المقدمة

من المعلوم بان العقد ينشأ من تلاقي إرادتين –الإيجاب والقبول-، وان كلاً منهما تقتضي التعبير عنها لإظهارها من الخفاء الى المظهر المادي الملموس، وهذا التعبير عن الإرادة يتنازعه مبدآن:- مبدأ الرضائية والذي يعني منح الأفراد حرية اختيار التعبير الملائم لإرادتهم، ومبدأ الشكلية وهو على النقيض من سابقه، ويعني إلزام الأفراد بشكل محدد للتعبير عن إرادتهم العقدية.

واذا كانت الرضائية تشكل القاعدة العامة التي تحكم التصرفات القانونية في النظم القانونية الحديثة ، فان الشكلية أصبحت هي الاستثناء فيها، وقد اقتصرت على الاشكال التي فرض المشرع إتباعها لإنتاج التصرف آثاره القانونية، بحيث انها تشكل في مجملها قيداً على إرادة الأفراد لا يملكون إزاءها حرية الاختيار، ولا يكتمل التصرف القانوني بانعدامها.

الا انه قد يحدث ان يتفق الأفراد على إظهار إرادتهم في شكل خاص لم يفرضه المشرع، ولا يخرج بالتصرف من نطاق الرضائية يطلق عليه الشكل الاتفاقي، فهل من الممكن ان يحتل هذا الأخير ذات المكانة التي يحتلها الشكل القانوني – أي المفروض من قبل المشرع- ؟ وهل يمكن ان يقال عنه بأنه شكلاً بالمعنى القانوني؟

والحقيقة، ان هذه التساؤلات هي ما دعتنا الى طرح الموضوع على بساط البحث. وفي ظل عدم كفاية النصوص التشريعية التي عالجت هذا الموضوع، وعدم إحاطتها بما يكفي لاستبعاد الغموض واللبس عنه واشتباهه بالشكلية القانونية، آثرنا الخوض في جوانبه ومن زواياه المتعددة للإحاطة بمعظم ما تتخلله من قواعد واحكام لها أهميتها في الجانبين النظري والعملي.

فعلى صعيد الجانب النظري، سبق وأشرنا الى ندرة النصوص التشريعية التي تصدت لمعالجة موضوع الشكلية المتفق عليها بين الطرفين، إضافة الى ان البعض من هذه النصوص قد عالجت موضوع البحث في ذات الموضع الذي عالجت فيه الشكلية القانونية، كما انها قد أعطته ذات الحكم، وهذا ما سيتم مناقشته والتطرق اليه في موضعه من البحث.

اما على صعيد الجانب العملي، فكثيراً من الأحيان ما يحدث ان يتفق طرفا عقدٍ على إتيانه في شكلية خاصة قد تكون لغرض اثباته أو شرطاً لانعقاده، فاذا تنصل طرفاً منهما عن مراعاته وتنفيذه، فهل ينهض هذا الأمر سبباً لبطلان العقد وعدم إنتاجه آثاره القانونية؟ أم انه مما لا ينسحب على تأثير في العقد، ويمكن تنفيذ الأخير دون النظر الى الأول، على اعتبار انه مادام يشكل اتفاقاً فانه من الممكن التنازل عنه دون ان يؤثر على تنفيذ العقد الذي يتضمنه؟.

هذه التساؤلات، وغيرها، هي ما سيتم التعرض اليه في متن هذا البحث وفق منهجية لا تقوم على المقارنة بين التشريعات القانونية، لان هذه المقارنة تقتضي تأطير الفكرة تشريعياً، لأمكان، بعد هذا، عقد المقارنة، إنما تقوم منهجيتنا في هذا البحث على استجلاء لفكرة موضوعه، آملين من مشرعنا المدني تأطيرها في نص تشريعي على وفق ما سيتم التوصل اليه من نتائج في ختامه.

اما الخطة التي رسمناها لبحث الموضوع، فتتلخص بالآتي:-

المبحث الأول: مفهوم الشكل الاتفاقي

المطلب الأول:- تحديد معنى الشكل الاتفاقي

المطلب الثاني:- تمييز الشكل الاتفاقي من الشكل القانوني

المبحث الثاني: التكيف القانوني للشكلية الاتفاقية

المطلب الأول:- تفسير اتفاق الطرفين على اشتراط الشكل

المطلب الثاني:- تحديد استلزام الشكل الاتفاقي

المبحث الثالث: الأثر المترتب على تخلف الشكل الاتفاقي

المطلب الأول:- بطلان التصرف كجزاء لتخلف الشكل الاتفاقي

المطلب الثاني:- جزاءات أخرى غير البطلان لتخلف الشكل الاتفاقي

الخاتمة

المبحث الأول

مفهوم الشكل الاتفاقي

في هذا المبحث سنحاول توضيح معنى هذا الشكل الاتفاقي، ثم نتطرق الى تمييزه عن الشكل القانوني، وذلك في مطلبين كالآتي.

المطلب الأول

تحديد معنى الشكل الاتفاقي

قبل ان ندخل في بيان ما يعنيه الشكل الاتفاقي، يجدر بنا اولاً، توضيح المفهوم الدقيق للشكل باعتبار ان ما ستخلص إليه نتائج هذا المفهوم، سيبنى عليه ما اذا كان الشكل الذي يتفق عليه المتعاقدان – والذي نحن بصدد دراسته-، مما يدخل ضمن هذا المفهوم.

فالشكل في اللغة من شكلَّ الشيء : صوَّره ، وهو صورة الشيء المحسوسة أو المتوهمة ، ويراد به غالباً ما كان من الهيئات [١] .

اما الشكل اصطلاحاً ، فقد أورد بعض الكتاب تعريفاً له تمخض في الغالب عن اعطاءه معنى الشكلية التي يستلزمها المشرع في بعض التصرفات القانونية ، لتفعيل الارادة في التوصل الى الأثر المنشود من ذلك التصرف ، فهو عبارة عن اسلوب محدد للتعبير عن الارادة يفرض بصورة الزامية من قبل المشرع ،ويكون عنصراً اساسياً في انشاء العقد [٢] ، أو هو صورة خاصة من صور التعبير عن الارادة يفرضها المشرع [٣] ، أو كونه ذلك الاسلوب المحدد الذي يتعين ان يكون الرداء الذي تظهر به الارادة عند التعبير عن نفسها[٤]. وأخيراً قد تكون الشكلية المقصودة قانوناً ، هي التي يجازى غيابها بانعدام الأثر القانوني للتصرف [٥].

ويبدو مما ذكر ، بان الشكل يتصل بالتعبير عن الارادة ، لا بالارادة ذاتها ، وذلك ان الاخيرة تعدَّ امراً باطناً من كوامن النفس [٦] ، لايمكن التعرف اليها الا باظهارها الى الوجود المادي بتعبير ما يصدر عن الشخص للدلالة عليها ، واذا كان الامر كذلك ، فان اظهارها الى العالم الخارجي بشكل مادي محسوس ، هو ما يجعل بالامكان فهمها والتوصل الى مدى جديتها في الانصراف الى احداث أثر قانوني معين ، وماعدا ذلك ، فان هذه الارادة تبقى عديمة الأثر ما دامت كونها حقيقة نفسية باطنة [٧] .

فهل ان كل تعبير بهذا المعنى ، يعدُّ شكلاً بالمفهوم المطلوب الاستيضاح عنه – كما ذهبنا في مقدمة هذا المطلب - ، أم انه يتطلب ان يكون في صورة خاصة لهذا التعبير ، وليس التعبير ذاته ؟

والحقيقة ان هذا الامر كان مثار خلاف فقهي كبير تمخض عنه اتجاهان في الفقه المعاصر:

احدهما يرى بانه لايمكن تصور وجود شكلية ، الا اذا كان هنالك شكل محدد يجب التقيد به ، وان التصرف لايعتبر شكلياً الا اذا تم التعبير عنه بشكلية مفروضة [٨] ، وهذا هو الاتجاه الذي يضيق من تلك الشكلية بحيث يقصر التصرف الشكلي على الارادة التي تتخذ وضعاً خارجياً معيناً ، ومن مؤيدي هذا الاتجاه الفقيه ايرنغ والذي يرى ((ان الشكلية تقتضي ان يكون هناك تنظيم وضعي يفرض شكلاً معيناً على التعبير عن الارادة ليس لصاحبه اختيار سواه)) [٩] .

