The Law Journal for Researches Studies
University of Thi-Qar
College of Law

مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية

https://utq.edu.iq/thiqar UTjlaw@utq.edu.iq

الاساس القانوني للتصرف التجاري المستقل

أ.د. مرتضى جمعة عاشور
Alkhafaji333@yahoo.com

غفران حسين كريم
Vwxyz6839@gmail.com

مستخلص البحث:

يقوم القانون التجاري على الائتمان والسرعة في المعاملات وهذا ما يجعل طبيعته مرنة، واستجابة لمتطلبات السرعة فان هذا القانون يحاول قدر الامكان خلق الثقة في الاوضاع الظاهرة، وذلك من خلال عدة ضمانات واهم هذه الضمانات هو التصرف التجاري المستقل .

فهذه الاستقلالية تحصن المتعامل ضد اغلب الدفعات التي يمكن ان يباغت بها، ولم يكن سببا بها او على علم بها وكذلك لا سبيل له للعلم بها، وعليه فان تعطيل اثر هذه الدفعات هو ما تنتجه الاستقلالية، على ان هذا التعطيل ليس مطلقا فله ما يحد منه، ويتمثل المعيار في كون العلاقة التي تربط الطرفين مباشرة او غير مباشرة، وعلى الرغم مما يتمتع به التصرف التجاري المستقل من خصوصية فانه يخضع في بعض جنباته للقواعد العامة .

الكلمات المفتاحية: التصرف المستقل، التصرف المجرد، قاعدة التطهير من الدفعات.

المقدمة:

القاعدة العامة في القانون ان فكرة العدالة هي السائدة في نطاق التصرفات، فلا يمكن الزام شخص باي التزام لم تتجه ارادته اليه، ويجب ان تتجه ارادته الى ذلك الالتزام اتجاها صحيحا، فان لحق تلك الارادة عيب و انحرفت عن الاتجاه الصحيح فليس من العدل ان يبقى الشخص ملتزما بهذا الالتزام الذي لو وعى حقيقته لما قبل به .

وعلى اساس فكرة العدالة في نطاق التصرفات فان التصرف الذي يشوبه عيب معين يكون باطلا او قابلا للابطال، وهذا مجرى الامر في نطاق التصرفات الثنائية، اي فيما بين اطراف التصرف المباشرين

الا ان القاعدة السابقة ترتبك اذا تعلق الامر بغير اطراف التصرف المباشرين، فان تعلق الامر بطرف ثالث لم يشارك في هذا التصرف، فحتى فكرة العدالة تأبى الزامه بتصرف لم يكن طرفا فيه. فهذا الشخص يتلقى حقا قانونيا من احد اطراف التصرف، مما يعني ان مباغتته بدفعات تصرف لم يكن طرفا فيه ولا علم له بهذه الدفعات او لا سبيل له للعلم بها، امر يؤثر بصورة سلبية وبدرجة كبيرة على استقرار التعامل، ويؤثر بشكل فعال في تداول الحقوق وانتقالها من ذمة الى اخرى، وتعطيل اثر هذه الدفعات هو ما يعرف باستقلال التصرف .

اولاً: أهمية الموضوع

ازدياد العمليات التجارية في العصر الحالي، خاصة وان هذه العمليات ليس محلها النطاق المحلي فحسب بل النطاق العالمي، مما ادى الى كثرتها وانتشارها وتسللها الى ميادين النشاط الانساني بصورة فعالة بحيث اصبحت ضرورة لا غنى عنها، وهذه العمليات متداخلة ومترابطة مع بعضها البعض وبالتالي فان عدم وجود خاصية الاستقلال فيها يعني ارتباك تلك العمليات وعجزها عن القيام بوظيفتها الاساسية. الاستقلالية التي تحصن المتعامل بها ضد كل دفع ذات طابع شخصي خاصة وان المتعامل ليس سببا في ذلك الدفع ولا علم او لا سبيل له للعلم به، وبالتالي فان التصرف التجاري المستقل غايته ومبتغاه تعطيل تلك الدفعات .

ثانياً: إشكالية الموضوع

دراستنا للتصرف التجاري المستقل تجعلنا في مواجهة مباشرة لابرز الاشكالات القانونية والفقهية التي يتضمنها التصرف التجاري المستقل، ولعل المشكلة الاساسية تكمن في تحديد الاساس القانوني السليم لهذا التصرف، بالاضافة الى تحديد الضابط الاساسي الذي به يتحدد كون التصرف مستقلا من عدمه .

ثالثاً: منهجية البحث

ولحل ما تقدم ذكره من اشكاليات فقد اعتمدنا المنهج التحليلي الاستقرائي، من خلال استقراء الحقائق القانونية في نطاق البحث، ومن ثم مزاوجة هذا المنهج بالمنهج التحليلي بتحليل ما وقفنا عليه من قوانين واراء فقهية واحكام تخص الموضوع

رابعاً: خطة البحث

تم تقسيم البحث في موضوع (الاساس القانوني للتصرف التجاري المستقل) إلى مقدمة وتمهيد ومطلبين وخاتمة، حيث تناولت المقدمة أهمية الموضوع والاشكالية التي يثيرها والمنهج المتبع وخطة البحث، وتناول التمهيد بيانا لتعريف التصرف التجاري المستقل، أما المطلب الأول فتناول النظريات القائمة على الاكتساب الإستخلافي، وعلى فرعين، تطرقنا في الأول إلى نظرية الحوالة، فيما تناول الثاني نظرية الانابة المقترنة بالكفالة، أما المطلب الثاني فخصص لبيان النظريات القائمة على الاكتساب الاصلي، وعلى فرعين أيضاً تناول الأول نظرية الارادة المنفردة، فيما خُصص الثاني منها للتضامن .

تمهيـــــد:

التعريف بالتصرف التجاري المستقل:

يعد التصرف التجاري المستقل من اهم ضمانات القانون التجاري وذلك لأنه يعزز الثقة في هذا النشاط استجابة لمتطلبات السرعة والائتمان وهما ما يتميز به هذا النشاط، ولكي نتعرف على التصرف التجاري المستقل سنتطرق الى تعريفه كتمهيد .

اختلف الفقه في بيان ماهية التصرف التجاري المستقل، وذلك باختلاف جوهر الفكرة التي بني عليها وجهة نظره، واختلف جزئيا في احيان اخرى، فكان جوهر الفكرة واحدا واختلفت طريقة العرض باختلاف المصطلحات التي تناولها القائلون بها ومن خلال استعراض التعريفات سيتضح لنا هذا الاختلاف.

فذهب القسم الاول الى تعريف التصرف المستقل، بالتركيز على عاملي السبب وعيوب الارادة[1]، فعرفه الدكتور عبد الحي حجازي بانه "التصرف الذي لا سبب له"[2]، اي انه التزام يجب تنفيذه حتى لو ثبت انه بدون سبب او بسبب غير مشروع، وهذا الاتجاه يفصل التصرف عن سببه غير معط اية اهمية للسبب و الذي هو اساس كل التزام .

ووفقا لرأي الدكتور عبد الحي حجازي فان الحق الذي ينشأ من السند هو حق اصيل مستقل قائم بذاته، لا يرتبط بالعلاقة الاساسية التي ادت الى انشائه، و مستقل عن اية علاقة نشأت بين كل من تداول السند فيما بينهم، فمثلا في الاوراق التجارية يكتسب الحامل حقا مجردا خالصا لمجرد كونه مالكا لهذا السند[3] .

ويقول خصوم هذه الفكرة ان "السبب لا يستمد قيمته من ان القانون اشترطه، بل ان فكرة السبب فكرة منطقية تفرضها طبيعة الاشياء، وبما ان السبب يستحيل عقلا ان نستغني عنه فان التصرف المستقل - بوصفه التصرف الصحيح بغض النظر عن سببه – يستحيل عقلا ان نسلم به"[4] .

فلا غنى للالتزام [5]، عن السبب[6]، فالسبب "هو علة الرابطة القانونية والدافع اليها"[7]، بل ان الدكتور عبد الرزاق السنهوري يرى ان السبب ليس شرطا يلزم توافره في الشيء فحسب "بل هو الشيء ذاته"[8]، فكيف يمكن ان ينعدم السبب ويبقى التصرف صحيحا قائما ؟

وفي الرد على هذه الفكرة يقول الدكتور علي فوزي " والسبب قد يكون بمعنى الغرض المباشر وفق النظرية التقليدية وقد يكون بمعنى الباعث الدافع وهذا وفق النظرية الحديثة في السبب، لذا فان فكرة السبب القصدي لا تصلح ان تكون معيارا لاستقلال التصرف لان الاستقلال يشمل ما هو اهم من ذلك، وهو عدم مشروعية السبب وعيوب الارادة لان الخطورة على استقرار التعامل تبدو اوضح في هذا النطاق، وفكرة الباعث الدافع لا تصلح ايضا، لان الاستقلال لا ينصب على الباعث فقط، بل يشمل عيوب الارادة ايضا." [9] .

وعرفه اخرون على وفق جوهر التعريف الاول بانه " التصرف الذي تتجرد فيه الارادة الظاهرة عن السبب الذي حرك الارادة الباطنة"[10]، ويقصدون بذلك ان يتجرد التصرف من عيوب الارادة اضافة للسبب.

وما يوجه الى هذا الرأي من نقد، هو ان التعريف يقصر التجريد على السبب و عيوب الارادة دون الدفعات الاخرى الممكنة كالبطلان و الفسخ والمقاصة[11]،اضافة الى انه يخالف قاعدة عامة وهي ان الارادة الظاهرة يجب ان تتفق في التعبير مع الارادة الحقيقية[12] .

والقواعد التي تحمي الارادة والسبب من النظام العام فهي قواعد عامة جاءت لمصلحة المجتمع وحماية الرضاء، وبالتالي فان الزام شخص رغم ارادته[13] مخالفة بينة لاحكام القانون[14]، فعيوب الارادة انما هي من النظام العام ومثلها السبب، وذلك لان السبب انما هو وثيق الاتصال بالارادة فهي لا يمكن ان تتحرك دون ان يكون هناك سبب تتجه اليه[15] .

ونحن اذا ما نظرنا الى تعريف التصرف القانوني وجدناه، اتجاه الارادة لاحداث اثر قانوني[16]، فجوهر التصرف هو الارادة، واذا كانت الارادة مصدر الرضاء[17]، والرضاء يجب ان لا يكون معيبا، فكيف بجوهر التصرف ولبنته الاساسية ؟

وذهب القسم الثاني[18]، في تعريف التصرف التجاري المستقل الى فكرة مفادها " ان الاستقلال يجعل السبب مفترضا"[19]، فالطرفان يوافقان مقدما على ان دعوى الدائن في مواجهة المدين تكون مقبولة دون ضرورة لان يثبت الدائن السبب، فالسبب قد يكون غير مشروع، فلا يكلف الدائن باثبات مشروعية سبب التزام المدين، بل على المدين اثبات عدم مشروعية التزامه، فان استطاع المدين ذلك بطل التصرف[20] .

