جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة كربلاء
كلية القانون

الافتراض الصرفي

(دراسة مقارنة)

أطروحة دكتوراه قدمها الطالب

(أثير عبدالجواد حسين علي المحنّا)

إلى مجلس كلية القانون ــ جامعة كربلاء

وهي من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص

بأشراف

الأستاذ الدكتور

باسم علوان طعمة العقابيّ

١٤٤٣هـ ٢٠٢١م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ نَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مَنْ نَشَاءُ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة يوسف : الآية (٧٦)

(إقرار المقوم اللغوي)

اشهد ان هذه الاطروحة الموسومة (الإفتراض الصرفي "دراسة مقارنة") المقدمة من قبل الطالب (اثير عبدالجواد حسين علي المحنا) الى مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء ، قد تمت مراجعتها و تقوميها من الناحيتين اللغوية و التعبيرية ، و وجدتها مؤهلة للمناقشة من ناحية سلامة الأسلوب وصحة التعبير .

أ.م. د. عمار نعمة نغيمش

كلية التربية /قسم اللغة العربية / جامعة القادسية

٢٠٢١/٧/٢٩

إقرار لجنة مناقشة دكتوراه

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الاطروحة الموسومة بـ(الافتراض الصرفي "دراسة مقارنة ")،و ناقشنا الطالب (اثير عبد الجواد حسين) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الدكتوراه في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة ( ).

التوقيع :

الاسم: أ.د. طالب حسن موسى

(رئيساً)

التاريخ: ١٥/ ١١/ ٢٠٢١

التوقيع :

الاسم: أ.د. احمد سامي مرهون

(عضواً)

التاريخ: ١٦/ ١١/ ٢٠٢١

التوقيع :

الاسم: أ.د ذكرى محمد حسين

(عضواً)

التاريخ: / / ٢٠٢١

التوقيع :

الاسم: أ.د. علاء عزيز حميد

(عضواً)

التاريخ: ١٦/ ١١/ ٢٠٢١

التوقيع :

الاسم : أ.م.د. اشراق صباح صاحب

(عضواً)

التاريخ : ١٦/ ١١/ ٢٠٢١

التوقيع :

الاسم : أ.د باسم علوان طعمة

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ : / / ٢٠٢١

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.م.د. عبد الله عبد الامير طه

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: / / ٢٠٢١

الأهـــــداء

إلى من الوذ بقبره حين تداهمني طوارق الزمن ، فينكشف عني ما يثقل نفسي .... الامام الحسين "عليه السلام"

و إلى اخيه الذي طالما لمست الالطاف ببركة الدعاء تحت قبته ....

أبي الفضل العباس "عليه السلام"

و إلى روح استاذي المرحوم الاستاذ الدكتور (عباس علي محمد الحسيني) وذكراه الطيبة .

و من ثم إلى أبي العزيز و أمي العزيزة اللذان لم يبارحا الدعاء لي طيلة ايام الدراسة ...

أهدي هذا الجهد

الباحث ✍

شكر و عرفان

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على سيد المرسلين و خاتم النبيين و المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد و على آله و صحبه اجمعين و من تبعهم بإحسان الى يوم الدين .

لا يسعني في هذا المقام الا ان اتقدم بالشكر الجزيل الى استاذي الجليل جناب (**الاستاذ الدكتور باسم علوان العقابيّ**) لقبوله الاشراف على هذه الاطروحة ، فقد اثرني على نفسه و وقته وكان لملاحظاته السديدة الاثر الكبير على تقويم و تدعيم الافكار و العبارات ؛ فكان بعيد النظرة ، دقيق الفكرة ، وكان موئلنا حين تدلهم الاسئلة و يعيا الجواب ، فأسال الله ان يجزيه عني خير الجزاء .

و اتقدم بالشكر الجزيل الى السيد عميد كلية القانون في جامعة كربلاء (**الاستاذ المساعد الدكتور عبدالله عبد الامير العماريّ**) ، لما أبداه من تعاون معنا و تزويدنا بالكتب الرسمية التي سهلت علينا مهمة الحصول على الاحصائيات و الوثائق عند مراجعة الدوائر الرسمية ، كما لا يفوتني ان اشكر (**الاستاذ الدكتور عقيل مجيد السعديّ**) العميد السابق للكلية الذي كان متعاونًا معنا و مجيبًا لكل طلباتنًا ، و اشكر ايضًا السيدة رئيسة فرع القانون الخاص (**الاستاذ المساعد الدكتورة اشراق صباح صاحب الأعرجيّ**) على كرم اخلاقها و نبل تعاملها ، و الشكر موصول الى (**الاستاذ الدكتور علاء عزيز الجبوريّ**) الذي زودني ببعض المصادر التي اغنت هذه الاطروحة ، و الشكر موصول كذلك لكل اساتذتي في كلية القانون جامعة كربلاء في مرحلة البكلوريوس و الماجستير و الدكتوراه ، ففضلهم لا املك رده الا بالدعاء لهم ما بقيت هذه الكلمات (**اللهم وفقهم لكل خير و اجزهم عني افضل الجزاء**) .

و اتقدم ايضًا بالشكر الجزيل الى الاستاذ (**حامد جواد السلاميّ**) امين مكتبة كلية القانون جامعة كربلاء ، و كل موظفي المكتبة في الكلية ، و الشكر موصول الى كل امناء المكاتب التي نهلنا منها و الموظفون فيها و اخص منهم القائمين على مكاتب كلية القانون جامعة بابل ، وبغداد و النهرين و القائمين على مكاتب العتبات الحسينية و العباسية و الحيدرية .

و لا يفوتني أن أشكر الاخ امين مكتبة كلية الحقوق في جامعة عين شمس المصرية و الموظف الخاص بنسخ المصادر الاخ (**محمد**) الذي استقبلنا في جمهورية مصر العربية و سهل لنا نسخ الكثير من المصادر، و اتقدم بالشكر الجزيل للقائمين على كل المكاتب العامة و الخاصة التي زرناها في مصر العزيزة، فقد كانوا متعاونين معنا .

والشكر موصول الى موظفي (دائرة الاحصاء و البحث) في البنك المركزي العراقي اذ سهلوا لنا الحصول على بعض الوثائق التي تخص التعامل الصرفي الصادرة من البنك المركزي العراقي ، ولما ابدوه من اراء اسهمت في تكوين و بلورة بعض الرؤى و الافكار ،و يمتد الشكر الى الاستاذ **(صلاح الاسدي)** مترجم اللغة الانكليزية ، و الاستاذ **(حسن عماد الجنابي)** مترجم اللغة الفرنسية لما ابدوه من مساعدة في ترجمة المصادر الاجنبية ، كذلك اشكر كل زملائي في مرحلة الدكتوراه و اخص منهم الاستاذ **(صفاء مهدي محمد الطويل)** و الاستاذ **(حسنين مكي جودي)**، و الشكر موصول إلى الاخ **(حيدر مجيد)** الذي نضد و اخرج الاطروحة على شكلها النهائي.

و ان فاتني ان اشكر احد ؛ فأشكره من شغاف قلبي و استميحه العذر ...

الباحث

.

الملخص

يعد الافتراض الصرفي من اساليب الصياغة التشريعية التي يبنيها المشرع على الاحتمال الراجح وفقًا لمحددات قد ترجع في معيارها للمنطق او طبيعة الاشياء او العرف التجاري و بالنتيجة يخرج الحكم القانوني الذي بناه المشرع على الاحتمال الراجح متوافقًا مع الحقيقة في بعض الاحيان و مخالفًا لها في احيان اخرى .

يحاول المشرع من خلال هذا الاسلوب المحافظة على كفاية الورقة الذاتية ؛ لكي تؤدي الورقة واظائفها المنشودة و خصوصًا وظيفة الوفاء بحيث يمكن ان تحل محل النقود في التعامل ؛ و ذلك من خلال افتراض تنظيم للبيانات و الوقائع التي غفل او تغافل اطراف الورقة الصرفية عن تنظيمها ، و كذلك افتراض تكملة للبيانات التي تنظم بطريقة ناقصة ، و ليس هذا و حسب ؛ بل ان الافتراض الصرفي يؤدي دورًا اخرًا يتمثل بتفسير الغموض الناتج عن تعارض بعض بيانات الورقة الصرفية و كذلك التصرفات الصرفية التي تكتب بطريقة غامضة .

و قد اسهم هذا الاسلوب التشريعي الصياغي في تقوية ائتمان الورقة الصرفية و زيادة سرعة تداولها و كذلك الحد قدر الامكان من حالات البطلات التي تعزى الى تخلف البيانات او كابتها بشكل لا يتضمن كل مضامين البيان او ان تكتب بطريقة متعارضة او غامضة .

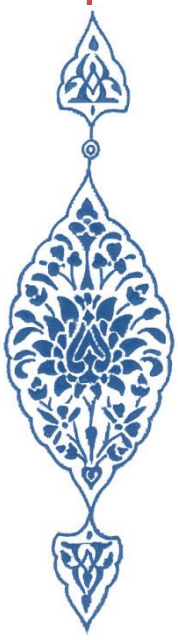
استخدم المشرع اسلوب الافتراض الصرفي في صياغة القاعدة القانونية الصرفية في مواطن متعددة ضمن ما يسمى بـ(قانون الصرف) الذي يعد جزء من قانون التجارة بحيث لجأ اليه اربعة عشر مرة و توزعت هذه الافتراضات على انواع الاوراق الصرفية الثلاث (الحوالة – الكمبيالة – الصك) و تمتد هذه الافتراضات لتشمل كل المراحل التي تمر بها هذه الورقة منذ انشائها مرورًا بتداولها و قبولها و ضمانها و صولاً الى و فائها ، و تنصر هذه التطبيقات ضمن اطار و احد يمثل النظرية العامة لها يسمى بـ (الافتراض الصرفي)

المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	١ – ٩
الفصل الاول/ الاطار المفاهيمي للافتراض الصرفي	١٠ – ٩٦
المبحث الاول/ ماهية الافتراض الصرفي	١٢ – ٥٩
المطلب الاول/ التعريف بالافتراض الصرفي	١٢ – ٣٣
الفرع الاول/ تعريف الافتراض الصرفي	١٣ – ٢٠
الفرع الثاني/خصائص الافتراض الصرفي	٢٠ – ٣٣
المطلب الثاني/ شروط الافتراض الصرفي و اقسامه	٣٣ – ٥٩
الفرع الاول / شروط الافتراض الصرفي	٣٤ – ٤٦
الفرع الثاني/اقسام الافتراض الصرفي	٤٧ – ٥٩
المبحث الثاني/ تمييز الافتراض الصرفي مما يشتبه به	٥٩ – ٩٦
المطلب الاول / تمييز الافتراض الصرفي من وسائل الصياغة المعنوية الاخرى	٦٠ – ٨٠
الفرع الاول / تمييز الافتراض الصرفي من القرينة الصرفية	٦٠ – ٧١
الفرع الثاني / تمييز الافتراض الصرفي من الافتراض القانوني بالمعنى الخاص	٧٢ – ٨٠
المطلب الثاني / تمييز الافتراض الصرفي من الوسائل التي تخلق وضعًا مفترضًا	٨٠ – ٩٦
الفرع الاول / تمييز الافتراض الصرفي من عمومية القاعدة الصرفية	٨١ – ٨٨
الفرع الثاني / تمييز الافتراض الصرفي من الصورية الصرفية	٨٨ – ٩٦
***الفصل الثاني* / الأطار الفلسفي للافتراض الصرفي**	٩٧ – ١٦٧
المبحث الاول/ الفلسفة العملية للافتراض الصرفي	٩٩ – ١٢٧
المطلب الاول/ الغاية العملية الفنية للافتراض الصرفي	٩٩ – ١١٤

الفرع الاول / تعزيز سرعة التداول كغاية فنية للافتراض الصرفي	١٠٠ – ١٠٦
الفرع الثاني/الاقتصاد في البطلان و تقوية الأئتمان كغاية فنية للإفتراض الصرفي	١٠٧ – ١١٤
المطلب الثاني / الغاية العملية المثالية للافتراض الصرفي	١١٥ – ١٢٧
الفرع الاول / التعويل على الارادة المفترضة كغاية مثالية للإفتراض الصرفي	١١٥ – ١٢١
الفرع الثاني / استقرار المعاملات كغاية مثالية للافتراض الصرفي	١٢١ – ١٢٧
المبحث الثاني / الفلسفة الصياغية التشريعية للافتراض الصرفي	١٢٨ – ١٦٧
المطلب الاول/ فلسفة الصياغة التشريعية للأفتراض الصرفي في جانبها الموضوعي	١٢٨ – ١٤٨
الفرع الاول / علاقة الافتراض الصرفي بمبدأ الشكلية	١٢٩ – ١٣٩
الفرع الثاني / علاقة الافتراض الصرفي بمبدأ الكفاية الذاتية	١٤٠ – ١٤٨
المطلب الثاني / فلسفة الصياغة التشريعية للأفتراض الصرفي في جانبها الذاتي	١٤٨ – ١٦٧
الفرع الاول / علاقة الافتراض الصرفي بمبدأ التشدد على المدين الصرفي	١٤٩ – ١٥٧
الفرع الثاني / علاقة الافتراض الصرفي بمبدأ التجريد و مبدأ استقلال التوقيعات	١٥٧ – ١٦٧
الفصل الثالث/ الاطار التطبيقي للافتراض الصرفي	١٦٨ – ٢٤٥
المبحث الاول/ تطبيقات الافتراض الصرفي في مرحلة الانشاء و التداول	١٧٠ – ٢١١
المطلب الاول / تطبيقات الافتراض الصرفي في مرحلة الانشاء	١٧٠ – ١٩٧
الفرع الاول / افتراض البيانات الالزامية الناقصة	١٧١ – ١٨٧
الفرع الثاني / الافتراضات الخاصة بكتابة مبلغ الورقة	١٨٧ – ١٩٧
المطلب الثاني / تطبيقات الافتراض الصرفي في مرحلة تداول الورقة	١٩٧ – ٢١١
الفرع الاول / افتراض الصفة الاذنية	١٩٨ – ٢٠٢
الفرع الثاني / حالات افتراض التوقيع المجرد حاصلًا على سبيل التظهير	٢٠٢ – ٢١١
المبحث الثاني/تطبيقات الافتراض الصرفي في الضمان و في القبول والوفاء	٢١١ – ٢٤٥
المطلب الاول / تطبيقات الافتراض الصرفي في الضمان	٢١٢ – ٢٢٦

الفرع الاول / افتراض التضامن بين الموقعين على الورقة	٢١٢ – ٢١٧
الفرع الثاني / الافتراضات الخاصة بصيغة كتابة الضمان	٢١٧ – ٢٢٦
المطلب الثاني / تطبيقات الافتراض الصرفي في القبول و الوفاء	٢٢٦ – ٢٤٥
الفرع الاول / تطبيقات الافتراض الصرفي في القبول	٢٢٦ – ٢٣٧
الفرع الثاني / تطبيقات الافتراض الصرفي في الوفاء	٢٣٨ – ٢٤٥
الخاتمة	٢٤٦ – ٢٥٥
الملاحق	٢٥٦ – ٢٧٢
المصادر	٢٧٣ – ٣٠١
Abstract	A – C



المُقدّمة

المُقدَّمة

أولًا: فكرة البحث

إذا ما ذكر التعامل الصرفي فإن اول فكرة تتبادر إلى الاذهان تتمثل بأن هذا التعامل يتمحور حول ورقة تتضمن جملة من البيانات الالزامية ، وقد تؤزر بأخرى اختيارية ، و بالتأكيد فأن هنالك اثرًا يترتب إذا ما تخلفت البيانات الالزامية يتمثل ببطلان هذه الورقة من ناحية كونها سندًا صرفيًا، وسوف تتعاظم هذه الفرضية إذا ما علمنا ان هذا التعامل متاح للجميع ؛ بحيث يتعاطاه التاجر وغير التاجر ، والعارف بأصوله و الطارئ عليه ، لذلك تزداد فرضية عدم اكتمال البيانات التي اوجب القانون توفرها ، و حتى لو اكتملت ، فقد لا تتكامل ؛ فتاتي غامضة أو بصورة لا تستوعب جميع المضامين التي ينبغي ان تتوفر في البيان ، و بالتأكيد فإن الاثر المترتب على عدم اكتمال الشكلية أو تكاملها يتمثل ببطلان الورقة من ناحية كونها سندًا صرفيًا .

ورغم ان تنظيم الشكلية الصرفية الناقصة أو اكمالها أو حتى رفع الغموض الناتج عن تعارض بيانتها يعد من صلاحية الاشخاص المكونين لها ، لكن غالبًا ما تكتنف عملية التنظيم أو الاكمال أو التفسير بعض المشاكل ؛ فقد تتم العمليات السابقة خلافًا لإرادة الساحب أو المتعهد وخلافًا لما يتطلبه حسن النية في التعامل ، وقد تظهر الورقة الى شخص يجهل كل ذلك ، الامر الذي دفع المشرع إلى ابتكار اسلوب من أساليب الصياغة التشريعية استطاع من خلاله افتراض البيانات والوقائع التي غفل أو تغافل المعنيون عن تنظيمها ، بحيث لو تخلف التنظيم المتكامل لهذه البيانات و الوقائع تكفل المشرع بإفتراض تنظيم أو تكميل أو تفسير يحقق تكاملها .

ولكن لا ينبغي ان يتبادر إلى الاذهان أن عملية الافتراض تتم بسهولة ، فالتعامل الصرفي وكما هو معلوم محكوم بجملة من المبادئ ، كالكفاية الذاتية مثلاً الذي يستلزم ان تكون الورقة مكتفية بذاتها ، الامر الذي يوجب على المشرع انتهاج اسلوب خاص عند وضعه لتلك الافتراضات الصرفية ؛ فلا يلجأ إلى قرائن و امارات يبني عليها افتراضاته و يكون من مستلزمات الركون اليها الخروج على كفاية الورقة الذاتية ؛ فالمشرع عندما يفترض يرسم نموذجًا مجردًا ينطبق على كل الوقائع التي يستوعبها عنصر الفرض في القاعدة القانونية المقررة للأفتراض ، و قد لجأ المشرع إلى هذا الاسلوب في مواطن عديدة ، و تنصهر هذه الافتراضات ضمن اطار واحد يتمثل بالافتراض الصرفي.

ثانيًا: اهمية البحث

حسبنا ان نقول لكي نستهل بياننا لإهمية دراسة موضوع الافتراض الصرفي ان الشكلية في جانبها البياني في اطار التعامل الصرفي تبنى في - اغلب الاحيان - على ركيزتين ؛ بيانات مكتوبة ، افرغها من حرر الورقة الصرفية ، و اخرى مفترضة ؛ افترضها المشرع بواسطة الافتراض الصرفي ، فللإفتراض الصرفي اهمية كأهمية الكتابة بالنسبة للمضمون البياني للورقة ، وبالإضافة إلى ذلك يمكن اجمال اهمية دراسة موضوع الافتراض الصرفي في مجموعة الاعتبارات والافكار الآتية :-

١- لدراسة الافتراض الصرفي اهمية من الناحية العلمية تظهر في جانبين ؛ الاول يتمثل بكون الدراسة تعد التخصصية الاولى التي تبحث الموضوع بحدود اطلاعنا ؛ و بالتأكيد فان الخوض في غمار هكذا بحث علمي سوف يسهم في ابتكار مصطلحات علمية جديدة و التأسيس لاطار نظري و فلسفي و تطبيقي للافتراض الصرفي ، وفي ذلك فائدة علمية قد تسهم ولو بشكل يسير في سد النقص الذي تعانيه المكتبة القانونية فيما يتعلق بالدراسات التي تخص قانون الصرف بشكل عام و فيما يتعلق بالافتراض الصرفي بشكل خاص .

و الجانب الثاني لهذه الاهمية العلمية يتمثل بأن الخوض في غمار بحث موضوع الافتراض الصرفي سيكون له مدخلية مباشرة بموضوعات صرفية اخرى مهمة ، و من ثم يسهم بحث العلاقة بين الافتراض الصرفي و هذه الموضوعات في ايضاحها اكثر ؛ لاسيما لو تطلب الامر التعمق في دراسة هذه العلاقة ، بما يقود إلى الوقوف على اهم الافكار التي طرحت بصددها ومناقشتها - بالمقدار الذي لا يبعدنا عن نقطة البحث الرئيسة - فقد يثمر عن ذلك قراءات علمية جديدة تختلف عما كان سائدًا في اطار الفقه قبل هذه الدراسة .

٢- لدراسة الافتراض الصرفي اهمية كبيرة يمكن ان نتلمس اثارها على الصعيد العملي ؛ فالتعامل الصرفي يعد من الاعمال التجارية المهمة التي تؤدي وظائف اقتصادية مهمة على الصعيد الفردي و على الصعيد الوطني ايضًا ، فلا يمكن ان نتصور التجارة من دون تدخل التعامل الصرفي ؛ لما يمنحه من ائتمان ، و ما تؤديه الورقة الصرفية من وظيفة الوفاء لذلك نجد ان التعامل الصرفي يمارس على نطاقٍ واسع في الحياة العملية خصوصًا فيما يتعلق بالصك ، و من ثم تأتي الاهمية العملية لدراسة الافتراض الصرفي من التعامل الصرفي نفسه الذي يؤدي وظيفة اقتصادية مهمة تسهم في التنمية من خلال الحد من اثار التضخم و كذلك ما يمنحه من ائتمان الذي ينعكس بدوره على التجارة ككل فلا يمثل التعامل الصرفي عملًا تجاريًا فحسب ؛ بل انه يؤدي دوره

الفعال بالنسبة لبقية الاعمال التجارية ، وقد نوهنا إلى إن الشكلية تمثل قوام التعامل الصرفي وهي بدورها تسير على يمين البيانات المخطوطة من قبل اشخاص الورقة الصرفية و يسار البيانات المفترضة من خلال الافتراض الصرفي .

٣- لدراسة الافتراض الصرفية اهمية اخرى يمكن ان نجملها من الدور الذي يلعبه هذا الافتراض في رسم معالم القانون الصرفي بشكل عام ، وذلك بإعتباره من اساليب الصياغة التشريعية فقد أسهمَ و بشكل كبير في بلورة المبادئ التي يقوم عليها القانون الصرفي ، سواء تلك المبادئ التي تتعلق بالجانب الموضوعي للتعامل الصرفي كمبدأ الشكلية ومبدأ الكفاية الذاتية ، أو التي تخص الجانب الذاتي لهذا التعامل ؛ مثل مبدا استقلال التوقيعات وتجريد الالتزام الصرفي ، فتناول الافتراض الصرفي بالبحث سيسلط الضوء على هذا الدور الامر الذي يعيننا على الوصول إلى فلسفة المشرع التشريعية و كل ذلك يسهم وبشكل مباشر في تطوير القانون الصرفي و افهام القاضي الذي قد يثار امامه نزاع يخص التعامل الصرفي بشكل عام بالمقاصد التشريعية للمشرع .

ثالثًا : اشكالية البحث

تتوزع اشكالية بحثنا على ثلاث محاور : الاول يتمثل بالمحور التشريعي و يتلخص في الخلل الصياغي و النقص التشريعي الذي اصاب النصوص القانونية المنظمة لتطبيقات الافتراض الصرفي ؛ فلم تكن هذه النصوص كافية بحيث تستوعب جميع الحالات التي يمكن افتراضها ، ويزاد على ذلك ان النصوص المقررة لهذه الافتراضات لم تصاغ بطريقة محكمة بل شابها بعض القصور الصياغي ، و كذلك لم تكن النصوص الاخرى التي لها مدخلية مباشرة او غير مباشرة بالافتراض الصرفي محكمة الصياغة و مواكبة للتطور الكبير الحاصل في اساليب الصياغة التشريعية الامر الذي يتطلب تشخيص مواطن الخلل الذي شاب تلك النصوص واقتراح ما يعالجها.

اما المحور الثاني فهو انعكاس للمحور الاول و يتفرع بدوره الى جانبين ؛ الاول يخص التطبيق القضائي و الثاني يتعلق بالرؤية الفقهية لهذه النصوص ؛ فقد انعكس الخلل التشريعي على عدم وضوح رؤية القضاء في كثير من المواطن الخاصة بالافتراض الصرفي ، كذلك وجدنا ان الفقه بشكل عام لم يشر الى الافتراض الصرفي و من ثم اسقط تكيفات لمفاهيم اخرى على تطبيقات الافتراض الصرفي ولم يكن موفقًا في ذلك ؛ الامر الذي يستوجب اعادة طرح هذا الافكار ومناقشتها و تناولها بالبحث لمعالجة هذه الاشكالية.

اما المحور الثالث فيتعلق بالتعامل الصرفي العملي ، فقد لمسنا العديد من الاشكاليات التي يثيرها التعامل الصرفي العملي خصوصًا ما يتعلق بكيفية تنظيم البيانات الناقصة او اكمالها او تفسير

الغامض منها من خلال الافتراض الصرفي فقد تفترض بطريقة لا تتوافق مع ارادة محرري الورقة او عندما يخالف الافتراض الحقيقة الواقعية ، يزاد على ذلك ان هذه النشاط الصرفي رغم الاهمية الكبيرة التي يؤديها على صعيد التجارة و انعكاساته الايجابية على الاقتصاد هو نشاط لا تمتلك الدولة عنه اي قاعدة بيانات على صعيد التعامل الصرفي التقليدي[1] ولا يخضع لرقابتها او توجيهها او حتى دعمها الامر ، الذي يستوجب البحث عن اليات كفيلة بمعالجة هذه الاشكالية .

رابعًا: اهم الأسئلة التي يثيرها البحث

يثير البحث مجموعة من الاسئلة تنبع من التساؤل المركزي الاتي : هل يشكل الافتراض الصرفي تطبيقًا لأساليب صياغية معنوية اخرى ام يشكل اسلوبًا متفردًا يتمايز عن غيره من الاساليب؟ ، و تتفرع عن هذا التساؤل جملة من الاسئلة الفرعية ؛ اهمها : هل ستكون هذه الافتراضات قابلة لإثبات العكس او الدحض لكي تتوافق مع ارادة الاشخاص المكونين لها أم تصاغ بتجرد عن هذه الارادة ؟، وعلى ماذا بنى المشرع هذه الافتراضات ، هل بناها على الاحتمال الراجح ، وما هذه المرجحات ؟ ، وهل ستتوافق مع الحقيقة ام انها تصاغ بتجرد عنها و كيف للمشرع ان يفترض تنظيم أو اكمال أو تفسير لمضامين الورقة وهو لم يشهد ظروف انشائها ؛ فالمشرع ليس كالقاضي لا يعرض النزاع امامه لكي يلم بكل حيثياته ، فكيف يجعل من افتراضاته مقاربة للحقيقة الواقعية ؟ ، فهو لا يستطيع الرجوع إلى قرائن و امارات تحف بالتصرف الصرفي يبني عليها افتراضاته ؛ لما يترتب على ذلك من خروج على كفاية الورقة الذاتية ، وبعد ذلك كيف يوازن بين الامرين حتى يقارب الافتراض الصرفي من الحقيقة و دون ان يخرج على كفاية الورقة الذاتية ، و ماذا لو خالف الافتراض الصرفي الحقيقة الواقعية هل يترتب على ذلك مجافاة العدالة ؟ ، أم ان

١- لم نجد احصائية دقيقة توضح حجم الاموال و عدد الاوراق المتداولة صرفيًا في العراق في اطار التعامل الصرفي التقليدي رغم الاهمية الكبيرة لمثل هذه الاحصائيات ، لكننا حصلنا على بعض الوثائق من البنك المركزي العراقي التي تخص التعامل الصرفي الالكتروني فقط ؛ و تحديدًا التعامل في الصكوك ، وهي الوحيدة المتوفرة على صعيد التعامل الصرفي على حد تعبير موظفي البنك المركزي العراقي و تشير هذه الوثائق إلى حجم الاموال المتداولة بموجب هذه الصكوك بالدولار الامريكي و الدينار العراقي و بطبيعة الحال فأن الافتراض الصرفي يطبق على التعامل الصرفي التقليدي و الالكتروني فلا توجد خصوصية للتعامل الالكتروني في هذا الصدد ، ينظر الملحق رقم (٢) الخاص بمبالغ الصكوك الإلكترونية المتداولة في العراق بالدولار في الفترة من (٢٠١١/١/٣١) إلى (٢٠٢٠/١١/٣٠) و الصادر من البنك المركزي العراقي ص (٢٦٣ – ٢٦٦) من هذه الاطروحة ، و لاحظ تزايد الاعداد وفق الرسم البياني الموجود بالملحق رقم (٣) ص٢٦٧ من هذه الاطروحة ، وينظر مبالغ الصكوك الالكترونية المصروفة في العراق والمتداولة في الدينار العراقي في الفترة (٢٠١١/١/٣١ إلى ٢٠٢٠/١١/٣٠) في الملحق رقم (٤) ص(٢٦٨-٢٧١) و الرسم البياني الذي يوضح مؤشر تزايد المبالغ المصروفة بموجب هذه الصكوك في الملحق رقم (٥)ص ٢٧٢ من هذه الاطروحة ، **وما يثير الاستغراب و الريبة ان شهر حزيران من عام (٢٠١٤) شهد اكبر معدل للمبالغ المتداولة بموجب الصكوك الالكترونية بالدولار الامريكي داخل العراق ؛ حيث وصل المبلغ (187,822,337) دولار رغم الاحداث الامنية التي شهدها العراق في هذه الفترة !** ، ينظر الملحق الثاني ص ٢٦٤ من هذه الاطروحة و لاحظ الملحق الثالث ص ٢٦٦ من هذه الاطروحة .

للإفتراض الصرفي غايات أخرى تُقدم على العدالة ؟ ، وأذا كان الامر كذلك ، فما الفلسفة التي ابتغاها المشرع في سنه للنصوص المقررة للإفتراض الصرفي ، هل من الممكن الوقوف على الغايات العملية الفنية و المثالية التي كان يقصدها ؟ ، وما الغايات التشريعية الصياغية التي كان يبتغيها ؟ ، هل مارس الافتراض الصرفي دورًا في تعزيز ورسم معالم القانون الصرفي ؟ و من ثم يتبادر سؤال اخر حول تطبيقات هذا الافتراض هل توزعت على كل مراحل الورقة الصرفية منذ انشائها مرورًا بضمانها و قبولها و وفائها ؟ .

خامسًا :فرضية البحث

ان الفرضيات التي يمكن طرحها كإجابة على التساؤل المركزي تمهد الاجابة عن كل التساؤلات المطروحة بعده ، وهذه الفرضيات تنحصر في فرضتين اثنين ؛ فاذا كان الافتراض الصرفي تطبيقًا لغيره من اساليب الصياغة التشريعية الافتراضية فسوف تترتب عليه نفس اثار تلك النظرية ، و اذا كان يشكل اسلوبًا صياغيًا متفردًا و نظرية مستقلة فيتوجب علينا ايجاد اطار نظري له ، يتكفل بإجابة وافية عن كل التساؤلات المطروحة ؛ من خلال رؤية جديدة يبنى بموجبها الافتراض الصرفي بطريقة خاصة تمايزه عن صيغ الافتراض الاخرى وبطريقة تحفظ للورقة الصرفية كفايتها ، و في الوقت عينه تقربه قدر الامكان من الحقيقة الواقعية ، وتحصنه بحيث يؤدي غرضه المنشود الذي يبتغيه المشرع ، وباكتمال هذا الإطار يتيسر بعد ذلك اقتفاء فلسفته و من ثم ضبط تطبيقاته التي ينطوي عليها والاجابة على كل الاسئلة المتقدمة .

سادسًا : اهداف البحث

تهدف الدراسة إلى تحقيق المتطلبات الآتية :

١- معرفة الطبيعة القانونية للافتراض الصرفي ، و من ثم تشخيص النظام القانوني الذي يحكمه ، وصولًا إلى صياغة نظرية عامة له ، تحدد مفهومه و تحصر تطبيقاته.

٢- اثبات أن الافتراض الصرفي يمثل ركيزة اساسية في المظهر البياني للورقة الصرفية وابراز دوره الفعال في تداولها وضمانها وقبولها و وفائها ؛ ومن ثم تحويل البناء الافتراضي غير الظاهر إلى حكم قانوني واقعي قابل للملاحظة و المعاينة الفعلية .

٣- الوقوف على فلسفة المشرع و مقاصده التي كان يبتغيها عندما صاغ القاعدة القانونية بأسلوب الافتراض الصرفي من خلال الوقوف على غاية المشرع العملية والصياغية .

٤- تسليط الضوء على مواطن الخلل التي شابت النصوص المقررة للإفتراض الصرفي والنصوص الاخرى التي يستلزم البحث الاشارة اليها ؛ لما لها من مدخلية مباشرة في موضوع

الافتراض الصرفي ، ومن ثم اقتراح ما يعالج مواطن الخلل التي شابت تلك النصوص ، وكذلك محاولة استحداث تطبيقات اخرى جديدة لهذا الافتراض نصت عليها قوانين اخرى مقارنة ولم ينص عليها المشرع العراقي وحثه على تبنيها وتلافي هذا النقص التشريعي .

٥- العمل على تشخيص مواطن الخلل في التعامل الصرفي العملي وما يثيره من مشاكل لها علاقة مباشرة أو غير مباشرة بالافتراض الصرفي وايجاد السبل والوسائل الكفيلة بمعالجتها بما يسهم في تطوير هذا العمل التجاري الفذ ولفت النظر إلى اثاره الايجابية على الاقتصاد الوطني .

سابعًا : اختيار الموضوع و التسمية

راودتنا فكرة الافتراض الصرفي من خلال تدريس مادة الاوراق التجارية ؛ فلفت نظرنا ان البناء الشكلي للتصرفات الصرفية في معظم الاحيان لا يتكامل وفق النموذج الامثل الذي نص عليه القانون ، الأمر الذي يدفع المشرع إلى افتراض تنظيم أو اكمال أو تفسير للمضمون البياني الشكلي للورقة الصرفية او الوقائع المتعلقة بها ، ورأينا ان افضل عنوان يمكن ان توسم به هذه الدراسة للدلالة على هذه الافتراضات يتمثل بمصطلح (الافتراض الصرفي) فهو دال على نوع الاسلوب الصياغي الذي استخدمه المشرع في بناء القاعدة القانونية وهو الاسلوب الافتراضي و ضابط لنطاقه المنحصر في الميدان الصرفي و الذي يعم كل التصرفات الصرفية ، فالمصطلح المتقدم يعد من المصطلحات المبتكرة ، فلم نترجمه من لغة اخرى ، بل اننا وجدنا صعوبة في ترجمته إلى اللغة الانكليزية كونه من المصطلحات المركبة التي تتكون من اكثر من مفردة ، وستتضح بشكل اوضح دقة اختيار التسمية مع بيان التعريف اللغوي و الاصطلاحي له .

ثامنًا : الدراسات السابقة

لم نجد و على مدى ما يزيد على سنتينِ من البحث اي دراسة تناولت الافتراض الصرفي بالبحث لا على مستوى البحوث ولا الرسائل و الأطاريح ، وحتى المقالات او الكتب ، بل اننا لا نكون مبالغين اذا قلنا اننا لم نجد من استخدم مصطلح (الافتراض الصرفي) قبل هذه الدراسة ، رغم الادوار الكبيرة التي يؤديها هذا الافتراض في كل مراحل التعامل الصرفي الا انه لم يحظَ بأي دراسة تتناوله بالبحث ، لكن توجد بعض الدراسات التي تخص موضوعات متقاربة كالافتراض القانوني و القرينة القانونية ، وكذلك ان تطبيقات الافتراض الصرفي مبثوثة بين ثنايا كتب النظرية العامة للاوراق الصرفية ، لكننا لم نجد من بحثها سبقًا تحت عنوان (الافتراض الصرفي)

تاسعًا : نطاق البحث

ينحصر نطاق هذه الدراسة في تلك الافتراضات التي تضمنها قانون الصرف بأعتباره جزء من قانون التجارة ، و هذه الافتراضات توزعت على تطبيقات الاوراق الصرفية الثلاث (الحوالة و الكمبيالة والصك) ، و في كل المراحل التي تمر بها الورقة الصرفية منذ انشائها مرورًا بتداولها وضمانها وقبولها وصولًا إلى و فائها ، فكل مرحلة من هذه المراحل تضمنت جملة من الافتراضات الصرفية و تنصهر جميعها في اطار واحد يتمثل بالافتراض الصرفي .

عاشرًا : منهجية البحث

سنتبع في بحثنا المنهج التحليلي بالدرجة الاساس مع الاستعانة - في مواطن معينة - بمنهاج اخرى ؛ فقد يتطلب البحث الرجوع إلى الاصل اللغوي لبعض المفردات التي استخدمتها القوانين محل المقارنة سواء باللغة العربية أو الفرنسية أو الانكليزية الامر الذي يستلزم اتباع المنهج اللغوي ايضًا ، و كذلك قد يتطلب البحث الرجوع إلى تأريخ النصوص للوقوف على مقاصدها ، و لا يستقيم لنا ذلك الا بالركون الى المنهج التأريخي ؛ فكل هذه المناهج المتقدمة سنلجأ اليها و بأسلوب الدراسة المقارنة الرأسية بين النظام اللاتيني والنظام الانجلو امريكي ، فمن النظام اللاتيني وقع اختيارنا على القانون الفرنسي الذي نظم احكام الاوراق الصرفية في قانونين هما ؛ قانون التجارة الفرنسي (Code de commerce) لعام ١٨٠٧ المعدل وبنسخته المحدثة في(٢٠٢١)الذي نظم الحوالة في المادة (L.511) و الكمبيالة في المادة (L.512) و كذلك القانون النقدي و المالي Code monétaire et financier)رقم (١٣٢٣) لسنة (٢٠٠٠) و الصادر في (١٤) ديسمبر (٢٠٠٠) المعدل ، والذي نظم احكام الصك في المادة (L.131) على وفق نسخته المحدثة في (٢٠٢١) و يضاف الى القوانين المتقدمة قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩) و هذه القوانين بمجملها نهلت من اتفاقيتي جنيف للأوراق التجارية ، فكان لزامًا علينا لكي تكون المقارنة مثمرة ان نختار قانون ينتمي للنظام الانجلو امريكي ولم ينهل من اتفاقية جنيف الموحدة ، فوقع اختيارنا على قانون التجارة الامريكي الموحد (Uniform Commercial Code) و المعروف اختصارًا بـ (UCC) و الصادر عام ١٩٥٢ و الذي نظم احكام السندات القابلة للتداول في المادة الثالثة منه ، اذ سنقارن القوانين المتقدمة بمجملها بالقانون العراقي الذي نظم الأوراق الصرفية ضمن قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة (١٩٨٤)، فنطاق المقارنة سوف ينحصر بصورة رئيسة في النظم القانونية المتقدمة بما تضمنتها من نصوص قانونية و احكام قضائية و اراء فقهاء ، و سنشير إلى نصوص قانونية اخرى موضوعية او اجرائية ؛ كاتفاقيات جنيف وملاحقها المتعلقة بالأوراق الصرفية الصادرة بين عامي (١٩٣٠-

١٩٣١) بالإضافة إلى نصوص اجرائية في البلدان المذكورة كلما كان ذلك مفيدًا للبحث ، مع الاشارة إلى مواقف قوانين اخرى في بلدان غير التي ذكرناها كلما وجدنا فائدة تستدعي الاشارة اليها، كما ان التأسيس لموضوع الافتراض الصرفي وارساء دعائمه قد يستلزم الاستعانة بعلم المنطق و الفلسفة التي قد تعيننا في ايضاح الافكار وتدعيمها .

حادي عشر: هيكلية البحث

اتساقًا مع ما تقدم سنشرع بتقسيم خطة الدراسة بعد المقدمة على فصول ثلاث ، الفصل الاول منها لدراسة الاطار المفاهيمي للافتراض الصرفي و سنقسمه على مبحثين ، سنبين في المبحث الاول ماهية الافتراض الصرفي ، إذ سنبحث فيه كل من التعريف بالافتراض الصرفي في مطلب و من ثم سنوضح في المطلب الثاني شروط الافتراض الصرفي و اقسامه ، و من ثم سننتقل لنخصص المبحث الثاني لبحث تمييز الافتراض الصرفي مما يشتبه به ، أذ سيقسم هذا المبحث على مطلبين نبين في الأول منها تمييز الافتراض الصرفي عن وسائل الصياغة المعنوية الاخرى ، و من ثم سنتبعه بمطلب ثاني سنبحث من خلاله تمييزالافتراض الصرفي عن الوسائل التي تخلق وضعًا مفترضًا .

وسننتقل بعد ذلك لنخصص الفصل الثاني لبحث الاطار الفلسفي للافتراض الصرفي حيث ينقسم هذا الفصل على مبحثين سنخصص المبحث الأول منهما لبحث الغاية العملية للافتراض الصرفي، باحثين من خلاله كل من الغاية العملية الفنية في مطلب والغاية العملية المثالية في اخر ، و سننتقل بعد ذلك لنبين في المبحث الثاني الفلسفة الصياغية التشريعية للافتراض الصرفي ، اذ سنقسم هذا المبحث على مطلبين سنبين في المطلب الأول فلسفة الصياغة التشريعية في جانبها الموضوعي ، ومن ثم سنبحث في المطلب الثاني فلسفة الصياغة التشريعية في جانبها الذاتي .

و سنفرد الفصل الثالث لبيان الاطار التطبيقي للافتراض الصرفي من خلال تقسيمه على مبحثين سنبين في المبحث الاول منهما تطبيقات الافتراض الصرفي في مرحلة الانشاء و التداول، بحيث سنخصص المطلب الاول من هذا المبحث لبيان تطبيقات الافتراض الصرفي في مرحلة الانشاء و من ثم سيتبعه مطلب ثاني سنبحث من خلالهِ تطبيقات الافتراض الصرفي في مرحلة التداول ، و بعد ذلك سوف ننتقل لنوضح في المبحث الثاني تطبيقات الافتراض الصرفي في الضمان وفي القبول والوفاء ، وسيقسم هذا المطلب على فرعين الأول سيخصص لبحث تطبيقات الافتراض الصرفي في الضمان و من ثم سنبين في المطلب الثاني تطبيقات الافتراض الصرفي في القبول و الوفاء .

وسيترشح عن هذه الدراسة خاتمة نوجز فيها عرض اجمالي للنتائج التي سنتوصل اليها ، ثم سنطرح بعدها مقترحات ستتخذ من تعديل النصوص واستحداثها ، وتقويم التعامل الصرفي العملي وتطويره في العراق محلًا لها .

الفصل الأول

الاطار المفاهيمي للافتراض الصرفي

الفصل الأول

الاطار المفاهيمي للافتراض الصرفي

تمهيد و تقسيم

لعل من نافلة القول إن تحديد الاطار المفاهيمي بشكل عام يمثل منطلقًا و اساسًا تستقيم عليه كل مفردات الدراسة التي ستتبعه ، ويجب ان نقر ابتداءً ان تحديده بالنسبة للإفتراض الصرفي ليس بالمهمة اليسيرة و يتطلب منا الاشتغال على مناهج خاصة ربما لا تكون مقتصرة على علم القانون ، وبالتأكيد فان لهذا الامر تبعات تلقي بظلالها على صعوبة تحديد هذا الاطار وسط جملة من المفاهيم الأخرى التي تصاغ بطريقة افتراضية و التي قد تختلط معه ، فالغموض بشكل عام صفة المفاهيم الحديثة ، فما بالك بالمستحدثة ، فضلًا عن عدم وضوح فكرة الافتراض المجردة بشكل عام ؛ فهذه الفكرة اثارت و - لم تزل - جدلاً كبيرًا في اطار الدراسات القانونية ، ويمكن أن نقول إن هذا الجدل لم يحسم إلى الان ، ولم يرشح عنه ما يمكن القطع بما توصل اليه من نتائج ، وان امكن الترجيح في مواطن معينة بحدود الظن ، ففي نهاية المطاف نحن بصدد مفاهيم فقهية و المفاهيم الفقهية تبقى نسبية بطبيعتها لتفاوت الرؤى و الافكار.

وازاء هكذا فرض ، ليس أمامنا إلا أن ننزل التصورات التي تختلج الاذهان منزلة الوقائع لنحاول من خلالها ان نصوغ ماهية الافتراض الصرفي ، وبطبيعة الحال سيكون لتحديد ماهية الافتراض الصرفي فوائد جمة يمكن ان نتلمس اثارها في تحديد ذاتيته من خلال ابراز الخصائص التي تميزه عن غيره من المفاهيم الاخرى التي قد تقترب منه .

ولا يخفى عن الاذهان ان تحديد الاطار النظري للإفتراض الصرفي سيشكل منطلقاً لغاية اهم؛ تتمثل بتحديد طبيعته ونظامه القانوني الذي يحكم تطبيقاته ؛ فمن خلال تحديد هذا الاطار سنجيب على تساؤلات مهمة ولعل اهمها ؛ هل يمثل هذا الافتراض تطبيقًا لمفاهيم اخرى ام انه يمثل نظرية مستقلة لها تطبيقاتها ؟ .

يزاد على ذلك ان صياغة اطار نظري لهذا الافتراض يسهم وبشكل كبير في الوصول إلى فلسفة هذا الافتراض و من ثم ضبط التطبيقات التي تنضوي تحته ، و للإحاطة بكل ما تقدم سنقسم هذا الفصل على مبحثين ؛ سنبين في المبحث الأول ماهية الافتراض الصرفي ، و من ثم نوضح في المبحث الثاني تمييز الافتراض الصرفي عما يشتبه به .

المبحث الأول

ماهية الافتراض الصرفي

يؤدي الافتراض الصرفي دورًا مهمًا في تكوين الورقة الصرفية و تداولها و بقية الادوار التي تمر بها ؛ لذلك فإن تحديد ماهيته يشكل أولوية مهمة كونه ملازمًا للتعامل الصرفي في كل مراحله ، و بالتأكيد فإن التعريف به ، سيمثل تقدمًا كبيرًا يفتح امامنا افاق أوسع نستطيع من خلالها ان نتوصل إلى خصائص الافتراض الصرفي التي من الممكن ان ترشح من تعريفه و كذلك اقسامه التي ينطوي عليها ، و بالتإكيد فان الافتراض الصرفي لكي يتحقق يجب ان تتوافر جملة من الشروط التي يستلزمها ، لذلك من الاهمية بمكان ايضاح هذه الشروط و تفصيلها ، و من اجل بلوغ كل ذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، سنبين في المطلب الأول التعريف بالافتراض الصرفي ، و من ثم سنوضح بعد ذلك في المطلب الثاني شروط الافتراض الصرفي و اقسامه .

المطلب الأول

التعريف بالافتراض الصرفي

لم نجد - و نحن نبحث في كتب الفقه القانوني - من استعمل مصطلح الافتراض الصرفي ، ويعني ذلك بقياس الأولوية ، عدم وجود تعريف طرحه الفقه للافتراض الصرفي ؛ و ازاء هكذا فرض لا مناص من اعمال الفكر محاولين من خلاله صياغة تعريف لهذا الافتراض ، نبرز فيه الخصائص المميزة له ، و يضم بين ثنايا مفرداته كل تطبيقاته ، و يمنع غيرها من الانضواء تحت معناه ؛ فيكون جامعًا لتطبيقاته مانعًا لغيرها من الانضواء تحته ، و لا يتحقق لنا ذلك الا بوضع تعريف محكم يوضح ماهية المصطلح محل التعريف ، و لكي يستقيم لنا ذلك ، سنقسم هذا المطلب على فرعين ، سنتناول في الفرع الأول تعريف الافتراض الصرفي ، و من ثم سنوضح بعد ذلك في الفرع الثاني خصائصه .

الفرع الأول

تعريف الافتراض الصرفي

نظرًا للأهمية الكبيرة للمفردة و معناها في صياغة التعريف ، فمن الاهمية بمكان الرجوع إلى المعنى اللغوي أو المعجمي لمصطلح الافتراض الصرفي ؛ لما لذلك من كبير اثر في توضيح المعنى الاصطلاحي ، ولبلوغ ذلك يتوجب علينا توزيع البحث في تعريف الافتراض الصرفي على فقرتين ، نوضح في الأولى التعريف اللغوي للافتراض الصرفي ، ومن ثم نبين في الفقرة الثانية التعريف الاصطلاحي له وعلى النحو الأتي :-

اولاً :- التعريف اللغوي للأفتراض الصرفي

تشكل المفردة لبنة التعريف فهي الاداة لإيصال المعنى إلى المتلقي ، فللمعاني مبانٍ تبين دلالتها لتوصلنا إلى معناها[١] ، و من لوازم التعريف ان يستقيم في معناه و مبناه ، فتُستخدم المفردة في اطار معناها اللغوي الدقيق ، إلى ان الاستعمال التداولي (العملي) القانوني للمصطلح قد يبتعد بالمعنى عن المبنى اللغوي الدقيق للمفردة[٢] ، الا ان ذلك لا يعني اهمال الاصل اللغوي للكلمة ، لاسيما بالنسبة للمصطلحات التي لم يتصدى الفقه القانوني لتعريفها مسبقًا ؛ لما لذلك من كبير اثر على ضبط المصطلح ، وبما ان مصطلح الافتراض الصرفي يعد من المصطلحات المركبة التي تتكون من مفردتين فأن بيان المعنى اللغوي للمصطلح يقتضي تفكيكه.

ففيما يتعلق بمعنى كلمة (الافتراض) فهي مأخوذة من الفعل (أفتَرَضَ) اي أوجب والاسم(الفَريضة)[٣] ، و قيل ايضًا ما أوجبه الله عز و جل ؛ يقال فرض الله علينا كذا و كذا[٤] ، وقيل ايضاً من معاني الافتراض ما تم استنباطه من الكتاب و السنة ، و إن لم يرد بها نص و يكون معادلاً للنص ، و يعني ايضاً (التقدير) لكون المفروض مقتطعًا من الشيء الذي قدر منه[٥] ، وقيل افترض

---

١ - ان دلالة اللفظ - المصطلح- لا ترادف معناه ، فالدلالة ناتجة عن الربط بين اللفظ و المعنى فهي تقود الى فهم الثاني من الأول فتكون متأخرة عن المعنى ، ينظر للمزيد من التفصيل ، السيد الخوئي ، اجود التقارير ، الجزء الأول ، بحث النائيني ، منشورات مصطفوي ، قم ، ايران ، ١٣٦٨ هجرية ، ص١٣.

٢ - د. مرتضى جبار كاظم ، اللسانيات التداولية في الخطاب القانوني (قراءة استكشافية للتفكير التداولي عند القانونين) ، الطبعة الأولى ، منشورات الاختلاف ، الجزائر ، ٢٠١٥، ص٢٠.

٣ - محمد بن ابي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، طبعة حديثة منقحة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨١، ص٤٩٨.

٤- ابي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور الانصاري الافريقي المصري ، لسان العرب ، الجزء السابع ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ٢٠٠٢، باب الفاء فصل الضاد ، ص٢٢٨.

٥- السيد محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس، الجزء الثامن، مطبعة التراث العربي ، الكويت ، ١٩٧٩، باب الفاء فصل الضاد ، ص٤٨٥-٤٨٦.

الباحث اي اتخذ فرضًا ليصل إلى حل لمسألة معينة وهي مقولة تقبل على علاتها دون اثبات العكس[١]، ومن معاني الافتراض ايضًا ما يعتمد على الفرض أو النظرية بدل التجربة ، أو الخبرة و ما بني على النحو الظني أو الاحتمالي ، و في الفلسفة قضية مسلمة أو موضوعة يستدل بها على غيرها[٢] ، ونخلص من كل ما تقدم إلى ان معنى كلمة (الافتراض) يتمثل بالتقدير الذي يعتمد على الفرض بحيث لا يدحض بأثبات عكس الفرض المقدر، هذا بالنسبة لمعنى كلمة الافتراض ، أما بالنسبة لمعنى كلمة (الصرفي) فالمتصفح لمعاجم اللغة يجد الكثير من المعاني لهذه المفردة اقربها للمفهوم التداولي المنشود ما يتم اشتقاقه من (الصرف) والذي يعني عملية مبادلة عملة بعملة اخرى ويطلق على سعر المبادلة ايضاً[٣] ، وجاء في لسان العرب (الصرف) فَضل الدرهم على الدرهم و الدينار على الدينار و يشمل ايضًا بيع الذهب بالفضة [٤] ، و نستنتج من ذلك ان معنى كلمة (الصرف) ينطوي على عملية مبادلة عملة بعملة اخرى ، أو مبادلة ما قامَ مقام العملة في التعامل بعضه ببعض كالذهب و الفضة وغيره[٥] ، ويتضح من كل ما تقدم إلى ان التعريف اللغوي للافتراض الصرفي يتمثل(بعملية التقدير المفروض لحل المشكلة الواقعة في عملية بيع النقد بالنقد أو ما قام مقامها بالتعامل) ، على اعتبار ان المعنى اللغوي لهذه المفردة لا يقتصر على عملية مبادلة عملة نقدية بعملة نقدية اخرى ؛ بل يشمل ايضًا مبادلة ما يقوم مقام النقد بالتعامل كالذهب و الفضة ايضاً ، ونعتقد ان ذكر الذهب و الفضة في المعاجم انما جاء على سبيل المثال لا الحصر ، و من ثم فان المعنى يستوعب ادوات الوفاء الاخرى كالأوراق الصرفية فهي تقوم مقام النقود في التعامل كما هو معلوم .

---

١ - جماعة من المتخصصين ، اشراف د. احمد ابو حاقة ، معجم النفائس الوسيط ، الطبعة الأولى ، دار النفائس ، بيروت ، ٢٠٠٧، باب الفاء فصل الضاد، ص٩٢٧.

٢ - مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، الطبعة الرابعة ، مكتبة الشروق الدولية ، القاهرة ،٢٠٠٤، باب الفاء فصل الضاد ، ص٦٥٤.

٣ - مجد الدين بن يعقوب الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، الجزء الأول ، دار الحديث ، القاهرة ،بلا سنة طبع . باب الالف فصل الصاد ، ص٩٢٥.

٤ - ابن منظور ، الصدر السابق ، الجزء الأول، باب الالف ، فصل الصاد ، ص٢١٨٣.

٥ - تجدر الاشارة الى ان استخدام مفردة القانون الصرفي للدلالة على مجموعة القواعد القانونية المنظمة للأوراق التجارية تعود جذوره الى القرن الثالث عشر الميلادي ، عندما ظهرت السفتجة و كانت وظيفتها تقتصر على تنفيذ عقد الصرف فقط و من ثم انتقلت التسمية لتشمل جميع القواعد المنظمة للحوالة و الكمبيالة والصك ، بحيث يصطلح على تسمية هذه القواعد بالقانون الصرفي ، ومن ثم شاعت شيوعًا مستفيضًا فتواترت كتب الفقه على استعمالها ، ينظر في تفصيل ذلك ،د. محسن شفيق ، القانون التجاري المصري الاوراق التجارية ، الطبعة الأولى ، دار المعارف ، الاسكندرية ١٩٥٤، ص٢٤ وينظر في المعنى نفسه، د. امين محمد بدر ، الالتزام الصرفي ، محاضرات القيت على طلبة قسم الدراسات القانونية في معهد الدراسات العليا في القاهرة ، ١٩٥٥، ص٣، هامش ١، **(لذلك نرى ان اصطلاح الاوراق الصرفية ادق من اصطلاح الاوراق التجارية للدلالة على الحوالة والكمبيالة و الصك)**.

ثانياً :- التعريف الاصطلاحي للافتراض الصرفي

ان وضع تعريف اصطلاحي للافتراض الصرفي ليس بالمهمة اليسيرة ، و سبب ذلك كما اسلفنا ان مصطلح الافتراض الصرفي لم يرد في كتب الفقه القانوني ، فلن يكون الاشتغال على تعريفه بطريقة استعراض التعاريف و الترجيح من بينها لعدم وجودها اصلًا ، لذلك يتوجب علينا الاشتغال على طريقة خاصة نصوغ من خلالها تعريفًا جامعًا مانعًا له عن طريق الجمع بين طريقتي التعريف بالتشبيه و التعريف بالمثال المعروفة لدى المناطقة [١] .

و المصطلح الذي اخترناه للتشبيه هو (الافتراض القانوني) ، لكن يجب لفت النظر إلى ان استخدام طريقة التعريف بالتشبيه تستلزم ان يكون المشبه به اكثر وضوحًا من المصطلح المراد تعريفه (الافتراض الصرفي) ، و قطعًا ان المصطلح الذي سبق تعريفه أوضح من غير المعرف اصلاً ، وان كان المصطلح المشبه به - الافتراض القانوني- محل خلاف في بعض تفاصيله ، لذلك يتوجب علينا رفع هذا الخلاف من خلال التصدي لتعريفات الافتراض القانوني المطروحة و من ثم الوقوف على ارجحها و بعد اتضاح مفهومه بشكل جلي نشبهه بالافتراض الصرفي ، لنصل بذلك إلى تعريف للافتراض الصرفي من خلال ابراز المشتركات و استبعاد مواطن الاختلاف ، ففي اطار الفقه الفرنسي فقد عرفه الفقيه الفرنسي (فرنسوا جيني) بانه (وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون يقوم على اساس افتراض امر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير الحكم القانوني دون تغيير نصه) [٢] .

ويؤكد الفقيه جيني على ضرورة كون الافتراض غير قابل للدحض سواء بأثبات العكس أو بغيره من الوسائل [٣] ، ويعرفه جانب اخر من الفقه الفرنسي بأنه (وضع قانوني ينظمه المشرع لواقعة معينة لا يهتم بالاحتمال الراجح و غير قابل للدحض) [٤] ، ويشير هذا التعريف إلى خاصيتين مهمتين

١- يقصد بالتعريف بالتشبيه تشبيه الشيء المقصود تعريفه بشيء اخر لجهة شبه بينهما ، اما التعريف بالمثال فتتمثل باستعراض مصاديق الشيء لكي يتضح مفهومه ، لمعرفة تفاصيل التعريف بالتشبيه و التعريف بالمصداق ينظر: الشيخ محمد رضا المظفر ، المنطق ،الجزء الأول ، دار الغدير ، قم ،الطبعة الثامنة ، ١٤٢٩هـ ، ص١٢١_١٢٢، و انظر في المعنى نفسه ، مهدي فضل الله ، مدخل الى علم المنطق التقليدي ، دار الطليعة ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٥، ص٨٩.

2 - francois geny , science et thehnigue en droit prive positf ,tome 3 paris ,1921, p360 no240.

"Fiction juridiques mieux encore que les presumption, les fiction juridiques font saillir,dans l`ordre intellectues, lartifice,qui demeure le trat distinctif de la technique du droit . D`une part, ells se presentment en dehors de toute question de prevue et contribuent directement a accroitre le contenu des regles de fond D` autre part."

3 - Tbid , p361, no240.

4 - Stefan goltzber, theorie bidimensionnelle del,argumentation juridique, beulant, 2012,p36.

من خصائص الافتراض القانوني و التي تسهم في تحديد ذاتيته و هما عدم ضرورة بنيان الافتراض على الاحتمال الراجح و كذلك عدم قابلية الافتراض للدحض .

وفي اطار الفقه الامريكي فقد عرفه الفقيه (فوللر) على انه يمثل(شفافية الزيف و هو يتحقق إذا تم استخدام تعابير و صياغات مع وعي و ادراك كامل أو جزئي بزيفها و كذلك يجب ان يكون الزيف معلومًا و معترفًا بفائدته)[١] ، و يعرفه الفقيه الامريكي (فردريك شاور) بأنه (كذب متعمد لانها تفترض امر غير محقق معلوم كذبه) [٢] ، وهناك تعريفات اخرى للأفتراض القانوني في اطار الفقه الغربي لا مجال إلى استعراضها جميعاً[٣].

أما في اطار الفقه المصري فقد عرفه جانب من الفقه بأنه (الباس الخيال ثوب الحقيقة و الواقع لتحقيق اثر قانوني معين ما كان ليتحقق لو لا هذا الافتراض الكاذب)[٤] ، وعرفه جانب اخر بأنه (وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون تقوم على تعديل حكم القانون دون التعرض إلى نصه) [٥]، ويشير جانب من الفقه في مصر إلى ان الافتراض القانوني أو الحيلة القانونية يجعل من الشيء غير الصحيح شيء صحيح ، اي انه لا ينطوي على ترجيح ما هو محتمل ؛ بل ان ما يجعله الافتراض صحيحاً يجب

---

١ - فولر فقيه امريكي اشتهرت له سلسلة مطولة في شرح القانون نشرت في ثلاث اجزاء في عامي (١٩٣١_١٩٣٠) نشرت في مجلة (الينوي) ثم اعيد نشرها عام ١٩٦٧ينظر في تفصيل رأيه :-

Lon l. fuller , legal fictions , Stanford university press, 1967 , p17.

٢- فريدرك شاور هو استاذ القانون في جامعة فرجينية الامريكية (قبل التحاقه بها درس في جامعة هارفرد وهو باحث مبرز له العديد من المؤلفات في القانون الدستوري و فلسفة القانون ينظر في تفصيل رأيه:-

Frederich shauer , legal fiction in theory andpractice , springer , 2011, p25.

٣- فقد عرفه الفقيه الالماني اهرنج "بأنه كذب فني اقتضته الضرورة "ينظر في تفصيل رأيه

R.von.ihreing, L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement Droit romain Paris : Marescq,1880, p259.

، و هنالك اتجاه ينكر وجود الافتراض بشكل تام يتزعمه الفقيه الانكليزي (بنتام) الذي لم يضع له تعريفاً و اعتبره ضربًا من ضروب الاغتصاب لسلطة التشريع ، ويشبه الفقيه الانكليزي (وليم بلاكستون) الحيل او الافتراضات بالابواب و جدران القلعة القديمة التي ورثناها لم تعد تخدم غرضها الاصلي و لكننا نبقي عليها لقيمتها الجمالية ولانها تحمل عبق الماضي ، ينظر في تفصيل هذه الآراء د. مصطفى عبد الحميد عدوي ، شفافية الافتراض القانوني ، تطبيق على معايير تحديد لحظة الموت دراسة مقارنة بالقانون الامريكي، دار الكتب و الوثائق القومية، ٢٠١٣، ص١٦-١٧.

٤- د. منصور مصطفى منصور ، المدخل للعلوم القانونية ، مكتبة دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ١٩٦٠، ص١٧٦، وانظر كذلك : د. عبد المنعم درويش ، مقدمة في تأريخ النظم القانونية و الاجتماعية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧، ص١٨٧.

٥ - د. عبد الحميد فودة، الافتراض القانوني بين النظرية و التطبيق ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣، ص١١، وانظر في المعنى نفسه : د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى ، الافتراض ودوره في تطور القانون ، مطبعة دار التأليف ،المنصورة ، ١٩٨٠، ص٧.

ان يخالف الواقع في جميع الاحوال و على الاطلاق[١]، وهذا هو السائد في الفقه التقليدي المصري الذي يركز على كون الافتراض ينطوي على خلق قاعدة قانونية مخالفة للواقع [٢].

أما الفقه المصري الحديث خصوصًا الفقه الذي تصدى لبيان الافتراض في اطار القوانين الاجرائية فنراه يركز على كون الافتراض يؤدي إلى خلق وضع معين بغض النظر ان كان هذا الوضع يطابق الحقيقة أو يخالفها ، و على حد تعبير احد الشراح "ان اهم ما يميز الافتراض هو ان المشرع عندما يفترض امرًا ما فأنه لا يهتم بالعلاقة بين الافتراض و بين الواقع ، فاحتمال تطابقهما لا يشغل المشرع كثيرًا بل الهدف الذي من اجله وضع هذا الافتراض هو الذي يهم المشرع سواء بعد ذلك طابق هذا الافتراض الواقع ام لم يطابقه فأن الحقيقة المفترضة هي التي يعتد بها المشرع ولا يقبل المناقشة أو الجدل فيها "[٣].

وبناءً على ما تقدم فإن الافتراض القانوني (امر يتبناه المشرع ليواجه به صعوبة معينة تتعلق بصياغة القاعدة القانونية أو تطبيق احكامها أو لإثبات امر معين من الامور) [٤] ، وقريب من هذا المعنى يعرفه البعض في اطار الفقه المصري بأنه (وسيلة فنية بمقتضاها يفترض المشرع امرًا معينًا لا يقبل اثبات العكس الا بهدم الافتراض اصلاً سواء بني الافتراض على القطع أو كان مبناه الاحتمال الراجح)[٥] ، وهذا الاتجاه في الواقع هو الذي نميل اليه خصوصًا في اطار فكرة الافتراض الصرفي فالمشرع لا يشغل باله كثيرًا عند صياغته لتطبيقات الافتراض الصرفي بضرورة مطابقتها للواقع من عدمه بقدر ما تشغله غايات اخرى سنتعرف عليها لاحقًا .

اما في اطار الفقه العراقي فإنه لا يبتعد كثيرًا عن الفقه المصري فنرى اتجاهًا تقليديًا يؤكد على كون الافتراض القانوني ينطوي على خلق وضع مخالف للحقيقة ، فهناك من عرفه من الشراح بأنه (اعطاء وضع من الاوضاع حكمًا مخالفًا للحقيقة توصلاً إلى ترتيب اثر قانوني معين عليه ما كان ليترتب لولا هذه المخالفة) [٦].

---

١ ـ د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٦، ص٤٠٠.
٢ ـ للمزيد من التعريفات التي تتفق مع هذا المعنى ينظر د. صوفي ابو طالب ، تأريخ النظم القانونية و الاجتماعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٦، ص٢١٤. و ينظر ايضاً د.هشام صادق و د.عكاشة محمد عبد العال ، تأريخ النظم القانونية و الاجتماعية ، دار الجامعة الجديد ، ١٩٨٨، ص٢٣٧.
٣ ـ محمد الصاوي مصطفى ، فكرة الافتراض في قانون المرافعات ، دار النهضة العربية ٢٠٠٩، ص٢٢.
٤ ـ المصدر نفسه ، ص٢٢-٢٣، وانظر في المعنى نفسه د. عبد الحميد فودة ، تطور القانون ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣، ص١٢٤.
٥ ـ د. محمد مرسي جاب الله ، النظام القانوني للأفتراض في قانون المرافعات المدنية و التجارية ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠١٨، ص٢٣_٢٤.
٦ ـ د. عصمت عبد المجيد بكر ، مشكلات التشريع ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العالمية ، بيروت ٢٠١٤، ص١٨٩.

فيما عرفه اخر بأنه (خلق امر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه وهو يماثل مفهوم الحيل في الفقه الاسلامي) [١] ، وهناك من يعترض على مفهوم الافتراض المتقدم ويرى بأن الافتراض يبنى على فكرة المجاز وليس فكرة الكذب أو مخالفة الحقيقة المطلقة ، و فكرة المجاز تعني (استعمال الالفاظ في غير ما وضع له في اصطلاح التخاطب لعلاقة بين المعنى الحقيقي والمجازي)[٢] ، لذلك فأن هذا الاتجاه لا يركز على كون الافتراض مخالفًا للحقيقة أو موافقًا لها ، فيعرفه بأنه (امر يفترضه المشرع ليواجه به صعوبة معينة قد تتعلق بصياغة القاعدة القانونية أو تطبيق احكامها)[٣].

وهناك اتجاه فقهي اخر يقسم الافتراض القانوني على نوعين ؛ الأول لا يتوافق مع الحقيقة بشكل مطلق أما الثاني فهو الافتراض الممكن الوقوع ، و يرى هذا الاتجاه ان كلاً من النوعين يتضمن مخالفة للحقيقة ؛ وتتمثل مخالفة الافتراض الممكن الوقوع بصياغته في اطار قاعدة قانونية عامة ومجردة لا يمكن ان تتطابق مع ظروف و تفاصيل الواقعة المراد تطبيق النص عليها بشكل تام[٤] ، وهناك من عرف الافتراض القانوني بأنه (خلق حالة قانونية مستنبطة من نص القانون وجعلها تنطبق على واقعة مادية معروضة امام القضاء لم ينطبق عليها النص القانوني من قبل لتحقيق العدالة بين الاطراف)[٥] ، ونعتقد ان هذا التعريف اقرب إلى تعريف القرينة منه إلى الافتراض القانوني ؛ فهذا الاخير لا يتعلق بعملية الاستنباط على اعتبار انه يصاغ في اطار قاعدة موضوعية تتضمن حلاً مباشرًا للمشكلة التي يواجها المشرع ، فالقاضي عند تطبيقه للقاعدة القانونية التي تتضمن الافتراض لا يجهد نفسه في عملية استنباط الحكم بل يكون الحل جاهزًا أمامه ، - هذا من جهة - و من جهة ثانية ان غاية الافتراض القانوني لا تتمثل في تحقيق العدالة فقط ؛ بل إن هناك غايات اخرى تتمثل بمواجهة مشكلة معينة لا يمكن التغلب عليها الا من خلال الافتراض ؛ كافتراض العقار بالتخصيص و الشخصية

---

١ - استاذنا د. عباس العبودي ، تأريخ القانون ، دار الكتب للنشر ، الموصل ، ١٩٨٩، ص٥٩.

٢ - د. ياسر باسم ذنون ، الافتراض القانوني و دوره في تطوير القانون ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية ، العدد الأول ، المجلد الثاني عشر ، ٢٠٠٥، ص١٢٧.

٣ - د. ياسر باسم ذنون ، الافتراض القانوني في قانون المرافعات ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد الثاني عشر ، العدد الخامس و الاربعون ، ٢٠١٠، ص١٣، و ينظر في المعنى نفسه ، جويتار عبد الله مصطفى ، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٧، ص٥٨.

٤ - استاذنا د. باسم علوان العقابي ، البيئة التجارية ، محاضرات القيت على طلبة الدكتوراه في كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٨-٢٠١٩، ص٢٩.

٥ - د. جمال الحاج ياسين و م. علي شمران حميد ، وسائل تطور النصوص القانونية ، بحث منشور في مجلة جامعة اهل البيت السنة ١٤ العدد٢٢ ، ٢٠١٨، ص٢٠٨.

المعنوية وغيرها ، و هناك من عرفه بانه (وسيلة صياغة قانونية تكمن في روح النص دون ان تمس الفاظه يقوم بتبرير قاعدة قانونية أو توسيعها أو انشائها)[١].

وبدورنا نؤكد ما ذكرناه سابقًا من ان المشرع عندما يفترض امرًا معينًا في اطار القاعدة القانونية فأنه يروم ايجاد حل لمشكلة يواجها بواسطة الافتراض وهذه هي غايته الفذة ، بغض النظر ان كان ما افترضه قد طابق الحقيقة أو لم يطابقها ، ونحن بهذا القول نميل مع الاتجاه الفقهي الذي يرى ان الافتراض القانوني ممكن ان يطابق الحقيقة في بعض مصادقيه وان تضمن مخالفة جزئية في اطار صفتي العمومية و التجريد التي تتسم بها القاعدة القانونية ، و يعزز ما ذهبنا اليه ؛ ان الاتجاه الفقهي الذي يرى ضرورة ان يكون الافتراض القانوني مخالفًا للحقيقة أورد بعض التطبيقات التي قد تتوافق مع الحقيقة منها افتراض علم الكافة بالقانون الذي تقوم عليه قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، فالمعرفة المقصودة هنا هي المعرفة بحدها الادنى على اعتبار ان المعرفة بكل تفاصيل القانون متعذر حتى على اهل الاختصاص ؛ فما المانع من معرفة الكافة بالحد الادنى من القانون فهل يوجد في المجتمع على سبيل المثال من لا يعرف ان القتل و السرقة مُجرمة ؟! ، كل ذلك يقودنا إلى ترجيح الرأي الذي يرى ان العبرة في الافتراض القانوني تتمثل في خلقه لوضع قانوني معين يتضمن حلاً لمشكلة يواجها المشرع في ميدان معين، بتجرد عن الحقيقة ، ويجب ان لا يغيب عن الاذهان ان الافتراض القانوني يعد من المفاهيم الفقهية البحتة ؛ و هذا الامر يجعلنا نستحسن عدم اهمال اي رأي من الآراء سواء ما اطلقنا عليه بالاتجاه التقليدي أو الاتجاه الحديث ، وان كنا نميل نحو الاتجاه الحديث ، ولكي نجمع بين الاتجاهين نستطيع القول ان للافتراض القانوني معنيين باعتباره مفهومًا فقهيًا ، احدهما عام يشمل ما وافق و ما خالف الحقيقة ، والاخر خاص يتضمن ذلك المفهوم المبني على خلق القاعدة القانونية المخالفة للحقيقة دائماً [٢].

ومن كل ما تقدم نستطيع ان نعرف الافتراض القانوني بأنه (اسلوب من اساليب الصياغة التشريعية غير قابل للدحض ينطوي على خلق قاعدة قانونية تعالج مشكلة معينة لا يمكن معالجتها الا من خلال التقدير الذي خلقه المشرع سواء وافق تقديره الحقيقة ام خالفها ، فيكون افتراضًا قانونيًا بالمعنى الخاص حين يخالف الحقيقة دائمًا ،و يكون افتراضًا قانونيًا بالمعنى العام حين يوافقها في

١ - ايناس مكي عبد نصار ، الافتراض القانوني "دراسة مقارنة" ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٧، ص٤٤.
٢ - وهذا القول يقترب كثيرًا من راي استاذنا د. باسم العقابي ، مصدر سابق ، ص٢٩.

بعض الاحيان)[1] ، والان وبعد ان اتضح مفهوم الافتراض القانوني في الاذهان نستطيع ان نستعمل طريقتي التعريف بالتشبيه و المصداق لنصل إلى تعريف للافتراض الصرفي.

ففي اطار التشبيه ؛ يتشابه الافتراض الصرفي مع الافتراض القانوني - بمعناه الخاص- على وفق التعريف آنفًا في ان كل منها يعد من اساليب الصياغة التشريعية غير القابلة للدحض ؛ على اعتبار ان الكفاية الذاتية التي تحكم التعامل الصرفي تحتم ذلك كما سنوضح في ميادين اخرى من هذه الدراسة ، وهذه اهم صفة يتشابه فيها الافتراض الصرفي مع الافتراض القانوني ، الا انه يختلف عنه في ان الافتراض الصرفي يبنى على الاحتمال الراجح بخلاف الافتراض القانوني الذي يبنى على الاحتمال غير الراجح ، فعلى سبيل المثال عندما يفترض المشرع مكان الانشاء أو مكان الاداء أو ميعاد الاستحقاق ، فكل هذه الافتراضات تكون مبنية على الاحتمال الراجح ، و يتشابه الافتراض الصرفي في هذه الناحية مع اسلوب صياغي اخر هو القرينة التي تبنى على الاحتمال الراجح الا انه يختلف عنها في مواطن معينة سنوضحها لاحقًا .

ومن كل ما تقدم نستطيع ان نعرف الافتراض الصرفي بأنه (اسلوب للصياغة التشريعية ينطوي على انشاء قاعدة صرفية غير قابلة للدحض ، مبنية على الاحتمال الراجح الذي قد يتوافق مع الحقيقة وقد يخالفها ، تنظم أو تكمل أو تفسر بيان أو واقعة يثيرها التعامل الصرفي) .

الفرع الثاني

خصائص الافتراض الصرفي

بعد ما أوضحنا في الفرع السابق تعريف الافتراض الصرفي نأتي الان لبيان خصائص هذا الافتراض لما لذلك من كبير اثر على تحديد ذاتيته ، و من ثم يسهل تمييزه عما يشتبه به ، ويمكن ان نحدد خصائص الافتراض الصرفي بثلاث خصائص ؛ الأولى انه افتراض يبنى على الاحتمال الراجح، و الثانية انه افتراض غير قابل للدحض و الثالثة تتمثل بكونه افتراضًا قد يوافق الحقيقة و قد يخالفها ، وسنوضح هذه الخصائص تباعًا.

---

١ - يعد هذا التعريف مطولًا بعض الشيء وهذا الامر مقصود ؛ كون ان هذا التعريف لا يراد بذاته و انما الغاية من وضعه تشبيهه بالافتراض الصرفي لذلك زدنا في ايضاح تفاصيله .

اولاً :- الافتراض الصرفي يبنى على الاحتمال الراجح

ينظم الافتراض الصرفي واقعة غير منظمة ؛ فيختار فرضًا يكون الارجح من بين الفروض وفقًا لطبيعة الاشياء ، أو ان هذه الواقعة لم تنظم بالشكل الامثل فيكملها أو يفسرها هذا الافتراض وفقًا لما يرجحه العرف التجاري أو مرجحات اخرى ، وفي كلا الفرضين فإن الترجيح يقتضي تعدد الاحتمالات ، فلا مجال للكلام عن الاحتمال الراجح إذا لم تكن الاحتمالات متعددة ؛ فلو كتب مبلغ الحوالة التجارية مرة بالأرقام و اخرى بالحروف و كان المبلغ واحدًا في كلا الصيغتين فلا نكون امام تعدد للاحتمالات لكي يفترض القانون صحة احدى الصيغتين ، أما لو اختلف المبلغ المكتوب رقماً عن المبلغ المكتوب حرفًا ؛ هنا نحتاج ان نفترض صحة احد الاحتمالات ، وقبل بيان كيف ان الافتراض الصرفي يبنى على الاحتمال الراجح يجب ان نحدد المقصود بالاحتمال الراجح أولاً ؛ فالاحتمال (probability) يمثل (تعبيرًا احصائيًا لأولوية التوقع في حدوث امر معين وهي حالة ذهنية تتمثل فيها حقيقة الامور في الذهن بناءً على اسباب ذاتية شخصية عندما يتطرق قدر من الاحتمال ثم قدر من الشك)[١] ، وبموجب هذا التعريف يكون الاحتمال راجحًا عندما يرجح تحققه على تخلفه، ويعرف ايضًا بأنه (الاعتقاد بصحة حدث ما استنادًا إلى اسباب وجيهة ، وهو مقياس كمي يجعل من الممكن تحقق هذا الحدث ، فهو علاقة بين الإمكان و الحقيقة ؛ اي علاقة بين عدد الامكانات التي تحولت إلى حقائق و الكمية العامة لتلك الامكانيات الموجودة في مرحلة سابقة ، بينما يمثل الامكان ما يمكن ان يحدث أو لا يحدث)[٢].

و الارجحية في الاحتمال تمثل مدى امكانية تحققه ، وهو تعبير عن توجه حقيقي تنظمه الظواهر التي ترافق الواقع[٣] ، وهي اقل درجة من الحتمية التي تعني ان واقعة ما تستتبع بما لا يقبل الشك حصول واقعة اخرى ؛ أي أن ثمة عوامل مخصوصة بنفسها متى اجتمعت على نحو مخصوص تحدث نتيجة مخصوصة بالقطع و اليقين ، ومن ثم يكون توقع النتيجة على سبيل الحتم واليقين [٤] ، واذا كان الانسان لا يستطيع ان يحيط علمًا بما هو في عالم الغيب فإن الله القادر سبحانه قد منحه القدرة

---

١ - د. هاوارد ازنبيرك ، الفضاءات الداخلية للأستكشاف الباراسايكلوجية ، ترجمة الحارث عبد العميد و اسيل عبد الرزاق ، مطبعة بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠١، ص٢٠

٢ - مجيد خضر عبد الله ، نظرية الغلط في قانون العقوبات ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٣، ص٢٨

٣ - د. رؤوف عبيد ، في التيسير والتخيير بين الفلسفة العامة وفلسفة القانون ، الطبعة الثالثة ، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٨٣، ص٤٢، وانظر في المعنى نفسه: د. رؤوف عبيد ، مناط مسؤولية المتهم عن النتائج المحتملة ومبادئ أخرى متصلة بالسببية وتقدير العقوبة ، المجلة الجنائية القومية ، تصدر عن المركز القومي للدراسات الاجتماعية و القانونية في القاهرة ، المجلد الثاني ، العدد الأول ، مارس ١٩٥٩، ص٢٦١.

٤ - محمد عبد المحسن ، القصد الجنائي الاحتمالي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩٦، ص١١٢.

على الاستشراف ، وهي قدرة تستند على طبيعة الوجود و السنن و القوانين الطبيعية و الكونية التي تتصف بالثبات و الاستمرارية و السببية ، ومن ملاحظة التجربة يرسخ في ذهن الانسان ان عوامل معينة تؤدي بالضرورة إلى أثار معينة بطريقة يمكن القول معها ان القدرة على توقع نتيجة معينة يرتبط قوةً و ضعفًا بمقدار العوامل و المعطيات الأولية التي احاط الانسان بها علمًا [١] ، ويرتبط الاحتمال الراجح ارتباطًا وثيقًا بالتوقع الذي يمثل انعكاسًا لحالة نفسية ذهنية تقع داخل الذات تفيد انتظار واقعة مستقبلية قد تحدث و قد لا تحدث ، ولما كان الواقع الموضوعي يحتم بقاء التوقع في دائرة الاحتمال دون اليقين لذلك فإن الاحتمال يجب ان لا يصل بأي حال من الاحول إلى درجة اليقين [٢] ، ويمثل اليقين اعلى درجات التصديق عند المناطقة ، ولبيان الاحتمال الراجح بشكل دقيق لا مناص من ايضاح مراتب التصديق لكي نتمكن من تحديد مرتبة الاحتمال الراجح بشكل منطقي .

فالتصديق أما ان يكون بدرجة (اليقين) اي ان الاحتمالية تنعدم في هذه المرتبة و يكون الاعتقاد مبنيًا على الجزم و اليقين ، و المرتبة الثانية تمثل (الظن) وهو ان يرجح احد الاحتمالات على الاخر وهو ادنى قسمي التصديق ، والمرتبة الثالثة هي (الوهم) ، وهو ان تحتمل مضمون الخبر أو عدمه مع ترجيح الطرف الاخر ، أما (الشك) فهو ان يتساوى احتمال الوقوع وعدم الوقوع والشك والوهم لا يعدان من مراتب التصديق بل هما من اقسام (الجهل)[٣].

ويبدو واضحًا أن الاحتمال الراجح يقع في مرتبة (الظن) ضمن مراتب التصديق ؛ لان التصديق يمثل ترجيح طرف ما على اخر ، سواء أكان الطرف الاخر محتملاً ام لا ؛ فإن كان هذا الترجيح مع نفي الاحتمال الاخر بشكل قطعي فهو يقين ، و إن كان مع وجود احتمال ضعيف كان ظنًا[٤] ، ولتوضيح كيف ان الافتراض الصرفي يبنى على الاحتمال الراجح يجب حساب الاحتمالات الصرفية بطريقة منطقية ولتوضيح ذلك نسوق المثال الآتي:

لو فرضنا ان ورقة صرفية تم انشاؤها ولم يذكر فيها مكان الانشاء ، وذكر عنوانًا بجانب اسم الساحب ؛ فيفترض ان هذا العنوان هو مكان انشاء الورقة الصرفية فهل ان هذا الافتراض يمثل (الظن) الذي يعد ادنى مراتب التصديق ؟ .

١- مجيد خضير عبدالله ، مصدر سابق ، ص٨٠_٨١.

٢ - د. رمسيس بهنام ، الاتجاه الحديث في نظرية الفعل و الفاعل و المسؤولية ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية تصدر عن كلية الحقوق جامعة الاسكندرية ، العدد الأول ،السنة التاسعة ،١٩٥٩-١٩٦٠، ص٥١٥.

٣ - الشيخ محمد رضا المظفر ، مصدر سابق ، ص١٦-١٧

٤ - المصدر نفسه ، ص١٦-١٧.

لبيان ذلك يجب حساب الاحتمالات و تحديد ارجحها ، وهي بمجملها لا تخرج من اربع احتمالات ؛ أما ان نفترض ان الورقة الصرفية انشأت بمكان الساحب و ننفي أي احتمال لكونها قد تكون انشأت في مكان اخر بشكل قطعي وتمثل هذه الفرضية مرتبة اليقين وهي مستبعدة بطبيعة الحال، أما إذا كان الاحتمال الاخر واردًا ، وهو ان تكون الورقة قد انشأت بمكان مغاير لموطن الساحب ، في هذه الحالة نكون امام ثلاث فرضيات ، أما ان يتساوى احتمال كون الورقة محررة فعلاً في موطن الساحب أو في مكان اخر بحيث لا يرجح احد الاحتمالات على الاخر فنكون هنا في مرتبة (الشك) وهي ايضًا مستبعدة ؛ لأن طبيعة الاشياء تقتضي عدم التساوي ؛ إذ الغالب ان يكون التحرير فعلاً بمكان الساحب كونه هو الذي يحرر الورقة غالبًا ، و الفرضية الثانية فيها يكون الاحتمال الاخر- ان تكون الورقة منشأة في مكان مغاير لمكان الساحب- هو الاحتمال الراجح على الاحتمال الذي رجحه المشرع وافترضه وهذه المرتبة هي (الوهم) وهي مستبعدة ايضاً من باب أولى ؛ لان الفرض الطبيعي يقتضي ذلك ، أما لو رجح الاحتمال الذي افترض المشرع صحته على الاحتمال الاخر وهذه هي الفرضية الثالثة نكون في مرتبة (الظن)[١] ،من التصديق التي نرى ان الافتراض الصرفي يقع في مرتبتها ، فإحتمال كون الورقة قد انشأت في مكان الساحب يبقى هو المرجح ، مع عدم نفي بقية الاحتمالات على اعتبار ان الفرض الطبيعي فيه يكون الساحب هو من يحرر الورقة الصرفية فالأرجح انها انشأت في موطنه ، وهكذا قس على بقية مصاديق الافتراض الصرفي ، فالافتراض بناء على وجود الاحتمال بشكل عام هو خلاصة عملية ذهنية جوهرها استقراء العوامل التي تؤدي إلى الافتراض[٢] ، فمرجحات الاحتمال هي التي دفعت المشرع إلى بناء الافتراض عليه ، و السؤال الذي يطرح في هذا المقام ، ماهي هذه المرجحات هل هنالك معايير تؤدي إلى ترجيح احد الاحتمالات على الاخر.

في البدء لا ضير من بيان المقصود بالمعيار ، فهو(الميزان الذي توزن فيه الفكرة فنقول بتحققها أو لا ، طبقًا للموازين التي تتخذ اساسًا للقياس) [٣] ، وهذه الموازين تتمثل بالظروف و العوامل التي تكون هي الاساس في قيام الاحتمال الموجب للإفتراض بمعنى ان التصرف أو الواقعة القانونية

---

١ - يميز البعض بين (المضنونات) و هي التي تدور بين احتمالين مع رجاحة احدهما ، و بين (المشهودات) وهي ما اشتهرت بين الناس و ذاع التصديق بها فهي اقرب لليقين من المضنونات لكن لا تصل بأي حال من الاحوال الى مرتبته، انظر في تفصيل ذلك ، الشيخ خليل رزق ، مقدمات منهجية في علم اصول الفقه ، تقريرًا لأبحاث السيد كمال الحيدري، الطبعة الأولى ، دار البلاغة ، لبنان، ٢٠١٤، ص٢٠٠.

٢ - هدير شلال شناوة ، العلم و اثره على التصرفات القانونية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء ٢٠١٩، ص١٨٣.

٣ - د. عبد المهيمن بكر ، القصد الجنائي في القانون المصري و المقارن ، مطبعة كلية القانون جامعة عين شمس ، ١٩٥٩، ص١١٩.

تكون محاطة بعوامل تجعل من تلك التصرفات مجالاً رحباً لوجود الشك وبناء الاحتمالات [١] ، بمعنى ان الظروف التي تحيط بالتصرف الصرفي هي التي تكون معيارًا للترجيح و من ثم بناء الافتراض على الاحتمال الراجح ، و يتبادر إلى الاذهان سؤال آخر مفاده هل ان الظروف وحدها هي التي تكون معيارًا للترجيح في اطار الافتراض الصرفي؟ ؛ ان اغلب تطبيقات الافتراض الصرفي تبنى على الاحتمال الذي ترجحه الظروف ، فعلى سبيل المثال تشير الفقرة الخامسة من المادة (L.511.1 .V) من قانون التجارة الفرنسي النافذ إلى ان الصكوك التي لا تشير إلى مكان انشائها يفترض انها قد انشأت في المكان المشار اليه بجانب اسم الساحب [٢] ، وبالتأكيد فإن فرضية انشاء الورقة الصرفية من قبل الساحب تجعل من فرض انشائها في المكان الموجود بجانب اسمه هو الاحتمال الراجح ، و كذلك الامر بالنسبة للفقرة الرابعة من المادة (.IV L.511.1) من القانون نفسه والتي ذكرت (في حال لم يذكر على وجه التحديد مكان الوفاء فأن المكان الذي يكون بجانب اسم المسحوب عليه هو الذي يفترض كمكان للوفاء) [٣]، وكذلك اغلب تطبيقات الافتراض الصرفي التي لا مجال لإستعراضها كلها في هذا المقام ، وهنالك من التطبيقات ما يكون فيها العرف التجاري هو المعيار في ترجيح الافتراض كالافتراض الذي اشارت له الفقرة الثالثة من المادة (L.511.1. III) والتي اشارت إلى ان الاوراق التجارية التي لا يذكر فيها ميعاد الاستحقاق تعتبر واجبة الدفع عند الاطلاع [٤] ، ويشير الفقه الفرنسي إلى ان معيار ترجيح خيار الاستحقاق لدى الاطلاع هو العرف التجاري الذي جرى على هذه العادة ، وكذلك لم يقيد الساحب بعبارة عند ذكره بل سمح له ان يستعمل كل العبارات التي كانت شائعة عرفًا[٥]، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف (غرنوبل) الفرنسية (إن الكمبيالات التي لا تتضمن ميعاد استحقاق لا يمكن اعتبارها لاغية ؛ فتطبيقًا لنص المادة L.511-1 في حالة عدم وجود مؤشر على استحقاقها تعتبر مستحقة عند الطلب) [٦]، وكذلك الامر بالنسبة لافتراض التضامن بين الموقعين على الحوالة التجارية الذي نصت عليه المادة (44-511) من قانون التجارة الفرنسي التي اشارت إلى ان الموقعين على الحوالة التجارية مسؤولون بصورة تضامنية امام حامل الحوالة ويحق له ان يتخذ

---

١ - هدير شلال شناوة ، المصدر السابق ، ص١٨٣.

2 - (L.511-1.V) - La lettre de change n'indiquant pas le lieu de sa création est considérée comme souscrite dans le lieu désigné à côté du nom du tireur"

3 -(L.511-1. IV) – "A défaut d'indication spéciale, le lieu désigné à côté du nom du tiré est réputé être le lieu du paiement et, en même temps, le lieu du domicile du tire".

4 - (L.511- III). –" La lettre de change dont l'échéance n'est pas indiquée est considérée comme payable à vue"

٥ - ج ربير _ر.روبلو ، المطول في القانون التجاري ،ترجمة د.علي مقلد . الجزء الثاني ،الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر، ٢٠٠٨، ص٢١٣.

6 - Cour d'appel de Grenoble - ch. commerciale - 14 mars 2019 - n° 16/04587 https://www.doctrine.fr/d/CA/Grenoble/2019/C7CA707375905BA5BF153

الاجراء ضد جميع الموقعين فرديًا أو جماعيًا دون ان يكون مقيدًا بمراعاة الترتيب في تواقيعهم [١] ، فأن معيار ترجيح فرضية التضامن بين الموقعين على الورقة الصرفية يرجع إلى العرف التجاري الذي يفترض التضامن بين المدينين في الألتزام الصرفي ، والحكمة من العرف الذي قننه المشرع واضحة ؛ إذا انها تكمن في تأمين الوفاء بالالتزامات الصرفية من اجل حماية هذا التعامل وازدهاره[٢] لذلك بدأت القوانين تنص على هذا التضامن تباعاً [٣] .

أما في اطار قانون التجارة الأمريكي الموحد المعروف بـ (UNIFORM COMMERCIAL CODE)[٤] ، فقد جاء في البند (3-111) ما يشير إلى افتراض مكان الوفاء في الحوالة أو الكمبيالة (الامر أو التعهد) على حد تعبير هذا القانون ؛ فقد افترضت ان مكان الوفاء هو موطن المسحوب عليه أو المتعهد في حالة عدم تضمين السند القابل للتداول مكان للأداء ، اذ وضعت افتراضات اخرى حتى في حالة عدم تضمن السند أي اشارة لموطن السحوب عليه أو المتعهد كأفتراض الموطن التجاري كمكان للوفاء و عند عدم توفره تفترض ان مكان الاداء هو محل السكن[٥]،

---

1 - (L.511-44)"Tous ceux qui ont tiré, accepté, endossé ou avalisé une lettre de change sont tenus solidairement envers le porteur. Le porteur a le droit d'agir contre toutes ces personnes, individuellement ou collectivement, sans être astreint à observer l'ordre dans lequel elles se sont obligées. Le même droit appartient à tout signataire d'une lettre de change qui a remboursé celle-ci. L'action intentée contre un des obligés n'empêche pas d'agir contre les autres, même postérieurs à celui qui a été d'abord poursuivi" .

٢ - د. زياد عادل حشيش ، اساسيات القانون التجاري دراسات في معالم التنظيم القانوني للتجارة ، دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية ، ٢٠١٢، ص٥٨.

٣ - تجدر الاشارة إلى ان أول قانون اشار إلى التضامن الصرفي هو قانون التجارة الفرنسي لعام (١٨٠٧) إذ نص صراحة في المادة (١٤٠) (يسأل كل من امضى البوليصة او قبلها او ظهرها عن الضمان على وجه التضامن قبل الحامل) ومنذ ذلك التأريخ بدأت القوانين التجارية تحذو حذو المشرع التجاري الفرنسي بالنص على التضامن الصرفي كما نصت على ذلك ايضاً اتفاقية جنيف لعامي ١٩٣٠ الخاصة بالحوالة التجارية و السند الامر في المادة ٤٧ ، و اتفاقية ١٩٣١ الخاصة بالصك في المادة(٤٤)، ينظر للمزيد من التفصيل ، يوسف عودة غانم المنصوري ، التضامن الصرفي في الاوراق التجارية ،الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٢، ص ١٠ و ما بعدها .

٤ - ان قانون التجارة الامريكي الموحد الذي وضعه المؤتمر الوطني للمفوضين حول القوانين الموحدة للولايات يشمل كافة جوانب المعاملات التجارية (بيع البضائع –السندات (الاوراق التجارية)- الودائع المصرفية –السحوبات من المصارف – كتب الاعتماد – وصولات التخزين – وثائق الشحن – كفالات الاستثمار – و اتفاقات تجارية مكفولة) تبنت كافة الولايات هذا القانون بإستثناء ولاية لويزيانا التي بسبب تأثرها بالقانون الروماني لم تتبنَّ المواد المتعلقة بعمليات البيع و الاتفاقات التجارية المكفولة و حسب ما جاء في قانون التجارة الموحد انه "يهدف الى معالجة كافة المسائل التي قد تبرز بصورة عادية عند تنفيذ اي اتفاق تجاري" ، ينظر للمزيد من التفصيل المدخل لدراسة القانون و المصطلحات القانونية ، تأليف (مجموعة من المتخصصين) ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩، ص ٨٠ .

5- (3-111) Place of payment.

Sec.(3-111). "Except as otherwise provided for items in article 4, an instrument is payable at the place of payment stated in the instrument. If no place of payment is stated, an instrument is payable at the address of the drawee or maker stated in the instrument. If no address is stated, the place of payment is the place of business of the drawee or maker. If a drawee or maker has more than 1 place of business, the place of payment is any place of =

فإن لم يذكر مكان الوفاء في الحوالة يعول على عنوان المسحوب عليه وكما اوضحنا آنفًا ، وان لم يذكر مكان الوفاء في الكمبيالة يعول على عنوان (المتعهد) ، و بالتأكيد فان كل الافتراضات المتقدمة مبنية على الاحتمال الراجح وحسب التدرج الموضح في التفصيل السابق تبعًا لما يحف بالافتراض من قرائن مرجحة .

وقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف الخاصة بولاية (ماريلاند) الامريكية في قضية تعرف بإسم قضية (ماسينغ ضد بنك أمريكا) مانصه (تشير المادة (111-3) من القانون الأساسي على أنه سيتم دفع صك في الموقع المحدد في ذلك الصك ، في حالة عدم تحديد موقع ، يكون مكان الدفع المناسب للأداة المالية هو "مكان عمل المسحوب عليه" ، ونظرًا لأن المستأنف كان المسحوب عليه ،فأن أي من مكاتبها الفرعية مكانًا مناسبًا لتقديم الشيك المعني)[١] .

وكذلك الامر بالنسبة لقانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩) فنرى ان معيار الترجيح قد يرجع إلى الظروف التي تحيط بالتصرف أو الواقعة الصرفية محل الافتراض أو ان العرف التجاري هو الذي يقتضي هذا الترجيح ، إذ تشير المادة (٣٨٠/ب) إلى افتراض مكان الوفاء إذا لم يذكر ، وتشير الفقرة (ج) من المادة ذاتها إلى افتراض مكان الانشاء في حالة عدم ذكره إذ تنص "وإذا خلت من بيان مكان الاصدار اعتبرت صادرة في المكان المبين بجانب توقيع الساحب"، و بالتأكيد فإن الظروف الموضوعية المتمثلة بكتابة الورقة من قبل الساحب في أغلب الاحيان تقتضي ترجيح احتمال كونها انشأت في موطنه و من ثم افتراض ذلك ، وكذلك الامر فيما يتعلق بأفتراض مكان الوفاء فالمدين بالسند هو الذي يكلف بوفائه و القواعد العامة تقتضي ان يكون الوفاء بموطن المدين وذلك تيسيرًا على المدين الصرفي الذي يكون من مصلحته ان يوفي في موطنه ، وعلى الحامل ايضًا الذي لن يشغل باله كثيرًا في البحث عن محل دفع الورقة إذا لم يذكر[٢] ، وكذلك الامر بالنسبة للافتراض الذي اشارت إليه الفقرة الرابعة من المادة (٤١٩) من قانون التجارة المصري التي نصت "يذكر في الضمان اسم المضمون والا عُدَّ الضمان حاصلاً للساحب" ، فالظروف هي التي رجحت هذا

---

business of the drawee or maker chosen by the person entitled to enforce the instrument. If the drawee or maker has no place of business, the place of payment is the residence of the drawee or maker"

(ولنا عودة لهذه المادة عند بحث تطبيقات الافتراض الصرفي في الفصل الاخير من هذه الاطروحة)

1- Court of Special Appeals of Maryland ,Jeff E. MESSING, v. BANK OF AMERICA, N.A. Decided: February 28, 2002,(KRAUSER, Judge.) https://caselaw.findlaw.com/md-court-of-special-appeals/1151946.html

٢ - ينظر قريب من هذا المعنى د .محمد خيري ، الاستاذ سمير الامين ،السند الاذني ، الطبعة الأولى ، المركز القومي للأبحاث القانونية ،٢٠١١، ص١١.

الافتراض على اعتبار ان الساحب هو الملتزم الذي يترتب على وفائه للحوالة تبرئة اكبر عدد ممكن من الملتزمين بأعتباره المدين الاصلي بالحوالة[١]، فالمصلحة التي تعتبر جزء من الظروف هي التي رجحت هذا الافتراض .

اما فيما يتعلق بالقانون العراقي فلا يبتعد كثيرًا موقفه عن مواقف القوانين السابقة فيما يتعلق بمعايير ترجيح الافتراضات الصرفية فهي قد ترجع للظروف التي تقتضي ترجيح احتمال معين ومن ثم بناء الافتراض عليه أو ان العرف التجاري الصرفي هو الذي يقتضي هذا الترجيح، فالمادة (٤١) من قانون التجارة النافذ افترضت البيانات التي اغفل المحرر ذكرها عمدًا أو سهوًا فإذا خلت الورقة من احد البيانات المذكورة حلت الاستعاضة التشريعية محل البيانات الناقصة[٢]، فالظروف الموضوعية هي التي رجحت هذه الافتراضات كما بينا .

ومن الافتراضات التي يرجحها العرف التجاري افتراض التضامن بين الموقعين على الورقة التجارية الذي اشارت اليه المادة (١٠٦/ أولاً) ويرجع ترجيح المشرع لهذا الافتراض إلى العرف التجاري الذي يلعب دورًا كبيرًا ليس في بناء الافتراض الصرفي وحسب ؛ بل في صياغة القاعدة القانونية الصرفية و التجارية بشكل عام بسبب النشأة العرفية للقوانين بشكل عام ولقانون التجارة بشكل خاص ، فما كان ينظم عمل التجار سوى ما اعتادوا عليه من اعراف [٣]، ومن كل ما تقدم يتضح ان الافتراض الصرفي يبنى على الاحتمال الراجح الذي ترجحه ظروف التصرف الصرفي أو العرف هو الذي يكون معيارًا للترجيح.

ثانياً:- الافتراض الصرفي غير قابل للدحض

اذا كان الافتراض الصرفي يبنى على الاحتمال الراجح فإن هذا الافتراض لا يكون قابلاً للدحض سواء بأثبات العكس أو غيره من الوسائل ، فالقواعد الخاصة بالافتراض الصرفي نرى انها تمثل قواعد موضوعية غير قابلة للدحض ؛ على اعتبار ان المشرع عندما يلجأ إلى اسلوب الافتراض كأسلوب من اساليب الصياغة التشريعية فإن عمله لا يخرج عن ثلاثة احتمالات ؛ أما ان يصب هذا الافتراض بصيغة القرينة القانونية أو بصيغة القواعد الموضوعية أو بصيغة الحيل القانونية (الافتراض القانوني بالمعنى الخاص) ، فبالنسبة للقرينة القانونية فهي تمثل قاعدة من قواعد الاثبات

١ - د .محمد خيري ، الاستاذ سمير الامين ، المصدر السابق ، ص٦٠

٢ - د. علي فوزي الموسوي ، الوجيز في الاوراق التجارية دراسة في قانون التجارة النافذ ، دار السنهوري ، بيروت ، سنة الطبع٢٠٢٠، ص٥٦.

٣- رغد فوزي عبد الطائي ، اشكاليات تطبيق العرف التجاري ، بحث منشور في مجلة الغري للعلوم الاقتصادية والادارية ، تصدر عن كلية الادارة و الاقتصاد جامعة الكوفة ، العدد الثاني السنة الثانية عشر ،٢٠٠٩، ص٢٠١.

تقبل اثبات العكس في العادة ، وهي تقوم على فكرة الراجح الغالب (idee de pobabilite) [١] ، و بما ان القرينة اقل من الدليل فإن الاصل ان كل دليل يقبل اثبات العكس ؛ فالدليل الكتابي يقبل اثبات العكس بدليل كتابي مثله والبينة تقبل اثبات العكس ببينة مثلها ، والقرائن القانونية هي الاخرى تقبل اثبات العكس بقرائن مثلها أو بالبينة أو بالدليل الكتابي ، فأذا كان الدليل الكتابي والبينة وهما يثبتان الواقعة بدليل مباشر يقبلان اثبات العكس فأولى بالقرينة وهي تقتصر على الاعفاء من الاثبات ان تقبل هي الاخرى اثبات العكس[٢] ، فالأصل في القرينة ان تكون غير قاطعة اي انها تقبل اثبات العكس ، فأذا لم تقبل اثبات العكس فذلك هو الاستثناء ، وإذا كانت القرينة القانونية قاطعة بمعنى انها لا تقبل اثبات العكس فهذا لا يعني انها غير قابلة للدحض ابدًا ؛ لأن عدم القابلية للدحض لا تكون الا للقواعد الموضوعية ، أما القرائن القانونية ولو كانت قاطعة فهي قواعد اثبات ومهما كانت المرتبة التي ارادها المشرع لها في القطع و الحسم فهي تبقى قابلة للدحض بالإقرار أو اليمين ما دام المشرع قد شاء ان تبقى في حظيرة قواعد الاثبات [٣] ، وهذا ما اكدته المادة (1352) من القانون المدني الفرنسي - قبل ان يطالها التعديل - إذ من المعروف ان نظرية الاثبات عدلت ضمن تعديل القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم (2016-131) المؤرخ ١٠ فبراير ٢٠١٦ ، الذي اجرى تحويرًا على احكام الاثبات حيث كان نصها قبل التعديل على الشكل الآتي "تعفى القرينة القانونية من قررت لمصلحته من تقديم اي اثبات فلا يقبل اي اثبات ضد القرينة القانونية عندما يبطل القانون بعض الاعمال القانونية أو يرفض قبول الدعاوى القضائية سنداً لهذه القرينة ، ما لم ينص على امكانية تقديم الاثبات المعاكس مع الاحتفاظ بما سيذكر بشأن اليمين و الاقرار القضائيين "[٤] ، ويفسر هذا النص من قبل الفقه الفرنسي بأن القرينة القانونية القاطعة يمكن دحضها باليمين أو الاقرار [٥].

أما بعد التعديل فقد قسمت المادة (1352) من القانون المدني الفرنسي القرائن القانونية على ثلاث مراتب ؛ بسيطة يمكن اثبات عكسها و مختلطة يمكن دحضها بأحوال معينة ينص عليها القانون وقاطعة عندما لا تكون قابلة للنفي ، اذ نصت هذه المادة (القرينة التي يربطها القانون بتصرفات معينة أو بوقائع معينة ويسندها إلى الغير ؛ تعفي الشخص الذي وجدت لصالحه من تقديم الدليل ، تدعى القرينة بأنها بسيطة ، عندما يحتفظ القانون بإمكانية عكسها و يمكن حينئذ نفي القرينة بإي وسيلة من وسائل الاثبات ، و تدعى القرينة بأنها مختلطة عندما يحدد القانون الوسائل التي بموجبها يمكن نفي

---

1 - francois geny , op, cit , p. 238,

٢ - د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ١٩٦٨، ص٦٠٦.

٣ - د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص ٦١٣.

٤ - نسخة (Dalloz)من القانون المدني الفرنسي باللغة العربية (code civil francais en arabe)، مطبعة جامعة القديس يوسف ، بيروت ، ٢٠٠٩، ص١٣٢١.

5 - stefan goltzber , op.cit, p35

القرينة أو الموضوع الذي يمكن نفي القرينة بموجبه ، و تدعى القرينة بأنها قطعية عندما لا يمكن نفيها)[١] ، والذي يتضح من هذا التعديل ان القانون المدني الفرنسي ادخل القواعد الموضوعية كنوع جديد من القرائن .

أما فيما يتعلق بالقانون الامريكي فوجدنا أن قانون التجارة الموحد يبيح الخروج على كفاية الورقة الذاتية في مواطن عدة ؛ لذلك فان القرائن التي نص عليها جميعها تكون قابلة لاثبات العكس ، بخلاف القواعد الموضوعية ، والذي يبدو انه يستعمل القرائن بشكل أوسع من القواعد الموضوعية كما سوف يتضح ، ولا غرابة في ذلك ؛ فهذا القانون وكما تقدم لا ينتمي - بالمجمل- الى مجموعة القوانين التي نهلت من اتفاقية جنيف .

ويتجه القضاء الامريكي الى جعل السند القابل للتداول وسيلة لاثبات الحق وليس انشائه ؛ حيث يبيح اللجوء إلى وقائع خارجة عنه لإثبات مضامينه في اغلب الاحيان ؛ و هو ما اتضح لنا من خلال عدد من الاحكام القضائية الامريكية[٢] .

أما في اطار الفقه المصري فالفقه المصري يجمع على ان القرينة القانونية القاطعة قابلة للدحض فهي دليل من ادلة الاثبات بل هي دليل سلبي ؛ اذ تقتصر على الاعفاء من الاثبات فإذا نقضها من تقررت لمصلحته بإقراره أو اليمين فقد دحضها ولم يعد هناك مجال لإعفائه من الاثبات لم يقبل ان يعفي نفسه منه[٣].

---

1 -Article 1354 (Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 4)
"La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve. Elle est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve ; elle est dite mixte, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée ; elle est dite irréfragable lorsqu'elle ne peut être renversée".
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032042336

2 -United States Court of Appeals for the Eighth Circuit, Hawkins v. Community Bank of Raymore , DOCKET NO. 14-520, DECIDED Mar 22, 2016 , https://www.oyez.org/cases/2015/14-520
and see : United States Court of Appeals, Eleventh Circuit , ESTATE OF BASS v. REGIONS BANK INC , Nos. 17-13048, 18-12917 , Decided: January 21, 2020 , https://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1907918.html

٣ - د. سليمان مرقس ، اصول الاثبات و اجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنينات سائر البلاد العربية ، عالم الكتاب ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص٤٢٣، وينظر د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص٦١٤ .

وكذلك الامر في رحاب الفقه العراقي ؛ فالقرينة بالمجمل اقل من الدليل و من ثم من الممكن دحضها بقياس الاولوية[١] .

نخلص من كل ما تقدم إلى ان ما لا يجوز دحضه بالإقرار أو اليمين لا يعد من القرائن القانونية وانما تعد قواعد موضوعية ، اذ توجد قواعد موضوعية يبنيها المشرع على الاحتمال الراجح و يقلبها إلى حقائق ثابتة ، فبلوغ الرشد على سبيل المثال تتفاوت فيه الناس و لا يعقل ان يبلغ الجميع من الناحية الفعلية في سن رشد واحد ، لكن المشرع لا يسعه ان يكل تحديد هذا السن إلى الظروف الذاتية لكل فرد؛ فوجب ان يجعل بلوغ الرشد عند كل انسان في سن معينة متبعًا في ذلك الكثرة الغالبة من الاحوال متجاوزًا عن التفاوتات ما بين انسان واخر حتى يضبط التعامل و يستقر ، وهذه هي القاعدة الموضوعية التي يبنيها المشرع على فكرة الراجح الغالب الوقوع [٢]، و تتمايز هذه القواعد الموضوعية عن القرائن القانونية في أنها لا تعد من قواعد الاثبات بل هي قواعد تكميلية لأراده الاطراف فهي لا تهدر هذه الارادة ؛ و انما تملأ الفراغ الذي تتركه [٣] ، والسؤال الذي يطرح هنا ، ما الذي يجعل النصوص القانونية المقررة للأفتراض الصرفي قواعد موضوعية غير قابلة للدحض؟ ، في حقيقة الأمر هنالكَ أمران يجعلان نصوص الافتراض الصرفي قواعد موضوعية غير قابلة للدحض ، الأول يرجع إلى اسلوب صياغة هذه النصوص وهو ما يجعل نصوصها لا تصنف ضمن القرائن غير القطعية ، و الثاني يرجع إلى طبيعة التعامل الصرفي وهو ما يجعل نصوص الافتراض الصرفي لا تعد من القرائن القطعية القابلة للدحض بل قواعد موضوعية لا تقبل ذلك ؛ ففيما يتعلق بالأمر الأول نجد ان طريقة صياغة هذه النصوص لا تتضمن ما يشير إلى امكانية اثبات عكسها [٤] ، رغم ان المشرع يشير إلى امكانية اثبات العكس في بعض القرائن الصرفية في مواطن اخرى [٥] ، ما يعني ان المشرع اراد السمو بقواعد الافتراض الصرفي من مرتبة القرائن إلى مرتبة القواعد الموضوعية

١- القاضي عباس قاسم الداقوقي ، الاجتهاد القضائي ، الطبعة الاولى ، المركز القومي للأصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٥، ص٧٧.

٢ - د. عبد الرزاق السنهوري ،مصدر سابق ، ص٦١٦. وينظر في المعنى نفسه القاضي حسين المؤمن ، القرائن القانونية و القواعد الموضوعية ، بحث منشور في مجلة القضاء الحقوقية ،تصدر عن نقابة المحامين العراقية ، العدد الأول و الثاني ، السنة التاسعة والعشرون ، ١٩٧٤، ص٢٨.

٣ - السنهوري ، المصدر السابق ، ص٦١٩.

٤ - انظر المواد التالية من قانون التجارة العراقي النافذ: (٤١)- (٤٥)- (٨١/ثانياً- ثالثاً)- (١١٩)-(١٢٤/اولاً) - (١٣٤)-(١٣٩) حيث تمثل هذه النصوص افتراضات لا تقبل اثبات العكس.

٥ - انظر المواد التالية من قانون التجارة النافذ : (٦٠/ثانياً) - (٧٩/اولاً)- (١٥٣/ثانياً)- (١٦٠/ثانياً) حيث تمثل هذه النصوص قرائن تقبل اثبات العكس.

غير القابلة للدحض ؛ فالمشرع هو صاحب الاختصاص في الانتقال في الصياغة التشريعية من القرينة القانونية إلى القاعدة الموضوعية أو السمو بالقرينة القانونية إلى مرتبة القاعدة الموضوعية[١].

أما فيما يتعلق بالأمر الثاني الذي يربأ بنصوص الافتراض الصرفي عن ما يسمى بالقرائن القطعية فهو طبيعة التعامل الصرفي الذي يحكمه مبدأً مهم وهو مبدأ الكفاية الذاتية للورقة الصرفية بحيث تكون الورقة الصرفية كافية بذاتها لبيان مدى الالتزام الثابت فيها وأوصافه بحيث تكفي مجرد النظرة اليه لتحديد الحقوق التي يتضمنها المحرر الصرفي فلا يمكن ان يحيل المحرر الصرفي إلى واقعة أو قرائن خارجة عنه ، واذا فعل ذلك تخلف شرط الكفاية الذاتية ومن ثم لا يعد محررًا تجاريًا ويخضع للأحكام العامة للألتزام[٢]، فالكفاية الذاتية للورقة الصرفية تحتم ان تكون تطبيقات الافتراض الصرفي غير قابلة للدحض ؛ فإنها ان لم تكن كذلك سيؤدي ذلك إلى إلى فتح الباب لوسائل الأثبات والاحالة إلى قرائن خارج الورقة التجارية مما يتعارض مع مبدأ الكفاية الذاتية ويعرقل تداول المحرر الصرفي ، ونخلص من كل ما تقدم إلى ان الافتراض الصرفي يقوم على الاحتمال الراجح وهو يشكل قاعدة قانونية موضوعية غير قابلة للدحض.

ثالثاً:- الافتراض الصرفي قد يوافق الحقيقة و قد يخالفها

ان الافتراض الصرفي - كما اسلفنا - يبنى على الاحتمال الراجح ، وهو بهذا الوصف قد يتوافق مع الحقيقة وقد يخالفها ؛ على اعتبار ان الاحتمال مهما كان راجحًا فهو يبقى في دائرة الظن ولا يصل إلى مرتبة اليقين ، ولا غرابة في ذلك فالأثبات في اغلب الاحيان لا يصل إلى اليقين ، وانما يحاول الاقتراب منه قدر الامكان ، على اعتبار ان الاثبات يقوم على فلسفة مؤداها ان الاحكام تبنى على الظن لا اليقين و الظن - بحسب ما مر بنا- هو الجانب الراجح للأدراك لتوفر مرجحات لدى المدرك[٣] ، وبما ان الأحكام تبنى على الظن فهي قد توافق الحقيقة في اغلب الاحيان و قد تخالفها في بعض الاحيان تبعًا لمرجحات الظن ، ونجد في حقيقة الامر ان المشرع لا يهتم كثيرًا بمدى موافقة افتراضاته للحقيقة الواقعية من عدمها بقدر ما تعنيه غايات اخرى ، فقد يصوغ في افتراضه حقيقة خاصة به ينزلها منزلة الوقائع حتى و ان لم تتوافق مع الحقيقة الواقعية ، لذلك يميز الفقه بين الحقيقة القانونية والحقيقة الواقعية ، وهذه الحقيقة القانونية قد تتوافق مع الحقيقة الواقعية وقد تخالفها و لكي

١- السنهوري مصدرسابق،ص٦٢٠، وينظر في المعنى نفسه ، القاضي حسن المؤمن، مصدر سابق ص٣٦.
٢ - د. علي جمال الدين عوض ، الاوراق التجارية ، مطبعة جامعة القاهرة ، الكتاب الجامعي ، ١٩٩٥،ص٧.
٣ - د. مصطفى الزلمي ، ياسر باسم ذنون ، الحقيقة الواقعية و الحقيقة القضائية بين النسبية و الاطلاق (دراسة في ضوء قواعد علم الفلسفة) بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية ، تصدر عن مركز الدراسات المستقبلية في كلية الحدباء الجامعة. العدد (١٤) ٢٠٠٦، ص١٢٦.

يرتب القانون اثاره على الحقيقة القانونية يفترض انها مطابقة للحقيقة الواقعية[١] ، و الحقيقة الواقعية بشكل عام تعني من الناحية الفلسفية مطابقة التصور أو الحكم للواقع وقد تطلق على الشيء الثابت قطعًا و يقينًا [٢] ، كأن تقول ان مكان انشاء الحوالة التجارية المفترض هو المكان الذي انشأت فيه فعلاً ، فتتحقق المشروعية التي تقتضي مطابقة القانون للواقع ، الا ان الحقيقة القانونية من الممكن ان تكون غير مطابقة للحقيقة الواقعية فالحق يكون موجودًا في الواقع الا انه ليس ثمة دليل كافي و مقبول يدل عليه ؛ كأن تكون الحوالة منشأة في مكان اخر و القانون يفترض انها منشأة في مكان الساحب فتحدث هنا المفارقة بين الحقيقة الواقعية و الحقيقة القانونية ، و بجانب الحقيقة القانونية و الحقيقة الواقعية توجد الحقيقة القضائية و التي تتجسد بالحكم القضائي الذي هو تقرير للحقيقة كما استطاع ان يراها القاضي في ضوء وقائع الدعوى والادلة التي قدمها الخصوم أو اثبتت من سير المرافعة ، و بذلك تكون الحقيقة القضائية هي ما يثبته القاضي في حكمه نتيجة لتحريه حقيقة الواقع وما اثبت امامه بالطرق التي حددها القانون [٣]، وهذه الحقيقة لا تعنينا بالبحث ؛ لأن الافتراض الذي تتضمنه القاعدة القانونية الصرفية و الذي يمثل الحقيقة القانونية لا يترك مجالاً للقاضي في التحري عن مدى مطابقة الافتراض الصرفي للحقيقة الواقعية ؛ فهو من القواعد غير القابلة للدحض كما مر بنا ، وإذا كان الافتراض الصرفي قد صيغ بقالب تشريعي قد يستوعب الحقيقة وقد يضيق بها فهل هذا يعني ان المشرع الصرفي لا يهمه موافقة الافتراض الصرفي للواقع ؟.

