

## إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاكر عبد الله  
جامعة تكريت / كلية القانون

بسم الله الرحمن الرحيم

### مقدمة وخطة البحث

فكرة السبب فكرة جدلية مختلف عليها ومختلف فيها في مجال القانون المدني<sup>(١)</sup>. فكونها مختلف عليها أي أن هناك من يقرها وهناك من ينكر وجودها أصلاً، أما كونها مختلف فيها بمعنى أن من يناصرها انقسم إلى فريقين لكل نظريته الخاصة في تحديد معناها.

ولم يستقر الرأي بشأنها قانوناً منذ نشأتها لحد الآن والخلاف قائم بين مختلف الشرائع وبين كبار فقهاء الإسلام أنفسهم وبين الجرمان والانكليز من جهة واللاتين من جهة أخرى وبين اللاتين ذاتهم أيضاً.

ويزداد الخلاف والإشكال عند تطبيق الفكرة على ميادين آخر كالتصرفات القانونية الدولية<sup>(٢)</sup> والأوراق التجارية (الحوالة التجارية أو السفتجة والسند لأمر أو الكمبيالة والصك)، وهو الموضوع الذي أردنا خوض غماره والتركيز عليه على الرغم من وعورته وعدم عثورنا على كتابات فيه سوى بعض التتويهاات البسيطة عنه في المؤلفات العامة للأوراق التجارية.

بعد هذه التوطئة البسيطة لا بد أن نتعرف تباعاً وبشكل موجز في مبحث تمهيدي على ماهية السبب ونشأته وتطوره التاريخي وموقعه في القانون المدني وسبب اختيارنا له موضوعاً للبحث<sup>(٣)</sup>، ثم ننتقل إلى شرح نظريات السبب على صعيد الفقه والقضاء - من تقليدية وحديثة - في مبحث أول، والمواقف التي تبنتها التشريعات المدنية المختلفة في مبحث ثان، كما سنتناول فيه الجانب الأهم من البحث والمتمثل بالإشكاليات النظرية

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاكر عبد الله

والعملية لفكرة السبب في مجال القواعد القانونية المنظمة للأوراق التجارية (قانون الصرف).

## مبحث تمهيدي

أولاً: ما هية السبب

اتفق الشراح على أن للسبب ثلاثة معان:

**الأول:** السبب المنشئ *cause efficient*: وهو مصدر الالتزام ومعلوم أن مصادر الالتزام خمسة هي: العقد والإرادة المنفردة والمسؤولية التقصيرية والإثراء بلا سبب والقانون<sup>(٤)</sup>، فقد يفرض التزام على الشخص بسبب إبرامه عقداً مع آخر، أو بسبب التزامه بإرادته المنفردة، أو لأنه ارتكب خطأً تقصيرياً سبب ضرراً للغير فواجب ذلك عليه دفع تعويض معين للمتضرر، أو لأن القانون فرض التزاماً معيناً عليه كوجوب دفع ضريبة دخل لدائرة الضريبة أو دفع رسم تبليط شارع... الخ<sup>(٥)</sup>.

إن هذه الأسباب ليست المقصودة ببحثنا فهي أقرب إلى المعنى اللغوي وليس

الاصطلاحي.

**الثاني:** السبب القصدي *finale* أو الغاية المباشرة *fin directe*: وهو الغرض المباشر الذي يقصد المتعاقد الوصول إليه من وراء التزامه. ويتعلق بذات العقد أي بوصفه ركناً من أركان العقد وهو بهذا الوصف مجرد عن الهدف البعيد الذي يحدو الطرفان للتعاقد<sup>(٦)</sup> وهو أول نتيجة يصل إليها الملتزم. ففي عقد البيع يكون السبب بالنسبة للبائع هو التزام المشتري بتسليم الثمن وبالنسبة للمشتري التزام البائع بنقل ملكية المبيع. وفي عقد الإيجار يهدف المؤجر إلى استلام الأجرة بينما يهدف المستأجر إلى إشغال المأجور، فالتزام المؤجر بسبب التزام المستأجر بدفع الأجرة بينما يلتزم المستأجر بسبب التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة له، وهذا هو السبب في النظرية التقليدية (نظرية سبب الالتزام) كما سنرى.

**الثالث:** السبب الباعث: *impulsive et determinante*: يختلف عن السبب القسدي في انه باعث شخصي خارج عن العقد يدفع البائع إلى الالتزام لمن يشترى دارا قد يقصد سكنها أو تأجيرها أو جعلها محلا لعمله... ولهذا السبب ثلاث خصائص:

- ١- انه شيء خاص بالملتزم يتعلق بنيته ودوافعه المتعددة.
  - ٢- انه شيء خارجي لا علاقة له بالعقد ولا ينطوي العقد عليه.
  - ٣- انه متغير في كل عقد وفي كل نوع من أنواع العقود<sup>(٧)</sup>
- وهذا هو السبب في النظرية الحديثة (نظرية سبب العقد) التي سنأتي على دراستها. أن تحديد مفهوم لسبب الالتزام يختلف عن سبب العقد واتضح ماهية كل منهما واختلافهما بشكل متميز لم يكن اعتبارا ولم يأت من فراغ وإنما يرجع -- كما سنلاحظ -- إلى الخلاف الحاد الذي حصل في الفقه والقضاء الفرنسيين حول نظرية السبب بمجملها والتي بدت نظرية صعبة معقدة متفرعة بين أشكال التصرفات القانونية (عقودا أو تبرعات...) يكتنفها الغموض، مما أدى إلى اختلاف الرأي حولها حتى أنكراها جانب هام من الفقه من أساسها بحجج لا يستهان بها.

### ثانيا: نظرة تاريخية

خضعت نظرية السبب في القوانين المدنية الحديثة لتطور تاريخي طويل منذ عهود القانون الروماني المتأخرة والقانون الفرنسي القديم<sup>(٨)</sup>. وساهم الفقه والقضاء الفرنسي بدورهما في هذا التطور الطويل<sup>(٩)</sup>، فالقانون الروماني لم يجعل للسبب أثرا في وجود العقد، ذلك لان العقود كانت شكلية وكان الشكل هو الذي يوجد العقد ولم يكن للإرادة شأن في ذلك حيث أن قلة المعاملات خاصة لدى تلك المجتمعات القديمة ذات الطابع الزراعي<sup>(١٠)</sup> تطلبت شيئا من العلانية عند إبرام أي تصرف قانوني. فضلا عن أن الإنسان في تلك المرحلة من تطوره كان أكثر اهتماما بالظاهر المحسوس من اهتمامه بجوهر الأشياء وحقائق الأمور فكانت العقود المهمة لا تبرم إلا بتوفر عوامل الشكلية، فان توفرت فلا عبرة حينذاك بجوهر الإرادة<sup>(١١)</sup>.

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاكر عبد الله

فالعقد كان يعتبر صحيحا حتى لو كان سببه غير موجود أو غير مشروع مادام العقد قد استوفى الشكل المطلوب<sup>(١٢)</sup>. فمهما كان حال الإرادة صحيحة كانت أم معيبة ومهما كان وضع السبب مشروعا أم غير مشروع ووجد سبب أصلا أم لم يوجد فالعقد ينشأ صحيحا طالما استوفى شكله القانوني<sup>(١٣)</sup>.

لا بل إنني وجدت في التقارير الخاصة بالوصية الملحقة بمدونة جوستينيان مبدأ يقول (السبب الكاذب لا يبطل الوصية)<sup>(١٤)</sup> ومن أصولهم الفقهية العامة (الإرادة المكرهة مازالت إرادة، الست تقول: إنني أردت لأنني أكرهت على أن أريد؟)<sup>(١٥)</sup>، ومبدأ (الخوف الكاذب ليس عذرا أو لا عبرة بالتوهم)<sup>(١٦)</sup>. و(شكل الشيء قوام وجوده)<sup>(١٧)</sup>، إلا أن فكرة السبب دخلت كركن من أركان الالتزام في القانون الروماني في عقد واحد هو عقد القرض الواقع على مبلغ من النقود على الرغم من انه من العقود الشكلية، ثم شملت عقد المهر وعقد القرض المنصب على المثليات غير النقود وعممت بعدئذ لتشمل جميع العقود<sup>(١٨)</sup>.

بينما نجد أن العقود في العراق القديم ذات طابع رضائي على الرغم من كتابتها على ألواح ووضع أسماء الشهود وأختامهم عليه أو القيام ببعض الشكليات، لان الكتابة والشهادة عبارة عن وسائل إثبات وليس ركنا في العقد. في المقابل توجد عقود شكلية في قانون حمورابي (١٧٦٣ ق.م) مثل الوديعة يجب فيها التدوين مع حضور عدد من الشهود كشرطين أساسيين لانعقاد العقد لا تسمع الدعوى عند تخلفهما عند إنكارها المودع لد.

وكذلك عقد البيع الذي يكون احد أطرافه ابن رجل حر أو عبد رجل حر. ولم يذكر الكتاب والشرح أن السبب كان ركنا في أي عقد بيع<sup>(١٩)</sup>.

أما في العقود الرضائية فقد بقي الالتزام عند الرومان مجردا من السبب حتى عند تنفيذ الالتزامات لكون الالتزامات غير مترابطة بينها. فالبائع ملزم بتسليم المبيع حتى لو لم يدفع المشتري الثمن والمشتري ملزم بتسديد الثمن رغم عدم استلام المبيع. ولكل واحد منهما أن يطالب الآخر بحقه بعد تنفيذه لالتزامه. ووعلى الرغم من نشوء فكرة الارتباط في العقود الرضائية ظل يتحمل تبعه الهالك قبل أن يستلم العين.

أما في التبرعات فالسبب هو نية التبرع ولكونه تصرف إرادي غير شكلي ظهر السبب جليا فيها وكذلك الحال في الوصية حين يوجد غلط في الباعث على الوصية، فإذا ثبت أن الغلط كان هو الدافع الجوهرى للموصي على الايصاء وانه لو تبين هذا غلطة لعدل عن وصيته كان للوارث أن يدفع دعوى الموصى له بالغش.

ويبدو لنا أن مرد هذا الأمر إلى الغلط في الرضا وليس للسبب كما ذهب الأستاذ السنهوري<sup>(٢٠)</sup>.

إلا انه بمضي الزمن برز دور الإرادة في العقود الرضائية وضعف الشكل الذي يحكم العقود وبذلك وجدت فكرة السبب التي ارتبطت بالإرادة وتؤكد دورها في إبرام العقود<sup>(٢١)</sup>.

فالشكلية هي التي جعلت الالتزام مجردا من سببه وإذا كان قد أدخلت فكرة السبب في بعض العقود فيرجع ذلك في الغالب إلى انه اعترف بدور الإرادة كمنشئ لهذه العقود. ومتى اعترف بأثر الإرادة مجردة من الشكل فمن المعقول أن يكون قد اخذ بما قامت عليه هذه الإرادة من دافع يحركها، وجعله محل اعتبار في وجود الالتزام<sup>(٢٢)</sup>.

وتدرجت نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم وازدادت أهميتها وكان لرجال الكنيسة دور بارز في وضع أساسها بإبعاد الشكلية عن العقود وتلاهم "رجال العزم" Civilists إلى أن وصلت لتكون ركنا من أركان الالتزام في عهد الفقيه (دوما) الذي لم يبتكرها من الأساس بل جمع أحجارها السابقة وبنى هيكلها بالصياغة الواضحة المعروفة بالنظرية التقليدية التي بناها من بعده بعض الفقهاء من أمثال بريفودي لاجانيس وبوتيه، ونقلها نابليون في قانونه وبسطها في المواد (١١٣١ - ١١٣٣) منه كما سنرى.

ثم اخذ فريق من الفقهاء كارنست ولوران وبلانيول يهاجمون هذه النظرية ووصلوا إلى حد إنكار فكرة السبب من أساسها وطالبوا بحذفها من العقد لعدم فائدتها وعدم قانونيتها، كما قام آخرون يدافعون عنها مثل كابيتان.

بينما اتجه القضاء إلى صراط آخر ابتعد فيه عن هذا الخلاف حيث اخذ بالباعث الدافع (سبب العقد) إلى جانب سبب الالتزام.

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاكر عبد الله

فتاريخ نظرية السبب إذن بدأت مع ظهور الإرادة والابتعاد عن الشكل وانتقلت من سبب الالتزام إلى سبب العقد ثم العودة إلى سبب الالتزام إلى أن استقر الأمر في كثير من الدول إلى التمييز بين هذين السببين والاعتداد بهما في آن واحد مع عدم إغفال أن بعض الدول المتقدمة كانكلترا وألمانيا<sup>(٢٣)</sup> لا تزال تتكر السبب في جانب كبير وواسع من أحكامها كما سنفصل ذلك لاحقاً.

### ثالثاً: موقع السبب في القانون المدني

يعد السبب في أغلب القوانين المدنية النافذة - ومنها العراقي والمصري - ركناً من أركان العقد.

فأركان العقد الرضائي فيهما هي الرضا والمحل والسبب، ويكون العقد باطلاً إذا كان هناك خلل في ركن السبب (م/ ١٣٢ ق. م. ع) وأوجه الخلل هي:

- ١ - الالتزام بدون سبب.
- ٢ - الالتزام لسبب ممنوع قانوناً.
- ٣ - الالتزام لسبب مخالف للنظام العام أو الأداب العامة. □ وهذا النص العراقي يقابله نص (م/ ١٣٦) من القانون المدني المصري الذي لم يذكر إبطال العقد إذا كان سبب الالتزام ممنوع قانوناً كما فعل المشرع الفرنسي (م ١١٣٣ ق.م.ف.) والعراقي. بينما نجد أن المادة (١١٣١) من القانون المدني الفرنسي أوسع من النصوص العربية التي قصرت السبب على العقود فشملت كل الالتزامات ولم تورد لفظ العقد وإنما نصت على أن (الالتزام لا ينتج أي اثر إذا لم يكن مبنياً على سبب، أو كان مبنياً على سبب كاذب أو على سبب غير مشروع)<sup>(٢٤)</sup>.

وهذا هو ذات ما نصت عليه (م/ ٢٧) من المشروع الفرنسي الايطالي، وقد ذهب القانون المدني الايطالي إلى نفس الاتجاه في المواد (١١٠٤ و ١١١٩ - ١١٢٢)<sup>(٢٥)</sup>.

وان أكثر القوانين اللاتينية التي نصت على السبب والتي لم تنص عليه (كالقانون البرتغالي والبرازيلي) اعتبرت السبب ركناً في الالتزام ونظرت إليه نظرة شخصية أي اعتبار الباعث الدافع للتعاقد.

أما القوانين الجرمانية فقد ميزت بين العقود المسببة التي يكون فيها السبب ركناً في الالتزام فكرته مماثلة للنظرية التقليدية التي كان يعتقها الفقه الفرنسي، والعقود المجردة التي يكون الالتزام فيها منفصلاً عن السبب يعيش مستقلاً عنه ولا يكون ركناً فيه.

وهي على نوعين:

العقود الناقلة للحق العيني والعقود المنشئة للالتزام وتشمل الأوراق التجارية والسندات والإبابة في الوفاء والتعهد المجرّد للوفاء<sup>(٢٦)</sup>.

أما القانون الانكليزي فيسمي السبب بالاعتبار "consideration" ولا يعترف بالسبب في التصرفات الشكلية (act under seal) وهي اقرب ما تكون إلى التصرفات المجردة في القوانين الجرمانية والقانون الروماني. ومن هذه التصرفات المجردة في القانون الانكليزي الأوراق التجارية والسندات، كما رأينا في القانون الألماني.