ووفقا لهذا الرأي فان هناك قرينة قانونية تقبل اثبات العكس، قرينة على ان السبب صحيح، وهذه القرينة بسيطة تحور سير الدعوى فينقلب عبء اثبات السبب على المدين، ومن اية ناحية قلبنا هذا التعريف لا يمكن ان ينسب للتصرف المستقل، فليس فيه ملامح الاستقلال ولا الاثار التي يرتبها القانون عليه و مرد ذلك:-

من ناحية الملامح، فلا تتوافر فيه ملامح التصرف المستقل وقسماته، لان الاستقلال يشرع عادة حينما يكون هناك شخصٌ قد تأثر حقه بالدفعات الناتجة عن علاقة قانونية لم يكن طرفا فيها، فيكون هناك طريق قانوني انتقل او ثبت عبره حق ناشيء عن علاقة قانونية لشخص اجنبي ليست له صلة بتلك العلاقة، فيرى المشرع ان هناك ضرورة للحافظ على الحق الناشيء لهذا الشخص، وذلك حفاظا منه على استقرار التعامل [21] .

وبهذه الطريقة يشجع نمو الاقتصاد، ولكي يحقق المشرع ذلك يمنح فاعلية وقوة للحق الذي اكتسبه هذا الشخص فيجعله حقا واجب الاداء بغض النظر عن العلاقة الاساسية التي انشأته، وهذا الغرض غير متحقق وفق فكرة افتراض السبب ونقل عبء الاثبات لان الحق في علاقة الدائن والمدين لم ينتقل الى غيرهم [22] .

واما من ناحية الاثار، فان الاستبعاد يجب ان لا يقتصر على السبب فحسب، بل لا بد ان يشمل عيوب الارادة وكل دفع اخر كالانقضاء والفسخ والبطلان [23]، ونحن نرى ان هذه الفكرة لا تمت للتصرف المستقل بصلة، وانما هذا خلط بين التصرف المستقل والتصرف غير المسبب[24].

وقد قيل[25] بان المشرع العراقي قد اشار الى التصرف المستقل وذلك في نص المادة 132 في فقرتها الثانية[26] اذ تنص (ويفترض في كل التزام ان له سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك)، وحسب هذا الرأي فان المشرع قد اقرً مقدما بان ذكر السبب ليس واجبا في العقد، والقانون انما يفترض السبب لتحقيق الاستقرار في المعاملات وهذا من اهداف التصرف المستقل[27] .

ونحن وان كنا نتفق في ان تحقيق الاستقرار في المعاملات هو من اهداف التصرف التجاري المستقل، وان ذكر السبب ليس واجبا في العقد، الا اننا لا نرى في هذا النص اية اشارة للتصرف المستقل، حيث ان المشرع العراقي قد جعل القاعدة العامة ان السبب ركن في الالتزام لا يقوم الالتزام من دونه في نص المادة انفة الذكر في فقرتها الاولى اذ تنص (يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب ...)، والملاحظ ان المشرع لم يشترط ذكر السبب في التصرف، وهذا ليس اقرارا منه بالتصرف المستقل بل هو نقل لعبء الاثبات فان حاول المدين ان يتنصل من التزامه مدعيا عدمية السبب او ان السبب غير مشروع، فعليه ان يثبت ذلك[28]، فنعتقد ان هذه اشارة للتصرف غير المسبب لا اكثر ولا اقل .

وهناك من يعرف الاستقلال بانه " التزام اصيل منقطع عن الروابط الاخرى فهو تصرف قابل للطعن من حيث السبب او عيوب الارادة فيما يتعلق برابطته المباشرة، وهو اصيل مستقل عن الروابط الاخرى، فمناعته -استقلاليته- تأتي من عدم القابلية للطعن به من الروابط الاخرى[29] .

ونحن نؤيد هذا الرأي للاسباب ادناه :-

1. انه يعرف الاستقلال باهم اثر من اثاره وهو عدم قابليته للطعن فيه من الروابط الاخرى .
2. انه لا يقصر الاستقلال على دفعات السبب وعيوب الارادة، بل يضم السبب وعيوب الارادة ودفعات اخرى كالمقاصة والفسخ والبطلان.
3. يعرف التصرف المستقل على انه تصرف اصيل، وبالتالي فهو لا يتبع العلاقة الاساسية ان شابها خرق او عيب او بطلان او فسخ وذلك كله في حدود القواعد العامة .

ومع ذلك فنحن لا نؤيد ان هذا التصرف منقطع تماما، انما يمكن ان نقول انه منفصل او مستقل لكن ليس منقطعا[30]، لاننا سنرى لاحقا ان هناك مصلحة مشتركة وهدف واحد يجمع بين الروابط المختلفة في هذا التصرف ، وعليه فان للمدين ان يدفع في مواجهة دائنه المباشرباي دفع تسمح به القواعد العامة في القانون، ولكن هذه الدفعات لا تتعدى هذه الرابطة المباشرة، بل تبقى الروابط الاخرى اجنبية عنها وهذا هو مبدأ الاستقلال.

المطلب الاول
النظريات القائمة على الاكتساب الاستخلافي

النظرة القائمة على اساسها هذه النظريات هي ان صاحب الحق يكتسب حقه عن طريق الاستخلاف[31]، اي لا يكون حقه مستقلا قائما بذاته بل ينتقل من السلف الى الخلف، وسنتولى في هذا المطلب عرض هذه النظريات وتقييمها وفق ثلاثة فروع .

الفرع الاول
نظرية الحوالـــــــة

يرى انصار هذه النظرية [32] - في موضع عرضهم ضمن تطبيق الحوالة التجارية - ومنهم (اسمان[33] وليون كان ورينو[34])، ان الاستقلال يُؤسس على الحوالة (حوالة الحق)، أذ ان اطرافها كذلك ثلاثة، ووفقا لهذا التصور يكون المحيل هو المدين الاصلي والمحال له هو الدائن والمحال عليه المدين الجديد [35] .

وتطبيقا لذلك فالساحب يتنازل عن حقه للمستفيد في الحوالة التجارية في مطالبة المسحوب عليه القابل بالوفاء[36]، فان قام المستفيد بتظهير الورقة التجارية من جديد الى شخص اخر فقد عقد حوالة اخرى وتتكرر هذه العملية كلما تم تظهير الورقة التجارية حتى تصل الى اخر حامل لها، والامر ذاته يُطبق في الاعتماد المستندي وخطاب الضمان فالامر يتعاقد مع المصرف، ويتنازل عن حقه قبل المصرف لمصلحة المستفيد، بالتالي فان المستفيد يخلف الامر في حقه في مواجهة المصرف .

وهذه الحوالة لا تخضع لما تخضع له حوالة الحق في القانون المدني وذلك لان طبيعتها تختلف هنا فهي تصبح في بيئة تقوم على السرعة وسهولة التداول والحركة وبالتالي قواعد القانون المدني لا تنسجم مع هذه البيئة خصوصا وان القواعد المدنية تميل الى بطء الحركة والركود[37]، والحوالة تفترض ان المحيل هو دائن للمحال عليه بدين ما وذلك ما يبرر الحوالة، فالمحل في عقد الحوالة هو هذا الدين، وبالتالي فان عدم وجود هذا المحل وزواله يؤدي الى هدم العملية برمتها لان المحل ركنا فيها، في انه في التصرف التجاري المستقل لا يشترط ذلك فلا يشترط ان يكون المدين الاصلي دائنا للمدين الجديد فقد يقصد المدين الجديد ان يقدم خدمة للمدين الاصلي[38].

ثم ان المحيل يضمن وجود الدين وقت الحوالة فقط ولا يضمن يسار المحال عليه لا في الوقت الحالي ولا في المستقبل، فان اراد ان يضمن المحيل يسر المحال عليه فلابد من وجود شرط صريح بذلك[39]، في حين ان هذا الامر غير موجود في التصرف التجاري المستقل فعلى سبيل المثال في الاوراق التجارية يضمن الساحب وجود الدين ويضمن الوفاء به، ففي حالة عدم ايفاء الموقعين اللاحقين (المدين الجديد) يفي المدين الاصلي بالدين[40]، وله بعد ذلك ان يرجع على اولئك الموقعين[41]، والامر كذلك بالنسبة للاعتماد المستندي وخطاب الضمان فان لم يف المصرف بالتزامه باداء قيمة الاعتماد المستندي للمستفيد، فالامر ملزم بايفائها للمستفيد على كل حال .

وحاول اصحاب هذه النظرية الرد على هذا الانتقاد بالقول ان منشيء السند وجميع الموقعين اللاحقين يضمنون يسر المدين، فتكون الحوالة حينئذ مقترنة بكفالة[42] . ولكن يرد بان الكفيل اذا اصبح دائنا للمكفول تبرء ذمته بالمقاصة وبالتالي يمكن لاي حامل لاحق ان يطالبه بالوفاء[43] .

الا ان الانتقاد الابرز الذي وجه الى هذه النظرية هو ان الحق في الحوالة ينتقل الى المحال اليه بصفاته وتأميناته وبكل ملحقاته، فان كان موصوفا يبقى بالوصف ذاته وان كان مستحق الاداء ينتقل بتلك الصفة[44]، والمحال اليه يعد خلفا للمحيل في الحق محل الحوالة، وبذا فما له على هذا الحق لا يزيد على ما لسلفه عليه، فان كان هذا الحق معيبا بعيب من عيوب الارادة او كان غير مشروع السبب او معيبا لنقص في الاهلية، او كان الحق سليما ولكنه انقضى بطريق من طرق الوفاء كالمقاصة او التقادم او غيرها فان المحال عليه يستطيع ان يدفع في مواجهة المحال له بهذه الدفعات[45].

في حين ان الامر يختلف في التصرف التجاري المستقل ففي الاعتماد المستندي على سبيل المثال فان العلاقات مستقلة وبالتالي فان الدفعات لا يتم اعمالها في العلاقة غير المباشرة، فلا يكون بوسع المدين (المصرف) ان يتمسك قبل الدائن (المستفيد) باي دفع مستمد من بطلان او فسخ التزامه قبل المدين الاصلي (الامر)، او اي دفع مستمد من المقاصة او غيرها من الدفعات التي بأمكانه اثارتها قبل مدينه الاصلي [46].

وقد رد انصار هذه النظرية في محاولة منهم لتفادي النقد الموجه الى نظريتهم بقولهم، ان المحال عليه في حال قبوله عملية الحوالة فهو يتنازل مقدما عن حقه في التمسك بالدفعات التي كان بامكانه اثارتها قبل الدائن الاصلي، فهو تنازل ضمنيا عن جميع الدفعات التي تخص الدين وبهذه الطريقة يتطهر الدين من تلك الدفعات وينتقل سليما، وهم ينطلقون في تبريرهم هذا من المادة 1295 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي انه عندما يقبل المحال عليه الحوالة يمتنع عليه ان يتمسك بالمقاصة قبل المحال له وان كان له ان يدفع بها امام المحيل، فمن هنا ارادوا ان يحللوا اصول فكرة عدم جواز الاحتجاج بالدفعات وفق هذه المادة وبالقياس عليها[47].

