الشكلية الاتفاقية في العقود

طالب الدراسات العليا : حسن يعقوب كلية الحقوق – جامعة دمشق

إشراف الأستاذ الدكتور: زهير حرح

الملخص

ان مصادر الالتزام العقدي الذي يقوم على التراضي والمحل والسبب ويضيف كل من القانون والعاقدان ركنا اخر هو الشكل أو الشكلية في العقود وقد تكون الشكلية ركنا في العقد بموجب الاتفاق اتفاق المتعاقدين وقد يكون العقد شكليا بنص القانون

وإن كان الأصل في العقود الرضائية ان يكفي لانعقادها مجرد تراضي المتعاقدين إلا انه اوجب القانون أو المتعاقدين شكلا فهذا الشكل يكون ركنا في العقد ويستوجب مراعاته عند التعاقد لانه يعبر بصورة واضحة ومحددة عن محتوى العقد

بالإضافة إلى أن الشكل يلعب دورا وقائيا هاما بالنسبة للأطراف لأنه يخول للمتعاقدين أثر كتابي للعقد يخولهم في حال وجود نزاع بينهم اعتماده للإثبات

وقد يساعد الشكل السلطة العمومية على حصر العقود المبرمة بين الاشخاص لتتمكن من ممارسة رقابتها على العلاقات الإقتصادية والإجتماعية التي تربط بينهم

الكلمات المفتاحية : شكلية، قيد، إرادة، بطلان، قانون مدني.

Agreement Formality in contracts

Submitted By: Hasan yakoub

Supervised by: Zoher Harah

Abstract

The sources of the obligation of contractual which are based on the mutual consent, subject matter, and cause. Law and the contracting parties add another pillar which is the form or the formality in contract. Formality might be a pillar in the contract under the agreement of the contracting parties. The contract can also be formal by the privision of law. Despite the fact that consensual contracts are originally concluded by the mare mutual consent of the parties, if law or contracting parties necessitate a form, such form shall be a pillar in the contracts that should be consedered when contracting as it expresses the contents of contract in a clear defined menner. In addition, the form plays an essential protective role for the parties as they have a written form of the contract. that can be used as an evidence in case of dispute between them. Formality can also help public authorities identify contracts concluded between individuals in order to excersise their control on the social economic relationships between them

المقدمة :

من المعلوم بأن العقد ينشأ من تلاقي ارادتين – الايجاب والقبول –، وإن كلاً منهما تقتضي التعبير عنها لإظهارها من الخفاء إلى 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 ارادتهم العقدية.

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

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

والحقيقة، إن هذه التساؤلات هي ما دعتنا إلى 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 إلى ندرة النصوص التشريعية التي تصدت لمعالجة موضوع الشكلية المتفق عليها بين الطرفين، إضافة إلى أن البعض من هذه النصوص قد عالجت موضوع البحث في ذات الموضع الذي عالجت فيه الشكلية القانونية، كما أنها قد أعطته ذات الحكم، وهذا ما سيتم مناقشته والتطرق إليه في موضعه من البحث.

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

هذه التساؤلات، وغيرها، هي ما سيتم التعرض إليه في متن هذا البحث وفق منهجية لا تقوم على المقارنة بين التشريعات القانونية، لأن 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 إليه من نتائج في ختامه.

أما 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 إلى تمييزه عن الشكل القانوني، وذلك في مطلبين كالآتي.

المطلب الأول

تحديد معنى الشكل الاتفاقي

قبل أن ندخل في بيان ما يعنيه الشكل الاتفاقي، يجدر بنا أولاً، توضيح المفهوم الدقيق للشكل باعتبار أن ما ستخلص إليه نتائج هذا المفهوم، سيبنى عليه ما إذا كان الشكل الذي يتفق عليه المتعاقدان – والذي نحن بصدد دراسته –، مما يدخل ضمن هذا المفهوم. فالشكل في اللغة من شكَّل الشيء : صوَّره، وهو صورة الشيء المحسوسة أو المتوهمة، ويراد به غالباً ما كان من الهيئات. [1]

أما 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 إلى 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[2]، أو هو صورة خاصة من صور التعبير عن الارادة يفرضها المشرع[3]، أو كونه ذلك الاسلوب المحدد الذي يتعين أن يكون الرداء الذي تظهر به الارادة عند التعبير عن نفسها[4]. وأخيراً قد تكون الشكلية المقصودة قانوناً، هي التي يجازى غيابها بانعدام الأثر القانوني للتصرف[5].

---

[1] لويس معلوف، المنجد، في اللغة والاعلام، ط١٧، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، ١٩٧٣، ص ٣٩٨.

[2] د. عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الاسلامي والقانون، النهر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٧.

[3] د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦، ص ٣١٠.

[4] حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص ٢.

[5] نذير بن عموّ، العقود الخاصة – البيع والمعاوضة -، ط١، مركز النشر الجامعي، تونس، ٢٠٠٨، ص ٨٤.

