Journal of Al-Farabi for Humanity Sciences Volume (8), Issue (1) July(2025)

ISSN: 2957-3874 (Print)
Journal of Al-Farabi for Humanity Sciences (JFHS)
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/95
مجلة الفارابي للعلوم الإنسانية تصدرها جامعة الفارابي

ماهية العقد المجرد وتطبيقاته (دراسة مقارنة)

م.د. حسين كركان حسين

جامعة واسط / كلية القانون / العراق

The nature of the abstract contract and its applications (comparative study)

Hussein Karkan Hussein Assistant Professor
halmayah@uowasit.edu.iq

الملخص

مما لا شك فيه أن السبب يلعب دوراً أساسياً في كثير من العقود التي تجري في واقعنا اليوم، ولكن هناك صنف خاص من العقود تبرم ولا يوجد لها سبب، وتسمى بالعقود المجردة، هذه الدراسة تسلط الضوء على هذا النوع من العقود وتضع رؤية قانونية متكاملة عنها وعن الالتزامات المترتبة عليها، والفرق بينها وبين تلك العقود التي تركن الى السبب كأساس من أهم أسسه، إذ تبطل بانتفائه وغيابه، وتثبت بتحققه ووجوده، ولأجل الوصول الى غايتنا فقد جاءت هذه الدراسة في مبحثين الاول منه يسلط الضوء على مفهوم العقد المجرد وكل ما يرتبط به ومميزاته والفرق بينه وبين العقود الأخرى، بينما جاء في المبحث الثاني النظر في الحماية القانونية في العقود المجردة عن السبب، وبيان مجموعة من التطبيقات العملية التي تثبت قانونية ومشروعية هذا النوع من العقود، ومن ثم خاتمة بأهم النتائج التي توصلنا اليها.الكلمات المفتاحية: العقد المجرد، السبب، القانون، الالتزام الوفاء.

Abstract

There is no doubt that the cause plays a fundamental role in many of the contracts that take place in our reality today, but there is a special type of contracts that are concluded without a cause, and they are called abstract contracts. This study sheds light on this type of contracts and sets a comprehensive legal vision about them and the obligations arising from them, and the difference between them and those contracts that rely on the cause as one of its most important foundations, as they are invalidated by its absence and nonexistence, and proven by its realization and existence, In order to achieve our goal, this study has been divided into two sections. The first section sheds light on the concept of the abstract contract, everything related to it, its features, and the difference between it and other contracts. The second section examines the legal protection in contracts that are abstract from the cause, and explains a group of practical applications that prove the legality and legitimacy of this type of contract. Then, we conclude with the most important results we have reached.

Keywords: Abstract contract, cause, law, obligation, performance.

أولاً: المقدمة

اذا كانت القاعدة العامة في اشتراط وجود السبب كركن في العقد فإن القوانين الخاصة المدنية منها والتجارية نصت على حالات استثنائية يكون التصرف فيها مجرداً حيث لا يدخل السبب كركن لازم لتكوينه ويصح بالتالي بصرف النظر عن وجود السبب أو انعدامه.وفي الفقه الإسلامي يوجد اتجاه يقرر ان هناك عقود لم تتضمن صيغتها ذكر السبب بمعنى الباعث، لا صراحةً ولا ضمناً فلا يبحث عن خارج العقد ولا يعتد به بل يكون العقد صحيحاً مستقلاً عن السبب ولما وجدنا ان هذا الموضوع لم يلق حظاً وافياً من البحث والتأصيل، لذا سنحاول عرض كل ذلك مفصلاً في هذا البحث.

ثانياً: أهمية البحث

تأتي أهمية الكتابة في هذا العنوان من ناحية أنه يقدم رؤية قانونية متكاملة وسياحة علمية في صورة من صور العقود، ألا وهي صورة العقد المجرد من السبب، من حيث المفهوم والآثار القانونية المترتبة على إبرامه، والالتزامات الناجمة عنه ومدى الاختلاف بينه وبين غيره من العقود التي يعتبر السبب ركناً اساسياً فيها.

ثالثاً: إشكالية البحث

يسعى هذا البحث للإجابة عن تساؤل مهم وهو مدى قانونية إجراء العقد المجرد من السبب ومدى الالتزامات المترتبة عليه، وهل حمى القانون مثل هذا النوع من العقود.

رابعاً: تقسيم البحث

سنقسم بحثنا هذا الى مبحثين: نخصص الاول لبيان مفهوم العقد المجرد، ونتناول في الثاني الحماية القانونية في العقود المجردة عن أسبابها وتطبيقاتها، ثم نختمه بخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: مفهوم العقد المجرد

إن فكرة العقد المجرد تعني وجود الارادة التي يعتد بها القانون على الرغم من تجردها من السبب، وسنتولى بيان مفهوم هذا العقد في ثلاث مطالب نبين في أولهما تعريف العقد المجرد ونخصص ثانيهما إلى تمييز العقد المجرد من بعض الأنظمة القانونية التي قد تشتبه به أما ثالثهما فنخصصه لبحث فكرة العقد المجرد.

المطلب الأول: تعريف العقد المجرد

من المعلوم ان السبب ركن من أركان الالتزام ولا يقوم الالتزام إلا به، على فرق ما بين معنى السبب في النظرية التقليدية ومعناه في النظرية الحديثة، وقد كان القانون الروماني لا يعتد بالسبب ولا بالإرادة ذاتها في العقود الشكلية، ثم أنتصر مبدأ الرضائية في القرون الوسطى على يد الكنسيين، فأصبحت الارادة وحدها مجردة من الشكل، ملزمة ولكن الارادة اذا كانت من جهة قد تجردت من الشكل فتحللت من هذا القيد، فهي من جهة أخرى قد اقترنت بالسبب فاستبدلت قيد السبب بقيد الشكل، اما الارادة المجردة من الشكل ومن السبب معاً فلا يمكن أن يسلم بها كقاعدة في قوانين تأخذ بالإرادة الباطنة كالقوانين اللاتينية، فإن الأخذ بالإرادة الباطنة معناه تحرر الارادة من عيوبها وان تقترن بسببها، ولكن الأخذ بالإرادة الظاهرة يجعل من اليسير أن تباعد ما بينها وبين الإرادة الباطنة كما تتجرد من السبب الذي حرك هذه الارادة ولا يبقى في مجال التعامل إلا هذه الارادة الظاهرة المجردة، وهذا ما يسمى بـ (التصرف المجرد)[١]، وبعبارة أخرى التصرف المجرد هو التصرف العاري عن سبب، وهو غير مقبول في ظل نظرية السبب التقليدية التي تشترط في السبب الوجود والمشروعية، كالتعهد بدفع مبلغ بلا سبب، ويقابله في التسمية التصرف المقيد وهو المستند إلى سبب ومجموعة القوانين الجرمانية التي تغلب اعتبار الارادة الظاهرة في التصرف تقبل مبدأ التصرف المجرد لأنه ادعى الى استقرار المعاملات[٢]وقانوننا العراقي ومثله السوري وأصلهما المصري، قد أخذ بمبدأ التصرف المجرد في عدة حالات منه الانابة في الوفاء فقد عدّ القانون التزام المناب في وفاء الدين تجاه المناب لديه صحيحاً وملزماً ولو كان التزامه تجاه المنيب باطلاً (المادة ٤٠٧ من القانون المدني العراقي النافذ)، ومن التصرفات المجردة أيضاً (الكمبيالة) اذ يلتزم الموقع بالإداء الى المحال اليه من دون النظر الى سبب التزامه تجاه المحيل ومثل ذلك التزام الكفيل تجاه الدائن فإنه تصرف مجرد لا يبحث فيه عن السبب.والالتزام العاري عن سببه الذي يلتزم به المدين بمجرد تحريره لا يملك المدين نقضه بإثبات أنه لا يقوم على سبب، وهذا النوع من الالتزام قد يقترب من السند الذي لا يعبر فيه عن سبب الالتزام وذلك لأن في كلتا الحالتين لا يذكر سبب الالتزام ومع ذلك فإن الفرق واضح بين الاثنين فإذا كان السبب غير مذكور في الحالتين فإن المدين في الالتزام المجرد لا يستطيع أن يثبت عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته، بينما يجوز ذلك للمدين بالتزام لم يعبر عن سببه، والنظرية التقليدية في السبب لا تعترف بالالتزام المجرد. ويلاحظ ان القانون الألماني يعترف بهذا النوع من الالتزام في المادة (٨٧٠) حيث لا يجوز للمدين في الأوراق التجارية أن يثبت عدم وجود سبب لالتزامه[٣].وتجدر الإشارة إلى أنه قد يوجد السبب عند ابرام العقد ثم ينعدم بعد ذلك ويتحقق هذا الغرض في العقود المستمرة[٤] مثال ذلك ان يؤجر شخص داراً له لآخر لمدة ثلاث سنين بأجرة قدرها (٣٠٠٠٠٠٠) ثلاثة ملايين دينار سبب لالتزام المستأجر بدفع الأجرة المتفق عليها هو التزام المؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة خلال هذه الفترة فإذا فرضنا ان العين المؤجرة هلكت بقوة قاهرة بعد مرور سنة على ابرام عقد الايجار فإن سبب التزام المستأجر بدفع الأجرة يزول بهلاك العين وبذلك ينقضي الالتزام لانقطاع سببه، وهذه الحالة تختلف عن العقد المجرد عن سببه