لكن اعترض على هذا الرأي بالقول ان حكم المادة 1295 انفة الذكر هو حكم استثنائي وعليه لا يجوز التوسع فيه، ولو سلمنا بتعميمه فان هناك دفعاتا لا يمكن للمحال عليه ان يتنازل عنها بارادته المحضة كعيوب الرضا وعدم مشروعية سبب الالتزام لانها دفعات تتعلق بالنظام العام[48]، ثم كيف يتنازل المدين من غير مقابل عن دفعات تسقط دينه الا اذا وصل به عدم الاكتراث الى حد تغافله عن حماية حقوقه وهذا فرض لا يستقيم[49].

ولهذا فان هذه النظرية لا تستقيم وطبيعة المعاملات التجارية التي تقوم على السرعة في التداول، فهذه النظرية تقيم العقبات وتثير كثيرا من الصعوبات في مسألة السرعة خاصة، وقد اعترف الاستاذ اسمان[50]، بخطورة هذا النقد فحاول ان يرده مستندا الى الاعتبارات العلمية فقط، فيقول "حقيقة ان نظرية الحوالة لا تفسر قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفعات، ولهذا يتعين ان تفسر هذه القاعدة على ضوء الاعتبارات العملية البحتة فهي وحدها التي يمكن التمسك بها، والدفعات التي لا يجوز الاحتجاج بها. على ان هذه الحالة ليست الوحيدة التي لجأ فيها الفقهاء الى الاعتبارات العملية لتفسير الظواهر القانونية. فقاعدة المنقول سند الملكية، وهي من امهات قواعد القانون المدني، خلقها العمل البحت"[51].

والحقيقة اننا لا يمكن ان نرجع في تفسير الاساس القانوني للتصرف المستقل الى الحاجات والضرورات العملية، نعم الضرورة والحاجة العملية يمكن ان تفسر نشوء التصرف المستقل ودوامه ايضا لكن لا يمكن ان نبني عليها اساسا قانونيا .

الفـرع الثاني

نظرية الانابة المقترنة بالكفالة:

اول من نادى بهذه النظرية هو الاستاذ (تالير)[52]، وقد حاول تكييف التصرف التجاري المستقل مستلهما ذلك الاساس من نظريات القانون المدني ولم يحاول الذهاب بعيدا عن هذه النظم[53]، واليه يرجع الفضل في تأصيل هذه النظرية والمضي بها قدما[54].

ووفقا لهذه النظرية فان المدين الاصلي في الاعتماد المستندي او خطاب الضمان على سبيل المثال وهو الامر هنا، ينيب المصرف في ان يوفي للمستفيد دينه، فيكون الامر منيب والمصرف نائب والمستفيد مناب لديه وطالما ان المصرف نائب عن الامر فهو ملتزم قبل المستفيد، والنيابة قد تستند الى علاقة سابقة بين المنيب والمناب، فيكون هناك دائن ومدين، وقد لا تكون هناك اية علاقة سابقة بينهما فيكون اساس تلك العلاقة رغبة المناب في ان يقوم بخدمة للمنيب مجانًا، والحال مثله بين المنيب والمناب لديه فتكون هناك علاقة بينهما بموجبها يكون المنيب مدينا للمناب لديه، فحين اراد المنيب ان يفي دينه قام باحالة دائنه وهو المناب لديه الى مدينه وهو المناب[55] فيتم بذلك تسوية دينين بعملية واحدة، فبدلا من ان يعمد المناب الى سداد دينه للمنيب، ويقوم المنيب بسداد الدين الذي تسلمه من المناب الى المناب لديه، يقوم المناب بسداد ذلك الدين مباشرة الى المناب لديه[56].

والانابة في الوفاء قد تكون ناقصة وقد تكون كاملة[57]، وبيان ذلك ان الانابة قد تنطوي على عملية تجديد للدين واحلال دين اخر محله فينقضي دين المنيب للمناب لديه ويحل محله دين المناب للمناب لديه فيُبرأ المناب لديه ذمة المنيب من الدين نهائيا فينقضي ذلك الدين تماما ويحل محله دين جديد، وهذا الدين الجديد يختلف عن الاول في اسبابه وتكوينه فحينئذ تكون الانابة كاملة، الا ان هذه العملية نادرة الوقوع في العمل اذ غالبا يتجه المناب لديه الى ابقاء ذمة المنيب مشغولة بالدين فان لم يستطع الحصول على دينه من المناب فانه يعود به على المنيب، ووفق النظرية فالدين يتشعب الى شعبتين الاولى تربط بين المناب لديه والمناب والثانية بين المناب لديه والمنيب، وهذه الانابة تكون ناقصة ولا تتضمن تجديد الالتزام بتغير الدين فلا يُبرء المناب لديه ذمة المنيب فيها والانابة الناقصة هي الاصل[58].

وكما ان الانابة عملية تتم فيها تسوية دينين فهذا الامر ينطبق على التصرف التجاري المستقل، فهو يؤدي مثل هذه الوظيفة الاقتصادية وبذلك فبدلا من ان تتداول النقود بين اشخاص ثلاثة مؤدية وظيفتها وفق مرحلتين، فان المناب لديه يتجه مباشرة نحو المناب فيستوفي دينه منه، فعلى سبيل المثال في الورقة التجارية فان المنيب (الساحب) لا يلتزم قبل المستفيد (المناب) فحسب بل يلتزم قبل كل من ينتقل اليه الحق في الورقة التجارية من خلال المستفيد[59].

ورغم محاولات الاستاذ (تالير) في ايصال هذه النظرية الى الهدف المنشود الا انه واجه مشكلة رئيسية في محاولة تفسير اهم اثر ينتج عن علاقات اطراف التصرف التجاري المستقل فعلى سبيل المثال فالمصرف في خطاب الضمان لا يستطيع ان يتمسك قبل المستفيد بعيوب علاقته مع الامر[60].

فحاول (تالير) [61]، ان يقحم في الانابة قوة تجعلها قادرة على مواجهة مشكلة الدفعات فيتابع (تالير) عرض فكرة ان الانابة هي مفتاح التصرف التجاري المستقل واساسه وذلك لانها تستطيع تفسير الحق الذي يتمتع به حامل الورقة التجارية تجاه كل الموقعين عليها وهو حق له من الخصوصية ما يميزه

فيترتب عليه تطهير الدفعات فلا يستطيع المظهر المباشر للحامل ان يحتج عليه بدفعاته قبل الساحب او على موقع اخر، فالمناب وقت موافقته على تلك الانابة، يعد متنازل عن حقه في اي دفع له قبل المنيب فلا يستطيع التمسك به في مواجهة المناب لديه، وتالير يعلل هذا الاثر بفكرة الكفالة وعلى اساسها المظهر(المناب) بقبوله الانابة فهو يكفل الساحب (المنيب) في اداء الدين وهنا يمزج الاستاذ (تالير) بين الكفالة والانابة فلا هي انابة خالصة ولا هي كفالة خالصة[62] .

والتزام الكفيل له وجودا وكيانا قائما بذاته فهو مستقل عن العلاقة بين المدين والكفيل فلا توجد اية علاقة بين هذا الالتزام وبين العلاقة بين المدين والكفيل والتي لأجلها قبل الكفيل الكفالة اية رابطة او صلة، فالتزام الكفيل انما يستمد سببه من نية الكفالة لا غير، وللدائن ان يقبل ذلك الكفيل او يرفضه دون ان يكون له الحق في التنقيب والبحث عن سبب التزام الكفيل، ولا شأن له سواء كان بين الكفيل والمدين علاقة سابقة كانت هي سبب التزام الكفيل او كانت تلك العلاقة التي بينهما سليمة او معيبة مهددة بالزوال، فحق الدائن قبل الكفيل هو حق مباشر ومنفصل عن حقه قبل المدين ولهذا لا يستطيع الكفيل ان يتمسك بالدفعات الشخصية الناتجة عن علاقته بالمدين في مواجهة الدائن، وبما ان المصرف يكون كفيلا عن الامر في مواجهة المستفيد فلا يحق له – المصرف – ان يدفع في مواجهة المستفيد بالدفعات التي كان بمقدوره ان يدفع بها قبل الامر وبالتالي فانه ليس الانابة لوحدها ولا الكفالة لوحدها بل الانابة ممتزجة بفكرة الكفالة هي ما تفسر التصرف التجاري المستقل[63] .

والانابة هنا بعدّها اساسا للتصرف التجاري المستقل هي انابة متميزة من الانابة العادية، اذ انه من الثابت ان المناب اذا امتنع عن الوفاء فان للمناب لديه ان يتجه صوب المنيب يطالبه بدينه، ولكن عليه ان يثبت اولا وجود علاقة قانونية اصبح بموجبها دائنا للمناب ولأجلها تمت عملية الانابة، مما يعني ان تمام هذه العملية وحده لا يقوم دليلا على ان هناك علاقة مديونية بين الدائن والمدين، غير ان هذه الصعوبة في الاثبات لا تكون موجودة في التصرف التجاري المستقل اذ ان مجرد تحرير السند من قبل الساحب في الورقة التجارية وتحرير عقد الاعتماد في الاعتماد المستندي وخطاب الضمان يعد اعترافا من قبل المحرر بمديونيته للمستفيد[64] .

هذا من حيث الانشاء اي انشاء الورقة التجارية، والتظهير يطبق عليه ذات التكييف الذي ينطبق على الاصل فكلما ظهرت الورقة التجارية الى شخص اخر تحدث عملية انابة ناقصة ممتزجة بالكفالة[65]، والامر ذاته بالنسبة للاعتماد المستندي وخطاب الضمان فكلما تدخل مصرف معزز تكيف العملية اللاحقة كالعملية السابقة .

هذه هي نظرية الاستاذ (تالير) والتي مزج فيها بين الكفالة والانابة الناقصة وقد تفنن في صياغتها ومع ذلك فهي لم تخلو من النقد، حيث تفترض هذه النظرية نية الكفالة عند المدين الجديد في التصرف المستقل وهذا الافتراض فيه كثير من التعسف وليس له اساس منطقي او واقعي[66]، اذ لو سلمنا ان المدين الجديد يقوم بدور الكفيل فبوجود المدين الاصلي لوجب على الدائن ان يتوجه مباشرة الى المدين الاصلي فلا يرجع على المدين الجديد (الكفيل) الا بعد امتناع المدين الاصلي عن الوفاء لان التزام الكفيل ما هو الا التزاما تبعيا[67]، ولو طبقنا هذا في الاوراق التجارية لوجب على المظهر اليه (الحامل) ان يعود اولا

على الساحب قبل المسحوب عليه القابل، في حين ان الوضع معكوس في الواقع فالحامل يطالب اولا المسحوب عليه[68]، فان امتنع عاد على الساحب وبقية الموقعين .