إننا قصدنا من هذا الطرح والاستطراد أن نبين موقع السبب في القانون المدني ومجال (نشاطه) كي نصل إلى إدراك جانب من حجم الإشكالية التي انتبهنا إليها والتي يثيرها عندما تسحب أحكامه على مجال آخر مختلف في طبيعته ومقتضياته بعيد عن مجال القانون المدني هو مجال قانون الصرف، وكيف انتبهت القوانين الجرمانية والانكليزية فأفرده بنظام خاص بعيداً عن عنصر السبب.

#### رابعاً: سبب اختيار الموضوع

لاحظنا أن السبب قد ظهر عندما بدأت العقود بالإفلات من الشكليات الصارمة التي كان يفرضها القانون الروماني، وهو أصل المنظومة القانونية الفرنسية التي استوحى النصوص المدنية العربية أحكامها منها).

وبسطوح نجم الإرادة في سماء العقود ظهر كوكب السبب ليكبر شيئاً فشيئاً إلى أن وصل إلى الحال الذي وصل إليه كركن في جميع العقود.

ولكننا لاحظنا أن التعامل التجاري وما يتطلبه من سرعة وثقة وائتمان اقتضى الرجوع إلى شكليات الماضي والحد من دور الإرادة في مجال قانون الصرف بشكل

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاكر عبد الله

خاص بالأوراق التجارية من حوالة وصك وكمبيالة تتشا وتنتقل من شخص إلى آخر عند توفر بيانات معينة محددة على سبيل الحصر في شكل معين حدد بدقة كما حدد في الغالب موضع البيانات من الورقة التجارية.

إلا أن شراح القانون التجاري<sup>(٢٧)</sup> يرجعون إلى القانون المدني في اشتراط توفر الأركان الموضوعية ومنها السبب وكأن الإرادة تلعب في الورقة التجارية نفس الدور الذي تلعبه في العقود رغم ما تقتضيه الورقة من شكليات صارمة<sup>(٢٨)</sup> وصراحة قانون التجارة العراقي بأن من أسس القانون هو الحد من مبدأ سلطان الإرادة وتجاهل النوايا، وأستبعاد قانون جنيف الموحد ذكر السبب أو وصول القيمة ضمن البيانات الإلزامية للسفتجة. وهو ما انتبهت إليه القوانين الجرمانية والقانون الانكليزي فعدت الورقة التجارية تصرفاً مجرداً لا يشكل السبب ركناً فيه.

إن هذا الأمر يثير في أجوائنا القانونية اللاتينية العديد من الإشكاليات النظرية والعملية مردها إلى أزمة النصوص القانونية - لاسيما في القانون المدني العراقي والمصري ومن سار على نهجهما - والغموض والانقسام بشأن فكرة السبب في القانون المدني - قانوناً وفقهاً وقضاءً - وتداعياتها السلبية المتعددة والصفة الشكلية والدولية لقانون الصرف وطبيعة التعامل بالأوراق التجارية ومقتضياته.

كل ذلك دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع الريادي الفلسفي القانوني على الرغم من وعورة مسلكه وشحه مصادره في مجال قانون الصرف.

## المبحث الأول

### الغموض والانقسام في فكرة السبب

تعد فكرة السبب من الافكار القانونية المعقدة والغامضة والتي أثارت جدلاً عنيفاً بين الفقهاء واختلفت بشأنها الآراء اختلافاً جوهرياً واضحاً.



فمن الفقهاء من دافع عنها دفاعا حارا وأطلق عليهم (السببيون causalistes) وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي (كابيتان)، فيما هاجم فريق آخر من الفقهاء فكرة السبب ووصل إلى حد إنكارها من أساسها وأطلق عليهم (اللاسببيون anti-causalistes) وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي (بلانيول)<sup>(٢٩)</sup>.

كما انقسم السببيون على أنفسهم في تأصيل نظريتهم، فمنهم من ذهب إلى أن السبب هو الغرض المباشر المجرد الذي يروم الملتزم الوصول إليه من وراء التزام (سبب الالتزام) وهؤلاء هم أصحاب (النظرية التقليدية). ومنهم من ذهب إلى ابعده من ذلك وقال إن المقصود بالسبب هو (سبب العقد) أي الباعث الدافع إلى التعاقد أي السبب الشخصي غير المباشر الذي جعل المتعاقد يقدم على التعاقد وهؤلاء هم أصحاب (النظرية الحديثة). وكان للفقه الإسلامي هو الآخر موقف من السبب متأرجح بين القبول والرفض بشكل نسبي وبضوابط معينة.

فيما نحا الفقه الجرمانى والانكليزي منحا واضحا ومغايرا لما اتجه إليه الفقه الفرنسي.

وسنتي على تفصيل هذه النظريات والمواقف بتخصيص مطلب مستقل لكل منها.

### المطلب الأول

#### النظرية التقليدية

قلنا أن النظرية التقليدية هي التي عدت السبب شيئاً مادياً وهو سبب الالتزام وهو لا يختلف في النوع الواحد من العقود أو التبرعات، فهو سبب الالتزام المباشر. وقد تعرضت هذه النظرية لهجوم عنيف استهدف بنيتها التحتية أو شكت بسببه على الانهيار لولا الترميم الذي لحقها من بعض الفقهاء ومنهم (كابيتان) فحاول معالجتها بشكل جديد مع الحفاظ على أساسها الأول. عليه فسنبحث في هذا المطلب فكرة النظرية ونقدها ومعالجتها كلاً في مقصد مستقل:

### المقصد الأول

### فكرة النظرية التقليدية

بينما في المبحث التمهيدي المعاني الثلاثة للسبب وهي السبب المنشئ والسبب ألقصدي والباعث الدافع.

وان الذي تقصده النظرية التقليدية هو المعنى الثاني أي الغرض المباشر الذي قصد المتعاقد الوصول إليه من وراء التزامه<sup>(٣٠)</sup>. وهو يختلف باختلاف الالتزامات والتي توزع على ثلاثة أنواع:

**أولاً:-** العقود الملزمة للجانبين: يكون سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر. فمثلا في عقد البيع يلتزم البائع بتسليم المبيع لغرض الحصول على الثمن بينما يلتزم المشتري بدفع الثمن لغرض الحصول على المبيع ويمكن القياس على ذلك في كل العقود الملزمة للجانبين. فحين يتوفر المقابل المقصود لالتزام كل من العاقدين يوجد السبب، وبخلافه يبطل العقد لعدم وجود السبب لأنه لن يكون هناك توازنا في العقد طالما تخلف التزام من الالتزامات المتقابلة<sup>(٣١)</sup>.

**ثانياً:-** العقود الملزمة لجانب واحد: إذا كان العقد عينيا كالعارية والوديعة والرهن الحيازي يكون سبب التزام المدين هو الواقعة التي تنشأ العقد أي التسليم.

فالمدين قد التزم برد الشيء لأنه استلمه، أما إذا كان العقد رضائيا كالوعد بالتعاقد مثل الوعد بالبيع والوعد بالعارية والوعد بالرهن الحيازي فان سبب الالتزام في هذه العقود التمهيدية هو إتمام العقد النهائي وهو سبب محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق، وفي الكفالة سبب التزام الكفيل هو إبرام العقد الأصلي<sup>(٣٢)</sup>.

**ثالثاً:-** عقود التبرع: يكون فيها سبب التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها، التي يقصد منها غرضا مباشرا هو أن يهب شيئا أو تقديم خدمة مجانية للمتبرع له.

أما إذا كان عقد التبرع عينيا كعارية الاستعمال بدون مقابل فالمتبرع فيه لا يكون ملتزما بشيء بل الملتزم هو من تلقى التبرع أي المستعير برد المعار وسبب التزامه هو استلامه للشيء المعار<sup>(٣٣)</sup>.

ففي التبرعات يختلط سبب التبرع بالباعث خلافا للمعاوضات، فالسبب إذن وفق النظرية التقليدية هو سبب الالتزام وليس سبب العقد وهو سبب مباشر مجرد وداخلي في

العقد ويستخلص من نوع العقد وانه شيء مادي وموضوعي<sup>(٣٤)</sup> لا يقوم على البواعث والدوافع الخفية للمتعاقد ولا يختلف باختلاف الأشخاص بل هو ثابت لا يتغير في النوع الواحد من العقود. على أن السبب وفق النظرية التقليدية يجب أن تتوافر فيه شروط معينة وبخلافه يبطل العقد بطلانا مطلقا لأنه يولد ميتا لتخلف ركن من أركانه. غير أن بعض فقهاء هذه النظرية يرى أن البطلان يكون نسبيا، ويستطيع من كان السبب في التزامه لم تتوافر فيه الشروط المطلوبة التمسك بالبطلان<sup>(٣٥)</sup>. ونجمل شروط السبب بالاتي:

#### الشرط الأول: وجود السبب

يتعين أن يكون لكل التزام سبب وإلا يبطل العقد وبطل معه الالتزام الذي يتضمنه. والأصل أو المبدأ العام هو افتراض وجود سبب لأي التزام والاستثناء هو عدم وجوده أي أن المتعاقدين على علم بعدم وجوده وعلى بينة من ذلك وغيرواهمين في عدم وجوده ومع ذلك يقدم المتعاقدان على إبرام العقد، وهو يحصل في الحالات التالية<sup>(٣٦)</sup>:

١- حالة الوهم كاعتقاد الوارث أن مورثه كان قد أوصى لشخص معين بمبلغ من المال فيكتب الوارث تعهدا بالمبلغ ثم بعد ذلك يتضح أن الوصية باطلة فسبب التعهد هنا هو الوصية وهي غير موجودا أصلا، فالتعهد باطل لانعدام سببه. أو أن يتخارج وارث مع شخص معتقدا انه وراث ويعطيه مبلغا من المال ثم يتضح أن الوارث قد توهم في ذلك فالشخص لم يكن وارثا.

فهذا التخارج باطل بطلانا مطلقا لان سببه منعدم، وكذلك إذا توهم المدين بأنه لم يوف دين الدائن فيتفق معه على تجديده فإذا اتضح له الأمر لاحقا أمكنه إبطال التجديد.

٢- إذا اكره احد المتعاقدين على إمضاء سند بدين أو إقرار بدين أو تعهد بدين دون أن يكون مدينا أصلا، فالعقد باطل لانعدام السبب وليس موقوفا للإكراه.

٣- إقرار المقرض بالمديونية قبل إن يتسلم القرض ولا يحصل التسليم إطلافا فالإقرار باطل لانعدام سببه أيضا.

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاكر عبد الله

- ٤- في سند المجاملة لا يمكن للمستفيد المباشر أن يطالب محرر السند بدفع مبلغه لبطلان السند لانعدام سببه.
- ٥- هلاك المبيع قبل إبرام العقد يبطل العقد لانعدام سبب التزام المشتري وهو الحصول على المبيع.
- ٦- عدم تنفيذ احد العاقدين التزامه بإرادته أو استحالة ذلك لسبب أجنبي يجعل سبب التزام العاقد الآخر غير موجود، على أساس تقابل الالتزامات وارتباطها في العقود الملزمة للجانبين، فكل التزام يعتبر سببا للالتزام المقابل.
- ٧- صورية السبب التي تخفي وراءها سببا آخر حقيقيا كمن يبيع لأحد أقاربه أمواله العينية بيعا صوريا لتهريبها من دائنيه وليس لوجود التزام متقابل بدفع الثمن، ويتفقان على انه لا اثر لهذا البيع بينهما، فالصورية هنا مطلقة تبطل العقد بطلانا مطلقا.
- ونحن نتفق مع الرأي القائل بأنه لا فرق بين السبب غير الموجود والسبب الموهوم وأنهما شيء واحد يؤديان ذات النتيجة ولا داعي لتقسيم هذا الشرط إلى شرطين كما ذهب كثير من الفقهاء والشراح<sup>(٣٧)</sup>.

#### الشرط الثاني: مشروعية السبب

- السبب المشروع هو السبب الذي لا يحرمه القانون ولا يخالف النظام العام والآداب العامة. والسبب وفق النظرية التقليدية هو سبب الالتزام وهو محل الالتزام المقابل، ولكن السبب قد يكون غير مشروعاً على الرغم من مشروعية المحل كما في الحالات التالية:
- ١- عقد تبادلي يتضمن تعهد احد الطرفين بدفع مبلغ من النقود لأخر جزاء ارتكابه جريمة معينة.
- فالتزام هذا الأخير لا يقوم لان محله عمل غير مشروع وهو ارتكاب جريمة. بيد أن التزام الطرف الأول بدفع المبلغ عمل مشروع فمحله مشروع ولكن سببه غير مشروع المتمثل بالتزام الآخر بارتكاب جريمة، فهذا الالتزام لا يقوم لعدم مشروعية السبب وليس لعدم مشروعية المحل.

- ٢- عقد تبادلي يتضمن تعهد احد الطرفين بدفع مبلغ من النقود لأخر جزاء عدم ارتكاب جريمة معينة، فمحل كل من الالتزامين مشروع ولكن سببهما غير مشروع.
- ٣- الاتفاقات الواردة على استغلال دور البغاء ودفع المبالغ لإنشاء أو استمرار العلاقات الجنسية غير المشروعة لمخالفة السبب للآداب.

## المقصد الثاني

### نقد النظرية التقليدية<sup>(٣٨)</sup>

أوجزنا فيما سبق كيف أن النظرية التقليدية تعرضت لهجوم نقدي شديد من قبل فقهاء لهم وزنهم المعروف بين شراح القانون المدني الذين نالوا من أساس فكرة السبب ولم يكتفوا بنقد النظرية. وهم (خصوم السبب anti-causalistes) ومنهم الفقهاء ارنست ورولان وارثير وتمبال وكونيل وهيك وسفريادس وبلانيول وبودري وبارد ودابان ووالتون وليفي ايلمان.

وتتلخص انتقاداتهم بما يأتي:

**الانتقاد الأول:** أنها نظرية غير صحيحة: إذ أنها تتضمن استحالة منطقية وخط

بين السبب وأركان العقد ومصدره، وكالاتي:

أ- ففي العقد الملزم للجانبين ترى النظرية التقليدية أن سبب الالتزام هو الالتزام المقابل وحيث أن الالتزامين المتقابلين ينشآن في نفس الوقت فيستحيل منطقياً أن يكون احدهما سبباً للآخر، فمن غير المنطق أن يكون الأثر والنتيجة متعاصرين contemporins وإلا أصبحنا في حلقة مفرغة. فالفكرة غير صحيحة لأن الالتزام الأول لا ينشأ لأن سببه - وهو الالتزام الثاني المتقابل - لم ينشأ بعد.

ب- وفي العقد العيني يكون سبب الالتزام وفق النظرية هو استلام العين غير أن هذا الاستلام أو التسليم هو المصدر الذي انشأ الالتزام مما يجعل الخلط واضحاً بين السبب المنشئ والسبب القصدي للالتزام.

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاكر عبد الله

ج- وفي التبرعات تقضي النظرية بان السبب فيها هو نية التبرع في حين أن هذه النية هي الرضا وهو احد أركان القصد كما أن هذه النية لا قيمة لها إذا جردت من البواعث التي دفعت إليها.

**الانتقاد الثاني:** أنها نظرية غير ذات فائدة: لإمكانية تحقيق نفس النتائج التي أرادت النظرية التقليدية الوصول إليها بطرق أخرى غير السبب، لاسيما المحل والرضا، وكالاتي:

أ- في العقود التبادلية أي الملزمة للجانبين يمكن إبطال العقد استنادا لفكرة المحل وارتباط الالتزامات المتقابلة التي يتوقف مصير أي منها على مصير الآخر فإذا كان التزام احد المتعاقدين باطلا لهلاك محله أو استحالته أو عدم مشروعيته أصبح التزام المتعاقد الآخر باطلا لوجود ارتباط بين الالتزامين لا يسمح بقيام احدهما دون الآخر.