في حقيقة الامر نرى أن المشرع قد مال مع الجانب الراجح في افتراضه وهذا يعني انه حاول موافقة الحقيقة قدر الامكان ؛ فلربما كانت احدى غايته موافقة الافتراض للحقيقة لكنها لم تكن غايته الفذة ؛ فقد يضحي المشرع الصرفي بتطابق الافتراض مع الواقع بحيث لا تتحقق المقبولية و المعقولية في النصوص الصرفية ، وهو ما يبعد هذه النصوص عن ما يسمى باليقين القانوني الذي يعني من بين ما يعنيه اقتناع المتعاملين بالنصوص القانونية بعدالة هذه النصوص[٤] وقبولهم لها باعتبارها انعكاسًا لما هو موجود في الواقع [٥] ، فقد يفترض المشرع واقعة غير صحيحة و عدم صحتها يستتر خلف شكل مركز قانوني صحيح في الظاهر ، و يأتي هذا الظهور نتيجة ثبوته بحسب ما هو مألوف من

---

١ - نجلاء توفيق نجيب فليح ، عبء الاثبات في الدعوى المدنية "دراسة مقارنة" اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة الموصل ، ١٩٩٨ ، ص ١٢٦.
٢ - د. مصطفى الزلمي ، ياسر باسم ذنون ، مصدر سابق ، ص ١٢٧.
٣ - د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٢٧.
٤ - نورس احمد كاظم الموسوي ، السياسة الجنائية في حماية الامن الفكري "دراسة مقارنة" ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠٢٠ ، ص٣٤.
٥ - ينظر قريب من هذه المعنى احمد جابر الحسيني ، اليقين القانوني الجنائي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء ٢٠١٩، ص١١٨.

عادات التجار و معاملاتهم الصرفية ، وهذا ما يسمى بالوضع الظاهر الذي يعني (حالة واقعية غير صحيحة تختفي خلف شكل قانوني صحيح في الظاهر) [١] ، وهو الوضع الراهن الطبيعي للأشياء و الثابت بحسب ما هو مألوف من عادات الناس و معاملاتهم مهما كان سبب ثبوته سواء اكان ثابتًا اصلاً أم عرضًا أم فرضًا[٢] ، وهنالك من يرى ان الوضع الظاهر هو ما يكون ظاهرًا بنظر الكافة أو نتيجة الافتراضات القانونية فيبنى على هذا الافتراض و ينزله منزلة الوضع الحقيقي [٣] ، ففي كثير من الاحيان يحاول المشرع المحافظة على الوضع الظاهر متى ما كان الحفاظ عليه يسهم في استقرار المعاملات [٤] ، ومن كل ما تقدم يتضح ان الافتراض الصرفي يبنى على الاحتمال الراجح غير القابل للدحض سواء وافق هذا الاحتمال الحقيقة أو خالفها .

المطلب الثاني

شروط الافتراض الصرفي و اقسامه

يؤدي الافتراض الصرفي دورًا مهمًا في بناء الورقة الصرفية و اطلاقها إلى ميدان التعامل الصرفي ، وصولاً إلى وفائها ، وامام هذا الدور المهم الذي يؤديه الافتراض الصرفي في حياة الورقة الصرفية لابد من ان تتوفر شروط معينة يجب ان تتحقق لكي يولد الافتراض الصرفي و تعمل اثاره ، وإذا ما توفرت هذه الشروط هل يكون الافتراض الصرفي على هيأة واحدة أو ان هناك اقسامًا أو انواعًا متعددة له ؟ للاجابة عن هذه التساؤلات وايضاحها سنقسم هذا المطلب على فرعين اذ سنخصص الفرع الأول لبيان شروط الافتراض الصرفي ، ومن ثم سنتناول في الفرع الثاني اقسام الافتراض الصرفي .

١- علي حميد كاظم الشكري ، استقرار المعاملات المالية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٤، ص٥٦

٢ - عدنان ابراهيم السرحان ، الإتجاهات الحديثة للمسؤولية عن الفعل الضار، دراسة نقدية مقارنة في القانونين الإماراتي والقطري في ضوء تطورات المسؤولية في القانون الفرنسي ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، تصدر عن كلية القانون ، جامعة الامارات ، العدد ٧١، السنة ٣١، ٢٠١٧، ص٢٩٣.

٣ - سركوت اسماعيل حسن ، الظاهر و دوره في الاثبات ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ٢٠٠٩، ص٢٨.

٤ - علي حميد كاظم ، مصدر سابق ، ص٥٧.

الفرع الأول

شروط الافتراض الصرفي

لا يؤدي الافتراض الصرفي دوره الا بتوفر شروطه ، فإن لم تتحقق هذه الشروط فلا مجال لإعمال هذا الافتراض ، وشروطه كما تبين لنا تتلخص في ثلاثة شروط ، منها ما يتعلق بوجوده ، ومنها ما يتعلق بإنفاذه ، ويمكن ان نرتب هذه الشروط بتراتب منطقي ؛ ففي البدء لابد من ان يوجد نص قانوني يقرر الافتراض الصرفي ، ومن ثم لابد من ان يتحقق مبنى الافتراض لكي ينطبق النص الذي تضمن الافتراض على الواقعة ، وهذان الشرطان يمثلان شروط وجود الافتراض الصرفي ، ولكي تعمل اثاره عملها يجب أن يتوفر شرطًا ثالثًا ، وهو أن لا يوجد مانع من موانع الافتراض الصرفي ، وهذا الشرط الأخير هو شرط أنفاذ ؛ ولإيضاح الشروط المتقدمة سنتناولها بالبحث تباعاً.

اولاً :- وجود نص قانوني يقرر الافتراض الصرفي.

تقدم القول إن الافتراض الصرفي يمثل اسلوبًا من اساليب الصياغة التشريعية[١] ، و بالتحديد من طرق الصياغة المعنوية و التي تعد طريقة منطقية بحتة من صنع الذهن يلجأ اليها المشرع في سبيل اخراج القاعدة القانونية إخراجًا عمليًا يحقق من خلالها الغاية التي يفصح عنها جوهرها [٢] ، وبهذا الوصف لابد من وجود نص قانوني صرفي ينص على هذا الافتراض ، وقبل ان نبين النصوص الصرفية المقررة لهذا الافتراض يجب ان نعرج قليلاً على ادبيات صياغة النص الصرفي ، فالمشرع وهو يتصدى لعملية التشريع بشكل عام يجب عليه ان يقوم بصياغة النص بطريقة منطقية يربط من خلالها النص القانوني بسياقه التطبيقي بحيث يلائم البيئة القانونية الخاصة به من خلال صياغته بطريقة فنية دقيقة[٣] ، كي يؤدي المعنى المنوط به و بعد ذلك تتضح الاحكام المترتبة عليه ؛ فالنصوص القانونية بشكل عام عبارة عن صياغة تستوعب هدفًا معقولاً يقصده المشرع من خلال تفكيك الفرضيات التي يتضمنها النص ؛ اي الحالات المفترضة التي ينتظر وقوعها في المستقبل والحكم الذي يقرره النص القانوني لهذه الفرضيات[٤] ، فكل نص قانوني يتحلل إلى فرض

---

١ - تعرف الصياغة بشكل عام بأنها (الاداة التي يكون بمقتضاها نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي إلى الحيز الخارجي ، فهي لا تعدو في بداية الامر ان تكون فكرة كامنة في النفس و بعد ذلك يتم التعبير عنها لتصبح حقيقة قانونية يجري التعامل على اساسها)، ينظر في تفصيل ذلك د. احمد شرف الدين ، اصول الصياغة القانونية ، مطبعة ابناء وهبة حسان ، القاهرة ، ١٩٩٣، ص١٤

٢ - د. عصمت عبد المجيد بكر ، المصدر السابق ، ص١٨٧.

٣- د. مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٩٢، ص٢٨٨

٤ - د. محمد شرف احمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، مطبعة و زارة الاوقاف و الشؤون الدينية ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص١٠٤.

وحكم[١] ، و المشرع الصرفي يجب ان يكون ملمًا بالوقائع الصرفية لكي تتضح لديه معالم الفرضيات الواردة عمليًا ؛ولا ينتظم ذلك الا إذا ولد النص الصرفي من رحم التعامل الصرفي ؛ كي يكون جامعًا للفرائض وحاكمًا عليها ، ولا يتحقق الحكم على الفرضيات الصرفية الا بصياغة نص قانوني صرفي يشخص الفرضية و يقترح لها حلاً يوازن من خلاله بين العدالة و استقرار المعاملات ، فيميل مع الغاية التي تحقق سرعة التدول أو تقوية ائتمان الورقة ، ففي الميدان التجاري قد لا تكون العدالة غاية المشرع الفذة ، و بالرجوع إلى النص المقرر للافتراض فيجب ان يوجد نص قانوني ينص على الافتراض الصرفي و بدون هذا النص لا مجال للكلام عن الافتراض الصرفي ، فعملية انشاء الافتراض الصرفي تكون من اختصاص المشرع حصرًا ، وبذلك يكون القانون هو المصدر الوحيد له، ويشترك الافتراض الصرفي مع الافتراض القانوني بالمعنى الخاص الذي يجمع الفقه إلى ضرورة وجود نص قانوني يقرره [٢] ، فليس للقاضي أو اشخاص الورقة الصرفية الا ان يتأكدوا من توافر شروط الافتراض الصرفي فقط ، أما انشاء هذا الافتراض فهو من مختصات المشرع الصرفي ، وعندما يلجأ المشرع إلى الافتراض الصرفي باعتباره من اساليب الصياغة القانونية فأنه قد يستخدم بعض المفردات التي تدل على الافتراض ، فيما يتعلق بالقانون الفرنسي فلا يمكن الكلام في ظله عن الافتراض الصرفي مالم يكن هناك نص قانوني يقرره ، و تستند الافتراضات الصرفية في هذا القانون إلى نصوص صريحة فهو يستخدم مفردة (consideree) وتعني بالعربية (اعتبر) كما في الفقرة الثانية و الخامسة من المادة (L.511-1) التي سبقت الاشارة اليها ، أو قد يستخدم مصطلح (repute) والذي يعني (يُعد) للدلالة على الافتراض الصرفي ايضًا ، هذا بالنسبة لقانون التجارة الفرنسي الذي نظم احكام الحوالة و الكمبيالة ، أما بالنسبة للقانون النقدي و المالي الفرنسي [٣] ، فقد جاء الشطر الثاني من المادة (L.131.3) ما يشير إلى افتراض مكان الانشاء في حالة عدم ذكره ؛ فيعتبر المكان الموجود بجوار اسم الساحب مكاناً للإنشاء واستخدم في ذلك مصطلح (repute) ، و كذلك (considere) [٤] ، و نعتقد ان تقيد التشريعات بهذه المصطلحات يعود إلى ان اتفاقية جنيف للأوراق التجارية التي

---

١ - انظر للمزيد من التفصيل حول عنصر الفرض و عنصر الحكم في القاعدة القانونية ، د. منذر الشاوي ، مدخل في فلسفة القانون ، الطبعة الأولى ، دار الذاكرة للنشر و التوزيع ، بغداد ، ٢٠١١، ص١٤٣-١٥٤.

٢ _ ينظر د. عبد الحميد فودة ، الافتراض القانوني ، مصدر سابق ، ص١٢ ، د. محمد الصاوي ، مصدر سابق ص٥٤، د. محمد مرسي جاب الله ، مصدر سابق ، ص٧٥، و لم نجد بين كل من تصدى للكتابة في الافتراض القانوني من انكر هذا الشرط.

٣ - نذكر بإن المشرع الفرنسي لم ينظم احكام الصك (chèque) مع الحوالة و الكمبيالة ضمن قانون التجارة الفرنسي(code de commerce) و انما نظمه ضمن احكام القانون النقدي و المالي الفرنسي. (Code monétaire et financier) في المواد من (L.131-1 إلى L.131.87).

4 - Article L131-3" A défaut d'indication spéciale, le lieu désigné à côté du nom du tiré est **réputé** être le lieu de paiement. Si plusieurs lieux sont indiqués à côté du nom du tiré, le chèque est payable au premier lieu indiqué".

استخدمت مصطلح (deemed)[١] باللغة الانكليزية و تعني (يعتبر) بالعربية على اعتبار ان هذه الاتفاقية صيغت باللغتين الانكليزية و الفرنسية .

أما فيما يتعلق بقانون التجارة الامريكي الموحد فقد وجدناه لا يستخدم مفردات دالة على الافتراض بشكل صريح بل إنه يعطي الحكم بشكل مباشر في الحالات التي تستوجب الافتراض دون استخدام مفردة (assumption) (الافتراض) أو مشتقاتها ؛ فنجده مثلاً في المادة (3-114) يشير بشكل مباشر إلى افتراض صحة الكتابة اليدوية في حالة وجود بنود متعارضة [٢] .

أما فيما يتعلق بالمشرع المصري فهو الآخر يستعمل مشتقات مفردة (الاعتبار) للدلالة على الافتراض الصرفي كما اشارت إلى ذلك المادة (٣٨٠) و كذلك المادة (٣٨٤) بفقراتها الثلاث و كذلك المادة (٤/٤١٩) التي نصت " يذكر في الضمان اسم المضمون والا اعتبر الضمان حاصلاً للساحب"، وكذلك الامر في ظل التشريع المصري قد لا ترد في النص القانوني تعابير دالة على الافتراض لكن دلالة الافتراض الصرفي تكون واضحة وجلية كما جاء في نص المادة (٤٤٢) من قانون التجارة المصري التي نصت " الاشخاص الملتزمون بموجب الكمبيالة مسؤولون بالتضامن قبل حاملها " .

فالنص المتقدم يفترض التضامن بين الموقعين على الحوالة و ان لم يكن هناك اتفاق على هذا التضامن ، ولا يخفى ما لهذا الافتراض من نتائج مهمة ، إذ يشير الفقه المصري إلى ان هذه المادة عندما افترضت التضامن بين الموقعين على الورقة الصرفية قدمت للحامل القانوني اهم ضمانة يمكن ان يحصل عليها لكي يستوفي مبلغ الورقة الصرفية ؛ ففرضية استيفائه لهذا المبلغ ستكون اكبر في ظل هذا التضامن المفترض خصوصا لو كان احد المتضامنين مؤسرًا كما لو كان مصرفًا مثلاً [٣].

---

١ - نصت المادة الثانية من اتفاقية جنيف الموحدة للصك (.UNIFORM LAW ON CHEQUES)

Article 2.

"An instrument in which any of the requirements mentioned in the preceding article is wanting is invalid as a cheque, except in the cases specified in the following paragraphs **:** In the absence of special mention, the place specified beside the name of the drawee is deemed to be the place of payment. If several places are named beside the name of the drawee, the cheque is payable at the first place named. In the absence of these statements, and of any other indication, the cheque is payable at the place where the drawee has his principal establishment. A cheque which does not specify the place at which it was drawn is deemed to have been drawn in the place specified beside the name of the drawer"

٢- فقد جاء في المادة (3-114) من قانون التجارة الامريكي الموحد

"handwritten terms prevail over both, and words prevail over numbers'"

" تعتمد المصطلحات المكتوبة بخط اليد على كليهما ، وتغلب الكلمات على الأرقام "

٣ - د. مصطفى كمال طه _د. وائل انور بندق ، الاوراق التجارية و وسائل الدفع الالكتروني الحديثة ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٩. ص ١٣٩.

أما فيما يتعلق بالمشرع العراقي فهو الآخر يستخدم مشتقات مفردة (الاعتبار)[١] ،و كذلك مشتقات مفردة (افتراض) عندما يلجأ إلى الاسلوب الافتراضي في صياغة القاعدة القانونية، فنلاحظ ان المادة (٤١/اولاً) من قانون التجارة العراقي نصت "و تعتبر هذه الحوالة مستحقة لدى الاطلاع" ، وكذلك الفقرة (ثانيًا و ثالثًا) من المادة نفسها و كذلك ما ورد في المادة (٦٣) التي افترضت وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه المدين للساحب " يعتبر مقابل الوفاء موجودًا إذا كان المسحوب عليه مدين للساحب .....الخ" ، و احيانًا لا يستخدم هذه المفردات لكن تكون دلالة الافتراض واضحة جلية لا تثير الشك أو الغموض .

ونعتقد ان المشرع الصرفي يرى الترادف بين مفردة (يفترض) و مفردة (يعتبر) فيعطي للكلمتين المعنى نفسه ، ويمكن ان نعقد مقارنة بين نص المادة (٦٠/ ثانيًا) و المادة (١٥٣/ ثانيًا) لنتأكد من ذلك [٢] ؛ ونرى ان مفردة (الافتراض) ادق من الناحية اللغوية من مفردة (الاعتبار) لأنها تتضمن معنى الفرضية الملزمة كما مر بنا عند بحث التعريف اللغوي للافتراض الصرفي[٣] ، وهذا المعنى هو الذي يستقيم مع فكرة الافتراض الصرفي ؛ كونها غير قابلة للدحض كما تقدم ، و قد لا يستعمل المشرع مفردات دالة على الافتراض لكنه يفترض بيانًا لم ينظمه اشخاص الورقة الصرفية بحيث يكون الافتراض الذي تضمنته القاعدة القانونية الصرفية واضحًا جليًا ؛ كما في المادة (٥١/اولاً) التي نصت(تتداول الحوالة بالتظهير وان لم يصرح فيها انها سحبت للأمر) ، فهذه المادة افترضت الصفة الاذنية ودلالة الافتراض هنا دلالة واضحة ؛ فالدلالة الواضحة تتمثل بما دل على المراد منه بنفس حقيقته من غير توقف على امر خارجي و بما لا يقبل التأويل[٤] وهو ما نراه متحققاً في النص المتقدم .

---

١ - و لا يقتصر الامر على المشرع الصرفي بل حتى المشرع المدني عندما يلجأ الى الافتراض في القاعدة القانونية يستخدم تعابير دالة عليه ككلمة (يعتبر) انظر المادة (٦٣) من القانون المدني العراقي و كذلك المادة (١٠٧٥) من القانون نفسه ، و كذلك الامر بالنسبة الى قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل فالمشرع عندما يلجأ الى اسلوب الافتراض في القاعدة القانونية يستخدم تعابير مشتقة من مادة (الاعتبار) كما جاء في المادة (١٦١) (و يعتبر الطرفان مبلغين به .....ألخ) ، وكذلك الامر بالنسبة للمواد (١٣-١/١٢ -١/٨١) ، ينظر للمزيد من التفصيل حول تعابير القانون المدني للافتراض . ايناس مهدي نصار، مصدر سابق ص٥٨-٥٩ ، وكذلك ينظر للمزيد من التفصيل حول تعابير المشرع في قانون المرافعات ، جويتيار عبد الله مصطفى ، مصدر سابق ص٧٣_٧٤.

٢ - نصت المادة (٦٠/ ثانياً) من قانون التجارة العراقي النافذ (**يفترض** في التظهير الخالي من التأريخ انه قد حصل قبل انقضاء الميعاد المحدد لعمل الاحتجاج مالم يثبت غير ذلك) بينما نصت المادة (١٥٣/ثانياً) (**يعتبر** التظهير الخالي من التأريخ انه تم قبل الاحتجاج او قبل انقضاء ميعاد تقديمه مالم يثبت غير ذلك) ولا يفسر هذا الموقف الا بان المشرع لا يرى اختلاف في المعنى بين مفردة (الافتراض) و مفردة (الاعتبار) علماً ان هذه النصوص لا تشكل تطبيقاً للافتراض الصرفي لأنها قابلة لأثبات العكس و انما اشرنا اليها لإيضاح موقف المشرع الصرفي الذي لا يُميز بين المعنيين .

٣- انظر التعريف اللغوي ص (١٣-١٤) من هذه الاطروحة .

٤ - د. سمير عبد السيد تناغو ، المصدر السابق ، ص٧٦٣.

ويتضح من كل ما تقدم بأن النص القانوني الذي يقرر الافتراض الصرفي يتعين فيه ان ينص بشكل واضح على هذا الافتراض ، بحيث تكون دلالة النص واضحة ، والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد ، هل من الممكن ان يتم استنباط الافتراض الصرفي من النص القانوني بشكل ضمني ؟ ؛ يجمع الفقه ممن تصدى للكتابة في الافتراض القانوني بالمعنى الخاص على ان هذا الافتراض يمكن ان لا يشير اليه النص القانوني بشكل صريح ، ومن الممكن استنباطه بواسطة الفقه عند تصديه لتفسير النص القانوني ، فالمشرع في هذه الحالة قد لا ينص على الافتراض بشكل واضح في النص القانوني فيستنبطه الفقه و القضاء [١] . ويسمى هذا النوع من الافتراض لديهم بالافتراض المُفَسِر ، ويسميه البعض بالافتراض المبرر[٢] ، وان كان من الممكن في اطار الافتراض القانوني استنباط الافتراض من النص وان لم يشر اليه بشكل صريح ، فإن ذلك ممكن ايضًا في اطار فكرة الافتراض الصرفي ؛ بشرط ان تكون دلالة الافتراض واضحة ، حتى وان لم ترد في النص كلمة (يفترض) أو (يعتبر) ، ونسوغ هذا القيد- وضوح دلالة الافتراض - بكون الافتراض الصرفي استثناء من الاصل ؛ فالأصل ان يكمل اشخاص الورقة الصرفية انشاء هذه الورقة بشكل واضح و جلي و لا يقبل التأويل و التفسير ، فالتعامل الصرفي له خصوصيته التي تحتم ان تكون الورقة الصرفية كافية بذاتها و جاهزة للتداول ؛ فاذا تخلفت أو نقصت أو غمضت هذه البيانات ينهض الافتراض الصرفي لكي ينشئ أو يكمل أو يفسر ، ولا يكون ذلك الا في حالات ثبتت على خلاف الاصل و بالاستناد إلى نص واضح يقرر الافتراض الصرفي ؛ لذلك يجب ان يبقى هذا الافتراض في دائرة الاستثناء الذي لا يجوز التوسع فيه ، يضاف إلى ذلك ان كل قاعدة قانونية صرفية أو غير صرفية تتحلل إلى فرض وحكم كما مر بنا ، فالإسهاب في أعمال الافتراض الصرفي سيقودنا إلى نتيجة وهي أن جميع النصوص الصرفية تتضمن افتراضًا قانونيًا نص عليه القانون بشكل ضمني ، اضف إلى ذلك كله ان الافتراض الصرفي كما الافتراض القانوني يختلف عن القياس [٣] ؛ فلا يتحقق حكم الافتراض الا بوجود نص واضح يقرره ؛ بحيث لا يمكن اعطاء حكمه لواقعة معينة غير منصوص عليها حتى وان اتحدت في العلة مع الواقعة التي يفترضها النص الصرفي.

ومن كل ما تقدم تتضح امامنا نتيجة واضحة تتمثل بأن النص القانوني الذي نص على الافتراض الصرفي يجب ان يشير إلى الافتراض الصرفي بشكل واضح ؛ كونه اسلوباً تشريعياً

---

١ - د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى ، المصدر السابق ، ص٣٣ ، و ينظر في المعنى نفسه ، د. عبد الحميد فودة ، المصدر السابق ، ص٤٠ .

٢ - ايناس مكي عبد نصار ، مصدر سابق ، ص٥٦ (هامش ٢).

٣ - يختلف الافتراض القانوني عن القياس في كونه يعتمد على العلة ، اما الافتراض الصرفي فهو يعتمد على طريقة صياغة القاعدة القانونية ضمن قالب القواعد الموضوعية غير القابلة للدحض ، ينظر د. مالك دوهان الحسن ، مصدر سابق ، ص٥٨.

استثنائياً اراد من خلاله المشرع الصرفي تنظيم الوقائع و البيانات أو اكمالها أو تفسيرها ؛ لكي يجعل الورقة الصرفية كافية بذاتها لا تحتاج إلى اي شيء خارج عنها لوفائها أو تداولها أو ضمانها.

ويجب اخيرًا بالإضافة إلى كون النص القانوني يقرر الافتراض الصرفي بشكل واضح ان تتوافر في هذا النص القانوني خصائص الافتراض الصرفي التي تقدم ذكرها من كون هذا النص يبني الافتراض على الاحتمال الراجح ، و ضرورة ان يكون الحكم المفترض الذي تضمنه النص القانوني الصرفي صيغ بقالب القواعد الموضوعية غير القابلة للدحض بإية وسيلة من وسائل الاثبات .

ثانياً :- تحقق مبنى الافتراض الصرفي

لكل شيء اساس و مبنى يبنى عليه ، و القاعدة القانونية قد تبنى على عوامل سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية تكون سببًا في نشوء و تطور القاعدة القانونية فهي في نهاية المطاف وليدة البيئة التي شرعت فيها والفرضية التي تصور الواقعة التي تطبق عليها [١] ، فمبنى الصياغة الافتراضية بشكل عام يتمثل بالأمر الذي اتخذه المشرع اساسًا للافتراض وبنى عليه افتراضه[٢] ، أي الواقعة التي اتخذها المشرع اساسًا للافتراض وبنى افتراضه عليها ، فلا يكفي ان يوجد نص قانوني يقره ، بل يجب بالإضافة إلى ذلك ان يتحقق مبناه ؛ من خلال تحقق الواقعة التي يتخذها المشرع اساسًا يبني عليها افتراضه .

فعلى سبيل المثال ان المشرع حين يفترض مكان الانشاء عندما لا يكون مذكورًا في الورقة الصرفية ، فأنه يبني افتراضه على واقعة محددة تتمثل بوجود عنوان بجانب اسم الساحب ، فإن لم يوجد فلا يتحقق مبنى الافتراض الصرفي ، و كذلك الامر بالنسبة للإفتراض الخاص بمكان الاداء حين لا يكون موجودًا فمبنى الافتراض في هذه الحالة يتمثل بوجود عنوان بجوار اسم المسحوب عليه ، فهذا العنوان هو المبنى الذي يبنى عليه الافتراض فيفترض كمكان لأداء مبلغ الورقة الصرفية ، فإن لم يوجد هذا العنوان بجوار اسم المسحوب عليه يهدم مبنى الافتراض الصرفي ولا مجال لأعمال اثاره.

و الذي يتضح مما تقدم ان مبنى الافتراض الصرفي كالافتراض القانوني بالمعنى الخاص يفترض فيه ان يكون امرًا مؤكدًا وثابتًا لا يدخله الشك [٣]، ويجب بالاضافة إلى كون الافتراض الصرفي يبنى على واقعة ثابتة ، ان تقع هذه الواقعة بالتوصيف الذي يتطابق مع الشكلية الصرفية التي

---

١ - د. عبد المنعم فرج الصدة ، اصول القانون ، مطبعة الحلبي ، مصر ، ١٩٦٥، ص١٤.
٢ - جوتيار عبد الله ، المصدر السابق ، ص٧٩.
٣ - ينظر في المعنى نفسه ، جويتيار عبد الله ، المصدر السابق ، ص٧٩ وينظر ايضاً ايناس مكي عبد نصار، المصدر السابق ، ص٦٤.

يتطلبها التعامل الصرفي ؛ أيّ ان تكون بالصورة التي يتطلبها النص الذي قرر الافتراض ؛ فمثلاً يشترط في العنوان الذي يذكر بجانب اسم الساحب ان يكون جديًا فلا مجال لإعمال الافتراض إذا ذكر عنوان غير جدي أو غير موجود على ارض الواقع أو إذا ذكرت عناوين متعاقبة [١].

وكذلك الامر بالنسبة لإفتراض التضامن بين الموقعين على الورقة الصرفية الذي افترضته المادة (١٠٦) من قانون التجارة العراقي حتى وان لم يكن هناك اتفاق على التضامن ، فمبنى الافتراض في هذه الحالة يتمثل بوجود اكثر من توقيع على الورقة الصرفية وعدم وجود ما يسمى ببيان عدم الضمان ، فيفترض التضامن بينهم ، فإذا لم تتعدد التواقيع ، أو وجد بيان عدم الضمان يُهدَم مبنى الافتراض ولا مجال لإعمال اثاره .

وكذلك الأمر بالنسبة للافتراض الصرفي الذي اشارت اليه المادة (١١٩) من قانون التجارة العراقي التي افترضت ان القبول بالتدخل قد حصل لمصلحة الساحب في حالة عدم ذكر اسم من حصل القبول بالتدخل لمصلحته ، ويتمثل مبنى الافتراض في هذه الحالة بوجود صيغة القبول بالتدخل على الورقة الصرفية ذاتها بحيث يكتب بطريقة تخلو من اسم من حصل القبول بالتدخل لمصلحته ، فإذا تضمن صيغة القبول بالتدخل اسم من حصل القبول بالتدخل لمصلحته فلا يتحقق مبنى الافتراض في هذه الحالة ، وكذلك الامر لو تضمنت الصيغة اشارة دالة بوضوح على الشخص الذي حصل القبول بالتدخل لمصلحته ؛ كأن يذكر ان القبول بالتدخل قد حصل للمظهر الثاني مثلاً ففي هذه الحالة ينهدم مبنى الافتراض الصرفي ايضًا ؛ لأنَّ النص الذي قرر الافتراض الصرفي يشترط عدم ذكر(اسم) من حصل القبول بالتدخل لمصلحته كمبنى للافتراض الصرفي وعلى حد تعبير المادة (١١٩)"يذكر القبول بالتدخل على الحوالة ذاتها و يوقعه المتدخل ، ويذكر فيه اسم من حصل التدخل لمصلحته ، فأذا خلا القبول بالتدخل من هذا البيان الاخير اعتبر حاصلاً لمصلحة الساحب" .

والامر نفسه ينطبق على الافتراض الصرفي الذي اشارت اليه المادة (٤١/اولاً) التي نصت " عدم ذكر تأريخ الاستحقاق ، و تعتبر في هذه الحالة مستحقة الاداء لدى الاطلاع عليها" ،و يتمثل مبنى الافتراض في هذه الحالة بكتابة الحوالة التجارية دون ذكر ميعاد استحقاقها بصورة نهائية فلا مجال لأعمال هذا الافتراض إذا ذكرت مواعيد استحقاق متعاقبة مثلاً ، أو إذا ذكر ميعاد لا يتصف بالجدية كأن يذكر في الحوالة انها مستحقة في يوم (٣٠ شباط) مثلاً ، فعدم ذكر تأريخ الاستحقاق بصورة نهائية في الحوالة هو الذي يمثل مبنى الافتراض الصرفي في هذا المصداق ، ويفترض في مبنى

---

١ - د. فائق الشماع ، د. فوزي محمد سامي ، القانون التجاري الاوراق التجارية ، المكتبة القانونية ، بغداد، بلا سنة طبع ، ص٧٥.

الافتراض الصرفي ان يكون واقعة ثابتة و متحققة على ارض الواقع وفق التصور الذي يتطلبه عنصر الفرض في القاعدة القانونية التي اقرت الافتراض الصرفي فلا يمكن بناء هذا الافتراض على افتراض اخر، بل يجب ان يبني على واقعة ثابتة ، ففي الافتراض الصرفي لا يصح الافتراض على الافتراض كما هو الامر في الافتراض القانوني[١] ، فلو ذكرت مواعيد استحقاق متعاقبة في الحوالة التجارية على سبيل المثال لا يمكن ان نفترض ان الحوالة لم يذكر فيها ميعاد الاستحقاق ، وبعد ذلك نبني على هذا الافتراض افتراضًا آخر ، ونفترض أنها مستحقة لدى الاطلاع ، لذلك يجب ان يكون مبنى الافتراض واقعة ثابتة على ارض الواقع لكي تصلح كمبنى للافتراض الصرفي .

ثالثاً :- عدم وجود مانع من موانع الافتراض الصرفي

تمر الورقة الصرفية بمراحل متعددة بوصفها محررًا يتضمن حقًا نقديًا قابلًا للتداول فهي تولد عند انشائها و استيفائها للشكلية الصرفية ، وبعد ذلك تمر بمرحلة التداول ، ومن ثم تصل إلى مرحلة الوفاء الذي يمثل نهاية العمر الافتراضي للورقة الصرفية ، والافتراضات الصرفية تتوزع على كل هذه المراحل ، و الموانع[٢] التي قد تمنع الافتراض الصرفي منها ما يجهضه وهو في مهده فيخرج القاعدة المقررة للافتراض من دائرة الافتراض الصرفي ويدخلها في دائرة القرينة الصرفية في حالة وقوع الافتراض ضمن المواطن المستثناة من مبدأ الكفاية الذاتية ، و منها ما يطرأ على الافتراض الصرفي بعد تكونه من خلال إضافة بيان جديد ينظم الواقعة محل الافتراض أو يناقضها ، ونقض مضمون الافتراض يمثل صورة من صور التنظيم ، لذلك يمكن القول ان موانع الافتراض الصرفي تتلخص في مانعين الأول يتمثل بوقوع الافتراض ضمن الموارد المستثناة من مبدأ الكفاية الذاتية والثاني يتمثل بإستحداث بيان منظم للواقعة محل الافتراض ولإيضاحهما نوردهما تباعاً .

١- وقوع الافتراض الصرفي ضمن الموارد المستثناة من مبدأ الكفاية الذاتية

توصف الورقة الصرفية بأنها اداة وفاء ، وهي بهذا الوصف يجب ان تكون كافية بذاتها بحيث تحل محل النقود في وفاء المعاملات ، فلا يكفي لاعتبار المحرر ورقة صرفية الا إذا كان كافيًا بذاته لا يحتاج إلى اي محرر اخر يثبت مضمون ومدى وأوصاف الحق النقدي الذي يتضمنه ؛ بحيث مجرد

---

١ - ينظر في المعنى نفسه ، د. محمد الصاوي ، مصدر سابق ، ص١٤، و ينظر ايضاً جوتيار عبد الله ، مصدر سابق ، ٧٩، و ينظر ايضاً ايناس مكي عبد نصار ، مصدر سابق ، ص٦٧.

٢ - (المانع)هو ما يمنع حصول الشيء و هو خلاف المقتضى ، و كذلك ما يعترض سير العمل و ما يحول دون تحققه او بلوغه ، ينظر ، المعجم الوسيط ، مصدر سابق ، باب الميم فصل الهمزة ، ص٤٩٦ ، اي ان معناه يشمل ما يمنع حصول الشيء قبل تحققه و ما يعترضه بعد تحققه فيحول بينه و بين اتمام نتيجته .

النظر اليه يكون كافيًا لتحديد الحقوق التي يتضمنها وأوصافها ومداها ، وعلى ذلك ؛ إذا احال المحرر في تحديد الحقوق الثابتة فيه أو أوصافه أو مداه إلى واقعة خارجية عنه فقد شرط الكفاية الذاتية ، ومن ثم يفقد وصف الورقة التجارية [١] ، فلا يجب ان تحيل الورقة الصرفية أو تستند إلى عنصر خارجي أو واقعة خارجية أو إلى علاقة قانونية اخرى سواء كانت سابقة أو لاحقة على انشاء الورقة الصرفية[٢]، ومعنى ذلك ان الورقة الصرفية تستقل بمجرد انشائها عن العلاقة الاصلية التي حررت من اجلها وهذا ما يسمى بصفة التجريد في الالتزام الصرفي [٣] ، لذلك تجد ان المشرع الصرفي اشترط الشكلية في كل التصرفات الصرفية ؛ لكي تكون الورقة الصرفية كافية بذاتها لتقرير الالتزام الثابت فيها و تحديد مداه و أوصافه بحيث لا يحتاج ذلك إلى احالة إلى مستند اخر [٤] ، وهناك حكم شهير لمحكمة النقض المصرية يشير إلى المعنى المتقدم جاء فيه "ان من المقرر في قضاء النقض انه لما كان اخص خصائص الورقة التجارية صلاحيتها للتداول عن طريق التظهير فإن لازم ذلك ان تكون الورقة مستقلة بذاتها فيتحدد من بياناتها وصف الحقوق الناشئة عنها ومداها ومضمون الالتزام الصرفي ، ولا يرجع في هذا الشأن إلى و قائع أو اتفاقيات اخرى خارجة عنه"[٥] ، ويضاف إلى كل ما تقدم ان الاوراق الصرفية تعتبر من المحررات التنفيذية حسب نص المادة (١٤/ أولاً/ أ) من قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٨٠ المعدل ، ولكي تكون كذلك يجب ان تكون كافية بذاتها و هذا ما اكدته المادة (١٣) من قانون التنفيذ العراقي التي نصت "يجب ان يكون الحق في المحرر التنفيذي معلومًا ومستحقًا وغير معلق على شرط ، ولم يكن مخالفًا للنظام العام و الآداب" وهي لا تكون كذلك الا إذا احرزت الكفاية الذاتية .

و من كل ما تقدم يتضح أن الورقة الصرفية يجب ان تتصف بالكفاية الذاتية و هي لا تتصف بهذه الصفة الا إذا استوفت الشكلية التي فرضها القانون ، وإذا كان هناك نقص أو غموض في هذه الشكلية يأتي دور الافتراض الصرفي ليكمل النقص أو يزيل الغموض لكي لا يصل الامر إلى الاستعانة بوقائع أو سندات خارجة عن الورقة الصرفية لإتمام هذه المهمة ، ويثار بهذا الصدد تساؤلان

---

١ - د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص٧.

٢ - د. علي البارودي ، الاوراق التجارية و الافلاس . دار المطبوعات الجامعية ، ٢٠٠٠، ص٢١، وينظر في المعنى نفسه ، د. مصطفى كمال طه ، د. علي البارودي ، القانون التجاري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ٢٠٠١، ص٢٣.

٣ - د. محمد السيد الفقي ، القانون التجاري الاوراق التجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٤، ص٢٥.

٤ - د. الياس حداد ، الاوراق التجارية ، دار البحوث ، المملكة العربية السعودية ، ص٣١.

٥ - الطعن رقم / ١٣٩٢٢ / لسنة ٧٨ق- جلسة ٢٠١٦/٤/٢٨ ، و ينظر ايضاً في المبدأ نفسه الطعن٨٢٧٢ / لسنة ٧٧ ق / جلسة ٢٣/ ٤/ ٢٠١٥، و ينظر ايضاً الطعن رقم ٢٤٥٩/ لسنة ٧٩ ق/ جلسة ٢٢/ ٣/ ٢٠٠٧ . المبادئ القانونية لمحكمة النقض المصرية في الاوراق التجارية ، نشرة تصدر عن المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية ، ٢٠٢٠، ص١٦ - ١٧.

مهمان يرتبط احدهما بالأخر ، الأول هل ان مبدأ الكفاية الذاتية هو مبدأ مطلق ؟ ام ترد عليه استثناءات؟ ، ومن جهة ثانية إذا وجدت هذه الاستثناءات ما مصير الافتراض الصرفي لو ورد في الموارد المستثناة من مبدأ الكفاية الذاتية ؟.

بالنسبة إلى السؤال الأول تقدم القول إن الكفاية الذاتية تقتضي أن لا تكون الاحالة خاصة بالالتزامات و الحقوق الثابتة في الورقة أو بمداها أو أوصافها ، أما إذا كانت الاحالة خاصة بواقعة لا تؤثر في حقوق الحامل أو واجباته فلا يعتبر ذلك خدشًا بالكفاية الذاتية [١] ، و يعني ذلك ان مبدأ الكفاية الذاتية ليس مبدأ مطلقًا فَمن الممكن الاحالة إلى وقائع خارجية في مواطن معينة شريطة ان لا تكون الاحالة ضرورية لوجود الدين الثابت بالورقة الصرفية أو تحديد مقداره أو ميعاد وفائه أو أوصافه[٢] ، فعلى سبيل المثال اشارت المادة (٨٣) من قانون التجارة العراقي النافذ إلى امكانية اعطاء الضمان على ورقة مستقلة يبين فيها المكان الذي تم فيه ، وبالتأكيد فإن ضمان الحق لا يتعلق بوجود الالتزام الصرفي أو مداه أو أوصافه ؛ لان وجوده و مداه مثبتان على الورقة وكذلك لا يكون الالتزام الصرفي موصوفًا إذا كان مضمونًا ؛ على اعتبار ان أوصاف الالتزام تنحصر بالشرط الاجل والتعدد (الاطراف أو المحل)[٣] وليس الضمان من بينها [٤] ، وقواعد القانون الصرفي عندما تحيل إلى وقائع خارجية استثناء من مبدأ الكفاية الذاتية فهي تفتح الباب امام قواعد الاثبات لكي تثبت مضمون الاحالة .

وبعد ان سلمنا بإمكانية الاحالة ونسبية مبدأ الكفاية الذاتية نجيب عن التساؤل الثاني حول مصير الافتراض الصرفي إذا ورد ضمن الموارد المستثناة من مبدأ الكفاية الذاتية ، اشرنا فيما تقدم ان الاحالة إلى وقائع خارجة عن الورقة يفتح الباب امام و سائل الاثبات لكي تثبت أو تنفي مضمون الاحالة ، و من ثم امكانية دحض مضمون الافتراض ، و في هذه الحالة تنتقل القاعدة القانونية المنشئة للافتراض من دائرة الافتراض الصرفي و تدخل في باب القرينة الصرفية ، فيمنع الافتراض الصرفي

١- د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص٨.

٢ - جاء في احد قرارات محكمة النقض المصرية (اذا ذكر في السند لامر ان قيمته وصلت طبقاً للعقد المحدد اليوم مع استيفائه لجميع البيانات المطلوبة قانوناً فأن ذلك لا يعيب السند ما دام لم يذكر فيه ان وجود الدين الثابت به او تحديد مبلغه او ميعاده او وفائه يخضع لشروط العقد المذكور) ، نقض مصري ١٩٦٧/٦/٢٧ ، مجموعة النقض لسنة ١٨ ، ص١٣٧٣، اشار اليه د. الياس حداد ، مصدر سابق، ص٣١.

٣ - انظر الباب الثالث من الجزء الأول من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المادة ٢٨٥ و ما بعدها

٤ - و لا ينصرف الى الذهن ان الضمان يؤدي الى تعدد المدينين ، و من ثم يكون الالتزام موصوفًا ؛ لان الضمان غير التضامن ؛ على اعتبار ان الضامن يملك حق التجريد اذا ما تم الرجوع عليه مباشرة ، و من ثم لا يكون هناك الا مدين واحد و ضامن لهذا المدين ، وهذا خلاف ما عليه الحال في التضامن الذي يتعدد فيه المدينين ومن ثم يجوز للدائن الرجوع على اي منهم و لا يملك من تم الرجوع عليه الدفع بحق التجريد ، اضف الى ذلك ان التضامن المفترض لا مجال لأعماله في هذه الحالة لأننا بصدد ضمان يمنح على ورقة مستقلة فلا يوجد توقيع الضامن على الورقة الصرفية لكي نفترض تضامنه.

من انتاج آثاره التي يفترض فيها ان تكون غير قابلة للدحض ولا مجال للتنافس بين مضمونها وبقية وسائل الاثبات .

ومن الأمثلة على ذلك ما اشارت اليه المادة (L.511-14) من قانون التجارة الفرنسي التي جاء فيها يفترض في التظهير غير المؤرخ انه قد حدث قبل انقضاء الفترة المحددة لعمل الاحتجاج ما لم يثبت غير ذلك [١] .

ولم نجد ما يقابل هذا النص في قانون التجارة الامريكي الموحد لكن من القرائن التي تضمنها هذا القانون ما اشارت اليه الفقرة الرابعة من البند (3-115) و التي القت بعبء اثبات اضافة بيانات جديدة للسند على عائق من يدعي ذلك ، اذ نصت (يقع عبء اثبات ان الكلمات أو الارقام اضيفت إلى المستند دون موافقة الموقع على السند على عاتق الشخص الموقع على المستند الذي يجب ان يثبت عدم وجود سلطة لمن اضاف البيانات) [٢] .

ويستشف من بعض قرارات القضاء الامريكي ان المسحوب عليه لو اهمل في اكتشاف التحريف يتحمل المسؤولية بمقدار اهماله ؛ إذ جاء في قرار لمحكمة الاستئناف الامريكية (الدائرة الثانية) ما نصه (يجوز للساحب بدوره اثبات إهمال البنك المسحوب عليه "الدافع" في أخذ شيك معدّل؛ يجب على الساحب إثبات أن المصرف المسحوب عليه الدافع كان مهملاً ، و أن إهمال البنك المسحوب عليه" الدافع" قد ساهم في الخسارة ؛ سيتم بعد ذلك توزيع المسؤولية على أساس الخطأ المشترك بين البنك المسحوب عليه و البنك الوسيط)[٣] .

وكذلك الامر بالنسبة لنص الفقرة الثانية من المادة(٤٠٠) من قانون التجارة المصري والتي تتطابق مع نص المادة (٦٠/ ثانياً) من قانون التجارة العراقي التي تنص " يفترض في التظهير الخالي من التأريخ انه قد حصل قبل انقضاء الميعاد المحدد لعمل الاحتجاج ما لم يثبت غير ذلك " ، فهذه

1- (L.511-14) "L'endossement postérieur à l'échéance produit les mêmes effets qu'un endossement antérieur. Toutefois,l'endossement postérieur au protêt faute de paiement, ou fait après l'expiration du délai fixé pour dresser le protêt, ne produit que les effets d'une cession ordinaire. Sauf preuve contraire, l'endossement sans date est censé avoir été fait avant l'expiration du délai fixé pour dresser le protêt".

2- (3-115) (4) "The burden of establishing that words or numbers were added to an incomplete instrument without authority of the signer is on the person asserting the lack of authority

3 - United States Court of Appeals ,Second Circuit, Bank of America Corporation, Defendant and Third-Party Plaintiff-Appellee, v. The Federal Reserve Bank of Atlanta, Third-Party Defendant-Appellant. Docket No. 06-1546-cv. Decided: March 04, 2008, https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1474589.html

المادة ذُيلت بعبارة (ما لم يثبت غير ذلك) التي تدل على امكانية الاحالة إلى وسائل الاثبات لدحض مضمون الافتراض ، وفي هذه الحالة تخرج القاعدة القانونية من ميدان الافتراض الصرفي وتدخل في باب القرينة الصرفية ، و يؤدي ذلك إلى منع اعمال اثار الافتراض الصرفي ؛ فالافتراض الصرفي قواعده يجب ان تكون غير قابلة للدحض بحسب ما تقدم .

وهناك الكثير من الموارد المستثناة من مبدأ الكفاية الذاتية منها ما اشارت اليه المادة (٨١/ثالثاً) بدلالة المادة (٨٣) فالمادة(٨١/ ثالثاً) افترضت في الضمان انه قد حصل لمصلحة الساحب إذا لم يذكر اسم المضمون ، وهذا الافتراض غير قابل للدحض شريطة ان يرد على الورقة أو الوصلة الملحقة بها ، لكن لو ورد الضمان على ورقة مستقلة كما اشارت المادة (٨٣) يكون عرضة للأثبات ؛ فلو لم يرد اسم المضمون يفترض انه قد حصل لمصلحة الساحب لكن هذا الافتراض قابل للدحض بوسائل الاثبات المختلفة وهنا يمنع الافتراض الصرفي من انتاج اثاره ، ولنا عودة لهذا التطبيق في مواطن اخرى ، هناك تطبيقات اخرى لوقوع الافتراض ضمن الموارد المستثناة من مبدأ الكفاية الذاتية منها ما اشارت اليها المادة (٥٦/ أولاً) من قانون التجارة العراقي التي افترضت ان حائز الحوالة هو حاملها الشرعي إذا اثبت ذلك ؛ وبفتحها لباب الاثبات منعت الافتراض من اعمال اثاره و جعلته قابلاً للدحض .

نخلص من كل ما تقدم إلى ان مبدأ الكفاية الذاتية لا يعد من المبادئ المطلقة بل ترد عليه بعض الاستثناءات التي بموجبها اباح القانون الصرفي الرجوع إلى قواعد الاثبات لدحض الافتراض الذي تضمنته القاعدة الصرفية ، و إذا وقع الافتراض ضمن هذه الموارد تخرج القاعدة التي تضمن الافتراض من دائرة الافتراض الصرفي و تدخل في باب القرينة الصرفية ويشكل ذلك مانعًا من موانع الافتراض الصرفي.

٢- اضافة بيان جديد منظم للواقعة محل الافتراض .

تقدم القول ان الافتراض الصرفي يمارس دورًا كبيرًا في اتمام الشكلية الصرفية من خلال إكمال النقص في البيان أو تنظيم البيان الذي لم ينظمه اشخاص الورقة الصرفية ، لكن قد تستحدث بيانات تُكمل هذا النقص فتنتفي الحاجة لافتراض البيانات و الوقائع التي لا تكون موجودة ابتداءً في الورقة الصرفية ، فبموجب المادة (٤١) من قانون التجارة يمارس الافتراض الصرفي دوره في تنظيم البيانات التي لم تنظم من قبل اشخاص الورقة الصرفية ، لكن ذلك لا يمنع من كتابة هذه البيانات و اتمام النقص الذي كان يشوب الشكلية الصرفية من قبل الساحب أو من يقوم مقامه ، ويؤدي ذلك إلى هدم مبنى الافتراض ومنعه من اعمال اثاره ، ولا يقتصر الامر على الساحب أو من يقوم مقامه ؛

فالمسحوب عليه ايضًا في بعض الاحيان يستطيع اضافة بيان يمنع بموجبه الافتراض الصرفي من اعمال اثاره ، كما اشارت إلى ذلك الفقرة الثانية من المادة (٧٧) من قانون التجارة العراقي التي نصت "إذا كانت الحوالة مستحقة الوفاء في مقام المسحوب عليه جاز له ان يعين في صيغة القبول عنواناً في الجهة التي يتم فيها الوفاء " ، والحوالة التجارية بموجب اطلاق النص المتقدم تكون مستحقة الاداء في موطن المسحوب عليه في حالتين ، الأولى بواسطة الشكلية الصرفية من خلال بيان الزامي صريح يحدد ذلك ، و الثانية من خلال الافتراض الصرفي إذا لم يكن هذا البيان موجود فبموجب المادة (٤١/ثانياً) يفترض ان مكان الاداء هو العنوان المذكور بجانب اسم المسحوب عليه و مكان اقامته (مقامه) في الوقت ذاته ، والفرض الثاني هو الذي يهمنا ، فلو عين المسحوب عليه في صيغة القبول عنوانًا غير عنوان اقامته كأن يختار مصرف معين يكون الوفاء عنده أو بورصة معينة فانه يهدم مبنى الافتراض الصرفي في هذه الحالة ، وتسمى هذه الحالة بالتوطين الجزئي و التي من خلالها يعين المسحوب عليه بقبوله مكانًا اخر للوفاء[1] ، وعند ذلك يختلف المكان المعين من قبل المسحوب عليه عن المكان المفترض بموجب الافتراض الصرفي ، وكذلك الامر بالنسبة للمظهر الذي يستطيع منع اثر الافتراض الصرفي المتمثل بأفتراض الصفة الاذنية في الحوالة في حالة عدم ذكرها من خلال بيان اختياري يناقض مضمون الافتراض هو بيان (ليست لأمر) الذي يستطيع بموجبه منع افتراض الصفة الاذنية إذا لم تذكر في الحوالة التجارية ، و كذلك كل بيان الزامي أو اختياري غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة يمكن ان يضاف إلى الورقة الصرفية و ينظم الواقعة المفترضة بما يوافق مضمون الافتراض أو يناقضه فانه يمنع الافتراض الصرفي من اعمال اثاره .

نخلص من كل ما تقدم إلى ان الافتراض الصرفي لكي ينفذ و تعمل اثاره يجب فضلًا عن وجود نص يقرره و تحقق مبناه بالتوصيف الذي ذكره المشرع ،إن لا يوجد مانع يمنع الافتراض الصرفي ، كأن يقع الافتراض في الموارد المستثناة من مبدأ الكفاية الذاتية فيختل الشرط الأول بأن يكون الحكم الذي يضعه النص المقرر للأفتراض قابلًا للدحض ، أو ان يوجد بيان ينظم الواقعة المفترضة سواء أكان التنظيم يوافق ما جاء بالافتراض أو يناقضه و عند ذلك يختل الشرط الثاني و من ثم يهدم مبنى الافتراض .

---

١ - د. علي فوزي الموسوي ، المصدر السابق ، ص٧٣.

الفرع الثاني

اقسام الافتراض الصرفي

يمكن ان ينقسم الافتراض الصرفي إلى اقسام متعددة ، إذ انه قد ينطوي على خلق قاعدة موضوعية منظمة لأمر لم ينظم من قبل اشخاص الورقة الصرفية ، أو قد يسهم في اكمال بيان وجد في الورقة الصرفية الا انه كتب بطريقة ناقصة ، فينهض الافتراض الصرفي لكي يكمل هذا النقص الذي اعترى هذا البيان ، أو قد يسهم الافتراض الصرفي في تفسير الغموض الذي يشوب البيانات المدونة في الورقة ، وبموجب هذه المعطيات يمكن ان نقسم الافتراض الصرفي على ثلاثة اقسام ؛ الأول هو ذلك الافتراض الذي ينظم امرًا لم ينظمه اشخاص الورقة الصرفية وسنطلق عليه اصطلاح الافتراض الصرفي المنظم ، والنوع الثاني هو الافتراض الذي يكمل النقص الذي شاب البيان وسنطلق عليه اصطلاح الافتراض الصرفي المكمل ، والنوع الثالث هو الافتراض الذي يفسر الغموض الذي يشوب البيانات التي تتضمنها الورقة الصرفية وسنسميه الافتراض الصرفي المُفَسِر، وسنوضح عن هذه الاقسام تباعًا .

اولاً:- الافتراض الصرفي المنظم

هو ذلك الافتراض الذي ينظم امرًا لم ينظمه اشخاص الورقة الصرفية بشكل تام ، فيؤدي دور الانشاء للبيان الذي لم ينشأ ابتداءً ، أو ينظم واقعة معينة تحتاج إلى تنظيم ، فالبيانات الالزامية التي تنشئ الالتزام الصرفي تقسم على قسمين ؛ الأول يتمثل بالبيانات التي تكتب بشكل فعلي في الورقة الصرفية من قبل اشخاص الورقة الصرفية ، والقسم الثاني يتمثل بتلك البيانات التي تفترض بواسطة الافتراض الصرفي ، وهنا يؤدي الافتراض الصرفي المنظم دوره في تنظيم البيانات التي تخلو منها الورقة الصرفية و التي يمكن افتراضها ، و من ثم لا تكون ورقة ناقصة ، فهي تكون ناقصة إذا خلت من البيان الالزامي الذي لا يمكن افتراضه بحكم التشريع ، أو إذا ذكر فيها البيانات التي يجوز افتراضها ولكن بشكل غير جدي [1] ، أو من الممكن ان يقوم الافتراض الصرفي بتنظيم واقعة معينة تحتاج إلى تنظيم ؛ كأن يفترض التضامن بين الموقعين أو يفترض وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه في حالات معينة ، ففي الحالة الأولى عند تنظيمه للبيان غير المنظم يشترك المشرع مع اشخاص

---

١ - د. علي فوزي الموسوي ، مصدر سابق ، ص٦١.

الورقة في انشائها على اعتبار ان الورقة ستتكون من بيانات كتبها اشخاص الورقة الصرفية[١] و اخرى افترضها المشرع ، وعندما ينظم واقعة معينة في الحالة الثانية فهو ينفرد لوحده في تنظيمها .

ومن تطبيقات الافتراض الصرفي المنظم ما نصت عليه المادة (L.131-3) من القانون النقدي والمالي الفرنسي الخاصة بالصك (chèque) ، فقد اشارت إلى افتراض مكان الوفاء في حالة عدم ذكره ، اذ نصت (فيعتبر المكان الموجود بجوار اسم المسحوب عليه مكان للوفاء ، وفي حالة تعدد الامكنة المذكورة بجوار اسم المسحوب عليه يعول على الرئيس منها ، وفي حالة عدم وجود اشارة إلى مكان المسحوب عليه وعدم وجود عنوان بجوار اسمه يدفع الصك في المكان الذي يوجد المبنى الرئيس للمسحوب عليه فيه) [٢]، و يبدو ان المقصود بعبارة المبنى الرئيس للمسحوب عليه هو فرع المصرف الرئيس و هذا ما اكدته محكمة مرسيليا في احد قراراتها ، حيث قضت محكمة استئناف مرسيليا في حكم حديث لها صدر في (١٧ فبراير ٢٠٢٠) (بأن الصك (chèque) الذي يذكر فيه اكثر من عنوان للمصرف يجب ان يدفع في الفرع الرئيس للمصرف) [٣]، وقد نقضت الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية حكمًا لمحكمة استئناف باريس قضت فيه بأن (الصك (chèque) الخالي من تأريخ ومكان الانشاء لا يصلح للصرف و انما يكون صالحًا كدليل للأثبات الأولي يمكن من خلاله مطالبة المستفيد للساحب ، و هذه النتيجة تعد مستقلة عن خطأ الساحب الذي تعمد عن علم عدم ذكر مكان وتأريخ توقيعه على الصك المتنازع فيه ، فإن ذلك لا يمنع من عرضه للتحصيل و وفاء قيمته) [٤] ، والذي يفهم من هذه القرارات ان عدم ذكر تأريخ و مكان انشاء الصك لا يمنع صرفه إذا تعمد الساحب عدم ذكر هذه البيانات أي ان الساحب كان سيء النية عند عدم ذكره لتأريخ و مكان انشاء الصك لأن القانون يتكفل بافتراض هذه البيانات إذا لم تذكر .

---

١ - نعتقد ان مصطلح (اشخاص الورقة الصرفية) ادق من مصطلح (اطراف الورقة الصرفية) في اطار تنظيم هذه الورقة ، فتعبير اشخاص الورقة الصرفية اعم من الساحب و المسحوب عليه و المستفيد الذين يمثلون اطراف الحوالة التجارية بل يشمل هذا التعبير بالإضافة لمن تم ذكرهم الضامن و المتدخلين و المظهرين و كل من يضع توقيعه على الورقة الصرفية ، ففي حقيقة الامر ان كل هؤلاء يساهمون بصورة أو بأخرى و يؤدون دور في صياغة الشكلية الصرفية بشكل عام و انشاء الورقة ايضاً فلا تكون ارادة الساحب او المحرر خالصة في كتابة الورقة.

2- Article L131-3
"Le titre dans lequel une des énonciations indiquées à l'article L. 131-2 fait défaut ne vaut pas comme chèque, sauf dans les cas déterminés par les alinéas suivants.
A défaut d'indication spéciale, le lieu désigné à côté du nom du tiré est réputé être le lieu de paiement. Si plusieurs lieux sont indiqués à côté du nom du tiré, le chèque est payable au premier lieu indiqué. A défaut de ces indications ou de toute autre indication, le chèque est payable au lieu où le tiré a son"

3- Cour administrative d'appel de Marseille - 5ème chambre - 17 février 2020 - n° 19MA00117 Copyright 2020 - Dalloz - Tous droits reserves https://www.dalloz.fr/

4- Cour de cassation - Chambre commerciale — 16 décembre 2014 - n° 13-20.895 Copyright 2020 - Dalloz - Tous droits reserves https://www.dalloz.fr

و من تطبيقات الافتراض الصرفي المنظم في اطار قانون التجارة الامريكي الموحد ما اشارت اليه الفقرة (B) من المادة الأولى من البند (108-3) التي اشارت إلى ان السند يكون مستحقًا لدى الاطلاع في جملة من الحالات من بينها حالة (عدم ذكر اي وقت محدد للدفع) [١] .

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا في ولاية (نيفادا) الامريكية (يشير القانون الموحد الى ان الوعد او الامر الذي لا تتضمن اي اشارة الى ميعاد الاستحقاق تكون واجبة الدفع عند الطلب)[٢].

وفي إطار قانون التجارة المصري اشارت المادة (٣٨٠) في فقراتها الثلاث (أ- ب -ج) إلى اهم تطبيقات الافتراض الصرفي المنظم حين افترضت ميعاد الاستحقاق في الفقرة (أ) ومكان الوفاء في الفقرة (ب) و مكان الاصدار في الفقرة (ج) ، في حالة عدم تنظيم هذه البيانات من قبل اشخاص الورقة الصرفية ، ويشير البعض إلى ان الحوالة تبقى صحيحة رغم نقص بعض البيانات عن طريق افتراض البيانات الناقصة بالاستعانة ببيانات الورقة ذاتها فيحل البيان المفترض محل البيان الناقص[٣]، كذلك من تطبيقات الافتراض الصرفي المنظم في القانون المصري ما اشارت اليه المادة (١/٣٩١) التي افترضت الصفة الاذنية في الحوالة - الكمبيالة-[٤] ، إذ نصت " كل كمبيالة ولو لم يصرح فيها انها سحبت للأمر تتداول بالتظهير" ، فشرط الأمر أو الصفة الاذنية هي التي تجعل الورقة الصرفية قابلة للتداول بالتظهير ، ولم يعرف المشرع المصري شرط الأمر الا ان دلالة وجوده تعني ان ساحب الورقة الصرفية الذي ضمنها شرط الامر لا يرى ضرورة لأنَّ يتم الوفاء للشخص الذي تعامل معه مباشرة ، اذ يستوي عنده ان يقدم هذا الشخص للمسحوب عليه للمطالبة بقيمة الورقة أو غيره [٥] ،

1-(3-108) Instrument payable on demand, at definite time, or at fixed date.
Sec. 3-108. (1) A promise or order is "payable on demand" if it:
(b)" Does not state any time of payment".

2 - Supreme Court of Nevada. Tuan Ngoc NGUYEN, Appellant, v. The STATE of Nevada, Respondent., No. 34555. Decided: December 14, 2000 , https://caselaw.findlaw.com/nv-supreme-court/1490257.html

٣ - د. مصطفى كمال طه ، د.وائل انور بندق ، المصدر السابق ، ص٥٥ .

٤ - يطلق قانون التجارة المصري و قانون المعاملات التجارية الاماراتي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ وقانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ و الكثير من القوانين العربية الاخرى لفظة (الكمبيالة) للدلالة على الحوالة ؛ في حين تسمى بـ(سند السحب) في القانون الاردني و نرى ان تطلق التسمية الاكثر شيوعًا وهي الكمبيالة ، و كذلك الامر بالنسبة للصك فكل القوانين المذكورة اعلاه تطلق عليه تسمية (الشيك) بخلاف ما عليه الوضع في العراق حيث صدر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل بتأريخ ١٩٩١/٥/٢٥ جاء فيه (تحل كلمة صك محل كلمة شيك اينما وردت في القوانين و الانظمة و التعليمات و الاوراق التجارية) منشور في الجريدة الرسمية الوقائع العراقية في العدد٢٣٥٦/ بتأريخ / ٦/٣/ ١٩٩١، ص٩٦، ونرى ان يلغى هذا القرار فكلمة (شيك) ادق دلالة من كلمة (الصك) على اعتبار ان المعنى اللغوي للصك اعم من استخدامه الوضعي للدلالة على الشيك ؛ ففي الميدان التجاري تكون الأولوية للمفاهيم التداولية وكلمة (الشيك) هي الاكثر تداولاً ، هذا من جهة ، و من جهة اخرى ان فلسفة القانون الصرفي بشكل عام تتجه نحو توحيد احكام الاوراق الصرفية بين البلدان فمن باب اولى ان تتوحد التسميات والمصطلحات ؛ سيما لو كانت هذه التسميات تؤدي الى الاختلاط بين مفاهيم الاوراق الصرفية بين البلدان.

٥ - د. بسام حمد الطراونة ، تظهير الاوراق التجارية ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر و التوزيع ، عمان ، ٢٠٠٤، ص٤١- ٤٢.

ويكون ذلك في حالة ذكر عبارة شرط الأمر أو الصفة الاذنية بشكل صريح ، أما إذا لم يتم ذكر هذه العبارة فإن الافتراض الصرفي المنظم كفيل بافتراض هذا البيان فتكون الورقة الصرفية قابلة للتداول وان لم تكتب العبارة على الورقة ، ونلفت النظر ان وجود بيان (ليست لأمر) يمنع من اعمال اثار الافتراض الصرفي من خلال هدم مبنى الافتراض بحيث يشكل هذا البيان مانعًا من موانع الافتراض الصرفي الخاص بهذا التطبيق كما اسلفنا .

ومن تطبيقات الافتراض الصرفي المنظم في القانون العراقي على سبيل المثال ما اشارت اليه المادة (٤١/اولاً) من قانون التجارة التي افترضت ميعاد الاستحقاق في حالة عدم ذكره ، وكذلك الفقرتان (ثانيًا و ثالثًا) من المادة نفسها اللتان افترضتا مكان الاداء و مكان الانشاء في حالة عدم ذكرهما في الورقة الصرفية ، فالافتراض الصرفي المنظم يفترض بيان أو واقعة لم تنظم في الورقة الصرفية ، ومن تطبيقات الافتراض الصرفي المنظم ما اشارت اليه الفقرة الأولى من المادة (٦٣) من القانون نفسه التي افترضت وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه المدين للساحب عند حلول ميعاد الاستحقاق حيث نصت هذه المادة "يعتبر مقابل الوفاء موجودًا إذا كان المسحوب عليه مدينًا للساحب أو للآمر بالسحب في ميعاد استحقاق الحوالة بمبلغ من النقود مستحق الاداء ومساوٍ على الاقل لمبلغ الحوالة" ، و لو تمعنا في هذه المادة لوجدناها تشترط لأعمال الافتراض الصرفي تحقق مديونية المسحوب عليه للساحب وان تتحقق هذه المديونية وقت استحقاق الحوالة ، وبمبلغ من النقود مستحق الاداء ومساوي لمبلغ الحوالة على الاقل ، وفي حقيقة الامر ان هذه الشروط تمثل مبنى الافتراض الصرفي الخاص بمقابل الوفاء لدى المسحوب عليه المدين للساحب ، فإذا تخلف احدها هدم مبنى الافتراض ، و ينبغي عدم الخلط بين الافتراض الصرفي الذي تضمنته المادة (٦٣) والقرينة الصرفية التي اشارت اليها الفقرة الأولى من المادة (٦٤) من قانون التجارة العراقي التي عدت ان قبول الحوالة من قبل المسحوب عليه قرينة على وجود مقابل الوفاء ، بمعنى اخر يجب التفريق بين المسحوب عليه المدين للساحب وقت استحقاق الحوالة و المسحوب عليه القابل ، فالأول يفترض وجود مقابل الوفاء لديه من خلال الافتراض الصرفي المنظم وهذا الافتراض لا يمكن دحضه كما تقدم ، أما الثاني فهناك قرينة على وجود مقابل الوفاء لديه ، وهذا القرينة تتراوح بين كونها قطعية في اطار العلاقة بين المسحوب عليه و الحامل أو بسيطة في اطار علاقة الساحب بالمسحوب عليه[1] ، و بجميع الاحوال تكون قابلة للدحض فالقرائن حتى ما كان قاطعًا منها يكون قابل للدحض بالإقرار أو اليمين ؛ لأنَّ عدم القابلية للدحض لا يكون الا للقواعد الموضوعية[2]، أما القرائن فإنها تبقى قابلة للدحض فإذا اقر الحامل

١ - د.فوزي محمد سامي ، د.فائق الشماع ، مصدر سابق ، ص١٩٩
٢ - د.عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص٦١٣.

القانوني (الشخص الذي تقررت القرينة القطعية لمصلحته) أو الساحب (الشخص الذي تقررت لصالحه القرينة البسيطة) بعدم وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه سقطت ودحضت هذا القرينة وان كان نص المادة (٦٤-أولاً) يشير إلى عدم جواز نقض هذه القرينة في اطار علاقة المسحوب عليه بالحامل ؛ فإن استعصت على اثبات العكس لا تستعصي على الدحض ولا حاجة لتفصيل القرينة المقررة للساحب لان امكانية النقض مفروغ منها .

ثانياً :- الافتراض الصرفي المكمل

الافتراض الصرفي المكمل هو اسلوب من اساليب الصياغة التشريعية يروم المشرع الصرفي بواسطته اكمال بيان غير مكتمل من خلال افتراض تكملة لهذا البيان الذي كتب بطريقة جزئية ، وهذا الذي يميز الافتراض الصرفي المكمل عن الافتراض الصرفي المنظم ؛ ففي الافتراض الصرفي المنظم يتم افتراض البيان بأكمله لعدم وجوده على الورقة الصرفية ، أما في الافتراض الصرفي المكمل فإن البيان يكون موجودًا ؛ لكنه كتب بطريقة لم تستوفِ كل عباراته التي يتطلبها القانون ، فبدلاً من ابطاله ؛ يفترض المشرع تكملة لهذا البيان غير المكتمل .

ومن تطبيقات الافتراض الصرفي المكمل في القانون الفرنسي ما أشارت اليه المادة (L.511-21) من قانون التجارة التي اشارت إلى حالة قيام شخص بضمان قيمة الحوالة إذ جاء بهذه المادة (يجب ان يشير الضمان إلى اسم الشخص الذي منح له الضمان ، وفي حالة عدم وجود اشارة دالة على اسم الشخص الذي حصل الضمان لمصلحته يفترض الضمان حاصلاً لمصلحة الساحب) [1].

و فيما يتعلق بالصك (chèque) فقد جاء في الشطر الاخير من المادة (L.131-29) من القانون النقدي و المالي الفرنسي (يجب ان يشير الضمان إلى من حصل الضمان نيابة عنه ، وفي حالة عدم وجود الاشارة له يفترض ان الضمان قد حصل لمصلحة الساحب) [2] .

1- L.511-21."L'aval doit indiquer pour le compte de qui il est donné. A défaut de cette indication, il est réputé donné pour le tireur,. Le donneur d'aval est tenu de la meme manière que celui dont il s'est porté garant. Son engagement est valable, alors meme que l'obligation qu'il a garantie serait nulle pour toute cause autre qu'un vice de forme.

2- Article L131-29

"L'aval est donné soit sur le chèque ou sur une allonge, soit par un acte séparé indiquant le lieu où il est intervenu.

Il est exprimé par les mots " bon pour aval " ou par toute autre formule équivalente ; il est signé par le donneur d'aval. Il est considéré comme résultant de la seule signature du donneur d'aval, apposée au recto du chèque, sauf quand il s'agit de la signature du tireur. L'aval doit indiquer pour le compte de qui il est donné. A défaut de cette indication, il est réputé donné pour le tireur".

ويشير جانب الفقه في فرنسا إلى أن الافتراض الذي تضمنته المادة آنفًا غير قابل للدحض ، ومن ثم فأن القصد الحقيقي لمقدم الضمان (معطي الكفالة) لا يعد محلاً للإثبات وهذا ما استقرت عليه الغرف التجارية في محكمة النقض الفرنسية [١] .

وينسجم تكييف محكمة النقض الفرنسية مع فكرة الافتراض الصرفي التي ندعوا اليها في كونها تمثل قواعد موضوعية غير قابلة للدحض ولا تخضع للإثبات ، و ينسجم هذا الموقف مع مبدأ الكفاية الذاتية الذي يفترض في الورقة الصرفية ان تكون كافية بذاتها ولا يمكن احراز ذلك الا إذا اعطيت الحصانة لمضامينها المكتوبة أو المفترضة وحصنت ضد وسائل الاثبات .

و بالرجوع إلى نص المادة (L.131-29) فينبغي ان يوضح في نص الكفالة اسم المدين المضمون فأذا لم يحدد اسم المدين يفترض القانون ان الكفالة قد حصلت لمصلحة الساحب ولا يمكن اثبات عكس ذلك ، و ينتج عن ذلك لو ان الساحب اتفق مع مقدم الكفالة على تقديم الكفالة للمسحوب عليه بدل الساحب نفسه ولم يدون ذلك (دون ان يذكر اسم المسحوب عليه) فإن الكفالة تكون للساحب[٢] ، ولا يستطيع اقامة الدعوى الصرفية ضد معطي الكفالة متذرعًا بهذا الاتفاق الخارج عن السند ؛ فهذا الافتراض يتجاهل الارادة الحقيقة للأطراف فيجب ان لا يتم التوسع فيه [٣] .

و يتضح مما تقدم بأن عبارة الضمان لو كتبت بشكل غير كامل بحيث كتب عبارة الكفالة دون ان يكتب معها اسم المضمون ، فان الافتراض الصرفي المكمل كفيل بإكمال النقص الذي شاب هذا البيان من خلال افتراض ان هذه الكفالة قد حصلت لمصلحة الساحب و لا يكون هذا الافتراض خاضعًا للأثبات فهو بطبيعته غير قابل للدحض.

و تطبيقًا لذلك قضت الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية (ذكر الكفالة المدونة في سند السحب دون ذكر المدين المضمون المكفول لا يخضع للاثبات الذي يتيح تقريره وجود كفالة معطاة لشخص اخر غير الساحب)[٤] .

لكن لو كانت الكفالة معطاة على ورقة مستقلة على اعتبار ان نص المادة (L.131-29) التي سبقت الاشارة اليها تبيح اعطاء الضمان على ورقة مستقلة ؛ فيذهب الفقه في فرنسا إلى امكانية اثبات الشخص الذي حصلت الكفالة لمصلحته ، أما لو كان حاصلاً على الورقة نفسها فلا مجال للإثبات في

---

١ - جورج ريبير ، ر.روبلو ، مصدر سابق ، ص٢٥٣. و انظر ايضاً التطبيقات القضائية التي يشير اليها .

2- CH.LYON , L.RENAULT ,droit commercial, Tome 3, paris, 1975 No120 page758.

٣ - جورج ربير ، ر.روبلو ، المصدر السابق ، ص٢٥٣_٢٥٤.

٤ - قرار الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية في ٢/ اذار / ١٩٨٤/ اشار اليه ، جورج ربير ، ر.روبلو ، المصدر نفسه ، ص٢٥٤.

هذه الحالة [١] ، ففي هذه الحالة - التي تعطى فيها الكفالة على ورقة مستقلة - لو لم يذكر فيها اسم الشخص الذي حصل الضمان لمصلحته لا تعمل اثار الافتراض الصرفي المكمل لوقوعه ضمن الموارد المستثناة من مبدأ الكفاية الذاتية ؛ ويشكل ذلك مانعًا من موانع الافتراض الصرفي كما مر بنا ومن ثم يخضع الامر إلى الاثبات .

اما فيما يتعلق بالقانون الامريكي فلم نجد من بين التطبيقات التي تضمنها ما ينطوي على اكمال تصرف صرفي ناقص كما في التطبيقات التي سبق استعراضها .

أما في اطار القانون المصري فهو الاخر تضمن العديد من التطبيقات للافتراض الصرفي المكمل من هذه التطبيقات ما اشارت اليه المادة (٤/٤١٨) التي نصت "يذكر في الضمان اسم المضمون ، والا اعتبر الضمان حاصلاً للساحب " ، فالضمان الاحتياطي لا يكون الا بالكتابة كما هو الحال في سائر التصرفات الصرفية ، و الكتابة هنا ليست شرطاً لأثبات الضمان الاحتياطي فحسب بل هي شرط لصحته كذلك ؛ بحيث لا يقوم الاقرار أو اليمين مكان الكتابة في هذا الشأن[٢] ، و يشترط في الضمان الاحتياطي ان يكتب على الحوالة (الكمبيالة) ذاتها أو على الوصلة المتصلة بها ، ويجب ان يذكر في الضمان اسم الشخص المضمون فإذا اغفل ذلك فيفترض ان الضمان حاصلاً لمصلحة الساحب حماية للحامل على اعتبار ان الساحب هو الضامن لجميع الموقعين على الورقة الصرفية و يترتب على ذلك ان الضامن في هذه الحالة يضمن جميع الموقعين على الورقة ما عدا المسحوب عليه القابل [٣] .

ويتضح مما تقدم أن صيغة الضمان لو كتبت ناقصة بأن لم يذكر اسم المضمون فإنها تكمل بواسطة الافتراض الصرفي المكمل ، و من تطبيقات الافتراض الصرفي المكمل الاخرى في اطار القانون المصري ما اشارت اليه المادة (٤٥٢) من قانون التجارة ، المتعلقة بالقبول بالتدخل التي نصت "يذكر القبول بالتدخل على الكمبيالة و يوقعه المتدخل و يبين فيه اسم من حصل التدخل لمصلحته ، فإذا خلا القبول بالتدخل من هذا البيان الاخير اعتبر حاصلاً لمصلحة الساحب " ، و من ثم إذا لم يعين القابل بالتدخل المدين الذي يتدخل لمصلحته فيعد القبول حاصلاً لمصلحة الساحب فيكون القابل بالتدخل ضامنًا للساحب ولجميع الموقعين الذين يضمنهم الساحب[٤] .

---

١ - ج. ريبير ، ر.روبلو ، المصدر السابق ، ص٢٥٥.
٢ - د. عبد الحميد الشواربي ، الاستاذ عاطف الشواربي ،عمرو الشواربي ،الاوراق التجارية المشكلات العملية والدعاوى و الدفوع . الطبعة الخامسة ، شركة ناس للطباعة ، القاهرة ، ٢٠١٥ ، ص٢٧٨.
٣ - د.حسن فتحي ، الاوراق التجارية ، الطبعة الأولى ، مطبعة الكتاب الجامعي ، جامعة طنطا، ٢٠٠٤، ص٢٠٨ .
٤ - د. مصطفى كمال طه ، د. وائل انور بندق ،المصدر السابق ، ص١٣٥.

ويجب ان يذكر هذا البيان على الورقة التجارية ذاتها فلا يجوز وضع هذا البيان على ورقة مستقلة اعمالاً لمبدأ الكفاية الذاتية [١] ، فإذا ذكر في صيغة القبول بالتدخل من حصل لمصلحته ففي هذه الحالة يكون البيان قد ورد بصيغة مكتملة ، أما لو لم يذكر فيه من حصل القبول بالتدخل لمصلحته ، فتكون صيغته ناقصة و هنا ينهض الافتراض الصرفي ليكمل هذا النقص من خلال افتراض ان القبول بالتدخل قد حصل لمصلحة الساحب ، و من تطبيقات الافتراض الصرفي المكمل الاخرى في اطار القانون المصري ما اشارت إليه المادة (١/٤٥٧) التي افترضت ان الوفاء بالتدخل في حالة عدم بيان من حصل الوفاء بالتدخل لمصلحته يكون حاصلاً لمصلحة الساحب ، فالأصل ان يتم تحديد من حصل الوفاء بالتدخل لمصلحته فإذا خلا البيان من اسم من حصل الوفاء بالتدخل لمصلحته عُدَّ حاصلاً لمصلحة الساحب [٢] .

اما في اطار تطبيقات الافتراض الصرفي المكمل في القانون العراقي فلا تبتعد كثيرًا عن التطبيقات التي اشرنا اليها في القوانين محل المقارنة ؛ فعلى سبيل المثال نصت الفقرة الثالثة من المادة (٨١) "يذكر في الضمان اسم المضمون و الا اعتبر حاصلاً لمصلحة الساحب "[٣] ، و يشير البعض إلى ان ما تضمنته المادة (٨١/ثالثًا) يمثل قرينة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات العكس ، وفي ذلك مصلحة عملية مهمة في ما يتعلق بحامل الورقة الصرفية ؛ فالحامل لا يمكنه كشف النية الحقيقية لمانح الضمان الا بعد ملاحقته صرفيًا ، وان فتح الباب لمعرفة نية الضمان قد يشكل خرقًا للكفاية الذاتية للورقة [٤] ، وأن كنا نتفق مع الرأي المتقدم في النتيجة الا اننا نختلف معه في التكييف ؛ فالتحصين من الاثبات لا يكون الا للقواعد الموضوعية التي صيغت قواعد الافتراض الصرفي بموجبها فحكم المادة (٨١/ثالثًا) انما جاء مجرد من الاثبات لكونه يمثل تطبيقًا للافتراض الصرفي وليس القرينة الصرفية ؛ لان القرائن تبقى قابلة للدحض حتى ما كان قطعيًا منها كما مر بنا ؛ فوصف ما تضمنته المادة المذكورة بأنه قرينة سيؤدي إلى الاخلال بالكفاية الذاتية للورقة الصرفية .

و إذا كان الحل الذي تفترضه المادة اعلاه يبنى على الاحتمال الراجح فقد لا يتوافق مع ارادة معطي الضمان في بعض الاحيان فانه يتوافق مع القواعد العامة للكفالة ، فمجرد تحديد الضمان أو الكفالة دون اية اشارة إلى المدين المضمون لا يشكل بينة تدل على وجود كفالة ممنوحة لشخص غير

٢- د. عبد الحميد الشواربي ، الاستاذ عاطف الشواربي ، عمرو الشواربي ، مصدر سابق ، ص٢٥٣.
٢ - المستشار احمد نصر الجندي ، الاوراق التجارية و الافلاس ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٢، ص١٣٣.
٣ - يقابل نص الفقرة الثانية من المادة (٨١) من قانون التجارة العراقي نص المادة (٢/٢٤٢) من قانون التجارة السوري رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٧ ، و المادة ٤٥٠ من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ .
٤ - د. تركي محمود مصطفى القاضي ، الضمان الاحتياطي في الكمبيالات و الشيكات ، الطبعة الأولى ، المركز القومي للأصدارات القانونية ، ٢٠١٨، ص١١٧.

الساحب ، ولكن إذا كان الضمان ممنوحًا بورقة مستقلة فيجب تحديد الشخص المضمون ، فإذا لم يحدد يمكن اثباته بوسائل الاثبات المختلفة [١] ، ففي هذه الحالة يقع الافتراض في المواطن المستثناة من مبدأ الكفاية الذاتية ويشكل ذلك مانعًا من موانع الافتراض الصرفي كما تقدم .

و خلاصة القول إن صيغة الضمان يجب ان تذكر على الورقة الصرفية بصيغة تفيد معنى الضمان و لم يذكر القانون الحالي صيغة خاصة يجب ان يكتب الضمان بموجبها ، بخلاف القانون السابق الذي أورد صيغًا على سبيل المثال [٢] ، و يزاد على عبارة الضمان اسم المضمون ، فإن لم يذكر يكون البيان ناقصًا و لا يؤدي ذلك إلى بطلان البيان ؛ لأن الافتراض الصرفي المكمل كفيل بأكمال هذا النقص ؛ من خلال افتراض ان هذا الضمان قد حصل لمصلحة الساحب .

ومن التطبيقات الاخرى للافتراض الصرفي المكمل في القانون العراقي ما اشارت اليه المادة (١١٩) من قانون التجارة العراقي النافذ التي افترضت ان القبول بالتدخل قد حصل لمصلحة الساحب إذا لم يحدد الشخص الذي حصل التدخل لمصلحته ، و اشترطت ان يرد القبول بالتدخل على الورقة ذاتها فإن كتب على ورقة مستقلة كان باطلاً وهذا الافتراض يستفيد منه كل من التزم بموجب الحوالة[٣] ؛ لان الساحب ضامن لهم جميعًا ، وكما في التطبيق السابق إذا ذكرت عبارة التدخل دون ذكر من حصل القبول بالتدخل لمصلحته كانت العبارة ناقصة ، وهنا ينهض الافتراض الصرفي المكمل ليكمل هذا النقص ؛ فيفترض ان التدخل حصل لمصلحة الساحب.

ويتضح من كل ما تقدم ان الافتراض الصرفي المكمل يؤدي دوره في اكمال النقص الذي شاب البيان الصرفي ؛ بحيث يكتب البيان بشكل غير مكتمل ، فيأتي الافتراض الصرفي ليكمله ، فدوره هنا هو دور اكمالي بحيث يفترض تكملة للبيان غير المكتمل ، بخلاف الافتراض الصرفي المنظم الذي يؤدي دورًا انشائيًا من خلال ايجاد بيان لم يكتب اصلاً ، فيفترضه بإكمله

ثالثًا :- الافتراض الصرفي المفسر

لا يقتصر دور الافتراض الصرفي على افتراض البيانات التي لم تكتب أو اكمال البيان الذي كتب بطريقة غير مكتملة ، فهو يؤدي دورًا مهمًا اخر يتمثل بتفسير بعض بنود البيانات الغامضة التي

١ - د. تركي محمود مصطفى القاضي ، مصدر سابق ، ص١١٧.
٢ - نصت المادة (٢/٤٥٦) من قانون التجارة العراقي السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ " يؤدى الضمان بصيغة (الضمان الاحتياطي) او بأية صيغة اخرى تفيد هذا المعنى و يوقعه الضامن " .
٣ - د. فائق الشماع ، د. فوزي محمد سامي ، المصدر السابق ، ص٢٢١.

تتضمنها الورقة الصرفية ، فالورقة الصرفية لكي تؤدي وظائفها يجب ان تكون كافية بذاتها ؛ وهي لا تكون كذلك بمجرد اكتمال بياناتها ؛ بل يجب فوق ذلك ان تكون هذه البيانات واضحة لا يعتريها الغموض و الشك ، ولعل من اهم أسباب الغموض التي قد تعتري بيانات الورقة الصرفية يتمثل بحالة اختلاف مضامين البيان الصرفي ، فقد يكتب البيان بأكثر من صيغة بحيث لا يكون هناك تطابق بين عبارات البيان ما يؤدي إلى اختلاف مضامين البيان الواحد الامر الذي يتطلب افتراض صحة احدى الصيغ التي كتب بها البيان .

ومن تطبيقات الافتراض الصرفي المفسر في اطار قانون التجارة الفرنسي ما اشارت اليه المادة (L.511-4) اذ نصت (ان الحوالة التي تكتب قيمتها بشكل رقم و كتابة بالأحرف تعد نافذةً قانوناً ، و في حالة وجود اختلاف حول هاتين القيمتين يتم الاحتكام إلى المبلغ المكتوب بالأحرف ، والورقة التي تحرر قيمتها عدة مرات أما كتابة بالحروف أو كتابة بالأرقام تعد نافذة ايضاً و في حالة وجود اختلاف حول هاتين القيمتين تفترض صحة المبلغ الاقل فقط) [١] ، ففي التعامل العملي يعين المبلغ بالأحرف و بالأرقام في متن السند الصرفي و في قسم مخصص لهذا الغرض لتفادي التزوير بالأرقام و في الزاوية العليا إلى اليمين من اجل تسهيل قراءة المبلغ و في العادة يكون المبلغ مسبوقًا بعبارة (صالح بمقدار كذا فرانك) ، فأن وجد فرق بين البندين فان البند المكتوب بالأحرف يغلب على البند المكتوب بالأرقام ، وان كتب الاثنان بنفس الكيفية ووجد اختلاف بين القيمتين فإن السند الصرفي لا يصح الا بالمبلغ الاقل [٢] ، و الامر نفسه بالنسبة للصك (chèque) فقد نصت المادة (L.131-10) من القانون النقدي و المالي الفرنسي (ان الصك الذي يتم كتابة مبلغه بالأحرف و بالأرقام عند وجود اختلاف تفترض صحة المبلغ المكتوب بالأحرف و الصك الذي يكتب مبلغه عدة مرات بالحروف وبالأرقام في حالة الاختلاف تكون الغلبة للمبلغ الاقل) [٣] .

وتطبيقاً لذلك جاء في احد قرارات الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية في نزاع حول صك كتب مبلغه بالأرقام (76533) و بالأحرف (ستة و سبعون يورو و خمسمائة و ثلاثة و ثلاثين

1-(L.511-4)-"La lettre de change dont le montant est écrit à la fois en toutes lettres et en chiffres vaut, en cas de différence, pour la somme écrite en toutes lettres.La lettre de change dont le montant est écrit plusieurs fois, soit en toutes lettres, soit en chiffres, ne vaut, en cas de différence, que pour la moindre somme" .

٢ -ج. ريبير ، ر.روبلو ، مصدر سابق ، ص٢١٠

3- Article L131-10

"Le chèque dont le montant est écrit à la fois en toutes lettres et en chiffres ne vaut, en cas de différence, que pour la somme écrite en toutes lettres. Le chèque dont le montant est écrit plusieurs fois, soit en toutes lettres, soit en chiffres, ne vaut, en cas de différence, que pour la moindre somme"

سنت) حيث قضت بأن محكمة الاستئناف لم تستخلص النتائج القانونية و انتهكت المادتين (L.131-10, L.131-2) من القانون النقدي و المالي عندما اعتبرت ان مبلغ الصك هو (76533) من خلال الرجوع إلى قيمة المعاملة التي حرر الصك للوفاء بها والنفقات التي خصص الصك للوفاء بها ، بالإضافة إلى ان المصرف كان عليه ان ينبه العميل و لا يسمع دفع المصرف المبني على مبدأ عدم التدخل بشؤون العميل ، وكذلك دفعه الخاص بأن عدم ايراد كلمة (الف) لا يشكل فارقًا ما دام ان قيمة المعاملة واضحة ، وعليه تكون الأولوية للمبلغ المكتوب حرفًا حتى و ان لم يتوافق مع واقع المعاملة)[١] .

أما في اطار قانون التجارة الامريكي الموحد (UNIFORM COMMERCIAL CODE) فقد تضمن حكمًا مميزًا في اطار هذا التطبيق فقد نصت المادة (3-114) منه (في حالة وجود صك يحتوي بنودًا متعارضة فأن الكتابة بألآلة الكاتبة تسود على البيانات المطبوعة و الكتابة اليدوية تسود على كلتيهما، وتغلب الكلمات على الارقام)[٢] ، أي ان القانون الامريكي يفترض صحة الكتابة اليدوية في حالة تعارضها مع الكتابة المطبوعة اصلاً أو المضافة من خلال الطابعة ولم نجد مثل هذا الحكم في القوانين المستمدة من اتفاقية جنيف للأوراق التجارية .

وقد جاء في قرار لمحكمة استئناف ولاية (تكساس/ هيوستن)ما نصه (كتب مبلغ الصك مرتين وحدث التباين بينهما فكتب المبلغ الاول بأنه (مليون وسبعة آلاف دولار) ورقم ($١,٧٠٠,٠٠٠دولار)." عبارة "مليون وسبعة آلاف دولار" لها معنى واضح لا لبس فيه ، وهو مبلغ ($١,٠٠٧,٠٠٠ دولار)، ومن ثم فإن الكلمات والأرقام في اتفاقيات القروض متضاربة ، حيث تختلف بمقدار ٦٩٣ ألف دولار، يتضخم هذا التأثير من حقيقة أن المبلغ الفعلي للقرض يؤثر على تطبيق المدفوعات ، مما ينتج عنه مبالغ مختلفة من الفوائد المستحقة ، قررت المحكمة بأن القاعدة التي تفضل الكلمات على الأرقام تنطبق بالفعل على الصكوك القابلة للتداول مثل السندات الإذنية ورأت أن نفس القاعدة تنطبق على الصكوك هذه القاعدة مستمدة من المبدأ القائل بأن "كتابة الكلمات تمثل على الأرجح النوايا الحقيقية للأطراف أكثر من كتابة الأرقام)[٣] .

1- Cour de cassation - Chambre commerciale — 17 mai 2017 - n° 15-25.050 https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20170517-1525050

2-.(3-114) Instrument; contradictory terms
Sec. 3-114." If an instrument contains contradictory terms, typewritten terms prevail over printed terms handwritten terms prevail over both, and words prevail over numbers"

3 - Court of Appeals of Texas ,Houston (1st Dist.). CHARLES TIPS FAMILY TRUST v. PB COMMERCIAL LLC , No. 01–13–00449–CV , Decided: August 19, 2014, https://caselaw.findlaw.com/tx-court-of-appeals/1676009.html

أما في اطار تطبيقات الافتراض الصرفي المفسر في القانون المصري فقد نصت المادة (٣٨٤) من قانون التجارة المصري " إذا كتب مبلغ الكمبيالة بالحروف و بالأرقام معًا فالعبرة عند الاختلاف بالمكتوب بالحروف ٢- إذا كتب المبلغ عدة مرات بالحروف أو بالأرقام فالعبرة عند الاختلاف بأقلها مبلغًا " ، ويسوغ الفقه هذا الموقف بأن المبلغ الذي يكتب بالحروف يسترعي انتباه الساحب بصفة خاصة فيكون اكثر انطباقاً على ارادته ، ولو كتب المبلغ مرتين بالحروف أو مرتين بالأرقام فيفترض القانون صحة المبلغ الاقل تطبيقاً لقاعدة ان الشك يفسر لمصلحة المدين[١].

و ينسجم هذا الحل المفترض مع ما أشارت إليه المادة السادسة من قانون جنيف الموحد[٢] ، فالخطأ و السهو اقل احتمالاً عند الكتابة بالأحرف الكاملة عنه عند الكتابة بالكلمات[٣]، و هناك من يذهب إلى بطلان السند الصرفي إذا اختلفت كتابة المبلغ رقمًا وحرفًا ؛ على اعتبار ان اختلاف المبلغين يخل بالتحديد الذي يجب ان يتصف به هذا البيان المهم بحيث يكون مبلغ الحوالة محل شك كبير ما يؤدي إلى عرقلة تداول الحوالة (الكمبيالة)[٤] ، ولا نتفق تمامًا مع هذا الرأي ؛ لان الافتراض الصرفي المفسر كفيل برفع هذا التعارض من خلال افتراض صحة المبلغ المكتوب حرفًا فلا يبقى المبلغ مبهم و غير محدد و لا يتعرقل التداول .

أما فيما يتعلق بتطبيقات الافتراض الصرفي المفسر في القانون العراقي فلا تبتعد عن التطبيقات المتقدمة فقد نصت المادة (٤٥) من قانون التجارة العراقي "اولاً : إذا كتب مبلغ الحوالة بالحروف و بالأرقام فالعبرة عند الاختلاف بما كتب بالحروف ، ثانيًا :اذا كتب المبلغ عدة مرات بالحروف أو بالأرقام فالعبرة عند الاختلاف بأقلها مبلغًا " .

فإذا اختلف المبلغ المكتوب حرفًا عن المبلغ المكتوب رقمًا ؛ يفترض القانون صحة المبلغ المكتوب حرفًا ، و إذا تعدد المبلغ ضمن الصيغة الواحدة يفترض صحة المبلغ الاقل ، فشرط اتحاد الصيغة ضروري لأعمال هذا الافتراض في هذا الحالة ؛ على اعتبار ان الفقرة الثانية من المادة (٤٥) اعلاه تنص على هذا الحكم في حالة تعدد الكتابة ضمن الاسلوب الواحد ، ولا نتفق مع الرأي الذي

---

١ - د.مصطفى كمال طه ، د. وائل انور بندق ، مصدر سابق ،ص ٣٤٩.

3- (UNIFORM LAW ON BILLS OF EXCHANGE AND PROMISSORY NOTES) Article 6.

UNIFORM LAW ON BILLS OF EXCHANGE AND PROMISSORY NOTES

"La lettre de change dont le montant est ecrit *"a* la fois en toutes lettres et en chiffres vaut, en cas de diff6rence, pour la somme ecrite en toutes lettres. La lettre de change dont le montant est ecrit plusieurs fois, soit en toutes lettres, soit en chiffres, ne vaut, en cas de difference, que pour la moindre somme"

٣ - المستشار احمد فخر الدين ، مصدر سابق ، ص٣٤٩.

٤ - د. عبد الحميد الشواربي ، عاطف الشواربي ، عمرو الشواربي ، المصدر السابق ، ص١٠٧.

يذهب إلى ان الحوالة تصح و يفترض صحة اقل المبالغ المكتوبة إذا تعددت الكتابة بالحروف و تعددت الكتابة بالأرقام معًا[١] ، و لنا عودة لهذه الجزئية لنفصل رأينا اكثر عند بحث هذا التطبيق ضمن تطبيقات الافتراض الصرفي .

ومن كل ما تقدم يتضح بأن الافتراض الصرفي المفسر ينطوي على خلق قاعدة موضوعية تفسر الغموض الذي يشوب البيانات التي قد تتضمنها الورقة الصرفية من خلال رفع التعارض بين هذه البيانات ، و يتحقق ذلك بأفتراض صحة ارجح البيانات المتعارضة من وجهة نظر المشرع .

و بتمام الكلام عن الافتراض الصرفي المفسر نكون قد اكملنا الكلام عن اقسام الافتراض الصرفي الثلاثة وبذلك نتم المبحث الأول من هذه الدراسة.

المبحث الثاني

تمييز الافتراض الصرفي عما يشتبه به

لكي يكمُل ايضاح مفهوم الافتراض الصرفي لابد من بيان أوجه تمايزه عن الاوضاع القانونية الاخرى التي قد تتشابه معه ، فمن الطبيعي و نحن بصدد فكرة مستحدثة ان نجد بعض المقاربات بينها و بين افكار اخرى ، الامر الذي يوجب علينا الاشتغال على تحديد ذاتيتهِ بدقة ، والافتراض الصرفي بوصفة من طرق الصياغة المعنوية فهو قد يختلط مع كل من القرينة الصرفية و ما اصطلحنا عليه بالافتراض القانوني بالمعنى الخاص ، و بوصفه يخلق وضعًا مفترضًا مجردًا فأنه يختلط مع عمومية القاعدة القانونية و كذلك مع الصورية ، و لإيضاح المائز بين الافتراض الصرفي و المفاهيم المتقدمة سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، سنبين في المطلب الأول تمييز الافتراض الصرفي من طرق الصياغة المعنوية الاخرى ، و من ثم سنتناول في المطلب الثاني تمييز الافتراض الصرفي من الواسائل التي تخلق وضًا مفترضًا .

---

١ - د. صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الاوراق التجارية ، شركة الطبع و النشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٥، ص٩٨-٩٩.

المطلب الأول

تمييز الافتراض الصرفي من طرق الصياغة المعنوية الاخرى

من أهم الافكار القانونية التي قد تشتبه في بعض جوانبها مع الافتراض الصرفي ؛ القرينة الصرفية و كذلك الافتراض القانوني بالمعنى الخاص ، فينبغي اعمال الفكر لإيجاد مواطن التشابه والاختلاف بين المفاهيم المتقدمة ، فقد وجدنا ان الفقه في مواطن كثيرة لا يميز بين القرينة الصرفية والافتراض الصرفي ، بل أبعد من ذلك و جدنا بعض النصوص القانونية المتعلقة بالقرائن قد صيغت بطريقة تتعارض مع فكرة القرينة بشكل عام ما يشكل خللاً ينبغي ان نضع يدنا عليه ، فنشخصه ونقترح علاجه ؛ ولإتمام ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الأول تمييز الافتراض الصرفي من القرينة الصرفية ، ومن ثم سنبين في الفرع الثاني تمييز الافتراض الصرفي من الافتراض القانوني بالمعنى الخاص .

الفرع الأول

تمييز الافتراض الصرفي من القرينة الصرفية

من اكثر الافكار التي يخلط الفقه بينها وبين الافتراض الصرفي فكرة القرينة الصرفية ، ونعتقد ان سبب ذلك لا يرجع إلى استحداث مفهوم الافتراض الصرفي فقط ؛ بل يعزى سبب ذلك ايضًا إلى عدم استقرار مفهوم القرينة بشكل عام وكما تقدم فان فكرة القرينة ليست غامضة فقهيًا وحسب ؛ بل ان التشريعات - كما سيمر بنا - خلطت بينها وبين القواعد الموضوعية لذلك نجد من الاهمية بمكان قبل ان ندخل في مواطن التمايز بين القرينة الصرفية والافتراض الصرفي ان نوضح أولاً مفهوم القرينة الصرفية ، ومن ثم نوضح بعدها ثانيًا أوجه التشابه والاختلاف بينها وبين القرينة فلا تستقيم المقارنة الا بعد الوقوف على مفهوم القرينة بشكل دقيق .

اولاً:- مفهوم القرينة الصرفية

تصنف القرائن بشكل عام إلى قرائن قانونية يصوغها و ينشئها المشرع ، و اخرى قضائية يستنبطها القضاء ، وبالإضافة إلى اختلاف مصدرية كل منهما، فهما يختلفان ايضًا في ان القرينة القانونية لا تعد دليل اثبات وانما هي اعفاء منه ؛ فالخصم الذي تقوم لمصلحته قرينة قانونية يسقط عن كاهله عبء الاثبات ، أما القرائن القضائية فهي دليل ايجابي في الاثبات وان كانت دليلاً غير مباشر ؛

لأَن الخصم يتوسل بها إلى اثبات دعواه ومن ثم قد يأخذ بها القضاء أو لا[١] ، و القرينة الصرفية تعتبر من مصاديق القرائن القانونية لذلك تخرج القرائن القضائية من دائرة البحث ، و القرينة من المفاهيم التي تصدت التشريعات لتعريفها فقد كانت المادة (1349) من القانون المدني الفرنسي (قبل تعديلها) تعرف القرينة على انها (القرائن هي نتائج تستخلص بحكم القانون أو تقدير القاضي من واقعة معروفة للأستدلال على واقعة غير معروفة)[٢] ، أما بعد التعديل فقد جاء في الشطر الأول من المادة (1354) من القانون المدني الفرنسي (القرينة التي يربطها القانون بتصرفات معينة أو بوقائع معينة يسندها إلى الغير تعفي الشخص الذي وجدت لصالحه من تقديم الدليل)[٣] ، ويشير الفقه الفرنسي إلى ان القرائن القانونية كانت في الاصل عبارة عن قرائن قضائية وتحولت بعد ذلك لتكون قرائن قانونية و يتحقق ذلك عندما يستأثر المشرع بقرينة قضائية مهمة و يقلب الحقيقة التي تبنى عليها من حقيقة قضائية إلى حقيقة قانونية [٤] .

أما في اطار القانون الامريكي ، فقد اتت المادة (301) من لائحة قواعد الاثبات الفدرالية (Federal Rules of Evidence) المعدلة في (١/ ديسمبر/٢٠٢٠) تحت عنوان (القرائن في القضايا المدنية بشكل عام) ، (Presumptions in Civil Cases Generally) و جاء فيها (في القضايا مدنية ، ما لم ينص قانون اتحادي أو هذه القواعد على خلاف ذلك ، يتحمل الطرف الذي يتم توجيه القرينة ضده عبء تقديم دليل لدحض القرينة ، لكن هذه القاعدة لا تحول عبء الاثبات الذي يبقى على عاتق الطرف الذي كان مقرر عليه في الأصل) [٥].

أما في اطار القانون المصري فقد نصت المادة (٩٩) من قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية "القرينة القانونية تعفي من تقررت لمصلحته من أية طريقة اخرى من طرق الاثبات على

---

١ - د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص٦٠٢.
٢ - نسخة دالوز من القانون المدني الفرنسي باللغة العربية ص١٣٠٨
3-Article 1354 (Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 4) "La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la prevue".
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032042336
4- francois geny , op, cit, p 235.
5- Federal Rules of Evidence (These are the Federal Rules of Evidence, as amended to December 1, 2020.) (Rule 301).(Presumptions in Civil Cases Generally)"In a civil case, unless a federal statute or these rules provide otherwise, the party against whom a presumption is directed has the burden of producing evidence to rebut the presumption. But this rule does not shift the burden of persuasion, which remains on the party who had it originally" https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_301

انه يجوز نقض هذا القرينة "[١] ،و كما هو واضح فإن مصدر القرينة القانونية هو نص القانون فلا تنهض القرينة دون نص يقررها وهذا النص يصاغ بطريقة ينبني من خلالها على الاحتمال الراجح فهو يقيم الوقائع بتجرد و يعمم ترجيحه ، دون ان تكون امامه الحالة بالذات التي تطبق عليها ، كما هو الامر في القرائن القضائية[٢] ، لذلك فهي بطبيعتها قد توافق الحقيقة و قد تخالفها .

أما في اطار القانون العراقي فقد عرفت المادة (٩٨/اولاً) من قانون الاثبات العراقي القرينة القانونية حين نصت "القرائن القانونية هي استنباط المشرع امرًا غير ثابت من امر ثابت"[٣] ، واشارت المادة (١٠٠) من القانون اعلاه إلى جواز نقض القرينة القانونية بالدليل العكسي مالم ينص القانون على خلاف ذلك ، وبشكل عام فإن القرينة القانونية من حيث القوة أما ان تكون بسيطة قابلة لأثبات العكس أو قطعية لا تقبل اثبات العكس ، وبجميع الاحوال تبقى قابلة للدحض فلا ينصرف الذهن إلى ان القرائن القطعية باعتبارها غير قابلة لأثبات العكس تكون عصية على الدحض بل يمكن دحضها باليمين والاقرار كما اشارت إلى ذلك المادة (١٠١) من قانون الاثبات العراقي التي نصت "يجوز قبول الاقرار واليمين في نقض القرينة القانونية القاطعة التي لا تقبل اثبات العكس في الامور التي لا تتعلق بالنظام العام".

ويتضح من كل ما تقدم بأن القرينة القانونية تنطوي على عمل ذهني يقوم به المشرع مقتضاه تحويل الشك إلى يقين بطريقة تتفق مع الواقع المألوف في الحياة[٤] ، فهي عبارة عن افتراض قيام امر معين لا يمكن العلم به علمًا يقينيًا استنادًا إلى توفر امر اخر يمكن العلم به علمًا يقينيًا على اساس غلبة الارتباط بينهما و جودًا و عدمًا[٥] وعليه فإن القرينة ما هي الا افتراض يجعل من الشيء المحتمل أو الممكن موجودًا وفقًا لما هو مألوف في الحياة أو ما يرجحه العقل[٦] ، فهي وسيلة من وسائل الصياغة

---

١ - نص المادة (٩٩) من قانون الاثبات في المواد المدنية و التجارية المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ منشور بالجريدة الرسمية في العدد ٢٢ في ٢٠ /١٩٦٨/٥، ونجد من المفيد ان نشير الى تأريخ هذا النص ، فقد كانت نصوص الاثبات موجودة ضمن القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ في الباب السادس في المواد (٣٨٩الى ٤١٧) و الغيت بموجب قانون الاثبات المذكور اعلاه ، و قد كان نص المادة (٩٩) من القانون المتقدم يمثل نص المادة (٤٠٤) من القانون المدني المصري قبل التعديل ، و قد كان نص المادة على الشكل التالي (القرينة القانونية تعفي من تقررت لمصلحته عن اية طريقة من طرق الاثبات الاخرى على انه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ، ما لم يوجد نص بغير ذلك) ونلاحظ ان العبارة الاخيرة قد حذفت في النص الجديد و سنوضح سبب ذلك عند ايضاح اوجه الاختلاف بين القرينة والافتراض الصرفي حتى لا نقع في المصادرة على المطلوب.

٢ - د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق، ص٦٠١ .

٣ - نص المادة (٩٨/اولاً) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل منشور بالجريدة الرسمية الوقائع العراقية بالعدد ٢٧٢٨ في ١٩٧٩/٩/٣.

٤ - د. حسين عامر ، المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية ، الطبعة الأولى ، مطبعة مصر ، ١٩٥٦، ص٤٨٠.

٥- د. توفيق حسن فرج ، قواعد الاثبات في المواد المدنية و التجارية ، بدون مكان نشر ، ١٩٨٥، ص١٥٦.

٦ - استاذنا د. عباس زبون العبودي ، شرح احكام قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ، المكتبة القانونية ، بدون مكان طبع ، ص٨٦.

التشريعية يمكن من خلالها الامساك بالواقع بشيء من اليقين و التحديد رغم ان الواقع نفسه مشوب بالشك و الاحتمال وعليه فأن القرينة بموجب هذا المعطى ذات اهمية كبيرة في النظام القانوني بشكل عام ؛ على اعتبار ان القانون لا يستطيع ان ينظم المجتمع تنظيمًا قهريًا الا إذا قطع الشك باليقين[١] ، فالقرينة القانونية تسهم بشكل كبير في تيسير عملية الاثبات فهي من وسائل الاثبات المهمة و حجتها في الاثبات تختلف بإختلاف نوعها ان كانت بسيطة أو قطعية كما تقدم ، والسؤال المهم الذي يطرح في هذا الصدد ، ما هو معيار التمايز بين القرينة القطعية و البسيطة من ناحية اسلوب الصياغة التشريعية، أو بمعنى اخر عندما تصاغ القاعدة القانونية بقالب القرينة ، كيف نتعرف ان هذه القرينة التي تضمنتها قطعية أو بسيطة ؟.

سبق أن اشرنا إلى أن المشرع الفرنسي أجرى تحويرًا على احكام الاثبات لكن قبل هذا التحوير وجدت آراء حاولت الاجابة على التساؤل المتقدم نجد من المفيد طرحها لاسيما ان هذا التحوير لم يصب تشريعاتنا بعد ؛ فقد ذهب اتجاه فقهي في فرنسا إلى أن القرينة القانونية تكون قاطعة إذا ابطلت تصرف أو منعت اقامة دعوى استنادًا إلى نص المادة (١٣٥٢) من القانون المدني الفرنسي (قبل تعديلها) التي كانت تنص (تعفي القرينة القانونية من قررت لمصلحته من تقديم اي اثبات فلا يقبل أي اثبات ضد القرينة القانونية عندما يبطل القانون بعض الاعمال القانونية أو يرفض قبول الدعاوى القضائية بسند هذه القرينة ما لم ينص على امكانية تقديم الأثبات المعاكس مع الاحتفاظ بما يقرره اليمين والاقرار)[٢].

و يعترض العلامة فرانسوا جيني على الرأي المتقدم ، و يشير إلى ان ابطال التصرف القانوني على اساس القرينة القانونية لا يعبر بأمانة عن غرض المشرع الحقيقي لأنه اراد بذلك سد سبل التحايل لا لكي يجعل القرينة قاطعة و كذلك بالنسبة لجعل الدعوى غير مقبولة ؛ فالمقصود بهذا المعيار ان يكون هناك دفع يمنع من الدخول في موضوع الدعوى فترفض على هذا الاساس ؛ لا ان لا ترفع الدعوى اصلاً ، لذلك هو يرى ان الاصل في القرينة ان تكون بسيطة الا إذا نص القانون على جعلها قطعية[٣].

---

١ - د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص٣٨٨.

٢ - نص المادة (١٣٥٢) و تعليق الاستاذ(voirin) الذي يعد من انصار هذا الاتجاه ، نسخة دالوز من القانون المدني الفرنسي باللغة العربية ، مصدر سابق ، ص١٣٢٦.

3- francois geny , op, cit, P. 307

و في اطار الفقه المصري هناك من يرى ان السياسة التشريعية للمشرع المصري تتجه إلى جعل الاصل في القرينة انها بسيطة تقبل اثبات العكس و إذا اراد جعلها قطعية ينص على ذلك ، فأذا لم يتضمن النص ما يشير إلى عدم امكانية اثبات العكس كانت القرينة بسيطة[١] .

وبدورنا وبقدر تعلق الامر بالقرينة الصرفية ، ومن خلال تتبع منهجية المشرع الصرفي نجد انه حاول ان يحد قدر الامكان من القرائن الصرفية ؛ ونعلل ذلك بان القرينة تفتح الباب للإثبات ، والاثبات المعاكس ، وفي ذلك خروج على مبدأ الكفاية الذاتية الذي تعد المحافظة عليه من أولويات المشرع الفذة ، وفي الحالات التي يلجأ إلى صياغة القاعدة القانونية بقالب القرينة فانه يشير بشكل صريح إلى نوع القرينة ؛ فعندما ينص على امكانية اثبات العكس فهو يلبس على القرينة الصرفية صفة البساطة ، وعندما يخلع عنها هذه الصفة ينص ايضًا بأن القرينة هنا تكون قطعية ، لذلك لم نجد ضمن سياسة المشرع الصرفي الخاصة بالقرينة اصلًا و استثناءًا بل انه ينص على نوع القرينة في النص المقرر لها كما سيتضح عندما نستعرض تطبيقات القرائن الصرفية في اطار القانون العراقي لكن يجب أولاً ان نبين تطبيقات القرائن الصرفية في اطار القوانين محل المقارنة أولاً .

فمن تطبيقات القرينة الصرفية في اطار القانون الفرنسي ما اشارت إليه المادة (L.511-14) من قانون التجارة الفرنسي التي اشارت إلى حالة التظهير غير المؤرخ و افترضت ان هذا التظهير قد حدث قبل انقضاء الميعاد المحدد لعمل الاحتجاج حيث نصت (ينتج التظهير الحاصل بعد ميعاد الاستحقاق نفس الاثار المترتبة على التظهير الحاصل قبل ميعاد الاستحقاق ، ومع ذلك فإن التظهير اللاحق لاحتجاج عدم الوفاء أو بعد انقضاء الفترة المحددة لعمل الاحتجاج لا ينتج الا اثار الحوالة المدنية ، ويعتبر التظهير غير المؤرخ قد حصل قبل انقضاء الفترة المحددة لعمل الاحتجاج ما لم يثبت خلاف ذلك) [٢] ، و من القرائن الصرفية الأخرى في القانون الفرنسي ما اشارت إليه المادة(L.511-7) من قانون التجارة الفرنسي التي عدت ان قبول الحوالة التجارية قرينة على وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه القابل و لا يجوز نقض هذه القرينة في اطار علاقة المسحوب عليه بالحامل ، أما في

---

١ - د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ،ص ٦١٠ .

2- L.511-14 "L'endossement postérieur à l'échéance produit les mêmes effets qu'un endossement antérieur. Toutefois, l'endossement postérieur au protêt faute de paiement, ou fait après l'expiration du délai fixé pour dresser le protêt, ne produit que les effets d'une cession ordinaire. Sauf preuve contraire, l'endossement sans date est censé avoir été fait avant l'expiration du délai fixé pour dresser le protêt.
Il est défendu d'antidater les ordres à peine de faux".

حالة رفض الحوالة فيقع على الساحب وحده اثبات وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه وقت استحقاق الحوالة [١].

وجاء في احد قرارات الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية (ان القبول يؤسس قرينة بسيطة لوجود مقابل الوفاء في علاقة الساحب و المسحوب عليه فأذا قبل المسحوب عليه الحوالة تقع عليه مسؤولية عكس هذه القرينة الناتجة عن هذا القبول بأثبات عدم وجود مخصصات -اموال- عند استحقاق الكمبيالة -الحوالة-) [٢] ، ويثار التساؤل حول نص المادة (L.511-11) من قانون التجارة الفرنسي هل تضمن قرينة ام لم تتضمن ذلك عندما نصت (حامل الحوالة هو مالكها القانوني إذا كان بامكانه اثبات حقه من خلال سلسلة متتالية من التظهيرات حتى لو كان التظهير الاخير على بياض وتعتبر التظهيرات المشطوبة غير مكتوبة بهذا الصدد وعندما يعقب التظهير على بياض تظهير آخر فان الموقع على التظهير الاخير يكون حاملاً قانونياً ، و إذا جرد من الصك فأن الحامل القانوني إذا اثبت حقه في الطريقة اعلاه لا يطلب منه التخلي عن الصك الا إذا حصل عليه بسوء نية) [٣] ، وقد جاء في احد قرارات الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية (ان الحامل القانوني للكمبيالة -الحوالة- يعد شرعيًا فقط إذا استطاع ان يثبت حقه بسلسلة من التظهيرات غير المنقطعة حتى لو كان اخرها على بياض ، وبما ان التوقيع الاخير من الممثل القانوني الخاص بشركة (Crcam) يبين انه قد وضع توقيعه بوصفه مظهرًا ، وشركة (SAR LOFT TRANSACTION) بوصفها مظهرًا اليه ووقع

1-L-511-7 " La provision doit être faite par le tireur ou par celui pour le compte de qui la lettre de change sera tirée, sans que le tireur pour compte d'autrui cesse d'être personnellement obligé envers les endosseurs et le porteur seulement.
Il y a provision si, à l'échéance de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie est redevable au tireur, ou à celui pour compte de qui elle est tirée, d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change. La propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change. L'acceptation suppose la provision. Elle en établit la preuve à l'égard des endosseurs.
Qu'il y ait ou non acceptation, le tireur seul est tenu de prouver, en cas de dénégation, que ceux sur qui la lettre était tirée avaient provision à l'échéance ; sinon, il est tenu de la garantir, quoique le protêt ait été fait après les délais fixés."
2- Cour de cassation - Chambre commerciale — 1 avril 2014 - n° 13-16.902 , Copyright 2020 - Dalloz - Tous droits reserves. https://www.dalloz.fr
3- L.511-11 "Le détenteur d'une lettre de change est considéré comme porteur légitime s'il justifie de son droit par une suite ininterrompue d'endossements, même si le dernier endossement est en blanc. Les endossements biffés sont à
cet égard réputés non écrits. Quand un endossement en blanc est suivi d'un autre endossement, le signataire de celui-ci est réputé avoir acquis la lettre par l'endossement en blanc. Si une personne a été dépossédée d'une lettre de change par quelque événement que ce soit, le porteur justifiant
de son droit de la manière indiquée à l'alinéa précédent n'est tenu de se dessaisir de la lettre que s'il l'a acquise de mauvaise foi ou si, en l'acquérant, il a commis une faute lourde"

التظهير مع ذكر رقم (SAS LOFT 432252914) وليس بصيغة (SARL LOFT TRANSACTION (485 068 530) ، ومن ثم لا تعد هذه الصيغة قانونية و تكون سلسلة التوقيعات غير متصلة ولا يمكن التحقق من انتظامها ويستنتج من هذا انه لا يمكن ان تصنف كحامل شرعي)[١].

ويفهم من هذا القرار ان الحامل يقع عليه اثبات انتظام سلسلة التواقيع حتى يوصف بأنه حامل شرعي للورقة فلا ينقل عنه هذا العبء وهذا يخالف فكرة القرينة التي تنقل عبء الاثبات عمن تحققت له ، وفيما يتعلق بالصك (chèque) فقد نصت المادة (L.131-22) من القانون النقدي والمالي الفرنسي (يعتبر حامل الصك مالكًا شرعيًا إذا اثبت حقه بسلسلة متواصلة من التظهيرات وان كان التظهير الاخير على بياض و التظهيرات المشطوبة بهذا الشأن تعتبر كأن لم تكتب و إذا اتبع التظهير على بياض تظهيرًا آخر اعتبر الموقع عليه هو مالك الصك بالتظهير على بياض) [٢] ، و نلاحظ ان الفقه الفرنسي يشير إلى ضرورة التثبت من شخصية الحامل ، ففي التطبيق العملي تكون المصارف مسؤولة إذا خصمت السندات دون تثبت و من ثم قدمتها للوفاء[٣] ، ومن ثم لا تشكل هذه المادة تطبيقًا للقرينة كونها توجب على الحامل اثبات شرعية حيازته .

ومن تطبيقات القرائن الصرفية في اطار القانون الامريكي ما اشارت اليه الفقرة الرابعة من البند(115-3) من قانون التجارة الامريكي الموحد التي اضفت الصحة على البيانات المضافة إلى السند و افترضت انها اضيفت بموفقة الساحب أو المظهر والقت بعبء اثبات عدم صحة البيانات المضافة على الساحب أو المظهر (الموقع) [٤].

ومن تطبيقات القرائن الصرفية في اطار القانون المصري ما اشارت اليه المادة (٢/٤٠٠) من قانون التجارة المصري التي نصت "يفترض في التظهير الخالي من التأريخ انه حصل قبل انقضاء الميعاد المحدد لعمل الاحتجاج ما لم يثبت غير ذلك " ، فأذا لم يكن التظهير مؤرخاً تقيم المادة آنفًا قرينة

1- Cour de cassation - Chambre commerciale — 14 juin 2017 - n° 15-28.255 ,- Disponible sur le lien https://www.doctrine.fr/d/CASS/2017/JURITEXT000034958483

2 - Article L131-22
"Le détenteur d'un chèque endossable est considéré comme porteur légitime s'il justifie de son droit par une suite ininterrompue d'endossements, même si le dernier endossement est en blanc. Les endossements biffés sont, à cet égard, réputés non écrits. Quand un endossement en blanc est suivi d'un autre endossement, le signataire de celui-ci est réputé avoir acquis le chèque par l'endossement en blanc".

٣ - جورج ريبير ، ر.روبلو ، مصدر سابق ، ص٢٩٢.