اما الاتجاه الآخر ، فهو الذي يوسع من مفهوم الشكلية ، حيث يرى ان التعبير عن الارادة بحد ذاته هو شكلاً بالمعنى القانوني . واستند الكتاب [١٠]، في اتجاههم هذا، الى ان الإرادة شيء خفي، لا يمكن تلمسها الا بطريق إظهارها الى الوجود المادي، وإظهارها هذا لا يتم الا بالتعبير عنها، وهذا التعبير ما هو الا شكلاً للتصرف القانوني. وبالطبع، فان هذا التصور للشكل لا يمكن التعويل عليه، لأنه سيقود الى القول بان جميع التصرفات القانونية شكلية مادام التعبير عن الإرادة فيها محتوماً بشكلية معينة تظهرها الى الوجود المادي.

واذا تيقنا، بان الشكل الاتفاقي- وهو محور دراستنا في هذا البحث- لا يعني سوى اتفاق الأفراد على ضرورة إتيان تصرفهم في شكل محدد يتفقون عليه مقدماً [١١] ، فانه وفقاً للاتجاه الأخير- والذي يذهب الى ان كل تعبير عن الإرادة هو مظهر شكلي للتصرف القانوني- لا يكون الا شكلاً بالمعنى القانوني.

اما وفقاً للاتجاه الأول- والذي يرى بان الشكل بمعناه القانوني لا يكون الا مفروضاً من قبل المشرع- فان الشكل الذي يرد باتفاق الطرفين لا يمكن عدَّه شكلاً قانونياً، لان الشكل القانوني إنما يتحدد بإرادة المشرع وليس بإرادة الأفراد[١٢].

وجدير بالذكر ان الشكلية في القوانين القديمة وابرزها القانون الروماني ، كانت هي القاعدة العامة في اطار العقود ، اذ ان العقد في تلك القوانين كان يرتب أثره بمجرد اكمال شكليته الخاصة بغض النظر عن الارادة التي انتجت هذا العقد [١٣] ، اما القوانين الحديثة ، فقد تخلت في معظمها عن هذا المفهوم للشكلية المجردة ، فأصبحت الرضائية هي القاعدة العامة في معظم التصرفات ، وما الشكلية الحتمية أو التي تحمل صفة الالزام ، الا وضعاً فرضه المشرع في نطاق ضيق لغايات أو اعتبارات معينة [١٤] ، وعلى الرغم من كونها في

نطاق محدود ، الا انها ليست بشكلية مجردة – كما كان الامر في القوانين القديمة - ، بدليل ان العقد الشكلي لاينعقد ولا يكون له من اساس لمجرد استيفاء الشكل ، بل لابد من توافر باقي الاركان العقدية والمتمثلة بالتراضي والمحل والسبب [١٥] .

واذا كانت الرضائية في القوانين الحديثة تكفي لانشاء العقد ، فان الشكلية القانونية – او المفروضة من قبل المشرع – لاتكون الا استثناءاً من قاعدة الرضائية المشار اليها ، بمعنى ان التراضي في العقد الشكلي ، لايكون كافياً لانتاج هذا العقد آثاره القانونية ، بل لابد للوصول الى هذه الآثار ان يأتي ذلك التراضي في صيغة معينة يحددها القانون ، ولايغني عنها اتيانه في صيغة اخرى [١٦].

نستنتج مما سبق ، بان الشكل الاتفاقي ليس شكلاً بالمعنى القانوني ولاينهض قيداً على ارادة المتصرف ، ذلك لان الشكل بمعناه القانوني لايكون الا مفروضاً من قبل المشرع وفي بعض التصرفات القانونية [١٧].

اما الشكل الذي يتفق عليه الافراد ، فهو ليس بالشكلية القانونية التي تنقل التصرف من الرضائية الى الشكلية ، بل يبقى التصرف ، مع هذا ، رضائياً ولايخفى ، بعد هذا ، ما بين الشكلين من فوارق أو تمييز تحتم القول باختلاف كل منهما عن الآخر ، وهذا ما سيتم ايضاحه في المطلب القادم .

المطلب الثاني
تمييز الشكل الاتفاقي من الشكل القانوني

بعد ان أوردنا، في المطلب السابق،الاتجاهات الفقهية التي تناولت موضوع اعتبار الشكل الاتفاقي شكلاً بالمعنى القانوني، ورجحنا بدورنا الاتجاه الذي أنكر عليه هذه الصفة القانونية، أصبح من المحتم علينا، بعد ترجيحنا هذا، إبراز الفوارق التي تجعل من الشكل الذي نحن بصدده يبتعد في معناه عن المعنى المفترض للشكلية القانونية.
ويمكننا إجمال تلك الفوارق بما يأتي:-

اولاً:- ان عناصر التصرف القانوني لا يمكن تحديدها الا من قبل المشرع، فالشكلية التي يستلزمها الأخير لتكوين هذا التصرف تستهدف تحقيق مصلحة لطرفيه مما يمكن معها تبرير خروجه عن الأصل العام في التصرفات وهي الرضائية، ومن غير المقبول ولا المعقول ان تمنح الإرادة مثل هذا الدور في تحديد تلك العناصر، مما يقود في نهاية الأمر الى القول بالمساواة بين اثر الاتفاق وأثر القانون في تكوين التصرف[١٨]، ومن ثم فسح المجال لإضافة عنصر جديد لصحة التصرف القانوني لم يستلزمه المشرع [١٩] .
نخلص، من هذا، بان الشكل الاتفاقي مصدره اتفاق طرفي التصرف، وهو لا يرقى، بأي حال من الأحوال، الى مرتبة الشكل القانوني الذي يكون مصدره إرادة المشرع.

ثانياً:- ان صفة الإلزام لا تتحقق الا بالنسبة للشكل القانوني، بمعنى ان طرفي التصرف ملزمين بإتباع ما فرضه المشرع من شكلية خاصة بذلك التصرف، وفي حالة عدم إتباعها، فان هذا التصرف محكوم بالعدم[٢٠] ، اما بالنسبة للشكل الاتفاقي، فعلى العكس من ذلك، يكون لطرفيه حرية العدول عنه متى شاؤوا مادامت إرادتهم قد قررته، بمعنى انه لا يتوفر فيه عنصر الإلزام، اذ بإمكان من اشترطه التنازل عنه، ان صراحة باتفاق لاحق ينسخ الاتفاق السابق، أو افتراضاً من مجرد إتمام تنفيذ العقد أو حتى البدء في تنفيذه دون مراعاة الشكل المتفق عليه[٢١].

ثالثاً:- ان الشكل المفروض من قبل المشرع- وهو الشكل القانوني بالمفهوم الدقيق- يرد قيداً على مبدأ الرضائية[٢٢] ، وهو المبدأ العام الذي يحكم التصرفات القانونية في القوانين الحديثة، ويمكن اعتبار الشكل القانوني، هنا، استثناءاً من هذا المبدأ العام،

والاستثناء، كما هو معروف، بأنه لا يجوز التوسع فيه، اما الشكل المتفق عليه بين الطرفين، فهو، على العكس، يعتبر تطبيقاً للمبدأ المذكور لا قيداً عليه، ذلك ان للمتعاقدين حرية اختيار الشكل الذي يعبران به عن إرادتها، وان اختيارهما لشكل من الأشكال المتاحة، لا يعدُّ الا تطبيقاً محضاً لمبدأ الرضائية[٢٣] .

المبحث الثاني

التكييف القانوني للشكلية الاتفاقية

ان تحديد هذا التكييف للشكل الاتفاقي ، يقتضي منا معرفة ما انصب عليه قصد المتعاقدين من اشتراط هذا الشكل، أي ان كان مشروطاً لمجرد الإثبات، أو انه مما يستلزمه انعقاد العقد، وفي سبيل التوصل الى هذا القصد للمتعاقدين، ينبغي، مقدماً، تفسير الاتفاق الذي عقده الطرفان لاشتراط هذا الشكل. وسنأتي على تفصيل ما سبق في المطلبين الآتيين: -

المطلب الأول

تفسير اتفاق الطرفين على اشتراط الشكل

ان اشتراط الشكل بين الطرفين قد يكون في صورة صريحة، وقد يكون ضمنياً، وفي الحالة الأخيرة يجب ان يكون الطرفان قادرين على إثبات ما جاء في اتفاقهم[٢٤] ، أي ان على من يدعي وجوده ان يتمكن من إثبات دعاءه.