فان قبل المسحوب عليه الحوالة عد بمثابة كفيل متضامن فلا يحق له الدفع بحق تجريد المدين الاصلي اذا ما بدأ الدائن بطالبته اولا، الا ان مطالبة الكفيل المتضامن قبل المدين الاصلي هو حق للدائن لا واجبا عليه، فبما انهما متضامنان فله - الدائن – الخيار في مطالبة ايهما شاء سواء كان الكفيل المتضامن او المدين الاصلي[69]، في حين ان حامل الورقة التجارية ليس له الرجوع على الساحب وبقية الموقعين الا بعد مطالبة المسحوب عليه اولا، وان قلنا انه لابد من مطالبة المدين الاصلي اولا، فالساحب بوصفه مدينا اصليا في الورقة التجارية فانه ان اوفى بمبلغ الورقة لا يحق له الرجوع على الكفيل وذلك لان وفائه ينهي كل العمليات التي نشأت عنها، في حين ان هذا يخالف القواعد المعمول بها فالساحب ان اوفى بمبلغ الورقة التجارية حق له الرجوع على من امتنع عن الوفاء[70] .

ان فرض ان يكون المسحوب عليه القابل او المظهر كفيلا هو فرض قليل الوقوع لانه لا يطابق الواقع الا ما ندر كأن يكون المسحوب عليه ليس مدينا للساحب ولكنه يقبل الورقة تبرعا منه لتقديم خدمة للساحب اي بدون مقابل- وهذا لا يتلائم مع طبيعة العمليات التجارية التي يهدف المتعامل بها الى تبادل المنافع ولذا فهي لا تقوم على التبرع – حينها يمكن القول ان المسحوب عليه اتجهت نيته لكفالة الساحب وهذه الاحوال النادرة لا تصلح ان تكون اساسا للتشريع[71] .

الا ان اهم نقد وجه الى هذه النظرية هو عدم قدرتها على تفسير قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفعات بكل النتائج المترتبة عليها، فهي وان كانت تفسر عدم السماح للكفيل بالاحتجاج بالدفعات الناشئة عن عيوب علاقته مع المدين ضد الدائن، ولكنها لا تفسر باي شكل عدم السماح للكفيل بالتمسك في مواجهة الدائن بعيوب العلاقة التي تربط بين المدين الاصلي(المكفول) والدائن فالكفالة في حقيقتها عملية تابعة لتلك العلاقة فتتوقف عليها وجودا وعدما صحة وبطلانا، فاذا ما كان دين المستفيد (المكفول له) قبل الساحب (المكفول) قد انقضى او كان قابلا للفسخ او للبطلان فان للكفيل ان يحتج بهذه الدفعات في مواجهة الدائن وهذا ما يتعارض مع طبيعة التصرف التجاري المستقل[72] .

المطلب الثاني
النظريات القائمة على الاكتساب الاصلي

انصار هذه النظريات والقائلون بها يقيمون التصرف التجاري المستقل على اساس الاكتساب الاصلي للحق[73]، وعلى هذا الاساس تنقطع كل صلة بين هذا الحق والعلاقات السابقة عليه فهو ينشأ لصاحبه بشكل اصلي مستقل، وسنتولى طرح هذه النظريات وفق فرعين .

الفرع الاول
نظرية الارادة المنفردة

يقيم جانب من الفقه اساس التصرف المستقل على فكرة الارادة المنفردة [74] بعدّ الارادة المنفردة مصدرًا للالتزام [75]، فهي قادرة على انشاء الحقوق والالتزامات، ومؤسس هذه النظرية هو الفقيه الالماني (اينرت Einert)، [76]، ومضمون هذه النظرية ان كل موقع في الاوراق التجارية من ساحب ومظهر و مسحوب عليه انما يلتزم بارادته المنفردة بمجرد توقيعه، فارادته قد اتجهت الى ذلك التوقيع وذلك الالتزام ، وهو بتوقيعه قد خلق ائتمانا ظاهرا قد استند عليه الغير عندما اقبل على التعامل بالورقة التجارية، فالموقع يلتزم قبل الدائن قبل ان يعلن الاخر عن رضائه، وبذلك لا ينشأ الالتزام في هذه الحالة عن تزاوج ارادتين بل عن ارادة واحدة هي ارادة الموقع، وليس له التحلل من ذلك الالتزام بسبب ما اوحى للغير من ثقة مشروعة لا يجوز له الاخلال بها، والتزام الموقع ناشيء عن ارادته المحضة لذا لا شأن له باي توقيع اخر على تلك الورقة، فتوقيعه مستقل وكل توقيع في الورقة مستقل عن الاخر وله كيان قائم بذاته، ما يعني ان كان احد هذه التوقيعات باطلا او معيبا باي عيب فهذا لا يؤثر على البقية وذلك للسبب المذكور انفا، وبهذا فان نظرية الارادة المنفردة تفسر قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفعات[77] .

ويعرض انصار هذا الاتجاه نظريتهم وفق منطق بسيط، فالارادة هي مصدر الالزام[78]، ومنها تنبع هذه القوة فان تلاقت ارادتان وامتزجتا تولد لدينا العقد عن ذلك الامتزاج، اذ ان الارادة الاولى ارادت ان تلتزم فالتزمت وارادت الثانية ان تكون صاحبة الحق الذي يقابل ذلك الالتزام فحدث ذلك، والارادة الاولى هي الاهم والاساس فهي التي سمحت للارادة الثانية ان تسيطر عليها وما نتج عن ذلك التلاقي والامتزاج ان اصبحت الاولى مدينة والثانية دائنه وعليه فلا يستطيع الدائن ان يكسب حقا من العقد الا بارادة المدين وتمكينه، والعكس لا يجوز فليس للدائن ان يعلن انه صاحب حق، فينشأ التزام مقابل لهذا الحق فهذا غير جائز اذ لو صح لامكن لاي شخص ان يلزم غيره بارادته المنفردة وفي هذا مخالفة للمنطق السليم[79] .

والموقع بتوقيعه على الورقة انما يصدر منه وعد موجه الى الناس كافة لا على التعيين اي لا الى شخص محدد بعينه، فلا توجد حاجة الى تجديد ذلك الوعد مع كل تظهير للورقة التجارية، فكما ان الدولة والمصرف المصدر للاوراق النقدية يلتزمان قبل حامل الورقة النقدية بغض النظر عن الايدي التي تداولت هذه الورقة من قبل، فأنه من هذا المنطلق يلتزم المدين قبل الحامل الاخير للورقة التجارية دون الاخذ بعين الاعتبار العمليات التي اوصلت تلك الورقة الى يديه [80]، والامر عينه بالنسبة للمصرف في خطاب الضمان والاعتماد المستندي فهو يلتزم بكامل ارادته قبل المستفيد .

انصار هذه النظرية اتفقوا على بناء التصرف التجاري المستقل على الارادة المنفردة الا انهم مع ذلك قد اختلفوا في تحديد اللحظة التي نشأ فيها هذا الالتزام، اي تحديد ميلاده وتنازع في هذه المسألة نظريتين:

1_ نظرية الانشاء

يرى اصحاب هذه النظرية - يعد زيجل من اكبر دعاة هذه النظرية – ان مجرد توقيع الساحب على الورقة التجارية المكتملة شكلا من حيث البيانات الالزامية ينشأ في ذمته التزاما، حتى لو احتفظ الساحب بحيازة تلك الورقة ولم يخرجها او يضعها في التداول، فيصبح ملزما (مدينا) قبل كل حامل لتلك الورقة حتى لو حصل عليها الاخير بطريقة غير شرعية اي عن طريق السرقة او الضياع[81] .

ويذهب (كنتسه Kunze) الى تشبيه هذه العملية بالوصية فقد يتصرف الموصي ببعض او كل ما يملك وكذلك يفعل محرر الورقة التجارية، والوصية تعد عملية قائمة بذاتها حتى قبل ان تلتقي ارادة الموصي بارادة الموصى له، والورقة التجارية تعد بهذا الحال قائمة بمجرد تحريرها والتوقيع عليها، صحيح ان الوصية تبقى موقوفة النفاذ على بضعة شروط ومنها قبول الموصى له، الا ان صدور قبول الموصى له لا يجعل من التصرف عقدا لتلاقي الارادتين[82] .

فالالتزام الذي ينشأ بالارادة المنفردة للموقع ليس ايجابا يمكن سحبه قبل ان يلتقي بقبول الطرف الاخر (الحامل)، الا انه اتم عناصر تكوينه ووجوده منذ لحظة نشأته، بالتالي لا يملك مصدر الوعد الغائه لمجرد ظهور حق فيه لشخص اخر[83] .

وقد رتبوا على ذلك نتيجتين:-[84]

1- اذا وقع المحررعلى الورقة ثم سرقت منه او ضاعت، كان ذلك الموقع ملزما باداء قيمتها قبل كل حامل حسن النية، وليس له الا ان يرجع بالتعويض على الشخص الذي سرق الورقة او اختلسها، فان ظل ذلك الشخص حائزا للورقة حتى موعد استحقاقها كان للمدين ان يدفع في مواجهته بالغش.

2- ان توقيع المسحوب عليه على الورقة بالقبول، يصبح باتا فليس له الرجوع عنه او شطبه او الغائه، حتى ان استمر في حيازة الورقة اي قبل ان يردها الى الحامل الذي طلب القبول منه.

2_ نظرية الاصدار:

وفقا لهذه النظرية لايكفي مجرد تحرير الساحب للسند وتوقيعه عليه طالما ان السند في حيازة الساحب، بل لابد من ان يقوم الساحب بتسليم السند للمستفيد، فهذه الواقعة - التسليم – تدل على نية الساحب في طرح السند للتداول، اما مجرد توقيعه فليست له تلك الدلالة مثل تخليه عن السند، اذ ان وجود السند في حيازته يعني انه لا يزال بامكانه ان يلغيه متى ما شاء، وعلى هذا الحال طالما ان السند يبقى في حيازة المدين وهو قادر على ان يلغيه ان اراد، فهذا السند سند ناقص لا يكتمل الا في حالة خروجه من محيط ذمة المدين (الساحب) الى محيط ذمة الدائن (الحامل)[85] .

فلا يمكن باي حال من الاحوال قبل ان تخرج الورقة من حيازة المدين ان نجزم بان ارادته قد اتجهت الى ذلك الالتزام، فان خرجت تلك الورقة من حيازته رغما عن ارادته كما لو ضاعت او سرقت فانه لا يكون ملزما باداء قيمتها الى الحامل حتى لو كان حسن النية وحتى لو وقع المسحوب عليه على الورقة بالقبول فله الرجوع في قبوله طالما لم يرجع الورقة الى الحامل الذي طلب منه القبول[86] .