ب- في العقود العينية: فان انعدام التسليم يعني انعدام العقد ذاته وليس انعدام السبب كما ذهب النظرية التقليدية. فلا يلتزم المودع مثلا برد شيء إذا لم يتسلم الوديعة وكذلك المقترض إذا لم يتسلم القرض. فالالتزام لم ينشأ لعدم انعقاد العقد أصلا، وبالتالي فليس هنالك مقتضى لنظرية السبب في مثل هذه الحالات لإبطال العقد.

ج- وفي عقود التبرع فان تخلف نية التبرع - وهي سبب الالتزام في هذه النظرية - يعني أن الرضا منعدم فيؤثر سلبا على انعقاد العقد. فلا حاجة للقول بانعدام السبب لإبطال العقد بل لعدم وجود الرضا.

**الانتقاد الثالث:** يرجع إلى التاريخ ويمكن تلخيصه بان نظرية السبب لم تكن معروفة في القانون الروماني وان الفقيه (دوما) هو الذي ابتدعها تحكما<sup>(٣٩)</sup>.

فعقد الأوربيين وبالذات رعايا الدولة الرومانية من ماضيهم القانوني وما تضمنه من شكلية مقيتة سببت لهم نتائج تخالف مبادئ العدالة هي التي دفعت إلى ابتداء فكرة السبب.

**الانتقاد الرابع:** الاعتبارات العملية: حيث أن اشتراط وجود سبب للالتزام يرتبط به من شأنه أن يعوق سير التعامل، ويتناقض مع فكرة الالتزام المجرد رغم أن وجود هكذا التزام أمر ضروري وقد أصبح من مقتضيات الحياة الاقتصادية الحاضرة<sup>(٤٠)</sup>.

**الانتقاد الخامس:** إن السبب يشكل قيда على سلطان الإرادة حل محل الإشكال والأوضاع القديمة، ذلك أن الملتزم إذا أراد أن يلتزم بلا سبب أي مع تجريد التزامه من السبب فما هي الحكمة من منعه من ذلك<sup>(٤١)</sup>.

**الانتقاد السادس:** علاوة على أن هذه النظرية تخالف منطق الفقه التقليدي فإنها فكره عقيمة لا معنى لها لأنها حددت السبب بمعنى ثابت لا يتغير في كل نوع من العقود، وبالتالي سيكون عديم الجدوى كيف يتسنى ألقابه على مطابقة التصرفات للقانون من عدما. فدائما سيكون السبب مشروعا<sup>(٤٢)</sup>.

وسنأتي على تفصيل انتقادات أخرى يمكن توجيهها لفكرة السبب عندما نستعرض الإشكاليات النظرية والعملية في مجال قانون الصرف.

### المقصد الثالث

#### الدفاع والمعالجة<sup>(٤٣)</sup>

بعد هذا الهجوم العلمي المبرر الذي قوض به خصوم السبب أساس النظرية التقليدية للسبب انبرى أنصاره وعلى رأسهم الفقيه كابيتان بالدفاع عن هذه النظرية إلا أنه - وإقرارا منه بصحة بعض الانتقادات - ادخل بعض التعديلات الجوهرية عليها، وسنوجز الكلام عن الدفاع عن النظرية التقليدية ومعالجتها.

#### أولا: الدفاع عن النظرية التقليدية

يتميز كابيتان بين السبب والباعث، فالسبب هو الغرض من العقد والمراد الوصول إليه حاضرا أو مستقبلا وهو ركن في العقد، أما الباعث فهو الدافع البعيد الذي يتعلق

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاكر عبد الله

عادة بالماضي ولا يشكل جزءا من اتفاق الإرادتين. ويرى أن النظرية صحيحة ولا تخالف المنطق حيث لا وجود للاستحالة في نشوء الالتزامات العقدية التبادلية إذا ما اخذ السبب بمعنى السبب ألقصدي. ولكن إذا ما اخذ بالسبب المنشئ فان كايبتان يقر بحصول الاستحالة، وفي العقود العينية فإنها وان كانت عينية في صياغتها ولكنها من حيث طبيعتها فهي عقود رضائية. أما في عقود التبرع فليس صحيحا تعذر التمييز بين ركن الرضا ونية التبرع، فالرضا هو إرادة الالتزام بينما نية التبرع هي قصد المتبرع من عدم أخذه مقابل التزامه.

أما بخصوص القول بعدم فائدة النظرية فقد اعترف بصحته في حدود معينة إلا أن محل الالتزام يبقى متميزا عن سببه في العقود الملزمة للجانبين. إذ أن محل الالتزام هو ما التزم به المدين، أما سبه فهو وجود الالتزام المقابل أو تنفيذه وهذا الشئان المتميزان لا يختلطان.

كما لا يمكن الاستغناء عن السبب لأن ذلك سيؤدي إلى استقلال كل من الالتزامين عن الآخر وقد يبقى احد الالتزامين قائما ولو استحالة تنفيذ الالتزام المقابل. وفي عقود التبرع لا تختلط نية التبرع بالرضا كما يزعم خصوم السبب لأنه يمكنه تحليل إرادة الواهب إلى عنصرين: أولهما إرادته أن يلتزم وهذا هو الرضاء وثانيهما رغبته أن يكون التزامه دون مقابل على سبيل التبرع وهذا هو السبب<sup>(٤٤)</sup>. ولكن كايبتان يعترف ويسلم باختلاط السبب بالبائع في بعض الحالات مثل التبرع المشروط كمن يتبرع بمال لبناء مستشفى أو مدرسة، والوصية.

### ثانيا: المعالجة

حاول الفقيه كايبتان - في سياسة دفاعه عن النظرية التقليدية - التحوير مضطرا وإجراء تعديلات هامة عليها ليدعم مركزها ويسهل عن نفسه الدفاع عنها والاحتفاظ بها. فقد ذكرنا انه ميز بين البائع واعتبر إن مفهوم الأخير هو المقصود كركن في العقود. كما اعتبر سبب التزام كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين ليس التزام الطرف الآخر في ذاته وإنما هو تنفيذ ذلك الالتزام الآخر. فهناك فرق بين وجود الالتزام وتنفيذه



وهذا تعديل جوهري على النظرية، وسواء حصل تنفيذ العقد من قبل الطرفين في وقت واحد أو بصورة متتابعة فإن ذلك لا يغير من الأمر شيئاً. المهم أن يحصل مثلاً البائع على الثمن والمشتري على المبيع ليس فقط الالتزام بأدائهما كما لا يهم وقت التنفيذ<sup>(٤٥)</sup>.

كما يعتقد كايبتان إن اثر السبب يستمر بعد نشوء العقد ما دام الالتزام لم ينفذ تنفيذاً كاملاً، فالالتزام لا يمكن أن يحيا إلا إذا ظل مستتداً إلى سببه على خلاف ركن الرضا الذي يكفي وجوده وقت إنشاء العقد فقط. وبالتالي فإنه لا يمكن تبرير الدفع بعدم التنفيذ والفسخ لعدم التنفيذ وتحمل تبعه الهلاك إلا بالاستعانة بنظرية السبب.

ونحن في رأينا المتواضع نعتقد إن هذه الأمور الثلاثة تجد مبررها في توازن الحقوق والالتزامات الذي ارتضاه المتعاقدان والذي يستند إلى مبدأ العدل والإنصاف الذي تنتشه الفطرة الصحيحة وكانت هدفاً لكل الشرائع قديماً وحديثاً.

## المطلب الثاني

### النظرية الحديثة

إن الجمود الذي انتاب النظرية التقليدية للسبب والمآخذ التي ذكرناها والتي جعلتها محل دفع وجذب، فهناك فريق هام من الفقهاء ينكرها وهم "خصوم السبب" وهنالك من يحور فيها بالدفاع عنها، كما فعل أنصار السبب.

إلا أننا - وكما يقول بعض الفقهاء<sup>(٤٦)</sup> - إذا تركنا التحوير والمعالجة التي قال بها أنصار السبب وعلى رأسهم كايبتان، فإن النظرية التقليدية بقيت واقعة بين نارين: فهي بين فريق يرى محو فكرة السبب محواً تاماً وهم خصوم السبب - كما فصلنا سابقاً - وبين فريق آخر يرى الإفصاح للسبب والتوسع فيه أكثر مرونة ويستند على الباعث الدافع كسبب للالتزام متبعاً خطى القضاء في فرنسا وتبعه كثير من المحاكم في مصر الذي كان أكثر جراءة وشد إمعاناً في هذه النظرية التقليدية وسائر الفقه الحديث القضاء في هذا المسار الجديد.

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاکر عبد الله

ولكن ما هي فكرة هذه النظرية الحديثة وما مدى مرونتها وما هي شروط السبب بموجبها، هذا ما سنتناوله في المقصدين التاليين:

## المقصود الأول

### فكرة السبب في النظرية الحديثة

حدد القضاء سبب الالتزام بأنه هو الباعث الدافع للالتزام، وهو أمر شخصي يخرج عن العقد ويتغير من شخص لآخر ومن عقد إلى عقد، تماما عكس السبب في النظرية التقليدية الذي هو أمر مادي لا يخرج عن العقد بل داخلي فيه ولا يتغير من شخص لآخر.

ولما كانت البواعث متعددة جوهرية وثانوية فقد اختار القضاء الباعث الجوهرية أي الدافع إلى التعاقد طالما كان مشروعا أي أن الإرادة تهدف إلى تحقيق غرض لا يمنعه القانون ولا يحضره ولا يتعارض مع النظام العام ولا يتنافى مع آداب المجتمع العامة<sup>(٤٧)</sup>. فإذا كان الباعث الدافع غير مشروع أبطله القضاء الفرنسي والمصري وإن كان سببه مشروعا استنادا للنظرية التقليدية، غير أن بعض الفقهاء استبقى النظرية التقليدية في السبب ويقصرها على السبب في الالتزام ويضع إلى جانبها النظرية الحديثة ويسميها بنظرية الباعث الدافع ويجعلها في العقد لا في الالتزام لأنه يجب أن يكون معروفا من قبل الطرفين فيصبح لدينا "سبب في الالتزام" و "باعث في العقد"<sup>(٤٨)</sup>.

فهذه النظرية لا تفرق بين السبب والباعث وتخلط بينهما بحيث تأخذ بالباعث سببا لا بالسبب القسدي<sup>(٤٩)</sup> على كل حال فإن أمر تحديد الباعث الدافع إلى التعاقد لا يخلو من صعوبة لأنه باعث من يصعب ضبطه وتحديده<sup>(٥٠)</sup>.

ولذلك لابد من إيجاد ضابط في هذا الخصوص يضمن استقرار التعامل بحيث لا يكون في مقدور أي متعاقد أن يتحلل من الرابطة العقدية وإن يتملص من التزامه بحجة أن الباعث له على إبرام التصرف غير مشروع في حين أن المتعاقد لا يعلم تماما بهذا الباعث الخفي. فتوصل القضاء إلى وضع القيد السالف ذكرهما هو أن يكون الباعث

الدافع "رئيسياً" دون الاهتمام ببواعث الإرادة الأخرى. وان يكون هذا الباعث داخلاً في دائرة التعاقد أي معلوماً من قبل المتعاقد الآخر كي لا يتفاجأ بالأمر فيستقر التعامل<sup>(٥١)</sup>. غير أن الفقه مضطرب في هذه النقطة فمنهم من يرى عدم الاكتفاء بالعلم بل لابد من الاتفاق والمساهمة بين المتعاقدين والاكتفاء بالعلم في التبرعات، فيما رأى جانب آخر من الفقه إلى التمييز بين المعاوضات والتبرعات فأشترط العلم في المعاوضات حماية للتعامل من الاضطراب والاختلال والتزعزع لان كلتا الإرادتين دور هام في أبرام العقد وعدم اشتراط العلم في التبرعات لان إرادة المتبرع هي الأساس<sup>(٥٢)</sup>، وبها يتحدد العلم ويقتصر عليه وهو أمر يكفي لاستقرار التعامل<sup>(٥٣)</sup>.

## المقصد الثاني

### الشروط المتعلقة بالسبب في النظرية الحديثة

ذهب كثير من الفقهاء إلى انه يشترط في السبب بموجب النظرية الحديثة (نظرية القضاء) أن يكون مشروعاً وان يعلم المتعاقد الآخر بهذا الباعث. وقبل أن نستعرض هاتين المسألتين لابد أن نبين رأينا في أمر دقيق هو وجوب التمييز بين شرط المشروعية وواقعة العلم. فالمشروعية شرط لصحة السبب وفق هذه النظرية، أما واقعة العلم فليست شرطاً لصحة السبب وإنما شرطاً للبطلان. بمعنى انه إذا كان الباعث الدافع على الالتزام لدى الطرف الأول مشروعاً فلا يهم أن علم به الطرف الآخر أم لا فيصح العقد رغم عدم علم الطرف الآخر. أما إذا كان الباعث الدافع غير مشروع لدى الطرف الأول فهنا يقتضي التمييز وفق نظرية القضاء بين حالة علم الطرف الآخر من عدم علمه، فإذا كان عالماً بعدم مشروعية الباعث بطل العقد أما إذا كان جاهلاً به أي حسن النية فلا يمكن الاحتجاج بهذا الأمر تجاهه وضح العقد.

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاكر عبد الله

فالمشروعية إذن شرط لصحة السبب أما العلم بعدم المشروعية فهو شرط للبطلان ولهذا سمينا عنوان هذا المقصد بالشروط المتعلقة بالسبب ولم نقل شروط السبب كما ذهب الشراح.

**أولاً: مشروعية الباعث**

لابد أن يكون سبب العقد مشروعاً وبخلاف ذلك سيكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة مما يؤدي حتماً إلى بطلان العقد<sup>(٥٤)</sup> ولما كانت بواعث الإرادة متعددة ومتنوعة منها الدافع ومنها غير الدافع ومنها الرئيسي ومنها الثانوي فما يعول عليه هو الباعث الدافع الرئيسي.

ويرى بعض الفقهاء أنه لا معنى لاشتراط وجود الباعث الرئيسي الدافع إلى التعاقد لأنه موجود دائماً ولا يعقل تعاقد أي شخص دون باعث يدفعه لإبرام العقد إلا إذا كان مختل عقلياً أو مسلوب الإرادة<sup>(٥٥)</sup>.

وإذا كان الباعث المذكور في العقد صورياً أي أخفى وراءه باعثاً حقيقياً هو الذي دفع الطرفين للتعاقد فإن هذا الباعث الأخير هو مدار البحث ويكون محل الاعتداد فإذا كان غير مشروع بطل العقد وإن لم يذكر في العقد.

أما تبرير شرط المشروعية فيقال أن العقد كائن اجتماعي في إطار المجتمع يؤثر سلباً وإيجاباً عليه فلا بد من مراعاة المصلحة الاجتماعية ودرء الخطر عن المجتمع. فالباعث على العقد يجب أن يوزن بميزان المصلحة الاجتماعية فإذا اتفق معها أقر المشرع وجوده وإلا بطل.

**ثانياً: علم المتعاقد الآخر بالباعث الدافع غير المشروع**

قلنا أن هذا - في رأينا - ليس سبباً شرطاً لصحة السبب بل لبطلانه ومن ثم بطلان العقد والحكمة من إيرادها هو الحرص على استقرار التعامل وعدم زعزعته<sup>(٥٦)</sup>. ومضمونه أن يعلم المتعاقد بواعث المتعاقد الآخر التي دفعته لإبرام العقد، وحيث أن الباعث أمر شخصي خارج عن دائرة العقد فهو غير ثابت ويتغير بتغير الأشخاص في النوع الواحد من العقود تبعاً للحاجات والمصالح والرغبات الشخصية.

