

المفهوم الحديث للالتزام المجرد دراسة مقارنة

م. د. احمد جعفر شاولي

**وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
الدائرة القانونية**

لعل كل النظريات التي طرحت سابقاً لبيان المفهوم الحقيقي للالتزام المجرد كانت نتاج ما يدور في ذهن المشرعين منذ عصور القانون الروماني على وجه الخصوص والمشرع في وقتنا الحاضر من محاولة التوفيق بين عاملين لا يمكن أن يحل أحدهما حلاً تاماً بدل الآخر. الا وهما استقرار التعامل القانوني، واعتبارات العدالة حيث ارتبط العامل الأول بمتطلبات إنشاء العلاقات القانونية واستقرارها، وارتبط العامل الثاني بمتطلبات عدالة النص القانوني ومدى موافقته لرغبة اطراف التعامل. فلا بد الإقرار ابتداءً بأن الالتزام المجرد لا ينال من مبدأ الرضائية في جوهره بوصفه اصلاً مهماً من الأصول العامة التي تحكم الالتزامات القانونية المدنية والتجارية، ولكن هذه الحقيقة لا تنفي بالضرورة حقيقة اخرى وهي إمكانية الخروج عن مبدأ الرضائية أحياناً خروجاً مطلقاً أو نسبياً وذلك بحسب ما يطلفه المشرع للتجريد من عنان أو للعرف. لذلك ولغرض التوفيق بين (الاستقرار والعدالة) ولغرض عدم المساس بمبدأ سلطان الإرادة في الجوهر نعتقد أن الالتزام القانوني إذا أُريد له التجريد فإنه يتجرد من بعض الدفوع التي لا يمكن التمسك بها تجاه الدائن في حالات معينة إذا توفرت شروط معينة بهذا الالتزام أو بأطراف العلاقة القانونية، ومن هذا المنطلق سنحاول بأذن الله تعالى أن نبين معنى الالتزام المجرد من الدفوع الذي يختلف مفهومه عن مفهوم الالتزام المجرد الذي ساد في الفقه الألماني وأيده الكثير من الفقه التقليدي والمعاصر. كذلك ان الالتزام المجرد في القانون الألماني يمثل نوعاً متميزاً من الالتزامات القانونية أقره المشرع الألماني وأيده الفقه في ذلك وفيه ينشأ الالتزام القانوني مجرداً عن شخصية من انشائه حيث يفصل هذا الالتزام بمجرد نشوئه عن إرادة صاحبه ويكون مستقلاً عنها وبالتالي لا يكون للملتزم ان يتمسك بعدم صحة التزامه في مواجهة الدائن مهما كان دفعه مؤثراً، وأياً كانت الدفوع التي يمكن أن تنشأ بسبب تعلق تلك الدفوع بشخص الملتزم نفسه اثناء تكوين الالتزام القانوني المجرد. لذلك وفي ضوء ما تقدم سنحاول الإجابة على عدة تساؤلات في هذا الفصل في غاية الأهمية تتعلق بالالتزام المجرد من الدفوع ومنها ما هو تجريد الالتزام من الدفوع، وما هي الحكمة منه، والمبررات التي تدعو له وهل وقف الفقه القانوني موقفاً واحداً من تجريد الالتزام من الدفوع وما هي شروط تجريد الالتزام من الدفوع وهل نجحت محاولات الفقه في وضع هذه الدفوع في بوتقة واحدة كنظرية موحدة. كل هذه الأسئلة سنحاول الإجابة عنها، وعليه سوف نقسم هذا البحث الى بحثين، نتناول في الاول منهما، ماهية الالتزام المجرد من الدفوع، اما الثاني فنخصصه الى بحث شروط الالتزام المجرد من الدفوع وكما يأتي:

البحث الأول ماهية الالتزام المجرد من الدفوع

لكي ننطلق انطلاقة صحيحة في بيان ماهية الالتزام المجرد لا بد لنا أن نستقصي موقف الفقه في هذا الجانب ونحاول أن نضع تعريفاً جامعاً للالتزام المجرد من خلال ربط تجريد الالتزام بتجريده من الدفوع وبيان الخصائص المميزة لهذا الالتزام وموقف الفقه من هذا المفهوم الجديد للالتزام المجرد وبما أن التعريف سوف تكون له مقتضيات معينة لغرض تجريد الالتزام من الدفوع لا بد من توافر شروط معينة للالتزام المجرد من الدفوع وعليه سوف نقسم هذا البحث الى مطلبين نتناول في الأول منهما التعريف بالالتزام المجرد من الدفوع وأما المطلب الثاني فنخصصه لشروط الالتزام المجرد من الدفوع.

المطلب الأول التعريف بالالتزام المجرد من الدفوع: سنحاول في هذا المطلب أن نضع تعريفاً معيناً للالتزام المجرد من الدفوع ومن خلال هذا التعريف سنتعرف على أنواع الدفوع القانونية التي سيشملها التجريد ومن خلال التعريف بالالتزام المجرد ستظهر خصائص مميزة لهذا الالتزام باعتباره خروجاً عن القواعد العامة وهذا ما سنبيّنه من خلال الفرعين الآتيين: الفرع الأول: - تعريف الالتزام المجرد من الدفوع. الفرع الثاني: - خصائص الالتزام المجرد من الدفوع.

الفرع الأول تعريف الالتزام المجرد من الدفوع: نرى أن نعرف الالتزام المجرد بنتيجته، والغاية المنشودة منه وغاية التجريد ونتيجته هي منع الاحتجاج ببعض الدفوع في مواجهة بعض الأشخاص^(١)، فإذا أردنا أن نعرف الالتزام المجرد نقول: هو الالتزام الذي لا يجوز فيه الاحتجاج ببعض الدفوع بالنسبة الى بعض الأشخاص. أو هو تعطيل أثر الدفوع الملحقة بالالتزام القانوني وعدم التمسك بها في مواجهة الدائن الذي يتلقى عن طريق علاقة قانونية حقا من احد اطراف العلاقة القانونية، سواء كان طرفاً فيها أو أجنبياً عنها، وذلك في حالات استثنائية تقتضيها استقرار المعاملات ما لم يكن قد علم بتلك الدفوع أو كان من الممكن ان يعلم بها حفاظاً على استقرار التعامل وتسهيل تداول الحقوق وتيسير انتقالها من ذمة الى ذمة مالية أخرى. ولكن الى هنا لم تحل المشكلة في الحقيقة، وإنما أن هذا التعريف يجرنا الى تساؤل آخر وهو: ما هي الدفوع التي لا يجوز الاحتجاج بها؟ ومن هم الأشخاص الذين لا يجوز في مواجهتهم الاحتجاج بتلك الدفوع؟ نقول قد يتولى المشرع بنفسه هذا التحديد فلا تكون هناك مشكلة، ولكن في أغلب الأحيان لا يحدد المشرع تلك الدفوع بالتفصيل وفي الحالات التي ينشأ فيها الالتزام المجرد بقوة العرف

يحتاج الامر ايضا الى تأصيل وتحديد. ونعتقد أن طريقة تحديد الدفع والاشخاص تأتي من خلال الرجوع الى الحكمة التي من أجلها شرع تجريد الالتزام، فالتجريد في القانون الحديث قوامه المحافظة على استقرار المعاملات والوقوف بوجه جميع العوامل التي من شأنها الاخلال بهذا الاستقرار والحيلولة دون هدم تلك الثقة من خلال السماح بمفاجأة من تلقى حقا من علاقة قانونية لم يكن طرفا فيها بالدفع الناشئة من تلك العلاقة. وبناءً على تلك الحكمة نستطيع أن نحدد الأشخاص الذين يعمل التجريد فيما بينهم وهم أطراف العلاقة القانونية ذاتها والغير الذي يتلقى حقا ناشئا عن تلك العلاقة^(٢). وهذا الغير هو الجدير بالحماية القانونية، ويشترط فيه هنا أن يكون حسن النية أي لم يتصل بالعيب الموجود في العلاقة القانونية الاصلية باي وجه من الأوجه. وتتفاوت درجة اتصال الغير بعيوب العلاقة القانونية الاصلية حسب الاحوال فاذا كان العيب الموجود في العلاقة الاصلية هو عدم مشروعية السبب مثلا فهذا الغير لا يكون متصلا بهذا العيب اذا لم يكن يعلم بعدم مشروعية سبب العلاقة القانونية، ومفهوم المخالفة يكون هذا الغير متصلا بالعيب في العلاقة الاصلية إذا كان يعلم بعدم مشروعية السبب فيها وبالتالي يكون سيئ النية ولا يمكنه التمسك بالتجريد، ويتصل الغير بالعيب ايضا اذا كان قد ساهم في هذا العيب أو ساهم في العيب دون أن يتفق عليه، أو اتفق عليه مع أطراف العلاقة القانونية الاصلية ولتوضيح ذلك نسوق المثال التالي. إذا افترضنا ان (أ و ب و ج) قد اجتمعوا في مكان ما للعب القمار مثلا ليلعب كل من (أ و ب) دون (ج)، فاذا كان (أ) قد اقترض مبلغا من المال قبل اجتماعهم في مكان القمار من (ج) ولم يكن (ج) يعلم أن القرض لغرض ممارسة القمار فإن (ج) لم يتصل علمه بسبب البطلان (وهو هنا طرف من العلاقة القانونية) أما إذا كان (ج) قد أقرض المال لـ (أ) وهو على علم بان (أ) يقصد من اقتراض المال المقامرة به، ولكن (ج) لم يقصد تمكين (أ) من المقامرة فإن (ج) يتصل بالسبب غير المشروع في مرتبة العلم به. وإذا كان (ج) قد أقرض (أ) لتمكينه من المقامرة لأنه سوف يسترد مبلغ القرض في النهاية مع الفوائد الربوية، فإنه يتصل بالقرض غير المشروع في مرتبة المساهمة، وإذا اتفق الثلاثة على أن يقوم (ج) بإقراض (أ) لغرض المقامرة على ان يعطي (أ) الى (ج) كمبيالة مسحوبة على (ب) بحيث يدفع (ب) قيمة الكمبيالة الى (ج) اذا خسر (ب) في المقامرة. فإن الثلاثة في هذه الحالة يتصلون بالسبب غير المشروع في أشد حالاته وهي مرتبة الاتفاق عليه، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون (ج) بعيداً عن ممارسة المقامرة وعن السبب غير المشروع الذي ينحصر في علاقة الساحب بالمسحوب عليه وهما هنا (أ و ب) ولكن (ج) قد اتفق معهما عليه فصار ملوثا مثلهما فلا يستفيد من كون التزام المسحوب عليه القابل للكمبيالة في مواجهته التزاما مجردا لان (ج) سيئ النية وبالتالي لا مجال لأعمال التجريد في هذه الحالة. وإذا لم يحدد المشرع مرتبة معينة لاتصال الغير بعيوب العلاقة القانونية فإن ادنى هذه المراتب سألفة الذكر تكفي في حق (ج) كدليل على سوء نيته وهي في المثال السابق مرتبة العلم بالعيب. وبذلك يكون الغير حسن النية والذي لا يمكن توجيه الدفع اليه هو الغير الذي لا يعلم بتلك الدفع، والغير سيئ النية هو الذي يعلم بها وبالتالي يمكن التمسك بتلك الدفع تجاهه والمقصود بالغير هنا هو الدائن والخلف الخاص الذي يتلقى الحق من خلال العلاقة القانونية أو من خلال احد اطرافها ثم من يخلف هذا الدائن وهكذا بالتسلسل، كالمستفيد والمظهر اليهم والحامل في الكمبيالة وكالمناب لديه في الانابة^(٣). ويترتب على ذلك أنه فيما بين المتعاقدين في عقد واحد لا يكون هناك تجريد^(٤)؛ لأن حكمة التجريد أقل ظهوراً، ومع ذلك فإن المشرع يحرص على الموازنة بين احترام الارادة الحقيقية وبين استقرار التعامل، ومن أجل إيجاد التوازن داخل العلاقة القانونية بين المتعاقدين فالمشرع لا يسمح بان يتم الاحتجاج بعيوب الارادة أو ببطلان السبب من أحد الطرفين في العلاقة القانونية إلا إذا كان الطرف الآخر قد اتصل بذلك العيب، بأن اشترك فيه أو علم به أو كان عليه من السهل أن يعلم به فاذا لم يتحقق شيء من ذلك كان المتعاقد في هذه الحالة حسن النية ويستفيد من ميزة التجريد وهي بقاء العقد صحيحا على الرغم من وجود ذلك العيب. ولكن ذلك لا يحملنا على القول إن التجريد واضح المعالم بين المتعاقدين في العلاقة القانونية المباشرة؛ لأن التجريد لا يكون منحصر في نطاق عيوب الارادة أو عدم مشروعية السبب، وإنما يشمل دفوعا أخرى سنبينها لاحقا، ومن ناحية أخرى يختلف موقف الغير الذي يستفيد من التجريد عن موقف المتعاقد حسن النية في أن المتعاقد يحاسب على عدم علمه بالعيب إذا كان ينبغي عليه العلم به أو من السهل عليه العلم بالعيب، وبالتالي يفقد هذا المتعاقد ميزة التجريد اذا كان قد تحقق الفرض أعلاه. أما الغير في التجريد فلا بدّ من أن يكون قد علم بالعيب فعلا حتى يفقد ميزة التجريد، وبالتالي حتى إذا كان من السهل على الغير العلم بالعيب ولم يعلم به يبقى مع ذلك متمتعا بميزة التجريد، ومع ذلك قد يضيف المشرع الى اشتراط علم الغير بالعيب لأسقاط ميزة التجريد عنه شرطا آخر وهو قصد الاضرار بالمدين وذلك رغبة من المشرع في خلق التوازن بين الغير وبين المتعاقد حسن النية والمثال على ذلك ما نصت عليه المادة (١٧) من قانون جنيف الموحد بشأن الكمبيالة بانه (لا يجوز لمن اقيمت عليهم دعوى بمقتضى الكمبيالة الاحتجاج على الحامل بالدفع المبنية على علاقتهم الشخصية بالساحب أو بالحاملين السابقين إلا إذا كان الحامل وقت حصوله على الكمبيالة قد تعمد العمل على مضارة المدين). وجاءت المادة (٥٧) من قانون التجارة العراقي مطابقة لنص