4- (3-115) Incomplete instrument
(4) "The burden of establishing that words or numbers were added to an incomplete instrument without authority of the signer is on the person asserting the lack of authority"

بسيطة مفادها ان التظهير قد حصل قبل انقضاء الميعاد المحدد لتحرير الاحتجاج ما لم يثبت غير ذلك فيجوز اثبات عكس هذه القرينة بجميع وسائل الاثبات بما فيها البينة و القرائن الاخرى [١] .

وقد جاء في المذكرة الايضاحية لقانون التجارة المصري "اذا خلا التظهير من التأريخ اعتبر انه تم قبل الميعاد المحدد للاحتجاج ما لم يثبت غير ذلك "[٢] ، ومن تطبيقات القرينة الصرفية الاخرى في اطار القانون المصري ما اشارت اليه المادة (١/٤٠٣) التي نصت "يعتبر قبول الكمبيالة قرينة على وجود مقابل الوفاء لدى القابل و لا يجوز نقض هذه القرينة في علاقة المسحوب عليه بالحامل" ، و قد جاء في المذكرة الايضاحية لقانون التجارة المصري "اذا وقع المسحوب عليه الورقة بالقبول فإن توقيعه هذا يعد قرينة على وجود مقابل الوفاء لديه وتعد هذه القرينة قاطعة في مواجهة الحامل اذ يلتزم المسحوب عليه القابل بموجب توقيعه بالقبول قبل الحامل حتى ولو لم يحصل بالفعل على مقابل الوفاء ولكن المسحوب عليه يستطيع دحض هذه القرينة في مواجهة الساحب بإقامة الدليل على عكسها"[٣] ، ويشير الفقه المصري إلى ان القبول يؤدي إلى انشاء قرينة يفترض بموجبها ان المسحوب عليه قد تلقى مقابل الوفاء ، و هذه القرينة قاطعة على وجود مقابل الوفاء بالنسبة إلى الحامل والمظهرين فلا يجوز للمسحوب عليه اثبات عكسها ، أما في اطار علاقة المسحوب عليه بالساحب فتعد هذه القرينة بسيطة بحيث يجوز للمسحوب عليه تقويضها بالدليل العكسي كأن يثبت انه قد قبل على المكشوف لثقته بالساحب أو لتفادي تحرير الاحتجاج أو ان يدفع بعدم كفاية المقابل [٤] .

وحتى في اطار علاقة المسحوب عليه بالحامل فهذه القرينة وان كانت قاطعة الا انها ليست عصية على الدحض ؛ فشأنها شأن القرائن القطعية الاخرى قابلة للدحض ، فالقرائن القانونية بشكل عام يجوز دحضها باليمين و الاقرار [٥] .

أما فيما يتعلق بالقانون العراقي فقد جاء في المادة (٦٠/ثانياً) من قانون التجارة العراقي "يفترض في التظهير الخالي من التأريخ انه قد حصل قبل انقضاء الميعاد المحدد لعمل الاحتجاج ما لم يثبت غير ذلك" ، و كما هو واضح فان هذه المادة ذيلت بعبارة (ما لم يثبت غير ذلك) ما يعني امكانية اثبات عكس ما تفترضه القرينة من خلال اثبات ان التظهير قد حصل بعد انقضاء الميعاد المحدد لعمل

---

١ - د. مصطفى كمال طه ، د. وائل انور بندق ، مصدر سابق ، ص٨٣.
٢ - المذكرة الايضاحية لقانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩) ، اعداد و ترتيب المحامي احمد صلاح الدين ، مكتبة النور ، القاهرة ص٢١٧.
٣ - المذكرة الايضاحية لقانون التجارة المصري ، المصدر السابق ، ص٢٩٠.
٤ - د.محمد بهجت قايد ، د. اميرة صدقي ، القانون التجاري ، مطبعة مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح ، ٢٠٠٦، ص٤٤٨-٤٤٩.
٥ - د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص٦١٣.

الاحتجاج ، ومن القرائن الصرفية الاخرى ما اشارت اليه المادة (٧٩/ أولاً) من قانون التجارة العراقي التي نصت " إذا شطب المسحوب عليه قبوله المكتوب على الحوالة قبل ردها كان ذلك رفضاً للقبول و يعتبر الشطب حاصلاً قبل رد الحوالة ما لم يثبت العكس" ، وبموجب هذه المادة يقرر القانون قرينة مقتضاها ان كل شطب يرد على القبول يفترض فيه انه قد حصل قبل رد الورقة إلى حيازة الحامل القانوني ، ما لم يثبت هذا الاخير العكس ، وهذا بالنسبة للقرائن الصرفية البسيطة .

أما فيما يتعلق بالقرائن الصرفية القاطعة فمن تطبيقاتها ما اشارت اليه المادة (٦٤/اولاً) من قانون التجارة العراقي التي نصت "يعتبر قبول الحوالة قرينة على وجود مقابل الوفاء لدى القابل ولا يجوز نقض هذه القرينة في علاقة المسحوب عليه بالحامل" ، فقد قررت هذا المادة قرينة قاطعة مقتضاها ان المسحوب عليه قد تسلم مقابل الوفاء من الساحب ، وبهذا الصدد فإن القانون يمنع على المسحوب عليه الدفع تجاه الحامل القانوني بما يؤدي إلى نقض القرينة [1] ، وان كانت هذه القرينة غير قابلة للنقض فهي ليست عصية على الدحض كما تقدم باليمين و الاقرار.

و نؤكد ما ذكرناه سابقًا من إن المشرع الصرفي و هو يصوغ القاعدة القانونية بقالب القرينة فأنه يشير إلى نوع القرينة في النص المقرر لها كما في التطبيقات المتقدمة ؛ فنراه تارة يشير إلى امكانية اثبات العكس أو ما يرادف هذه العبارة ان كانت القرينة بسيطة كما في التطبيقات المذكورة اعلاه ، أما لو اراد ان يصوغ القاعدة القانونية بقالب القرينة القاطعة فهو ينص ايضًا على انها غير قابلة لإثبات العكس كما في المادة (٦٤/اولاً) التي تقدم ذكرها.

و ان كنا قد اكدنا على ضرورة وجود نص قانوني يقرر القرينة الصرفية فقد تبين لنا امكانية ان لا يكون النص المقرر ضمن نصوص قانون التجارة ؛ فبعض القرائن المهمة في التعامل الصرفي تستند إلى القواعد العامة في القانون المدني ؛ كما في القرينة التي تفترض ان لكل ورقة صرفية سببًا أو التي تفترض صحة السبب المذكور في الورقة ما لم يثبت العكس .

فهذه القرائن تستند على نص المادة (٣/٢/١٣٢) من القانون المدني العراقي التي نصت"٢- يفترض في كل التزام ان له سببًا مشروعًا ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك ٣- أما إذا ذكر سبب في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك" ، وتطبيقاً لذلك جاء في احد قرارات محكمة التمييز الاتحادية "ان السبب المذكور في سند الكمبيالة يعتبر

---

١ - د. علي فوزي الموسوي، المصدر السابق ، ص١٢٨.

هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك" [١] ، وقد جاء في قرار اخر "تعتبر الكمبيالة باطلة إذا ثبت انها بدون سبب وعليه إذا نفى المدعي سبب الالتزام الوارد فيها فتعتبر الكمبيالة بدون سبب وإذا كان الالتزام بدون سبب يصبح باطلاً وتعتبر الكمبيالة الاخرى باطلة"[٢] .

ويحق لنا ان نتساءل بشان ما نصت عليه المادة (٥٦/اولاً) هل تُعد تطبيقًا للقرينة الصرفية او لا ؟ ، إذ نصت هذه المادة " يعتبر حائز الحوالة حاملها القانوني متى اثبت انه صاحب الحق فيها بتظهيرات غير منقطعة ولو كان اخرها تظهيراً على بياض وتعتبر التظهيرات المشطوبة في هذا الشأن كأن لم تكن ، وإذا اعقب التظهير على بياض تظهيراً آخر اعتبر الموقع على هذا التظهير انه هو الذي آل اليه الحق في الحوالة بالتظهير على بياض"

يشير الفقه إلى أن هذه المادة تشكل قرينة بسيطة قابلة لأثبات العكس تقوم على اساس الاخذ بالأوضاع الظاهرة ، لان الورقة التجارية هي من المنقولات والقاعدة تقضي بأن حيازة المنقول بحسن نية سند الملكية [٣] .

الا اننا نختلف مع الرأي المتقدم ؛ فمقتضى القرينة بحسب ما تقدم يتمثل بنقل عبء الاثبات عن الشخص الذي تقررت لمصلحته ، بحيث يكلف الطرف الاخر بأثبات عكس ما تفترضه القرينة فهي دليل سلبي على حد تعبير العلامة السنهوري لا يكلف من تقررت لمصلحته بأثبات اي شيء[٤] ، ولو تمعنا بنص المادة (٥٦/اولاً) لوجدناه يتضمن عبارة (متى اثبت انه صاحب الحق) فبموجب صراحة هذه العبارة لا يعفى الحامل القانوني من اثبات صحة حيازته من خلال انتظام التظهيرات بل يكلف بأثبات ذلك وهذا يناقض منطق القرينة التي تنطوي على اعفاء من تقررت لمصلحته من عبء الاثبات؛ فلو اراد المشرع صياغة المادة (٥٦/اولاً) بقالب القرينة لأشار إلى ان (حائز الحوالة هو مالكها ما لم يثبت غير ذلك) لكنه لم ينص على ذلك ؛ ولم يعفى الحائز من الاثبات ؛ بل كلفه بأثبات صحة حيازته ، لذلك يمكن القول وبحق ان قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية لا تجد لها تطبيقًا في الميدان الصرفي ، فالخاص يقيد العام كما هو معلوم وان كنا قد اشرنا سابقًا إلى امكانية استناد القرينة على نص مقرر ضمن القواعد العامة فأن ذلك يكون حيث لا يوجد نص خاص يفصل في المسألة

---

١ - قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد (٣٥) في (٢٠٠٧/٥/٢٤) اشار اليه القاضي جبار جمعة اللامي ، القضاء التجاري العراقي في قرارات محكمة التمييز الاتحادية ، الطبعة الأولى ، مطبعة السيماء ، بغداد ٢٠١٥، ص٢١٦.
٢ - قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد(٤٧) في ٢٠١٠/٣/١٧، المصدر نفسه ، ص٢١٠.
٣ - د. فوزي محمد سامي ، د. فائق محمود الشماع ، مصدر سابق ، ص١٢٣.
٤ - د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص٦٠٢.

فللتعامل الصرفي خصوصيته التي تمنع اكثر القرائن استقرارًا في القواعد العامة من ان تنطبق في ميدانه.

ويتضح من كل ما تقدم ان القرينة الصرفية اسلوب من اساليب الصياغة التشريعية يبنيه المشرع على الاحتمال الراجح من خلال استنتاج امر غير معلوم من اخر معلوم ينقل من خلالها عبء الاثبات من الشخص الذي تقررت لمصلحته ويبقى ما قررته القرينة قابلاً للدحض سواء كان قابلاً لأثبات العكس أم لم يكن كذلك، و بعد بيان مفهوم القرينة ننتقل لبيان أوجه الشبه و الاختلاف بينها وبين الافتراض الصرفي .

ثانياً :- أوجه الشبه و الاختلاف بين الافتراض الصرفي و القرينة الصرفية

لبيان أوجه الشبه و الاختلاف بين القرينة الصرفية و الافتراض الصرفي سنوضح أولاً أوجه التشابه بينهما ، و من ثم سنوضح بعد ذلك أوجه الاختلاف.

١- أوجه الشبه بين الافتراض الصرفي و القرينة الصرفية

يتشابه المفهومان من عدة وجوه اهمها ما يأتي:-

أ- يشترك كل منهما في انه من اساليب الصياغة التشريعية التي يبنيها المشرع على الاحتمال الراجح ؛ فالقرينة الصرفية التي تقضي ان شطب القبول قد حصل قبل انتقال حيازة الورقة من المسحوب عليه انما بنيت على الراجح الغالب فالأصل ان يتم شطب القبول من الورقة وهي ما تزال بيد المسحوب عليه ، و كذلك الامر بالنسبة للأفتراض الصرفي فكما أوضحنا سابقًا انه يبنى على الاحتمال الراجح .

ب- يشترك الافتراض الصرفي مع القرينة الصرفية في ان كل منهما يفترض وضعًا قد يتوافق مع الحقيقة و قد يخالفها ؛ فليس بالضرورة ان يكون الشطب قد حدث فعلاً قبل انتقال حيازة الورقة إلى الحامل ؛ فهو وان كان احتمالاً راجحًا ، لكنه لا يصل إلى درجة اليقين و من ثم يبقى هناك هامش يبيح عدم توافقه مع الحقيقة في بعض الاحيان ، كذلك الامر بالنسبة للأفتراض الصرفي فقد مر بنا انه قد يتوافق مع الحقيقة وقد يخالفها .

ج- تشترك القرينة الصرفية مع الافتراض الصرفي في ان انشائهما من اختصاص المشرع حصراً ؛ فلا يوجدان الا بوجود نص قانوني يقررهما .

٢- أوجه الاختلاف بين الافتراض الصرفي و القرينة الصرفية

ان وجود أوجه للشبه بين الافتراض الصرفي و القرينة الصرفية لا يعني التطابق بين المفهومين بل توجد أوجه للاختلاف نوردها تباعًا :

أ- تختلف القرينة الصرفية عن الافتراض الصرفي في كونها من وسائل الاثبات ؛ فميدان عملها هو الاثبات ، بينما يصاغ الافتراض الصرفي بقالب القواعد الموضوعية التي تعطي حلاً مباشرًا للواقعة بعيدًا عن الاثبات.

ب- و هناك فارق آخر يتفرع من الأول يتمثل بأن ما يقرره الافتراض الصرفي لا يكون قابلاً للدحض كما مر بنا ، بينما ما تقرره القرينة يبقى قابلاً للدحض دائمًا ؛ فالقرائن القانونية و ان كانت قاطعة تبقى قابلة للدحض فهي قواعد اثبات و اياً كانت المرتبة التي ارادها المشرع لها في القطع والحسم فهي لا تستعصي على الدحض بالإقرار أو اليمين ما دام المشرع قد شاء ان يبقيها في حظيرة قواعد الاثبات و لم يرق بها إلى منزلة القواعد الموضوعية [١] .

لذلك نتحفظ على ما ورد في المادة (١٠١) من قانون الاثبات العراقي النافذ إذ نصت هذه المادة "يجوز قبول الاقرار و اليمين في نقض القرينة القاطعة التي لا تقبل اثبات العكس في الامور التي لا تتعلق بالنظام العام" ، فهذه العبارة الاخيرة لم يكن المشرع موفقًا فيها ؛ فلو تعلقت القرينة بالنظام العام لأصبحت قاعدة موضوعية و لتجردت من الاثبات ومن ثم تخرج من دائرة القرائن ، و كنا قد نوهنا سابقًا إلى ان المشرع المصري حذف عبارة (ما لم ينص القانون على خلاف ذلك) من نص المادة (٩٩) من قانون الاثبات في المسائل المدنية و التجارية المصري ، تأكيدًا على ان القرينة مهما كانت تبقى قابلة لأثبات العكس و الدحض ان كانت بسيطة و قابلة للدحض ان اكانت قطعية ، لذلك نهيب بالمشرع العراقي بان يتدارك هذا الخلل من خلال حذف عبارة (في الامور التي لا تتعلق بالنظام العام) من نص المادة (١٠١) من قانون الاثبات العراقي.

ج - هناك فارق اخر يمكن اضافته يتمثل بأن النص المقرر للقرينة الصرفية يمكن ان يكون ضمن القواعد العامة في القانون المدني بخلاف الافتراض الصرفي الذي يستند إلى نصوص القانون الصرفي ضمن قانون التجارة دائمًا .

---

١ - د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص٦١٤.

الفرع الثاني

تمييز الافتراض الصرفي من الافتراض القانوني بالمعنى الخاص

لا تتضح ذاتية الافتراض الصرفي الا بتمييزه عن الافتراض القانوني بالمعنى الخاص ، فهنالك تداخل كبير بين هذين المفهومين ، وما زاد من حدة التداخل عدم وضوح واستقرار مفهوم الافتراض القانوني ، ناهيك عن ان الافتراض الصرفي مفهوم مبتكر فهو من الحداثة بحيث لم تستقر معالمه بعد ، لكي يتضح الفارق بينه وبين الافتراض القانوني بالمعنى الخاص ، لذلك يتوجب علينا ان نوضح أولاً مفهوم الافتراض القانوني بالمعنى الخاص ، ومن ثم نبين بعد ذلك في الفقرة الثانية من هذا الفرع أوجه الشبه و الاختلاف بين الافتراض الصرفي والافتراض القانوني.

اولاً :- مفهوم الافتراض القانوني بالمعنى الخاص

سبق ان توصلنا إلى ان الافتراض بشكل عام ينقسم على قسمين ، الأول اصطلحنا عليه بـ (الافتراض القانوني بالمعنى العام) و الذي عرفناه بأنه اسلوب من اساليب الصياغة التشريعية ينطوي على انشاء قاعدة قانونية تعالج مشكلة معينة لا يمكن معالجتها الا من خلال التقدير الذي قدره المشرع سواء وافق الحقيقة أو خالفها .

و هذا المفهوم لا يعنينا في البحث لأنه من السعة بحيث يشمل كل اساليب الصياغة التشريعية المعنوية ، أما القسم الثاني و هو ما اصطلحنا عليه بـ (الافتراض القانوني بالمعنى الخاص) و الذي يعرف بأنه وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون يقوم على اساس افتراض امر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه [١] .

فالافتراض القانوني بالمعنى المتقدم دائمًا ما ينطوي على تجاهل الواقع الملموس أو مخالفة الحقيقة الثابتة [٢] ، لذلك تجد ان البعض يسميه (الحيلة القانونية) [٣] ، و البعض الاخر يسميه (المجاز القانوني)[٤] ، و آخرون يصطلحون عليه (الكذب القانوني)[٥] . ولا مشاحة في الاصطلاح على اي

---

١ - د. السيد عبد الحميد فودة ، مصدر سابق ، ص١٥

٢ - د. مصطفى السيد احمد صقر ، فلسفة و تأريخ النظم القانونية و الاجتماعية ، مكتبة الجلاء الجديد ، المنصورة ، ١٩٩٥ ، ص٢٩٢.

٣ - د. محمد عبد الرحيم الديب ، الحيل في القانون المدني و الفقه الاسلامي ، دار الجامعة الجديد ، ٢٠٠٨ ، ص٣٧.

٤ - د. ياسر باسم ذنون ، الافتراض القانوني ودوره في تطور القانون ، مصدر سابق ،ص ١٢٧ .

5-R.von.Ihreing, op,cit, p259.

حال [١] ، مادام انهم متفقون على كونه ينطوي على خلق وضع مخالف للحقيقة ، و السؤال الذي يطرح بهذا الصدد ، ما الحقيقة التي يخالفها الافتراض القانوني بالمعنى الخاص ؟ .

قبل بيان هذه الحقيقة نؤكد ان كل قاعدة قانونية قد تنطوي على مخالفة بعض الجزئيات التفصيلية في الواقعة التي يراد انطباق القاعدة عليها فهذه المخالفة ليست هي المقصودة بالبحث فعمومية القاعدة القانونية تحتم خلق نموذج مفترض قد يختلف بحكم تجرده عن تفصيلات كل واقعة ، وهو بذلك يتضمن شيء من مخالفة الحقيقة ، فالصياغة القانونية - وهي تحاول ضبط الواقع - تقوم على تصور ذهني تحكمي إلى حد ما ، حتى يتيسر الوصول إلى غايات عملية معينة[٢] ، في حين يكون الافتراض القانوني بالمعنى الخاص مخالفًا دائمًا و ابدًا للحقيقة ، مخالفة صريحة و مقصودة [٣] .

وفي سبيل تحديد الحقيقة التي يخالفها الافتراض القانوني فقد انقسم الفقه على ثلاثة اتجاهات ؛ يرى الاتجاه الأول ان الافتراض القانوني يجب ان يخالف الحقيقة الطبيعية ؛ في حين يرى الاتجاه الثاني ان الافتراض القانوني يجب ان يخالف الحقيقة القانونية ، وكان الاتجاه الثالث اتجاهًا توفيقيًا بين الاتجاهين الأول و الثاني و لتفصيل هذه الاتجاهات نوردها تباعًا .

الاتجاه الأول الافتراض القانوني يقوم على مخالفة الحقيقة الطبيعية :- يتزعم هذا الاتجاه الفقيه (فرانسوا جيني) و الفقيه (دابان) إذ ينطوي الافتراض على مخالفة الحقيقة الطبيعية والتي تمثل مجموعة من الحقائق السابقة على الحقيقة القانونية [٤] ، ويرون ان الافتراض القانوني لا يخالف الحقيقة القانونية ، وإذا حدث ذلك فإن الامر يخرج عن نطاق الافتراض القانوني ليدخل في دائرة الغاء القانون أو الاستثناء الذي يرد على القاعدة العامة [٥] ، و يقسم اصحاب هذا الاتجاه الحقيقة الطبيعية التي تعد مخالفتها افتراضًا قانونيًا إلى ثلاث حقائق ؛ الحقيقة التأريخية و الحقيقة العلمية ، والحقيقة الفلسفية .

---

١ - قاعدة (لا مشاحة في الاصطلاح) هي من القواعد الاصولية و المنطقية التي تستخدم في مباني الالفاظ و التعريف ، و تعني ان الخلاف اذا كان واقعًا في الأمور الاصطلاحية فأنه لا يبنى عليه الحكم ، و من ثم أذا تم اختيار اصطلاح معين للدلالة على مفهوم معين فلا يعترض على صاحب الاصطلاح بشرط ان توجد مناسبة معتبرة بين الاصطلاح ومعناه ، و ان لا يترتب على استخدام هذا الاصطلاح الوقوع في الخلط بين المصطلحات وان لا يكون الاصطلاح مخالفًا للوضع اللغوي ، ينظر في تفصيل قاعدة (لا مشاحة في الاصطلاح) د. محمد حسين الجيزاني ، قاعدة لا مشاحة في الاصطلاح ، بحث منشور في مجلة الاصول و النوازل ،تصدر عن مركز المصادر للنشر و التوزيع ، جدة- المملكة العربية السعودية ، السنة الأولى ، العدد الثاني ، ٢٠٠٩، ص٩٧.

٢ - د. السيد عبد الحميد فودة ، مصدر سابق ، ص١٢.

٣- د. مصطفى السيد احمد صقر ، مصدر سابق ، ص ٢٩٢.

4- francois geny, op, cit, p370.

5- Dabin , La techinique de L' elaboration du droit positif , specialement en droit civil ,1935,p,284.

ففيما يتعلق بالحقيقة التأريخية فتتمثل بواقعة ثابتة من الناحية التأريخية ، ومن ثم يكون الافتراض مخالفًا للحقيقة التأريخية إذا قرر حدث لم يحدث في الحقيقة و الواقع ، أو قرر عدم حدوث ما قد حدث فعلاً [١] ؛ و مثل هذه الحالة ما اشارت اليه الفقرة الثالثة المادة (1304) (بعد التعديل)[٢] من القانون المدني الفرنسي التي نصت (يعتبر الشرط الواقف متحققًا إذا حال من كانت له مصلحة في تخلفه دون تحققه ، و يعتبر الشرط الفاسخ متخلفًا إذا تحقق بسبب الطرف الذي كانت له مصلحة في تحققه) [٣] ، ويلاحظ ان هذه المادة تفترض حدوث امر لم يحدث ؛ فهي تفترض تحقق الشرط رغم عدم تحققه من الناحية الواقعية التأريخية أو تفترض عدم تحقق امر رغم تحققه ، ومن الامثلة الاخرى ما اشارت اليه بعض التشريعات [٤] من اعتبار الجنون المتقطع وهو الذي تتخلله فترات افاقة جنونًا مستمرًا ؛ وهذا ما يترتب عليه بطلان جميع التصرفات التي تصدر من المجنون وحتى التي وقعت في فترات الافاقة ، وفي هذه الحالة ينكر القانون حالة الافاقة و هي حالة تحققت على ارض الواقع ، ويفترض انها لم تحدث .

أما فيما يتعلق بالحقيقة العلمية فهي الحقيقة التي تستند على معطيات محددة و ثابتة علميًا؛ فمن الحقائق العلمية الثابتة ان الاشياء الثابتة التي لا تنتقل بالحركة تأخذ حكم العقار ، ومن الافتراضات التي تخالف هذه الحقيقة العلمية ما يسمى بـ (العقار بالتخصيص) حيث بموجبه تأخذ الاشياء القابلة للحركة بطبيعتها حكم العقار ، و كذلك الافتراض الخاص بـ (المنقول بحسب المآل) حيث تكون حقيقة الشيء العلمية انه ثابت غير قابل للحركة و يفترض القانون انه منقول[٥] وهذه الافتراضات تثبت على

---

١ ـ د. السيد عبد الحميد فودة ، مصدر سابق ، ص١٨_١٩.

٢ ـ كانت هذه المادة قبل التعديل الشهير للقانون المدني الفرنسي رقم (١٣١-٢٠١٦) تحمل الرقم (١١٧٨) و كان نصها على الشكل الاتي (يعد الشرط متحققاً عندما يكون المدين المقترن التزامه بهذا الشرط هو الذي حال دون تحققه) ،و لم نجد في القانون المدني العراقي و كذلك المصري ما يقابل نص المادة (١١٧٨) من القانون المدني الفرنسي قبل تعديلها ، لكن كان المشروع التمهيدي للقانون المدني العراقي يتضمن نص مشابه اذ كانت المادة (٢١٦) من المشروع تنص على (يعتبر الشرط قد تحقق اذا كان الطرف الذي له مصلحة في ان يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه) ، ينظر في تفصيل ذلك مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي ، الجزء الثاني ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ٢٠٠٠، ص١١٣، و كذلك الامر بالنسبة للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري فقد تضمن نص مشابه للنص الفرنسي وكان رقم المادة (٣٩٨/أ) لكن حذف النص من لجنة مراجعة المشروع ، ينظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء الثاني ، اعداد و ترتيب المحامي احمد صلاح الدين ،مصدر سابق، ص ٢٤٥.

3 - Création Ordonnance (n°2016-131 du 10 février 2016 – art. Article 1304-3)
"La condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement , La condition résolutoire est réputée défaillie si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt".
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032029498

٤ ـ كالقانون المدني المصري في المادة (١١٤) و ينظر عكس هذا الحكم في المادة (١٠٨) مدني عراقي التي تعتبر تصرفات المجنون (غير المطبق) في حالة الافاقة تصرفات صحيحة .

٥ ـ د. ابو زيد عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص١٠.

عكس ما هو ثابت علميًا من تحديد طبيعة الشيء من حيث كونه منقولًا أو عقارًا حيث تحدد وفق الحقائق العلمية تحدد هذه الطبيعة في ضوء حالة الشيء ذاته التي يكون عليها لحظة هذا التحديد[١] .

اما فيما يتعلق بالحقيقة الفلسفية فهي الحقيقة التي تستند إلى مبدأ السببية أو مبدأ الذاتية أو مبدأ عدم التناقض ، ومن ثم تتمثل الافتراضات بذلك الوضع الذي يخلقه المشرع و يخالف فيه مبدأ السببية أو مبدأ الذاتية أو مبدأ عدم التناقض ، فبمقتضى مبدأ السببية فأن الشيء لا يوجد قبل سببه ولذلك فإن بعض الاحكام التي تقرر اثرًا رجعيًا لوقائع تخالف مبدأ السببية ومخالفة لمنطق الاشياء وتعتبر من قبيل الحيل (الافتراضات) القانونية ،فمثلاً القاعدة التي تقرر ان الشرط إذا تحقق استند اثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام ، تخالف مبدأ السببية الذي لا يجعل للشرط اثرًا الا من وقت حدوثه[٢].

أما فيما يتعلق بمبدأ عدم التناقض ، فمقتضى هذا المبدأ أن لا يقال عن الشيء انه موجود وغير موجود في الوقت نفسه ؛ فأما ان يكون الشيء موجودًا أو ان لا يكون موجود [٣] ، والاخذ بفكرة الاثر الرجعي للقسمة في التشريعات التي تأخذ بهذا المبدأ[٤] تخالف مبدأ عدم التناقض ؛ فيعتبر الجزء الذي آل إلى المتقاسم مملوكًا له منذ بدأ حالة الشيوع ؛ ويمثل ذلك افتراضًا يتضمن انكار حالة الشيوع التي كانت قائمة بالفعل و التي هي بطبيعة الحال سبب القسمة و بذلك فهو يخالف مبدأ عدم التناقض [٥] ، وكأن المال كان قبل القسمة شائعًا و مفرزًا معًا و بذلك مخالفة لمبدأ عدم التناقض .

و عندما يقرر المشرع نظام الوفاء مع الحلول و مؤداه ان الوفاء بالدين لا يؤدي إلى انقضائه بل يظل الدين قائمًا بعد الوفاء به و يحل فيه الموفي محل الدائن في الاحوال التي تسمح بذلك [٦] ، وبذلك فهو يضع نظامًا مخالفًا لطبيعة الاشياء ؛ لأن الوفاء بحسب طبيعته و وفقًا لمبدأ الذاتية يؤدي إلى انقضاء الالتزام لذلك فإن نظام الوفاء مع الحلول يمثل حيلة قانونية قصد بها المشرع حماية مصلحة الموفي في استرداد ما أوفاه[٧].

---

١ ـ د. عبد الحميد فودة ، مصدر سابق ، ص٢٠.
٢ ـ د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص٤٠٤.
٣ ـ ايناس مكي عبد نصار ، مصدر السابق ، ص٨٤.
٤ ـ كالقانون المدني المصري في المادة (٨٤٣) و القانون المدني السوري في المادة (٧٩٧) و يقابل تلك المواد المادة (١٠٧٥) من القانون المدني العراقي الذي نعتقد انه اخذ بفكرة الاثر الرجعي للقسمة بدرجة اقل من التشريعات السابقة كونه رجح جهة الافراز على جهة المبادلة ، و لا مجال لتفصيل ذلك في هذا الموطن ، ينظر في تفصيل موقف المشرع العراقي من القسمة ، أ. محمد طه البشير ، د. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، الجزء الأول ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة طبع ، ص١٢٦و ما بعدها .
٥ ـ د. ابو زيد عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص١١.
٦ ـ انظر المادة (٣٧٩) من القانون المدني العراقي.
٧ ـ د. مصطفى صقر ، مصدر سابق، ص٢٩٥.

و يتضح ان الافتراض القانوني بالمعنى الخاص وفقًا لهذا الاتجاه ينطوي على مخالفة الحقائق الطبيعية سواء كانت هذه الحقائق تأريخية أو علمية أو فلسفية .

الاتجاه الثاني الافتراض القانوني يخالف الحقيقة القانونية : يتزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي (ديموج)[١] ، و يذهب إلى ان الافتراض القانوني لا يقوم على مخالفة الحقائق الطبيعية كما يرى الاتجاه السابق ؛ بل يقوم على مخالفة الحقائق القانونية[٢]، ففكرة الشخصية المعنوية على سبيل المثال تقوم على مخالفة حقيقة قانونية مؤداها ان الانسان وحده الذي يكتسب الشخصية القانونية ، فمن المسلم به ان الشخص الطبيعي هو وحده القادر على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، و تقرير تلك المكنة للشخص المعنوي لم يكن ليتحقق الا عن طريق اللجوء إلى الحيلة والافتراض [٣] ، فالشخصية المعنوية بموجب المعطى المتقدم تقوم على افتراض يخالف الحقيقة القانونية .

الاتجاه الثالث الاتجاه المختلط :- حاول الفقيه الفرنسي (Houin)[٤] التوفيق بين الاتجاهين السابقين فذهب إلى ان الافتراض يتحقق حينما تطبق قاعدة قانونية مرتبطة بحالة مادية معينة على حالة اخرى مع تجاهل الخصائص المختلفة لهذه الحالة الاخيرة [٥] .

و مؤدى ذلك أن مخالفة الحقيقة القانونية لا تعتبر من قبيل الافتراض القانوني الا إذا كانت تلك الحقيقة مرتبطة بحقيقة مادية لا توجد في الحالة الجديدة التي امتد اليها حكم القاعدة[٦]، و من ثم يجب ان يتبع مخالفة الحقيقة القانونية مخالفة اخرى للحقيقة الطبيعية لكي يتحقق الافتراض ؛ فوفقًا لهذا الاتجاه يتحقق الافتراض في فرضية تطبيق قاعدة قانونية خاصة بحالة أو بواقعة مادية معينة على حالة اخرى رغم اختلافهما من حيث الطبيعة و الخصائص ، كما في حالة العقار بالتخصيص مثلاً ؛ إذ تطبق احكام العقار على المنقول رغم اختلاف الخصائص ، وبموجب هذا الاتجاه ان مخالفة الحقيقة الطبيعية يستتبع بالضرورة مخالفة الحقيقة القانونية ، أما العكس فإنه لا يؤدي إلى خلق الافتراض فإذا تبين ان قاعدة قانونية معينة تنطوي على مخالفة للحقيقة القانونية فإن ذلك لا يؤدي بالضرورة إلى مخالفة الحقيقة الطبيعية ؛ و يترتب على ذلك نتيجة مؤداها ان حالة الافتراض القانوني بالمعنى الخاص

---

١ - يعد ديموج من ابرز فقهاء القانون الفرنسيين ولد في ١٧ ديسمبر ١٨٧٢ وتوفى في سنة ١٩٣٨ له العديد من المؤلفات في فلسفة القانون ، للمزيد من المعلومات ينظر https://en.wikipedia.org/wiki/Demagogu

2 -Demogue Rene , Les notions fondamentales du droit prive,1911,p243.

٣- د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، الجزء الثاني (الحق) مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٠، ٥٥٨ ، وانظر في المعنى نفسه د. ابو زيد عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص ١١_١٢.

٤ - يعد (houin) من الفقهاء البارزين ولد في عام ١٩١٧ و توفي في عام ١٩٨٦ كان استاذا للقانون في كلية الحقوق في ليل و كلية الحقوق في رين و اصبح عميداً لها عام ١٩٥٥-١٩٥٦ وله دراسات فلسفية و اقتصادية ، للمزيد من المعلومات ينظر ، https://fr.wikipedia.org/wiki/Roger_Houin

5 - Roger Houin , Le probeme drs flction en droit prive Trav de association H Capitan T.3.1948 ,p242.

6 - Tbid , p242.

لا تتحقق الا إذا كانت هناك مخالفة للحقيقة الطبيعية ، أما إذا لم تقع مخالفة هذه الحقيقة فإن مخالفة الحقيقة القانونية لوحدها لا تؤدي إلى خلق الافتراض[١]، و مع ميلنا لهذا الاتجاه الاخير يجب ان لا يغيب عن الاذهان ان فكرة الافتراض سوف تبقى فكرة جدلية لارتباطها بالحقيقة ؛ و الحقيقة بطبيعتها مفهوم نسبي يتسم بالتردد بحيث يتذبذب معناه بين اكثر من معنى دون ان يستقر بمعنى محدد ؛ فالحقيقة لا تدرك الا من خلال ذكاء الانسان و لان العلم يتقدم يومًا بعد يوم لذلك فإن الحقائق العلمية تبقى نسبية، فالافتراض كمفهوم لا يخالف الحقيقة المجردة ؛ و انما يخالف الحقيقة المعروفة في الاذهان في عصر معين و في مكان معين ، و القول بنسبية الحقائق العلمية يقتضي التسليم بأن ما يعد حقيقة اليوم ربما لا يكون كذلك غدًا و العكس ، وهذا القول يقودنا إلى نتيجة تتمثل بأن نسبية الحقيقة تستتبع نسبية الافتراض ، و من ثم فأن افتراض اليوم قد يعبر عن حقيقة الغد و العكس ايضًا [٢] ، ولربما تكون العقلية القانونية متقدمة على العقلية العلمية في بعض الاحيان كما كان عليه الوضع عند الرومان ؛ لذلك قد يكون الافتراض هو الوسيلة التي تعالج بها العقلية القانونية النقص والقصور في العقلية العلمية[٣] ، و في اطار العلوم الانسانية هناك من يذهب إلى ان حقائق العلوم الانسانية هي من الحقائق التي تختلف بشأنها وجهات النظر و الآراء لذلك يصعب بالنسبة لها القطع بوجود افتراض قانوني [٤] .

وبدورنا نؤكد تأييدنا للاتجاه التوفيقي الذي يرى ان مخالفة الحقيقة الطبيعية تستتبع مخالفة الحقيقة القانونية و من ثم إذا تحقق ذلك نكون امام افتراض قانوني بالمعنى الخاص أما لو حدث العكس بان تمت مخالفة الحقيقة القانونية دون الطبيعية فالأمر لا يرقى إلى مرتبة الافتراض بل قد يكون تعديلاً للتشريع أو استثناء من القاعدة العامة ، ولكي يرتكز في الاذهان مفهوم الافتراض القانوني بالمعنى الخاص سنحاول ان نستعرض اهم تطبيقاته .

فمن اهم تطبيقات الافتراض القانوني بالمعنى الخاص افتراض الشخصية المعنوية، ففي اطار القانون الفرنسي ، فقد جاء في المادة (1833) من القانون المدني الفرنسي (المعدلة بالتعديل رقم ٤٨٦ لسنة ٢٠١٩ المؤرخ في ٢٢ ماي ٢٠١٩) ،(يجب أن يكون لأي شركة شخصية قانونية وأن يتم دمجها في المصلحة العامة للشركاء ،تدار الشركة في مصلحتها الاجتماعية ، مع مراعاة القضايا

---

١ - د. ابو زيد عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص١٢.
٢ - د. عبد الحميد فودة ، مصدر سابق ، ص٢٦.
3 - Dabin , op, cit, p302
٤ - د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص٤٠٥.

الاجتماعية والبيئية لنشاطها التجاري)[١] ، و قد كانت المادة (1841) من القانون المدني الفرنسي قبل تعديلها تنص (تتمتع الشركات غير شركات المحاصة المشار اليها في الفصل الثالث بالشخصية المعنوية منذ تسجيلها و لغاية التسجيل تنظم العلاقات بين الشركاء بموجب عقد الشركة والمبادئ العامة للقانون المطبقة على العقود و الالتزامات)[٢] و بالنتيجة يخلق القانون كيانًا افتراضيًا غير ملموس ويمنحه الاهلية القانونية .

وفي إطار القانون الامريكي فقد نصت الفقرة الرابعة من القسم الرابع من قانون الاحتياطي الفدرالي الامريكي (عند ايداع هذه الشهادة (شهادة التأسيس) عند المراقب المالي يصبح بنك الاحتياطي الفدرالي هيأة اعتبارية يتمتع بالسلطات التي يخولها له القانون ان يمارسها تحت الاسم المعين في شهادة التأسيس) [٣] .

وفي إطار القانون المصري فقد نصت المادة (١/٥٣) من القانون المدني المصري "الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازمًا لصفة الانسان الطبيعية و ذلك في الحدود التي قررها القانون"

أما بالنسبة للقانون العراقي فنجد ان المادة (٤٧) من القانون المدني العراقي اشارت إلى الكيانات القانونية التي يمنحها القانون الشخصية المعنوية و اشارت المادة (٤٨) من القانون انفًا إلى تمتع الشخصية المعنوية بحقوق عديدة ؛ كالذمة المالية المستقلة و اهلية الاداء و حق التقاضي وغيرها وهي بذلك تفترض وضع قانوني مخالف للواقع حيث تخلق شخصًا غير ملموس.

ومن تطبيقات الافتراض القانوني بالمعنى الخاص ما اشارت اليه الفقرة الأولى من المادة (٥٢) من قانون التجارة العراقي التي افترضت عدم وجود الشرط في التظهير الشرطي ، فرغم ان هذا الافتراض يقرره نص ضمن قواعد القانون الصرفي ، الا انه لا يعد تطبيقًا للافتراض الصرفي ؛ كونه

---

1 - Article (1833) (Modifié par LOI n°2019-486 du 22 mai 2019 - art. 169)"Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité". https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000038589931

٢ - نسخة دالوز من القانون المدني الفرنسي باللغة العربية ، مصدر سابق ، ص١٧٨٩.

3 - THE FEDERAL RESERVE ACT OF 1913
(Federal Reserve Banks)

Sec.4 " Upon the filing of such certificate with the Comptroller of the Currency as aforesaid, the said Federal reserve bank shall become a body corporate and as such, and in the name designated in such organization certificate, shall have power".

يخالف الحقيقة دائمًا ، فمن الناحية الواقعة يكون الشرط موجودًا في عبارة التظهير الا ان هذا الافتراض يعده كأن لم يكن و هو بذلك يخالف الحقيقة دائمًا .

ومن كل ما تقدم نرى ان الافتراض القانوني بالمعنى الخاص له خصائص معينة تتمثل بكونه من تطبيقات القواعد الموضوعية التي تخلق وضعًا مفترضًا يخالف الاحتمال الراجح ويخالف الحقيقة دائمًا ، و لا يكون هذا الافتراض قابلا لأثبات العكس أو الدحض كونه مجرد من الواقع وإلى هنا نعتقد ان الافتراض القانوني بالمعنى الخاص اصبح واضحًا كمفهوم و بذلك نستطيع تمييزه عن الافتراض الصرفي .

ثانياً :- أوجه الشبه و الاختلاف بين الافتراض الصرفي و الافتراض القانوني بالمعنى الخاص

يشترك الافتراض الصرفي مع الافتراض القانوني بالمعنى الخاص ببعض الخصائص ويختلفان عن بعضهما في مواطن اختلاف معينة و للإحاطة بمواطن الشبه و الاختلاف نستعرضهما تباعًا.

١- أوجه الشبه بين الافتراض الصرفي و الافتراض القانوني المعنى الخاص.

يمكن اجمال أوجه التشابه بين المفهومين بالنقاط الآتية :-

أ- كلاهما من اساليب الصياغة التشريعية المعنوية الافتراضية التي تصاغ بقالب القواعد الموضوعية التي تعطي حلاً مباشرًا للواقعة المفترضة بتجرد عن الاثبات.

ب- كلاهما يتضمن حكمًا غير قابل للدحض ؛ فالافتراض القانوني بالمعنى الخاص يصاغ بتجرد تام عن الحقيقة فهو يخالفها دائمًا لذلك لا يكون الوضع المفترض قابلاً لأثبات العكس كونه لا يوافق الحقيقة ، فلا يمكن ان يدحض افتراض الشخصية المعنوية بإثبات ان هذا الكيان غير ملموس ولا يدرك بالحس الواقعي و لا يدحض الافتراض الخاص بالعقار بالتخصيص بإثبات ان طبيعة الشيء الواقعية منقول وليست عقار .

ولا ينصرف الذهن إلى امكانية عدم توفر شروط العقار بالتخصيص لأننا في هذه الحالة لا ندحض الافتراض وانما نهدم مبناه قبل تحققه ، وكذلك الامر بالنسبة للافتراض الصرفي الذي تحتم الكفاية الذاتية للورقة ان يكون غير قابل لإثبات العكس كما أوضحنا سابقًا.

٢- أوجه الاختلاف بين الافتراض الصرفي و الافتراض القانوني بالمعنى الخاص.

يمكن اجمال أوجه الاختلاف بين المفهومين بالنقاط الآتية :-

١- يختلف الافتراض الصرفي عن الافتراض القانوني بالمعنى الخاص في كونه يبنى على الاحتمال الراجح ، فالافتراض الصرفي الذي يفترض ان مكان انشاء الورقة في حالة عدم ذكره هو العنوان الموجود بجوار اسم الساحب انما قد بني على ما هو راجح على اعتبار ان الفرض الغالب ان يتصدى الساحب لعملية تحرير الورقة الصرفية ومن ثم يكون احتمال تحريرها في العنوان الموجود بجوار اسمه راجحًا على بقية الاحتمالات المرجوحة .

أما فيما يتعلق بالافتراض القانوني بالمعنى الخاص فهو يبنى على الاحتمال غير الراجح دائمًا وفقًا لطبيعة الاشياء ؛ فالافتراض الخاص بالمنقول بحسب المآل مثلا يخالف ما هو راجح فيما لو افترضنا ان هناك خلافًا في طبيعة الشيء هل هو عقار او منقول ؛ فوفقًا لطبيعة الشيء سيرجح احتمال كونه عقارًا وليس منقولاً في حين أن الافتراض القانوني يخالف ذلك ومن ثم فهو يبنى على الاحتمال غير الراجح.

٢- و وجه الاختلاف الثاني ينبني على الأول وهو ان الافتراض الصرفي قد يتوافق مع الحقيقة وقد يخالفها ؛ فمكان الانشاء المفترض قد يكون هو المكان الحقيقي الذي تمت فيه عملية تحرير الورقة الصرفية و قد لا يكون كذلك .

فالأرجحية مهما كانت درجتها لا تعدو عن كونها درجة من درجات الظن كما مر بنا لا تصل إلى مرحلة اليقين ، أما فيما يتعلق بالافتراض القانوني بالمعنى الخاص فهو يخالف الحقيقة دائمًا كما أوضحنا ، فالافتراض الخاص بالمنقول بحسب المآل يخالف حقيقة الشيء دائمًا على اعتبار ان حقيقة الشيء عقارًا و ليس منقولاً .

المطلب الثاني

تمييز الافتراض الصرفي من الوسائل التي تخلق وضعًا مفترضًا

من الاوضاع التي تخلق وضعًا افتراضيًا ، عمومية القاعدة الصرفية كونها تنشأ نموذجًا مفترضًا يحاول المشرع من خلاله استيعاب اكبر قدر ممكن من الوقائع ، و كذلك الصورية الصرفية التي تقع كثيرًا في الواقع العملي وهي بطبيعتها تخلق وضعًا مفترضًا ايضًا ، لذلك كان لزامًا علينا ان نوضح ذاتية الافتراض الصرفي قبال هذين المفهومين ، و للإحاطة بجوانب التمايز بين المفاهيم

المتقدمة سوف نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول تمييز الافتراض الصرفي من عمومية القاعدة الصرفية و من ثم نوضح في الفرع الثاني تمييز الافتراض الصرفي من الصورية الصرفية .

الفرع الأول

تمييز الافتراض الصرفي من عمومية القاعدة الصرفية

لكي نكون أمام نص قانوني بالمعنى التقليدي يفترض بهذا النص ان ينطبق على الجميع و هو لا يكون كذلك الا إذا صيغ بطريقة معينة بحيث تجعله ينطبق على الكافة ، ولكي يحرز المشرع الصرفي ذلك يجب ان يجعل القاعدة الصرفية عامة ، فما المقصود بالعمومية يا ترى ؟ وهل هي صورة من صور الافتراض؟ و ما الذي يميز هذا الافتراض عن تطبيقات الافتراض الصرفي ؟ ، ان الاحاطة بأجوبة التساؤلات المتقدمة تحتم علينا ان نبين أولاً المقصود بعمومية القاعدة الصرفية ، و من ثم نوضح بعد ذلك أوجه التشابه و الاختلاف بينها وبين الافتراض الصرفي .

اولاً :- مفهوم عمومية القاعدة الصرفية و تجردها

ان ايضاح المقصود بعمومية القاعدة الصرفية يستوجب بيان معنى عمومية القاعدة القانونية بشكل عام ، فالقانون يتكون من مجموعة قواعد عامة لا تتعلق بشخص معين بالذات أو بحالة معينة بالذات بل تخاطب احكامه الشعب عامة ، أو بعض شرائح الشعب بحسب صفاتهم و ليس بحسب اشخاصهم [١] .

فعمومية القاعدة القانونية لا تعني بالضرورة انها تطبق على كل الناس أو انها تخاطب كل الافراد ؛ بل تعني انها لا تخاطب شخصًا بإسمهِ ، و لا تنطبق على واقعة بذاتها ، ومع ذلك تبقى القاعدة عامة في بعض الاحيان حتى ولو كانت لا تقبل التطبيق الا على شخص واحد ؛ طالما ان هذه القاعدة لا تخاطبه بإسمهِ و انما بصفتهِ [٢] ؛ فالنصوص الدستورية التي حددت صلاحيات رئيس الجمهورية مثلاً هي قواعد لا تقبل التطبيق في الوقت نفسه الا على شخص واحد فقط [٣] ، و مع ذلك فإنها تعد قواعد عامة لأنها لم تحدد هذا الشخص بأسمه و انما حددته بصفته [٤] ، و كذلك لا يخلع عن

---

١ - د. سمير تناغو ، مصدر سابق ، ص٣٩.
٢ - د. علي محمد بدير ، المدخل لدراسة القانون (نظرية القانون) ، دار الطباعة الحديث ، البصرة ، ١٩٧٠، ص٢٥.
٣ - انظر على سبيل المثال نص المادة (٧٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ فهي قواعد عامة رغم كونها لا تطبق الا على شخص واحد فقط طالما تخاطب هذا الشخص بصفته لا بذاته .
٤ - د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ، ص ١٧.

القاعدة القانونية صفة العمومية و التجريد كونها تنطبق على اقليم معين من الدولة كما هو الحال في الولايات المتحدة الامريكية و دول اخرى فبموجب الدستور الامريكي تمنح لكل ولاية صلاحيات التشريع في مسائل قانونية و كذلك في التشريع العراقي تمتلك مجالس المحافظات سلطة اصدار التشريعات المحلية [١] ، و كذلك لا ينفي عمومية القاعدة القانونية تطبيقها لمدة مؤقتة ، كما هو الحال في قوانين الطوارئ[٢] .

و بشكل عام لابد في الصياغة القانونية من الارتقاء بالقاعدة القانونية عن التفاصيل و تجاوز بعض الظروف الثانوية التي لا اثر لها فيما يراد ترتيبه على تلك الوقائع من نتائج قانونية ؛ و الاكتفاء بالوقوف عند الظروف الجوهرية التي اقتضت ترتب تلك النتيجة ، فيستطاع بذلك رد فئة كبيرة من الوقائع تكون تلك الظروف الجوهرية مشتركة بينها وان اختلفت مع غيرها في بعض الجزئيات إلى نموذج عام ، ثم يوضع لهذه المجموعة من الوقائع حكم عام واحد ينظر فيه إلى ذلك النموذج العام بصرف النظر عما قد يكون بينها من فوارق ثانوية[٣] ، و لا يتحقق ذلك الا من خلال الافتراض ؛ فالنموذج الام الذي يستوعب الظروف الجوهرية و يتغاضى عن التفصيلات الثانوية هو نموذج افتراضي يوضع داخل القاعدة القانونية بحيث يستوعب كل التطبيقات التي شرع من اجلها ، و من ثم يعطى حكم لهذا النموذج المفترض ؛ فكلما كان النموذج المفترض مجردًا ؛ اتسعت عمومية القاعدة القانونية ، و النموذج المفترض في القاعدة القانونية العامة قد يبنى على ظروف واقعية مستمدة من الراجح الغالب كما في القاعدة التي تحدد سن الاهلية مثلاً ؛ فالمشرع رأى من وجهة نظره ان الانسان يكمل ادراكه عند اكمال الثامنة عشرة من العمر اذ نصت المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي "سن الرشد هي ثمان عشرة سنة كاملة" ،و في حقيقة الامر ان النص المتقدم يفترض ان من اكمل الثماني عشرة سنة اصبح كامل الاهلية بغض النظر عن الفوارق التي قد توجد في بعض الاشخاص ، فهناك من الناحية الواقعية من يكمل رشده دون ذلك ، وهناك من لا يكمل رشده حتى بعد رَدَحٍ طويلٍ

---

١ ـ نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من دستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر عام ١٧٨٩ مع تعديلاته لغاية عام ١٩٩٢ " تحترم كل ولاية وتعتد اعتداداً كاملاً وبنية خالصة بقوانين كل ولاية اخرى وسجلاتها الرسمية واجراءاتها القضائية و يجوز للكونغرس ان يحدد بقوانين عامة قواعد الكيفية التي يتم فيها اثبات مثل هذه القوانين والسجلات والاجراءات ونتائج ذلك"، النص مقدم باللغة العربية من وزارة الخارجية الأمريكية والمركز الوطني للدستور، ومن نصوص سجل مشروع الدساتير المقارنة أنشئ الملف ونشر في ٢٠/ ٧/ ٢٠٢٠على موقع https://constituteproject.org

و كذلك الامر في التشريع العراقي ، فقد جاء في المادة (الثانية/١) من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم(٢١) لسنة (٢٠٠٨) " مجلس المحافظة هو اعلى سلطة تشريعية و رقابية ضمن الحدود الادارية للمحافظة لها حق اصدار التشريعات المحلية في حدود المحافظة بما يمكنها من ادارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الادارية بما لا يتعارض مع الدستور و القوانين الاتحادية" ، نشر في الجريدة الرسمية الوقائع العراقية بالعدد (٤٠٧٠) في ٢٠٠٨/٣/٣١.

٢ ـ د. توفيق حسن فرج ، الاصول العامة للقانون ، مطبعة عيتناني الجديدة ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص٢١٠.

٣ ـ د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص١٧٢.

بعد الثامنة عشر ؛ فالناس اجناس والعقول تتفاوت ، لكن ليس امام المشرع الا ان يصوغ قاعدة عامة مجردة تفترض ان من اكمل الثامنة عشرة من العمر كان كامل الاهلية ، ولكي تكون القاعدة عامة يجب ان تكون مجردة فلا تخاطب شخصًا معينًا بالذات ولا واقعة معينة بالذات بل تخاطب صفات الاشخاص و خصائص الوقائع [١] .

و إذا اردنا ان نقتفي صفة العمومية و التجريد في نصوص قانون التجارة و بالتحديد قواعد القانوني الصرفي لوجدناها نصوصًا تتسم بالعمومية و التجريد ، و يمكن تلمس ذلك في مواطن عدة ؛ فالمشرع الصرفي في كثير من الاحيان يستخدم مفردة (شخص) أو مشتقاتها وهي من صيغ العموم التي توسع من نطاق القاعدة القانونية كونها لا تخاطب الذوات وانما الصفات ولأنها تأتي بصيغة النكرة التي تفيد العموم، فيمتد حكم المادة ليشمل الشخص الطبيعي والمعنوي والتاجر وغير التاجر [٢] ، كل ذلك لأحراز المساواة في الميدان الصرفي .

و مهما بلغ نضج المشرع وسعة افقه ؛ فلن يتمكن من مواجهة كل الاحتمالات التي يثيرها التطبيق العملي في التعامل الصرفي و التفصيلات التي تثار بمناسبة تطبيق القاعدة القانونية ؛ فالحكمة تقتضي ازاء هكذا فرض الوقوف على امهات المسائل ويترك ما عداها من الجزئيات الدقيقة ، فيفترض نموذج يتسع لأكبر عدد ممكن من التطبيقات بشكلٍ متساوٍ، ففكرة العمومية والتجريد فكرة فلسفية ، مرتبطة بالصياغة القانونية ، تقوم على اساس المساواة امام القانون وكذلك مبدأ سيادة القانون ، فضلاً عن اعتبارات عملية اخرى ترجع إلى استحالة صدور احكام خاصة تنظم كل واقعة على حدة[٣] .

---

١ ـ د. سمير تناغو ، مصدر سابق ، ص٤٣.

٢ ـ فعلى سبيل المثال نصت المادة (١/٣٩) من قانون التجارة العراقي "الورقة التجارية محرر شكلي بصيغة معينة يتعهد بمقتضاها **شخص** او يأمر **شخصاً** اخر فيه بأداء مبلغ محدد من النقود في زمان و مكان معينين ويكون قابلاً للتداول بالتظهير او بالمناولة اليدوية " و كذلك نصت المادة (٥٤/ ٢) "اذا كان التظهير على بياض جاز للحامل ما يأتي: أـ ان يملأ البياض بكتابة اسمه او اسم **شخص** اخر، ب- ان يظهر الحوالة من جديد على بياض أو إلى **شخص** اخر "، و الامر نفسه ينطبق على المادة (٨٠) من القانون نفسه التي نصت "يجوز ضمان وفاء مبلغ الحوالة كله أو بعضه من اي **شخص** ولو كان ممن وقعوا عليها"، فصيغ العموم كثيرة فأحيانا تضاف الى النكرة (ال) الاستغراق أو تضاف الى معرفة او تقع في حيز النفي او النهي او الشرط او الوصف العام او غيره ، ينظر في تفصيل صيغ العموم ، د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، الجزء الأول ،الطبعة الخامسة ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ص٣٤٠.

٣ ـ د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص٧٦.

فلكي تتحقق المساواة امام القاعدة القانونية يجب ان يفترض نموذج عام تصاغ بموجبه القاعدة القانونية ؛ ولا يتحقق ذلك الا من خلال صياغتها في صورة مجردة ، بحيث تكون بعيدة عن الملابسات و الوقائع الحاكمة عليها ، الامر الذي يبعدها عن الواقع في بعض الاحيان [١] .

والاقتراب من الواقع و الابتعاد عنه في اطار تجريد القاعدة القانونية الصرفية يرجع إلى طبيعة صياغة القاعدة ان كانت مرنة أو جامدة ؛ فالصياغة القانونية بشكل عام أما ان تكون جامدة لا يملك احد سلطة تقديرية في تطبيقها ، أو ان تكون قواعد مرنة تطبق على حالات معينة وفق سلطة تقديرية للشخص الذي يقوم بهذا التطبيق بحيث تتيح امامه اكثر من خيار ، سواء كانَ هذا الشخص المطبق هو القاضي ام المصرف ام بقية المتعاملين بالورقة .

فالقاعدة القانونية المرنة هي القاعدة التي يكون الفرض فيها مرنًا أو الحل (الحكم) فيها مرنًا ، ويكون كذلك في حالة كون العبارة المستخدمة في تحديد الفرض غير محددة تحديدًا دقيقًا ؛ بل تكون مرنة يمكن ان تتسع لتشمل وقائع اكثر [٢] . أما الصياغة الجامدة فهي الصياغة التي يكون الفرض فيها محددًا تحديدًا دقيقًا ، و يكون الحل فيها محددًا ايضًا تحديدًا دقيقًا ؛ بحيث لا يملك من يقوم بتطبيق القاعدة ادنى سلطة تقديرية سواء فيما يتعلق بمدى انطباق القاعدة أو نوع الحل الذي يترتب على انطباقها[٣] .

ومن تطبيقات الصياغة الجامدة في اطار القانون الفرنسي ما اشارت اليه المادة (L.511.I-1) من قانون التجارة التي اشترطت ذكر عبارة (Lattre de change) و تعني حوالة و لم تجز استخدام كلمة اخرى بدلاً عنها [٤] ، و كذلك نص المادة (L.131-II-1) من القانون النقدي و المالي الفرنسي التي اشترطت ايراد كلمة (Cheque) شيك (صك) ولم تسمح بأستخدام أي كلمة اخرى [٥] .

أما فيما يتعلق بقانون التجارة الامريكي الموحد ، فنادرًا ما يلجأ إلى اسلوب الصياغة الجامدة ؛ ففي كثير من الاحيان يضع امام محرر السند أو المصرف أو اي شخص من اشخاص الورقة الصرفية

---

١ - ايناس مكي عبد نصار ، مصدر سابق ، ص١١٦.
٢ - د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص٤٤.
٣ - د. عيسى خليل خير الله ، روح القوانين ،الطبعة الأولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠١٢، ص٢١، وانظر في المعنى نفسه ، د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص١٦٩.

4 - L.511.1.I. - La lettre de change contient :
1- "La dénomination de lettre de change insérée dans le texte même du titre et exprimée dans la langue employee pour la rédaction de ce titre" .

5 - Article L131-2
"Le chèque contient :
1. La dénomination de chèque, insérée dans le texte même du titre et exprimée dans la langue employée pour la rédaction de ce titre"

اكثر من خيار بحيث يكون عنصر الحكم في القاعدة القانونية مرنًا فهو يعطي حرية كبيرة للمتعاملين في السندات القابلة للتداول ، فعلى سبيل المثال لم يلزم محرر السند القابل للتداول بأن يذكر بيان تسمية محدد بل له ان يستخدم اي عبارة تؤدي الغرض ، وله ان لا يستخدم البيان من الاساس و من ثم يمكن معرفة نوع السند من خلال طبيعة عبارته ان كانت تتضمن تعهدًا ام امرًا[1] .

ومن امثلة الصياغة الصرفية العامة المرنة في اطار القانون المصري ما اشارت إليه المادة (٤٦٨/أ) من قانون التجارة المصري التي نصت "شرط الامر أو عبارة سند الامر أو أي عبارة اخرى تفيد هذا المعنى مكتوبة في متن السند باللغة التي كتبت بها " ، أما فيما يتعلق بالصياغة الصرفية الجامدة فقد نصت المادة (٣٧٩/أ) من القانون نفسه "كلمة كمبيالة مكتوبة في متن الصك و باللغة التي كتبت بها " .

و في اطار القانون العراقي فمن امثلة الصياغة العامة المرنة ما اشارت اليه المادة (٤٠/اولاً) من قانون التجارة التي نصت " لفظ حوالة أو سفتجة مكتوبة في متن الورقة باللغة التي كتبت بها" ، فالمشرع الصرفي في هذه الحالة ضمن القاعدة القانونية فرضًا مرناً ؛ فالنص المتقدم لم يتضمن عنصر الفرض فيه فرضية واحدة بل فرضيتين هما (حوالة) أو (سفتجة) للمتعامل في الورقة الصرفية ان يختار احدهما ، و لا يترتب عليه الحكم إذا لم يخالفهما المتمثل ببطلان الورقة ؛ فالحوالة تصح بإحدى الصيغتين ، و الحقيقة ان المشرع الصرفي في هذه الحالة اراد الاقتراب من الواقع قدر الامكان من خلال تضمين القاعدة الصرفية التسميات الاكثر تداولاً في الواقع العملي العراقي .

أما فيما يتعلق بالصياغة الجامدة فمن تطبيقات هذا النوع من الصياغة ما اشارت اليه المادة (٤٠/ثانياً) من قانون التجارة العراقي عندما نصت على ضرورة تضمين الحوالة "امر غير معلق على شرط بأداء مبلغ معين من النقود" ، فهذه القاعدة صيغت بطريقة القاعدة العامة الجامدة لان الفرض فيها محدد بشكل دقيق بحيث لا يمكن ان تتضمن الحوالة الا امرًا غير معلق على شرط و ان ينصب على اداء مبلغ معين من النقود وليس شيئًا اخر ، كذلك المواد الخاصة بالتقادم مثل المادة (١٣٢/اولا وثانياً و ثالثاً) فعنصر الفرض في هذه المواد محدد برقم معين فنرى مثلاً ان المادة (١٣٢/اولاً) تنص "تتقادم الدعوى الناشئة عن الحوالة تجاه قابلها بمضي ثلاث سنوات من تأريخ الاستحقاق" فعنصر الفرض هنا محدد بثلاث سنوات و لا توجد ادنى سلطة تقديرية تتيح لمن يطبق هذا النص فرضاً اخر.

---

١ - وهو ما اشارت اليه الفقرة الخامسة من المادة (3-104) من قانون التجارة الامريكي الموحد و التي سنفصلها لاحقًا .

و يلاحظ من الناحية الفنية بأن القاعدة الجامدة هي الاقرب إلى مقتضيات الصياغة القانونية العامة [١] ؛ فرجل القانون هو الشخص الذي ينحصر عمله كما يقول (دابان) في وضع التعريفات أو ضبط الاصطلاحات و القاعدة الجامدة هي بحسب تعريفها قاعدة تقوم على اصطلاحات محددة ومنضبطة ، فوضع قاعدة جامدة في القانون يعني ان الصياغة القانونية قد حققت غايتها من الوضوح والعمومية و التجريد [٢]، و يقول (جيني) بهذا الصدد" بما ان الصياغة القانونية تعتمد على الألفاظ والمصطلحات و تحاول عن طريقها التعبير عن حقائق الحياة فأنه من المحتم ان يحدث شيء من التباعد بين ما هو حقيقي (real) و بين الافتراض العام الذي صيغ بواسطة اللفظ " [٣] .

و يتضح من كل ما تقدم أن عمومية القاعدة الصرفية و تجريدها يتمثل بأسلوب من اساليب الصياغة التشريعية يحاول المشرع من خلاله جعل القاعدة القانونية عامة تنطبق على اكبر عدد ممكن من الاشخاص و اكثر قدر ممكن من الوقائع ، و لا يكون ذلك الا من خلال افتراض نموذج يستوعب اكبر قدر من الوقائع ؛ و يتحقق ذلك من خلال تجريد هذا النموذج من التفصيلات الجزئية الخاصة بكل واقعة و من ثم يوضع حكم يشمل كل الوقائع ، سواء كانت القاعدة الصرفية قد صيغت بالطريقة الجامدة أو المرنة ، وغاية ذلك تتمثل بتحقيق المساواة امام تطبيق القانون على كل الوقائع المتقاربة وان لم تكن متماثلة مادام ان النموذج العام المفترض يستوعب هذا التطبيقات ، ويسهم ذلك في تسهيل تطبيق القواعد القانونية العامة المجردة ، لذلك فعمومية القاعدة الصرفية ما هي الا افتراض رسمه المشرع للغايات المتقدمة وهنا يكمن الاقتراب بينها و بين الافتراض الصرفي ، و إلى هنا نعتقد ان مفهوم عمومية القاعدة الصرفية اصبح واضحاً ؛ لذلك نستطيع الان تمييزها عن الافتراض الصرفي.

ثانياً :- أوجه الشبه و الاختلاف بين الافتراض الصرفي و عمومية القاعدة الصرفية .

هناك العديد من أوجه الشبه و الاختلاف بين الافتراض الصرفي و عمومية القاعدة الصرفية يمكن اجمالهما كما يلي :

١- أوجه الشبه بين الافتراض الصرفي و عمومية القاعدة الصرفية

يمكن اجمال أوجه الشبه بين المفهومين بالنقاط الآتية :-

---

١ - د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص٥٠.

2 - Dabin , op , cit , p110.

3 - Francois jenny , op , cit , p140

أ- يتشابه الافتراض الصرفي مع عمومية القاعدة الصرفية في ان كل منهما من اساليب الصياغة التشريعية التي تخلق نموذجًا مفترضًا مجردًا يستوعب عددًا من الوقائع ، و من ثم يكون التشريع المصدر الوحيد لكل منهما.

ب- يتشابه الافتراض الصرفي مع عمومية القاعدة الصرفية في ان كل منهما يبنيان على الاحتمال الراجح وفقًا لما يراه المشرع ؛ فقواعد القانون الصرفي بنيت على اتفاقيات ترجع جذورها إلى التعامل العملي فبنيت على ما كان شائعًا في التعامل الصرفي فرأى المشرع ان يتبنى ما رجح من هذه الاعراف ليصوغها بقواعد عامة ، و كذلك الامر بالنسبة للأفتراض الصرفي فهو الاخر يبنى على الاحتمال الراجح كما مر بنا .

ت- كلاهما بحكم كونهما يُبنيان على الاحتمال الراجح فقد يتوافقان مع الحقيقة و قد يخالفانها ؛ فالافتراض المجرد الذي تتضمنه القاعدة العامة بحكم تجرده قد يبتعد عن الحقيقة وقد يتوافق معها في بعض الاحيان ، والامر نفسه بالنسبة للأفتراض الصرفي فكما مر بنا فأنه قد يتوافق مع الحقيقة و قد يخالفها.

ث- كلاهما من اساليب الاقتصاد في النصوص القانونية ، فالاقتصاد القانوني يحاول ضبط اكبر قدر من الوقائع بنصوص محدودة [1] ، فكثرة القوانين تعد حالة نشاز في المجتمع ؛ و بالتأكيد فإن القاعدة العامة و المجردة تنطوي على افتراض نموذج مجرد ينطبق على اكبر قدر ممكن من التطبيقات ، و يغني ذلك عن وضع نصوص تفصيلية تحكم كل التطبيقات الموجودة ويسهم ذلك بشكل مباشر بالوصول إلى الاقتصاد القانوني ، وكذلك الامر بالنسبة للافتراض الصرفي ؛ فهو الآخر ينطوي على خلق نموذج افتراضي مجرد يستوعب عدد من التطبيقات و كل تطبيق يستوعب عدد من الوقائع الامر الذي يغني عن ايجاد نصوص تفصيلية بكل واقعة ، يضاف إلى ذلك ان الافتراض الصرفي يرجح ارجح الاحتمالات ويبني عليه الحكم و يغني ذلك عن وضع نصوص تنظم بقية الاحتمالات .

٢- أوجه الاختلاف بين الافتراض الصرفي وعمومية القاعدة الصرفية

ان التشابه بين المفهومين لا يعني التطابق بينهما فتبقى هناك أوجه اختلاف يمكن اجمالها بما يأتي:-

---

١ - د. السيد عبد الحميد فودة ، المصدر السابق ، ص١٤٦.

أ- ان عمومية القاعدة الصرفية أوسع من الافتراض الصرفي ؛ فهي تستوعب طرق الافتراض المباشرة و غير المباشرة[١] ، في حين نجد ان كل تطبيقات الافتراض الصرفي تعد من طرق الافتراض المباشرة .

ب- يختلف الافتراض الصرفي عن عمومية القاعدة الصرفية و تجردها من حيث غاية كل منهما ، فهذه الاخيرة تتمثل غايتها بتحقيق العدل و المساواة امام تطبيق القاعدة القانونية بحيث تنطبق على جميع المخاطبين بها و كل الوقائع التي يستوعبها عنصر الفرض المجرد ، في حين نجد ان غاية الافتراض الصرفي ابعد من ذلك فقد تكون غايته تعزيز سرعة التداول أو تقليل حالات البطلان أو غايات اخرى لا مجال لبيانها في هذا الموطن[٢] ، لكن بقدر تعلق الامر بالتمايز بين الافتراض الصرفية و عمومية القاعدة الصرفية نقول ان العدالة ليست غاية الافتراض الصرفي .

ت- يضاف إلى كل ما تقدم فارق اخر يتمثل في ان عمومية القاعدة الصرفية كما مر بنا قد تصاغ بطريقة جامدة أو مرنة بحيث يكون للشخص عندما تكون الصياغة مرنة سلطة تقديرية في تطبيق النص فيكون امام اكثر من خيار ، بينما جميع تطبيقات الافتراض الصرفي صيغت بطريقة جامدة لا مجال للسلطة التقديرية في تطبيقها ، وهي بطبيعتها لا تتضمن الا حلاً و احدًا يطبق دون غيره.

الفرع الثاني

تمييز الافتراض الصرفي من الصورية الصرفية

كثيرًا ما تقع الصورية في التعامل الصرفي ، ويحدث ذلك عندما يختلق الاطراف وضعًا ظاهريًا يخالف الحقيقة ، و هذا الوضع بطبيعة الحال هو وضع مفترض ، و من هنا يأتي وجه التقارب بين الافتراض الصرفي و الصورية ، و للوقوف بشكل مفصل على ذاتية الافتراض الصرفي قبال الصورية سنقسم هذا الفرع على قسمين ، سنتناول في القسم الأول مفهوم الصورية الصرفية و من ثم سنبين أوجه الشبه و الاختلاف بين الافتراض الصرفي و الصورية.

---

١ - د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص٤٣.

٢ - سنفصل القول في غاية الافتراض الصرفي في الفصل الثاني من هذه الدراسة

أولاً :- مفهوم الصورية الصرفية

تعرف الصورية بأنها (وضع ظاهر غير حقيقي يستر وضعًا حقيقيًا خفيًا يقوم على اتفاق مستتر قد يمحو كل اثر للوضع الظاهر و قد يعدل احكامه) [١] ، و هناك من يعرفها على انها (اظهار علاقة قانونية غير حقيقية تحت ستار مظهر كاذب و ذلك لغرض معين يحققه اطراف التصرف تجاه الغير[٢]، و عرفها اخرون بأنها وضع ظاهر يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين المتعاقدين) [٣] .

والصورية وفقًا للتصور المتقدم تفترض تصرفًا ظاهريًا و اتفاقًا مستترًا، بحيث يكون من شأن الاتفاق المستتر أما محو كل اثر للتصرف الظاهر ، و أما تعديل بعض احكامه [٤] ، لذلك فإن الصورية تتضمن ارادتين احداهما معلنة و الاخرى مستترة بحيث تعمل الارادة المستترة على تعطيل كل أو بعض الاثار المعلنة [٥] .

و قد اهتمت التشريعات بالصورية ، ففي اطار القانون الفرنسي نجد ان المادة (1201) من القانون المدني قد نصت "اذا ابرم الطرفان عقدًا صوريًا يخفي عقدًا مستترًا يسمى ايضًا العقد المضاد ، فأن هذا الاخير ينتج آثاره بين الطرفين ، و لا يحتج به على الغير ، الذين لهم ان يتمسكوا به" [٦] ، ويشير الفقه الفرنسي إلى ان الصورية يمكن ان ترد على طبيعة الاتفاقية العقدية أو على اطرافها من خلال استخدام اسماء مستعارة ، و الصورية بطبيعتها تفترض وجود اتفاقيتين واحدة ظاهرة و الثانية خفية يحدثان بين الاطراف ذاتهم و تكون الثانية معدة لتعديل أو ابطال الأولى [٧] ، وقد قضت الغرفة

---

١ - د. عبدالمجيد الحكيم ، أ. عبد الباقي البكري ، أ محمد طه البشير ، الوجيز في القانون المدني ، الجزء الثاني ، احكام الألتزام الدار الجامعية للطباعة ، ١٩٨٠ ، ص١٢٠.

٢ - د. شوقي محمد صلاح ، نظرية الظاهر في القانون المدني دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٠، ص٣٩٣.

٣ - د. توفيق حسن فرج ، د. مصطفى الجمال ، مصادر و احكام الالتزام ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٨، ص٧٠٤.

٤ - د. انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للألتزام ، احكام الألتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٠، ص١٥٢.

٥ - أيمن أبو العيال ،الصورية ودعوى الطعن بها ، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية تصدر عن مديرية المجلات في جامعة دمشق ،المجلد ٢٠، العدد الأول، ٢٠٠٤ ، ص ٢٤٤، وانظر في المعنى نفسه ،ايناس مكي عبد نصار ، المصدر السابق ، ص ١٠٤ .

6 - Article 1201 (Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2) "Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir".
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032041368 .

٧ - تعليق الاستاذ (Rawoure) على نص المادة (١٣٢١) من القانون المدني الفرنسي(قبل التعديل) ، ينظر نسخة دالوز من القانون المدني الفرنسي باللغة العربية ، مصدر سابق ، ص١٢٨٤.

المدنية في محكمة النقض الفرنسية بأن مجرد تسخير الاشخاص لا يفترض حصول عقد ظاهري و اخر سري بين الاطراف ذاتهم [١]، و السؤال الذي يطرح بهذا الصدد ، هل يشترط التزامن بين الاتفاق المعلن و الاتفاق الخفي لكي نكون امام وضع صوري ؟.

أجابت محكمة النقض الفرنسية عن التساؤل المتقدم فقد قضت المحكمة بعدم ضرورة حصول تزامن بين العقد الظاهري و العقد السري في الوقت ذاته [٢].

أما فيما يتعلق بالقانون الامريكي فقد اشار إلى الصورية ضمن قانون التجارة الموحد وبالتحديد ما يسمى بالصورية بالتسخير اذ جاءت المادة (3-404) من قانون التجارة الموحد تحت عنوان (IMPOSTORS, FICTITIOUS PAYEES) وتعني (المستترون ، المستفيدون الصوريون)[٣]، حيث جاء في المادة المذكورة و بالتحديد في الفقرة (A) منها (إذا قام المستتر ، باستخدام الرسائل الإلكترونية أو غير ذلك ، بحمل الساحب على إصدار الصك إلى المستتر ، أو إلى شخص يتصرف بالتنسيق مع المستتر ، عن طريق انتحال صفة المستفيد من السند أو صفة المخول بالتصرف نيابة عن المدفوع لأمره ، فإن تظهير السند من قبل أي منهم إلى المظهر اليه يكون ساريًا في حق من دفعت له قيمة السند اذا حصل التظهير لصالح شخص دفع قيمة السند بحسن نية) [٤]، و يفهم من النص المتقدم ان حسن النية (الغير) يسري في حقة اثار التصرف الظاهر و ليس المخفي.

اما في اطار القانون المصري فقد نظم الصورية في مادتين من القانون المدني ، هما المادة (٢٤٤) و (٢٤٥) اذ جاء في المادة(١/٢٤٤) "اذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص متى كانوا حسني النية ، ان يتمسكوا بالعقد الصوري كما ان لهم ان يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي اضر بهم . ٢_ و إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن ، فتمسك

---

١ - قرار الغرفة المدنية في محكمة النقض الفرنسية رقم ١، ٢٨، تشرين الثاني ، نوفمبر /٢٠٠٠، نسخة دالوز من القانون المدني الفررنسي بالعربية ، مصدر سابق ، ص١٢٨٤.

٢ - قرار الغرفة المدنية في محكمة النقض الفرنسية رقم ١، في ٢/حزيران ١٩٧٠ ، النشرة المدنية رقم ١٨٦ ، المصدر نفسه ، ص١٢٨٤.

٣ - المستفيد الوهمي او المستفيد الصوري (FICTITIOUS PAYEE) ، الشخص الذي تسحب الورقة القابلة للتداول لأمره بينما لا يكون فيها اي حق و لا يقصد منشئها ان تصيبه منها اية منفعة سواء كان المذكور اسمًا لشخص حي أو ميت أو خيالي لا وجود له ،انظر حارث سليمان الفاروقي ، المعجم القانوني "انكليزي – عربي" تفسير وتعريب مصطلحات الفقه الانكليزي و الامريكي ، الطبعة الخامسة ، مكتبة لبنان ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٨٦ .

4 - (3-404) (a) " If an impostor, by use of the mails or otherwise, induces the issuer of an instrument to issue the instrument to the impostor, or to a person acting in concert with the impostor, by impersonating the payee of the instrument or a person authorized to act for the payee, an indorsement of the instrument by any person in the name of the payee is effective as the indorsement of the payee in favor of a person who, in good faith, pays the instrument or takes it for value or for collection".

بعضهم بالعقد الظاهر و تمسك الاخرون بالعقد المستتر ، كانت الافضلية للأولين " و قد اشارت المادة (٢٤٥) إلى نفاذ العقد الحقيقي فيما بين المتعاقدين و خلفهم حيث نصت " إذا ستر المتعاقدان عقدًا حقيقيًا بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين و الخلف العام هو العقد الحقيقي " .

أما بالنسبة للصورية في القانون العراقي فقد نظمها في ثلاث مواد ضمن القانون المدني العراقي في المواد (١٤٧-١٤٨-١٤٩) وتكاد تتطابق هذه المواد مع نصوص القانون المدني المصري مع الاشارة إلى ان المادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي منعت الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار .

و الصورية بشكل عام تكون على نوعين ؛ أما ان تكون مطلقة وهي التي ترد على جود العقد ذاته فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة [١] ؛ كأن يقوم شخص بكتابة كمبيالة لشخص اخر بشكل صوري لكي يظهر المستفيد بمظهر الثراء على ان يوجد اتفاق مستتر بين المتعهد و المستفيد ينص على عدم التزام المتعهد بوفاء الكمبيالة ، فالصورية المطلقة ترد على التصرف بأكمله أو على حد تعبير احد الفقهاء الفرنسيين "المبدأ في الصورية المطلقة انها ترد على وجود العملية بأكملها " [٢].

أما النوع الاخر من الصورية فتسمى بالصورية النسبية وهي الصورية التي تخفي حقيقة العلاقة القانونية بين المتعاقدين دون ان تنكر وجودها [٣] ، بحيث يقوم التصرف الصوري المفترض بإخفاء جانب منها ؛ وهذا النوع ينقسم على ثلاثة اقسام (التستر و الضد و التوسط) ؛ ففيما يتعلق بالقسم الأول - الصورية بطريق التستر - (الاخفاء) و تتحقق هذه الحالة بإخفاء حقيقة التصرف القانوني و طبيعته فهي ترد على نوع التصرف[٤] ، وهذا النوع من الصورية كثير الوقوع في الميدان الصرفي ؛ و من اشهر تطبيقاته ما يسمى بـ (التظهير التوكيلي المستتر) إذ يقوم حامل الورقة الصرفية بتظهيرها في صورة تظهير ناقل للملكية لمصلحة شخص اخر على ان يكون هناك اتفاق سري بينهما على ترتيب اثار التظهير التوكيلي[٥] .

---

١ - د. احمد شرف الدين ، نظرية الالتزام ، الجزء الثاني احكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣، ص١٤٤، وانظر في المعنى نفسه ، أنور العمروسي، الوجيز في الصورية وورقة الضد في القانون المدني، دار محمود للنشر والتوزيع ، ١٩٩٧، ص١٥٩.

2 -" On dit que la simulation est absolue lorsqu'elle porte sur l'ensemble de l'opération" DAGOT Michel, La simulation en droit privé, s.m.d, Paris, 1965. p.61.

٣ - د. بيارابيل طوبيا، التحايل على القانون ،المؤسسة الحديثة للكتاب ،طرابلس - لبنان ، ٢٠٠٩، ص٢٢١، وانظر ايضًا ،د. شوقي محمد صلاح ، مصدر سابق ، ص٣٩٣.

٤ - د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، احكام الالتزام ، الطبعة السادسة ،المكتبة القانونية ، بغداد ، ص٢٠٩.

٥ - د. فائق الشماع ، د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص١٧٥.

و غالبًا ما تكون الغاية من هكذا تصرف تهريب الورقة الصرفية من طائلة الحجز التي قد يتعرض لها الحامل القانوني نتيجة افلاسه [١] ، أو قد تكون الغاية التهرب من بعض الدفوع من خلال الاستتار بقاعدة التطهير من الدفوع [٢] .

ولم يتضمن قانون التجارة العراقي على غرار قانون جنيف الموحد نصوصًا خاصة بالتظهير التوكيلي المستتر رغم شيوعه في الاوساط التجارية و اثارته للعديد من المشاكل ؛ و ازاء هكذا فرض لا مناص من الرجوع للقواعد العامة في القانون المدني ، و بموجب هذه القواعد وبالتحديد المادتين (١٤٧- ١٤٨) من القانون المدني العراقي سالفة الذكر تسري اثار التظهير التوكيلي في اطار العلاقة بين المظهر و المظهر اليه ، و تسري اثار التظهير الناقل للملكية على العلاقة التي تربط المظهر اليه بالأغيار و منهم الملتزمون بموجب هذه الورقة المظهرة ، مالم يستطع هؤلاء اثبات صورية التظهير التمليكي و كشف حقيقة التظهير التوكيلي[٣] .

و تحدث الصورية بطريق التستر في تصرف اخر مشابه هو (التظهير التوثيقي المستتر) ، عندما يلجأ المظهر إلى اخفاء التظهير التوثيقي تحت ستار تظهير ناقل للملكية بغية ابعاد الورقة التجارية من طائلة الحجز الذي قد يتعرض له نتيجة افلاسه أو بغيه تفويت دفع كان من الممكن للمدين الصرفي الاحتجاج به في مواجهته[٤] ، و من ثم يكتب التظهير على الورقة الصرفية بصيغة صورية على شكل تظهير ناقل للملكية ، ولكنه ينطوي في حقيقته على تظهير توثيقي مخفي يتم الاتفاق على ترتيب اثاره بين المظهر و المظهر اليه ، وعليه فأن العلاقة التي تنشأ بينهم تنظم وفق اثار التظهير التوثيقي و في المقابل تسري على الاغيار اثار التظهير الناقل للملكية [٥] .

و من تطبيقات الصورية الصرفية الاخرى ما يسمى ب(الضمان المستتر) ففي كثير من الاحيان يسبب الضمان بعض الحرج للمضمون لما يثيره من تساؤلات و شكوك حول مركزه المالي ؛ لذلك يلجأ الاطراف أحيانًا إلى اخفاء الضمان وراء ستار التظهير التمليكي ؛ كي لا يظن بالمضمون ضعف ملاءته المالية [٦] ، فمثلاً حامل الحوالة الذي لا يستطيع خصمها لدى المصرف لضعف الثقة فيه يلجأ إلى تظهيرها تظهيرًا ناقلاً للملكية لمصلحة شخص موثوق به مع الاتفاق مع هذا الاخير بأن يقوم بإعادة تظهير الحوالة المذكورة للمصرف فيلتزم بضمان وفائها بوصفه ظاهريًا (مظهر) في حين

---

١ - د. بسام محمد الطراونة ، مصدر سابق ، ص ٢٢٣.
٢ - المستشار احمد نصر الجندي ، مصدر سابق ، ص١٥٣.
٣ - د. اكرم ياملكي ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، الطبعة الثانية ، بغداد ، ١٩٧٨، ص١٣٠ .
٤ - د. فائق الشماع ، د. فوزي محمد اسامي ، مصدر سابق ، ص١٨٥.
٥ - د. اكرم ياملكي ، مصدر سابق ، ص١٤٢.
٦ - د. فائق الشماع ، د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص٢٣٠.

انه في الواقع ضامن [١] ، و يترتب على ذلك خضوع العلاقة التي تربط الضامن بالمضمون لقواعد الضمان في حين تخضع العلاقة بالغير لأحكام التظهير التمليكي و فقًا للقواعد العامة ، و في التصرفات السابقة نلاحظ ان الاطراف يختلقون و ضعًا افتراضيًا ظاهريًا يخالف حقيقة التصرف المتفق عليه فيما بينهم و يتفقون على اعمال اثار التصرف المستتر دون الوضع الافتراضي الظاهري .

والقسم الثاني من الصورية النسبية ما يسمى بالصورية بطريق الضد ، و هي التي ترد على احد اركان العقد أو شرط من شروطه [٢] ، كأن يذكر في الحوالة سببًا يخالف السبب الحقيقي أو يذكر سبب للتظهير يخالف السبب الحقيقي له ، وهناك من يذهب إلى ان ذكر سبب للتظهير مغاير للسبب الحقيقي لا يعد مصداقًا للصورية الصرفية ؛ الا إذا كان السبب الحقيقي غير مشروع ؛ لأن الصورية ضرب من الغش [٣] ، و نختلف مع الرأي المتقدم ؛ فليس من شروط الصورية ان تستخدم لخداع الطرف الاخر أو اخفاء و ضع غير قانوني ؛ ففي كثير من الاحيان تستخدم الصورية لأغراض مشروعة كأن يتبرع شخص بمبلغ معين و لا يذكر اسمه كمتبرع لإخفاء الصدقة مثلاً ؛ لذلك نتفق مع من يرى ان الصورية تكون متحققة إذا كان الوضع الظاهر مخالفًا للوضع المستتر سواء كان الوضع المستتر مشروعًا ام غير مشروع [٤] ، وتجدر الاشارة إلى ان القضاء الفرنسي حتى منتصف القرن التاسع عشر كان يخلط بين الصورية و الغش ؛ فكان يقضي ببطلان العقد الظاهر و العقد المستتر مما ادى بالقوانين الفرنسية القديمة إلى المعاقبة على الصورية في بعض الاحيان [٥] .

و القسم الثالث من الصورية النسبية ما يسمى بالصورية بالتسخير (التوسط) و هذا النوع من الصورية يلجأ اليه حينما يكون هناك مانع قانوني يحول دون ابرام التصرف القانوني ؛ وغالبًا ما يتم اللجوء إلى هذه الطريقة للتغلب على احكام الاهلية و الافلاس [٦] ، فتحرر الورقة الصرفية بأسم شخص آخر بدل الشخص الحقيقي الذي قد يكون غير مكتمل الاهلية لصغر سنه أو مانع من موانع الأهلية حال دون تمامه لها ، أو قد يكون تاجرًا صدر عليه حكم بالإفلاس فغلت يده عن ادارة امواله ، مع وجود اتفاق مستتر على عدم التزام الشخص المسخر ، أو ان يكون الشخص المسخر هو المستفيد

---

١ - د. مصطفى كمال طه ، الوجيز في القانون التجاري ، الجزء الثاني ، المكتب المصري الحديث ، الاسكندرية ، ١٩٧١، ص١٣٠.

٢ - د. شوقي محمد صلاح ، مصدر سابق ، ص٣٩٤.

٣ - د. فائق الشماع ، د. فوزي محمد سامي ،مصدر سابق ، ص١٣٣.

٤ - علي هادي علوان العبيدي ، التحايل على القانون ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ١٩٩٥ ١٩٩٥ ، ص ٥١.

5 - Boriss tarck , Droit des civiles ebligetions trstetroieiem , dition 1989 , p387.

٦ - د. شوقي محمد صلاح ، مصدر سابق ، ص ١٣٤.

ظاهريًا و يتسلم مبلغ الحوالة و يسلمه للمستفيد الحقيقي الذي قد يكون محجورًا عليه و من ثم يهرب مقابل الوفاء من وعاء الحجز .

و يجب عدم الخلط بين المثال الأول(تحرير الورقة بأسم شخص اخر) و حالة النيابة الكاذبة و النيابة المتجاوزة في تحرير الورقة ؛ ففي حالة النيابة الكاذبة لا يكون هناك اتفاق مستتر بل ان الموقع يزعم النيابة رغم عدم وجودها ، أما في حالة النيابة المتجاوزة فيتم التحرير مع ذكر صفة النيابة و ليس بواسطة اسم مستعار (مسخر) كما في حالة الصورية الصرفية بطريق التسخير ، و من كل ما تقدم يتضح لنا بأن الصورية الصرفية لكي تتحقق يجب ان تتوفر الشروط التالية :-

١- أن يوجد هناك تعبير ظاهري غير حقيقي للإرادة ، كالتظهير التمليكي الصوري الذي يستر تصرفًا اخر كما في التظهير التوثيقي المستتر ، و قد يكون التصرف الصوري يرد على شكل بيان يرد في متن الورقة كما لو اراد شخص اقراض اخر مبلغًا من النقود بفائدة فاحشة و لغرض اخفاء ذلك مع ضمان قبض المبلغ اتفق مع المقترض على ان يحرر له كمبيالة بالمبلغ القرض مضافًا اليه مبلغ الفائدة و يكتب المبلغ بصيغة واحدة كأن يكون القرض (٥٠٠٠٠٠٠) دينار و الفائدة (١٠٠٠٠٠٠) دينار فيحرر الكمبيالة بمبلغ (٦٠٠٠٠٠٠) دينار .

٢- ان يوجد تصرف مستتر يعبر عن ارادة حقيقية ، فلا تتحقق الصورية الصرفية إذا كان التصرف الظاهر ينبئ بوجود الاتفاق الحقيقي[١] ، و هذا امر لابد منه لان جوهر الصورية يقوم على اساس اخفاء الحقيقة من خلال خلق وضع افتراضي يستر الوضع الحقيقي المخفي ، وهذا الذي يميز الصورية عن التحفظ الذهني ؛ عندما يستقل احد الطرفين دون ان يتفق مع الطرف الاخر بإظهار ارادة و اخفاء ارادة اخرى تختلف عن الارادة المعلنة فأرادته الظاهرية غير جدية إذا تحفظ ذهنيًا بإرادة باطنية تختلف عنها [٢] اي ان يقصد الطرفان الالتزام الفعلي بالتصرف الحقيقي المستتر.

٣- ان يكون الاتفاق الحقيقي المستور مخالفًا في جميع جوانبه أو بعضها للأتفاق الافتراضي الظاهري كأن يكون المبلغ الحقيقي المخفي اكبر أو اقل من المبلغ الافتراضي الصوري المكتوب .

٤- ان تتحقق المعاصرة الذهنية بين التصرف الظاهر و التصرف المستتر ؛ وليس بالضرورة ان تحصل المعاصرة الزمنية فقد يحدث الاختلاف في تأريخ التصرف الظاهر و التصرف المستتر لكن تبقى الارادة متجهة إلى الامرين معًا وقت انشاء التصرفين ، و بغير هذه المعاصرة الذهنية لا تتحقق

---

١ - الاستاذ المحامي صلب ، دعوى الصورية ، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية ،تصدر عن نقابة المحامين المصرية ، العدد العاشر ، السنة الثامنة ، ١٩٢٧،ص ٩٤٨.

٢ - د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص١٠٧٨.

الصورية ؛ اذ يعد كلاً من الاتفاقين اتفاقاً جديدًا[١] ، و بمعنى اخر ان المعاصرة الذهنية تعني ان يتم الاتفاق على التصرفين (الحقيقي و الظاهري) معًا ، لكن ليس بالضرورة ان تترتب اثار التصرفين بوقت واحد ؛ فمثلا قد يتم تحرير حوالة تجارية يكون فيها ميعاد الاستحقاق الظاهري يختلف عن ميعاد الاستحقاق الحقيقي ، ففي هذه الحالة تتحقق المعاصرة الذهنية رغم عدم تحقق التعاصر الزمني بين التصرف الظاهر (المفترض)و التصرف المستتر (الحقيقي) ؛ على اعتبار ان حلول ميعاد الاستحقاق المفترض يختلف في وقته عن حلول ميعاد الاستحقاق الحقيقي ، و يتضح مما تقدم ان المعاصرة الذهنية لا تعني التزامن بين التصرف الظاهر و التصرف المستتر ، و هذا ما اكدته محكمة النقض الفرنسية ؛ فقد جاء في احد قرارات الغرفة المدنية لمحكمة النقض "ان الصورية لا توجب حصول العقد الظاهري والعقد السري في الوقت ذاته "[٢]

و يرشح من كل ما تقدم ان عنصر الافتراض ضروري ويعد من لوازم التصرف الصوري و بموجب هذا المعطى نستطيع تعريف الصورية الصرفية بأنها (اسلوب افتراضي يلجأ اليه اشخاص الورقة الصرفية للالتفاف على احكام القانون من خلال خلق و ضع ظاهري غير حقيقي يخفي وضعًا حقيقيًا مستترًا ، للتوصل إلى تغيير احكام القانون دون نصه) ، و بعد بيان مفهوم الصورية الصرفية ، نأتي الان لبيان أوجه التشابه و الاختلاف بينها وبين الافتراض الصرفي .

ثانياً : أوجه الشبه و الاختلاف بين الافتراض الصرفي و الصورية الصرفية

تقدم القول ان الصورية الصرفية كثيرة الوقوع في الحياة العملية شأنها في ذلك شأن الافتراض الصرفي ، لذلك توجد بينها أوجه شبه و مواطن اختلاف و الاحاطة بهذه المواطن سنوزع الاشتغال في تشخيصها على فقرتين نبين في الأولى أوجه الشبه و في الثانية مواطن الاختلاف.

١- أوجه الشبه بين الافتراض الصرفي و الصورية الصرفية.

يمكن اجمال أوجه التشابه بين المفهومين بالنقاط الآتية :-

أ- تقوم الصورية على عنصر الافتراض كما هو الحال في الافتراض الصرفي فهي تخلق وضعًا مفترضًا غير حقيقي يستر و ضعًا حقيقيًا خفيًا ، و كذلك الامر في الافتراض الصرفي فهو الاخر قائم

---

١ - علي هادي علوان العبيدي ، مصدر سابق ، ص٥٣.

٢ - قرار الغرفة المدنية في محكمة النقض الفرنسية في حزيران ، ١٩٧٠، النشرة المدنية رقم ١٨٦، نسخة دالوز من القانون المدني الفرنسي باللغة العربية ، مصدر سابق ، ص١٢٨٤.

على عنصر الافتراض من خلال افتراضه أوضاعًا لم تنظم أو لم يكتمل تنظيمها أو نظمت تنظيمًا غير دقيق.

ب- توجد في الصورية الصرفية ارادتان تكونان الورقة من خلال التصرف الحقيقي والتصرف الصوري المفترض ، و كذلك الامر في الافتراض الصرفي حيث توجد ارادتان ايضًا في تكوين الورقة ؛ الأولى تكون مكتوبة على الورقة و الاخرى مفترض ، تتضمن ما لم ينظم أو نقص أو غمض من الارادة الأولى .

٢- أوجه الاختلاف بين الافتراض الصرفي و الصورية

يمكن اجمال أوجه الاختلاف بين المفهومين بالنقاط الآتية :-

أ- يختلفان من حيث مصدر افتراض كل منهما ؛ فالصورية مصدرها اتفاقي دائمًا ؛ اي ان ارادة الاطراف هي التي تنشأ الصورية الصرفية ، بينما ينشأ الافتراض الصرفي بإرادة المشرع فهو اسلوب من اساليب الصياغة التشريعية لا يوجد الا إذا وجد نص قانوني يقرره كما تقدم .

ب- الوضع المفترض في الصورية يخالف الحقيقة دائمًا ، بينما الوضع المفترض بموجب الافتراض الصرفي قد يتوافق مع الحقيقة و قد يخالفها .

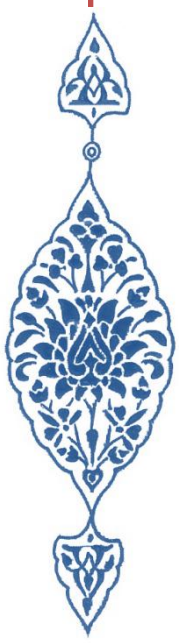
ج- الصورية اسلوب للالتفاف على احكام القانون سواء أكانت الغاية نبيلة ام لم تكن كذلك ، بينما لا يمثل الافتراض الصرفي اسلوبًا للالتفاف على القانون و لا يتضمن اي تحايل عليه.

د- يختلفان ايضًا من ناحية القابلية للدحض ؛ فالوضع المفترض بموجب الافتراض الصرفي غير قابل للدحض كما أوضحنا سابقًا ، أما الوضع المفترض بموجب الصورية الصرفية فيبقى قابل للدحض بمجرد اثبات صورية هذا التصرف.

ه- و فارق اخير يضاف إلى كل ما تقدم بتمثل بأن الوضع المفترض غير الحقيقي بموجب الصورية الصرفية يكون مكتوبًا على متن الورقة ، بينما الوضع المفترض بموجب الافتراض الصرفي لا يكون كذلك و حتى بالنسبة للافتراض المفسر فهو لا يكتب كما يفسره الافتراض الصرفي .

الفصل الثاني

الأطار الفلسفي للافتراض الصرفي



الفصل الثاني

الأطار الفلسفي للإفتراض الصرفي

تمهيد و تقسيم

اعتاد الفقه على السير خلف المشرع ، وتتبع خطاه ؛ فهو ينظر غالبًا إلى الوقت الذي يعتقد فيه ان المشرع قد استقر في مسألة محددة من مسائل التشريع على حل معين ، هنا يبدأ الفقه دوره المعتاد في عملية التفسير و أستباط الافكار وردها إلى اصولها العامة ، الا ان الفقه قد لا يكتفي بدوه التقليدي هذا ، فيأخذ المبادرة و من ثم يتحلل من السير وراء المشرع و يعطي لنفسه مساحة اكبر من الحرية و يرتفع إلى ميدان فلسفة القانون ، بحيث لا يقتصر دوره على شرح نص معين أو مجموعة نصوص بل يقدم فكرًا خالصًا به يستمده من مجموعة التجارب والدراسات القانونية و غير القانونية المختلفة .

و في حقيقة الامر ان دورنا في اقتفاء فلسفة الافتراض الصرفي يستوجب الاشتغال على المنهجين معًا ؛ فمن الضروري طرح الافكار المستمدة من التطبيقات العملية و القراءات المختلفة علّنا نجد فيها ما يستوعب الفلسفة العملية للافتراض الصرفي ، الا ان ذلك لا يمنعنا من الوقوف على النصوص التشريعية التي اقرت الافتراضات و من ثم تناولها بالتحليل و صولًا إلى الفلسفة الصياغية التشريعية التي كان يبتغيها المشرع من سنه لتلكم النصوص .

و بطبيعة الحال فإن هكذا مهمة لن تكن يسيرة و يرجع ذلك لأمور عدة ؛ منها طريقة صياغة النصوص المقررة للافتراض الصرفي ، فكما هو معلوم أن هذه النصوص مستمدة من اتفاقية جنيف للأوراق الصرفية ، الا ان المشرع العراقي لم ينقل هذه النصوص بحذافيرها لكي يكون الرجوع إلى فلسفتها سبيلًا لبلوغ فلسفة مشرعنا ، بل اتبع طريقة متفردة تقع وسطًا بين مجرد التأثر بنصوص قانونية معينة ، و بين النقل الحرفي لها ، ويمكن ان نصطلح على هذا الاسلوب في تشريع القوانين تسمية (التناص القانوني)[1] ، و للأحاطة بفلسفة الافتراض الصرفي سنقسم هذا الفصل على مبحثين سنتناول في المبحث الاول الفلسفة العملية للأفتراض الصرفي و من ثم سنتناول في المبحث الثاني الفلسفة الصياغية التشريعية للافتراض الصرفي.

---

١ - التَّنَاصُّ، أو التعالق النصي بالإنجليزية(Intertextuality) :هو مصطلح نقدي يقصد به وجود تشابه بين نص وآخر أو بين عدة نصوص ، وهو مصطلح صاغته(جوليا كريستيفا) للإشارة إلى العلاقات المتبادلة بين نص معين ونصوص أخرى، وهي لا تعني مجرد تأثر نص في آخر أو نقل حرفي للمصادر التي استقى منها نص تضميناته من نصوص سابقة ، بل هي وسط بين التأثر و النقل الحرفي ، ينظر للمزيد من التفصيل https://ar.wikipedia.org (و لا ضير من سحب المصطلح للميدان القانوني لتطابق الدلالة مع الحالة التي نحن بصددها).

المبحث الأول

الفلسفة العملية للافتراض الصرفي

نقصد بالفلسفة العملية للأفتراض الصرفي تلك الغاية التي تؤتي أُكُلها في الميدان العملي بحيث يمكن تلمس هذه الغاية عمليًا ، ولعل من نافلة القول ان القانون بشكل عام له غايات عملية متعددة قد تكون قريبة المدى يبين اثرها في اطار المعاملة الواحدة ، و اخرى بعيدة المدى ترمي إلى اهداف مثالية ابعد قد ترتبط بالسياسة الاقتصادية للبلد أو فكرة قانونية معينة ، و تسمى الأولى بالغاية الفنية ، أما الثانية فتسمى بالغاية المثالية ، وهاتان الغايتان يحاول المشرع من خلالهما تحقيق اهداف عملية مثل (اشباع الحاجات و التقدم الاقتصادي و التنمية) فهل تشكل هذه الغايات اهدافًا عملية للأفتراض الصرفي ؟ .

قبل الإجابة يجب أن نقر بأنه ان كان من السهل طرح المشكلة على بساط البحث الا انه من الصعب ان نجد لها حلًا مناسبًا ؛ ففي الموضوع الذي نحن بصدد بحثه تتجلى نسبية القانون في اعلى درجاتها بحيث تتزاحم الافكار التي تنبني عليها الغايات ما يشكل صراعًا فكريًا كبير بحيث قد نجد في التطبيق الواحد اكثر من غاية يرمي اليها ، ولكي نقف على الغاية العملية أو الفلسفة العملية للافتراض الصرفي سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، سنتناول في المطلب الأول الغاية العملية الفنية للافتراض الصرفي و من ثم نتناول في المطلب الثاني الغاية العملية المثالية للافتراض الصرفي .

المطلب الاول

الغاية العملية الفنية للافتراض الصرفي

نقصد بالغاية الفنية للافتراض الصرفي تلك الغاية التي تعد قريبة المدى و التي يرمي المشرع من خلالها إلى تحقيق هدف فوري أو حال ، و الافكار التي يمكن ان تشكل غاية فنية قريبة المدى للافتراض الصرفي يمكن اجمالها في افكار مثل تعزيز سرعة التداول أو الاقتصاد في البطلان أو تقوية الائتمان ، و يجب ان ننوه إلى ان بعض التطبيقات للافتراض الصرفي قد ترمي إلى تحقيق غايتين في آنٍ واحد لذلك يمكن جمعهما وبحثهما معًا ، و للوقوف على الغاية الفنية للافتراض الصرفي سنقسم هذا المطلب على فرعين سنبين في الفرع الاول تعزيز سرعة التداول كغاية فنية للافتراض الصرفي ، ومن ثم سنبين في الفرع الثاني الاقتصاد في البطلان و تقوية الائتمان كغاية فنية للافتراض الصرفي.

الفرع الاول

تعزيز سرعة التداول كغاية فنية للافتراض الصرفي

تمثل الورقة الصرفية اداة وفاء ، وهي لا تكون كذلك ما لم تكن قابلة للتداول بحيث تقوم مقام النقود بالوفاء ، وتعد هذه السمة من ابرز سماتها ، وقد حرص المشرع على تيسير تداول الاوراق الصرفية و في كثير من الاحيان كان الافتراض الصرفي اداة المشرع لكي يعزز من خلاله سرعة تداول الورقة ، وللإحاطة بفكرة سرعة التداول كغاية فنية للافتراض الصرفي سنقسم هذا الفرع على فقرتين سنتناول في الاولى مفهوم تعزيز سرعة التداول كغاية فنية للافتراض الصرفي ، ومن ثم سنبين في الفقرة الثانية تقييم تعزيز سرعة التداول كغاية فنية للافتراض الصرفي .

اولًا :- مفهوم تعزيز سرعة التداول كغاية فنية للافتراض الصرفي

تقوم البيئة التجارية بشكل عام على عنصر مهم يميزها عن البيئة المدنية وهو السرعة والمرونة في المعاملات التجارية عبر تبسيط الاجراءات لتسهيل ابرام العمليات التجارية و تنفيذها بالسرعة التي تلائم طبيعة التجارة [١] ، فالسرعة تمثل دعامة مهمة تقوم عليها الحياة التجارية التي تهدف إلى المضاربة بقصد تحقيق الربح من خلال تداول الاموال ؛ فالتاجر إذا اشترى فإنه لا يشتري بهدف الاستهلاك ؛ بل بهدف اعادة البيع ، واذ باع فبهدف الشراء مرة ثانية ، فتتلاحق المعاملات التي يجريها التاجر و تتشابك بسرعة لا مثيل لها في المعاملات المالية المدنية التي تتصف بالاستقرار و الثبات [٢] .

فعملية شراء بيت أو استئجاره ليست من العمليات التي تتكرر على الافراد في حياتهم اليومية، و قد يصدق على الكثيرين ان لا يتعاطوا هكذا تصرفات الا مرات معدودة خلال حياتهم، ومن الممكن ان لا يجروها البتة ، لذلك كان امام من يتعرض منهم لهذه الصفقات ان يتدبر امره و يتأنى قبل الاقدام عليها ، بحيث يطيل التحقق والسؤال فضلًا عن امكان التهيؤ لها بوسائل معينة تقيه عناء المنازعات فيما بعد [٣] .

والامر على خلاف ذلك بالنسبة للتاجر ؛ فهو بحكم عمله مضطر إلى عقد صفقات متعددة في يومه قد تبلغ العشرات و قد تكون على حظ كبير من الضخامة و من هنا أتت الحاجة إلى السرعة في

---

١ - استاذنا د. باسم علوان العقابي ، مصدر سابق ، ص١٤.
٢ - د. عزيز العكيلي ، الوسيط في شرح القانون التجاري ، الجزء الاول ، دار الثقافة للنشر ، ٢٠١٧، ص٢٧.
٣ - احمد ابراهيم البسام ، مبادئ القانون التجاري ، الجزء الاول ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٦١، ص٣.

اجراء المعاملات التجارية و قد تولى المشرع من خلال وسائل عديدة حاول عبرها تدعيم السرعة في العمل التجاري بشكل عام كالشكلية و التحرر من قيود الاثبات في بعض النظم القانونية [١] .

والذي يهمنا في هذا المقام الشكلية ، فهي حاكمة على التعامل الصرفي كما هو معلوم ، فكيف يمكن ان تؤدي الشكلية إلى السرعة رغم ان الشكلية بمفهومها التقليدي تؤدي إلى العكس؟

ان الشكلية - في حقيقة الأمر- تعين على التقليل من اسباب التردد و النزاع و هي - في الميدان الصرفي - لا تبلغ حد العنت و الارهاق كما هو شأن بعض العقود الشكلية في القانون المدني بل يقتصر دورها على ضرورة التزود بمحرر تراعى فيه بعض الشروط التي يصعب استذكارها ولا يتعارض التقيد بها مع وجوب الاسراع في اجراء المعاملة .

و من ثم لا تؤدي الشكلية الصرفية بأي حال من الاحوال إلى الابطاء سواء في اصدار الورقة أو تداولها وانما هي مقررة لتنبيه الموقع إلى خطورة ما يقدم عليه و يعتزم الالتزام به ، إذ يتعرض بتوقيعه إلى قسوة الاجراءات التي يعامل بها القانون المدين الصرفي [٢] .

لذلك نجد أن للوقت في البيئة التجارية قيمة مضافة ؛ فقد يفوت التاجر في وقت معين صفقة ما و هذا يعني فوات ربح قد يكون كبيرًا وفقًا لحساباته ، كما ان الأسعار سريعة التقلب من وقت لأخر لذلك يفضل التعاقد و التداول بالطرق السريعة [٣] .

فقد قيل إن القانون التجاري يحقق الامن القانوني كونه يراعي السرعة في المعاملات و حفظ حقوق المتعاملين فالتاجر الذي لا يؤدي التزاماته في المدة المحددة قد يتعرض لجزاء قانوني قاسٍ كالإفلاس [٤] .

و بالمقابل هناك من يرى ان فكرة السرعة في المعاملات لم تعد قاصرة على تلك التي يتم اجراؤها في البيئة التجارية ؛ بل ان المعاملات الانسانية كافة بعد تطور الاتصالات اصبحت تتسم

---

١ - د. فاروق ابراهيم جاسم ، القانون التجاري ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٨، ص٢٨، (ويجب ان نلفت النظر الى ان الاثبات لم يعد من مواطن السرعة التي تميز الاثبات المدني عن الاثبات التجاري في العراق لتوحيد احكام الاثبات بين الاثنين) ، انظر الاسباب الموجبة لقانون الاثبات العراقي رقم(١٠٧) لسنة (١٩٧٩) منشورة على موقع قاعدة التشريعات العراقية على الرابط:
http://iraqld.hjc.iq/LoadArticle.aspx?SC=241020072354586

٢ - احمد ابراهيم البسام ، المصدر السابق ، ص٤ ، وانظر في المعنى نفسه ، د. محمد أحمد سراج ود. حسين حامد حسان ، الأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة، للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٨٨، ص٢٧.

٣ - استاذنا د. باسم العقابي ، المصدر السابق ، ص١٥.

٤ - د. بشرى النغموشي ، الوجيز في القانون التجاري ، الطبعة الاولى، مطبعة مركز التكوين فورمابول، تونس ، ٢٠١٩، ص٩ ، و انظر في المعنى نفسه ، د. كيلاني عبد الراضي محمود، التظهير الناقل للملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص١٥.

بالسرعة [١] ، وفي حقيقة الامر نجد ان السرعة صفة مميزة للبيئة التجارية ، ولها مظاهرها التي لا نجد مقابل لها في اطار القواعد العامة في القانون المدني ، ولعل من ابرز هذه المظاهر ابتكار المشرع التجاري طرقًا خاصة لانتقال الحق التجاري تتحرر من القيود التي تكبل انتقال الحق بموجب حوالة الحق المدنية ، ويقف التظهير في طليعة هذه الطرق بحيث يمثل الطريقة الابرز لأنتقال الحقوق التجارية .

فنجد أن المشرع قد اعتنى كثيرًا بالتظهير بوصفه الوسيلة الفذة لانتقال الحقوق التجارية المثبتة في الاوراق التجارية بشكل عام ، سواء اكانت الصرفية ام غير الصرفية ؛ فوضع قاعدة التطهير من الدفوع التي تحصن الحقوق المنتقلة بالتظهير من الدفوع [٢] ، و بالتأكيد فأن ذلك يسهم و بشكل كبير في تعزيز سرعة التداول ، بخلاف الوضع في ظل حوالة الحق المدنية ؛ فهذه الاخيرة ان كانت تتم دون الحاجة إلى رضاء المحال عليه ؛ الا انها لا تكون نافذة في حقه الا إذا قبلها أو اعلنت عليه ، و يلزم لنفاذها في حق الغير ان يكون القبول ثابت التأريخ [٣] .

اضف إلى ما تقدم ان الحق بموجب الحوالة المدنية ينتقل بشوائبه ، و من ثم فان المحال عليه يستطيع ان يتمسك في مواجهة المحال له بالدفوع التي كان له ان يحتج بها على المحيل عند صيرورة الحوالة نافذة في حقه [٤] .

وبطبيعة الحال فإن هذه الطريقة في انتقال الحق لا تتلاءم مع النشاط التجاري المتسم بالسرعة فلا تضمن السلاسة التي ينبغي ان تتصف بها الألية التي ينتقل بموجبها الحق التجاري ؛ لذلك ابتكر المشرع الصرفي اسلوبًا اخر مخصص لانتقال الحقوق المثبتة في الاوراق التجارية بشكل عام و الاوراق الصرفية بشكل خاص يضمن من خلاله السرعة في انتقال الحق و السلاسة في اجرائه ، لتتداول بموجبه الورقة بسهولة ويسر.

---

١ - د. ثروت انيس الاسيوطي ، فلسفة القانون في ضوء التأريخ الاقتصادي و الاجتماعي ، الجزء الاول ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٧٥، ص٤٣٩.

٢ - د. محسن شفيق ، التكييف القانوني للألتزام الصرفي ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية ،تصدر عن جامعة الاسكندرية كلية الحقوق، السنة الاولى ، العدد الاول ، مارس ١٩٤٣، ص٥٤٧، وانظر في المعنى نفسه ،د. أكثم أمين الخولي ، دروس في القانون التجاري السعودي ، مطابع معهد الإدارة العامة ، دون مكان نشر ، ١٩٧٣، ص١٢٢.

٣ - نصت المادة (٣٦٣) من القانون المدني العراقي "لا تكون الحوالة نافذة في حق المحال عليه او في حق الغير الا اذ قبلها المحال عليه او اعلنت له، على ان نفاذها في حق الغير بقبول المحال عليه يستلزم ان يكون هذا القبول ثابت التاريخ".

٤ - نصت المادة (٣٦٦) من القانون المدني العراقي " للمحال عليه ان يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له عند صيرورة الحوالة نافذة في حقه ان يحتج بها على المحيل كما يجوز له ان يحتج بالدفوع الخاصة بالمحال له وحده".

هذا وقد اعتنت التشريعات محل المقارنة بالتظهير فنجد ان قانون التجارة الفرنسي نظمه في البند الثالث من القسم المخصص للاوراق الصرفية في المواد (L.511-8 إلى L.511-14) ، أما قانون التجارة الامريكي الموحد فقد نظمه في الفصل الثاني من القسم الخاص بالسندات القابلة للتداول في المواد (3-301 إلى 3-307) ، أما قانون التجارة المصري فقد نظمه في المواد (٣٩١ إلى ٤٠٠) و بالنسبة لقانون التجارة العراقي فقد نظمه في احدى عشر مادة من (٥١ إلى ٦١) ، تحت عنوان التظهير .

و كل التشريعات المتقدمة كرست المواد التي نظمت من خلالها التظهير لغاية فذة تتمثل بتبسيط هذا الاجراء و تعزيز اثره المتمثل بنقل الحقوق مجردة من كل ما يعيق استيفائها ، و بإلتأكيد فان ذلك يعزز من ائتمانها و سرعة تداولها .

و يتضح من كل ما تقدم إلى ان سرعة التداول كغاية فنية للافتراض الصرفي هي الهدف الفوري و الحال الذي يروم المشرع بلوغه ؛ من خلال تسهيل اجراءات التظهير ، و في حقيقة الامر ان سرعة التداول قد تتعارض مع الدقة في كثير من الاحيان ، لكن المشرع وهو يوازن بين المصالح قد يضحي بغاية من اجل غاية اخرى يجدها اجدر بالحماية أو قد تحقق اكبر قدر من المنفعة ، فالفلسفة النفعية (Pragmatism) احدى اهم المدارس في فلسفة القانون التي يتزعمها الفقيه (بنتام) الذي يرى ان الاساس الحقيقي للقانون و سبب وجوده- عند بنتام - هو تحقيق المنفعة ، و من هذا المنطلق فالقانون يجب ان يفي بالمتطلبات المادية للإنسان ، فالمنفعة لديه تأخذ مفهومًا اقتصاديًا يجلب المنافع و يدفع المضار و يقدم جلب المنافع حين يترتب عليه قدر اقل من المضار يتمثل بحصول الافراد على الاشياء الخارجية الملموسة مثل زيادة الايرادات و عوائد السندات [١] .

و يبدو جليًا ان تعزيز سرعة التداول ؛ تمثل غاية فنية قريبة المدى كونها تتجلى في اثناء التطبيق العملي ، و حتى عندما يبغي المشرع تحقيق غايات بعيدة المدى فإنه غالبًا ما يحاول تحقيق الاقرب حينما يكون ذلك ممكنًا ، و يكفي لمعرفة هذا الهدف الرجوع إلى الاعمال التحضيرية أو المناقشات البرلمانية المتعلقة بالقانون [٢] .

---

1 - j.h .burns and h.l.a hart with anew introduction by f.rosen , the collected works of Jeremy bentham , an introduction to the principles of morals and legislation , oxford university press, 2005 , p 92.

٢ - د. احمد ابراهيم حسن ، غاية القانون دراسة في فلسفة القانون ، الدار الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠، ص٣٥ .

وقد جاء في الاسباب الموجبة لصدور قانون التجارة العراقي النافذ " ان هذا القانون ابقى على الاحكام الخاصة بالأوراق التجارية لأنها احكام عالمية و قد استقر عليها العمل و اعاد صياغتها بشكل يتسم بالدقة و الوضوح " [١] .

و من ثم جاز لنا الرجوع إلى المذكرة التفسيرية لقانون التجارة السابق رقم (١٤٩) لسنة (١٩٧٠) و بالرجوع إلى المذكرة الثالثة في فقرتها التاسعة نلاحظ ان المشرع حرص كثيرًا على ان يسهل تداول الورقة الصرفية من خلال اجراءات عديدة كتحريم شرط الفائدة في بعض الحوالات و تطهير الدفوع و اجراءات اخرى[٢].

نخلص من كل ما تقدم إلى أن تعزيز سرعة التداول تمثل غاية مهمة للمشرع الصرفي، فهل كانت تمثل الغاية الفنية الفذة للافتراض الصرفي ؟ هذا ما سوف يتضح في الفقرة القادمة.

ثانياً :- تقييم سرعة التداول كغاية فنية للأفتراض الصرفي

يستند وجود القانون التجاري بوصفه فرعًا مستقلًا من فروع القانون الخاص إلى مسوغين اساسين هما ؛ حاجة المعاملات التجارية إلى السرعة و ضرورة تعزيز الائتمان في ميدان التجارة[٣] ، وقد تقدم القول ان تعزيز سرعة التداول تمثل غاية مهمة سعى المشرع الصرفي إلى ضمانها من خلال تدعيم التظهير ؛ من ناحية فاعلية الاثر و سلاسة الانتقال و سهولة الاجراء ؛ فيكون اثره فعالًا لأنه ينقل الحق منقى من دفوعه السابقة ، ويكون الانتقال سلسًا سريعًا لا يتوقف على موافقة المسحوب عليه ، وكل ذلك يتم بإجراء مبسط بكتابة بسيطة على وجه الورقة أو ظهرها ، ولو تمعنا بتطبيقات الافتراض الصرفي لوجدنا ان هناك الكثيرًا من التطبيقات التي افترضها المشرع ليضمن سرعة تداول الورقة الصرفية ، و لعل من ابرز هذه التطبيقات افتراض الصفة الاذنية في حالة غياب هذا البيان في الحوالة التجارية .