ويبدو مما ذكر، بأن الشكل يتصل بالتعبير عن الارادة، لا بالإرادة ذاتها، وذلك أن الأخيرة تعدّ أمراً باطناً من كوامن النفس[1]، لا يمكن التعرف إليها إلا بإظهارها إلى الوجود المادي بتعبير ما يصدر عن الشخص للدلالة عليها، وإذا كان الأمر كذلك، فإن اظهارها إلى العالم الخارجي بشكل مادي محسوس، هو ما يجعل بالإمكان فهمها والتوصل إلى مدى جديتها في الانصراف إلى احداث أثر قانوني معين، وما عدا ذلك، فإن هذه الارادة تبقى عديمة الأثر ما دامت كونها حقيقة نفسية باطنة[2].

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

والحقيقة أن هذا الأمر كان مثار خلاف فقهي كبير تمخض عنه اتجاهان في الفقه المعاصر :

احدهما يرى بأنه لا يمكن تصور وجود شكلية، إلا إذا كان هنالك شكل محدد يجب التقيد به، وإن التصرف لا يعتبر شكلياً إلا إذا تم التعبير عنه بشكلية مفروضة[3]، 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 ((أن الشكلية تقتضي أن يكون هناك تنظيم وضعي يفرض شكلاً معيناً على التعبير عن الإرادة ليس لصاحبه اختيار سواه))[4].

---

[1] د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري، ط١، المطبعة التجارية، القاهرة، ١٩٥٥، ص ٨. كذلك د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص ٥٤.

[2] علي عبد العالي الاسدي، النظام القانوني للشكل في قانون المرور، بحث منشور في مجلة جامعة بابل – العلوم الانسانية -، مج ١٤، ع ٢، ٢٠٠٧، ص ٢٠٨.

[3] انظر د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص ١٩٣. كذلك حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، مصدر سابق، ص ٩، ود. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص ١٢٦.

[4] نقلاً عن د. محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الاسلامي، منشورات معهد الادارة العامة بالرياض، السعودية، ١٩٨٥، ص ٣.

اما الاتجاه الآخر، فهو الذي يوسع من مفهوم الشكلية، حيث يرى أن التعبير عن الإرادة بحد ذاته هو شكلاً بالمعنى القانوني. واستند الكتاب[1]، في اتجاههم هذا، إلى أن الارادة شيء خفي، لا يمكن تلمسها إلا بطريق اظهارها إلى الوجود المادي، واظهارها هذا لا يتم إلا بالتعبير عنها، وهذا التعبير ما هو إلا شكلاً للتصرف القانوني. وبالطبع، فإن هذا التصور للشكل لا يمكن التعويل عليه، لأنه سيقود إلى القول بأن جميع التصرفات القانونية شكلية مادام التعبير عن الإرادة فيها محتوماً بشكلية معينة تظهرها إلى الوجود المادي.

وإذا تيقنا، بأن الشكل الاتفاقي – وهو محور دراستنا في هذا البحث – لا يعني سوى اتفاق الأفراد على ضرورة اتيان تصرفهم في شكل محدد يتفقون عليه مقدماً[2]، فإنه وفقاً للاتجاه الأخير – والذي يذهب إلى أن كل تعبير عن الإرادة هو مظهر شكلي للتصرف القانوني – لا يكون إلا شكلاً بالمعنى القانوني.

أما وفقاً للاتجاه الأول – والذي يرى بأن الشكل بمعناه القانوني لا يكون إلا مفروضاً من قبل المشرع – فإن الشكل الذي يرد باتفاق الطرفين لا يمكن عدّه شكلاً قانونياً، لأن الشكل القانوني إنما يتحدد بإرادة المشرع وليس بإرادة الأفراد[3].

وجدير بالذكر أن الشكلية في القوانين القديمة وابرزها القانون الروماني، كانت هي القاعدة العامة في اطار العقود، اذ إن العقد في تلك القوانين كان يرتب أثره بمجرد اكمال شكليته الخاصة بغض النظر عن الارادة التي انتجت هذا العقد[4]، أما 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، إلا وضعاً

[1] انظر د. سعدي اسماعيل البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص ٣٥ - ٣٧، كذلك محمد جمال عطية، الشكلية القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٩٣، ص ٢٠١.

[2] د. ياسر كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٣٢.

[3] د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص ١٢٦.

[4] انظر د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٠، ص١٥.

فرضه المشرع في نطاق ضيق لغايات أو اعتبارات معينة[1]، وعلى الرغم من كونها في فرضه المشرع في نطاق ضيق لغايات أو اعتبارات معينة، وعلى الرغم من كونها في نطاق محدود، الا أنها ليست بشكلية مجردة – كما كان الأمر في القوانين القديمة –، بدليل أن العقد الشكلي لا ينعقد ولا يكون له من اساس لمجرد استيفاء الشكل، بل لابد من توافر باقي الاركان العقدية والمتمثلة بالتراضي والمحل والسبب[2].

