب إليه المشرع العراقي قانون في التجارة الحالي حيث نصت المادة (٩١) الفقرة (ثالثا) بأنه ((ومن أوفى في ميعاد الاستحقاق دون معارضة صحيحة برئت ذمته الا إذا وقع غش أو خطأ جسيم . وعليه أن يستوثق من انتظام تسلسل التظهيرات ولكنه غير ملزم بالتحقق من صحة توقيعات المظهرين)).

(٣٩) د. احمد محمد محرز ، السندات التجارية ، المرجع السابق ، ص٦٠ .

(٤٠) نص قانون التجارة العراقي الحالي في المادة (٥٦) الفقرة (أولا) بأنه " يعتبر حائز الحوالة حاملها القانوني متى أثبت أنه صاحب الحق فيها بتظهيرات غير منقطعة ولو كان آخرها على بياض وتعتبر التظهيرات المشطوبة في هذا الشأن كأن لم يكن . وإذا أعقب التظهير على بياض تظهير آخر اعتبر الموقع على هذا التظهير إنه هو الذي آل إليه الحق في الحوالة بالتظهير على بياض".

(٤١) د. محمود ابو عافية ، التصرف القانوني المجرد ، المرجع السابق ، ص٢٦٥ .

(٤٢) راجع المواد (٩٤-٩٥-٩٦-٩٧-٩٨-٩٩-١٠٠) من قانون التجارة العراقي الحالي التي نظمت المعارضة في الوفاء.

(٤٣) د. محسن شفيق ، الأوراق التجارية ، المرجع السابق ، ص١٠٦٦ ؛ د. مصطفى كمال طه ، الأوراق التجارية ، المرجع السابق ، ص٣٦٣ .

(٤٤) د. محمود ابو عافية ، التصرف القانوني المجرد ، المرجع السابق ، ص٢٨٧ .

(٤٥) د. حسين عبدالقادر معروف ، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون – جامعة بغداد ، ٢٠٠٤ ، ص١٥٥.

(٤٦) د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ط٣ ، نهضة مصر ، ٢٠١١ ، ص٤٦٣.

(٤٧) د. محمود ابو عافية ، المرجع السابق ، ص٢٨٦ .

(٤٨) انظر في ذلك د. محمود ابو عافية ، التصرف القانوني المجرد ، المرجع السابق ، ص٤٧ ، ويقترب من هذا المعنى الأستاذ السنهوري حيث يقول في الوسيط ، المرجع السابق ، ص ٢٦٣-٢٦٤ "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" .

(٤٩) د. طه عوض غازي ، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، نشأة القانون وتطوره ، بدون مكان نشر ، ٢٠٠٦ ، ص٣٢٦ .

(٥٠) المرجع نفسه ، ص٣٢٦ .

(٥١) د. أحمد إبراهيم حسن ، أصول تاريخ القانون ، مع دروس في مبادئ القانون الروماني ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣، ١٧٥

(٥٢) المرجع نفسه ، ١٧٦

(53) Windschid . Lehrbuch des pandektenreehts . 9 e'd . commente' par theodor kipp . p47

مشار إليه محمد جمال عطية ، الشكلية القانونية ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ١٨٦ .

(٥٤) المرجع نفسه ، ص١٦٨.

(٥٥) د. طه عوض غازي ، محاضرات في فلسفة وتاريخ النظم في القانون المصري في العصر الروماني والإسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص٣٢٤ .

(٥٦) المرجع نفسه ، ص٣٢٤ .

(٥٧) د. حسين عبد القادر معروف ، فكرة الشكلية وتطبيقاتها ، المرجع السابق ، ص٧١ .

(٥٨) المرجع نفسه ، ص٧٢ .

(٥٩) حسن داخل عبد راضي ، الالتزام القانوني المجرد ، المرجع السابق ، ص٢٣ .

(٦٠) د. طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، نشأة القانون وتطوره ، المرجع السابق ، ص٣٢٨ .

(٦١) فهذا القانون . كما يقول Ihreing ، لم يكن يعرف من التصرفات القانونية الا ما كان له شكل قانوني ، وكان مظهره يبديه وكأنه تصرف قانوني ، اذ أن انعدام الشكل أمر كانت تنفر منه طبيعة الرومان الاقدمين . Thring : Lesprit du droit romain . Traducion Meulanarel t. II p.210

مشار إليه د. فائق محمود الشماع ، الشكلية في الأوراق التجارية ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، العدد ٢٠ ، السنة الثالثة عشر ، ١٩٨٧ ، ص١٢٣ .

(٦٢) د. فائق محمود الشماع ، الشكلية في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص١٢٤ ؛ وينظر د. طه عوض غازي ، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، نشأة القانون وتطوره ،المرجع السابق، ص١١٦ .

(٦٣) د. حسين عبدالقادر معروف ، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود ، المرجع السابق ، ص٨ .

(٦٤) محمد جمال عطية ، الشكلية القانونية ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص١٧.