الا ان إثبات وجود مثل هكذا اتفاق، غير كافٍ لتحديد الأثر المترتب عليه، اذ يجب، والحالة هذه، ان يرافقه تحديد القصد من اشتراطه، أي ان كان الاتفاق على جعله مجرد دليل لإثبات العقد، أم عدَّه شرطاً لانعقاده. والأمر هنا لا يتجاوز أحد فرضين سنتناولهما بالتتابع.

<u>الفرض الأول</u>: -

ان يكون الاطراف قد أوضحوا قصدهم من الشكل الذي اتفقوا عليه، سواء أكان معدّاً للإثبات أم للانعقاد، وسواء كانوا قد عبروا عن قصدهم، هذا، صراحة أو ضمناً، اذ ليس بالضرورة ان يكون التعبير صريحاً فيما اذا كان الشكل مقصوداً منه ان يكون شرطاً لانعقاد العقد[٢٥] ، وإنما المهم في هذا، سهولة استجلاء قصد المتعاقدين، وقد ذهبت الى تقرير هذا الأمر، بعض القرارات القضائية التي أفادت بإمكانية التعويل على الاتفاق الضمني على الشكل فيما اذا كان مطلوباً للانعقاد [٢٦].

ومن الواضح، بأن هذا الفرض لا تثور فيه أية مشكلة مادام القصد من اشتراط الشكل الاتفاقي، فيه، واضحاً يمكن الاهتداء اليه بسهولة، وإنما يمكن ان تتضح الإشكالية، هنا، في الفرض الثاني من هذا البحث، وهو ما سنتطرق اليه في الآتي:-

الفرض الثاني:-

ان يكون الاطراف قد اتفقوا على الشكل، وأهملوا إيضاح قصدهم من اشتراطه، كما لو اتفقوا على إدراج العقد في محرر رسمي دون إيضاح القصد من جعله في هذه الصيغة الرسمية ان تكون مشروطة لإثباته أم لانعقاده.

وفي هذه الحالة، على القاضي ان يتحرى عن القصد المشترك لطرفي العقد من اشترط الشكلية، وذلك بالرجوع الى بنود الاتفاق ذاته، والظروف والوقائع التي أحاطت به[٢٧] ، فان استطاع الوصول الى هذا القصد المشترك فانه يجب أعماله طبقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، وان كان لنا في هذا الموضع بالذات – أي اتفاق الطرفين على شكلية خاصة للانعقاد –وقفة خاصة سنضمنها بحثنا لاحقاً [٢٨] اما ان لم يستطع ذلك، ولم يتمكن من تحديد حقيقة قصد الطرفين المشترك، هذا، فعليه ان يلجأ الى تطبيق حكم القانون في هذه المسألة، وان لم يكن متاحاً، فالاستئناس بما هو سارٍ في الفقه والقضاء.

والحقيقة، ان بعض التشريعات القانونية، قد أوضحت في نصوصها، المعالجة المطلوبة لمثل تلك المسألة، وان لم تكن في تقديرنا، هي الاصوب، فمثلاً قانون الموجبات والعقود اللبناني ، والذي ذهب ، على مايبدو ، الى اعتبار الشكل المشترط بين الطرفين ، مطلوباً ، عند الشك ، للانعقاد ، لانه رتب عند تخلفه جزاءاً يتمثل بعدم انعقاد العقد ، حيث نصت م (٣/٢٢٠) منه على انه : ((اذا اتفق المتعاقدان من جهة اخرى على وضع العقد في صيغة خاصة لايوجبها القانون ، كالصيغة الخطية مثلاً ، فان العقد لاينعقد ولاينتج مفاعيله حتى بين المتعاقدين ، الا حينما يوضع في تلك الصيغة)).

وهناك تشريعات أخرى، لم يرد فيها نص يضع حداً فاصلاً لمثل تلك المسألة، فمثلاً القانون الفرنسي لا يوجد فيه مثل هذا النص، وينبغي، هنا، على القاضي الاسترشاد بموقف الفقه والقضاء. ويرى القضاء الفرنسي بان أعمال القواعد العامة بهذا الصدد يقضي باعتبار الشكل المتفق عليه بين الطرفين، عند الشك، مطلوباً للإثبات لا للانعقاد [٢٩] كما ان الفقه يؤيد هذا التوجه [٣٠].

وكذلك الأمر في التشريع المصري، اذ لم يتضمن القانون المدني نصاً يفيد في حل الإشكال المذكور، الا ان مشروع تنقيح القانون المدني، كان يحوي نصاً يعتبر الشكل

الاتفاقي، عند الشك، مطلوباً للانعقاد وليس لمجرد الإثبات، وهو نص المادة (١٤٩) والذي تم حذفه فيما بعد من قبل لجنة المراجعة[٣١].

وبالرغم من هذا، فان الفقه[٣٢] ، والقضاء[٣٣] في مصر، يذهب الى ان الشكل المتفق عليه بين الطرفين يكون معتبراً، عند الشك، للإثبات وليس للانعقاد، وذلك اعمالاً للقواعد العامة، ولان الأصل في العقود الرضائية.

اما في التشريع العراقي، فلم نجد في القانون المدني نصاً يحكم الشكلية الاتفاقية عموماً، ويمكن في هذا المجال، القياس على حكم المادة (٢/٨٦) منه، والتي تذهب الى انه:- "واذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل، فيعتبر العقد قد تم، واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

واذا صح القياس، هنا، فلا شك بان المسألة في القانون العراقي تأخذ ذات الحكم في القانونين المصري والفرنسي، في ان أعمال القواعد العامة يقضي بترجيح كون الشكل مطلوباً للإثبات وليس للانعقاد فيما اذا لم يكن ظاهراً من الاتفاق عدَّه دليلاً لانعقاد العقد.

ومن وجهة نظرنا – إن ابتغينا ترجيح احد الموقفين - ، فان الشكلية المطلوبة للانعقاد لاتغني عن كون العقد ما زال رضائياً ، أي لايمكن لاي من الطرفين – استدلالاً باتفاقهم على شكلية معينة لم يتضح القصد منها انها مطلوبة للانعقاد – ايقاف اعمال العقد لآثاره المنشودة منه ، ما دامت اركانه موجودة وفي مقدمتها التراضي بين الطرفين ، وهذا كافياً لانعقاده وانتاج آثاره ، وتبقى المسألة في نهاية الامر رهناً بالظروف والقرائن التي ترافق انعقاد العقد ، والتي بالامكان الاستدلال منها عما كان يبتغيه الطرفان من اشتراطهما لتلك الشكلية .

المطلب الثاني
تحديد استلزام الشكل الاتفاقي

انتهينا، في المطلب السابق، الى ان الشكل الاتفاقي قد يكون مطلوباً للإثبات، وقد يعلق انعقاد العقد على شرط استيفائه، سواء تم التوصل الى هذا باتفاق الطرفين الصريح أو الضمني، أو تم استجلاء القصد من اشتراطه عن طريق اللجوء الى نص القانون أو القضاء في حالة عدم وضوح هذا القصد. وفي كل ما سبق، ينبغي تحديد ما يفترض له من تكييف قانوني ان جاء على هذه الصورة أو تلك. وهذا ما سنتطرق اليه في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول
ان يكون الشكل الاتفاقي مطلوباً للإثبات

في هذه الصورة من صور الاتفاق على الشكل، لا تكون هنالك أية إشكالية في تحديد التكييف القانوني المفروض لهذا الشكل، لأنه لا يلتبس بأي حال من الأحوال بالشكلية المفروضة من قبل المشرع، اذ انه لا يحول- باعتباره وسيلة إثبات- دون إبرام التصرف القانوني، فالأخير يكون باتاً، وينعقد بمجرد اتفاق طرفيه على عناصره الجوهرية، كما في الاتفاق على المبيع والثمن في عقد البيع[٣٤] ، فانها كافية لاعتبار هذا العقد منعقد، وان لم يتم مراعاة الشكل المتفق عليه، لان الأخير لا يعدوا ان يكون، هنا، مجرد التزام ناشيء عن عقد انعقد بالفعل، وهو التزام بالقيام بعمل[٣٥].