وإذا كانت الرضائية في القوانين الحديثة تكفي لإنشاء العقد، فإن الشكلية القانونية – أو المفروضة من قبل المشرع – لا تكون إلا استثناءً من قاعدة الرضائية المشار إليها، بمعنى أن التراضي في العقد الشكلي، لا يكون كافياً لإنتاج هذا العقد آثاره القانونية، بل لابد للوصول إلى هذه الآثار أن يأتي ذلك التراضي في صيغة معينة يحددها القانون، ولا يغني عنها اتيانه في صيغة أخرى[3].

نستنتج مما سبق، بأن الشكل الاتفاقي ليس شكلاً بالمعنى القانوني ولا ينهض قيداً على ارادة المتصرف، ذلك لأن الشكل بمعناه القانوني لا يكون إلا مفروضاً من قبل المشرع وفي بعض التصرفات القانونية[4].

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

---

[1] انظر بحث بعنوان ((العقود الشكلية)) منشور في الموقع الالكتروني : www.Moqatel.com

[2] د. عبد المجيد الحكيم مصدر سابق، ص ٤٠.

[3] المستشار القانوني رائد خاص، الشكلية في عقد البيع، ٢٠٠٤، بحث منشور في الموقع الالكتروني : www.Majalisana.com

[4] انظر د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، ج ١ – انعقاد العقد –، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠١٠، ص ٣٠٠.

المطلب الثاني

تمييز الشكل الاتفاقي من الشكل القانوني

بعد أن 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، ابراز الفوارق التي تجعل من الشكل الذي نحن بصدده يبتعد في معناه عن المعنى المفترض للشكلية القانونية.

ويمكننا اجمال تلك الفوارق بما يأتي :

أولاً : ان عناصر التصرف القانوني لا يمكن تحديدها إلا 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 أن تمنح الإرادة مثل هذا الدور في تحديد تلك العناصر، مما يقود في نهاية الأمر إلى القول بالمساواة بين أثر الاتفاق وأثر القانون في تكوين التصرف[1]، ومن ثم فسح المجال لإضافة عنصر جديد لصحة التصرف القانوني لم يستلزمه المشرع[2].

نخلص، من هذا، بأن الشكل الاتفاقي مصدره اتفاق طرفي التصرف، وهو لا يرقى، بأي حال من الأحوال، إلى مرتبة الشكل القانوني الذي يكون مصدره ارادة المشرع.

ثانياً : إن صفة الإلزام لا تتحقق إلا بالنسبة للشكل القانوني، بمعنى أن طرفي التصرف ملزمين باتباع ما فرضه المشرع من شكلية خاصة بذلك التصرف، وفي حالة عدم اتباعها، فإن هذا التصرف محكوم بالعدم[3]، اما بالنسبة للشكل الاتفاقي، فعلى العكس من ذلك، يكون لطرفيه حرية العدول عنه متى شاءوا مادامت ارادتهم قد قررته، بمعنى أنه لا يتوفر فيه عنصر الالزام، اذ بإمكان من اشترطه التنازل عنه، ان صراحة باتفاق لاحق ينسخ الاتفاق السابق، أو افتراضاً من مجرد اتمام تنفيذ العقد أو حتى البدء في تنفيذه دون مراعاة الشكل المتفق عليه[4].

---

[1] حسين عبد القادر معروف، مصدر سابق، ص ٢٧.

[2] د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص ١٢٦ وما بعدها.

[3]

[4] د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص 126 وما بعدها.

ثالثاً : إن الشكل المفروض من قبل المشرع – وهو الشكل القانوني بالمفهوم الدقيق – يرد قيداً على مبدأ الرضائية[1]، وهو المبدأ العام الذي يحكم التصرفات القانونية في القوانين الحديثة، ويمكن اعتبار الشكل القانوني، هنا، استثناءً من هذا المبدأ العام، والاستثناء كما هو معروف، بأنه لا يجوز التوسع فيه، أما الشكل المتفق عليه بين الطرفين، فهو، على العكس، يعتبر تطبيقاً للمبدأ المذكور لا قيداً عليه، ذلك أن للمتعاقدين حرية اختيار الشكل الذي يعبران به عن ارادتها، وان اختيارهما لشكل من الأشكال المتاحة، لا يعدُّ إلا تطبيقاً محضاً لمبدأ الرضائية[2].

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 أن كان مشروطاً لمجرد الإثبات، أو أنه مما يستلزمه انعقاد العقد، وفي سبيل التوصل إلى 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

إن اشتراط الشكل بين الطرفين قد يكون في صورة صريحة، وقد يكون ضمنياً، وفي الحالة الأخيرة يجب أن يكون الطرفان قادرين على إثبات ما جاء في اتفاقهم[3]، أي أن على من يدعي وجوده أن يتمكن من اثبات دعاءه.