وان كانت تبدو نظرية الارادة المنفردة اقرب من غيرها من النظريات التي قيلت في صدد بيان اساس التصرف التجاري المستقل، الا ان الارادة المنفردة في اغلب التشريعات لا تكون مصدرا عاما للالتزام بل فقط حين ينص عليها المشرع حصرا، وبهذه الطريقة لا تكون الارادة المنفردة بذاتها مصدرا للالتزام بل القانون[87]، ويرد الدكتور عبد الحي حجازي على هذا الانتقاد قائلا لا يعترض بان الارادة المنفردة ليست مصدرا للالتزام الا في الاحوال التي ينص عليها القانون ذلك ان مقتضى كون الارادة المنفردة مصدرا استثنائيا يعني الا تنشيء الالتزام الا حين يجوز القانون ذلك وسواء كان ذلك التجويز " بالنص الصريح او بطريق الدلالة "، ولو استقصينا الحالات التي تكون فيها الارادة المنفردة مصدرا للالتزام لوجدنا رابطا مشتركا، فهي كلها تشترك في ان الدائن لا يكون معينا لحظة نشوء الالتزام، " ولما كان حاصل الالتزام الصرفي هو انه تعبير موجه الى دائن غير معين لم تجز اقامته على اساس التصرف الثنائي اي العقد وكانت اقامته على اساس الارادة المنفردة ضرورة لا معدى عنها"[88]، وهذا التكييف بامكاننا ان نأخذ به في الاوراق التجارية، لان الدائن لا يكون معينا عند نشوء الالتزام الا انه في الاعتماد المستندي وخطاب الضمان يعين المستفيد في عقد الاعتماد .

اضافة الى ان هذه النظرية تسمح للمدين ان يتمسك ببعض الدفعات التي من المفروض ان يكون محروما منها، والالتزام وفق الارادة المنفردة لا يمكن تصوره الا اذا كانت تلك الارادة صريحة فبهذه الطريقة لا يستطيع المتعهد ان يعود في وعده لانه اعلن عن ارادته بشكل صريح على الملأ، وبالتالي فان رجوعه في وعده لا يتم من دون التسبب بضرر لمن صدر الاعلان لهم[89]، بينما في الاوراق التجارية لا يمكن للساحب ان يلغي التزامه بارادته المنفردة كما ان الاعتماد المستندي القطعي ايضا لا يمكن للمصرف فيه ان يلغي التزامه بارادته المنفردة[90] .

وهل يقبل عقلا ان يلتزم المدين بارادته المحضة دون ان يكون هناك حق لدائن يقابل التزام المدين؟ ما المانع ان يرجع المدين في التزامه طالما لا يوجد طرف مقابل ولا صاحب حق يقابل التزامه؟ وهذا الوضع لا يعدو ان يكون احد امرين:- اما ان المدين يبقى هو صاحب السلطة فله ان ينهي الالتزام بنقضه وله ان يبقي عليه كما تشتهي ميوله وهذا عبث محض، فان كان الالتزام لا يلزم فلا عبرة به، واما ان يظل التزام المدين الذي التزم بارادته المنفردة قلقا الى الوقت الذي يعلن فيه الدائن نيته في الاستفادة منه، وبذلك يتأكد الالتزام حينها يكون هذا الالتزام في حقيقته ناتجا عن عقد وليس ارادة منفردة طالما ان هناك تقابل ارادات [91] ، وايضا هذه النظرية تتجاهل العلاقات الاصلية التي انشأت التصرف التجاري المستقل[92]، في حين ان المصلحة التي يهدف اليها اطراف العلاقات المختلفة في التصرف المستقل وقد تكون المصلحة هي تسوية العلاقات الاصلية .

الفرع الثاني

التضـــــــــــــــامن

بعد ان استعرضنا ابرز النظريات التي قيلت في بيان الاساس القانوني للتصرف التجاري المستقل، وهي وان كانت تلتقي مع التصرف التجاري المستقل في بعض جوانبه [93]، الا انها غير كافية لتفسير اساس قانوني سليم للتصرف التجاري المستقل، فالنظريات العقدية حاولت ان تحشره في قالب القانون المدني، فكان ضيقا عليه[94]، فلم ينسجم معها اما النظريات التي تقوم على التصرف الانفرادي فهي لا تخلو من المبالغة .

ولهذا قال قسم اخر - بحق - بالتضامن كأساس للتصرف التجاري المستقل فالاستقلال يقوم على العلاقة الثلاثية وتعدد الروابط وبالتالي يكون هناك اكثر من دائن واكثر من مدين[95]، فيلتزم المدين نحو عدة دائنين دون ان يعلم من سيطالبه بالدين تحديدا، ويكون هناك عدة مدينين ملتزمين قبل الدائن.

فيمكن لاي دائن ان يطالب المدين بالدين كله، وللمدين ان يوفي الدين لاي دائن يتقدم اليه[96]، وان قام المدين بوفاء كل الدين لاي دائن، فوفاء هذا المدين يقضي الدين لسائر المدينين ولسائر الدائنين[97]، وليس للدائن الذي اختار المدين ان يوفي له الدين رفض ذلك بل عليه قبض الدين كله[98]، وليس على المدين الوفاء الا مرة واحدة[99]، فالمدين في الورقة التجارية لا يلزم بوفائها الا مرة واحدة وهو لا يعلم اي دائن سيتقدم اليه للمطالبة بالوفاء، فالدائن لا يكون معينا لحظة نشوء الالتزام في الورقة التجارية.

ولايهم ان لم يكن الدائن غير معين لحظة نشوء الالتزام، طالما انه يكون موجودا عند التنفيذ. والالتزام هنا يتكيف وفقا للمذهب المادي في الالتزام [100]، فهذا المذهب يجيز ان يكون الدائن غير معين في الالتزام[101]، فالدائن لا يتحدد بداية عند نشوء الالتزام بل يستند نشوء الالتزام الى المدين وحده، ويتعين الدائن عند تنفيذ الالتزام، فالدائنين تتحدد دائرتهم في التضامن، والسند هو الذي يحدد الدائن الذي سيتلقى الاداء، فحيازة السند هي الشرط الذي يعين الدائن الذي يتلقى الوفاء على اساسه[102]، ولما كانت العبرة وفق المذهب المادي بمحله لا بشخوصه فمن السهولة ان نتصور امكانية تغيير شخوص الالتزام وليس من دائن الى دائن اخر فقط بل من مدين الى مدين اخر ايضا، فينشأ الالتزام وفق هذا المذهب دون ان يكون الدائن معينا وعلى هذا المسائل كثيرة الوقوع في الحياة العملية كحالة حامل الورقة التجارية[103] .

فتعدد العلاقات بين اطراف التصرف التجاري المستقل يدخل ضمن احكام التضامن فهو الاساس المنطقي لها[104]، والتضامن يمثل اعلى درجات الضمان[105]، فكل مدين يلتزم لا بوصفه كفيلا متضامنا، بل كمدين اصلي متضامن[106]، ففي الورقة التجارية ان قام اي موقع فيها بوفاء مبلغ الورقة التجارية للحامل فله الحق في ان يرجع على اي موقع على الورقة التجارية شرط ان يكون سابقا له لا لاحقا، فلو جاز له الرجوع على الموقعين اللاحقين لاصبحت حلقة مفرغة، دون ان يلتزم الموقع بمراعاة الترتيب في رجوعه على بقية الموقعين[107]، وتعدد الدائنين والمدينين هنا، يعني ان كل التزام من الالتزامات المتعددة منفصلا ومستقلا عن الالتزامات الاخرى[108]، وهذا التعدد في الروابط وما يترتب عليه من كونها مستقلة عن بعضها لا يكون مانعا من ان تكون متضامنة كلها في المسؤولية اي في الدين[109] .

فان قلنا ان كان هناك تضامن بين الاطراف كلها سواء كانوا مدينين او دائنين فلماذا يلزم المستفيد في خطاب الضمان والاعتماد المستندي ان يطالب المصرف قبل ان يعود على الامر والامر كذلك في

الاوراق التجارية ؟ والحال انه لا تمنع احكام التضامن ان تكون واحدة من الروابط او اكثر موصوفة[110]، كأن تكون معلقة على شرط او مقترنة بأجل فالتزام الامر قبل المستفيد اذن في الاعتماد المستندي يكون معلقا على شرط هو مطالبة المصرف[111] . والضمان يرد كثيرا في الحياة العملية خصوصا في الوقت الحاضر فهو واسع الشيوع وكثير الوقوع، والسبب في ذلك زيادة النشاطات التجارية وكثرتها، بالاضافة الى خوف المتعاملين من الغش والاحتيال فيلجأ هؤلاء ولاسيما في الاوراق التجارية للضمان[112] .

وفي التضامن فان كل مدين يرتبط بالدائن برابطة مستقلة ومنفصلة عن الروابط التي تربط الدائن بالمدينين المتضامنين الاخرين، فتعدد المدينين او الدائنين يستوجب تعدد الروابط والالتزام في التضامن يكون له محل واحد، ووحدة المحل هي التي تحفظ للالتزام وحدته على الرغم من تعدد من حيث الدائنين والمدينين، فلو افترضنا ان الدائنين ليسوا متضامنين فلن يحتفظ الالتزام بوحدته، ولكان واجبا متعدد الاطراف فتكون هناك روابط مستقلة بمحال مختلفة[113] ، وتعدد الروابط لا يعني ان الحامل اذا رجع على احد المدينين فانه يفقد حقه في الرجوع على البقية، بل له الرجوع على الاخرين لكنه يستوفي الدين منهم مرة واحدة لا غير[114] .

والقاعدة العامة ان التضامن لا يفترض بل يكون بناء على نص او اتفاق[115]، ولكن التضامن وان كان لا يفترض في القاعدة العامة في القانون المدني، الا انه مفترض في المسائل التجارية[116]، وفقا للقاعدة السائدة التي تفترض التضامن في عموم المسائل التجارية[117] ، واذا كان التضامن لا يفترض فهل يشترط ان ينص عليه بشكل صريح؟ لا يشترط ان يرد التضامن بنص صريح فقد يستخلص بطريقة ضمنية [118]، من خلال الملابسات والظروف ولكن يجب ان لا يقوم شك بانه مشترط[119]، فقد يستشف احيانا من ماهية العمل وطبيعته خصوصا اذا ما كنا في نطاق القانون التجاري .

والارادة قد تتجه ضمنا للتضامن على ان دلالة الاقتضاء ينبغي ان تكون في مثل هذا الحال واضحة لا لبس فيها ففي حالة الشك ينصرف لنفي التضامن لا لاثباته [120]، والتضامن لا يشترط ان يرد بلفظ (التضامن) حصرا بل يجوز باي لفظ يدل على ذلك كأن يشترط المدين ان يكون له الحق في وفاء الدين لاي دائن لا على التعيين او ان يشترط الدائنون ان لايًا منهم مطالبة المدين بالدين كله[121] .