ابتداء منذ نشوء التصرف القانوني، فإن هذا الأخير يكون صحيحاً بغض النظر عن عدم وجود سببه.فالالتزام المجرد عن سببه كما يبدو لنا هو التزام صحيح في الحالات التي ينص عليها القانون، ومن المهم عد تعميم القول ببطلان العقود المجردة عن أسبابها أو ذكرها على أنها نوادر كما يرى أحد الفقهاء[٥] ذلك بقوله: (... ومن النادر أن يقدم الإنسان على التعاقد من غير سبب يدفعه اليه فالالتزام دون سبب عبث يصان العاقل عنه على أن هناك حالات قليلة يلتزم فيها المتعاقد ولا يكون لالتزامه سبب وأقصد بهذه الحالات السبب الموهوم و أوراق المجاملة ومثال السبب الموهوم ان يتخارج وارث مع شخص آخر يعتقد أنه وارث كذلك على أن يتخلى عن نصيبه في الميراث نظير مبلغ من النقود ثم يتبين ان هذا الشخص غير وارث، وفي هذه الحالة يبطل التخارج بطلاناً مطلقاً لانعدام السبب و ورقة المجاملة عبارة عن سند يمضيه شخص لمصلحة دائن صوري حلت الديون التي عليه للغير وليس لديه من النقد ما يكفي لسدادها)، فيرى الشخص الذي يمضي ورقة المجاملة أن يعطي هذا الدائن الصوري سنداً يتعامل به ويحصل على قيمته من طريق تحويله، حتى اذا حل ميعاد السند قام الدائن الصوري بتوريد قيمته الى المدين فيدفعها هذا الحامل السند.وأوراق المجاملة معروفة في القانون التجاري وهي باطلة بطلاناً مطلقاً لانعدام السبب فيها ولكن لا يمكن الاحتجاج بصورية سند المجاملة وانعدام السبب فيه على حامل هذا السند اذا كان حسن النية.فمن الواضح أن الرأي المتقدم محل نظر فالعقود المجردة عن اسبابها صحيحة اذا ما نص القانون على حالاتها، كما ان ما ذكر من مثال حول سندات المجاملة وانعدام السبب فيها، فإن قاعدة تطهير الدفوع بالتظهير المعروفة في القانون التجاري تؤكد الاقرار بصحة العقود المجردة ذلك انه لا يجوز التمسك في مواجهة المظهر اليه بالدفوع التي يمكن الاحتجاج بها على الساحب أو المظهر.

المطلب الثاني: تمييز العقد المجرد من بعض الأنظمة القانونية التي قد تشتبه به

يختلف العقد المجرد عن العقد المسبب المذكور السبب صراحة أو ضمناً في أمور كثيرة يجوز بيانها لإعطاء مفهوماً واضحاً للعقد المجرد هذا من جهة ومن جهة أخرى توجد عقود أو تصرفات قانونية تقترب كثيراً من العقد المجرد بيد أنها تختلف عنه في أمور أخرى يقتضي البحث منا ايضاحها فعلى سبيل المثال يجب التمييز بين العقد المجرد والعقد الغير المذكور سببه، وكذلك تمييزه من العقود التي يكون الدافع اليها التبرع وهذا ما سنبحثه وعلى النحو الآتي:أولاً: تمييز العقد المجرد من العقد المسبب ثانياً: تمييز العقد المجرد من العقد الغير المذكور سببه ثالثاً: تمييز العقد المجرد من العقود التي يكون الدافع اليها التبرع

أولاً: تميز العقد المجرد من العقد المسبب لما كان وجود السبب شرط أساسي فقد أنبنى على ذلك، على الأقل في القوانين اللاتينية، أن صار الأصل (التصرف المسبب) أي ان كل تصرف يجب ان يتوافر على سبب وإلا وقع باطلاً[٦]، ولذا فإن قانوننا لا يعترف إلا في حالات محدودة بما يسمى بالعقد المجرد وهذا يقتضي منا ايضاح كلا النظامين، تكون الأعمال القانونية المسببة في بعض التشريعات كالألماني لقاعدة عامة فهي تشتمل أغلب التصرفات المدنية يشترط في الأعمال القانونية هذه أن يكون السبب موجوداً وصحيحاً فإن لم يكن كذلك بطل التصرف القانوني، فالسبب في هذهِ التصرفات القانونية يعد ركناً من أركانها شأنه في ذلك شأن الرضا، ويلاحظ أنه يجوز باتفاق خاص تحويل التصرف القانوني المسبب إلى تصرف مجرد وذلك بفصل التصرف عن سببه[٧].أما العمل القانوني المجرد فهو كل عمل قانوني فصل عنه سببه. وتضم الأعمال القانونية المجردة طائفتين من التصرفات المدنية هما: عقود انتقال الملكية والعقود المجردة المنشئة للالتزام، فعقود انتقال الملكية تنتقل بها الملكية من دون اعتبار للسبب، ذلك أن الملكية في بعض القوانين كالألماني لا تنتقل بمجرد نشوء الالتزام بنقلها، بل لابد من تنفيذ هذا الالتزام بطريق عقد آخر هو عقد انتقال الملكية.أما العقود المجردة المنشئة للالتزام فمنها الأوراق التجارية والسندات والإنابة في الوفاء[٨].ومن خلال العرض المتقدم يتضح ان انعدام السبب في الأعمال القانونية المسببة يؤدي الى بطلان التصرف القانوني أما انعدامه في الأعمال القانونية المجردة فإنه لا يبطل التصرف المجرد ان يبقى هذا التصرف صحيحاً ونافذاً وكل ما يستطيع عمله المدين بدون سبب الرجوع الى دعوى الاثراء دون سبب لاسترداد ما دفع أو للتخلص من الالتزام الذي لم ينفذ بعد عن طريق الدفع بالإثراء بلا سبب.هنالك بعض التصرفات القانونية تعلق أو تقترن بشروط فهل هذا يعني ان هذه الشروط هي البواعث الدافعة للتصرفات وبالتالي تكون التصرفات مسببة وليست مجردة؟في الواقع أن الأسباب تختلف عن الشروط بمعنى أنه اذا جاء العقد محتوياً على شرط وغير مذكور السبب الدافع اليه لا صراحة ولا ضمناً فهو عقد مجرد وليس مسبب أي لا بد من التمييز بين الشرط والسبب أولاً ثم بيان حكم الشروط التي تكون في بعض الأحيان هي نفسها البواعث الدافعة للالتزام بالعقود.فيما يتعلق بالشق الأول، تمييز الشرط عن السبب فإن الشرط هو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع يتوقف على وجوده أو زواله وجود العقد أو زواله، وان السبب هو ركن من الأركان التي يقوم عليها الالتزام ولابد منه لكي يكون العقد صحيحاً غير باطل فالسبب اذن لابد من وجوده في كل تصرف ابتداءً إلى أن تنفذ كافة الالتزامات التي يوجدها العقد، وان تخلق في أي وقت من الأوقات قبل تنفيذ الالتزامات تكون التزامات الطرف الآخر من

دون سبب ان لم ينفذها بعد، ويكون له فسخ العقد وبالأحرى عدم تنفيذ التزاماته.أما الشرط فليس بأكثر من انه أمراً طارئاً على العقد أو زائداً عن الفعل يوقفه أو يزيله أن تحقق المعلق عليه بالفعل أو بالامتناع عن الفعل من قبل المشترط عليه، ويجعل العقد في الحالتين أما غير نافذ أو غير موجود إلا إذا تحقق الأمر المشروط أو يكون نافذ غير لازم إن كان الشرط فاسخاً، وفي الحالتين لابد من السبب ليكون التعليق على الشرط صحيحاً فإن لم يوجد سبب بطل العقد سواء أكان العقد معلق على شرط أو غير معلق.أما عن الشق الثاني الخاص بكون الشرط هو الدافع الى التعاقد فقد بينا ان الشرط يختلف عن السبب، فهو أمر طارئ زائداً على العقد، بينما السبب هو ركن من الأركان التي يقوم عليها العقد وجوداً أو عدماً، والشرط قد يكون مشروعاً وقد يكون مخالفاً للنظام العام أو للآداب، وفي الحالة الأخيرة للشرط، فرق المشرع العراقي في الحكم فجعل حكم الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام أو للآداب البطلان، ويبقى العقد صحيحاً، إلا اذا كان الشرط هو السبب الدافع للتعاقد، فإنه في هذه الحالة يبطل العقد معه[٩]، وحكم الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام هو بطلان الشرط وصحة التصرف أصلاً ولم يجعل المشرع العراقي الشرط الفاسد أي المخالف للنظام العام يبطل العقد لأنه كما يبدو لنا أن المشترط لو خيّر بين الشرط وبين العقد من حيث الأصل لأختار امضاء العقد وابطال الشرط فكان الأولى ان يجعل العقد صحيحاً والشرط باطلاً.ويمكن في هذا الصدد ايراد مثالاً على هذا النوع من الشروط هو شرط الامتناع عن التصرف، فإن هذا الشرط في الحقيقة لا يمكن أن يعد سببه الدافع الى التعاقد غير مشروع لأن سببه هو نية التبرع حقيقة ففيه الهبة المشروطة بهذا الشرط تكون غاية المشترط حفظ الهبة من الضياع، فالغاية نبيلة في حد ذاتها كما أن نية التبرع موجودة لديه، ولكن هذا الشرط مخالفاً للنظام العام فبطل وبقية العقد صحيحاً، فإن التبرع له صحيح لأن نية التبرع موجودة، كما أن شرط عدم الزواج بذاته نبيل هو تخليص ذرية الموهوب له من ضعف العقل، ولكن المشرع جعل هذا الشرط مخالف للنظام العام فبطل وبقي العقد صحيحاً[١٠].أما عن حكم الشرط الفاسخ الذي هو السبب الدافع الى التعاقد فإنه يبطل ويبطل معه العقد، لأن الشرط كان هو الغاية المباشرة المقصودة من التعاقد ولولا هذه الغاية ما أقبل على تعاقده أي أن الشرط أصبح هو السبب الدافع الى التعاقد، لأن السبب هو الغاية المقصودة من التعاقد، ولما كان هذا الشرط مخالف للنظام العام أو الآداب بطل بحكم القانون، وبطلان العقد ناتج من أن السبب إذا كان مخالف النظام العام أو للآداب يبطل العقد، لذا فالشرط الذي هو السبب الدافع الى التعاقد يبطل العقد وتأكيداً لذلك نص المشرع العراقي في المادة (٢/١٣١) من القانون المدني العراقي النافذ على أنه : (٢- كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب، وإلا لغا الشرط وصحّ العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً)مثاله شرط التحليل في عقد الزواج رجل من امرأة طلقها زوجها الأول ثلاثاً فإن سبب الزواج مخالف للنظام العام وللآداب فبطل.