إذ ن لا بد من تحديده واعتماد معيارا لضبطه حتى لا يكون مدعاة لزعزعة التعامل وعدم استقراره.

فتوصل القضاء الفرنسي - والمصري من بعده - أن يكون الباعث الدافع داخلا في دائرة التعاقد أي يعلم المتعاقدان به من اجل أن تنتفي المفاجأة، وبالتالي لا يستطيع احدهما التحلل من التزامه الذي ترتب عليه لصالح الطرف الآخر بمجرد ادعائه بعدم مشروعية باعته ما لم يعلم الطرف الآخر به. فيما ذهب رأي آخر إلى اشتراط الاتفاق على الباعث غير المشروع لبطلان العقد.

أما في التبرعات فيكفي الباعث غير المشروع لدى المتبرع لإبطال العقد، علم به المتبرع له به أم لا.

أما من يتمسك بالبطلان فهو من لم يقم لديه الباعث غير المشروع وكان حسن النية فيستطيع من اكتشف الباعث غير المشروع لدى العاقد الآخر لاحقا بعد العقد أن يتمسك بالبطلان كي لا يكافأ الأثم على إخفائه سوء فعله.

### المطلب الثالث

#### السبب في الفقه الإسلامي

أخطأ من قال أن الفقه الإسلامي لم يضع في أي مذهب من مذاهبه نظرية عامة في السبب تمشيا مع صناعته المألوفة في عدم صياغة نظريات عامة وإنما يورد تطبيقات تفصيلية يمكن عن طريق التحليل والتأصيل استخلاص هذه النظرية<sup>(٥٧)</sup>.

فقد عرف الأصوليون السبب بأنه (وصف ظاهر منضبط يرتب الشارع عليه حكما يتحقق بتحقيقه وينتفي بانتفائه)<sup>(٥٨)</sup>، وله تعريفات عديدة أخرى.

وينقسم السبب إلى عدة أقسام فمن حيث طبيعته أما أن يكون سببا منشئا ومحل بحثه هو باب خطاب الوضع في أصول الفقه، أو سببا قسدياً ويبحثه الفقه تحت عنوان المقصود أو القصد الأصلي أو المعقود عليه<sup>(٥٩)</sup>، أو السبب الدافع إلى التعاقد ومحل بحثه باب سد الذرائع في أصول الفقه.

فالذرائع هي الوسائل ويتعين إعطاء الوسيلة حكم غايتها<sup>(٦٠)</sup>، وهي من حيث المشروعية تنقسم إلى أربعة أقسام:

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاكر عبد الله

١ - كل من الوسيلة والغاية مشروعة.

٢ - كل من الوسيلة والغاية غير مشروعة.

٣ - الوسيلة غير مشروعة والغاية مشروعة.

٤ - الوسيلة مشروعة والغاية غير مشروعة.

وان ما يعيننا هو القسم الرابع، فقد قسم علماء الأصول هذا القسم باعتبار مدى

ترتيب النتائج والغايات إلى الأنواع الثلاثة الآتية:

**النوع الأول:** هو أن تفضي الوسائل (الذرائع) إلى مفسدة (أو مضرة) على وجه

القطع أو الظن القريب منه، وهذا النوع من الذرائع لا خلاف فيه بين جمهور الفقهاء في وجوب سدها ومنعها كبيع السلاح وقت الفتنة في حالة علم البائع أو باستطاعته أن يعلم انه يستخدم في الاعتداء وقتل الأبرياء ويكون العقد باطلا. وكبيع المواد الأولية لأصحاب معامل صنع المسكرات المحرمة، بنفس الشرط المذكور أعلاه، ويعتبر العقد باطلا عند أكثر الفقهاء شأنه شأن بيع وشراء المسكرات ذاتها.

**النوع الثاني:** اجمع الفقهاء على عدم سده كالوسائل التي تكون ذريعة إلى تحقيق

المصلحة أكثر من أن تكون ذريعة إلى المفسدة أو المضرة كبيع الأسلحة الدفاعية في الظروف الاعتيادية فلا يمنع لمجرد احتمال استعمالها في العدوان.

**النوع الثالث:** اختلف الفقهاء فيه كالذرائع التي تتردد بين المصلحة والمفسدة. فمن

رأى أن المصلحة فيها هي الراجحة على المفسدة قال بفتحها ومن قال برجحان مفسدتها قال بسدها كقضاء القاضي بعلمه وزواج التحليل وهو حيلة استخدمت في غير غرضها المشروع<sup>(٦١)</sup>.

وقد انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية إلى فريقين على الأقل فريق اعتد بالإرادة

الظاهرة وفريق اعتد بالإرادة الباطنة.

١- فالفريق الأول تزعمه فقهاء الشافعية ذوو النزعة الموضوعية الذين يهتمون بالتعبير

عن الإرادة دون الإرادة ذاتها فتختفي نظرية السبب تحت ستار من صيغة العقد فلا

يعتد بالبائع الدافع إلى التعاقد إلا حيث يتضمنه التعبير عن الإرادة فان لم يتضمنه

التعبير لم يعتد به ولا يبحث عنه خارج العقد بينما يعتد به إذا ذكر ضمنا في العقد لان المتعاقدين يكونان قد كشفوا عنه.

ومن المؤكد أن الفقه الإسلامي يعرف العقد المجرد من السبب فلا يعتد إطلاقا بالسبب كما في حالة عقد الكفالة<sup>(٦٢)</sup>.

٢- أما الفريق الثاني فهو الذي اعتد بالإرادة الباطنة وهو اتجاه المذهبين المالكي والحنبلي حيث تتغلب فيه العوامل الأدبية والخلقية والدينية فيعتد بالبائع الدافع ولو لم يذكر في العقد ما دام المتعاقد الآخر يعلم به أو كان باستطاعته أن يعلم به فيكون العقد باطلا أو صحيحا تبعا لمشروعية ذلك البائع.

وإذا كان بعض فقهاء القانون قد اعتبروا فقهاء الحنفية مع الاتجاه الأول<sup>(٦٣)</sup> فإن البعض الآخر<sup>(٦٤)</sup> يعتبرهم قد اخذوا اتجاها وسطا بين الاتجاهين باعتبار أنهم يقولون أن العقد يكون باطلا إذا ذكر البائع الدافع غير المشروع في صلب العقد، أو لم يذكر ولكن كان بالإمكان استنتاجه من طبيعة محل العقد<sup>(٦٥)</sup>.

## المبحث الثاني

### فكرة السبب في القانون المدني وإشكالياتها في مجال قانون الصرف

بعد أن درسنا فكرة السبب ونظرياته على صعيدي الفقه والقضاء ولاحظنا الفارق الواسع في المعنى الذي اعتمده كل من النظريتين التقليدية (نظرية الفقه) والحديثة (نظرية القضاء) والخلافات التي لم تصل إلى حل بينهما، لابد أن نعرض على موقف القانون من هاتين النظريتين. وحيث أن مجال بحث السبب هو القانون المدني فهل يمكن تعميم الفكرة على التصرفات القانونية في القوانين الأخرى كالقانون الدولي (المعاهدات والاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف)<sup>(٦٦)</sup> والقانون التجاري. وان ما يهمنا في هذا الموضوع قانون الصرف والإشكاليات التي يخلقها فرض فكرة السبب في مجال هذا القانون. عليه سنتناول في مطلبين بحث فكرة السبب في القانون المدني وإشكالياتها في مجال قانون الصرف.

## المطلب الأول

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاكر عبد الله

## فكرة السبب في القانون المدني المقارن

لاشك أن القوانين المدنية قد اتخذت مواقف متباينة إزاء فكرة السبب كركن في الالتزام أو العقد.

فمنها من نظر نظرة شخصية إلى السبب باعتبار أن الباعث الجوهري الذي دفع إلى التعاقد وترجمتها القوانين اللاتينية، ومنها من نظر نظرة مادية إلى السبب وهي القوانين الجرمانية والقانون الانكليزي. ومنها من مزج بين النظريتين الشخصية والمادية.

وعليه سنستعرض موقف نماذج من هذه القوانين كآتي:

### أولاً: القانون المدني الفرنسي

كان هذا القانون مصدراً للبلبل والاضطراب منذ صدوره قبل قرنين من الزمان ولحد الان. فالمادة (١١٠٨) نصت على الشروط اللازمة توفرها لصحة العقود ومنها "ضرورة وجود سبب مشروع في الالتزام" كما نصت م/١١٣١ منه على أن "الالتزام لا يكن له أي اثر إذا لم يكن له سبب أو كان قائماً على سبب موهوم أو سبب غير مشروع".

والمشكلة التي أدت إلى الاختلاف الحاد بين التيارات الفقهية وبين الفقه والقضاء هو أن القانون الفرنسي لم يعرف كلمة السبب "la cause" تعريفاً يحدد معناها هل هو ما فهمته النظرية التقليدية أم ما فهمته النظرية الحديثة منه.

### ثانياً: القانون المدني العراقي

أخذ القانون المدني العراقي نظرية السبب من القانون المدني الفرنسي، وترك أحكام القصور في العقود في الفقه الإسلامي جانباً. فعد العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً أو مخالف للنظام العام أو الآداب (م/١٣٢ ف ١).

وحيث أن هذا النص لم يبين معنى السبب فقد دخل شراح القانون المدني العراقي في نفس الدوامة التي وقع فيها الفقهاء الفرنسيون. فواضع النص يرى أن القانون العراقي شأنه شأن القوانين المدنية العربية - قد نبذ النظرية التقليدية في السبب واعتنق النظرية الحديثة أي نظرة الباعث الدافع على التعاقد لا مجرد الغرض المباشر المقصود في



العقد. وتساءل البعض<sup>(٦٧)</sup> معترضاً على ذلك بالقول لماذا إذن الإبقاء على كلمة السبب الغامضة وعدم ذكر كلمة "الباعث" التي لا تثير اللبس والإرباك، ولماذا لم تطلق الأسماء الحقيقية على مسمياتها لمنع الاضطراب في الفكر القانوني وعدم استقرار المعاملات. والكثير يعتقد أن الأستاذ السنهوري لم يكن مصيباً في تفسيره لمعنى السبب الوارد في (م/١٣٢) ق.م.ع أنفة الذكر، لأنها تنص على بطلان العقد "إذا التزم المتعاقد دون سبب" وهذه العبارة لا تفهم إلا بالمعنى الذي تعطيه النظرية التقليدية فلا يمكن تفسيرها بمعنى الباعث لأنه لا يتصور أن تتحرك إرادة دون باعث إلا إذا كانت هازلة أو صادرة من غير ذي تمييز وهنا لا يعتد القانون بها.

كما أن الفقرة الثالثة من هذه المادة عززت هذا الرأي بقولها "أما إذا ذكر سبب في العقد... وفيها لا يستقيم السبب بمعنى الباعث الذي هو أمر نفس وخارجي عن العقد. لقد حاول المشرع العراقي التوفيق بين النظريتين التقليدية والحديثة فآخذ بعض مقررات النظرية التقليدية وأضاف إليها التوسع الذي أدخله القضاء الفرنسي عليها. وان الأعمال التحضيرية تشير إلى وجوب الأخذ بالاتجاهين معاً، ويبدو أن القضاء العراقي قد آخذ بالسبب وفق النظرية التقليدية فلا يبحث عنه خارج العقد ولا يمكن تجاوز الإرادة الظاهرة للبحث عن النوايا الخفية ولا يعتد بالباعث الذي لم يذكر في العقد<sup>(٦٨)</sup> كما آخذ بالنظرية الحديثة في قرارات أخرى<sup>(٦٩)</sup>. فالغموض والمرونة في الصياغة هما سبب الحيرة والتردد لدى القضاء العراقي في الأخذ بهذه النظرية أو تلك<sup>(٧٠)</sup>.

وقد اشترط القانون المدني في السبب أن يكون موجوداً ومشروعاً وافترض مشروعية السبب المذكورة في العقد ما لم يقدّم دليل على خلاف ذلك<sup>(٧١)</sup> أما إذا لم يذكر أي سبب في العقد فيعتبر في هذه الحالة أن لالتزام المدين سبب وان هذا السبب مشروع ما لم يقدّم دليل على خلاف ذلك فيجوز للمدين أن يثبت عدم وجود سبب لالتزامه أو عدم مشروعية هذا السبب بكافة طرق الإثبات<sup>(٧٢)</sup>.

ومن الملاحظ أن القانون لم يشترط علم المتعاقد الآخر بعدم مشروعية السبب وهذه إشكالية خطيرة لأنها لا يراعى فيها استقرار التعامل وحماية الثقة المشروعة وتجنب

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاکر عبد الله

مفاجأة الدائن ببطلان عقد كان واثقا من صحته لاعتبار مقصور على المدين ومجهول من الدائن<sup>(٧٣)</sup>.

والشراح الذين اشتروا علم الدائن بالسبب غير المشروع كالسنهوري والحكيم وغيرهم... أسسوا شرطهم على المبررات المذكورة أي على ما يجب أن يكون وليس على ما هو كائن من نص صريح في القانون.

### ثالثا: القانون المدني المصري

ما قيل بشأن القانون المدني العراقي يصدق على شقيقه القانون المدني المصري، فهو الآخر أوقع رجال القانون في مطب الاختلاف في المعنى المقصود من السبب. فقد عالج هذا القانون السبب في المادتين (١٣٦) و (١٣٧) تناولت الأولى منهما حكم تخلف السبب وعدم مشروعيته والثانية تناولت مسألة الإثبات<sup>(٧٤)</sup>.

وقد انقسم الفقه إلى فريقين<sup>(٧٥)</sup> يرى أولهما وعلى رأسهم العلامة السنهوري أن القانون المدني المصري يعتقد النظرية الحديثة في السبب مسايرا الفقه والقضاء المصريين وانه ينبذ النظرية التقليدية. بينما يرى الفريق الثاني<sup>(٧٦)</sup> أن هذا القانون اخذ بفكرة ازدواجية السبب - ونحا القانون اللبناني نفس المنحى (م ١٩٤)<sup>(٧٧)</sup> - على الرغم من أن المذكرة الإيضاحية المصرية قد انتقدت هذه الفكرة وصرحت بوجود الإعراض عنها، إلا أن صياغة النص لم تتسجم مع هذه المذكرة وبالتالي فان العبرة بنص القانون لا بالمذكرة الإيضاحية عند تعارضهما<sup>(٧٨)</sup>.

مع العرض أن الأستاذ السنهوري قد انتقد صياغة المادة (١٣٦) ق.م. م لأنها نسبت السبب إلى الالتزام ولم تتسبه إلى العقد ويقر بان السبب في هذه المادة لا يمكن أن يفهم إلا بمعنى النظرية التقليدية<sup>(٧٩)</sup> وهو ما يراه أستاذنا د. عبد المجيد الحكيم أيضا. فهناك شرطان للسبب وفق هذه المادة:

١- أن يكون موجودا أي كما حددته النظرية التقليدية أي ضرورة وجود سبب للالتزام وهو علة ارتباط الالتزامات المتقابلة في العقود التبادلية أو النية في التبرعات. ولا

يعقل أن يتعلق هذا الشرط بالباعث كما حددته النظرية الحديثة لعدم إمكانية تصور عقد صحيح صادر من ذوي أهلية كاملة بدون باعث دافع على العقد.

٢- ان يكون مشروعاً وهو يتعلق بسبب العقد وعن طريقه يمكن إخضاع المعاملات لقواعد الآداب.

فهذا الشرط أذن يتحدد وفق النظرية الحديثة إذ لا يمكن أن يكون سبب الالتزام كما صورته النظرية التقليدية غير مشروع<sup>(٨٠)</sup>.