ولا ينكر ما للارادة الظاهرة من دور في التفسير فدورها البارز يكمن في انها تكون دليلا اي انها عنصر لاثبات ما اتجهت اليه الارادة الباطنة فهي مظهر التعبير عنها، وعلى هذا الاساس فيجب للتفسير ان يكون كله منصبا على الكشف عن الارادة الباطنة ولا ينبغي باي شكل كان ان يقف التعبير دون امكانية الوصول الى الارادة الحقيقية طالما ان الامر ممكن من خلال القرائن، وبالتالي يمكن الوصول الى الارادة الحقيقية من خلال طبيعة وماهية العمل او العقد اضافة للظروف والملابسات الداخلية والملابسات الخارجية التي تحيط به[122] .

اذن لماذا يفترض التضامن في المسائل التجارية خاصة؟ يفترض التضامن في المسائل التجارية على وجه التحديد لما للتضامن من اهمية في تيسير وتسهيل لعملية الائتمان والسرعة وهو ما تقوم عليه العمليات التجارية[123] .

وبهذه الطريقة بامكاننا تفسير امكانية التمسك بالدفعات من عدمه فلما كان الامر يرتبط بعلاقة مباشرة مع المستفيد كان له ان يحتج قبله بكافة الدفعات الشخصية، والامر كذلك بالنسبة لعلاقة الامر بالمصرف، وبما انه لا توجد علاقة مباشرة بين المصرف والمستفيد، فلا يمكن له التمسك بدفعاته الشخصية ضده[124]

الخاتمة

نخلص مما تقدم الى جملة من النتائج والتوصيات وكالاتي :-

أولاً: النتائج

1. ان التصرف الذي لا سبب له هو ضرب من الجنون، لانه لا يوجد تصرف من غير سبب، فهو علة الرابطة القانونية والدافع اليها، خاصة وان السبب فكرة منطقية تفرضها طبيعة الاشياء، وبالتالي لا غنى للالتزام عن السبب .

2. يبدو لنا ان نص المادة 132 في فقرتها الثانية (ويفترض في كل التزام ان له سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك) لا تشير الى التصرف المستقل، بل تشير بوضوح الى التصرف غير المسبب .

3. ان التصرف التجاري المستقل هو التزام اصيل منقطع عن الروابط الاخرى فهو تصرف قابل للطعن من حيث السبب او عيوب الارادة فيما يتعلق برابطته المباشرة، وهو اصيل مستقل عن الروابط الاخرى، واستقلاليته تأتي من عدم القابلية للطعن به من الروابط الاخرى .

4. ان التصرف التجاري المستقل يندرج ضمن احكام التضامن، ولذا فهو الاساس المنطقي والسليم له .

ثانياً: التوصيات

1. ابتداءاً نوصي المحاكم حين تتولى تطبيق النصوص القانونية، وهي تلتمس دائما الحلول العملية على ما يعرض امامها من وقائع، بعيدا عن الابنية النظرية ذات القالب الفني البحت، ان توفق بين الواقع العملي والنظام القانوني، اذ ان الاستقلال في نطاق القانون التجاري ليس بحاجة دائما الى نص المشرع لكي تعمل به المحاكم، فغالبا الواقع العملي يفرض ذلك، وطالما انه لا يوجد فيه مخالفة لاحكام القانون فلا يوجد مانع من ذلك .

2. ابتداءاً نوصي المحاكم حين تتولى تطبيق النصوص القانونية، وهي تلتمس دائما الحلول العملية على ما يعرض امامها من وقائع، بعيدا عن الابنية النظرية ذات القالب الفني البحت، ان توفق بين الواقع العملي والنظام القانوني، اذ ان الاستقلال في نطاق القانون التجاري ليس بحاجة دائما الى نص المشرع لكي تعمل به المحاكم، فغالبا الواقع العملي يفرض ذلك، وطالما انه لا يوجد فيه مخالفة لاحكام القانون فلا يوجد مانع من ذلك .

3. بناء نظرية عامة للالتزام التجاري وذلك لطبيعة هذا القانون المختلفة وسواء كان ذلك في التصرف التجاري المستقل او غيره .

4. بناء نظرية عامة للالتزام التجاري وذلك لطبيعة هذا القانون المختلفة وسواء كان ذلك في التصرف التجاري المستقل او غيره .

5. اضافة فقرة في المادة (320) من القانون المدني العراقي، ووفق الآتي (ثانيا: يكون التضامن في المسائل التجارية مفترضا مالم ينص القانون او يتم الاتفاق على خلاف ذلك).

الهوامش

([1]) ينظر د.عبد الحي حجازي، سندات الائتمان الصرفية (الاوراق التجارية) الكمبيالة والسند الاذني والشيك، ج1، القسم العام، المطبعة العالمية، القاهرة، 1957، ص36. وينظر ايضا في الاتجاه ذاته د.احمد حشمت ابو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الاول، 1954، ف223، ص218. وينظر ايضا د.نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص228.

([2]) ينظر د.عبد الحي حجازي، المصدر نفسه، ص36.

([3]) ينظر المصدر نفسه، ص19.

([4]) ينظر جوسران، البواعث، فقرة 118، اشار اليه د.محمود ابو عافية، التصرف القانوني المجرد (النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري المقارن)، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1948، ص129 هامش رقم 2.

([5]) ينظر د.امجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام (دراسة في القانون المدني الاردني والمصري والفرنسي ومجلة الاحكام العدلية والفقه الاسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز)، الطبعة الاولى (الاصدار الخامس)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الاردن، 2009، ص137 . و ينظر ايضا د.عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالارادة المنفردة محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن (دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة)، دار الكتب القانونية، القاهرة – مصر، 2010، ص53 . وجاء في قرار محكمة التميز العراقية (يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد بدون سبب) رقم القرار 1169 – 1954 بتاريخ 12- 12- 1954 مشار اليه في عبد الرحمن العلام، المبادىء القضائية (القسم المدني)، 1957، ص199.

([6]) ينظر نص المادة 132 فقرة 1 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل (يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب ...)

([7]) ينظر د.صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، بدون دار نشر، بغداد، 1950، ص110.

([8]) ينظر د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1 (نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام)، دار احياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ص441.

([9]) ينظر د.علي فوزي ابراهيم الموسوي، التصرف القانوني المجرد في الاوراق التجارية، مجلة العلوم القانونية، بغداد، مجلد 4، ع2، 2009، ص3. وسنبين من خلال عرض تعريف التصرف التجاري المستقل عدم دقة هذا الرأي.

([10]) ينظر د.عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص463، وينظر ايضا د.محمود ابو عافية، المصدر السابق، ص272، ود.علي فوزي الموسوي، المصدر السابق، ص3.

([11]) ينظر د.محي الدين اسماعيل، نحو مفهوم جديد للتصرف المجرد، مجلة ادارة قضايا الحكومة، ع1، س20، 1976، ص189.

([12]) ينظر د.محمود ابو عافية، المصدر السابق، ص208.

([13]) ينظر د.مرتضى جمعة عاشور، مناعة التصرف التجاري في العلاقات الثلاثية (دراسة مقارنة)، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مجلد19، ع1، 2018، ص94.

([14]) ينظر نصوص المواد 115 و 117 و 121 ف1 من القانون المدني العراقي .

([15]) ينظر د.عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص414.
([16]) ينظر د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني (في الالتزامات)، المجلد الاول، نظرية العقد والارادة المنفردة، الطبعة الرابعة، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت – لبنان، 1998، ص58 .
([17]) ينظر د.مرتضى جمعة عاشور، مصدر سابق، ص 94. وينظر ايضا نص المادة 73 من القانون المدني العراقي (العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه) فالعقد كتصرف يشترط فيه الرضاء والرضاء يتحقق بالايجاب كارادة وبالقبول كارادة مقابلة وبهذا تعد الارادة هي مصدر الرضاء .
([18]) اسس هذه النظرية (ليبيه) في المانيا، ينظر ليبيه، الاشتراط والوعد البسيط، برنزويك، 1840، فقرة 7 و 8 و 29، وايدها (نوبيكر)، في دراسة العقود المجردة، برلين، 1901، اشار اليها د.محمود ابو عافية، مصدر سابق، ص122، هامش رقم 1.
([19]) ينظر د.محمود ابو عافية، المصدر السابق، ص122.
([20]) ينظر د.محي الدين اسماعيل، مصدر سابق، ص174. و د.مختار القاضي، نظرية السبب في الالتزامات المدنية، ط1، دار الضياء، مصر، 1962، ص52.
([21]) ينظر د.محي الدين اسماعيل، المصدر نفسه، ص174.
([22]) ينظر د.صدام فيصل كوكز و د.اسعد عبد العزيز الجميلي، تجريد الالتزام من الدفعات (دراسة قانونية مقارنة في وسائل حماية الدائنين في العلاقات العقدية)، مجلة العلوم القانونية، ع2، 2013، ص42.
([23]) ينظر د.محي الدين اسماعيل، المصدر السابق، ص174.
([24]) التصرف غير المسبب هو التصرف الذي لم يذكر سببه، ويكون السبب فيه مرتبطا بارادة المتعاقد الحقيقية، فلا بد من البحث ورائها. د.مختار القاضي، المصدر السابق، ص52. وبهذا يختلف التصرف غير المسبب عن التصرف المستقل، فالتصرف غير المسبب ينتقل فيه عبء اثبات عدم وجود سبب للتصرف للمدين، فان اراد ان يتنصل من التزامه بان يدعي عدم وجود سبب لالتزامه فعليه اثبات ذلك، واما التصرف المستقل فسيتضح في الصفحات القادمة.
([25]) ينظر حسن داخل عبد راضي الجعيفري، الالتزام القانوني المجرد، اطروحة دكتوراة، جامعة كربلاء، كلية القانون، 2018، ص40.
([26]) القانون المدني العراقي .
([27]) ينظر حسن داخل عبد راضي الجعيفري، المصدر نفسه، ص40.
([28]) ينظر قريب من ذلك د.محسن شفيق، التكييف القانوني للالتزام الصرفي، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، س1،ع3، 1943، ص39.
([29]) ينظر د.مرتضى جمعة عاشور، مصدر سابق، ص 95.
([30]) وفي هذا يقول الدكتور علي جمال الدين عوض " في خطاب الضمان متى ما نشأ الضمان فان الرابطة بينه وبين عقد الاساس تتراجع وتختفي، ولا تنقطع تماما فهذا القول مبالغ فيه، فهي التي تبرر اعتبار طلب وفاء الضمان مشوبا بالغش في بعض الحالات، وهي التي تؤدي الى اعتبار ان دفع قيمة الضمان يؤدي الى قضاء دين الامر قبل المستفيد" ينظر د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية (في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص78-79.

([31]) يكون الاكتساب استخلافيا اذا كان يشترط لاكتسابه ان تكون هناك علاقة بين المشتري (المالك الحالي) وبين شخص اخر هو المالك السابق، وان يكون المتصرف في الحق مالكا لذلك الحق . ينظر د.عبد الحي حجازي، سندات الائتمان، مصدر سابق، ص20.