ثانياً: تمييز العقد المجرد من العقد الغير مذكور سببه

الغرض الذي يكون فيه السبب غير مذكور في العقد أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي، تقابلها الفقرة الأولى من المادة (١٣٧) من القانون المدني المصري، وقد جاء النص على النحو الآتي: (١- ويفترض في كل التزام ان له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك).وقد كان المنطق القانوني يقضي بأن لدائن وهو المكلف بإثبات الدين، وهو الذي يثبت السبب لأن الدين لا يقوم بدونه، ولكن القانون المدني العراقي ومثله المصري، وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب، على أن القرينة قابلة لإثبات العكس، فإذا ادعى المدين ان للعقد سبباً غير مشروع سمع منه ذلك وكلف هو بإثباته، وله الاثبات بجميع الطرائق بما في ذلك البيئة والقرائن[١١].وهناك فرق بين عقد غير مذكور سببه وعقد مجرد: الأول إذا أثبت المدين ان له سبباً غير مشروع يكون باطلاً، أما الثاني فلا يبطل ولكن يدفع بدعوى الاثراء بلا سبب فيتخلص فيه المدين اذا كان لم يوفه أو يسترده اذا كان قد وفاه كما سبق وان اشرنا الى ذلك.ولتوضيح الأمر أكثر نقول انه يقتضي مبدأ (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) بأن الدائن هو المكلف بإثبات الدين، هو الذي يثبت السبب لأن الدين لا يقوم بدونه، ولكن النصوص المدنية العربية وضعت قرينة قانونية تفترض بمقتضاها أن للعقد سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب، على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس، فإذا ادعى المدين ان للعقد سبباً غير مشروع سمع منه ذلك وكلف هو بإثباته وله أن يثبت دعواه بجميع طرائق الاثبات بما في ذلك البيئة والقرائن ويلاحظ أنه اذا ادعى المدين أن سبب العقد غير مشروع واثبت ذلك فعليه أن يثبت أيضاً علم الدائن بهذا السبب غير المشروع ويستطيع الدائن اثبات ذلك العلم بجميع طرائق الاثبات لأن العلم واقعة مادية، أما انعدام السبب فانه يعني انه غير موجود والمتعاقدان على بيئة من ذلك. ومثال ذلك أن يوقع احد المتعاقدين اقراراً بدين بطريق الاكراه مع انه غير مدين في هذه الحالة يبطل العقد الذي وقعه الطرف المكره لانعدام السبب.يتضح مما تقدم أننا امام فرضين الأول: هو انعدام السبب، حقيقة أو حكماً والفرض الثاني هو عدم التعبير عن السبب ويختلف هذا الفرض عن الفرض السابق في أنه في الفرض السابق يكون سبب الالتزام

معدوماً أو غير موجود حقيقة، أما في هذا الفرض فالسبب موجود ولكنه غير معبر عنه في العقد. مثال ذلك أن يوقع شخص سنداً لآخر يتعهد فيه بانه مدين له بمليون دينار ولا يذكر في السند سبب التزامه فيما اذا كان قرضاً أو هبة أو غير ذلك، فالسبب هنا موجود ولكن غير معبر عنه في العقد وبالتالي يعد العقد صحيحاً ما لم يثبت المدين بأن التزامه من دون سبب[١٢]. وفي هذا الصدد يذهب أحد الفقها[١٣] إلى القول: (ان المدعى به اذا كان عيناً فلا يشترط لصحة الدعوى ذكر سبب التملك فيها بل يكفي ذكر الملك المطلق، لأن الحكم بالعين لا يختلف باختلاف السبب، فالحكم لا يختلف فيما اذا كان سبب الملكية هو الارث أو البيع أو الهبة أو الاحراز، وهذا بخلاف ما اذا كان المدعى به ديناً فلا بد لصحة الدعوى به من بيان سبب الدين ومنشئه لأن الحكم في الدين يختلف باختلاف السبب. مثلاً إذا كان الدين ناشئاً عن سلم فانه يلزم فيه بيان اداء العرض في المحل الذي وقع فيه الغصب أو الاتلاف، ولأن بعض أسباب الدين باطلة لا توجب ثبوت الدية في الذمة والوقوف على كون السبب صحيحاً يلزم بيان السبب في الدعوى).ومن الواضح تماماً تنافي فكرة العقد المجرد مع التسجيل لأن هذا الأخير يتضمن ذكر كل تفاصيل العقود ومنها السبب[١٤].

ثالثاً: تمييز العقد المجرد عن العقود بدافع التبرع

عقود التبرع والتفضل هي عقود مسببة، لأن نية التبرع عندئذ هي سبب لها، كعقد الهبة مثلاً، بخلاف العقد المجرد فهو من دون سبب.

المطلب الثالث: التطور التاريخي لظهور فكرة العقد المجرد

مر التطور التاريخي لظهور فكرة العقد المجرد عن سببه بمرحلتين:-

أولاً: الاتجاهات التقليدية لفكرة العقد المجرد.ثانياً: الاتجاهات الحديثة لفكرة العقد المجرد.

أولاً: الاتجاهات التقليدية لفكرة العقد المجردلم تظهر فكرة السبب في العهد القديم للقانون الروماني لطغيان فكرة الشكلية على العقود[١٥] فكان العقد ينعقد بإشكال و أوضاع خاصة ولم يكن للإرادة أي دخل في تكوينه، ولم تكن العقود الشكلية عقوداً بالذات بل كانت قوالب تصب فيها العقود، وكانت الأشكال اللازم توافرها لانعقاد العقد تسمى (السبب المدني)، فهي ليست سبباً للالتزام العقدي على النحو المعروف في القانون الحديث، فهي الشكل القانون اللازم لانعقاد العقد، ومن دون هذا الأخير لا ينعقد العقد، وهو في الوقت نفسه كاف لانعقاده سواء وجدت الارادة أم لم توجد، وسواءً وجدت صحيحة أم معيبة، اتجهت الى عرض مشروع أو غرض غير مشروع، فالشكل وحده لا الارادة هو الذي يوجد العقد، وحين تستبعد الارادة عن تكوين العقد فإن السبب يستبعد معها لأن السبب ليس إلا الغرض الذي تتجه اليه الارادة، كان هذا في العهد القديم القانون الروماني.أما في العهد المدرسي الذي يبدأ في حوالي سنة (١٢٠) قبل الميلاد فقد ظهر السبب عند ظهور بعض العقود غير الشكلية، فلما وجدت العقود الرضائية وبرز دور الارادة فيها ظهر السبب كأمر لازم لتلك الارادة[١٦]، وعلى ما يبدو لنا ان ظهور العقود الشفوية والالتزامات القولية[١٧] زاد من التوجه نحو العقود المسببة وهجرة فكرة العقود المجردة، وبموجب هذهِ النظرية التقليدية فإن السبب يشترط فيه ان يكون موجوداً ومشروعاً. فمثلاً المادة (١١٣١) من القانون المدني الفرنسي تنص على أن: الالتزام لا يكون له اثر أذا لم يكن قائماً على سبب، أو كان قائم على سبب غير صحيح أو موهوم، أو على سبب غير مشروع.وتحدد المادة (١١٣٣) من هذا القانون الحالات التي يكون السبب فيها غير مشروع، فنقضي بأنه: (يكون السبب غير مشروع إذا حرمه القانون، أو كان مخالفاً للآداب أو للنظام العام)، ومن هاتين المادتين تبين أن الشروط اللازم توافرها في السبب هي شرطان: ان يكون موجوداً، وان يكون مشروعاً، وبقدر تعلق الأمر بموضوع العقد المجرد سنركز على شرح الشرط الأول وجود السبب، كما ان الشرط الثاني شرط المشروعية، فإنه من الوضوح بمكان بحيث لن نفصل في شرحه أكثر من القول بأن السبب، بمقتضى النظرية التقليدية يكون مشروعاً اذا لم يكن مخالفاً للقانون ولا للنظام العام ولا للآداب، وفيما يخص الشرط الأول فإن النظرية التقليدية في السبب تشترط أن يكون موجوداً، ولما كانت هذه النظرية تعتبر سبب الالتزام في العقود الملزمة للجانبين إنما هو محل الالتزام المقابل فإن عدم وجود السبب معناه عدم وجود محل الالتزام المقابل ولما كانت هذه النظرية تعتبر سبب الالتزام في العقود الملزمة لجانب واحد إنما هو الواقعة التي تنشئ العقد، أي التسليم، فإن من مقتضى ذلك أن يكون عدم وجود السبب معناه عدم حصول الواقعة المنشئة للعقد، وان يكون معنى السبب الموهوم الغلط في حصول التسليم، وفيما يأتي أمثلة عملية على السبب غير الموجود أو الموهوم:-

١ – شخص يشتري شيئاً ثم تبين ان هذا الشيء كان قد هلك قبل البيع في هذا المثال سبب التزام المشتري، وهو المبيع، غير موجود.

٢ – وارث يعتقد ان المورث قد أوصى لشخص بشيء فيعطيه تعهداً بمبلغ من المال ثم يتبين ان الوصية باطلة أو أن الموصي كان قد رجع عنها، أو أن الدائن كان قد استوفى الدين.