ومن هنا، نستنتج، بان الشكل الاتفاقي المطلوب للإثبات، لا دور له في تكوين وانعقاد العقد الذي يتضمنه، فهذا الأخير ينعقد ويكون ملزماً بصرف النظر عن الوفاء بالالتزام الذي يمثله الشكل المذكور، وهو في هذا يختلف كلياً عن الشكل القانوني الذي ينص عليه المشرع ويعدُّ شرطاً جوهرياً لانعقاد التصرف القانوني الشكلي[٣٦].

الفرع الثاني
ان يكون الشكل الاتفاقي مشترطاً للانعقاد

وفي هذه الصورة لا نلمس اتفاق الطرفين على الشكل لمجرد الحصول على دليل للإثبات، كما سبق، وإنما يكون شرطاً لانعقاد العقد، أي تعليق انعقاد الأخير على شرط

استيفاء الشكل المطلوب. واذا كان الأمر كذلك، فانه ولاشك يشتبه بالشكل القانوني، وتصبح مسألة تمييزه عن الأخير، في غاية الدقة، وفي الوقت الذي يجمع فيه الفقه على ان الشكل القانوني الذي يفرضه المشرع متميزاً بالكامل عن الشكل الاتفاقي المطلوب للإثبات، الا انه يختلف في النقطة مدار البحث، حيث يذهب جانب منه [٣٧]الى ان الشكل الاتفاقي المطلوب شرطاً للانعقاد، يماثل من حيث تكييفه القانوني، الشكل المفروض من قبل المشرع، ويؤدي في نهاية المطاف الى التحول بالجانب الرضائي للتصرف الى الجانب الشكلي منه. بينما ذهب جانب آخر [٣٨] ، الى نفي هذا التماثل وإقرار الاختلاف بين الشكلين.

ونحن نعتقد بان اتفاق الطرفين على شكلية مخصصة للانعقاد – أي ان عدم مراعاة هذه الشكلية المتفق عليها يؤدي الى عدم انعقاد العقد – ليس بالاتفاق المقبول على الاقل من وجهة النظر القانونية ، وتبرير هذا بان العقد ، رغم تأطيره باتفاق على شكلية خاصة تراعى لغرض انعقاده ، يبقى رضائياً ، وهذا النوع من العقود – أي العقود الرضائية – تنعقد ويترتب عليها أثرها بمجرد حصول التراضي بين الطرفين ودون توقف هذا ، على استيفاء أمر آخر ، مع مراعاة توافر بقية اركان الانعقاد [٣٩] . ومعنى هذا ، ان الطرفين يتوهمان عدم الانعقاد – في حالة عدم مراعاة الشكلية المخصصة للانعقاد والمتفق عليها بينهما – في حين يكون العقد قد انعقد بتوافر اركان انعقاده .

فالتصرف الرضائي يبقى رضائياً ، ولايمكن القول بتحويله الى تصرف شكلي لمجرد تقييد انعقاده بشكلية يتفق عليها طرفاه [٤٠] والقول بغير هذا ليس الا افراغاً لذلك التصرف الرضائي من محتواه .

وعلى ما يبدو ، ان الجانب الاول من الفقه ، والذي ماثل بين الشكل الاتفاقي المطلوب شرطاً للانعقاد ، وبين الشكل المفروض من قبل المشرع ، قد غلب جانب حرية التعاقد باعتبار ان العقد شريعة المتعاقدين ، على جانب الالزام القانوني الذي يتضمن بان العقد ينعقد باتفاق طرفيه على المسائل الجوهرية [٤١] – أي اركان انعقاده – ومن غير المقبول ، اعتبار الشكل الاتفاقي عنصراً جوهرياً في العقد ،أي يصبح بالتالي ركناً من اركان انعقاده ، وان كان هذا الامر منطبقاً على الشكل القانوني ، لان المشرع بارادته قد جعل الشكل ركناً من اركان انعقاد العقد الشكلي ، الا ان الشكل الاتفاقي لاينطبق عليه ، حيث نعود الى ذات النقطة المحورية التي ابتدأنا منها ، وهي ان التصرف الرضائي ، يبقى رضائياً مع الاتفاق على الشكلية .

وبعد هذا الطرح الذي تقدمنا به ، ننكر على الطرفين امكانية الاتفاق على شكلية خاصة يترتب على عدم استيفائها ، عدم انعقاد العقد ، وانما يبقى متاحاً امامهما الاتفاق على شكلية

يحاط بها العقد دون المساس بانعقاده ، وان ما يمكن ان يرتبه عدم الايفـــاء بـــه ، جـــزاءات اخرى بعيدة عن بطلان العقد او عدم انعقاده ، وهذا ماسيتم التطرق اليه في المبحث القادم .

المبحث الثالث

الأثر المترتب على تخلف الشكل الاتفاقي

بعد ان فرغنا، في المبحثين السابقين، من تحديد المفهوم والتكييف القانونيين للشكلية الاتفاقية، ينبغي لنا ان نتوقف، في هذا الموضع، لتحديد ما يترتب من جزاء على تخلفها، واذا كان البعض من الفقه ونصوص بعض التشريعات – رغم اننا لسنا مع هذا الامر - قد حددت جزاءاً يتمثل بالبطلان فيما اذا كان الشكل مطلوباً للانعقاد، فاننا يمكن ان نجد في الأحكام العامة للقانون المدني، جزاءات أخرى مختلفة. وهذا ما سيتم ايضاحه في المطلبين الآتيين.

المطلب الأول

بطلان التصرف كجزاء لتخلف الشكل الاتفاقي المشترط للانعقاد

ذهبت بعض التشريعات الى تقرير البطلان كجزاء قانوني مترتب على انتفاء الشكل المتفق عليه بين الطرفين، ومنها قانون الموجبات والعقود اللبناني، حيث نص في المادة (٣/٢٢٠) منه سابقة الذكر.

وقريب من هذا، نص م (٦٦) من القانون المدني الكويتي، حيث تذهب الى انه:- "اذا اشترط المتعاقدان، لقيام العقد، إتباع شكل معين في إبرامه، فانه لا يجوز لأحدهما، بدون رضاء الآخر، ان يتمسك بقيامه، مالم يأت في الشكل المتفق عليه".

ومن المؤكد ان جزاء البطلان لتخلف هذا النوع من الشكل الاتفاقي، والذي جاءت به هذه التشريعات، إنما كان نتيجة المساواة بين هذا الشكل والشكل القانوني الذي يفرضه المشرع، في الأثر، اذ انه من المحتم ان يكون هذا البطلان هو الأثر المترتب على تخلف الشكل القانوني[٤٢].

واذا كان الأمر كذلك، في البعض من التشريعات القانونية، فان ذات الاتجاه أقر به البعض من الفقه[٤٣] ، وقرارات القضاء[٤٤] .

والذي يبدو من تحليل هذا الاتجاه، بأنه لا يستقيم منطقاً مع ما تقضي به القواعد العامة من ان البطلان لا يترتب الا نتيجة لتخلف احد العناصر القانونية اللازمة لإبرام التصرف، وهذه العناصر لا تتحدد الا من قبل المشرع وليس الأفراد، وبالتالي لا يمكن التسليم بإمكانية طرفي التصرف القانوني، الانتقال به من دائرة الرضائية الى دائرة الشكلية

من خلال اتفاق على شكلية خاصة، حتى وان تبين من ظاهر هذا الاتفاق، بان تلك الشكلية مشترطة لانعقاده لا لمجرد اثباته، لأنه نتيجة هذا الأمر ستحتم القول بان الأفراد يمكنهم إضافة عنصر آخر الى العناصر المشترطة لتمام التصرف القانوني، وان لم يشترطه المشرع [٤٥].