([32]) ومن النظريات التقليدية التي قيلت في هذا الصدد هي نظرية الوكالة، بموجب هذه النظرية فان الساحب حين يحرر الورقة التجارية فهو يقوم بتوكيل المسحوب عليه، بوفاء الدين بين يدي الحامل الاخير للورقة التجارية، وكذا الامر بالنسبة للاعتماد المستندي وخطاب الضمان فالامر انما يوكل المصرف في وفاء الدين للمستفيد، فان لم ينفذ الوكيل ما امره به موكله فانه يكون مسؤولا وفقا للقانون، اما الموكل فيظل التزامه قبل الحامل قائما لان هذا السند ما هو الا غطاءً للدين الاصلي الذي في ذمة الموكل للدائن، وعندما لم يقم الوكيل بسداده يعود الدين الاصلي الى صورته الاولى فيُلزم الموكل بوفائه[32] . وللاطلاع اكثر حول النظرية وتفاصيلها ينظر كمال الدين الامين عبد الله، دور الاعتمادات المستندية في تسوية المدفعاتات الدولية، رسالة ماجستير، جامعة امدرمان الاسلامية، كلية الدراسات العليا (قسم الاقتصاد)، 2002، ص26.وايضا ينظر د.شريف ابراهيم حامد عبد الرحمن، العمليات البنكية الواردة على الائتمان (دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي)، ط1، دار الكتب والدراسات، مصر، 2019، ص248. وينظر د.عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص140. وينظر د.محسن شفيق، التكييف القانوني، مصدر سابق، ص12.

([33]) ينظر ESMEIN: Etude sur le régime juridique des titres à ordre et au porteur et en particulier l'inopposabilité des exceptions, Rev. Trim. de droit civil 1921, p. P 47 et suiv . نقلا عن د.محسن شفيق، التكييف القانوني، مصدر سابق، ص524 هامش رقم 1.

([34]) ينظر ليون كان ورينو، المبسوط في القانون التجاري، ج4، فقرة 33. نقلا عن د.أحمد ابراهيم البسام، قاعدة تطهير الدفعات في ميدان الاوراق التجارية، مطبعة العاني، بغداد، 1969، ص33 هامش رقم 1 .

([35]) ينظر سائد عبد الحافظ المحتسب، الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي، ط1، مكتبة الرائد العلمية، عمان-الاردن، 1995، ص62.

([36]) المسحوب عليه يبقى اجنبي عن العملية الى ان يقبل الورقة التجارية.

([37]) ينظر د.محسن شفيق، التكييف القانوني للالتزام الصرفي، المصدر السابق، ص6.

([38]) ينظر د.محسن شفيق، المصدر السابق، ص7.

([39]) ينظر د.صلاح الدين الناهي، المبسوط في الاوراق التجارية (دراسة موازنة)، ط1، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1965، ص34.

([40]) ينظر د.محسن شفيق، التكييف القانوني، المصدر السابق، ص8.

([41]) ينظر نص المادة 102 ف 1 من قانون التجارة العراقي النافذ رقم 30 لسنة 1984 .

([42]) ينظر فريدل، قاعدة تطهير الدفعات، رسالة مقدمة الى جامعة باريس، 1949، ص 28 و 62 و 63. نقلا عن د.احمد البسام، مصدر سابق، ص37 هامش رقم 5 .

([43]) ينظر د.عبد الحي حجازي، سندات الائتمان، مصدر سابق، ص22.

([44]) ينظر د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني،ج2 (احكام الالتزام)، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، بدون سنة نشر، ص328.

([45]) ينظر د.محسن شفيق، القانون التجاري المصري (الاوراق التجارية)، ط1، دار المعارف، الاسكندرية، 1954، ص1044.

([46]) ينظر د.صلاح الناهي، المبسوط في الاوراق التجارية، المصدر السابق، ص34. و مثله د.عبد الحي حجازي، سندات الائتمان، مصدر سابق، ص24.
([47]) ينظر د.محسن شفيق، التكييف القانوني، مصدر سابق، ص8-9.
([48]) ينظر د.احمد ابراهيم البسام، مصدر سابق، ص35.
([49]) ينظر د.محسن شفيق، التكييف القانوني، المصدر سابق، ص9.
([50]) ينظر بحثه المذكور سابقا .
([51]) ينظر د.محسن شفيق، المصدر السابق، ص10.
([52]) ينظر تالير، مصدر سابق، 1906، ص5 – 44، وسنة 1907، ص5 -36 . نقلا عن د.احمد البسام، مصدر سابق، ص38، هامش رقم 1 .
([53]) ينظر د.محسن شفيق، التكييف القانوني، مصدر سابق، ص16.
([54]) ينظر د.احمد ابراهيم البسام، مصدر سابق، ص37-38.
([55]) ينظر د.محسن شفيق، التكييف القانوني، المصدر السابق، ص17.
([56]) ينظر د.صلاح الناهي، المبسوط في الاوراق التجارية، مصدر سابق، ص35.
([57]) ينظر نص المادة 406 ف 1 من القانون المدني العراقي (اذا اتفق المتعاقدون في الإنابة على ان يستبدلوا التزاما جديدا بالالتزام الاول كانت الإنابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين) .
([58]) ينظر د.محسن شفيق، التكييف القانوني، مصدر سابق، ص17-18، و د.احمد ابراهيم البسام، مصدر سابق، ص38.
وفي القانون العراقي الانابة الناقصة هي الاصل ينظر م 406 ف 2 (والاصل ان الانابة لا يفترض فيها تجديد الالتزام فاذا لم يكن هناك اتفاق عليه، قام الالتزام الجديد الى جانب الالتزام الاول) القانون المدني العراقي . وينظر ايضا د.صلاح الناهي، الوجيز في النظرية العامة، مصدر سابق، ص403 – 404 .
([59]) ينظر د.محسن شفيق، القانون التجاري، مصدر سابق، ص1051.
([60]) ينظر د. احمد البسام، مصدر سابق، ص39.
([61]) تالير، مصدر سابق، ف1292 – 1294 .
([62]) ينظر د.صلاح الدين الناهي، المبسوط، مصدر سابق، ص35.
([63]) ينظر د.محسن شفيق، التكييف القانوني، مصدر سابق، ص20.
([64]) ينظر المصدر نفسه، ص20.
([65]) ينظر د.احمد البسام، المصدر السابق، ص41.
([66]) ينظر تالير، مصدر سابق، ص639 وما بعدها .
([67]) ينظر د.محسن شفيق، التكييف، مصدر سابق، ص22.
([68]) ينظر نص المادة 103 ف 5 من قانون التجارة العراقي النافذ (اذا توقف المسحوب عليه عن الدفع، سواء كان قابلا للحوالة او غير قابل، او وقع حجز غير مجد على امواله، فلا يجوز لحامل الحوالة الرجوع على الضامنين الا بعد تقدين الحوالة للمسحوب عليه للوفاء وعمل الاحتجاج) .
([69]) ينظر د.شريف ابراهيم حامد عبد الرحمن، العمليات البنكية الواردة على الائتمان (دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي)، ط1، دار الكتب والدراسات، مصر، 2019، ص248.
([70]) ينظر المصدر نفسه، ص43، و ايضا د.محسن شفيق، القانون التجاري، مصدر سابق، ص1055.
([71]) ينظر د.محسن شفيق، التكييف القانوني، المصدر السابق، ص23.
([72]) ينظر د.محسن شفيق، التكييف القانوني، مصدر سابق، ص24.

([73]) يكون الاكتساب اصليا عندما ينشأ الحق لصاحبه باعتباره حقا جديدا بصرف النظر عن وجود علاقة مع شخص المالك السابق. ينظر د.عبد الحي حجازي، سندات الائتمان، مصدر سابق، ص20.
([74]) منهم د.سميحة القليوبي و د.محي الدين اسماعيل، مشار اليه في د.شريف ابراهيم حامد، مصدر سابق، ص250، هامش2.
([75]) الارادة المنفردة:- هي عمل قانوني صادر من جانب واحد تحدث بعض الاثار القانونية كالايجاب الملزم . ينظر د.احمد سلمان شهيب السعداوي و د.جواد كاظم جواد سميسم، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الاسلامي)، الطبعة الاولى، مكتبة زين الحقوقية والادبية. بيروت – لبنان، 2015، ص243 . وللتفصيل ايضا ينظر د.فواز صالح، الارادة المنفردة بوصفها مصدرا للالتزام (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 28، ع 1، 2012، ص138 .
([76]) ينظر في شرح هذه النظرية Lacour : Precis du droit commercial, 3 édit. t. I, No. 1066 et suiv. t. II, No. 1288.

Worms : de la volonté unilatérale considerée comme source d'obligation, Parid 1891 & نقلا عن د.محسن شفيق، التكييف، المصدر السابق، ص41 .
([77]) ينظر د.محسن شفيق، القانون التجاري، مصدر سابق، ص1063.
([78]) علما ان المشرع العراقي قد عد الارادة المنفردة مصدرا من مصادر الالتزام وحدد لها احوال معينة تلزم صاحبها فيها. ينظر المواد 184 و185 من القانون المدني العراقي .
([79]) ينظر المصدر نفسه، ص40-41.
([80]) ينظر د.احمد البسام، مصدر سابق، ص54.
([81]) ينظر د.صلاح الناهي، المبسوط، مصدر سابق، ص42.
([82]) ينظر د.احمد البسام، مصدر سابق، ص55.
([83]) ينظر المصدر نفسه، ص55 .
([84]) ينظر د.احمد البسام، المصدر نفسه، ص56. و ينظر ايضا د.محسن شفيق، التكييف القانوني، مصدر سابق، ص1065.
([85]) ينظر د.صلاح الناهي، المبسوط، مصدر سابق، ص42. و د.عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص152.
([86]) ينظر د.محسن شفيق، القانون التجاري، مصدر سابق، ص1065.
([87]) ينظر د.محي الدين اسماعيل، مصدر سابق، ص81.
([88]) ينظر في كتابه، مصدر سابق، ص151.
([89]) ينظر د.محسن شفيق، التكييف، مصدر سابق، ص43، و د.صلاح الناهي، المبسوط، مصدر سابق، ص45.
([90]) ينظر علي عبد الحسين عبد العظيم الياسري، القانون الواجب التطبيق على التزامات المصرف المراسل في عقد الاعتماد المستندي الدولي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2015، ص22.
([91]) ينظر د.محسن شفيق، التكييف، المصدر السابق، ص43.
([92]) ينظر د.محي الدين اسماعيل، مصدر سابق، ص81.
([93]) وقد اوضحنا جوانب الالتقاء في كل نظرية على حدة .