---

[1] تجدر الإشارة، إلى أن هناك فارقاً رئيسياً بين التصرف الرضائي والتصرف الشكلي، هو أن الأول لا يستلزم أكثر من التعبير عن الإرادة، إذ إن الأخيرة ظاهرة معنوية لابد أن تجسد في شكل مادي كي تتمكن من إنتاج آثارها القانونية، وهذا الشكل المادي لا يمكن التمييز بينه وبين التعبير عن الإرادة التي هي في الأصل خفاء، وبذلك فإن الشكل، هنا، يندمج في التعبير اندماجاً كلياً بحيث أنه لا يمكن الحديث عن شكلية في التصرفات الرضائية، بينما التصرف الشكلي لا يستلزم المشرع فيه مجرد التعبير عن الإرادة، وإنما يتطلب أن يكون هذا التعبير في وضع معين مسبق التحديد، بحيث لا ينتج هذا التعبير آثاره القانونية، إلا إذا استوفى الشكل المفروض قانوناً. انظر، ياسر الصيرفي، مصدر سابق، ص ٣٩.

[2] د. مصطفى الجمال، مصدر سابق، ص ١٩٣.

[3] د. ياسر كامل الصيرفي، مصدر سابق، ص ٨٢.

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

الفرض الأول :

أن يكون الأطراف قد أوضحوا قصدهم من الشكل الذي اتفقوا عليه، سواء أكان معدّاً للإثبات أم للانعقاد، وسواء كانوا عبروا عن قصدهم، هذا، صراحة أو ضمناً، إذ ليس بالضرورة أن يكون التعبير صريحاً فيما إذا كان الشكل مقصوداً منه أن يكون شرطاً لانعقاد العقد[1]، وإنما المهم في هذا، سهولة استجلاء قصد المتعاقدين، وقد ذهبت إلى تقرير هذا الأمر، بعض القرارات القضائية التي أفادت بإمكانية التعويل على الاتفاق الضمني على الشكل فيما إذا كان مطلوباً للانعقاد[2].

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

الفرض الثاني :

أن يكون الأطراف 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 أن تكون مشروطة لإثباته أم لانعقاده.

---

[1] د. ياسر كامل الصيرفي، دور القاضي في تكوين العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٤٨، وخلاف هذا أي أن الشكلية المشترطة للانعقاد لا تكون إلا باتفاق صريح، انظر د. انور سلطان، العقود المسماة – البيع والمقايضة – ط ٢، دار نشر الثقافة، القاهرة، ١٩٥٢، ص ٩٩.

[2] انظر قرار لمحكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٧٨ والذي يذهب إلى أنه : ((يمكن استخلاص نيه تعليق وجود البيع على تحرير العقد من ظروف الاتفاق ولو لم ينص على ذلك صراحة)). أشار إليه خلف محمد، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية، الهيئة المصرية العامة للكتب، ١٩٨٠، ص ٢٠٩.

وفي هذه الحالة، على القاضي أن يتحرى عن القصد المشترك لطرفي العقد من اشترط الشكلية، وذلك بالرجوع إلى بنود الاتفاق ذاته، والظروف والوقائع التي أحاطت به[1]، فإن استطاع الوصول إلى هذا القصد المشترك فإنه يجب اعماله طبقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، وإن كان لنا في هذا الموضوع بالذات – أي اتفاق الطرفين على شكلية خاصة للانعقاد – وقفة خاصة سنضمنها بحثنا لاحقا[2]. أما إن لم يستطع ذلك، ولم يتمكن من تحديد حقيقة قصد الطرفين المشترك، هذا، فعليه أن يلجأ إلى تطبيق حكم القانون في هذه المسألة، وإن لم يكن متاحاً، فالاستئناس بما هو سارٍ في الفقه والقضاء.

والحقيقة، إن بعض التشريعات القانونية، قد أوضحت في نصوصها، المعالجة المطلوبة لمثل تلك المسألة، وإن لم تكن في تقديرنا، هي الأصوب، فمثلاً قانون الموجبات والعقود اللبناني، والذي ذهب، على ما يبدو، إلى اعتبار الشكل المشترط بين الطرفين، مطلوباً، عند الشك، للانعقاد، لأنه رتب عند تخلفه جزاءً يتمثل بعدم انعقاد العقد، حيث نصت م (٢٢٠ / ٣) منه على أنه : ((إذا اتفق المتعاقدان من جهة أخرى على وضع العقد في صيغة خاصة لا يوجبها القانون، كالصيغة الخطية مثلاً، فإن العقد لا ينعقد ولا ينتج مفاعيله حتى بين المتعاقدين، إلا 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 بأن أعمال القواعد العامة بهذا الصدد

[1] د. ياسر كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، مصدر سابق، ص ٨٣.

[2] انظر ما سيأتي ذكره لاحقاً في ص من هذا البحث.

يقضي باعتبار الشكل المتفق عليه بين الطرفين، عند الشك، مطلوباً للإثبات لا للانعقاد[1] كما أن الفقه يؤيد هذا التوجه[2].