ولذا فنحن لانتفق مع من ذهب الى ترتيب البطلان جزاءاً لتخلف الشكل المشترط للانعقاد ، والافضل – من وجهة نظرنا – ان يتم معاملة هذا الشكل معاملة اخرى تفترق عن تلك التي منحها القانون للشكل القانوني [٤٦] . وهذا ماسيتم التطرق اليه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني
جزاءات أخرى غير البطلان لتخلف الشكل الاتفاقي

لما كنا قد انتهينا في المطلب الثاني من المبحث السابق، الى ان الشكل الاتفاقي قد يكون مطلوباً للإثبات، وقد يكون الغرض منه ، اعطاء العقد شكلية خاصة لاتكون مشروطة لانعقاده، لذا فقد يكون من السهولة ان نجد الجزاء المناسب المترتب في حالة عدم مراعاة الشكل المتفق عليه بين الطرفين اذا توجهنا صوب القواعد العامة، فاذا كان هذا الشكل يقتصر دوره في العقد على إثبات ما تم التعاقد عليه، فهو هنا لا يمثل سوى التزاماً بالقيام بعمل معين متولد عن عقد انعقد بالفعل، فاذا رفض احد المتعاقدين الوفاء به، كان للآخر إجباره على تنفيذه قضاءاً [٤٧] ، وبما ان هذا الالتزام لايمكن تنفيذه جبراً، فان للمتعاقد الذي يرغب في استيفاء الشكل المتفق عليه، ان يطلب من المحكمة إصدار حكم بصحة التعاقد يحل محل هذا الشكل[٤٨].

واما في الفرض الثاني، ان كان الشكل الاتفاقي مقصوداً منه ان يتوقف انعقاد العقد على شرط استيفائه، فهنا تبدو الصورة أعقد قليلاً من الفرض السابق، في انه في حالة الأخير يكون العقد منعقداً وما دور الشكل فيه الا مجرد كونه احد التزاماته، اما في هذا الفرض فان العقد يكون متوقفاً باتفاق الطرفين على شرط استيفاء هذا الشكل، كأن يتفق البائع والمشتري في عقد بيع على انه لا ينعقد الا بمحرر رسمي، ففي مثل هذه الحالة، يذهب البعض من الفقه[٤٩] ، الى ان مثل هكذا اتفاق لا يعدو ان يكون سوى مشروع عقد غير ملزم، لان انعقاده معلق على استيفاء شرط الشكل المتفق عليه، وهو في مثالنا المطروح يمثل المحرر الرسمي، ومادام هذا الشرط لم يتم استيفائه ، فان الاتفاق يكون غير ملزم، وبالتالي فان للطرفين حرية العدول عنه دون ان يكون لأحدهما حق إجبار الآخر على استيفاء هذا الشكل لكي يصل الى إبرام العقد المذكور[٥٠].

ومن ناحية أخرى، فانهما غير ملزمين بما ورد في اتفاقهما، غير الملزم، من شروط اذا أقدما على إبرام العقد بصورة نهائية، ومن بينها، طبعاً، شرط الشكل المتفق عليه بينهما، فاذا إبرام العقد دون مراعاة لهذا الشكل، أي ان عقد البيع انعقد بدون محرر رسمي، فلا يكون، هنا، بمقدور احدهما التخلص من التزاماته المقررة بموجب هذا العقد الأخير بحجة ان الشكل المتفق عليه- أي المحرر الرسمي- لم يراعى، وذلك لسببين:- الأول، ان هذا الشكل لا يمثل شكلاً قانونياً، وبالتالي لا يوجب بطلان العقد الأصلي عند عدم مراعاته، لان هذا العقد إنما هو عقد رضائي بالرغم من تضمينه شرط الشكلية.

اما الثاني، فان الطرفين بإقدامهما على إبرام هذا العقد بدون مراعاة للشكل المتفق عليه، يكونان قد تنازلا عنه ضمناً، وهذا اتفاق ضمني من جانبهما ينسخ الاتفاق السابق على الشكل.

وذات الأمر يمكن ان نراه متحققاً فيما لو روعي شرط الشكل- المحرر الرسمي-، ثم تبين بعد ذلك بان هذا الشكل قد جاء معيباً نتيجة عدم استيفائه شرطاً من شروطه القانونية، ومع هذا نفذ المتعاقدين التزاماتهما، فان هذا يمكن تفسيره على انه اتفاق من جانبهما على ترك الشرط الذي علق عليه انعقاد العقد، وبالتالي لا يجوز لأي منهما، بعد هذا، التمسك بعدم انعقاده نتيجة عيب في الشكل المعلق عليه هذا الانعقاد.

واذا كان هذا هو رأي الفقه بالنسبة للاتفاق الذي لم يستوفى فيه شرط الشكلية ، فنحن ، على العكس من هذا ، نعتقد – وكما سبق القول في ص من هذا البحث – بان العقد الذي يتضمن شرط الشكل – وان كان الاخير مشترطاً بين الطرفين للانعقاد – هو عقد رضائي ، وصفة رضائيته لايمكن نفيها وتحويلها الى صفة شكلية لمجرد افتراض وجود هذا الشكل [٥١].

ومن ثم يكون حل هذه الاشكالية ، أي ترتيب الاثر المناسب في حالة عدم استيفائه ، عن طريق عدد من الاحتمالات ، وهي كالاتي :

الاحتمال الاول :-

ان يتفق كل من الطرفين على التنازل عن الشكل المشترط بينهما ، سواء كان هذا الاتفاق صريح ، او ضمني عن طريق تنفيذ كل منهما للعقد دون مطالبة الطرف الاخر باستيفائه[٥٢] ، وهذا ما يعزز كلامنا بان العقد ما زال رضائياً ، وانه ينعقد بمجرد توافر اركان انعقاده دون توقف على استيفاء ، أمر آخر ، كما انه من باب آخر ، لايمكن القول بان أمر انعقاد العقد او عدمه موكول الى ارادة الاطراف .

الاحتمال الثاني : ان يحدد الطرفان مسبقاً ، الجزاء الذي يترتب في حالة عدم تنفيذ احدهما للشكل المشترط ، باستثناء جزاء عدم الانعقاد ، لذات السبب الذي أوضحناه في الاحتمال السابق ، وبالتالي يصبح من السهل تطبيق هذا الجزاء المحدد من قبل الطرفين .

الاحتمال الثالث : في حالة عدم تحديد الجزاء – كما في الاحتمال الثاني – وعدم تنازل الطرفين عن المطالبة باستيفاء الشكل المشترط صراحة أو ضمناً – كما في الاحتمال الاول – فلا يبقى امامنا سوى النتيجة التي توصلنا اليها ، وهي اعتبار العقد منعقد ، ويستطيع صاحب المصلحة من الطرفين المطالبة قضاءاً : اما بالتعويض تأسيساً على عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ الشرط المتفق عليه ، او قيامه بتنفيذ هذا الشرط على حساب الطرف المتنصل .

وبعد كل ما ذكرناه، لا يصح القول ببطلان التصرف نتيجة عدم مراعاة الشكلية المتفق عليها، وكأننا أمام شكلية قانونية مفروضة من قبل المشرع، ذلك ان الأخيرة وحدها هي من يترتب البطلان جزاءاً لعدم مراعاتها.

الخاتمة

بعد ان فرغنا من كتابة بحثنا هذا، لا يسعنا، ونحن في نهايته، الا ان نضمّن خاتمته النتائج التي افرزها والتي توصلنا اليها من خلال التحليل والاستنتاج لما تم بحثه في موضوع الشكلية الاتفاقية بالأضافة الى نتائج اخرى موجودة في طيات البحث. ومن ابرز تلك النتائج ما يأتي:-

أولاً:- وجدنا، وعلى خلاف ما اتجه اليه بعض الفقهاء، بان الشكل الاتفاقي ليس شكلاً بالمعنى القانوني، ذلك ان الأقرب- من وجهة نظرنا- هو ان الشكل بمفهومه الدقيق، لا يتحقق الا في الإجراءات التي يفرض المشرع اتخاذها لإتمام التصرف القانوني، وبالتالي لا يمثل الا قيداً على إرادة المتصرف لايتمكن معه من اختيار وسيلة التعبير عنها، والا كانت عديمة الأثر.

ثانياً:- ان اتفاق طرفي العقد على شكلية خاصة، لا يمثل الا تطبيقاً خالصاً لمبدأ الرضائية- وهو الذي يحكم التصرفات القانونية-، لان للمتعاقدين، هنا، حرية اختيار الشكلية التي يعبران بها عن إرادتهما. اما الشكلية المفروضة من قبل المشرع، فهي لا تكون الا استثناءاً على المبدأ المذكور، وترد قيداً عليه.