المادة أعلاه حيث نصت (ليس لمن اقيمت عليه دعوى بحوالة ان يحتج على حاملها بالدفع المبينة على علاقاته الشخصية بساحبها أو بحاملها السابقين ما لم يكن الحامل وقت حصوله على الحوالة قد تصرف بقصد الاضرار بالمدين). وبهذا يسهل علينا الاستغناء عن الأنظمة القانونية خارج نظرية العقد مثل الاثراء بلا سبب أو المسؤولية التقصيرية أو التعسف في استعمال الحق لمعالجة ما يترتب من آثار بسبب القول بالتجريد فيما بين المتعاقدين، وذلك لأننا على العكس ننفي وجود التجريد فيما بين المتعاقدين ونقصه على الغير الذي يتلقى من التصرف حقاً معينا أو من أحد أطراف التصرف إذا كان هذا الغير حسن النية، أما إذا كان سيئ النية فإنه لن يصبح من الغير الجدير بالحماية القانونية ضد الدفع، وإنما يكون بحكم الطرف المباشر الذي يجوز توجيه تلك الدفع اليه وبالتالي ليس من حقه التمسك بالتجريد تجاه تلك الدفع ونكون أيضاً قد تجاوزنا أحد أبرز الانتقادات التي وجهت الى الالتزام المجرد وهي أنه يؤسس على وسائل غير تعاقدية^(٥). هذا لغرض الإجابة عن من هم الاشخاص الذين يستفيدون من تجريد الالتزام والذين لا يستفيدون منه، بقي أن نحدد الدفع التي لا يجوز توجيهها الى الغير، والدفع التي لا يجوز توجيهها إليه وهذه الدفع تحدد في نظرنا طبقاً لنفس الفكرة التي اتخذناها معياراً للالتزام المجرد - وهي الحكمة من هذا التجريد. فما دام المقصود هو حماية الغير حسن النية من مفاجآت الدفع التي لا يعلمها والتي يعتبر الاحتجاج عليه بها مساساً باستقرار التعامل، فإن هذه الدفع يمكن أن نحددها على النحو الآتي:

- ١- الدفع بعدم مشروعية سبب الالتزام أو بوجود تحفظ ذهني.
- ٢- الدفع بعدم وجود مقابل للالتزام.
- ٣- الدفع بان السبب صوري.
- ٤- الدفع بوجود عيب من عيوب الإرادة الإكراه أو الغلط أو الغبن مع التغيير أو الاستغلال.
- ٥- الدفع بعدم التنفيذ أو الحق في الحبس.
- ٦- الدفع بانقضاء الالتزام بالمقاصة أو بالإبراء أو اتحاد الذمة بين المدين والدائن الاصلي، والدفع بالتقادم إذا كان الدين الاصلي ينقضي بمضي مدة تختلف عن الحق المجرد.

فهذه الدفع لا يمكن أن يحتج بها المدين في مواجهة الغير في الالتزام المجرد ولكن علم الغير بوجود هذه الدفع يختلف من حيث أثره في ثبوت سوء نية الغير أو حسن نيته ففيما يتعلق بالدفع بعدم مشروعية السبب أو وجود عيب من عيوب الإرادة، يكون العلم سوء النية، أما فيما يتعلق بانعدام مقابل للالتزام فان العلم بذلك من قبل الغير لا يكفي للقول بسوء نيته وبالتالي حرمانه من ميزة التجريد، إذ قد يقصد الملتزم بالعلاقة القانونية ان يتبرع بما التزم به، ومن ناحية اخرى فان التجريد لا يمنع الملتزم على أية حال من أن يرجع على دائته الاصلي الذي كان طرفاً معه في علاقة قانونية واحدة بالدفع المتعلقة بانعدام المقابل. كذلك السبب الصوري ليس موجبا للبطلان رغم ما يوحي به ظاهره عادة إذ إن من يلتزم لسبب غير مشروع يكون التزامه واضحاً وليس بحاجة الى أن يخفي سبب التزامه، ومع ذلك ليست الصورية سبباً للبطلان وإنما يبحث عن السبب الحقيقي فإذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب بطل الالتزام وإلا فهو صحيح. وفي الالتزام المجرد لا يتأثر التزام المدين قبل الغير بالسبب الحقيقي ولا بالسبب الصوري وانكشف كون السبب المذكور في الالتزام صورياً لا يجعل الغير سيئ النية لأن السبب الصوري قد يستر سبباً مشروعاً لا إشكال فيه^(٦). أما الدفع الخاصة بالتمسك بعدم التنفيذ واستعمال الحق في الحبس وانقضاء الالتزام فإن علم الغير بها لا يجعله سيئ النية لأن المدين الذي تقادم حق دائته قد يقبل ان يفي به مختاراً^(٧)، وهذا ما يطلق عليه تسمية الالتزام الطبيعي^(٨)، وقد يوقع المدين كمبيالة مسحوبة عليه وفاء للحق الذي تقادم وبذلك يجعل من التزامه الطبيعي سبباً لالتزامه المدني، وكذلك الحال في المقاصة فقد يقصد المدين والدائن الاصليان عدم وقوع المقاصة وأن يتم الوفاء بحق الغير تجاه المدين، لذلك فليس في علم الغير بدفع الانقضاء المتعلقة بالالتزام الاصلي ما يثبت سوء نيته، طالما أن هناك مبرراً قائماً لحسن نية هذا الغير. والعبرة في سوء نية الغير هي بوقت تلقيه للحق حسب القواعد العامة. بقي أن نطرح تساؤلاً آخر لكي نطمئن على ثبات مدلول ما طرحناه من مفهوم جديد للالتزام المجرد. لماذا نقول بتجريد الالتزام من الدفع ولم نقل بالتجريد من بعض العناصر الموضوعية في الالتزام؟ في الواقع أن تجريد الالتزام عن سببه أو عن الإرادة الباطنة التي انبثق عنها، إذا كان يقصد به أن يعتبر الالتزام قائماً ومنتجاً لآثاره القانونية ولا سبب له أو كان منفصلاً عن سببه أو عن الإرادة الباطنة يعد قولاً غير صحيح، إذ كيف لا يكون للالتزام سبب أو ينفصل عنه السبب وهو الدافع اليه، وكيف تنفصل عنه الإرادة الباطنة وهي التي خلقتها؟ إن لكل التزام عناصر يرتكز عليها ولا يمكن ان نتصور أن يكون الالتزام صحيحاً ومرتبياً للحقوق دون النظر أو الاهتمام بوجود الرضا أو المحل، كذلك لا نتصور القول بصحة الالتزام بغض النظر عن السبب. وما دما نقول أن التجريد لا يقع في علاقة أطراف التصرف الاصلي

المباشرين، وإن السبب ينتج أثره في علاقتهم فكيف يفصل السبب عن الالتزام بعد أن نشأ مرتبطاً به؟ تلك في الواقع حواجز من صناعة الفقهاء توضع أو تقترض بين عناصر الالتزام دون أن يكون لها سند تشريعي أو سند منطقي، أما الصحيح في اعتقادنا فهو أن السبب موجود ولكن الدفع ببطلانه في مواجهة الغير غير جائز والإرادة الباطنة موجودة وشاخصة ولكن الدفع بتعييبها في مواجهة الغير غير جائز لحكمة معينة، لذلك وفي الوقت الذي اقف فيه إجلالاً لكل آراء الفقهاء التي نظرت لتجريد الالتزام بذلك المنظار اعتقد بعدم صحة هذه الآراء لعدم واقعيتها وعدم وجود سند منطقي أو تشريعي لها كما اسلفت. وفكرة تجريد الالتزام من الدفع لا تنفي دور الشكل في بعض الالتزامات المجردة وهي تجعل الشكل شيئاً غير مقصود كما كان ينظر إليه في القانون الروماني، وكما هو الشأن في القانون الانكليزي وإنما هو تابع لحكمة الالتزام المجرد وخادم لها ولذلك لا يمكن الاستغناء عنه أحياناً.

الفرع الثاني خصائص الالتزام المجرد من الدفع: بعد أن عرضنا تعريف الالتزام المجرد من الدفع نستطيع أن نحدد بعض الخصائص المميزة له ونجملها بالنقاط الآتية:

أولاً:- إن الالتزام المجرد من الدفع يختلف عما أخذ به الفقه الألماني من إقرار للتصرف المجرد إذ إن التصرف المجرد كما لا حظنا ينشأ بسبب التعبير عن الإرادة الصادرة من أحد طرفي العلاقة القانونية وهذا التعبير يفصل عن إرادة صاحبه بمجرد صدوره^(٩). فيكون تصرفاً مجرداً عن شخص صاحبه وبهذا الخصوص يختلف تجريد الالتزام عن التصرف المجرد؛ لأن الالتزام المجرد هو التزام قائم وفق القواعد العامة لأنشاء الالتزام وتقبله الدفع الموجودة في النظرية العامة للالتزام ولكن لاعتبارات ولحكمة معينة يمنع المتعاقد من الاستفادة من هذه الدفع كلاً أو جزءاً. من جانب آخر أن نظرية التصرف المجرد في القانون الألماني لا تعترف بالالتزام المجرد بالمفهوم الذي عرضناه؛ لأن القانون الألماني يفصل بين نظرية الالتزام بالمعنى المعروف لها والنظرية العامة للتصرف القانوني^(١٠)، والتصرفات في القانون الألماني أما أن تكون تصرفات مسببة أو أن تكون تصرفات مجردة^(١١). لذلك لا يجذب أنصار نظرية التصرف المجرد استخدام مصطلح (الالتزام المجرد) بحجة أن النظرية العامة للقانون المدني تنقسم إلى قسمين أولهما خاص بالتصرف القانوني والثاني خاص بالواقعة القانونية ويقع التصرف المجرد في نطاق التصرفات القانونية وهذا ما أخذ به المشرع الألماني. حيث تقسم التصرفات القانونية إلى قسمين أساسيين التصرفات المقيدة وهي القاعدة العامة والتصرفات المجردة وهي الاستثناء^(١٢)، كما أن التصرف المجرد في القانون الألماني لا ينطبق على الالتزامات فقط وإنما يطبق كذلك في ميدان الحقوق العينية فيما يخص انشاءها وتحولها وانقضاءها. وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام المجرد يجد له مناصرين في فقه القانون المدني الألماني ولكن انسجاماً مع أحكام القانون المدني الألماني الصادر عام ١٩٠٠ حيث يقررون بفصل الالتزام عن البواعث الشخصية للملتزم؛ لأنهم يقررون بأن التعبير عن الإرادة ينفك عن صاحبه بمجرد صدوره. أما الالتزام المجرد من الدفع فهو التزام لا ينفك عن شخص الملتزم وإنما لأغراض ولمبررات معينة لا يستطيع الملتزم أن يدفع بعدم صحة التزامه تجاه الدائن وإنما يبقى التزامه قائماً وهو ما يعني أن الدفع موجود وصحيح ولكن يتم إسقاط حق التمسك به بنص القانون أو بالعرف. وهذا لا يعني الغاء الدفع وإنما يعني عدم إمكانية الاحتجاج به، والالتزام المجرد يمنع تجاوز التعبير عن الإرادة للبحث في توفر هذا الشرط في مضمون الإرادة الحقيقية، فإذا كان هذا الالتزام لا يبرز غرضاً غير مشروع، بل يخفي هذا الغرض ولا يعلنه حقيقة فإن هذا الالتزام يبقى صحيحاً، ما دام لا يظهر هذا الغرض غير المشروع^(١٣). كذلك يتميز الالتزام المجرد من الدفع عن التصرف القانوني المجرد والذي يعني كما بينا سابقاً التصرف الذي تتوقف صحته على التعبير عن الإرادة الظاهرة بغض النظر عن الإرادة الحقيقية وعليه فإن التصرف المجرد هو التصرف الذي يكون صحيحاً حتى لو كان صورياً أو كان صادراً مع تحفظ ذهني أو كان صادراً على سبيل المزاح أو المجاملة أو كان صادراً تحت تأثير عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو الاكراه أو الغبن مع التعزير. والتصرف المجرد بهذا المعنى يمثل استثناءً على القاعدة العامة المتمثلة بضرورة تطابق الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة^(١٤). وهذا ما يظهر خاصية التجريد التي تنسب إلى التصرف إذ يؤسس عليها بأن يقوم التعبير عن الإرادة صحيحاً بغض النظر عن الإرادة الحقيقية وهو ما يترتب عليه بأنه لا يجوز التمسك بالإرادة الحقيقية للمطالبة ببطلان التعبير عن الإرادة، سواء كان ذلك لتناقضه معها أو لقصوره في شمول كل مضمونها وسبب ذلك كله هو أن الحاجات الاجتماعية هي التي تخلق النظم القانونية. ولما كانت هذه النظم لا تنشأ ولا تبني ولا تتطور إلا من أجل تحقيق مصالح عملية مرجوة منها، فإن توافق النظم القانونية وتكييفها مع الاحتياجات العملية للمجتمع، يقتضي تقدم القانون وتطوره لتأثره بالظروف التي ينظمها ويطبق عليها؛ لأن احترام الإرادة الفردية والبحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين يتعارض مع النظرة إلى الالتزام كقيمة تتداول وتنتقل إلى الغير^(١٥). وهكذا يبدو الفارق شاسعاً بين الالتزام المجرد والتصرف المجرد فبينما التصرف المجرد يناقض مبدأ الرضائية ومبدأ سلطان الإرادة فإن الالتزام المجرد لا يناقضها، من جانب آخر أن الالتزام المجرد يختلف عن ما يعرف بالالتزام المقيد والذي