٣ – إذا عقد شخص قرضاً ووقع الاقرار بالمديونية قبل أن يقبض مبلغ القرض ثم لم يقبضه، في هذه الحالة يكون الاقرار باطلاً لانعدام السبب[١٨].بيد أن نظرية السبب تعرضت لانتقادات طالبت بحذفها من القانون العام بحجة عدم فائدتها ولكونها مصدر للخلط والاضطراب وأنها ليست قانونية وان القانون اخطأ بتمييزه بين المحل والسبب وغير ذلك.إلا أن أقوى تلك الانتقادات هو ما وجه الفقيه (بلانيول) الى هذه النظرية من انتقاد مبني على أنها نظرية غير صحيحة أولاً وغير ذات فائدة ثانياً، فيستعرض (بلانيول) النظرية التقليدية في العقود الملزمة للجانبين والعقود العينية والتبرعات، ويرى بأن النظرية غير صحيحة في الحالتين على الأقل، فالنظرية التقليدية تقول بأن سبب الالتزام في العقود الملزمة للجانبين إنما هو الالتزام المقابل ويرى (بلانيول) على هذا بأن فيه استحالة منطقية، ذلك أن الالتزامين ينشأن في وقت واحد ومن عقد واحد، فلا يمكن أن يكون أحدهما سبب للآخر إذ أن الأثر والمؤثر أو السبب والنتيجة لا يمكن أن يكونا متعاصرين، وفيما يتعلق بالعقود العينية يقول بأن التسليم إنما هو المصدر الذي كون العقد ناشئاً الالتزام، فيختلط هنا السبب بالمصدر ويصبحان شيئاً واحداً.وفيما يتعلق بالتبرعات يرى أنه لا معنى للقول بأن السبب فيها هو نية التبرع اذ ما قيمة هذه الأخيرة إذا حررناها من البواعث التي دفعت اليها، أما نظرية السبب غير ذات فائدة فيعلله بأننا نستطيع الاستغناء عنها بأشياء أخرى وخاصة المحل، ويستنتج (بلانيول) مما تقدم ان نظرية السبب يمكن أن تلغى أو تحذف النصوص المتعلقة بها من القانون من دون أن يؤدي ذلك إلى أي اضطراب[١٩].بيد أن الاستاذ (كابيتان) دافع عن نظرية السبب معرفاً السبب بأنه (الغرض البعيد) وهذا الغرض يكون جزءاً متمماً أو ركناً في الاعلان عن الارادة المنشئة للالتزام، ثم يعرف الباعث بانه الدافع البعيد وهو أمر شخصاني يدفع الى التعاقد ولا يكون جزء من اتفاق الارادتين، وللتدليل على ان السبب ركن في الالتزام وانه بهذا الوصف يتمشى مع المنطق القانوني، يستعرض (كابيتان) أنواع العقود ليحدد السبب في كل منه، ومصدر الالزام العقدي أما ان يكون عقداً ملزماً للجانبين، أو عقد ملزماً لجانب واحد أو عقد تبرع، ويستنتج مما تقدم انه بدون الاستعانة بنظرية السبب فإننا لا نستطيع أن نبرر الأمور الثلاثة الآتية: الدفع بعدم التنفيذ وفسخ العقد لعدم التنفيذ وتحمل التبعة[٢٠].مما تقدم يتضح ان فكرة العقد المجرد تبرز عند خصوم أنصار السبب بينما تضعف عند السببين.

ثانياً: الاتجاهات الحديثة لفكرة العقد المجردظهرت هذهِ الاتجاهات مع تحول التصرف القانوني من تصرف رضائي إلى مجرد، بعد أن لوحظت الفوائد الجمّة التي يحققها اللجوء إلى فكرة العقد المجرد ومن ذلك انه يسد الحاجة إلى استقرار المعاملات فهناك فائدة كبيرة من تجريد الارادة الظاهرية على النحو المذكور.إذ بهذا التجريد يصبح التصرف غير قابل للأبطال لا من طريق عيوب الارادة ولا من طريق عيوب السبب، فالدائن في التصرف المجرد يستطيع أن يتمسك بحقه دون أن يستطيع المدين الدفع بإبطال التصرف لعيب في الإرادة أو لعيب في السبب، وكل ما يستطيع المدين هو أن يرجع بدعوى الاثراء على دائنه، فيدفع دعواه اذا لم يكن قد وفى الدين، أو يسترد ما دفع اذا كان قد وفى، ومن ثم يكون التصرف المجرد اداة قوية من أدوات الائتمان، تشتد حاجة التعامل اليها كلما اشتدت الحاجة الى الاستقرار، واذا كان التعامل يتنازعه عاملان: عامل احترام الإرادة وعامل الاستقرار، فان التصرف المسبب يستجيب للعامل الأول، ويستجيب التصرف المجرد للعامل الثاني، ومنذ انتكصت الشكلية في العقود وساد مذهب الرضائية، انتصر عامل الارادة على عامل الاستقرار، ولم يستطع عامل الاستقرار ان يسترد ما فقد إلا بظهور التصرف المجرد ففيه ينتصر على الارادة، ومن هنا كان تطور العقد من تصرف شكلي الى تصرف رضائي، ثم من تصرف رضائي الى تصرف مجرد تطوراً تعاقب فيه عاملا الاستقرار والارادة على مراحل متتابعة، كان الظفر في كل مرحلة منها لأحد العاملين على الآخر، ومن هنا أيضاً كان التصرف المجرد (رجوعاً مهذباً) إلى التصرف الشكلي يستجيب اليه في (جمعية بدائية)، ويستجيب اليه التصرف المجرد في (جمعية متحضرة)[٢١]، على أن التصرف المجرد . على شدة الحاجة اليه في استقرار التعامل وبخاصة اذا ما تقدمت التجارة وتشعبت سبلها واحتيج إلى أدوات ائتمان ثابتة . لم يظفر في القوانين اللاتينية، وهي التي تأخذ الارادة الباطنة، إلا بمكان ضيق محدود، وعلى النقيض من ذلك ظفر التصرف المجرد في القوانين الجرمانية، وهي التي تأخذ بالإرادة الظاهرة، بمكان رحب سما فيه الى مرتبة القاعدة، ولا غرابة في ذلك، فقد بينا ان التصرف المجرد يتمشى مع الارادة الظاهرة التي تأخذ بها القوانين الجرمانية ويتعارض مع الارادة الباطنة التي تأخذ بها القوانين اللاتينية[٢٢].ومن هذه الأخيرة يجدر بنا أن تركز على موقف المشرع العراقي وقد جاء في ملاحظات لجنة مشروع القانون المدني العراقي انه: (... وقد ذكر المشروع السبب دون أن يعين هل المراد المعنى الضيق الذي تفهمه النظرية التقليدية أو المعنى الواسع المفهوم للنظرية الحديثة وأرى أن نبقيه النص كما هو حتى يأخذ القضاء العراقي بكل من النظريتين، فيفهم السبب أولاً بالمعنى الذي تفهمه النظرية التقليدية وفي هذا المعنى فائدة سبق بيانها ثم يفهمه ثانية بالمعنى الواسع المفهوم في النظرية الحديثة)[٢٣]ويضيف على ذلك السيد منير القاضي قائلاً (أؤيد الأخذ بنظرية السبب وهي لا تتعارض مع الفقه الإسلامي بل تستند اليه)، واذا كان الفقه الاسلامي لم يضع نظرية بهذا العنوان ولم يبحث السبب بحثاً خاصاً فلا ينفي أن نفهم

من هذا ان الفقه لم يعرفها أو أنه أهملها ولم يجعل للسبب اعتباراً في العقود وان العقد المجرد من السبب باطل كما ان العقد ذا السبب غير المشروع باطل، يتبين هذا من الطرق الآتية:.

١- طريقة التقسيم: ان الفقهاء قسموا العقود الى عقود معاوضة وعقود تبرع وعقود توثيق وعقود حفظ، ولم يعرفوا غير هذه العقود ووضعوا لكل فرد من أفراد هذه الأقسام اسماً خاصاً، واذا نظرنا الى هذه التقسيمات نجد اعتبار السبب مفرداً مع كل تقسيم فالحصول على الغرض هو الأمر الباعث على المعاوضات، وقصد التبرع هو الباعث في عقود التبرع، والتوثيق هو السبب في عقود التوثيق .... وكأنهم قالوا عقود سببها المعاوضة وعقود سببها التوثيق وهكذا.

٢- طريقة التحريم: أنهم جرموا الربا بعلة ان الزيادة التي يحصل عليها المرابي لم تستند إلى سبب، فالعقد لم يستند بنظرهم الى سبب ولم يدخل ضمن أي قسم من أقسام العقود الآنفة الذكر المبنية على أسبابها، فكأنهم رأوا اذا عقد الربا عقد مجرد عن السبب، غير ان هذا التعبير لم يكن مألوفاً عندهم، شأنهم في كثير من القواعد المفصلة في الفقه الحديث ولها أساس في الفقه الإسلامي.

٣- طريقة البطلان: انهم أبطلوا بيع الميتة مطلقاً لأنها ليست مالاً في نظر البشر فكان البطلان مطلقاً.[٢٤] مما تقدم يبدو ان العقد المجرد عن السبب كانت في اذهان واضعو القانون المدني العراقي حتى ان رئيس اللجنة يورد مثالاً على التزام يقوم دون سبب فيقول (لنفرض ان شخصاً كان مديناً لآخر بمائة قنطار من القطن وقد سدد شريكه هذا الدين دون علمه، ثم أتى الدائن بعد ذلك بسند الدين وحمل المدين على تجديده بسند آخر جعل فيه الدين ألف دينار، فالدين القديم قد انقضى بالوفاء أما الدين الجديد وهو التعهد بدفع ألف دينار فهذا التزام لا نستطيع أن نقول انه باطل لعدم وجود السبب)[٢٥]. أما عن موقف المشرع في القانون المدني العراقي النافذ فإنه يتضح من نصوص هذا القانون وبالأخص نص المادة (١٣٢) منه التي ذكرناها سلفاً، أنه يعد السبب ركناً في العقد وفي الوقت نفسه ركناً في الالتزام ودليل اعتباره ركناً في العقد انه حين عرض لأركان العقد أدرج تحتها التراضي والمحل والسبب فضلاً عما نصت عليه الفقرة (٢) من المادة (١٣٧) من القانون المذكور بقولها: (فيكون العقد باطلاً إذا كان في ركنه خلل كأن يكون الايجاب والقول صادرين ممن ليس أهلاً للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع)، وأما عن اعتبار السبب ركناً في الالتزام فيتضح من نص المادة (١٣٢) من القانون نفسه إذا جاء في فقرتها الأولى بأن العقد يكون باطلاً اذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب، وتقرر في فقرتها الثانية بأنه يفترض في كل التزام ان له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد[٢٦]، الا انه ليس معنى ذلك ان المشرع العراقي لم يورد حالات استثنائية على نص المادة (١٣٢) المذكور ويقرر بذلك لفكرة العقد المجرد وجود بين أحكامه وسنعرض لتلك الحالات مفصلاً في المبحث الثاني من هذا البحث.