(٦٥) انظر د. عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص٥٤ ؛ وليم سليمان قلادة ، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري ، اطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة- كلية الحقوق ، المطبعة التجارية الحديثة ، القاهرة ، ١٩٥٥، ص٨ .

(٦٦) د. حسين عبد القادر معروف ، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود ، المرجع السابق ، ص٩ .

(٦٧) د. زينة قدرة لطيف و د. عبدالله تركي عيال ، أثر الشكلية العلنية غير المباشرة على نفاذ العقد ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، مجلد٧ ، العدد٣٧ ، ٢٠١٨ ، ص٤٩.

(٦٨) د. زينة قدرة لطيف و د. عبدالله تركي عيال، أثر الشكلية العلنية غير المباشرة على نفاذ العقد، المرجع السابق، ص٤٩.

(٦٩) د. حسين عبدالقادر معروف ، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود ، المرجع السابق ص٩ .

(٧٠) وليم سليمان قلادة ، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري ، المرجع السابق ، ص٦١

(٧١) د. حسين عبد القادر معروف ، المرجع السابق ، ص٩ .

(٧٢) المرجع نفسه ، ص٥٥ .

(٧٣) د. جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، اطروحة دكتوراه ،جامعة القاهرة، ١٩٥٦، ص٣١٠ .

(٧٤) د. جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، المرجع السابق ، ص٣١١ .

(٧٥) انظر المادة (٤٠) من قانون التجارة العراقي .

(٧٦) د. صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الأوراق التجارية ، المرجع السابق ، ص١٣.

(٧٧) د. فائق الشماع ، الشكلية في الأوراق التجارية المرجع السابق، ص١٢٨.

(٧٨) د. حسين عبدالقادر معروف ، فكرة الشكلية وتطبيقاتها ، ص١٨٤.

(٧٩) المرجع نفسه ، ص١٨٥.

المصادر والمراجع

أولاً- الكتب القانونية

١. أحمد إبراهيم حسن ، أصول تاريخ القانون ، مع دروس في مبادئ القانون الروماني ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣.

٢. احمد محمد محرز ، السندات التجارية ، ط١، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٩٤.

٣. اكثم الخولي ، الأوراق التجارية ، مكتبة عبدالله وهبه ، مصر ، ١٩٧٠.

٤. ثروت عبدالرحيم ، القانون التجاري المصري ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٢.

٥. صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الأوراق التجارية ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٥.

٦. طه عوض غازي ، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، نشأة القانون وتطوره ، بدون مكان نشر ، ٢٠٠٦.

٧. طه عوض غازي ، محاضرات في فلسفة وتاريخ النظم في القانون المصري في العصر الروماني والإسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩.

٨. عبدالحي حجازي، السندات الأذنية، جـ١ ، ط١ ، الطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٧.

٩. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ط٣ ، نهضة مصر ، ٢٠١١.

١٠. عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧.

١١. علي البارودي ، الأوراق التجارية والافلاس ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، ٢٠٠٢.

١٢. علي حسن يونس ، الأوراق التجارية ، ط٢ ، مطبعة عين شمس ، القاهرة ، ١٩٩٢.

١٣. محسن شفيق ، القانون التجاري المصري ، الأوراق التجارية ، ط١ ، دار المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٥٤.

١٤. محمد حسن عباس ، الأوراق التجارية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧١.

١٥. محمد حسن عباس ، الأوراق التجارية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧١.

١٦. محمود ابو عافيه، التصرف القانوني المجرد، مطبعة جامعة فؤاد، القاهرة، ١٩٥٤.

١٧. محمود سمير الشرقاوي ، الأوراق التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣.

١٨. مصطفى كمال طه ، الأوراق التجارية ، ط١ ، مطبعة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٨.

١٩. يس محمد محمد الطباخ ، الاستقرار كغاية من غايات القانون ، دراسة مقارنة ، جامعة الاسكندرية- كلية الحقوق ، ٢٠١٢.

ثانياً- الرسائل والأطاريح

١. جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، اطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٥٦.

٢. حسن داخل عبد راضي ، الالتزام القانوني المجرد ، اطروحة دكتوراه ، جامعة كربلاء- كلية القانون ، ٢٠١٨.

٣. حسين عبدالقادر معروف ، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون – جامعة بغداد ، ٢٠٠٤.

٤. سعود بن عبد المحسن ، قاعدة التطهير من الدفوع دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية ، السعودية ، ٢٠٠٧.

٥. محمد جمال عطية ، الشكلية القانونية ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق – جامعة الزقازيق ، ١٩٩٣.

٦. وليم سليمان قلادة ، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري ، اطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة- كلية الحقوق ، المطبعة التجارية الحديثة ، القاهرة ، ١٩٥٥.