أما بالنسبة لإثبات وجود السبب ومشروعيته - فكما هو الحال الذي بيناه بشأن القانون العراقي - هنالك قرائن بسيطة قابلة لإثبات العكس تقضي باعتبار السبب موجوداً ومشروعاً عند عدم ذكره في العقد ما لم يثبت خلاف ذلك<sup>(٨١)</sup>.

#### رابعاً: القوانين الجرمانية

لم تنص هذه القوانين - ومنها القانون الألماني والقانون السويسري - على السبب كركن في الالتزام، فالعقود فيها إما أن تكون مسببة أو مجردة من السبب:

١- ففي العقود المسببة تنشأ التزامات مسببة لا يقوم الالتزام الا على سبب صحيح. ويبني الفقهاء الألمان والسويسريون نظرية السبب على أساس مادي مماثلة للنظرية التقليدية في الفقه الفرنسي ( التي اعتمدها أيضا القانون المدني الاسباني م/١٢٧٤-١٢٧٧).

٢- أما العقود المجردة فلا اعتبار فيها للسبب إطلاقاً. فإذا لم يوجد سبب أو كان السبب غير مشروع فلا يمكن الرجوع إلا بدعوى شخصية على من اغتنى على حساب المدين أي بدعوى الإثراء بلا سبب، وهذه العقود على نوعين:

أ- العقود الناقلة للحق العيني.

ب- العقود (التصرفات) المنشئة للالتزامات وتشمل عدا الأوراق التجارية والسندات حوالة الحقوق الشخصية وحوالة الديون والتنازل عن الحق الشخصي والإثابة في الوفاء والتعهد المجرد بالوفاء والاعتراف المجرد بالدين.

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاکر عبد الله

ويقول العلامة السنهوري أن التسليم بالالتزام المجرد فيه مزية استقرار المعاملات وتبسيرها وقد سبقه في ذلك الفقيه الفرنسي كابيتان<sup>(٨٢)</sup> وقد اخذ بنظرية العقد المجرد (theorie de contrat abstrait) عدا الفقهاء الألمان فقهاء من فرنسا وإيطاليا.

ومفادها في ميدان الأوراق التجارية أن كل مدين بموجب السفتجة يلتزم بالتزام مجرد بعيدا عن الروابط السابقة بين أطرافها مهما كان الدافع لإنشاء هذه الورقة التجارية. □ وشكل الورقة هو المهم بما يتضمنه من بيانات محددة لا تتشا السفتجة بدونها. فالسبب الذي تقوم عليه الورقة التجارية سبب متميز قائم بذاته مستقل عن الروابط التي كانت تربط أطرافها<sup>(٨٣)</sup>.

بقي أن نذكر أن بعض الفقهاء الفرنسيين قد قال بوجود الالتزام المجرد في القانون المدني الفرنسي تحليلا لنص (م ١١٣٢) التي تقتضي بصحة العقد لو يذكر سببه (رغم أن البعض الآخر رد عليهم بان هذه المسألة تتعلق بالإثبات فقط).

#### خامسا: القانون الانكليزي

لم يشترط هذا القانون السبب الذي يسميه بـ "الاعتبار" في كل أنواع العقود، وعندما يأخذ به ينظر إليه نظرة مادية انسجاما مع روح القانون الانكليزي بشكل عام. □ فهو لا يعتد بالاعتبار في العقود الشكلية التي تشابه العقود المجردة في القانون الروماني القديم والقوانين الجرمانية الحديثة، ومنها الأوراق التجارية والسندات.

بينما يتعين - في الغالب - وجود الاعتبار في العقود الرضائية كالثمن الذي اشترى به احد المتعاقدين التزام الآخر فالعبرة بالمغرم الذي تحمله الدائن ليحصل على التزام المدين لا بالمغرم الذي حصل عليه الملتزم من وراء التزامه<sup>(٨٤)</sup>.

وهناك قيودان على اشتراط الاعتبار في العقد الرضائي هما:

- ١- إن نية التبرع لا تصح "اعتبارا" خلافا للنظرية التقليدية الفرنسية.
- ٢- أن هنالك عقودا رضائية لا تتطلب وجود الاعتبار كالمراكز القانونية المنظمة كعقد العمل وعقد الوكالة<sup>(٨٥)</sup>.

## المطلب الثاني

### إشكاليات فكرة السبب في مجال قانون الصرف

كان بإمكاننا الدخول مباشرة إلى هذا المطلب الهام الذي نقصده من البحث، ولكن الطريقة الأصولية في البحث العلمي اقتضت بحث مجمل فكرة السبب وبسط النظريات المختلفة والمتضاربة التي قيلت فيها وعرض الآراء المتعارضة للفقهاء شرقاً وغرباً من أنصار النظرية الواحدة وما ذهبت إليه القوانين المتباينة في معالجة الموضوع والتي انعكست على قرارات المحاكم المختلفة والمتعارضة ليس فقط بين الدول وإنما في داخل الدولة الواحدة.

إن كشف حقيقة البلبلة والاضطراب الفكري - كما وصفها الفقهاء - لفكرة السبب في مجال القانون المدني والتذكير بها وإبراز هذه الحقيقة في مضانها المتنوعة - كما فعلنا - يخدم وجهة النظر التي انتبهنا إليها عند سحب الفكرة على مجال آخر هو قانون الصرف (الأوراق التجارية) وإقحامها بشكل تعسفي من قبل القوانين اللاتينية في الوقت الذي تداركته القوانين الجرمانية والانكليزية وتجاوزت بذلك الأزمة.

ونعتقد أن سبب الإشكالية الأول في الموضوع هو عقدة الماضي لدى الأوربيين وبالتحديد إتباع النزعة اللاتينية الذين أوردوا التخلص من شكلية العقود الشديدة الجامدة<sup>(٨٦)</sup> والتي أدت بهم إلى نتائج تخالف مبادئ العدالة فابتدعوا السبب لخلق موازنة في الالتزامات وتنفيذها.

وقد لاحظنا أن هنالك إشكاليات نظرية وأخرى عملية يثيرها تطبيق السبب على مجال قانون الصرف نستعرضهما تباعاً.

## المقصد الأول

### الإشكاليات النظرية

تتمثل هذه الإشكاليات بأزمة النصوص القانونية سواء ما تعلق منها بالقانون المدني أو التجاري.

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاكر عبد الله

أولاً: فعلى صعيد القانون المدني نجد أن نصوصه الخاصة بالعقد وأركانه والالتزامات لا تتسجم مع طبيعة الأوراق التجارية<sup>(٨٧)</sup> فلو طالعنا نص المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي لوجدناه ينص على "انه يكون العقد باطلا إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً..."، وكذلك نص المادة (١٣٦) من القانون المدني المصري الذي ينص بنفس المعنى على انه "إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً". فنلاحظ على النصين:

١- إنهما ذكرا كلمة "العقد" ورتبا حكم البطلان عليه، وحيث أن العقد هو "ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"<sup>(٨٨)</sup> فان الأمر لا يتماشى مع الأوراق التجارية الثلاثة (السفتجة والصك والكمبيالة)، ذلك أن كلا من السفتجة والصك هي محرر شكلي بصيغة معينة يأمر بمقتضاه شخص شخصاً آخر بأداء مبلغ محدد من النقود<sup>(٨٩)</sup>، فهي إذن "أمر بالدفع" وليس عقداً بين طرفين كما بينا معناه الذي حدده القانون. ولهذا ثار لدينا الاستغراب من درج شراح القانون التجاري<sup>(٩٠)</sup> أن ينقلوا أحكام العقد بحذافيرها ويطبّقونها على الأوراق التجارية ومنها ركن السبب في العقد الذي ورد بالتحديد ضمن الفرع المخصص لأركان العقد ولا يذكرون أن السبب ركن في "العقد" بل ركن في "التصرفات الإرادية" أو أي "التزام قانوني"، وهذا ما لم ينص عليه حتى الأصل الفرنسي الأوسع للنص العربي. وان سبب ذكر هذا التعبير الواسع "التصرفات الإرادية" كي يشمل "الأوامر" وليس العقود فقط بدون أي غطاء تشريعي يبرر ذلك. فالأصل الفرنسي للنص العربي يقول "الالتزام لا يوجد إلا إذا كان له سبب حقيقي مشروع" فجعل الخلل في السبب علة لعدم وجود "الالتزام" وليس لبطلان العقد.

والأمر جد مختلف فلم يقرن السبب بالعقد كما في النص العربي بل جعل السبب مقصوراً على الالتزام كما انه لم يجعل السبب شرطاً لصحة الالتزام بل شرطاً في وجوده.

١- ذكر النصاب كلمة "الالتزام" الذي يشترط أن يكون فيه السبب موجوداً ومشروعاً. ويقول الأستاذ د. علي ألعبيدي "لا بد من اجل إنشاء السفتجة أو أية ورقة تجارية توافر

الشروط الموضوعية اللازمة لصحة كل التزام قانوني وهي الأهلية والرضا والمحل والسبب<sup>(٩١)</sup>.

ولكننا نتساءل أين الالتزام في السفتجة والقانون التجاري يعرفها بصريح العبارة أنها أمر من شخص إلى شخص آخر بدفع مبلغ محدد من النقود؟ وإذا كان الساحب للسفتجة ملتزم تجاه حاملها فان التزامه:

١- لم ينشأ بإرادة الساحب نفسه بل إن القانون هو الذي قرره (م/٥٠ قانون التجارة) والالتزام يقع على المسحوب عليه بناء على الأمر الصادر إليه من الساحب (محرر الورقة).

ب- أن علاقة الساحب بالسفتجة تنتهي بمجرد تسليمها للحامل (أو المستفيد) ولا يمكن الرجوع على منشئ الورقة إلا كضامن قانوني بعد تعذر وفائها.

ج- وان التزامه يصبح بذلك التزاما تبعا<sup>(٩٢)</sup> أي لا يجوز مطالبة بالمبلغ إلا عند امتناع المسحوب عليه عن وفاء الورقة أو تعذر استيفاء قيمتها وعدم ارتكاب الحامل إهمالا في مراجعة المسحوب عليه وفق ما يقرره قانون الصرف (م/١٠٣ وما بعدها من قانون التجارة).

وإذا اعتبرنا - جدلا - تصرف الساحب التزاما فكيف يمكن تفسير جواز سحب السفتجة أو الصك على الساحب نفسه؟ (م/٤٢ ف ثانيا من قانون التجارة). في حين أن القواعد العامة في القانون المدني لا يجيز "تعاقد" الشخص مع نفسه<sup>(٩٣)</sup>.

٣- أما بالنسبة للإرادة المنفردة *la volonte unilaterale* فهل يمكن تطبيقها على الأوراق التجارية بشكل أو بآخر؟ فالإرادة المنفردة هي عمل قانوني صادر من جانب واحد لإحداث اثر قانوني، والسؤال الذي أثير هل تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ الحق الشخصي أو الالتزام؟ الجواب يتعلق بحالتين:

**الحالة الأولى:** إنشاء الحق الشخصي لصاحب الإرادة المنفردة أو إنشاء الالتزام على عاتق شخص آخر، وهذا قطعا غير ممكن ولم يقر به فقه أو قانون، فلا خلاف أن الشخص لا يستطيع بإرادته إنشاء حق لنفسه على عاتق الغير.

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاکر عبد الله

**الحالة الثانية:** إنشاء الحق الشخصي لغير من صدرت عنه الإرادة أو إنشاء الالتزام على عاتق من صدرت عنه الإرادة، وهذه مسألة خلافية في الفقه والقانون معا وفيها نظريتان: الأولى فرنسية: ورثها القانون الفرنسي من تقاليد القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم وأصبحت من القواعد المتفق عليها في الفقه والقضاء الفرنسيين مقتضاها أن الإرادة المنفردة لا يمكنها أن تنشئ التزاما بل لابد من توافق إرادتين.

**الثانية نظرية ألمانية:** تقتضي بان باستطاعة الإرادة المنفردة أن تنشئ التزاما على عاتق صاحبها، فالالتزام في العقد يكون بالإرادة الصادرة من احد الطرفين لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر<sup>(٩٤)</sup> رغم أن القانون الألماني نفسه لم يجعل الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام بل اخذ بها استثناء في حالات ذكرها على سبيل الحصر في نصوص خاصة، فصرح في المادة (٣٠٥) منه على مبدأ عام يقضي أن إنشاء الالتزام عن طريق العمل القانوني لا يكون إلا بعقد، عدا الحالات التي ينص القانون على خلاف ذلك، منعا للأخطاء والتي يمكن أن تنشأ من إعطاء هذه الحرية للإرادة المنفردة وعدم معرفة جديتها. ولم يعتبر القانون المدني العراقي الإرادة المنفردة مصدرا مستقلا للالتزام ولكن هناك استثناءات وردت على سبيل الحصر هي الإيجاب الملزم وإنشاء المؤسسات وتطهير العقار من الرهن التأميني والوعد بجائزة فقط.

ويرى الأستاذ السنهوري ونحن معه إن الإرادة المنفردة لم تعد مصدرا للالتزام وان مصدر الالتزامات الناشئة عنها في الحقيقة هو القانون ويرى حذف المواد المخصصة للإرادة المنفردة.

إذن لا يمكن القول بان للإرادة المنفردة مجال للتطبيق في ميدان الأوراق التجارية<sup>(٩٥)</sup> وخاصة الكمبيالة. لأنها جميعا محررات شكلية تستمد التزاماتها من نصوص القانون المباشرة فكل من دخل في حرما المصون والمحدد بالبيانات القانونية الشكلية المبينة حصرا تقيد بما فرضه عليه القانون من ميزات وحماية وضمائن والتزامات رغم عدم ذكرها في هذه المحررات لا صراحة ولا ضمنا.

كما أن نظرية الإرادة المنفردة التي يقوم عليها الالتزام الصرفي واجهت في عقر دارها (ألمانيا) انتقادات حادة تتركز على غلوها في التصوير ووجود العثرات المنطقية



التي تعترضها حين تجعل من المستند شخصا من أشخاص القانون ومن الحامل ممثلا لا يؤدي حسابا لأحد عن تنفيذ العمل الموكل به<sup>(٩٦)</sup>.

### ثانيا: عدم وجود نص خاص في قانون التجارة

إذا كان قانون التجارة قد تعرض بالبيان لبعض أركان العمل التجاري كالأهلية والمحل، إلا انه لم يتطرق إلى السبب سوى ما ذكره في المادة (٣) ضمن أسس القانون في الباب الأول من أن التجارة نشاط اقتصادي يجب أن يقوم على أساس من الثقة والأمانة والالتزام الدقيق بقواعد القانون، ورتب المسؤولية المدنية والجزائية على من لا يلتزم بذلك. أما في المواد التي نظمت الأوراق التجارية فلم يتطرق القانون إطلاقا إلى السبب رغم انه عالج مسائل الرضا والأهلية والمحل<sup>(٩٧)</sup>.

وان عدم ذكر السبب ضمن مواد قانون الصرف في رأينا هو أن المشرع تجاهلها عن قصد بدليل:

١- المبدأ الهام الذي نص عليه في المادة الأولى / الفقرة ثالثا ضمن أسس القانون وهو (الحد من مبدأ سلطان الإرادة وتغليب العلاقة القانونية على العلاقة العقدية).

ومعلوم أن السبب قد برز مع ظهور سلطان الإرادة ولم يكن له اثر قبل ظهورها في ظل شيوع مبدأ الشكلية في التصرفات القانونية - كما بينا تفصيلا - فان إرادة المشرع الصريحة في تغليب العلاقة القانونية على العلاقة العقدية والحد من مبدأ سلطان الإرادة لا بد أن يلقي بظلاله على موضوعه وينعكس بشكل مباشر لدعم وجهة نظرنا، فهذه المادة في رأينا تمثل رصاصة الرحمة على فكرة السبب.