المبحث الثاني: الحماية القانونية في العقود المجردة عن أسبابها وتطبيقاتها

يكون في المعتاد جزاء لبطلان وسيلة حماية المتعاقد اذا كان هنالك خلل في ركن السبب في العقود المسببة، فكيف يكون الحل عندئذ اذا ما خلا العقد من السبب بأن كان مجرداً؟ وجدنا بعض الجزاءات المدنية التي تشكل حماية للمتعاقد وللغير في العقود المجردة منها: دعوى الاثراء بلا سبب وكذلك عدم السريان لتصرف القانون، هذا من جهة ومن جهة أخرى وجدنا تطبيقات عديدة للعقد المجرد في القوانين الخاصة وفي الفقه الإسلامي وسنبحثه في مطلبين وكالآتي :المطلب الأول: الحماية القانونية في العقود المجردة.المطلب الثاني: تطبيقات للعقود المجردة.

المطلب الأول: الحماية القانونية في العقود المجردة

سنعرض هنا وسيلتين اثنتين أولهما دعوى الاثراء دون سبب وثانيهما دعوى عدم السريان للتصرف القانوني، وعلى النحو الآتي:.

أولاً: دعوى الاثراء دون سبب.

ثانياً: دعوى عدم السريان للتصرف القانوني.

أولاً: دعوى الاثراء دون سبب

نصت المادة (٢٣٣) من القانون المدني العراقي النافذ على أنه:.

(١ – من دفع شيئاً ظاناً انه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق.

٢- واذا كان من تسلم غير المستحق سيء النية وقت التسلم أو بعده فانه يلزم أيضاً برد كل ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من الشيء وذلك من يوم أن تسلم غير المستحق أو من اليوم الذي أصبح فيه شي سيء النية، وفي كل الأحوال يلزم برد ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيد، من يوم رفع الدعوى، ويلزمه الضمان من وقت ان صار سيء النية اذا هلك الشيء أو ضاع ولو بغير تعد منه)، فانه لا يمكن القول بالبطلان في حالة انعدام السبب في التصرفات المجردة لأنها تبقى صحيحة ونافذة وكل ما يستطيع عمله المدين بدون سبب هو الرجوع إلى دعوى

الاثراء دون سبب (المدفوع دون حق) لاسترداد ما دفع أو للتخلص من الالتزام الذي لم ينفذ بعد عن طريق الدفع بالإثراء دون سبب.وفي الواقع فان دعوى الاثراء دون سبب تشكل حماية قانونية لكل حالات العقود المجردة عن اسبابها أياً كان نوعها لأنها في آخر المطاف ليس إلا وقائع عامة مجردة عن الدافع، ونقصد بها تلك الوقائع القانونية العامة التي تصدر عن مبدأ من المبادئ العامة للقانون، وانها لا يلزم ان تكون مقررة بنصوص عامة، وانما يمكن ان نستمدها مما جاءت به النصوص الخاصة من تطبيقات لتلك المبادئ سواء في ذلك أكانت هذه الوقائع وقائع مجردة أم وقائع متصلة بما قد يكون من دافع الى رفض التعاقد، ... وتصدر الوقائع العامة المجردة عما قد يكون من دافع الى رفض التعاقد، حسب ما يقرره الفقه القانوني[٢٧]، عن مبدأين من مبادئ القانون الخاص أحدهما مبدأ الاعتداد بالضرورة وما ينزل منزلتها، والأمر مبدأ اساءة الاستعمال في شقة المجرد عن الدافع.

ثانياً: دعوى عدم السريان للتصرف القانونيفي الواقع فان هذه الوسيلة مخصصة ليست لحماية الناقدين ذاتهما وإنما خلفهما الخاص باعتبار هذا الأخير من الغير، ولا نقصد بالغير هنا من يعتبرون أجانب تماماً عن التصرف وإنما يراد به من يخلف غيره في جزء من ذمته المالية، لأن عدم سريان التصرف فيما يخص الأجنبي تماماً عن العقد محكوم بالقاعدة العامة في نسبية اثر التصرف، فعدم السريان هنا هو ذلك الذي يكون في أحوال كان من المفروض ان يسري التصرف فيها على الخلف، ولكن تدخل فكرة الجزاء دون هذا السريان، وعدم السريان معناه عدم نفاذ التصرف في حق الغير مع بقاءه صحيحاً بين العاقدين، وعدم النفوذ ليس بطلاناً بل هو مجرد عدم سريان ولكن مع ذلك يشبه البطلان.ويحدد الفقه أسباب عدم السريان في قائمة جامعة بأنها:.

١- عدم استكمال اجراءات الشهر.

٢- مراعاة بعض الشكليات.

٣- عدم ثبوت التاريخ.

٤- أوراق الضد.

هـ - التصرفات التي يقصد بها الغش أو التي تفترض ذلك[٢٨].

وبعبارة أخرى ان حالات عدم سريان التصرف القانوني يمكن تقسيمها إلى قسمين رئيسيين:.

أولاً: حالات عدم سريان لسبب يتعلق بالشكل وهي الحالات الأربع الأولى.

ثانياً: حالات عدم السريان لسبب متعلق بالموضوع وأظهرها حالات عدم السريان بسبب الغش وحالات افتراضه.

ويمكن ان ندخل حالة التجرد من السبب ضمن القسم الثاني أو ضمن أوراق الضد، وبذلك يكون العقد المجرد صحيحاً بين عاقديه وغير سار فيما يتعلق بالخلف الخاص.اذا كان هذا هو موقف القانون من العقد المجرد فماذا عن موقف الفقه الاسلامي الذي هو مصدر مهم من مصادر القانون؟لو تصفحنا الكتب الفقهية الاسلامية لا تجد فيها بحثاً خاصاً عن سبب الالتزام كما هو موجود في كتب القوانين الوضعية فهل يعني هذا ان الفقه الاسلامي لا يعرف معنى سبب الالتزام؟ في الواقع ان الفقهاء المسلمين لم يعالجوا السبب كركن من أركان العقد ولكنهم تكلموا عنه بإسهاب في أصول الفقه، وهو في هذا العلم يحتل مكان هاماً ويتسع ليشمل جميع أعمال الانسان، من تصرفات قولية وفعلية، ولكن الفقهاء المسلمين اهتموا من جهة أخرى اهتماماً عظيماً بقصد الانسان ونيته عند قيامه بعمل من الأعمال، ورتبوا على هذه الأعمال من النتائج بحسب النية التي صاحبت القيام بها، وقد تكلموا عن النية والقصد في التصرفات القولية تحت عنوان (القصود في العقود) وإلا فالعقد باطل، فالفقه الاسلامي يعرف سبب الالتزام ويقيم عليه أهمية في وجود العقود وبقائها وانفساخها، وأول ما يثور هنا أن يكون السبب موجوداً حقيقة أي إلا يكون الالتزام واجباً على المتعاقد، فاذا كان واجباً عليه أصبح الالتزام غير صحيح، إلا يكون الالتزام واجباً على المتعاقد، فاذا كان واجباً عليه أصبح الالتزام غير صحيح، إلا اذا كان الملتزم يعلم ان ذلك الفعل يجب على الملتزم له ثم علق الالتزام عليه فانه يلزمه، ويحمل على انه إلا ان يرغبه في الاتيان بذلك الفعل، أو كان قد جعل له ربه فيه جعل فله الجعل علم بما حصل فيه أو لم يعلم، تكلف طلب هذه الأشياء أو لم يتكلف، فان أداء الواجب لا يجعل الالتزام الملتزم سبب يمكن به مطالبته، ومن ذلك إذا التزمت الزوجة لزوجها بشيء أن أذن لها بالحج، فانه التزام باطل، لأن أداء فريضة الحج واجب عليها، وعلى زوجها الا يمنعها لدون عذر، فان منعها لكي تلتزم له كان التزامها باطل، لأن هذا الالتزام لا سبب له مشروعاً، كمن التزم للشهود بان يدفع لهم مبلغاً من المال حتى يؤدوا شهادتهم فانه لا شيء عليه، الا اذا تركوا عملهم لأجل اداء الشهادة فلهم أجرهم[٢٩].ويشترط علاوة على وجود السبب ان يستمر وجوده حتى تنفيذ الالتزام نهائياً، فان زال السبب خلال مدة العقد فانه ينفسخ لعدم وجود سبب للالتزام، وأحسن تطبيق لذلك هو دوام الانتفاع بالمأجور مدة الاجارة فان انتفى الانتفاع بها تنفسخ بهذا السبب ومن الأمثلة الحية على ذلك