ثالثاً:- وجدنا بان الشكل الاتفاقي المشروط للانعقاد ، لايمكن معه التعويل على الاثر ، الذي يرتبه عدم استيفاءه ، أي لايمكن القول بتوقف انعقاد العقد – رغم كونه رضائياً توافرت اركان انعقاده – نتيجة عدم استيفاء شكلية خاصة تم الاتفاق عليها بين طرفي العقد ، والقول بخلاف هذا يجعل من السهل تحويل العقد الرضائي الى شكلي ، أي تماماً كما يفرض المشرع من شكلية تجعل العقد باطلاً عند عدم استيفائها ، وهذا ما لايمكن قبوله كنتيجة في نطاق التصرفات الرضائية .

رابعاً:- وجدنا، لدى بحثنا في البطلان كجزاء مترتب نتيجة عدم تنفيذ الشكل الاتفاقي، بأنه جزاء لا يتناسب والقيمة القانونية لهذا الشكل، لان الأخير لا يمكن، من وجهة نظرنا، ان يعدُّ شكلاً قانونياً يتساوى في الأثر مع الشكل الذي يفرض من قبل المشرع، وبالتالي لا

يمكن القول بالبطلان جزاءاً لتخلفه، وإنما يكون البطلان ناشئاً عن تخلف احد العناصر اللازمة لإبرام التصرف القانوني.

واخيراً، وبالاستناد الى هذه النتائج المذكورة، يظهر بأن موقف المشرع العراقي في عدم ذكر الشكلية التي يتفق عليها الطرفان بنص خاص، كان غير مرجحاً، بالرغم من ان الأخيرة، وان كانت اتفاقاً له قيمته القانونية وآثاره التي لا يمكن بأي حال من الأحوال، إغفالها، الا انها لا يمكن ان ترقى الى مرتبة الشكلية التي يتطلبها المشرع في بعض التصرفات القانونية، والتي تؤدي عند إغفالها الى القول ببطلان هذه التصرفات.

ومع كل ما سبق قوله، نبادر الى ضرورة وجود نص قانوني يتضمن الإشارة الى هذه الاتفاقات، تكون الفيصل في حسم أي خلاف قد ينشأ نتيجة التشبيه الذي يساوي تلك، بالاشكال التي يقتضيها المشرع، وبالتالي اعتبار البطلان جزاءاً لعدم مراعاتها من قبل احد طرفي الاتفاق.

الهوامش

١- لويس معلوف ، المنجد في اللغة والاعلام ، ط١٧ ، المطبعة الكاثوليكية ، بيروت ، ١٩٧٣ ، ص٣٩٨.

٢- د. عبد الرشيد عبد الحافظ ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الاسلامي والقانون ، النهر الذهبي للطباعة والنشر ، القاهرة ،٢٠٠٠،ص٢٧.

٣- د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦،ص٣١٠.

٤- حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤،ص٢.

٥- نذير بن عموّ ، العقود الخاصة – البيع والمعاوضة - ، ط١ ، مركز النشر الجامعي ، تونس ، ٢٠٠٨،ص٨٤.

٦- د. وليم سليمان قلادة ، التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري ، ط١ ، المطبعة التجارية ، القاهرة ،١٩٥٥ ، ص٨ . كذلك د. عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي ، ج١ ، مصادر الالتزام ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ،١٩٦٣ ، ص٥٤.

٧- علي عبد العالي الاسدي ، النظام القانوني للشكل في قانون المرور ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل – العلوم الانسانية - ، مج١٤ ، ع٢ ، ٢٠٠٧،ص٢٠٨.

٨- انظر د. مصطفى محمد الجمال ، السعي الى التعاقد ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، ص١٩٣ . كذلك حسين عبد القادر معروف ، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود ، مصدر سابق ، ص٩ ، ود. جميل الشرقاوي ، مصدر سابق ، ص١٢٦ .

٩- نقلاً عن د. محمد وحيد الدين سوار ، الشكل في الفقه الاسلامي ، منشورات معهد الادارة العامة بالرياض ،السعودية ، ١٩٨٥،ص٣.

١٠-انظر د. سعدي اسماعيل البرزنجي ، ملاحظات نقدية في القانون المدني ، دار الكتب القانونية ، مصر ،٢٠١٠ ، ص٣٥-٣٧،كذلك محمد جمال عطية، الشكلية القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٩٣،ص٢٠١.

١١-د. ياسر كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، القاهرة، ١٩٩٢،ص٣٢.

١٢-د. جميل الشرقاوي ، مصدر سابق ، ص١٢٦.

١٣-انظر د. انور سلطان ، الموجز في مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٠ ، ص١٥.

١٤- انظر بحث بعنوان ((العقود الشكلية)) منشور في الموقع الالكتروني : www.Moqatel .com

١٥-د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص٤٠.

١٦-المستشار القانوني رائد خاص ، الشكلية في عقد البيع ، ٢٠٠٤ ، بحث منشور في الموقع الالكتروني :www.Majalisna .com

١٧-انظر د. طارق كاظم عجيل ، الوسيط في عقد البيع ، ج١ –انعقاد العقد -، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمّان ، ٢٠١٠ ،ص٣٠٠.

١٨-حسين عبد القادر معروف ، مصدر سابق ، ص٢٧ . انظر كذلك :

Planiol et Ripert, traité pratique de droit civil francais, les obligations, T.VI, Paris, 1952,P .111.

١٩-د. جميل الشرقاوي ، مصدر سابق ، ص١٢٥.

20- Jaeques Ghestim ,Traité de droit civil ,La formation du contrat , 3 édition ,1993, P.391.

٢١-د. جميل الشرقاوي ، مصدر سابق ، ص١٢٦ ومابعدها.

٢٢-تجدر الإشارة، الى ان هنالك فارقاُ رئيسياً بين التصرف الرضائي والتصرف الشكلي، هو ان الأول لايستلزم أكثر من التعبير عن الإرادة، اذ ان الأخيرة ظاهرة معنوية لابد ان تجسد في شكل مادي كي تتمكن من إنتاج آثارها القانونية، وهذا الشكل المادي لايمكن التمييز بينه وبين التعبير عن الإرادة التي هي في الأصل خفاء، وبذلك فان الشكل، هنا، يندمج في التعبير اندماجاً كلياً بحيث انه لايمكن الحديث عن شكلية في التصرفات الرضائية، بينما التصرف الشكلي لا يستلزم المشرع فيه مجرد التعبير عن الإرادة، وإنما يتطلب ان يكون هذا التعبير في وضع معين مسبق التحديد، بحيث لا ينتج هذا التعبير آثاره القانونية، الا اذا استوفى الشكل المفروض قانوناً. انظر، ياسر الصيرفي، مصدر سابق، ص٣٩.انظر كذلك من الفقه الفرنسي :

Durma (Mircea) : La notification de La volonte ,Role de la notification dans la formation des acts Juridiques , paris , siery ,1930 , p.193.

٢٣- د. مصطفى الجمال ، مصدر سابق ، ص١٩٣.

٢٤-د. ياسر كامل الصيرفي ، مصدر سابق ، ص٨٢.

٢٥-د.ياسر كامل الصيرفي ، دور القاضي في تكوين العقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٤٨ ، وخلاف هذا أي ان الشكلية المشترطة للانعقاد لاتكون الا باتفاق صريح ، انظر د. انور سلطان ، العقود المسماة – البيع والمقايضة – ط٢ ، دار نشر الثقافة ، القاهرة ، ١٩٥٢ ، ص٩٩.

٢٦-انظر قرار لمحكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٧٨ والذي يذهب الى انه : ((يمكن استخلاص نية تعليق وجود البيع على تحرير العقد من ظروف الاتفاق ولو لم ينص على ذلك صراحة)) . أشار اليه خلف محمد ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ، الهيئة المصرية العامة للكتب ، ١٩٨٠ ، ص٢٠٩.

٢٧-د. ياسر كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، مصدر سابق ، ص٨٣.

٢٨-انظر ماسيأتي ذكره لاحقاً في ص من هذا البحث.