يقيم بعض الفقه الألماني تجريد الالتزام من الدفع على أساس إرادة المشرع، وهو التزام يتحدد مضمونه بإرادة أطرافه وتحكمهم ولا يتطلب القانون له شكلاً نموذجياً ثابتاً فبينما الالتزام المقيد ينحصر جوهره في العلاقة الاقتصادية المعينة التي أرادها أطرافه، يكون الالتزام المجرد ذا مضمون نموذجي من حيث الأصل وهو ما يعني أن الالتزام القانوني يمكن أن يظهر بصورة التزام مجرد والالتزام مقيد ولكل من الالتزامين مصير قانوني خاص هما الالتزام المقيد المادي والالتزام المجرد ولا صلة بينهما من الناحية القانونية وإنما الصلة المشتركة بينهما هي صلة اقتصادية باعتبار أن الالتزام المجرد لا يمكن تفسيره اقتصادياً إلا بالرجوع إلى الالتزام المقيد ويتميز الالتزام المجرد بمحتوى نموذجي خاص لا يمكن تقييده باتفاق الطرفين أما الالتزام المقيد فيترك تحديد محتواه لتحكم الأطراف ولا يستلزم شكلاً نموذجياً إلا نادراً^(١٦)، لأنه ينحصر في الرابطة الاقتصادية المعينة التي يريدها الطرفان الملتزمان في حين أن فكرة الالتزام المجرد على النقيض من ذلك تلائم مختلف الروابط الاقتصادية.

ثانياً:- أن الالتزام المجرد يهدف إلى الإبقاء على الحالة الإيجابية للالتزام إذ يبقى الالتزام قائماً وتبقى العلاقة القانونية ملزمة لأطرافها على الرغم من وجود دفع تجاه هذه العلاقة القانونية لكن لا يسمح لصاحب هذه الدفع من استعمالها لغرض تعطيل أثر الالتزام أو إنهاءه بطريق البطلان وذلك مراعاة لعامل استقرار المعاملات والثقة التي هي أولى في بعض الأحيان من النظام القانوني ذاته.

ثالثاً:- غالباً ما يكون الالتزام المجرد التزاماً منجزاً غير معلق على شرط فلا يعترض طريقه أي شرط واقف أو فاسخ أو أي شرط تبقي آخر، لكن هذه القاعدة ليست مطلقة فلا يوجد ما يمنع نظرياً من أن يكون الالتزام المجرد معلقاً على شرط لأننا سبق وأن أشرنا إلى أن التجريد ليس من الضروري فيه أن يشمل كل دفع العلاقة القانونية فإذا لحق الالتزام شرط واقف أو فاسخ صريح فهذا لا يعني أن التجريد يكون غير موجود في الالتزام.

رابعاً:- إن الالتزام المجرد من الدفع يكون في العلاقات القانونية الثنائية الأطراف والمتعددة الأطراف على حد سواء فلا يوجد ما يمنع أن يمتد التجريد إلى جميع الأطراف في العلاقة القانونية ما دامت مبرراته موجودة.

خامساً:- إن الالتزام المجرد من الدفع هو استثناء على الأصل العام في الالتزامات والذي يقضي بعدم تجريد الالتزامات من الدفع فالالتزام المجرد وجد لحكمة معينة وما دامت هذه الحكمة غير موجودة فلا داعٍ للتمسك به، فإذا كان الاستقرار وحماية الغير أولى من النظام القانوني فحكمة الالتزام المجرد تكون منطقية وإلا فلا داعٍ له، وهذا أيضاً فرق آخر بين الالتزام المجرد من الدفع والتصرف المجرد في النظام القانوني الألماني الذي جعل من التصرف المجرد مبدأ عام يمكن أن تصب به كافة أنواع التصرفات القانونية^(١٧). وبهذا المعنى تتجاوز نظرية الالتزام المجرد من الدفع النقد الذي وجه للنظرية الألمانية والذي يقضي بأن تعميم تجريد التصرفات القانونية يؤدي إلى اضطراب وعدم استقرار في المعاملات القانونية، والذي قد تكون نتيجته انهيار النظام القانوني الذي يحكم التصرفات القانونية؛ لأنه سيكون مدعاة للعزوف عن العقد كوسيلة للتعامل والتبادل على مر العصور. فالمتعاقدين سيبتعد قدر المستطاع عن الوسيلة التي لا توفر له الحماية المعتادة في التعامل لأنه سيفاجأ بالتأكيد في إطار تنفيذه للالتزامات العقدية بأن الطرف الآخر يختبئ وراء دفع لا يستطيع هو التمسك به لأنه ارتبط بالالتزام قانوني مجرد من الدفع ابتداءً وهو ما سيحدث شرحاً في نظام العقد^(١٨).

سادساً:- إن تجريد الالتزام عادة ما يستفيد منه جانب واحد في العلاقة القانونية، فهو يكون ميزة لطرف واحد دون الطرف الآخر، لذلك يتحصن الالتزام الذي يتم تجريده من الأسباب التي تبرز كدفع في فترة تنفيذ الالتزام مثلاً الدفع بعدم التنفيذ أو استعمال الحق في الحبس.

سابعاً:- إن تجريد الالتزام من الدفع لا ينال من مبدأ الرضائية في صميمه بوصفه أصلاً مهماً من الأصول العامة التي تحكم الالتزامات القانونية المدنية، ولكن هذه الحقيقة لا تنفي إمكانية الخروج عنه أحياناً سواء كان هذا الخروج خروجاً مطلقاً أو نسبياً، وذلك بحسب ما يراه المشرع مناسباً أو العرف التجاري.

المبحث الثاني شروط الالتزام المجرد من الدفع

كأصل عام لا يمكن تفعيل تجريد الالتزام من الدفع ما لم يكن هناك دفع يؤثر في العلاقة القانونية ولكن يمنع المتعاقد من التمسك بهذا الدفع، وهذا الشرط في واقع الأمر شرط بديهي لا يحتاج إلى توضيح أو مناقشة فلو لا وجود دفع مؤثرة في العلاقة القانونية لما أثير جواز تجريد الالتزام من الدفع أولاً. ومن شروط تجريد الالتزامات من الدفع هو أن ينص عليه المشرع في القانون صراحة وإلا فلا يمكن أن يتم الاتفاق على تجريد الالتزامات من الدفع أو أن يستفاد التجريد من عرف التعامل التجاري أو المدني على رأي جانب من الفقه^(١٩)، وسوف نناقش هذا الشرط نقاشاً علمياً ونرى مدى صحته من عدمها إضافة إلى الشرط الثالث الرئيس لأعمال تجريد الالتزامات من الدفع وهو حسن النية وعليه

سوف نغسّم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الأول شرط نصّ المشرع على التجريد في نص قانوني والفرع الثاني نتطرق فيه الى شرط حسن النية لحماية من يتمسك بالتجريد.

المطلب الأول نصّ المشرع على التجريد: لقد سبق وأن بينا عند مناقشة خصائص الالتزام المجرد بأنه استثناء على الاصل العام القاضي بسريان الدفع في الالتزامات عموماً لذلك يرى جانب من الفقه بما انه تجريد الالتزامات استثناء على الاصل العام فلا بدّ أن ينص عليه المشرع صراحة^(٢٠). ونحن نتفق مع الرأي أعلاه في أن الالتزام المجرد هو استثناء على الأصل العام القاضي بسريان الدفع، ولكن لا نتفق معه في أن الالتزام المجرد لا يمكن ان يستخلص من العرف أو اتفاق الطرفين أو طبيعة التعامل فلا نجد ما يمنع تجريد الالتزامات في نظرية العقد وخصوصاً هناك الكثير من الدفع يمكن أن يلحقها التجريد؛ لأنها ليست من النظام العام ويمكن أن يتفق الأطراف على خلافها ونسوق على صحة رايها الحجج الآتية:

الحجة الأولى: - نستند فيها على مبدأ مهم من المبادئ التي تحكم القانون المدني بوجه عام، ونظرية العقد على وجه الخصوص وهو مبدأ سلطان الإرادة وما يتولد عنه من حرية في التعاقد حيث تنص المادة (١١٣٤ / ١) من القانون المدني الفرنسي على انه. ((تقوم الاتفاقات المبرمة بشكل قانوني مقام القانون بالنسبة الى من أبرموها ولا يمكن الرجوع عنها إلا برضاها المتبادل أو للأسباب التي يجيزها القانون...))^(٢١)، وكذلك تنص المادة (١٤٧ / ١) من القانون المدني المصري على ان: ((العقد شريعة المتعاقدين...)) ويقابل نص المادة (١٤٦ / ١) من القانون المدني العراقي الذي ينص على انه: ((إذا نفذ العقد كان لا زماً ولا يجوز لاحد المتعاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون أو التراضي)). فاذا كان المشرع قد أباح طبقاً لهذه النصوص للأفراد الاتفاق على إدراج ما يشاؤون من الشروط التي لا تخالف النظام العام القانوني والآداب فان هذه الإباحة يجب أن يعترف بها، وبما يترتب عليها من آثار فالمتعاقدون أعلم بما يصب في مصلحتهم وبالتالي فان لهم أن يتفقوا على تنظيم شؤونهم بأبرام العقود وإدراج ما يشاؤون من شروط في هذه العقود، ما دامت هذه الشروط في حدود النظام العام والآداب^(٢٢). فاذا كانت المادة (١١٣٤ / ١) مدني فرنسي تمنع القاضي من التدخل في العقود كمبدأ عام إلا أنها ((تحت) الاطراف الى تنظيم اتفاقاتهم بحرية مع الاخذ في نظر الاعتبارات^(٢٣)، ومخاطر المستقبل)) ويكون ذلك من خلال إدراج ما يشاؤون من شروط تجنبهم أو تجنب أحدهم هذه المخاطر وآثارها السيئة على التوازن الاقتصادي للعقد، وهذا الاحتياط سيكون بأدراج أسس تغيير الالتزام في عقودهم، الأمر الذي يقود الى القول بضرورة الاعتراف بشرعية هذه الشروط.

الحجة الثانية: - تتمثل في أن تقرير بطلان شروط تغيير الالتزام يمثل خرقاً للثقة المشروعة بين الأفراد^(٢٤)، وخرجاً جلياً على قواعد الأخلاق فالمتعاقدين الذي يبرم عقداً مدرجاً فيه شرط تجريد الالتزام، يرتب أموره المستقبلية في ضوء وجود هذا الشرط وبناءً على ثقته في المتعاقد الآخر، فاذا تقرر قبول ادعاء المتعاقد الآخر ببطلان شرط تجريد الالتزام، اعتبر ذلك إخلالاً بالثقة التي وضعها المتعاقد المشترط للتجريد في العقد في مجموعه والذي رتب شؤونه على أساسها.