أيضاً الجانحة، فان سبب العقد كان موجوداً حين العقد ولكن حدثت قبل تسليم المعقود عليه آفة سماوية اجتاحت المعقود عليه من فيضان أو برد أو جراد، فان العقد ينفسخ لأن العقد أصبح دون سبب في الفترة بين العقد وبين المدة المحددة للاستفادة من المعقود عليه الذي هو غاية الطرف الآخر العاقد[٣٠].وبهذا الصدد عرضت قضية على مجلس المشاورين في قرطبة ملخصها ان رجلاً استدان من زوجته ثلاثين ديناراً وامهلته خمس سنين، ولكنه طلقها بعد سنة ونصف، فقاضته الزوجة تطلب حلول الدين وسقوط الأجل، فرفع القاضي أمرها إلى ذلك المجلس فأفتى ابن عتاب لمصلحتها، معللاً بأن هذا الاتفاق كان ملحوظاً فيه ود الزوجية فلما زال الغرض أصبح الأجل بلا سبب ومن ثم لزم أن يزول بزواله[٣١]. يتضح مما تقدم ان السبب في الفقه الاسلامي لابد أن يكون موجوداً من ابتداء العقد الى نهاية تنفيذه، فان ظهر مانع يمنع تنفيذه انفسخ العقد ولا يمكن أن يفسر الفسخ بغير السبب أو الغاية المقصودة من التعاقد. بيد ان ذلك لا يعني عدم وجود عقود لم تتضمن صيغتها ذكر السبب، لا صراحة ولا ضمناً، فلا يبحث عن السبب خارج العقد، ولا يعتد به، بل يكون العقد صحيحاً ومستقلاً عن السبب.وبهذا الصدد قيل انه: (ومن كان له عصيراً فلا بأس عليه بيعه، وليس عليه ان يقصد بذلك الى من يأمنه ان يتخذه خمراً دون من يخالف ذلك عليه لأن العصير حلال، فبيعه حلال كبيع ما سواه من الأشياء الحلال مما ليس على بائعها الكشف عما يفعله المشتري فيها)[٣٢]، فهنا بيع الرجل العصير من العنب الى مشتري ولا يذكر في العقد، لا صراحة ولا ضمناً، ان المشتري يقصد من العصر اتخاذه خمراً، فالبيع صحيح حتى ولو تبين ان المشتري قصد اتخاذه خمراً، ذلك ان الباعث هنا، وان كان غير مشروع، لم يذكر في العقد، فلا يعتد به، وهكذا يبدو ان الفقه الاسلامي يعرف العقد المجرد في حالات خاصة محدودة، والعقد المجرد، في هذا الفقه هو عقد جرد من سببه فلا يعتد فيه بالسبب، مثل ذلك عقد الكفالة، فالكفيل لا يستطيع ان يحتج على الدائن بما يحتج به على المدين، كما اذا كان أصل الدين غير مشروع كما لو كان ثمن خمر، ويعتبر ان الكفيل قد التزم مجرداً عن التزام المدين[٣٣].

المطلب الثاني: تطبيقات العقود المجردة

اذا كانت القاعدة هي اشتراط وجود السبب كركن في العقد، فان المشرع العراقي والمصري، وبقية التشريعات اللاتينية، قد نص على حالات يكون التصرف فيها مجرداً حيث لا يدخل السبب كركن لازم لتكوينه ويصح بالتالي العقد بصرف النظر عن وجود السبب أو إنعدامه ووجدنا تطبيقات لتصرفات قانونية متجردة عن السبب في القانون المدني العراقي وفي قوانين تجارية، وعليه سنعرض لها وكما يأتي:-

أولاً: تطبيقات العقد المجرد في القانون المدني ثانياً: تطبيقات العقد المجرد في القانون التجاري.

أولاً: تطبيقات العقد المجرد في القانون المدني

من أمثلة التصرفات المجردة في القانون المدني الانابة في الوفاء وحوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصي والتزام الكفيل نحو الدائن، وسنعرض لبعض منها بشيء من التفصيل وعلى النحو الآتي:.

١- التزام المناب التزام مجرد.

٢- التزام الكفيل نحو الدائن التزام مجرد.

١ - **التزام المناب التزام مجرد**وفي هذا تقرر المادة (٤٠٧) من القانون المدني العراقي وتقابلها بالصياغة نفسها المادة (٣٦١) من القانون المدني المصري، بأنه :(يكون التزام المناب صحيحاً حتى لو كان ملتزماً قبل المنيب وكان التزامه هذا باطلاً أو خاضعاً لدفع من الدفوع، ولا يبقى للمناب الا حق الرجوع على المنيب كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره).وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي، الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري: (ان الفكرة الجوهرية في الانابة هي ان تعهد المناب قبل المناب له تعهد مجرد واهم ما يتفرع على هذه الفكرة من الناحية العملية عدم جواز احتجاج المناب على المناب له بالدفوع التي كان للمنيب ان يتمسك بها قبل المناب له)[٣٤].سواء أكانت الانابة كاملة أم ناقصة، فان التزام المناب بالوفاء بالدين للمناب لديه فكان المنيب يكون مجرداً عن سببه أي عن العلاقة التي تربط المناب بالمنيب فاذا كان الدين الذي في ذمة المناب للمنيب باطلاً، أو كان قد انقضى، أو كان يصح دفعه بدفع آخر مع المنيب أو كان الدافع للمنيب على قبول الانابة غير مشروع في علاقته فليس أي شيء من ذلك اثر في التزام المناب اتجاه المناب لديه، ثم اذا ثبت أن دينه تجاه المناب لم يكن موجوداً أو كان باطلاً أو كان قد انقضى رجع عليه بما أوصى عنه، أما على أساس الوكالة أو الكسب بلا سبب على حسب الأحوال شأنه في هذا شأن من يوفي دين للغير، وليس هناك ما يمنع من الاتفاق على أن يكون للمناب التمسك بالدفوع التي كانت للمناب قبل المنيب، فمبدأ تجريد الانابة من الدفوع هو مبدأ مقرر لصالح المناب لديه الذي له أن ينزل عنه، وقد أراد المشرع بتجريد التزام المناب قبل المناب لديه، أن يحقق استقرار المعاملات وسرعتها، فلا يضطر المناب لديه الى البحث عما قد يشوب العلاقة بين المنيب والمناب من عيوب، ولذلك كانت للانابة اهميتها في المعاملات التجارية حيث تشتد الحاجة إلى الاستقرار والسرعة[٣٥]، ويلاحظ ان السبب في التصرف المجرد هو التزام يربط بين المدين والغير[٣٦].

٢ – **التزام الكفيل نحو الدائن التزام مجرد**أما في الكفالة فالكفيل ان يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين، المادة (١٠١٣) من القانون المدني العراقي النافذ، تقابلها المادة (٧٨٢) من القانون المدني المصري، والتي جاء نصها على النحو الآتي:.

(١– اذا كان الدين مؤجلاً على الأصيل، وكفل به أحد تأجل على الكفيل أيضاً. ٢ – واذا أجل الدائن الدين على الأصيل تأجل على الكفيل وكفيل الكفيل وان اجله على الكفيل الأول يتأجل على الكفيل الثاني، ولا يتأجل على الأصيل، ولكن التزام الكفيل نحو الدائن التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة ما بين الكفيل والمدين ولا يجوز للكفيل ان يتمسك ضد الدائن بالدفوع التي له ان يتمسك بها ضد المدين، فاذا كفل الكفيل المدين في نظير ان يوفي المدين ديناً آخر عليه مضموناً برهن يشغل عقار الكفيل ولم يعرف المدين بهذا الدين الآخر، فان التزام الكفيل نحو الدائن يبقى قائماً، ولا يجوز للكفيل ان يدفع دعوى الدائن بان المدين لم يوف بما تعهد به من تخليص عقار الكفيل من الرهن[٣٧].

ثانياً: تطبيقات العقد المجرد في القانون التجاري

تتجرد الأوارق التجارية بوجه عام من السبب، ذلك ان الورقة التجارية محرر شكلي وشكله هو السبب القانوني لنشوئه على الوجه الصحيح وترتب آثاره عليه والتزام كل موقع عليه بمبلغه قبل كل حامل شرعي بغض النظر عن أي سبب آخر عن أي تصرف سابق بين أطرافه أو أي باعث حمل الموقعين على التوقيع.كما ان الكمبيالة، بوجه خاص، تتجرد مثلها مثل بقية الأوراق التجارية عند تظهيرها من الدفوع. وسنعرض لهذين التطبيقين كمثالين للعقود المجردة في القانون التجاري وكما يأتي:–

١ – تجرد الأوراق التجارية عن السبب.

٢– عدم جواز الاحتجاج بالدفوع على حامل الكمبيالة.