٢- صراحة الفقرة أولاً من المادة (٨٢) من قانون التجارة العراقي بأن "الزام الضامن يكون صحيحا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل". فالعبرة لدى المشرع بالشكل وليس بالمضمون وما وراء الورقة التجارية، فأدى كان المظهر والمظهر إليه يعلمان بعدم مشروعية سبب التظهير عند تظهير الأول الورقة التجارية للثاني فأن الضامن للمظهر يبقى ملتزماً تجاه المظهر إليه عن أداء قيمة الورقة، على

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاكر عبد الله

الرغم من أن شرح القانون التجاري يقرون بان التزام الضامن هو التزام تابع لالتزام المضمون، فكيف يبقى التزام التابع قائماً في حين أن الالتزام الأصلي يكون باطلاً لغير عيب في الشكل كعدم مشروعية السبب مثلاً<sup>(٩٨)</sup>.

وقد سبقت المشرع العراقي القوانين الجرمانية والانكليزية في هذا الاتجاه - وكما بينا - في اعتبار الأوراق التجارية تصرفات مجردة منشئة للالتزامات لا علاقة للسبب بها<sup>(٩٩)</sup>. فإذا تبين أن السبب لم يكن موجوداً أو كان غير مشروع فليس لمن افتقر دون سبب أو لسبب غير مشروع إلا الرجوع بدعوى شخصية على من اغتنى أي بدعوى "الإثراء بلا سبب"<sup>(١٠٠)</sup>.

وما مبدأ التطهير من الدفع الثابت في الأوراق التجارية إلا لكون الالتزامات الناشئة عنها مجردة عن سببها<sup>(١٠١)</sup>.

## المقصد الثاني

### الإشكاليات العملية

تتعد الإشكاليات العملية التي يثيرها السبب عند اشتراطه في الأوراق التجارية وهي ما استطعنا أن نجتهد في حصرها ونترك للباحثين الآخرين التوسع فيها، وهي:  
أولاً: قانون الصرف droit de change قانون خاص والالتزام المصرفي له خصائصه: نوهنا في هذا البحث وخاصة في المقصد السابق إلى أن قانون الصرف هو مجموعة القواعد التي تحكم الأوراق التجارية عموماً. والالتزام المصرفي هو الالتزام الناشئ عن الورقة التجارية. والمبدأ الذي يقره الشراح أن العلاقات السابقة التي بسببها أنشأت الورقة التجارية أو ظهرت أو قبلت أو ضمنت احتياطياً لا تخضع لإحكام الصرف وإنما تخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني لأنها علاقات سابقة على الالتزام المصرفي<sup>(١٠٢)</sup>.

فكيف نناقض أنفسنا ونشترط وجود السبب المشروع في العلاقة السابقة للالتزام المصرفي خلافاً للمبدأ السابق، كما أن الشكل الذي فرضه القانون يطمئن حامل الورقة

على توافر شروطها القانونية بمجرد النظر إليها فتؤدي دورها الاقتصادي العملي المرجو منها على أحسن وجه.

كما أن مبدأ استقلال التواقيع اقره القانون لتحقيق هذا الهدف أي ضمانه الحامل فلا تبطل الورقة التجارية لمجرد أنها تحمل توقيعاً مزوراً.

فقانون الصرف قانون عملي يفرض التزامات ذات طبيعة تجارية لان العمليات المتعلقة بالأوراق التجارية وهي السفاتج والسندات لأمر والصكوك تعتبر أعمال تجارية مهما كانت صفة ذوي الشأن وكيفما كانت طبيعة العمليات التي أنشأت من اجلها ومهما كانت نية القائم بها (م/٦ من قانون التجارة النافذ) حيث تصرح المادة (يكون إنشاء الأوراق التجارية والعمليات المتعلقة عملاً تجارياً بصرف النظر عن صفة القائم بها ونيته).

فهل أن الضرورات العملية والعمل التجاري تقتضي البحث في نية منشئ الورقة التجارية أو مظهرها أو قابلها أو ضامنها الاحتياطي...؟ ثم هل يوجد أكثر من صراحة هذا النص في عدم الاعتداد بالبواعث الدافعة لإنشاء الأوراق التجارية وكافة العمليات المتعلقة بها؟

### ثانياً: الصفة الدولية للأوراق التجارية على صعيد التشريع والتداول

منذ نشأة الأوراق التجارية وخاصة السفتجة في القرون الوسطى كانت ذات طابع دولي لأنها كانت تهدف إلى نقل النقود من بلد إلى بلد آخر. ولا تزال هذه هي الوظيفة الهامة من وظائف السفتجة لتجنب مخاطر نقل النقود بين الدول<sup>(١٠٣)</sup>.

ونظراً لاختلاف الأحكام في التشريعات الوطنية المختلفة وتنازع القوانين بشأن المشاكل القانونية التي لا حصر لها بسبب اختلاف القواعد المطبقة في كل دولة برزت الحاجة الماسة لإيجاد تشريع موحد للأوراق التجارية التي كانت تتداول بكثرة فظهرت المحاولات والجهود الدولية التي تمخضت مؤتمراتها إلى توحيد قواعد الأوراق التجارية في مؤتمر جنيف عام ١٩٣١ و ١٩٣٢ سميت قانون جنيف الموحد التي أخذت الدول تستقي أحكام تشريعاتها الوطنية منه ومنها التشريعات العربية والعراقية على وجه الخصوص.

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاکر عبد الله

ف طالما أن الأوراق التجارية تحمل هاتين الصفتين كونها دولية التداول ودولية الأحكام، فلا بد من أخذها بنظر الاعتبار ولاشك أن مشروعية السبب - التي لم يشترطها القانون الموحد - تختلف من دولة إلى أخرى ومن نظام لآخر وحتى في البلد الواحد تتباين من منطقة لأخرى ومن العاصمة إلى الريف ومن حي إلى حي داخل العاصمة ذاتها تبعا لطبيعة البيئة الاجتماعية والثقافية ومن زمان لآخر.

فهي إذن أمر غير ثابت تختلف فيه الأنظار، ف تحرير صك أو إصدار حوالة تجارية لغرض إنشاء مدرسة لتعليم فن البالية في منطقة عرصات الهندية أو البتاوين في بغداد أمرا طبيعيا ومشروعا ولكن اذا كان السبب هو إنشاء ذات المدرسة في منطقة الكاظمية يعتبر غير مشروع وتحد سافر لأبناء هذه المدينة المقدسة.

وإذا كان القانون الذي يحكم المنطقتين واحد وكذلك القضاء فان الأخير سيضطر للحكم بصحة السبب ومشروعيته في الحالة الأولى وإبطاله في الحالة الثانية لعدم مشروعيته لمخالفته للنظام العام والآداب العامة.

فإذا كان الأمر كذلك داخل المدينة الواحدة فكيف سيكون الأمر إذا تمسكنا بشرط مشروعية السبب بين الدول لاسيما ذات الأنظمة الاجتماعية والفكرية المتباينة كروسيا والسعودية أو السويد وإيران، ولا نريد الإطالة بضرب الأمثلة المختلفة في هذا الشأن إثباتا لما يسببه اشتراط مشروعية السبب في التعامل الدولي.

### ثالثا: متطلبات سرعة التداول والتيسير في التعامل التجاري<sup>(١٠٤)</sup>

أن الضرورات العملية تقتضي سرعة تداول الأوراق التجارية مثلها في ذلك مثل الأوراق النقدية طالما أن كلا النوعين من الأوراق هي أداة وفاء<sup>(١٠٤مكرر)</sup> كما تقتضي التيسير والاستقرار في التعامل التجاري<sup>(١٠٥)</sup>.

فمجرد نظر التاجر إلى شكل الورقة التجارية لا يبحث بعده فيما وراء كواليسها ولو تواردت إليه معلومة ما صحيحة أم لا عن عدم مشروعية سببها وخاصة إذا كان التعامل ليس بين أفراد من التجار بل بين شركات ومؤسسات كبرى وقد يعلم احد موظفي

هذه المؤسسة بعدم مشروعية السبب ولا يعلم به الآخرون أو المسئول عن القسم أو المؤسسة....

ثم الم يقض القانون التجاري بان "لا تنقضي الوكالة التي يتضمنها التظهير التوكيلي بوفاة الموكل<sup>(١٠٦)</sup> خلافا للقواعد العامة في القانون المدني، والتبرير يكمن في الضرورات العملية كي يستمر المظهر إليه توكيلا بالقيام بالنشاط اللازم لاستيفاء المبلغ والمحافظة على حقوق المظهر وخلفائه<sup>(١٠٧)</sup>.

فلماذا إذن نضرب بالضرورات العملية عرض الحائط ونشترط مشروعية السبب والبحث في خفايا السند والبواعث الدافعة لمنشئه أو للمظهرين ؟

#### رابعا: فكرة السبب فكرة ضارة وليست عديمة الجدوى فقط

سبق أن رأينا أن عديدا من الفقهاء من "اللاسبيين" قالوا بعدم فائدة فكرة السبب في العقود وعدم جدواها ويمكن الاستعاضة عنها بركان العقد الأخرى وسبقهم بعض فقهاء المسلمين في هذا القول.

إلا إننا نضيف إلى ذلك أن فكرة السبب فكرة ضارة لأنها مدعاة للتملص من الالتزام.

فالأستاذ السنهوري يقول: أن من يتمسك ببطلان العقد من كان السبب في التزامه لم تتوافر فيه الشروط المطلوبة<sup>(١٠٨)</sup> بمعنى أن هذا المتعاقد ستكون فكرة السبب (الباعث الدافع للتعاقد) مدعاة للتملص من التزامه. أن هذا الإغراء القانوني المقدم لصاحب السبب غير المشروع سيجعله يستخدم أية طريقة للتخلص من الالتزام. ومن كان سلوكه وبواعثه غير مشروع ماذا يمنعه من إثبات العلم الزائف للمتعاقد الآخر بطرق غير مشروعة ؟

ولهذا فإن القضاء الفرنسي كان في البداية وسبقه الأحناف والشافعية (رض) يتطلبون أن يكون إثبات عدم المشروعية مأخوذا من نفس العقد المطعون به لمواجهة التوسع في السبب وجعله الباعث الدافع إلى التعاقد<sup>(١٠٩)</sup>.

فلا بد أن يكون هناك دليل داخلي *preuve intrinseque* ضمن العقد يثبت عدم المشروعية<sup>(١١٠)</sup>.

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاكر عبد الله

أن جعل الإثبات بيد صاحب القصد غير المشروع يشكل لعبة خطيرة وضارة تدفعه لشراء الذمم والإتيان بشهود الزور طالما أعطاه القانون حق التخلص من التزامه الذي قد يكون كبيرا ويمبالغ أو صفقة ضخمة بمجرد إثبات علم المتعاقد الآخر بهذا الباعث.

#### خامسا: صعوبة الإثبات

لما كان السبب وفق النظرية الحديثة التي يزعم بعض الفقه أنها هي السائدة الان في القوانين المدنية العربية ويعني الباعث الدافع وهو أمر خارجي عن العقد يتعلق بنوايا المتعاقد الخفية فانه لا يمكن الركون إلى قول المتعاقد ذاته لإثبات قصده غير المشروع وان يصنع دليلا لنفسه ليبطل التصرف القانوني الصادر منه<sup>(١١١)</sup>.

فإذا تجاوزنا ادعاء المتعاقد المجرد واشترطنا عليه إثبات علم المتعاقد الآخر بالباعث غير المشروع للمتعاقد الأول فان الأمر لا يخلو من الإشكال ومن حالات الإيهام المسبقة المبيته لإبطال العقد بحجة عدم مشروعية الباعث خلافا لحقائق الأمور.

سادسا: السبب غير المشروع ذو معيار غير منضبط: لأنه قد يتغير قصد المتعاقد بين فينة وأخرى حسب الهوى والحاجات الشخصية.

فإذا باع شخص سيارته ليلعب القمار بثمنها إلا انه وجد فورا سيارة أخرى أفضل من سيارته فأعجب بها فاشتراها فالغى قصده غير المشروع الأول وحوله إلى قصد مشروع قام بتنفيذه فعلا فكيف نبطل عقد البيع الأول بحجة انه (كان) يريد لعب القمار بثمنها ولو صرح بذلك ابتداء.

نحن نرى أن المعيار المنضبط والواقعي هو أن تكون العبرة بتنفيذ العقد بشكل غير مشروع يخالف النظام العام والآداب فيمس بكيان المجتمع وأخلاقياته لا أن نتبع أهواء الناس وخفايا أنفسهم وأسرارهم التي قد يتفوه بها الشخص فتصل إلى علم المتعاقد الآخر وقد لا تحمل الجدية والعزم على التنفيذ والتي قد تتغير قبل تنفيذها فيكون وفق شرعنا الإسلامي الحنيف له حسنة عن عدوله من قصد السوء إلى قصد الخير.

ودليلنا الآخر ما قضى به القضاء المصري بان المقترض إذا لم يستعمل القرض فعلا في المقامرة فان الدليل على القصد غير المشروع لا يقوم ويكون عقد القرض صحيحا رغم علم المتعاقد الآخر بقصد المقترض غير المشروع عند الاقتراض<sup>(١١٢)</sup>.  
فالعبرة إذن بالاستعمال والتنفيذ الذي هو أكثر انضباطا وتحديدا.

### الخاتمة

نخلص من بحثنا في السبب وأشكالياته الفلسفية والقانونية إن فكرته كانت مثار الجدل والنقاش وان النظريات التي قيل فيه من اعقد النظريات وأشدّها غموضا وتعارضاً وانقساماً وانه نشأ مع ظهور الإرادة في التصرفات القانونية التي لم يكن يعترف بها في ظل سيادة الشكلية الجامدة في المجتمع الروماني (أصل المجتمعات الغربية ومصدر فقها وقانونها الأول) وتطور مفهومه من نظرية لأخرى (تقليدية وحديثة) بين الفقه والقضاء وجاءت قوانين القرن العشرين في اغلبها لتجمع بينها في اتجاه ثالث، فيما بقيت اتجاهات قانونية أخرى تتحى منحاً مختلفاً كما هو الحال في القوانين الجرمانية والانكليزية، ولا ننسى أن نستذكر الاتجاه الفقهي المنكر للحاجة للسبب ولفائده والمهاجم الشديد لصحة النظريات التي قيلت فيه. وبعيدا عن هذه الفكرة في ميدان الفقه والقضاء والقانون الغربي وجدنا أن الفقهاء المسلمين قد اختلفوا أيضا بشأنها بين من يتمسك بظاهرة الإرادة وبين من يبحث عن الإرادة الباطنة.

مع كل هذه الخلافات والتناقضات وعدم الاستقرار الفكري المستمر ورغم وجود البديل عنها (من ركني الرضا والمحل...) في مجال القانون المدني يذكر الشراح - بدون تعمق - السبب كركن أو شرط موضوعي لإنشاء الورقة التجارية أو تظهيرها أو قبولها... الخ بلا نص صريح في القانون، بل على العكس كشفنا في البحث عن النصوص القانونية الصريحة التي تدعم وتدعو لعدم الأخذ بالسبب في مجال قانون الصرف.  
كما أن قانون جنيف الموحد استبعد ذكر السبب في هذا المجال الذي يتعارض في طبيعته ومتطلباته من السرعة والتيسير في التعامل وشكليته - مع هذه الفكرة.