الحجة الثالثة: - يرى جانب من الفقه المعاصر^(٢٥)، أن العقد ليس ملزماً لأنه عادل، والعدالة التي توجد في العقد هي ليست العدالة التوزيعية التي تقضي لكل فرد بالجزء الذي يختصه ولكن عدالة تجميعية أو تصحيحية، تتجه الى الاحتفاظ بالتوازن أو بإعادة التوازن بين الذم المالية^(٢٦). وحتى لا يخل العقد بالتوازن أو بالتناسب الموجود بين هذه الذم فإن كل متعاقد يجب أن يحصل على جزء يعادل مقدار ما يعطي ويكرس القانون الوضعي هذه الحقيقة في الكثير من التطبيقات. فمن العدل أن يسمح للدائن في العقود الملزمة للجانبين في أن يحصل على قيمة الأداء الذي يلتزم به، وهذا لا يمكن تحقيقه أحياناً إلا بأدراج شروط معينة تغيير الالتزام في العقود في عصر التقلبات الاقتصادية، كأساس السماح بتغيير الالتزام هو الذي يجنب المتعاقدين آثار التغييرات الاقتصادية التي تؤثر في أداء المدين بسبب ارتفاع قيمته أو بانخفاضها^(٢٧). فلو اشترط البائع في عقد البيع بالتقسيط على أن يكون القسط الذي يدفعه المشتري سنوياً يساوي ثمن عشرة أطنان من الاسمنت وتقرر ببطلان هذا الشرط ستكون النتيجة أن يصيب البائع غبن في حالة ارتفاع الاسعار أو يصيب الغبن المشتري في حالة انخفاضها ويكون إجبار البائع على قبول القسط في الحالة الأولى وإجبار المشتري على ادائه في الحالة الثانية على اساس السعر السائد وقت التعاقد منافياً لقواعد العدالة^(٢٨). أمّا بالنسبة للعرف كمصدر لتجريد الالتزام فلا نجد مانعاً أيضاً من الاحالة إليه مادام أحد مصادر القانون^(٢٩)، ويقصد بالعرف في هذا الخصوص تلك العادات الاتفاقية التي عرفها الناس وساروا عليها في معاملاتهم المدنية والتجارية سواء كانت عادات محلية أو مهنية فلا يقصد به في هذا المجال القواعد الملزمة التي تشكل القانون العرفي فهذه الأخيرة قواعد قانونية تدخل بصفة أساسية تحت بند القانون كوسيلة لتفسير العقد^(٣٠). الى جانب ما يضعه العرف (قانون غير مدون) من قواعد امره يضع أيضاً قواعد مقررّة، سواء كانت مفسرة أو مكملّة لإرادة

المتعاقدين، وتطبق هذه القواعد على الأفراد سواء علموا بها أو لم يعلموا، أشاروا إليها في اتفاقاتهم أو لم يشرروا ويكفي حتى تنطبق تلك القواعد العرفية على ألا يتفق أطراف العلاقة القانونية على استبعادها صراحة أو ينظموا أمورهم وعقودهم على نحو مخالف لأحكامهم^(٣١). أما العادة الاتفاقية فهي لا تلزم المتعاقدين، إلا إذا اتفقوا عليها صراحة أو ضمنا والاتفاق الضمني بشأنها يستشف من ظروف التعاقد، كمكان العقد وزمانه أو الغرض من التعاقد أو المركز الشخصي للطرفين أو مهنتهما^(٣٢). ومما تقدم يتبين أن تطبيق القاعدة العرفية المفسرة أو المكملة يتطلب موقفا سلبيا من طرفي العقد، بينما يتطلب تطبيق العادة الاتفاقية موقفا ايجابيا منهما ويترتب على طبيعة كل من العرف والعادة وانقضاء الأخيرة لعنصر الالتزام الذي تتمتع به القاعدة العرفية، أن يتعين عنصر العلم لدى المتعاقدين للأخذ بحكم العادة في تفسير إرادتهما، وإذا كانا يجهلانهما أو يجهل أحدهما فلا يمكن القول بوجود إرادة مشتركة لهما في هذا الصدد بخلاف العرف كما أسلفنا^(٣٣). ويكتسب العرف قوته الإلزامية من ذاته باعتباره قاعدة قانونية، بخلاف العادة التي تكتسب قوتها من اتفاق الطرفين بشأنها ولذلك سميت بالعادة الاتفاقية^(٣٤). ورغم هذه الفوارق بين العرف والعادة الاتفاقية فإن الفقهاء يفضلون تسمية وسائل التفسير هذه بالعرف لغرض مسايرة ما درج عليه التشريع والفقهاء والقضاء في هذا الصدد، إذ يسمي الجميع العادات الاتفاقية المفسرة لإرادة الطرفين أو المكملة لها بالعرف^(٣٥). ولا صعوبة تذكر في واقع الأمر إذا أحال الطرفان في عقدهما إلى العرف، ولكن تثار المشكلة عندما يخلو اتفاقهما من شرط يفيد استعمال العرف أو استبعاده. يذهب أغلب الفقهاء^(٣٦)، إلى أن أعمال العرف في هذه الحالة يستند إلى الإرادة الضمنية لطرفي العقد، فعلمهما به، وعدم استبعاده صراحة يعني أنهما يريدان تطبيق أحكامه وعلمها به ضروري لتطبيق أحكامه^(٣٧). فكيف يفترض أنهما أراد أمراً لا يعلمانه أو يعلمه أحدهما بينما يجهله الطرف الآخر؟ ولهذا فإنه لا يحتج على شخص بأحكام عرف معين إلا إذا كان عالماً به وقت التعاقد. وهناك جانب آخر من الفقه يرى عدم ربط تطبيق العرف بإرادة الطرفين الصريحة أو الضمنية إذ أنه موجود وقائم خارج إرادتهما سواء كان عرفاً مفسراً أو عرفاً مكملًا^(٣٨). ونعتقد بما أن العرف يعتبر محددًا عامًا لنقطة معينة فإنه يفرض على الطرفين ويكون من الطبيعي متفقا مع إرادتهما، دون الاكتراف بالإرادة الحقيقية لأطراف العلاقة القانونية^(٣٩). وفي صدد النزاع بين العرف والتشريع يطرح التساؤل حول جواز مخالفة العرف للتشريع وهل يجوز ذلك؟ والمعروف أن الإجابة على هذا التساؤل تتعين بضرورة التفرقة بين نوعين من النصوص التشريعية^(٤٠). فالنصوص الامرة لا يجوز للعرف أن يخالفها حتى وإن تعارف الناس على مخالفة النص الامر؛ لأن ذلك النص يعد من قواعد النظام العام التي لا يجوز مخالفتها^(٤١)، ولا يجوز الاستناد إلى هذا العرف أو أعماله عند تفسير العقد. أمّا بالنسبة للنصوص غير الامرة (المكملة) فإذا نص الطرفان في العقد صراحة إلى تحكيم العرف بينهما تعين احترام إرادتهما الصريحة حتى وإن كانت هذه الإرادة تخالف النص القانوني غير الامر^(٤٢). ولكن الخلاف يثور عندما لا يوجد نص صريح في العقد بالإحالة إلى العرف، فتوجد لدينا في هذه الحالة إرادتان ضمّنتان أحدهما تحيل إلى التشريع، والآخرى تحيل إلى العرف فإيهما تطبق، يذهب رأي في الفقه إلى أن التشريع هو الذي يجب أن يطبق في هذه الحالة^(٤٣). إلا أن الرأي الغالب من الفقه والذي نؤيده^(٤٤)، يذهب إلى تغليب العرف على النصوص المكملة ذلك؛ لأن القاعدة المكملة تهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة وهي مصلحة الفرد، وإذا كان يمكن مخالفة هذه القاعدة صراحة أو ضمنا إذا فمن الطبيعي أنه إذا كشف العقد عن وجود إرادة ضمنية بتطبيق العرف المخالف للنص التشريعي المكمل فيكون العرف في هذه الحالة هو الأولى بالاتباع من النص التشريعي، بالإضافة إلى أن طرفي العقد بالتزامهما السكوت حول المسألة المتنازع عليها فإنهما يقصدان عقلا الاحتكام إلى العرف الذي يكون معروفا ضمن مجال عملها، بخلاف الحال بالنسبة للقاعدة التشريعية التي كثيرا ما تكون مجهولة بالنسبة لهما. ويعاب على الرأي الأول أنه يعطي للنصوص المكملة أهمية ليست لها إذ أنها قواعد امرّة وضعت لخدمة المتعاقدين وتحقيق مصالحهم، وتترك لهم أمر مخالفتها صراحة أو ضمنا وهو في ذلك يفسر القانون حرفيا لا منطقيا بمراعاة الهدف من وضعه. فمن القواعد المنطقية والعرفية في تفسير تجريد العلاقة القانونية من الدفع فيما بين الكفيل والمدين أن الدائن عند رجوعه على الكفيل يكون غير معني بطبيعة العلاقة بين الكفيل والمدين وبالتالي إذا كان للكفيل من دفع تجاه المدين المكفول لا يستطيع الكفيل أن يتمسك بهذه الدفع تجاه الدائن؛ لأن الدائن سيكون أجنبيا تماما عن العلاقة القانونية بين الكفيل والمدين وإنما للكفيل فقط التمسك بالدفع التي كان للمدين التمسك بها تجاه الدائن بحكم تبعية التزام الكفيل للالتزام المدين^(٤٥). فهذا الحكم في تفسير علاقة الكفيل بالدائن وتجريدها من الدفع التي يمتلكها الكفيل تجاه المدين لم ينص عليه المشرع العراقي ولكن يستفاد هذا الحكم طبقا للعرف وطبقا لمبادئ التعامل وقواعد حسن النية في العقود. وبناء على ما تقدم لا نجد مانعا يذكر من أن تستشف قواعد الالتزام المجرّد من العرف أو طبيعة التعامل أو حتى من اتفاق الطرفين مع مراعاة القواعد العامة في نظرية الالتزام التي بينها في ما سبق، وما دامت المصلحة متحققة من تجريد الالتزام القانوني. وإذا كان مقبولا منا ما قلناه بالنسبة للعرف المدني فهو من باب أولى مقبول بالنسبة للعرف التجاري الذي يزداد سلطانه بالنسبة للنص التشريعي.

المطلب الثاني حسن النية: أن وضع تعريف محدد لحسن النية لا يعد أمراً يسيراً لأسباب عديدة أهمها:

١- أن لحسن النية أحوالاً وآثاراً عديدة قد تكون متباينة مما يختلف معه معناها من حالة لأخرى داخل التشريع^(٤٦).

٢- أن فكرة حسن النية يرتبط فيها القانون بالأخلاق وقياسها وفقاً للمفهوم الأخلاقي يختلف عنه في المنظور القانوني لهذا فإن مهمة تحديدها تصبح عملية صعبة^(٤٧).

٣- اختلاط فكرة حسن النية بعناصر أخرى ترتبط بها، مثل الجهل والغلط والخطأ، وكلها تتبع من جهة واحدة، وترتبط بعناصر إنسانية داخلية مما يجعل من الصعب تقديرها وقياسها فكل ما يدخل الحيز النفسي يصعب تجريده عن باقي العناصر الأخرى المرتبطة به. ولحسن النية مفاهيم مختلفة^(٤٨)، لكننا سنركز على المفاهيم المتعلقة بتجريد الالتزام أي مفهوم حسن النية الذي يصلح كشرط لتجريد الالتزام من الدفع وهي كما يأتي:

أولاً:- المفهوم الشخصي لحسن النية: ويقصد به الجهل المبرر بواقعة معينة، أو بظرف محدد يرتب عليه القانون اثراً معيناً، وبمفهوم المخالفة فإن سوء النية يعني تحقق العلم (أو إمكانية تحقيقه) بواقعة أو ظرف معين^(٤٩). فمحل حسن النية أو سوء النية الشخصي هو دائماً ذات الشخص المطلوب الحكم على تصرفه، بالبحث عن اتجاهه الإرادي لننتهي لتحقيق أحد الوصفين تبعاً لما تشير إليه القرائن الدالة عليه، فكما تقوم قرائن على وصف حسن النية بالحسن، هناك قرائن أخرى يستخلص منها التعرف إلى سوء النية، فالطبيعة الذاتية لوصف الحسن أو السوء تكون متحققة حيث يكون تحقق الوصف متمثلاً في تحقق العلم أو الجهل الفعلي بالواقعة^(٥٠). أما عندما يكون مناطه إمكانية العلم فلا يقوم هذا العلم على طابع ذاتي، وإنما يتخذ في التحقق منه مسلكاً وسطي ينظر فيه لسلوك الشخص المعتاد^(٥١). ولا يكفي في إثبات حسن النية وفقاً للمفهوم الشخصي مجرد نفي العلم الحقيقي وإنما يجب أن يكون عدم العلم مصحوباً بنفي التقصير في السعي نحو معرفة القدر اللازم من المعلومات عن التصرف الذي يقبل عليه الشخص، وبالنسبة للشق الأول وهو الخاص بنفي العلم فيفترض في الشخص بحسب الأصل أنه لا يعلم أي يتوافر لديه هذا الجانب من حسن النية الخاص بعدم العلم ومن يدعي عكس ذلك عليه الإثبات^(٥٢). أما حسن النية المتعلق بالجانب الثاني - أي إمكانية العلم - فإنه لا يكون مفترضاً وعلى من يدعيه أن يثبت سعيه الجاد نحو إدراك العلم، أي قيامه بواجبه القانوني بالاستعلام على التصرف الذي أقبل عليه، وذلك وفقاً لمعيار الرجل المعتاد الموجود في مثل ظروف الشخص الذي يتمسك بحسن النية لغرض تجريد حقه من الدفع التي قد يتمسك بها المدين تجاهه^(٥٣).