وكذلك الأمر في التشريع المصري، إذ لم يتضمن القانون المدني نصاً يفيد في حل الإشكال المذكور، إلا أن 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[3].

وبالرغم من هذا، فإن الفقه[4]، والقضاء[5] في مصر، يذهب إلى أن الشكل المتفق عليه بين الطرفين يكون معتبراً، عند الشك، للإثبات وليس للانعقاد، وذلك اعمالاً للقواعد العامة، ولأن الأصل في العقود الرضائية.

---

[1]انظر في قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر في عام ١٩٨٣، حيث يذهب إلى أن : ((الأصل في العقود أن تكون رضائية تتم بمجرد تطابق الايجاب مع القبول، إلا في حالة وجود نص خاص يستلزم بعض الشكليات المحددة لصحة قيام العقد، أو اتفاق طرفيه على ضرورة مراعاة بعض الشكليات المحددة)) ذكره د. محمد علي عبده، دور الشكل في العقود – دراسة مقارنة -، ط١، بيروت، ٢٠٠٧، ص ١٢٧. وواضح من هذا القرار، أنه مادام الأصل هو رضائية العقود، ففيما عدا الشكل المنصوص عليه قانوناً، والشكل المتفق على تحديده صراحة بين الأطراف، يعدُّ الشكل الاتفاقي – غير المحدد دوره في العقد – معداً للاثبات وليس للانعقاد.

[2]

[3]انظر هذا النص، والذي يذهب إلى أنه : ((إذا اتفق المتعاقدان على أن يستوفي العقد شكلاً خاصاً لك يشترطه القانون، فالمفروض عند الشك أنهما لم يقصدا أن يلتزما إلا من الوقت الذي يستوفي فيه العقد الشكل المتفق عليه))، وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي بخصوص هذا الأمر أنه : ((إذا 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 بالإخلاء، في عقود الايجار – فيفترض أن نيتهما قد انصرفت إلى ترتيب البطلان على عدم مراعاة هذا الشكل)) انظر، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٢، ص٧٣ – ٧٤.

[4]انظر من الفقه : د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، ج١، القاهرة، ١٩٦٤، ص ١٥١، د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص ٩٩، د. عبد المنعم البدراوي، عقد البيع في القانون المدني، ط١، بلا مكان الطبع، ١٩٥٧، ص ٨٤، د. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري – نظرية العقد والإرادة المنفردة -، ١٩٨٤، ص ٣١، د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد – العقود المسماة -، ج ١، عقد البيع والمقايضة، ١٩٥٣، ص ١١٣.

[5]انظر قرار لمحكمة النقض المصرية في ١٩٨٥ يذهب إلى أنه : - " إذا استخلص القاضي من الأوراق، أن العاقدين لم يجعلا تحرير العقد الرسمي شرطاً لانعقاد البيع، بل هما قد علقا عليه انتقال الملكية إلى المشتري، وبنى ذلك على اعتبارات مقبولة تبرره فلا معقب عليه في ذلك وإذا تعذر على القاضي استخلاص نية الطرفين بأن لم يجد في الأوراق ما يرجح أحد القصدين، تعين اعتبار الكتابة مشروطة للإثبات فقط لا للانعقاد، لأن الأصل في العقود أن تكون رضائية، ولأن المشرع لم يأخذ عندنا

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

وإذا صح القياس، هنا، فلا شك بأن المسألة في القانون العراقي تأخذ ذات الحكم في القانونين المصري والفرنسي، في أن اعمال القواعد العامة يقضي بترجيح كون الشكل مطلوباً للإثبات وليس للانعقاد فيما إذا لم يكن ظاهراً من الاتفاق عدَّه دليلاً لانعقاد العقد.

ومن وجهة نظرنا – إن ابتغينا ترجيح احد الموقفين –، فإن الشكلية المطلوبة للانعقاد لا تغني عن كون العقد مازال رضائياً، أي لا يمكن لأي من الطرفين – استدلالاً باتفاقهم على شكلية معينة لم يتضح القصد منها أنها 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 الأمر رهناً بالظروف والقرائن التي ترافق انعقاد العقد، والتي بالإمكان الاستدلال منها عما كان يبتغيه الطرفان من اشتراطهما لتلك الشكلية.

المطلب الثاني

تحديد استلزام الشكل الاتفاقي

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

بالقرينة التي تجعل اشتراط الكتابة مقصوداً به انعقاد العقد خلافاً للأصل ". أشار إليه محمد جمال عطية، مصدر سابق، ص ٢١٠.