---

١ - انظر الاسباب الموجبة لقانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤، و نلفت النظر الى ان عبارة (و اعاد صياغتها بشكل يتسم بالدقة و الوضوح)التي وردت ضمن الاسباب الموجبة تؤكد رؤيتنا للطريقة التي صيغت بها النصوص الخاصة بالاوراق الصرفية و التي تقع وسط بين النقل الحرفي و مجرد التأثر و التي اصطلحنا عليها بـ (التناص القانوني) .

٢ - اذ جاء في المذكرة التفسيرية الثالثة لقانون التجارة العراقي السابق رقم (١٤٩)لسنة (١٩٧٠) و في فقرتها التاسعة /٣/ ما نصه " وحرمت المادة ٤٢٠ شرط الفائدة لاجبار المتعاملين على اضافتها الى الاصل تيسيرًا لتداول الورقة مستثنية الاوراق المستحقة الوفاء لدى الاطلاع او بعد مدة من الاطلاع حيث يتعذر تقدير الفائدة مقدما" ، متاحة على موقع قاعدة التشريعات العراقية على الرابط التالي :-

http://iraqld.hjc.iq/LoadLawBook.aspx?page=80&SC=120120014595943&BookID=9066

٣ - احمد ابراهيم البسام ، قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الاوراق التجارية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٦٩، ص٢١.

فقد أشارت المادة (L.511-8) من قانون التجارة الفرنسي إلى افتراض الصفة الاذنية في الحوالة التجارية في حالة عدم ذكرها إذا جاء في هذه المادة (يجوز ان تنتقل الورقة الصرفية وفقًا للقواعد الخاصة بالتظهير حتى وان لم يصرح فيها أنها مسحوبة لأمر الحامل ، وعندما يدرج الساحب في الورقة عبارة "ليست لأمر" أو تعبير مماثل لا تنتقل الورقة الا شكليًا وفق الحوالة العادية) [١] ، و كذلك نصت المادة (L.131-16) من القانون النقدي و المالي الفرنسي على افتراض الصفة الاذنية في الصك حين نصت (ينتقل الصك المستحق لصالح شخص مسمى مع أو بدون شرط "الامر" صريح) [٢] ، و يشير الفقه الفرنسي إلى ان السند الصرفي يكون قابلًا للانتقال بالتظهير دون الحاجة لذكر شرط الامر ، فالسند بطبيعته قابل للتظهير بمجرد التوقيع عليه [٣] .

وفي اطار القانون الامريكي فقد تضمن تطبيقًا مهمًا يساعد على تدعيم سرعة التداول بالنسبة للسند القابل للتداول فقد افترضت المادة (3-202/1) من قانون التجارة الامريكي الموحد صحة التظهير حتى لو كان صادرًا من شخص لا يمتلك الاهلية القانونية لإصداره ، إذ نصت (يعتبر التظهير فعالًا حتى لو صدر من قبل شخص لم يتم السن القانونية أو شركة تجارية لا تملك صلاحية قانونية أو قدرة اقتصادية أو شخص معتل الاهلية أو من خلال التزوير أو الغش أو الخطأ أو من خلال نقص الاهلية الخاصة بمعاملة الصكوك) [٤] ، و بالتأكيد فإن الغاية من اقرار هكذا حكم تتمثل بضمان سرعة التداول بالنسبة للسند و حماية المظهر اليه حسن النية الذي قد يخفى عليه نقص اهلية المظهر .

أما فيما يتعلق بالقانون المصري نجد ان المادة (١/٣٩١) من قانون التجارة المصري النافذ قد افترضت الصفة الاذنية في الحوالة (الكمبيالة) في حالة عدم ذكرها ، وقد جاء في المذكرة الايضاحية لقانون التجارة المصري "تعتبر الكمبيالة قابلة للتظهير ولو لم يرد فيها شرط الامر من

1- L.511-8 "Toute lettre de change, même non expressément tirée à ordre, est transmissible par la voie de l'endossement. Lorsque le tireur a inséré dans la lettre de change les mots " non à ordre " ou une expression équivalente, le titre n'est transmissible que dans la forme et avec les effets d'une cession ordinaire"

2 - Article L131-16

"Le chèque stipulé payable au profit d'une personne dénommée avec ou sans clause expresse " à ordre " est transmissible par la voie de l'endossement"

٣ - ج- ريبير و ر-روبلو ، مصدر سابق ، ص٢٦٣.

4 - Sec.(3-202). (1) " Negotiation is effective even if obtained (*i*) from an infant, a corporation exceeding its powers, or a person without capacity, (*ii*) by fraud, duress, or mistake, or (*iii*) in breach of duty or as part of an illegal transaction"

قبل الساحب و لا يتعطل هذا الامر الا إذا ورد شرط صريح من قبل الساحب على انها ليست لأمر"[١].

أما بالنسبة لقانون التجارة العراقي فنجد ان المادة (٥١/اولاً) من قانون التجارة العراقي قد افترضت الصفة الاذنية بالنسبة للحوالة في حالة عدم ذكرها ؛ و بالتاكيد فإن هذا الافتراض له اثر كبير على قطع اي نزاع بشأن سلطة الحامل القانوني في تظهير الورقة الصرفة و من ثم يسهم في تعزيز سرعة التداول[٢] ، و بموجب المعطى المتقدم لا مناص من القول ان تعزيز سرعة التداول تمثل غاية مهمة للإفتراض الصرفي ، والسؤال الذي يطرح نفسه بهذا الصدد ، هل ان تعزيز سرعة التداول يعد هدف الافتراض الصرفي الاوحد ، أو بمعنى اخر هل تكفي فكرة تعزيز سرعة التداول كغاية متفردة للإفتراض الصرفي ؟ .

في حقيقة الامر ان للإفتراض الصرفي تطبيقات كثيرة و من بينها ما يسعى لتعزيز سرعة التداول كالتطبيقات التي سبق بيانها و هناك من التطبيقات ما يبتغي غايات اخرى و ان كانت تسهم ولو بشكل غير مباشر في تعزيز سرعة التداول ، لكن لا يمكن القول بإي حال من الاحوال ان فكرة تعزيز سرعة التداول تمثل الغاية الوحيدة للافتراض الصرفي ، فسرعة التداول تعد غاية فنية مهمة للإفتراض الصرفي ، لكن هذا الاخير قد يرنو إلى تحقيق غايات فنية اخرى ربما تتغلب على غاية تعزيز سرعة التداول ، ولا غرابة في ذلك ، فمن المنطقي عند دراسة غاية القانون بشكل عام ان تتعدد الغايات الفنية و غالبًا لا يكون هناك تعارضًا بين الغايات الفنية أو القريبة المدى بل قد يكون دورها تكامليًا ، الا ان ذلك لا يمنع ان تكون هناك غايات متعارضة بحيث لا يكون امام المشرع الا ترجيح احداها وغالبًا ما يكون ذلك بين غايات فنية من الدرجة نفسها و ليس بين غايات فنية و اخرى مثالية[٣].

---

١ - المذكرة الايضاحية لقانون التجارة المصري ، المصدر السابق ، ص٣٥٤.

٢ - تجدر الاشارة الى ان هناك بعض القرائن الصرفية و الافتراضات القانونية (بالمعنى الخاص) التي تسهم في تعزيز سرعة التداول مثل افتراض عدم وجود الشرط في التظهير الشرطي و الذي يعد من تطبيقات الافتراض القانوني بالمعنى الخاص كما تقدم بيان ذلك ، انظر المادة (٥٢/اولاً) من قانون التجارة العراقي ، و من تطبيقات القرائن الصرفية افتراض ان التظهير الخالي من التأريخ قد حصل قبل انقضاء الميعاد المحدد لعمل الاحتجاج، انظر المادة (٦٠/ثانياً) من القانون نفسه.

٣ - د. احمد ابراهيم حسن ، مصدر سابق ، ص٣٧.

الفرع الثاني

الاقتصاد في البطلان و تقوية الائتمان كغاية فنية للأفتراض الصرفي

غالبًا ما تقترن السرعة بالائتمان في البيئة التجارية ، لذلك تتردد كثيرًا مقولة ان التجارة قائمة على السرعة و الائتمان ، الا اننا اثرنا بحث تعزيز الائتمان مع الاقتصاد في البطلان لأننا وجدنا ان كثيرًا من تطبيقات الافتراض الصرفي التي تحد من حالات البطلان تسهم في الوقت عينه وبشكل مباشر في تقوية الائتمان الخاص بالورقة الصرفية ، فتقوية الائتمان و الاقتصاد في البطلان غايتان منفصلتان ، لكن تكمل احداهما الاخرى وفقًا للدور التكاملي لغايات القانون ، و للإحاطة بهما سنبين أولًا مفهوم الاقتصاد في البطلان و تقوية الائتمان ، ومن ثم نبين ثانيًا تقييم الاقتصاد في البطلان و تقوية الائتمان كغاية فنية للأفتراض الصرفي .

اولاً :- مفهوم الاقتصاد في البطلان و تقوية الائتمان

ان الاحاطة بمضمون الفكرتين المتقدمتين يتطلب منا ان نبين أولًا مفهوم الاقتصاد في البطلان في فقرة و من ثم نوضح بعد ذلك مفهوم تقوية الائتمان في اخرى .

١- مفهوم الاقتصاد في البطلان

سعى المشرع و بشكل حثيث إلى اخراج التصرفات القانونية بشكل عام بمظهر يتسم بالصحة و المشروعية ؛ و في سبيل ذلك وضع العديد من المتطلبات التي يفترض في التصرف القانوني ان يحرزها و بخلاف ذلك يبطل التصرف القانوني ، و بالنظر لما يرتبه البطلان من آثار خطرة بوصفه جزاءً قاسيًا ينبغي الحد منه قدر الامكان ؛ لذلك يلجأ المشرع إلى خلق العديد من الوسائل التي يمكن من خلالها الحد من حالات البطلان ؛ كالتصحيح اللاحق للعقد أو انتقاص العقد أو تحول العقد [١] ، فكل الوسائل المتقدمة تسهم في الاقتصاد[٢] في البطلان و تجنب الوقوع به ؛ ففي حالة انتقاص العقد يتم

---

١ - عبد المهدي كاظم ناصر ، الاقتصاد في فسخ العقد ،اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٧، ص١٨.

٢ - الاقتصاد في اللغة اصله الفعل الثلاثي قصد ، و القصد في الشيء ضد الافراط فيه وهو مرحلة وسط بين الاسراف و التقتير ، و قصد في الامر لم يتجاوز فيه الحد و رضي بالتوسط ، يقال ان فلان مقتصد في المعيشة و النفقة ، ينظر السيد محمد المرتضى الزبيدي ، تاج العروس في جواهر القاموس ، المجلد الخامس ، باب القاف فصل الصاد ، المصدر السابق ، ص١٩٥،(اي انه يشمل معنى الحد من الافراط و نحن نستخدمه ضمن هذا المورد قاصدين منه الحد من حالات البطلان و تقليلها).

اسقاط الجزء المعيب بدلاً من ابطال العقد برمته ، فالانتقاص وسيلة لتصحيح العقد و انقاذه من البطلان[١].

و يقترب مصطلح الاقتصاد في البطلان في معناه من مفهوم اخر هو تصحيح التصرف القانوني الذي يعرفه البعض في اطار العقود بأنه (تصحيح العقد بإدخال عنصر جديد عليه يؤدي قانونًا إلى جعله صحيحًا) [٢] ، و عرفه اخرون بإنه (زوال البطلان أو التهديد به بوسائل تستند إلى ارادة المشرع يترتب عليها الابقاء على العقد صحيحًا بإثر رجعي) [٣] .

و لعل من أهم وسائل تصحيح التصرف القانوني كما تقدم ما يسمى بإنتقاص العقد حيث يكون التصرف القانوني باطلًا في شق منه فقط وليس بإكمله ، و كان التصرف قابلًا للانقسام فلا يتحول التصرف بل ينتقص فيزال الشق الباطل و يبقى العقد فيما تبقى صحيحًا [٤] ، فإنتقاص العقد يمثل نظامًا قانونيًا ينهض عند بطلان العقد جزئيًا من خلال استبعاد الجزء المعيب من العقد و الاحتفاظ بالجزء المتبقي فهو وسيلة لتقييد نطاق البطلان [٥] ، كما في حالة انتقاص الشرط من التظهير الشرطي ، فيزول الشرط و يبقى التظهير صحيحًا.

وهذه الطريقة لا يستخدمها الافتراض الصرفي وهو يحاول الحد من حلات البطلان لأنه لا ينطوي على حذف جزء باطل من الورقة الصرفية و الابقاء على الجزء المتبقي صحيحاً ، لانه لو فعل ذلك سيخالف الحقيقة دائمًا بإعتباره سيفترض عدم وجود جزء هو موجود من الناحية الفعلية ، والافتراضي الصرفي كما مر بنا لا يخالف الحقيقة دائماً .

ومن وسائل الاقتصاد في البطلان ما يسمى بتحول العقد ، و تعرف هذه الوسيلة على أنها (استبدال تصرف صحيح بآخر قديم باطل) [٦] ، و عرفها آخرون بأنها (وسيلة تستهدف الابقاء على التصرف القانوني الباطل في ثوب تصرف جديد مختلف عن التصرف المقصود اصلًا فهو يرد على وصف التصرف أو تكييفه) [٧] .

---

١ - د. محمد يسري ، تحول التصرف القانوني ، مطبعة الرسالة ، القاهرة ، ١٩٥٨، ص٣٦.
٢ - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، الجزء الاول ، المصدر السابق ، ص٥٠١.
٣ - د. منصور حاتم محسن ، فكرة تصحيح العقد ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٠، ص١٧.
٤ - المصدر نفسه ، ص ٢٦.
٥ - ندى عبد الكاظم حسين ، اثار البطلان ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٧، ص٨٠.
٦ - د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، نظرية الالتزام المصادر الارادية للألتزام ، الطبعة الاولى ، جامعة الكويت ، ١٩٩٥، ص٣٣٥.
٧ - د. محمد حسين منصور ، النظرية العامة للألتزامات مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص٢٨٢.

وهذه الطريقة تقترب في بعض الاحيان من بعض ادوات الافتراض الصرفي وبالتحديد الافتراض الصرفي المفسر؛ فقد يفسر بعض التصرفات الصرفية على غير هيأتها الحقيقية ومن ثم يكون التصرف في اصله شيء و يفسره الافتراض الصرفي على هيأة اخرى ، كما في حالة التوقيع المجرد الذي يرد على وجه الورقة ، فيفسره الافتراض الصرفي على انه ورد على سبيل الضمان رغم انه قد لا يراد من واضعه ان يكون ضامنًا كما اشارت إلى ذلك المادة (٨١/ثانيًا) من قانون التجارة العراقي .

ولكن هذه الحالة و إن اقتربت من حالة تحول التصرف القانون لكنها تبقى مختلفة عنها ؛ فتحول التصرف القانوني يرد على تصرف باطل فيحوله إلى تصرف اخر صحيح ؛ في حين أن الحالة التي اشرنا اليها – افتراض التوقيع المجرد كضمان – لا ترد على تصرف باطل و تحوله إلى اخر صحيح بل ان كلاهما يكون صحيحًا .

و نجد أن الافتراض الصرفي في كثير من الاحيان وهو يحاول الحيلولة دون بطلان التصرف الصرفي ينطوي على اضافة عنصر جديد إلى التصرف ، بحيث لا ينتقص منه و لا يحوله إلى تصرف اخر بل تؤدي هذه الاضافة المفترضة إلى زوال البطلان الذي يعتري التصرف الصرفي.

ومثل هذه الوسيلة موجودة ايضًا في القواعد العامة في القانون المدني ؛ فنجد مثلًا ان المادة (١/١٠٧٧) من القانون المدني العراقي تصحح عقد القسمة الذي يعتريه الغبن و ذلك من خلال اكمال نصيب المتقاسم المغبون بدلاً من نقض القسمة [١] .

و من ثم يمكن تعريف الاقتصاد في البطلان كغاية فنية يبتغيها الافتراض الصرفي بانها (رغبة المشرع في الحد من حالات البطلان التي قد تعتري التصرف الصرفي من خلال اضافة عنصر مفترض للتصرف الصرفي يحول دون بطلان) .

---

١ - نصت المادة (١/١٠٧٧) من القانون المدني العراقي " يجوز طلب نقض القسمة الحاصلة بالتراضي ؛ إذا اثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن فاحش، ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة اشهر من انتهاء القسمة، وللمدعي عليه ان يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا اكمل نقداً او عيناً، ما نقص من حصته" يقابلها المادة (٨٤٥/ ٢) من القانون المدني المصري .

٢- مفهوم تقوية الائتمان

من اهم الغايات الي يسعى قانون التجارة بشكل عام إلى تحقيقها ؛ تدعيم الائتمان و تيسير الحصول عليه ، فالتجارة انما تقوم على الائتمان و الثقة بين من يزاولون العمل التجاري[١] ، فالتاجر يشتري و يبيع البضائع بإجل في اغلب الاحوال فلا يكون دفع الثمن حالًا ، و إذا لم يتيسر له الحصول على اجل من البائع يلجأ التاجر إلى احد البنوك و يقترض منه ما يحتاجه من اموال ، أو يحرر ورقة تجارية و يستفاد من الوظيفة الائتمانية لها التي تشبه تلك التي تؤديها المصارف لعملائها[٢] ، لذلك عرف الائتمان على انه التخلي عن قدر من النقود أو قيمة مالية إلى شخص معين مع التعهد من قبل الاخير بردها في المستقبل و تحمل الدائن قدرًا من مخاطر السداد [٣] فالتاجر لا يستغني عن الائتمان بإي حال من الاحوال ، دائنًا كان أو مدينًا فهو مضطر في اغلب الاحيان إلى شراء بضاعة نسيئة فيلجأ إلى طلب اجل من البائع لتسديد اثمانها ، وهو مضطر من ناحية اخرى في سبيل تصريف بضائعه إلى ان يمنح اجلاً لمدينه ، فالائتمان يمثل و بحق قوام التجارة [٤] ، فالسمة الغالبة بين التجار في المعاملات التجارية بشكل عام ان يكون الثمن مؤجلاً[٥] ، لذلك تسعى الانظمة القانونية التجارية إلى تدعيم الائتمان عن طريق زيادة ضمانات الدائن لأن وجود هذه الضمانات تحمله إلى ائتمان الاخرين [٦] ولكي يتحقق ذلك لابد من وجود ثقة بين المتعاملين فالثقة تمثل الأساسي الذي تقوم عليه الأعمال التجارية بوجه عام.

---

١ - د. عزيز العكيلي ، مصدر سابق ، ص٢٧، و انظر في المعنى نفسه ، د. عادل احمد حشيش، النقود و البنوك والائتمان ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٢، ص١٥، وانظر ايضًا د. عبد الفضيل محمد ، نظرية الاعمال التجارية و التجار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣، ص٢٣، وانظر كذلك د. رزق الله انطاكي ، موسوعة الحقوق التجارية، المصارف والاعمال المصرفية ، الجزء الثالث، مطبعة جامعة دمشق ،١٩٦١،ص٣٤٢، و يعبر احد الشراح عن اهمية الثقة بالتجارة بالقول (وتعتبر الثقة الركن الهام جداً في المبادلة الآجلة، وهي الرصيد الأساسي الذي يعتمد عليه المتعاملون في المعاملات التجارية الائتمانية) انظر للمزيد من التفصيل : د. الوزير فرج الوزير، عناصر الائتمان المصرفي، مجموعة محاضرات ، معهد الدراسات المصرفية، القاهرة، ١٩٦٢، ص٢.

٢ - د. طالب حسن موسى ، الاوراق التجارية و العمليات المصرفية ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، ٢٠١١، ص٢٦، وانظر في المعنى نفسه د. نبيل ابراهيم سعد ، نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون سنة طبع، ص٤٥.

٣ - فاروق ابراهيم الجاسم ، مصدر سابق ، ص٣٠، و انظر في المعنى نفسه ، د. محمد حسني عباس ، الاوراق التجارية ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، ١٩٧٦، ص٣٩.

٤ - احمد ابراهيم البسام ، المصدر السابق ، ص٤، وانظر قريب من هذا المعنى : د. حسين عبد اللطيف حمدان، التامينات العينية، دراسة تحليلية مقارنة لاحكام الرهن والتامينات والامتياز، الطبعة الثانية، دار الجامعة، الاسكندرية، ١٩٨٥، ص١٩.

٥ - د. إبراهيم دسوقي أبو الليل ، البيع بالتقسيط ، البيوع الائتمانية الأخرى ، الطبعة الاولى ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، ١٩٨٤، ص١٥.

٦ - د. علي جمال الدين عوض ، الاعتمادات المصرفية وضماناتها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٩٤، ص١١٨، وانظر في المعنى نفسه : د. عزيز العكيلي المصدر السابق ، ص ٢٦، وانظر ايضًا د. بكر عبدالله أبو زيد، بطاقة الائتمان حقيقتها البنكية التجارية، وأحكامها الشرعية، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٦، ص١٢ .

و ينسحب مفهوم الائتمان إلى فكرتين جوهريتين هما الثقة[١] ، و الاجل ، بحيث لا يمكن ان يوجد الائتمان إذا تخلفت احداهما أو كلاهما ؛ فلا يمكن الحديث عن عنصر الثقة في المعاملات التجارية دون ان تقترن بإجل معين ، كذلك لا يمكن الحديث عن عنصر الاجل دون ان تكون هناك ثقة بين متعاطي العمل التجاري ضمن البيئة التجارية [٢] ، و يجب ان لا ينصرف إلى الاذهان ان طلب التاجر للأئتمان يعني ضعف مركزه المالي ؛ فالحاجة إلى الائتمان امر طبيعي في نطاق المعاملات التجارية ، فممارسة التجارة لا تحتاج إلى سيولة بقدر ما تحتاج إلى ثقة[٣]، وغالبًا ما يعتمد منح الائتمان على توفر بعض المقومات و المعايير[٤] ، و للأهمية الكبيرة التي يؤديها الائتمان يسعى المشرع إلى تدعيمه و تقويته من خلال اساليب متعددة ،و بعض هذه الوسائل بناها المشرع على الافتراض ؛ كافتراض التضامن وافتراض المقابل وافتراض استحالة وقوع التاجر فريسة للاستغلال[٥] ، و لعل التعامل الصرفي يعد من اكثر الموارد التي حاول المشرع ان يدعم فيها ائتمان الورقة الصرفية ؛ فجعل من هذه الاخيرة اداة ائتمان وسعى إلى تدعيمه.

---

١ - في اطار علم الاقتصاد يعبر احد الشراح عن فكرة الائتمان بالثقة المتبادلة ، بمعنى "إن كل طرف مؤتمن من قبل الطرف الآخر"، انظر للمزيد من التفصيل ، . د. محمد علي رضا آل جاسم ، القواعد الأساسية في الاقتصاد التطبيقي، مطبعة شفيق، بغداد، الطبعة الاولى ، بدون سنة طبع ، ص ١٠٩، و يعرف الائتمان من الوجهة الاقتصادية على انه (المال المدفوع بإجل) انظر في تفصيل ذلك الدكتور باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الاول، مطبعة جامعة بغداد، الطبعة الثانية، ١٩٩٢، هامش، ص٣١٠، ويعرفه البعض الآخر بأنه هو (الحصول على البضائع والخدمات مقابل إعطاء وعد بدفع قيمتها بالنقود حين الطلب بوقت محدد في المستقبل) انظر في تفصيل ذلك : د. عبد المعطي رضا رشيد، إدارة الائتمان، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، ١٩٩٠، ص٣١.

٢ - استاذنا د. باسم العقابي ، مصدر سابق ، ص٢٣.

٣ - د. احمد ابراهيم البسام ، مصدر سابق ، ص٤.

٤ - حيث يضع البعض أربعة معايير لمنح الائتمان؛ وهذه المعايير هي:- ١- الشخصية character ٢-قدرة المدين على الدفع وتسمى capacity of payment ٣- مقدرته المالية Financial capacity ٤- الضمان Collateral ، ولمزيد من التفاصيل حول معايير منح الائتمان انظر د. صالح اللوزي ، الائتمان المصرفي في الاردن ، المعهد العالي للدراسات المصرفية، عمان، ١٩٩٠ ص٦٦، ويعبر احد الشراح عن العنصر الاخير(الضمان) من خلال ما يقدمه الحاصل على الائتمان من ضمانات يطمئن من خلالها مانح الائتمان بإنه سوف يسترد ما منحه ، انظر للمزيد من التفصيل :د. عبد الجواد فرج، الضمان الشخصي في العمليات المصرفية مع الاشارة إلى ضمان المؤسسة العامة، محاضرات القيت في معهد الدراسات المصرفية ١٩٦٦، ص٢٣٤.

٥ - فمن مواطن تقوية الائتمان افتراض التضامن في الالتزام التجاري(في القوانين التي تتضمن نص خاص يفترض التضامن في الالتزام التجاري) عند تعددهم و كذلك افتراض ان أي عمل يقوم به التاجر في اطار تجارته يكون بمقابل ، فإذا لم يتم الاتفاق عليه يتم الرجوع الى العرف في تحديده وكذلك لا يحق للتاجر ان ينقض العقد عند عدم التعادل بين ما تم اخذه و ما تم اعطائه فليس له ان يدعي وقوعه في الاستغلال لافتراض ان تاجر يعد محترف ؛ فلا يتصور وقوعه فريسة للأستغلال فيفترض ان ارادة التاجر المحترف لا يمكن ان تقع في هذا العيب ، انظر في تفصيل ذلك د. محمد كمال سالم . اهمية الوقت و الائتمان في التجارة ، بين القانون الوضعي و الفقه الاسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٧، ص ٣٤-٣٥-٣٦.و انظر قريب من هذا المعنى ،د. مرتضى جمعة عاشور ، مناعة التصرف التجاري في العلاقات الثلاثية ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين ، المجلد ١٩، الاصدار الاول ، ٢٠٠٨، ص٩٤

ومن موارد هذا التدعيم اقرار القبول في الورقة الذي بموجبه يكون المسحوب عليه ملتزمًا اساسيًا في وفائها ، وكذلك منع اعطاء مهلة للمدين الصرفي للوفاء [١] ، واقر ضمانات اخرى تضمن حصول الحامل القانوني على قيمة الورقة في الوقت المحدد بحلول ميعاد الاستحقاق منها على سبيل المثال ان المظهر بتظهيره للورقة الصرفية لا تنقطع بها صلته ؛ بل يبقى ضامنًا لوفاء قيمتها[٢]، ويضاف إلى كل ما تقدم ان الحامل القانوني يستطيع خصم تلك الورقة لدى مصرف ؛ فيحصل على مبلغها فورًا ،حيث ان الحامل لا يجد صعوبة في ذلك خصوصًا مع كون المسحوب عليه ممن يتمتعون بملائة قوية [٣]

وفي كثير من الأحيان كان الافتراض الصرفي اداة المشرع لبلوغ تدعيم الائتمان الذي تمنحه الورقة الصرفية ، فهل كان تدعيم الائتمان يمثل الغاية الفنية الفذة للافتراض الصرفي ؟ هذا ما سنجيب عليه في الفقرة الآتية.

ثانياً :- تقييم الاقتصاد في البطلان و تقوية الائتمان كغاية فنية للأفتراض الصرفي

تقدم القول ان كثيرًا من تطبيقات الافتراض الصرفي تقتصد في بطلان التصرفات الصرفية وتؤدي في الوقت نفسه إلى تقوية الائتمان الذي تمنحه الورقة الصرفية ، فعلى سبيل المثال ان كل تطبيقات الافتراض الصرفي المكمل تؤدي إلى تقليل حالات البطلان وتقوية الائتمان معًا .

فنجد ان الافتراض الخاص بالوفاء بالتدخل في حالة عدم ورود هذا البيان بشكل مكتمل بحيث لا يذكر فيه اسم من حصل الوفاء بالتدخل لمصلحته ، فإن المشرع بدلاً من ان يبطل هذا البيان الذي يعتريه نقص في شكليته يفترض ان هذا التدخل قد حصل لمصلحة الساحب ، فيؤدي ذلك إلى الاقتصاد في البطلان ، وفي الوقت نفسه يترتب على افتراض ان هذا التدخل قد حصل لمصلحة الساحب تقوية ائتمان الورقة ؛ لأن الساحب يضمن جميع الموقعين على الورقة ومن ثم سيشمل التدخل اكبر عدد من الضامنين .

---

١ - د. الياس حداد ، الاوراق التجارية في النظام التجاري السعودي ، دار البحوث ، المملكة العربية السعودية ، ١٣٨٠ هجرية ، ص٢٧.

٢- د. عبد الرزاق عبد الوهاب ، التظهير واثاره في قانون التجارة الجديد ، دراسة مقارنة ، مطبعة الشعب ، بغداد ، ١٩٨٩، ص٨٤، وانظر في المعنى نفسه د. فريد شرقي ، اصول القانون التجاري المصري ، القاهرة، بدون سنة طبع ، ص٢٨٢.

٣ - د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص٦٣٦

والامر نفسه ينطبق على القبول بالتدخل ؛ ففي حالة عدم تحديد من حصل القبول بالتدخل لمصلحته ، فبدلاً من ابطال هذا التصرف غير المكتمل ، ينهض الافتراض الصرفي لكي يفترض ان القبول بالتدخل قد حصل لمصلحة الساحب ، وهنا ايضًا نجد ان المشرع حال دون ابطال التصرف ومن خلال تكملته ، و ادت هذه التكملة إلى تقوية الائتمان الممنوح بموجب الورقة كونه قد حصل للساحب ولنفس العلة التي ذكرناها في التطبيق السابق ، وبالتأكيد كان الافتراض الصرفي هو اداة المشرع لبلوغ كل ذلك .

وبشكل عام فإن كل تطبيقات الافتراض الصرفي المكمل تؤدي إلى الاقتصاد في البطلان وتقوية الائتمان معًا ، لكن ينبغي ان لا يفهم من ذلك ان كل تطبيقات الافتراض الصرفي بشكل عام - غير الافتراض الصرفي المكمل – التي تؤدي إلى الاقتصاد في البطلان تقوي الائتمان ايضًا .

فمثلاً أن بعض تطبيقات الافتراض الصرفي المنظم كأفتراض ميعاد الاستحقاق في حالة عدم ذكره وافتراض مكان الاداء ومكان الانشاء في حالة خلو الورقة الصرفية منهما ؛ فعندما يفترض المشرع هذا البيانات فإن ذلك سيحول دون ابطال الورقة الصرفية من خلال تنظيم البيانات التي لم تنظم فيؤدي ذلك إلى الاقتصاد في البطلان ، ولا توجد هنالك مدخلية مباشرة بين هذه الافتراضات وتقوية الائتمان .

وفي المقابل نجد أن هناك من تطبيقات الافتراض الصرفي التي تقوي الائتمان ولا تؤدي إلى الاقتصاد في البطلان ، كافتراض التضامن بين الموقعين على الورقة الصرفية فهذا الافتراض من اكثر التطبيقات التي تقوي الائتمان الممنوح بموجب الورقة لكنه لا يسهم بشكل مباشر في الاقتصاد في البطلان .

لكن و كما اسلفنا ان الكثير من الافتراضات تؤدي إلى الغايتين معًا ، فهل كانت هاتين الغايتين تمثلان الغاية الفنية للافتراض الصرفي ؟ .

اننا نعتقد ان تقوية الائتمان احدى اهم غايات المشرع الصرفي و قد ساهم الافتراض الصرفي في بلوغ هذه الغاية من خلال الكثير من التطبيقات التي مر ذكرها والتي تدعم ائتمان الورقة ، لكن توجد تطبيقات للافتراض الصرفي لا تسهم وبشكل مباشر في تقوية الائتمان مثل الأفتراضات الخاصة بالبيانات الناقصة مثلاً .

ويدفعنا هذا الامر إلى القول ان تقوية الائتمان وأن كانت غاية فذة للافتراض الصرفي الا انها لا تمثل الغاية الوحيدة له .

وكذلك الامر بالنسبة للاقتصاد في البطلان فهذه الفكرة تشكل غاية فنية مهمة ايضًا سعى المشرع لبلوغها من خلال العديد من الافتراضات التي تنظم أو تكمل أو تفسر بعض التصرفات الصرفية التي قد تأتي وفق الشكلية التي فرضها القانون و بذلك تحول دون ابطالها .

لكن يجب الاقرار ايضاً أن هناك من تطبيقات الافتراض الصرفي ما لا يكون لها مدخلية مباشرة في الاقتصاد في البطلان كأفتراض التضامن بين الموقعين على الورقة مثلاً .

ومن كل ما تقدم يبدو جليًا أن لا مناص من الاقرار بتعدد الغايات الفنية للافتراض الصرفي ؛ فمن المنطقي عند دراسة غاية القانون بشكل عام القول بتعدد هذه الغايات و نلاحظ عدم وجود تعارض بين الغايات الفنية للافتراض الصرفي بل إن دورها وبحق دورٌ تكامليٌ ؛ فعندما يفترض المشرع الصرفي امرًا معينًا فيؤدي إلى الاقتصاد في البطلان فمن المؤكد ان ذلك يسهم في تعزيز سرعة تداول الورقة الصرفية ، وسرعة تداول الورقة الصرفية تستتبع تكرار التداول ، وتكرار التداول سيضيف المزيد من الضامنين لان المظهر بتظهيره سيتحول من دائن إلى ضامن ، ومن ثم سيؤدي ذلك إلى تقوية الائتمان بالورقة الصرفية .

وإذا ما اردنا ان نضع تسلسلاً تراتبيًا لهذه الغايات الفنية من خلال الاعتماد على عدد التطبيقات التي تؤدي إلى كل غاية ، نجد ان غاية الاقتصاد في البطلان تستوعب اكبر قدر من تطبيقات الافتراض الصرفي فكل تطبيقات الافتراض الصرفي المنظم تسهم في الحد من حالات البطلان وكذلك الامر بالنسبة لتطبيقات الافتراض الصرفي المكمل فهي تكمل التصرف الناقص ومن ثم تسهم في الحيلولة دون ابطاله ، وحتى تطبيقات الافتراض الصرفي المفسر سنلاحظ عند استعراض التطبيقات في الفصل الاخير من هذه الاطروحة ان افتراض تفسير للتصرف المبهم يسهم في الحيلولة دون ابطاله ، و بعدها تأتي غاية تقوية الائتمان بوصفها غاية فنية للافتراض الصرفي على اعتبار ان تطبيقات الافتراض الصرفي المكمل و المفسر تسهم في تقوية الائتمان ، و من ثم غاية تعزيز سرعة التداول .

المطلب الثاني

الغاية العملية المثالية للافتراض الصرفي

لا يكفي ان نقول ان غاية الافتراض الصرفي تتمثل بتعزيز سرعة التداول أو تقوية الائتمان أو الاقتصاد في البطلان ، فثمة سؤال يمكن ان يثار بهذا الصدد ، فما الذي يدفع المشرع إلى ان يقتصد في البطلان و يقوي الائتمان و يعزز سرعة التداول من خلال الافتراض الصرفي؟ ، ولو تمعنا في الفرضيات التي قد تمثل اجابة للسؤال المتقدم ؛ لإنقدح في الاذهان مقدمة لهذه الفرضيات مفادها ان هناك غايات عملية بعيدة المدى يمكن ان تشكل غايات مثالية للافتراض الصرفي ، ولعل ابرز فكرتين يمكن ان نطرحهما كغاية مثالية له ، هما فكرة الارادة المفترضة لأشخاص الورقة الصرفية و فكرة استقرار المعاملات ؛ وكأن المشرع عندما يفترض فينظم أو يكمل أو يفسر التصرف الصرفي فإنه يحاول التعويل على الارادة المفترضة لأشخاص الورقة ؛ فهم من أوجدوا الالتزام الصرفي بإرادتهم وهذه الارادة هي القيمة العليا التي يجب على المشرع اقتفائها ، أو من الممكن انه وضع هذه الافتراضات لكي يحافظ على استقرار المعاملات ، و للإحاطة بهاتين الغايتين سنقسم هذا المطلب على فرعين ، سنتناول في الفرع الاول التعويل على الارادة المفترضة كغاية مثالية للافتراض الصرفي ، ومن ثم سنبين في الفرع الثاني استقرار المعاملات كغاية مثالية للافتراض الصرفي .

الفرع الاول

التعويل على الارادة المفترضة كغاية مثالية للافتراض الصرفي

تشكل الارادة قيمة عليا في التصرفات الارادية لذلك نجد أن المشرع في مواطن عدة اشترط الشكلية لكي يرسم طريقًا تمر من خلاله هذه الارادة و تنشئ الالتزام ، فتكون الارادة المعبر عنها ارادة ظاهرية ، ولعل المشرع عندما وضع الافتراضات الصرفية كان يحاول اقتفاء الارادة المفترضة لأشخاص الورقة لكي يتمم بها ارادتهم الظاهرية ، و للإحاطة بهذه الفكرة سنبين أولاً المقصود بالإرادة المفترضة لأشخاص الورقة الصرفية ، ومن ثم سنبين ثانيًا تقييم الارادة المفترضة كغاية مثالية للأفتراض الصرفي .

اولاً :- مفهوم الارادة المفترضة لأشخاص الورقة الصرفية

يسهم الافتراض الصرفي في بناء الورقة الصرفية من خلال سد الفراغ الذي تتركه ارادة الاشخاص المحررين لها ؛ لذلك فإن الورقة بموجب المعطى المتقدم تتكون من ارادة مكتوبة و اخرى مفترضة ؛ فالمشرع في كثير من الاحيان يضع احكامًا تكميليةً تكمل ارادة الاشخاص المكونين

للتصرف ؛ فقد يغفل الاشخاص عن بعض المسائل ؛ فتكمل هذه المسائل من خلال افتراض الارادة لأشخاص التصرف [١] .

ويتم التوصل إلى هذه الارادة أما بواسطة المشرع أو القاضي [٢] ، فلكي يصل القاضي مثلاً إلى الارادة المفترضة للأطراف يجب ان يضع نفسه في مقام المتعاقدين بحيث يحل محلهم فيرجع إلى وقت ابرام التصرف ، ويضع نفسه في ظرفهم و من ثم يتوقع الحل الذي يعتقد انهم سيأخذون به ، وبعد ذلك يفترض ان هذا هو الحل الذي اتجهت اليه ارادة الاشخاص المكونين للتصرف [٣] .

و هذه الاحكام التكميلية أيًا كان مصدرها - المشرع أو القاضي - تضاف إلى التعبير عن الارادة لإستكمال ما كان يجب على الاشخاص المكونين للتصرف ان ينطقوا به ؛ فقد يغفل البعض عن تنظيم بعض المسائل التفصيلية لأنها لم ترد في اذهانهم على اعتبار ان تنظيم اي عقد و الاحاطة بتفاصيله يتطلب درجة معينة من المعرفة القانونية قد لا تتوفر عند بعض الاشخاص ، و بشكل عام فإن ارادة الاشخاص المكونين للتصرف يجب ان تهيمن على تنظيم كافة المسائل سواء كانت متعلقة بإنشائهِ أو ترتيب اثارهِ ، و لا يمكن لإرادة خارجة عن ارادة الاشخاص ان تنظم اي جانب من جوانبهِ ، ومن هنا فإن تكملة التصرف الناقص يجب ان تبقى في اطار الارادة المكونة له [٤].

لذلك يجب ان تبنى الافتراضات لكي تتوافق مع هذه الارادة ؛ فهذه الارادة هي الاساس في تكوين التصرف ، لذلك يرى البعض ان تكميل التصرف الناقص ما هو الا عملية تفسير لهذا التصرف ؛ فهذه الارادة هي الاساس في تكوينهِ و ترتيب اثاره ، و إذا شاب التصرف نقص فيجب ان يكمل من خلال الكشف عن الارادة المفترضة لأشخاصه سواء كانت هذه الارادة هي الارادة الحقيقة ام المفترضة ، فالنصوص المكملة تعبر عن الارادة المفترضة لأشخاص التصرف ، و ان القاضي عند تفسيره للتصرف يبدأ أولاً بالارادة الصريحة للأشخاص ثم يبحث عن ارادتهم الضمنية بعد ذلك ، فإن لم يجد حلاً للمسألة يلجأ إلى ارادتهم المفترضة ويطلق على هذا الاتجاه (النظرية الذاتية) في تكملة التصرف [١].

---

١ - خالد عبد حسين الحديثي ،تكميل العقد دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ،منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٢، ص٤٢.
٢ - د. عبد الحي حجازي ، الموجز في النظرية العامة للألتزام ، الجزء الاول ، مطبعة جامعة الكويت كلية الحقوق ، ١٩٨٢، ص٤٣٥.
٣ - استاذنا د. عباس زبون العبودي ، كاظم حمادي يوسف ، النظرية العامة للأرادة الضمنية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، تصدر عن كلية القانون جامعة بغداد ، العدد الخامس، عدد خاص ببحوث التدريسين و الطلبة ، ٢٠١٩، ص٣٥.
٤ - د. وليم سليمان قلادة ، التعبير عن الارادة ، الطبعة الاولى ، المطبعة الحديثة ، القاهرة ، ١٩٥٥، ص٣٤٨.
١ - د. شفيق شحاتة ، النظرية العامة للألتزامات في الشريعة الاسلامية ، مطبعة الاعتماد ، مصر، ١٩٥٠ ، ص١٠٧

ففي بعض الاحيان يكون التعبير عن الارادة بطريقة صريحة مكتوبة و اخرى مفترضة تستنتج من سكوتهم عن تنظيم بعض المسائل ؛ بحيث لا يمكن تفسير هذا السكوت الا بكونه قبول بأن تتولى الاحكام التكميلية ردم الفراغ المسكوت عنه ، و هذه الاحكام بطبيعتها تعبير عن ارادة الاشخاص الذين كونوا التصرف ؛ على اعتبار ان هناك ارادة ظاهرة يعتد بها و ارادة مفترضة محلها الاخذ بالنصوص المكملة التي نص عليها القانون و طريق التعبير عن هذه الارادة هو سكوت الطرفين عن النص على ما يخالفها [١] .

و يميز البعض بين الارادة المفترضة و الارادة الضمنية ؛ فيرى ان الارادة المفترضة من صنع القاضي بموجب سلطته التقديرية ؛ فالقاضي هو من يقوم بإفتراضها من خلال انشاء الحل المفترض الذي يتوقعه من ظروف التعاقد ، أما الارادة الضمنية فيتم الافصاح عنها ضمنيًا من قبل اصحابها بوسيلة غير مباشرة لم يألفها الناس في تعاملاتهم [٢] .

و يؤخذ على هذا التمييز ان الارادة المفترضة قد تكون من إنشاء المشرع و ليس القاضي فقط[٣] ، ففي كثير من الاحيان يبني المشرع افتراضاته على ما يعتقد انه يمثل الارادة المفترضة للأشخاص بموجب نموذج مجرد آخذًا بالحسبان الغالب الشائع من الامور ، لذلك نرى ان جوهر التمييز يكمن في ان الارادة المفترضة تمثل الارادة بعيدة المدى فإلاشخاص قد يعبرون عن ارادتهم بطريقة صريحة فإن لم يعبروا بهذه الطريقة فبإمكانهم ان يختاروا طريق التعبير الضمني من خلال اتخاذ موقف معين يفهم منه انهم عبروا عن ارادتهم بصورة ضمنية ، فإن تعذر ذلك يضع المشرع نفسه أو القاضي في ظروف التعاقد و يحاول الوصول إلى الارادة المفترضة للأشخاص [٤] ، بالإضافة إلى أن وجود الارادة الضمنية سابق على المسألة بينما وجود الارادة المفترضة لاحق عليها [٥] ، ونعتقد ان لا مجال للكلام عن الارادة الضمنية في اطار التصرفات الصرفية كونها محكومة بالشكلية ؛ فلا مجال للتعبير الضمني بل إننا في اطار التعامل الصرفي لا نكون الا امام ارادة صريحة و ارادة مفترضة.

و لكي نوضح فكرة الارادة المفترضة كغاية مثالية للأفتراض الصرفي نضرب المثال الآتي:-

---

١ - د. حلمي بهجت بدوي ، اصول الالتزامات نظرية العقد ، مطبعة نوري ، القاهرة ، ١٩٤٣، ص٢٨٠.
٢ - استاذنا د. عباس العبودي و كاظم حمادي يوسف ، مصدر سابق ، ص ٣٥-٣٦.
٣ - د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٤٣٥.
٤ - يجب ان ننوه الى اننا لا نبحث في وجود ارادة ضمنية لأشخاص الورقة الصرفة ام لا ؛ بل ما نبحث عنه هو مدى تعويل المشرع على الارادة المفترضة للأشخاص من عدمه .
٥ - مروان حسين عطية ، الارادة الضمنية للسلطة التأسيسية الاصلية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠٢٠، ص٣١.

لو افترضنا ان شخص قام بإنشاء حوالة تجارية ، فأكمل البيانات الالزامية باستثناء مكان الانشاء ، فالحوالة التجارية في الفرض المتقدم يتم انشائها من خلال ارادة صريحة تمثل البيانات المكتوبة و ارادة مفترضة تمثل ارادة الاشخاص أنفسهم ؛ فالمشرع عندما يفترض ان العنوان المكتوب بجوار اسم الساحب هو المكان الذي تم انشاء الحوالة التجارية فيه ، فإنه يضع نفسه موضع الساحب و في نفس ظروف انشاء الحوالة و من ثم فإنه يفترض ان ارادة الساحب اتجهت إلى جعل موطنه يمثل مكانًا لأنشاء الحوالة ، كون طبيعة الاشياء ترجح هذه الفرضية فيعول المشرع على هذه الارادة و يبني افتراضه عليها ، فإلاصل ان اشخاص الورقة الصرفية هم من يتولى عملية تنظيمها ، و بشكل عام فإن اطراف اي تصرف ارادي هم من يتولون عملية تنظيمه ، فالارادة هي التي كونت هذا التصرف ، و يستتبع ذلك ان يكون تكميل هذا التصرف أو تعديله أو نقضه - كل ذلك - يجب ان يكون في ضوء هذه الارادة ، فأن عجز اطراف العلاقة عن اكمال التصرف و لجأوا إلى القضاء فأن القضاء يتولى اكمال التصرف في ضوء الارادة المفترضة للأطراف[١] ، فإن كان للقاضي سلطة تقديرية في اقتفاء الارادة المفترضة للأطراف فيكون القاضي هو المنشيء لهذه الارادة وان كان القاضي لا يتمتع بإي سلطة تقديرية و انما هو محكوم بأفتراضات من صنع المشرع ففي هذه الحالة يكون المشرع هو المعبر عن الارادة المفترضة للأطراف ، و يعرف اكمال العقد بإنه (وسيلة لمعالجة النقص الذي يشوب مضمون العقد ؛ ويتحقق ذلك بإضافة بعض الالتزامات إلى المضمون الاصلي لتنظيم المسائل التفصيلية التي تركها المتعاقدان لتكون النتيجة متفقة مع حسن النية وما تقتضيه الامانة في التعامل)[٢]، لذلك يتضح ان اكمال العقد يمثل فكرة تنهض عندما تكون هناك حاجة إلى ذلك بإن لا يكون التصرف مكتملاً ، فلا مجال لتكملة تصرف تم واكتمل من جانب اطرافه [٣] ، وان وجدت الحاجة يجب ان يكون التكميل في اطار الارادة المفترضة للأشخاص التصرف .

ومن كل ما تقدم يتضح ان الورقة الصرفية ان لم يتكامل بنائها الشكلي ؛ بأن لم تنظم بعض بياناتها أو لم يكتب البيان مكتملًا أو كتب بطريقة غامضة ، فإنها تُنظم و تُكمل و تُفسر بموجب الافتراض الصرفي الذي يضعه المشرع مقتفيًا من خلاله الارادة المفترضة لأشخاص الورقة الصرفية، فهل ان التعويل على الارادة المفترضة لأشخاص الورقة كان فعلًا غاية الافتراض الصرفي المثالية ؟ هذا ما سنبينه في الفقرة الآتية .

---

١ - د. عبد الفتاح حجازي ، تفسير العقد المدني، معهد البحوث و الدراسات العربية ، جامعة الدول العربية ، القاهرة، ١٩٨٨، ص١١٠ ، انظر في المعنى نفسه ، ايمان طارق الشكري ، سلطة القاضي في تفسير العقد ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٢، ص٤٨.

٢ - سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، نطاق العقد ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٥، ص٣١.

٣ - عبد المهدي كاظم ناصر ، مصدر سابق ، ص٣٠.

ثانياً :- تقييم الارادة المفترضة لأشخاص الورقة كغاية مثالية للأفتراض الصرفي

قد تبدو فكرة التعويل على الارادة المفترضة لأشخاص الورقة الصرفية مقبولة - للوهلة الاولى- كغاية مثالية للأفتراض الصرفي خصوصًا مع المقاربة التي اجريناها بين فكرة تكميل الورقة بواسطة الافتراض الصرفي و فكرة تكميل العقد وفقاً للأفكار التي تقدم ذكرها ؛ لكن في المقابل هنالك من يذهب إلى ان تكميل التصرف الناقص لا يكون من خلال التعويل على الارادة المفترضة للأشخاص المكونين له ؛ و انما يكون اكمال النقص وفقًا لمعايير موضوعية بعيدًا عن ارادة الاطراف ، و يطلق على هذا الاتجاه انصار (النظرية الموضوعية) في تكملة التصرف الناقص[١] .

فالقواعد الموضوعية المكملة للتصرف لا تعبر عن ارادة مفترضة لأشخاص التصرف الناقص و القول بعكس ذلك يمثل افتراض لا اساس له من الواقع ؛ إذ إن القواعد المكملة والاحكام التي تتضمنها تمثل تعبيرًا مباشرًا عن ارادة المشرع و لا شأن لأرادة الاشخاص المكونين للتصرف بها ؛ فهي تنهض حين لا يكون هناك تعبير مباشر صادر من المتعاقد ، و من هنا كان سبب استكمال التصرف غير المكتمل هو سد النقص الذي تضمنه تنظيم التصرف و يتم هذا الاكمال بعيدًا عن اقتفاء ارادة المتعاقدين ؛ لذلك يكون التكميل ثمرة ارادة المشرع لا الاطراف [٢] ، و في المعنى نفسه يشير جانب اخر من الفقه إلى ان اكمال التصرف الناقص يمثل عملية قانونية تستند إلى معايير موضوعية مجردة عن ارادة الاشخاص المكونين للتصرف ، فالقواعد المكملة لا تهتم فيما يحتمل ان يريده الاشخاص المكونين للتصرف لو انهم واجهوا المسائل المفترضة ، لا تسعى هذه القواعد إلى تحديد ارادتهم المفترضة ؛ و انما تسعى لتحديد ما يمكن ان يستنتج من التصرف من الناحية الموضوعية [١]، و بموجب الفكرة المتقدمة فأن استكمال الورقة الصرفية الناقصة لا يكون من خلال افتراضات يبنيها المشرع على الارادة المفترضة للأشخاص وانما تبنى على اعتبارات موضوعية مجردة عن الاشخاص .

كما ان القول بأن سكوت الاطراف بصدد المسألة المتروكة من التصرف يعد تعبيرًا عن رضا الاطراف بالإحكام المكملة فهي تعبر عن ارادتهم ، قول يرد عليه بأن السكوت يعد طريق استثنائي للتعبير عن الارادة لا يمكن الاخذ به الا في مواطن معينة ثبت على خلاف الاصل لا يجوز مد حكمها

---

١ - د. اسماعيل غانم ، النظرية العامة للألتزامات مصادر الالتزام ، مكتبة عبد الله وهب ، مصر ، ص٩٦. و من انصار هذا الاتجاه ايضاً د. وحيد الدين سوارن ، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، ١٩٦٠ ، ص٣٢٣.

٢ - عبد الفتاح حجازي ، مصدر سابق ، ص١٢٥.

١ - د. جاك غستان ، المطول في القانون المدني مفاعيل العقد و اثاره ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر ، بيروت ، ، ٢٠٠١، ص ٨٠-٨١.

لأوضاع اخرى خارج هذا الاستثناء [١] ، و حتى في اطار تعامل القواعد العامة مع السكوت على انه تعبير استثنائي فإنها - بحسب رأينا - لم تعطيه حكم القبول دائمًا ؛ فأحيانًا تعتبره قبول واحيانًا رفض وفي احيان أخرى تعده تغرير [٢] ، ولو سلمنا جدلًا ان سكوت اشخاص الورقة الصرفية يعد قبولًا بقواعد الافتراض الصرفي التكميلية فإن ذلك تعويل لأرادة الاشخاص على ارادة المشرع و ليس العكس ، لذلك فإن استكمال الورقة الصرفية من خلال الافتراض الصرفي لا يكون وفقًا لإرادة اشخاص الورقة ، و انما بموجب ارادة المشرع و لا نعتقد ان المشرع بوضعه للافتراضات كان يحاول التعويل على ارادة اشخاص الورقة ، فقانون التجارة بشكل عام لا يهتم كثيرًا بمبدأ سلطان الارادة و الذي يكون حاكمًا على المعاملات المالية في اطار القواعد العامة في القانون المدني كأصل عام ؛ فمن أولويات قانون التجارة النافذ الحد من مبدأ سلطان الارادة و تغليب العلاقة القانونية على العلاقة التعاقدية [٣] ؛ لذلك نرى ان المشرع وهو ينظم أو يكمل أو يفسر ما لم ينظم أو نقص أو غمض من مضامين الورقة مستخدمًا الافتراض الصرفي كوسيلة لبلوغ ذلك لم يكن ينوي التعويل على الارادة المفترضة لأشخاص الورقة الصرفية .

و بالاضافة إلى ما تقدم هنالك امر مهم آخر يدعونا إلى قول ذلك ؛ فلو كان المشرع يريد التعويل على ارادة اشخاص الورقة الصرفية لصاغ النصوص المقررة للأفتراضات بقالب القرينة لا بقالب القواعد الموضوعية غير القابلة للدحض ؛ لأن القرائن بحسب طبيعتها قابلة للدحض واثبات العكس - كما تقدم - فإن لم يتوافق ما تفترضه مع ارادة اشخاص الورقة لأمكن اثبات ما يتوافق مع ارادة الاشخاص ؛ و من ثَمَ يدحض الافتراض لكي يتوافق مع الارادة ، وهذا الامر غير متصور بالنسبة للنصوص المقررة للافتراض الصرفي كما مر بنا سابقًا .

فلو فرضنا ان حوالة تجارية تم تحريرها و لم يذكر فيها مكان الاداء ، فبموجب الافتراض الصرفي فأن مكان انشائها هو العنوان الموجود بجوار اسم المسحوب عليه ؛ وهذا الافتراض كما مر

---

١ - د. عبد الفتاح حجازي ، مصدر سابق ، ١٢٣-١٢٤.

٢ - فمثلاً نجد ان المادة (٨١) من القانون المدني العراقي اشارت الى حالات السكوت الملابس و هو لا يعد طريقًا للتعبير عن الارادة الا إذا لابسته ظروف يستشف منها انه يعد قبولاً ، في حين نجد ان المادة (٣٤٠)في فقرتها الثانية بخصوص حوالة الدين تعتبر السكوت رفض حين نصت "– وإذا قام المحيل او المحال عليه بإبلاغ الحوالة للمحال له وحدد له اجلاً معقولاً لقبول الحوالة ثم انقضى الاجل دون ان يصدر القبول اعتبر سكوت المحال له رفضاً للحوالة". كما ان المادة (٢/١٢١) اعتبرت عدم البيان (السكوت) صورة من صور التغرير حين نصت "٢ – ويعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الامانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المرابحة والتولية والاشراك" فرغم ان القواعد العامة تعتبر السكوت طريق استثنائي للتعبير عن الارادة لا انه لم تعامله –في اطار الاستثناء – على انه قبول دائماً ؛ لذلك لا يمكن سحب الحكم الاستثنائي الخاص الذي يجعل السكوت الملابس قبولاً على حالة سكوت اشخاص الحوالة عن تنظيم بعض البيانات و تفسير سكوتهم على انه قبول بقواعد الافتراض الصرفي .

٣ - نصت الفقرة (٣) من المادة (الاولى) من قانون التجارة النافذ في اطار بيان اساس التي يقوم عليها هذا القانون "٣- الحد من مبدأ سلطان الارادة وتغليب العلاقة القانونية على العلاقة العقدية " .

بنا مبني على الاحتمال الراجح الذي ترجحه طبيعة الاشياء ؛ الا ان هذا الاحتمال لا يصل إلى مرتبة اليقين بأي حال من الاحوال فقد لا تكون الارادة المفترضة لأشخاص الورقة تنوي ان يكون محل ادائها هو عنوان المسحوب عليه ؛ فلو اراد المشرع اقتفاء هذه الارادة لصاغ الافتراض بقالب القرينة الصرفية بحيث لو لم يتوافق ما افترضه مع ارادة الاشخاص لأمكن اثبات الفرض الاخر الذي يتوافق مع ارادة الاشخاص ومن ثم تسقط القرينة و يعول على ما يتوافق مع ارادتهم ، الا انه - المشرع - لم يفعل ذلك بل صاغ الافتراضات الصرفية بقواعد موضوعية بعيدًا عن مدى موافقتها لإرادة الاشخاص المفترضة من عدمه .

ومن كل ما تقدم يبدو جليًا ان فكرة التعويل على الارادة المفترضة لأشخاص الورقة الصرفية لم تكن غاية الافتراض الصرفي المثالية ؛ فالمشرع وهو يصوغ هذه الافتراضات لا يفكر بمدى انطباق ما افترضه على ارادة اشخاص الورقة الصرفية المفترضة ، فلربما تكون هناك غايات مثالية اخرى اهم يسعى اليها .

الفرع الثاني

استقرار المعاملات كغاية مثالية للأفتراض الصرفي

يسعى المشرع بشكل عام إلى ضمان استقرار المعاملات ولا تقتصر هذه الغاية على ميدان قانوني معين دون اخر بل هيَ غاية تعم كل القوانين الناظمة للمعاملات المالية تجارية كانت ام مدنية ؛ الا ان مفهوم استقرار المعاملات كغاية قانونية قد يختلف في اطار القواعد العامة عند استقرار المعاملات في البيئة التجارية ، الامر الذي يتطلب بيان مفهوم استقرار المعاملات كغاية مثالية للأفتراض الصرفي وهو ما سنبينه أولاً ومن ثم سنبين ثانيًا تقييم استقرار المعاملات كغاية مثالية للأفتراض الصرفي .

اولاً :- مفهوم استقرار المعاملات كغاية مثالية للأفتراض الصرفي

يعد موضوع استقرار المعاملات من الموضوعات المهمة في اطار الدراسات القانونية ، إذ ينبسط نطاق هذا الموضوع على كل فروع القانون ، وغالبًا ما تبحث فكرة استقرار المعاملات

بإعتبارها غاية مهمة من الغايات التي يسعى القانون إلى تحقيقها بل انه في كثير من الاحيان قد يقدمها على تحقيق العدالة [١] .

فكل مشرع في البلدان المختلفة يهدف عبر سنه للتشريعات إلى تحقيق عدة غايات وفي طليعة تلك الغايات تتجلى استقرار المعاملات كغاية فذة يسعى اليها المشرع فضلاً عن تحقيق العدالة والتقدم الاجتماعي [٢] .

و عُرفت فكرة استقرار المعاملات على "انها ثبات اثار الوقائع الانسانية في الاموال بنفاذها وانحلالها "[٣] ، و يؤخذ على هذا التعريف ان فكرة استقرار المعاملات اقرب إلى التصرفات القانونية من الوقائع الانسانية - وان كان الاستقرار في اثار الوقائع مطلوب ايضاً - الا ان الاستقرار المنشود في التعريف المتقدم يخص المعاملات وهو تعبير يقود في دلالته[٤] إلى معنى التصرفات كالبيع ونحوه[٥].

وكذلك ان غاية استقرار المعاملات لا تتعلق بنفاذ المعاملات و انحلالها فحسب ؛ بل هي مطلوبة حتى عند انشائها ففي كثير من الاحيان كما مر بنا يكمل المشرع التصرف الناقص فيكتمل ويستقر عند انشائه و من ثم يستقر عند نفاذه وانحلاله .

و نعتقد ان من الصعوبة بمكان اعطاء تعريف جامع و مانع لاستقرار المعاملات بوصفها غاية تنبسط على كل فروع القانون ، على اعتبار ان فكرة استقرار المعاملات في اطار القانون المدني تختلف عن فكرة استقرار المعاملات اطار القانون التجاري ، وإلى هذا المعنى يشير الفقه الالماني على اعتبار ان فكرة استقرار المعاملات من ثمار نظرية الاعلان عن الارادة وهي المانية المنشأ و قد تأثر بها الفقه الفرنسي من خلال الاعتداد بالظاهر الملموس الذي وثق به التعامل من خلال الاخذ بفكرة الاعلان وحدها اذ كان له دور في تهدئة نفوس المتعاملين عن طريق ما تولده من ثقة بأنهم لم يفاجأوا بمن يريد عكس ما بدى لهم من ذلك المظهر[١] ، الا ان هذه النظرية مخالفة للقواعد العامة الخاصة بإنتقال الحقوق و حمايتها ؛ اذ ان هذه القواعد و كما هو معلوم لا تطهر الدفوع ، فقد يتفاجأ من كان حسن النية بدفوع لم تبدُ له من الوهلة الاولى .

---

١ - د. محمد جمال عطية عيسى ، الشكلية القانونية دراسة مقارنة بين النظم الوضعية و الشريعة الاسلامية ، دار النهظة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤، ص٢٢.
٢ - علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية ، الطبعة الثالثة ، دار الفكر العربي ، الكويت ، ص٣٧.
٣ - علي حميد كاظم الشكري ، مصدر سابق ، ص٢٥.
٤ - سبق و ان بينا بأن دلالة المفردة تكون مقدمة للوصول الى المعنى فلا يوجد ترادف بين معنى المفردة و دلالتها ، للمزيد من التفصيل انظر ، السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص١٣.
٥ - د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ، ص٦٠.
١ - د. عدنان ابراهيم السرحان ، مصدر سابق ، ص١٤٤.

لذلك رأى الفقهاء الالمان ان غاية استقرار المعاملات في اطار القواعد العامة لا تناسب السرعة في انتقال الحقوق و الحماية المطلوبة لها في البيئة التجارية لذلك بدأوا يفرقون بين نوعين من الاستقرار هما (استقرار الحقوق) و (استقرار التعامل) [١] ، وهذه الفكرة و تقسيماتها تلقاها الاستاذ (ديموج) ليصوغ منها فكرته عن استقرار التعامل.

فقد قسم استقرار المعاملات على نوعين ؛ الأول اسماه (الاستقرار السكوني) و الثاني اسماه (الاستقرار الحركي) ، فإما الاستقرار السكوني - استقرار الحقوق - فمقتضاه ان لا يفقد شخص حقه بغير ارادته ؛ فبقاء الحقوق تحت سلطة اصحابها مبتغى لا يمكن للمجتمع ان يتخلى عنه ، وهذا يعني ان لا يعتد بأي تصرف بالحق يقوم به من لم يمتلك تلك السلطة في مواجهة صاحب الحق الاصلي ، فلا يعتد بإي مظهر يخالف تلك الارادة حتى ولو كان الشخص الذي تعامل مع من لم يمتلك الحق حسن النية وفي ذلك ما يحقق الامن الفردي المتمثل بحماية الحق[٢] .

الا ان الحياة الاجتماعية تحتاج لتطورها و ديمومتها في الوقت ذاته إلى النشاط والحركة اللازمين لهذا التطور و الذي يقوم على توسيع فرص ومعدلات الانتاج و التبادل وبصورة عامة توسيع التعامل سواء الاقتصادي منه أو الاجتماعي[٣]، فنمو وازهار هذا التعامل يحتاج إلى وسائل قانونية تشجعه و ذلك قد لا يتحقق من خلال الانحناء التام إلى الارادة المكونة للتصرف واضفاء القدسية عليها و الثبات على اثارها بشكل مطلق [٤] ؛ فإذا كانت الحركة (التعامل والتبادل) مطلوبة لتطور المجتمع فإن استقرار نتائجها مطلوب كاستقرار وجودها هي في ذاتها ، وهذا الاستقرار اسماه (ديموج) بالاستقرار الحركي الذي يعتبره ضروريًا لتحقيق الامان والاطمئنان الاجتماعي المتمثل بحماية التعامل و ديمومته و تطوره [١] .

ففي كثير من الاحيان يقع هذا النوع من الاستقرار وسابقه - الاستقرار السكوني - على مفترق طرق الامر الذي يقتضي الموائمة بينهما أو تغليب احدهما على الاخر إذا اقتضى الامر ؛ بحيث لا يُشجع التعامل و التبادل الا حيثما يكون هذا التشجيع في محله من خلال حماية الثقة التي تزيد من

---

1 - Academie de Droit Internationa , Recueil Des Cours – Collected Courses,martinus nijhoff publishers ,boston 1991-II , p328.

وانظر ايضاً في تفصيل فكرة (استقرار الحقوق و استقرار التعامل) د. عبد الباسط جميعي ، الوكالة الظاهرة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، جامعة عين شمس ، العدد الثاني ، ١٩٦٣. ص٣٣٥.

2 - Jaqus Leaute , Le Mandate apparent Dans Ses rapports aveo La Theoriegerenal l opparence , revue , trim estrille Annee , 1947 , p302.

٣ - هنري باتيفول ، فلسفة القانون ، ترجمة د، سموحي فوق العادة ، مكتبة الفكر الجامعي منشورات عويدات ، بيروت ، ١٩٧٢،ص ٤٦.

٤ - د.عدنان ابراهيم السرحان ، مصدر سابق ، ص ١٤٥.

1 - Jaqus Leaute , op, cit ,p303

الاقبال على التعامل ؛ وذلك عن طريق تفضيل مصلحة التعامل متى كان المركز الحقيقي مختفيًا وراء وضع ظاهر أوهم الغير بأنه حقيقي ، ولم يكن ذلك الوهم راجعًا إلى خطئه و تقصيره ومتى كان الغير حسن النية [١] .

و لعل ابرز مصداق على فكرة الاستقرار الحركي يتمثل بقاعدة التطهير من الدفوع التي تحمي الحامل حسن النية من دفوع ربما لا تكون بادية اليه و بذلك تشجع التبادل - التظهير - وتحمي مخرجاته ، والامر على خلافه في ظل القواعد العامة على اعتبار ان فكرة حوالة الحق لا تتضمن تطهير الدفوع و من ثم هي مصداق للأستقرار السكوني ، وفي هذا المثال يتجلى الفرق بين فكرة استقرار المعاملات في البيئة التجارية وبين تلك الفكرة المعروفة في القانون المدني .

وينتقد البعض فكرة الاستقرار الحركي من حيث كونها تقوم على اعتبارات اقتصادية اكثر من كونها اعتبارات قانونية ، بالإضافة إلى أنها تحاول حماية التبادل وسرعة النشاط الاقتصادي وتعد الوصول الى ذلك يشكل غاية فذة بحيث يمكن ان يستفيد منها حتى من كان سيء النية [٢] .

لذلك يرى البعض ان فكرة الاستقرار الحركي تصلح كغاية في مجال القانون التجاري فقط ولا تصلح في مجال القوانين الاخرى [٣] ، فالتجارة على حد تعبير البعض كالنبتة التي تنتعش وتترعرع في مناخ السرعة وضمن تربة الاستقرار [٤] .

ومن كل ما تقدم يمكن ان نعرف استقرار المعاملات على انه غاية فذة يبتغي المشرع تحقيقها من خلال و سائل متعددة يضمن من خلالها ثبات التصرفات القانونية عند انشائها وتنفيذها ووفائها .

وفي ضوء المفهوم المتقدم ينبغي عدم الخلط بين استقرار المعاملات و بعض الافكار القانونية التي قد تختلط معها ، ومن المفاهيم التي تقترب في معناها من استقرار المعاملات نظرية الوضع الظاهر الذي يمثل حالة واقعية غير صحيحة مختفية تحت شكل قانوني صحيح في الظاهر [١].

---

١ - د. عدنان ابراهيم السرحان ، مصدر سابق ، ص١٤٥.
٢ - د. عبد الرحمن عيادة ، اساس الالتزام العقدي النظرية العامة و التطبيقات ، الاسكندرية ، ١٩٧٢،ص ٩٤.
٣ - محمد شريف جمال ، نظرية الوضع الظاهر و استقرار المعاملات ، منشورات كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة آكلي محند اولحاج –البويرة -٢٠١٩، ص٤٢.
٤ - د. ياسين بن ناصر الخطيب ، نظرية استقرار المعاملات و اثرها على العقود دراسة تطبيقية على بعض المعاملات المالية ، بحث منشور في مجلة العدل ، تصدر عن وزارة العدل في المملكة العربية السعودية ، العدد ٦٣، جمادي الاول ، ١٤٣٥ هجرية ، ص٤٧.
١ - د. نعمان محمد خليل ، اركان الظاهر كمصدر للحق ، مطبوعات المنظمة العربية للتربية و الثقافة ، معهد البحوث و الدراسات العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧، ص٩.

وتتشابه الفكرتين من حيث الحكمة منهما ، فالحكمة من نظرية الوضع الظاهر تتمثل بأقرار نفاذ التصرفات القانونية الصادرة من صاحب الوضع الظاهر ولو لم تكن تصرفاته مستندة إلى سلطة قانونية وذلك لتحقيق الامان الاجتماعي و المصلحة العامة ، وكذلك الحال بالنسبة للحكمة من استقرار المعاملات المالية والمتمثلة في اضفاء الثبات على التصرفات القانونية [١] ، وفي ذلك مساهمة كبيرة في تحقيق الامان الاجتماعي .

أما وجه الاختلاف بينهما فيتمثل في ان الحفاظ على الوضع الظاهر قد يسهم في استقرار المعاملات اي ان علاقتهما تمثل علاقة الغاية بالوسيلة ؛ بحيث يكون الحفاظ على الوضع الظاهر وسيلة من وسائل استقرار المعاملات .

فالمشرع وهو يتطلع إلى استقرار المعاملات يكون لدية ادوات عديدة ؛ منها على سبيل المثال الشكلية فهي تهدف إلى تحقيق هدف عام يتمثل ببث الثقة في نفوس الاشخاص ومن ثم توفير الاستقرار في المعاملات و تحقيق الامن القانوني [٢] ، ويتحقق الهدف العام من خلال تحقيق عدة اهداف فرعية تسعى الشكلية إلى تحقيقها ؛ كحماية مصلحة الاطراف فهي وسيلة لضمان رضا الاطراف و تحمي الارادة من الوقوع في الخطأ من خلال رسم السبيل الذي يجب ان تسلكه الارادة ، وكذلك تهدف الشكلية إلى حماية الغير من خلال توفير قدر من المعلومات لهم ومن ثم يمكنهم ان يكونوا على بينة من تفاصيل التصرفات القانونية التي تقع بين الاطراف لذلك فهي تحول دون الغش فضلًا عن مساهمتها في وضوح هذه التصرفات ليس امام الغير فقط ؛ بل حتى السلطات العامة ، و كل ذلك يؤدي بدوره إلى الامن القانوني و الاستقرار الذي ينشده المشرع [٣] ، ومن المعروف بأن التعامل الصرفي محكوم بالشكلية و كما مر بنا فإن الشكلية التي تكون الورقة الصرفية تقسم على شكلية مكتوبة وشكلية مفترضة، وهذه الاخيرة افترضت من خلال قواعد موضوعية واضحة لا تقبل اثبات العكس و الشكلية كما رأينا تسهم و بشكل كبير في ضمان استقرار المعاملات سواء اكانت هذه الشكلية مكتوبة ام مفترضة ، وفي ضوء كل ما تقدم يمكن ان نعرف استقرار المعاملات في ضوء فكرة الاستقرار الحركي كغاية مثالية للأفتراض الصرفي على انها (تلك الغاية التي يسعى الافتراض الصرفي لبلوغها من خلال ضمان ثبات التصرفات الصرفية عند انشائها بتنظيمها أو اكمالها أوتفسيرها وحماية وتسريع تداولها ووفائها) ، فهل كانت هذه الغاية هي غاية الافتراض الصرفي المثالية ؟ .

---

١ - علي حميد كاظم الشكري ، مصدر سابق ، ص٦٤.
٢ - . د. محمد جمال عطية ، مصدر سابق ، ص١٩٦.
٣ - د. سالم حماد شعبان الدحدوح ، الشكلية في العقود المدنية في القانون الاردني دراسة مقارنة ، مطبوعات كلية الحقوق الجامعة الاردنية ، ١٩٨٩، ص١٢٢.

ثانياً :- تقييم استقرار المعاملات كغاية مثالية للافتراض الصرفي

تبدو فكرة استقرار المعاملات أكثر قبولاً من غيرها كغاية مثالية للأفتراض الصرفي ، خصوصاً إذا ما نظرنا إلى النصوص القانونية المقررة لهذه الافتراضات بحسبانها جزءًا من منظومة قانون التجارة ، هذا القانون الذي يعتبر التجارة نشاط اقتصادي يجب ان يقوم على اساس الثقة والامانة والالتزام بقواعد القانون [١] ، فتوفر الاعتبارات المتقدمة انما يهدف إلى ديمومة هذا النشاط وليس ذلك الا ضمانًا للاستقرار الحركي للمعاملات .

فالتعامل الصرفي كما هو الحال بالنسبة لبقية أوجه النشاط التجاري محكوم بهذه الاعتبارات فيجب ان يمارس على اسس من الثقة والامانة والالتزام الدقيق بقواعد القانون لذلك نراه يفرض جزاءات عند تخلف الاعتبارات المتقدمة تصل حد تعطيل الاستقرار الحركي وترجيح الاستقرار السكوني ؛ فمثلًا عندما لا يكون الحامل القانوني حسن النية فلا يسعه الاحتماء بقاعدة التطهير من الدفوع ، ولو تمعنا بأقسام الافتراض الصرفي لوجدناها تسعى إلى غاية مثالية فذة وهي ضمان الاستقرار الحركي للتعامل الصرفي ؛ اي ديمومة هذا النشاط و تشجيع الاقبال عليه فتطبيقات الافتراض الصرفي المنظم تحد من حالات البطلان كما مر بنا و من ثم تبقي الورقة الصرفية صحيحة بوسعها التداول ؛ ومن ثم يسهم ذلك في ضمان الاستقرار الحركي للتعامل الصرفي فهو يفترض البيانات التي لم تتضمنها الورقة الصرفية والتي اباح القانون افتراضها وهو بذلك يؤدي دورًا مهمًا في انشاء الالتزام الصرفي و ضمان ثباته ، لذلك نرى ان الفقه يشترط في الكتابة الخاصة ببينات الورقة ان تكون ثابته و جدية [٢] ضمانًا لأستقرار التعامل وهذا فيما يخص الشكلية المكتوبة .

أما فيما يتعلق بالشكلية المفترضة بواسطة الافتراض الصرفي ، فلا نكون مبالغين إذا قلنا ان ثباتها اكثر قوة من ثبات الشكلية المكتوبة ؛ فهي ثابتة بنصوص قانونية صريحة صيغت بقالب القواعد الموضوعية التي لا تقبل الدحض أو اثبات العكس و بإفتراضها ، فإنها لا تكون موجودة على الورقة ، ومن ثم لن تكون عرضة للمحو أو التحريف بخلاف الشكلية المكتوبة التي تكون معرضة لذلك ، ولا يقتصر الامر على ضمان استقرار البيانات عند انشائها بل حتى عند التداول نجد ان هناك من الافتراضات الصرفية التي تسهم في تعزيز هذه الصفة بالورقة فتزيل كل غموض يشوب سلطة الحامل في تظهير الورقة ؛ كالافتراض الخاص بالصفة الاذنية حيث تفترض هذه الخاصية عند عدم تضمين الورقة هذه الصفة ، و لا جرم ان غاية هذا الافتراض المثالية تتمثل بضمان الاستقرار الحركي من

---

١ - تنص المادة (٣) من قانون التجارة العراقي " التجارة نشاط اقتصادي يجب ان يقوم على اساس من الثقة والامانة والالتزام الدقيق بقواعد القانون، ومن لا يلتزم بذلك يكون معرضاً للمسؤوليتين المدنية والجزائية".

٢ - د. فوزي محمد سامي ، د. فائق الشماع ، مصدر سابق ، ص٥٥

خلال امكانية انتقال و تداول الورقة الصرفية بواسطة التظهير الامر الذي يزيد من حجم التداول ، و كذلك الامر بالنسبة لتطبيقات الافتراض الصرفي المكمل فكلها تَكمل التصرف الصرفي الناقص الامر الذي يؤدي إلى ازالة كل غموض يشوب التصرف الصرفي ، و رأينا ان هذه الافتراضات تؤدي إلى تقوية الائتمان ايضًا ، وبالتأكيد فان ذلك يشجع الاقبال على التعامل الصرفي و من ثم يضمن الاستقرار الحركي ، والامر نفسه ينطبق على الافتراض الصرفي المفسر فمن هذه التطبيقات ما يسهم و بشكل فعال في رفع التعارض بين مضامين الورقة الصرفية الامر الذي يزيد في وضوح مضمون البيان ويسهم ذلك في ضمان استقرار التعامل الصرفي ، لذلك يمكن القول وبحق ان فكرة استقرار التعامل الصرفي تمثل الغاية المثالية للافتراض الصرفي ونرى ان الافتراض الصرفي قد مال بإتجاه الاستقرار الحركي الذي يضمن ديمومة التعامل الصرفي ؛ من خلال زيادة الاقبال عليه وضمان استمراره بواسطة التداول اكثر من ميله نحو فكرة الاستقرار السكوني ، ولعل سؤال يمكن ان يطرح بهذا الصدد مفادُه ، إذا كنا نقول ان ضمان استقرار التعامل الحركي يمثل غاية الافتراض الصرفي المثالية و التي تؤدي بالنتيجة إلى زيادة الاقبال على التعامل الصرفي لتوفر مقومات الاستقرار الحركي كالثبات والسرعة في التداول وقوة الائتمان ، فلماذا لا نقول ان غاية الافتراض الصرفي المثالية هي ضمان الاقبال على التعامل الصرفي ؟ .

في حقيقة الامر نرى ان زيادة الاقبال على التعامل الصرفي يشكل غاية اقتصادية اكثر من كونه غاية قانونية ؛ كونه يسهم في الحد من اثار التضخم ؛ على اعتبار ان ورقة صرفية واحدة يمكن ان تحل محل كتلة نقدية كبيرة ويكون لذلك اثار ايجابية على الاقتصاد[1] ، وهذا الامر لا يشكل غاية فلسفية لعلم القانون بل هو غاية اقتصادية بحتة .

لذلك يمكن القول وبحق ان الغاية المثالية للأفتراض الصرفي تتمثل بضمان استقرار التعامل الصرفي وبالتحديد الاستقرار الحركي لهذا التعامل الذي يعني ضمان ديمومة التعامل الصرفي من خلال وضوح وثبات الحقوق المثبتة في الورقة الصرفية وثبات النتائج المترتبة على انتقالها و ضمانها و وفائها ؛ فضمان ذلك يعني تحقق غاية مثالية هي ضمان الاستقرار الحركي للتعامل الصرفي ، ولو تمعنا في الغايات العملية الفنية التي سبق بيانها (الاقتصاد في البطلان و تقوية الائتمان وتعزيز سرعة التداول) لوجدنها غايات قريبة المدى تسعى لتحقيق غاية مثالية بعيدة المدى تتمثل بضمان الاستقرار الحركي للتعامل الصرفي ، ونعتقد ان هذه الغاية المثالية الاخيرة تمثل منتهى غايات الافتراض الصرفي القانونية ، لذلك فان البحث فيما وراء هذه الغاية قد يدخلنا في غايات اقتصادية أو اجتماعية .

١- د. مصطفى نوارج ، فنون البيع و الاقناع ، الطبعة الاولى ، دار المعارف ، القاهرة ، ٢٠١٩، ص١٧١.

المبحث الثاني

الفلسفة الصياغية التشريعية للإفتراض الصرفي

نقصد بالفلسفة التشريعية الصياغية للإفتراض الصرفي ذلك الدور الذي يلعبه هذا الافتراض في رسم معالم القانون الصرفي ، فهذا الاخير وكما هو معلوم محكوم بمبادئ تحدد ملامحه ، و بالتأكيد فأن الافتراض الصرفي بوصفه من اساليب الصياغة التشريعية ، كان له دور في وضع هذه المبادئ ، ولو تمعنا بالمبادئ التي تحكم التعامل الصرفي لوجدنا ان بعضها يتعلق بالبناء القانوني للورقة الصرفية كمبدأ الشكلية ومبدأ الكفاية الذاتية والبعض الاخر يتعلق بالأشخاص المتعاملين بهذه الورقة من ناحية تنظيم العلاقة فيما بينهم ، مثل مبدأ التشدد على المدين الصرفي و استقلال التوقيعات و تجريد الالتزام الصرفي ، و يمكن ان نصطلح على الاول الجانب الموضوعي للتعامل الصرفي و يمكن ان نسمي الثاني الجانب الذاتي للتعامل الصرفي ، وللإحاطة بدور الافتراض الصرفي في هذين الجانبين سنقسم هذا المبحث على مطلبين سنتناول في المطلب الاول فلسفة الصياغة التشريعية للافتراض الصرفي في جانبها الموضوعي، ومن ثم سنبين في المطلب الثاني فلسفة الصياغة التشريعية للإفتراض الصرفي في جانبها الذاتي

المطلب الاول

فلسفة الصياغة التشريعية للأفتراض الصرفي في جانبها الموضوعي

بحسب ما تقدم آنفًا فإننا نقصد بالجانب الموضوعي للتعامل الصرفي ذلك الجانب المتعلق بالبناء الهيكلي للورقة الصرفية ، و إذا ما تفحصنها المبادئ التي تحكم التعامل الصرفي نجد ان من ابرز المبادئ التي تتعلق بالجانب الموضوعي المتعلق ببناء الورقة مبدأ الشكلية و مبدأ الكفاية الذاتية ، و للاحاطة بالدور الذي يلعبه الافتراض الصرفي في بلورة هذين المبدأين سنقسم هذا المطلب على فرعين سنوضح في الفرع الاول علاقة الافتراض الصرفي بمبدأ الشكلية ، ومن ثم سنبين في الفرع الثاني علاقة الافتراض الصرفي بمبدأ الكفاية الذاتية .

الفرع الاول

علاقة الافتراض الصرفي بمبدأ الشكلية

ان من اهم المبادئ التي يقوم عليها القانون الصرفي هو مبدأ الشكلية ، و يمارس الافتراض الصرفي دور مهم في بلورة هذا المبدأ ، وقبل بيان هذا الدور لابد من التطرق إلى مفهوم مبدأ الشكلية ، فالشكلية الصرفية لها غايات قد تختلف عن غاية الشكلية التقليدية المعروفة في القواعد العامة لذلك سنبين أولًا مفهوم مبدأ الشكلية و من ثم نبين ثانيًا دور الافتراض الصرفي في تعزيز مبدأ الشكلية .

اولاً :- مفهوم مبدأ الشكلية

المبدأ هو الاصل الذي يحكم مسألة قانونية معينة [١] ، وبالتأكيد فإن الشكلية تمثل اهم المبادئ الحاكمة على التعامل الصرفي ، وغالبًا ما يرنو المشرع من اشتراطه للشكلية إلى تحقيق غاية فذة تتمثل بتحديد مضمون و نطاق الالتزام على وجه الدقة [٢] ، ويتم ذلك من خلال النص على قواعد يقررها المشرع و يوجب الالتزام بها ؛ وعند عدم احترامها يبطل التصرف بحكم القانون[٣]، و يستنتج هذا المبدأ من خلال الكثير من النصوص التي أوجبت كتابة التصرفات الصرفية و فق مضمون بياني محدد فنجد ان كل القوانين محل المقارنة تضمنت نصوص أوجبت من خلالها افراغ ارادة الاطراف على وفق مضمون بياني محدد ، وبعضها عرف اصلًا الورقة الصرفية على انها محرر شكلي ؛ ففي اطار قانون التجارة الفرنسي رغم انه لم يتضمن تعريفًا للورقة الصرفية الا انه في المادة (l.511-1) حدد مجموعة من البيانات التي يجب ان تتضمنها الورقة [١] .

---

١ - معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص (الانطلوجيا العربية) ، جامعة بيرزت ، Copyright © 2018 Birzeit University ، //https://ontology.birzeit.edu

٢ - د. فائق الشماع ، اركان التصرفات الارادية في انشاء الاوراق التجارية ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، تصدر عن جمعية القانون المقارن العراقية ،السنة التاسعة ، ١٩٨١، ص١٤٠، و انظر في المعنى نفسه د. محمد شتا ابو سعد ، التعليق على قانون التجارة الجديد ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠، ص٤٣، و انظر كذلك ياسر احمد كامل الصيرفي ، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٩٢، ص٢٣.

٣ - استاذنا د. علاء عزيز حميد الجبوري ، احكام المعالجات الالكترونية لحساب الاوراق المالية "دراسة مقارنة" ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠١٩، ص٥٤

4- I. - La lettre de change contient :
1° La dénomination de lettre de change insérée dans le texte même du titre et exprimée dans la langue employee
pour la rédaction de ce titre ;
2° Le mandat pur et simple de payer une somme déterminée ;

=

كذلك نجد إن المادة (L.512-1) الزمت من يحرر الكمبيالة ان يضمنها جملة من البيانات الالزامية [1] .

و رتبت المادة (L.512-2) الجزاء القانوني المترتب على تخلف احد هذه البيانات و المتمثل ببطلان الكمبيالة من ناحية كونها سندًا صرفيًا [1] ، باستثناء تلك البيانات التي نص على افتراضها .

3° Le nom de celui qui doit payer, dénommé tiré ;
4° L'indication de l'échéance ;
5° Celle du lieu où le paiement doit s'effectuer ;
6° Le nom de celui auquel ou à l'ordre duquel le paiement doit être fait ;
7° L'indication de la date et du lieu où la lettre est créée ;
8° La signature de celui qui émet la lettre dénommé tireur. Cette signature est apposée, soit à la main, soit
par tout procédé non manuscrit.
II. - Le titre dans lequel une des énonciations indiquées au I fait défaut ne vaut pas comme lettre de change,
sauf dans les cas déterminés aux III à V du présent article.
III. - La lettre de change dont l'échéance n'est pas indiquée est considérée comme payable à vue.
IV. - A défaut d'indication spéciale, le lieu désigné à côté du nom du tiré est réputé être le lieu du paiement
et, en même temps, le lieu du domicile du tiré.
V. - La lettre de change n'indiquant pas le lieu de sa création est considérée comme souscrite dans le lieu
désigné à côté du nom du tireur.

1-I. - Le billet à ordre contient ;
1° La clause à ordre ou la dénomination du titre insérée dans le texte même et exprimée dans la langue employée
pour la rédaction de ce titre ;
2° La promesse pure et simple de payer une somme déterminée ;
3° L'indication de l'échéance ;
4° Celle du lieu où le paiement doit s'effectuer ;
5° Le nom de celui auquel ou à l'ordre duquel le paiement doit être fait ;
6° L'indication de la date et du lieu où le billet est souscrit ;
7° La signature de celui qui émet le titre dénommé souscripteur.
II. - Le billet à ordre dont l'échéance n'est pas indiquée est considéré comme payable à vue.
III. - A défaut d'indication spéciale le lieu de création du titre est réputé être le lieu de paiement et, en même
temps, le lieu du domicile du souscripteur.
IV. - Le billet à ordre n'indiquant pas le lieu de sa création est considéré comme souscrit dans le lieu désigné
à côté du nom du souscripteur.
1 - "Le titre dans lequel une des énonciations indiquées au I de l'article ***L. 512-1*** fait défaut ne vaut pas comme

=

اما بالنسبة للقانون النقدي و المالي الفرنسي فقد اشارت المادة (L.131-2) إلى وجوب تضمين الصك (chèque) جملة من البيانات الالزامية [١] ، بحيث لو تخلف احد هذه البيانات يبطل الصك من ناحية كونه ورقة صرفية .

ويشير الفقه الفرنسي إلى أن هذه الشكلية مرت بمراحل تطور كبيرة ، فرغم ان التجارة كانت سبباً لأبعاد الشكلية و ظهور مبدأ الرضائية ، الا ان نمو التجارة يستلزم تسهيل سرعة انجاز المعاملات ، فكانت هذه الحاجة سببًا في ظهور نوع جديد من الشكلية عندما ظهرت العقود الحرفية (النموذجية) و تطورت إلى الشكلية التجارية التي تعد الشكلية الصرفية من ثمارها [٢] .

و يشير العلامة (فرانسوا جيني) إلى أن الشكلية الصرفية ليست كالشكلية البدائية التي عرفها الاقدمون ؛ فهذه الاخيرة كانت شكلية غريزية نابعة من جذور تسلطية ، أما الشكلية التجارية متمثلة بالشكلية الصرفية فهي شكلية معقولة وهادفة ذات فوائد اساسية واصيلة لا تتحقق بإسلوب اخر غير تلك الشكلية [١] .

أما فيما يتعلق بالقانون الامريكي فنجد ان قانون التجارة الموحد قد تضمن تعريفًا للسند القابل للتداول في المادة (3-104) حين نصت (السندات القابلة للتداول هي تعهد أو امر غير مشروط بدفع مبلغ معين من النقود مع أو بدون فائدة أو مصاريف اخرى مذكورة في الوعد أو الامر) [٢] ، و اشارت الفقرة الثانية من المادة نفسها إلى ان مصطلح السند يعني تلك الصكوك التي

---

billet à ordre, sauf dans les cas déterminés aux II à IV de l'article ***L. 512-1***".

1 - **Article L131-2**

Le chèque contient :

1. La dénomination de chèque, insérée dans le texte même du titre et exprimée dans la langue employée pour
la rédaction de ce titre ;
2. Le mandat pur et simple de payer une somme déterminée ;
3. Le nom de celui qui doit payer, nommé le tiré ;
4. L'indication du lieu où le paiement doit s'effectuer ;
5. L'indication de la date et du lieu où le chèque est créé ;
6. La signature de celui qui émet le chèque, nommé le tireur.

٢ - ج .ريبير ، ر. روبلو ، المصدر السابق ، ص ١٨٣، و ينظر في المعنى نفسه

J.Macqueron , principes des obligations en droit , romaine d la pensee universitaire , aix en provence, Année d'édition : 2009, p53.

1 - francois geny , op , cit , p108.

2 - Sec. (3-104). (1) Except as provided in subsections (3) and (4), "negotiable instrument" means an unconditional promise or order to pay a fixed amount of money, with or without interest or other charges"

تكون قابلة للتداول ، و نجد ان المشرع الامريكي اشترط ان يتضمن السند القابل للتداول جملة من البيانات وان لم يشترط ان ترد فيه كلمة حوالة أو كمبيالة أو ما يرادفها [١] الا انه اشترط ان يتضمن السند بعض البيانات ؛ فمن الضروري بموجب المادة (3-104) سابقة الذكر ان تتضمن الحوالة امرًا والكمبيالة تعهدًا وينصب هذا الامر أو التعهد على مبلغ معين من النقود و كذلك أوجبت الفقرة (b) من المادة نفسها ذكر ميعاد الاستحقاق عند الاطلاع أو في تأريخ معين [٢] ، كما اشارت المادة (3-111) من القانون نفسه إلى تضمين السند مكان الاداء اذ ورت فيها عبارة (السند يكون واجب الدفع في المكان المحدد في السند) [٣] .

و بالرغم من ان المشرع الامريكي لم يشر في قانون التجارة الموحد بشكل صريح إلى حكم تخلف هذه البيانات الا اننا نرى ان تخلف هذه البيانات يجعل الورقة القابلة للتداول - وفق المصطلح المستخدم في القانون الامريكي - باطلة ؛ على اعتبار انها تسهم في انشاء الحق الذي تتضمنه الورقة ، والشكلية لها سمعة سيئة ،غالبًا ما يُنظر إليه على أنه نهج ساذج وغير متطور للفصل في المنازعات القانونية، هذه النظرة السلبية للشكليات منتشرة على نطاق واسع في الثقافة القانونية الأمريكية[١]، في حين يرى البعض في اطار الفقه الامريكي ان للشكلية دور كبير في الحد من حالات النزاع التي من الممكن ان تثار نتيجة عدم اتقان عملية تحرير العقود [٢].

و بشكل عام تذهب الكثير من التطبيقات القضائية الى عدم تطبيق احكام السندات القابلة للتداول على السند الذي يفتقر الى البيانات الاساسية ؛ اذ جاء في قرار للمحكمة العليا ولاية

---

١ - تجدر الاشارة الى ان المشرع الامريكي لم يشترط ذكر كلمة حوالة او سفتجة (Bill of Exchange or Draft) او كلمة كمبيالة (note) ، وبموجب هذا المعطى يعرف التمايز بينهما من خلال عبارة السند ؛ فإذا تضمنت العبارة امرًا بالدفع فنكون امام سفتجة ، و إذا تضمنت تعهدًا نكون امام كمبيالة ، و قد اكدت هذا المعنى المادة (3-104) في فقرتها الخامسة اذ نصت (السند يكون كمبيالة إذا كان وعدًا و يكون سفتجة إذا كان امرًا) و النص باللغة الانكليزية على الشكل التالي:-

(3-104) (5) An instrument is a “note” if it is a promise and is a “draft” if it is an order. If an instrument falls within the definition of both “note” and “draft”, a person entitled to enforce the instrument may treat it as either".

2 - Sec.(3-104). (1) (b)" It is payable on demand or at a definite time".

3 - " an instrument is payable at the place of payment stated"

ولم نذكر المادة بشكل كامل وانما ذكرنا الجزء الذي يشترط ذكر مكان الاداء لإنها تضمنت افتراض مكان الوفاء في حالة عدم ذكره ، و لنا عودة لهذا الموضوع عند شرح تطبيقات الافتراض الصرفي في الفصل الثالث من هذه الاطروحة .

1 - Felipe Jiménez , A Formalist Theory of Contract Law Adjudication , Legal article published on the site, Posted: 31 Jul 2019 ,p48. Available at the link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3428765

2 - Alan Schwartz, Robert E. Scott , Contract Interpretation Redux , Yale Law Journal, Vol. 119,no 5, 2009-2010 ,P46 , Available at the link: https://www.yalelawjournal.org/review/contract-interpretation-redu

(بنسلفانيا) ما نصه (ان التزوير هو جناية من الدرجة الثالثة إذا كانت الكتابة أو تدعي أنها وصية ، أو صك ، أو عقد ، أو صك تجاري ، ولا يشكل السند المزور صك تجاري لعدم اتضاح ذلك من بياناته)[١]، وقد جاء في قرار اخر للمحكمة العليا في ولاية (كونيتيكت) الامريكية ما نصه (يتبين من افادة "بارتلي" استنتاجًا قانونيًا مفاده أن الصك الذي تم تنفيذه من قبل الأطراف لم يكن سندًا قابل للتداول و من ثم لا تطبق عليه احكام المادة الثالثة من (UCC) ولا يوصف حائزه بأنه حامل قانوني)[٢] .

أما فيما يتعلق بالمشرع المصري فهو الاخر لم يعرف الورقة الصرفية الا انه اشترط ان تتضمن الحوالة -الكمبيالة حسب تعبيره- جملة من البيانات الالزامية في المادة (٣٧٩) من قانون التجارة المصري كما اشارت المادة (٣٨٠) إلى الاثر المترتب على تخلف احد هذه البيانات المتمثل ببطلان الورقة من ناحية كونها سندًا صرفيًا الا في استثناءات معينة و كذلك الامر بالنسبة للكمبيالة و الصك [٣] .

أما فيما يتعلق بالقانون العراقي فنجده اشار إلى مبدأ الشكلية ضمن تعريفه للورقة الصرفية فقد عرفها في المادة (٣٩) على انها (محرر شكلي بصيغة معينة...لخ) و يفهم من هذه العبارة ان الشكلية الصرفية تستوجب وجود محرر يمثل الدعامة المادية للورقة و صيغة معينة تمثل المظهر البياني للورقة [١] .

فالشكلية الصرفية تقوم على عنصرين هما الدعامة المادية و الكتابة ، و باندماجهما يتكون المحرر، فالمحرر يمثل الدليل الكتابي أو الدليل الخطي ويسمى ايضا بالسند أو الورقة و هو عبارة عن كل كتابة من شأنها اثبات حق أو تبيان حق بشكل صريح أو الاشارة اليه [٢] .

---

1 - Superior Court of Pennsylvania. COMMONWEALTH v. HUGHES, Decided: December 14, 2009 ,https://caselaw.findlaw.com/pa-superior-court/1499597.html

2 - Superior Court of Connecticut. Aurora Loan Services, LLC v. Michael K. Flash et al. CV116025457S , Decided: March 14, 2012, https://caselaw.findlaw.com/ct-superior-court/1598185.html

٣ - انظر نص المادة (٤٦٨) من قانون التجارة المصري التي نصت على البيانات الالزامية التي يجب ان تتضمنها الكمبيالة (السند لامر) و انظر المادة (٤٦٩) التي رتبت الجزاء على تخلف احد هذه البيانات ، أما فيما يتعلق بالصك انظر المادة (٤٧٣) التي اوجبت ذكر البيانات الالزامية التي يجب ان يتضمنها الصك - الشيك حسب تعبير القانون المصري - و انظر نص المادة (٤٧٤) التي رتبت الجزاء على تخلفها .

١ - د. فائق الشماع ، الشكلية في الاوراق التجارية ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، تصدر عن جمعية القانون المقارن العراقية ، العدد ٢٠ ، ١٩٨٧، ص١٣٠.

٢ - د. حسن المؤمن ، نظرية الاثبات المحررات و الادلة الكتابية ، الجزء الثالث ، بيروت ، ١٩٧٥، ص٥

فالمحرر يمثل حصيلة اجتماع الدعامة المادية سواء كانت ورقية ام غير ورقية بإلاضافة إلى الكتابة التي ترد عليها ، و يرى البعض ان الكلمة التي وردت في تعريف المشرع العراقي للورقة الصرفية اتت مقيدة بالطبيعة الورقية بإعتبارها جاءت وصفًا للورقة الصرفية كما ان المشرع استخدم كلمة ورقة في الكثير من المواد مثل المادة(٤٠-٤١-٥٣- ١٣٨- ١٣٩- ١٨٥) و عليه فان المحرر الصرفي بموجب القانون العراقي يتكون من عنصرين احدهما الورقة و ثانيهما الكتابة [١] .

والورقة هي كل ما يحتوي الكتابة ، فكما ان كلمة الورقة كانت وما تزال تطلق على الجلود فلا يوجد ثمة مانع من تصور ظهور صناعة جديدة للورقة تختلف عما هو متعارف عليه[٢] ، وهو الذي حدث فعلًا ؛ فمع هذا التطور و التقدم ظهرت الاوراق الصرفية الالكترونية واتسع التعامل بها بشكل واسع [٣] ،لكن يجب التنويه إلى ان سلوك الطريق الالكتروني (المعلوماتي) في معالجة الاوراق الصرفية لا يعني هجر العمليات التقليدية ، فالوسائل المعلوماتية يمكن اللجوء اليها متى ما كان ذلك مفيدًا و فعالًا [١] .

لذلك يكون للدعامة المادية للورقة اهمية كبيرة في اطار الشكلية الصرفية ، و لعل سؤال يمكن ان يطرح في هذا الصدد عن مدى جواز تعدد صفحات الحوالة التجارية ، و يجيب جانب من الفقه على هذا التساؤل بالنفي لان ذلك قد يؤدي إلى عرقلة تداول الورقة الصرفية ؛ على اعتبار أن تعدد صفحات الورقة الصرفية يجعل منها ورقة مشروطة ولن تجد لها في ميسور التداول من سبيل[٢] ، الا اننا نرى جواز ذلك متى اتصلت هذه الصفحات ببعضها اتصالاً ماديًا بحيث لا يعرقل ذلك تداولها فتعدد الصفحات لا يعني بأي حال من الاحوال ان تكون الحوالة معلقة على شرط ،

---

١ - د. فائق الشماع ، الشكلية في الاوراق التجارية ، المصدر السابق ، ص١٣٢.

٢ - تجدر الاشارة الى ان لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي التي اجتمعت بصدد اعداد مشروع اتفاقية بشأن السفاتج و السندات الاذنية تجنبت تعريف الكتابة ، وذلك في اعمال دورتها التاسعة عشر في نيويورك في ٢٣/ حزيران ، ١٩٨٦، ينظر للمزيد من التفصيل د. فائق الشماع ، الشكلية في الاوراق التجارية ، المصدر السابق ، ص١٣٤، (هامش ٣٤).

٣ انظر الملحق رقم (٢) الخاص بمبالغ الصكوك الإلكترونية المتداولة في العراق بالدولار في الفترة من (٢٠١١/١/٣١) إلى (٢٠٢٠/١١/٣٠) و الصادر من البنك المركزي العراقي و المشار اليه في ص (٢٦٣ – ٢٦٦) من هذه الاطروحة ، و لاحظ تزايد الاعداد وفق الرسم البياني الموجود بالملحق رقم (٣) ص٢٦٧ من هذه الاطروحة ، و انظر مبالغ الصكوك الالكترونية المصروفة في العراق والمتداولة في الدينار العراقي في الفترة (٢٠١١/١/٣١ إلى ٢٠٢٠/١١/٣٠) في الملحق رقم (٤) ص(٢٦٨-٢٧١) و الرسم البياني الذي يوضح مؤشر تزايد المبالغ المصروفة بموجب هذه الصكوك في الملحق رقم (٥)ص ٢٧٢ من هذه الاطروحة.

١ - د. محمد السيد الفقي ، المعلوماتية و الاوراق التجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥، ص١٥.

٢ - د. فائق الشماع ، الشكلية في الاوراق التجارية ، مصدر السابق ، (هامش ٣٥)، ص١٣٥.

وكذلك نرى ان تعدد الصفحات أولى من لصق وصلة تلحق بها قد تنفصل عنها بسهولة اكبر من انفصال الصفحات عن بعضها .

أما فيما يتعلق بالمضمون البياني للشكلية الصرفية ، فيختلف هذا المضمون بإختلاف نوع التصرف ؛ فلكل تصرف صيغته القانونية التي يجب مراعاتها وافراغ التصرف الارادي بموجبها[١] ، و يصطلح على هذه الصيغة البيانات الالزامية اشارة إلى لزوم توفرها في الورقة[٢]، وبالإضافة إلى المضمون البياني الالزامي من الممكن اضافة بيانات اخرى اختيارية تسهم في تحديد مدى الالتزام الصرفي .

و للشكلية الصرفية اهمية كبيرة غالبًا ما يشار إلى هذه الاهمية من خلال الجانب السلبي عند بيان الاثر المترتب على تخلفها و المتمثل ببطلان الورقة من ناحية كونها سندًا صرفيًا ويذهب القضاء العراقي إلى "ان الصك موضوع الدعوى كان خاليًا من التاريخ عند تحريره ثم ثبت تاريخه من قبل المدعي وبذلك وفي حالة ثبوت صحة ذلك يكون الصك المذكور فاقدًا احدى الشروط (البيانات) الواجب توفرها فيه والمنصوص عليها في المادة ١٣٨ من قانون التجارة ويكون صكًا (ناقصًا) ولا يكون له اثر كورقة تجارية " [١] ، و قد جاء في قرار اخر مشابه " إذا خلت الورقة من احد البيانات المذكورة بالمادة (١٣٨) من القانون فتعتبر صكًا ناقصًا ولا يكون لها اثر كورقة تجارية وعليه فأن الصك المبرز بالدعوى يعتبر سند عادي يجوز الطعن به بالطعون التي ترد على السندات العادية " [٢] .

وفي المقابل إذا توفرت كافة البيانات التي أوجبها القانون نكون أما سندًا صرفيًا إذ جاء في قرار اخر " ان المدعى عليها قد استندت في دعواها للمطالبة بالمبلغ المدعى به على سند الكمبيال وهو مستوف لشروطه القانونية إذ جاء مشتملًا البيانات التي أوجبتها المادة (١٣٣) من قانون

---

١ ـ حسن عبد القادر معروف ، فكرة الشكلية و تطبيقاتها في العقود ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٤، ص٣، و انظر في المعنى نفسه ، احمد صبري كاظم السعدي ، الحماية الصرفية لحامل السفتجة "دراسة مقارنة" اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠٢٠، ص٩١.

٢ ـ د. صلاح الدين الناهي ، مبادئ القانون التجاري و قانون المكاسب ، مطبعة دار الجاحظ ، بغداد ١٩٦٧، ص٢٠.

١ ـ قرار محكمة التمييز الاتحادية ، الهيأة الموسعة المدنية ، رقم ٢٩، في ٢/١٦/ ٢٠١٥، منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية على الرابط التالي http://iraqld.hjc.iq:8080/VerdictsTextResults.asp تأريخ الزيارة ٢٠٢١/٢٥/١ ، تأريخ الزيارة / ١/٢٥/ ٢٠٢١.

٢ ـ قرار محكمة التمييز الاتحادية ، الهيئة العامة ، رقم ٣١٣، في ٢٠٠٩/٤/٥. منشور في موقع قادة التشريعات العراقي على الرابط التالي http://iraqld.hjc.iq:8080/VerdictsTextResults.aspx تأريخ الزيارة ٢٠٢١/١/٢٥.

التجارة "[١] ، لكن هذا الاسلوب في بيان اهمية الشكلية الصرفية من خلال بيان الجزاء المترتب على تخلفها لا يبدو كافيًا في بيان تلك الاهمية ؛ فأنه يشير إلى الاثر المترتب على ما هو غير كائن، ولا يتناول بيان الاثر المترتب على ما هو كائن [٢] .

فللشكلية اهمية كبيرة في بناء الحق الصرفي و دور خاص غير الدور المعروف عن الشكلية التقليدية ، فالاصل في ظل القواعد العامة ان السند يثبت وجود التعبير عن الارادة ، فهو اداة اثبات ليس الا ، والامر على خلاف ذلك بين اكناف الشكلية الصرفية ؛ فهي موجدة للحق الصرفي لا مجرد وسيلة لإثباته [٣] .

ويبنى على ذلك امر مهم يتمثل بضرورة التمييز بين الحق الناشئ من تحرير الورقة الصرفية و الحق الناشئ من المعاملة التي حررت الورقة من اجل الوفاء بها ، فلكل من الحقين مصدره الخاص بموجب صفة التجريد .

وإذا كان وجود المحرر الصرفي ضروري لأنشاء الحق الصرفي فهو مهم ايضًا لأستعماله ؛ فلا التظهير ولا القبول ولا الضمان يمكن ان يتصور تحققها دون وجود المحرر، وهو مهم ايضًا بالنسبة للوفاء [١].

ويزاد على ذلك ان شرعية استعمال الحق الصرفي مرتبطة كقاعدة عامة في استخدام المحرر الصرفي ذاته ، و تسمى هذا الحالة (الشرعية الصرفية)[٢] .

وكل ذلك يوضح الاهمية الكبيرة للشكلية في اطار التعامل الصرفي ، ومن هنا نجد ان المشرع قد شدد على ضرورة مراعاة قواعد الشكل في الاوراق الصرفية لما لذلك من كبير اثر على تسهيل المعاملات وتيسيرها ؛ وذلك لأن الورقة بعدما تستوفي شكلها القانوني تصبح ظاهرة للعيان و من الممكن معرفة كل تفاصيلها بمجرد النظر اليها فتنطلق في التداول دون عائق ، كذلك ان شكلية السند ضرورية لحماية الملتزم الصرفي ؛ من خلال لفت انتباهه إلى خطورة و مسؤولية

---

١ - قرار محكمة التمييز الاتحادية ، الهيأة المدنية ، رقم ٥٨٦، في ٢٥/ ٨/ ٢٠١٠، منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية على الرابط التالي : - http://iraqld.hjc.iq:8080/VerdictsTextResults.aspx ، تأريخ الزيارة ، ٢٥/١/ ٢٠٢١.

٢ - د. فائق الشماع ، الشكلية في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص١٤٩.

٣ - المصدر نفسه ، ص ١٥١-١٥٢.

١ - د. بسام حمد الطراونة ،د. باسم محمد ملحم ، مصدر سابق ، ص٦٦.

٢ - ج. ريبير ، ر . روبلو ، مصدر سابق ، ص١٧٩_١٨٠.

ما التزم به و نتائجه ، كما انها ضرورية لطمئنة حامل الورقة إلى انه سيكون بمأمن من الدفوع التي قد تهدد حقه [١] .

ويتضح من كل ما تقدم ان الشكلية في اطار التعامل الصرفي ليست كغيرها من مصاديق الشكلية في ظل القواعد العامة ، فبدونها لا مجال للكلام عن التعامل الصرفي برمته[٢] .

ثانياً :- دور الافتراض الصرفي في تعزيز مبدأ الشكلية

رأينا فيما تقدم الأهمية الكبيرة لمبدأ الشكلية في التعامل الصرفي ، و ان الفقه غالبًا ما كان يشير إلى هذه الاهمية في جانبها السلبي من خلال بيان الاثر المترتب على تخلفها المتمثل ببطلان الورقة من ناحية كونها سندًا صرفيًا ، لذلك حاول المشرع ان يوجد وسيلة يتجنب من خلالها هذه النتيجة قدر المستطاع ، و كان الافتراض الصرفية اداته لبلوغ ذلك ، فنجد ان هذا الافتراض يمارس دورًا كبيرًا في تدعيم الشكلية ، فتارة نجده ينظم ما لم يتم تنظيمه من البيانات الالزامية ؛ فحين لا تتكامل الشكلية في الورقة الصرفية من خلال تخلف بعض البيانات الالزامية فإنها تفترض بواسطة الافتراض الصرفي المنظم (ان كانت من البيانات التي يمكن افتراضها) وبذلك يتكامل المضمون البياني للورقة الصرفية من خلال شكلية مكتوبة تمثل ما كتب من البيانات الالزامية ، وشكلية اخرى مفترضة تمثل ما تم افتراضه من البيانات الالزامية .

ولا يقتصر دور الافتراض الصرفي في تعزيز مبدأ الشكلية على تنظيم البيانات التي لم تحرر من قبل اشخاص الورقة سهوًا أو عمدًا ففي كثير من الاحيان لا يستوفي البيان الواحد الشكلية التي فرضها القانون ؛ فتستكمل بقية مضامين البيان الشكلية من خلال الافتراض الصرفي المكمل ، فكما هو معلوم فإن التعامل الصرفي لا يقتصر على فئة التجار بل يتعاطاه المحترف العارف بإصول التعامل الصرفي ، و الاشخاص الذين قد لا تتوفر لديهم دراية كافية واحاطة وافية بكيفية كتابة مضامين البيان الصرفي بصورة تطابق الشكلية المفروضة وبالنتيجة فإن البيان في كثير من الاحيان لا يستوفي صيغته الشكلية ، فيكتب ناقصًا و هنا يأتي الافتراض الصرفي المكمل لكي يكمل المضمون الشكلي لهذا البيان .

---

١ - د. الياس ناصيف ، الاسناد التجارية او الاوراق التجارية ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٨، ص٤٢.

٢ - و رغم هذه الاهمية الكبيرة هنالك من يرى ان القوانين الصرفية بشكل عام قد افرطت في استخدام الشكلية الامر الذي قد يؤثر على السرعة التي يجب ان يتسم بها العمل التجاري فقد استلزم ان تتخذ الورقة شكلًا محددًا وان تشتمل على بيانات محددة بحيث لا يمكن ان يستخدم ما يرادفها ، للمزيد من التفاصيل حول مظاهر الافراط في الشكلية انظر ، جمال السيد عبد الحميد ، الورقة التجارية كضمان للإئتمان المصرفي "دراسة نقدية" ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس ، ٢٠١٦، ص٤١ وما بعدها .

فقد يغفل من يدرج بيان القبول بالتدخل ذكر اسم من حصل القبول بالتدخل لمصلحته ، وازاء هكذا فرض فان المضمون البياني لا يستوفي الشكلية المفروضة بموجب مبدأ الشكلية، وهنا يمارس الافتراض الصرفي المكمل دوره في تعزيز مبدأ الشكلية من خلال افتراض ان هذا القبول بالتدخل قد حصل لمصلحة الساحب .

و الامر نفسه ينطبق على الوفاء بالتدخل ؛ فحين يدرج هذا البيان بصورة لا تستوفي شكليته التي ينبغي ان يكون عليها من خلال كتابة البيان دون كتابة من حصل لمصلحته هذا الوفاء بالتدخل فنجد ان الافتراض الصرفي المكمل يستكمل المضمون الشكلي لهذا البيان من خلال افتراض ان هذا الوفاء بالتدخل قد حصل لمصلحة الساحب.

لذلك يمكن القول و بحق ان الشكلية الصرفية في كثير من الاحيان لا تقتصر على ما نقش على متن الورقة من بيانات الزامية و اختيارية (الشكلية المكتوبة) ، بل تشمل ايضاً تلك الشكلية التي يفترضها القانون (الشكلية المفترضة) ، وقد ذكرنا فيما سبق اننا نرى ان هذه الاخيرة اكثر ثباتًا من الاولى كون ان الشكلية المكتوبة عرضة للتحريف بخلاف الشكلية المفترضة .

ولا يقتصر دور الافتراض الصرفي في تدعيم مبدأ الشكلية على الدور المنظم للبيانات التي لم تنظم و استكمال المضمون الشكلي للبيان غير المكتمل ، بل ان هناك دور اخر مهم يلعبه الافتراض الصرفي هو الدور المفسر للمضمون البياني للورقة الصرفية ، فالشكلية انما فرضت لكي يكون المتعامل على بينة و اطلاع واضح لا يشوبه غموض في مضامين البيان الصرفي لذلك نعتقد ان المشرع عندما فرض الشكلية فأنه قد فرض وضوحها ايضًا .

فلا فائدة ترجى من الشكلية لو افرغت بيانات المحرر بطريقة غامضة ، فعدم التنظيم أو نقصان التنظيم لا تمثل المشاكل الوحيدة التي من الممكن ان تداهم مبدأ الشكلية ، فقد تتعارض مضامين الشكلية الصرفية المكتوبة و لا سبيل لرفع هذا التعارض الا من خلال افتراض صحة احد البيانات المتعارضة بحسبان جملة من المرجحات التي يبني عليها المشرع افتراضه الصرفي ؛ كما في حالة رفع التعارض الحاصل في صيغة كتابة مبلغ الورقة عند اختلاف كتابة المضمون الشكلي لهذا البيان رقمًا و حرفًا ، فيأتي الافتراض الصرفي ليزيل هذا التعارض من خلال افتراض صحة المبلغ المكتوب حرفًا .

كذلك يؤدي الافتراض الصرفي دورًا مهمًا في تدعيم مبدأ - الشكلية الواضحة - من خلال تفسير بعض التصرفات الصرفية الغامضة التي يرجع غموضها إلى عدم استيفائها للمضمون الشكلي الذي ينبغي ان يكتب بموجبه البيان .

فقد يصل هذا الغموض إلى درجة يتعذر معها تحديد هوية التصرف الصرفي كما في حالة التوقيع المجرد الذي يرد على الورقة الصرفية ، فنجد ان الافتراض الصرفي يفسر هذا التصرف تبعًا للموضع الذي ورد فيه على الورقة والشخص الذي صدر منه هذا التوقيع .

فمثلاً يفترض القانون بإن التوقيع المجرد على ظهر الورقة أو الوصلة المتصلة بالورقة تظهيراً ناقلاً للملكية كما نصت على ذلك المادة (٥٣/ ثانياً) من قانون التجارة النافذ ، كما يفترض القانون ان التوقيع المجرد للمسحوب عليه يعد قبولاً لها و ان لم يردف التوقيع بعباره تشير إلى ذلك كما اشارت إلى ذلك المادة (٧٥/ ثانياً) من القانون نفسه .

ويفترض القانون ايضًا ان الضمان حاصلًا لمجرد ورود التوقيع على الورقة على ان لا يكون التوقيع صادرًا من المسحوب عليه أو من الساحب كما اشارت إلى ذلك المادة (٨١/ثانياً)، فإي موقع على الورقة عدا الساحب والمسحوب عليه سواء اكان من اشخاص الورقة أو من الغير عنها يضع توقيعه المجرد على هذه الورقة فيفترض انه قد وقع بوصفه ضامنًا على الورقة وان لم يقصد ذلك.

ونعتقد ان هذا الدور الاخير للافتراض الصرفي هو اقرب إلى التفسير من التكميل ؛ لان التكميل انما يرد على بيان كتب بطريقة ناقصة لكن هوية البيان واضحة رغم نقصانها فيكمل هذا النقص من خلال الافتراض الصرفي المكمل .

بينما نجد ان الافتراضات الخاصة بالتوقيع المجرد ترد على بيان لا تعرف هويته بشكل واضح فهو مجرد توقيع لم يقترن بأي عبارة اخرى توضح دلالته ، و من ثم لا تستوفى الشكلية الواضحة ما لم تفترض هوية لهذا البيان الغامض بتجرد عن مدى انطباق ما افترضه المشرع مع ارادة واضع التوقيع، ولا مناص من اللجوء إلى الافتراض الصرفي لكي يحرز ذلك .

ومن كل ما تقدم يبدو جليًا الاهمية الكبيرة التي يلعبها الافتراض الصرفي في تدعيم مبدأ الشكلية ، فهذه الشكلية انما وجدت لتجعل المتعامل بالورقة الصرفية يكفيه نظرة لكي يطلع على ما تتضمنه من حقوق ، وهي لا تكون كذلك ما لم تكن مكتملة و واضحة ، ولا يمكن للشكلية الصرفية في كثير من الاحيان بلوغ ذلك الا من خلال الافتراض الصرفي فهو ينظم و يكمل و يفسر هذه الشكلية .

الفرع الثاني

علاقة الافتراض الصرفي بمبدأ الكفاية الذاتية

يعد مبدأ الكفاية الذاتية من المبادئ المهمة التي تحكم التعامل الصرفي ، و نعتقد ان الافتراض الصرفي له دور مهم في تدعيم هذا المبدأ ، وقبل بيان هذا الدور لابد من ان نبين أولًا المقصود بمبدأ الكفاية الذاتية في اطار التعامل الصرفي و من ثم نوضح بعد ذلك دور الافتراض الصرفي في تعزيز مبدأ الكفاية الذاتية .