ثانياً:- المفهوم الموضوعي لحسن النية: إن المفهوم الموضوعي لحسن النية يرتبط بمقومات أخلاقية ومبادئ وقيم تعتقها الجماعة وتهيمن على تعاملاتهم وتتصف بكونها عامة ومجردة وهي بذلك تختلف وتتعدد بحسب المجتمعات بل قد تتغير داخل المجتمع الواحد بمرور الزمن ومع اختلاف المكان حيث تتغير النظرة إلى القيم والمثل العليا مما يؤثر في مفهوم حسن النية. ووفقاً لمفهوم الموضوعي فإن الشخص حسن النية هو (من تكون أفعاله وتصرفاته منقده مع المقومات الأخلاقية) المتمثلة في الثقة والنزاهة وغيرها فعندما يرتب القانون حكمة على أساس من مقتضيات حسن النية فإنه لا يعتد بمدى علم الشخص أو جهله بواقعة معينة^(٥٤). ونجد أن المشرع العراقي قد أخذ بمفهوم حسن النية الموضوعي عند تنظيمه لتنفيذ العقد فقد نصت المادة (١٥٠ / ١) مدني عراقي على ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)) وتطابق هذه المادة نص المادة (١٤٨ / ١) مدني مصري حيث نصت على ((١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية...)) والمقصود بحسن النية في مجال تنفيذ العقد يرى الفقه^(٥٥)، أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يغالي في الاستفادة من العقد على حساب الطرف الآخر، ويرتبون على ذلك أن حسن النية يعد ضابطاً موضوعياً يلزم مراعاته ليس فقط لدى تنفيذ العقد بل يمتد نطاقه لمرحلة انشاء العقد أيضاً، فمبدأ حسن النية يهيمن على العقد في كافة مراحله. وتتص المادة (١٥٠ / ٢) مدني عراقي على (٢- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام) فالعدالة والتي مضمونها الثقة والأمانة تعد من مقتضيات حسن النية^(٥٦). ويرى جانب من الفقه^(٥٧)، أن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في استخلاص حسن لنية أو سوئها وفقاً للمفهوم الشخصي لا تخضع لرقابة محكمة التمييز طالما أقامت محكمة الموضوع قضاءها بما تقوى على التوصل إليه، أما بالنسبة لحسن أو سوء النية بمفهومه الموضوعي فإن سلطة القاضي منحصرة ومحددة بمقومات معينة يكون إخلاله بها إخلالاً بمسألة من مسائل القانون تجيز الطعن لدى محكمة التمييز في حكمه. ونرى أن حسن النية بمفهومه الشخصي أو الموضوعي مرتبط بوقائع لقاضي الموضوع سلطته التقديرية المطلقة في استخلاص حسن النية أو سوئها منها فإذا كان حسن النية بمفهومه الشخصي مرتبطاً بوقائع تقييد العلم أو الجهل بحقيقة معينة مما يجعل لقاضي الموضوع سلطته التقديرية في هذا الشأن، ولا رقابة لمحكمة التمييز عليه فإن حسن

النية وفقاً للمعيار الموضوعي لا يختلف الوضع بالنسبة له فيما يتعلق برقابة محكمة التمييز فالضوابط العامة هي أيضاً ترتبط بوقائع مادية يستخلص منها القاضي مدى اتفاقها مع تلك الاعتبارات أو المقتضيات ولا رقابة أيضاً لمحكمة التمييز على قاضي الموضوع في هذا الشأن. أما بالنسبة لأهمية التفرقة بين المفهومين الشخصي والموضوعي فإن هذه الأهمية ترجع إلى تقدير مدى توافر الاعتقاد المبرر لدى الغير وهو يرتبط بأمرين:

الأول:- عدم علم الغير بحقيقة الدفع في الالتزام.

الثاني:- عدم استطاعة العلم.

فيتعلق الأمر الثاني بالضرورة على اتخاذ سلوك معين وهو سلوك الرجل المعتاد كما اسلفنا، بينما الأول مرتبط بوقائع معينة أما أن تكون قد تحققت أولاً. وبذلك فإن تقدير الاعتقاد المشروع يعتمد بالضرورة على حسن النية المرتبط بالسلوك وكذلك بعدم العلم. فتقدير حسن النية حيث يرتبط بالسلوك فإن معيار التقدير يجب أن يكون مجرداً، فيتوافر الاعتقاد المشروع للغير إذا كان قد راعى في سلوكه الاحتياطات التي يتخذها الشخص المعتاد في مثل ظروفه. وفي المقابل فإن حسن النية الخاص بعدم العلم يرتبط بتقديره بحالة شخصية خاصة بالغير وتفترض أن الغير كان يجهل دائماً الحقيقة القانونية. ومع هذه التفرقة فأننا لا ننكر أن مسألة معرفة كون الغير قد علم بعدم التوافق بين التجريد والعلاقة القانونية الظاهرة أمر يتأثر بالظروف الموضوعية التي واجهت الغير. وبذلك فعناصر تقدير حسن النية مشتركة (شخصية ومجردة) لقبول الاعتقاد المشروع^(٥٨).

ثالثاً:- المفهوم القانوني لحسن النية: يتحدد مفهوم حسن النية أو سوئها من الناحية القانونية من فرضية تشريعية يتعين على المتعامل مراعاتها، فإن فعل عد حسن النية وأن أتجه عكس ذلك يعد سَيئ النية وذلك بصرف النظر عن قصده مخالفة تلك الفرضية من عدمه، ولعل منشأ ذلك هو المبدأ القانوني الذي يقضي بأنه (لا يجوز الاعتراض بالجهل بالقانون)^(٥٩). أن وصف حسن النية أو سوئها وفقاً للمفهوم القانوني يقوم على وجود نصّ قانوني أمر لا يجوز الاتفاق على مخالفة حكمه وأن المشرع قد يفترض وصف سوء النية بمجرد الاخلال بهذا الالتزام القانوني^(٦٠). وفي واقع الأمر أن المفهومين الأول والثاني هما من يمكن أن نستند لهما في حماية صاحب الحق المجرّد من الدفع أما المفهوم الثالث (المفهوم القانوني) لحسن النية فلا يدخل في مجال التجريد؛ لأنه مفهوم ثابت ولا يمكن أن نستخدمه كسبب لحسن نية صاحب الحق المجرّد من الدفع. ومن تطبيقات التجريد من الدفع في مجال عيوب الرضا تصرفات السفه فقد نصت المادة (١٠٩ / ١) مدني عراقي (... أما تصرفات السفه التي وقعت قبل الحجر عليه فهي كتصرفات غير المحجور إلا إذا كان التصرف وقع غشا بطريق التواطؤ مع من تصرف له السفه توقعاً للحجر)^(٦١). ففي هذه الحالة لا يستطيع السفه ومن تعامل معه أن يحتجوا بصحة التصرف الواقع قبل الحكم بالحجر تجاه من يتمسك بالحجر على السفه وذلك لسوء نية للسفيه والمتواطئ معه، ومفهوم المخالفة لو كان من تعامل مع السفه قبل الحكم بالحجر حسن النية فإن التزام من يدفع بعدم صحة تصرف السفه تجاه الغير حسن النية المتعامل مع السفه سيكون التزاماً مجرداً من الدفع وكذلك الحكم بالنسبة لذي الغفلة حيث الحقه المشرع العراقي بحكم السفه في نص المادة (١١٠) مدني عراقي. وأن المقصود بالتواطؤ هو عندما يتوقع السفه الحجر على أمواله يتصرف بهذه الأموال إلى من يتواطأ معه بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب وبالتالي ونتيجة لسوء نية السفه والمتواطئ معه فهم لا يستطيعون التمسك بصحة التصرف القانوني الواقع قبل صدور الحكم بالحجر والعكس صحيح إذا أثبت السفه والمتعامل معه حسن نيتهم وعدم وجود نية للتواطؤ لغرض تفويت آثار الحجر فيكون تصرفهم مجرداً من الدفع التي يمكن أن يتمسك بها من صدر حكم الحجر لمصلحته ويكون التزامه تجاه السفه أو المتعامل معه مجرداً. وتتصّ المادة (١٢٤ / ١) مدني عراقي على (مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغيير). والتغيير كما هو معلوم عبارة عن استعمال طرق احتيالية بهدف خداع المتعاقد وحمله على التعاقد، فهو وسيلة لإدخال الغلط على المتعاقد الآخر، وهو وسيلة تستعمل لخداع المتعاقد وانتزاع رضاه، كتقديم أوراق مصطنعة ببضاعة معينة أو الاستعانة بشهود زور ... الخ)^(٦٢). وللتغيير في حقيقة الأمر عنصران العنصر المادي والذي ينطوي على استعمال طرق احتيالية يقوم بها القائم بالتغيير توجي إلى المغرر به وجود أمر يخالف الحقيقة، والأصل أن مجرد الكذب لا تتوفر به الطرق الاحتياطية^(٦٣). فالتاجر الذي يروج لبضاعته بأوصاف ليست فيها لا يعد مغرراً ولا يكون للمشتري الدفع بعدم صحة العقد إلا إذا كان هذا التغيير هو الدافع إلى التعاقد فإذا كان التاجر في المثال اعلاه ليس لديه نية سيئة لدفع المشتري إلى التعاقد فيكون التزام المشتري تجاه البائع مجرداً من الدفع بعدم صحة العقد بسبب التغيير مع افتراض وقوع الغبن وهذا هو العنصر الثاني من التغيير وهو الركن المعنوي فتتصرف النية بموجب الركن المعنوي إلى التظليل لتحقيق أمر غير مشروع فإن كان الأمر مشروعاً انتفى التغيير وبالتالي لا مجال للتمسك به من قبل المتعاقد الذي يدعي التغيير به^(٦٤)، كالمودع

الذي يلجأ الى طرق احتيالية ليسترد وديعته مع شخص غير امين^(٦٥). ومن تطبيقات تجريد الالتزام في القانون المدني كذلك ما نصت عليه المادة (٢٦٤ / ١) من القانون المدني العراقي من اشتراط سوء نية المدين وسوء نية المتصرف اليه لغرض عدم نفاذ تصرف المدين المعسر بحق دائته^(٦٦)، وبالتالي يستطيع الدائن الذي استحق أجل تسديد دينه ان يطالب المدين باستيفاء دينه من المال الذي تصرف به المدين ويكون التزام المدين سَيِّئ النية بتسديد الدين للدائن مجردا من تمسكه بدفع خروج المال من ذمته الى المتصرف له سَيِّئ النية وايضا التزام المتصرف له تجاه الدائن سيكون التزاماً مجردا من الدفع التي قد يتمسك بها باعتباره أجنبيا عن العلاقة القانونية بين المدين الذي نقل له الحق وبين الدائن الذي رجع عليه، والعكس صحيح فلو كان المدين والمتصرف له حسني النية فلا يستطيع الدائن الرجوع عليهما وبالتالي فإن دعوى الدائن تجاه المدين والمتصرف له تكون مجردة من الدفع وفقا لمفهوم المادة (١/٢٦٤) مدني عراقي^(٦٧). وبصورة عامة ينقسم الفقه حول مدى صلاحية مبدأ حسن النية لتبرير الحماية لمن يتمسك به من عدمه في القانون الوضعي حيث ذهب جانب من الفقه^(٦٨)، الى أن المشرع الوضعي قد اكتفى بالنص على حسن النية لتبرير الحماية في نصوص خاصة لا يجوز التوسع فيها. في حين يذهب البعض الآخر^(٦٩)، الى أنه إذا كان كثيراً ما يترتب على حسن النية بعض الآثار حتى إننا نكاد أن نجد في كل باب من أبواب القانون نصوصاً تفرق في المعاملة على أساس حسن النية وسوئها، ولكن فرق بين هذه المعاملة الخاصة وما يكون لحسن النية أثر إنشائي، إذ أن الاصل في الانسان حسن النية وتوفره في شخصية الانسان لا يصلح سبباً لكسب الحق بصورة عامة، ولو كان حسن النية وحده يكفي لتحقيق مثل هذه النتيجة لأدى ذلك لإلغاء أسباب كسب الحق الاخرى^(٧٠). وعلى وجه الخصوص تلك التي تشترط حسن النية مع شروط أخرى، مثل شرط الحياة في المنقول وشرط الحياة الممتدة خمس سنوات في التقادم القصير المكسب لملكية العقار^(٧١)، ففي نظر اصحاب هذا الاتجاه لا بد من ان يصحب حسن النية هذا شروطاً أخرى تغلب المصلحة التي يتحقق بها هذا المبدأ من مصلحة خاصة الى مصلحة عامة، فيصبح من المعقول تغليبها على مصلحة المالك الحقيقي وهو مصلحة خاصة ويتحقق ذلك على حد قولهم اذا كان حسن النية نتيجة خطأ شائع بين الناس^(٧٢)، وبعبارة أخرى إذا كان حسن النية هو أحد شروط حماية الغير استنادا الى الوضع الظاهر^(٧٣). وفي اعتقادنا أن مبدأ حسن النية هو مبدأ كافٍ لوحده لكي يبرر الحماية لمن يتمسك به والدليل على ذلك أن التشريعات المقارنة استندت له عندما بررت الحماية وأعطت حقوقاً لأشخاص خلافاً للقواعد العامة كما لاحظنا فيما سبق من تطبيقات تشريعية لمبدأ حسن النية.