١ – **تجرد الأوراق التجارية عن السبب** لقد كانت الأوراق التجارية في التشريعات القديمة وسيلة لتنفيذ عقد صرف سابق بين أطرافها تجنباً لنقل النقود، وصورة ذلك أن يقرض (أ) مبلغاً من المال لـ (ب) في بغداد على أن يستوفيه منه في تاريخ معين وهذا هو عقد الصرف المسحوب فيكتب المقترض للمقرض ورقة على وكيله أو مدينه في البصرة بأمره فيها بأداء مبلغ القرض، وبذلك كانت الورقة التجارية تقوم على سبب معين هو عقد الصرف المذكور ويشار الى هذا السبب عادة بعبارة (وصول القيمة) كقولهم والقيمة وصلتنا بضاعة أو نقداً، ولكن الأوراق التجارية في التشريعات الحديثة، وفي جملتها القانون المرعي في العراق، أصبحت مستقلة عن هذا السبب، وأصبح مبلغ الدين المذكور فيها يستمد وجوده من مجرد ذكره في ورقة تجارية اجتمعت لها شروطها الشكلية بغض النظر عن أي سبب آخر أي بغض النظر عن أية علاقة سابقة بين أطرافها وبناءً على ذلك يمكن القول ان ساحب الورقة التجارية حين سحبها يلتزم بأداء مبلغها بتوقيعه عليها والتزامه بهذا التوقيع بارادته المنفردة، وبمجرد هذا التوقيع في ورقة تجارية اجتمعت لها الشروط الشكلية اللازمة، ولا شأن لمن تسحب هذه أو تظهر لأمره بالعلاقات السابقة بين أطرافها ويظهر أثر تجرد الورقة التجارية عن السبب جلياً في قاعدة تحرير البوليصة من الدفوع بالتظهير[٣٨]، فالورقة التجارية محرر شكلي، وشكله هو السبب القانوني لنشوئه على الوجه الصحيح وترتب آثاره عليه والتزام كل موقع عليه بمبلغه قبل كل حامل شرعي بغض النظر عن أي سبب آخر عن أي تصرف سابق بين أطرافه أو أي باعث حمل الموقعين على التوقيع[٣٩]، وبعبارة أخرى نقول ان (شكلية الورقة التجارية هي التي ساعدت على تجردها من السبب)، اذ ان الورقة التجارية محرر مكتوب وفق أوضاع شكلية حددها القانون فيجب ان تتوافر في الورقة التجارية الشروط الشكلية التي نص عليها القانون وإلا فقدت الورقة قيمتها كورقة تجارية وامتنع تطبيق أحكام قانون الصرف عليها، ذلك أن القانون يربط صحة الورقة التجارية بتوافر بعض البيانات الشكلية، فيكفي ان يتحقق من تلقي أي ورقة تجارية من توافر هذه البيانات الشكلية من دون حاجة إلى أن يتحرى صحة العلاقات القانونية القائمة بين محرر الورقة والمسحوب عليه أو العلاقات القانونية بين من تداولوا الورقة التجارية فهذه العلاقات القانونية لا أثر لها على صحة الورقة التجارية[٤٠].وعلى سبيل المثال ان السند لحامله، كما يتضح من نصوص قانون التجارة العراقي النافذ، انه تصرف تجاري وهو من الأعمال التجارية الشكلية، وهذه الصفة الأخيرة تجعله خاضعاً لأحكام القانون الصرفي وبالتالي يتم تداوله بالمناولة اليدوية فقط بغض النظر عن العلاقات القانونية التي تربط الساحب بالمسحوب عليه.

٢– **عدم جواز الاحتجاج بالدفوع على حامل الكمبياله**[٤١]تمثل الكمبيالة تعهدات اتفاقية، لذلك يتعين ان يتوافر فيها الشروط اللازمة لصحة أي تصرف قانوني، وهذه الشروط هي الرضا والمحل والسبب، واذا كان سبب الالتزام في الكمبيالة من البيانات الالزامية التي يجب أن تتضمنها، فمن الملاحظ انه ليس لسبب السحب أية أهمية عملية بمجرد تظهير الكمبيالة الى الغير لأن هذا الأخير لا يهمه في حقيقة الأمر السبب الذي من أجله سحبت الكمبيالة، وتجدر الاشارة الى أن بعض الكمبيالات تتجرد من سببها في حالة كون ميعاد الاستحقاق محدد، بمجرد الاطلاع ويعني ذلك ان المستفيد أو حامل الكمبيالة بمجرد ان يطلع المسحوب عليه على الكمبيالة يحق له استيفاء قيمتها[٤٢].والواقع ان وصول القيمة هو السبب

الذي من أجله سحبت الكمبيالة فلأن الساحب مدين للمستفيد بمبلغ معين من النقود، قد يكون ثمن بضاعة اشتراها منه يقوم بتسوية هذا المبلغ عن طريق سحب كمبيالة على مدين له، هو المسحوب عليه ويذكر فيها وصول القيمة للدلالة على وجود السبب.وقد ذهب جانب من الفقه[٤٣]، الى عدم أهمية بيان وصول القيمة، اذ أن الورقة التجارية بمجرد خروجها من يد المستفيد عن طريق التظهير، لا يمثل سببها أية أهمية للحاملين اللاحقين وعلى ذلك تعد الكمبيالة، في أفضل تكييف لها تصرفاً مجرداً عن السبب لأنها سند يمثل حقاً قائماً بذاته بغض النظر عن السبب الذي أوجده وعدم أهمية السبب، التي تؤدي الى اعتبار الكمبيالة ورقة مجردة، هي التي تبرر قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع على حامل الكبيالة على النحو الذي سنوضحه.وتعني قاعدة (عدم جواز الاحتجاج بالدفوع على حامل الكمبيالة)، انه اذا ما انتقلت الكمبيالة الى المظهر فلا يجوز الاحتجاج في مواجهته بالدفوع التي كان من الممكن الاحتجاج بها في مواجهة الساحب أو المظهر، وتجد هذه القاعدة تبريرها في انه، لكي تستطيع الكمبيالة أن تلعب دورها كأداة ائتمان ووفاء، لا يصح وضع العراقيل أمام تداولها، فلو أجيز التمسك في مواجهة المظهر اليه بالدفوع التي يمكن الاحتجاج بها على الساحب أو المظهر لما أقدم أحد على قبول تظهير كمبيالة اليه ولدى ذلك الى شلها عن أداء وظائفها، ولأجل امكان تطبيق قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع على حامل الكمبيالة لابد من ان تتوافر عدة شروطها بعضها يتعلق بطبيعة الدفوع نفسها والبعض الآخر يتعلق بالحامل الذي انتقلت اليه الكمبيالة بطريق التظهير.فهنالك دفوع لا يجوز الاحتجاج بها على الحامل حسن النية، أما اذا كان سيء النية فانه يمكن مواجهته بهذه الدفوع :.

أ- بطلان العلاقة الأصلية أو عدم تنفيذها: لا يتدخل المظهر اليه في العلاقة المباشرة بين المظهر وسائر المظهرين أو بينهم وبين الساحب لذلك لا يجوز الدفع في مواجهته، إذا كان حسن النية لا يعلم بالغيب الذي يشوب العلاقة، ببطلان العلاقة الأصلية أو بعدم تنفيذها.

ب- انعدام السبب أو عدم مشروعيته: لا يمكن للمظهر اليه أن يتقصى وجود ومشروعية السبب الذي من أجله تم سحب الكمبيالة أو تم نقلها عن طريق التظهير، ومن ثم لا يجوز مواجهته في حالة حسن النية بانعدام السبب أو عدم مشروعيته وذلك خلافاً للقواعد العامة التي تقضي ببطلان التصرف الذي ليس له سبب أو له سبب غير مشروع.وتوجد دفوع أخرى كالدفع بعيوب الرضا والدفع بانقضاء الالتزام الصرفي لا مجال لها في موضوع بحثنا.وبعبارة أخرى فإن الدفوع التي يظهرها التظهير هي تلك الدفوع المبنية على العلاقات الشخصية القائمة بين من تقام عليه الدعاوى الصرفية وبين الساحب أو الموقعين الآخرين فهي تشمل اذن جميع وسائل الدفاع أو الطعن بعدم القبول التي بامكان المدين المطالب بالأداء التمسك بها استناداً على العلاقات التي تجمعه بالساحب أو بأحد المظهرين المتعاقبين وهذه الدفوع في غالب الأمر سابقة في قيامها على منشوء التزامه الصرفي كالمقاصة والإباء من الدين والفسخ، وقد تكون معاصرة لنشوء الالتزام كالدفع بالسبب المخالف للقانون[٤٤].

الخاتمة

يتبين لنا من خلال بحثنا المتواضع الموسوم بـ (فكرة العقد المجرد) الى عدة نتائج وتوصيات أهمها ما يأتي:-

أولاً: النتائج

١. ان المشرع العراقي قد ظل في مدار القوانين اللاتينية فاشترط في التصرفات ان تكون مسببة، ولم يسلم بالعقد المجرد إلا في حالات خاصة بذواتها.

٢. اذا كانت القاعدة العامة هي اشتراط وجود السبب كركن في العقد، فان القوانين الخاصة، المدنية منها والتجارية نصت على حالات استثنائية يكون التصرف فيها مجرداً، حيث لا يدخل السبب كركن لازم لتكوينه ويصح بالتالي بصرف النظر عن وجود السبب أو انعدامه.

٣. فكرة العقد المجرد تعني وجود الارادة التي يعتد بها قانوناً على الرغم تجردها من السبب، والارادة المجردة من السبب لا يمكن ان يسلم بها كقاعدة في قوانين تأخذ بالارادة الباطنة كالقوانين اللاتينية فان الأخذ بالارادة الباطنة معناه ان تحرر الأرادة من عيوبها وان تقترن بسببها، ولكن الأخذ بالارادة الباطنة معناه ان تحرر الارادة من عيوبها وان تقترن بسببها، ولكن الأخذ بالارادة الظاهرة يجعل من اليسير ان تباعد ما بينها وبين الارادة الباطنة كما تتجرد من السبب الذي حرك هذه الارادة، ولا يبقى في مجال التعامل إلا هذه الارادة الظاهرة المجردة.

٤. الالتزام العاري عن سببه، الذي يلتزم به المدين بمجرد تحريره لا يملك المدين نقضه باثبات انه لا يقوم على سبب، وهذا النوع من الالتزام قد يقترب من السند الذي لا يعبر فيه عن سبب الالتزام وذلك لأن في كلتا الحالتين لا يذكر سبب الالتزام ومع ذلك فان الفرق واضح بين الاثنين فاذا كان السبب غير مذكور في الحالتين فان المدين في الالتزام المجرد لا يستطيع ان يثبت عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته، بينما يجوز ذلك للمدين بالتزام لم يعبر عن سببه.

ثانياً: التوصيات

١. نوصي للتشريعات بشكل عام وللمشرع العراقي بشكل خاص بوضع تعريف محدد ودقيق لمفهوم العقد المجرد وإضافته لنصوص القانون المدني ونقترح ان يكون النص كالتالي (العقد المجرد: هو كل عقد يبرم بغض النظر عن سببه لاسيما في الاعمال القانونية المجردة).

٢. نوصي للقضاء بضرورة الوقوف الدقيق بصدد تطبيقات العقد المجرد لاسيما في القانون التجاري من ناحية الإثبات والتنفيذ.

٣. يُستحسن النظر في تطوير بعض العقود المدنية والتجارية باتجاه التجريد – خاصة في المجالات التي تتطلب سرعة وثبات في التعامل، مثل الكمبيالات والسندات الإذنية، لضمان الثقة والمرونة في الأسواق.