الفرع الأول

أن يكون الشكل الاتفاقي مطلوباً للإثبات

في هذه الصورة من صور الاتفاق على الشكل، لا تكون هنالك أية اشكالية في تحديد التكييف القانوني المفروض لهذا الشكل، لأنه لا يلتبس بأي حال من الأحوال بالشكلية المفروضة من قبل المشرع، إذ إنه لا يحول – باعتباره وسيلة اثبات – دون ابرام التصرف القانوني، فالأخير يكون باتاً، وينعقد بمجرد اتفاق طرفيه على عناصره الجوهرية، كما في الاتفاق على المبيع والثمن في عقد البيع[1]، فإنها كافية لاعتبار هذا العقد منعقد، وإن لم يتم مراعاة الشكل المتفق عليه، لأن الأخير لا يعدو أن يكون، هنا، مجرد التزام ناشئ عن عقد انعقد بالفعل، وهو التزام بالقيام بعمل[2].

ومن هنا، نستنتج، بأن 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 ويعدّ شرطاً جوهرياً لانعقاد التصرف القانوني الشكلي[3].

الفرع الثاني

أن 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. وإذا كان الأمر كذلك، فإنه ولاشك يشتبه بالشكل القانوني، وتصبح مسألة تمييزه عن الأخير، في غاية الدقة، وفي الوقت الذي يجمع فيه الفقه على أن الشكل القانوني الذي يفرضه المشرع متميزاً بالكامل عن الشكل الاتفاقي المطلوب

[1] د. صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٦٤.

[2] د. ياسر الصيرفي – التصرف القانوني الشكلي، مصدر سابق، ص ٨٧.

[3] د. مصطفى الجمال، مصدر سابق، ص ١٩٣.

للإثبات، إلا أنه يختلف في النقطة مدار البحث، حيث يذهب جانب منه[1] إلى أن الشكل الاتفاقي المطلوب شرطاً للانعقاد، يماثل من حيث تكييفه القانوني، الشكل المفروض من قبل المشرع، ويؤدي في نهاية المطاف إلى التحول بالجانب الرضائي للتصرف إلى الجانب الشكلي منه. بينما ذهب جانب آخر[2]، إلى نفي هذا التماثل وإقرار الاختلاف بين الشكلين.

ونحن نعتقد بأن اتفاق الطرفين على شكلية مخصصة للانعقاد – أي أن عدم مراعاة هذه الشكلية المتفق عليها يؤدي إلى عدم انعقاد العقد – ليس بالاتفاق المقبول على الأقل من وجهة النظر القانونية، وتبرير هذا بأن 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[3]. ومعنى هذا، أن 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، ولا يمكن القول بتحويله إلى تصرف شكلي لمجرد تقييد انعقاده بشكلية يتفق عليها طرفاه[4] والقول بغير هذا ليس إلا افراغاً لذلك التصرف الرضائي من محتواه.

وعلى ما يبدو، إن الجانب الأول من الفقه، والذي ماثل بين الشكل الاتفاقي المطلوب شرطاً للانعقاد، وبين الشكل المفروض من قبل المشرع، قد غلب جانب حرية التعاقد

---

[1]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، ص ٢٢، د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٣٣.

[2]انظر : د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص ١٢٥، د. ياسر الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي، مصدر سابق، ص ٩٠، د. مصطفى الجمال، مصدر سابق، ص ٩٣.

[3]انظر د. عباس الصراف وآخرون، مقدمة النظرية العامة لمفهوم الحق الشخصي وتقسيمات العقود، ط ١، دار وائل للنشر، الأردن، ٢٠٠٥، ص ٧٢.

[4]د. خالد ممدوح ابراهيم، الشكلية في عقود الانترنت، ٢٠٠٩، بحث منشور في الموقع الالكتروني http/kanoun/montada.htm

باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، على جانب الالزام القانوني الذي يتضمن بأن العقد ينعقد باتفاق طرفيه على المسائل الجوهرية[1] – أي اركان انعقاده – ومن غير المقبول، اعتبار الشكل الاتفاقي عنصراً جوهرياً في العقد، أي يصبح بالتالي ركناً من اركان انعقاده، وإن كان هذا الأمر منطبقاً على الشكل القانوني، لأن المشرع بإرادته قد جعل الشكل ركناً من اركان انعقاد العقد الشكلي، إلا أن الشكل الاتفاقي لا ينطبق عليه، حيث نعود إلى ذات النقطة المحورية التي ابتدأنا منها، وهي أن 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، وإنما يبقى متاحاً امامهما الاتفاق على شكلية يحاط بها العقد دون المساس بانعقاده، وإن ما يمكن أن يرتبه عدم الايفاء به، جزاءات أخرى بعيدة عن بطلان العقد أو عدم انعقاده، وهذا ما سيتم التطرق إليه في المبحث القادم.

المبحث الثالث

الأثر المترتب على تخلف الشكل الاتفاقي

بعد أن فرغنا، في المبحثين السابقين، من تحديد المفهوم والتكييف القانونيين للشكلية الاتفاقية، ينبغي لنا أن نتوقف، في هذا الموضع، لتحديد ما يترتب من جزاء على تخلفها، وإذا كان البعض من الفقه ونصوص بعض التشريعات – رغم أننا لسنا مع هذا الأمر – قد حددت جزاءً يتمثل بالبطلان فيما إذا كان الشكل مطلوباً للانعقاد، فإننا يمكن أن نجد في الأحكام العامة للقانون المدني، جزاءات أخرى مختلفة. وهذا ما سيتم ايضاحه في المطلبين الآتيين.