الذاتية:

نستخلص مما تقدم أن العلاقات القانونية تبقى كما هي بمحاسنها وعيوبها فيما بين أطرافها، فإذا ما تعلق الامر بشخص حسن النية انتقل إليه الحق بطريقة قانونية، فإن القانون يبعد عنه دفع تلك العلاقات ويمنع مفاجاته بها ولكن إذا ثبت أنه كان يعلم بتلك الدفع فانه ليست هناك مفاجأة له، وعليه ان يتحمل نتيجة خطاه وسوء نيته. ومع ذلك فإن حسن النية مفترض وهو الأصل، وعلى من يدعي عكسه أن يثبت ما يدعيه. يعرف تجريد الالتزام بأنه تعطيل أثر الدفع الملحقه بالالتزام وحجب التمسك بها في مواجهة الدائن الذي يتلقى بطريق قانوني حقا من احد أطراف العلاقة القانونية سواء كان طرفا فيها أو أجنبيا عنها، مالم يكن قد علم بتلك الدفع أو توفرت له سبل العلم بها وذلك حفاظا على استقرار التعامل وتسهيل تداول الحقوق وتيسير انتقالها من ذمة الى ذمة أخرى. ولقد توصلنا من خلال ما تقدم ذكره الى جملة من النتائج والمقترحات هي:

أولاً:- النتائج

١- يعد تجريد الالتزام وسيلة فعالة لحماية الدائنين في العلاقات العقدية خصوصا والعلاقات القانونية بشكل عام، إلا أن هذا التجريد ليس بالأمر السهل تعميمه في اطار المعاملات المدنية، لما ينطويه ذلك من خطورة كبيرة، إذ لو فتح الباب على مصراعيه امام تجريد الالتزامات من دفعها فأننا سنشهد اضطرابا وعدم استقرار في المعاملات يمكن أن يؤدي في النهاية الى انهيار النظام القانوني الذي يحكم العقود بالكلية، لما سيؤول إليه من عدم استقرار في التعامل وسيكون مدعاة للعزوف عن العقد كوسيلة للتعامل والتبادل على مر العصور. فالمتعاقد قد يبتعد قدر المستطاع عن الوسيلة التي لا توفر له الحماية المعتادة في التعامل لأنه سيفاجأ بالتأكيد في اطار تنفيذه للالتزامات العقدية بأن الطرف الآخر يختبئ وراء دفع لا يستطيع هو التمسك به؛ لأنه ارتبط بالالتزام قانوني تم تجريده من الدفع ابتداءً.

٢- أن الالتزام المجرد من الدفع يختلف في مفهومه عما أخذ به الفقه الالمانى من إقرار للتصرف المجرد، إذ أن التصرف المجرد حسب المفهوم التقليدي ينشأ بسبب التعبير عن الإرادة الصادرة من أحد طرفي العلاقة القانونية وهذا التعبير ينفصل عن إرادة صاحبه بمجرد صدوره فيكون تصرفا مجرداً عن شخص صاحبه، وبهذا الخصوص يختلف تجريد الالتزام من الدفع عن التصرف المجرد في الفقه الألماني، لان

الالتزام المجرد هو التزام قائم وفق القواعد العامة لأنشاء الالتزام وتقبله الدفع الموجودة في النظرية العامة للالتزام، ولكن لاعتبارات ولحكمة معينة يتم منع المتعاقد من الاستفادة من هذه الدفع كلاً أو جزئاً، من جانب آخر لا يحبذ أنصار نظرية التصرف المجرد استخدام مصطلح (الالتزام المجرد) بحجة ان النظرية العامة للقانون المدني تنقسم بنظرهم الى قسمين أولها خاص بالتصرف القانوني والثاني خاص بالواقعة القانونية، ويقع التصرف المجرد في نطاق التصرفات القانونية وهذا ما أخذ به المشرع الألماني كما اسلفنا. والتصرف المجرد حسب الفقه التقليدي هو التصرف الذي يكون صحيحاً حتى لو كان صورياً أو كان صادر مع تحفظ ذهني أو كان صادراً على سبيل المزاح أو المجاملة أو كان صادراً تحت تأثير عيب من عيوب الإرادة، فبينما ان التصرف المجرد يناقض مبدأ الرضائية ومبدأ سلطان الإرادة، فان الالتزام المجرد لا يناقضها.

٣- التجريد هو استثناء على قاعدة عامة، هي جواز توجيه الدفع الى الدائن تحقيقاً للعدالة، وهو استثناء قد ينص عليه القانون أو يأتي عن طريق قاعدة عرفية أو حتى من اتفاق الأطراف ما لم يخالف هذا الاتفاق قاعدة قانونية أو عرفية مرة أو يخالف قواعد النظام العام أو الآداب العامة، والمشرع قد يعطي للأفراد الفرصة للتخلص من أثر التجريد كما فعل في الانابة في الوفاء. إذ سمح للمناج ان يشترط عدم تجريد التزامه بقوله في نهاية نص المادة (٤٠٧) مدني عراقي (... كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره)، وفي الكمبيالة يجوز للساحب الذي قدم مقابل وفاء الكمبيالة ان يشترط عدم الضمان، أي عدم ضمان الوفاء بشرط صريح يدرج في الكمبيالة وفي هذه الحالة يخفف تجريد التزامه ويهبط التزامه الصرفي الى مستوى الضمان المقرر في حوالة الحق المدنية.

٤- هناك فرق بين عقد غير مذكور سببه وعقد مجرد: الأول إذا ثبت أن له سبباً غير مشروع يكون باطلاً، أما الثاني فلا يبطل ولكن يدفع بدعوى الاثراء بلا سبب فيتلخص منه المدين إذا كان لم يوف به أو يسترده إذا كان قد أوفاه. أي أننا أمام فرضين الأول: هو انعدام السبب حقيقة أو حكماً والفرض الثاني: هو عدم التعبير عن السبب ويختلف هذا الفرض عن الفرض السابق في انه في الفرض السابق يكون سبب الالتزام معدوماً أو غير موجود حقيقة، أما هذا الفرض فالسبب موجود ولكنه غير معبر عنه في العقد وبالتالي يعد العقد صحيحاً ما لم يثبت المدين بان التزامه من دون سبب.

٥- ظهرت الاتجاهات الحديثة للالتزام المجرد مع تحول الالتزام القانوني من تصرف رضائي الى مجرد، وبعد أن لوحظت الفوائد الجمة التي يحققها اللجوء الى نظرية الالتزام المجرد، ومن ذلك انه يسد الحاجة الى استقرار المعاملات فهناك فائدة كبيرة من تجريد الالتزام، على النحو المذكور، إذ بهذا التجريد يصبح الالتزام غير قابل للأبطال لا من طريق عيوب الإرادة ولا من طريق عيوب السبب. ومن ثم يكون الالتزام المجرد أداة قوية من أدوات الائتمان تشتد حاجة التعامل اليها كلما اشتدت الحاجة الى الاستقرار.

٦- أن الغاية الكبرى من تجريد الالتزامات هي تحقيق الاستقرار القانوني بمعانيه المختلفة التي تطرقنا لها والتي تتلخص بإمكانية التحديد الدقيق للأفعال التي يرتبط بها نشوء وتغير ونهاية كل العلاقات القانونية، وهذا أمر مهم؛ لأن المشرع كما بينا غالباً لا يربط النتائج القانونية بالأفعال نفسها، وإنما يربطها بمظاهر خارجية أسهل في التحديد مثل أنظمة التقادم والحياسة ... الخ. والاستقرار القانوني هو أحد الدعائم لحماية المجتمع من الأحكام الجائرة وغير المتوقعة التي تقضي الى اضطراب مجريات الحياة، فيكتسب الاستقرار القانوني في مجال الحقوق الشخصية خصائص لضمان توازن القوى الاجتماعية المتواجدة.

ثانياً:- المقترحات:

١- يبدو لنا من المناسب أن يتعقب المشرع الحالات التي ينتقل فيها الحق الى الغير أو ينشأ في ذمة الغير منذ قيام التصرف ويجعل التزام المدين فيها مجرداً كما فعل في الانابة. فمثلاً يبدو ذلك مناسباً في الاشتراط لمصلحة الغير، أو في حوالة الحق، لكن الانطباع الغالب في شأن الاشتراط هو أن له صفة تبرعية في أكثر الأحيان، خاصة وأن التأمين على الحياة من تطبيقاته الرئيسية الشائعة في العصر الحالي، وهو عادة ما يكون على سبيل التبرع خاصة في المحيط العائلي كالتأمين على حياة رب الأسرة لمصلحة زوجته وأولاده، أو على حياة الطفل لصالح أبويه، ولكن يجب إلا نغفل أنه الى جانب ذلك يكون الاشتراط في علاقة المشتري بالمنفعة معاوضة في بعض الأحيان، أن هذه الحالة يمكن أن تنهض فيها حكمة التجريد ويسوغ تقريره. أما بالنسبة لحوالة الحق فإن إضفاء التجريد على التزام المدين فيها من شأنه أن يقربها من وظيفة الأوراق التجارية، وفي هذه الحالة فإن الالتجاء الى الأوراق التجارية بداية هو أولى، خصوصاً وأنها أوراق تنشأ بمناسبة الديون التجارية والديون المدنية على حد سواء.

٢- نقتح على المحاكم وهي تتولى تطبيق أحكام النصوص القانونية على ما يعرض أمامها من وقائع، وهي أقرب ما تكون منها وأكثر اتصالاً بها وأدراكاً لمقتضياتها، والمحاكم إذ تتوخى من أحكامها العدالة والانصاف وتلتزم الحلّ العملية بعيداً عن المجردات النظرية والابنية الفكرية ذات القالب الفني الذهني الخالص. أن تضع نصب عينها مبدأ التوفيق والمواءمة بين الحقيقة الواقعية والنظام القانوني، فكما يعتني المشرع بأحكام الصنعة التشريعية، لا بدّ أن يعتني القاضي بأحكام الصنعة القضائية، وكما سجلنا في مضامين بحثنا في أكثر من مناسبة تقدم المشرع العراقي على المشرع المصري في النص على التجريد، لكننا هنا نسجل تقدم القضاء المصري على القضاء العراقي في عدم ترده بالأخذ في التجريد في علاقة الكفيل بالدائن كما أشرنا في قرار قضائي صادر من محكمة النقض المصرية الذي سبق الإشارة له.

ولا ننسى دور المشرع القانوني وهو بيده عنان التجريد، لما له من المقدرة والسلطة في الحد من الآثار المترتبة على بعض الأوضاع القانونية ولا سيّما الدفع ما دامت مصلحة الجماعة تتحقق في تفعيل هذه السلطة، لكن ضمن حدود معلومة ومعروفة الغايات؛ لأننا بخلاف ذلك وبدون هذا التوافق والانسجام بين ما هو تشريعي وقضائي سنجد المحاكم والمشرع كليهما قد ابتعداً عن تحقيق التوازن والانسجام بين اعتبارات العدالة واعتبارات المحافظة على استقرار التعامل، ولا شكّ في أن النظام القانوني سيكون مثالياً كلما كان هذا التوافق والانسجام متحققاً بدرجات عالية.