([94]) ينظر د.محسن شفيق، التكييف، مصدر سابق، ص47.
([95]) ومنهم د.عبد الحي حجازي فهو قد قال بالارادة المنفردة كأساس للتصرف التجاري المستقل، ثم عاد وقال بالتضامن في ص96. و ايضا الفقيه سالي قال بالتضامن الا انه قصد به التضامن الايجابي اي تعدد دائنين فهو يقول " الفكرة التي تبده الذهن في انتقال السند ليست هي الاحالة، لان الحامل ليس محالا اليه، بل هو دائن مباشر للموقع، قصد الاخير الالتزام قبله، واصح ما يقارن به حق الحامل هو الالتزام التضامني) سالي، دراسة عن النظرية العامة في الالتزامات حسب المشروع الاول للتقنين المدني الالماني، ص300 وما بعدها . اشار اليه د.احمد البسام، مصدر سابق، ص 49. وينظر ايضا استاذنا د.مرتضى جمعة عاشور، مصدر سابق، ص112.
([96]) ينظر د.عبد المجيد الحكيم، القانون المدني واحكام الالتزام، ج2، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة – مصر، بدون سنة طبع، ص205.
([97]) ينظر د.السنهوري،ج3، مصدر سابق، ص200.
([98]) ينظر المصدر نفسه، ص212.
([99]) ينظر د.احمد البسام، المصدر نفسه، ص49.
([100]) للتفصيل ينظر د.مصطفى ابراهيم الزلمي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، الطبعة الاولى، نشر احسان للنشر والتوزيع، كردستان العراق، 2014، ص25 .
([101]) ينظر استاذنا د.مرتضى جمعة عاشور، مصدر سابق، ص112.
([102]) ينظر د.احمد البسام، مصدر سابق، ص49.
([103]) اذ ان الحامل لا يشترط تعيينه منذ البدء . ينظر د.السنهوري، ج1، ص109-110.
([104]) ينظر استاذنا د.مرتضى جمعة، المصدر السابق، ص113.
([105]) ينظر د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج3، نظرية الالتزام بوجه عام (الاوصاف- الحوالة- الانقضاء)، دار التراث العربي، بيروت- لبنان، بدون سنة طباعة، ص199.
([106]) ينظر د.طالب حسن موسى، الاوراق التجارية والعمليات المصرفية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، 2011، ص101.
([107]) ينظر د.صلاح الناهي، مبادىء القانون التجاري، مطبعة دار المعرفة، بغداد، 1954، ص153.
([108]) ينظر د.السنهوري، ج3، المصدر نفسه، ص196-197.
([109]) ينظر د.عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص96.
([110]) ينظر استاذنا د.مرتضى جمعة، مصدر سابق ص114.
([111]) فالامر حين يفتح عالاعتماد المستندي انما يحول عملية السداد للمصرف بدرجة اولى، وعلى المستفيد ان يتقدم للمصرف اولا . ينظر قريب من هذا المعنى جورجيت صبحي عبده، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص31.
([112]) ينظر تركي محمود القاضي، الضمان في الحوالة التجارية والصك (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي والفقه الاسلامي)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، مجلد 7، ع 25، 2018، ص56.
([113]) ينظر د.السنهوري، ج3، مصدر سابق، ص206-207.
([114]) ينظر يوسف عودة المنصوري، مصدر سابق، ص100.
([115]) ينظر م 320 من القانون المدني العراقي (التضامن بين المدينين لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق او نص في القانون).

([116]) ينظر د.سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، ج 2، القسم الاول، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص31 . يشار الى ان المشرع العراقي قد نص في قانون التجارة السابق رقم 149 لسنة 1970 في م 81 على التضامن في الدين التجاري (1- اذا ارتبط شخصان او اكثر بدين تجاري يكونون متضامنين في هذا الدين ما لم ينص القانون او الاتفاق على غير ذلك) .

([117]) ينظر المصدر نفسه، ص31. و ينظر د.محسن شفيق، القانون التجاري، مصدر سابق، ص292.

([118]) ينظر د.احمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام) في الفقه وقضاء النقض، منشأة المعارف، الاسكندرية – مصر، 2008، ص192 .

([119]) ينظر د.السنهوري، ج3، مصدر سابق، ص205.

([120]) ينظر د.انور سلطان، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2016، ص237.

([121]) ينظر د.السنهوري، ج3، المصدر السابق، ص206.

([122]) ينظر د.جليل الساعدي و حازم اكرم الربيعي، اثر الارادة الباطنة في تفسير العقد (دراسة في القانونين العراقي والانجليزي)، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مجلد19، ع2، 2017، ص9.

([123]) ينظر د.انور سلطان، المصدر نفسه، ص237.

([124]) ينظر استاذنا د.مرتضى جمعة، مصدر سابق، ص115-116.

References

اولا:- الكتب

1- د.أحمد ابراهيم البسام، قاعدة تطهير الدفعات في ميدان الاوراق التجارية، مطبعة العاني، بغداد، 1969.

2- د.احمد حشمت ابو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الاول، 1954.

3- د.احمد سلمان شهيب السعداوي و د.جواد كاظم جواد سميسم، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الاسلامي)، الطبعة الاولى، مكتبة زين الحقوقية والادبية. بيروت – لبنان، 2015.

4- د.احمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام) في الفقه وقضاء النقض، منشأة المعارف، الاسكندرية – مصر، 2008.

5- د.امجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام (دراسة في القانون المدني الاردني والمصري والفرنسي ومجلة الاحكام العدلية والفقه الاسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز)، الطبعة الاولى (الاصدار الخامس)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الاردن، 2009.

6- د.انور سلطان، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2016.

7- جورجيت صبحي عبده، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

8- سائد عبد الحافظ المحتسب، الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي، ط1، مكتبة الرائد العلمية، عمان-الاردن، 1995.

9- د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني (في الالتزامات)، المجلد الاول، نظرية العقد والارادة المنفردة، الطبعة الرابعة، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت – لبنان، 1998.

10- د.سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، ج 2، القسم الاول، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

11- د.شريف ابراهيم حامد عبد الرحمن، العمليات البنكية الواردة على الائتمان (دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي)، ط1، دار الكتب والدراسات، مصر، 2019.
12- د.صلاح الدين الناهي، المبسوط في الاوراق التجارية (دراسة موازنة)، ط1، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1965.
13- د.صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، بدون دار نشر، بغداد، 1950.
14- د. صلاح الناهي، مبادىء القانون التجاري، مطبعة دار المعرفة، بغداد، 1954.
15- د.طالب حسن موسى، الاوراق التجارية والعمليات المصرفية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، 2011.
16- د.عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالارادة المنفردة محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن (دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة)، دار الكتب القانونية، القاهرة – مصر، 2010.
17- د.عبد الحي حجازي، سندات الائتمان الصرفية (الاوراق التجارية) الكمبيالة والسند الاذني والشيك، ج1، القسم العام، المطبعة العالمية، القاهرة، 1957.
18- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1 (نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام)، دار احياء التراث العربي، بيروت- لبنان.
19- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج3، نظرية الالتزام بوجه عام (الاوصاف- الحوالة- الانقضاء)، دار التراث العربي، بيروت- لبنان، بدون سنة طباعة .
20- د.عبد المجيد الحكيم، القانون المدني واحكام الالتزام، ج2، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة – مصر، بدون سنة طبع .
21- د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني،ج2 (احكام الالتزام)، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، بدون سنة نشر.
22- د.علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية (في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
23- د.فواز صالح، الارادة المنفردة بوصفها مصدرا للالتزام (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 28، ع 1، 2012.
24- د.محسن شفيق، القانون التجاري المصري (الاوراق التجارية)، ط1، دار المعارف، الاسكندرية، 1954.
25- د.محمود ابو عافية، التصرف القانوني المجرد (النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري المقارن)، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1948.
26- د.مختار القاضي، نظرية السبب في الالتزامات المدنية، ط1، دار الضياء، مصر، 1962.
27- د.مصطفى ابراهيم الزلمي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، الطبعة الاولى، نشر احسان للنشر والتوزيع، كردستان العراق، 2014.
28- د.نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.

ثانيا:- الرسائل والاطاريح الجامعية

1- حسن داخل عبد راضي الجعيفري، الالتزام القانوني المجرد، اطروحة دكتوراة، جامعة كربلاء، كلية القانون، 2018.

2- علي عبد الحسين عبد العظيم الياسري، القانون الواجب التطبيق على التزامات المصرف المراسل في عقد الاعتماد المستندي الدولي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2015.

3- كمال الدين الامين عبد الله، دور الاعتمادات المستندية في تسوية المدفعاتات الدولية، رسالة ماجستير، جامعة امدرمان الاسلامية، كلية الدراسات العليا (قسم الاقتصاد)، 2002.

ثالثا:- البحوث

1- تركي محمود القاضي، الضمان في الحوالة التجارية والصك (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي والفقه الاسلامي)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، مجلد 7، ع 25، 2018.

2- د.جليل الساعدي و حازم اكرم الربيعي، اثر الارادة الباطنة في تفسير العقد (دراسة في القانونين العراقي والانجليزي)، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مجلد19، ع2، 2017.

3- د.صدام فيصل كوكز و د.اسعد عبد العزيز الجميلي، تجريد الالتزام من الدفعات (دراسة قانونية مقارنة في وسائل حماية الدائنين في العلاقات العقدية)، مجلة العلوم القانونية، ع2، 2013.

4- د.علي فوزي ابراهيم الموسوي، التصرف القانوني المجرد في الاوراق التجارية، مجلة العلوم القانونية، بغداد، مجلد 4، ع2، 2009 .

5- د. محسن شفيق، التكييف القانوني للالتزام الصرفي، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، س1،ع3، 1943.

6- د.محي الدين اسماعيل، نحو مفهوم جديد للتصرف المجرد، مجلة ادارة قضايا الحكومة، ع1، س20، 1976.

7- د.مرتضى جمعة عاشور، مناعة التصرف التجاري في العلاقات الثلاثية (دراسة مقارنة)، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مجلد19، ع1، 2018.

رابعا:- المجموعات القضائية

1- عبد الرحمن العلام، المبادىء القضائية (القسم المدني)، 1957.

خامسا:- القوانين

1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل .

2- قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970 (الملغي) .

3- قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 المعدل.

The Law Journal for Researches Studies
University of Thi-Qar
College of Law

مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية

https://utq.edu.iq/thiqar UTjlaw@utq.edu.iq

The legal basis for independent commercial legal act

Ghofran Hussein
Vwxyz6839@gmail.com

Mortada Gomaa Ashour
Alkhafaji333@yahoo.com

Abstract:

Commercial law is based on credit and speed in transactions and this makes its nature flexible, and in response to the requirements of speed, this law tries as much as possible to create confidence in the circumstances, through several guarantees and the most important of these guarantees is independent commercial conduct.

This autonomy fortifies the client against most of the defenses that can be surprised, and was not a cause or aware of them, as well as no way to learn about them, and therefore, the disruption of the impact of these defenses is what produces independence, that this disruption is not absolute has limitations, The criterion is that the relationship between the parties directly or indirectly, and in spite of the privacy of the independent commercial conduct, it is subject in some aspects to the general rules.

Keywords: independent disposition, abstract disposition, defenses rule.