[1] انظر نص م (٨٦ / ١) من القانون المدني العراقي، وتقابلها م (٩٥) من القانون المدني المصري.

المطلب الأول

بطلان التصرف كجزاء لتخلف الشكل الاتفاقي المشترط للانعقاد

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

وقريب من هذا، نص م (٦٦) من القانون المدني الكويتي، حيث تذهب إلى أنه : " إذا اشترط المتعاقدان، لقيام العقد، اتباع شكل معين في ابرامه، فإنه لا يجوز لأحدهما، دون رضاء الآخر، أن يتمسك بقيامه، ما لم يأت في الشكل المتفق عليه ".

ومن المؤكد أن 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، إذ إنه من المحتم أن يكون هذا البطلان هو الأثر المترتب على تخلف الشكل القانوني[1].

---

[1] انظر نص م (٩٠ / ١) من القانون المدني النافذ، حيث تذهب إلى أن : " إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد، فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل، مالم يوجد نص بخلاف ذلك ".

وانظر قرار لمحكمة التمييز برقم ٧ / م ١ / ٧٦ وتاريخ ٢٩ / ٤ / ٧٦ منشور في مجلة القضاء، س ٣٢، ع ٣، ١٩٧٧، والذي يذهب إلى : ((أن عقد بيع العقار وإن كان باطلاً لوقوعه خارج دائرة التسجيل العقاري، غير أن تسليم المبيع إلى المشتري وتصرفه به دون معارض أو منازع طوال هذه المدة، يعتبر اباحة له في التصرف والاستغلال تمنع المطالبة بأجر المثل)).

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

والحقيقة، إن 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 جزاءً يتمثل بالبطلان المطلق، ووضع القسم الثالث منهم جزاء البطلان النسبي، وقد استند عدم الاتفاق، هذا، إلى اختلاف العيوب التي يمكن أن تلحق التصرف القانوني وبدرجات متفاوتة من الأهمية. انظر في تفصيل ذلك، د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص ٣٣٧.

وإذا كان الأمر كذلك، في البعض من التشريعات القانونية، فإن ذات الاتجاه أقر به البعض من الفقه[1]، وقرارات القضاء[2].

والذي يبدو من تحليل هذا الاتجاه، بأنه لا يستقيم منطقاً مع ما تقضي به القواعد العامة من أن البطلان لا يترتب إلا نتيجة لتخلف أحد العناصر القانونية اللازمة لإبرام التصرف، وهذه العناصر لا تتحدد إلا من قبل المشرع وليس الأفراد، وبالتالي لا يمكن التسليم بإمكانية طرفي التصرف القانوني، الانتقال به من دائرة الرضائية إلى دائرة الشكلية من خلال اتفاق على شكلية خاصة، حتى وإن تبين من ظاهر هذا الاتفاق، بأن تلك الشكلية مشترطة لانعقاده لا لمجرد اثباته، لأنه نتيجة هذا الأمر ستحتم القول بأن الأفراد يمكنهم إضافة عنصر آخر إلى العناصر المشترطة لتمام التصرف القانوني، وإن لم يشترطه المشرع[3].

ولذا فنحن لا نتفق مع من ذهب إلى ترتيب البطلان جزاءً لتخلف الشكل المشترط للانعقاد، والأفضل – من وجهة نظرنا – إن يتم معاملة هذا الشكل معاملة أخرى تفترق

[1]يذهب د. جلال العدوي في مؤلفه أصول الالتزامات إلى أنه : " بالرغم من أن 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، فإننا نتردد كثيراً في قصر هذا الحكم على الشكل القانوني دون الشكل الاتفاقي ... فالأقرب إلى الصواب أن يساوي في ذلك بين الشكل القانوني والشكل الاتفاقي ... " انظر المؤلف المذكور أصول الالتزامات مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧، ص ٣١٥. انظر كذلك من الفقه من ساوى في الأثر بين الشكل القانوني والشكل الاتفاقي، وهو البطلان عند عدم مراعاة أياً منهما فيما لو كان الشكل الاتفاقي مشترطاً للانعقاد، راجع ما ورد في ه (٣٧).

[2]انظر قرار محكمة الاستئناف المختلط في مصر بتاريخ ١٩٨٧، يقضي بأن : " العقود الرضائية تتم بمجرد التراضي ما لم يكن المتعاقدان قد اتفقا على التعاقد بعقد رسمي مع النص صراحة على انصراف نيتهما إلى تعليق الارتباط على إتمام العقد عن طريق التوقيع عليه أمام موثق العقود ". أشار إليه د. مصطفى الجمال، مصدر سابق، ص ١٩٤.