اولًا :- مفهوم مبدأ الكفاية الذاتية

كنا قد اشرنا سابقًا إلى مبدأ الكفاية الذاتية عند الكلام عن شروط الافتراض الصرفي ، لكن كلامنا في ما مضى كان حول نطاق هذا المبدأ على اعتبار ان ورود الافتراض في المواطن المستثناة من هذا المبدأ يشكل مانعًا من موانع الافتراض ، و نجد من الاهمية بمكان التطرق إلى امور مهمة تخص هذا المبدأ ؛ للدور الكبير الذي يؤديه في التعامل الصرفي فمن الضروري ان نقف على معنى هذا المبدأ في اطار التعامل الصرفي وكذلك مقومات هذا المبدأ واهدافه والتطبيقات التي أوردها المشرع الصرفي واكدت هذا المبدأ وهو ما سنوضحه تباعًا :-

١- معنى مبدأ الكفاية الذاتية

يعد مبدأ الكفاية الذاتية من اكثر مبادئ القانون الصرفي صلة بالشكلية لذلك وجدنا ان هنالك خلطًا كبيرًا بين المبدأين ، فغالبًا ما يبحث مبدأ الشكلية و مبدأ الكفاية الذاتية معًا في اطار مبدأ واحد لدى الكثير من الشراح [١] ، و في حقيقة الامر ان كل من المبدأين مستقل عن الاخر .

و فكرة الكفاية الذاتية تقوم على الوضع الذي يعتبر وجود الحق و فقًا لنص السند المثبت فيه ، فجوهر الكفاية الذاتية مستقر في فكرة الثقة التي يضعها من يتسلم السند في صحة مضمونه و في الاعتراف بهذا المضمون ، و يردف صاحب هذا الرأي موضحًا " الواقع ان الحائز يكون موقفه مضمونًا حقًا إذا كان واثقًا من ان الملتزم لا يستطيع ان يدفع في مواجهته بما يقيد حقه إذا لم يكن في

---

١ - انظر على سبيل المثال ، د. صفوت بهنساوي ، الاوراق التجارية و عمليات البنوك ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٠، ص٢٢-٢٥، و انظر ايضاً د. سميحة القليوبي ، الاوراق التجارية ، الطبعة السادسة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٨، ص٣٢.

مقدوره ان يتعرف على هذا القيود بالاطلاع على السند " [١] و بموجب الرأي المتقدم فأن الكفاية الذاتية تتقرر لمصلحة الحامل القانوني .

و هناك من يعرف الكفاية الذاتية على انها (الوضع الذي يتحدد فيه مضمون الحق الصرفي وفقًا للكتابة المثبتة فيه فقط) [٢] و هذا الرأي يقرر الكفاية الذاتية لمصلحة المدين الصرفي بحيث لا يمكن مطالبته بغير ما يقرره السند الصرفي .

و تعرف الكفاية الذاتية ايضًا بإنها (الوضع الذي يكون فيه مضمون الصك هو وحده الذي يحتكم اليه في تحديد مضمون هذا الحق وفي مداه وطرق تنفيذه وأي عنصر اخر اساسي أو ثانوي في هذا الحق) [٣] ، وهذا ما يمثل المعنى الايجابي للكفاية الذاتية ، وهناك رأي يفسر الكفاية الذاتية من الناحية السلبية ؛ مؤداه ان لا يجوز للمدين ولا للدائن ان يستند إلى أي حدث أو عنصر لم يرد له ذكر في الورقة ، فلا يجوز للدائن ان يطلب من المدين طلبات لا يكون اساسها الوحيد الورقة ذاتها ، كما لا يجوز للمدين ان يدفع في مواجهة الحامل حسن النية بدفوع لا يكون مصدرها الوحيد مثبتًا في الورقة[٤].

وهناك من يرى الكفاية الذاتية تتلخص في تحديد الحق الذي تتضمنه الورقة الصرفية من حيث عناصره وأوصافه في الورقة ذاتها فيمتنع الرجوع إلى محرر اخر أو اية رابطة قانونية اخرى سابقة أو لاحقة على نشوء الورقة لتحديد مضمون و أوصاف ذلك الحق ، بل يجب الاكتفاء بما ورد بالورقة ذاتها [١] .

وهناك من يرى الكفاية الذاتية تتمثل في عدم الخروج عن البيانات التي تضمنتها الورقة عند اقتضاء الحق الوارد فيها أي الرجوع إلى البيانات الواردة بالورقة دون سواها ليس عند تحديد الحق الصرفي و حسب بل و الالتزام الصرفي ايضًا ، سواء كان التزام الساحب أو المظهر أو أي من

---

١ - محمد ابو عافية ، التصرف القانوني المجرد ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة فاروق الاول ، ١٩٤٧، ص٢٣٣.
٢ - جولد سميث ، نظام القانون التجاري ، الطبعة الرابعة ، ص١٦١ ، اشار إليه محمد ابو عافية ، المصدر نفسه ص٢٣٤.
٣ - د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص٤٣.
٤ - د. اكثم امين الخولي ، الاوراق التجارية ، مكتبة سيد عبدالله ، مصر ، ١٩٧٠، ص٣٣
١ - د. محمد سمير الشرقاوي ، الاوراق التجارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣، ص٢٤.

الموقعين الاخرين على الورقة بحيث ان حق الحامل قبل الموقع يتحدد بما تضمنته البيانات الواردة في صلب الورقة الزامية كانت أم اختيارية [١].

٢- مقومات مبدأ الكفاية الذاتية

لكي تتسم الورقة الصرفية بالكفاية الذاتية لابد من توفر جملة من المقومات يترتب على تخلف احدها تداعي الكفاية الذاتية للورقة ، و سنوضح هذه المقومات تباعًا :-

أ- ان تكون بيانات الورقة محددة العبارة

لا يتصور احراز الورقة لكفايتها الذاتية مالم تكن عباراتها محددة بحيث يعبر البيان تعبيرًا صريحًا من خلال ما تضمنه من الفاظ عن مقدار الالتزام الصرفي وما يقابله من حق بمجرد الاطلاع عليه بشكل نهائي لا يدع مجالًا للمنازعة ، بيد ان ذلك لا يعني ان مجرد غموض العبارة الواردة في الورقة يؤدي إلى انهيار مبدأ الكفاية الذاتية متى ما امكن تفسير هذه العبارة وفق المعنى الحرفي لها وبالنظر إلى الفاظها [٢] ، أما لو استلزم تفسيرها اللجوء إلى وقائع خارجة عن الورقة فإنها تفقد كفايتها الذاتية .

ولا يؤثر على تحديد عبارات الورقة تضمينها بعض العبارات التي لا تسهم في البناء القانوني للورقة الصرفية ؛ مثل عبارات التحية و السلام فلا تؤثر هذه العبارات على مضمون الالتزام [٣] .

أما لو وردت عبارات الورقة متضمنة ما من شأنه التأثير على مضمون الالتزام الصرفي فإن ذلك سيؤثر على كفاية الورقة الذاتية كأن يذكر فيها مواعيد استحقاق متعاقبة [١] ، وبالتأكيد فان تحديد عبارة الورقة يقتضي ان يذكر فيها موعد استحقاق واحد .

ب- ان تكون بيانات الورقة منجزة العبارة

يجب ان تكون البيانات المعبرة عن الحق الصرفي الواردة في الورقة منجزة العبارة في تحديدها لهذا الحق ، فإذا عُلق تحديد هذا الحق على تحقق شرط فإن ذلك يؤدي إلى اختلال الكفاية الذاتية للورقة ، اذ ان تعليق الحق على شرط يقتضي البحث خارج الورقة عن مدى تحقق الشرط من

---

١ - جورجيت صبحي عبدة قليني ، مبدأ استقلال التوقيعات في الاوراق التجارية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٩٦، ص٤٠-٤١.

٢ - د. مصطفى كمال طه ، الاوراق التجارية و الافلاس ، الطبعة الاولى ، مطبعة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٨،ص ٢٦.

٣ - جورجيت صبحي ، مصدر السابق ، ص٤٦.

١ - د. سميحة القليوبي ، مصدر السابق ، ص٣٢.

عدمه ، وهذا الامر يخل بمبدأ الكفاية الذاتية ، فمن متطلباته عدم الاحالة إلى امور خارجية لتحديد مضمون الحق ، اضف إلى ذلك ان تعليق اداء الحق على تحقق شرط يؤدي إلى اعاقة تداول الورقة ، ويحول دون ادائها لوظيفة الوفاء فيفترض في الورقة الصرفية ان تقوم مقام النقود في الوفاء و هي لا تكون كذلك لو علق الحق المثبت بها على شرط .

وتجدر الاشارة إلى ان شرط التنجيز في عبارات البيان الصرفي ينصرف إلى كل من حالتي الانشاء و التظهير ؛ اذ يجب ان تحتفظ الورقة بصفة الكفاية الذاتية منذ انشائها و تحتفظ بهذه الصفة عند تداولها و صولاً إلى وفائها .

فلا يكفي ان تولد الورقة الصرفية مكتفية بذاتها ومن ثم تفقد هذه الصفة فيما بعد من خلال اضافة شرط من قبل احد المظهرين مثلًا[١] ، فقد يضيف المظهر شرطًا يعلق فيه اداء الحق الصرفي على امر معين ، وبعد ذلك يظهر الورقة ، أو قد يعلق التظهير نفسه على شرط ، والحالة الأولى تخل بالكفاية الذاتية للورقة الصرفية كان يضيف شرط إلى عبارة الامر في الحوالة ، أما الثانية فقد مر بنا ان القانون يفترض عدم وجود الشرط في التظهير ، وان هذه الحالة لا تمثل تطبيقًا للإفتراض الصرفي كونها تخالف الحقيقة دائمًا ، لذلك لن يؤثر التظهير المشروط على كفاية الورقة لوجود هذا الافتراض.

ويجب ان نلفت النظر إلى ان الشرط المقصود في هذا المقام هو ذلك الشرط الذي يكون من شأنه التأثير على اداء الحق الصرفي فقط دون غيره من الشروط الاختيارية التي لا تعلق اداء هذا الحق على شرط معين دام ان هذه الشروط تندمج مع بقية البيانات ولا تؤدي إلى الاحالة إلى وقائع خارجية ولا تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة .

٣ ـ اهداف الكفاية الذاتية

ان البحث عن اهداف الكفاية الذاتية للورقة الصرفية يرتبط كثيرًا بالأساس الذي بنيت عليه الكفاية الذاتية ، فهل تقوم على اساس فكرة حماية الظاهر ، ومن ثم يقتصر غرضها على حماية الغير حسن النية فقط ، أم انها تقوم على اساس اخر هو حماية الورقة ذاتها لتؤدي دورها كأداة وفاء في التعامل ؟ .

في حقيقة الامر ان الهدف من وراء اقرار مبدأ الكفاية الذاتية يختلف من تشريع إلى آخر وذلك تبعًا للفلسفة التي يعتنقها بلد التشريع .

---

١ ـ د. محسن شفيق ، الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص١٧.

ففي اطار القوانين التي نهلت من قانون جنيف كالقانون الفرنسي (قانون التجارة والنصوص المتعلقة بالصك في القانون النقدي و المالي) و قانون التجارة المصري و العراقي ومن حذا حذوها نجد ان الهدف من اقرار كفاية الورقة الصرفية الذاتية يتمثل بحماية الورقة التجارية ذاتها بإعتبارها ضرورة اقتصادية فمن خلال تمكينها من اداء دورها بجعلها مكتفية بذاتها نصل إلى حماية التعامل الصرفي ككل ؛ وبذلك تكون حماية الورقة الصرفية أولى من حماية الحامل وذلك للوصول للهدف الاسمى من وراء التعامل الصرفي و ما ترمي اليه كفاية الورقة الذاتية من حماية المصلحة الاجتماعية و استقرار المعاملات للوصول إلى حماية السياسة الائتمانية ككل [١] .

و بالمقابل نجد ان القوانين التي لا تنتمي إلى مجموعة جنيف كقانون التجارة الامريكي الموحد وعلى خلاف التشريعات السابقة يحاول قدر الامكان الحفاظ على مصلحة اشخاص الورقة الصرفية سواء اكان الحامل القانوني أو المدين الصرفي فيحافظ على الظاهر قدر الامكان لكن لا تصل هذه المحافظة إلى الحد الذي يمكن ان نقول معه ان القانون الامريكي ضحى بمصلحة اشخاص الورقة من اجل كفاية الورقة الذاتية بل العكس ؛ فنجد ان المادة (3-115) من قانون التجارة الامريكي الموحد في فقرتها الرابعة تنص (يقع عبء اثبات ان الكلمات أو الارقام اضيفت إلى المستند دون موافقة الموقع على عاتق الشخص الموقع على المستند الذي له ان يثبت عدم وجود سلطة لمن اضاف البيان) [٢] ، وبالتأكيد فان في ذلك احالة إلى وسائل الاثبات و ترجيح واضح لمصلحة الاطراف على حساب كفاية الورقة الذاتية .

٤-اهم التطبيقات التي تعزز مبدأ الكفاية الذاتية

يمكن القول و بحق ان قوانين التجارة - محل المقارنة- قد تضمنت العديد من النصوص التي كرست مبدأ الكفاية الذاتية ، ففي اطار القانون الفرنسي نجد ان المادة (L.511-8) من قانون التجارة اشارت إلى ضرورة خلو التظهير من الشرط و إذا وجد الشرط ، فيفترض عدم وجوده ، و اشارت ايضاً إلى ضرورة كتابة التظهير على الورقة ذاتها أو الورقة الملحقة بها (الوصلة) [١] .

---

١ - جورجيت صبحي ، مصدر سابق ، ص٥٤.

2 - (3-115)(4) "The burden of establishing that words or numbers were added to an incomplete instrument without authority of the signer is on the person asserting the lack of authority".

1 -L.511-8 " L'endossement doit être pur et simple. Toute condition à laquelle il est subordonné est réputée non écrite, L'endossement doit être inscrit sur la lettre de change ou sur une feuille qui y est attachée et dénommée allonge".

أما في اطار قانون التجارة الامريكي الموحد فكما اسلفنا ان هذا القانون كثيرًا ما يحيل إلى وقائع خارجة عن الورقة ، سيما إذا تعلق الامر بتقوية الضمانات و غيرها من الامور لكن لا يمكن القول ان القانون التجارة الامريكي الموحد لا يقر الكفاية الذاتية بشكل مطلق ؛ فعلى سبيل المثال تضمن القانون المتقدم افتراض يحل مشكلة تعارض البيانات دون الرجوع إلى وسائل الاثبات ، الذي نصت عليه المادة (3-114) وسنوضح هذه التطبيقات بشكل مفصل في الفصل الثالث من هذه الدراسة، و بشكل مجمل فأن هذا القانون يقر كفاية الورقة الذاتية - ولو بشكل نسبي- على اعتبار ان المادة (3-204) اوجبت كتابة التظهير على السند القابل للتداول او الوصلة الملحقة به ، فقد جاء في الشطر الاخير من هذه المادة (لغرض تحديد ما اذا كان التوقيع قد ورد على السند القابل للتداول فأن الوصلة الملصقة بالسند تعتبر جزء منه)[١] ، ويضع القضاء الامريكي قيد على استخدام الوصلة يتمثل بضرورة امتلاء السند بحيث لا يستوعب المزيد من التظهيرات اما لو كان يتضمن مساحة خالية والحقت به الوصلة فلا يعدها جزء من السند القابل للتداول ؛ فقد جاء في قرار للدائرة الرابعة في محكمة استئناف ولاية (كليفورنيا) ما نصه (استنتجت المحكمة أن تظهير "ويليامز" للسند الإذني لم يكن كافياً للتظهير الفعال، لأن الورقة المرفقة بالسند لم تكن فعالة لأن هناك مساحة كافية لكتابة التظهير على السند نفسه)[٢] .

وفي اطار قانون التجارة المصري نجد ان المادة (١/٣٩٣) نصت "يكتب التظهير على الكمبيالة نفسها أو على ورقة متصلة بها (وصلة) ويوقعه المظهر" ، كذلك نصت المادة (١/٤١٣) من القانون نفسه "يكتب القبول على الكمبيالة نفسها و يؤدى بلفظ مقبول أو اي عبارة اخرى تفيد معناه ويوقعه المسحوب عليه" .

و في اطار القانون العراقي فإنه لا يبتعد عن موقف القانون السابق فنجد العديد من النصوص التي تضمنها قانون التجارة حاولت ان تعزز من الكفاية الذاتية للورقة الصرفية ؛ فنجد على سبيل المثال ان المادة (٥٣/اولاً) نصت " يكتب التظهير على الحوالة ذاتها أو على الورقة المتصلة بها ويوقعه المظهر " ، كذلك نجد ان المادة (٥٢/ أولاً) اعتبرت كل شرط يعلق عليه نفاذ التظهير كأن لم يكن ، وبذلك تمنع الاحالة إلى وقائع خارجة عن الورقة .

1- 3-204 " For the purpose of determining whether a signature is made on an instrument, a paper affixed to the instrument is a part of the instrument"

2- Court of Appeal, Fourth District, Division 2, California , Helen A. PRIBUS, Plaintiff and Respondent, v. Philip L. BUSH, Defendant and Appellant, Decided: May 12, 1981, (concur) https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1835126.html

كذلك نجد ان المادة (٧٥/اولاً) اشترطت ان يرد القبول على الورقة ذاتها ؛ إذ نصت "يكتب القبول على الحوالة ذاتها بلفظ "مقبول" أو بإية عبارة اخرى تفيد معناه ، ويوقعه المسحوب عليه " .

ومن كل ما تقدم يبدو جليًا ان مبدأ الكفاية الذاتية من المبادئ المهمة التي تحكم التعامل الصرفي فله دور مهم في اداء الورقة لوظائفها فبدونه لا تكون اداة وفاء تحل محل النقود في التعامل فكما ان النقود كافية بذاتها لا تحتاج إلى اي دليل اخر خارج عنها يثبت القيمة التي تمثلها [١].

كذلك الامر بالنسبة للورقة الصرفية فهي الاخرى كافية بذاتها بدعامتها التي نقش عليها مضمونها البياني ، لا تحتاج إلى أي سند يثبت الحق المثبت فيها ولا تحيل إلى واقعة خارجة عنها لوفاء هذا الحق ، وإلى هنا نرى ان مفهوم مبدأ الكفاية الذاتية اصبح واضحًا فهل كان للأفتراض الصرفي دور في تعزيز هذا المبدأ هذا ما سنوضحه في الفقرة القادمة.

ثانياً :- دور الافتراض الصرفي في تعزيز مبدأ الكفاية الذاتية

يؤدي الافتراض الصرفي دورًا مهمًا في تعزيز مبدأ الكفاية الذاتية حينما يحول في كثير من الاحيان دون الاحالة إلى وقائع خارجة عن الورقة الصرفية ؛ فنجد على سبيل المثال ان كل تطبيقات الافتراض الصرفي المنظم تدعم الكفاية الذاتية للورقة ؛ فحين يفترض القانون ان ميعاد استحقاق الورقة الصرفية عند خلوها من أي تحديد يكون عند الاطلاع ؛ فهو بذلك يحول دون اللجوء إلى وسائل الاثبات التي يمكن من خلالها الوصول إلى ميعاد الاستحقاق الذي قد يكون الاتفاق منعقدًا عليه بين الاطراف الا انه لم يدون ضمن مضامين الورقة .

كذلك الامر بالنسبة لافتراض مكان الانشاء و مكان الاداء عند خلو الورقة الصرفية منهما أو من احدهما ، فهذا الافتراض يحول دون اللجوء إلى وسائل الاثبات و من ثم الحفاظ على كفاية الورقة وعدم الخروج عنها من اجل التوصل إلى مكان الانشاء الحقيقي أو مكان الاداء الذي انعقد الاتفاق عليه لكنه لم يرد في الورقة .

كذلك الأمر بالنسبة لتطبيقات الافتراض الصرفي المكمل ؛ فعندما لا يذكر في القبول بالتدخل اسم من حصل القبول بالتدخل لمصلحته ، فبدلًا من ان نبحث من خلال وسائل الاثبات المختلفة عن

١- هنالك من يرى ان الاوراق الصرفية لا يمكن بأي حال من الاحوال ان تكون بديلًا للنقود في التعامل ؛ لان الحق الثابت فيها غير مؤكد الاستيفاء بعكس النقود و من ثم يمكن ان تمثل النقود لفترة من الوقت و تكون قيمتها قائمة على اساس الظن و من ثم لا يتعاطها الى من يقبل المجازفة ، ينظر في تفصيل ذلك ، د. عبد الرحمن البدوي ، امانويل كنت و فلسفة القانون و السياسة ، وكالة المطبوعات ، الكويت ، ١٩٧٩، ص٦٤.

الشخص الذي حصل القبول بالتدخل لمصلحته و ما يترتب على ذلك من خرق للكفاية الذاتية للورقة الصرفية ، نجد ان الافتراض الصرفي يحول دون ذلك ؛ من خلال افتراض ان هذا القبول بالتدخل قد حصل لمصلحة الساحب ، وبذلك تحفظ للورقة كفاتها الذاتية ، والأمر نفسه يحصل بالنسبة للوفاء بالتدخل والضمان حين لا يذكر من حصلت هذه الضمانات لمصلحته.

كذلك نجد ان المشرع حين يفترض وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه المدين للساحب وقت استحقاق الحوالة فهو بذلك يحول دون اللجوء إلى وقائع خارجة عن الورقة تثبت أو تنفي وجود هذا المقابل ، وبالتأكيد ان لذلك اثرٌ كبير على تعزيز مبدأ الكفاية الذاتية .

كذلك مر بنا ان من لوازم الكفاية الذاتية ان تكون بيانات الورقة محددة العبارة بحيث يفهم المقصود منها دون الحاجة إلى اللجوء إلى قرائن أو وقائع خارج الورقة تسهم في تحديد عبارة السند وازالة ابهامه ، وفي كثير من الاحيان نجد ان الافتراض الصرفي يحول دون اللجوء إلى هذا القرائن والوقائع فيوضح مضمون البيان بما يؤدي إلى ان تكون دلالته محددة ان لم تكن عبارته كذلك .

كالافتراضات الخاصة بالتوقيع المجرد الذي يرد على متن الورقة الصرفية ؛ فورد التوقيع بتجرده عن ما يحدد هوية التصرف يجعل منه بيان غير محدد العبارة ، ولا وسيلة غير الافتراض الصرفي يمكنها ان تحدد عبارة هذا البيان دون الخروج على الكفاية الذاتية للورقة الصرفية ، لان بقية الوسائل من شأنها اللجوء إلى وسائل الاثبات المختلفة و بذلك فان اللجوء اليها من شأنه ان يؤدي إلى التفريط بالكفاية الذاتية للورقة الصرفية .

والامر نفسه ينطبق على اختلاف مضامين بيانات الورقة الصرفية كما لو اختلفت صيغة كتابة مبلغ الورقة بحيث كتب رقمًا وحرفًا واختلفت القيمة بين الاثنين .

بالتأكيد فإن الفرضية المتقدمة تجعل من عبارة الورقة غير محددة ؛ و من ثم تفقد الكفاية الذاتية احد اهم مقوماتها ، و إذا اردنا ان نحدد عبارة الورقة بما يزيل هذا الغموض - بتجرد عن الحل الذي وضعه المشرع - سيكون امامنا مجموعة من الفرضيات و كما يلي :-

فإما ان نرجع إلى قيمة الصفقة التي حررت الورقة الصرفية للوفاء بها على اعتبار ان الفرض الغالب ان لا تحرر الورقة الا للوفاء بعلاقة مديونية سابقة ، فالرجوع إلى قيمة هذا الصفقة من شانه ان يقربنا من المبلغ الحقيقي للورقة ، و بذلك تحدد عبارة الورقة و نصل إلى المبلغ الصحيح رقمًا كان أو حرفًا ، ولا يخفى ما يترتب على هذا الوسيلة من خرق فاحش لمبدأ الكفاية الذاتية ، و الفرضية الثانية تتم من خلال اللجوء إلى وسائل الاثبات المختلفة كالبينة والقرائن و اليمين و من ثم يمكن ان نصل إلى

المبلغ الحقيقي الذي يمثل القيمة الحقيقية للورقة و نحدد عبارة السند ويرتفع التضارب، وهذا الطريقة هي الاخرى يترتب على الاخذ بها خرقًا واضحًا لمبدأ الكفاية الذاتية.

ويتضح ان السبيل الوحيد الذي يمكن ان نحدد فيه عبارة السند دون الخروج على الكفاية الذاتية له يتمثل باللجوء إلى الافتراض الصرفي فنفترض صحة المبلغ المكتوب حرفًا بغض النظر عن قيمة الصفقة و وسائل الاثبات المختلفة وهذا الطريقة تمثل السبيل الامثل الذي تحدد من خلاله عبارات السند مع الاحتفاظ بكفاية الورقة الذاتية ؛ اذ ان هذا الافتراض ثابت بقواعد موضوعية غير قابلة للدحض ومجردة من الاثبات وان كان هذا الافتراض قد بني على الاحتمال الراجح الا انه تصور مجرد فرضه المشرع بعيدًا عن التفصيلات والوقائع الخاصة بكل حالة قد يفرزها التعامل العملي ، وبذلك يكون ما افترضه المشرع متولدًا عن الورقة الصرفية ذاتها و بتجرد تام عن كل ما هو خارج عنها ، وبذلك يتضح الدور الكبير الذي يلعبه الافتراض الصرفي في تدعيم مبدأ الكفاية الذاتية للورقة الصرفية .

المطلب الثاني

فلسفة الصياغة التشريعية للأفتراض الصرفي في جانبها الذاتي

نقصد بالفلسفة التشريعية للأفتراض الصرفي في جانبها الذاتي تلك العلاقة التي تربطه بمبادئ القانون الصرفي ذات الطابع الذاتي ؛ فهناك مبادئ تحكم التعامل الصرفي ذات طابع ذاتي بحيث يبرز اثرها لا على الورقة التجارية ذاتها بقدر ما يبرز بين اشخاصها ، فالتعامل الصرفي لا يختصر بورقة تضمنت جملة من البيانات رغم الاهمية الكبيرة التي أولاها المشرع لهذه الورقة ، ففي المقابل هناك جانب ذاتي لهذا التعامل يتجلى في اطار العلاقات المتعددة بين المتعاملين في الميدان الصرفي ، وتجدر الاشارة إلى ان هذه المبادئ ربما لا يكون بعضها محل اتفاق بالنسبة للفقه ، لكننا سنقتصر في بحثنا إلى الاكثر شيوعًا من بينها ، و قد اسهم الافتراض الصرفي بوصفه من اساليب الصياغة التشريعية في بلورة هذه المبادئ ، ولعل من اهم مبادئ القانون الصرفي ذات الطابع الذاتي مبدأ التشدد على المدين الصرفي و مبدأ استقلال التوقيعات وتجريد الالتزام الصرفي و لإيضاح فلسفة الافتراض الصرفي في جانبها الذاتي سنقسم هذا المطلب على فرعين سنبين في الفرع الاول علاقة الافتراض الصرفي بمبدأ التشدد على المدين الصرفي ، و للترابط الكبير بين مبدأ استقلال التوقيعات وتجريد الالتزام الصرفي سنبحثهما معًا في الفرع الثاني من هذا المطلب .

الفرع الاول

علاقة الافتراض الصرفي بمبدأ التشدد على المدين الصرفي

بمجرد ان يذكر الالتزام الصرفي فإن أول فكرة تتبادر إلى الاذهان تتمثل في ان هذا الالتزام يتشدد في معاملة المدين ؛ لذلك لا غرابة ان قلنا ان هذا المبدأ يعد من اهم المبادئ التي تسهم في رسم معالم القانون الصرفي ، فلا يعامل المدين في اطار هذا القانون كما يعامل في اطار القواعد العامة في القانون المدني ، و لكي نحيط بالدور الذي يلعبه الافتراض في اطار تعزيز هذا المبدأ سنبين أولًا مفهوم مبدأ التشدد على المدين الصرفي ، و من ثم سنوضح بعد ذلك دور الافتراض الصرفي في تعزيز مبدأ التشدد على المدين الصرفي .

اولاً :- مفهوم مبدأ التشدد على المدين الصرفي

تتمايز قواعد القانون الصرفي عن القواعد العامة في القانون المدني و حتى قانون التجارة في كونها قاسية بعض الشيء في تعاملها مع المدين الصرفي ، و تتجلى مظاهر هذه القسوة في مواطن عدة ؛ فالمدين ملزم بدفع قيمة الورقة الصرفية في ميعاد استحقاقها بغض النظر عن وضعه المالي ؛ بحيث لا يمكن منحه مهلة قضائية نظرًا لما تستلزمه الورقة من سرعة في تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها ، و يطلق الفقه على هذا التطبيق قاعدة (عدم وجود مدة سماح) وهي قاعدة تدل على الشدة في التنفيذ في الميدان الصرفي ، فالحامل القانوني يجب ان يكون على ثقة من حصول الوفاء في اليوم المحدد [1] .

و قد اكد قانون التجارة الفرنسي على هذا المبدأ لكنه استثنى بنص صريح الحالات التي يكون فيها تقديم الورقة في ميعاد استحقاقها مستحيلًا بسبب قوة قاهرة كما اشارت إلى ذلك المادة (L.511-61) و التي نصت (في الاحوال التي يكون فيها البلد في حالة حرب أو كوارث طبيعية عامة أو الاحوال التي تعجر فيها الدولة عن اداء خدماتها فأن المواعيد النهائية التي يجب ان تجري خلالها التصرفات الصرفية كالاحتجاج وغيره من الاعمال الضرورية للخصومة القضائية المتعلقة بالورقة يجوز تمديدها بقرار من مجلس الوزراء يصدر ليطبق على جميع الاراضي الفرنسية ، و يجوز تمديد

---

١ - ج. يبير ، ر. روبلو . مصدر سابق ، ص٢٨٨-٢٨٩.

تواريخ الاستحقاق في الاوراق الصرفية في ظروف مماثلة و بنفس الشروط) [١].

ومثل هذا الحكم نجده ايضًا في اطار قانون التجارة الامريكي الموحد فقد اجاز للحامل وللساحب في الحوالة (الامر) و للمتعهد في الكمبيالة (التعهد) تمديد ميعاد الاستحقاق و اجاز ايضًا تمديده في حالة الحادث الفجائي كذلك من الممكن ان تضاف في الورقة القابلة للتداول خيارات تعطي الحق لبعض اشخاص الورقة ان يمددوا ميعاد الاستحقاق ، اذ اشارت المادة (3-108/2) (الوعد أو الأمر "يكون واجب الدفع في وقت محدد" إذا كان مستحق الدفع عند انقضاء مدة زمنية محددة ، بعد الاطلاع أو القبول أو في تاريخ محدد ، أو في وقت أو أوقات يمكن التحقق منها بسهولة في ذلك الوقت، الوعد أو الأمر الصادر ، مع مراعاة حقوق ، (أ) الدفع المسبق ، (ب) التعجيل، (ج) التمديد بناءً على خيار الحائز، (د) التمديد إلى وقت محدد آخر بناءً على خيار الساحب أو القابل أو تلقائيًا عند أو بعد فعل أو حدث مفاجئ) [١].

الا ان هذا القانون تضمن مواطن نستطيع ان نستنبط منها شيء من التشدد على المدين في السند القابل للتداول اذ جعل هذا القانون الفائدة القانونية تستحق من تأريخ تحرير الورقة وليس من تأريخ المطالبة القضائية أو من تأريخ الاحتجاج ؛ وهو ما اشارت إليه المادة (3-112/B) حين نصت (تستحق الفائدة على الورقة القابلة للتداول التداول التي تحمل بالفائدة من تاريخ انشاء الورقة القابلة للتداول) [٢].

---

1 - L.511-61
"Dans le cas de mobilisation de l'armée, de fléau ou de calamité publique, d'interruption des services publics gérés ou soumis au contrôle de l'Etat ou des collectivités territoriales, des décrets en conseil des ministers peuvent, pour tout ou partie du territoire, proroger les délais dans lesquels doivent être faits les protêts et les autres actes destinés à conserver les recours pour toutes les valeurs négociables.
Dans les mêmes circonstances et sous les mêmes conditions les échéances des valeurs négociables peuvent être prorogues".
1 - (3-108) (2) A promise or order is "payable at a definite time" if it is payable on elapse of a definite period of time after sight or acceptance or at a fixed date or dates or at a time or times readily ascertainable at the time the promise or order is issued, subject to rights of:
(a) Prepayment.
(b) Acceleration.
(c) Extension at the option of the holder.
(d) Extension to a further definite time at the option of the maker or acceptor or automatically upon or after a specified act or event.
2 - - Sec.(3-112). (b) " Interest on an interest-bearing instrument is payable from the date of the instrument".

ومن مواطن التشدد على المدين الاخرى في اطار القانون الامريكي ما اشارت إليه المادة (3-112/2) التي خرجت على الكفاية الذاتية للورقة حين اجازت اثبات سعر الفائدة بكافة وسائل الاثبات حيث نصت (يجوز تحديد الفائدة في الورقة القابلة للتداول كمبلغ ثابت أو متغير من المال أو يمكن التعبير عنها كمعدل أو معدلات ثابتة أو متغيرة ، قد يتم ذكر أو وصف مبلغ أو معدل الفائدة في الورقة بأي صيغة ، إذا كانت الورقة تنص على هذه الفائدة ولكن لا يمكن التأكد من مقدارها في الوصف المذكور فيمكن اثباتها بالرجوع إلى معلومات غير واردة في الورقة ، مثلًا تكون الفائدة مستحقة الدفع بسعر الصرف الساري في مكان دفع الورقة وفي وقت استحقاقها) [1] ، فالأصل بالنسبة لبيان الفائدة - في اطار القوانين التي نهلت من قانون جنيف- ، بيان سعر هذه الفائدة فإذا خلت منه عُدَّ البيان كأن لم يكن[1] ، و بما ان قانون التجارة الامريكي الموحد اباح اثباتها بكافة الوسائل ان لم تبين في السند بدلاً من ابطال البيان ، فذلك من مواطن التشدد على المدين .

وفي اطار القانون المصري فقد تضمن الكثير من مواطن التشدد على المدين الصرفي منها على سبيل المثال ما نصت عليه المادة (٥٩) من قانون التجارة المصري التي نصت " لا يجوز للمحاكم منح المدين بإلتزام تجاري مهلة للوفاء به أو تقسيطه الا عند الضرورة وبشرط عدم الحاق ضرر جسيم بالدائن " ، بالتأكيد فأن ابرز مصداق للدين التجاري هو ذلك الدين الذي تتضمنه الورقة الصرفية ؛ و تأكيدًا لذلك نصت المادة (٥٤٧) من القانون نفسه " لا يجوز للمحاكم ان تمنح مهلة للوفاء بقيمة الورقة التجارية أو للقيام بأي اجراء متعلق بها الا في الاحوال وفي الحدود التي نص عليها القانون " ، كما اهتم المشرع المصري بأثبات واقعة امتناع المدين عن الوفاء بقيمة الورقة ؛ فأوجب عمل الاحتجاج الخاص بعدم الوفاء وهو ورقة تثبت امتناع المدين الصرفي عن وفاء قيمة الورقة في ميعاد الاستحقاق ، ويمثل ذلك غالبًا امارة من امارات التوقف عن الدفع الذي تتطلبه اجراءات الافلاس الخاصة بالمدين ؛ ولاشك بإن هذا الامر يلحق ضررًا بليغًا بإئتمان التاجر [2] و كذلك يجمع الفقه في

---

1 - (3-112) Interest.

(2)" Interest may be stated in an instrument as a fixed or variable amount of money or it may be expressed as a fixed or variable rate or rates. The amount or rate of interest may be stated or described in the instrument in any manner and may require reference to information not contained in the instrument. If an instrument provides for interest, but the amount of interest payable cannot be ascertained from the description, interest is payable at the judgment rate in effect at the place of payment of the instrument and at the time interest"

١ - د. فائق الشماع ، د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص١٠٨.

٢ - د. صفوت البهنساوي ، مصدر سابق ، ص٣٠، وانظر في المعنى نفسه ، المستشار احمد محمود خليل ، شرح الإفلاس التجاري في ضوء القانون الجديد ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠١- ٢٠٠٢، ص٣٣.

مصر على ان فرض التضامن بين الموقعين على الورقة يعد موردًا من موارد التشدد على المدين الصرفي [١] .

كذلك من مواطن التشدد على المدين استثناء الوفاء في فترة الريبة بقيمة الورقة التجارية من الخضوع لعدم النفاذ و لو كان الحامل عالمًا بتوقف المدين عن الدفع تنشيطًا للتعامل بالأوراق الصرفية ورغبة في حماية الحامل القانوني [٢] .

اما بالنسبة للقانون العراقي فقد تضمن قانون التجارة النافذ العديد من موارد التشدد على المدين الصرفي نذكر منها على سبيل المثال ما اشارت إليه المادة (١٨٣) اذ نصت " لا يجوز للمحاكم ان تمنح مهلاً للوفاء بقيمة الورقة التجارية أو للقيام بإي اجراء متعلق بها الا في الاحوال التي نص عليها القانون" .

و العلة في منع اعطاء مهلة لمن طولبَ بوفاء قيمة الحوالة تتمثل برغبة المشرع في تدعيم الائتمان و الثقة في الاوراق الصرفية كي تؤدي وظائفها و يتم تداولها على وجه السرعة التي تقتضيها المعاملات التجارية [١] ، خلاف ما عليه الحال في ظل القواعد العامة في القانون المدني التي تجيز منح المدين اجلًا تحدده المحكمة متى ما أنست منه حسن النية على ان لا يؤدي منح الاجل إلى المدين إلى الاضرار بالدائن [٢] .

كذلك من مواطن التشدد الاخرى ما نصت عليه المادة (١١٣) من قانون التجارة العراقي التي نصت " يجوز لحامل الورقة المعمول عنها احتجاج عدم الاداء ان يوقع حجزًا احتياطيًا على منقولات كل من الساحب أو القابل أو المظهر أو الضامن أو غيرهم من الملتزمين بالحوالة دون حاجة إلى تقديم كفالة مع مراعاة الاحكام الاخرى لهذا الحجز في قانون المرافعات المدنية " .

---

١ - انظر د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص ٣٥ ، و انظر ايضاً د. مصطفى كمال طه و د. علي البارودي ، المصدر السابق ، ص٢٦، و انظر ايضاً د. عبد الحميد الشواربي و عاطف الشواربي و عمرو الشواربي ، المصدر السابق ، ص٧٣، و انظر ايضًا د. أسيل حامد خليفة الفضالة ، الصلح الواقي من الإفلاس ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦، ص١٥.

٢ - د. عبد الفضيل محمد احمد . الاوراق التجارية ، دار الفكر و القانون ، المنصورة ، ٢٠١٠، ص٢٠، وانظر في المعنى نفسه د. احمد علي الخطيب ، الحجر على المدين لحق الغرماء في الفقه الإسلامي والقانون المقارن ، مطبعة دار التأليف ، مصر ، ١٩٦٤، ص٢٨.

١ - د. فائق الشماع ، فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص٢.

٢ - نصت المادة (٢/٣٩٤) من القانون المدني العراقي "فإذا لم يكن الدين مؤجلاً، او حل اجله، وجب دفعه فورًا، ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة إذا لم يمنعها نص في القانون ان تنظر المدين الى اجل مناسب إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم".

وبالرجوع إلى المادة (٢/٢٣٤) من قانون المرافعات المدنية نجدها تلزم طالب الحجز بإن يقدم كفالة رسمية اذ نصت "يجب ان يقدم طالب الحجز كفالة رسمية أو تامينات نقدية مقدارها عشرة في المائة من قيمة الدين المطالب به أو يضع عقارًا قيمته النسبة المذكورة على الاقل للحجز عليه ضمانًا لما يترتب على الحجز من ضرر إذا ظهر ان طالبه غير محق . وبالنسبة للدوائر الرسمية وشبه الرسمية فيكتفي منها تعهد الدائرة باداء الضرر والمصاريف إذا ظهر ان الحاجز غير محق".

وبالتأكيد فإن إعفاء حامل الورقة من تقديم كفالة يسهل من اجراءات الحجز الاحتياطي و بالنتيجة يضيق على المدين الصرفي ؛ ولعل العلة من ذلك تتمثل بأن حق حامل القنوني الذي تتضمنه هذه الورقة الصرفية لا يحتمل الشك لذلك يرتفع المحذور فلا يتصور ان طالبه قد لا يكون على حق ، ناهيك عما يضيفه هذا الحكم من تقوية للأئتمان الذي تتضمنه الورقة .

كذلك من مظاهر التشدد على المدين الصرفي ما اشارت اليه المادة (٩١/ثانياً) من قانون التجارة العراقي النافذ التي القت بتبعة الوفاء المبتسر على عاتق المدين الصرفي - المسحوب عليه - حيث نصت " أذا أوفى المسحوب عليه قبل الاستحقاق فيتحمل تبعة ذلك"، وبموجب هذا النص فأن المسحوب عليه قد يتعرض إلى وفاء قيمة الحوالة مرة ثانية حين لا يكون الوفاء الاول مبرئاً للذمة ؛ كأن يحصل الوفاء على صورة الحوالة وليس النسخة الاصلية ، أو ان يحصل لشخص آخر غير الحامل القانوني .

كذلك من مواطن التشدد على المدين الصرفي ما اشارت اليه المادة (١٠٣/اولاً) التي نصت " يكون اثبات الامتناع عن قبول الحوالة أو عن وفائها باحتجاج عدم القبول أو احتجاج عدم الوفاء" ، وبالتأكيد فأن اثبات الامتناع عن الوفاء بهذه الطريقة يسهم و بشكل كبير في الاساءة إلى السمعة التجارية للمدين الصرفي واضعاف الثقة في ملائته التجارية .

وهناك الكثير من مواطن التشدد الاخرى التي لا نرى ضرورة لاستعراضها جميعًا فبقدر تعلق الامر بإيضاح فكرة التشدد على المدين الصرفي نرى ان ما تقدم كان كافيًا ، وبقي ان نقول ان هناك اتجاهًا فقهيًا يرى ان القانون الصرفي حاول الموازنة بين حقوق الدائن وحقوق المدين من خلال فرض بعض الواجبات على الدائن الصرفي [1] ، مثل ضرورة الالتزام بمواعيد معينة تخص تقديم الورقة

---

١ - و منهم د. مصطفى كمال طه ، د، علي البارودي ، مصدر سابق ، ص٢٦. إذ لا يرون ان مبدأ التشدد على المدين من المبادئ التي يقوم عليها القانون الصرفي و يستعيضون عن هذا المبدأ بما يسمى (توازن المصالح في اطار التعامل الصرفي) انظر ايضًا في المعنى نفسه د. الياس ناصيف ، مصدر سابق، ص٤٩.

للقبول أو الوفاء أو تحرير الاحتجاج و من ثم إذا اخل بهذه المواعيد يسقط حقه الصرفي و يكون حاملاً مهملاً ، وبالنتيجة قد تشدد المشرع الصرفي على كل من المدين و الدائن - وفق اصحاب هذا الرأي- .

ولا نتفق مع الرأي المتقدم ؛ فهذه الاحكام انما فرضت ليس من باب التشدد أو الموازنة بين واجباته و حقوقه بقدر ما ان تشريعها كان بهدف ضمان الاستقرار الحركي للتعامل الصرفي بان لا يتراخى الحامل في استيفاء حقه ومن ثم يسقط حقه الصرفي ، كذلك ان هذه الواجبات لا توجد بينها وبين تلك التي فرضت على المدين أي مقارنة ؛ فإي توازن يكون بين كفة تضم كل ما تقدم من تطبيقات للتشدد على المدين - ونحن ذكرناها على سبيل المثال لا الحصر- و بين كفة اخرى تضم واجبات فرضت حرصًا على الدائن بالدرجة الاولى .

ومن كل ما تقدم يبدو جليًا أن مبدأ التشدد على المدين الصرفي من المبادئ المهمة الحاكمة على التعامل الصرفي ، فهل كان للافتراض الصرفي دور في تعضيده، هذا ما سنوضحه في الفقرة القادمة .

ثانياً:- دور الافتراض الصرفي في تعزيز مبدأ التشدد على المدين

يسهم الافتراض الصرفي و بشكل فعال في تدعيم و تعزيز مبدأ التشدد على المدين الصرفي ، فنجد ان العديد من تطبيقاته تسهم في تقوية ضمانات الدائن و بالمقابل تؤدي إلى التشدد على المدين فعلى سبيل المثال يفترض بموجب الافتراض الصرفي وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه المدين للساحب[١] .

و يطلق الفقه الفرنسي على مقابل الوفاء مصطلح (La provision) و تعني المؤونة و تأتي من الأستيثاق المسبق ؛ فالساحب يجب ان يستوثق دفع الورقة ؛ لان المسحوب عليه لن يدفع الا إذا كان مدينًا للساحب بشيء ما [٢] .

و بالتأكيد فإن افضل وسيلة لأستيثاق دفع الورقة هو ان نفترض وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه المدين للساحب ، سيما إذا كان هذا الافتراض ثابت بنصوص صيغت بقالب القواعد الموضوعية التي لا تقبل اثبات العكس أو الدحض ، فمتى كان المسحوب عليه مدينًا للساحب وقت

---

١ - اشارت الى هذا الافتراض المادة (L.511-7) من قانون التجارة الفرنسي و المادة (٤٠٢) من قانون التجارة المصري و المادة (٦٣) من قانون التجارة العراقي ، و لم نجد ما يقابل هذه المواد و يشير بشكل صريح الى افتراض وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه المدين للساحب في اطار قانون التجارة الامريكي الموحد وسنوضح ذلك بشكل اكثر تفصيلًا في الفصل القادم من هذه الاطروحة عند بيان هذا التطبيق بوصفه من تطبيقات الافتراض الصرفي .

٢ - ج.ربير ، ر.روبلو ، مصدر سابق ، ص٢٢٦

استحقاق الورقة فإنه لا يستطيع الامتناع عن وفائها بحجة عدم مقدرته على ذلك ، ولابد ان ننوه مرة اخرى إلى ان هذا الافتراض يختلف عن الافتراض الخاص بوجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه القابل ؛ لان الاخير صيغ بقالب القرينة الصرفية ومن ثم يجوز اسقاط هذه القرينة .

ويبدو جليًا أن هذا التطبيق للأفتراض الصرفي يسهم في التشدد على المدين الصرفي ؛ إذ لا يمكنه الامتناع عن الوفاء بحجة عدم تخصيص الدين كمقابل لوفاء قيمة الحوالة أو بأي دفع اخر ناتج عن علاقه خارجية عن الورقة ما دام انه مدينًا للساحب وقت استحقاق الحوالة .

ومن تطبيقات الافتراض الصرفي التي تسهم في تدعيم مبدأ التشدد على المدين الصرفي ذلك الافتراض الخاص بالتوقيع المجرد للمسحوب عليه ، فبمجرد وضع المسحوب عليه توقيعه على وجه الحوالة سيفترض ان هذا التوقيع يعد قبولًا للحوالة ، ولو لم يكن قاصدًا من وضعه للتوقيع ذلك ؛ فقد تكون نيته عند التوقيع قد انصرفت إلى انه قد اطلع على مضامين الحوالة فقط ؛ فمجرد الاطلاع أو العلم لا يعني القبول بدفع قيمة الحوالة وقت الاستحقاق .

وبالتأكيد فإن المشرع حين افترض ان دلالة التوقيع تعني الموافقة على دفع قيمة الحوالة عند حلول ميعاد الاستحقاق (قبول) ورغم ان هذا الافتراض قد لا يتوافق مع قصد المسحوب عليه من وضع التوقيع فإن ذلك يعد موردًا للتشدد على المدين الصرفي ؛ سيما لو اخذنا بالحسبان ان هذا الافتراض غير قابل للدحض أي ان المسحوب عليه لا يستطيع الادعاء بإنه لم يكن قاصدًا من توقيعه المجرد على الحوالة الموافقة على دفعها عند حلول ميعاد الاستحقاق .

ومن تطبيقات الافتراض الصرفي الاخرى التي تسهم في التشدد على المدين الصرفي ذلك الافتراض الذي يعتبر ان اي موقع (وضع توقيعًا مجردًا) على وجه الحوالة غير المسحوب عليه أو الساحب يعد ضامنًا لوفاء قيمتها حتى لو لم يكن عالمًا بما يترتب على توقيعه أو لم يكن قاصدًا من وضعه للتوقيع المجرد ان يكون ضامنًا و انما وقع بصفته شاهداً مثلاً دون بيان هذه الصفة وهو ما اشارت اليه المادة (٨١/ ثانياً) من قانون التجارة العراقي النافذ .

ويعدُ هذا التطبيق من موارد التشدد لأن صاحب التوقيع لا يستطيع دحض دلالة الافتراض وان اثبت العكس اي اثبت انه كان يقصد من توقيعه دلالة اخرى غير التي افترضت بموجب الافتراض الصرفي.

وكذلك من تطبيقات الافتراض الصرفي التي تسهم في تعزيز مبدأ التشدد على المدين الصرفي ذلك الذي يفترض التضامن بين الموقعين على الورقة الصرفية ، فكل موقع على الورقة الصرفية يعتبر ضامنًا و متضامنًا مع بقية الموقعين لوفاء قيمة الورقة .

ولعل سؤال يتبادر إلى الاذهان يخص التطبيق المتقدم ، مقتضاه ان التضامن بين المدينين (التضامن السلبي) انما يوجد لمصلحة المدينين في العادة ؛ فوجود من يتضامن مع المدين في سداد الدين فرضية افضل له من ان يوجد لوحده مدينًا في مواجهة الدائن ، فكيف يكون افتراض التضامن بين المدينين الصرفيين من موارد التشدد عليهم ؟.

نقول في جواب هذا السؤال ان التضامن الصرفي تختلف احكامه عن ذلك التضامن الموجود في اطار القواعد العامة في القانون المدني[١] ، فهو انما يفترض كصورة من صور التشدد على المدين الصرفي ؛ على اعتبار انه يفترض ان جميع الموقعين على الورقة بغض النظر عن صفاتهم و بصرف النظر عن اختلاف الأسباب التي ادت بهم إلى وضع تواقيعهم متضامنين في وفاء قيمتها [١] ، حتى وان لم يكن من وضع التوقيع على الورقة قاصدًا ان يجعل نفسه متضامنًا مع بقية الوقعين في وفاء قيمتها .

اضف إلى ذلك ان المظهرين يلتزمون بالضمان على وجه التضامن مع الساحب رغم انهم دفعوا المقابل لهذه الورقة فعلًا عند تظهيرها اليهم ؛ ويمثل ذلك دون شك التزام قاسٍ يرتبه القانون على عاتقهم لصالح الحامل الاخير [٢] .

ويضاف إلى كل ما تقدم ان حامل الورقة الصرفية يستطيع الرجوع على اي من الملتزمين بقيمة الورقة كلها دون ان يستطيع هذا الاخير الدفع في مواجهة الحامل بحق التجريد أو التقسيم ، وبالتأكيد كانت غاية المشرع من هذا التشدد حماية حقوق الحامل حسن النية و تدعيم وظائف الورقة

---

١ - و نقصد هنا (التضامن) وليس (افتراض التضامن) لان التضامن في اطار القواعد العامة لا يفترض وهذا ما نصت عليه المادة (٣٢٠) من القانون المدني العراقي "التضامن ما بين المدينين لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون" ، و تطبيقاً لذلك جاء في أحد قرارات محكمة بداءة الرصافة " وحيث ان الانتفاع بجزء العقار قد حصل من قبل المدعى عليهم بموجب ذلك العقد فانهم ملزمين بتادية بدل ايجاره او منفعة بالتكافل والتضامن طالما ان الانتفاع مشترك للعقار وان التضامن مفترض بحكم وحدة العلاقة العقدية من قبلهم مع المدعي ، لذا قرر الحكم بالزام المدعى عليهم بالتكافل والتضامن" ، قرار محكمة بداءة الرصافة رقم (٥٨٧) في (٢٠١٤/١٠/١٩)، منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية على الرابط التالي:- http://iraqld.hjc.iq/VerdictsTextResults.aspx

١ - د. سعد يوسف الشيباني ، القانون الدولي للأسناد التجارية، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦، ص٥٥.

٢ - د. مصطفى كمال طه ، د. علي البارودي ، مصدر سابق ، ص ٢٦.

الاقتصادية كأداة ائتمان ووفاء ، فلا يستقيم لها اداء هذه الوظائف الا إذا كان لحاملها من الضمانات القانونية ما يؤكد حصوله على قيمة الورقة [١] .

ونضيف إلى ذلك ان المدين الصرفي المتضامن قد يطالب بوفاء قيمة نقدية اكبر من قيمة الورقة الصرفية اذ اشارت المادة (١٠٨) من قانون التجارة العراقي إلى ان المدين المتضامن الذي يوفي قيمة الورقة لحاملها له ان يرجع على باقي المتضامنين (بمبلغ الحوالة و فوائد هذا المبلغ محسوبة من يوم الوفاء بالسعر القانوني و المصروفات التي تحملها) .

ومن كل ما تقدم يبدو جليًا ان افتراض التضامن بين الموقعين على الورقة الصرفية يعدُ وبحق موطن تشدد ولم يفترض بأي حال من الاحوال لمصلحة المدين ، و من ثم فأن افتراضه بموجب الافتراض الصرفي يعد من المواطن التي عزز بها هذا الاخير مبدأ التشدد على المدين الصرفي .

الفرع الثاني

علاقة الافتراض الصرفي بمبدأ التجريد و مبدأ استقلال التوقيعات

يعد مبدأ تجريد الالتزام الصرفي ومبدأ استقلال التوقيعات من اهم المبادئ الحاكمة على التعامل الصرفي و التي تسهم وبشكل كبير في تحديد ملامح هذا التعامل و هناك من يوسع من مبدأ استقلال التوقيعات بحيث يجعله يستوعب مبدأ التجريد وهناك من يرى العكس ان مبدأ التجريد يستوعب مبدأ استقلال التوقيعات ؛ ولكي نجمع بين الاتجاهين اثرنا بحثهما معًا مقرين بالعلاقة الوطيدة بينهما التي لا تؤدي - بأي حال من الاحوال- إلى ذوبان احدهما في الاخر ، ولإيضاح علاقة الافتراض الصرفي بهذه المبادئ سنبين أولاً مفهوم مبدأ تجريد الالتزام الصرفي واستقلال التوقيعات و من ثم سنوضح ثانيًا دور الافتراض الصرفي في تعزيز مبدأ استقلال التوقيعات وتجريد الالتزام .

اولاً :- مفهوم مبدأ التجريد و مبدأ استقلال التوقيعات

يختلف معنى كل من المبادئ المتقدمة باختلاف الزاوية التي ينظر من خلالها لهذا المبدأ فهناك معنى يدخل استقلال التوقيعات كتطبيق للتجريد ، يتحقق هذا المعنى إذا نظرنا للمبدأ من زاوية الموقع

---

١ - د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص٣٥.

الصرفي وما يتحمله نتيجة توقيعه والذي يتحدد بصرف النظر عن توقيعات غيره من الموقعين ، وهنا يكون مبدأ استقلال التوقيعات تطبيق لمبدأ تجريد الالتزام الصرفي [١].

ومن نظر إلى استقلال التوقيعات من زاوية الورقة الصرفية ذاتها ومدى استقلال ما تضمنته من التزامات وحقوق عن العلاقات السابقة عليها التي حررت بمناسبتها الورقة الصرفية أو حتى الالتزامات الخارجة عن الورقة و التي تنشأ حال حياتها بين احد الموقعين والغير ، فإن المعنى المتقدم لاستقلال التوقيعات يسمى بالمعنى الواسع ، وهو يستوعب معنى (التجريد) بإعتباره احد المحاور التي يرتكز عليها مبدأ استقلال التوقيعات [٢] .

وبحسب ما تقدم فإننا اثرنا الجمع بين الاتجاهين معترفين بالعلاقة الوطيدة بينهما دون الخوض في مدى صحة احد الاتجاهين ؛ فبالنتيجة ان الالتزام الصرفي المتولد عن التوقيع مجرد من سببه وهو مستقل عن غيره من التوقيعات التي قد ترد على الورقة لذلك سنوضح كل منهما تباعاً.

ففي اطار فكرة التجريد يجب التنويه قبل الولوج في بيان المقصود بها إلى ان الحاجة إلى التصرف المجرد تدور مع الحاجة إلى توفير الثقة في المعاملات ؛ فكلما اشتدت الحاجة إلى الثقة ، تشتد بالمقابل الحاجة إلى تجريد هذه المعاملات[١] ، و بموجب المعطى المتقدم فأن التجريد لا يكون الا حيثما ينص عليه القانون[٢] ، و كذلك لا يكون الا حيثما يكون مؤثرًا ؛ بإن يوجد من يستفيد منه[٣] ، وغني عن البيان ان التعامل بالاوراق الصرفية يحتاج إلى ثقة المتعاملين بهذه الاوراق ؛ فبدون هذه الثقة لن يسهل لها ان تنطلق في التعامل و تتداول ما لم تكن مجردة عن السبب الذي حررت من اجله .

و بموجب ما تقدم عرف التجريد على انه (استقلال الالتزام الصرفي بمجرد انشائه عن العلاقات التي من اجلها نشأ الالتزام ، اي ان كل التزام من الالتزامات التي تتضمنها الورقة هو التزام

---

١ - د. علي فوزي الموسوي ، فكرة التجريد في الالتزام الصرفي ، بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدر عن كلية القانون الجامعة المستنصرية ، المجلد ١٦، العدد (٢٩-٣٠) ، ٢٠١٧، ص٨.

٢ - جورجيت صبحي ، المصدر السابق ، ص٢٥، وانظر في المعنى نفسه ، د. محمد فهمي الجواهري ، القانون التجاري ، مكتبة نهضة الشرق، القاهرة ١٩٨٦، ص ٨٨.

١ - حسن داخل عبد راضي الجعيفري ، الالتزام القانوني المجرد ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٨، ص١٨.

٢ - د. احمد جعفر الشاوي ، المفهوم الحديث للالتزام المجرد ، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية ، العدد (٤٥) المجلد الثالث ، ٢٠١٩، ص٣٤٧.

٣ - د. صدام فيصل كوكز ، د. سعد عبيد الجميلي ، تجريد الالتزام من الدفوع "دراسة مقارنة" و وسائل حماية الدائنين في العلاقات العقدية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ،تصدر عن كلية القانون بجامعة بغداد، العدد الثاني ، ٢٠١٣، ص١٠

مستقل عن السبب الذي انشئت الورقة من اجله ؛ أي عن العلاقة الاصلية التي سحبت أو ظهرت أو قبلت الورقة بمناسبته) [١] .

وهنالك من يرى ان فكرة التجريد في الالتزام لا تكون عن سببه فقط بل يكون مجردًا عن غرضه ايضًا ، فإذا ثبت بطلان التعهد الاصلي فأن هذا لا يؤثر على الالتزام الصرفي ؛ و يعني ذلك الخروج بالالتزام المجرد من دائرة الالتزام الارادي ؛ لان هذا الالتزام يرمي دائمًا إلى غرضه ويجب في هذا الغرض ان يكون مشروعًا و صحيحًا ؛ و بإستبعاد الغرض من التصرف المجرد فإن ذلك يدخله في منطقة الالتزام القانوني فيكون التزام محرر الورقة التزامًا مجردًا نشأ نتيجة ارادة المشرع لا ارادته ؛ وبمعنى اخر ان انشاء الورقة الصرفية و فقًا لهذا الرأي لا يعدو ان يكون واقعة قانونية مجردة يرتب عليها المشرع مسؤولية بحتة بصرف النظر عن الأرادة الخاصة لمصدر الورقة [٢] .

وهناك من يعرف التجريد بإنه الوضع الذي ينشأ فيه التصرف منفصلاً عن اسباب نشأته ويضل مجردًا عن تلك التصرفات وعن التصرفات التي تنشأ بمناسبته اثناء حياته [٣] .

وما يهمنا توضيحه من كل ما تقدم ان التصرف الصرفي يعد مجردًا بالنظر إلى جميع التصرفات السابقة فيكون مجردًا عن سببه وعن التصرفات التي تنشأ بمناسبته ؛ ويتفرع عن ذلك انه لا يجوز للمدين الصرفي ان يدفع في مواجهة الحامل القانوني بالدفوع المشتقة من العلاقة الاصلية والتي يعد الحامل القانوني اجنبيًا عنها ، و يعد ذلك نتيجة منطقية ترتبت على اعتبار انشاء الاوراق الصرفية وتداولها من التصرفات المجردة .

ومن تطبيقات فكرة تجريد الالتزام الصرفي ما يسمى (قاعدة عدم قبول المعارضة) في اداء قيمة الورقة ؛ حيث لا تسمع المعارضة بالوفاء الا في حالتي الضياع و الحكم على حاملها بالاعسار بموجب المادة (٩٤/اولاً) من قانون التجارة النافذ اذ نصت " لا تقبل المعارضة في وفاء الحوالة الا في حالة ضياعها أو الحكم على حاملها بالاعسار " .

فلا تقبل المعارضة بالوفاء خارج هاتين الحالتين ، في حين ان القواعد العامة تقضي بان لكل دائن بدين محقق الوجود حال الاداء ان يحجز ما يكون لمدينه لدى الغير من ديون كما اشارت إلى ذلك

---

١ - جورجيت صبحي ،مصدر سابق ، ص٢.
٢ - د. حلمي بهجت بدوي ، اصول الالتزامات الكتاب الاول في نظرية العقد ، مطبعة فوزي ، القاهرة ، ١٩٤٣، ص١٢.
٣ - د. مصطفى كمال طه ، الاوراق التجارية الطبعة الثانية ، مطبعة نصر ، مصر ، ١٩٥٨، ص٣٣.

المادة (٢٣١) من قانون المرافعات المدنية النافذ ؛ و يترتب على ذلك ان يمنع الغير(المحجوز لديه) من الوفاء بالحق إلى دائنه (المحجوز عليه) و الا كان مسؤولاً امام الحاجز .

الا ان قانون التجارة العراقي خرج على هذا المبدأ رغبة منه في تقوية ائتمان الورقة الصرفية ليجعل الحامل مطمئنًا بإنه سيستوفي قيمة الورقة عند استحقاقها من خلال منع دائني الحامل من توقيع الحجز على قيمة الورقة الواقعة تحت يد المسحوب عليه [١] .

هذا في اطار مبدأ تجريد الالتزام الصرفي ، أما فيما يتعلق بمبدأ استقلال التوقيعات فقد تقدم ان التوقيع على الورقة الصرفية يؤدي إلى نشوء التزام صرفي على عاتق الموقع ، ويترتب على تعدد التوقيعات الواردة على الورقة تعدد الالتزامات الصرفية للموقعين [٢] ، بحيث يكون كل التزام مستقلًا عن الاخر و يكون هذا الاستقلال عند نشأة الالتزام و استمراره ؛ و ينبني على ذلك نتيجة مهمة مفادها ان اي حدث يطرأ على اي توقيع من التوقيعات بحيث يكون من شإنه التأثير على فاعلية و صحة التوقيع فإن ذلك - طبقًا لمبدأ استقلال التوقيعات - لا يؤثر على بقية التوقيعات و تبقى سارية المفعول[٣].

ولعل اهم تطبيق لمبدأ استقلال التوقيعات ما يسمى بقاعدة التطهير من الدفوع ، ومقتضى هذه القاعدة ان لا يجوز الاحتجاج على الحامل حسن النية بدفوع مبنية على علاقة سابقة بين المدين الصرفي و من ظهر الورقة للحامل القانوني [١] وهذا الامر يختلف عن انتقال الحق بالطرق المدنية المعروفة ضمن القواعد العامة[٢].

ونجد في اطار القوانين محل المقارنة ان قانون التجارة الفرنسي قد نص على هذه القاعدة في المادة (L.511-12) التي نصت (لا يجوز للاشخاص الذين ترفع ضدهم الدعاوى المتعلقة بالورقة التجارية ان يحتجوا ضد حاملها بالدفوع المبنية على علاقاتهم السابقة مع الساحب أو المظهرين

---

١ - د. علي فوزي الموسوي ، فكرة التجريد في الالتزام الصرفي ، مصدر سابق ، ص ١٠.
٢ - د. مصطفى كمال طه ، القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص٢٧، و انظر في المعنى نفسه ، د. فايز نعيم رضوان ، الاوراق التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠، ص ٢٣.
٣ - د. اكثم خولي ، مصدر سابق ، ص٣٧-٣٨
١ - د. محمد الهيني ، تطهير الدفوع في الاوراق التجارية على ضوء الفقه و القضاء ، الطبعة الاولى، مطبعة دار السلام ، الرباط ، ٢٠٠٧، ص٢٧، وانظر في المعنى نفسه، د. حسين محمد سعيد، التزامات وحقوق حامل الورقة التجارية -الشيك ، الكمبيالة ، السند الاذني- ، الناشر عالم الكتب ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص٢٢.
٢ - د. محمد علي عرفة ، التقنين المدني الجديد- شرح مقارن على النصوص- ، الطبعة الثانية ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٥٥، ص ٥٦٨، وانظر في المعنى نفسه ، د. حسن جاد، شرح القانون التجاري العراقي، الجزء الثاني ، مطبعة الاهالي، بغداد ، ١٩٤٠، ص٧٨.

السابقين ما لم يتصرف الحامل عند حصوله على الورقة وفقًا لمعرفة تامة بحساب المدين) [1] ، وتطبيقًا لذلك جاء في احد قرارات الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية (ان الاشخاص الذين تم التزامهم بموجب الكمبيالة لا يمكنهم معارضة دفعها بناءً على دفوع ناتجة عن علاقتهم الشخصية مع الساحب أو حاملي الكمبيالة السابقين مالم يكن الحامل قد تصرف عن علم بما يضر المدين وبما ان الكمبيالة تم خصمها لدى بنك و كان البنك على علم بالوضع السيء بشكل لا يمكن اصلاحه لشركة (Marseille) و من ثم ادعى المصرف انه غير عارف ان عميلها لا يمكنه الوفاء بالتزاماته كون ان اجراءات الحراسة القضائية لم تتخذ ضدها الا بعد ستة اشهر بموجب الحكم الصادر (١٣) يونيو (٢٠١٣) و بناء على الاتصالات و المراسلات التي اجريت من شركة (Atlas) و التي تحذر من مخاطر خصم الكمبيالات لأي بنك فان البنك يكون عالمًا بالدفوع و من ثم لا يسمع دفعه) [2] .

وكما هو موضح فإن الحامل القانوني لكي يحتمي بقاعدة التطهير من الدفوع يجب ان يكون حسن النية و هو لا يكون كذلك ان كان عالمًا بالدفع الذي سيطهر بالتظهير ، وتجدر الاشارة ان هناك معيارًا اخر لقياس حسن نية الحامل هجره التشريع و القضاء الحديث كان يشترط المواضعة -الاتفاق المسبق على تظهير الورقة لتهريبها من الدفع- بين المظهر و المظهر اليه لكي يعتبر الحامل سيء النية [1] .

الا ان الاتجاه الحديث الذي تبنته اغلب التشريعات الحديثة ومنها قانون التجارة الفرنسي في النص الذي سبق ذكره يعدُ الحامل القانوني سيء النية إذا كان عالمًا بالدفع الذي سيطهر بالتظهير .

كذلك الامر في اطار قانون التجارة الامريكي الموحد فقد نصت المادة (3-202/2) (يبطل التداول أو يخضع لتعديل اخر لكن هذا التعديل لا يسري في حق الحامل حسن النية أو شخص دفع

---

1 - (L.511-12)
" Les personnes actionnées en vertu de la lettre de change ne peuvent pas opposer au porteur les exceptions fondées sur leurs rapports personnels avec le tireur ou avec les porteurs antérieurs, à moins que le porteur, en acquérant la lettre, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur".

2 - Cour de cassation - Chambre commerciale — 1 mars 2016 - n° 14-25.025 , Copyright 2021 - Dalloz - Tous droits réservés.https://www.dalloz.fr/

١ - و هو الاتجاه الذي كان سائداً في ظل قانون التجارة الملغي رقم (٦٠) لسنة ١٩٤٣، في المادة (٤٠٥) و التي نصت " التظهير (التجيير) بتعبير (البدل بالكفالة) او (البدل بالرهن) او بتعبير اخر يتضمن معنى التامين يمنح الحامل حق استعمال جميع الحقوق الناشئة من البوليصة غير ان التظهير (الجيرو) الذي يقع من قبله لا يكون له سوى قيمة التظهير (الجيرو) بالوكالة . ليس للمسؤولين عن البوليصة ان يقدموا ضد الحامل اعتراضات يحق لهم ايرادها ضد المظهر (المجير) الا إذا كانت هناك **مواضعة** من الحامل بقصد اضرار المدين " .

الصك بحسن نية بدون معرفة الحقائق التي سببت الابطال أو التعديل الاخر) [١] ، وتطبيقًا لذلك قضت المحكمة العليا الامريكية في بعض احكامها بوجوب حماية الحامل حسن النية الذي تظهر اليه حوالة مسروقة دون ان يكون عالماً بذلك [٢]، ومن ثم فإن الحامل القانوني يكون سيء النية و من ثم يمتنع عليه الاحتماء بقاعدة التطهير من الدفوع إذا كان عالمًا بالدفوع التي تكون للمدين الاصلي تجاه الموقعين الاخرين [٣] ، و ذهبت الدائرة الثالثة في محكمة استئناف ولاية (النيوي) ابعد من ذلك اذ اعتبرت امكانية علم الحامل القانوني بالدفع الذي سيطهر بالتظهير كافيًا لاعتباره سيء النية ولو لم يثبت علمه من الناحية الواقعية[٤]هذا فيما يتعلق بمعيار حسن النية ، أما فيما يتعلق بتعريفه فأن حسن النية كما يرى جانب من الفقه من المفاهيم التي يصعب تعريفها [١] ، كونه من المفاهيم التي تتغلغل بين القانون والاخلاق ، الا اننا نعتقد ان تعريفه سيسهم الى حد كبير في ارساء دعائم هذا المصطلح و من ثم ضبط معايره ، فإذا كان المصطلح يتداخل بين القانون و الاخلاق فإن ذلك لا يحول مانعًا دون تعريفه ، فالكثير من المصطلحات القانونية تداخل مع علم الاخلاق او السياسة او غيرها من العلوم الا ان التشريعات اثرت تعريفها ؛ كالجريمة السياسية على سبيل المثال[٢].

1-(3-202),(2) Negotiation; effective although subject to rescission or other remedies. (2) "To the extent permitted by other law, negotiation may be rescinded or may be subject to other remedies, but those remedies may not be asserted against a subsequent holder in due course or a person paying the instrument in good faith and without knowledge of facts that are a basis for rescission or other remedy".

2 - Decision of United States Supreme Court, in Nov. 11, 1935, Graham v. White-Phillips Co. at the http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=296&invol , and see , United States Supreme Court , UNITED STATES v. GUARANTY TRUST CO.(1934) , No. 120 , Argued: Decided: December 10, 1934 , https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/293/340.html

3 - E. M. C, Payee of Negotiable Instrument as Holder in Due Course, Virginia Law Review, Vol. 18, No. 6, 1932, p. 661.
https://www.jstor.org/stable/1066786?origin=crossref&seq=1

4 - Appellate Court of Illinois,Third District, Jarred NEWELL, Plaintiff-Appellant, v. Ruth NEWELL, First Midwest Bancorp Inc., an Illinois Corporation, Defendants-Appellees, Decided: January 27, 2011, (Justice LYTTON delivered the judgment of the court, with opinion: Justice O'BRIEN concurred in the judgment and opinion. Justice SCHMIDT dissented, with opinion.) https://caselaw.findlaw.com/il-court-of-appeals/1555658.html

١ - د. طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، الطبعة السابعة ، دار الثقافة ، عمان ،٢٠١٢، ص ١٨٩.

٢- نصت المادة (٢١/أ) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) "الجريمة السياسية هي الجريمة التي ترتكب بباعث سياسي او تقع على الحقوق السياسية العامة او الفردية وفيما عدا ذلك تعتبر الجريمة عادية ومع ذلك لا تعتبر الجرائم التالية سياسية لو كانت قد ارتكتب بباعث سياسي" منشور في الجريدة الرسمية الوقائع العراقية ، رقم العدد : (١٧٧٨)، تاريخ العدد (١٥-١٢-١٩٦٩).

و تجدر الاشارة إلى ان قانون التجارة الامريكي الموحد تضمن تعريفًا لحسن النية (good faith) اذ عرفه في الفقرة (t) من البند(2) المادة (1-201)على انه (الامانة بالفعل واتباع المعايير التجارية المعقولة في التعامل العادل) [١] .

أما فيما يتعلق بالقانون المصري فقد اشار إلى قاعدة التطهير من الدفوع في المادة (٣٩٧) من قانون التجارة التي نصت " مع عدم الاخلال بإحكام المادة (٣٨٥) من هذا القانون ليس لمن اقيمت عليه دعوى بكمبيالة ان يحتج على حاملها بالدفوع المبنية على علاقته الشخصية بساحبها أو بحامليها السابقين مالم يكن قصد الحامل وقت حصوله عليها الاضرار بالمدين " ، و يرى اتجاه فقهي في مصر ان قصد الاضرار يمثل مرحلة وسط بين علم الحامل القانوني بالدفع و المواضعة [٢] ، في حين يرى اتجاه فقهي اخر ان قانون التجارة المصري لا يكتفي بالعلم كسبب يجعل الحامل سيء النية بل يجب اثبات قصد الاضرار [٣] ، الا ان القضاء المصري في احدث توجهاته يعد مجرد علم الحامل القانوني بالدفع الذي سيطهر بالتظهير سبب كاف لاعتباره سيء النية ؛ إذ جاء في احد قرارات محكمة النقض المصرية " حسن النية مفترض في الحامل الذي يتلقى الورقة بمقتضى تظهير ناقل للملكية وعلى المدين إذا ادعى سوء نية هذا الحامل عبء نقض هذه القرينة بالدليل العكسي بإثبات علم الأخير وقت التظهير بوجود دفع يستطيع المدين توجيهه للمظهر "[١] .

الا ان التوجه السابق للقضاء المصري كان لا يكتفي بالعلم بل يشترط المواضعة سببًا لجعل الحامل القانوني سيء النية ؛ فقد جاء في احد قرارات محكمة النقض " حسن النية فى المظهر إليه مفترض ، وعلى المدين إذا ادعى سوء نيته عبء إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ولا يكفى لاعتبار المظهر إليه سيئ النية إثبات مجرد علمه وقت التظهير بالدفع الذي يستطيع المدين توجيهه للمظهر وقصده حرمانه من التمسك بهذا الدفع اضرارًا به والعبرة فى تقدير سوء النية وقصد الإضرار بالمدين بوقت التظهير بحيث لا يعتد بما يطرأ على نية المظهر إليه من تغير بعد ذلك "[٢] .

---

1 - 1-201" (t) "Good faith", except as otherwise provided in article 5, means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing"

٢ - د. مصطفى كمال طه ، علي البارودي ، مصدر سابق ، ص٩٧، وانظر في المعنى نفسه ، د. راشد راشد ، الأوراق التجارية و الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ١٩٨٧، ص٨٥.

٣ - د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص١٣٧.

١ - الطعن رقم (١٥٤٥٦) السنة (٧٦) ق ، جلسة ٦/٨ /٢٠١٥ ، متاح على موقع محكمة النقض المصرية على الرابط التالي : https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111266628&&ja=86551

٢ - الطعن رقم (٢٦١٨) لسنة (٧٧)ق ، جلسة ٢٠١٤/٤/٨، المبادئ القانونية لمحكمة النقض في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص ٥٦.

أما فيما يتعلق بالقانون العراقي فهو الاخر لم يبتعد عن موقف القوانين المتقدمة فنجد ان المادة (٥٧) من قانون التجارة النافذ نصت " ليس لمن اقيمت عليه دعوى بحوالة ان يحتج على حاملها بالدفع المبنية على علاقاته الشخصية بساحبها أو بحامليها السابقين ما لم يكن الحامل وقت حصوله على الحوالة قد تصرف بقصد الاضرار بالمدين " .

ونميل مع الاتجاه الذي يرى ان الحامل يعد سيء النية إذا كان حين حصوله على الورقة الصرفية عالماً بوجود الدفع الذي يتمسك المدين به [١] .

فمن البديهي ان الحامل القانوني عندما يتلقى الورقة و يكون عالمًا بالدفع الذي سيطهر فإنه انما اراد الاستتار بقاعدة التطهير من الدفوع و بذلك يكون قد قصد الاضرار بالمدين و الفرض الارجح انه قد علم بهذا الدفع ممن ظهر له الورقة ؛ ويمثل ذلك المواضعة بعينها .

ومن كل ما تقدم يبدو جليًا الاهمية الكبيرة التي يمثلها حسن النية بالنسبة لتطهير الدفوع و بالنسبة لمبدأ استقلال التوقيعات بشكل عام .

ومن التطبيقات الاخرى المهمة لمبدأ استقلال التوقيعات ما اشارت اليه المادة (١٣١) من قانون التجارة العراقي النافذ والتي نصت " إذا وقع تحريف في متن الحوالة التزم الموقعون اللاحقون له بما ورد في المتن المحرف ، أما الموقعون السابقون عليه فيلزمون بما ورد في المتن الاساسي" .

ولعل سؤال مهم يتبادر إلى الاذهان في هذا الصدد فإذا كنا نقر بإستقلال التوقيعات الواردة على الورقة الصرفية بعضها عن بعض فما الحكم لو ورد في الورقة اكثر من توقيع لنفس الشخص هل يعد كل توقيع مستقل عن الاخر وفقًا مبدأ استقلال التوقيعات ؟

في حقيقة الامر ان مبدأ استقلال التوقيعات مرتبط بالتوقيع ذاته لا بالموقع ، و ينبني على ذلك إذا ورد اكثر من توقيع لشخص واحد على الورقة فإن كل توقيع يترتب عليه التزامًا مستقلًا عما رتبه التوقيع الاخر [١] .

فقد يوقع الشخص بصفتين مختلفتين ويستقل كل توقيع عن الاخر ، ومن تطبيقات ذلك جواز سحب الحوالة على ساحبها وهو ما نصت عليه المادة (٤٢/ثانيًا) من قانون التجارة النافذ " ويجوز

---

١ - د. فائق الشماع ، د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص١٥٥.

١ - جورجيت صبحي ، المصدر السابق ، ص٦٧، وانظر في المعنى نفسه ، الأستاذ عدنان ضناوي و الأستاذ عدنان الخير ، الإسناد التجارية والإفلاس ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس – لبنان ، ٢٠٠١ ، ص٥٣.

سحبها على الساحب" ، فيجوز لشخص واحد ان يوقع تارة بوصفه ساحبًا وتارة اخرى بوصفه مسحوبًا عليه قابل .

كذلك أورد المشرع تطبيقًا اخر لأستقلال التوقيعات عن بعضها وان وردت من الشخص نفسه حين نص على جواز تقديم الضمان الاحتياطي من اي شخص وان كان ممن وقعوا سابقًا على الحوالة كما نصت على ذلك المادة (٨٠) من قانون التجارة " يجوز ضمان وفاء مبلغ الحوالة كله أو بعضه من اي شخص ولو كان ممن وقعوا عليها".

وتطبيقًا لذلك يجوز ان يرد اكثر من توقيع لشخص واحد على الورقة تارة بصفته ساحبًا أو مظهرًا و تارة اخرى بصفته ضامنًا احتياطيًا و بذلك تزدوج التوقيعات الصادرة من شخص واحد بحيث يكون كل توقيع مستقل عن التوقيع الاخر .

ثانيًا :- دور الافتراض الصرفي في تعزيز مبدأ التجريد و مبدأ استقلال التوقيعات

لعل من مستهل القول ان دور الافتراض الصرفي في تدعيم مبدأ التجريد ومبدأ استقلال التوقيعات يبدو اقل من ذلك الدور الذي أداه في تدعيم بقية المبادئ التي سبق بحثها ، والسبب في ذلك كما نعتقد ان المبدئين محل البحث يرتبطان ارتباطًا وثيقًا (بحسن النية) ، و هذا الاخير بطبيعته لا يمكن بإي حال من الاحوال ان تصاغ القواعد التي تفترضه بقالب الافتراض الصرفي بحيث يكون اقرار حسن النية مفترض افتراضًا غير قابل لأثبات العكس أو الدحض ، فقواعد الافتراض الصرفي كما مر بنا تصاغ بقالب القواعد الموضوعية ؛ وبذلك لا يكون ما تقرره محل للأثبات أو النفي ؛ بل هو امر مجرد من ذلك .

فالتعامل التجاري بطبيعته يسعى نحو غاية مهمة تتمثل بتحقيق الربح ، وهذه الغاية قد تطغى على ما يقتضيه التعامل من حسن نية و من ثم فإن اقصى درجات الحماية للحامل القانوني لا يمكن ان تفترض حسن نيته بموجب الافتراض الصرفي ، و من ثم يمكن ان نفترض حسن نية الحامل المحتمي بقاعدة التطهير من الدفوع مثلًا بموجب القرينة الصرفية ، لكن لا يمكن ان يفترض ذلك من خلال قواعد الافتراض الصرفي .

ويمكن ان نستنبط من مفهوم المخالفة لنص المادة (٥٧) من قانون التجارة ان المشرع افترض حسن نية الحامل المحتمي بقاعدة التطهير من الدفوع بموجب القرينة الصرفية ومن ثم يمكن اسقاط هذه القرينة بإثبات قصد الاضرار كما سبق بيان ذلك .

ولكن ينبغي ان لا يفهم ان الافتراض الصرفي ليس لـه اي دور فـي تـدعيم مبدأ تجريد الالتزام الصرفي و استقلال التوقيعات ؛ فهو يسهم في تدعيم هذه المبادئ ولكن بشكل غير مباشر ؛ فمقتضى مبدأ استقلال التوقيعات كما تقدم ان كل توقيع يعد مستقلاً عن غيره ؛ وبالتأكيد فإن ذلك يتطلب معرفة دلالـة التوقيـع أولاً ، وغنـي عـن البيـان ان عـدم معرفـة دلالـة التوقيـع تحـول دون اسـتقلاله عـن بقيـة التوقيعات الواردة على الورقة ، فمعرفة دلالة التوقيع تمثل مقدمة لأعتباره مستقلاً عن غيره .

وهنا يأتي دور الافتراض الصرفي المفسر لكي يبين دلالة التوقيعات التي قد ترد مجردة بحيث لا تعرف لها دلالة ، فيفترض لها دلالة ومن ثم يمكن بعد ذلك اعتبارها مستقلة عن بقية التوقيعات .

فبموجب الافتراض الصرفي يفترض ان التوقيع المجرد على ظهر الورقة التجارية أو على ظهر الوصلة الملحقة بها يعد تظهيرًا ناقلًا للملكية وهو ما افترضته المادة (٥٣/ثانيًا) من قانون التجارة العراقي .

ومن ثم تعرف دلالة التظهير و من ثم يعتبر مستقلًا عن بقية التوقيعات ، كما يفترض القانون ان مجرد وضع المسحوب عليه توقيعه على وجه الورقة يعتبر ذلك قبولًا لها ومن ثم يستقل هذا التوقيع عن بقية التوقيعات وهو ما اشارت إليه المادة (٧٥/ثانياً) .

كذلك يؤدي الافتراض الصرفي دورًا اخر في تعزيز مبدأ استقلال التوقيعات عندما يفترض التضامن بين الموقعين مع بقاء استقلال كل توقيع عن بقية التوقيعات ، فيلتزم كل موقع بمقتضى سبب يختلف عن سبب التزام بقية الموقعين .

وتبنى على ذلك نتائج مهمة منها ان المطالبة القضائية لأحد الضامنين أو اعترافه بالدين يقطع المدة بالنسبة لهذا الضامن فقط ، و لا يقطعها بالنسبة لبقية الضامنين الذين لم تشملهم هذه الاجراءات ، وكذلك ابراء الحامل لأحد الموقعين لا يؤثر على حقوقه قبل الاخرين [١] .

ويلاحظ هنا رغم افتراض التضامن تبقى الالتزامات الناشئة عن التوقيعات مستقلة عن بعضها ولها اسبابها المختلفة وفي حقيقة الامر ان هذا الوضع اقرب إلى التضامم من التضامن ؛ فالتضامن وفقًا للمفهوم التقليدي لهذا المصطلح الذي يعني تعدد المدينين لدائن واحد مع اتحاد مصدر الدين لهم

---

١ - د. علي فوزي الموسوي ، فكرة التجريد في الالتزام الصرفي ، مصدر سابق ، ص٩، و انظر في المعنى نفسه ، بشير العائبي ، الامتناع عن الوفاء في الشيك و اثاره ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، ٢٠٠٩، ص٤٤، و انظر ايضًا د. صلاح امين ابو طالب ، الاحكام المستحدثة في قانون الشيك الفرنسي الجديد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥، ص٢٥.

جميعًا، أما التضامم فيتمثل بوجود اكثر من مدين لدائن واحد مع اختلاف مصدر كل التزام منهم [1] ، وفي حقيقة الامر لا مجال للحديث عن هذا التمايز مع وجود صفة التجريد التي يتسم بها الالتزام الصرفي ؛ فبغض النظر عن الوقائع أو التصرفات التي دفعت الضامنين على التوقيع على الورقة فإن التزاماتهم الصرفية ولدت من هذه الورقة وليس من مصدر اخر وبذلك يتحد مصدر التزام كل منهم .

كذلك يسهم الافتراض الصرفي في تعزيز مبدأ تجريد الالتزام الصرفي من خلال افتراض وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه المدين للساحب ، ومن ثم يمنع سماع دفع مهم ناشئ عن علاقة سابقة على علاقة الحامل القانوني بالمسحوب عليه و يعزز من تجريد الالتزام الصرفي .

ومن كل ما تقدم يبدو جليًا ان الافتراض الصرفي له دور في تعزيز مبدأ استقلال التوقيعات وان كان دوره لا يعد مباشرًا ، وكذلك يسهم هذا الافتراض في تعزيز مبدأ تجريد الالتزام الصرفي .

وان كان هذا الدور يقل بعض الشيء عن دور الافتراض في تعزيز بقية مبادئ القانون الصرفي فلا يعد ذلك توهينًا لدوره ؛ على اعتبار ان طبيعة مبدأ استقلال التوقيعات وتجريد الدفوع تجعله لصيق الصلة بمبدأ حسن النية ، وهذا الاخير بطبيعته امر نسبي لا يمكن ان يفترض بشكل قاطع بموجب الافتراض الصرفي الذي يصاغ بطريقة مجردة عن الإثبات لا تقبل لإثبات العكس كما تقدم بيان ذلك .

١- ينظر للمزيد حول التمييز بين الالتزام التضاممي و الالتزام التضامني د. ضمير حسين المعموري ، الالتزام الانضمامي ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، المجلد (١٥) العدد (١) ، ٢٠٠٨، ص١٢٣، وانظر ايضًا د. احمد شوقي عبد الرحمن، الالتزام التضامني للمسؤولين تقصيراً في مواجهة المضرور، المطبعة العربية الحديثة ، القاهرة ، ١٩٨٠ ، ص٤، وانظر ايضًا د. نبيل ابراهيم سعد ، التضامم ومبدا عدم افتراض التضامن ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، ١٩٨٧ ، ص٦٥. وانظر كذلك د. احمد شرف الدين ، انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي ، مطبعة الحضارة العربية ، دون مكان طبع ،١٩٨٢، ص٢٦٣.

الفصل الثالث

الاطار التطبيقي للافتراض الصرفي

الفصل الثالث

الاطار التطبيقي للافتراض الصرفي

تمهيد و تقسيم

بعد ان أوضحنا الاطار النظري و الفلسفي للافتراض الصرفي ننتقل الان إلى بيان الاطار التطبيقي لهذا الافتراض ، وذلك بهدف النزول بالدراسة من النظرية العامة إلى تطبيقاتها الخاصة التي تنطوي تحتها ، لنرى متى وكيف يمكن اعمال فكرة الافتراض الصرفي في المجال التطبيقي، ولعل غايتنا من ايضاح تطبيقات الافتراض الصرفي لا تتحدد في حصر هذه التطبيقات فقط ؛ وانما تتعدى ذلك الى محاولة التعمق في دراسة كل تطبيق من خلال تناوله بالبحث و التحليل بما يرسخ مفهومه في الاذهان ؛ فالإيضاح بالمصداق من اهم الطرق المنطقية التي توضح النظريات كما هو معلوم ، ورغم اننا اشرنا إلى بعض التطبيقات فيما تقدم ؛ إلى ان الاشارة كانت من باب ايضاح الفكرة العامة وليس ايضاح التطبيق بالذات ، لذلك سيكون بياننا في هذا الفصل اشمل واعمق.

ونلفت النظر إلى ان التشريعات محل المقارنة لم تتطابق في نصها على هذه التطبيقات على وتيرةٍ واحدة ؛ فبعض التطبيقات لم ينص عليها القانون الامريكي ، و في الوقت عينهِ تضمن تطبيقات لم تنص عليها بقية القوانين محل المقارنة ، و بحسب ما تقدم فإن من شروط الافتراض الصرفي وجود النص الذي يقرره ؛ وازاء هكذا فرض كان منهجنا في بيان التطبيقات هو استعراض تلك التطبيقات التي نص عليها قانون التجارة العراقي و التي تكاد تتطابق مع ما نص عليه القانون الفرنسي و المصري ، الا ان ذلك لا يعني عدم الاشارة إلى تطبيقات اخرى نرى ان الاشارة اليها قد يكون مفيدًا.

و ننوه اخيرًا إلى ان تطبيقات الافتراض الصرفي تتوزع على كل المراحل التي تمر بها الورقة الصرفية منذ انشائها وصولاً إلى تداولها و ضمانها و من ثم قبولها و وفائها ، لذلك افضل منهج يمكن ان نعتمده في بيان هذه التطبيقات هو ذلك المنهج الذي يوضح التطبيق وفقاً للمرحلة التي يقع فيها من عمر الورقة الصرفية ، محاولين قدر الامكان مجاراة المشرع في توزيعه لهذه التطبيقات رغم اننا سنبحث بعض التطبيقات في المرحلة التي نراها انسب وان اشار اليها المشرع في موضع اخر ، ولإيضاح كل ذلك سنقسم هذا الفصل على مبحثين سنبين في المبحث الاول تطبيقات الافتراض الصرفي في مرحلة الانشاء والتداول ، ومن ثم سنبين في المبحث الثاني تطبيقات الافتراض الصرفي في الضمان و القبول والوفاء .

المبحث الاول

تطبيقات الافتراض الصرفي في مرحلة الانشاء و التداول

من اهم المراحل التي تمر بها الورقة الصرفية مرحلة الانشاء و كذلك مرحلة التداول ؛ إذ تبرز معالم القانون الصرفي بشكل خاص في هاتين المرحلتين ؛ فالالتزام الصرفي يولد مع اكتمال المضمون البياني الذي يحدده ، ومن ثم يكون جاهزًا لكي يتداول بين حملة الورقة المتعاقبين فتنتقل الورقة من مرحلة الانشاء إلى مرحلة التداول، وهذه المرحلة لا تقل اهمية عن سابقتها ؛ اذ تبرز خلالها اهم صفة من صفات الورقة الصرفية ، وهي قابلية هذه الورقة للتداول من خلال التظهير أو المناولة اليدوية ، لذلك نجد ان المشرع اعتنى بهاتين المرحلتين وضمنهما العديد من الافتراضات الصرفية ، و للإحاطة بتطبيقات الافتراض الصرفي في هاتين المرحلتين سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نبين في المطلب الاول تطبيقات الافتراض الصرفي في مرحلة الانشاء ، و من ثم نبين في المطلب الثاني تطبيقات الافتراض الصرفي في مرحلة التداول.

المطلب الأول

تطبيقات الافتراض الصرفي في مرحلة الانشاء

يتم انشاء الورقة الصرفية من خلال تحريرها وفقاً لمضمون بياني محدد بنص القانون ومن المعلوم بأن التعامل بالأوراق الصرفية لا يقتصر على فئة التجار أو الاشخاص الذين يكون لديهم دراية و معرفة بالمضمون البياني الذي حددهُ القانون الامر الذي قد ينعكس على عملية تحرير هذه الورقة ؛ فقد لا يكتمل المضمون البياني من خلال تخلف بعض البيانات التي يتطلبها القانون ، الامر الذي دفع المشرع إلى افتراض بعض البيانات الناقصة ، ولا يكفي لأنشاء الالتزام الصرفي ان يكتمل المضمون البياني كيفما اتفق ؛ بل يجب ان يكتب بصيغة خالية من الغموض الذي قد يخل الكفاية الذاتية للورقة ؛ لذلك قد يلجأ المشرع إلى الافتراض الصرفي لإزالة هذا الغموض ، وللإحاطة بتطبيقات الافتراض الصرفي في مرحلة الانشاء سنقسم هذا المطلب على فرعين ، سنبين في الفرع الاول افتراض البيانات الالزامية الناقصة ، و من ثم سنتناول في الفرع الثاني الافتراضات الخاصة بكتابة مبلغ الورقة الصرفية .

الفرع الاول

افتراض البيانات الالزامية الناقصة

في كثير من الاحيان يغفل اشخاص الورقة الصرفية عن تنظيم بعض البيانات الالزامية ، أو قد يتعمد الاشخاص تغافل هذه البيانات ، وسواء اكان عدم ذكرها يرجع إلى الغفلة ام التغافل فإن المشرع و بدون ان يعنيه القصد من تخلف البيانات ، افترض بعض هذه البيانات و بذلك يضع المشرع نفسه محل اشخاص الورقة في تنظيم تلكم البيانات ، والبيانات الالزامية التي اجاز القانون افتراضها في حال عدم ذكرها من قبل اشخاص الورقة الصرفية هي ميعاد الاستحقاق ومكان الاداء و مكان الانشاء ، و للإحاطة بهذه الافتراضات سنخصص فقرة مستقلة لكل افتراض منها .

اولاً :- افتراض ميعاد الاستحقاق

يحدد بيان ميعاد الاستحقاق اليوم الذي تكون فيه الورقة الصرفية واجبة الدفع ، أو هو البيان الذي يحدد اليوم الذي يتوجه فيه الحامل القانوني للورقة إلى المسحوب عليه – في الحوالة – أو المتعهد في الكمبيالة - حسب الاحوال- يطالبه بوفاء مبلغ الورقة [١] ، و بخلاف القواعد العامة في القانون المدني فإن تأريخ الاستحقاق في نطاق القانون التجاري بشكل عام و التعامل الصرفي على وجه الخصوص له اهمية خاصة بحيث لا يجوز المساس به الا في نطاق استثناءات ضيقة جدًا ، ويمكن ان نجمل مظاهر هذه الاهمية التي تجعل لميعاد الاستحقاق في الميدان الصرفي اهمية تفوق ما عليه الوضع في القواعد العامة في النقاط الآتية :-

١- من حيث المبدأ فإن تأخر المدين في وفاء دينه يؤدي إلى الاضرار بدائنه دون غيره في اطار القواعد العامة ، أما التأخر في سداد الورقة الصرفية فإنه يضر بالموقعين عليها جميعًا و المتعاملين معهم ايضًا [٢] .

٢- يحدد موعد استحقاق الورقة التجارية بدء سريان مدة التقادم الخاصة بالدعوى الناشئة عن الورقة الصرفية [٣] .

٣- يرتبط ميعاد الاستحقاق بعلاقة وثيقة بمواعيد اخرى مهمة ترتبط بالالتزامات التي رتبها القانون على الحامل القانوني كمواعيد الاحتجاج و الرجوع .

---

١ - د. كمال ابو سريع ، الاوراق التجارية في القانون التجاري ، مطبعة النسر الذهبي ، القاهرة ، ١٩٩٨، ص٤٥.
٢ - د. هشام فرعون ، القانون التجاري البري ، الجزء الاول ، منشورات جامعة حلب ، ١٩٩٢، ص١٣٥.
٣ - نصت المادة مادة (١٣٢/ أولاً) من قانون التجارة النافذ : "تتقادم الدعوى الناشئة عن الحوالة تجاه قابلها بمضي ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق" ، يقابلها نص المادة (٤٦٥) من قانون التجارة المصري

والاهم من كل ما تقدم ان الورقة الصرفية اداة وفاء و ائتمان ؛ و من ثم وجب ان يكون لها موعدًا محددًا يصبح الحق الثابت فيها مستحق الاداء [١] ، و لهذه الاهمية الزمت القوانين المختلفة محرر الورقة الصرفية ان يضمنها ميعاد الاستحقاق ، و ذهبت ابعد من ذلك اذ حددت صيغ معينة يجب على محرر الورقة ان يتقيد بها .

ففي اطار القانون الفرنسي نجد ان المادة (L.511-22) قد نصت "يمكن سحب السفتجة ١- عند الاطلاع ٢- بعد مضي فترة زمنية معينة عن الاطلاع ٣- مضي فترة زمنية معينة بعد الانشاء ٤- في تأريخ محدد " [٢] .

ويثار التساؤل في ظل الفقه الفرنسي حول مدى صحة الاتيان بصيغة اخرى غير التي نصت عليها المادة السابقة كأن تكون الحوالة مستحقة خلال سقف زمني يجب ان لا تتجاوزه ولا يكون هذا التأريخ واضحًا و محددًا كأن تتضمن الورقة عبارة (على ان يكون الدفع في موعد لا يتجاوز الشهر).

يذهب اتجاه فقهي إلى بطلان هذه الصورة [٣] ، و يؤسس موقفه على نص الفقرة الثانية من المادة (L.511-22) و التي نصت " تكون السفتجة باطلة اذا حررت ضمن مواعيد اخرى أو تضمنت تواريخ متعاقبة " [٤] .

وفي المقابل يذهب اتجاه اخر إلى صحة الحوالة في الحالة المتقدمة فهي لا تعدو ان تكون حوالة مستحقة لدى الاطلاع الا انها محددة بنطاق زمني محدد يجب ان تقدم خلاله [٥] .

وكذلك الامر في ظل قانون التجارة الامريكي الموحد فقد نص على ضرورة تضمين المستند القابل للتداول ميعادًا يكون بموجبه مستحق الاداء كما اشارت إلى ذلك المادة (3-104/1/B) إذ جاء

---

١ - د. فائق الشماع ، د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص٦٩.

2- L.511-22 (1)
I. - Une lettre de change peut être tirée :
1° A vue ;
2° A un certain délai de vue ;
3° A un certain délai de date ;
4° A jour fixe

3 - Terrel et Lejeune , Traite des operrations commerciales les des banques , paris , 1951 , p 322 .

4 - L.511-22 (2). – " Les lettres de change, soit à d'autres échéances, soit à échéances successives, sont nulles".

5 - friedel georges , De Linopposabilite des Exceptions En Matiere D.effets de commerce , Edititons rousseau , 1953 , p 391.

فيها " الدفع عند الطلب أو في وقت محدد "[١] ، كذلك نصت المادة (3-108/2) على صور اخرى لميعاد الاستحقاق اذ جاء فيها " التعهد أو الامر يكون واجب الدفع في وقت محدد إذا كان مستحق بعد مضي فترة محددة من الوقت بعد الحضور أو قبول المستند المثبت بتأريخ محدد وفقًا للنظام المتبع مع مراعاة الشروط)[٢] ، وسبق وان اشرنا إلى الشروط التي نصت هذه المادة على ضرورة مراعاتها[٣] .

ويتضمن النص المتقدم صورة الاستحقاق بعد مدة معينة من الاطلاع و يجب ان يكون الاطلاع مؤرخًا بحيث يثبت التأريخ على السند القابل للتداول و بعد ذلك يبدأ حساب المدة [٤] .

أما فيما يتعلق بالقانون المصري فهو الاخر اكد على اهمية بيان ميعاد الاستحقاق في الورقة الصرفية - بإستثناء الصك - فقد جعلت الفقرة الرابعة من المادة (٣٧٩) من قانون التجارة هذا البيان من البيانات الالزامية واشارت المادة (١/٤٣١) إلى صور ميعاد الاستحقاق التي لا تبتعد عند الصور الاربع التي نص عليها قانون التجارة الفرنسي ، و المقتبسة من المادة (٣٣) من اتفاقية جنيف الموحدة .

و الامر نفسه في ظل قانون التجارة العراقي فقد جعل من البيان الذي يتضمن ميعاد الاستحقاق احد البيانات الالزامية كما اشارت إلى ذلك الفقرة الرابعة من المادة (٤٠) من قانون التجارة النافذ ، وكذلك نصت المادة (٨٤/اولاً) على الصور التي يجب ان يرد ميعاد الاستحقاق بموجبها وهي لا تبتعد عما جاء في القانونين الفرنسي و المصري على اعتبار انها قد اقتبست من نص المادة (٣٣) من اتفاقية جنيف الموحدة .

ويتضح مما تقدم الاهمية الكبيرة التي أولتها التشريعات المختلفة لميعاد الاستحقاق ، كذلك يجب ان يكون ميعاد الاستحقاق معينًا بوضوح لذلك لا يجوز ان يكون معلقًا على اجل غير محدد

---

1 - (3-104) /1/ (B) " It is payable on demand or at a definite time"

2 - (3-108)/2 (2) A promise or order is "payable at a definite time" if it is payable on elapse of a definite period of time after sight or acceptance or at a fixed date or dates or at a time or times readily ascertainable at the time the promise or order is issued, subject to rights"

٣ - انظر ص (١٥١) من هذه الاطروحة .

4 - JOSEF KOTÁSEK , Bill of Exchange Law, 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2005 , p 34

كوفاة شخص مثلًا ، أو ان يكون يومًا لا وجود له ، فمثل هكذا تعيين لا يتفق مع وظيفة الورقة كونها اداة وفاء تحل محل النقود [١] .

ومن ثم يتوجب ان تكون الصيغة التي يدون بموجبها هذا البيان قطعية الدلالة لا تثير اللبس أو الغموض ؛ ومن ثم لو كتب هذا التأريخ مرة بالإرقام و اخرى بالحروف وحدث اختلاف بين الصيغتين؛ فيبطل السند من ناحية كونه ورقة صرفية [٢] .

كذلك يجب ان تتضمن الورقة تأريخ استحقاق واحد والا فقدت قيمتها كسند صرفي فإذا تم تجزئة المبلغ على اقساط و كانت واجبة الوفاء في مواعيد استحقاق متعاقبة فأنه لا يكون سنداً صرفيًا[٣] .

و من كل ما تقدم يتضح بإن بيان ميعاد الاستحقاق يكون معلن التأريخ عندما يعين بموجب الشكلية الصرفية المكتوبة فهو أما ان يكون محددًا ابتداءً عندما تكون الورقة مستحقة بتأريخ معين أو بعد مدة محددة من تأريخ الانشاء أو ان لا يكون معينًا ابتداءً عندما تكون الورقة مستحقة لدى الاطلاع أو بعد مدة معينة من الاطلاع ، على اعتبار اننا في الحالتين الاخيرتين لا نكون متيقنين من التأريخ الذي سوف يقدم فيه الحامل الورقة إلى المسحوب عليه أو المتعهد للأطلاع [٤] ؛ لأن المسحوب عليه في الحوالة أو المتعهد في الكمبيالة أو المصرف في الصك هو الشخص المقصود بالاطلاع [٥] ، وقد تثار بعض الصعوبات فيما يخص تعيين ميعاد الاستحقاق عند اغفال ذكر السنة أو اسم الشهر كأن يقال ادفعوا بموجب هذه الحوالة في يوم (٣/٦) في حين ان الحوالة حررت في يوم (٢٠٢١/٢/٦) مثلًا ، فهل يوم استحقاقها هو السادس من اذار ام الثالث من حزيران؟ ، يجب ان ننوه ان النصوص القانونية في التشريعات محل المقارنة لم تتضمن حلًا لمثل هذه المشكلة ، أما الفقه فيذهب جانب منه إلى عدم بطلان الورقة في هذه الحالة ، و من ثم تعد الورقة مستحقة في السنة التي تم تحريرها و يكون تأريخ استحقاقها في المثال السابق هو يوم السادس من اذار من عام (٢٠٢١)

---

١ - د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص١٢٦ ، و انظر في المعنى نفسه د. بسام حمد الطراونة ، د. باسم محمد ملحم ، مصدر سابق ، ص٨١.

٢ - د. علي فوزي الموسوي ، الوجيز في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص ٤٩.

٣ - د. سميحة القليوبي ، المصدر السابق ، ص٨٤.

٤ - علاء الدين محمد الحسيني ، الرجوع الصرفي "دراسة مقارنة" ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، قسم القانون التجاري ، ٢٠٠١، ص ٦ و ما بعدها.

٥ - د. علي فوزي الموسوي ، المصدر السابق ، ص٨٤.

وهو ما جرى عليه العرف انطلاقًا من ان اجال الديون الصرفية عادة ما تكون قصيرة لا تتجاوز السنة الواحدة وان كان من الممكن ان تكون ابعد من ذلك في بعض الاحيان [١] .

أما إذا لم يذكر هذا الميعاد بشكل نهائي في الورقة ؛ فيعين من خلال الافتراض الصرفي الذي يفترض ان الورقة في هذا الحالة تكون مستحقة لدى الاطلاع ، وهذا الافتراض نصت عليه كل القوانين محل المقارنة .

ففي اطار القانون الفرنسي نصت الفقرة الثالثة من المادة (L.511-1) على (السفاتج التي لا يذكر فيها ميعاد الاستحقاق القانوني ، تعتبر واجبة الدفع عند الاطلاع عليها) [٢] ، و تطبيقاً لذلك جاء في قرار لمحكمة الاستئناف (نيم) الفرنسية (ان السفتجة التي لا تتضمن ميعاد استحقاق لا تكون باطلة كونه من البيانات التي اجازت المادة (L.511-1-III) عدم توفرها مع بيانات الورقة عند انشائها و بذلك تكون مستحقة عند الاطلاع) [٣] ، كذلك جاء في قرار اخر لمحكمة استئناف (دوي) الفرنسية (تكون سندات الصرف مستحقة الدفع عند الاطلاع كما في الحالة الحالية إذا لم يذكر فيها تأريخ الاستحقاق وهي لا تكون واجبة الدفع الا إذا تم تقديمها فعلًا عندما يكون بيان الاستحقاق مفقودًا) [٤] .

و كذلك الامر بالنسبة للكمبيالة فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (L.512-1) من قانون التجارة الفرنسي (تعتبر السندات الاذنية التي لا يبين فيها تأريخ الدفع بشكل نهائي واجبة الدفع عند الاطلاع) [٥] ، و تطبيقًا لذلك جاء في احد قرارات الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية (عندما لا يحتوي السند الاذني اشارة إلى مكان وميعاد الدفع ، فإن السند الاذني يعتبر مستحق الدفع عند

---

١ - د. خالد الشاوي ، الاوراق التجارية في التشريعين العراقي و الليبي ، منشورات جامعة قار يونس ، بنغازي ، ١٩٨٨، ص٩٧، و ينظر في المعنى نفسه ، علاء الدين محمد الحسيني ، مصدر سابق ، ص٧.

2 - L.511-1 - III. "La lettre de change dont l'échéance n'est pas indiquée est considérée comme payable à vue"

3 - Cour d'appel de Nîmes – 26 novembre 2020 – n° 18/04012 . https://www.jurisprudence.dalloz-avocats.fr

4 - Cour d'appel de Douai – 20 octobre 2016 – n° 14/03561

وانظر ايضًا التطبيقات القضائية التي تخص افتراض ميعاد استحقاق السفتجة في ظل القضاء الفرنسي :-

Cour d'appel de Toulouse – 14 novembre 2018 – n° 17/01533

Cour d'appel de Versailles – 12 septembre 2017 – n° 16/07743

Cour d'appel de Versailles – 29 août 2016 – n° 14/02712

Cour d'appel de Versailles – 28 juin 2006 – n° 06/03212

Copyright 2021 - Dalloz - Tous droits reserves https://www.dalloz.fr

5 - L.512-1- II. – "Le billet à ordre dont l'échéance n'est pas indiquée est considéré comme payable à vue".

الاطلاع ، كون ان السند الاذني لا يكون صالحًا كسند اذني إذا فقد احد البيانات الالزامية بإستثناء البيانات التي نصت عليها المادة (L.512-1- II) ومنها ميعاد الدفع)[١] .

أما فيما يتعلق بالقانون الامريكي فنجد ان المادة (3-108 /1/B) من قانون التجارة الامريكي الموحد قد أفترضت ميعاد الاستحقاق في حالة عدم ذكره ضمن السند القابل للتداول حين نصت (التعهد أو الامر يكون واجب الدفع عند الطلب إذا كان يشمل ... :- ب- عدم ذكر اي وقت للدفع)[٢].

ففي الحالات التي لا ينص فيها السند القابل للتداول على ميعاد الاستحقاق فإنه لا يكون سندًا باطلاً وانما تنهض الافتراضات لكي تتم هذا النقص فإذا لم يتمكن للمدفوع له (الحامل القانوني) اضافة ميعاد الاستحقاق وإذا لم يفعل ذلك يكون السند مستحق الاداء لدى الاطلاع[٣] .

واكد القضاء الامريكي هذا المعنى في قرار لمحكمة استئناف ولاية (مينيسوتا) جاء فيه (ان السند القابل للتداول الخالي من ميعاد الاستحقاق يكون واجب الوفاء عند الاطلاع ، وفي هذه الحالة يجب تقديمه خلال فترة زمنية معقولة وهذه الفترة الزمنية هي فترة التي يتقادم بها السند)[٤] .

أما فيما يتعلق بالقانون المصري فنجد ان المادة (٣٨٠/أ) من قانون التجارة المصري النافذ قد نصت " اذا خلت الكمبيالة من بيان ميعاد الاستحقاق اعتبرت مستحقة الوفاء لدى الاطلاع " .

أما فيما يتعلق بالسند لإمر فقد اشارت المادة (٤٦٩/أ) إلى افتراض ميعاد الاستحقاق في حال عدم ذكره في السند لإمر حين نصت " إذا خلا السند لإمر من بيان ميعاد الاستحقاق اعتبر واجب الوفاء لدى الاطلاع" .

---

1 - Cour de cassation – Chambre commerciale – 3 octobre 2018 – n° 17-20.525
وانظر ايضًا التطبيقات القضائية التالية التي تفترض ميعاد الاستحقاق بالنسبة للكمبيالة في اطار القضاء الفرنسي:-
Cour d'appel de Riom – 24 janvier 2018 – n° 16/01999
Cour d'appel de Douai – 12 octobre 2017 – n° 16/00323
Cour d'appel de Douai – 29 janvier 2013 – n° 12/00266
Copyright 2021 - Dalloz - Tous droits reserves https://www.dalloz.fr
2 - Sec.(3-108). (1) A promise or order is "payable on demand" if it:-
(b) Does not state any time of payment.
3 - David M. Steingold , The UCC and Negotiable Instruments - Part 1 of 2 , An overview of a few of the most basic UCC rules for how checks, promissory notes, and other negotiable instruments work , 2013 , p 3, Legal article, Available at the link https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/the-ucc-negotiable-instruments-part-1-2.html
4-Court of Appeals of Minnesota, No. C6-92-1711., March 16, 1993, https://law.justia.com/cases/minnesota/court-of-appeals/1993/c6-92-1711.html

ويمعن الفقه في هذا الافتراض محاولاً ايجاد فرضية بديلة له ؛ فهنالك من يذهب إلى ان الاجدر في حالة عدم ذكر ميعاد الاستحقاق ان تكون الورقة مستحقة في تأريخ انشائها ؛ بحيث يندمج تأريخ التحرير مع تأريخ الاستحقاق [١] ، و في المقابل يعترض اتجاه فقهي اخر على هذا الرأي ويرى ان الاخذ به يؤدي إلى ان تكون الورقة غير قابلة للتداول بالطرق التجارية ومن ثم تكون الورقة مستحقة الاداء من تأريخ التقديم على ان يتم التقديم وفق المواعيد المحددة قانوناً [٢]، و بالتأكيد فان الرأي الاخير اقرب إلى المنطق وهو ما تبنته التشريعات و الاتفاقيات .

أما فيما يتعلق بالقانون العراقي فنجد ان (٤١/ أولاً) قد أفترضت ميعاد الاستحقاق في حالة عدم ذكره في الحوالة حين نصت " عدم ذكر تاريخ الاستحقاق وتعتبر في هذه الحالة مستحقة الاداء لدى الاطلاع عليها"، و من ثم يعد ميعاد الاستحقاق من البيانات التي اجاز القانون افتراضها ؛ فاذا خلت الورقة من هذا البيان فيمكن افتراضه تشريعًا [٣] .

أما بالنسبة للكمبيالة (السند للأمر) فقد افترضت المادة (١٣٤/اولاً) ميعاد الاستحقاق عند عدم تضمينه مع مضامين الكمبيالة حين نصت " اذا خلت الورقة من احد البيانات المذكورة في المادة (١٣٣) من هذا القانون فتعتبر سندا لأمر ناقصًا ولا يكون له اثر كورقة تجارية الا في الاحوال التالية:- أولاً : عدم ذكر تاريخ الاستحقاق ، ويعتبر في هذه الحالة مستحق الاداء لدى الاطلاع عليه".

ويثار سؤال بهذا الصدد حول مدى انطباق الاحكام الخاصة بالورقة التي تحرر بصورة الاستحقاق لدى الاطلاع مع حالة عدم تضمنها لهذا البيان ومن ثم افتراضها مستحقة لدى الاطلاع ، أو بمعنى اخر هل تتطابق الاحكام عند تحرير الورقة و تكون مستحقة لدى الاطلاع سواء تم ذلك من خلال الشكلية المفترضة أم الشكلية المكتوبة ؟ .

فمن المعروف ان هناك احكامًا خاصة تتعلق بالتقديم فيما يتعلق بالحوالة التي يذكر فيها انها مستحقة لدى الاطلاع ، كما اشارت إلى ذلك المادة (٨٥) من قانون التجارة بفقرتها الاولى حين نصت " الحوالة المستحقة الوفاء لدى الاطلاع تكون واجبة الوفاء بمجرد تقديمها ويجب ان تقدم للوفاء خلال سنة من تاريخ انشائها ، وللساحب تقصير هذا الميعاد أو اطالته ، وللمظهرين تقصيره فقط " .

---

١ - د. محمد علي راتب ، السندات الأذنية ، مكتبة دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٤٨ ، ص٤٨٠.
٢ - د. امين محمد بدر ، الاوراق التجارية في التشريع المصري ، تأصيل و تحليل لقواعد الكمبيالة و السند الاذني والشيك ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٣، ص٣٠٨، و انظر في المعنى نفسه ، د. فاروق أحمد زاهر، القانون التجاري المصري -الكتاب الرابع الأوراق التجارية- ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٢٨٧.
٣ - د. علي فوزي الموسوي ، الوجيز في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص ٤٩.

وكذلك نصت الفقرة الثانية من المادة (٨٥) سالفة الذكر " للساحب ان يشترط عدم تقديم الحوالة المستحقة الوفاء لدى الاطلاع قبل انقضاء اجل معين ، وفي هذه الحالة يحسب ميعاد التقديم ابتداء من حلول هذا الاجل" ، فهل يمكن ان يطبق ما تضمنته هذه المادة على الحوالة التي لا يذكر فيها ميعاد الاستحقاق و من ثم يفترض انها مستحقة لدى الاطلاع ؟ .

نعتقد ان الحكم الذي تضمنته المادة اعلاه ينطبق على حالة عدم ذكر ميعاد الاستحقاق بشكل تام ؛ ومن ثم فإن الاحكام التي تنطبق على الورقة التجارية التي تكون مستحقة الاداء لدى الاطلاع بموجب الشكلية المكتوبة - عندما تتضمن الورقة هذا البيان - تطبق وبشكل تام على الورقة التي لا تتضمن هذا البيان ومن ثم تصبح مستحقة لدى الاطلاع بموجب الشكلية المفترضة .

ويعني ذلك ان حامل الورقة الصرفية التي لا يذكر فيها ميعاد الاستحقاق و من ثم يفترض هذا البيان بموجب الافتراض الصرفي يتوجب عليه ان يقدم الورقة للوفاء خلال سنة من تأريخ انشائها ، و كذلك لو اشترط الساحب عدم تقديم الحوالة للوفاء قبل انقضاء اجل معين و لم تتضمن الحوالة ميعاد الاستحقاق فيفترض انها مستحقة لدى الاطلاع ومن ثم يطبق الحكم ، ونعتقد ان ذلك لا يشكل خروجًا على الصور التي حددها المشرع لميعاد الاستحقاق ، وهنا يجب ملاحظة ان مدة السنة لا يبدأ حسابها من تأريخ الانشاء وانما من اليوم الذي ينقضي فيه الاجل المعين[١] ، و بشكل عام فإن افتراض هذا البيان يتطابق في الاثر مع كتابته .

وبقي ان نقول ان ميعاد الاستحقاق لكي يفترض يجب ان يتحقق مبناه ، بأن لا يذكر في الورقة ميعاد الاستحقاق بشكل تام ، أما لو ذكر بطريقة غير قانونية كالمواعيد المتعاقبة أو الوهمية فلا يمكن اعمال الافتراض في هذه الحالة ، كذلك لا مجال لهذا الافتراض لو اضيف بيان لاحق يحدد ميعاد الاستحقاق للورقة .

ثانيًا :- افتراض مكان الأداء

تتضمن الورقة الصرفية حقًا نقديًا يجب ان يوفى في زمان و مكان معينين ؛ و من ثم استلزم القانون ذكر المكان الذي يجب ان توفى فيه الورقة الصرفية ، و تطبيقًا لذلك جعلت المادة (L.511-1-5) من قانون التجارة الفرنسي البيان الذي يتضمن مكان الاداء أحد البيانات الالزامية اذ نصت (أولاً - تحتوي السفتجة على: .... ٥- المكان الذي يتم فيه الدفع)[٢] ، كذلك اشارت المادة (111-3)

---

١ - د. فائق الشماع ، د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص٧٠.

2 - L.511-1-1" I. - La lettre de change contient" :-
5°" Celle du lieu où le paiement doit s'effectuer"

من قانون التجارة الامريكي الموحد إلى ضرورة تضمن السند القابل للتداول مكان الاداء اذ جاء الشطر الاول منها (السند يكون واجب الدفع في مكان الدفع المنصوص عليه في السند) [١] .

و جعلت المادة (٣٧٩/هـ) من قانون التجارة المصري من البيان الذي يحدد مكان الوفاء احد البيانات الالزامية ، كذلك الامر في ظل قانون التجارة العراقي النافذ ؛ فقد أوجبت المادة (٤٠/ خامسًا) ذكر مكان الاداء كأحد البيانات الالزامية .

و في حالة عدم تنظيم هذا البيان من قبل اشخاص الورقة الصرفية ينهض الافتراض الصرفي لكي يفترض له تنظيمًا ، ليحول بذلك دون بطلان الورقة الصرفية ، فتحل بذلك الشكلية المفترضة محل الشكلية المكتوبة في تنظيم هذا البيان.