٢٩-انظر في قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر في عام ١٩٨٣ ، حيث يذهب الى ان : ((الاصل في العقود ان تكون رضائية تتم بمجرد تطابق الايجاب مع القبول ، الا في حالة وجود نص خاص يستلزم بعض الشكليات المحددة لصحة قيام العقد ، او اتفاق طرفيه على ضرورة مراعاة بعض الشكليات المحددة)) ذكره د. محمد علي عبده ،دور الشكل في العقود – دراسة مقارنة - ، ط١ ، بيروت ، ٢٠٠٧ ،ص١٢٧ . وواضح من هذا القرار ، انه ما دام الاصل هو رضائية العقود ، ففيما عدا الشكل المنصوص عليه قانوناً ، والشكل المتفق على تحديده صراحة بين الاطراف ، يعدُّ الشكل الاتفاقي – غير المحدد دوره في العقد – معداً للاثبات وليس للانعقاد .

30-Jaeques Ghestim ,op.cit , p.392, Marcel Planiol et Géorge Ripert , Traité pratique de droit civil francais , 2 eme éd , paris ,1952,p.245

٣١-انظر هذا النص ، والذي يذهب الى انه : ((اذا اتفق المتعاقدان على ان يستوفي العقد شكلاً خاصاً لم يشترطه القانون ، فالمفروض عند الشك انهما لم يقصدا ان يلتزما الا من الوقت الذي يستوفي فيه العقد الشكل المتفق عليه)) ، وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي بخصوص هذا الأمرانه : ((اذا اتفق المتعاقدان على وجوب استيفاء شكل معين ، سواء أكان ذلك بمقتضى عقداً تمهيداً ، أم كان بمقتضى شرطاً معيناً في عقد أصلي . كما هو الشأن في اشتراط الكتابة في التنبيه بالاخلاء ، في عقود الايجار – فيفترض

ان نيتهما قد انصرفت الى ترتيب البطلان على عدم مراعاة هذا الشكل)) انظر ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج٢ ، ص٧٣-٧٤.

٣٢-انظر من الفقه:- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، ج١، القاهرة، ١٩٦٤، ص١٥١،د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص٩٩، د. عبد المنعم البدراوي، عقد البيع في القانون المدني، ط١، بلا مكان طبع، ١٩٥٧، ص٨٤، د. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري- نظرية العقد والإرادة المنفردة-، ١٩٨٤، ص٣١، د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد- العقود المسماة-، ج١، عقد البيع والمقايضة، ١٩٥٣، ص١١٣.

٣٣- انظر قرار لمحكمة النقض المصرية في ١٩٨٥ يذهب الى انه:- "اذا استخلص القاضي من الأوراق، ان العاقدين لم يجعلا تحرير العقد الرسمي شرطاً لانعقاد البيع، بل هما قد علقا عليه انتقال الملكية الى المشتري، وبنى ذلك على اعتبارات مقبولة تبرره فلا معقب عليه في ذلك واذا تعذر على القاضي استخلاص نية الطرفين بأن لم يجد في الأوراق ما يرجح أحد القصدين، تعين اعتبار الكتابة مشروطة للإثبات فقط لا للانعقاد، لان الأصل في العقود ان تكون رضائية، ولان المشرع لم يأخذ عندنا بالقرينة التي تجعل اشتراط الكتابة مقصوداً به انعقاد العقد خلافاً للأصل". أشار اليه محمد جمال عطية ، مصدر سابق ، ص٢١٠.

٣٤- د. صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠١،ص٦٤.

٣٥-د. ياسر الصيرفي – التصرف القانوني الشكلي ، مصدر سابق ، ص٨٧.

٣٦-د. مصطفى الجمال ، مصدر سابق ، ص١٩٣.

٣٧- انظر من الفقه من ورد في الهامش (٣٢) وانظر كذلك معهم : د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص٢٢ ، د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢،ص٣٣، ومن الفقه الفرنسي ، انظر Laroumet, Droit civil, T.III, Les obligations, 1986, p.510..

٣٨- انظر:- د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص١٢٥، د. ياسر الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي، مصدر سابق، ص٩٠، د. مصطفى الجمال، مصدر سابق، ص٩٣، ومن الفقه الفرنسي انظر:-

Planiol et Ripert et Esmein, Traité pratique de droit civil francais, T. VI, Les obligations, Paris, 1952, p.142.

٣٩-انظر د. عباس الصراف وآخرون، مقدمة النظرية العامة لمفهوم الحق الشخصي وتقسيمات العقود ، ط١ ، دار وائل للنشر ، الاردن ، ٢٠٠٥ ، ص٧٢ ، انظر كذلك من الفقه الفرنسي :

Marty et raynaud , Droit civil , T.11,Les obligations,1962,p.44.

٤٠- د. خالد ممدوح ابراهيم ، الشكلية في عقود الانترنيت ، ٢٠٠٩ ، بحث منشور في الموقع الالكتروني :.http/Kanoun /montada .htm

٤١-انظر نص م (١/٨٦) من القانون المدني العراقي ، وتقابلها م (٩٥) من القانون المدني المصري.

٤٢- انظر م (١/٩٠) من القانون المدني النافذ، حيث تذهب الى ان:- "اذا فرض القانون شكلاُ معيناً للعقد، فلا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل، مالم يوجد نص بخلاف ذلك".

وانظر قرار لمحكمة التمييز برقم ٧/م١/٧٦ وتاريخ ٧٦/٤/٢٩ منشور في مجلة القضاء ، س٣٢ ، ع٣ ، ١٩٧٧ ، والذي يذهب الى : ((ان عقد بيع العقار وان كان باطلاً لوقوعه خارج دائرة التسجيل العقاري ، غير ان تسليم المبيع الى المشتري وتصرفه به دون معارض او منازع طوال هذه المدة ، يعتبر اباحة له في التصرف والاستغلال تمنع المطالبة بأجر المثل)).

اما القانون المدني المصري، فلم يتضمن نص يقرر قاعدة عامة في ترتيب البطلان جزاءاً لتخلف الشكل في التصرفات الشكلية، الا انه مع هذا تضمن نصوصاً خاصة تقر بذلك، كما في م (٤٨٨) منه والمتعلقة بالهبة.

والحقيقة، ان تحديد جزاء تخلف الشكل الذي يفرض من قبل المشرع، لم يكن موضع اتفاق بين فقهاء القانون، فقد قرر البعض منهم انعدام التصرف القانوني كجزاء لهذا التخلف، وحدد البعض الآخر جزاءاً يتمثل بالبطلان المطلق، ووضع القسم الثالث منهم جزاء البطلان النسبي، وقد استند عدم الاتفاق، هذا، الى اختلاف العيوب التي يمكن ان تلحق التصرف القانوني وبدرجات متفاوتة من الأهمية. انظر في تفصيل ذلك، د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص٣٣٧.

٤٣-يذهب د. جلال العدوي في مؤلفه أصول الالتزامات الى انه:- "بالرغم من ان الشكل الذي توجب الفقرة الثانية من المادة (١٠١) من المجموعة المدنية المصرية، مراعاته في عقد الوعد، هو الشكل الذي يتطلبه القانون في العقد الموعود به، فاننا نتردد كثيراً في قصر هذا الحكم على الشكل القانوني دون الشكل الاتفاقي... فالأقرب الى الصواب ان يساوي في ذلك بين الشكل القانوني والشكل الاتفاقي..." انظر المؤلف المذكور أصول الالتزامات مصادر الالتزام-، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧، ص٣١٥. انظر كذلك

من الفقه من ساوى في الأثر بين الشكل القانوني والشكل الاتفاقي، وهو البطلان عند عدم مراعاة اياً منهما فيما لو كان الشكل الاتفاقي مشترطاً للانعقاد، راجع ما ورد في هـ (٣٧).

٤٤-انظر قرار محكمة الاستئناف المختلط في مصر بتاريخ ١٩٨٧، يقضي بان:- "العقود الرضائية تتم بمجرد التراضي ما لم يكن المتعاقدان قد اتفقا على التعاقد بعقد رسمي مع النص صراحة على انصراف نيتهما الى تعليق الارتباط على إتمام العقد عن طريق التوقيع عليه امام موثق العقود".اشار اليه د. مصطفى الجمال ، مصدر سابق ، ص١٩٤.