إن الإشكالية تجعل الأوراق التجارية كالأوراق النقدية في الوفاء فلا يسأل عما سبق إصدارها من علاقات ونوايا قد تبطل الورقة التجارية إذا حررت في هذا المكان أو المجتمع وتصح لنفس السبب في مجتمع أو مكان آخر ضمن إشكاليات عديدة اجتهدنا في حصرها في محاولة أولى نترك للباحثين إكمال المسيرة فيها وعلينا أن " لا نستوحش طريق الحق لقلّة سالكيه " كما قال الإمام علي (كرم الله وجهه) فان كنا قد أخطانا فمن أنفسنا وان كنا قد أصبنا فمن الله العليّ القدير ومن الله التوفيق.

### الهوامش

- ١- ويقول بعض الفقهاء عن نظرية السبب أنها اشتهرت باعتبارها من اعقد النظريات وأكثرها غموضا وتعرضت فيما يتعلق بفائدتها ووجودها لجدل فقهي طويل بين التأييد والإنكار، انظر: د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف ١٩٧٩، ص ٢٤.
- ٢- د. محمود إبراهيم سكر: التصرف القانوني الصادر بالإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، ط ١، ٢٠٠٦، ص ٦٢.
- ٣- وسنفضل أكثر دواعي هذا الاختيار في المبحث الثاني.
- ٤- انظر في معنى السبب: د. عبد الرزاق احمد السنهوري: نظرية العقد (النظرية العامة للالتزام)، دار الفكر للطباعة، ص ٥٤٥، د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج ١ في مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد (١٩٦٩م)، ص ٢٢١، د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ٢٤٥، ويرى د. صلاح الدين الناهي أن مصادر الالتزام ستة حيث يضيف مصدر "الفضالة" في الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة العاني، بغداد ١٩٥٠، ص ١٩.
- ٥- (وقد عرف علماء الأصول في الفقه الإسلامي السبب بأنه (كل وصف منضبط دل الدليل السمعي على كونه معرّفا لحكمه الشرعي)، ويشمل السبب عندهم جميع أبواب الفقه من عبادات وعقوبات ومعاملات ومناكحات، ولذلك قيل عن عقود التمليك أنها من الأسباب الشرعية التي تجيز اخذ مال الغير، وورد في المادة (٩٧) من محلية



- الأحكام العدلية بهذا المعنى انه لا يجوز لأحد أن يأخذ مال احد بلا سبب شرعي. فريد فتیان، مصادر الالتزام، مطبعة العاني ١٩٥٦، ص ١٣١.
- ٦- د. صلاح الدين الناهي، الوجيز، المصدر السابق، ص ١٠٩. ومؤلفه: الوسيط في شرح القانون المدني بدون ذكر مطبعة أو سنة طبع ص ٨٦.
- ٧- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، النظرية العامة للالتزام، دار الفكر للطباعة والنشر ١٩٣٤، ص ٥٤٥، فريد فتیان، المصدر السابق، ص ١٣٢.
- ٨- وهما الأصل التاريخي لهذا القانون.
- ٩- د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ج ١، مصادر الالتزام، ط ١، مكتبة الرواد للطباعة، ١٩٩١، ص ١٩٢.
- ١٠- ومنها روما التي كانت منذ تأسيسها عام ٧٥٤ ق.م مدينة مغلقة تعتمد على الزراعة بالدرجة الأولى ثم نمت وسعت بمرور القرون فأصبحت دولة ثم إمبراطورية. د. آدم وهيب النداوي ود. هاشم الحافظ، تاريخ القانون، بغداد ١٩٨٩، ص ٨٧.
- ١١- د. ادم النداوي ود. هاشم الحافظ، المصدر السابق، ص ٥٠، فريد فتیان ١٣١، حمدي محمد إسماعيل سلطح: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٧، ص ٥٠.
- ١٢- انظر: د. صلاح الدين الناهي: محاضرات في القانون المدني العراقي، منشورات معهد الدراسات العربية العالية التابع لجامعة الدول العربية ١٩٥٩، ص ٨.
- ١٣- د. السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٣٧، د. محمد علي البدوي: النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، ط ٢، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا ١٩٩٣، ص ١٢٣، فريد فتیان، ص ١٣١، حمدي محمد إسماعيل سلطح ٤٨.
- ١٤- عبد العزيز فهمي، مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، دار الكاتب المصري، القاهرة ١٩٤٦، ص ٤٠٢.
- ١٥- عبد العزيز فهمي، المصدر السابق، ص ٣٦٦.
- ١٦- عبد العزيز فهمي، المصدر السابق، ص ٣٧٢.
- ١٧- عبد العزيز فهمي، المصدر السابق، ص ٣٦٧.

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاكر عبد الله

- ١٨- د. السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٣٨.
- ١٩- شعيب احمد الحمداني، قانون حمو رابي، ١٩٨٨، ص ١٣٢-١٣٥.
- ٢٠- د. السنهوري: نظرية العقد، المصدر السابق، ص ٥٤٠.
- ٢١- د. محمد علي البدوي، ص ١٢٣.
- ٢٢- د. السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٤١.
- ٢٣- فريد فتیان، المصدر السابق، ص ١٣٣.
- ٢٤- L'obligation sans cause , ou sur une fausse cause , ou sur une cause illicite , ne peut avoir aucun effet .... مجموعة دالوز، القانون المدني، ط ٨١، باريس، ١٩٨٢-١٩٨١ .
- ٢٥- د. السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٨٣.
- ٢٦- د. السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٨٥-٥٨٧.
- ٢٧- انظر: د. علي العبيدي، الأوراق التجارية في القانون العراقي، ج ١، مطبعة دار السلام، بغداد ١٩٧٣، ص ٨٣، د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع، القانون التجاري، الأوراق التجارية، بغداد ١٩٩٢، ص ٤٧، ود. صلاح الدين الناهي، المبسوط في الأوراق التجارية شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد ١٩٦٥، ص ٧١، د. علي البارودي، القانون التجاري، الناشر منشأة المعارف الإسكندرية، ط ٢، ١٩٦٣، ص ٤٥١، د. صلاح الدين الناهي: الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي، ج ٣، ط ٣، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد ١٩٥٨-١٩٥٩ ص ٥٢ والذي دعا الى الى ملاحظة النظريات التي ترمي الى اعتبار الألتزام الصرفي التزاما شكليا مجردا عن السبب. إلا أن بعض الشراح لم يورد السبب ضمن الشروط الموضوعية لإنشاء الورقة التجارية أو تظهيرها واقتصر على ذكر الأهلية وسلطة التوقيع وخلو الإرادة من العيوب حصرا، راجع: د. محمد فريد العريني ود. هاني دويدار: أساسيات العقد التجاري، دار الجامعة الجديدة بمصر ٢٠٠٤، ص ٣٣٤ و٣٤٢، وقد خص الأهلية وسلطة التوقيع كشروط موضوعية - دون السبب - في الكمبيالة والشيك كل من د.

- مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق في كتابهما الأوراق التجارية ووسائل الدفع الالكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٦، ص ٢٢٩ و ٢٥٤.
- ٢٨- د. علي ألعبيدي، المصدر السابق، ص ٨٤، الذي ينقل رأي د. محمد حسني عباس المتضمن عدم وجود مبرر لذكر وصول القيمة رغم اشتراط القانون المصري ذلك.
- ٢٩- د. غني، المصدر السابق، ص ٢٤٢.
- ٣٠- إن هذه النظرية ذات الصبغة المادية التي ذهب إليها الفقه الفرنسي كانت تتناقض مع روح القانون الذي ينظر إلى العقد والالتزام نظرة ذاتية شخصية، (لوفي أيلمان...في الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين، ص ٣٢٨ و ٣٢٩ نقلا عن د. السنهوري، ص ٥٨٣)، وقد اخذ بهذه النظرية القانون المدني الأردني صراحة في المواد ١٦٥ و ١٦٦ منه على رأي: د. منذر الفضل، (المصدر السابق، ص ١٩٤)، بينما يرى الدكتور ياسين الجبوري، (المبسوط في شرح القانون المدني، ج ١، دار وائل للطباعة والنشر، عمان ٢٠٠٢، ص ٥٩٩) - بحق - تبني هذا القانون للنظريتين معا.
- ٣١- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج ١، في مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد ١٩٦٩، ص ٢٢٢، د. السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٤٦، د. أنور سلطان سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٥، ص ١٥٠، د. غني، المصدر السابق، ص ٢٤٧، د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العمدة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة بمصر ٢٠٠٤، ص ٢١٥.
- ٣٢- د. السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٤٧، د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٢٢، د. أنور سلطان، المصدر السابق، ص ١٥٠، د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ٢٤٧، د. نبيل إبراهيم سعد، المصدر السابق، ص ٢١٥.
- ٣٣- د. السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٤٧، د. نبيل إبراهيم سعد، المصدر السابق، ص ٢١٦.

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاکر عبد الله

- ٣٤- وفي هذه النقطة أيضا اختلف فيها، فمن الفقهاء من يرى في السبب عنصرا  
شخصيا مثل الفقيه بفتوار، انظر: د. السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٤٨، هامش  
١.
- ٣٥- د. السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٤٨، د. أنور سلطان، المصدر السابق،  
ص ١٥٢، د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ٢٤٨.
- ٣٦- وفي جميع هذه الحالات يكون هناك أثراء بلا سبب لأنه سيكون هناك اغتناء  
لدى احد الطرفين على حساب افتقار الآخر. انظر في انعدام السبب ومعناه: د.  
صلاح الدين الناهي، محاضرات عن القانون المدني العراقي، الكسب دون سبب  
والفضالة كمصدرين للالتزام، منشورات معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٥٩،  
ص ١٠٩ وبعدها.
- ٣٧- د. الحكيم، المصدر السابق، ص ٣٢٤، د. غني حسون طه، المصدر السابق،  
ص ٢٦٧، د. نبيل إبراهيم سعد، المصدر السابق، ص ٢١٧.
- ٣٨- راجع في نقد هذه النظرية: د. أنور سلطان، المصدر السابق، ص ١٥٤، د.  
السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٥٨-٥٦١، د. الحكيم، المصدر السابق،  
ص ٢٢٦-٢٢٩، د. غني حسون طه، ص ٢٥١ وبعدها، د. جميل الشرقاوي،  
النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة  
١٩٧٤، ص ١٨٤، د. ياسين الجبوري، المصدر السابق، ص ٥٨٤، د. نبيل إبراهيم  
سعد، المصدر السابق، ص ٢١٨.
- ٣٩- لفي أيلمان في مذكراته المشار إليها سابقا، ص ٣٠٥-٣٠٦، نقلا عن د.  
السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٦١.
- ٤٠- مذكرات لفي أيلمان، المصدر السابق، ص ٥٦٢.
- ٤١- المصدر السابق، ص ٥٦٢.
- ٤٢- د. جميل الشرقاوي، المصدر السابق، ص ١٨٤.
- ٤٣- د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ٢٥٤ وبعدها.
- ٤٤- د. السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٦٦.

- ٤٥- د. الحكيم، المصدر السابق، ص ٢٣١، د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ٢٥٤.
- ٤٦- ليفي أيلمان، المصدر السابق نقلا عن د. السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٦٩.
- ٤٧- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ٢ ن ط ٤، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة آفاق، القاهرة ١٩٨٧، ص ٢٩٨.
- ٤٨- د. السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٧٠.
- ٤٩- فريد فتیان، المصدر السابق، ص ١٣٤، د. أنور سلطان، المصدر السابق، ص ١٦١، د. غني حسون طه، المصدر السابق ن ص ٢٦٠، د. نبيل إبراهيم سعد، المصدر السابق، ص ٢٢٢.
- ٥٠- د. سليمان مرقس، المصدر السابق، نفس الصفحة.
- ٥١- د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ٢٦١.
- ٥٢- عبد الباسط جمعي: الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، ج ٢، ط ١، القسم الأول، دار الراتب للطباعة والنشر، الأردن ١٩٧٩، ص ٥٥٩.
- ٥٣- د. ياسين الجبوري، المصدر السابق، ص ٥٩٨.
- ٥٤- د. أنور سلطان، المصدر السابق، ص ١٦٢.
- ٥٥- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٧٤، ص ٣١٦.
- ٥٦- د. ياسين الجبوري، المصدر السابق، ص ٥٩٧.
- ٥٧- د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ٤، ط ٢، مطبعة النيل للنشر والتوزيع، القاهرة ١٩٦٧، ص ٥١.
- ٥٨- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ط ١٥، شركة الخنساء للطباعة، بغداد ٢٠٠٧، ص ٢٣٦، فريد فتیان، المصدر السابق، ص ١٣١.
- ٥٩- أما ما ورد في م/٣ من مجلة الأحكام العدلية بان العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، فهي تتناول حالة العجز في التعبير عن المقصود

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاکر عبد الله

فيذكر هبة بثمان ويقصد البيع أو الكفالة المشروط فيها براءة المدين فهي في الواقع حوالة. انظر: سليمان رستم باز، شرح المجلة، ط ٣، بيروت، المطبعة الأدبية، ١٩٢٣، ص ١٩.

٦٠- كما عرفها الشيخ علي كاشف الغطاء بأنها ما يتوصل به ويكون ذريعة ووسيلة لشيء معلوم الحكم فانه يكون تابعا لما يتوصل به إليه في الحكم، كتابه: مصادر الحكم الشرعي والقانون المدني، المجلد الأول، ط ١، مطبعة الآداب في النجف الاشرف ١٩٨٨، ص.

٦١- د. مصطفى الزلمي، المصدر السابق، ص ١٧٥ - ١٨٢.

٦٢- د. منذر الفضل، المصدر السابق، ص ١٨٨.

٦٣- د. السنهوري، نظرية العقد، المصدر السابق، ص ٥٩٢.

٦٤- د. مصطفى الزلمي، المصدر السابق، ص ١٨٥.

٦٥- وهو ما يستشف من المادة ٦٨ من مجلة الأحكام العدلية التي تقرر الحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه، انظر: سليم رستم باز، ص ٤٨.

٦٦- راجع في هذا الشأن د. محمود إبراهيم سكر، المصدر السابق، ص ٦٢.

٦٧- د. الحكيم، المصدر السابق، ص ٢٥٤.

٦٨- د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ٢٩٦.

٦٩- د. الحكيم، المصدر السابق، ص ٢٦١.

٧٠- د. منذر الفضل، المصدر السابق، ص ١٩٤.

٧١- ويرى أستاذنا الناهي أن هذا الافتراض للمشروعية يقرب شقة الخلاف بين نظرية السبب الذاتي وبين نظرية التعهد المجرد، راجع: الوسيط في القانون المدني، ص ٩٠.

٧٢- انظر في ذلك: د. غني حسون طه، ص ٢٦٧ ود. حسن الذنون - محاضرات في القانون المدني العراقي - نظرية العقد، منشورات جامعة الدول العربية معهد الدراسات العربية العالية، نهضة مصر للطباعة، القاهرة ١٩٥٦، ص ٧٠-٧٢، حيث يعتبر أوراق المجاملة باطلة لانعدام السبب وفق القانون المدني العراقي.