فقد افترضت المادة (L.511-1-4) من قانون التجارة الفرنسي مكان الاداء في حالة عدم ذكره مع مضامين الحوالة التجارية حين نصت (رابعا. - في حالة عدم وجود إشارة لمكان الدفع ، يعتبر المكان المحدد بجوار اسم المسحوب عليه هو مكان الدفع ومحل إقامة المسحوب عليه في الوقت نفسه) [٢] ، و الامر نفسه يتطبق على الكمبيالة ففي حالة عدم ذكر مكان الاداء افترضت المادة (L.512-1-3) هذا المكان حين نصت (ثالثا. - في حالة عدم وجود اشارة لمكان الدفع ، يعتبر مكان إنشاء الكمبيالة هو مكان الدفع وفي نفس الوقت ومكان اقامة المتعهد)[٣] .

و تطبيقًا لذلك جاء في قرار لمحكمة استئناف (تولوز) الفرنسية (... في حالة عدم وجود أي إشارة خاصة ، يعتبر المكان المحدد بجوار اسم المسحوب عليه هو مكان الدفع ، وفي الوقت نفسه ، مكان إقامة المسحوب عليه.) [٤] .

أما فيما يتعلق بالصك (chèque) فقد كان القانون النقدي و المالي الفرنسي اكثر تفصيلًا بالنسبة لهذا الافتراض ؛ فقد نصت المادة (L.131-3) من القانون المذكور (في حالة عدم وجود أي إشارة خاصة ، يعتبر المكان المحدد بجوار اسم المسحوب عليه هو مكان الدفع , اذا تضمن الصك عدة أماكن مبينة بجانب اسم المسحوب عليه فإن الصك يكون واجب الدفع في المقام الأول المشار

1 -(3-111) " an instrument is payable at the place of payment stated in the instrument".
2 - L.511-1-4 " IV. – "A défaut d'indication spéciale, le lieu désigné à côté du nom du tiré est réputé être le lieu du paiement et, en même temps, le lieu du domicile du tire".
3 - L.512-1- III. –" A défaut d'indication spéciale le lieu de création du titre est réputé être le lieu de paiement et, en meme temps, le lieu du domicile du souscripteur "
4- Cour d'appel de Toulouse – 14 novembre 2018 – n° 17/01533
Copyright 2021 - Dalloz - Tous droits reserves https://www.dalloz.fr

إليه ، وفي حالة عدم وجود هذه المؤشرات أو أي مؤشر آخر ، يكون الصك مستحق الدفع في المكان الذي يوجد فيه المبنى الرئيس للمسحوب عليه) [١] ، ويبدو ان هذا التفصيل مسوغ لأن المسحوب عليه دائمًا ما يكون مصرفًا في الصك ومن ثم يسهل معرفة فرعه الرئيس في حالة تعدده أو موقعه عند عدم ذكره .

أما فيما يتعلق بقانون التجارة الامريكي الموحد فقد كان اكثر تفصيلًا في اطار هذا الافتراض وفيما يتعلق بجميع السندات القابلة للتداول فقد نصت المادة (3-111) منه على افتراض مكان الاداء في حالة عدم ذكره ؛ اذ جاء في الشطر الثاني من هذه المادة (في حالة عدم تحديد مكان الدفع ، يتم دفع السند في عنوان المسحوب عليه أو المتعهد المنصوص عليه في السند ، إذا لم يذكر أي عنوان ، فإن مكان الدفع هو مكان أعمال المسحوب عليه أو المتعهد ، إذا كان المسحوب عليه أو المتعهد لديه أكثر من مكان عمل واحد ، فإن مكان الدفع هو أي مكان عمل للمسحوب عليه أو المتعهد يختاره الشخص الذي يحق له تنفيذ السند ، إذا لم يكن للمسحوب عليه أو المتعهد مكان عمل فإن مكان الدفع هو مكان إقامة المسحوب عليه أو المتعهد) [٢] ، إذ نجد ان النص المتقدم يتضمن اكثر من افتراض فأذا لم يتضمن السند القابل للتداول بيان صريح يحدد مكان الاداء فيتم التعويل على العنوان الموجود بجوار اسم المسحوب عليه - في الحوالة- أو المتعهد في - الكمبيالة - ، فإن لم يذكر عنوان بجوار اسم المسحوب عليه أو المتعهد يتم التعويل مركز اعمال الملتزم بالورقة ، فأن كان لديه اكثر من مركز اعمال فيختار الحامل القانوني احد هذه الامكنة كمكان لوفاء قيمة السند ، فإذا لم يكن للملتزم بالورقة أي مقر عمل فيعول على مكان اقامة الملتزم بالورقة كمكان لإدائها .

---

1 - Article L131-3
"Le titre dans lequel une des énonciations indiquées à l'article L. 131-2 fait défaut ne vaut pas comme chèque, sauf dans les cas déterminés par les alinéas suivants A défaut d'indication spéciale, le lieu désigné à côté du nom du tiré est réputé être le lieu de paiement. Siplusieurs lieux sont indiqués à côté du nom du tiré, le chèque est payable au premier lieu indiqué. A défaut de ces indications ou de toute autre indication, le chèque est payable au lieu où le tiré a son établissement principa".

2 -(3-111), (Place of payment)
"If no place of payment is stated, an instrument is payable at the address of the drawee or maker stated in the instrument. If no address is stated, the place of payment is the place of business of the drawee or maker. If a drawee or maker has more than 1 place of business, the place of payment is any place of business of the drawee or maker chosen by the person entitled to enforce the instrument. If the drawee or maker has no place of business, the place of payment is the residence of the drawee or maker"

وحتى قبل صدور قانون التجارة الامريكي الموحد كان القضاء الامريكي يقضي باعتبار مكان المسحوب عليه الرئيس هو الذي يمثل مكان الاداء في حالة خلو السند القابل للتداول من مكان الاداء ، فقد جاء في قرارللمحكمة العليا الامريكية في قضية تعرف بإسم (البنك الاحتياطي الفيدرالي في ريتشموند ضد مالوي) مانصه (عندما يتلقى البنك أي شيك أو كمبيالة أو أي أداة أخرى قابلة للتداول لتحصيلها وإعادة توجيهها للتحصيل ، يجب أن يكون البنك فقط مسؤولاً بعد استلامه الدفعة النهائية الفعلية ويمكن استيفاء قيمة السند القابل للتداول من فرعه الرئيس إذا لم يتضمن السند مكان الاداء)[1] .

أما فيما يتعلق بقانون التجارة المصري فنجد ان المادة (٣٨٠/ب) افترضت مكان الاداء في حالة عدم ذكره مع مضامين الحوالة (الكمبيالة) إذ نصت " إذا خلت من بيان مكان الوفاء اعتبر المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه مكانًا للوفاء وموطنًا للمسحوب عليه في نفس الوقت " كما نصت المادة (٤٦٩/ب) من القانون نفسه على افتراض مكان الاداء في السند لأمر حين نصت " وإذا خلا السند لأمر من بيان مكان الوفاء أو موطن المحرر اعتبر محل انشائه مكانًا للوفاء به وموطنًا للمحرر " .

وفي اطار القانون العراقي نجد ان المادة (٤١/ ثانيًا) من قانون التجارة قد افترضت مكان الاداء حين نصت " عدم ذكر مكان الاداء مع ذكر عنوان بجانب اسم المسحوب عليه فيعتبر هذا العنوان مكان الاداء و مقام المسحوب عليه في الوقت ذاته " ، وبالنسبة للكمبيالة نصت المادة (١٣٣/ثانياً) " عدم ذكر مكان الاداء أو مقام المحرر ، فيعتبر مكان انشاء السند مكان الإداء و مقام المحرر في الوقت ذاته " ، و كان الاولى بالمشرع ان يستبدل كلمة (المحرر) بكلمة (المتعهد)؛ لأن دلالتها تنصرف لمعنى الملتزم بالسند وهو المعني بإداء قيمته ، أما المحرر فدلالتها تنصرف لمن يقوم بكتابة السند وهذا الاخير قد يكون المتعهد و قد يكون غيره ، أما فيما يتعلق بالصك فقد كانت المادة (١٣٩/ أولاً) اكثر تفصيلاً اذ نصت " عدم ذكر مكان الاداء مع ذكر عنوان بجانب اسم المسحوب عليه فيعتبر هذا العنوان مكان الاداء ، فاذا ذكرت عدة اماكن بجانب اسم المسحوب عليه اعتبر الصك مستحق الاداء في أول مكان مذكور فيه، فاذا خلا الصك من ذكر مكان الاداء على النحو المتقدم اعتبر مستحق الاداء في المكان الذي يقع فيه المركز الرئيس للمسحوب عليه" ، و كما هو موضح فلكي يعمل هذا الافتراض يجب ان يتحقق مبناه ، و يتمثل مبناه بورود الورقة الصرفية

1- United States Supreme Court , FEDERAL RESERVE BANK OF RICHMOND v. MALLOY(1924), Argued: January 9, 1924Decided: February 18, 1924, https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/264/160.html

خالية من مكان الاداء مع وجود عنوان بجانب اسم المسحوب عليه أو المتعهد ، (بإستثناء الصك) فالافتراض يمكن ان يتحقق حتى لو لم تكن هناك اي اشارة إلى مكان الانشاء ، و يثار تساؤل حول عبارة (بجانب اسم المسحوب عليه) الواردة في نص المادة (٤١/ثانياً) من قانون التجارة العراقي والمادة (٣٨٠/ب) من قانون التجارة المصري ، فماذا لو ورد عنوان المسحوب عليه في مكان اخر من الورقة كأن يكون فوق اسمه أو تحته فهل يكفي ذلك لإعمال الافتراض ؟ .

يذهب اتجاه فقهي في مصر إلى ضرورة ورود العنوان بجوار اسم المسحوب عليه لكي يعول على هذا العنوان كمكان للإداء و موطنًا للمسحوب عليه في الوقت نفسه وبخلاف ذلك تبطل الورقة لصعوبة تحديد مكان الوفاء حتى ولو كان من السهل معرفة موطن المسحوب عليه على ارض الواقع كما لو كان شركة ذات شهرة معروفة في مجال تجارة معينة لأن في ذلك خروج على حرفية الورقة (كفايتها الذاتية) [١] .

الا اننا نختلف مع الرأي المتقدم فلو ورد العنوان بإي مكان من الورقة وكان واضح الدلالة في كونه عنوان المسحوب عليه فإن ذلك يكفي لتحقق مبنى الافتراض الصرفي ومن ثم التعويل عليه كمكان لأداء الورقة ولا يترتب على ذلك خرق الكفاية الذاتية طالما ان العنوان مذكور في متن السند وليس ورقة مستقلة عنها ، ويثار تساؤل اخر يخص هذا الافتراض ،فماذا لو ذكر بجوار اسم المسحوب عليه اسم المدينة فقط دون بقية التفاصيل كالقضاء أو الناحية أو المحلة....لخ؟ .

في حقيقة الامر لا تسعفنا نصوص قانون التجارة العراقي بحكم يكفينا مؤونة جواب السؤال المتقدم ، الا اننا نرى وتماشيًا مع غاية الاقتصاد في البطلان ان ذلك يكفي لأعمال الافتراض حتى وان لم يكن عنوانًا مفصلاً ؛ كأن تذكر المدينة فقط دون ذكر القضاء أو الناحية أو المحلة ، وفي هذه الحالة يعول على العنوان التجاري للملتزم بموجب الورقة في المدينة المذكورة بجانب اسمه فإن لم يكن له عنوان تجاري بهذه المدينة يعول على محل اقامته في المدينة المذكورة ، رغم ان هناك جانب من الفقه يرى ان الورقة تبطل في هذه الحالة طالما ان العنوان لم يعين بشكل دقيق بإن عين من خلال ذكر المدينة فقط [٢] .

ومن كل ما تقدم يتضح بأن افتراض مكان الاداء يؤدي دورًا مهمًا في الحيلولة دون بطلان الورقة عندما تخلو من هذا البيان المهم الذي يوضح الموطن الذي سيوفى فيه السند .

---

١ - د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص٨٧.
٢ - د. علي فوزي الموسوي ، الوجيز في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص٥٢.

ثالثًا :- افتراض مكان الانشاء

يمثل مكان ابرام اي تصرف قانوني اهمية كبيرة تضاهي اهمية مكان الميلاد بالنسبة للشخص الطبيعي ، فتقضي القواعد العامة بخضوع التصرف القانوني من ناحية الشكل إلى مكان ابرامه [١] ، ولا تقتصر اهمية مكان الانشاء بالنسبة للورقة الصرفية في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها ؛ بل ان له اهمية اخرى تتمثل بتحديد الاحكام القانونية الواجبة التطبيق على المسائل التي لم يتوصل فيها المؤتمرون في جنيف إلى اتفاق و قرروا ان يترك لكل دولة تنظيمها بكل حرية[٢] ، اذ جاء في المادة (١٦) من الملحق الثاني لاتفاقية جنيف الاولى لسنة ١٩٣٠ (مسألة ما إذا كان الساحب ملزمًا بتجهيز مقابل الوفاء عند الاستحقاق و ما اذا كان للحامل حقوق خاصة على المقابل "تبقى خارج القانون الموحد")[٣] ، كما جاء في المادة السادسة من اتفاقية جنيف الثانية لسنة ١٩٣٠ الخاصة بتنازع القوانين في موضوع الحوالة و الكمبيالة ان العبرة بقانون مكان انشاء الورقة في بيان ما اذا كان حامل الورقة يكتسب الدين الذي صدرت الورقة على اساسه [٤] ، لذلك اتجهت القوانين إلى جعل مكان الانشاء احد البيانات الالزامية ، فنجد ان قانون التجارة الفرنسي نص في المادة (L.511-1-7) على ضرورة تضمين الحوالة المكان و الزمان الذي تم انشاء الحوالة فيهما[٥].

أما فيما يتعلق بالكمبيالة فقد نصت المادة (L.512-1-6) من القانون نفسه على جعل بيان مكان الانشاء احد البيانات الالزامية [٦] ، وفيما يتعلق بالصك فقد نصت المادة (L131-2-5) من القانون النقدي و المالي الفرنسي على ضرورة ذكر مكان الانشاء كأحد البيانات الالزامية [١] .

---

١ - نصت المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي " تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها".

٢ - د. اكرم ياملكي ، مصدر سابق ، ص٥٤.

٣ - لنا عودة للمادة (١٦) من الملحق الثاني للاتفاقية عند بحث افتراض وجود مقابل الوفاء انظر ايضًا المزيد من التحفظات في هذا الملحق من اتفاقية جنيف للأوراق التجارية متاحة على موقع الامم المتحدة على الرابط التالي:-
https://treaties.un.org/Pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=553&chapter=30&clang=_en

4 - CONVENTION' FOR THE SETTLEMENT OF CERTAIN CONFLICTS OF LAWS IN CONNECTION WITH BILLS OF EXCHANGE AND PROMISSORY NOTES. SIGNED AT GENEVA، JUNE 7, 1930. *Article 6.*" The question whether there has been an assignment to the holder of the debt which has given rise to the issue of the instrument is determined by the law of the place where the instrument was issued"

نص الاتفاقية الكامل الخاصة بتنازع القوانين في الحوالة و الكمبيالة متاح على موقع الامم المتحدة على الرابط التالي
https://treaties.un.org/PAGES/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=551&chapter=30&clang=_fr

5 - L.511-1- 7°" L'indication de la date et du lieu où la lettre est créée ;"

6 - L.512-1- 6°" L'indication de la date et du lieu où le billet est souscrit"

1 - Article L131-2-5- " L'indication de la date et du lieu où le chèque est créé"

أما فيما يتعلق بالقانون الامريكي فلم نجد ضمن النصوص الخاصة بالسندات القابلة للتداول في قانون التجارة الموحد ما يشير إلى ان بيان مكان الانشاء يعد من البيانات الالزامية ، ولعل سبب ذلك كما يشير جانب من الفقه الى ان السند القابل للتداول يخضع لقانون مكان وفائه من حيث المبدأ[١]، الا ان ذلك لا يعني ان ذكر مكان الانشاء في السند ليس له اي فائدة ، فإذا تم ذكره فسيجعل السند خاضعًا لقانون مكان انشائه [٢] .

اما فيما يتعلق بقانون التجارة المصري فقد جعلت الفقرة (ز) من المادة (٣٧٩) من بيان مكان الانشاء احد البيانات الالزامية في الحوالة (الكمبيالة) ، و الامر نفسه ينطبق على السند لإمر فقد نصت المادة (٤٦٨/و) على بيان مكان انشاء السند كأحد البيانات الالزامية ، في حين اشارات المادة (٤٧٣/هـ) إلى مكان الانشاء بوصفه احد البيانات الالزامية التي يجب ان يتضمنها الصك (الشيك) حسب تسمية القانون المصري .

وفيما يتعلق بالقانون العراقي فهو الاخر جعل من بيان مكان الانشاء احد البيانات الالزامية في الحوالة كما نصت على ذلك المادة (٤٠/سابعًا) ، و الامر نفسه ينطبق على الكمبيالة كما اشارت إلى ذلك المادة (١٣٣/سادسًا) ، وفيما يتعلق بالصك فإن المادة (١٣٨/خامسًا) اشارت إلى مكان الانشاء كأحد البيانات الالزامية .

ورغم الاهمية التي اشرنا اليها لهذا البيان و جعل اغلب القوانين منه بيانًا الزاميًا الا ان هناك من يرى تراجع اهمية هذا البيان عما كانت عليه في السابق ؛ حيث كانت التشريعات تعتبر الحوالة اداة للصرف و لتحويل النقود من بلد إلى اخر ، و تشترط لصحتها اختلاف مكان انشائها عن مكان دفعها ، الا ان هذا الامر قد تغير عندما اصبحت الحوالة قابلة للأنشاء والتداول والوفاء داخل البلد الواحد لذلك قلت اهمية بيان الانشاء[٣] ، ومن ثم بدأت القوانين الحديثة لا تنص عليه كأحد البيانات الالزامية كما هو شأن القانون الامريكي كما تقدم .

---

1 - Roscoe T. Steffen, Some Recent Supreme Court Decisions Relating to Negotiable Instruments, Indiana Law Journal, Vol. 12, No. 1, 1936.P.5, Available at the link https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol12/iss1/1/

2 - Dr. Ileana Voica, Bills of Exchange and Promissory Notes, Juridical Tribune Journal, Vol. 1, No. 2, 2011.P.117, Available at the link https://econpapers.repec.org/article/asrjournl/v_3a1_3ay_3a2011_3ai_3a2_3ap_3a107-117.htm

٣ - د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص١٣٨، وانظر في المعنى نفسه د. مصطفى كمال طه ، د. علي البارودي ، مصدر سابق ، ص٥٠، وانظر ايضاً د. عزيز العكيلي ، الاوراق التجارية في القانون التجاري الاردني و اتفاقية جنيف الموحدة ، الطبعة الاولى ، دار مجدلاوي ، عمان ، ١٩٩٢، ص٨٢، و انظر كذلك ، د.احمد شكري السباعي ، الوسيط في الاوراق التجارية ، الطبعة الثانية ، مطبعة المعارف ، الرباط ، ٢٠٠٤، ص٦٢.

الا ان اغلب التشريعات تنص عليه كأحد البيانات الالزامية و ترتب اثرًا على تخلفه بشكل تام يتمثل ببطلان الورقة من ناحية كونها سندًا صرفيًا ، ولتلافي هذه النتيجة عمل المشرع الصرفي إلى افتراض هذا البيان في حالة عدم تواجده مع مضامين الورقة فنجد ان المشرع الفرنسي في قانون التجارة يفترض هذا البيان اذا لم يكن موجودًا مع مضامين الحوالة ، اذ نصت المادة (L.511-1-V) (الحوالة التي لا تشير إلى مكان انشائها تفترض على انها قد وقعت في المكان المشار اليه بجانب اسم الساحب) [١] .

وكذلك الامر بالنسبة للكمبيالة فقد نصت المادة (L.512-1- IV) (السند الاذني الذي لا يشير إلى مكان انشائه يعتبر منشئًا في المكان المخصص بجانب اسم المتعهد) [٢] .

وفيما يتعلق بالصك فقد افترضت العبارة الاخيرة من المادة (L131-3) من القانون النقدي و المالي الفرنسي مكان الانشاء في حالة عدم ذكره مع مضامين الصك إذا جاء فيها (يعتبر الصك الخالي من الإشارة إلى مكان إنشائه منشئًا في المكان المحدد بجانب اسم الساحب)[٣].

أما فيما يتعلق بالقانون الامريكي فكما تقدم أن قانون التجارة الامريكي الموحد لم يجعل مكان الانشاء من ضمن البيانات الالزامية التي يجب ان يتضمنه السند القابل للتداول و سبب ذلك ان هذا السند يخضع لقانون مكان وفائه لا انشائه [٤] .

وفيما يتعلق بقانون التجارة المصري فقد نصت المادة (٣٨٠/ج) " واذا خلت من بيان مكان الاصدار اعتبرت صادرة في المكان المبين بجانب توقيع الساحب " .

ومن ثم إذا خلت الحوالة من بيان مكان الاصدار فأنها تعتبر صادرة في العنوان المبين بجوار اسم الساحب [٥] ، وفيما يتعلق بالسند لإمر فقد افترضت المادة (٤٦٩/ج) من القانون نفسه مكان الانشاء في حالة عدم ذكره اذ نصت " واذا خلا السند لإمر من بيان مكان انشائه اعتبر منشأ في المكان المبين بجانب اسم المحرر " ، وفيما يتعلق بالصك ، نصت المادة (٤٧٤/ب) من القانون المذكور على افتراض مكان اصدار الصك اذ نصت هذه المادة " اذا خلا الشيك من بيان مكان

---

1 - L.511-1- V – "La lettre de change n'indiquant pas le lieu de sa création est considérée comme souscrite dans le lieu désigné à côté du nom du tireur"

2 - L.512-1- IV. – "Le billet à ordre n'indiquant pas le lieu de sa création est considéré comme souscrit dans le lieu désigné à côté du nom du souscripteur".

3 - L.131-3 "Le chèque sans indication du lieu de sa création est considéré comme souscrit dans le lieu désigné à côté du nom du tireur."

4 - Roscoe T. Steffen , op, cit, p5 .

٥ - د. محمد السيد الفقي ، مصدر سابق ، ص٦١.

اصداره اعتبر انه صدر في موطن الساحب " ، ومن ثم اذا خلا الصك بشكل نهائي من اي عنوان يشير إلى مكان انشائه فيفترض انه قد انشأ في موطن الساحب [١] .

أما فيما يتعلق بقانون التجارة العراقي ، فقد اشارت إلى هذا الافتراض المادة (٤١/ثالثًا) فيما يتعلق بالحوالة اذ نصت " عدم ذكر مكان الانشاء مع ذكر عنوان بجانب اسم الساحب فيعتبر هذا العنوان مكان الإنشاء " ، وفيما يتعلق بالكمبيالة افترضت المادة (١٣٤/ ثالثاً) مكان الانشاء عند عدم ذكره في الحوالة حيث نصت هذه المادة " عدم ذكر مكان الانشاء مع ذكر عنوان بجانب اسم المحرر، فيعتبر هذا العنوان مكان الانشاء " وفيما يتعلق بالصك نصت المادة (١٣٩/ ثانيًا) على هذا الافتراض اذ نصت " عدم ذكر مكان الانشاء مع ذكر عنوان بجانب اسم الساحب فيعتبر هذا العنوان مكان انشاء الصك " .

وفي حقيقة الامر نرى ان المشرع لم يكن موفقًا في الافتراض الاخير فكان الأولى به ان يفترض مكان الانشاء حتى في حالة عدم ورود اي اشارة اليه كما فعل المشرع المصري لما لذلك من كبير اثر في الحد من حلات البطلان [٢] .

هذه هي الافتراضات التي تخص البيانات الإلزامية التي لم تدرج مع مضامين الورقة الصرفي و التي يمكن تنظيمها من خلال الافتراض الصرفي المنظم أما غيرها من البيانات الإلزامية فلا يمكن افتراضها في حالة عدم تنظيمها بالكامل في اطار القانون العراقي رغم ان بعض القوانين المقارنة تضمنت افتراضات اخرى غير التي نص عليها المشرع العراقي [٣] .

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية "اجرت محكمة الاستئناف تحقيقاً حول الموضوع إذ اطلعت على كتاب الهيأة العامة للضرائب في كربلاء (العدد ١٦٨ و تاريخ ٢٠٠٥/١/١٢) المتضمن أن المبالغ المسددة عما يصيب الشركاء من ضريبة العقار المرقم(٦٠ باب الخان) هي

---

١ ـ د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص٣٧٥، و انظر في المعنى نفسه ، د. ثروت حبيب ، القانون التجاري ، مطبعة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ١٩٨٣، ص٨٢.

٢ ـ تجدر الاشارة إلى ان بعض القوانين كقانون التجارة الاردني اشار في المادة (١٢٥/ و) إلى ان سند السحب (الحوالة) الخالية من ذكر عنوان بجانب اسم الساحب تعتبر قد انشأت في المحل الذي وقع فيه الساحب السند فعلاً

٣ ـ على سبيل المثال افتراض قانون التجارة الامريكي الموحد البيان الذي يوضح صفة المستفيد في حالة عدم وجود اي اشارة له في المادة (2/3-109) و كذلك تضمنت المادة (١٢٥) من قانون التجارة الاردني العديد من الافتراضات للبيانات التي لم ينظمها اشخاص الورقة ؛ بالإضافة إلى افتراض مكان الانشاء و مكان الاداء وميعاد الاستحقاق ، افترض ايضًا تأريخ الانشاء في الفقرة (هـ) من المادة المذكورة التي نصت " اذا كان سند السحب خالياً من ذكر تاريخ إنشاؤه فيعتبر التاريخ الحقيقي الذي تم فيه تسليم السند للمستفيد أو الحامل هو تاريخ إنشائه" كذلك افترضت الفقرة (و) من المادة نفسها بيان التسمية اذ نصت " إذا خلا متن سند السحب من ذكر كلمة (سند سحب أو بوليصة أو سفتجة) وكان المعنى المستخلص من المتن يدل على أنه سند سحب فيعتبر كذلك" ، للمزيد حول تفاصيل هذه الافتراضات انظر د. فياض ملفي القضاة، شرح قانون التجارة الأردني الأوراق التجارية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٩، ص٣٣وما بعدها.

مليونان و مائة ألف دينار، و قد اطلعت المحكمة المذكورة على اضبارة العقار و التعهدات الحاصلة بين مالكي العقار و بين زوجة المميز، ومن خلال ما تقدم يتبين أن دفع المميز بأنه حرر الصك موضوع الدعوى على بياض يتفق مع ما تقدم مع وقائع مما يفقده صفة الورقة التجارية المنصوص عليها قانونًا و لا يكون له اثر إلا في الحالتين المنصوص عليهما في المادة ١٣٩ من قانون التجارة و ليس من بينهما الحالة موضوع الدعوى "[١].

ويفهم من هذا القرار ان البيانات التي يمكن تنظيمها من خلال الافتراض الصرفي في حالة عدم تنظيمها من اشخاص الورقة الصرفية تقتصر على بيان مكان الاداء ومكان الانشاء فقط فيما يتعلق بالصك ، ويضاف اليهما ميعاد الاستحقاق فيما يتعلق بالحوالة و الكمبيالة فكل هذه البيانات يمكن افتراضها فيما لو اغفلها أو تغافل عنها اشخاص الورقة الصرفية ، ولقد سبق وان اطلقنا تسمية الافتراض الصرفي المنظم على هذا النوع على اعتبار انه يحل محل اشخاص الورقة في تنظيمه لهذه البيانات و بالتأكيد فان ذلك يتم في مرحلة انشاء الورقة .

الفرع الثاني

الافتراض الخاص بكتابة مبلغ الورقة

يمثل المبلغ النقدي الذي تتضمنه الورقة الصرفية ركن المحل بهذه الورقة ، فإن تضمنت محلًا اخر غيره لا نكون امام ورقة صرفية ، ويشترط في هذا المبلغ ما يشترط في ركن المحل بشكل عام بإن يكون موجودًا و ممكنًا و معينًا أو قبلًا للتعيين و مشروعًا ؛ ولما كان المحل مبلغًا نقديًا كما اسلفنا ؛ فإنه قد احرز مقدمًا شرط الوجود والامكان و المشروعية ، ولم يبق له إلى ان يكون معينًا ، لذلك الزمت القوانين المختلفة محرر الورقة الصرفية ان يضمنها القيمة النقدية التي تمثلها ، واشترطت تعيينها بشكل دقيق ، لذلك لا يمكن لمحل الورقة الصرفية الا ان يكون معينًا، أما القابلية للتعيين فلا مجال للكلام عنها في الميدان الصرفي ؛ إذ ان الورقة النقدية تقوم مقام النقود لذلك يتوجب تعيين قيمتها ابتداءً ، و بخلاف ذلك تفقد قيمتها كورقة صرفية ، وغالبًا ما يتم تحديد قيمة الورقة بأكثر من صيغة فتكتب مرة حرفًا واخرى رقمًا ، وقد يحدث وان تكتب بصيغة واحدة اكثر من مرة وتختلف القيمة بينهما الامر الذي يخل بتحديد هذا المبلغ ولا توجد وسيلة لمعالجة هذا التباين - تحفظ للورقة كفايتها- الا من خلال أفتراض صحة احدى الصيغ عند تعددها ، أو القيم عند اختلافها ،

---

١ - قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (١٠٦) في (٢٠٠٦/١١/١٨) متاح على موقع قاعدة التشريعات العراقية على الرابط التالي :-

http://iraqld.hjc.iq:8080/VerdictsTextResults.aspx

وللإحاطة بهذه الافتراضات سنقسم هذا الفرع على فقرتين، سنتناول في الفقرة الأولى افتراض صحة المبلغ المكتوب حرفًا عند اختلاف الصيغة ، ومن ثم سنتناول في الفقرة الثانية افتراض صحة المبلغ الاقل عند اختلاف القيمة واتحاد الصيغة .

اولًا :- افتراض صحة المبلغ المكتوب حرفًا عند اختلاف الصيغة

درج التعامل العملي على كتابة مبلغ الورقة الصرفية بصيغتين ؛ مرة بالحروف و اخرى بالأرقام ، بل إن بعض القوانين المقارنة - كما سنلاحظ - أوجبت ان يكتب هذا المبلغ بالصيغتين معًا ، خصوصًا فيما يتعلق بالصك ؛ سدًا لذريعة التزوير ، وفي كثير من الاحيان يحصل الاختلاف بين الصيغتين ، الامر الذي يتطلب افتراض صحة احدى الصيغ المكتوبة لذلك اتجهت اغلب التشريعات إلى ترجيح الصيغة الحرفية على الصيغة الرقمية عند التباين .

فقد جاء في الشطر الاول من المادة (L.511-4) من قانون التجارة الفرنسي (الورقة التي تحرر قيمتها بصيغة رقم و حرف تعد نافذة من الناحية القانونية في حالة وجود اختلاف حول هذين القيمتين يفترض صحة المبلغ المكتوب بالحروف) [١] .

وفيما يتعلق بالصك فقد جاء في الشطر الاول من المادة (L.131-10) من القانون النقدي والمالي الفرنسي (الشيك الذي يتم تحريره بالحروف وبالأرقام يصلح في حالة وجود اختلاف للمبلغ المكتوب بالحروف) [٢] .

وتطبيقًا لذلك جاء في قرار لمحكمة (اميان) الفرنسية في (١٢/ يناير /٢٠٢١) (ان الحوالة التي يحرر مبلغها بالحروف و بالأرقام لا تكون باطلة اذا اختلفت الصيغة بين الاثنين فطبقًا L.511-4 من هذا القانون التي اشارت إلى ان الحوالة التي يكتب مبلغها بالكلمات والأرقام صالحة ، في حالة وجود اختلاف للمبلغ المكتوب بالكلمات) [٣] .

---

1 - L.511-4 "La lettre de change dont le montant est écrit à la fois en toutes lettres et en chiffres vaut, en cas de différence pour la somme écrite en toutes lettres".

2 - L.131-10 " Le chèque dont le montant est écrit à la fois en toutes lettres et en chiffres ne vaut, en cas de différence, que pour la somme écrite en toutes lettres".

3 - Cour d'appel d'Amiens – 12 janvier 2021 – n° 18/01758

Copyright 2021 - Dalloz - Tous droits reserves https://www.dalloz.fr

وانظر ايضًا القرارات القضائية التالية في ظل القضاء الفرنسي و التي تفترض صحة المبلغ المكتوب حرفًا:

Cour de cassation – Première chambre civile – 22 janvier 2020 – n° 18-24.295

Cour d'appel de Paris – 15 octobre 2020 – n° 18/23158

Cour de cassation – Chambre sociale – 30 septembre 2020 – n° 18-24.933

=

وكنا قد اشرنا سابقًا إلى احد القرارات الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية الذي منع احد المصارف من الرجوع إلى قيمة المعاملة التي حررت من اجلها الورقة و الاكتفاء بترجيح الكتابة بالحروف على الارقام ، ولا ضير من التذكير به إذ جاء فيه (ان الصك كتب مبلغه بالأرقام (76533) و بالأحرف (ستة و سبعون يورو و خمسمائة و ثلاثة و ثلاثين سنت) حيث قضت بأن محكمة الاستئناف لم تستخلص النتائج القانونية و انتهكت المادتين (L.131-10, L.131-2) من القانون النقدي و المالي عندما اعتبرت ان مبلغ الصك هو (76533) من خلال الرجوع إلى قيمة المعاملة التي حرر الصك للوفاء بها و النفقات التي خصص الصك للوفاء بها ، بالإضافة إلى ان المصرف كان عليه ان ينبه العميل و لا يسمع دفع المصرف المبني على مبدأ عدم التدخل بشؤون العميل ، وكذلك دفعه الخاص بأن عدم ايراد كلمة (الف) لا يشكل فارقاً ما دام ان قيمة المعاملة واضحة ، وعليه تكون الاولوية للمبلغ المكتوب حرفاً حتى و ان لم يتوافق مع واقع المعاملة) [١] .

وغالبًا ما يكتب مبلغ الورقة بالأحرف و بالأرقام ضمن صلب الورقة وفي الاغلب تكتب الارقام في الزاوية العليا إلى اليمين من أجل تيسير القراءة و عند الاختلاف ترجح الحروف على الارقام [٢] .

أما فيما يتعلق بالقانون الامريكي فقد جاء في الشطر الاخير من المادة (3-114) من قانون التجارة الامريكي الموحد ان الكتابة بالحروف تغلب على الارقام إذ نصت (في حالة وجود صك يحتوي بنود متعارضة فأن الكتابة بالآلة الكاتبة تسود على البيانات المطبوعة والكتابة اليدوية تسود على كلتيهما ، وتغلب الكلمات على الارقام) [٣] ، فقد يحدث وان يتضمن السند بعض البيانات المطبوعة سلفًا و يحتوي على فراغات قد تملأ بواسطة الة الطابعة أو من خلال الكتابة اليدوية ، فأن تعارض ما املته الطابعة مع البيانات المنقوشة سلفًا في السند رجح ما املته الطابعة، وان تضمن بيانات اضيفت من خلال الكتابة اليدوية فترجح على المطبوع والمنقوش .

Cour de cassation – Chambre commerciale – 9 septembre 2020 – n° 18-11.246 d'appel de Nîmes – 24 septembre 2020 – n° 19/0105 Cour
Cour d'appel de Paris – 17 septembre 2020 – n° 18/17321
https://www.jurisprudence.dalloz-avocats.fr/search/opendz?query=pour+la+somme+%C3%A9crite+en+toutes+lettres.&sort=score%3Adown&cursor=rows%3A20

1 - Cour de cassation - Chambre commerciale — 17 mai 2017 - n° 15-25.050
https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20170517-1525050

٢ - ج.ريبر ، ر.روبلو ، مصدر سابق ، ص٢١٠

3 - Instrument; (contradictory terms).
Sec. (3-114). " If an instrument contains contradictory terms, typewritten terms prevail over printed terms, handwritten terms prevail over both, and words prevail over numbers. "

وما يعنينا هنا هو الافتراض الذي تضمنته العبارة الاخيرة من المادة (114-3) من قانون التجارة الامريكي والتي افترضت صحة العبارات المكتوبة حرفًا اذا تعارضت مع المكتوب رقمًا، وقد جاء في قرار للمحكمة العليا في ولاية(كونيتيكت) الامريكية ما نصه (اذا تضمن السند بنود متعارضة كالمواقف التي تنطوي على تعارض بين الإدخالات المطبوعة أو المكتوبة ، والإدخالات المكتوبة بخط اليد ، يجب أن تسود الأخيرة)[١] ، وكنا قد اشرنا سابقًا لحكم يخص محكمة استئناف ولاية (تكساس) قضى بتفضيل الكلمات على الارقام عند اختلاف صيغة مبلغ السند [٢] ، وفي حقيقة الامر ان حكم هذه المادة لا ينطبق على مبلغ السند القابل للتداول فقط ؛ بل ان كل بيان يمكن ان تكتب صيغته بالحروف و الارقام ينطبق عليه النص المتقدم في حالة التباين على اعتبار ان المادة وردت تحت عنوان (contradictory terms) ويعني (البنود المتعارضة) و يستنتج من ذلك إن حكمها يمتد إلى كل البنود التي تدون بالحروف و الارقام ويحدث بينها التباين ، كتأريخ الانشاء و تأريخ الاستحقاق بالإضافة إلى مبلغ السند القابل للتداول .

فقد طبقت المحكمة العليا في ولاية (نيوجيرسي) الامريكية المادة المتقدمة على صك تضمن تأريخين للأستحقاق احدهما في (٣/يناير/ ١٩٩٨) و الاخر (٣/يناير ١٩٩٧) و اعتبرت ان التأريخ الحقيقي هو (٣/يناير/١٩٩٨) كونه كتب بخط اليد [٣] ، ما يعني ان حكم المادة المتقدمة لا يقتصر على حالة تعارض صيغة كتابة مبلغ الورقة فقط بل يمتد ليشمل حالة التعارض بين كل بنوده .

أما فيما يتعلق بالقانون المصري فقد نصت المادة (١/٣٨٤) من قانون التجارة المصري "اذا كتب مبلغ الكمبيالة بالحروف وبالأرقام معًا فالعبرة عند الاختلاف بالمكتوب بالحروف " ، وينطبق الحكم المتقدم على السفتجة والسند لأمر (الكمبيالة) والصك الا ان فرضية التعارض واردة اكثر في اطار القانون المصري في الصك اكثر من الحوالة والسند لأمر وذلك لأن قانون التجارة المصري يشترط على محرر الصك (الشيك) ان يدون مبلغه من خلال الحروف والارقام معًا ولا يكتفي بصيغة واحدة ، إذا نصت المادة (٤٧٣/ب) من قانون التجارة المصري "امر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود مكتوبًا بالحروف و الأرقام " لذلك نجد ان المشرع المصري اكد الحكم الذي

1 - Superior Court of Connecticut. LVNV LLC v. Eva Savvidis , FSTCV116011458S, Decided: May 06, 2013 , https://caselaw.findlaw.com/ct-superior-court/1632821.html
2 - Court of Appeals of Texas ,Houston (1st Dist.). CHARLES TIPS FAMILY TRUST v. PB COMMERCIAL LLC , No. 01–13–00449–CV , Decided: August 19, 2014, https://caselaw.findlaw.com/tx-court-of-appeals/1676009.html
3- Superior Court of New Jersey,Appellate Division, COMMERCE BANK v. DeSimone Auto, Inc., t/a Executive Auto Sales, j/s/a, Defendant-Appellant, Decided: March 31, 2000 , https://caselaw.findlaw.com/nj-superior-court-appellate-division/1167203.html

أوردته المادة (١/٣٨٤) من قانون التجارة مرة اخرى اذ نصت المادة (٤٧٦) من القانون نفسه "إذا اختلف مبلغ الشيك المكتوب بالحروف و بالأرقام معًا فالعبرة عند الاختلاف تكون بالمبلغ المكتوب بالحروف " ، ويرى جانب من الفقه في مصر امكانية كتابة مبلغ الصك بالأرقام فقط ولا يؤدي ذلك إلى بطلانه ولا يجوز تصحيح هذا الرقم بعناصر خارجية عن الصك تطبيقًا لمبدأ الكفاية الذاتية [١] ، بينما يرى اتجاه اخر ان الصك يبطل إذا لم يكتب المبلغ مرتين احداهما بالحروف و اخرى بالأرقام ويرى في ذلك توسع غير مبرر من المشرع في حالات البطلان[٢] ، من جهة اخرى يرى البعض ان هذا الحكم زاد من حالات النزاع كون ان فرضية الاختلاف تكون واردة عند تعدد الصيغة خلافًا لرغبة المشرع في الحد من حلالات البطلان واستقرار المعاملات[٣] ، من جهة اخرى يؤيد البعض الحكم المتقدم ويرى ان المشرع بوضعه لهذا الحكم ساهم في تحديد مبلغ الصك بشكل اكبر وحد من المنازعات التي قد يثيرها عدم تحديد مبلغه[٤] .

وفيما يتعلق بالقانون العراقي فقد نصت المادة (٤٥/اولاً) من قانون التجارة النافذ " إذا كتب مبلغ الحوالة بالحروف وبالأرقام فالعبرة عند الاختلاف بما كتب بالحروف" ويبرر الحكم المتقدم منطقيًا من خلال سهولة تحريف الصيغة الرقمية قياسًا بالحرفية [٥] ، وهنالك من يرى ان تبرير ترجيح المبلغ المكتوب حرفًا على المكتوب رقمًا يكمن في ان فرضية الخطأ أو السهو اقل احتمالًا عند الكتابة بالحروف [٦] ، ويعبر عن المعنى المتقدم بصيغة اخرى في ان الكتابة بالحروف تسترعي انتباه الساحب بصفة خاصة ، فتكون اكثر انطباقًا على ارادته [٧] ، لكن هل تعد هذه التبريرات دقيقة؟.

غالبًا ما تقترن الارقام مع الدقة فيستخدم تعبير (لغة الارقام) للدلالة على الدقة وعدم احتمالها للتأويل ، أما الكتابة بالحروف فلكي تكون دقيقة و محددة تحتاج إلى معرفة بقواعد اللغة ربما لا تكون

---

١ - د. علي جمال الدرين عوض ، مصدر سابق ، ص٤٦، وانظر في المعنى نفسه ، د. جمال محمود عبد العزيز ، مسؤولية البنك في حالة إفلاس العميل على ضوء القانونين المصري والفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥، ص٤٠.

٢ - د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص٣١٢.

٣ - نضال فرج العلي ، اصدار الشيك في قانون التجارة ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ٢٠٠٥، ص٧٠.

٤ - المستشار هاني المختار ، الشيك الجديد وفقًا لقانون التجارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١، ص٢٢

٥ - د. اكرم ياملكي ، الاوراق التجارية وفقًا لاتفاقية جنيف الموحدة ، الطبعة الاولى ، مكتبة دار الثقافة ، عمان،٢٠٠١ ، ص٣٦.

٦- . مصطفى كمال طه ، د، علي البارودي ، المصدر السابق ، ص٥٤، و انظر في المعنى نفسه د. عبد الحكم فودة ، الاوراق التجارية في ضوء الفقه و قضاء النقض و قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار الالفي القانونية ، المنيا ، ٢٠٠٦، ص٦٧.

٧ - د. مصطفى كمال طه ، د. وائل انور بندق ، المصدر السابق ، ص ٤٧، و انظر في المعنى نفسه ، د. هاني دويدار، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٥٩.

متوفرة لدى الجميع ، سيما وان التعامل بالأوراق الصرفية متاح للجميع ، و قد لا تكون للدقة اللغوية اثر في تحديد مقدار المبلغ ، لكن سيكون لها اثر في تحديد قيمته ؛ فمثلاً لو قلت ان مبلغ الورقة (خمس وعشرون مليون) فأن دلالة هذه الصيغة من ناحية المقدار لا تختلف لو قلت (خمسة وعشرون مليون) ، لكن يوجد فرق بين الصيغتين من ناحية ماهية المعدود ؛ فالأولى لا تستخدم الا للمؤنث[١] ، فهي تصلح لعد عملة مؤنثة كالليرة مثلاً ، لكنها لا تصلح لحساب عملة ذات تسمية مذكرة كالدينار ، أما الصيغة الثانية فهي تستخدم للمذكر فلو كتب مبلغ الورقة في بلد يستخدم الليرة كعملة رسمية كسوريا أو تركيا مثلاً و كانت الورقة واجبة الوفاء في العراق وكتبت الصيغة (خمس وعشرون مليون) دون تحديد العملة فأن الدقة اللغوية تتطلب اعتبار مبلغ الورقة محرر بالليرة خصوصًا وان قانون التجارة العراقي لا يتضمن افتراض خاص يحل المشكلة في حالة عدم تحديد العملة ، اضف إلى ذلك ان فرضية التزوير تكون واردة في حالة الكتابة بالحروف كما الارقام ، فأذا اضفت نقطة (صفر) لتزور المبلغ المكتوب رقمًا ، فأن ذلك ممكن ايضًا عند اضافة او حذف نقطة او كلمة قد تغيير من دلالة المبلغ المكتوب حرفًا.

لكن يمكن ان يسوغ تفضيل الكتابة الحرفية على الرقمية من زاوية ان الشخص وهو ينقش الحرف يكون اكثر ترويًا فينطبق ما يدونه اكثر على ارادته[٢] ، وفي الميدان التجاري لا يعول كثيرًا على الدقة اللغوية ان كانت العبارة تؤدي المعنى العرفي الشائع ، ومع ذلك كان الاولى بالمشرع ان يشير إلى افتراض صرفي يحل مشكلة عدم ذكر نوع العملة في الورقة .

وتجدر الاشارة إلى ان كل القوانين المتقدمة وحتى الامريكي - رغم تميزه في تفصيل وسيلة الكتابة وليس صيغتها فقط - اخذت الحكم المتقدم في تفضيل الكتابة حرفًا على الكتابة رقمًا من نص المادة السادسة من قانون جنيف الموحد [٣] .

---

١ - خالد بن محمد الملك ، متى يأتي العدد مذكرًا و متى يأتي مؤنثًا ، مقالة منشورة في جريدة الجزيرة ، الطبعة الاولى ، العدد ١٠٤٥٣ ، متاحة إلى الانتر نت على الرابط التالي :-
https://www.al-jazirah.com/2001/20010512/tl3.htm

٢ - د. مصطفى كمال طه ، د. وائل انور بندق ، المصدر السابق ، ص ٤٧.

3 - (UNIFORM LAW ON BILLS OF EXCHANGE AND PROMISSORY NOTES) Article 6.
"The bill of exchange of which the amount is written" both in words and in figures is valid, in case of difference, for the sum written in words. A bill of exchange, the amount of which is written several times, either in full or in figures, is only valid, in the event of a difference, for the smallest sum "

ثانيًا : - افتراض صحة المبلغ الاقل عند اتحاد الصيغة و اختلاف القيمة

لا تقتصر فرضية التباين في اطار كتابة مبلغ الورقة بين الصيغة المكتوبة حرفًا والصيغة المكتوبة رقمًا ؛ فقد يحدث و ان يكتب مبلغ الورقة اكثر من مرة بصيغة واحدة رقمًا أو حرفًا و تختلف القيمة من صيغة لأخرى الامر الذي يتطلب افتراض صحة احد المبالغ المكتوبة، و ازاء هكذا فرض اتجهت معظم القوانين إلى تغليب القيمة الاقل من بين الصيغ التي وردت في متن الورقة الصرفية .

فنجد ان المادة (L.511-4) من قانون التجارة الفرنسي نصت في شطرها الاخير "السفتجة التي تحرر قيمتها عدة مرات أما رقمًا أو حرفًا تعد نافذة ايضًا ، و في حال وجود اختلاف بين هاتين القيمتين تفترض صحة المبلغ الاقل فقط " [١] .

و تطبيقًا لذلك جاء في قرار للغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية (الحوالة التي تم كتابة المبلغ فيها عدة مرات سواء بأحرف أو بالأرقام ، صالحة فقط لأصغر المجموع ، وهذا ، دون الحاجة إلى البحث عن القيمة الفعلية التي حررت من اجلها الحوالة) [٢] .

اما فيما يتعلق بالصك فقد جاء في الشطر الاخير من المادة (L.131-10) من القانون النقدي و المالي الفرنسي(الصك الذي تكتب قيمته عدة مرات بالحروف أو بالأرقام يكون صحيحًا في حالة وجود اختلاف للقيمة الاقل فقط) [٣] .

وقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف في مدينة (إيكس آن بروفانس) الفرنسية (أن الشيك ، الذي تمت كتابته عدة مرات بالأرقام ، غير صالح ، في حالة الاختلاف ، فقط للمبلغ الأقل قيمة من بين المبالغ المكتوبة بالارقام) [٤] .

---

1 - L.511-4 "La lettre de change dont le montant est écrit plusieurs fois, soit en toutes lettres, soit en chiffres, ne vaut, en cas de différence, que pour la moindre somme".
2 - Cour de cassation – Chambre commerciale – 13 janvier 1982 – n° 80-13.889
Copyright 2021 - Dalloz - Tous droits réservés, https://www.dalloza.fr/

3 - L.131-10 " Le chèque dont le montant est écrit plusieurs fois, soit en toutes lettres, soit en chiffres, ne vaut, en cas de différence, que pour la moindre somme".
4 - Cour d'appel d'Aix-en-PROVENCE – 16 avril 2009 – n° 11/13907
https://www.jurisprudence.dalloz-avocats.fr/api/show/opendz?id=CA_AIXENPROVENCE_2009-04-16_1113907&ctx=177c0a43aef16323e7b&log=showJp&query=Cour%20d%27appel

أما فيما يتعلق بقانون التجارة الامريكي الموحد فلم يشر إلى افتراض القيمة الاقل عند تعدد الكتابة رقمًا أو كتابة لكنه اشار إلى افتراض صحة الكتابة اليدوية إذا تعارضت مع الكتابة المطبوعة و كما أوضحنا ذلك عند الكلام عن افتراض صحة الكتابة الحرفية على الرقمية ولعدم تكرار الكلام نحيل إلى ما ذكرناه سابقًا.

أما فيما يتعلق بالقانون المصري فقد نصت المادة (٢/٣٨٤) من قانون التجارة "وإذا كتب المبلغ عدة مرات بالحروف أو بالأرقام فالعبرة عند الاختلاف بإقلها مبلغًا" ، و ينطبق هذا الحكم على الحوالة و الكمبيالة ، أما الصك فلا مجال لأفتراض صحة المبلغ الاقل عند اتحاد الصيغة لان القانون المصري و كما تقدم بيان ذلك يشترط كتابة المبلغ رقمًا و حرفًا ، فلا يمكن بموجبه ان تتحد الصيغة ، فإذا كتب المبلغ بالحروف فقط أو بالأرقام فقط يبطل الصك [١] ، و هنالك من يذهب إلى ضرورة عدم ترك اي فراغات اثناء كتابة الصك ؛ حتى لا تستغل هذه الفراغات في تزوير مبلغ الصك بالزيادة عن طريق الاضافة ، فمبلغ (مائة) يمكن تعديله بأضافة (ثلاث) ليصبح (ثلاث مائة)[٢].

اما في القانون العراقي فقد نصت المادة (٤٥/ثانيًا) من قانون التجارة " اذا كتب المبلغ عدة مرات بالحروف أو بالأرقام فالعبرة عند الاختلاف بإقلها مبلغًا" و ينطبق الحكم المتقدم على الكمبيالة ايضًا كما اشارت إلى ذلك المادة (١٣٥/ثانيًا) ، ولم نجد نص مماثل ضمن قانون التجارة النافذ يمد الحكم المتقدم الى الصك ؛ لذلك نعتقد ان حكم المادة(٤٥/ثانيًا) لا يطبق على الصك .

ويفسر الموقف المتقدم- ترجيح المبلغ الاقل - الذي اتخذته التشريعات بأن المبلغ الاقل هو المبلغ المتفق عليه بين الاطراف على اقل تقدير[٣] ، اي ان القدر المتيقن يتمثل بأتفاق الاطراف على المبلغ الاقل لأن المبلغ الاخر - الاكبر- يستوعب الاصغر .

ويفسر جانب اخر من الفقه هذا الموقف بأن ترجيح المبلغ الاقل انما جاء مراعاة لمصلحة المدين [٤] ، على اعتبار انه من موارد الشك ، و الشك يفسر لمصلحة

---

١ - د. علي جمال الدين عوض ، الشيك في قانون التجارة و تشريعات البلاد العربية ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩، ص٨٠، و انظر في المعنى نفسه ، حمادي مصطفى عزب ، مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة اسيوط ، ١٩٩١، ص٥٩.

٢ - المستشار عبد افتاح سليمان ، استخدام الشيك و المشكلات العملية و حلولها ، الطبعة الاولى ، مطبعة ابن سينا ، القاهرة ، ٢٠٠٧، ص٨٠، انظر ايضًا في المعنى نفسه د. محمد شكري الجميل العدوي ، خصم الاوراق التجارية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٣، ص٣٤.

٣ - د. سميحة القليوبي ، المصدر السابق ، ص٧٦، و انظر في المعنى نفسه ، عبد الغفار ابراهيم موسى الحكماوي ، مسؤولية المصرف عن الوفاء بقيمة الشيك ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٩٢، ص٢١١.

٤ - د. اكرم ياملكي ،الاوراق التجارية وفقًا لإتفاقية جنيف، المصدر السابق ، ص٣٦، وينظر في المعنى نفسه ، د.عبد الحميد الشواربي ، عاطف الشواربي ، عمرو الشواربي ، المصدر السابق ، ص١٠٧ ، و انظر كذلك د.حسين النوري ، مسؤولية البنك بمناسبة الوفاء بالشيك المزور ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق جامعة عين شمس ، مصر- القاهرة ، العدد الاول ، السنة الخامسة عشر ، ١٩٧٣. ص٣٤٤.

المدين [١] .

ويكيف جانب اخر من الفقه موقف التشريعات المتقدمة بترجيح المبلغ الاقل وفقًا لفكرة تصحيح الغلط المادي[٢] ، فوفقًا للقواعد العامة تكون العبرة للمقاصد و المعاني لا الالفاظ و المباني فإذا شاب الارادة غلط فهو في القواعد العامة يجعل من التصرف موقوفًا ، الا ان المشرع في المادة (٤٥) من قانون التجارة العراقي استبعد الغلط كعيب من عيوب الارادة و اعتبر اختلاف قيمة المبلغ من صيغة إلى اخرى صورة من صور الخطأ المادي ، فأفترض ان الساحب عندما حرر المبلغ انصرفت ارادته إلى المبلغ الاقل (اقل بالرقم أو اقل بالحرف) و عند حصول الغلط المادي يمكن تصحيحه استنادًا لنص المادة (١٢٠) من القانون المدني العراقي و التي جاء فيها "لا يؤثر في نفاذ العقد مجرد الغلط في الحساب ولا الغلط المادي وانما يجب تصحيح هذا الغلط" و التصحيح في المادة (٤٥) يجري بحكم القانون فهذه المادة - حسب الرأي المتقدم- اعطت قرينة قطعية غير قابلة لأثبات العكس وهذه القرينة لمصلحة المدين و على الدائن [٣] ، و يؤخذ على الرأي المتقدم انه كيف الافتراض على انه قرينة و قد مر بنا ان هذا التكييف لا يتفق مع طبيعة الورقة الصرفية المحكومة بالكفاية الذاتية ؛ فحتى القرينة القطعية تكون قابلة للدحض باليمين و الاقرار وان سياسة المشرع الصرفي كما أوضحنا ذلك سابقًا تضمن النص القانوني نوع القرينة عنما يرغب بصياغة القاعدة الصرفية بإسلوب القرينة وهو ما لم يتحقق مع المادة (٤٥) .

ولعل سؤالًا مهمًا طرحه الفقه كثيرًا نرى من المفيد ان نعيد طرحه ، فما الحكم لو تضمنت الورقة عدة صيغ بعضها بالأرقام و البعض الاخر بالحروف كأن يذكر في الورقة ان مبلغ الورقة (١٠٠٠٠٠٠) و كتابة عشرة ملايين ومن ثم كتب مرة اخرى (١٠٠٠٠٠) و كتابة مئة مليون فما هو الحكم في هذه الحالة ؟ .

---

١ - د. علي البارودي ، د. محمد فريد العريني ، الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص٦٨، وانظر في المعنى نفسه د. عبد الفضيل محمد احمد ، مصدر سابق ، ص٥٦ ، و انظر كذلك ، د. مفتاح عبد السلام المهدوي، الأوراق التجارية في التشريع الليبي، الطبعة الثانية ، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي ، ٢٠٠٨، ص٩٤.

٢ - د. علي فوزي الموسوي ، الوجيز في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص٤٤.

٣ - المصدر نفسه، ص٤٤.

يرى الاتجاه الاغلب في الفقه العراقي ترجيح اقل المبالغ المكتوبة حرفًا[١] اي (عشرة ملايين في المثال السابق من خلال الجمع بين حكم الفقرة الاولى و الثانية من المادة (٤٥) من قانون التجارة.

الا اننا لا نتفق مع الرأي المتقدم على اعتبار ان افتراض صحة احد المبالغ يتطلب نصاً خاصاً يقرر هذا الافتراض ، وهذا النص غير متوفر في حالة تعدد كتابة مبلغ الحوالة عدة مرات بالحروف و عدة مرات بالأرقام ، ولا يمكن اعمال الافتراض الصرفي المفسر الذي اشارت اليه المادة (٤٥) بفقرتيها ؛ لان الفقرة الاولى تفسر التعارض بين المبلغ الواحد المكتوب رقماً و حرفاً ، و الفقرة الثانية ترفع التعارض ضمن الصيغة الواحدة ، كونها تضمنت حرف (او) وليس (و) العطف عندما انتقلت إلى بيان حكم تعدد الكتابة بالأرقام وفي ذلك دلالة على ان ما افترضته من حكم يشمل تعدد الكتابة ضمن الصيغة الواحدة ؛ لذى نرى بطلان الورقة الصرفية التي يكتب مبلغها عدة مرات بالحروف وعدة مرات بالأرقام ويحدث الاختلاف بين هذه الصيغ ؛ ففي هذا الحالة يختل مبلغ الحوالة الذي يفترض في البيان الذي يكتب بموجبه ان يكون محددًا.

ويبدو جليًا ان هذا الافتراض انما وجد لكي يسهم في تحديد مبلغ الورقة الصرفي وبطريقة تحفظ للورقة كفايتها الذاتية ، ولا يخفى الدور الكبير الذي يلعبه افتراض الصحة الخاص بكتابة مبلغ الورقة في الحد من حالات البطلان و تحديد مبلغ الورقة من خلال رفع التباين بين الارقام و الحروف أو مقاديرهما اذا اتحدت الصيغة ، لكن هل تعد هذه الافتراضات كافية ؟.

في حقيقة الامر ان الافتراض الصرفي المفسر الذي اشارت اليه المادة (٤٥) من قانون التجارة العراقي بفقرتيها يسهم في حل مشكلة التباين في مقدار مبلغ الورقة فقط ولا يتضمن حلًا لمشكلة عدم تحديد العملة التي حررت بموجبها الورقة أو اذا كانت تسمية العملة مشتركة بين بلد الانشاء و بلد الوفاء ولم يحدد نوع[٢] العملة ، فلو حررت حوالة في بغداد و كانت مستحقة الوفاء في عمان وكان مبلغ الحوالة (مليون دينار) فهل المقصود هنا الدينار العراقي ام الدينار الاردني؟ .

---

١ - د. صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص ٩٨_٩٩و انظر ايضًا ، د.علي فوزي الموسوي ، مصدر سابق ، ص ٤٥، و انظر ايضًا د. فوزي محمد سامي ، د. فائق الشماع ، مصدر سابق ، ص٦٦.

٢ - ان وصف (النوع) ادق من وصف (الجنس) للدلالة على اختلاف العملات من بلد إلى اخر ؛ لان النقود تصنف باعتبار جنسها إلى نقود ورقية أو ذهبية أو فضية ، و باعتبار نوعها إلى دينار عراقي و دولار امريكي ....لخ ، ينظر للمزيد من التفصيل ، اية الله السيد محمد حسن البجنوردي ،، القواعد الفقهية ، تحقيق مهدي المهريزي - محمد حسين الدرايتي ، الجزء الخامس (قاعدة لا ربا الا فيما يكال أو يوزن) ، مطبعة الهادي ، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ ، ص٩٠ وما بعدها.

لا يتضمن القانون العراقي افتراضًا يحل هذه المشكلة رغم ان بعض القوانين المقارنة اشارت إلى مثل هذا الافتراض فقد نصت المادة (٢/٤٢٩) من قانون التجارة المصري " اذا عين مبلغ الكمبيالة بعملة تحمل تسمية مشتركة و تختلف قيمتها في بلد الاصدار عن قيمتها في بلد الوفاء افترض ان المقصود عملة بلد الوفاء" وهذا الحل مقتبس من المادة (٤١) من اتفاقية جنيف الموحدة لذلك يجب على المشرع تدارك هذا النقص و النص على هذا الافتراض .

ويجب ان لا يغيب عن الاذهان ان هذا الافتراض ينحصر مجال تطبيقه بحالة اشتراك اسم عملة بلد الاصدار مع اسم عملة بلد الوفاء دون بيان اي منهما على وجه التحديد ، ولا اهمية بعد ذلك لجنسية أو موطن اشخاص الورقة الصرفية[1] ، بحيث لو كانت تسمية العملة مختلفة بين بلد الانشاء و بلد الوفاء كمصر(الجنيه) و العراق (الدينار) ولم تحدد العملة مثلاً تبطل الورقة ولا مجال لإعمال هذا الافتراض .

كذلك لم يتضمن القانون العراقي افتراض يحل مشكلة عدم تحديد العملة بشكل نهائي ، وكذلك اذا ذكرت تسمية تستخدم من قبل عدة دول دون ان تتحد التسمية بين مكان الانشاء ومكان الوفاء وسنقترح ما يعالج هذه المشاكل في خاتمة هذه الاطروحة ان شاء الله.

المطلب الثاني

تطبيقات الافتراض الصرفي في مرحلة التداول

لعل من اهم خصائص الورقة الصرفية قابليتها للتداول ، فمنذ اكتمال انشائها بصورة صحيحة و تسليمها إلى الحامل القانوني تصبح مهيأة لأداء وظيفتها الاقتصادية بإعتبارها اداة وفاء وائتمان ، و في كثير من الاحيان لا يحتفظ المستفيد بالورقة لحين استحقاقها و من ثم يقدمها للمدين الصرفي لكي يستوفي قيمتها ؛ بل يلجأ إلى تداول هذه الورقة فيظهرها إلى مظهر اليه الذي يقوم بدوره هو الاخر بتظهيرها ، وهكذا دواليك إلى ان يحل ميعاد الاستحقاق فيتم استيفاء قيمة الورقة ، لذلك فإن مرحلة التداول تعد من المراحل المهمة في حياة الورقة الصرفية ؛ فنجد ان المشرع عزز هذه المرحلة بعدد من الافتراضات المهمة و للاحاطة بهذه الافتراضات سنقسم هذا المطلب على فرعين ، سنتناول في الفرع الاول افتراض الصفة الاذنية ومن ثم سنتناول في الفرع الثاني حالات افتراض التوقيع المجرد حاصلًا على سبيل تظهيرًا

---

١ - د. اكرم ياملكي ، مصدر سابق ، ص٣٧.

الفرع الاول

افتراض الصفة الأذنية

توصف الاوراق الصرفية بإنها سندات اذنية تتضمن حقًا نقديًا يستحق لأمر الدائن أو لحاملها ومن ثم يستطيع الدائن نقل ملكية هذه الورقة من خلال التظهير ، أو المناولة اليدوية ان كانت مستحقة لحاملها لكي تؤدي الورقة وظيفتها مثلها مثل النقود[١] ، وبموجب الصفة الاذنية تمثل الورقة حقًا خالصًا للمستفيد بحيث يستطيع ان يتنازل عنها صرفيًا لمصحة شخص اخر من خلال التظهير[٢]، الا ان الصفة الاذنية ليست من مستلزمات الاوراق الصرفية - بإستثناء الكمبيالة- فمن الممكن نزع هذه الصفة عن الحوالة من خلال بيان اختياري يسمى بيان حظر التظهير أو (ليست لأمر) ومن ثم إذا تضمنت الحوالة هذا البيان فلا يمكن ان تنتقل بموجب التظهير وان كانت قابلة للانتقال بموجب حوالة الحق المدنية فقط [٣] .

وفيما يتعلق بالصك يمكن ايضًا اضافة بيان (ليس للأمر) أو ما يماثله من العبارات كعبارة تجعل الصك غير قابل للتظهير و من ثم لا يمكن انتقاله من خلال التظهير ، ويطلق جانب من الفقه على هذا النوع من الصكوك اسم (الصك الاسمي) و يميز بينه و بين الصك المحرر بإسم شخص معين الذي يقابل الصك لحامله في ان الاول (الصك الاسمي) لا ينتقل الا من خلال حوالة الحق المدنية أما الثاني (الصك المحرر بإسم شخص معين) فيمكن ان ينتقل من خلال التظهير [٤] .

أما فيما يتعلق بالكمبيالة فلا يمكن بإي حال من الاحوال استبعاد الصفة الاذنية عنها من خلال بيان (ليست لأمر) ، لأن مثل هذ البيان يتعارض مع طبيعة السند للأمر فيكون السند قابلاً للتداول ويعتبر مثل هكذا شرط كأن لم يكن [٥] و يعد افتراض عدم وجود مثل هكذا بيان تطبيقًا للافتراض القانوني بالمعنى الخاص كونه يخالف الحقيقة دائمًا .

---

١ - د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص١٦.
٢ - . د. فوزي محمد سامي ، د. فائق الشماع ، مصدر سابق ، ص٧٨، (هامش ١)
٣ - د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص٢٠٠، و انظر في المعنى نفسه ، د. مصطفى كمال طه ، د. وائل انور بندق ، مصدرسابق ص٦٩.
٤ - د. علي جمال الدين عوض ، الشيك في قانون التجارة و تشريعات البلاد العربية ، المصدر السابق ، ص٩٣، وانظر في المعنى نفسه ، د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، المطول في الشيك، النسر الذهبي للطباعة ، عابدين، ٢٠٠٦، ص ٤٦.
٥ - د. فوزي محمد سامي ، د. فائق الشماع ، مصدر سابق ، ص٢٩٠، و انظر في المعنى نفسه ، د. محمد الشافعي، الأوراق التجارية في مدونة التجارة، الطبعة الثالثة ، المطبعة والوراقة الوطنية، ، مراكش،١٩٩٨، ص٨٧.

أما إذا لم يتضمن السند الصفة الاذنية فيتم افتراضها من خلال الافتراض الصرفي ، ومن ثم تكون قابلة للانتقال بموجب التظهير حتى في حالة عدم وجود عبارة تفيد ان السند محرر لأمر المستفيد .

ففي اطار القانون الفرنسي فقد جاء في الشطر الاول من المادة (L.511-8) من قانون التجارة الفرنسي (أي سفتجة ، حتى لو لم تكن مسحوبة صراحة لأمر ، تكون قابلة للأنتقال عن طريق التظهير ، عندما يكون الساحب قد أدخل في الحوالة عبارة "ليست لأمر" أو ما يعادله ، فإنها تكون قابلة للأنتقال من خلال الحوالة المدنية فقط)[١] .

وتطبيقًا لذلك جاء في قرار للغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية (يمكن للحامل القانوني أن يحظر التظهير من خلال اضافة بيان "ليس لأمر" ، وفي هذه الحالة ، لا يلتزم بالضمان تجاه الأشخاص الذين تم اعتبار التظهير لاحقًا لهم ؛ و على فرض أن الحكم موضوع الاستئناف قد اعتبر في أي حال أن عدم كتابة شرط الامر من شأنه أن يؤدي إلى حرمان الحامل القانوني من التظهير، وبذلك تم استنتاج أنه تم حرمانه من مكنة التظهير في الحوالتين المتنازع عليهما والتي جعلت التظهير على هذه الصكوك خاضعة لموافقة المسحوب عليه (حوالة مدنية)، وحكمًا بهذه الطريقة ، فإن الحكم المطعون فيه ينتهك المبدأ المذكور أعلاه والمادة L.511-8 من قانون التجارة ، فيبقى الحامل القانوني محتفظًا بحق التظهير رغم عدم ذكر صفة الامر في الحوالة)[٢] .

ويشير الفقه الفرنسي إلى ان هوية الورقة الصرفية هي التي تحتم افتراض الصفة الاذنية عند عدم تضمينها مع مضامين الورقة؛ فبما ان الساحب اختار ان يحرر للمستفيد ورقة صرفية فيكون من حق المستفيد تظهير هذه الورقة سواء تضمن عبارة لأمر المستفيد أو لم تتضمن ، و جرى التعامل العملي على ان يرد السند الصرفي في فرنسا بعبارة (تفضلوا بدفع لأمر فلان)[٣] ، و بموجب

---

1 - L.511-8 "Toute lettre de change, même non expressément tirée à ordre, est transmissible par la voie de l'endossement." Lorsque le tireur a inséré dans la lettre de change les mots " non à ordre " ou une expression équivalente, le titre n'est transmissible que dans la forme et avec les effets d'une cession ordinaire".

2 - Cour de cassation - Chambre commerciale 9 avril 2013 / n° 12-14.133
https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2013-04
وانظر ايضًا التطبيقات القضائية الاتية في اطار القضاء الفرنسي المتاحة على موقع مجلة (دالوز) و التي تفترض الصفة الاذنية :-

Cour d'appel de Paris — 2 février 2012 — n° 10/14545
Cour de cassation — Chambre commerciale — 12 mai 2004 — n° 01-16.268
Cour de cassation — Chambre commerciale — 16 juin 2009 — n° 08-14.589
Copyright 2021 - Dalloz - Tous droits reserves https://www.dallozfr/

٣ - ج. ربير ، ر. روبلو ، مصدر سابق ، ص٢٢٣-٢٢٤.

الرأي المتقدم لابد ان تتضمن الورقة الصرفية بيان يحدد هويتها لكي تفترض الصفة الاذنية في حالة عدم ذكرها كأن يذكر فيها كلمة حوالة أو كمبيالة أو صك .

وقد اكد القانون الفرنسي الحكم المتقدم مرة اخرى عندما نص على هذا الافتراض بالنسبة للصك في المادة (L.131-16) من القانون النقدي و المالي الفرنسي، اذ جاء في الشطر الاول منها (الصك الذي يكون مستحقًا لصالح شخص مسمى يمكن ان ينتقل بالتظهير سواء ذكر "شرط الامر" أم لم يذكر)[١] .

اما فيما يتعلق بالقانون الامريكي فقد اتضح لنا من خلال التمعن بنصوص قانون التجارة الامريكي الموحد انه يعتبر ان السند يبقى قابلًا للتداول حتى و ان لم يتضمن السند عبارة الامر مالم يتضمن السند بند يحظر على الحامل القانوني تظهيره ؛ فقد جاء في الفقرة الرابعة من المادة (3-104) من قانون التجارة الامريكي الموحد (لا يعتبر الوعد أو الأمر بخلاف الصك سندًا قابل للتداول إذا كان ، وقت إصداره أو في حيازته لأول مرة ، يحتوي على بيان واضح ، بغض النظر عن صيغته ، يفيد بأن الوعد أو الأمر غير قابل للتداول أو ليس سندًا تحكمها هذه المادة)[٢] .

ونعتقد ان دلالة الافتراض في النص المتقدم واضحة ؛ فالأصل بموجب قانون التجارة الامريكي الموحد صلاحية السند للتداول ، حتى ان هذا القانون لا يطلق تسمية الاوراق الصرفية أو التجارية على الحوالة و الكمبيالة و الصك وغيرها من الاوراق الاخرى بل انه يطلق عليها تسمية (NEGOTIABLE INSTRUMENTS)[٣] ، وتعني (السندات القابلة للتداول) ، ومن ثم تبقى هذه السندات قابلة للتداول وان لم تتضمن الصفة الاذنية ، وبمعنى اخر فإن هذه الصفة تفترض في حالة عدم ذكرها مالم يرد شرط صريح يمنع تداول السند .

و يذهب القضاء الامريكي الى ان السند يبقى قابلًا للتداول ، الا اذا تضمن عبارة صريحة تحظر تداوله ، وفي حالة تضمين السند عبارة تحظر تداولة يمكن التنازل عن الحق الذي يتضمنه السند من خلال الحوالة العادية ؛ فقد جاء في قرار للمحكمة العليا في ولاية (ألاباما) في قضية تعرف بإسم قضية (مورغان ضد بنك المزارعين التجار) ما نصه (ان السند الذي يتضمن عبارة "غير

---

1 - L.131-16 "Le chèque stipulé payable au profit d'une personne dénommée avec ou sans clause expresse " à ordre " est transmissible par la voie de l'endossement".

2 - (3-104) - " (4) A promise or order other than a check is not an instrument if, at the time it is issued or first comes into possession of a holder, it contains a conspicuous statement, however expressed, to the effect that the promise or order is not negotiable or is not an instrument governed by this Article".

٣ - انظر القسم الثالث (ARTICLE 3) من قانون التجارة الامريكي الموحد حيث ورد تنظيم احكام السندات القابلة للتداول تحت عنوان (NEGOTIABLE INSTRUMENTS) .

قابلة للتداول" و "غير قابلة للتحويل" يمكن ان يتم التنازل عن الحق الذي يتضمنه كغيره من الحقوق التي يمكن التنازل عنها لكن لا يكون المتنازل له بمثابة الحامل القانوني)[١]

أما فيما يتعلق بالقانون المصري فقد نصت المادة (١/٣٩١) من قانون التجارة " كل كمبيالة ولو لم يصرح فيها انها مسحوبة للأمر تتداول بالتظهير " و من ثم اذا خلت الحوالة -الكمبيالة حسب تعبير القانون المصري- من الصفة الاذنية تبقى قابلة للتداول ، و الامر نفسه ينطبق على السند لأمر رغم ان القانون المصري أوجب ذكر شرط الاذن أو الامر مع البيانات الالزامية للسند الاذني في الفقرة الاولى من المادة (٤٦٨) من قانون التجارة المصري ، لكن لو لم يذكر هذا البند تبقى الورقة صحيحة بشرط ان تكون هوية الورقة واضحة كأن يذكر (اتعهد بأن ادفع بموجب هذا السند الاذني- الكمبيالة- مبلغًا نقديًا لفلان)[٢] .

أما فيما يتعلق بالصك فقد نصت المادة (٢/٤٨٦) من قانون التجارة المصري " الشيك المشروط دفعه لشخص مسمى سواء نص فيه إلى شرط الامر أو لم ينص يكون قابلًا للتداول بالتظهير " و مقتضى النص المتقدم ان الصك الخالي من الصفة الاذنية تفترض فيه هذه الصفة، ومن ثم يبقى قابلاً للتداول .

أما فيما يتعلق بالقانون العراقي فقد نصت المادة (٥١/ أولًا) من قانون التجارة " تتداول الحوالة بالتظهير وان لم يصرح فيها انها مسحوبة للأمر" ، و ينطبق النص المتقدم على الكمبيالة ايضًا على اعتبار ان الحوالة تمثل النظرية العامة للكمبيالة بموجب المادة (١٣٥) من قانون التجارة .

أما فيما يتعلق بالصك فقد نصت المادة (١٤٧/ أولًا) من القانون نفسه " الشيك المشروط دفعه لشخص مسمى سواء نص فيه صراحة على شرط الامر أو لم ينص يكون قابلا للتداول بالتظهير" ، و من ثم يمكن ان يتداول الصك سواء صرح به انه مسحوب لأمر المستفيد أو لم يصرح بذلك .

أما لو تضمنت الورقة عبارة (ليس للأمر) ، فلا مجال لأعمال الافتراض الصرفي في هذه الحالة ؛ لان هذا البيان يشكل مانعًا من موانع الافتراض ، فهو يحول دون تحقق مبناه و يتمثل مبنى الافتراض في هذا التطبيق بخلو الورقة من الصفة الاذنية مع عدم وجود بيان ينزع هذه الصفة من الورقة .

---

1 - Supreme Court of Alabama, Robert A. MORGAN, as trustee of the bankruptcy estate v. FARMERS & MERCHANTS BANK.1011290, Decided: February 28, 2003, https://caselaw.findlaw.com/al-supreme-court/1223602.html

٢ - د. مصطفى كمال طه ، د. وائل انور بندق ، مصدر سابق ، ص٢٣٠.

ومن كل ما تقدم يتضح ان افتراض الصفة الاذنية في حالة عدم ذكرها مع مضامين الورقة الصرفية يلعب دورًا مهما في تعزيز اهم خاصية لهذه الورقة والمتمثلة بقابليتها للتداول ولا يخفى ما لذلك من كبير اثر في قطع دابر كل نزاع قد يثار حول مدى قابلة تداول الورقة الخالية من الصفة الاذنية و كل ذلك يسهم و بشكل مباشر في تعزيز سرعة التداول .

الفرع الثاني

حالات افتراض التوقيع المجرد حاصلًا على سبيل التظهير

اعتنى المشرع الصرفي كثيرًا بالتظهير ، فخصه بفاعلية الاثر من خلال نقله للحق الصرفي الذي تتضمنه الورقة مجردًا من الدفوع ، و تعدد الغرض فقد يؤتى به على سبيل التمليك أو التوكيل أو التوثيق ، و خصه ايضًا بسهولة الاجراء ؛ فلا يتطلب إلاّ توقيع المظهر مع عبارة تحدد ماهيته ، وفي بعض الاحيان اكتفى المشرع بالتوقيع فقط ، ورتب عليه اثار التظهير ، الا ان هذه الاثار قد تختلف ؛ ففي بعض الاحيان يفترض ان التوقيع المجرد تظهيرًا حصل على سبيل التمليك وفي احيان اخرى يفترض انه قد حصل على سبيل التوكيل ، و للاحاطة بهذه الافتراضات سنقسم هذا الفرع على فقرتين سنبين في الاولى حالة افتراض التوقيع المجرد تظهيرًا حاصلًا على سبيل التمليك ومن ثم سنبين في الفقرة الثانية حالة افتراض التوقيع المجرد تظهيرًا حاصلًا على سبيل التوكيل.

أولاً:- حالة افتراض التوقيع المجرد تظهيرًا حاصلًا على سبيل التمليك

لعل من نافلة القول ان التظهير يتسم بسهولة الاجراء ؛ فمن الممكن ان يتم بعبارة تفيد معنى التظهير بالاضافة إلى توقيع المظهر و اسم من حصل التظهير لمصلحته أو صفته عندما يرد التظهير لحامله و من الممكن ان يؤتى به من خلال عبارة التوقيع المؤزرة بتوقيع المظهر فقط دون اي دلالة على صفة المظهر اليه ، والتصرفات المتقدمة لا تثير التباسًا مع غيرها من التصرفات الصرفية على اعتبار ان التصرف في الصور المتقدمة يتضمن عبارة تحدد ماهيته ، و من الممكن ان يتم التظهير من خلال توقيع المظهر فقط ، وهنا قد يلتبس التظهير مع بعض التصرفات الصرفية الاخرى كتوقيع المسحوب عليه بالقبول أو التوقيعات التي ترد على الورقة على سبيل الضمان[1] ، لذلك وجدت

---

١ - د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص٢٠٥، و انظر في المعنى نفسه د. صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص١٩٩.

الحاجة إلى افتراض التوقيع المجرد حاصلًا على سبيل التظهير لكي لا يختلط مع بعض التصرفات الاخرى التي اجازت القوانين الصرفية ان يؤتى بها من خلال توقيع المتصرف المجرد .

لذلك اتجهت القوانين إلى اشتراط بعض الشروط التي ان توفرت في التوقيع المجرد اخذ حكم التظهير تمييزًا له عن بقية التصرفات التي قد تختلط معه ؛ فنجد ان المشرع الفرنسي اشترط ان يرد هذا التوقيع المجرد على ظهر الورقة لكي يفترض انه قد حصل على سبيل التظهير ؛ فقد جاء في الشطر الاخير من المادة (L.511-8) من قانون التجارة الفرنسي (قد لا يعين التظهير المستفيد أو قد يتكون من تظهير خال يتكون من توقيع بسيط للمظهر و في الحالة الأخيرة ، يجب كتابة التظهير ، ليكون صحيحًا ، على ظهره الحوالة أو الوصلة) [١] .

و تطبيقًا لذلك جاء في قرار للغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية (فإن الحكم ينص على خصمها من قبل الصندوق بعد حوالتين لتحويل الديون من قبل شركة(" Loft" Architecture ")، بصفتها كمظهر، لصالح الصندوق في (٤ أغسطس ٢٠٠٨) ، أن يحمل امتداداها توقيع وختم المظهر، شركة" Loft" ، التي كانت من ثم الحامل الشرعي للكمبيالات من خلال تطبيق أحكام المادة L.511-11 من القانون التجاري والتي بموجبها عندما يتبع التظهير على بياض تظهير آخر ، يُعتبر الموقّع عليها قد حصل على خطاب التظهير على بياض ، و يعتبر التوقيع الاخير قد حصل على سبيل التظهير بحيث يكون الصندوق ، الذي قدمها عند الاستحقاق ، هو المالك الشرعي للحوالتين) [٢] .

والامر نفسه ينطبق على الصك اذ جاء في الشطر الاخير من المادة (L.131.19) من القانون النقدي والمالي الفرنسي (قد لا يسمي المظهر المستفيد أو قد يتكون ببساطة من توقيع المظهر فقط و في الحالة الاخير يجب كتابة التظهير لكي يكون صحيحًا على ظهر الصك أو الوصلة الملحقة به) [٣] .

---

1 - L.511-"L'endossement peut ne pas désigner le bénéficiaire ou consister en un endossement en blanc constitué par la simple signature de l'endosseur. Dans ce dernier cas, l'endossement, pour être valable, doit être inscrit au dos de la lettre de change ou sur l'allonge"

2 - Cour de cassation - Chambre commerciale 14 juin 2017 / n° 15-28.255 https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2017-06

3 - Article L131-19

"L'endossement peut ne pas désigner le bénéficiaire ou consister simplement dans la signature de l'endosseur nommé endossement en blanc. Dans ce dernier cas, l'endossement, pour être valable, doit être inscrit au dos du chèque ou sur l'allonge".

ويذهب الفقه الفرنسي إلى ضرورة ان يرد التوقيع على ظهر الورقة أو على الوصلة بحيث لا يلتبس مع توقيع القبول أو الكفالة (الضمان) [١] ، وقد مر التظهير على بياض بمراحل تطور عديدة حيث كانت القوانين الفرنسية القديمة تحكم ببطلانه مع اعطاء صلاحية للحامل القانوني بإن يقوم بإصلاحه من خلال ادراج اسمه مع مضامين التظهير و من ثم اصبح التظهير على بياض هو القاعدة في التعامل العملي [٢] ، و الذي يبدو ان التوقيع المجرد بموجب القانون الفرنسي لا يمكن ان يفترض له تفسير على كونه تظهيرًا تمليكيًا الا اذا ورد على ظهر الورقة أما الوصلة الملحقة بها فمن الممكن ان يرد على ظهرها أو على وجهها، وهذا هو الحكم نفسه الذي اشارت اليه المادة (١٣) من قانون جنيف الموحد والتي افترضت هي الاخرى ان التوقيع المجرد يعد تظهير اذا ورد من المظهر و على ظهر الورقة أو الوصلة الملحقة بها [٣].

أما فيما يتعلق بالقانون الامريكي فكما هي عادته قد تضمن تنظيمًا مغايرًا إذ افترض ان التوقيع المجرد الذي لا يكون صادرًا من الساحب أو المتعهد أو القابل انه حصل على سبيل التظهير لكنه جعل من هذا الافتراض قابلاً لأثبات العكس ؛ اذ جاء في الفقرة الاولى من المادة (3-204) من قانون التجارة الامريكي الموحد (يُقصد بمصطلح "التصديق" توقيع غير توقيع المُوقِّع بصفته متعهدًا أو ساحبًا أو قابلاً ،والتي يتم إجراؤها بمفردها أو مصحوبة بعبارة أخرى على السند بغرض (١) تداول السند ، أو (٢) تقييد دفع السند ، أو (٣) تحمل مسؤولية الضامن على السند ، ولكن بغض النظر عن نية الموقع ، فإن التوقيع والكلمات المصاحبة له يعتبر بمثابة تأييد ما لم تكن الكلمات المصاحبة أو شروط السند أو مكان التوقيع أو أي ظروف أخرى لا لبس فيها تشير إلى أن التوقيع تم لغرض آخر غير المصادقة، لغرض التحديد سواء تم التوقيع على السند ، فإن الورقة الملصقة على السند هي جزء من السند) [٤] ، و من ثم فإن التظهير بموجب قانون التجارة الامريكي الموحد يمكن

---

١ - ج. ريبير ، ر. روبلو ، مصدر سابق ، ص٢٦٥.
٢ - انظر مراحل تطور التظهير على بياض في القوانين الفرنسية المتعاقبة ، المصدر نفسه ، ص٢٦٥.
3 - (UNIFORM LAW ON BILLS OF EXCHANGE AND PROMISSORY NOTES) Article. 13
"The endorsement may not designate the beneficiary or consist of a blank endorsement constituted by the simple signature of the endorser. In the latter case, the endorsement, to be valid, must be entered on the back of the letter of change or on the extension".
4 - Sec. (3-204). (1) "Endorsement" means a signature, other than that of a signer as maker, drawer, or acceptor, that alone or accompanied by other words is made on an instrument for the purpose of (*i*) negotiating the instrument, (*ii*) restricting payment of the instrument, or (*iii*) incurring endorser's liability on the instrument, but regardless of the intent of the signer, a signature and its accompanying words is an endorsement unless the accompanying words, terms of the instrument, place of the signature, or other circumstances unambiguously indicate that the signature was made for a purpose other =

ان يرد بصيغة التوقيع المجرد على ان لا يرد هذا التوقيع من الساحب في الحوالة و الصك أو المتعهد في الكمبيالة أو القابل (المسحوب عليه) ويفترض في هذا التوقيع انه قد حصل على سبيل التظهير متى ما كان مكان التوقيع يوحي بذلك ؛ اي ان يرد على ظهر الورقة ، ويتضح ان هذا الافتراض صيغ بقالب القرينة الصرفية البسيطة و ليس الافتراض الصرفي ، و لا غرابة في ذلك فالقانون الامريكي و كما تقدم بيان ذلك لا يقيم وزنًا كبيرًا لكفاية الورقة الذاتية و يبدو ان سبب ذلك ان المشرع الامريكي يرى السند القابل للتداول لا يعدو ان يكون مجرد وسيلة لأثبات الحق فقط ، ومن ثم لكي يفترض ان التوقيع (المصادقة) أو بالانجليزية (.signature) يمكن ان ترد مجردة من عبارة اخرى تحدد ماهيتها و من ثم يمكن افتراضها حاصلة على سبيل التظهير اذا كان مكانها و الظروف الاخرى توحي بذلك [1] ، لكن هذا الافتراض صيغ بقالب القرينة القابلة لأثبات العكس ، بحيث تدحض دلالته اذا ثبت انه ورد على سبيل اخر غير التظهير.

وقد جاء في قرار لمحكمة محكمة الاستئناف في ولاية (كونيتيكت) الامريكية ما نصه (ذا كان الشيك المقدم للدفع يحمل تصديقًا "توقيعًا" مجردًا صحيحًا. فأن هذا التوقيع لوحده كان كافياً لإتمام اجراء التظهير)[2].

وقد جاء في قرار اخر للمحكمة العليا في ولاية (لويزيانا) الامريكية (نظرًا لأهمية التظهير ، فإن التوقيع الذي يظهر على ظهر الصك الأصلي يزيد من الحاجة إلى التأكد من أن المقصود من التوقيع أن يكون تظهيرًا له ، وكان في الواقع ، تظهيرًا لذلك الصك فعلًا)[3].

أما فيما يتعلق بالقانون المصري ، فقد نصت المادة (١/٣٩٣) من قانون التجارة المصري "يجوز ان يذكر في التظهير اسم المظهر اليه كما يجوز ان يقتصر على توقيع المظهر (التظهير على بياض) و يشترط لصحة التظهير في هذه الحالة الاخيرة ان يكتب على ظهر الكمبيالة أو على الوصلة" ، و كان قانون التجارة المصري السابق يعتبر التظهير على بياض من صور التظهير

---

than endorsement. For the purpose of determining whether a signature is made on an instrument, a paper affixed to the instrument is a part of the instrument"

1 -Dr. Vojo Belovski, THE BILL OF EXCHANGE AS A MEANS OF PAYMENT AND SECURITY, Journal of Process Management – New Technologies, International Vol. 4, No.3, 2016, p45 Available at the link: https://core.ac.uk/download/pdf/80817893.pdf

2 -Appellate Court of Connecticut, COREGIS INSURANCE COMPANY v.FLEET NATIONAL BANK, No. 22136 , Decided: March 26, 2002 https://caselaw.findlaw.com/ct-court-of-appeals/1204777.html

3 - Supreme Court of Louisiana , WELLS FARGO BANK, N.A. v. Fredrick Malcolm SETTOON , Decided: June 07, 2013 , https://caselaw.findlaw.com/la-court-of-appeal/1634180.html

المعيبة و يرتب عليه اثار التظهير التوكيلي في مواجهة الغير [١] ، أما الان فيعتبر التظهير على بياض منتشرًا في الحياة العملية و يشترط لصحته ان يرد على ظهر الورقة أو الوصلة المتصلة بها[٢].

أما فيما يتعلق بالقانون العراقي فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٥٣) من قانون التجارة " يجوز الا يذكر في التظهير اسم المستفيد، كما يجوز ان يقتصر على توقيع المظهر (التظهير على بياض)، ويشترط لصحة التظهير في هذه الحالة الاخيرة ان يكون على ظهر الحوالة أو على ظهر الورقة المتصلة بها " ، ومن ثم اذا ورد التوقيع على ظهر الورقة أو ظهر الوصلة الملحقة بها فإنه يفسر على انه ورد على سبيل التظهير و لكي يعمل هذا الافتراض يجب ان يتحقق مبناه و يمكن اجمال تحقق مبنى الافتراض الصرفي الخاص بإفتراض التوقيع المجرد كتظهير بالنقاط التالية :-

١- ان يرد التوقيع مجردًا من أي عبارة اخرى تحدد ماهيته ، فأن اقترنت به عبارة تحدد ماهيته لا حاجة لأفتراض صفة لهذا التوقيع المجرد.

٢- ان يرد التوقيع من الحامل القانوني الذي تلقى الورقة بموجب تظهير تمليكي وهو الشخص الذي يمتلك حق التظهير التمليكي مرة اخرى ، أما لو تلقاها بموجب تظهير توثيقي أو توكيلي فلا مجال لأعمال هذا الافتراض و انما قد يأخذ حكم التظهير التوكيلي كما سنلاحظ لاحقًا هذا من جهة ؛ و من جهة اخرى لكي لا تحتمل دلالة التوقيع صفة اخرى فيما لو ورد من الضامن أو القابل.

٣- ان يكون التوقيع دالًا على صاحبه بحيث لا تثير هوية صاحب التظهير جدلًا وهو من الشروط التي يجب ان تتوفر بالتوقيع بشكل عام .

٤- ان يرد التظهير على ظهر الورقة أو على ظهر الوصلة الملحقة بها ، أما لو ورد على وجه الورقة أو وجه الوصلة الملحقة بها فلا مجال لأعمال هذا الافتراض ، و تجدر الاشارة إلى ان هذا الشرط الاخير اثار جدلًا في ظل القانون السابق ، فذهب اتجاه فقهي إلى امكانية ورود التظهير على وجه الوصلة الملحقة بالحولة أو على ظهرها و من ثم يمكن ان يفترض هذا التوقيع قد حصل على سبيل التظهير ؛ على اعتبار ان النص بموجب قانون جنيف الموحد ليس فيه ما يمنع من ورود التوقيع المجرد على وجه الوصلة الملحقة بالورقة فالحاجة إلى الوصلة لا تكون الا

---

١ - نصت المادة (١٣٥) من قانون التجارة المصري الملغي لسنة ١٨٨٣ "إذا لم يكن التحويل مطابقًا لما تقرر بالمادة السابقة فلا يوجب انتقال ملكية الكمبيالة لمن تتحول له بل يعتبر ذلك توكيلاً له فقط في قبض قيمتها ونقل ملكيتها لشخص آخر وإنما عليه أن يبين ما أجراه مما يتعلق بهذا التوكيل وإذا نقل ملكيتها لآخر في هذا الحالة يكون مسئولاً بصفة محيل" .

٢ - د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص١١٩، وانظر في المعنى نفسه : المستشار احمد فخر الدين ، الموسوعة الشاملة في القانون التجاري ، المجلد الثاني -الاوراق التجارية - ، الطبعة الاولى ، دار كنوز للإصدارات القانونية ، بدون سنة طبع، ص٦٨.

لاستيعاب التظهيرات الجديدة فهي بوجهها و ظهرها استطالة لظهر الورقة على حد تعبير هذا الاتجاه [١] ، وفي ظل النص الحالي لا مجال لافتراض صفة التظهير التمليكي على التوقيع المجرد الذي يرد على وجه الورقة أو الوصلة الملحقة بها وذلك لصراحة نص الفقرة الثانية من المادة (٥٣) من قانون التجارة النافذ التي أوجبت لأعمال هذا الافتراض ان يرد التوقيع (على ظهر الحوالة أو على ظهر الورقة المتصلة بها)

و من كل ما تقدم يبدو جليًا الاهمية الكبيرة التي يلعبها هذا الافتراض في تفسير التوقيع المجرد الذي قد يرد من المظهر و لا تعرف له دلالة ؛ فيفترض انه قد ورد على سبيل التظهير وهذا الافتراض يقع ضمن طائفة الافتراض الصرفي المفسر لأن دوره هنا اقرب للتفسير من التكميل حيث ان التكميل لا يكون الا على تصرف صرفي ناقص معروف الدلالة كما تقدم بيان ذلك وهو ما لا نراه متوفرًا في التوقيع المجرد الذي قد يرد من المظهر .

ثانيًا :- حالة افتراض التوقيع المجرد تظهيرًا حاصلًا على سبيل التوكيل

من مميزات التظهير كما تقدم القول انه متعدد الغرض ؛ فلا يرد على سبيل التمليك فقط ، فقد يرد على سبيل التوكيل فيخول المظهر اليه استيفاء قيمة الورقة و من ثم تسليمها للحامل القانوني و قد يرد على سبيل التوثيق بأن ترهن الورقة الصرفية ضمانًا لدين معين ، و من البديهي ان تختلف اثار هذه التصرفات عن التظهير الحاصل على سبيل التمليك ، فلا يمتلك المظهر اليه توثيقيًا أو توكيلاً تظهير الورقة مرة ثانية الا على سبيل التوكيل وهذا ما اشارت اليه أغلب القوانين كما سنبين واجمع عليه الفقه [٢] ، وبما ان التعامل الصرفي متاح للجميع قد يحدث ان يتعاطى تظهير الاوراق التجارية من لا يكون عالمًا بأحكام هذا التعامل ومن ثم قد يظهر من يتلقى الورقة بموجب تظهير (توكيلي أو تأميني) الورقة الصرفية مرة ثانية على سبيل (التمليك أو التوثيق) و قد يضع توقيعه على الورقة فقط دون بيان دلالة التوقيع فما هو الحكم في الاحوال المتقدمة و هل يفترض ان جميع التظهيرات السابقة حدثت على سبيل التوكيل وهل تفترض جميعها بموجب الافتراض الصرفي ام بموجب غيره من اساليب الصياغة التشريعية ؟ .

---

١ - د. صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص١٩٩.

٢ - د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ص٢٥٨ و ص٢٦٢، و انظر في المعنى نفسه د. مصطفى كمال طه ، د.علي البارودي ، مصدر سابق ، ص١٠٤ و ص ١٠٧ ، و انظر ايضًا في المعنى نفسه د. فائق الشماع ، د.فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ص١٧٥ و ص١٨٢.(وقد اشرنا إلى صفحتين في كل مصدر لان عدم جواز التظهير الا على سبيل التوكل ورد في صفحات مختلفة بالنسبة للمظهر اليه توكيليًا و تأمينيًا) .

سنؤجل الاجابة على هذه التساؤلات المتقدمة إلى ما بعد بيان موقف القوانين محل المقارنة لان استعراضها سيزيد الاجابة وضوحًا .

ففي اطار القانون الفرنسي جاء في المادة (L.511-13) من قانون التجارة (عندما يحتوي التظهير على الكلمات "القيمة في الاسترداد" ، "للتحصيل" ، "بالوكالة "، أو أي إشارة أخرى تنطوي على تفويض بسيط ، يمكن لحاملها ممارسة جميع الحقوق المستمدة من الحوالة ، ولكن لا يمكنه تظهيرها إلا كوكيل ، وفي هذه الحالة ، يمكن للمدينين فقط الاحتجاج ضد الحائز بالدفوع التي يمكن الاحتجاج بها على المظهر ، التظهير الوارد في سبيل التوكيل لا ينتهي بوفاة الموكل و عندما يحتوي التظهير على عبارة "قيمة في الضمان" أو "قيمة في الرهن" أو أي عبارة اخرى مما يدل على وجود تعهد ، يمكن لحامله ممارسة جميع الحقوق الناشئة عن الحوالة، ولكن التظهيرات التي يجريها لن تكون صالحة الا على سبيل التوكيل) [١] ، فلا يمتلك المظهر اليه على سبيل التوكيل الا ان يظهر الورقة مرة اخرى على سبيل التوكيل فقط و ينطبق الحكم على الحوالة و الكمبيالة و الصك أما بالنسبة للتظهير التأميني فينطبق عليه نفس الحكم و بالتأكيد بأستثناء الصك فهو لا يؤدي وظيفة الائتمان [٢] ، وقد جاء في المادة (L.131-26) من القانون النقدي والمالي الفرنسي (عندما يتضمن التظهير عبارة "القيمة للاستيفاء" ،"للتحصيل"، "بواسطة الوكيل "، أو أي عبارة أخرى تشير إلى مجرد توكيل بسيط ، يمكن لحامله ممارسة جميع الحقوق الناشئة عن الصك ، ولكن لا يمكن التظهير إلا على سبيل التوكيل) [٣] .

---

1 - L.511-13 " Lorsque l'endossement contient la mention " valeur en recouvrement ", " pour encaissement ", " par procuration ", ou toute autre mention impliquant un simple mandat, le porteur peut exercer tous les droits dérivant de la lettre de change, mais il ne peut endosser celle-ci qu'à titre de procuration. Les obligés ne peuvent, dans ce cas, invoquer contre le porteur que les exceptions qui seraient opposables à l'endosseur. Le mandat renfermé dans un endossement de procuration ne prend pas fin par le décès du mandant ou la survenance de son incapacité. Lorsqu'un endossement contient la mention " valeur en garantie ", " valeur en gage " ou toute autre mention impliquant un nantissement, le porteur peut exercer tous les droits dérivant de la lettre de change, mais un endossement fait par lui ne vaut que comme un endossement à titre de procuration "

2 - Elina Kareh , Syntheses IC - resume concernant la lettre de change et le billet a ordre resume concernant la lettre de change et le billet a ordre Université Libanaise , 2020/2021, Page 4 of 5 https://www.studocu.com/row/document/universite-libanaise/instrument-de-paiement-et-de-credit/summaries/syntheses-ic-resume-concernant-la-lettre-de-change-et-le-billet-a-ordre/8721716/view

3 - Article L131-26 " Lorsque l'endossement contient la mention " valeur en recouvrement ", " pour encaissement ", " par procuration ", ou toute autre mention impliquant un simple mandat, le porteur peut exercer tous les droits découlant du chèque, mais il ne peut endosser celui-ci qu'à titre de procuration".

أما فيما يتعلق بقانون التجارة الامريكي الموحد فمن خلال تتبعنا للنصوص التي نظمت التظهير في اطار احكام السندات القابلة للتداول وجدنا ان هذه النصوص تتعلق بالتظهير التمليكي فقط فلم نجد من بينها اي اشارة إلى التظهير التوكيلي أو التظهير التوثيقي (التأميني)، لذلك يمكن القول ان قانون التجارة الامريكي الموحد لم يعرف الا صورة واحدة للتظهير تتمثل بالتظهير الحاصل على سبيل التمليك .

أما فيما يتعلق بالقانون المصري فقد نصت المادة (١/٣٩٨) من قانون التجارة المصري "اذا اشتمل التظهير على عبارة "القيمة للتحصيل " أو "القيمة للقبض" أو "للتوكيل" أو اي بيان اخر يفيد التوكيل جاز للحامل استعمال جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة ولكن لا يجوز له تظهيرها الا على سبيل التوكيل" ، و كذلك نصت المادة (١/٣٩٩) من القانون نفسه " اذا اشتمل التظهير على عبارة "القيمة للضمان" أو "القيمة للرهن" أو اي بيان اخر يفيد الرهن جاز للحامل استعمال جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة و مع ذلك اذا ظهر الكمبيالة اعتبر التظهير حاصلًا على سبيل التوكيل "

و فيما يتعلق بالقانون العراقي نصت المادة (٥٨/ أولًا) من قانون التجارة " اذا اشتمل التظهير على عبارة (القيمة للتحصيل) أو (القيمة للقبض) أو (للتوكيل) أو اي بيان اخر يفيد التوكيل جاز للحامل استعمال جميع الحقوق الناشئة عن الحوالة ولا يجوز له تظهيرها الا على سبيل التوكيل وليس للملتزمين في هذه الحالة الاحتجاج على الحامل الا بالدفوع التي يجوز الاحتجاج بها على المظهر" و كذلك نصت المادة (٥٩/ أولاً) من القانون نفسه " اذا اشتمل التظهير على عبارة (القيمة للضمان) أو (القيمة للرهن) أو اي بيان اخر يفيد الرهن جاز للحامل استعمال جميع الحقوق الناشئة عن الحوالة ، ومع ذلك اذا ظهر الحامل الحوالة اعتبر التظهير حاصلا على سبيل التوكيل" .

و بعد استعراض هذه النصوص يمكن الاجابة على السؤال الذي طرحناه في مستهل بحثنا لهذا التطبيق ؛ ففي اطار من تلقى التظهير بموجب تظهير توكيلي ليس له ان يظهرها مرة ثانية الا على سبيل التوكيل و امام صراحة نص المادة (٥٨/اولاً) من قانون التجارة العراقي يكون باطلًا كل تظهير لا ينص و بشكل صريح على انه قد تم على سبيل التوكيل ونعتقد ان لا مجال لافتراض ان التوقيع المجرد قد حصل على سبيل التوكيل لان في ذلك تحميل لنص المادة السابقة اكثر مما تحتمل ؛ فقد حصرت حق التظهير بذلك الذي يحدث على سبيل التوكيل فقط ، فإي صيغة من صيغ التظهير لا تحتمل دلالتها مجرد التوكيل يكون جزائها البطلان ، رغم ان هنالك رأي يرى غير ذلك فيمكن

بموجبه لو ظهر المظهر اليه توكيليًا الورقة على سبيل التمليك أو التوثيق ان يفترض ان هذا التظهير حصل على سبيل التوكيل لعدم وجود ما يعارض ذلك في القانون و الحد من حالات البطلان [١].

أما فيما يتعلق بالمظهر إليه توثيقيًا فنرى ان الحكم يختلف في هذه الحالة فلا يترتب على تظهير المظهر اليه توثيقيًا للورقة الصرفية تظهيرًا تمليكيًا أو توثيقيًا بطلان هذا التظهير ؛ فلو عقدنا مقارنة بين صياغة المادة (٥٩/اولًا) و الخاصة بالتظهير التوثيقي و المادة (٥٨/اولًا) الخاصة بالتظهير التوكيلي لبان لنا اختلاف الحكم و بشكل واضح ؛ فبينما تضمنت الاخيرة عبارة (ولا يجوز له تظهيرها الا على سبيل التوكيل) و هي عبارة قاطعة الدلالة في ترتيب حكم البطلان على مخالفتها ، جاء نص المادة (٥٩/ أولاً) بصياغة مختلفة ؛ اذ تضمنت المادة عبارة (ومع ذلك اذا ظهر الحامل الحوالة اعتبر التظهير حاصلاً على سبيل التوكيل) ، فهذه العبارة تشير و بوضوح إلى ان التظهير لو تم من المظهر اليه توثيقيًا فيفترض انه قد حصل على سبيل التوكيل ، و بما ان عبارة التظهير وردت مطلقة في المادة (٥٩/اولاً) فهي تحتمل كل صيغ التظهير المتاحة ؛ فلو تم التظهير بموجب اي صيغة من بين الصيغ المتاحة فانه يأخذ حكم التوكيل ، فلو تم التظهير بصيغة تدل على التمليك فأنه يأخذ حكم التظهير التوكيلي .

وكذلك الامر لو تم التظهير بموجب صيغة التظهير التوثيقي فأنه يأخذ حكم التظهير التوكيلي ايضًا ، و الامر نفسه ينطبق على التوقيع الذي يرد بصيغة مجردة و كذلك لو ورد معه كلمة (ظهرت) فقط ، لكن يجب لفت النظر إلى ان الافتراضات المتقدمة لا تعد جميعها افتراضات صرفية ؛ فلو قام المظهر اليه توثيقيًا بتظهير الورقة تظهيرًا تمليكيًا أو توثيقيًا فأن هذه التظهيرات تأخذ حكم التظهير التوكيلي كما تقدم بيان ذلك ، لكن لا تعد من تطبيقات الافتراض الصرفي و انما تصنف ضمن تطبيقات الافتراض القانوني - بالمعنى الخاص- كونها تخالف الحقيقة دائمًا ؛ على اعتبار ان حقيقة التصرف تتمثل بكونه تظهيرًا تمليكيًا أو تظهيرًا توثيقيًا ، بينما يفترض القانون انها حصلت على سبيل التوكيل و بذلك يكون قد خالف الحقيقة دائمًا .

أما فيما يتعلق بالتوقيع المجرد فكما تقدم فأن هذا التوقيع يأخذ حكم التظهير التوكيلي لكنه يعد من تطبيقات الافتراض الصرفي ؛ كونه قد يخالف الحقيقة و قد يتوافق معها على اعتبار ان ورود

---

١ - د. اكرم ياملكي ، الاوراق التجارية وفقًا لاتفاقيات جنيف الموحدة ، مصدر سابق ، ص١٢٩ ، وانظر في المعنى نفسه ، د. فوزي محمد سامي ، فائق الشماع ، مصدر سابق ، ص١٧٥، و يرى الدكتور صلاح الدين الناهي ان هذا الحل ينسجم مع ما ورد في الاعمال التحضيرية لقانون جنيف الموحد ، انظر مؤلفه المبسوط ، مصدر سابق ، ص٢٦٤.

التوقيع مجردًا يجعل من دلالته تحتمل ان يكون قد ورد بقصد التظهير التوكيلي و يحتمل ان يكون قد ورد بدلالة اخرى لذلك يبقى احتمال موافقته للحقيقة قائمًا .

ولعل سؤال يتبادر إلى الاذهان بموجب كل ما تقدم ، ماذا لو ارفق التوقيع - الصادر من المظهر اليه توكيلًا - المجرد بكلمة (ظهرت) فقط دون بيان عبارة اخرى تحدد طبيعة التظهير فهل يفترض انه قد حصل على سبيل التمليك بموجب الافتراض الصرفي ام بموجب الافتراض القانوني؟

نعتقد انه سيأخذ حكم التظهير التوكيلي بموجب الافتراض القانوني وليس الصرفي ؛ لان دلالة كلمة (ظهرت) المقرونة بالتوقيع تنصرف إلى التظهير التمليكي[1] ، و من ثم سيكون في افتراضه توكيليًا مخالفة دائمة للحقيقة وهو ما يجعل من التصرف المتقدم تطبيقًا للافتراض القانوني بالمعنى الخاص.

و من ثم يشترط لإعمال هذا الافتراض ان يرد التوقيع على ظهر الورقة و ان يرد من المظهر اليه توثيقيًا و ان يكون دال على صاحبه بشكل واضح و ان لا يقترن التوقيع بعبارة تفيد معنى التظهير التوثيقي أو التوكيلي ففي هذه الحالة يصبح مصداقًا للأفتراض القانوني بالمعنى الخاص لا الصرفي كما تقدم بيان ذلك .

المبحث الثاني

تطبيقات الافتراض الصرفي في الضمان وفي القبول والوفاء

نظم المشرع العراقي الضمان و القبول و الوفاء في الفصل الاول من الباب الثالث من قانون التجارة ، فنظم القبول في الفرع الرابع ، و الضمان في الفرع الخامس ، و الوفاء في الفرع السابع ، و نظم كل من التدخل و الاستحقاق و الرجوع في فروع اخرى مفردًا فرعًا مستقلًا لكلٍ منها ، الا اننا نرى ان هذه المضامين يوجد بينها تداخل كبير؛ فالقبول بطبيعته يمثل احدى ضمانات الورقة الصرفية و الاستحقاق و الرجوع لا تبرز الحاجة لبحثهما الا وقت الوفاء، و من ثم يمكن ان نبحث بعض الافتراضات التي اشار اليها المشرع في الرجوع و الاستحقاق تحت عنوان الوفاء أو الضمان لوجود مناسبة معتبرة بين الافتراض و العنوان الذي سيبحث تحته ، فعلى سبيل المثال ان المشرع اشار إلى افتراض التضامن في الفرع الثامن تحت عنوان الرجوع الا اننا سنبحثه مع الضمان ؛ كونه من اهم ضمانات الورقة الصرفية ، كذلك وردت بعض الافتراضات في الفرع التاسع تحت عنوان التدخل يمكن بحثها تحت عنوان القبول أو الوفاء كالافتراضات الخاصة بالقبول بالتدخل أو الوفاء

١ - د. فائق الشماع ، د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص١٣٧.

بالتدخل ، و للأهمية الكبيرة للافتراضات التي تزيد من ضمانات الورقة سنفرد لتطبيقات الافتراض الصرفي في الضمان المطلب الاول من هذا المبحث و من ثم سنبين في المطلب الثاني تطبيقات الافتراض الصرفي في القبول و الوفاء .

المطلب الاول

تطبيقات الافتراض الصرفي في الضمان

تقدم القول ان المشرع سعى كثيرًا لزيادة ضمانات الورقة الصرفية ، و لعل من اهم هذه الضمانات افتراض التضامن بين الموقعين على الورقة الصرفية الذي يمثل احد اهم ضمانات الذاتية للورقة ، الا ان المشرع لم يكتفِ بالضمانات الذاتية التي تتضمنها الورقة فأجاز ضمان الورقة من قبل اشخاص اخرين يضمنون وفاء الورقة من خلال بيان يدرجه الضامن مع مضامين الورقة و في كثير من الاحيان لا تتكامل صيغة هذا البيان الامر الذي يقتضي افتراض تكملة له أو افتراض تفسير يوضح دلالته ، و للإحاطة بالافتراضات التي تقع في الضمان سنقسم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الاول افتراض التضامن بين الموقعين على الورقة ، ومن ثم سنوضح في الفرع الثاني الافتراضات الخاصة بصيغة كتابة الضمان.

الفرع الاول

افتراض التضامن بين الموقعين على الورقة

يعد التضامن بين المدينين بشكل عام - بموجب القواعد العامة - وصفًا استثنائيًا ، اذ الاصل في حالة تعدد المدينين عدم افتراض التضامن بينهم الا اذا وجد نص أو اتفاق يفترض حالة التضامن ، وللأهمية الكبيرة التي يشكلها التضامن بين المدينين كوسيلة ضمان مهمة للدائن من الناحية العملية بدأ يتسع نطاق هذا الاستثناء من خلال النص عليه سواء في القوانين المدنية والتجارية الحديثة ، فقد اصبح من النادر ان يكون للدائن مدينون متعددون في التزام واحد دون ان يشترط تضامنهم و قد تقوم النصوص القانونية بافتراض التضامن بين المدينين[١] ، فهو لا يفترض الا اذا وجد اتفاق بين المدينين أو ان يتولى القانون افتراضه دون ان يكون للإرادة دخل في ذلك [٢] ، لذلك اتجهت القوانين

---

١ - د. محمد علي محمد بني مقداد ، الاوراق التجارية و تضامن الموقعون عليها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨، ص٧٤.

٢ - د. فتحي عبد الرحيم ، دروس في احكام الالتزام ، دار بورسعيد للطباعة ، ١٩٧٧، ص٢٤٦

وخصوصًا التجارية منها إلى افتراض التضامن بين المدينين في حالة تعددهم[١] ، ولعل ابرز مصداق لافتراض التضامن بين المدينين ذلك الذي يفترض التضامن بين الموقعين على الورقة الصرفية ؛ و بموجب هذا الافتراض يكون كل موقع على الورقة الصرفية متضامنًا مع غيره من الموقعين الاخرين في سداد قيمة الورقة ، سواء اكان يعلم بوجود التضامن ام لم يعلم ، و سواء اكان قاصدًا من توقيعه ان يكون متضامنًا ام لم يقصد ذلك ، فبغض النظر عن علمه و قصده ، يفترض القانون انه متضامن مع غيره من الموقعين ، ولقد اشارت إلى هذا الافتراض مختلف القوانين محل المقارنة .

ففي اطار القانون الفرنسي نصت المادة (L.511-44) من قانون التجارة على افتراض التضامن بين الموقعين على الحوالة التجارية اذ نصت (يكون جميع الاشخاص الذين قاموا بسحب الحوالة أو قبولهم أو ظهروها أو ضمنوها يكونون مسؤولين بالتكافل والتضامن تجاه الحامل القانوني ، يحق لحاملها الرجوع على كل هؤلاء الاشخاص ، بشكل فردي أو جماعي ، دون تقييد لمراعاة الترتيب الذي هم ملزمون به ، و يعود نفس الحق إلى أي موقع على الحوالة قام بسدادها، و لا تمنع الدعوى المرفوعة على أحد المدينين الدعوى على الآخرين ولو بعد من تم مقاضاته لأول مرة) [٢] ، و من ثم يحق للحامل القانوني الرجوع على اي موقع على الحوالة التجارية سواء اكان الرجوع على الساحب أو المظهرين ، ولا يلزم الحامل القانوني بمراعاة ترتيب المظهرين ؛ فجميعهم متضامنين في وفاء قيمة الورقة [٣] ، و لا يقتصر التضامن على سداد مبلغ الورقة فقط بل يشمل الفوائد و الرسوم الاخرى ، و تطبيقًا لذلك جاء في احد قرارات محكمة استئناف (انجيه) الفرنسية (جميع الذين قاموا بسحب الحوالة أو قبولها أو تظهيرها أو ضمانها يكونون مسؤولين بالتضامن والتكافل تجاه حاملها، و بما ان الزوجين (...) كلاهما صادق(وقع) على الحوالة الصادرة في(٥ أبريل ٢٠٠٢)من قبل

---

١ - كان قانون التجارة العراقي السابق ينص على افتراض التضامن بين المدينين في كل التزام تجاري في المادة (٨١/١) منه التي نصت " إذا ارتبط شخصان أو اكثر بدين تجاري يكونون متضامنين في هذا الدين ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك"، ولم يتضمن قانون التجارة العراقي النافذ نص يفترض التضامن بين المدينين في الالتزام الجاري الامر الذي اثار جدلًا فقهيًا حول سريان الافتراض في ظل القانون الحالي من عدمه ، ولا يهمنا كثيرًا الخوض في هذا الجدل الفقهي ما دام ان هناك نص خاص يقر افتراض التضامن الصرفي كما سنوضح.

2 - L.511-44 " Tous ceux qui ont tiré, accepté, endossé ou avalisé une lettre de change sont tenus solidairement envers le porteur.Le porteur a le droit d'agir contre toutes ces personnes, individuellement ou collectivement, sans être astreint à observer l'ordre dans lequel elles se sont obligées.Le même droit appartient à tout signataire d'une lettre de change qui a remboursé celle-ci. L'action intentée contre un des obligés n'empêche pas d'agir contre les autres, même postérieurs à celui quia été d'abord poursuivi".

3 - Aurélien Bamdé , Droit des instruments de paiement et de crédit, lettre de change , Article juridique publié sur le site suivant, Mai 4, 2016 https://aurelienbamde.com/category/lettre-de-change

الشركة (Bekoto) بمبلغ (٧٦٢٢٤.٠٠) يورو تستحق في (٥ يوليو ٢٠٠٢) بموجب الحكم الصادر في (١٥ ديسمبر ٢٠٠٤)، فإن محكمة (لافال) التجارية ، بشأن فتح الاعتماد في الحساب الجاري أمرت شركة (Bekoto)... بأن تدفع إلى (Crédit Mutuel) مبلغ(٥٢،٥٥٣.٨٥) يورو مع فائدة بمعدل (١٣.٦٠٪) اعتبارًا من (١٨ فبراير ٢٠٠٣)، و(٥،٢٥٥.٣٨) يورو مقابل تعويض بمبلغ إجمالي مع فائدة بالسعر القانوني اعتبارًا من(١٨ فبراير ٢٠٠٣)، و أمر الزوجان(...) معًا بدفع مبلغ (٤٥٧٣٤.٧٠) يورو بفائدة تقليدية اعتبارًا من (١٨ فبراير ٢٠٠٣) ، بالإضافة إلى مبلغ (٤٥٧٣.٤٧) يورو للمبلغ المقطوع مع الفائدة بالسعر القانوني اعتبارًا من(١٨ فبراير ٢٠٠٣) ، حكم على شركة (Bekoto) ... والأزواج (...) بدفع مبلغ(٧٦.٢٢٤.٠٠) يورو مع فائدة بالسعر القانوني اعتبارًا من(٥ يوليو ٢٠٠٢) وعلى سبيل التضامن) [١] .

أما فيما يتعلق بالصك فقد نصت المادة (L.131-51) من القانون النقدي و المالي الفرنسي (جميع الأشخاص الملتزمون بموجب الصك مسؤولون بالتضامن والتكافل تجاه حامله. يحق لحاملها الرجوع على كل الاشخاص ، بشكل فردي أو جماعي ، دون تقييد لمراعاة الترتيب الذي هم ملزمون به ، وينطبق نفس الحق على أي موقع على الصك قام بسداده ، لا تمنع الدعوى المرفوعة على أحد المدينين الدعوى على الآخرين) [٢] ، و من ثم لا يكون الشخص متضامنًا مع بقية الدائنين مالم يوقع على الصك .