٤. نوصى بإجراء دراسات تحليلية أكثر تركيزاً على الاجتهادات القضائية في الدول المختلفة، لمعرفة مدى تبنّي القضاء لمفهوم العقد المجرد، وكيف يوازن بين شكله المجرد وحقوق أطرافه.

٥. يُستحسن إعداد نماذج عقود مجردة تستوفي متطلبات الشكل والالتزام القانوني دون الحاجة للتقابل في الالتزامات، لتُستخدم في المعاملات الرسمية والبنكية والإدارية.

الهوامش

١. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت – لبنان، ١٩٥٢م، ص٤٦٣.

٢. مصطفى أحمد الزرقا، شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام العامة، ج١، المصادر، ط٣، مطبعة الحياة، دمشق، ١٩٦٤م، ص٢٤٧.

٣. نقلاً عن د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٥٣م، ص٤٢٥.

٤. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام . مصادر الالتزام، ج١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٤٩م، ص١٤٢.

٥. د. حسن علي الذنون، المصدر نفسه، ص١٤٢.

٦. د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد . مصادر الالتزام، ط٢، مطبعة مصر، ١٩٥٤م، ص٢١٨.

٧. مالك دوهان الحسن، المصدر السابق، ص٤٥١ – ٤٥٢.

٨. المصدر نفسه.

٩. المادة (١٣١) من القانون المدني النافذ وتفرقة الشرط المخالف للنظام العام أو للآداب عن الشرط الذي هو السبب الدافع إلى التعاقد مسألة وقائع تظهر من العقد ومن القرائن والظروف التي أحاطت بالعقد.

١٠.د. عبدالله الجليلي، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام أو للآداب في القانون المدني . بحث مقارن، المطبعة العالمية، بالقاهرة، ١٩٥٨م، ص٤٢٢ – ٤٢٣.

١١.د. السنهوري، مصدر سابق، ص٤٨٤.

١٢.ينظر للمزيد من التفاصيل لـ د. عبد المنعم فرج الصده، الاثبات في المواد المدنية، ط٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٥٥م، ص٤٤ ؛ و د. مالك دوهان الحسن، المصدر السابق، ص٢٢٣ – ٢٢٥.

١٣.منير القاضي، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٧م، ص١٤.

١٤.شاكر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية في حق الملكية، ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٩م، ص١٠٦ – ١٠٨.

١٥.ينظر في الاجراءات الشكلية التي ظهرت لدى الرومان من الاشهاد والدعوى الصورية ، د. محمود سلام زناتي، نظم القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦م، ص١٦٠ – ١٦٤ ؛ و د. محمد عبد المنعم بدر، د. عبد المنعم البدراوي، مبادئ القانون الروماني . تاريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، ١٩٥٤م، ص٢٧٤ – ٢٨٠ ؛ و محمد معروف الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها، ج٢، حلب، ١٩٦٣م، ص٩١ – ٩٣.

١٦.د. مالك دوهان الحسن، مصدر سابق، ص٤١٣ – ٤١٤.

١٧.د. عمر ممدوح مصطفى، أصول تاريخ القانون، مؤسسة المطبوعات الحديثة، القاهرة، ١٩٦٠م، ص٢٠٧ – ٢٠٨ ؛ و مدونة جوستيان في الفقه الروماني، ترجمة عبد العزيز فهمي، ط١، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٤٦م، ص٢٠٦.

١٨.د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧م، ص٤٢٥ – ٤٢٧.

١٩.د. حسن الدنون، مصدر سابق، ص١٤٥ – ١٤٦.

٢٠.د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص٤٣٢ – ٤٣٣.

٢١.د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج١، ص٤٦٣ – ٤٦٤.

٢٢.د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج١، ص٤٦٣ – ٤٦٤.

٢٣.سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، ج١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٢م، ص١٢٥ – ١٢٦.

٢٤.سلمان بيات، المصدر نفسه.

٢٥.سلمان بيات، المصدر نفسه، ص١٢٧.

٢٦.وتجدر الاشارة الى وجود فرق بين (سبب الالتزام) و (سبب العقد) اذ ان الأول هو الثمرة المباشرة التي ينتظرها المدين، فمثلاً في عقد البيع يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع ويكون السبب المباشر لالتزامه هو الحصول على الثمن، اما سبب العقد فهو الباعث الدافع الى التعاقد أي الباعث الرئيسي أو الجوهري الذي حمل الشخص على إبرام العقد. ينظر للتفاصيل لـ د. شمس الدين الوكيل، دروس في العقد وبعض أحكام الالتزام، منشاة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦١م، ص١١٤ – ١١٥.

٢٧.د. جلال علي العدوي، الاجبار القانوني على المعاوضة، سلسلة رسائل الدرجات العلمية من جامعة الاسكندرية، مطبعة جامعة الاسكندرية، ١٩٦٥م، ص٣١١.

٢٨.د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦م، ص١٤٢ – ١٤٤.

٢٩.شمس الدين محمد ابن محمد الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق: عبد السلام محمد الشريف، ط١، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م ، ص١٨٩ – ١٩١.

٣٠.عبدالله الجليلي، مصدر سابق، ص٤٠٢.

٣١.د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية، ج٢، ط٢، دار العلم للملايين، بيروت،١٩٧٢م ، ص٩٢ – ٩٦.

٣٢.مختصر الطحاوي، ص٢٨٠ نقلاً عن د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي . في مصادر الالتزام (١٩٨٠م)، ج١، طبع على نفقة جامعة بغداد، ١٩٨٩م، ص١٠٨ – ١٠٩.

٣٣.د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، المصدر نفسه، ص١٠٩.

٣٤.محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، مكتبة القاهرة الحديثة، بلا سنة نشر، ص٣١٢.

٣٥.د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، ج٢، المصدر السابق، ص٢٨٩. ٢٩٠.

٣٦.د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، ط٢، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ١٩٨٩م، ص٨١ – ٨٢.

٣٧.د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، مصدر سابق، ص٤٧٠.

٣٨.د. صلاح الدين الناهي، مبادئ القانون التجاري وقانون المكاسب، مطبعة دار الجاحظ، بغداد، ١٩٦٧م، ص٩٠٨.

٣٩.د. اكرم ياملكي، القانون التجاري – الأوراق التجارية، ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٦م، ص٤.

٤٠.د. محمد اسماعيل علم الدين، القانون التجاري، مطابع جامعة حلوان، القاهرة، بلا سنة نشر، ص٩٩.

٤١.الواقع ان هذا المبدأ ينطبق على بقية الأوراق التجارية وقع اختيارنا على الكمبيالة هنا كنموذج لتطبيق قاعدة تظهير الدفوع عليه.

٤٢.د. علي البارودي، و د. محمد فريد العريني، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٧م، ص٦٤٦ – ٦٤٧.

٤٣.د. علي البارودي، و د. محمد فريد العريني، المصدر نفسه، ص٦٥٢ – ٦٥٤.

٤٤.د. صلاح الدين الناهي، المصدر السابق، ص٧٠ – ٧١.

المصادر والمراجع

١. د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد . مصادر الالتزام، ط٢، مطبعة مصر، ١٩٥٤م.

٢. د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، ط٢، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ١٩٨٩م.

٣. د. اكرم ياملكي، القانون التجاري – الأوراق التجارية، ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٦م.

٤. د. جلال علي العدوي، الاجبار القانوني على المعاوضة، سلسلة رسائل الدرجات العلمية من جامعة الاسكندرية، مطبعة جامعة الاسكندرية، ١٩٦٥م.

٥. د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦م.

٦. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٤٩م.

٧. د. شمس الدين الوكيل، دروس في العقد وبعض أحكام الالتزام، منشاة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦١م.

٨. د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية، ج٢، ط٢، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٢م.

٩. د. صلاح الدين الناهي، مبادئ القانون التجاري وقانون المكاسب، مطبعة دار الجاحظ، بغداد، ١٩٦٧م.

١٠.د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت – لبنان، ١٩٥٢م.

١١.د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧م.

١٢.د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي. في مصادر الالتزام (١٩٨٠م)، ج١، طبع على نفقة جامعة بغداد، ١٩٨٩م.

١٣.د. عبد المنعم فرج الصده، الاثبات في المواد المدنية، ط٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٥٥م.

١٤.د. عبدالله الجليلي، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام أو للآداب في القانون المدني. بحث مقارن، المطبعة العالمية، بالقاهرة، ١٩٥٨م.

١٥.د. علي البارودي، و د. محمد فريد العريني، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٧م.

١٦.د. عمر ممدوح مصطفى، أصول تاريخ القانون، مؤسسة المطبوعات الحديثة، القاهرة، ١٩٦٠م.

١٧.د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٥٣م.

١٨.د. محمد اسماعيل علم الدين، القانون التجاري، مطابع جامعة حلوان، القاهرة، بلا سنة النشر.

١٩.د. محمد عبد المنعم بدر، د. عبد المنعم البدراوي، مبادئ القانون الروماني. تاريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، ١٩٥٤م.

٢٠.د. محمود سلام زناتي، نظم القانون الرماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦م.

٢١.سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، ج١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٢م.

٢٢.شاكر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية في حق الملكية، ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٩م.

٢٣.شمس الدين محمد ابن محمد الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق عبد السلام محمد الشريف، ط١، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م.

٢٤.محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، مكتبة القاهرة الحديثة، بلا سنة نشر.

٢٥.مدونة جوستيان في الفقه الروماني، ترجمة عبد العزيز فهمي، ط١، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٤٦م.

٢٦.مصطفى أحمد الزرقا، شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام العامة، ج١، المصادر، ط٣، مطبعة الحياة، دمشق، ١٩٦٤م.

٢٧.منير القاضي، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٧م.

٢٨.محمد معروف الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها، ج٢، حلب، ١٩٦٣م.