- ٧٣- د. السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٨٢، د. الحكيم، المصدر السابق، ص ٢٥٨.
- ٧٤- م/١٣٦: "إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلا، م/١٣٧: "١- كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض انه له سبب مشروعاً ما لم يقد الدليل على غير ذلك، ٢- ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه"، انظر: القانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٢، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ٢٢٦ و ٢٢٩، وقد اخذ القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ منه هذا الحكم في المادتين ١٣٧ و ١٣٨، انظر: فتون علي خير بك، شرح القانون المدني السوري، دار الرفاعي ودار القلم، حلب ٢٠٠٤، ص ١٠ و ص ٤٠.
- ٧٥- ولا ننسى ذكر اتجاه ثالث يتزعمه د. بشري جندي يدعو إلى نبذ فكرة السبب في مضمونها التقليدي والحديث ويرى من منطلق موضوعي إلى إلغاء القانون المدني المصري لأنه فقد أسباب صلاحيته للتطبيق. د. بشري جندي: وضع نظرية السبب في القانون المدني الاشتراكي - مجلة إدارة قضايا الحكومة لسنة ١٠، العدد ٣ بسنة ١٩٦٦، ص ٤٤، وما بعدها، نقلاً عن د. منذر الفضل، المصدر السابق، ص ١٩٧.
- ٧٦- د. جميل الشرقاوي، المصدر السابق، ص ١٨٦، د. مصطفى مجدي هرجة: العقد المدني، دار محمود للنشر، شركة ناس للطباعة بمصر، ٢٠٠٢، ص ٣٩٣.
- ٧٧- تفصيل موقف ومواد قانون الموجبات والعقود اللبناني، راجع: د. نبيل إبراهيم سعد، المصدر السابق، هوامش ص ٢١٦ و ٢٢٥.
- ٧٨- ذكرت مذكرة المشروع التمهيدي أن المشروع لم ينهج نهج التقنيات الجرمانية بشأن نظرية السبب بل اختار على النقيض من ذلك مذهب التقنيات اللاتينية بمعناه الحديث كما يتمثله القضاء المصري والفرنسي، والسبب الذي قصده المشرع هو الباعث المستحث وهو عنصر نفسي من عناصر الأخلاق. انظر: احمد محمد

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاکر عبد الله

- إبراهيم، القانون المدني معلقا على نصوصه، ط ١، دار المعارف بمصر ١٩٦٤، ص ٩٤، ومجموعة الأعمال التحضيرية أنفة الذكر، ص ٢٢٥.
- ٧٩- الوسيط في شرح القانون المدني، ص ٤٧٣، نقلا عن د. الحكيم، المصدر السابق، ص ٢٥٦.
- ٨٠- د. أنور سلطان، المصدر السابق، ص ١٥٢ و ١٦٢، ود. علي حسن يونس: الأوراق التجارية، دار أحمادي للطباعة، ١٩٧٤، ص ٩٦، د. مصطفى مجدي هرجة، المصدر السابق، ص ٣٩٤.
- ٨١- د. نبيل إبراهيم سعد، المصدر السابق، ص ٢٢٥ و ٢٢٦، د. مصطفى مجدي هرجة، المصدر السابق، ص ٣٩٧.
- ٨٢- د. السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٨٩، د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ٢٦٩ و ٢٧٠، وأرجو الانتباه لهذا الراي الهام عند كلامنا على إشكالية السبب لاحقا.
- ٨٣- راجع تفصيل ذلك: د. صلاح الدين الناهي، المبسوط في الأوراق التجارية، المصدر السابق، ص ٣٩ وما بعدها.
- ٨٤- وفي اللغة الدارجة إذا أراد احد العاقدين التتصل من تنفيذ التزامه يواجهه الدائن هل أعطيتك حصي أم نقود؟ أي المغرم الذي تحمله.
- ٨٥- راجع في تفصيل الاعتبار:
- Treitel: An outline of the law of contract 2<sup>nd</sup> edition, Butterworths, Jill Poole: casebook on contract of law, 5<sup>th</sup> و London 1979, P.207 edition, Blackstone press, London 2001. P116
- و: د. السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٩٠ الى ٥٩١، ود. عبد المجيد الحكيم: نظرية الاعتبار في القوانين الانكلو سكسونية، بحث مستل من مجلة القضاء ١٩٨١، ص ٢٨٣ وما بعدها.
- ٨٦- حمدي محمد إسماعيل سلطح، المصدر السابق، ص ٥١.



- ٨٧- تعتبر أحكام الأوراق التجارية استثناء من القواعد العامة، انظر: د. علي حسن يونس، المصدر السابق، ص ٤٤، د. علي البارودي، المصدر السابق، ص ٤٣٥، كما يرى د. احمد عبد الحميد عشوش (في كتاب قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، الناشر: مؤسسة شباب الجامعة بمصر ٢٠٠٥، ص ١١٣) إن من المسلم به أن القواعد العامة التي تحكم العقود على اختلاف أنواعها غير صالحة لمواكبة التغيرات المعاصرة لان المصالح تتباين من عقد لآخر، كما تختلف القوانين الوضعية في الدول تبعا لأنواع المتعددة للعقود، ووفقا لاختلاف النظام القانوني والاقتصادي والاجتماعي في هذه الدول، ونعتبر هذه البديهية على قدر من الأهمية في دعم أرائنا في هذا البحث.
- ٨٨- حسب تعريف م/٨٣ ق. م. ع.
- ٨٩- م/ ٣٩ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.
- ٩٠- د. علي ألبعدي، المصدر السابق، ص ٦٨، ود. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع، المصدر السابق، ص ٤٧.
- ٩١- كتابه، ص ٦٨.
- ٩٢- د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع، ص ٤٧.
- ٩٣- د. الحكيم، المصدر السابق، ص ١٠٦.
- ٩٤- راجع تفصيل هاتين النظريتين: د. السنهوري، المصدر السابق، ص ١٨٤ وما بعدها، ود. الحكيم، المصدر السابق، ص ٤٤٩ وما بعدها، د. جميل الشرقاوي، المصدر السابق، ص ٣٩٩.
- ٩٥- الوسيط، ص ١٢٩٣، عن د. الحكيم، المصدر السابق، ص ٤٥٤، فيما يرى البعض أن القواعد العامة للإرادة المنفردة لا يمكن أن تستخلص إلا بطريقة القياس على القواعد العامة للعقد. د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٥، ص ٤٦٦.
- ٩٦- د. صلاح الدين الناهي، المبسوط في الأوراق التجارية، المصدر السابق، ص ٤٣.

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاکر عبد الله

٩٧- فيما يعتقد د. صلاح الدين الناهي إن القانون الموحد وقانون التجارة لم يتعرضا للشروط الموضوعية لإنشاء البوليصة، كتابه المبسوط في الأوراق التجارية، المصدر السابق، ص ٧١.

٩٨- ينوه أستاذنا الناهي إلى ملاحظة النظريات التي ترمي إلى اعتبار الالتزام الصرفي التزاما شكليا مجردا عن السبب، المصدر السابق، نفس الصفحة، وتفصيل هذه النظريات ص ٣١ وما بعدها، ويقول في مؤلفه الآخر: الوسيط في القانون المدني ص ٨٩-٩٠، أن الأوراق التجارية في القانون التجاري الجديد مثال للتعهد المجرد عن السبب والاعتداد في صحة التعهد باستيفاء الشكل المطلوب قانونا دون البحث فيما وراء ذلك من الروابط التعاقدية بين الطرفين.

٩٩- د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع، ص ٢٣٠.

١٠٠- د. السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٨٧.

١٠١- د. محمد علي البدوي، المصدر السابق، ص ١٣٦.

١٠٢- د. علي العبيدي، المصدر السابق، ص ٤٤.

١٠٣- د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع، ص ١٠، د. علي العبيدي، المصدر السابق، ص ٦٢، صلاح الدين الناهي: الوسيط في القانون التجاري العراقي، المصدر السابق، ص ٤٤.

١٠٤- إن هذه المتطلبات التي تفرزها ذاتية الحياة التجارية والتي دعت إلى ذاتية القانون التجاري كفرع مستقل للقانون تبرر انتفاء الازدواجية في تنظيم المعاملات بين شريعة عامة تسري على كافة المعاملات بما فيها المعاملات التجارية وبين قانون خاص ببعض الأنشطة الاقتصادية هو القانون التجاري، وإن السرعة التي تميز الأعمال التجارية تستلزم تحريرها من القيود الحمائية التي تتسم بها أحكام القانون المدني، أما الائتمان فيستلزم وجود قواعد صارمة لحمايته في المجال التجاري، انظر: د. محمد فريد العريني ود. هاني دويدار، المصدر السابق، ص ٧.

(هامش ١٠٤ مكرر) فالأوراق التجارية تختلف عن كل العقود التجارية الأخرى في إنشاءها وفي فوائدها كونها أدوات ائتمان ووفاء تخدم حاجات المتعاملين في المحيط التجاري، د. علي حسن يونس: العقود التجارية، دار ألحمامي للطباعة، ١٩٦٢، ص ٢١، وقد دعا ذلك الفقيه الألماني (einert) إلى اعتبار الحوالة التجارية عملة خاصة بالبيئة التجارية تشبه الأوراق النقدية، انظر في ذلك، د. علي البارودي، القانون التجاري، ص ٤٤١.

١٠٥- انظر في الفوائد الكثيرة لتجريد الالتزام من سببه، د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ٢٧، ود. ياسين الجبوري، المصدر السابق، ص ٦٠٧ و ٦٠٨ الذي يرى ضرورة تحقيق الاستقرار في المعاملات وإحاطتها بالثقة والأمان، وان القانون الأردني لم يحسم موضوع علم المتعاقد الآخر بالسبب غير المشروع كشرط للأبطال، وان إجابات المذكرة الإيضاحية هي إجابات غامضة.

١٠٦- م / ٥٨ من قانونا التجارة العراقي.

١٠٧- د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع، المصدر السابق، ص ١٧٣.

١٠٨- د. السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٤٨.

١٠٩- المصدر السابق، ص ٥٨٢.

١١٠- إلا أن اتجاه القضاء الفرنسي لم يتقيد بذلك لاحقاً.

١١١- حيث أن القانون المدني وضع قرينه قانونية غير قاطعة تقضي بان سبب الالتزام يعتبر مشروعاً حتى يثبت العكس. د. سوزان علي حسن، الوجيز في القانون المدني، منشأة المعارف الإسكندرية ٢٠٠٤، ص ٢٠٦.

١١٢- د. عبد الفتاح عبد الباقي: دروس في مصادر الالتزام، نظرية العقد، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٩، ص ٦٣.

## المصادر

أولاً - المصادر القانونية العربية

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاكر عبد الله

- ١- د. احمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، الناشر: مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية ٢٠٠٥.
- ٢- د. احمد محمد إبراهيم: القانون المدني معلقا على نصوصه، ط١، دار المعارف بمصر ١٩٦٤.
- ٣- د. ادم وهيب النداوي ود. هاشم الحافظ: تاريخ القانون، بغداد ١٩٨٩.
- ٤- د. أنور سلطان: الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٥.
- ٥- د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٤.
- ٦- د. حسن الذنون: محاضرات في القانون المدني العراقي، نظرية العقد، منشورات معهد الدراسات العربية العالية التابعة لجامعة الدول العربية، مطبعة نهضة مصر، القاهرة ١٩٥٦.
- ٧- حمدي محمد إسماعيل سلطح: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٧.
- ٨- د. رمضان أبو السعود: دار الفكر الجامعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٥.
- ٩- سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني الأردني، ج٢، ط٤، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المتفردة، مطبعة أفاق، القاهرة ١٩٨٧.
- ١٠- سليم رستم باز اللبناني: شرح المجلة، ط٣، بيروت، المطبعة الأدبية، ١٩٢٣.
- ١١- د. سوزان علي حسن: الوجيز في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٤.
- ١٢- شعيب احمد الحمداني: قانون حمو رابي، بغداد ١٩٨٨.
- ١٣- د. صلاح الدين الناهي: الوسيط في القانون التجاري العراقي ج٣، ط٣، شركة الطبع والنشر الاهلية بغداد ١٩٥٨- ١٩٥٩

- ١٤- د. صلاح الدين الناهي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة العاني، بغداد ١٩٥٠.
- ١٥- د. صلاح الدين الناهي: محاضرات في القانون المدني العراقي، منشورات معهد الدراسات العربية ١٩٥٩.
- ١٦- د. صلاح الدين الناهي: المبسوط في الأوراق التجارية، شركة الطبع والنشر الأهلية بغداد ١٩٦٥.
- ١٧- د. صلاح الدين الناهي: الوسيط في القانون المدني، بدون ذكر المطبعة أو سنة الطبع.
- ١٨- عبد الباسط جمعي: الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، ج٢، دار الرياسة للطباعة والنشر، الأردن ١٩٧٩.
- ١٩- عبد العزيز فهمي: مدونة جوستتيان في الفقه الروماني، دار الكاتب المصري، القاهرة ١٩٤٦.
- ٢٠- د. عبد الفتاح عبد الباقي: دروس في مصادر الالتزام، نظرية العقد، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٩.
- ٢١- د. عبد الرزاق احمد السنهوري: نظرية العقد، النظرية العامة للالتزام، دار الفكر للطباعة والنشر، ١٩٣٤.
- ٢٢- د. عبد الرزاق احمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٤، ط٢، مطبعة النيل للنشر والتوزيع، القاهرة ١٩٦٧.
- ٢٣- د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الأول في مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد ١٩٦٩.
- ٢٤- د. عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٧٤.
- ٢٥- د. علي البارودي: القانون التجاري، الناشر: منشأة المعارف، الإسكندرية، ط٢، ١٩٦٣.
- ٢٦- د. علي حسين يونس: العقود التجارية، دار ألحمامي للطباعة ١٩٦٢.
- ٢٧- د. علي حسين يونس: الأوراق التجارية، دار ألحمامي للطباعة ١٩٧٤.

إشكالية فكرة السبب في مجال قانون الصرف

د. إحسان شاكر عبد الله

- ٢٨- د. علي ألعبيدي: الأوراق التجارية في القانون العراقي، ج ١، مطبعة دار السلام، بغداد ١٩٧٣.
- ٢٩- الشيخ علي كاشف الغطاء: مصادر الحكم الشرعي والقانون المدني، المجلد الأول، ط ١، مطبعة الآداب في النجف الاشرف ١٩٨٨.
- ٣٠- د. غني حسون طه: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف ١٩٧٩.
- ٣١- فتون علي خير بك: شرح القانون المدني السوري، دار الرفاعي ودار العلم حلب ٢٠٠٤.
- ٣٢- فريد فتیان: مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد ١٩٥٦.
- ٣٣- د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماخ: القانون التجاري، الأوراق التجارية، بغداد ١٩٩٢.
- ٣٤- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - وزارة العدل، ج ٢، مصادر الالتزام، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة.
- ٣٥- د. محمد علي البدوي: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، ط ٢، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا ١٩٩٣.
- ٣٦- د. محمد فريد العريني ود. هاني دويدار: أساسيات القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، مصر ٢٠٠٤.
- ٣٧- د. محمود إبراهيم سكر: التصرف القانوني الصادر بالإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، ط ١، ٢٠٠٦.
- ٣٨- د. مصطفى إبراهيم الزلمي: أصول الفقه في نسيجه الجديد، ط ١٥، شركة الخنساء للطباعة، بغداد ٢٠٠٧.
- ٣٩- د. مصطفى مجدي هرجة، العقد المدني، دار محمود للنشر، شركة ناس للطباعة بمصر ٢٠٠٢.
- ٤٠- د. مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق: الأوراق التجارية ووسائل الدفع الالكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٦.

- ٤١- د. منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، ط١، مكتبة الرواد للطباعة ١٩٩١.
- ٤٢- د. نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة بمصر ٢٠٠٤.
- ٤٣- د. ياسين محمد الجبوري: المبسوط في شرح القانون المدني، ج١، دار وائل للطباعة والنشر، عمان ٢٠٠٢.

#### ثانيا: متون القوانين العربية:

- ٤٤- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- ٤٥- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
- ٤٦- القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩.
- ٤٧- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

#### ثالثا: المصادر الأجنبية

- 48- Jill Poole: Casebook on contract of Law, 5<sup>th</sup> edition ,Blackstone press , London 2001.
- 49- Treitel: An outline of the law of contract, 2nd edition, butterworths, London 1999.
- 50- Dalloz ,Code civil , Ed.81 , Paris 1981-1982