و تطبيقًا لذلك ، جاء في قرار للغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية (حيث أنه يستنتج من بيانات الحكم موضوع الاستئناف أن الزوجين (...) كانا يمتلكان حسابًا مشتركًا مفتوحًا في البنك الوطني في باريس ، و أن السيد (...) أصدر صكًا لصالح شركة (Obernai) وهو صك بقى غير

---

1 - Cour d'appel de d'Angers - CHAMBRE COMMERCIALE 10 janvier 2006 / n° 05/ 00706

https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CA_ANGERS_2006-01-

و انظر ايضًا التطبيقات القضائية التالية التي تشير إلى افتراض التضامن بين الموقعين على الحوالة في اطار القضاء الفرنسي و المتاحة على موقع مجلة دالوز الفرنسية :-

Cour d'appel d'Aix-en-PROVENCE — 19 janvier 2017 — n° 2017/41

Cour d'appel de Douai — 30 mai 2013 — n° 12/01005

Cour d'appel d'Amiens — 28 février 2017 — n° 15/02485

https://www.dalloz.fr/decisions-similaires?id=CA_ANGERS_2006-01-10_0500706

2 - Article L131-51

"Toutes les personnes obligées en vertu d'un chèque sont tenues solidairement envers le porteur.Le porteur a le droit d'agir contre toutes ces personnes, individuellement ou collectivement, sans être astreintà observer l'ordre dans lequel elles se sont obligées.Le même droit appartient à tout signataire d'un chèque qui a remboursé celui-ci.L'action intentée contre un des obligés n'empêche pas d'agir contre les autres, même postérieurs à celui qui aété d'abord poursuivi".

مدفوع عند التقديم بسبب عدم كفاية مقابل الوفاء ؛ حيث أنه ، لاستيعاب الدفع الموجه ضد السيدة (...)، فإن محكمة الاستئناف ترى أن الحساب المشترك يعمل بالضرورة وفقًا لشرط التضامن الفعال، وهو الأمر بالنسبة للسيدة (...)، التي دفعت بعكس ذلك في هذه القضية ، باعتبار أن الصك المتنازع عليه قد تم سحبه من قبل السيد (...) فقط وبما أن السيدة (...) لم توقع وغير ملزمة بموجب الصك ، ولا تخضع لنصوص اتفاقية أو القانونية لالتزام التضامن السلبي تجاه الحامل ، لذلك فقد خالفت محكمة الاستئناف النصوص المذكورة أعلاه لذلك تقرر نقض الحكم الصادر في (٢٧ نوفمبر / تشرين الثاني ١٩٨٥) بين الطرفين ، من قبل محكمة استئناف (كولمار) ، وفقًا لذلك ، القضية وأطراف الحالة التي كانوا فيها قبل الحكم المذكور ، وإحالتهم إلى محكمة الاستئناف في نانسي ، لتأكيد ذلك) [١] ، و يفهم من هذا القرار ان التضامن لا يفترض ما لم يكن المدين موقعًا على الورقة حتى و ان سحبت على حساب مشترك فلا يلزم الشريك دام ان توقيعه لم يرد على الورقة.

أما فيما يتعلق بالقانون الامريكي فقد افترضت المادة (3-116) من قانون التجارة الموحد التضامن بين الموقعين على السند القابل للتداول اذ وردت المادة تحت عنوان (المسؤولية التضامنية والمشددة) ، (Joint and several liability) حيث نصت الفقرة الاولى من المادة المذكورة (باستثناء ما هو منصوص عليه في السند ، اذا كان شخصان أو أكثر فانهم يتحملون نفس المسؤولية المتولدة من السند بصفتهم ساحبين أو متعهدين أو قابلين أو مظهرين يظهرون كمستفيدين مشتركين أو بطريق غير منتظم و يتحمل المُظهِرون المسؤولية بالتضامن والتكافل بقبولهم التوقيع) [٢] ، ويفهم من النص المتقدم ان الموقعين على السند القابل للتداول مسؤولون على وجه التضامن سواء اكانوا محررين (ساحب ام متعهد) أو قابل أو مظهر ، فالمظهر بتظهيره لا تنقطع علاقته بالسند بل سيتحول و بحكم القانون إلى ضامن [٣] .

---

1 - Cour de cassation - Chambre commerciale 8 mars 1988 / n° 86-10.733 https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_1988-03

2 -(3-116). (1) "Except as otherwise provided in the instrument, two or more persons who have the same liability on an instrument as makers, drawers, acceptors, endorsers who endorse as joint payees, or anomalous endorsers are jointly and severally liable in the capacity in which they sign".

3 - Ron. S. Luedemann, Warranties on The Transfer of a Negotiable Instrument, Stanford Law Review, Vol. 17, No, 1, 1964,p78, Available at the link https://www.jstor.org/stable/1227187?refreqid=excelsior%3A80cbe3423960d2e216b732f36d46307a&seq=1

و قد جاء في قرار للمحكمة العليا في ولاية (داكوتا الشمالية) الامريكية (ان جميع الموقعين على السند القابل للتداول يلتزمون بضمان وفاء قيمته بأستثناء حالة تزوير "المصادقة" "التوقيع" فمن يثبت تزوير توقيعه على السند يتخلص من تبعة الضمان)[١]

وقد جاء في قرار اخر لمحكمة استئناف ولاية (ماريلاند) الامريكية (ان السند الذي يحرر لأكثر من مستفيد عند تظهيره يتحول المستفيدون الى ضامنين و تكون مسؤوليتهم مشتركة و تنتهي مسؤوليتهم بمجرد قبول البنك للسند القابل للتداول)[٢] .

أما فيما يتعلق بالقانون المصري فقد نصت المادة (١/٤٤٢) من قانون التجارة " الاشخاص الملتزمون بموجب الكمبيالة مسؤولون بالتضامن قبل حاملها" ، و من ثم يمتد هذا التضامن ليشمل لكل من وقع على الورقة كالساحب و القابل و المظهر و الضامن الاحتياطي والقابل بالتدخل ، والا يلزم الحامل عند الرجوع على الموقعين بإتباع ترتيبًا معينًا [٣] ، وقد حرص المشرع على افتراض هذا التضامن بنص خاص و بغض النظر عن ارادة من وضع توقيعه على الورقة [٤] ، رغم ان قانون التجارة المصري يفترض التضامن بين المدينين في كل الالتزام التجاري [٥] و من الممكن التخلص من تبعة هذا الضمان من خلال بيان اختياري يعفى بموجبه من أورده من تبعة الضمان والتضامن[٦].

أما فيما يتعلق بالقانون العراقي فقد نصت المادة (١٠٦/اولًا) من قانون التجارة "الاشخاص الملتزمون بموجب الحوالة مسؤولون بالتضامن تجاه حاملها" ، و من ثم يفترض التضامن بين الموقعين على الورقة الصرفية سواء اكان من وضع توقيعه يعلم بإنه سيكون متضامن أم لا ، و سواء اتجهت ارادته إلى الالتزام كضامن أو لم يقصد من توقيعه ذلك رغم استقلال توقيعاتهم و اختلاف سبب التزام كل منهم ، و مقتضى هذا التضامن ان يكون للحامل القانوني حق الرجوع على اي ملتزم

---

1 - Supreme Court of North Dakota STATE NORTH DAKOTA HOUSING FINANCE AGENCY v. CENTER MUTUAL INSURANCE COMPANY, No. 20050224, Decided: August 02, 2006 , https://caselaw.findlaw.com/nd-supreme-court/1041088.html

2 - Court of Appeals of Maryland, PELICAN NATIONAL BANK v. PROVIDENT BANK OF MARYLAND, Decided: May 14, 2004, https://caselaw.findlaw.com/md-court-of-appeals/1472325.html

٣ - د. محيي الدين اسماعيل علم الدين ، شرح قانون التجارة الجديد -تعليق على القانون مادة مادة مع اعماله التحضيرية- ،دار النهضة العربية مصر ، ١٩٩٩ ، ص٨٠٤ ، وانظر في المعنى نفسه د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص٢٢٨_٢٢٩، و ينظر في المعنى نفسه ، د. مصطفى كمال طه ، د. علي البارودي ، مصدر سابق ، ص٢٢١، وانظر كذلك د. محمد فريد العريني ، القانون التجاري -الاوراق التجارية والافلاس، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٥، ص٢٨.

٤ - د. عبد الفضيل محمد احمد ، مصدر سابق ، ص١٨٧.

٥ - نصت المادة (٤٧) من قانون التجارة المصري " يكون الملتزمون معًا بدين تجاري متضامنين في هذا الدين ".

٦ - د. رضا عبيد ، القانون التجاري، - الاوراق التجارية والعقود التجارية وعمليات البنوك والافلاس- ، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٨٨، ص١٧٣.

دون مراعاة ترتيب معين وهذا ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة (١٠٦) من قانون التجارة اذ نصت " للحامل الرجوع على هؤلاء الملتزمين منفردين أو مجتمعين دون ان يلزم بمراعاة ترتيب التزاماتهم ، ويثبت هذا الحق لكل موقع على الحوالة اذا ادى قيمتها" ، و تمتد الاستفادة من افتراض التضامن الصرفي إلى الملتزم الذي يقوم بالوفاء للحامل حيث يحل محله في المطالبة ، ومن ثم يحق له الرجوع على كافة الملتزمين السابقين له ليطالبهم بكل قيمة الورقة و لا يجوز لأي منهم الدفع بالتقسيم [١] ، ويتضح ان التضامن بين المدينين لا يفترض ، ألا إذا وجد اتفاق على هذا التضامن أو نص صريح يفترضه في حالة عدم وجود الاتفاق ، ونعتقد ان هذا الامر يسري على المسائل المدنية و التجارية على حدًا سواء ؛ لعدم تضمن قانون التجارة العراقي نص صريح يفترض التضامن في كل التزام تجاري كما أوضحنا ، الا ان الامر مختلف في اطار التعامل الصرفي فالتضامن مفترض بين المدينين في الالتزام الصرفي لوجود النصوص القانونية التي تقرر هذا الافتراض و التي تقدم ذكرها .

و بقي ان نقول ان هذا الافتراض لكي يتحقق يجب ان تتوفر جملة من الشروط ، فيجب على المدين الصرفي ان يقوم ببعض الاجراءات التي فرضها عليه القانون الصرفي لكي لا يفقد حقه بالرجوع كتحرير الاحتجاج و التقيد بالمواعيد المقررة له ، و كذلك من البديهي ان التضامن لكي يتحقق يجب ان يتعدد المدينون فلا يتصور وجود التضامن ان لم يكن هناك سوى مدين واحد في الورقة كما في حالة الكمبيالة التي لا تظهر أو يتدخل احد لضمانها فتقتصر العلاقة على المستفيد والمتعهد و من ثم لا يتحقق مبنى الافتراض .

الفرع الثاني

الافتراض الخاص بصيغة كتابة الضمان

رغم ان الورقة الصرفية تتضمن العديد من الضمانات الذاتية ، الا ان الدائن الصرفي قد لا يكتفي بما تتضمنه الورقة من ضمانات ، فيطلب ضمانات احتياطية اخرى و من ثم يأتي احد الاشخاص لكي يضمن وفاء قيمة الورقة من خلال بيان يدرج مع مضامين الورقة مقتضاه ان الموقع قد ضمن وفاء قيمة الورقة عند استحقاقها لمصلحة احد الضامنين أو لهم جميعًا، و في كثير من الاحيان لا تتكامل صيغة هذا البيان فيأتي دون ذكر من حصل لمصلحته هذا الضمان و من ثم يفترض القانون تكملة لهذا البيان ، ولزيادة الضمان في الورقة يفترض القانون بعض التوقيعات

---

١ - د. محمد علي محمد بني مقداد ، المصدر السابق ، ص٧٧، وانظر في المعنى نفسه د. محمد ابراهيم محمود ، موجز الاوراق التجارية ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٢، ص٢٢٤.

المجردة قد حصلت على سبيل الضمان و للإحاطة بهذه الافتراضات سنتناول أولاً افتراض التوقيع المجرد كضمان ، ومن ثم سنتناول ثانيًا افتراض ان الضمان قد حصل لمصلحة الساحب إذا لم يحدد المضمون.

اولًا:- افتراض التوقيع المجرد كضمان

سعى المشرع و بشكل حثيث لتقوية ائتمان الورقة الصرفية من خلال ضمانات عديدة بعضها اصلية كضمان الساحب أو المتعهد أو المظهرين ، و بعضها احتياطية من خلال كفالة التزام اصلي على وجه التضامن مع المكفول ، فيسمى الشخص الذي يقدم الكفالة ضامنًا احتياطيًا و يسمى الشخص المكفول بالمضمون ، و يتم هذا الضمان من خلال بيان يدرج مع مضامين الحوالة يتضمن عبارة تدل على الضمان بالإضافة إلى اسم المضمون و توقيع الضامن، و لا توجد عبارة معينة يجب افراغ الضمان بموجبها ، فقد يقال (اضمن فلان في الوفاء أو اقبل الضمان الاحتياطي) أو غيرها من العبارات الاخرى التي تؤدي نفس المعنى وقد يستفاد الضمان من مجرد توقيع الضامن [١].

ففي كثير من الاحيان يرد الضمان من خلال توقيع الضامن فقط ، و سواء اكان الموقع قاصدًا من توقيعه ان يكون ضامنًا ام لا فأن القانون يفترض ان هذا التوقيع المجرد قد ورد على سبيل الضمان وهذا ما نصت عليه القوانين محل المقارنة .

ففيما يتعلق بالقانون الفرنسي ، نجد ان المادة (21-511) من قانون التجارة اشارت إلى افتراض ان التوقيع المجرد الوارد على وجه الحوالة قد ورد على سبيل الضمان اذا جاء فيها (يمكن ضمان دفع الحوالة لجميع أو جزء من مبلغها عن طريق الضمان ، يتم توفير هذا الضمان من قبل طرف ثالث أو حتى من قبل أحد الموقعين على الورقة ، يتم تقديم الضمان أما على الحوالة أو على ورقة منفصلة يشير إلى المكان الذي يوجد فيه المتدخل ، ويتم التعبير عنها بعبارة "صالحة للضمان" أو بأي صيغة أخرى معادلة ، و يتم التوقيع عليه من قبل الضامن ويعتبر الضمان ناتجًا عن التوقيع المجرد لمقدم الضمان الوارد على واجهة الحوالة ، إلا اذا كان التوقيع يعود للمسحوب عليه أو توقيع الساحب) [٢] .

---

١ - د. تركي محمود مصطفى القاضي ، المصدر السابق ، ص١٦٩.

2 - 511-21 " Le paiement d'une lettre de change peut être garanti pour tout ou partie de son montant par un aval. Cette garantie est fournie par un tiers ou même par un signataire de la lettre L'aval est donné soit sur la lettre de change ou sur une allonge, soit par un acte séparé indiquant le lieu où il est intervenu. Il est exprimé par les mots " bon pour aval " ou par toute autre formule équivalente ; il est signé par le donneur d'aval.Il est considéré =

وقد نقضت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية قرار لمحكمة استئناف مدينة (مونبلييه) حيث قام مدير احدى الشركات بالتوقيع مرتين على السفتجة مرة بصفته قابل كممثل للشركة التي تمثل المسحوب عليه بالحوالة و مرة بصفته الشخصية ففسرت محكمة الاستئناف كلا التوقيعين قد وقعا على سبيل القبول ؛ اذ جاء في هذا القرار لمحكمة النقض الفرنسية (أن الضمان يتم استنتاجه من التوقيع المجرد للضامن ، إلا عندما يتعلق الأمر بـ توقيع المسحوب عليه أو توقيع الساحب ؛ وبذلك لا يمكن اعتبار التوقيع المجرد لمدير الشركة المسحوب عليها إلا قبولًا بصفته ممثل قانوني للشركة ، و من جهة ثانية فأن منح المصادقة الثانية بصفته الشخصية بصفته الموقع الوحيد لمدير الشركة المسحوب عليها. ؛ فأن محكمة الاستئناف قد خالفت المادة (L.511-21) من قانون التجارة عندما فسرت التوقيعين كقبول للسفتجة ، من ناحية أخرى ، أن "التوقيعات على السفتجة تحتوي على التزام مزدوج من السيد (.. MX) حيث يقبل السفتجة لشركة (Spectrum) للبناء ، وهو المدير المفوض لها ، ومن ناحية أخرى ، وقع على السفتجة بصفته الشخصية توقيعًا مجردًا فلا يعني وضع توقيعين أن السيد (..MX.) كان ملتزمًا فقط كممثل لشركة (Spectrum) بينما وفقًا للمصطلحات المستخدمة في الإشارة ، فقد تصرف بهذه الصفة في إطار قبول الحوالة ، في التوقيع الاول ، وبصفته "الشخصية "، عندما لا توجد اي اشارة من العبارات الواردة مع التوقيع إلى أن السيد (..MX) من شأنه أن ينخرط في هذه الصفة المزدوجة ، فيقبل كممثل للشركة و يضمن ، على المستوى الشخصي ، ؛ أن محكمة الاستئناف غفلت أن هذا الصيغة تحتوي على التزام مزدوج من جانب (MX.) ، الذي كان قد ، وافق على السفتجة كمدير مفوض للشركة المسحوب عليها ، شركة (Spectrum) ، ومن ناحية أخرى ، صادق عليها باسمه الشخصي و من ثم يفسر توقيعه الثاني كضمان لوفاء السفتجة) [١] .

أما فيما يتعلق بالصك فقد جاء في المادة (29-131) من القانون النقدي و المالي الفرنسي (يتم تقديم الضمان أما على الصك أو على الوصلة الملحقة به ، أو من خلال مستند منفصل يشير إلى المكان الذي يوجد فيه المتدخل ، يتم التعبير عنها بعبارة "صالحة للضمان" أو بأي صيغة أخرى معادلة ؛ و يتم التوقيع عليه من قبل الضامن. ويعتبر الضمان ناتجاً عن توقيع الضامن المجرد المثبت على وجه الصك إلا عندما يتعلق الأمر بتوقيع الساحب) [٢] .

---

comme résultant de la seule signature du donneur d'aval apposée au recto de la lettre de change, sauf quand il s'agit de la signature du tiré ou de celle du tireur"..

(لم ننقل المادة بإكملها كونها تحوي مضامين عديدة واشرنا إلى ما يوضح افتراض التوقيع المجرد كضمان)

1 - Cour de cassation - Chambre commerciale ,17 mai 2017 / n° 15-26.495 https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2017-05-26.495

2 - Section 4 : Aval

=

أما فيما يتعلق في القانون الامريكي فقد افترض في بعض الاحيان ان التوقيع المجرد حاصل على سبيل الضمان لكن بقيود معينة بحيث يجب ان يوحي مكان التوقيع و الشخص الذي حصل منه ان التوقيع قد حصل على سبيل الضمان ، وقد صاغ المشرع الامريكي هذا الضمان بقالب القرينة البسيطة التي يمكن اثبات عكسها بحيث يمكن دحض هذه القرينة اذا ثبت ان هذا التوقيع قد ورد لغرض اخر غير الضمان ، فقد جاء في الفقرة الثالثة من المادة (3-204) من قانون التجارة الامريكي الموحد ما يشير لمثل هذا الافتراض حيث نصت (يُقصد بمصطلح "التصديق" توقيع غير توقيع المُوقِّع بصفته متعهدًا أو ساحبًا أو قابلاً ،والتي يتم إجراؤها بمفردها أو مصحوبة بعبارة أخرى على السند بغرض (١) تداول السند ، أو (٢) تقييد دفع السند ، أو (٣) تحمل مسؤولية الضامن على السند ، ولكن بغض النظر عن نية الموقع ، فإن التوقيع والكلمات المصاحبة له يعتبر بمثابة تأييد ما لم تكن الكلمات المصاحبة أو شروط السند أو مكان التوقيع أو أي ظروف أخرى لا لبس فيها تشير إلى أن التوقيع تم لغرض آخر غير المصادقة. لغرض التحديد سواء تم التوقيع على السند ، فإن الورقة الملصقة على السند هي جزء من السند)[1] ، و يبدو جليًا من الفقرة الثالثة في المادة اعلاه ان التوقيع قد يرد مجردًا و يقصد منه تحمل مسؤولية الضامن على السند متى ما كان هذا التوقيع واردًا من شخص يمكن ان يفترض من توقيعه حصول الضمان ، و كذلك يجب ان يرد في مكان يمكن ان يفسر التوقيع بموجبه قد حصل على سبيل الضمان كأن يرد على وجه الورقة أو الوصلة الملحقة بها .

ويمكن ان يستنتج الضمان من توقيع شخص نيابة عن اخرين دون ان يذكر صفة النيابة ، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة (3-402) من قانون التجارة الامريكي الموحد (٢- إذا وقع ممثل ما على اسم المُمثل على السند وكان التوقيع هو التوقيع المفوض للشخص الممثل ، تطبق القواعد التالية:(أ) إذا أظهر شكل التوقيع بشكل لا لبس فيه أن التوقيع تم بالنيابة عن الشخص المُمثل الذي تم تحديده في السند فلا يكون الممثل مسؤول عن السند ، (ب) مع مراعاة القسم الفرعي(٣)، إذا (١) لم

Article L131-29 " L'aval est donné soit sur le chèque ou sur une allonge, soit par un acte séparé indiquant le lieu où il est intervenu.Il est exprimé par les mots " bon pour aval " ou par toute autre formule équivalente ; il est signé par ledonneur d'aval.Il est considéré comme résultant de la seule signature du donneur d'aval, apposée au recto du chèque, sauf quand il s'agit de la signature du tireur"

1 - (3-204) (1)" "Endorsement" means a signature, other than that of a signer as maker, drawer, or acceptor, that alone or accompanied by other words is made on an instrument for the purpose of (*i*) negotiating the instrument, (*ii*) restricting payment of the instrument, or (*iii*) incurring endorser's liability on the instrument, but regardless of the intent of the signer, a signature and its accompanying words is an endorsement unless the accompanying words, terms of the instrument, place of the signature, or other circumstances unambiguously indicate that the signature was made for a purpose other than endorsement. For the purpose of determining whether a signature is made on an instrument, a paper affixed to the instrument is a part of the instrument".

يظهر شكل التوقيع بوضوح انه تم بصفة تمثيلية(بالنيابة) أو (٢) لم يتم تحديد الشخص الممثل في الصك ، يكون الممثل مسؤولاً عن السند تجاه الحائز في ميعاد الاستحقاق المحدد متى حصل على السند دون معرفة أن الممثل لا يقصد أن يكون مسؤولا عن السند، فيما يتعلق بأي شخص آخر ، فإن الممثل مسؤول عن السند ما لم يثبت الممثل ان الاطراف(الاصيل) لم يقصدوا الزام الممثل شخصيًا بالتوقيع)[١] .

ويفهم من النص المتقدم ان النائب (الممثل) اذا لم يوقع بصيغة تحدد صفة النيابة بشكل واضح فأنه يكون مسؤولًا تجاه الحامل اذا لم يوفي المدين الصرفي قيمة الورقة ؛ ومن ثم لو ورد توقيع النائب (الممثل) بصيغة مجردة وهي - بالتأكيد لا توضح صفة النيابة- ؛ فأنه يكون ضامنًا لقيمة الورقة لكن يمكن اثبات صفة النيابة و من ثم يتخلص النائب من تبعة ضمان الورقة؛ اي ان هذا الافتراض بموجب القانون الامريكي صيغ بقالب القرينة وليس الافتراض الصرفي.

وقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بولاية (ماريلاند) الامريكية ما نصه (نص القانون الموحد على أن الشخص غير مسؤول عن الشيك ما لم يوقع الشخص على الشيك ، بعد اكتشاف أن (شركة ليما) لم توقع على الشيك المعدل ، وأن (أمولي) لم يكن وكيلًا (لشركة ليما) عندما وقع على الشيك ، رفضت المحكمة حجة (Bank of America) الذي ادعى أن (شركة ليما) كانت مسؤولة عن ضمان الشيك ؛ لوجود توقيع ممثلها عليه بصفته ضامن ، ومن ثم يتحمل (أمولي) مسؤولية سداده لأنه وقع عليه دون ان يبين انه ممثلاً للشركة بل وضع توقيع منفرد "مجرد" فقط)[٢]

ويصف القضاء الامريكي مسؤولية الضامن بـ(المسؤولية المشددة) فقد قضت محكمة الاستئناف في ولاية (جورجيا) الامريكية بإلزام الضامن بقيمة السند الاذني الذي وقع عليه بصفته

---

1 - (3-402)(2) If a representative signs the name of the representative to an instrument and the signature is an authorized signature of the represented person, the following rules apply: (a) If the form of the signature shows unambiguously that the signature is made on behalf of the represented person who is identified in the instrument, the representative is not liable on the instrument. (b) Subject to subsection (3), if (*i*) the form of the signature does not show unambiguously that the signature is made in a representative capacity or (*ii*) the represented person is not identified in the instrument, the representative is liable on the instrument to a holder in due course that took the instrument without notice that the representative was not intended to be liable on the instrument. With respect to any other person, the representative is liable on the instrument unless the representative proves that the original parties did not intend the representative to be liable on the instrument" .

2 - Court of Appeals of Maryland, LEMA v. BANK OF AMERICA , No. 93, Sept. Term , Decided: June 17, 2003 , https://caselaw.findlaw.com/md-court-of-appeals/1364216.html

ضامنًا رغم تعديل مبلغ السند بعد توقيع الضامن فقد جاء في القرار (ان السند الاذني كان يتضمن بنودًا صريحة تبيح للأطراف تعديل بنوده ، وبما ان المديونية قد زادت ، قام الاطراف بتعديل مبلغ السند الاذني بما يعادل المديونية الجديدة ، ونظرًا لأنه الضامن وقع ، بصفته الشخصية ، "ضمانًا غير مشروط ، " بالدفع والأداء" لسداد السند ؛ اشتمل الضمان على الأحكام ذات الصلة التالية: يضمن الضامن بموجب هذا السند دون قيد أو شرط للمقرض وخلفائه في ملكيته والمتنازل لهم عنه: (أ) السداد الكامل والفوري عند الاستحقاق ، سواء عن طريق التعجيل أو غير ذلك ، مع الفوائد التي قد تتحقق عليه ، سواء قبل أو بعد الاستحقاق ، من المديونية المستحقة الدفع بموجب السند إذني نفسه الذي قدمه المقترض لأمر المقرض بالمبلغ الأصلي البالغ ستمائة وخمسون ألف دولار (٦٥٠.٠٠٠ دولار) ، إلى جانب أي تجديدات و الاضافات والتعديلات ، وعمليات الدمج والتمديدات الخاصة بها ، وبما ان الضامن وقع فقط دون ان يتحفظ على التعديلات المستقبلية ؛ فيكون ملزمًا بهذه التعديلات اذا ما اضيفت لاحقًا)[١] .

أما فيما يتعلق بالقانون المصري فقد نصت المادة (٣/٤١٩) من قانون التجارة " ويستفاد هذا الضمان من مجرد توقيع الضامن على صدر الكمبيالة ما لم يكن هذا التوقيع من المسحوب عليه أو من الساحب" ، و من ثم إذا ورد التوقيع مجردًا على وجه الورقة فيفترض انه ورد على سبيل الضمان مالم يرد هذا التوقيع من قبل المسحوب عليه أو الساحب ، لذلك فأن التوقيع المجرد على وجه الورقة يكون ضمانًا وان ورد هذا التوقيع من شخص وقع بصفته نائبًا عن غيره دون تفويض أو توكيل كضامن احتياطي فأن هذا الضمان لا يحتج به على الاصيل المزعوم وانما يعد ضمانًا عمن وقع بدون تفويض أو توكيل [٢] .

و فيما يتعلق بالقانون العراقي فقد نصت المادة (٨١/ثانيًا) من قانون التجارة النافذ "يستفاد الضمان من مجرد توقيع الضامن على وجه الحوالة مالم يكن التوقيع صادرًا من المسحوب عليه أو من الساحب" ، و من ثم يفترض الضمان حاصلاً من التوقيع المجرد الذي يرد على وجه الحوالة مالم يكن هذا التوقيع واردًا من المسحوب عليه أو الساحب ، على اعتبار ان توقيع المسحوب عليه المجرد سيفسر على انه قبول كما سوف نبين لاحقًا و كذلك فأن توقيع الساحب سيفسر على انه ورد بقصد

---

1 - Court of Appeals of Georgia , CORE LAVISTA LLC v. CUMMING , No. A10A2000. Decided: March 25, 2011, https://caselaw.findlaw.com/ga-court-of-appeals/1560850.html

٢ - د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص٢٣١-٢٣٢، وانظر في المعنى نفسه د. حسين النوري ، دروس في الأوراق التجارية والنشاط المصرفي ، مطبعة جامعة عين شمس ، مصر ، بدون سنة طبع، ص٢١٠.

انشاء الحوالة ، وهنا يتبادر إلى الاذهان سؤال مفاده ، ماذا لو ورد توقيعان من الساحب على الورقة هل من الممكن ان يفترض ان احدهما ورد على سبيل الضمان ؟ .

سبق وان بينا بأن مبدأ استقلال التوقيعات يقتضي ان يكون كل توقيع يرد على الورقة مستقلًا عن غيره حتى لو كان وارد من نفس الشخص وبناءً على ذلك ذهب البعض إلى ان التوقيع الثاني الوراد من الساحب سيفسر على انه ضمان للمسحوب عليه [١] ، الا اننا لا نتفق مع الرأي المتقدم على اعتبار ان الساحب يعتبر ضامنًا للمسحوب عليه بموجب توقيعه الذي انشأ بموجبه الحوالة ؛ فلا يحتاج إلى ايراد توقيع اخر يضمن بموجبه المسحوب عليه ، وحتى في حالة قبول المسحوب عليه للحوالة فلا يعفى الساحب الا من ضمان القبول فقط ، ويبقى ضامنًا للوفاء [٢] ، ومن ثم لا يتصور ان نفسر التوقيع الثاني على انه ضمان للقبول لانتفاء الحاجة لمثل هذا الضمان بقبول المسحوب عليه للحوالة ، كذلك تنتفي الحاجة لتفسيره على انه ورد على سبيل ضمان للوفاء ؛ لان الساحب ضامن للوفاء بدونه اصلاً ، وازاء ما تقدم لا يمكن افتراض ان توقيع الساحب الثاني ورد على سبيل الضمان و من ثم لا تكون له قيمة قانونية ، لكن يختلف الحكم لو ورد التوقيع بصفة ثانية كأن يوقع بالإصالة عن نفسه و من ثم يوقع باعتباره نائبًا عن غيره ففي هذه الحالة يمكن اضفاء صفة الضمان على التوقيع المجرد فيما لو وقع الحوالة بصفته نائبًا عن غيره عند انشائها ، ومن ثم وقع مرة اخرى بصفته الشخصية ففي هذا الحالة يمكن افتراض ان التوقيع الثاني ورد على سبيل الضمان .

ويتضح من كل ما تقدم ان القانون يفترض ان التوقيع المجرد الذي يرد على وجه الورقة أو الوصلة الملحقة بها قد ورد على سبيل الضمان ما لم يكن هذا التوقيع صادرًا من الساحب أو من المسحوب عليه وهذا الافتراض لا يمكن دحضه فبغض النظر عن ارادة الموقع يفترض القانون انه وقع كضامن فلا يمكنه التخلص من تبعة الضمان بإثبات دلالة اخرى للتوقيع.

ثانيًا :- افتراض الضمان حاصلًا لمصلحة الساحب عند عدم تحديد المضمون

يكتب الضمان من خلال عبارة تؤدي معنى الضمان بالإضافة إلى اسم من حصل الضمان لمصلحته و من ثم يوقع الضامن وقد يلتزم الضامن في الاصل على ضمان القبول وضمان الاداء معًا، الا انه يستطيع قصر ضمانه بالقبول فقط ، أو بالأداء دون القبول[٣] ، وفي كثير من الاحيان قد لا يحدد الضامن اسم من حصل الضمان لمصلحته ، فيفترض القانون ان هذا الضمان قد حصل

---

١ - د. تركي محمود مصطفى القاضي ، مصدر سابق ، ص١٧١.
٢ - د. فائق الشماع ، فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص٢١٦.
٣ - د. ابراهيم اسماعيل ابراهيم ، الضمان الاحتياطي في الاوراق التجارية ، دراسة قانونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص١٥٠-١٥٢ .

لمصلحة الساحب [١] ، وقد قصدت التشريعات من ذلك اضافة اقوى ضمان للحامل ولا يمكن دحض هذا الافتراض من خلال اثبات العكس ؛ بأن يتم اثبات ان الضمان قد حصل لشخص اخر غير الساحب .

ففي اطار القانون الفرنسي جاء في المادة (L.511-21) من قانون التجارة الفرنسي (يجب أن يشير الضمان إلى من يتم تقديمه نيابة عنه ، في حالة عدم وجود هذا المؤشر ، يعتبر معطى للساحب) [٢] ، ويشير الفقه إلى ان مقدم الكفالة (الضامن) بإمكانه ان يكفل أي من المدينين المذكورين في الورقة كالساحب و المسحوب عليه القابل و المظهر و حتى مقدم الكفالة الاخر ، وفي اغلب الاحيان يذكر اسم الشخص المضمون بالسند فإن لم يرد أي ذكر تعتبر الكفالة معطاة للساحب و ان هذا الافتراض غير قابل للدحض و القول بعكس ذلك يخل في الكفاية الذاتية للورقة [٣] ، و هذا الامر اجمعت عليه الغرف التجارية في محكمة النقض الفرنسية، حيث جاء في قرار للغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية (يجب أن يشير الضمان إلى اسم من اعطي له الضمان وفي حالة عدم ذكره في هذا البيان يكون الضمان معطى للساحب و يعتبر الضامن ملزم بنفس الطريقة التي كفل بها المضمون ويكون ، التزامها صحيحًا ، حتى لو كان الالتزام الذي كفلته باطلًا لأي سبب آخر غير العيب في الشكل ، و عندما يدفع قيمة الحوالة ، يكتسب الضامن الحقوق الناتجة عن الحوالة مقابل الضمان وضد تلك المستحقة لهذا الأخير بموجب الحوالة ، و في الحالة الحالية ، تؤكد الشركة الخاصة المحدودة (OAC)أن الالتزام الشخصي لـ .(.. D)بصفته ضامنًا ينبثق من التوقيع الذي قدمه على الحوالة بقيمة (١٠٠،٠٠٠) يورو المستحقة في(٢٥ حزيران "يونيو" ٢٠١١) ويوليو "تموز" ٢٠ ، ٢٠١١)؛ أن هذه الحوالات قد تم سحبها من قبل شركة (SARL Tocla) و أنها تحمل توقيع ممثل الشركة ؛ و أنها تتضمن أيضًا توقيعًا تحت عبارة "قبول أو تأييد" ؛ هذا التوقيع هو توقيع السيد (... D) الذي كان مديرًا لشركة (Tocla) الخاصة المحدودة و من ثم يكون توقيع السيد (...D) ضمان مقدمًا لمصلحة شركة (Tocla))[٤].

---

١ - د. سميحة القليوبي ، المصدر السابق ، ص٢٣٢-٢٣٣، و ينظر في المعنى نفسه ، د. الياس ناصيف ، مصدرلسابق ، ص٣٨١، و انظر ايضًا د. فائق الشماع ، د.فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص٢٢٩.

2 - L.511-21 " L'aval doit indiquer pour le compte de qui il est donné. A défaut de cette indication, il est réputé donné pour le tireur"

٣ - ج. ربيير ، ر. روبلو ، المصدر السابق ، ص ٢٥٢-٢٥٣.

4 - Cour de cassation - Chambre commerciale- 9 septembre 2020 / n° 17-31.476 https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2020-09-09_1731476&ctxt=0

وانظر ايضًا التطبيقات القضائية التالية في اطار القضاء الفرنسي و المتاحة على موقع مجلة دالوز :-

=

أما فيما يتعلق بالصك فقد جاء في الشطر الاخير من المادة (L.131-29) من القانون النقدي و المالي الفرنسي (يجب أن يشير الضمان إلى من يتم تقديمه نيابة عنه. في حالة عدم وجود هذا المؤشر ، فإنه يعتبر معطى للساحب) [١] .

أما فيما يتعلق بالقانون الامريكي فرغم ان قانون التجارة الامريكي الموحد اشار إلى الضمان في اكثر من مادة كالمادة (3-116) و المادة (3-419) و المادة (3-605) الا اننا لم نجد من بين ثنايا المواد المذكورة اي اشارة إلى افتراض ان الضمان قد حصل لمصلحة الساحب عند عدم تحديد الشخص المضمون ؛ ولعل سبب ذلك ان هذا القانون يبيح الخروج على الكفاية الذاتية في العديد من المواطن ، ويذكر الفقه الامريكي ان المحاكم كانت تختلف فيما بينها حول مدى ضمان الضامن في حلة وروده بصيغة لا توضح شخصية المضمون ويذكر الفقه الامريكي ان المحاكم الامريكية واجهت صعوبة كبيرة في تحديد الأثر القانوني لهذه الضمانات ، فيما يتعلق بمسؤولية الضامن واستقرت فيما بعد على مساواة ضمان الضامن بضمان المظهر [٢] ، و يفهم مما تقدم ان الضمان لا يفترض انه قد حصل لمصلحة الساحب عند عدم تحديد المضمون و انما يفترض ان الضامن كالمظهر يضمن من يليه من التوقيعات تبعًا لتسلسل توقيعه ، وهو ما يفهم من قرار للمحكمة الامريكية العليا في ولاية (كليفورنيا) في قضية تعرف بإسم (شركة ضمان الرهن العقاري وآخرون. ضد كوتينر) اعتبرت فيه ضمان الضامن كضمان المظهر [٣] .

أما فيما يتعلق بالقانون المصري فقد نصت المادة (٤/٤١٩) من قانون التجارة النافذ "يذكر في الضمان اسم المضمون ، والا اعتبر الضمان حاصلًا للساحب" و يعتبر هذا الافتراض اقسى

Cour de cassation — Chambre sociale — 8 juillet 2020 — n° 18-26.140 Cour de cassation — Chambre commerciale — 3 octobre 2018 — n° 17-20.525 Cour de cassation — Chambre commerciale — 27 septembre 2016 — n° 14-22.013 https://www.dalloz.fr/documentation/Liste?ctxt=0_YSR0MD1BIGTDqWZhdXQgZGUgY2V0dGUgaW5kaWNhdGlvbiwgaWwgZXN0IHLDqXB1dMOpIGRvbm7DqSBwb3VyIGxlIHRpcmV1csKneCRzZj1zaW1wbGUtc2VhcmN

1 - 131-29 " L'aval doit indiquer pour le compte de qui il est donné. A défaut de cette indication, il est réputé donné pour le tireur".

2 - H. C. A, The Transfer of a Negotiable Instrument by Writing a Guaranty Thereon, University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, Vol. 72, No. 3, 1924,p296. Available at the link https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8024&context=penn_law_review

3- Supreme Court of California , MORTGAGE GUARANTEE CO v. CHOTINER , L. A. 15897 , Decided: December 31, 1936 , https://caselaw.findlaw.com/ca-supreme-court/1783012.html

الاحتمالات المتاحة بالنسبة للضامن ؛ اذ لن يجوز له الرجوع اذا قام بالوفاء الا على الساحب دون المظهرين ، ولكنه وضع يحقق مصلحة حامل الورقة و سائر الموقعين عليها[١].

أما فيما يتعلق بالقانون العراقي فقد نصت المادة (٨١/ ثالثًا) من قانون التجارة النافذ "يذكر في الضمان اسم المضمون ، والا اعتبر الضمان حاصلًا للساحب" ، ومن ثم سيستفيد من هذا الافتراض جميع الموقعين على الورقة [٢] .

المطلب الثاني

تطبيقات الافتراض الصرفي في القبول و الوفاء

يعد القبول من المحطات المهمة في حياة الحوالة التجارية على وجه التحديد ، أما الوفاء فهو المحطة التي تنهي بها رحلة الورقة الصرفية بصورة عامة ، فالمسحوب عليه و كما هو معلوم يعد اجنبيًا عن الحوالة التجارية إلى ان يقبلها ؛ فأن قبل اصبح طرفًا فيها بحيث يتعهد بأداء مبلغ الحوالة عند ميعاد الاستحقاق ، فالقبول من التصرفات التي تحظى بأهمية بالغة ؛ لما له من كبير اثر على تقوية ضمان الحوالة و اطمئنان الحامل القانوني بأن المسحوب عليه سوف يؤدي قيمة الحوالة عند استحقاقها ، و لا تقل اهمية الوفاء عن القبول بل تفوقها من ناحية فاعلية الاثر والنطاق ؛ فنطاق الوفاء يعم كل انواع الاوراق الصرفية ، و اثره اهم ؛ فالغاية الفذة من انشاء الورقة تتمثل باستيفاء الحامل القانوني لقيمتها عند حلول ميعاد الاستحقاق ، لذلك نجد ان المشرع الصرفي قد أوجد بعض الافتراضات التي يكون لها علاقة مباشرة بالقبول و اخرى تتعلق بالوفاء و للإحاطة بهذه الافتراضات سنقسم هذا المطلب على فرعين سنبين في الفرع الاول تطبيقات الافتراض الصرفي في القبول و من ثم سنوضح في الفرع الثاني تطبيقات الافتراض الصرفي في الوفاء .

الفرع الاول

تطبيقات الافتراض الصرفي في القبول

يعد القبول من التصرفات الصرفية المهمة المتعلقة بالحوالة التجارية ، فبموجب هذا التصرف تنشأ علاقة مباشرة بين الحامل القانوني و المسحوب عليه [١] ، لذلك يعد القبول من

---

١ - د. مصطفى كمال طه ، د. علي البارودي ، مصدر سابق ، ص١٦٧، وانظر في المعنى نفسه، المختار بكور ، تبعية التزام الضامن الاحتياطي وقاعدة عدم التمسك بالدفوع ، بحث منشور في المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد ، تصدر عن كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية في الرباط –المغرب، العدد الثامن عشر ، ١٩٨٥ ، ص ١٠.

٢ - د. فائق الشماع ، د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص٢٢٩.

التصرفات الصرفية التي يجب ان تكتب على الورقة الصرفية ، و قد كان للافتراض الصرفي اثر فعال في ايضاح صيغة القبول من خلال افتراض التوقيع المجرد كقبول في بعض الاحيان و كذلك كان له اثر في تكملة القبول بالتدخل في حالة عدم تحديد الشخص الذي حصل التدخل لمصلحته وللإحاطة بهذه الافتراضات سنتناول أولاً افتراض التوقيع المجرد كقبول ومن ثم نتناول ثانيًا افتراض القبول بالتدخل حاصلًا لمصلحه الساحب اذا لم يحدد من تم التدخل لمصلحته.

اولًا:- افتراض التوقيع المجرد كقبول للحوالة التجارية

يعد التوقيع المجرد من التصرفات ذات الدلالة المبهمة ، لكنه من الاهمية بمكان بحث يكون من الحيف اهدار القيمة التي يمثلها توقيع الشخص على ورقة تتضمن حقًا نقديًا ؛ لذلك قد يفترض المشرع تفسيرًا لهذا التصرف بالنظر إلى من صدر منه التوقيع المجرد و الموضع الذي ورد عليه هذا التوقيع بحيث يكون هذا الافتراض غير قابل للدحض ، يبنيه المشرع بتجرد عن ارادة صاحب التوقيع ، وفي بعض الاحيان يضفي المشرع الصرفي صفة القبول على التوقيع المجرد إذا كان هذا التوقيع قد صدر من الشخص الذي يتوجب عليه القبول وهو المسحوب عليه في الحوالة التجارية على اعتبار ان الكمبيالة و الصك لا يرد عليهما القبول فالمتعهد يكون في مركز المسحوب عليه القابل[٢] ، و كذلك الامر بالنسبة للصك ؛ فهو الاخر لا يحتاج إلى القبول كونه مستحق الاداء دائمًا لدى الاطلاع ففرضية قبوله تغدو غير واردة ؛ فمتى قدم للمصرف - المسحوب عليه- وجب وفاؤه لا مجرد قبوله [٣] .

ويتم القبول من خلال كتابة بيان القبول على الورقة بالإضافة إلى توقيع المسحوب عليه[٤] ، وبموجب هذا القبول يكون المسحوب عليه مسؤول وبشكل مباشر قبل الحامل القانوني[١]، و في كثير

---

1 - Dr. William H. Lawrence, Understanding Negotiable Instruments and Payment Systems, Matthew Bender & Company Inc. a Member of The LexisNexis Group, New York, 2002, p.6

٢ - د. فائق الشماع ، د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص٢٩٨، و انظر ايضًا د. صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الاوراق التجارية ، مصدر السابق ، ص ٥٥٦، و انظر في معنى نفسه د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص ٥٧٢.

٣ - د. علي جمال الدين عوض ، الشيك في قانون التجارة و تشريعات البلدان العربية ، مصدر سابق ، ص١١.وانظر في المعنى نفسه ، د. علي سلمان العبيدي ، الاوراق التجارية في القانون العراقي ، بغداد ، ١٩٧٣، ص٣٨٠ ، وانظر ايضًا . د. السيد محمد اليماني ، القانون التجاري ، الجزء الثاني -العقود التجارية ، الاوراق التجارية ، عمليات البنوك ، الافلاس- ، دار النهضة العربية ، مصر ، ١٩٨٦، ص٢٨٠

٤ - د. فائق الشماع ، احكام التزام المسحوب عليه القابل ، مجلة العلوم القانونية ، تصدر عن كلية القانون جامعة بغداد ، المجلد السابع عشر، العددان الاول و الثاني، جامعة بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص٤.

من الاحيان لا تتكامل هذه الصيغة ؛ فيوقع المسحوب عليه على الورقة فقط ، دون ان يردف توقيعه بعباره تحدد دلالة التوقيع ، فينهض الافتراض الصرفي لكي يفسر التوقيع على انه ورد على سبيل القبول سواء قصد المسحوب عليه من توقيعه القبول ام لم يقصد ذلك ؛ كأن يوقع على الحوالة بقصد الاطلاع و العلم فقط لا القبول بوفاء قيمتها عند الاستحقاق ، ولا يستطيع المسحوب دحض دلالة الافتراض فهو من القواعد الموضوعية غير القابلة للدحض كما تقدم بيان ذلك ، وقد اشارت القوانين محل المقارنة إلى هذا الافتراض .

ففي اطار القانون الفرنسي جاء في الشطر الاول من المادة (L.511-17) من قانون التجارة الفرنسي (يكتب القبول على السفتجة ، و يتم التعبير عنه بكلمة "مقبولة" أو أي كلمة أخرى معادلة ويوقع من قبل المسحوب عليه ، يعتبر التوقيع المجرد للمسحوب عليه المدون على واجهة السند قبولاً) [٢] .

ومن ثم إذا وضع المسحوب عليه توقيعه على وجه الحوالة فأن توقيعه يفسر على انه قبول، وقد درج التعامل الصرفي في فرنسا على وضع خانة خاصة يكتب فيها القبول[٣] ، و يثار سؤال بهذا الصدد ، فما هو الحكم لو ورد التوقيع المجرد في موضع غير الموضع المخصص له على وجه الحوالة ؟ .

قد تمكنا من العثور على قرار للغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية يجيب عن السؤال المتقدم جاء فيه (فإن اعتبار محكمة الاستئناف التوقيع المجرد للمسحوب عليه الملصق على واجهة الحوالة لا يشكل قبولًا رغم كونه يتضمن اسم الموقع و عنوانه و يتوافق من جميع المعلومات المطبوعة والمكتوبة بخط اليد والتي أصبحت جميعها إلزامية بموجب بيانات السند ؛ ومن ثم ، بنت حكمها من خلال الحكم على أن التوقيع البسيط الملصق خارج إطار المعلومات المطبوعة والمكتوبة بخط اليد و المخصص لاستقبال توقيع القبول ، والتي لا يمكن من ثم إثبات إرادة الموقع الواضحة للموافقة على السند ومن ثم تحمل الالتزامات الناتجة عنه، كانت محكمة الاستئناف قد انتهكت المادة (L.511-17) من القانون التجاري الفرنسي ؛ فبالنظر إلى أنه وفقًا للمادة (L.511-17) من القانون التجاري الفرنسي ، ، فإن التوقيع المجرد للمسحوب عليه الوارد على وجه السند يعد قبولًا ؛ وبعد أن

---

١ - د. خالد الشاوي ، الاوراق التجارية في التشريعين الليبي والعراقي ، مطابع دار الكتب ، بيروت ، ١٩٧١ ، ص٢٧٧ ، وانظر في المعنى نفسه د. رزق الله انطاكي ود. نهاد السباعي ، الوسيط في الحقوق التجارية البرية ، الجزء الثاني ، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦٢، ص٣٩٩.

2 - L.511-17 -"L'acceptation est écrite sur la lettre de change. Elle est exprimée par le mot " accepté " ou tout autre mot équivalent et est signée du tiré. La simple signature du tiré apposée au recto de la lettre vaut acceptation"

٣ - ج. ربير ، ر. روبلو ، مصدر سابق ، ص ٢٤٣.

وجدت أن شركة (Socogen) ، المعينة كمسحوب عليه في السند محل النزاع ، لم تعترض على صحة التواقيع التي ظهرت في واجهة السندات الثلاثة ، لذلك يكون استنتاج محكمة الاستئناف غير صحيح ويكون التوقيع وفقًا لهذه الظروف قبولًا ، بغض النظر عما إذا كانت قد تم وضع التوقيع خارج الإطار المطبوع مسبقًا المخصص للتوقيع) [١] .

ويفهم من القرار المتقدم ان توقيع المسحوب عليه المجرد اذا ورد على وجه الحوالة التجارية فيفترض انه قد ورد على سبيل القبول بغض النظر عن الموضع الذي ورد فيه هذا التوقيع سواء ورد في اسفل الحوالة أو اعلاها أو جانبها الايمن أو الايسر ولو تضمن مكان مخصص لمثل هذا التوقيع وورد خارج هذا المكان فلا يؤثر ذلك على دلالته ، فالعبرة بمن صدر منه هذا التوقيع و كذلك وروده على وجه الحوالة التجارية وليس ظهرها.

اما فيما يتعلق بالقانون الامريكي فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (3-409) من قانون التجارة الموحد ("القبول" يعني الموافقة الموقعة من المسحوب عليه لدفع الحوالة بالحالة التي قدمت بها و يجب ان يكون مكتوبًا على الحوالة ويمكن أن يتكون من توقيع المسحوب عليه لوحده و يمكن أن يتم القبول في أي وقت و يصبح ساري المفعول عندما يتم إعطاء إشعار به وفقًا للتعليمات أو يتم تسليم الحوالة المقبولة لأي شخص يملك حق تقديمها للقبول) [٢] .

وبموجب المادة اعلاه لو وضع المسحوب عليه توقيعه على الحوالة سيكون ذلك كافيًا لقبوله ، وهذا الحكم كان ساريًا حتى قبل صدور قانون التجارة الامريكي الموحد ، فالقبول بوجهٍ عام يجعل المسحوب عليه القابل المدين الاصلي في الحوالة و يلتزم صرفيًا قبل حامل الحوالة بدفع قيمتها عند حلول ميعاد الاستحقاق [٣] .

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا الامريكية في ولاية (بنسلفانيا) ما نصه (القبول" يعني الاتفاق الموقع من المسحوب عليه على دفع الحوالة كما هي معروضة. يجب أن تكون مكتوبة على المسودة ويمكن أن تتكون من توقيع المسحوب عليه وحده. يمكن إجراء القبول في أي وقت ويصبح

---

1 - Cour de cassation — Chambre commerciale — 3 mai 2006 — n° 04-17.139 https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2006-05-03

2 - Sec. (3-409). (1)" "Acceptance" means the drawee's signed agreement to pay a draft as presented. It must be written on the draft and may consist of the drawee's signature alone. Acceptance may be made at any time and becomes effective when notification pursuant to instructions is given or the accepted draft is delivered for the purpose of giving rights on the acceptance to any person"

3 - J. S. K, The Effect Upon a Bill of Exchange of a Reference to Attached Bills of Lading, Michigan Law Review, Vol. 12, No. 5, 1914,p.398, Available at the link https://www.jstor.org/stable/1275327?refreqid=excelsior%3Ab78b3635a01201a1bfec8e21ab0c892f&seq=1#metadata_info_tab_contents

ساريًا عند تقديم إشعار وفقًا للتعليمات أو تسليم المسودة المقبولة بغرض منح حقوق القبول لأي شخص)[١] ، و كذلك قضت محكمة الاستئناف في ولاية (ماريلاند) الامريكية ان التوقيع المجرد الوارد من المسحوب عليه يمثل قبولًا منه بمضامين السند القابل للتداول[٢] .

و يفترض ان يتضمن التوقيع التأريخ الذي ورد فيه خصوصًا في الحوالة المستحقة الاداء بعد مدة معينة من الاطلاع ، وقد تضمن قانون التجارة الامريكي الموحد حكمًا مميزًا يحل مشكلة عدم ذكر تأريخ القبول ؛ إذ اباح للحامل القانوني ان يذكر التأريخ عوضًا عن المسحوب عليه القابل (الموقع)، و ورد هذا الحكم في الفقرة الثالثة من المادة (3-409) من القانون المذكور حيث نصت هذه المادة (إذا كانت الحوالة مستحقة الوفاء في فترة محددة بعد الاطلاع ولم يسبق للقابل ذكر تاريخ القبول ، فإن الحامل يستطيع ان يكمل القبول بذكر التاريخ بحسن نية) [٣].

و يثار التساؤل حول استغلال الحامل القانوني لهذه الرخصة فلو وضع تأريخًا مغايرًا فما هو الحكم في هذه الحالة ؟ .

بالتأكيد فان ذكر تأريخ اخر لا يتوافق مع ما يقتضيه حسن النية و من ثم من الممكن اثبات سوء نية الحامل ، و قد كانت المحاكم الامريكية قبل صدور القانون الموحد تلزم المسحوب عليه القابل حتى لو وقع التحريف بعد قبوله ؛ و كان ذلك محل انتقاد كبير من الفقه الامريكي [٤] ؛ فقد الزمت المحكمة الامريكية العليا المسحوب عليه بدفع قيمة حوالة حصل تحريف على اسم المستفيد بعد ان حصل قبول المسحوب عليه على السند و قررت الزام المسحوب عليه وفقًا لمضمون السند وجاء في حيثيات القضية ، أن شخص يدعى (مانينغ) قام بتحريف حوالة ؛ فقد محى اسم المستفيد ووضع اسمه بدلاً من ذلك ، قررت المحكمة أن وفاء الحوالة يجب أن يكون وفقًا لمضمون الحوالة وكما هي معروضة ؛ و بعبارة أخرى ، وضعت المحكمة المسؤولية على المصرف المسحوب عليه[٥] ، لذلك نجد ان المشرع الامريكي في قانون التجارة حرص على ان تكون اضافة تأريخ القبول من قبل الحامل القانوني وفقًا لما يقتضيه حسن النية ، و تطبيقًا لذلك بدأت المحاكم الامريكية

1 - Superior Court of Pennsylvania , SEXTON v. PNC BANK , Decided: February 13, 2002 , https://caselaw.findlaw.com/pa-superior-court/1152124.html
2 - Court of Appeals of Maryland, MESSING v. BANK OF AMERICA , No. 27 , Decided: April 07, 2003 , https://caselaw.findlaw.com/md-court-of-appeals/1315308.html
3 - (3-409) (3)" If a draft is payable at a fixed period after sight and the acceptor fails to date the acceptance, the holder may complete the acceptance by supplying a date in good faith"
4 - Roscoe T. Steffen, op, cit, p7-8
5 - Tbid, p.6-7

تقضي بعدم الزام القابل الذي يتم تحريف مضامين السند بعد قبوله وهو ما يستنتج من بعض قرار محكمة استئناف في ولاية (كلفورنيا) [١] .

أما فيما يتعلق بالقانون المصري فقد نصت المادة (٢/٤١٣) من قانون التجارة " يعتبر قبولاً مجردًا وضع المسحوب عليه توقيعه على صدر الكمبيالة" ، و بموجب هذه المادة فأن مجرد التوقيع على صلب الحوالة يعد قبولاً لها ، و يستنتج ذلك من خلال كل ما يعادل التوقيع كالختم والبصمة [٢] ، و بموجب ما تقدم يجوز في ظل القانون المصري لو ورد ختم المسحوب عليه أو بصمته فيفترض في دلالتهما ورودهما على سبيل القبول ، و في كثير من الاحيان يكون ذكر تأريخ التوقيع مهم سيما لو كانت الحوالة مستحقة بعد مدة معينة من الاطلاع ؛ واذا لم يضمن المسحوب عليه توقيعه تأريخ وضعه يحق للحامل القانوني اثبات هذا الاغفال باحتجاج ينظم ضمن المدة القانونية [٣] .

أما فيما يتعلق بالقانون العراقي فقد نصت (٧٥/ ثانيًا) من قانون التجارة النافذ "يعتبر قبولاً مجرد وضع المسحوب عليه توقيعه على وجه الحوالة" ، و قد كان المشرع العراقي اكثر دقة من نظيره المصري حينما اشترط ورود التوقيع في وجه الحوالة فهذا التعبير اكثر وضوح و دقة من تعبير (صدر الكمبيالة) الذي استخدمه المشرع المصري ، و من ثم يستنتج القبول من مجرد ورود الامضاء الكتابي للمسحوب عليه على وجه الحوالة ، أما بالنسبة(لبصمته أو ختمه) ففي الامر بعض التفصيل ؛ ففيما يتعلق بالختم فلا يمكن ان يستنتج منه قبول المسحوب عليه الا اذا كان غير قادر على التوقيع أو وضع بصمة الابهام ؛ فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٤٢) من قانون الاثبات النافذ " لا يعتد بالسندات التي تذيل بالاختام الشخصية، عدا السندات التي تذيل بالختم الشخصي المصدق من الكاتب العدل للمعوق المصاب بكلتا يديه، على ان يتم ذلك بحضور المعوق شخصيا مع شاهدين امام موظف مختص"، و بالتأكيد فان فرضية ورود الختم مجردًا من عبارة تحدد دلالته فرضية تكاد تكون مستحيلة سيما و ان المادة المتقدمة تشترط وروده امام موظف عام أو بحضور

---

1 - Court of Appeal, Second District, Division 4, California , SECURITY PACIFIC NATIONAL BANK v. CHESS, Civ. 46439, Decided: May 20, 1976 , https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1829812.htm
and see District Court of Appeal, Second District, Division 2, California., MANN v. LEASKO , Civ. 24296., Decided: April 12, 1960 , https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1811646.html

٢ - د. محمد اسماعيل علم الدين، موجز القانون التجاري ، الجزء الثاني، جامعة حلوان، ١٩٧٥، ص ٨٣ وانظر ايضًا ،د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص١٧٩و انظر في المعنى نفسه د. محمد بهجت قايد و د. اميرة صدقي، القانون التجاري ، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح ، القاهرة ، ٢٠٠٦، ص٤٤٧.

٣ - د. محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري ، ج٢ ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤، ص٣٧٧، وانظر في المعنى نفسه د. محمد السيد الفقي، المصدر السابق، ص١٥٥، وانظر في المعنى نفسه د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، موجز القانون الصرفي ، الطبعة الاولى ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٢، ص١٧١.

شاهدين ؛ فمن الطبيعي ان ينبه الموظف أو الشاهدين هذا الشخص على فحوى ختمه و دلالته والا انتفى الغرض من اشتراط وجودهم ، ومن لوازم تنبيهه ان ترد مع الختم عبارة تحدد دلالته ، أما فيما يتعلق بالقبول من خلال البصمة ، فلا ينتج اثره بموجب قانون الاثبات الا اذا عزز بشاهدين أو حدث امام موظف عام ؛ اذ نصت المادة (٤٢/ أولاً) من قانون الاثبات " اذا انكر الخصم بصمة الابهام المنسوبة اليه في السند فلا يعترف بهذا السند الا اذا ثبت انه تم بحضور موظف عام مختص أو بحضور شاهدين وقعا على السند " ، و يفهم مما تقدم ان ورود القبول بصيغة البصمة المجردة يفترض في دلالتها القبول لكنه لا يفترض بموجب الافتراض الصرفي و انما بموجب القرينة البسيطة كونه يبقى محل للدحض في حالة انكار المسحوب عليه لهذه البصمة ، و حتى فرضية تعزيز البصمة بالشاهدين أو الموظف العام يدخلها في اتون الاثبات الذي يتجرد منه الافتراض الصرفي كما تقدم .

ومن كل ما تقدم يتضح ان ورود الامضاء الكتابي المجرد للمسحوب عليه يفترض في دلالته وروده على سبيل القبول بشرط ان يرد على وجه الحوالة التجارية وليس ظهرها و ان يرد من المسحوب عليه .

ثانيًا :- افتراض القبول بالتدخل حاصلاً لمصلحة الساحب

الاصل في القبول ان يصدر من المسحوب عليه ، الا ان المسحوب عليه و لظروف معينة قد يمتنع عن القبول ، الامر الذي يفتح الباب امام الحامل القانوني للرجوع على الملتزمين بالحوالة قبل موعد استحقاقها ، من خلال تنظيم احتجاج عدم القبول و من ثم الرجوع المبتسر قبل الاستحقاق لأنهيار ضمانة من ضمانات الوفاء بالحوالة [1] .

و نظرًا لما قد ينجم عن الرجوع المبكر من اخلال بالمركز المالي للملتزمين بالحوالة ؛ لكون هذا الرجوع لم يأت في الوقت المناسب لهم ، بل الامر قد يصل إلى اشهار افلاس احد هؤلاء الملتزمين أو كلهم ، و درءًا لما قد يسببه هذا الرجوع من اضطرابات مالية ، و ردمًا للثلمة التي تحصل من جراء امتناع المسحوب عليه عن قبول الحوالة ، و لتفادي خطر الرجوع المباشر على الموقعين يتدخل احد الاشخاص ليقبل الحوالة [2] ، و تطلق تسميات متعددة على هذه العملية ؛ كـ(القبول وقت تنظيم الاحتجاج) لأنه عادة ما يحصل عند تنظيم الاحتجاج الخاص بعدم القبول

١- د. محمد صالح محمد المقبل ، الامتناع عن الوفاء بالأوراق التجارية ، مكتبة القلم العربي للطباعة و النشر ، المملكة العربية السعودية ، ١٤٣٣هـ ، ص١٧٦، و انظر في المعنى نفسه د. محمدين عبد القادر محمد ، انقضاء الالتزام الصرفي بالسقوط و التقادم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨، ص٣٩.

٢ - د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص٣٥٤، و انظر في المعنى نفسه ،د. عدنان ضناوي وعدنان الخير، الأسناد التجارية والإفلاس، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان ، طرابلس،٢٠٠١، ص٢١٩.

ويطلق عليه ايضًا (القبول للتشريف) لأنه يهدف إلى دعم توقيع الشخص الذي يحصل القبول لمصلحته و إلى انقاذ سمعته التجارية من الاذى الذي قد يصيبه من جراء رفض قبول المسحوب عليه[١].

و يعرف القبول بالتدخل بإنه (قبول يتدخل به شخص الاصل فيه انه غير ملتزم بالوفاء بالحوالة لصالح احد الملتزمين فيها ، حتى يحميه من رجوع الحامل عليه مما قد يضر بسمعته و ائتمانه و يكون ذلك عندما يتأكد ان المسحوب عليه ممتنع عن قبول الحوالة) [٢] ، وعرف ايضًا على انه (قبول الحوالة لمصلحة اي مدين يكون مستهدفًا للرجوع عليه) [٣] .

و القابل بالتدخل أما ان يكون فضوليًا ، و أما ان يكون معينًا من قبل الملتزم الذي تدخل لمصلحته [٤] ، و من ثم يحق لكل ملتزم بالحوالة تعيين شخص يقبل الحوالة بالتدخل ايآ كانت صفته حيث تكون للملتزم مصلحة في تفادي الرجوع عليه قبل ميعاد الاستحقاق ، وبذلك يحق لكل من الساحب و المظهر و الضامن الاحتياطي للحوالة ان يقدم شخصًا لقبولها بالتدخل لتفادي الرجوع عليه قبل ميعاد الاستحقاق[٥] ، أما بالنسبة للمسحوب عليه الذي رفض قبول السفتجة فلا يجوز التدخل لمصلحته ؛ لأنه غير ملزم بموجبها فلا تربطه علاقة بالحامل ناتجة عن السفتجة[٦].

ويبقى القبول بالتدخل نسبي الاثر اذا ما تم بالنسبة لأحد الملتزمين ؛ فيجوز للحامل القانوني ان يرجع على بقية الملتزمين الذين لم يحصل التدخل لمصلحتهم ، و من ثم تتعرض سمعتهم الائتمانية للضرر ، لذلك تتعاظم اهمية التدخل الذي يشمل كل الملتزمين بموجب الحوالة التجارية ؛ ويكون للتدخل هذا الاثر الشامل لكل الملتزمين عندما يتم لمصلحة الساحب، فيستفيد منه كل الملتزمين بموجب الحوالة .

وتكتب صيغة القبول بالتدخل على الحوالة ذاتها بالإضافة إلى اسم من حصل القبول بالتدخل لمصلحته ، ومن ثم يوقعه القابل بالتدخل ، فإذا خلا القبول بالتدخل من اسم من حصل القبول بالتدخل

---

١ - د. محمد صالح محمد المقبل ، مصدر سابق ، ص١٧٧،(هامش ٢)

٢ - د. علي البارودي ، القانون التجاري ،الاوراق التجارية و الافلاس ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت ، ١٩٨٥، ص١٣٠، وانظر في المعنى نفسه ، د. عيسى طايل أحمد عواوده، الآثار القانونية لعملية خصم الأوراق التجارية، الطبعة الأولى، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان ، ٢٠١٢، ص٨٨.

٣ - د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص١٩٨.

٤ - حسين محمد احمد سعيد ، رجوع حامل الورقة التجارية على الملتزمين بالوفاء ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى قسم القانون التجاري في كلية الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٨٢، ص٧٥.

٥ - د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص ١٩٨-١٩٩، و انظر في المعنى نفسه سمير نصار، الأسناد التجارية، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، دمشق، ٢٠٠٦، ص١٥٣.

٦ - د. عزيز العكيلي ، الوسيط في شرح القانون التجاري- الاوراق التجارية و عمليات البنوك-، الطبعة الاولى ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٠ ، ص٢٢٢.

لمصلحته يفترض ان هذا التدخل قد حصل لمصلحة الساحب و من ثم يستفيد منه جميع الملتزمين وهذا ما نصت عليه اغلب القوانين محل المقارنة .

ففي اطار القانون الفرنسي اشارت المادة (L.511-66) إلى هذا الافتراض فقد ورد فيها (يذكر القبول بالتدخل في الحوالة ذاتها و يتم التوقيع عليه من قبل المتدخل و يجب ان يشير إلى من تم القبول بالتدخل لمصحته ، و في حالة عدم وجود هذا المؤشر ، يعتبر قد تم لمصحة الساحب) [١] .

يمكن ان يكون القابل بالتدخل طرفًا ثالثًا ، حتى المسحوب عليه ، أو شخصًا ملزمًا بالفعل بالحوالة ، باستثناء المسحوب عليه القابل وفي الممارسة العملية ، عادة ما يتم طلب هذا الطرف الثالث المتدخل من قبل الساحب أو من قبل المظهر الذي يتعرض لتهديد الرجوع القانوني الذي من المحتمل أن يمارسه حامل الحوالة ضدهُ في الحقيقة ، كما يتفق الفقه الفرنسي في القول ، فإن القبول بالتدخل أقل شبهاً بالقبول الذي يُمنح بدلاً من المسحوب عليه ، بقدر ما هو أقرب إلى ضمان يؤخذ لصالح الساحب أو احد الضامنين وعليه فأن المستفيدن من القبول بالتدخل هم من يخضعون لإجراءات الرجوع الصرفي ، لذلك لا يمكن أن يعود بالفائدة على المسحوب عليه غير القابل على السفتجة و يجب على القابل بالتدخل أن يبين لصالح من يقبل ، وبخلاف ذلك ، يعتبر قد منح لصالح الساحب [٢].

و يلزم القابل بالتدخل بذات الكيفية التي يلزم بها من حصل التدخل لمصلحته و يشمل القبول بالتدخل الاشخاص الذين يضمنهم من حصل التدخل لمصلحته ؛ اي الذين دخلوا كضامنين بعد الشخص الذي حصل القبول بالتدخل لمصحته و لا يستفيد من التدخل الضامنين السابقين عليه، أما إذا لم يحدد من حصل القبول بالتخل لمصلحته فيفترض انه قد حصل لمصلحة الساحب و من ثم يستفيد منه جميع الضامنين الذين من الممكن ان يتم الرجوع عليهم من قبل الحامل القانوني [٣] .

أما فيما يتعلق بالقانون الامريكي فلم يشر قانون التجارة الموحد إلى افتراض القبول بالتدخل حاصلاً لمصلحة الساحب عند عدم تحديد الشخص الذي حصل القبول لمصحته رغم انه اشار إلى

---

1 - L.511-66 " L'acceptation par intervention est mentionnée sur la lettre de change ; elle est signée par l'intervenant. Elle indique pour le compte de qui elle a lieu ; à défaut de cette indication, l'acceptation est réputée donnée pour le tireur"

ملاحظة (لم نذكر المادة بشكل كامل لانها تضمنت مضامين عديدة و انما اشرنا إلى الجزء المعني بالبحث فقط)

2 - Aurélien Bamdé , L’acceptation de la lettre de change , Article juridique publié sur le site , Le Droit dans tous ses états , Avr 28, 2016, Disponible sur le lien , https://aurelienbamde.com/tag/acceptation-par-intervention/

٣ - ج. ربير ، ر. روبلو ، مصدر سابق ، ص٢٥١.

امكانية تقديم شخص لقبول الحوالة بدل المسحوب عليه في المادة (3-501) إذ جاء فيها (التقديم" يعني الطلب المقدم من قبل أو نيابة عن شخص مخول ملتزم في ..... (٢) لقبول الحوالة مقدمة للمسحوب عليه) [١] ، و قد جاء في الفقرة(A) من البند (2) من المادة نفسها (يجوز أن يتم التقديم في مكان دفع السند ويجب أن يتم في مكان الدفع إذا كان السند مستحق الدفع في أحد البنوك في الولايات المتحدة ؛ و يمكن إجراؤها بأي وسيلة معقولة تجاريًا ، بما في ذلك الاتصال الشفهي أو الكتابي أو الإلكتروني ؛ يكون ساري المفعول عندما يتم استلام طلب الدفع أو القبول من قبل الشخص الذي يتم التقديم له ؛ ويكون نافذاً إذا تم إجراؤه لمصلحة شخص او اكثر من الساحبين أو المظهرين أو المسحوب عليهم أو الضامنين آخرين) [٢] ، و تذهب بعض الدراسات إلى امكانية افتراض ان القبول من قبل شخص اخر غير المسحوب عليه قد تم لمصلحة الساحب اذا لم يتم تحديد الشخص الذي حصل التدخل لمصلحته في ظل قانون التجارة الامريكي الموحد [٣] ، الا اننا لا نتفق مع الرأي المتقدم خصوصًا وان قانون التجارة الامريكي الموحد و كما ذكرنا ذلك سابقًا يبيح الخروج على كفاية السند القابل للتداول في مواطن عديدة و من ثم من الممكن اثبات من حصل التدخل لمصلحته .

و يشترط القضاء الامريكي المقدرة الفعلية على دفع قيمة السند بالنسبة للشخص الذي يتقدم و يقبل السند بالتدخل ؛ فقد جاء في قرار لمحكمة استئناف مقاطعة (كولومبيا) ما نصه (ويتضح ان المصرف يتمتع بالمقدرة المالية بشكل معقول في ظل هذه القراءة ، لذلك فهو يؤهل الشخص بصفته شخصًا قادرًا على قبول السند بدل المسحوب عليه و مقتدر على انفاذه)[٤] .

---

1 -(3-501). (1)" "Presentment" means a demand made by or on behalf of a person entitled to enforce an instrument …….. (*ii*) to accept a draft made to the drawee"

2 -(3-501)-2- (a) "Presentment may be made at the place of payment of the instrument and must be made at the place of payment if the instrument is payable at a bank in the United States; may be made by any commercially reasonable means, including an oral, written, or electronic communication; is effective when the demand for payment or acceptance is received by the person to whom presentment is made; and is effective if made to any One or two or more makers, acceptors, drawees, or other payors"

3 - Jianhong Fan and Yang Tao, Negotiable Instrument in Particular Bills of Exchange in Macau China, Journal of International Commercial Law and Technology, Vol.2, No. 2, 2007,P,89, Available at the link https://www.researchgate.net/publication/26454364_Negotiable_Instruments_in_Particular_Bills_of_Exchange_in_Macau_China

4 -District of Columbia Court of Appeals, BARTEL v. BANK OF AMERICA CORPORATION , No. 14–CV–1069, Decided: December 24, 2015, https://caselaw.findlaw.com/dc-court-of-appeals/1721733.html

اما فيما يتعلق بالقانون المصري فقد نصت المادة (٤٥٢) من قانون التجارة " يذكر القبول بالتدخل على الكمبيالة و يوقعه المتدخل ويبين فيه اسم من حصل التدخل لمصلحته ، فإذا خلا القبول بالتدخل من هذا البيان الاخير اعتبر حاصلًا لمصلحة الساحب " .

ويمكن لكل شخص غير مسؤول مسؤولية صرفية ان يتقدم لقبول الحوالة بالتدخل ، حتى المسحوب عليه غير القابل له ان يتقدم لقبول الورقة بالتدخل ، ولعل سؤال يتبادر إلى الاذهان بهذا الصدد ؛ فما الذي يدفع المسحوب عليه لقبول الورقة بالتدخل بدل ان يقبلها بشكل مباشر ؟.

قد يرى المسحوب عليه مصلحة له في اتخاذ هذا الموقف بدلًا من الاستجابة المباشرة إلى طلب الحامل القانوني و التوقيع على الحوالة بالقبول ؛ و تبدو هذه المصلحة واضحة بالنسبة لأثبات وجود مقابل الوفاء[١] ، فقد رأينا ان القبول المباشر يشكل قرينة على وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه ، ولا تنسحب هذه القرينة على القبول بالتدخل .

ومن الممكن ان يتعدد الاشخاص الذين يتقدمون لقبول الحوالة بالتدخل عن احد الضامنين أو اكثر ، ولا محل للتفاضل بينهم اذ ان كثرة عدد القابلين بالتدخل يقوي ائتمان الورقة ومن ثم يتأكد حق الحامل في استيفاء قيمتها ؛ اذ يجوز له مطالبتهم جميعًا بالوفاء[٢] ، و قد يحض احيانًا ان لا يعين القابل بالتدخل الملتزم الذي تدخل عنه ، وفي هذه الحالة يعتبر التدخل حاصلًا نيابة عن الساحب ، ولما كان مركز القابل بالتدخل يتكيف بمركز الملتزم الذي تدخل لمصلحته و كان الساحب ضامنًا لكل الملتزمين في الحوالة فأن هذا الضمان ينسحب إلى كل الملتزمين [٣] .

اما فيما يتعلق بالقانون العراقي ، فقد نصت المادة (١١٩) من قانون التجارة النافذ "يذكر القبول بالتدخل على الحوالة ذاتها و يوقعه المتدخل ، و يذكر فيه اسم من حصل التدخل لمصلحته ، فإذا خلا القبول بالتدخل من هذا البيان الاخير اعتبر حاصلًا لمصلحة الساحب" .

و يمكن ان يقع القبول بالتدخل لمصلحة اي مدين بالحوالة و من قبل اي شخص سواء اكان اجنبي عن الحوالة ام احد الضامنين السابقين و هذا ما اشارت اليه المادة (١١٦) من القانون نفسه ، اذ نصت " أولًا : يجوز قبول الحوالة أو وفاءها من شخص متدخل لمصلحة اي مدين بها يكون معرضًا للرجوع عليه مع مراعاة الشروط المنصوص عليها في المواد التالية

١ - د. عبد الحميد الشواربي ، عاطف الشواربي ، عمرو الشواربي ، مصدر سابق ، ص ٢٥٠.
٢ - د. صفوت البهنساوي ، مصدر سابق ، ص ١٧٠.
٣ - د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص ٢٠١.

ثانيًا : يجوز ان يكون المتدخل من الغير كما يجوز ان يكون المسحوب عليه اذا لم يقبل الحوالة أو اي شخص ملتزم بمقتضاها" .

ونلاحظ ان الفقرة الثانية من المادة المتقدمة تشير إلى امكانية تدخل المسحوب عليه لقبول الحوالة التجارية - بطريقة القبول بالتدخل- اذا رفضها حين قدمت له بشكل مباشر ، ويمكن ان نتصور ان المسحوب عليه يقبل الحوالة بشكل مباشر و يقبلها بالتدخل ايضًا ؛ وتتحقق هذه الحالة عندما لا يكون لديه مقابل وفاء يكفي لسدداها ، فيقبلها قبولًا جزئيًا ، ومن ثم يتدخل ليقبل الحوالة بطريق التدخل بالنسبة للمبلغ المتبقي [١] .

ويخلص من كل ما تقدم ان القبول بالتدخل اجراء يمكن ان يتلافى به الملتزمون بالحوالة رجوع الحامل القانوني عليهم عند رفض المسحوب عليه للحوالة أو افلاسه ، ومن ثم يمكن من خلال هذا الاجراء التخلص من تبعة تحرير الاحتجاج و ما ينجم عنه من اساءة للسمعة التجارية للملتزمين بالورقة [٢] ، و لا يمكن تلافي هذه النتيجة الا اذا كان القبول بالتدخل يشمل كل الموقعين على الورقة ، و يفترض فيه هذا الاثر اذا لم يحدد المتدخل الشخص الذي تدخل لمصلحته بحيث تكون عبارة التدخل مطلقة ، فيفترض القانون ان هذا التدخل قد حدث لمصلحة الساحب و من ثم يعم ضمانه كل الملتزمين ، وهذا الافتراض غير قابل للدحض فلا يمكن للمتدخل اثبات انه انما تدخل لمصلحه احد الملتزمين لكنه لم يذكره في عبارة التدخل ، على اعتبار ان المشرع صاغ هذا الافتراض بقاعدة موضوعية مجردة عن الاثبات و غير قابلة للدحض ؛ فلو قدم المتدخل وثائق معينة يحاول ان يثبت من خلالها انه قد تدخل لمصلحة احد الموقعين فلا يسمع منه هذا الدفع ، و القول بخلاف ذلك فيه خرق لكفاية الورقة الذاتية على اعتبار ان اللجوء إلى وسائل الاثبات المختلفة يخل بالوضوح والتحديد الذي يجب ان تتصف بها عبارة الورقة كما تقدم بيان ذلك .

و يعد هذا الافتراض من تطبيقات الافتراض الصرفي المكمل ؛ على اعتبار انه ينطوي على اكمال بيان محدد الملامح و غير مكتمل الصياغة ؛ فعبارة التدخل بالإضافة إلى توقيع المتدخل تحدد هوية البيان بانه ورد على سبيل القبول بالتدخل لكنه لم يكتمل على اعتبار لم يتضمن اسم من حصل التدخل لمصلحته ، وهنا ينهض الافتراض الصرفي لكي يكمل هذا البيان من خلال افتراض حصوله لمصلحة الساحب.

---

١ - د. صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص٣٨٥.

٢ - د. فائق الشماع ، سقوط حق حامل الورقة التجارية المهمل ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، تصدر عن كلية القانون جامعة بغداد ،المجلد السادس ،العدادن الاول و الثاني ١٩٨٧،ص٣١ ، وانظر في المعنى نفسه د. فائق الشماع ، د. فوزي محمد سامي ، المصدر السابق ، ص٢٢٢.

الفرع الثاني

تطبيقات الافتراض الصرفي في الوفاء

لعل من نافلة القول ان وفاء الورقة الصرفية يشكل الغاية الفذة من التعامل بهذه الورقة ؛ فهذه الورقة لا يتم انشائها في الاصل من اجل تداولها أو خصمها ؛ وإنما من اجل وفائها عند حلول ميعاد الاستحقاق ، فالوفاء يشكل الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام الصرفي ، وكما هو معلوم فإن الاوراق الصرفية منها ما يؤدي وظيفة الوفاء والائتمان كالحوالة و الكمبيالة ، ومنها ما يؤدي وظيفة الوفاء فقط كالصك ، فما كان منها يؤدي وظيفة الائتمان و الوفاء فأن المرحلة الائتمانية التي تمر بها الورقة لا تراد بذاتها ؛ وانما هي وسيلة لتحقيق الغاية المنشودة المتمثلة بوظيفة الوفاء ، وازاء هذه الاهمية كان للافتراض الصرفي دور في ضمان وفاء الورقة ؛ فأوجد المشرع بعض الافتراضات الصرفية التي تتعلق بهذه العملية المهمة و يمكن حصر هذه الافتراضات بأفتراض وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه المدين للسحاب وقت استحقاق الورقة ، وكذلك افتراض ان الوفاء بالتدخل قد حصل لمصلحة الساحب عند عدم تحديد من حصل الوفاء بالتدخل لمصلحته ، و للأحاطة بهذه الافتراضات سنتناول أولاً حالة افتراض وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه وقت استحقاق الورقة و من ثم نبين ثانيًا افتراض الوفاء بالتدخل حاصلًا لمصلحة الساحب.

اولًا:- افتراض وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه وقت استحقاق الورقة

لا تثار الحاجة إلى هذا الافتراض الا في الوقت الذي يجب ان يتم فيه وفاء قيمة الورقة التجارية لذلك اثرنا بحثه ضمن هذه المرحلة ، على اعتبار ان من واجبات الساحب ان يهيئ مقابل وفاء لدى المسحوب عليه لكي يدفع الاخير قيمة الورقة للحامل القانوني من هذا المقابل ؛ ويعرف مقابل الوفاء بأنه (الدين النقدي الموجود للساحب على المسحوب عليه في ميعاد الاستحقاق) [١] ، اي ان يهيئ الساحب للمسحوب عليه اسباب اداء مبلغ الورقة عند استحقاقها ، ولقد تجنب قانون جنيف الموحد النص على مقابل الوفاء و ترك الامر في تنظيمه إلى التشريعات المحلية كونه ناتج من علاقة خارجة عن تحرير الورقة [٢] ، و يطلق البعض على مقابل الوفاء تسمية المؤونة [٣] ، وكان مقابل الوفاء في أول ظهوره يدل على معنى العمولة التي يستوفيها المسحوب عليه ، ولكن بعد ظهور

---

١ - د. فائق الشماع ، د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص١٩١ ، وانظر في المعنى نفسه د. صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص٢٧٣.

٢ - د. مصطفى كمال طه ، د. علي البارودي ، مصدر سابق ، ص١١٢.

٣ - ج. ريبير ، ر.روبلو ، المصدر السابق ، ص٢٤٨. وسبب الاختلاف في التسمية هو الاختلاف في ترجمة مصطلح (provision) بالانكليزية و (providere) بالفرنسية فتترجم على انها المقابل أو الرصيد أو المؤونة أو مقابل الوفاء .

الصك فأن المسحوب عليه اخذ ينفذ امر الساحب بدون عمولة و انما يطلب المسحوب عليه من الساحب ايجاد المبالغ و يؤدي خدمة للساحب حتى استقر المصطلح ليدل على الدين النقدي الذي يكون للساحب عند المسحوب عليه [١] .

وبما ان مقابل الوفاء قد نتج عن علاقة خارجة عن الورقة التجارية كان لابد للمشرع ان يفترض وجوده لدى المسحوب عليه المدين للساحب ؛ و من ثم يتجنب الخوض في مسائل خارجة عن الورقة يشكل الرجوع عليها خرقًا لكفاية الورقة الذاتية .

فقد جاء في الشطر الاول من المادة (L.511-7) من قانون التجارة الفرنسي (يجب توفير مقابل الوفاء من قبل الساحب أو من قبل الشخص الذي سيتم سحب الحوالة نيابة عنه ، و بخلافه يعد الساحب مسؤولاً وبشكل شخصي عن توفيره تجاه المظهرين والحامل فقط . و مع ذلك إذا كان ، المسحوب عليه ، مدينًا إلى الساحب ، أو للطرف الذي يتم السحب نيابة عنه عند حلول ميعاد الاستحقاق، بمبلغ مساوٍ على الأقل لقيمة الحوالة ، يعتبر مقابل الوفاء موجودًا وتنتقل الملكية المخصصة له إلى حاملي الحوالة المتعاقبين) [٢] .

وبموجب ما تقدم يعد مقابل الوفاء موجودًا اذا كان المسحوب عليه مدينًا للساحب بمبلغ مساوٍ على الاقل لقيمة الورقة ، و المديونية هنا مطلقة ؛ فلو كان المسحوب عليه مدينًا للساحب بمبلغ معين ثم خصص الساحب نصف هذا الدين للوفاء ببعض الاوراق الصرفية و من ثم حرر ورقة بقيمة تتجاوز النصف لكنها في حدود الدين (المخصص و غير المخصص) فيفترض ان مقابل الوفاء موجود في هذه الحالة و لا يستطيع المسحوب عليه الامتناع عن دفع قيمة الورقة .

أما لو كان الدين بأكمله اقل من قيمة الحوالة فلا يعد مقابل الوفاء موجودًا ، فقد جاء في قرار للغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية (لا يعتبر مقابل الوفاء موجودًا إذا كان الدين المسحوبة عليه "الحوالة" من قبل "الساحب" أقل من المبلغ المدرج على الحوالة ؛ و أشارت محكمة الاستئناف، بعد

---

١ - د. علي فوزي الموسوي ، الموجز في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص١٠٩، وانظر قريب من هذا المعنى د. سعيد يحيى، الاوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، الرياض، ١٩٨٥ ، ص١٧٨.

2 - L.511-7 " La provision doit être faite par le tireur ou par celui pour le compte de qui la lettre de change sera tirée, sans que le tireur pour compte d'autrui cesse d'être personnellement obligé envers les endosseurs et le porteur seulement. Il y a provision si, à l'échéance de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie est redevable au tireur, ou à celui pour compte de qui elle est tirée, d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change. La propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change".

أن أشارت إلى أن الحوالة تتعلق بمبلغ (٢٥٠٠٠) يورو ، ومع ذلك ، بعد أن لاحظ أن الدين كان أقل من المبلغ المدرج على الحوالة عند الاستحقاق ، مما يعني عدم وجود مقابل وفاء للحوالة) [١] .

اما فيما يتعلق بالقانون الامريكي فرغم انه لم يشر بشكل واضح إلى افتراض وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه المدين للساحب الا اننا نعتقد انه قد نظم مقابل الوفاء فقد جاء في الفقرة (d) من البند (3) من المادة (3-206) من قانون التجارة الموحد ما يشير إلى عدم التزام المصرف بوفاء قيمة السند الذي لا يوفر ساحبه مقابل وفاء يكفي لسداده ؛ اذ نصت هذه الفقرة (باستثناء ما هو منصوص عليه في القسم الفرعي (ج) ، يجوز للمصرف المكلف بالوفاء أو المصرف الوسيط عدم القبول ولا تثار مسؤوليته إذا لم يتم استلام مقابل وفاء عن السند من قبل الساحب أو صرفها بما يتفق مع المصادقة) [٢] ،و يفهم من النص المتقدم ان المصرف لا يكون ملزمًا بوفاء قيمة الورقة ما لم يكون لديه مقابل وفاء تم تهيئته من قبل الساحب ؛ أو ان يصرفها بطريقة تتوافق مع صيغة القبول التي يختارها المصرف ، كأن يفي قيمتها بشكل جزئي بمقدار ما يكون لديه من مقابل مخصص لوفائها ، ويعد مقابل الوفاء من اقوى الضمانات التي يطمئن من خلالها الحامل القانوني بانه سيستوفي قيمة الورقة عند حلول ميعاد وفائها [٣] .

وقد جاء في بعض قرارات القضاء الامريكي مصطلح (Cash equivalent) و يعني (المكافئ النقدي) و الذي يمثل المقدار المتوفر لدى المصرف من مقابل الوفاء ، و من ثم يلتزم المصرف بصرف ما يعادل (المكافئ النقدي) عندما لا يكون مقابل الوفاء كافيًا لسداد قيمة الصك ؛ فقد جاء في قرار لمحكمة استئناف ولاية (كولورادو) الامريكية ما نصه (يتم تداول شيك في الوسط التجاري كمكافئ للنقد، بحيث يقبل الناس شيك كبديل للنقد لأن البنك يقف وراءه وليس فردًا ، وفي الواقع ، يصبح البنك ضامنًا لقيمة الشيك ويتعهد بموارده لدفع المبلغ الذي يمثله عند التقديم ، إن السماح للبنك بإيقاف الدفع على مثل هذا السند سيكون غير متسق مع الثقة التي يقدمها في إصدار الشيك ، مثل هذه القاعدة من شأنها أن تقوض ثقة الجمهور في البنك وشيكاته ومن ثم يحرم الشيك من الغرض الأساسي الذي وجد من اجله ،ومن ثم يتم التعامل مع شيك كمشروع مسحوب من قبل البنك

1 - Cour de cassation - Chambre commerciale 20 septembre 2017 / n° 15-21.450 https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2017-09-20_1521450&ctxt=0

2 - Sec. 3-206. (3) (d) "Except as otherwise provided in subdivision (c), a payor bank or intermediary bank may disregard the endorsement and is not liable if the proceeds of the instrument are not received by the endorser or applied consistently with the endorsement"

3 - Ralph W. Aigler, Rights of Holder of Bill of Exchange against the Drawee, Harvard Law Review, Vol. 38, No. 7, 1925,p860. Available at the link https://www.jstor.org/stable/1329536?origin=crossref&seq=1#metadata_info_tab_contents

على نفسه ويتم قبوله عند الإصدار و يلتزم البنك بدفع قيمته بما يعادل" المكافئ النقدي " ولا يمكنه رفض السداد بحجة عدم كفاية مقابل الوفاء)[١] .

أما فيما يتعلق بالقانون المصري ، فقد نصت المادة (٤٠٢) من قانون التجارة " يعتبر مقابل الوفاء موجودًا اذا كان المسحوب عليه مدينًا للساحب أو للأمر بالسحب في ميعاد استحقاق الكمبيالة بمبلغ من النقود مستحق الاداء و مساو بالأقل لمبلغ الكمبيالة ".

ومن ثم يفترض وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه دام انه لا يزال مدينًا للساحب وقت استحقاق الحوالة ، أما لو أنقضت هذه المديونية لأي سبب من الاسباب فلا يعتبر مقابل الوفاء موجودًا لدى المسحوب عليه ، و اذا امتنع المسحوب عليه عن وفاء قيمة الحوالة و اضطر الساحب على وفائها فله الرجوع على المسحوب عليه لاسترداد مقابل الوفاء ؛ فقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية " للساحب - متى أوفى بقيمة الكمبيالة للمستفيد أو الحامل لها - الحق في الرجوع على المسحوب عليه لاسترداد مقابل الوفاء بدعويين دعوى الصرف أو الدعوى الأصلية الناشئة عن العلاقة التي بسببها أصبح المسحوب عليه مديناً للساحب وإن كان الالتزام فيهما ذا مصدر واحد، مما مؤداه أن الدفوع الناشئة عن الالتزام في الدعوى الأصلية تنتقل فيما بين المدين و دائنه المباشر في الالتزام في دعوى الصرف ومن ثم فإن المدين في الأوراق التجارية ومنها الكمبيالة يستطيع التمسك بالدفوع التي يستطيع أن يدفع بها الدعوى الأصلية كالدفع ببطلان الدين لعدم مشروعية السبب أو نقص الأهلية أو لعيب في الرضا وكالدفع بفسخ العقد أو انقضاء الدين بالوفاء أو المقاصة أو غير ذلك من أسباب الانقضاء"[٢] .

و مقابل الوفاء قد يوجد و قد لا يوجد لدى المسحوب عليه ، و لا اثر لذلك على صحة الحوالة ؛ لان العلاقة الصرفية الناشئة عن الحوالة مستقلة و ذات طبيعة مجردة عن العلاقة بين الساحب و المسحوب عليه التي اوجدت مقابل الوفاء [٣] ، و تجدر الاشارة إلى ان قانون جنيف الموحد و في المادة (١٦) من الملحق الثاني للأتفاقية قرر تركه خارج نطاق القانون الموحد و اصبح لكل دولة حرية تنظيمه سواء من حيث ضرورة توافره في ميعاد الاستحقاق أو من حيث حق الحامل على هذا المقابل اذ نصت هذه المادة (مسألة ما إذا كان الساحب ملزمًا بتوفير غطاء -مقابل الوفاء- عند الاستحقاق و ما إذا كان لحاملها حقوقًا خاصة على هذا الغطاء تظل خارج نطاق القانون الموحد، و

---

1 - Colorado Court of Appeals,Div. III, FLATIRON LINEN INC v. FIRST AMERICAN STATE BANK No. 98CA0466 , Decided: September 16, 1999, https://caselaw.findlaw.com/co-court-of-appeals/1480944.html

٢ - الطعن رقم (٧٧٦١) لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/٣/١٣ ، س٥٢، ص ٣٤٨، المبادئ القانونية لمحكمة النقض في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ص٧٤

٣ - د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص٢٠٦-٢٠٧.

الأمر نفسه ينطبق على أي مسألة أخرى تتعلق بالعلاقات القانونية التي على أساسها تم إصدار السفتجة) [١] ، لذلك لجأت اغلب الدول إلى افتراض وجوده عندما يكون المسحوب عليه مدينًا للساحب لكي تتلافى اللجوء إلى وقائع قد تخرج عن كفاية الورقة الذاتية [٢].

أما فيما يتعلق بالقانون العراقي فقد نصت المادة (٦٣) من قانون التجارة النافذ "يعتبر مقابل الوفاء موجودا اذا كان المسحوب عليه مدينا للساحب أو للأمر بالسحب في ميعاد استحقاق الحوالة بمبلغ من النقود مستحق الاداء ومساو على الاقل لمبلغ الحوالة" ، و غالبًا ما يشار إلى هذه المادة باعتبارها تتضمن شروط وجود مقابل الوفاء [٣] ، ونعتقد ان الادق ان هذه المادة حددت شوط افتراض وجود مقابل الوفاء ؛ لان افتراض وجوده يتماشى مع فكرة كفاية الورقة الذاتية اكثر من اثبات وجوده ؛ كونه قد نشأ نتيجة علاقة خارجة عن الورقة الصرفية ، و يشير جانب من الفقه إلى ان تنظيم مقابل الوفاء تعتريه بعض العيوب ؛ منها مكنة الساحب من التحكم به قبل وصول الحامل القانوني للمسحوب عليه و كذلك مكنة المسحوب عليه من التمسك في المقاصة فله ان يحتمي بالدفوع الناشئة عن الدين على اعتبار انها دفوع تنشأ من خارج الورقة ، و يقترح اللجوء إلى القبول كحل بالنسبة للسفتجة و التصديق بالنسبة للصك[٤] ، وان كان من الممكن قبول التصديق(الاعتماد)[٥] كحل فنعتقد ان القبول لا يشكل حلًا كافيًا على اعتبار ان الاعتماد صيغ بقالب الافتراض الصرفي كون ان المادة (١٤٢/ثانيًا) لا تتضمن ما يشير إلى امكانية اثبات عكس ما افترضته أو دحضه اذ نصت "يجوز للمسحوب عليه ان يؤشر على الصك باعتماده ، ويفيد الاعتماد وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه في تاريخ التاشير به، ويعتبر توقيع المسحوب عليه على وجه الصك اعتمادا له" ومن

---

1 - "ANNEX II.Article 16."The question whether the drawer is obliged to provide cover (provision) at maturity and whether the holder has special rights to this cover remains outside the scope of the Uniform Law. The same applies to any other question concerning the legal relations on the basis of which the bill was issued

٢ - ويعتبر وجود مقابل الوفاء احد اركان الحوالة في القانون الانكليزي ؛ فهذا القانون يعد مقابل الوفاء ركناً من اركان الورقة الصرفية حيث يعتبر هذه الاوراق من العقود البسيطة ؛ لذلك يجب توافر اركان ذلك العقد من تراضٍ ومحل ومقابل ونية لخلق رابطة قانونية (سبب) ، انظر في تفصيل ذلك ، د. مجيد حميد العنبكي ، مفهوم المقابل في الحوالة التجارية (السفتجة) في القانون الانكليزي ، مجلة العلوم القانونية ، تصدر عن كلية القانون جامعة بغداد ،المجلد العاشر ، العدد الثاني ، ١٩٩٤، ص٢٧١

٣ - د. فائق الشماع ، د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص١٩٢.

٤ - د. علي فوزي الموسوي ، الموجز في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص١١٩.

٥ - يقصد بالاعتماد توقيع المصرف (المسحوب عليه) على وجه الصك بما يفيد وجود مقابل الوفاء تحت يده و يتعهد بالمحافظة عليه و على مسؤوليته حتى نهاية الفترة المقررة للوفاء ، انظر د. حنان مخلوف ، احكام التأشير على الشيك وفقًا لقواعد قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وتعديلاته ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨، ص٣٢، و انظر في المعنى نفسه ، د. محمد مختار احمد بريري، القواعد الخاصة بالشيك ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥، ص٣٢، وانظر كذلك في المعنى نفسه المحامي يوسف سليم كحلا، الشيك : تاريخه ونظامه وتطبيق احكامه في القوانين التجارية والجزائية في البلاد العربية والاجنبية واتفاقيات جنيف الموحدة ، مطابع فتى العرب، دمشق ، ١٩٦٧، ص٣٤٠-٣٤٢، وانظر ايضًا، د. ادوار عيد، الحماية القانونية للشيك في التشريعات العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، ١٩٧٥، ص ٣٩.

ثم اذا اشر المسحوب عليه على الصك بما يفيد اعتماده افترض وجود مقابل الوفاء لديه ، و اذا وضع توقيعه المجرد على وجه الصك فيفترض انه قد وضعه على سبيل الاعتماد[١] ، لكن لا يمكن التسليم بالقبول كحل كافي يؤتمن من خلاله على وجود مقابل الوفاء ؛ خصوصًا مع الصياغة الحالية للمادة (٦٤/ أولاً) اذ صيغت بقالب القرينة الصرفية و ليس الافتراض الصرفي حيث نصت "يعتبر قبول الحوالة قرينة على وجود مقابل الوفاء لدى القابل ، ولا يجوز نقض هذه القرينة في علاقة المسحوب عليه بالحامل ".

والقرينة كما مر بنا تبقى قابلة للدحض سواء اكانت بسيطة ام قطعية كما فصلنا ذلك ، لذلك كان الاولى بالمشرع ان يصوغ المادة (٦٤/ أولًا) بقالب الافتراض الصرفي وليس القرينة الصرفية؛ ليكون القبول مبنى لافتراض وجود مقابل الوفاء بحيث لا يمكن دحض دلالة هذا الافتراض بأي وسيلة ،على الاقل في اطار علاقة المسحوب عليه بالحامل القانوني ، و في حقيقة الامر ان ذلك سيوفر اقصى حماية للحامل القانوني .

ثانيًا : افتراض الوفاء بالتدخل حاصلاً لمصلحة الساحب.

يحصل الوفاء بالتدخل عندما يتدخل شخص ليوفي قيمة الورقة عن احد الموقعين عليها في جميع الحالات التي يجوز فيها للحامل القانوني الرجوع على بقية الملتزمين لوفاء قيمة الورقة سواء اكان الرجوع قبل ميعاد الاستحقاق بسبب امتناع المسحوب عليه عن قبول الحوالة مثلًا أو اذا كان الرجوع بعد ميعاد الاستحقاق بسبب امتناع المسحوب عليه عن وفائها [٢] ، ولهذا التدخل فوائد متعددة من اهمها انه يؤدي إلى انقضاء دين الملتزم تجاه الحامل[٣] ، وبذلك يتفادى من حصل الوفاء بالتدخل لمصلحته اجراءات رجوع الحامل القانوني عليه و ما تستلزمه هذه الاجراءات من اساءة إلى السمعة التجارية للملتزم الذي يتم الرجوع عليه [٤] ، و من جهة يكون للوفاء بالتدخل فائدة اخرى عندما يكون المتدخل الموفي مدينًا للملتزم الذي حصل الوفاء بالتدخل لمصلحته ، اذ ينقضي الدينان بالمقاصة ، كما انه لا يؤدي إلى انقضاء دين الملتزم الذي حصل التدخل لمصلحته فحسب ؛ بل ان

---

١ - لم نبحث (افتراض التوقيع المجرد للمسحوب عليه في الصك كأعتماد له) على انه تطبيق مستقل من تطبيقات الافتراض الصرفي لأنه ينطوي تحت حالات افتراض وجود مقابل الوفاء ، فلا يمكن بحثه ضمن حالات افتراض التوقيع المجرد كقبول ؛ لعدم وجود قبول في الصك رغم انه يقترب كثيرًا من حالة افتراض التوقيع المجرد للمسحوب عليه كقبول بالنسبة للحوالة.

٢ - د. فوزي محمد سامي ، مقابل الوفاء في السفتجة، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، تصدر عن جمعية القانون المقارن العراقية ، العدد المزدوج (٤ ، ٥) ، السنة الخامسة ، ١٩٧٢، ص١٤٧- ١٥٠، وانظر كذلك د. فائق الشماع ، د. فوزي محمد سامي ، المصدر السابق ، ص٢٥٤.

٣ - د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص٤٤٦.

٤ - د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص٢٩٧

هذا الاجراء يبرئ ذمة الموقعين اللاحقين على من تدخل الموفي للوفاء عنه[١] ، لذلك تتزايد فائدة هذا الاجراء عندما يتم لمصلحة ملتزم يضمن اكبر عدد من الموقعين ، فلو تزاحم عدد من المتدخلين سيفضل المتدخل الذي يترتب على تدخله ابراء اكبر قدر ممكن من الملتزمين[٢] .

و الوفاء بالتدخل تصرف صرفي ، و من ثم هو محكوم بالشكلية كغيره من التصرفات الصرفية لذلك يجب ان يكتب على الورقة الصرفية ذاتها و يبين من خلاله اسم من حصل التدخل لمصلحته ، و في حالة عدم ذكر اسم الملتزم الذي حصل الوفاء بالتدخل لمصلحته تفترض القوانين كما سوف نبين ان هذا التدخل قد حصل لمصلحة الساحب ، على اعتبار ان هذا الافتراض يترتب عليه ابراء اكبر قدر ممكن من الملتزمين بالورقة .

ففي اطار القانون الفرنسي ، نصت المادة (L.511-70) من قانون التجارة (يجب إثبات الوفاء بالتدخل بكتابة على الحوالة ذاتها مع بيان الشخص الذي حصل التدخل لمصلحته ، و في حالة عدم وجود هذا البيان ، يفترض الوفاء على أنه قد تم لمصلحة الساحب و يجب تسليم الحوالة والاحتجاج إذا كانا محررين إلى الموفي بالتدخل)[٣] .

و المتدخل (شخص يوفي قيمة السند بدل الشخص الذي تدخل لمصلحته ، و في العادة يتم ذكر اسم الشخص الذي حصل الوفاء بالتدخل لحسابه ، فأن لم يذكر ذلك يفترض ان الوفاء قد تم لحساب الساحب)[٤] .

اما فيما يتعلق بالقانون الامريكي فأنه و ان لم ينص على مثل هذا الافتراض الا انه اشار إلى امكانية تدخل شخص ليوفي قيمة السند القابل للتداول ؛ فقد جاء في الفقرة (1) من المادة (501-3) من قانون التجارة الموحد ("التقديم" يعني الطلب المقدم من قبل أو نيابة عن شخص مخول ملتزم في

---

١ - د. محمد السيد الفقي ، المصدر السابق ، ص ٢١٠، وانظر في المعنى نفسه ،د. امين محمد بدر ، الالتزام الصرفي في قوانين البلدان العربية ، محاضرات القيت على طلبة الدكتوراه في قسم الدراسات القانونية في معهد الدراسات العربية و العالمية ،١٩٥٥-١٩٥٦، ص٨٨.

٢ - وهذا ما اشارت اليه المادة (١٢٥) في فقرتها الثالثة من قانون التجارة العراقي النافذ ، اذ نصت "اذا تزاحم عدة اشخاص على الوفاء بالتدخل فضل من يترتب على الوفاء منه ابراء اكبر عدد من الملتزمين، ومن يتدخل للوفاء خلافا لهذه القاعدة مع علمه بها يفقد حقه في الرجوع على من كانت ذمته تبرأ لو روعيت القاعدة"

3 - L.511-70 –" Le paiement par intervention doit être constaté par un acquit donné sur la lettre de change, avec indication de celui pour qui il est fait. A défaut de cette indication, le paiement est considéré comme fait pour le tireur. La lettre de change et le protêt, s'il en a été dressé un, doivent être remis au payeur par intervention"

٤ - ج. ريبير ، ر. روبلو ، مصدر سابق ، ص٢٩٦.

السند (١) لدفع السند إلى المسحوب عليه أو طرف مخول باستيفاء السند في حالة الكمبيالة أو الحوالة المقبولة مستحقة الدفع في مصرف معين أو أي مصرف) [١] .

أما فيما يتعلق بالقانون المصري ، فقد نصت المادة (١/٤٥٧) من قانون التجارة النافذ " يجب بيان الوفاء بالتدخل بكتابة مخالصة على الكمبيالة يعين فيها من حصل الوفاء لمصلحته ، فإذا خلت المخالصة من هذا البيان اعتبر الوفاء بالتدخل حاصلًا لمصلحة الساحب " .

و يجوز الوفاء بالتدخل لمصلحة أي مدين بها يكون مستهدفًا للرجوع عليه كالساحب أو احد المظهرين أو الضامنين الاحتياطيين أو المسحوب عليه القابل ، و يجب على المتدخل ان يعين اسم الشخص الذي حصل التدخل لمصلحته في المخالصة التي تكتب على الحوالة ، و اذا لم يعين هذا الشخص فيعتبر ان الوفاء بالتدخل قد حصل لمصلحة الساحب[٢] .

أما فيما يتعلق بالقانون العراقي فقد نصت المادة (١٢٤/ أولاً) من قانون التجارة النافذ "يجب اثبات الوفاء بالتدخل كتابة على الحوالة يذكر فيها من حصل الوفاء لمصلحته، فاذا خلت المخالصة من هذا البيان اعتبر الوفاء بالتدخل حاصلا لمصلحة الساحب" ،

فإذا خلت صيغة الوفاء بالتدخل من اسم من حصل لمصلحته يفترض ان هذا الوفاء قد تم لمصلحة الساحب من ثم يترتب على هذا الوفاء ابراء اكبر عدد من الملتزمين ، وهذا الافتراض هو من طائفة الافتراض الصرفي المكمل على اعتبار انه ينطوي على اكمال بيان غير مكتمل ؛ فالصيغة المثالية لهذا البيان تتمثل بتوقيع المتدخل وكاتبة صيغة التدخل المتضمنة اسم من حصل الوفاء بالتدخل لمصلحته فأن تخلف اسم الاخير يكمل هذا البيان من خلال افتراضه حاصلًا لمصلحة الساحب .

وبتمام الكلام عن هذا التطبيق نكون قد اكملنا الكلام عن تطبيقات الافتراض الصرفي ، فقد حرصنا على حصر هذه التطبيقات و اجتهدنا في سبيل التعمق في دراستها، وبذلك نكون قد اكمل الفصل الاخير من هذه الاطروحة .

---

1 - Sec. (3-501). (1)" "Presentment" means a demand made by or on behalf of a person entitled to enforce an instrument (*i*) to pay the instrument made to the drawee or a party obliged to pay the instrument or, in the case of a note or accepted draft payable at a bank, to the bank" .

٢ - د. مصطفى كمال طه ، د. وائل انور بندق ، مصدر سابق ، ص١٧٩.

الخاتمة

الخاتمـــــــة

في ختام بحثنا توصلنا إلى جملة من النتائج والمقترحات نعرضها تباعًا :

اولًا : النتائج.

١. إن مصطلح (الافتراض الصرفي) هو المصطلح العلمي الدقيق للدلالة على ذلك الاسلوب التشريعي الذي صيغت بموجبه تطبيقاته ؛ كونه يحمل دلالة الفرضية الملزمة التي لا تقبل اثبات العكس او الدحض وهو مصطلح لم نعلم انه قد استخدم قبل هذه الدراسة في اطار الدراسات القانونية .

٢. عندما يلجأ المشرع إلى أسلوب الافتراض الصرفي في صياغة القاعدة القانونية فإنه غالبًا ما يستخدم مفردات دالة عليه ؛ مثل مفردة (يعتبر) و مشتقاتها في اطار القانون العراقي و المصري ، وفي اطار القانون الفرنسي فأنه يستخدم مصطلح (consideree) وتعني اعتبر ومصطلح (repute) الذي يعني (يُعد) للدلالة على الافتراض الصرفي ايضاً **و** تبين لنا ان تقيد التشريعات بهذه المصطلحات يعود الى ان اتفاقية جنيف للأوراق التجارية التي استخدمت مصطلح (deemed) باللغة الانكليزية و تعني (يعتبر) بالعربية على اعتبار ان هذه الاتفاقية صيغت باللغتين الانكليزية و الفرنسية ، أما فيما يتعلق بقانون التجارة الامريكي الموحد فقد وجدناه لا يستخدم مفردات دالة على الافتراض بشكل صريح في الغالب بل انه يعطي الحكم بشكل مباشر في الحالات التي تستوجب الافتراض دون استخدام مفردة (assumption) (الافتراض) أو مشتقاتها.

٣. في اطار القوانين محل المقارنة وجدنا ان قانون التجارة الامريكي الموحد انتهج نهجًا مغايرًا عن بقية القوانين محل المقارنة ؛ فهو لم ينظم الاوراق الصرفية وفق التصنيف الثلاثي المعروف (الحوالة و الكمبيالة و الصك) بل انه اطلق تسمية (السندات القابلة للتداول) على كل الاوراق التي تحمل هذه الصفة صرفية كانت ام تجارية غير صرفية ، كما انه تضمن العديد من الاحكام المغايرة التي لا نجد لها مثيل في ظل القوانين التي نهلت من اتفاقية جنيف ، في حين لمسنا تقاربًا كبيرًا في الاحكام بين القانون الفرنسي -التجارة و النقدي و المالي – و قانون التجارة المصري والعراقي.

٤. ان الافتراض الصرفي يعد من اساليب الصياغة التشريعية فهو من صنع المشرع حصرًا، فلا يتحقق الا بوجود نص قانوني يقرره ، ومن ثم ليس للفقه أو القضاء ان يوجدوا افتراضات صرفية غير التي نص عليها المشرع .

٥. يقع الافتراض الصرفي بوصفه من اساليب الصياغة التشريعية موقعًا وسطًا بين القرينة الصرفية و الافتراض القانوني بالمعنى الخاص ؛ فهو يشترك مع القرينة في كونه يبنى على الاحتمال الراجح و يفترق عنها في كونه غير قابل للدحض ، بينما يشترك في هذه الصفة الاخيرة مع الافتراض القانوني بالمعنى الخاص و يفترق عنه في كونه يبنى على الاحتمال الراجح بينما يبنى الافتراض القانوني بالمعنى الخاص على الاحتمال غير الراجح ، و يعني ذلك انه يمثل اسلوب متفرد لا يشكل تطبيقًا للقرائن الصرفية او الافتراض القانوني بالمعنى الخاص .

٦. تبين لنا ان المشرع بنى الافتراض الصرفي على الاحتمال الراجح ، ومعيار الترجيح قد يكون طبيعة الاشياء او العرف التجاري ولا يصل هذا الاحتمال الراجح الى مرتبة اليقين بأي حال من الاحوال ؛ فيبقى في دائرة الظن ، و بموجب المعطى المتقدم فهو قد يوافق الحقيقة و قد يخالفها .

٧. ان القواعد المقررة للافتراض الصرفي تمثل قواعد موضوعية غير قابلة للدحض او اثبات العكس فهي قواعد تعطي حلًا مباشرًا بتجرد عن الاثبات.

٨. لا يتحقق الافتراض الصرفي الا بتحقق مبناه ، و بالتصور الذي يتطلبه عنصر الفرض في القاعدة القانونية التي تقرر الافتراض ؛ و مؤدى ذلك عدم جواز بنيان الافتراض الصرفي على افتراض اخر بل يجب ان يبنى على واقعة ثابتة.

٩. لكي ينفذ الافتراض الصرفي وينتج اثره لابد من ان تتخلف موانعه ، وهذه الموانع منها ما يعتريه قبل تحققه ، ومن ثم تخرج القاعدة القانونية المقررة للافتراض من باب الافتراض الصرفي وتدخل في دائرة القرينة الصرفية ؛ عندما يقع الافتراض ضمن الموارد المستثناة من مبدأ الكفاية الذاتية ، وقد تعتريه هذه الموانع بعد تحققه فتحول دون استمراره و انتاجه لأثره ؛ عندما يضاف بيان ينظم الواقعة محل الافتراض سواء اكان التنظيم موافق او مغاير لما يفترضه المشرع .

١٠. يكيف الفقه بشكل عام تطبيقات الافتراض الصرفي على انها قرائن صرفية ، وقد تبين لنا عدم دقة هذا التكييف من خلال اسلوب صياغة هذه النصوص وكذلك عدم تلائم هذا التكييف مع طبيعة الورقة الصرفية التي يفترض ان تكون متسمة بالكفاية الذاتية ؛ ومن مستلزمات القرينة النزول الى الاثبات و الاثبات المعاكس أو الدحض وهو ما يخدش بكفاية الورقة الذاتية .

١١. حاول المشرع ان يحد من القرائن الصرفية قدر الامكان و حصرها في اضيق نطاق كونها تستلزم الخروج على الكفاية الذاتية ، وقد تبين لنا ان المشرع عندما يصوغ القاعدة القانونية بإسلوب القرينة الصرفية فأنه يجعلها قرينة بسيطة وهذا هو الاصل ، وفي حالات استثنائية تصاغ

القاعدة القانونية بقالب القرينة القاطعة وعندما يلجأ الى هذا الاسلوب فأنه يضمن النص القانوني عبارة توضح نوع القرينة.

١٢. صاغ المشرع قواعد القانون الصرفي ضمن قانون التجارة بأسلوب متفرد لا يلجأ اليه المشرع العراقي في العادة اطلقنا عليه تسمية (التناص القانوني) ، وهو اسلوب يقع وسط بين مجرد التأثر بنصوص معينة و النقل الحرفي لها ، إذ نقل احكام الاوراق الصرفية من اتفاقية جنيف مع اجراء تحوير طفيف عليها .

١٣. يقسم الاقتراض الصرفي على ثلاث اقسام ، الاول اطلقنا عليه تسمية الافتراض الصرفي المنظم ، وهو الذي ينظم بيان أو واقعة لم يتصدى اشخاص الورقة الصرفية لتنظيمهما ، و القسم الثاني اسميناه الافتراض الصرفي المكمل وهو الذي ينطوي على اكمال بيان لم تتكامل عباراته عند تنظيمه من قبل اشخاص الورقة ، و القسم الثالث اسميناه الافتراض الصرفي المفسر والذي ينطوي على تفسير مضامين الورقة الصرفية المتضاربة أو غير الواضحة .

١٤. يبتغي المشرع وهو يصوغ النصوص القانونية المقررة للافتراض الصرفي الى غايات عملية منها غايات فنية قريبة المدى يتضح اثرها في اطار المعاملة الواحدة ، مثل الاقتصاد في البطلان من خلال افتارض تكملة للتصرف الصرفي الناقص أو افتراض تنظيم للتصرف الصرفي غير المنظم ، وبذلك يسهم في ملئ الفراغ والنقص الذي يشوب الشكلية الصرفية ومن ثم الحيلولة دون ابطال الورقة ، وكذلك من الغايات العملية الاخرى تقوية الائتمان وتعزيز سرعة التداول ، ولا يوجد تعارض بين الغايات العملية الفنية بل ان دورها يكون دورًا تكامليًا.

١٥. تبين لنا ان الغاية العملية المثالية التي يبتغيها المشرع الصرفي من الافتراضات الصرفية المختلفة تتمثل بضمان الاستقرار الحركي للتعامل الصرفي من خلال ضمان ديمومة النشاط الصرفي و ثبات النتائج المترتبة على انشاء الاوراق الصرفية و تداولها وضمانها وقبولها و وفائها ، ففي الميدان الصرفي يرجح استقرار التعامل على استقرار الحقوق وهذه الغاية تمثل منتهى غاية المشرع في اطار الغايات القانونية ، رغم انها قد تؤدي الى نتيجة اقتصادية مهمة تتمثل بالحد من حالة التضخم لكن هذه الغاية الاخيرة لا تبحث كغاية ضمن علم القانون.

١٦. تبين لنا ان المشرع وهو يصوغ النصوص المقررة للأفتراض الصرفي لم يكن يبغي التعويل على الارادة المفترضة لأشخاص الورقة ؛ وانما صاغ هذه الافتراضات بتجرد تام عن هذه الارادة ، فلا يهمه توافق افتراضاته مع ارادة اشخاص الورقة الصرفية

١٧. أدى الافتراض الصرفي دورًا مهمًا في الصياغة التشريعية للقانون الصرفي وساهم في ابراز معالمه ؛ من خلال الدور الذي اداه في تعزيز المبادئ التي يقوم عليها هذا القانون ، وقد تبين لنا ان هذه المبادئ منها ما يتعلق بالجانب الموضوعي للتعامل الصرفي مثل مبدأ الشكلية و مبدأ

الكفاية الذاتية ، و منها ما يتعلق بالجانب الذاتي للتعامل الصرفي كمبدأ استقلال التوقيعات و تجريد الالتزام الصرفي ، و قد كان دور الافتراض الصرفي في تدعيم المبادئ المتعلقة بالجانب الموضوعي اكبر من الدور الذي لعبه في تدعيم المبادئ ذات الطابع الذاتي ، وسبب ذلك كما تبين لنا ارتباط بعض المبادئ المتعلقة بالجانب الذاتي بحسن النية ، فهذا الاخير يبقى نسبيًا دائمًا ولا يمكن بأي حال من الاحوال افتراضه بموجب الافتراض الصرفي بحيث لا يكون قابلًا لأثبات العكس أو الدحض ، وقد تجنبت القوانين محل المقارنة تعريف حسن النية بإستثناء قانون التجارة الامريكي الموحد .

١٨. تتوزع تطبيقات الافتراض الصرفي على المراحل التي تمر بها الورقة الصرفية كافة منذ انشائها وتداولها وصولًا الى ضمانها وقبولها ووفائها و قد شاب تنظيم المشرع العراقي لهذه الافتراضات بعض القصور والنقص .

١٩. من خلال جولاتنا بين المصارف المختلفة و البنك المركزي العراقي لمسنا عدم وجود قاعدة بيانات او احصائيات تتعلق بالتعامل الصرفي التقليدي بشكل عام ، أما فيما يخص التعامل الصرفي الالكتروني توجد بعض الاحصائيات الخاصة بالبنك المركزي العراقي التي تتعلق بالصكوك الالكترونية المتداولة بالدينار العراقي و الدولار فقط ولا توجد اي احصائية تخص الكمبيالات أو السفاتج .

ثانيًا : المقترحات.