٤٥-انظر د. جميل الشرقاوي في مؤلفه نظرية بطلان التصرف القانوني، مصدر سابق، ص١٢٥، حيث يذهب الى القول بأنه:- "لا يمكننا ان نسلم بان اتفاق المتعاقدين على إتمام تعاقدهما بالكتابة ينتقل بالعقد من نطاق الرضائية الى نطاق الشكلية، بمعنى ان يعتبر الشكل عندئذ عنصراً من عناصر التصرف التي تم بها، ويترتب على تخلفه عيب هذا التصرف وبطلانه كما لو كان الشكل مطلوباً بنص القانون، ذلك ان التصرف القانوني كائن قانوني من اللازم ان تتحدد عناصره في قواعد القانون الخاصة بإنشاء التصرف القانوني، وفي هذه القواعد نفسها حدد القانون أثر الإخلال بالعناصر التي استلزمها في التصرف، وهو البطلان".

٤٦-انظر بحث بعنوان ، العقد وآثاره القانونية ، ٢٠٠٤ ، منشور في الموقع الالكتروني www.alriyadh.com:

٤٧- انظر المادة (١/٢٥٠) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه: ((في الالتزام بعمل ، اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضرورياً ان ينفذه بنفسه ، جاز للدائن ان يستأذن المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين ، اذا كان هذا التنفيذ ممكناً)).

٤٨- د.عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ج٢ ،احكام الالتزام ، ص٢٧ ،د. انور سلطان ، مصدر سابق ، ص٩٩.

٤٩- د. انور سلطان ، مصدر سابق ، ص٩٩ ، د. محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص١١٣.

٥٠- انظر د. ياسر الصيرفي ، مصدر سابق ، ص٩١.

٥١- انظر شريف النجار ، تقسيمات العقود ، ٢٠٠٩ ، بحث منشور على الموقع الالكتروني :www.Justice –Lawhom.com

٥٢-انظر قرار لمحكمة التمييز في العراق ، والمرقم٢٠١/م٨٣/٣ بتاريخ ١٩٨٣/٢/٢٨، والمنشور في مجلة القضاء ، س٤٢ ، ع٢ ، ١٩٨٧ ، والذي يذهب الى ((ان المحكمة ردت دعوى المدعي بحجة عدم وجود عقد ايجار مصدق من قبل دائرة ضريبة العقار ،

بين الطرفين ، دون ان تلاحظ ان المدعي عليه كان قد اودع بدل الايجار لـــدى الكاتـــب العدل ، وان المدعي استلم هذا البدل ، وهذا فيه دلالة كافية على وجود عقد ايجار شـــفهي بين الطرفين)) .

والمتمعن لهذا القرار ، يجد ان الشكلية المفترض استيفائها هي تصديق عقد الايجار لـــدى دائرة ضريبة العقار ، وان احد الطرفين بايداعه مبلغ الايجار لدى الكاتب العدل ، واستلام الطرف الآخر له ، يعدّ تنازلاً من قبلهما ضمنياً عن استيفاء هذه الـــشكلية ، لانهمـــا قامـــا بتنفيذ هذا العقد دون مطالبة احدهما الآخر باستيفاءه .

كما ان الواضح من هذا القرار ، بان الشكلية المتفق عليها كانت للانعقاد ، بدليل ان بـــدل الايجار لم يكن مستلماً بعد ، أي لم يكن هنالك تنفيذ للعقد قبل استحصال الـــشكلية المتفـــق عليها ، واخيراً فان الجملة الاخيرة للقرار وهي((وجود عقد ايجار شفهي بين الطرفين)) تؤيد ما توصلنا اليه من نتيجة بشأن اعتبار العقد – رغم الاتفاق على شـــكلية خاصـــة – منعقد ، وان أمر تنفيذ هذه الشكلية يجدر بحثه كالتزام من التزامات العقد لا أثر لـــه علـــى انعقاده .

قائمة المصادر

١- د. أنور سلطان، العقود المسماة- البيع والمقايضة-، ط٢، دار نشر الثقافة القاهرة، ١٩٥٢.

٢- د. انور سلطان ، الموجز في مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٠ .

٣- د. توفيق حسن فرج، القانون الروماني، بلا مطبعة، بيروت، ١٩٨٥.

٤- جاك غستان، موسوعة القانون المدني- تكوين العقد، ط٣، بلا سنة طبع.

٥- د. جلال العدوي، أصول الالتزامات- مصادر الالتزام- منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧.

٦- د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦.

٧- حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤.

٨- د. خالد ممدوح ابراهيم ، الشكلية في عقود الانترنيت ، ٢٠٠٩ ، بحث منشور في الموقع الالكتروني :http/Kanoun /montada .htm

٩- خلف محمد ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ، الهيئة المصرية العامة للكتب ، ١٩٨٠ .

١٠-د. سعدي اسماعيل البرزنجي ، ملاحظات نقدية في القانون المدني ، دار الكتب القانونية ، مصر ،٢٠١٠

١١-د. سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، بلا سنة طبع.

١٢-د. صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠١.

١٣-د. طارق كاظم عجيل ، الوسيط في عقد البيع ، ج١ ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمّان ، ٢٠١٠ .

١٤-د. عباس الصراف وآخرون ، مقدمة النظرية العامة لمفهوم الحق الشخصي وتقسيمات العقود ، ط١ ، دار الوائل للنشر ، الاردن ، ٢٠٠٥.

١٥-د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، ج١، القاهرة، ١٩٦٤.

١٦-د. عبد الرشيد عبد الحافظ ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الاسلامي والقانون ، النهر الذهبي للطباعة والنشر ، القاهرة ،٢٠٠٠.

١٧- د. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري- نظرية العقد والإرادة المنفردة-، بلا مكان طبع، ١٩٨٤.

١٨- د. عبد المجيد الحكم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣.

١٩- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.

٢٠- د. عبد المنعم البدراوي، عقد البيع في القانون المدني، ط١، بلا مكان طبع، ١٩٥٧.

٢١- د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

٢٢- علي عبد العالي الاسدي ، النظا القانوني للشكل في قانون المرور ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل – العلوم الانسانية - ، مج١٤ ، ع٢ ، ٢٠٠٧.

٢٣- محمد جمال عطية، الشكلية القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٩٣.

٢٤- د. محمد علي عبدة ، دور الشكل في العقود ، ط١ ، بيروت ، ٢٠٠٧.

٢٥- د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد- العقود المسماة-، ج١، عقد البيع والمقايضة، بلا مكان طبع، ١٩٥٣.

٢٦- د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤.

٢٧- د. محمد وحيد الدين سوار ، الشكل في الفقه الاسلامي ، منشورات معهد الادارة العامة بالرياض ،السعودية ، ١٩٨٥.

٢٨- نذير بن عموّ ، العقود الخاصة – البيع والمعارضة - ، ط١ ، مركز النشر الجامعي ، تونس ، ٢٠٠٨.

٢٩- د. نعمان محمد خليل جمعة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.

٣٠- د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، ط١، المطبعة التجارية، القاهرة، ١٩٥٥.
٣١- د. ياسر كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، القاهرة، ١٩٩٢.
٣٢- د. ياسر كامل الصيرفي، دور القاضي في تكوين العقد، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

المصادر باللغة الفرنسية

1- Laroumet, Droit civil, T.III, Les obligations, 1986.
2- Planiol et Ripert, traité pratique de droit civil francais, les obligations, T.I, Paris, 1952.
3- Planiol et Ripert et Esmein, Traité pratique de droit civil francais, T. VI, les obligations, Paris, 1952.
4- Jaeques Ghestim ,Traité de droit civil ,La formation du contrat , 3 édition ,1993.
5- Marty et raynaud , Droit civil , T.11,Les obligations,1962.
6- Durma (Mircea) : La notification de La volonte ,Role de la notification dans la formation des acts Juridiques , paris , siery ,1930.
7- Marcel Planiol et Géorger Ripert , Traité pratique de droit civil francais , 2 eme éd , paris ,1952.

Agreement formality in contract

By
Dr. Wasan K.Al- Khafagy