المصادر العربية

- ١- د. جميل الشراوي - نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٥٦.
- ٢- سليمان مرقس - اصول الالتزامات - الجزء الاول - ١٩٦٠ - بلا مكان طبع.
- ٣- د. درع حماد - النظرية العامة للالتزامات - القسم الثاني - احكام الالتزام - دار السنهوري - بيروت - ٢٠١٦.
- ٤- د. عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط - ج ١٠ - التأمينات الشخصية والعينية - ط ٣ - نهضة مصر - ٢٠١١.
- ٥- د. محسن شفيق - التكيف القانوني للالتزام الصرفي - بحث منشور في مجلة كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية - السنة الأولى.
- ٦- د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي - ج ٤ - نظرية السبب ونظرية البطلان - المجمع العلمي العربي الاسلامي - بيروت - لبنان - دون سنة طبع .
- ٧- محمود أبو عافية - التصرف القانوني المجرّد - اطروحة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة فؤاد الأول - القاهرة - مطبعة جامعة
- ٨- د. وليم سليمان قلادة - التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري - دراسة مقارنة - المطبعة التجارية الحديثة - القاهرة -
- ٩- د. محمد حسن عبد الرحمن - مصادر الالتزام - دراسة مقارنة - ط ٢ - دار النهضة العربية - ٢٠١٠.
- ١٠- د. صدام فيصل كوكز و د. اسعد عبيد الجميلي - تجريد الالتزام من الدفع - دراسة مقارنة في وسائل حماية الدائنين في العلاقات العقديّة - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية - العدد الثاني - ٢٠١٣.
- ١١- د. فوزي محمد سامي - شرح القانون التجاري - ج ٢ - الاوراق التجارية - دار الثقافة - عمان - ١٩٩٧.
- ١٢- القانون المدني الفرنسي باللغة العربية - جامعة القديس يوسف - طبعة دالوز - ٢٠٠٩.

(1) - Regis Fabre : Les clause Dadaptation dans Les contracts, R .T. D. E, 1983

- ١٣- ينظر في ذلك الراي د. هادي محمد عبد الله - دور ارادة المشرع في تفسير النصوص القانونية - ط ١ - مكتبة يادكار - السليمانية - ٢٠١٧.
- ١٤- د. عايد فايد عبد الفتاح فايد - تعديل العقد بالارادة المنفردة محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن - دار شتات للنشر والبرمجيات - مصر - ٢٠١٠.
- ١٥- د. رشوان حسن رشوان احمد - اثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد - ط ١ - ١٩٩٤.
- ١٦- د. عبد الحكم فودة - تفسير العقد في القانون المدني المصري المقارن - منشأة المعارف - ٢٠١٦.
- ١٧- المستشار ابراهيم سيد احمد - فكرة حسن النية في المعاملات المدنية فقها وقضاء - دراسة مقارنة - منشأة المعارف - ٢٠١٥.
- ١٨- د. السيد عبد الحميد فودة - مظاهر العدالة في القانون العراقي القديم - دار الفكر الجامعي - ط ١ - ٢٠٠٩.
- ١٩- د. توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق - بدون مكان النشر - ١٩٧٧.
- ٢٠- د. احمد شوقي عبد الرحمن - قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الاثبات عليها -
- ٢١- د. نعمان محمد خليل جمعة - دروس في المدخل للعلوم القانونية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٩.

- ٢٢ - د. فؤاد محمد معوض - دور القاضي في تعديل العقد - دراسة تحليلية وتاصيلية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - ٢٠٠٤.
- ٢٣ - د. حسن كيرة - المدخل الى القانون - ط٥ - منشأة المعارف - ١٩٧٤.
- ٢٤ - د. توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق - بدون مكان النشر - ١٩٧٧.
- ٢٥ - د. سمير عبد السيد تناغو - النظرية العامة للقانون - منشأة المعارف - الاسكندرية - مصر - ١٩٨٦.
- ٢٦ - د. سعيد عبد الكريم مبارك - اصول القانون - ط١ - مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - بغداد - ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م.
- ٢٧ - د. عبد الرحمن البزاز - مبادئ اصول القانون - ط٢ - مطبعة العاني - بغداد - ١٩٥٨.
- ٢٨ - د. عبد الباقي البكري - مبادئ العدالة مفهومها ومنزلتها ووسائل ادراكها - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية - كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد - دار العربية - عدد خاص بمناسبة الاحتفال باليوبيل الماسي للكلية - مايس - ١٩٨٤.
- ٢٩ - د. مصطفى العوجي - القاعدة القانونية في القانون المدني - ط١ - مؤسسة بحسون - بيروت - لبنان - ١٩٩٢.
- ٣٠ - د. اسامة ابو الحسن مجاهد - فكرة الالتزام الرئيسي في العقد واثرا على اتفاقات المسؤولية - دار الكتب القانونية - المحلة الكبرى - ١٩٩٩.
- ٣١ - د. صالح ناصر العتيبي - فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية - دراسة مقارنة - ط١ - ٢٠٠١.
- ٣٢ - د. محي الدين ابراهيم سليم - نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الاسلامي - دراسة مقارنة - دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - ٢٠١٠.
- ٣٣ - د. نعمان محمد خليل جمعة - اركان الظاهر كمصدر للحق - التنازع بين القانون والواقع المستقر - معهد البحوث والدراسات العربية - جامعة الدول العربية - القاهرة - ١٩٧٧.
- ٣٤ - د. شوقي محمد صلاح - نظرية الظاهر في القانون المدني - دراسة تحليلية تاصيلية مقارنة في النظامين القانوني المصري والفرنسي - دار الفكر الجامعي - القاهرة - ٢٠٠٢.
- ٣٥ - السيد البدوي - نحو نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية - اطروحة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة .
- ٣٦ - ينظر د. محمود جمال الدين زكي - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات - بلا مكان نشر - ١٩٧٨.
- ٣٧ - د. عبد المنعم البدرائي - النظرية العامة للالتزامات - ج١ - مصادر الالتزام - مكتبة عبد الله وهبة - ١٩٧٥.
- ٣٨ - د. منصور مصطفى منصور - المدخل للعلوم القانونية - الطبعة الثانية - بلا مكان طبع - ١٩٧٢.
- ٣٩ - د. جلال محمد ابراهيم - المدخل لدراسة القانون - نظرية القانون - بلا مكان طبع - ١٩٩٧.
- ٤٠ - درع حماد - النظرية العامة للالتزامات - القسم الاول مصادر الالتزام - مكتبة السنهوري - بيروت - ٢٠١٦.
- ٤١ - د. عصمت عبد المجيد بكر - مصادر الالتزام في القانون المدني - دراسة مقارنة - المكتبة القانونية - بغداد - ط١ - ٢٠٠٧.
- ٤٢ - د. ايمن سعد - مصادر الالتزام - دراسة موازنة بين القانون المدني المصري ومشروع مقترح القانون المدني المصري طبقا لاحكام الشريعة الاسلامية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠١٤.
- ٤٣ - ١١٦ - د. عبد الفتاح عبد الباقي - موسوعة القانون المدني المصري - نظرية العقد والإرادة المنفردة - دراسة معمقة ومقارنة في الفقه الإسلامي - ١٩٨٤.
- ٤٤ - د. السيد عبد الحميد فودة - مبدأ حسن النية في القانون الروماني - ط١ - دار الفكر الجامعي - ٢٠١٠.
- ٤٥ - د. محسن عبد الحميد ابراهيم البيه - النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - ج١ - ط١ - مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة
- ٤٦ - د. رمضان ابو السعود - التامينات الشخصية والعينية - دار الجامعة الجديدة - ٢٠١٣.
- ٤٧ - د. حسن علي الذنون - النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزامات احكام الالتزام اثبات الالتزام - العاتك لصناعة الكتاب - ٢٠١٢

المصادر الأجنبية

- obligation a bstraite en droit interne et en droit compare, Bruxelles 1957,1
-Regis Fabre : Les clause Dadaptation dans Les contracts, R .T. D. E, 1983,2-
3 - Regis Fabre : Les clause Dadaptation dans Les contracts, R .T. D. E, 1983.

- ١- القانون المدني العراقي
- ٢- القانون المدني المصري
- ٣- القانون المدني الفرنسي

الهوامش

- (١) - يلاحظ الفقهاء عادة اقتران عدم جواز الاحتجاج ببعض الدفع مع الالتزام المجرد، ولكن الفقيه الفرنسي دي باج يفرق بينهما بالقول ((ان التجريد يقتصر على علاقة احد اطراف التصرف مع الغير فيعمل في نطاقها، اما بين الاطراف المباشرين فلا يكون تجريدا وانما عدم جواز احتجاج بالدفع)). De page: L obligation a bstraite en droit interne et en droit compare, Bruxelles 1957, p. 53
- كذلك يرى الدكتور جميل الشراوي ان ((تجريد الالتزامات يتم عن طريق إيجاد عقبات امام الدفع بالبطان او (الدعوى به) ، لمصلحة بعض الأشخاص الذين تقصد حمايتهم والذين يتوافر لديهم حسن النية، وهي الصورة الوحيدة التي يعتبر فيها حسن النية مسقطا للطعن بالبطان، حيث يبين ان حكم المناب لديه في المادة (٣٦١) مدني مصري حكم حامل الورقة التجارية حسن النية الذي لا يحتج قبله بدفع البطان، لغير فقدان الاهلية وعدم المشروعية)). د. جميل الشراوي - نظرية بطان التصرف القانوني في القانون المدني المصري - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٥٦ - ص ٣٩٦ وفي محاولة لتحديد نطاق الالتزام المجرد يذهب دي باج الى ان ((هناك نوعان من الالتزام المجرد احدهما التزام مجرد من الدرجة الثانية او مجرد بصورة مطلقة ويكون ذلك عندما يوجد طرف ثالث في العلاقة القانونية، كما هو الحال في الانابة في الوفاء وفي هذا النوع من العلاقة المجردة يتاثر جوهر الحق ذاته بالتجريد والنوع الاخر من الالتزام المجرد هو الالتزام المجرد النسبي او الالتزام المجرد من الدرجة الأولى ومثاله السند غير المسبب فهذا النوع يبقى صحيحا رغم عدم وجود السبب او عدم مشروعيته وانما يترتب عليه فقط قلب عيب الاثبات، بحيث يصبح للمدين ان يثبت وجود هذه الأسباب للبطان فيترتب على التزامه)).
- (٢) سليمان مرقس - اصول الالتزامات - الجزء الاول - ١٩٦٠ - بلا مكان طبع - فقرة ١٦٩ - ص ٢٢٢.
- (٣) د. درع حماد - النظرية العامة للالتزامات - القسم الثاني - احكام الالتزام - دار السنهوري - بيروت - ٢٠١٦ - ص ٢٦٩ - ٢٧٠.
- (٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط - ج ١٠ - التأمينات الشخصية والعينية - ط ٣ - نهضة مصر - ٢٠١١، ص ٤٦٨.
- (٥) د. محسن شفيق - التكيف القانوني للالتزام الصرفي - بحث منشور في مجلة كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية - السنة الأولى، ص ٣٩
- (٦) - لاحظ نصوص المواد (١٤٧ و ١٤٨) مدني عراقي.
- (٧) - لاحظ نص المادة (٤٤) مدني عراقي.
- (٨) - د. درع حماد - النظرية العامة للالتزامات - مصدر سابق - ص ١٢.
- (٩) - د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي - ج ٤ - نظرية السبب ونظرية البطان - المجمع العلمي العربي الاسلامي - بيروت - لبنان - دون سنة طبع - ص ٤٦.
- (١٠) - محمود أبو عافية - التصرف القانوني المجرد - اطروحة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة فؤاد الأول - القاهرة - ص ٣٠١.
- (١١) - د. عبد الرزاق السنهوري - المصدر نفسه - ص ٤٨.
- (١٢) - د. محود ابو عافية - التصرف القانوني المجرد - مصدر سابق - ص ٣٠٨.
- (١٣) - د. وليم سليمان قلادة - التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري - دراسة مقارنة - المطبعة التجارية الحديثة - ص ٤١٣.
- (١٤) - د. محود ابو عافية - التصرف القانوني المجرد - مصدر سابق - ص ٢٠٥.
- (١٥) - د. وليم سليمان قلادة - التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري - مصدر سابق - ص ١٤٥.
- (١٦) - د. محمد حسن عبد الرحمن - مصادر الالتزام - دراسة مقارنة - ط ٢ - دار النهضة العربية - ٢٠١٠ - ص ٤٣.
- (١٧) - د. محمود ابو عافية - التصرف القانوني المجرد - مصدر سابق - ص ٣٠٨.
- (١٨) - د. محسن شفيق - التكيف القانوني للالتزام الصرفي - مصدر سابق - ص ٦٩.