١. انسجامًا مع غاية الاقتصاد في البطلان و نتيجة للأثر السلبي المترتب على تخلف بعض البيانات الالزامية لذلك نقترح على المشرع زيادة عدد البيانات الالزامية التي من الممكن ان تفترض في حالة عدم توفرها ضمن مضامين الورقة ، و يتحقق ذلك من خلال تعديل نص المادة (٤١) من قانون التجارة العراقي بحيث يكون نصها على الشكل الاتي (إذا خلت الورقة من احد البيانات المذكورة في المادة (٤٠) من هذا القانون فتعتبر الحوالة ناقصة ولا يكون لها اثر كورقة صرفية الا في الاحوال الاتية:

اولًا : عدم ذكر تأريخ الاستحقاق فيفترض في هذه الحالة ان الحوالة مستحقة لدى الاطلاع

ثانيًا: عدم ذكر مكان الاداء مع ذكر عنوان بجانب اسم المسحوب عليه فيفترض ان هذا العنوان مكان الاداء و مقام المسحوب عليه في الوقت ذاته ، و اذا لم يذكر عنوان بجانب اسم المسحوب عليه او في اي موضع اخر من الحوالة فيفترض مكان عمل المسحوب عليه مكانًا للأداء ، و إذا لم يكن له مكان عمل فيفترض ان محل اقامته مكانًا للأداء .

ثالثًا: اذا خلت الحوالة من ذكر مكان الانشاء و ذكر عنوان بجانب اسم الساحب فيفترض ان هذا العنوان هو المكان الذي انشأت فيه الحوالة ، وإذا خلت من هذا العنوان يفترض انها قد حررت في مكان عمل الساحب ، و اذا لم يكن له مكان عمل معلوم يفترض انها قد حررت في محل اقامته.

رابعًا: اذا كانت الحوالة خالية من تأريخ انشائها فيفترض انها قد حررت في التأريخ الذي تم فيه تسليم الحوالة للمستفيد.

خامسًا: اذا خلت الحوالة من ذكر لفظة (حوالة او سفتجة) و كان المعنى المستخلص من عبارات الورقة يدل على انها حوالة فتفترض فيها هذه الصفة .

٢. نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٤٥) من قانون التجارة بإضافة فقرة ثالثة تفترض صحة اقل المبالغ المكتوبة في حالة تعدد كتابة مبلغ الحوالة عدة مرات بالحروف و عدة مرات بالأرقام ، بحيث يكون نصها الفقرة على الشكل الاتي: (ثالثًا: اذا كتب مبلغ الحوالة عدة مرات بالحروف و عدة مرات بالأرقام فيفترض ان مبلغ الحوالة الصحيح هو اقل المبالغ المكتوبة بالحروف).

٣. نقترح على المشرع الاخذ بما نص عليه قانون التجارة الامريكي الموحد عندما افترض صحة البيانات المكتوبة بخط اليد عند تعارضها مع البيانات المطبوعة و يتم ذلك من خلال اضافة فقرة رابعة لنص المادة (٤٥) من قانون التجارة بحيث يكون نصها على الشكل الآتي : (رابعًا: اذا تضمنت الورقة بيانات مطبوعة و اخرى مكتوبة بخط اليد كانت الاولوية عند حدوث تعارض بينها للبيانات المكتوبة بخط اليد ، متى كانت البيانات المكتوبة بخط اليد معززة بتوقيع من اضاف البيان).

٤. لا يتضمن قانون التجارة العراقي افتراض يحل مشكلة عدم تحديد نوع العملة في الورقة ، وكذلك لو ذكرت العملة وفق تسمية مشتركة بين بلد الانشاء و بلد الوفاء ، لذلك نقترح على المشرع العراقي اضافة مادة تتضمن افتراض يحل المشاكل المتقدمة على ان يأتي تسلسلها بعد المادة (٤٥) من قانون التجارة و يكون نصها على الشكل الاتي:(اذا كتب مبلغ الحوالة دون بيان نوع العملة التي حرر بموجبها او كانت تسمية العملة مشتركة بين بلد الانشاء و بلد الوفاء تطبق الاحكام الآتية :

اولًا: اذا كانت الحوالة محررة في العراق و مستحقة الوفاء فيه ولم يتم تحديد نوع العملة عند كتابة مبلغها فيفترض انها حررت بالعملة العراقية.

ثانيًا : اذا اختلف بلد الانشاء عن بلد الوفاء ولم يتم تحديد نوع العملة عند كتابة مبلغ الحوالة فيفترض انها قد حررت وفق عملة بلد الوفاء.

ثالثًا : اذا ذكرت تسمية للعملة فقط و كانت التسمية مشتركة بين بلد الوفاء و بلد الانشاء فيفترض ان مبلغ الحوالة قد حرر وفق عملة بلد الوفاء).

٥. نعتقد ان المشرع اراد ان يصوغ نص المادة (٥٦/اولًا) من قانون التجارة بإسلوب القرينة الصرفية ، و في حقيقة الامر ان هذا الموقف هو الذي ينبغي ان تصاغ بموجبه هذه المادة ، لكن صياغة المادة لا تتماشى مع فكرة القرينة التي ترفع عبء الاثبات عمن تقررت لمصلحته ؛ لذلك نقترح على المشرع اعادة صياغة نص المادة (٥٦/ اولًا) بحيث يكون نصها على الشكل الآتي: (من حاز حوالة تجارية بموجب تظهيرات غير منقطعة ولو كان اخرها تظهيرًا على بياض يعتبر هو الحامل القانوني ما لم يثبت غير ذلك ، و تعتبر التظهيرات المشطوبة في هذا الشأن كأن لم تكن ، وذا اعقب التظهير على بياض تظهيرًا اخر اعتبر الموقع على هذا التظهير انه هو الذي آل اليه الحق في الحوالة بالتظهير على بياض) ، فالنص المتقدم يتماشى مع منطق القرينة كونه يرفع عبء الاثبات عن عاتق الحامل القانوني.

٦. صاغ المشرع المادة (٦٤/ اولًا) من قانون التجارة بقالب القرينة الصرفية و جعل قبول السفتجة قرينة قطعية على وجود مقابل الوفاء في اطار علاقة المسحوب عليه بالحامل ، و في حقيقة الامر ان هذا النص لو صيغ بقالب الافتراض الصرفي لوفر حماية اكبر للحامل القانوني على اعتبار ان القرينة و ان كانت قطعية لكنها تبقى قابلة للدحض من خلال النكول عن اليمين أو الاقرار ، لذلك نقترح على المشرع العراقي اعادة صياغة المادة (٦٤/ اولًا) من قانون التجارة النافذ بحيث يكون نصها على الشكل الاتي : (اذا قبل المسحوب عليه الحوالة فيفترض وجود مقابل الوفاء لديه فيما لو طالبه الحامل القانوني بقيمة الحوالة).

٧. قد يغفل المسحوب عليه عن بيان تأريخ القبول خصوصًا في الحوالة المستحقة بعد مدة معينة من الاطلاع ، او اذا كانت واجبة التقديم خلال مدة معينة ، و ازاء هكذا فرض اشارت المادة (٧٥/ ثالثًا) من قانون التجارة الى ان الحامل القانوني لكي يثبت حقة يجب ان يحرر احتجاج و يجب ان يتم هذا الاحتجاج في وقت يكون مجديًا ، وفي حقيقة الامر ان هذا الحكم تترتب عليه نتائج سلبية لا مبرر لها على الضامنين و الحامل ايضًا ، خصوصًا وان المسحوب عليه قد قبل الحوالة و لم يرفضها ، و بدلًا من ان نفترض تأريخ القبول نقترح الاخذ بموقف قانون التجارة الامريكي الموحد الذي يبيح للحامل القانوني اضافة تأريخ القبول على ان تتم الاضافة وفقًا لما يقتضيه حسن النية في التعامل و بموجب ما تقدم نقترح على المشرع العراقي اعادة صياغة المادة (٧٥/ ثالثًا) بحيث يكون نصها على الشكل الاتي : (اذا كانت الحوالة مستحقة الوفاء بعد مدة معينة من الاطلاع عليها او كانت واجبة التقديم للقبول في مدة معينة بناء على شرط خاص بها وجب بيان تاريخ القبول باليوم الذي حصل فيه ، و اذا اغفل المسحوب عليه اضافة تأريخ القبول جاز للحامل القانوني اضافة هذا التأريخ على ان تتم الاضافة وفقًا لما يقتضيه حسن النية في التعامل).

٨. نقترح على المشرع تعريف حسن النية للأهمية الكبيرة التي يمثلها في اطار التعامل الصرفي و نفضل الاخذ بالتعريف الذي اورده قانون التجارة الامريكي الموحد مع اجراء بعض التحوير عليه و نقترح ان يضاف التعريف ضمن المادة الثالثة من قانون التجارة لكي يكون من المبادئ العامة الحاكمة على كل الاعمال التجارية بحيث يكون نص المادة الثالثة على الشكل الاتي:

(اولًا: التجارة نشاط اقتصادي يجب ان يقوم على اساس حسن النية في التعامل و الالتزام الدقيق بقواعد القانون و من لا يلتزم بذلك يكون معرضًا للمسؤوليتين المدنية و الجزائية.

ثانيًا: حسن النية هو اداء العمل التجاري بأمانة وبما يتوافق مع الثقة والواقع و ما تقتضيه قواعد القانون ، و يفترض حسن النية في من يمارس اي عمل تجاري مالم يثبت العكس).

٩. لغرض الحد من حلات البطلان الناتجة عن تخلف بعض البيانات الالزامية في الكمبيالة ، ولإمكانية افتراض بعض البيانات التي لم ينص القانون على افتراضها في حال تخلفها نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١٣٤) من قانون التجارة العراقي بحث يكون نصها على الشكل الاتي: (اذا خلت الورقة من احد البيانات المذكورة في المادة (١٣٣) من هذا القانون فتعتبر سندًا لإمر ناقصًا و لا يكون لها اثر كورقة صرفية الا في الاحوال الاتية:

اولًا: عدم ذكر تأريخ الاستحقاق و تعتبر في هذه الحالة مستحقة الاداء لدى الاطلاع .

ثانيًا : عدم ذكر مكان الاداء او مقام المتعهد فيفترض مكان انشاء الورقة كمكان للأداء و مقام المتعهد في الوقت ذاته.

ثالثًا : عدم ذكر مكان الإنشاء مع ذكر عنوان بجانب اسم المتعهد فيفترض ان هذا العنوان هو مكان الانشاء ، و اذا لم يذكر عنوان بجانب اسم المتعهد او في اي موضع اخر من السند لأمر فيعول على مقر عمل المتعهد كمكان للأنشاء ، فاذا لم يكن له مقر عمل واضح يعول على محل اقامة المتعهد كمكان انشاء للسند لإمر .

رابعًا: اذا كان السند لأمر خاليًا من ذكر تأريخ انشائه فيفترض انه قد انشأ في التأريخ الذي تم فيه تسليم السند للمستفيد او من يقوم مقامه.

خامسًا: اذا خلا السند لأمر من ذكر كلمة (سند للأمر او كمبيالة) و كان المعنى المستخلص من عبارات الورقة يدل على انها كمبيالة فتفترض فيها هذه الصفة).

١٠. نقترح تعديل نص المادة (١٣٥/ ثانيًا) من قانون التجارة بحيث تجعل من ضمن احكام الحوالة المطبقة على الكمبيالة حالة عدم ذكر نوع العملة وكذلك لو كانت تسمية العملة مشتركة بين بلد الانشاء وبلد الوفاء ، بحيث تطبق على الكمبيالة نفس المادة التي اقترحنها بالنسبة للحوالة.

١١. تلافيًا للأثر السلبي المتمثل ببطلان الصك نتيجة تخلف بعض البيانات الالزامية التي لم ينص القانون على امكانية افتراضها نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١٣٩/ ثانيًا) من قانون

التجارة بحيث يكون نصها على الشكل الاتي : (عدم ذكر مكان الانشاء مع ذكر عنوان بجانب اسم الساحب فيفترض ان هذا العنوان هو الذي تم به انشاء الصك ، فأذا لم يذكر هذا العنوان يعول على مقر عمل الساحب ويفترض ان هذا المكان هو الذي انشأ فيه الصك ، فأذا لم يكن للساحب مكان عمل معلوم يعول على محل اقامته فان لم يكن له محل اقامة معلوم يعول على المكان الذي سلم فيه الصك للمستفيد و يفترض ان هذا المكان هو الذي تم تحرير الصك فيه).

١٢. نقترح اضافة فقرة ثالثة للمادة (١٣٩) من قانون التجارة تفترض بيان التسمية بالنسبة للصك في حالة عدم ذكره بحيث يكون نصها على الشكل الاتي : (ثالثًا: اذا خلت الورقة من لفضة (صك أو ما يرادفها) و كان مظهر الورقة المتعارف عليه و بيانتها يدلان على انها صك فتفترض فيها هذه الصفة).

١٣. رغم ان كلمة الفقه متفقة حول امكانية تطبيق نص المادة (٤٥) من قانون التجارة على حالة اختلاف صيغة كتابة مبلغ الصك عندما يكتب مرة بالحروف و اخرى بالأرقام او اختلاف القيمة عندما يكتب مرتين بصيغة واحدة ، الا اننا لم نجد ما ينص على ذلك ضمن قانون التجارة ، لذلك نقترح على المشرع الاخذ بما نص عليه القانون النقدي و المالي الفرنسي مع بعض الاضافات التي نص عليها قانون التجارة الامريكي الموحد من خلال اضافة مادة تخلق افتراض يحل كل المشاكل التي يمكن ان تثار نتيجة عدم تحديد مبلغ الصك بشكل دقيق و نرى ان يكون مكانها بعد المادة (١٣٩) بحيث يكون نصها على الشكل الاتي : (اولًا : اذا كتب مبلغ الصك بالحروف و بالارقام كانت الاولوية عند حدوث اختلاف للمبلغ المكتوب بالحروف ، و اذا كتب المبلغ اكثر من مرة بصيغة و احدة وحدث اختلاف بينها كانت الاولية للمبلغ الاقل ، و اذا كتب المبلغ عدة مرات بالحروف و عدة مرات بالارقام كانت الاولوية لأقل المبالغ المكتوبة بالحروف .

ثانيًا: إذا تضمن الصك بيانات مطبوعة و اخرى مكتوبة بخط اليد كانت الاولية عند حدوث اختلاف بينها للبيانات المكتوبة بخط اليد بشرط ان يرد توقيع من اضاف البيان المكتوب بخط اليد بجانبه .

ثالثًا: إذا كتب مبلغ الصك دون ان يبين نوع العملة المستخدمة او ذكرت العملة و كانت التسمية مشتركة بين بلد الانشاء و بلد الوفاء بحيث لا يعلم وفق اي عملة تم تحريره تطبق القواعد التالية :

أ- إذا كان الصك محرر في العراق و مستحق الوفاء فيه ولم يبين فيه نوع العملة التي حرر بموجبها يفترض انه قد حرر بالعملة العراقية.

ب- إذا حرر الصك في بلد و كان مستحق الاداء في بلد اخر ولم يذكر فيه نوع العملة التي حرر بموجبها ، فيفترض انه قد حرر بموجب عملة بلد الوفاء

ت- إذا ذكرت تسمية العملة في الصك و كانت التسمية مشتركة بين بلد الانشاء و بلد الوفاء فيفترض ان الصك قد حرر بموجب عملة بلد الوفاء).

١٤. تتجه اغلب قوانين البلدان الصرفية الى توحيد الاحكام ، و لعل الاولى من توحيد الاحكام هو توحيد التسميات لذلك ندعوا المشرع الى ان يعيد النظر في تسمياته للأوراق الصرفية و يختار التسميات الاكثر شيوعًا فيطلق تسمية (الكمبيالة) على الحوالة و لا يستخدمها للدلالة على السند لأمر ، وان يلغي قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٤٧) و الصار في (٢٥/ ٥/ ١٩٩١) و الذي أحل كلمة (صك) محل كلمة (شيك) ، و تبني تسمية (الشيك) كونها الاكثر شيوعًا عالميًا.

١٥. من خلال المقارنة بين الافتراض الصرفي و القرينة الصرفية تبين لنا عدم دقة صياغة المادة (١٠١) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩) ؛ إذ ان التعلق بالنظام العام لا يكون الا للقواعد الموضوعية و ليس القرائن ، لذلك ندعوا المشرع العراقي إلى اعادة صياغة نص المادة (١٠١) من القانون المذكور بحذف عبارة (في الامور التي لا تتعلق بالنظام العام) بحيث يكون نصها على الشكل التالي : (يجوز قبول الاقرار والنكول عن اليمين في نقض القرينة القانونية القاطعة التي لا تقبل اثبات العكس).

١٦. نتيجة لعدم توفر احصائيات تخص التعامل الصرفي التقليدي خصوصًا ما يتعلق بالكمبيالة والحوالة ولتشجيع الاقبال على هذا التعامل المهم و التوعية بدوره واثره الايجابي على الاقتصاد الوطني ، ولأن التعامل الصرفي قد يستغل بشكل او اخر في عمليات غسيل الاموال او نقلها لجهات مشبوهة نقترح أستحداث هيأة تسمى (هيأة الاوراق الصرفية) يكون دورها احصائيًا وتوعويًا ورقابيًا ، ومن خلال المداولة مع عدد من موظفي البنك المركزي العراقي وموظفي بعض المصارف الاخرى توصلنا الى ان افضل تنظيم لهذه الهيأة يتمثل بجعلها تكون تابعة للبنك المركزي العراقي وان يصدر مجلس الوزراء نظامًا خاصًا ينظم عملها ، ونقترح المسودة المرفقة في الملحق رقم (١) كنظام لهذه الهيأة .

الـمـــلاحق

الملحق رقم (١)

(مقترح مسودة نظام هيأة الاوراق الصرفية)

استنادًا الى الفقرة الثالثة من المادة (٨٠) من الدستور و بموجب المادة (٣٣٢) من قانون التجارة النافذ و المادة الثانية من قانون البنك المركزي العراقي رقم (٦٥) لسنة (٢٠٠٤) و بناء على ما اقره مجلس الوزراء صدر النظام الاتي:

نظام هيأة الاوراق الصرفية رقم( ) لسنة ( )

الفصل الاول

التعريفات و الاهداف و النطاق

المادة (١)

يقصد بالكلمات و العبارات الاتية حيثما وردت المعاني الموضحة لها ما لم يقضي سياق النص بغير ذلك

أ- الهيأة : هيأة الاوراق الصرفية
ب- الرئيس : رئيس هيأة الاوراق الصرفية
ت- المجلس : مجلس هيأة الاوراق الصرفية
ث- التداول : انتقال ملكية الورقة الصرفية بالتظهير او المناولة اليدوية
ج- المصدر : الشخص الذي يصدر الاوراق الصرفية
ح- الخصم : عملية بيع الورقة الصرفية الى المصرف قبل حلول ميعاد استحقاقها نظير عمولة تستقطع من قيمتها.
خ- المصرف : المصارف العراقية الحكومية و الأهلية
د- الورقة الصرفية : الورقة التي تتضمن امرًا او تعهدًا بإداء مبلغ معين من النقود في زمان و مكان معينان او عند الاطلاع و تعني على وجه الخصوص (الحوالة و الكمبيالة و الصك)
ذ- المتداول الكلي : مجموع القيم النقدية لمبالغ الاوراق الصرفية التي تكون المصارف طرفًا في عملية انشائها او تداولها او خصمها او ضمانها او قبولها او وفائها ، و كذلك قيمة الاوراق التي تنفذ من خلال جهات التنفيذ القضائي او التي تصدق لدى دائرة الكاتب العدل .

ر- جهات التنفيذ القضائي : دائرة التنفيذ في بغداد و مديريات التنفيذ في المحافظات التي تنفذ من خلالها الاوراق الصرفية تنفيذًا عينيًا جبريًا بوصفها من السندات التنفيذية .

ز- الكشف : بيان سنوي ترفعه الهيأة الى البنك المركزي العراقي يتضمن بيانات تفصيلية عن حجم الاموال المتداولة من خلال الاوراق الصرفية و عدد هذه الاوراق و نوعها و جداول و رسوم بيانية توضح معدل الاقبال على التداول الصرفي .

س- المتعاملون : اشخاص الورقة الصرفية الذين يقمون بتحرير او تداول او ضمان او قبول او وفاء الورقة الصرفية .

المادة (٢) الاهداف

يهدف هذا النظام الى انشاء هيأة الاوراق الصرفية و ذلك لغرض:

أ- ضمان رقابة الهيأة على حجم الاموال المتداولة بموجب الاوراق الصرفية (السفاتج و الكمبيالات و الصكوك) و حركة هذه الاموال داخل البلاد و كذلك رقابة حركت هذه الاموال عندما يكون العراق بلد الوفاء او الانشاء .

ب- رفع مستوى الوعي الشعبي بأهمية التعامل الصرفي و انعكاساته الايجابية على الاقتصاد الوطني .

ت- ضمان تزويد البنك المركزي بالاحصائيات و الجداول و البيانات التي تخص التعامل الصرفي و التي توضح الرؤية امام البنك المركزي و تساعده في رسم سياسة البلد النقدية.

المادة (٣) نطاق السريان

اولًا : تسري احكام هذا النظام على

أ- السفاتج و الكمبيالات و الصكوك التي يتم انشائها او تداولها او قبولها او ضمانها او وفائها في العراق و يكون احد المصارف طرفًا فيها

ب- جميع الاوراق الصرفية التي يتم خصمها لدى المصارف العراقية

ت- جميع الاوراق الصرفية التي تنفذ من خلال جهات التنفيذ

ث- جميع الاوراق الصرفية التي تصدق لدى دائرة كاتب العدل

ثانيًا : لا تسري احكام هذا النظام على

أ- الاوراق المالية كألاسهم و السندات التي يتم تداولها في سوق الاوراق المالية .

ب- جميع الاوراق التجارية غير الصرفية التي نصت عليها المادة (١٨٥) من قانون التجارة .

الفصل الثاني

هيكلية هيأة الاوراق الصرفية

المادة (٤)

أ- تتكون هيأة الاوراق الصرفية من رئيس ومجلس الهيأة وتكون مرتبطة بشكل مباشر من الناحية الادارية والمالية بالبنك المركزي العراقي وتتمتع بجميع الصلاحيات اللازمة لإداء مهامها .

ب- يختار محافظ البنك المركزي العراقي رئيس هيأة الاوراق الصرفية و يشترط في رئيس الهيأة ان يكون من ذوي الخبرة في التعامل المالي و لديه خدمة كموظف في البنك المركزي او احد المصارف العراقية لا تقل عن (١٠) سنوات و حاصل على شهادة اولية في في القانون او الادارة و الاقتصاد .

ت- يتكون مجلس الهيأة من خمسة اعضاء يتم ترشيحهم من قبل محافظ البنك المركزي من ذوي الخبرة في التعامل المالي و لديهم خدمة لا تقل عن خمس سنوات في البنك المركزي او احد المصارف العراقية .

ث- يكون للهيأة شعبة تسمى بشعبة الاحصاء تتكون من مدير و عدد من الموظفين لا يقل عن خمسة على ان يكونوا من ذوي الخبرة في المجال المحاسبي و لديهم شهادة لا تقل عن شهادة اولية في المحاسبة

ج- يكون للهيأة شعبة قانونية تتكون من مدير و عدد من الموظفين لا يقل عن خمسة ممن يحملون شهادة اولية في القانون على الاقل

ح- شعبة الرقابة الصرفية تتكون من مدير و عدد من الموظفين بالمقدار الذي يكون ضروري لأداء عملها بحيث تنظم جولات شهرية على كافة المصارف العراقية و مديريات التنفيذ و دائرة الكاتب العدل لغرض جمع البيانات المتعلقة بالتعامل الصرفي.

خ- شعبة الدراسات الصرفية : وهي شعبة تتكون من رئيس و عدد من الموظفين لا يقل عند ١٠ ، ممن يحملون شهادة عليا في اختصاص (القانون و المحاسبة و العلوم المالية و المصرفية و الاقتصاد).

الفصل الثالث

مهام هيأة الاوراق الصرفية و المحظورات

المادة (٥) تتولى الهيأة المهام التالية :

أ- اعداد و تنظيم تقارير شهرية و نصف سنوية و سنوية تتضمن بيانات تفصيلية عن حجم الاموال المتداولة بواسطة الاوراق الصرفية داخل العراق او المتدفقة من الخارج الى الداخل او العكس بالعملة العراقية و الاجنبية

ب- التنسيق مع المصارف بحيث يزود المصرف الهيأة بكافة المعلومات التي تخص التعامل الصرفي عندما يكون المصرف طرفًا في انشاء او تداول او ضمان او قبول او وفاء او خصم الورقة الصرفية

ت- التنسيق مع ديوان الرقابة المالية و هيأة النزاهة و تزويد الجهات المذكورة بما يحتاجونه من بيانات تخص التعامل الصرفي من اجل معرفة حركة الاموال التي تنتقل داخل البلاد و الاموال التي تتدفق الى البلاد او العكس

ث- التنسيق مع جهات التنفيذ القضائي و دائرة كاتب العدل من اجل معرفة عدد و نوع و مبالغ الاوراق الصرفية التي تنفذ او تصادق لدى الجهات المذكورة

ج- اعداد الدراسات القانونية و الاقتصادية و اقامة المؤتمرات العلمية التي تخصص لبحث و تطوير مختلف جوانب التعامل الصرفي و التوعية بدوره الايجابي على الاقتصاد الوطني

المادة (٦) يحظر على الهيأة ان تقوم بالأعمال الاتية:

أ- اي نشاط تجاري او ان تكون لها مصلحة خاصة في مشروع تجاري بقصد الربح او ان تقترض او تقرض اي امول

ب- يحظر على رئيس و اعضاء مجلس الهياة و موظفوها ممارسة اي مهنة او عمل اخر بما في ذلك اشغال منصب او وظيفة في اي شركة خاصة او عامة كما يحظر عليهم تقديم المشورة الاقتصادية او القانونية بقصد الربح للأشخاص الطبيعية او المعنوية المتعاملين في الميدان الصرفي .

الفصل الرابع

اجتماعات المجلس ومهام رئيس الهيأة

المادة (٧) يعقد المجلس اجتماعاته لغرض التباحث في شؤون الهيأة و تكون اجتماعاته على الشكل الاتي :

أ- اجتماعات دورية تعقد كل ستة اشهر للتداول في شؤون الهيأة .

ب- اجتماعات استثنائية تعقد بناء على دعوة من رئيس الهيأة .

ت- يشترط لانعقاد المجلس حضور ثلاثة من اعضائه على الاقل على ان يكون الرئيس من بينهم تصدر القرارات بأغلبية الاعضاء الحاضرين و اذا تساوت اصواتهم يرجح الجانب الذي يصوت فيه الرئيس .

المادة (٨) يكون رئيس المجلس هو الرئيس التنفيذي للهيأة المنفذ لسياساتها و المسؤول عن ادارة شؤونها بما في ذلك :

أ- تنفيذ القرارات التي يتخذها المجلس .

ب- التوقيع منفردًا او بالاشتراك مع غيره على التقارير و البيانات و القوائم التي توضح حركة الاموال المتداولة صرفيًا و الوثائق الاخرى الخاصة بالهيأة .

ت- رفع التقارير و الاحصائيات الى محافظ البنك المركزي و الاجهزة الرقابية الاخرى

ث- الشؤون الادارية و المالية للهيأة

المادة (٩) يحق لرئيس الهياة تفويض صلاحياته لعضو اخر من اعضاء مجلس الهيأة على ان يكون التفويض خطيًا ، و في حالة غيابة لأي سبب اخر ينيب عنه اكبر اعضاء المجلس سنًا و يتولى ادارة الهيأة .

الفصل الخامس

ميزانية الهيأة و الاعفاءات و التسهيلات

المادة (١٠) يكون للهياة ميزانية سنوية تعد من قبل مجلس الهياة و يصادق عليها رئيس الهيأة و ترفع الى محافظ البنك المركزي العراقي لغرض اقرارها و فقًا للاستقلال المالي الذي يتمتع به البنك المركزي العراقي .

المادة (١١) تتمتع الهياة بكافة الاعفاءات و التسهيلات الضريبية و المالية التي تتمتع بها مؤسسات الدولة

المادة (١٢) تلتزم المؤسسات الحكومية والخاصة وغيرها من الاشخاص الطبيعية أو المعنوية ممن يصدرون الاوراق الصرفية أو الجهات التي تصادق على هذه الاوراق فتحولها إلى سندات رسمية و جهات التنفيذ القضائي بتزويد الهيأة بالوثائق والمعلومات التي تطلبها الهيأة لاغراض القيام بواجباتها لتنفيذ احكام هذا النظام

الماد(١٣) يحق للهياة ان تنتدب الخبراء من كافة مؤسسات الدولة وان تطلب المشورة من أي جهة رسمية لغرض القيام بواجباتها

الفصل السادس

الاحكام الختامية

المادة (١٤)

أ- من الممكن اصدار تعليمات لتسهيل تنفيذ هذا النظام

ب- ينفذ هذا النظام من تأريخ نشره في الجريدة الرسمية

الاسباب الموجبة

لغرض توفير الاحصائيات و البيانات اللازمة عن حركة الاموال المنتقلة صرفيًا و تزويد الجهات المعنية بها بغية رسم السياسة النقدية و مكافحة غسيل الاموال و كذلك لتزويد الباحثين بالإحصائيات التي تعزز الدراسات الصرفية صدر هذا النظام .

ملحق رقم (٢)

Payments System Indicators

Inter Branches Clearing System(IBCS)

Automated Clearing House Check (مبالغ الصكوك الالكترونية بالدولار) CH) in USD)

Data Range: 31/1/2011 To: 30/11/2020

اخذت الاحصائية من موقع البنك المركزي العراقي

متاحة على الرابط التالي:

https://cbiraq.org/SeriesChart.aspx?TseriesID=353

Date	Value
01/31/2011	107,927
02/28/2011	46,700
03/31/2011	644,557
04/30/2011	192,711
05/31/2011	197,834
06/30/2011	1,981,924
07/31/2011	775,669
08/31/2011	6,774,339
09/30/2011	12,947,528
10/31/2011	21,279,983
11/30/2011	7,277,836
12/31/2011	9,945,504
01/31/2012	7,606,007
02/29/2012	6,205,573
03/31/2012	8,371,230
04/30/2012	8,754,537
05/31/2012	13,976,388
30/2012	10,626,469
07/31/2012	23,018,729
08/31/2012	12,833,590
09/30/2012	18,175,715
10/31/2012	12,484,584

11/30/2012	13,417,852
12/31/2012	12,526,186
01/31/2013	18,329,123
02/28/2013	18,703,304
03/31/2013	26,868,720
04/30/2013	20,140,096
05/31/2013	26,259,903
06/30/2013	38,158,119
07/31/2013	12,221,123
08/31/2013	22,382,768
09/30/2013	35,965,062
10/31/2013	22,270,673
11/30/2013	47,155,513
12/31/2013	35,602,844
01/31/2014	49,604,860
02/28/2014	64,435,157
03/31/2014	55,946,064
04/30/2014	62,392,980
05/31/2014	64,866,899
06/30/2014	**187,822,337**
07/31/2014	58,755,706
08/31/2014	71,196,945
09/30/2014	61,189,796
10/31/2014	58,822,078
11/30/2014	61,781,490
12/31/2014	60,771,441
01/31/2015	35,677,027
02/28/2015	66,364,880
03/31/2015	34,223,470
04/30/2015	53,635,996
05/31/2015	26,331,760
06/30/2015	32,675,688
07/31/2015	21,560,694

08/31/2015	29,891,440
9/30/2015	17,352,046
10/31/2015	15,157,034
11/30/2015	37,655,089
12/31/2015	24,795,150
01/31/2016	10,928,998
02/29/2016	21,268,082
03/31/2016	26,174,714
04/30/2016	55,927,543
05/31/2016	37,388,830
06/30/2016	20,284,416
07/31/2016	18,946,440
08/31/2016	20,516,979
09/30/2016	19,090,020
10/31/2016	39,738,197
11/30/2016	29,330,394
12/31/2016	29,455,081
01/31/2017	35,905,690
02/28/2017	20,780,042
03/31/2017	19,321,598
04/30/2017	38,056,079
05/31/2017	34,353,580
06/30/2017	19,518,567
07/31/2017	31,026,540
08/31/2017	50,695,258
09/30/2017	52,477,852
10/31/2017	29,664,325
11/30/2017	39,699,533
12/31/2017	38,884,243
01/31/2018	116,413,672
02/28/2018	85,203,083
03/31/2018	116,491,707
04/30/2018	17,411,369
05/31/2018	52,461,526

06/30/2018	16,921,069
07/31/2018	15,052,040
08/31/2018	22,216,997
09/30/2018	23,079,252
10/31/2018	41,605,990
11/30/2018	15,851,721
12/31/2018	26,870,446
01/31/2019	20,021,574
02/28/2019	21,495,257
03/31/2019	14,001,814
04/30/2019	14,711,892
05/31/2019	15,466,277
06/30/2019	55,783,005
07/31/2019	12,135,143
08/31/2019	13,244,355
09/30/2019	14,659,524
10/31/2019	16,203,711
11/30/2019	18,661,293
12/31/2019	24,068,890
01/31/2020	20,112,172
02/29/2020	121,343,834
03/31/2020	6,792,494
04/30/2020	10,175,019
05/31/2020	20,098,233
06/30/2020	6,901,671
07/31/2020	26,816,298
08/31/2020	11,698,964
09/30/2020	6,647,790
10/31/2020	9,510,791
11/30/2020	20,216,343

ملحق رقم (٣)

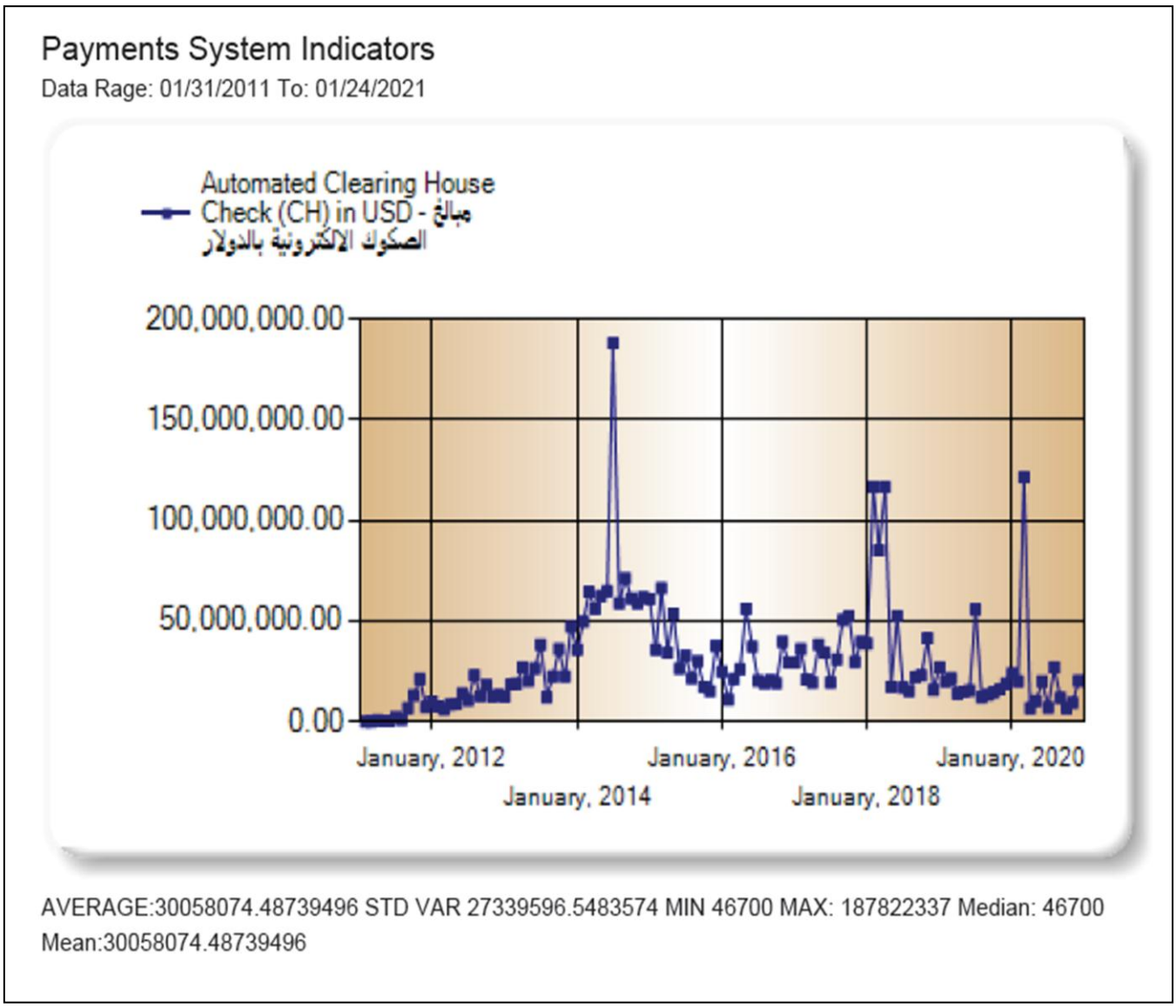
رسم بياني يوضح مؤشر تداول الصكوك الالكترونية في العراق

وفق الجدول المبين في الملحق السابق في الفترة من (٢٠١٢ الى ٢٠٢٠) ، ويظهر في هذا الرسم ان شهر حزيران من عام (٢٠١٤) شهد اكبر حجم للأمول المتداولة بالدولار الامريكي بالصكوك الالكترونية

اخذ هذا الرسم البياني من موقع البنك المركزي العراقي

متاح على الرابط التالي:

https://cbiraq.org/SeriesChart.aspx?TseriesID=353



ملحق رقم (٤)

Payments System Indicators

Inter Branches Clearing System(IBCS)

Automated Clearing House Chec (مبالغ الصكوك الالكترونية بالدينار) CH)in IQD)

Data Range: 31/1/2011 To: 30/11/2020

اخذت هذه الاحصائية من موقع البنك المركزي العراقي الالكتروني

متاحة على الرابط التالي

https://cbiraq.org/SeriesChart.aspx?TseriesID=352

Date	Value
01/31/2011	45,776,706
02/28/2011	50,305,590
03/31/2011	275,000
04/30/2011	18,061,149
05/31/2011	258,745,652
06/30/2011	2,223,585,768
07/31/2011	5,349,038,557
08/31/2011	6,673,198,758
09/30/2011	3,826,655,086
10/31/2011	18,044,848,099
11/30/2011	21,051,235,177
12/31/2011	47,738,066,038
01/31/2012	93,692,042,691
02/29/2012	57,625,829,835
03/31/2012	68,341,369,020
04/30/2012	80,395,946,220
05/31/2012	128,950,543,699
06/30/2012	142,167,235,514
07/31/2012	78,116,007,429
08/31/2012	138,290,107,700
09/30/2012	217,317,050,786
10/31/2012	207,504,629,168
11/30/2012	148,269,236,733
12/31/2012	199,131,941,678
01/31/2013	202,293,840,998
02/28/2013	167,965,566,662
03/31/2013	395,020,430,581

04/30/2013	388,566,954,666
05/31/2013	352,718,367,100
06/30/2013	332,575,000,255
07/31/2013	249,652,671,583
08/31/2013	359,772,563,945
09/30/2013	581,380,866,613
10/31/2013	1,438,050,894,953
11/30/2013	1,636,067,014,751
12/31/2013	3,175,531,741,296
01/31/2014	2,369,481,139,324
02/28/2014	2,332,639,565,315
03/31/2014	2,046,625,904,091
04/30/2014	1,861,257,148,065
05/31/2014	1,758,518,535,971
06/30/2014	2,227,692,304,796
07/31/2014	2,234,288,776,795
08/31/2014	2,122,553,340,298
09/30/2014	2,448,942,002,167
10/31/2014	2,011,151,702,409
11/30/2014	2,816,772,991,796
12/31/2014	2,371,136,609,989
01/31/2015	1,320,759,977,622
02/28/2015	2,352,938,412,148
03/31/2015	1,987,569,030,475
04/30/2015	2,100,739,661,081
05/31/2015	1,723,497,985,020
06/30/2015	2,094,281,181,202
07/31/2015	1,870,513,101,663
08/31/2015	2,430,184,871,722
09/30/2015	1,665,239,810,139
10/31/2015	1,842,756,063,772
11/30/2015	2,246,100,940,632
12/31/2015	2,357,923,836,942
01/31/2016	1,746,726,395,642
02/29/2016	1,612,400,829,387
03/31/2016	2,936,717,394,038
04/30/2016	1,524,898,155,192
05/31/2016	1,851,743,925,188
06/30/2016	2,269,627,171,099
07/31/2016	1,307,743,695,530
08/31/2016	1,808,731,881,804
09/30/2016	1,538,208,495,501

10/31/2016	1,555,311,967,696
11/30/2016	1,987,493,105,136
12/31/2016	1,922,741,124,832
01/31/2017	1,776,499,153
02/28/2017	1,660,435,051,860
03/31/2017	2,347,334,231,508
04/30/2017	1,673,357,736,795
05/31/2017	2,055,660,496,475
06/30/2017	1,484,990,238,811
07/31/2017	2,254,536,905,583
08/31/2017	2,171,214,542,712
09/30/2017	1,696,207,261,369
10/31/2017	2,280,614,730,395
11/30/2017	1,392,196,655,627
12/31/2017	2,713,368,932,768
01/31/2018	3,094,858,474,967
02/28/2018	1,772,479,285,975
03/31/2018	1,888,050,237,716
04/30/2018	2,180,762,538,214
05/31/2018	2,395,629,536,392
06/30/2018	2,305,951,520,808
07/31/2018	3,763,586,013,762
08/31/2018	2,290,108,965,797
09/30/2018	3,198,228,054,286
10/31/2018	2,573,461,006,196
11/30/2018	2,957,569,233,381
12/31/2018	2,940,518,869,282
01/31/2019	2,818,375,992,608
02/28/2019	3,140,402,685,163
03/31/2019	2,807,494,682,419
04/30/2019	3,059,025,257,853
05/31/2019	2,614,001,105,597
06/30/2019	3,504,390,250,123
07/31/2019	3,428,853,519,520
08/31/2019	3,546,467,930,161
09/30/2019	3,825,221,373,661

10/31/2019	3,747,188,554,950
11/30/2019	2,771,948,074,635
12/31/2019	3,093,533,116,384
01/31/2020	3,538,112,341,694
02/29/2020	2,669,711,921,850
03/31/2020	1,672,832,973,323
04/30/2020	680,549,358,674
05/31/2020	1,802,470,305,301
06/30/2020	1,976,957,294,119
07/31/2020	2,146,617,699,191
08/31/2020	1,484,464,828,015
09/30/2020	2,587,330,272,213
10/31/2020	1,835,485,274,892
11/30/2020	2,411,445,508,905

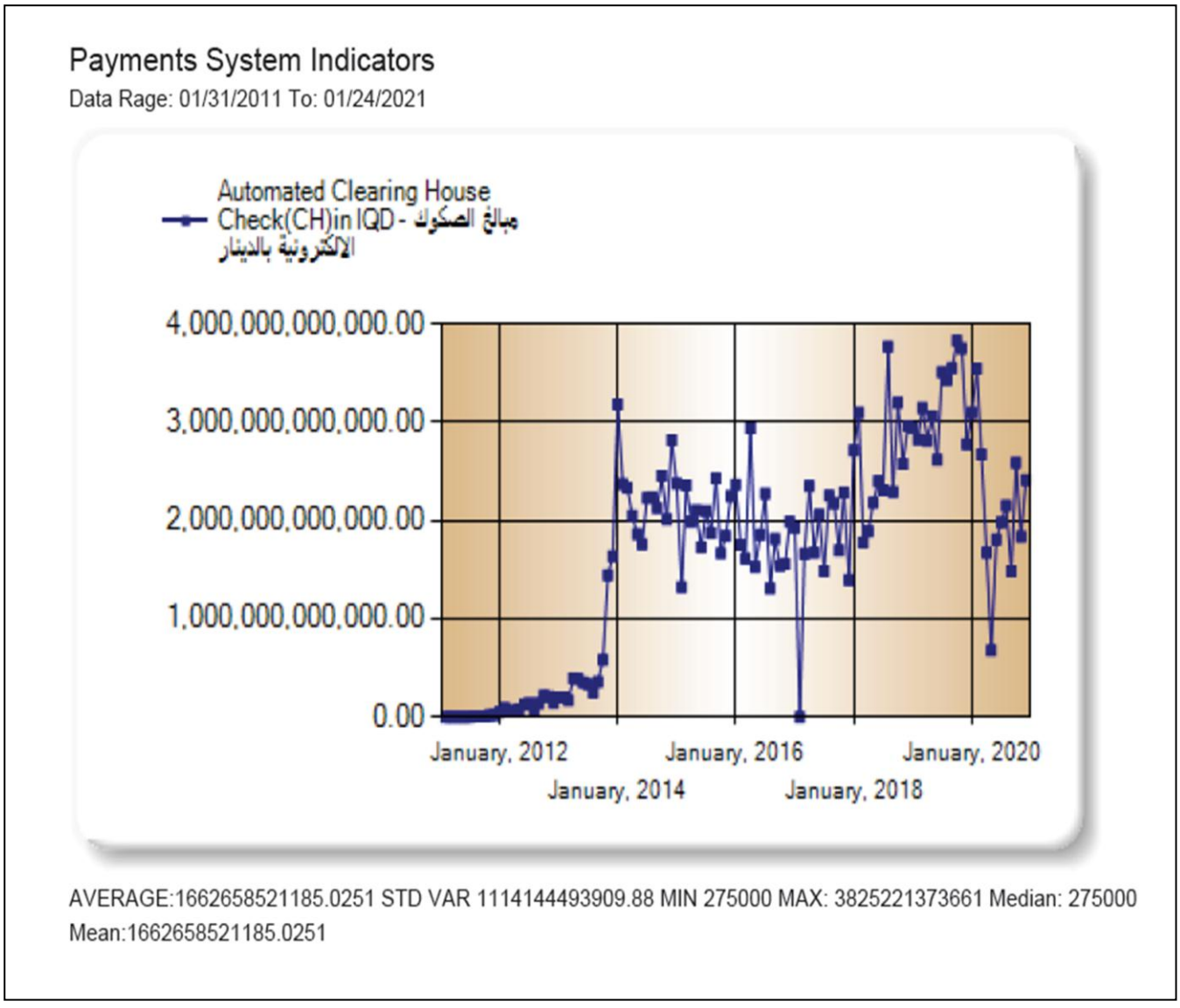
ملحق رقم (٥)

رسم بياني يوضح مقدار الاموال المتداولة بموجب الصكوك الالكترونية في العراق بالدينار العراقي في الفترة من (٢٠١٢ الى ٢٠٢٠)

اخذ هذا الرسم المبياني من موقع البنك المركزي العراقي

متاح على الرابط التالي

https://cbiraq.org/SeriesChart.aspx?TseriesID=352



المصادر

المصادر

- **القرآن الكريم**
- **المصادر باللغة العربية**

اولًا: المعاجم و كتب علم اللغة

١- ابي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور الانصاري الافريقي المصري ، لسان العرب ، الجزء السابع ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ٢٠٠٢.
٢- جماعة من المتخصصين ، اشراف د. احمد ابو حاقة ، معجم النفائس الوسيط ، الطبعة الاولى ، دار النفائس ، بيروت ، ٢٠٠٧.
٣- مجد الدين بن يعقوب الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، الجزء الاول ، دار الحديث ، بلا سنة طبع ، القاهرة .
٤- مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، الطبعة الرابعة ، مكتبة الشروق الدولية ، القاهرة ،٢٠٠٤.
٥- محمد بن ابي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، طبعة حديثة منقحة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨١.
٦- السيد محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس، الجزء الثامن، مطبعة التراث العربي ، الكويت ، ١٩٧٩.
٧- د. مرتضى جبار كاظم ، اللسانيات التداولية في الخطاب القانوني (قراءة استكشافية للتفكير التداولي عند القانونين) ، الطبعة الاولى ، منشورات الاختلاف ، الجزائر ، ٢٠١٥.

ثانيًا : كتب الفقه الاسلامي و اصوله

١. السيد الخوئي ،اجود التقارير ، الجزء الاول ، بحث النائيني ، منشورات مصطفوي ، قم ، ايران ، ١٣٦٨ هـ.
٢. الشيخ خليل رزق ، مقدمات منهجية في علم اصول الفقه ، تقريرًا لأبحاث السيد كمال الحيدري ، الطبعة الاولى ، دار البلاغة ، لبنان، ٢٠١٤
٣. السيد محمد حسن البجنوردي ،، القواعد الفقهية ، تحقيق مهدي المهريزي - محمد حسين الدرايتي ، الجزء الخامس (قاعدة لا ربا الا فيما يكال أو يوزن) ، مطبعة الهادي ، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ.
٤. د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، الجزء الاول ،الطبعة الخامسة ، المكتبة القانونية ، بغداد.

ثالثًا : كتب علم المنطق

١. مهدي فضل الله ، مدخل الى علم المنطق التقليدي ، دار الطليعة ، بيروت ، الطبعة و النشر و التوزيع ، الاولى ، ١٩٨٥.
٢. الشيخ محمد رضا المظفر ، المنطق ،الجزء الاول ، دار الغدير ، قم ،الطبعة الثامنة ، ١٤٢٩هـ.

رابعًا: الكتب القانونية .

١. د. ابراهيم اسماعيل ابراهيم ، الضمان الاحتياطي في الاوراق التجارية ، دراسة قانونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩.
٢. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، نظرية الالتزام المصادر الارادية للألتزام ، الطبعة الاولى ، جامعة الكويت ، ١٩٩٥.
٣. د. إبراهيم دسوقي أبو الليل ، البيع بالتقسيط ، البيوع الائتمانية الأخرى ، الطبعة الاولى ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، ١٩٨٤.
٤. د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى ، الافتراض ودوره في تطور القانون ، مطبعة دار التأليف ،المنصورة ، ١٩٨٠.
٥. د. احمد ابراهيم البسام ، قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الاوراق التجارية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٦٩.
٦. د. احمد ابراهيم البسام ، مبادئ القانون التجاري ، الجزء الاول ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٦١.
٧. د. احمد ابراهيم حسن ، غاية القانون دراسة في فلسفة القانون ، الدار الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠.
٨. د. احمد شرف الدين ، اصول الصياغة القانونية ، مطبعة ابناء وهبة حسان ، القاهرة ، ١٩٩٣.
٩. د.احمد شرف الدين ، نظرية الالتزام ، الجزء الثاني احكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣.
١٠. د. احمد شرف الدين ، انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي ، مطبعة الحضارة العربية ، بدون مكان طبع ،١٩٨٢.
١١. د. احمد شكري السباعي ، الوسيط في الاوراق التجارية ، الطبعة الثانية ، مطبعة المعارف ، الرباط ، ٢٠٠٤.
١٢. د. احمد شوقي عبد الرحمن، الالتزام التضامني للمسؤولين تقصير اً في مواجهة المضرور، المطبعة العربية الحديثة ، القاهرة ، ١٩٨٠.
١٣. د. احمد علي الخطيب ، الحجر على المدين لحق الغرماء في الفقه الإسلامي والقانون المقارن ، مطبعة دار التأليف ، مصر ، ١٩٦٤.
١٤. المستشار احمد فخر الدين ، الموسوعة الشاملة في القانون التجاري ، المجلد الثاني -الاوراق التجارية - ، الطبعة الاولى ، دار كنوز للإصدارات القانونية ، بدون سنة طبع.
١٥. المستشار احمد محمود خليل ، شرح الإفلاس التجاري في ضوء القانون الجديد ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠١- ٢٠٠٢.
١٦. المستشار احمد نصر الجندي ، الاوراق التجارية و الافلاس ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٢.
١٧. د. ادوار عيد، الحماية القانونية للشيك في التشريعات العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، ١٩٧٥.
١٨. د. اسماعيل غانم ، النظرية العامة للألتزامات مصادر الالتزام ، مكتبة عبد الله وهب ، مصر ، بلا سنة طبع.
١٩. د. أسيل حامد خليفة الفضالة ، الصلح الواقي من الإفلاس ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦.

٢٠. د. اكثم امين الخولي ، الاوراق التجارية ، مكتبة سيد عبدالله ، مصر ، ١٩٧٠.
٢١. د. أكثم أمين الخولي ، دروس في القانون التجاري السعودي ، مطابع معهد الإدارة العامة ، دون مكان نشر ، ١٩٧٣.
٢٢. د. اكرم ياملكي ، الاوراق التجارية وفقًا لاتفاقية جنيف الموحدة ، الطبعة الاولى ، مكتبة دار الثقافة ، عمان،٢٠٠١.
٢٣. د. اكرم ياملكي ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، الطبعة الثانية ، بغداد ، ١٩٧٨.
٢٤. د. امين محمد بدر ، الاوراق التجارية في التشريع المصري ، تأصيل و تحليل لقواعد الكمبيالة و السند الاذني و الشيك ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٣.
٢٥. د. أنور العمروسي، الوجيز في الصورية وورقة الضد في القانون المدني، دار محمود للنشر والتوزيع ، ١٩٩٧.
٢٦. د. انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للألتزام ، احكام الألتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٠.
٢٧. د. بسام حمد الطراونة ، تظهير الاوراق التجارية ، الطبعة الاولى ، دار وائل للنشر و التوزيع ، عمان ، ٢٠٠٤.
٢٨. د. بشرى النغموشي ، الوجيز في القانون التجاري ، الطبعة الاولى، مركز التكوين فورمابول ، ٢٠١٩.
٢٩. بشير العائبي ، الامتناع عن الوفاء في الشيك و اثاره ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩.
٣٠. د. بكر عبدالله أبو زيد، بطاقة الائتمان حقيقتها البنكية التجارية، وأحكامها الشرعية، الطبعة ألأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٦.
٣١. بيارابيل طوبيا، التحايل على القانون ،المؤسسة الحديثة للكتاب ،طرابلس - لبنان ، ٢٠٠٩.
٣٢. د. تركي محمود مصطفى القاضي ، الضمان الاحتياطي في الكمبيالات و الشيكات ، الطبعة الاولى ، المركز القومي للأصدارات القانونية ، ٢٠١٨.
٣٣. د. توفيق حسن فرج ، الاصول العامة للقانون ، مطبعة عيتناني الجديدة ، بيروت بدون سنة طبع.
٣٤. د. توفيق حسن فرج ، د. مصطفى الجمال ، مصادر و احكام الالتزام ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٨.
٣٥. د. توفيق حسن فرج ، قواعد الاثبات في المواد المدنية و التجارية ، بدون مكان نشر ، ١٩٨٥.
٣٦. د. ثروت انيس الاسيوطي ، فلسفة القانون في ضوء التأريخ الاقتصادي و الاجتماعي ، الجزء الاول ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٧٥.
٣٧. د. ثروت حبيب ، القانون التجاري ، مطبعة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ١٩٨٣.
٣٨. القاضي جبار جمعة اللامي ، القضاء التجاري العراقي في قرارات محكمة التمييز الاتحادية ، الطبعة الاولى ، مطبعة السيماء ، بغداد ٢٠١٥.
٣٩. د. جمال محمود عبد العزيز ، مسؤولية البنك في حالة إفلاس العميل على ضوء القانونين المصري والفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥.
٤٠. جويتار عبد الله مصطفى ، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٧.
٤١. حسن المؤمن ، نظرية الاثبات المحررات و الادلة الكتابية ، الجزء الثالث ، بيروت ، ١٩٧٥.

٤٢. د. حسن جاد، شرح القانون التجاري العراقي، الجزء الثاني ، مطبعة الاهالي، بغداد ، ١٩٤٠.
٤٣. د. حسن فتحي ، الاوراق التجارية ، الطبعة الاولى ، مطبعة الكتاب الجامعي ، ، جامعة طنطا، ٢٠٠٤.
٤٤. د. حسين النوري ، دروس في الأوراق التجارية والنشاط المصرفي ، مطبعة جامعة عين شمس ، مصر ، بدون سنة طبع .
٤٥. د. حسين عامر ، المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية ، الطبعة الاولى ، مطبعة مصر ، ١٩٥٦.
٤٦. د. حسين عبد اللطيف حمدان، التامينات العينية، دراسة تحليلية مقارنة لاحكام الرهن والتامينات والامتياز، الطبعة الثانية، دار الجامعة، الاسكندرية، ١٩٨٥.
٤٧. د. حسين محمد سعيد، التزامات وحقوق حامل الورقة التجارية -الشيك ، الكمبيالة ، السند الاذني- ، الناشر عالم الكتب ، القاهرة ، بدون سنة طبع.
٤٨. د. حلمي بهجت بدوي ، اصول الالتزامات الكتاب الاول في نظرية العقد ، مطبعة فوزي ، القاهرة ، ١٩٤٣.
٤٩. د. حنان مخلوف ، احكام التأشير على الشيك وفقًا لقواعد قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وتعديلاته ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨.
٥٠. د. خالد الشاوي ، الاوراق التجارية في التشريعين العراقي و الليبي ، منشورات جامعة قار يونس ، بنغازي ، ١٩٨٨.
٥١. د.خالد عبد حسين الحديثي ، تكميل العقد دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٢.
٥٢. د. صوفي ابو طالب ، تأريخ النظم القانونية و الاجتماعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٦.
٥٣. د. راشد راشد ، الأوراق التجارية و الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ١٩٨٧.
٥٤. د. رزق الله انطاكي ، موسوعة الحقوق التجارية، المصارف والاعمال المصرفية ، الجزء الثالث، مطبعة جامعة دمشق ،١٩٦١.
٥٥. د. رزق الله انطاكي ود. نهاد السباعي ، الوسيط في الحقوق التجارية البرية ، الجزء الثاني ، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦٢.
٥٦. د. رضا عبيد ، القانون التجاري، -الاوراق التجارية والعقود التجارية وعمليات البنوك والافلاس- ، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٨٨.
٥٧. د. رؤوف عبيد ، في التسيير والتخيير بين الفلسفة العامة وفلسفة القانون ، الطبعة الثالثة ، دار الفكر العربي، مصر ، ١٩٨٣.
٥٨. د. زياد عادل حشيش ، اساسيات القانون التجاري دراسات في معالم التنظيم القانوني للتجارة ، دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية ، ٢٠١٢.
٥٩. د. سالم حماد شعبان الدحدوح ، الشكلية في العقود المدنية في القانون الاردني دراسة مقارنة ، مطبوعات كلية الحقوق الجامعة الاردنية ، ١٩٨٩.
٦٠. سركوت اسماعيل حسن ، الظاهر و دوره في الاثبات ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ٢٠٠٩.

٦١. د. سعد يوسف الشيباني ، القانون الدولي للأسناد التجارية، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦.
٦٢. د. سعيد يحيى، الاوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، الرياض، ١٩٨٥.
٦٣. د. سليمان مرقس ، اصول الاثبات و اجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنينات سائر البلاد العربية ، عالم الكتاب ، القاهرة ، ١٩٨١.
٦٤. د. سميحة القليوبي ، الاوراق التجارية ، الطبعة السادسة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٨.
٦٥. د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٦.
٦٦. د. سمير نصار، الأسناد التجارية، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، دمشق، ٢٠٠٦.
٦٧. د. شفيق شحاتة ، النظرية العامة للألتزامات في الشريعة الاسلامية ، مطبعة الاعتماد ، مصر، ١٩٥٠.
٦٨. د. شوقي محمد صلاح ، نظرية الظاهر في القانون المدني دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٠.
٦٩. د. صالح اللوزي ، الائتمان المصرفي في الاردن ، المعهد العالي للدراسات المصرفية، عمان، ١٩٩٠.
٧٠. د. صفوت بهنساوي ، الاوراق التجارية و عمليات البنوك ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٠.
٧١. د. صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الاوراق التجارية ، شركة الطبع و النشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٥.
٧٢. د. صلاح الدين الناهي ، مبادئ القانون التجاري و قانون المكاسب ، مطبعة دار الجاحظ ، بغداد ١٩٦٧.
٧٣. د. صلاح امين ابو طالب ، الاحكام المستحدثة في قانون الشيك الفرنسي الجديد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥.
٧٤. د. طالب حسن موسى ، الاوراق التجارية و العمليات المصرفية ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، ٢٠١١.
٧٥. د. طالب حسن موسى ، قانون التجارية الدولية ، الطبعة السابعة ، دار الثقافة ، عمان ، طبعة منقحة ٢٠١٢.
٧٦. د. عادل احمد حشيش، النقود و البنوك و الائتمان ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٢.
٧٧. د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، موجز القانون الصرفي ، الطبعة الاولى ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٢.
٧٨. استاذنا د.عباس العبودي ، تأريخ القانون ، دار الكتب للنشر ، الموصل ، ١٩٨٩.
٧٩. استاذنا د.عباس زبون العبودي ، شرح احكام قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ، المكتبة القانونية ، بدون مكان طبع
٨٠. القاضي عباس قاسم الداقوقي ، الاجتهاد القضائي ، الطبعة الاولى ، المركز القومي للأصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٥.
٨١. د. عبد الحكم فودة ، الاوراق التجارية في ضوء الفقه و قضاء النقض و قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار الالفي القانونية ، المنيا ، ٢٠٠٦.

٨٢. د.عبد الحميد الشواربي ، الاستاذ عاطف الشواربي ،عمرو الشواربي ،الاوراق التجارية المشكلات العملية و الدعاوى و الدفوع . الطبعة الخامسة ، شركة ناس للطباعة ، القاهرة ، ٢٠١٥.
٨٣. د. عبد الحميد فودة ، تطور القانون ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣.
٨٤. د. عبد الحميد فودة، الافتراض القانوني بين النظرية و التطبيق ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣.
٨٥. د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، الجزء الثاني (الحق) مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٠.
٨٦. د. عبد الحي حجازي ، الموجز في النظرية العامة للألتزام ، الجزء الاول ، مطبعة جامعة الكويت كلية الحقوق ، ١٩٨٢.
٨٧. د. عبد الرحمن البدوي ، امانويل كنت و فلسفة القانون و السياسة ، وكالة المطبوعات ، الكويت ، ١٩٧٩.
٨٨. د. عبد الرحمن عيادة ، اساس الالتزام العقدي النظرية العامة و التطبيقات ، الاسكندرية ، ١٩٧٢.
٨٩. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول و الثاني ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٨.
٩٠. د. عبد الرزاق عبد الوهاب ، التظهير واثاره في قانون التجارة الجديد ، دراسة مقارنة ، مطبعة الشعب ، بغداد ، ١٩٨٩.
٩١. د. عبد الفتاح حجازي ، تفسير العقد المدني، معهد البحوث و الدراسات العربية ، جامعة الدول العربية ، القاهرة، ١٩٨٨.
٩٢. د. عبد الفضيل محمد ، نظرية الاعمال التجارية و التجار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣.
٩٣. د. عبد الفضيل محمد احمد . الاوراق التجارية ، دار الفكر و القانون ، المنصورة ، ٢٠١٠.
٩٤. د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، احكام الالتزام ، الطبعة السادسة ،المكتبة القانونية ، بغداد.
٩٥. د. عبد المنعم درويش ، مقدمة في تأريخ النظم القانونية و الاجتماعية ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧.
٩٦. د. عبد المنعم فرج الصدة ، اصول القانون ، الطبعة الاولى ، مطبعة الحلبي ، مصر ، ١٩٦٥.
٩٧. د. عبد المهيمن بكر ، القصد الجنائي في القانون المصري و المقارن ، مطبعة كلية القانون جامعة عين شمس ، ١٩٥٩.
٩٨. المستشار عبد الفتاح سليمان ، استخدام الشيك و المشكلات المالية و حلولها ، الطبعة الاولى ، مطبعة ابن سينا ، القاهرة ، ٢٠٠٧.
٩٩. د. عبدالمجيد الحكيم ، أ. عبد الباقي البكري ، أ محمد طه البشير ، الوجيز في القانون المدني ، الجزء الثاني ، احكام الالتزام الدار الجامعية للطباعة ، ١٩٨٠.
١٠٠. د. عدنان ضناوي ؛ الأستاذ عدنان الخير ، الإسناد التجارية والإفلاس ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس – لبنان ، ٢٠٠١
١٠١. د. عدنان ضناوي وعدنان الخير، الأسناد التجارية والإفلاس، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان ، طرابلس،٢٠٠١.

١٠٢. د. عزيز العكيلي ، الاوراق التجارية في القانون التجاري الاردني و اتفاقية جنيف الموحدة ، الطبعة الاولى ، دار مجدلاوي ، عمان ، ١٩٩٢
١٠٣. د. عزيز العكيلي ، الوسيط في شرح القانون التجاري- الاوراق التجارية و عمليات البنوك-، الطبعة الاولى ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٠.
١٠٤. د. عصمت عبد المجيد بكر ، مشكلات التشريع ، الطبعة الاولى دار الكتب العالمية ، بيروت ٢٠١٤.
١٠٥. استاذنا د. علاء عزيز حميد الجبوري ، احكام المعالجات الالكترونية لحساب الاوراق المالية "دراسة مقارنة" ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠١٩.
١٠٦. د. علي البارودي ، الاوراق التجارية و الافلاس ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة الطباعة ٢٠٠٠.
١٠٧. د. علي البارودي و د. محمد فريد العريني ، الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤.
١٠٨. علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية ، الطبعة الثالثة ، دار الفكر العربي ، الكويت ، بلا سنة طبع.
١٠٩. د. علي جمال الدين عوض ، الاوراق التجارية ، مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي ، ١٩٩٥.
١١٠. د. علي جمال الدين عوض ، الشيك في قانون التجارة و تشريعات البلاد العربية ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩.
١١١. د. علي جمال الدين عوض ، الاعتمادات المصرفية وضماناتها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٩٤.
١١٢. د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.
١١٣. د. علي سلمان العبيدي ، الاوراق التجارية في القانون العراقي ، بغداد ، ١٩٧٣.
١١٤. د. علي فوزي الموسوي ، الوجيز في الاوراق التجارية دراسة في قانون التجارة النافذ ، دار السنهوري ، بيروت ، سنة الطبع٢٠٢٠.
١١٥. د. علي محمد بدير ، المدخل لدراسة القانون (نظرية القانون) ، دار الطباعة الحديث ، البصرة ، ١٩٧٠.
١١٦. د. عيسى خليل خير الله ، روح القوانين ،الطبعة الاولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠١٢.
١١٧. د. عيسى طايل أحمد عواوده، الآثار القانونية لعملية خصم الأوراق التجارية، الطبعة الأولى، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان ، ٢٠١٢.
١١٨. د. فائق الشماع ، د. فوزي محمد سامي ، القانون التجاري الاوراق التجارية ، المكتبة القانونية ، بغداد، بلا سنة طبع.
١١٩. د. فاروق ابراهيم جاسم ، القانون التجاري ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٨.
١٢٠. د. فاروق أحمد زاهر، القانون التجاري المصري -الكتاب الرابع الأوراق التجارية- ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
١٢١. د. فايز نعيم رضوان ، الاوراق التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠.

١٢٢. د. فتحي عبد الرحيم ، دروس في احكام الالتزام ، دار بورسعيد للطباعة ، ١٩٧٧.
١٢٣. د. فريد شرقي ، اصول القانون التجاري المصري ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع .
١٢٤. د. فياض ملفي القضاة ، شرح قانون التجارة الأردني الأوراق التجارية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٩.
١٢٥. د. كمال ابو سريع ، الاوراق التجارية في القانون التجاري ، مطبعة النسر الذهبي ، القاهرة ، ١٩٩٨.
١٢٦. د. كيلاني عبد الراضي محمود، التظهير الناقل للملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
١٢٧. د. ألياس ناصيف ، الاسناد التجارية او الاوراق التجارية ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٨.
١٢٨. د. مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٩٢.
١٢٩. د. محمد ابراهيم محمود ، موجز الاوراق التجارية ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٢.
١٣٠. د. محمد أحمد سراج ود. حسين حامد حسان ، الأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة، للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٨٨.
١٣١. د. محمد اسماعيل علم الدين، موجز القانون التجاري ، الجزء الثاني، جامعة حلوان، ١٩٧٥.
١٣٢. د. محمد السيد الفقي ، القانون التجاري الاوراق التجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٤.
١٣٣. د. محمد السيد الفقي ، المعلوماتية و الاوراق التجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥.
١٣٤. د. محمد الشافعي، الأوراق التجارية في مدونة التجارة، الطبعة الثالثة ، المطبعة والوراقة الوطنية، ، مراكش،١٩٩٨.
١٣٥. د. محمد الصاوي مصطفى ، فكرة الافتراض في قانون المرافعات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩.
١٣٦. د. محمد الهيني ، تطهير الدفوع في الاوراق التجارية على ضوء الفقه و القضاء ، الطبعة الاولى، مطبعة دار السلام ، الرباط ، ٢٠٠٧.
١٣٧. د. محمد اليماني ، القانون التجاري ، الجزء الثاني -العقود التجارية ، الاوراق التجارية ، عمليات البنوك ، الافلاس- ، دار النهضة العربية ، مصر ، ١٩٨٦.
١٣٨. د. محمد بهجت قايد و د. اميرة صدقي ، القانون التجاري ، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح ، القاهرة ، ٢٠٠٦.
١٣٩. د. محمد جمال عطية عيسى ، الشكلية القانونية دراسة مقارنة بين النظم الوضعية و الشريعة الاسلامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤.
١٤٠. د. محمد حسني عباس ، الاوراق التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٦.
١٤١. د. محمد حسين منصور ، النظرية العامة للألتزامات مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦.
١٤٢. د. محمد خيري ، الاستاذ سمير الامين ،السند الاذني ، الطبعة الاولى ، المركز القومي للأبحاث القانونية ،٢٠١١.
١٤٣. د. محمد سمير الشرقاوي ، الاوراق التجارية ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، ١٩٩٣.

١٤٤. د. محمد شتا ابو سعد ، التعليق على قانون التجارة الجديد ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠.
١٤٥. د. محمد شرف احمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، مطبعة و زارة الاوقاف و الشؤون الدينية ، القاهرة ، بلا سنة طبع.
١٤٦. محمد شريف جمال ، نظرية الوضع الظاهر و استقرار المعاملات ، منشورات كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة آكلي محند اولحاج –البويرة -٢٠١٩.
١٤٧. د. محمد شكري الجميل العدوي ، خصم الاوراق التجارية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٣.
١٤٨. د. محمد صالح محمد المقبل ، الامتناع عن الوفاء بالأوراق التجارية ، مكتبة القلم العربي للطباعة و النشر ، المملكة العربية السعودية ، ١٤٣٣هـ
١٤٩. محمد طه البشير ، د. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، الجزء الاول ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة طبع.
١٥٠. د. محمد عبد الرحيم الديب ، الحيل في القانون المدني و الفقه الاسلامي ، دار الجامعة الجديد ، ٢٠٠٨.
١٥١. د. محمد علي راتب ، السندات الأذنية ، مكتبة دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٤٨.
١٥٢. د. محمد علي عرفة ، التقنين المدني الجديد-شرح مقارن على النصوص- ، الطبعة الثانية ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٥٥.
١٥٣. د. محمد علي محمد بني مقداد ، الاوراق التجارية و تضامن الموقعون عليها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨.
١٥٤. د. محمد فريد العريني ، القانون التجاري -الاوراق التجارية والافلاس- ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٥.
١٥٥. د. محمد فهمي الجواهري ، القانون التجاري ، مكتبة نهضة الشرق، القاهرة ١٩٨٦.
١٥٦. د. محمد كمال سالم . اهمية الوقت و الائتمان في التجارة ، بين القانون الوضعي و الفقه الاسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٧.
١٥٧. د. محمد مختار احمد بريري، القواعد الخاصة بالشيك ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥.
١٥٨. د. محمد مرسي جاب الله ، النظام القانوني للافتراض في قانون المرافعات المدنية و التجارية ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠١٨.
١٥٩. د. محمد يسري ، تحول التصرف القانوني ، مطبعة الرسالة ، القاهرة ، ١٩٥٨.
١٦٠. د. محمدين عبد القادر محمد ، انقضاء الالتزام الصرفي بالسقوط و التقادم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨.
١٦١. د. محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري ، الجزء الثاني ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤.
١٦٢. د. محيي الدين اسماعيل علم الدين ، شرح قانون التجارة الجديد -تعليق على القانون مادة مادة مع اعماله التحضيرية- ،دار النهضة العربية مصر ، ١٩٩٩.
١٦٣. د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، المطول في الشيك، النسر الذهبي للطباعة ، عابدين، ٢٠٠٦.

١٦٤. د. مصطفى السيد احمد صقر ، فلسفة وتأريخ النظم القانونية و الاجتماعية ، مكتبة الجلاء الجديد ، المنصورة ، ١٩٩٥.
١٦٥. د. مصطفى عبد الحميد عدوي ، شفافية الافتراض القانوني ، تطبيق على معايير تحديد لحظة الموت دراسة مقارنة بالقانون الامريكي، دار الكتب و الوثائق القومية ، القاهرة ، ٢٠١٣.
١٦٦. د. مصطفى كمال طه ، الاوراق التجارية و الافلاس ، الطبعة الاولى ، مطبعة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٨.
١٦٧. د. مصطفى كمال طه ، الوجيز في القانون التجاري ، الجزء الثاني ، المكتب المصري الحديث ، الاسكندرية ، ١٩٧١.
١٦٨. د. مصطفى كمال طه ، د. علي البارودي ، القانون التجاري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ٢٠٠١.
١٦٩. د. مصطفى كمال طه ، د. وائل انور بندق ، الاوراق التجارية و وسائل الدفع الالكتروني الحديثة ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٩.
١٧٠. د. مفتاح عبد السلام المهدوي، الأوراق التجارية في التشريع الليبي، الطبعة الثانية ، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي ، ٢٠٠٨.
١٧١. د. منذر الشاوي ، مدخل في فلسفة القانون ، الطبعة الاولى ، دار الذاكرة للنشر و التوزيع ، بغداد ، ٢٠١١.
١٧٢. د. منصور حاتم محسن ، فكرة تصحيح العقد ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٠.
١٧٣. د. منصور مصطفى منصور ، المدخل للعلوم القانونية ، مكتبة دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ١٩٦٠.
١٧٤. د. نبيل ابراهيم سعد ، التضامم ومبدا عدم افتراض التضامن ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، ١٩٨٧.
١٧٥. د. نبيل ابراهيم سعد ، نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون سنة طبع .
١٧٦. د. نعمان محمد خليل ، اركان الظاهر كمصدر للحق ، مطبوعات المنظمة العربية للتربية و الثقافة ، معهد البحوث و الدراسات العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧
١٧٧. المستشار هاني المختار ، الشيك الجديد وفقًا لقانون التجارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١.
١٧٨. د. هاني دويدار، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
١٧٩. د. هشام صادق و د. عكاشة محمد عبد العال ، تأريخ النظم القانونية و الاجتماعية ، دار الجامعة الجديد ، القاهرة ، ١٩٨٨.
١٨٠. د. هشام فرعون ، القانون التجاري البري ، الجزء الاول ، منشورات جامعة حلب ، ١٩٩٢.
١٨١. د. وحيد الدين سوارن ، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، ١٩٦٠.
١٨٢. د. وليم سليمان قلادة ، التعبير عن الارادة ، الطبعة الاولى ، المطبعة الحديثة ، القاهرة ، ١٩٥٥.
١٨٣. د. الياس حداد ، الاوراق التجارية ، دار البحوث ، المملكة العربية السعودية ، بلا سنة طبع .
١٨٤. د. الياس حداد ، الاوراق التجارية في النظام التجاري السعودي ، دار البحوث ، المملكة العربية السعودية ، ١٣٨٠ هـ.

١٨٥. د. يوسف سليم كحلا ، الشيك : تاريخه ونظامه وتطبيق احكامه في القوانين التجارية والجزائية في البلاد العربية والاجنبية واتفاقيات جنيف الموحدة ، مطابع فتى العرب، دمشق ، ١٩٦٧.
١٨٦. يوسف عودة غانم المنصوري ، التضامن الصرفي في الاوراق التجارية ،الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٢.

خامسًا: الكتب المترجمة

١. د. جاك غسان ، المطول في القانون المدني مفاعيل العقد و اثاره ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر ، بيروت ، ٢٠٠١.
٢. ج. ربير ، ر.روبلو ، المطول في القانون التجاري ،ترجمة د. علي مقلد . الجزء الثاني ،الطبعة الاولى . المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر، ٢٠٠٨.
٣. هاوارد ازنبيرك ، الفضاءات الداخلية للاستكشاف البارا سايكلوجية ، ترجمة الحارث عبد العميد و اسيل عبد الرزاق ، مطبعة بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠١.
٤. هنري باتيفول ، فلسفة القانون ، ترجمة د. سموحي فوق العادة ، مكتبة الفكر الجامعي منشورات عويدات ، بيروت ، ١٩٧٢.

سادسًا: اطاريح الدكتوراه

١. احمد جابر الحسيني ، اليقين القانوني الجنائي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء ٢٠١٩.
٢. احمد صبري كاظم السعدي ، الحماية الصرفية لحامل السفتجة "دراسة مقارنة" اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠٢٠.
٣. احمد كامل الصيرفي ، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٩٢.
٤. ايمان طارق الشكري ، سلطة القاضي في تفسير العقد ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٢.
٥. ايناس مكي عبد نصار ، الافتراض القانوني "دراسة مقارنة" ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٧.
٦. جمال السيد عبد الحميد ، الورقة التجارية كضمان للإئتمان المصرفي "دراسة نقدية" ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس ، ٢٠١٦.
٧. جورجيت صبحي عبدة قليني ، مبدأ استقلال التوقيعات في الاوراق التجارية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٩٦.
٨. حسن داخل عبد راضي الجعيفري ، الالتزام القانوني المجرد ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٨.
٩. حسن عبد القادر معروف ، فكرة الشكلية و تطبيقاتها في العقود ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٤.

١٠. حسين محمد احمد سعيد ، رجوع حامل الورقة التجارية على الملتزمين بالوفاء ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى قسم القانون التجاري في كلية الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٨٢.
١١. حمادي مصطفى عزب ، مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة اسيوط ، ١٩٩١.
١٢. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، نطاق العقد ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٥.
١٣. عبد الغفار ابراهيم موسى الحكماوي ، مسؤولية المصرف عن الوفاء بقيمة الشيك ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٩٢.
١٤. عبد المهدي كاظم ناصر ، الاقتصاد في فسخ العقد ،اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٧.
١٥. علاء الدين محمد الحسيني ، الرجوع الصرفي "دراسة مقارنة" ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، قسم القانون التجاري ، ٢٠٠١.
١٦. علي حميد كاظم الشكري ، استقرار المعاملات المالية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٤.
١٧. علي هادي علوان العبيدي ، التحايل على القانون ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ١٩٩٥.
١٨. مجيد خضر عبد الله ، نظرية الغلط في قانون العقوبات ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٣.
١٩. محمد ابو عافية ، التصرف القانوني المجرد ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة فاروق الاول ، ١٩٤٧
٢٠. محمد عبد المحسن ، القصد الجنائي الاحتمالي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩٦.
٢١. مروان حسين عطية ، الارادة الضمنية للسلطة التأسيسية الاصلية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠٢٠.
٢٢. نجلاء توفيق نجيب فليح ، عبء الاثبات في الدعوى المدنية "دراسة مقارنة" اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة الموصل ، ١٩٩٨.
٢٣. ندى عبد الكاظم حسين ، اثار البطلان ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٧.
٢٤. نضال فرج العلي ، اصدار الشيك في قانون التجارة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ٢٠٠٥.
٢٥. نورس احمد كاظم الموسوي ، السياسة الجنائية في حماية الامن الفكري "دراسة مقارنة" ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠٢٠.
٢٦. هدير شلال شناوة ، العلم و اثره على التصرفات القانونية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء ٢٠١٩.

سابعًا : البحوث

١. د. احمد جعفر الشاوي ، المفهوم الحديث للالتزام المجرد ، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية ، تصدر عن الجامعة العراقية – بغداد ، العدد (٤٥) المجلد الثالث ، ٢٠١٩.
٢. د. أيمن أبو العيال ،الصورية ودعوى الطعن بها ، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، تصدر عن مديرية المجلات في جامعة دمشق ، ،المجلد ٢٠، العدد الأول، ٢٠٠٤.
٣. د. جمال الحاج ياسين و م. علي شمران حميد ، وسائل تطور النصوص القانونية ، بحث منشور في مجلة جامعة اهل البيت، تصدر عن جامعة اهل البيت – كربلاء ، السنة ١٤ العدد٢٢ ، ٢٠١٨.
٤. د. حسين النوري ، مسؤولية البنك بمناسبة الوفاء بالشيك المزور ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، تصدر عن كلية الحقوق جامعة عين شمس ،القاهرة ، تصدر عن كلية الالعدد الاول ، السنة الخامسة عشر ، ١٩٧٣.
٥. حسين المؤمن ، القرائن القانونية و القواعد الموضوعية ، بحث مقدم الى مجلة القضاء الحقوقية ، تصدر عن نقابة المحامين العراقية ، العدد الاول و الثاني ، السنة التاسعة و العشرون ، ١٩٧٤.
٦. رغد فوزي عبد الطائي ، اشكاليات تطبيق العرف التجاري ، بحث منشور في مجلة الغري للعلوم الاقتصادية و الادارية، تصدر عن كلية الادارة و الاقتصاد جامعة الكوفة ، العدد الثاني السنة الثانية عشر ،٢٠٠٩.
٧. د. رمسيس بهنام ، الاتجاه الحديث في نظرية الفعل و الفاعل و المسؤولية ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية تصدر عن كلية الحقوق جامعة الاسكندرية ، العدد الاول ،السنة التاسعة ،١٩٥٩-١٩٦٠.
٨. د. رؤوف عبيد ، مناط مسؤولية المتهم عن النتائج المحتملة ومبادئ أخرى متصلة بالسببية وتقدير العقوبة ، المجلة الجنائية القومية ، تصدر عن المركز القومى للبحوث الاجتماعية والجنائية ، المجلد الثاني ، العدد الاول ، مارس ١٩٥٩.
٩. د. صدام فيصل كوكز ، د. سعد عبيد الجميلي ، تجريد الالتزام من الدفوع "دراسة مقارنة في ووسائل حماية الدائنين في العلاقات العقدية" ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، تصدر عن كلية القانون جامعة بغداد ، تصدر عن كلية القانون بجامعة بغداد، العدد الثاني ، ٢٠١٣.
١٠. الاستاذ صلب ، دعوى الصورية ، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية ، تصدر عن نقابة المحامين المصرية ، العدد العاشر ، السنة الثامنة ، ١٩٢٧.
١١. د. ضمير حسين المعموري ، الالتزام الانضمامي ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ،تصدر عن جامعة بابل ، المجلد (١٥) العدد (١) ، ٢٠٠٨.
١٢. استاذنا د. عباس زبون العبودي ، كاظم حمادي يوسف ، النظرية العامة للأرادة الضمنية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، تصدر عن كلية القانون جامعة بغداد ، العدد الخامس، عدد خاص ببحوث التدريسين و الطلبة ، ٢٠١٩.
١٣. د. عبد الباسط جميعي ، الوكالة الظاهرة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، تصدر عن جامعة عين شمس ، العدد الثاني ، ١٩٦٣.

١٤. د. عدنان ابراهيم السرحان ، الاتجاهات الحديثة للمسؤولية عن الفعل الضار، دراسة نقدية مقارنة في القانونين الإماراتي والقطري في ضوء تطورات المسؤولية في القانون الفرنسي ، بحث منشور في مجلة الشريعة و القانون ، تصدر عن كلية القانون ، جامعة الامارات ، العدد ٧١، السنة ٣١، ٢٠١٧.

١٥. د. علي فوزي الموسوي ، فكرة التجريد في الالتزام الصرفي ، بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدر عن كلية القانون الجامعة المستنصرية ، المجلد ١٦، العدد (٢٩-٣٠) ، ٢٠١٧.

١٦. د. فائق الشماع ، اركان التصرفات الارادية في انشاء الاوراق التجارية ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، تصدر عن جمعية القانون المقارن العراقية ، السنة التاسعة ، ١٩٨١.

١٧. د. فائق الشماع ، الشكلية في الاوراق التجارية ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، ،تصدر عن جمعية القانون المقارن العراقية ،العدد ٢٠ ، ١٩٨٧.

١٨. د. فائق الشماع ، احكام التزام المسحوب عليه القابل ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، تصدر عن كلية القانون جامعة بغداد ، المجلد السابع عشر، العددان الاول و الثاني، جامعة بغداد ، ٢٠٠٢.

١٩. د. فائق الشماع ، سقوط حق حامل الورقة التجارية المهمل ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، تصدر عن كلية القانون جامعة بغداد ،المجلد السادس ،العدادن الاول و الثاني ١٩٨٧.

٢٠. د. فوزي محمد سامي ، مقابل الوفاء في السفتجة، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، تصدر عن جمعية القانون المقارن العراقية ، العدد المزدوج (٤ ، ٥) ، السنة الخامسة ، ١٩٧٢.

٢١. د. مجيد حميد العنبكي ، مفهوم المقابل في الحوالة التجارية (السفتجة) في القانون الانكليزي ، مجلة العلوم القانونية ، تصدر عن كلية القانون جامعة بغداد ، المجلد العاشر ، العدد الثاني ، ١٩٩٤.

٢٢. د. محسن شفيق ، التكييف القانوني للألتزام الصرفي ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية ، تصدر عن كلية الحقوق جامعة الاسكندرية ، السنة الاولى ، العدد الاول ، مارس ١٩٤٣.

٢٣. د. محمد حسين الجيزاني ، قاعدة لا مشاحة في الاصطلاح ، بحث منشور في مجلة الاصول و النوازل ، تصدر عن مركز المصادر للنشر و التوزيع ، جدة- المملكة العربية السعودية ، السنة الاولى ، العدد الثاني ، ٢٠٠٩.

٢٤. مختار بكور ، تبعية التزام الضامن الاحتياطي وقاعدة عدم التمسك بالدفوع ، بحث منشور في المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، تصدر عن كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط ، العدد الثامن عشر ، ١٩٨٥.

٢٥. د. مرتضى جمعة عاشور ، مناعة التصرف التجاري في العلاقات الثلاثية ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين ، تصدر عن كلية الحقوق جامعة النهرين ، المجلد ١٩، الاصدار الاول ، ٢٠٠٨.

٢٦. د. مصطفى الزلمي ود. ياسر باسم ذنون ، الحقيقة الواقعية و الحقيقة القضائية بين النسبية و الاطلاق (دراسة في ضوء قواعد علم الفلسفة) بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية ، تصدر عن كلية الحدباء الجامعة ، العدد (١٤) ٢٠٠٦.

٢٧. د. ياسر باسم ذنون ، الافتراض القانوني في قانون المرافعات ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ،تصدر عن كلية الحقوق جامعة الموصل ، المجلد الثاني عشر ، العدد الخامس و الاربعون ، ٢٠١٠.

٢٨. د. ياسين بن ناصر الخطيب ، نظرية استقرار المعاملات و اثرها على العقود دراسة تطبيقية على بعض المعاملات المالية ، بحث منشور في مجلة العدل ، تصدر عن وزارة العدل في المملكة العربية السعودية ، العدد ٦٣، جمادي الاول ، ١٤٣٥ هـ.

ثامنًا: المحاضرات الخاصة بالدراسات العليا

٨- استاذنا د. باسم علوان العقابي ، البيئة التجارية ، محاضرات القيت على طلبة الدكتوراه في كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٨-٢٠١٩.
٩- د. امين محمد بدر ، الالتزام الصرفي في قوانين البلدان العربية ، محاضرات القيت على طلبة الدكتوراه في قسم الدراسات القانونية في معهد الدراسات العربية و العالمية ، القاهرة ،١٩٥٥-١٩٥٦.
١٠- د. الوزير فرج الوزير، عناصر الائتمان المصرفي، مجموعة محاضرات القيت في معهد الدراسات المصرفية، القاهرة ، ١٩٦٢.
١١- د. عبد الجواد فرج ، الضمان الشخصي في العمليات المصرفية مع الاشارة إلى ضمان المؤسسة العامة، محاضرات القيت في معهد الدراسات المصرفية، القاهرة ١٩٦٦.

تاسعًا: القرارات القضائية العراقية المنشورة

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية ، الهيئة الموسعة المدنية ، رقم ٢٩، في ٢٠١٥ /٢/١٦، منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية على الرابط التالي :-
http://iraqld.hjc.iq:8080/VerdictsTextResults.aspx
٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية ، الهيئة العامة ، رقم ٣١٣، في ٢٠٠٩/٤/٥. منشور في موقع قادة التشريعات العراقي على الرابط التالي :-
http://iraqld.hjc.iq:8080/VerdictsTextResults.aspx
٣- قرار محمة التمييز الاتحادية ، الهيئة المدنية ، رقم ٥٨٦، في ٢٠١٠ /٨/ ٢٥، منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية على الرابط التالي :-
http://iraqld.hjc.iq:8080/VerdictsTextResults.aspx
٤- قرار محكمة بداءة الرصافة رقم (٥٨٧) في (٢٠١٤/١٠/١٩)، منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية على الرابط التالي:-
http://iraqld.hjc.iq/VerdictsTextResults.aspx
٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (١٠٦) في (٢٠٠٦/١١/١٨) متاح على موقع قاعدة التشريعات العراقية على الرابط التالي :-
http://iraqld.hjc.iq:8080/VerdictsTextResults.aspx

عاشرًا :ا لتشريعات و الاتفاقيات

أ- التشريعات العراقية

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) منشور في الجريدة الرسمية الوقائع العراقية في العدد(٣٠١٥) في (١٩٥١/٩/٨).
٢- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) المعدل منشور بالجريدة الرسمية الوقائع العراقية بالعدد(١٧٦٦) في (١٩٦٩/١١/١٠) .
٣- قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) المعدل ، منشور في الجريدة الرسمية الوقائع العراقية ، العدد : (١٧٧٨)، في (١٥-١٢-١٩٦٩).
٤- قانون التجارة العراقي السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠
٥- قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل منشور بالجريدة الرسمية الوقائع العراقية بالعدد ٢٧٢٨ في ١٩٧٩/٩/٣.
٦- قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٨٠ المعدل المنشور في الجريدة الرسمية الوقائع العراقية في العدد (٢٧٦٢) في (١٩٨٠/٣/١٧).
٧- القانون التجارة العراقي رقم(٣٠) لسنة (١٩٨٤) المنشور في الجريدة الرسمية الوقائع العراقية في العدد (٢٩٨٧) في تاريخ (١٩٨٤/٤/٢) المعدل
٨- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، المنشور في الجريدة الرسمية الوقائع العراقية بالعدد(٤٠١٢) في (٢٠٠٥/١٢/٢٨).
٩- قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم(٢١) لسنة (٢٠٠٨) نشر في الجريدة الرسمية الوقائع العراقية بالعدد (٤٠٧٠) في ٣١/٣/ ٢٠٠٨.

ب- التشريعات العربية

١- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨
٢- القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة (١٩٤٩)
٣- قانون التجارة الاردني رقم(١٢) لسنة ١٩٦٦.
٤- قانون الاثبات في المواد المدنية و التجارية المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ منشور بالجريدة الرسمية في العدد ٢٢ في ٢٠ /١٩٦٨/٥
٥- قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠
٦- قانون المعاملات التجارية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ .
٧- . قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩) .
٨- قانون التجارة السوري رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٧.

ت- التشريعات الفرنسية

١- القانون المدني الفرنسي (Code civil) الصادر في (١٨٠٤) المعدل و بنسخة محدثة في (٢٠٢١) متاح على الرابط التالي :-
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/2021-05-01

٢- قانون التجارة الفرنسي (Code de commerce) لعام ١٨٠٧ المعدل وبنسخته المحدثة في(٢٠٢١). متاح على الرابط التالي:-
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000005634379

٣- القانون النقدي و المالي الفرنسي (Code monétaire et financier) رقم (١٣٢٣) لسنة (٢٠٠٠) و الصادر في (١٤) ديسمبر (٢٠٠٠) المعدل و بنسخته المحدثة في (٢٠٢١). متاح على الرابط التالي:-
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006072026

ث- التشريعات الامريكية

١- دستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر عام ١٧٨٩ مع تعديلاته لغاية عام ١٩٩٢، متاح على الرابط التالي : https://constituteproject.org/

٢- قانون الاحتياطي الفدرالي الامريكي الصادر عام ١٩١٣(THE FEDERAL RESERVE ACT OF 1913) متاح على الرابط التالي:-
https://www.federalreserve.gov/aboutthefed/fract.htm

٣- قانون التجارة الامريكي الموحد (Uniform Commercial Code) و المعروف اختصارًا بـ (UCC) و الصادر عام ١٩٥٢. متاح على الرابط التالي :-
https://www.law.cornell.edu/ucc

٤- لائحة قواعد الاثبات الفدرالية (Federal Rules of Evidence) المعدلة في (١/ ديسمبر/٢٠٢٠) - متاحة على الرابط : https://www.law.cornell.edu/rules/fre

د- الاتفاقيات

١- اتفاقية جنيف الخاصة بالسفاتج و الكمبيالات (UNIFORM LAW ON BILLS OF EXCHANGE AND PROMISSORY NOTES) . متاحة على الرابط التالي :
https://www.jus.uio.no/lm/bills.of.exchange.and.promissory.notes.convention.1930/doc.html

٢- اتفاقية جنيف الثانية لسنة ١٩٣٠ الخاصة بتنازع القوانين في موضوع الحوالة و الكمبيالة
CONVENTION' FOR THE SETTLEMENT OF CERTAIN CONFLICTS OF LAWS IN CONNECTION WITH BILLS OF EXCHANGE AND PROMISSORY NOTES. SIGNED AT GENEVA (JUNE / 7/ 1930)

https://treaties.un.org/PAGES/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=551&chapter=30&clang=_fr

٣- الملحق الثاني لأتفاقية جنيف الخاصة بالسفاتج و الكمبيالات (ANNEX II) الخاص بالتحفظات متاح على الرابط :

https://treaties.un.org/Pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=553&chapter=30&clang=_en

٤- اتفاقية جنيف الموحدة للصك(Convention Providing a Uniform Law for Cheques Done at: Geneva Date enacted: 1931-03-19.) متاحة على الرابط :

https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/09/9-03/law-cheques.xml

حادي عشر: مصادر علم الاقتصاد

١- د. عبد المعطي رضا رشيد، إدارة الائتمان، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، ١٩٩٠
٢- د. محمد علي رضا آل جاسم ، القواعد الأساسية في الاقتصاد التطبيقي، الطبعة الاولى مطبعة شفيق، بغداد، ، بدون سنة طبع.
٣- د. مصطفى نوارج ، فنون البيع و الاقناع ، الطبعة الاولى ، دار المعارف ، القاهرة ، ٢٠١٩.

ثاني عشر : مصادر اخرى

١- نسخة (Dalloz) من القانون المدني الفرنسي باللغة العربية (code civil francais en arabe)، مطبعة جامعة القديس يوسف ، بيروت ، ٢٠٠٩،
٢- المبادئ القانونية لمحكمة النقض المصرية في الاوراق التجارية ، نشرة تصدر عن المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية ، ٢٠٢٠.
٣- المدخل لدراسة القانون و المصطلحات القانونية الامريكية ، تأليف (مجموعة من المتخصصين) ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩.
٤- حارث سليمان الفاروقي ، المعجم القانوني "انكليزي – عربي" تفسير و تعريب مصطلحات الفقه الانكليزي و الامريكي ، الطبعة الخامسة ، مكتبة لبنان ، ٢٠٠٣
٥- المذكرة الايضاحية لقانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩) ، اعداد و ترتيب المحامي احمد صلاح الدين ، مكتبة النور ، القاهرة.
٦- المذكرة التفسيرية لقانون التجارة العراقي السابق رقم (١٤٩)لسنة (١٩٧٠)
٧- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي ، الجزء الثاني ، مطبعة الزمان بغداد ، ٢٠٠٠، ص١١٣،.
٨- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء الثاني ، اعداد و ترتيب المحامي احمد صلاح الدين.

ثالث عشر : المواقع الالكترونية

١- معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص (الانطلوجيا العربية) ، جامعة بيرزت ، Copyright © 2018 Birzeit University , https://ontology.birzeit.edu

٢- خالد بن محمد الملك ، متى يأتي العدد مذكرًا و متى يأتي مؤنثًا ، مقالة منشورة في جريدة الجزيرة ، الطبعة الاولى ، العدد ١٠٤٥٣ ، متاحة الى الانتر نت على الرابط التالي :-

٣- https://www.al-jazirah.com/2001/20010512/tl3.htm

٤- موقع المركز الوطني للدساتير التابع لوزارة الخارجة الامريكية https://constituteproject.org

٥- موقع الخدمات القانونية الفرنسية العامة https://www.legifrance.gouv.fr

٦- موقع ويكيبيديا الموسوعة الحرة https://ar.wikipedia.org

٧- موقع مجلة دالوز الفرنسية https://www.dalloz.fr

٨- موقع معهد المعلومات القانونية كلية الحقوق جامعة كورنيل الامريكية https://www.law.cornell.edu

٩- موقع المحكمة العليا الامريكية https://caselaw.findlaw.com

١٠- موقع (justia) الخاص بقانون الولايات المتحدة https://law.justia.com

١١- موقع كلية الحقوق جامعة اوسلو www.jus.uio.no

١٢- موقع منظمة الامم المتحدة /https://www.un.org

١٣- موقع مجلس محافظي البنك الاحتياطي الفدرالي الامريكي https://www.federalreserve.gov

١٤- موقع محكمة النقض المصرية https://www.cc.gov.eg

١٥- موقع البنك المركزي العراقي https://cbi.iq

١٦- موقع قاعدة التشريعات العراقية

http://iraqld.hjc.iq/identity_search.aspx

ـ المصادر باللغة الاجنبية

ـ اولاً : المصادر باللغة الانكليزية

أـ الكتب

1- Frederich shauer , legal fiction in theory andpractice , springer 2011.
2- j. h .burns and h .l .a hart with anew introduction by f.rosen , the collected works of Jeremy bentham , an introduction to the principles of morals and legislation , oxford university press, 2005.
3- JOSEF KOTÁSEK , Bill of Exchange Law, 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2005.
4- - Lon l. fuller , legal fictions , Stanford university press, 1967.
5- Dr. William H. Lawrence, Understanding Negotiable Instruments and Payment Systems, Matthew Bender & Company Inc. a Member of The LexisNexis Group, New York, 2002.

ب- البحوث المنشورة في المجلات و الدوريات

6- Alan Schwartz, Robert E. Scott , Contract Interpretation Redux , Yale Law Journal, Vol. 119,no 5, 2009-2010 , , Available at the link: https://www.yalelawjournal.org/review/contract-interpretation-redux
7- E. M. C, Payee of Negotiable Instrument as Holder in Due Course, Virginia Law Review, Vol. 18, No. 6, 1932, p. https://www.jstor.org/stable/1066786?origin=crossref&seq=1
8- H. C. A, The Transfer of a Negotiable Instrument by Writing a Guaranty Thereon, University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, Vol. 72, No. 3, 1924,p296. Available at the link https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8024&context=penn_law_review
9- Jianhong Fan and Yang Tao, Negotiable Instrument in Particular Bills of Exchange in Macau China, Journal of International Commercial Law and Technology, Vol.2, No. 2, 2007,P,89, Available at the link https://www.researchgate.net/publication/26454364_Negotiable_Instruments_in_Particular_Bills_of_Exchange_in_Macau_China
10- - J. S. K, The Effect Upon a Bill of Exchange of a Reference to Attached Bills of Lading, Michigan Law Review, Vol. 12, No. 5, 1914,p.398, Available at the link https://www.jstor.org/stable/1275327?refreqid=excelsior%3Ab78b3635a01201a1bfec8e21ab0c892f&seq=1#metadata_info_tab_contents

11- Dr. Ileana Voica, Bills of Exchange and Promissory Notes, Juridical Tribune Journal, Vol. 1, No. 2, 2011., Available at the link https://econpapers.repec.org/article/asrjournl/v_3a1_3ay_3a2011_3ai_3a2_3ap_3a107-117.htm

12- Ron. S. Luedemann, Warranties on The Transfer of a Negotiable Instrument, Stanford Law Review, Vol. 17, No, 1, 1964,p78, Available at the link https://www.jstor.org/stable/1227187?refreqid=excelsior%3A80cbe3423960d2e216b732f36d46307a&seq=1

13- Roscoe T. Steffen, Some Recent Supreme Court Decisions Relating to Negotiable Instruments, Indiana Law Journal, Vol. 12, No. 1, 1936., Available at the link https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol12/iss1/1/

14- Ralph W. Aigler, Rights of Holder of Bill of Exchange against the Drawee, Harvard Law Review, Vol. 38, No. 7, 1925,p860. Available at the link https://www.jstor.org/stable/1329536?origin=crossref&seq=1#metadata_info_tab_contents

15- Dr. Vojo Belovski, THE BILL OF EXCHANGE AS A MEANS OF PAYMENT AND SECURITY,Journal of Process Management – New Technologies, International Vol. 4, No.3, 2016, p45 Available at the link: https://core.ac.uk/download/pdf/80817893.pdf

ت- المقالات القانونية

16- - David M. Steingold , The UCC and Negotiable Instruments - Part 1 of 2 , An overview of a few of the most basic UCC rules for how checks, promissory notes, and other negotiable instruments work , , 2013 , Legal article, Available at the link https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/the-ucc-negotiable-instruments-part-1-2.html

17- Felipe Jiménez , A Formalist Theory of Contract Law Adjudication , Legal article published on the site, Posted: 31 Jul 2019 ,. Available at the link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3428765

ث- الاحكام القضائية الامريكية

1- United States Supreme Court , FEDERAL RESERVE BANK OF RICHMOND v. MALLOY(1924), Argued: January 9, 1924Decided: February 18, 1924, https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/264/160.html
2- United States Supreme Court , UNITED STATES v. GUARANTY TRUST CO.(1934) , No. 120 , Argued: Decided: December 10, 1934 , https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/293/340.html
3- Decision of United States Supreme Court, in Nov. 11, 1935, Graham v. White-Phillips Co. at the http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=296&invol
4- Supreme Court of California , MORTGAGE GUARANTEE CO v. CHOTINER , L. A. 15897 , Decided: December 31, 1936 , https://caselaw.findlaw.com/ca-supreme-court/1783012.html
5- District Court of Appeal, Second District, Division 2, California., MANN v. LEASKO , Civ. 24296., Decided: April 12, 1960 , https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1811646.html
6- Court of Appeal, Second District, Division 4, California , SECURITY PACIFIC NATIONAL BANK v. CHESS, Civ. 46439, Decided: May 20, 1976 , https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1829812.htm
7- Court of Appeal, Fourth District, Division 2, California , Helen A. PRIBUS, Plaintiff and Respondent, v. Philip L. BUSH, Defendant and Appellant, Decided: May 12, 1981, (concur) https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1835126.html
8- Court of Appeals of Minnesota, No. C6-92-1711., March 16, 1993, https://law.justia.com/cases/minnesota/court-of-appeals/1993/c6-92-1711.html
9- Colorado Court of Appeals,Div. III, FLATIRON LINEN INC v. FIRST AMERICAN STATE BANK No. 98CA0466 , Decided: September 16, 1999, https://caselaw.findlaw.com/co-court-of-appeals/1480944.html
10- Superior Court of New Jersey,Appellate Division, COMMERCE BANK v. DeSimone Auto, Inc., t/a Executive Auto Sales, j/s/a, Defendant-Appellant, Decided: March 31, 2000 , https://caselaw.findlaw.com/nj-superior-court-appellate-division/1167203.html

11- Supreme Court of Nevada. Tuan Ngoc NGUYEN, Appellant, v. The STATE of Nevada, Respondent., No. 34555. Decided: December 14, 2000 , https://caselaw.findlaw.com/nv-supreme-court/1490257.html
12- Superior Court of Pennsylvania , SEXTON v. PNC BANK , Decided: February 13, 2002 , https://caselaw.findlaw.com/pa-superior-court/1152124.html
13- Court of Special Appeals of Maryland ,Jeff E. MESSING, v. BANK OF AMERICA, N.A. Decided: February 28, 2002,(KRAUSER, Judge.) https://caselaw.findlaw.com/md-court-of-special-appeals/1151946.html
14- Appellate Court of Connecticut, COREGIS INSURANCE COMPANY v.FLEET NATIONAL BANK, No. 22136 , Decided: March 26, 2002 https://caselaw.findlaw.com/ct-court-of-appeals/1204777.html
15- Supreme Court of Alabama, Robert A. MORGAN, as trustee of the bankruptcy estate v. FARMERS & MERCHANTS BANK.1011290, Decided: February 28, 2003, https://caselaw.findlaw.com/al-supreme-court/1223602.html
16- Court of Appeals of Maryland, MESSING v. BANK OF AMERICA , No. 27 , Decided: April 07, 2003 , https://caselaw.findlaw.com/md-court-of-appeals/1315308.html
17- - Court of Appeals of Maryland, LEMA v. BANK OF AMERICA , No. 93, Sept. Term , Decided: June 17, 2003 , https://caselaw.findlaw.com/md-court-of-appeals/1364216.html
18- Court of Appeals of Maryland, PELICAN NATIONAL BANK v. PROVIDENT BANK OF MARYLAND, Decided: May 14, 2004, https://caselaw.findlaw.com/md-court-of-appeals/1472325.html
19- Supreme Court of North Dakota STATE NORTH DAKOTA HOUSING FINANCE AGENCY v. CENTER MUTUAL INSURANCE COMPANY, No. 20050224, Decided: August 02, 2006 , https://caselaw.findlaw.com/nd-supreme-court/1041088.html
20- - United States Court of Appeals ,Second Circuit, Bank of America Corporation, Defendant and Third-Party Plaintiff-Appellee, v. The Federal Reserve Bank of Atlanta, Third-Party Defendant-Appellant. Docket No. 06-1546-cv. Decided: March 04, 2008, https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1474589.html
21- - Superior Court of Pennsylvania. COMMONWEALTH v. HUGHES, Decided: December 14, 2009 , https://caselaw.findlaw.com/pa-superior-court/1499597.html

22- Appellate Court of Illinois,Third District, Jarred NEWELL, Plaintiff-Appellant, v. Ruth NEWELL, First Midwest Bancorp Inc., an Illinois Corporation, Defendants-Appellees, Decided: January 27, 2011, (Justice LYTTON delivered the judgment of the court, with opinion: Justice O'BRIEN concurred in the judgment and opinion. Justice SCHMIDT dissented, with opinion.) https://caselaw.findlaw.com/il-court-of-appeals/1555658.html

23- Court of Appeals of Georgia , CORE LAVISTA LLC v. CUMMING , No. A10A2000. Decided: March 25, 2011, https://caselaw.findlaw.com/ga-court-of-appeals/1560850.html

24- Superior Court of Connecticut. Aurora Loan Services, LLC v. Michael K. Flash et al. CV116025457S , Decided: March 14, 2012, https://caselaw.findlaw.com/ct-superior-court/1598185.html

25- Superior Court of Connecticut. LVNV LLC v. Eva Savvidis , FSTCV116011458S, Decided: May 06, 2013 , https://caselaw.findlaw.com/ct-superior-court/1632821.html

26- Supreme Court of Louisiana , WELLS FARGO BANK, N.A. v. Fredrick Malcolm SETTOON , Decided: June 07, 2013 , https://caselaw.findlaw.com/la-court-of-appeal/1634180.html

27- Court of Appeals of Texas ,Houston (1st Dist.). CHARLES TIPS FAMILY TRUST v. PB COMMERCIAL LLC , No. 01–13–00449–CV , Decided: August 19, 2014, https://caselaw.findlaw.com/tx-court-of-appeals/1676009.html

28- District of Columbia Court of Appeals, BARTEL v. BANK OF AMERICA CORPORATION , No. 14–CV–1069, Decided: December 24, 2015, https://caselaw.findlaw.com/dc-court-of-appeals/1721733.html

29- United States Court of Appeals for the Eighth Circuit, Hawkins v. Community Bank of Raymore , DOCKET NO. 14-520, DECIDED Mar 22, 2016 , https://www.oyez.org/cases/2016/14-520

30- United States Court of Appeals, Eleventh Circuit , ESTATE OF BASS v. REGIONS BANK INC , Nos. 17-13048, 18-12917 , Decided: January 21, 2020 , https://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1907918.html

ثانيًا : المصادر باللغة الفرنسية

أ- الكتب

1) Academie de Droit Internationa , Recueil Des Cours – Collected Courses,martinus nijhoff publishers II, ,boston 1991.
2) Boriss tarck , Droit des civiles ebligetions trstetroieiem , dition 1989.
3) CH.LYON , L.RENAULT ,droit commercial, Tome 3, paris, 1975.
4) Dabin , La techinique de L' elaboration du droit positif , specialement en droit civil ,1935
5) Demogue Rene , Les notions fondamentales du droit prive,1911.
6) DAGOT Michel, La simulation en droit privé, s.m.d, Paris, 1965.
7) Francois geny , science et thehnigue en droit prive positf ,tome 3 paris ,1921
8) friedel georges , De Linopposabilite des Exceptions En Matiere D.effets de commerce , Edititons rousseau , 1953.
9) Roger Houin , Le probeme drs flction en droit prive Trav de association H Capitan T.3.1948
10) J.Macqueron , principes des obligations en droit , romaine d la pensee universitaire , aix en provence, Année d'édition : 2009.
11) Jaqus Leaute , Le Mandate apparent Dans Ses rapports aveo La Theoriegerenal l opparence , revue , trim estrille Annee , 1947
12) R.von.ihreing, L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement Droit romain Paris : Marescq,1880.
13) Stefan goltzber, theorie bidimensionnelle del,argumentation juridique, beulant, 2012.
14) Terrel et Lejeune , Traite des operrations commerciales les des banques , paris , 1951.

ب- المقالات القانونية

1) Aurélien Bamdé , Droit des instruments de paiement et de crédit, lettre de change , Article juridique publié sur le site suivant, Mai 4, 2016 https://aurelienbamde.com/category/lettre-de-change/

2) Aurélien Bamdé , L'acceptation de la lettre de change , Article juridique publié sur le site , Le Droit dans tous ses états , Avr 28,

2016, Disponible sur le lien , https://aurelienbamde.com/tag/acceptation-par-intervention/

3) Elina Kareh , Syntheses IC - resume concernant la lettre de change et le billet a ordre resume concernant la lettre de change et le billet a ordre Université Libanaise , 2020/2021. https://www.studocu.com/row/document/universite-libanaise/instrument-de-paiement-et-de-credit/summaries/syntheses-ic-resume-concernant-la-lettre-de-change-et-le-billet-a-ordre/8721716/view

ج- الأحكام القضائية الفرنسية

1- Cour de cassation – Chambre commerciale – 13 janvier 1982 – n° 80-13.889

2- Cour de cassation - Chambre commerciale 8 mars 1988 / n° 86-10.733

3- Cour de cassation — Chambre commerciale — 12 mai 2004 — n° 01-16.268

4- Cour de cassation — Chambre commerciale — 3 mai 2006 — n° 04-17.139

5- Cour d'appel de Versailles – 28 juin 2006 – n° 06/03212

6- Cour d'appel de d'Angers - CHAMBRE COMMERCIALE 10 janvier 2006 / n° 05/ 00706

7- Cour d'appel d'Aix-en-PROVENCE – 16 avril 2009 – n° 11/13907

8- Cour de cassation — Chambre commerciale — 16 juin 2009 — n° 08-14.589

9- Cour d'appel de Paris — 2 février 2012 — n° 10/14545

10-Cour d'appel de Douai – 29 janvier 2013 – n° 12/00266

11-Cour d'appel de Douai — 30 mai 2013 — n° 12/01005

12-Cour de cassation - Chambre commerciale 9 avril 2013 / n° 12-14.133

13-Cour de cassation - Chambre commerciale — 1 avril 2014 - n° 13-16.902

14-Cour de cassation - Chambre commerciale — 16 décembre 2014 - n° 13-20.895..

15-Cour de cassation - Chambre commerciale — 1 mars 2016 - n° 14-25.025.

16-Cour d'appel de Versailles – 29 août 2016 – n° 14/02712

17- Cour de cassation — Chambre commerciale — 27 septembre 2016 — n° 14-22.013

18- Cour d'appel de Douai – 20 octobre 2016 – n° 14/03561

19-Cour d'appel d'Aix-en-PROVENCE — 19 janvier 2017 — n° 2017/41

20-Cour d'appel d'Amiens — 28 février 2017 — n° 15/02485

21-Cour de cassation - Chambre commerciale ,17 mai 2017 / n° 15-26.495

22-Cour de cassation - Chambre commerciale — 17 mai 2017 - n° 15-25.050

23-Cour de cassation - Chambre commerciale 14 juin 2017 / n° 15-28.255

24-Cour d'appel de Versailles – 12 septembre 2017 – n° 16/07743

25-Cour de cassation - Chambre commerciale 20 septembre 2017 / n° 15-21.450

26-Cour d'appel de Douai – 12 octobre 2017 – n° 16/00323

27-Cour d'appel de Riom – 24 janvier 2018 – n° 16/01999

28-Cour de cassation – Chambre commerciale – 3 octobre 2018 – n° 17-20.525

29-Cour d'appel de Toulouse – 14 novembre 2018 – n° 17/01533

30-Cour de casstion – Chambre commercial-16 janvier 2019 - n° 17-16-557.

31-Cour d'appel de Grenoble - ch. commerciale - 14 mars 2019 - n° 16/04587.

32-Cour de cassation – Première chambre civile – 22 janvier 2020 – n° 18-24.295

33-Cour administrative d'appel de Marseille - 5ème chambre - 17 février 2020 - n° 19MA00117

34-Cour de cassation — Chambre sociale — 8 juillet 2020 — n° 18-26.140

35-Cour de cassation - Chambre commerciale- 9 septembre 2020 / n° 17-31.476

36-Cour de cassation – Chambre commerciale – 9 septembre 2020 – n° 18-11.246

37-Cour d'appel de Paris – 17 septembre 2020 – n° 18/17321

38-d'appel de Nîmes – 24 septembre 2020 – n° 19/0105 Cour

39-Cour de cassation – Chambre sociale – 30 septembre 2020 – n° 18-24.933

40-Cour d'appel de Paris – 15 octobre 2020 – n° 18/23158

41-Cour d'appel de Nîmes – 26 novembre 2020 – n° 18/04012.

42-Cour d'appel d'Amiens – 12 janvier 2021 – n° 18/01758

Abstract

This study includes an examination of the concept of exchange assumption , which represents one of the methods used by the legislator when legislating the legal rule, which includes the establishment of a legal rule that may organize some data or facts that the persons organizing the paper neglected to organize, or organized it but in a deficient manner, so the exchange assumption completes this deficiency, and in Sometimes some commercial paper data are arranged in a vague way so that the data in the paper contradicts other data, and therefore the exchange assumption raises this conflict by assuming the validity of one of the conflicting data.

We adopted the comparative approach reinforced by a set of other scientific approaches, a method in researching this study, as we compared the Iraqi trade law, as well as the Egyptian trade law, in addition to the French trade law and the French monetary and financial law, and we also added to the study the unified American commercial law , In addition to indicating the position of legal jurisprudence in all previous legal systems, while enhancing research with the latest judicial rulings issued by courts in the countries that we chose to compare with their laws.

The thesis included three chapters, we discussed in the first chapter the definition of the exchange assumption, where we discussed each of its legal meaning and its characteristics that distinguish it, and we also examined its specific types, where we found that this assumption has three characteristics The first characteristic is that it is an assumption that does not accept proof of the opposite, and the second characteristic is that this assumption is based on the more likely probability, while the third characteristic is that this assumption may agree with the truth and sometimes contradict it.

And it became clear to us that this assumption includes three types, the first type is the organized assumption that organizes the data that was not included in the commercial paper, and the second type is the complementary assumption that completes the statement that was written, but it was written in an incomplete manner, so it is assumed that it completes it, as for the type The third is the explaining assumption that explains the ambiguous data in the commercial paper .

the exchange assumption is considered an innovative term , so it may overlap with other terms such as legal presumption and legal presumption in the special sense. We have distinguished between it and between advanced terms, and we clearly explained the differences between it and the general legal base and between legal formalism.

As for the second chapter, we devoted it to studying the philosophy of exchange assumption, and we concluded that this assumption constribte to maintain the stability of transactions related to commercial papers, and this matter represents the long-term purpose or the ideal philosophical purpose of the morphological assumption, and we also found that there are short-term philosophical purpose that are fulfilled. Practical benefit, which is reducing the cases of nullity in the commercial paper and strengthening the credit, as well as increasing the speed of transmission and circulation of the commercial paper.

As for the third chapter of this study, we have devoted it to researching the applications of the exchange assumption , We have found that these applications are distributed among all the stages that the banknote goes through, from its inception and after its circulation, guarantee, acceptance and finally its fulfillment. There are two types: the first is the assumption of missing mandatory data, which are all of the assumption of the place of payment, the place of creation and the date of payment, as well as the explanatory presumption of raising the conflict between the formula for writing the amount of the paper when the form of its writing differs between the number and the writing.

And then we explained the applications of this assumption at the stage of trading the commercial paper, whereas the law may assume the ability of the paper to be traded despite not mentioning this characteristic in it, and it may also be assumed that the signature that is not accompanied by other expressions may give him the meaning of endorsement.

After that, we discussed the applications of this assumption in the guarantee phase, where we discussed the assumption of solidarity between the signatories of the commercial paper, as well as cases in which the law assumes that the signature without any other addition has taken place as a way of guarantee.

We also examined the applications of the exchange assumption in the stage of accepting the commercial paper, as this stage includes two applications, namely cases of presuming the signature without any other addition and issued by the drawee to accept the paper, as well as cases of presumption that a third person accepts the commercial paper and does not indicate the person who accepted The paper is on his behalf, and in this case the law assumes that this acceptance has occurred in the interest of the drawer.

And we also examined the applications of the morphological assumption in the stage of fulfillment of the commercial paper, as this stage included applications for this assumption as well. The first is the assumption of the existence of a fulfillment consideration with the drawee when the drawee owes the drawer an amount of money equal to or more than the value of the commercial paper.

As for the second assumption, it is realized when a third person intervenes and pays the value of the commercial paper without explaining in the interest of the one who made this payment. The law assumes that this payment has been made in the interest of the drawer ,Finally, we ended this study with a conclusion, through which we explained the most important results and proposals we have reached.

The Republic of Iraq

Ministry of Higher Education

and Scientific Research

University of Karbala

college of Law

The exchange assumption

(A Comparative study)

PhD thesis submitted by the student

(**Atheer abduljawad hussain ali almohana)**

To the Council of the College of Law - University of Karbala

as part of the requirements of the PHD degree In private law

Under the supervision of

Prof. Dr. Basim Alwan Tumma al –Eqabei

1443 A. H. **2021 A. D.**