ثالثاً- البحوث القانونية

١. زينة قدرة لطيف و د. عبدالله تركي عيال ، أثر الشكلية العلنية غير المباشرة على نفاذ العقد ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، مجلد٧ ، العدد٣٧ ، ٢٠١٨.

٢. فائق محمود الشماع ، الشكلية في الأوراق التجارية ، يحث منشور في مجلة القانون المقارن ، العدد ٢٠ ، السنة الثالثة عشر ، ١٩٨٧.

٣. فرج ابراهيم عبدالله ، الحيازة في المنقول كسبب من اسباب كسب الملكية ، جامعة الازهر ، غزة ، ٢٠١١ .

رابعاً- القوانين

١. قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .

Sources and references

First - Legal books

1- Ahmed Ibrahim Hassan, The Origins of the History of Law, with Lessons on the Principles of Roman Law, University Press House, Alexandria, 2003.

2- Ahmed Muhammad Mahrez, Commercial Bonds, 1st edition, Dar Al-Maaref, Cairo, 1994.

3- Aktham Al-Khouli, Commercial Papers, Abdullah Wahba Library, Egypt, 1970.

4-Tharwat Abdel Rahim, Egyptian Commercial Law, 1st edition, Dar Al Nahda Al Arabiya, Cairo, 1982.

5-Salah al-Din al-Nahi, Al-Mabsoot fi Commercial Papers, National Publishing and Publishing Company, Baghdad, 1965.

6- Taha Awad Ghazi, Philosophy and History of Legal and Social Systems, The Origins and Development of Law, without place of publication, 2006.

7- Taha Awad Ghazi, Lectures on the Philosophy and History of Systems in Egyptian Law in the Roman and Islamic Era, Dar Al Nahda Al Arabiya, Cairo, 2009.

8-Abdel-Hay Hegazy, Promissory Notes, vol. 1, 1st edition, International Edition, Cairo, 1957.

9- Abdel Razzaq Al-Sanhouri, Al-Muwasit fi Sharh Al-Civil Law, Sources of Commitment, 3rd edition, Nahdet Misr, 2011.

10- Abdul Majeed Al-Hakim, Al-Mawjiz fi Sharh Al-Civil Law, Sources of Obligation, Legal Library, Baghdad, 2007.

11- Ali Al-Baroudi, Commercial Papers and Bankruptcy, University Press House, Alexandria, 2002.

12- Ali Hassan Younis, Commercial Papers, 2nd edition, Ain Shams Press, Cairo, 1992.

13- Mohsen Shafiq, Egyptian Commercial Law, Commercial Papers, 1st edition, Dar Al-Maaref, Alexandria, 1954.

14- Muhammad Hassan Abbas, Commercial Papers, 1st edition, Dar Al Nahda Al Arabiya, Cairo, 1971.

15- Muhammad Hassan Abbas, Commercial Papers, 1st edition, Dar Al Nahda Al Arabiya, Cairo, 1971.

16- Mahmoud Abu Afia, Abstract Legal Disposition, Fouad University Press, Cairo, 1954.

17- Mahmoud Samir Al-Sharqawi, Commercial Papers, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1993.

18- Mustafa Kamal Taha, Commercial Papers, 1st edition, Misr Press, Cairo, 1958.

19- Yassin Muhammad Muhammad al-Tabbakh, Stability as an Objective of Law, Comparative Study, Alexandria University - Faculty of Law, 2012.

Second - Theses and dissertations

1- Jamil Al-Sharqawi, The Theory of the Invalidation of Legal Action, doctoral thesis, Cairo University, 1956.

2- Hassan Dakhel Abd Radhi, Abstract Legal Commitment, PhD thesis, University of Karbala - College of Law, 2018.

3- Hussein Abdul Qadir Marouf, The Idea of Formalism and Its Applications in Contracts, PhD thesis, College of Law - University of Baghdad, 2004.

4- Saud bin Abdul Mohsen, The rule of purification from defenses, a comparative study, Master's thesis, Imam Muhammad bin Saud Islamic University, Saudi Arabia, 2007.

5- Muhammad Gamal Attia, Legal Formalism, a comparative study, doctoral thesis, Faculty of Law - Zagazig University, 1993.

6-William Suleiman Qalada, Expression of Will in Egyptian Civil Law, PhD thesis, Cairo University - Faculty of Law, Modern Commercial Press, Cairo, 1955.

Third: Legal research

1- Zeina Qudrah Latif and Dr. Abdullah Turki Ayal, The effect of indirect public formality on the enforcement of a contract, research published in the Journal of the College of Law for Legal and Political Sciences, Volume 7, Issue 37, 2018.

2- Faiq Mahmoud Al-Shamaa, Formalism in Commercial Papers, published in the Journal of Comparative Law, No. 20, Thirteenth Year, 1987.

3- Faraj Ibrahim Abdullah, Possession of Movables as a Reason for Gaining Ownership, Al-Azhar University, Gaza, 2011.

Fourth - Laws

1-Iraqi Trade Law No. 30 of 1984 .