- (١٩) - د. صدام فيصل كوكز و د. اسعد عبيد الجميلي - تجريد الالتزام من الدفع - دراسة مقارنة في وسائل حماية الدائنين في العلاقات العقدية - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية - العدد الثاني - ٢٠١٣، ص ١٠.
- (٢٠) - د. صدام فيصل كوكز و د. اسعد الجميلي - تجريد الالتزامات من الدفع - مصدر سابق - ص ١١.
- اذ يرى المؤلفان (انه يجب في تجريد الالتزام من الدفع ان ينص عليه المشرع بنصوص صريحة وعلى ذلك فاننا لا نستطيع ان نفترض تجريد الالتزام من دفعه افتراضا وانما لابد من النص عليه صراحة لان ذلك مرتبط بظروف وغايات قدرها المشرع وارتأى ان يكون الحكم بشأنها على هذه الشاكلة، وقد نبتعد عن هذه الغايات ونحمل النصوص اكثر مما تحتل اذا ما ذهبنا الى الافتراض بتطبيق هذا الحكم على اكثر من الحالات المنصوص عليها صراحة)). انظر كذلك في هذا الراي د. فوزي محمد سامي - شرح القانون التجاري - ج ٢ - الاوراق التجارية - دار الثقافة - عمان - ١٩٩٧ - ص ١٤٣.
- (٢١) - القانون المدني الفرنسي باللغة العربية - جامعة القديس يوسف - طبعة دالوز - ٢٠٠٩، ص ١٦٠.
- (22) - Regis Fabre : Les clause Dadaptation dans Les contracts, R .T. D. E, 1983, No 8, P. 5.
- (23) - Regis Fabre : op. cit , p. 7.
- (٢٤) - د. جميل الشرقاوي - نظرية بطلان التصرف القانوني - مصدر سابق - ص ٣٧.
- (٢٥) - ينظر في ذلك الراي د. هادي محمد عبد الله - دور ارادة المشرع في تفسير النصوص القانونية - ط ١ - ٢٠١٧ - ص ٨٦.
- د. عايد فايد عبد الفتاح فايد - تعديل العقد بالارادة المنفردة محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن - ص ٤٩.
- د. رشوان حسن رشوان احمد - اثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد - ط ١ - ١٩٩٤، ص ١٢٥.
- د. عبد الحكم فودة - تفسير العقد في القانون المدني المصري المقارن - منشأة المعارف - ٢٠١٦ - ص ٣٦٠.
- (٢٦) - المستشار ابراهيم سيد احمد - فكرة حسن النية في المعاملات المدنية فقها وقضاء - دراسة مقارنة - منشأة المعارف - ص ٦٩.
- (٢٧) - د. رشوان حسن رشوان - اثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة لعقد - مصدر سابق - ص ٣٤٧.
- (٢٨) - د. السيد عبد الحميد فودة - مظاهر العدالة في القانون العراقي القديم - دار الفكر الجامعي - ط ١ - ٢٠٠٩ - ص ١٩٨.
- (٢٩) - نصت المادة (١ / ٢) من القانون المدني العراقي (فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف .)) وتنص المادة ١٦٣ على (١- المعروف عرفا كالمشروط شرطا، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص، ٢- والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم))
- (٣٠) - د. توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق ص ١٦٧ وما بعدها.
- (٣١) - د. احمد شوقي عبد الرحمن - قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الاثبات عليها ص ١٥٩.
- (٣٢) - د. نعمان محمد خليل جمعة - دروس في المدخل للعلوم القانونية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٩ - ص ١٦٣.
- (٣٣) - د. فؤاد محمد معوض - دور القاضي في تعديل العقد - دراسة تحليلية وتاصلية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - ٢٠٠٤ - ص ٢٦٤.
- (٣٤) - د. حسن كيرة - المدخل الى القانون - ط ٥ - منشأة المعارف - ١٩٧٤ - ص ٢٧٧.
- (٣٥) - د. عبد الحكم فودة - تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن - مصدر سابق - ص ١٣٨.
- (٣٦) - د. حسن كيرة - المصدر نفسه - ص ٢٧٩.
- د. توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق - بدون مكان النشر - ١٩٧٧، ص ١٧١.
- د. سمير عبد السيد تناغو - النظرية العامة للقانون - منشأة المعارف - الاسكندرية - مصر - ١٩٨٦ - ص ٩٣.
- د. سعيد عبد الكريم مبارك - اصول القانون - ط ١ - مطبعة وزارة التعليم العالي - بغداد - ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م - ص ١٠٤.
- د. عبد الرحمن البزاز - مبادئ اصول القانون - ط ٢ - مطبعة العاني - بغداد - ١٩٥٨ - ص ٩٨.
- (٣٧) - د. هادي محمد عبد الله - دور ارادة المشرع في تفسير النصوص القانونية - مصدر سابق - ص ٥٦.
- (٣٨) - د. وليم سليمان قلادة - التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري - مصدر سابق - ص ١٥٤.
- د. عبد الباقي البكري - مبادئ العدالة مفهومها ومنزلتها ووسائل ادراكها - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية - ص ٥١.
- (٣٩) - لاحظ نص المادة (١ / ٢) مدني عراقي



- (٤٠) - د. مصطفى العوجي - القاعدة القانونية في القانون المدني - ط ١ - مؤسسة بحسون - بيروت - لبنان - ١٩٩٢ - ص ٢٦١.
- (٤١) - د. توفيق حسن فرج - المصدر السابق - ص ١٧٢.
- (٤٢) - د. توفيق حسن فرج - المصدر نفسه - ص ١٧٤.

لاحظ كذلك نص المادة (٨٦ / ٢) من القانون المدني العراقي حيث نصت ((اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل، يكون العقد قد تم وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة)).

- (٤٣) - د. حسن كيرة - المدخل الى القانون - مصدر سابق - ص ٦٤.
- (٤٤) - د. عبد الحكم فودة - تفسير العقد - مصدر سابق - ص ٢٣٣.
- د. اسامة ابو الحسن مجاهد - فكرة الالتزام الرئيسي في العقد واثرا على اتفاقات المسؤولية - دار الكتب القانونية - ص ٢٠١.
- د. صالح ناصر العتيبي - فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية - دراسة مقارنة - ط ١ - ٢٠٠١ - ص ١٦٥.
- د. محي الدين ابراهيم سليم - نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الاسلامي - دراسة مقارنة - دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - ٢٠١٠ - ص ١٨٩.

(٤٥) - لاحظ نص المادة (١٠١٣ و ١٠١٤) من القانون المدني العراقي.

- (٤٦) - د. نعمان محمد خليل جمعة - اركان الظاهر كمصدر للحق - التنازع بين القانون والواقع المستقر - معهد البحوث والدراسات العربية - جامعة الدول العربية - القاهرة - ١٩٧٧ - ص ١٣٠.
- (٤٧) - د. شوقي محمد صلاح - نظرية الظاهر في القانون المدني - دراسة تحليلية تاصيلية مقارنة في النظامين القانوني المصري والفرنسي - دار الفكر الجامعي - القاهرة - ٢٠٠٢ - ص ١٦١.
- (٤٨) - للتفصيل اكثر في المعاني المختلفة لحسن النية ينظر:

Voir: N. DEJEAN DELA BATIE, Appreciation in a retracto et appreciation in contract and roit civil fravcais, 1965, these, paris, L, G.D.J, pref. H. Mazeaud, N. 230 ets.

- (٤٩) - ينظر: السيد البدوي - نحو نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية - اطروحة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٨٩ - ص ٧٣.

(50) - Voir: N. DEJEAN, op . cit, N, 636.

- (٥١) - السيد البدوي - مصدر سابق - ص ٨٢.

(٥٢) - تنص المادة (١١٤٨) مدني عراقي على ١- يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل انه يتعدى على حق الغير وحسن النية يفترض دائما ما لم يتم الدليل على خلاف ذلك، ٢- وتبقى الحياة محتفظة بالصفة التي بدأت وقت كسبها ما لم يتم الدليل على خلاف ذلك ويقابل نص هذه المادة نص المادة (٩٦٥ / ١) من القانون المدني المصري التي تنص على ١- يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل انه يتعدى على حق الغير، الا اذا كان هذا الحق ناشئا عن خطأ جسيم ٢- على ان حسن النية يفترض دائما ما لم يتم الدليل العكسي.

(٥٣) - ذهب القضاء المصري الى انه ((لا يجوز لاحد ان يتمسك بحسن النية دون ان يسلك سبيل اليقظة العادية واستقصاء المعلومات التي توجبها العادة عن حق المتصرف، لان القانون اقام الحماية للمتصرف اليه اليقظة الذي خدع بشكل مقبول بمجموع المظاهر الكاذبة بالرغم من يقظته وحيظته، فحسن النية يقتضي فحص مستندات الملكية للمتصرف، وهذا الفحص يجب ان يكون جديا ويفرض على المشتري بحثا او استقصاء كاملا حتى لا يجهل ما في مصلحته وان يعلم به)). استئناف مختلط فبراير سنة ١٩٧٣، منشور في مجلة القضاء والتشريع المختلط، السنة ٤٩ - ص ٩٢. اشار اليه د. نعمان محمد خليل نعمه - اركان الظاهر - مصدر سابق - ص ٢١٢.

- (٥٤) - ينظر د. محمود جمال الدين زكي - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات - بلا مكان نشر - ١٩٧٨ - ص ١٣٦.

- (٥٥) - ينظر: د. اسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - مصدر سابق - ص ٨٥.

د. عبد المنعم البدرابي - النظرية العامة للالتزامات - ج ١ - مصادر الالتزام - مكتبة عبد الله وهبة - ١٩٧٥ - ص ٣٩٦.

- (٥٦) - يقابل نص هذه المادة نص المادة (١٤٨ / ٢) من القانون المدني المصري.

- (٥٧) - السيد البدوي - نحو نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية - مصدر سابق - ص ٩٧.
- (58) - Voir: N. Dejean De la Batie, op cit , 235.
- (٥٩) - د. منصور مصطفى منصور - المدخل للعلوم القانونية - الطبعة الثانية - بلا مكان طبع - ١٩٧٢ - ص ٣١٧. ود. جلال محمد ابراهيم - المدخل لدراسة القانون - نظرية القانون - بلا مكان طبع - ١٩٩٧ - ص ١٢٢.
- (٦٠) د. السيد البدوي - مصدر سابق - ص ١٠٢.
- (٦١) - تقابل هذه المادة نص المادة (١١٥) مدني مصري والتي تنص على (اذا صدر تصرف من ذي الغفلة او من السفه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من احكام ٢- اما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا او قابلا للأبطال الا اذا كان نتيجة استغلال او تواطؤ).
- (٦٢) - درع حماد - النظرية العامة للالتزامات - القسم الاول مصادر الالتزام - مكتبة السنهوري - بيروت - ٢٠١٦ - ص ١٤٢.
- (٦٣) - د. عصمت عبد المجيد بكر - مصادر الالتزام في القانون المدني - دراسة مقارنة - المكتبة القانونية - بغداد - ط ١ - ص ١١٤.
- (٦٤) - د. ايمن سعد - مصادر الالتزام - دراسة موازنة بين القانون المدني المصري ومشروع مقترح القانون المدني المصري طبقا لاحكام الشريعة الاسلامية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠١٤ - ص ١٤٤.
- (٦٥) - د. ايمن سعد - المصدر نفسه - ص ١٤٥.
- (٦٦) - تنص المادة (٢٦٤ / ١) مدني عراقي على (١- اذا تصرف المدين بعوض يشترط لعدم نفاذ تصرفه في حق الدائن ان يكون هذا التصرف منطويا على غش من المدين وان يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ومجرد علم المدين انه معسر كاف لافتراض وقوع الغش منه كما يفترض علم من صدر له التصرف بغش المدين اذا كان قد علم ان هذا المدين معسر او كان ينبغي عليه ان يعلم ذلك.
- (٦٧) - يطابق نص هذه المادة نص المادة ٢٣٨ / ١ مدني مصري.
- (٦٨) - ١١٦ - د. عبد الفتاح عبد الباقي - موسوعة القانون المدني المصري - نظرية العقد والإرادة المنفردة - دراسة معمقة ومقارنة في الفقه الإسلامي - ١٩٨٤، ص ٥٣٤. د. السيد عبد الحميد فودة - مبدا حسن النية في القانون الروماني - ط ١ - دار الفكر الجامعي - ٢٠١٠ - ص ٢٢٩. وكتابه مظاهر العدالة في القانون العراقي القديم - ط ١ - دار الفكر الجانعي - ٢٠٠٩ - ص ١٥٥.
- (٦٩) - د. محسن عبد الحميد ابراهيم البيه - النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - ج ١ - ط ١ - مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة - ٢٠٠٥ - ص ٤٨٣. د. رمضان ابو السعود - التامينات الشخصية والعينية - دار الجامعة الجديدة - ٢٠١٣ - ص ١٤٣.
- د. حسن علي الذنون - النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزامات احكام الالتزام اثبات الالتزام - العاتك لصناعة الكتاب - ص ١١٥.
- (٧٠) - د. رمضان ابو السعود - المصدر نفسه - ص ١٤٦.
- (٧١) - ينظر نص المادة (١١٥٨) مدني عراقي.
- (٧٢) - د. نعمان جمعة - اركان الظاهر كمصدر للحق - مصدر سابق - الفقرات ٥ ، ١١ ، ٢٥ ، ٢٦.
- (٧٣) - د. شوقي محمد صلاح - نظرية الظاهر في القانون المدني - مصدر سابق - ص ٢١٣.