[3]انظر د. جميل الشرقاوي في مؤلفه نظرية بطلان التصرف القانوني، مصدر سابق، ص ١٢٥، حيث يذهب إلى القول بأنه : " لا يمكننا أن نسلم بأن اتفاق المتعاقدين على إتمام تعاقدهما بالكتابة ينتقل بالعقد من نطاق الرضائية إلى نطاق الشكلية، بمعنى أن 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 أن التصرف القانوني كائن قانوني من اللازم أن تتحدد عناصره في قواعد القانون الخاصة بإنشاء التصرف القانوني، وفي هذه القواعد نفسها حدد القانون أثر الإخلال بالعناصر التي استلزمها في التصرف، وهو البطلان ".

عن تلك التي منحها القانون للشكل القانوني[1]. وهذا ما سيتم التطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

جزاءات أخرى غير البطلان لتخلف الشكل الاتفاقي

لما كنا قد انتهينا في المطلب الثاني من المبحث السابق، إلى أن الشكل الاتفاقي قد يكون مطلوباً للإثبات، وقد يكون الغرض منه، اعطاء العقد شكلية خاصة لا تكون مشروطة لانعقاده، لذا فقد يكون من السهولة أن نجد الجزاء المناسب المترتب في حالة عدم مراعاة الشكل المتفق عليه بين الطرفين إذا توجهنا إلى صوب القواعد العامة، فإذا 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، فإذا رفض أحد المتعاقدين الوفاء به، كان للآخر إجباره على تنفيذه قضاءً[2]، وبما أن هذا الالتزام لا يمكن تنفيذه جبراً، فإن للمتعاقد الذي يرغب في استيفاء الشكل المتفق عليه، أن يطلب من المحكمة إصدار حكم بصحة التعاقد يحل محل هذا الشكل[3].

وإما في الفرض الثاني، إن كان الشكل الاتفاقي مقصوداً منه أن يتوقف انعقاد العقد على شرط استيفائه، فهنا تبدو الصورة أعقد قليلاً من الفرض السابق، في أنه في حالة الأخير يكون العقد منعقداً وما دور الشكل فيه إلا مجرد كونه احد التزاماته، أما في هذا الفرض فإن العقد يكون متوقفاً باتفاق الطرفين على شرط استيفاء هذا الشكل، كأن يتفق البائع والمشتري في عقد بيع على أنه لا ينعقد إلا بمحرر رسمي، ففي مثل هذه الحالة، يذهب البعض من الفقه[4]، إلى أن مثل هكذا اتفاق لا يعدو أن يكون سوى مشروع عقد غير ملزم، لأن انعقاده معلق على استيفاء شرط الشكل المتفق عليه، وهو في مثالنا المطروح

---

[1] انظر بحث بعنوان، العقد وآثاره القانونية، ٢٠٠٤، منشور في الموقع الالكتروني :

www.alriyadh.com

[2] انظر المادة (٢٥٠ / ١) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه : ((في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه، جاز للدائن أن يستأذن المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين، إذا كان هذا التنفيذ ممكناً)).

[3] د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ج ٢، احكام الالتزام، ص ٢٧، د . أنور سلطان، مصدر سابق، ص ٩٩.

[4] د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص ٩٩، د. محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص ١١٣.

يمثل المحرر الرسمي، وما دام هذا الشرط لم يتم استيفائه، فإن الاتفاق يكون غير ملزم، وبالتالي فإن للطرفين حرية العدول عنه دون أن يكون لأحدهما حق اجبار الآخر على استيفاء هذا الشكل لكي يصل إلى إبرام العقد المذكور[1].

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

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

وذات الأمر يمكن أن نراه متحققاً فيما لو روعي شرط الشكل – المحرر الرئيسي –، ثم تبين بعد ذلك بأن هذا الشكل قد جاء معيباً نتيجة عدم استيفائه شرطاً من شروطه القانونية، ومع هذا نفذ المتعاقدين التزاماتهما، فإن هذا يمكن تفسيره على أنه 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.

وإذا 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 – بأن العقد الذي يتضمن شرط الشكل – وإن كان الأخير مشترطاً بين الطرفين للانعقاد – هو عقد رضائي، وصفة رضائيته لا يمكن نفيها وتحويلها إلى صفة شكلية لمجرد افتراض وجود هذا الشكل[2].

---

[1] انظر د. ياسر الصيرفي، مصدر سابق، ص ٩١.

[2] انظر شريف النجار، تقسيمات العقود، ٢٠٠٩، بحث منشور على الموقع الالكتروني : www.Justice-Lawhom.com

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

الاحتمال الأول :

أن يتفق كل من الطرفين على التنازل عن الشكل المشترط بينهما، سواء كان هذا الاتفاق صريح، أو ضمني عن طريق تنفيذ كل منهما للعقد دون مطالبة الطرف الآخر باستيفائه[1]، وهذا ما يعزز كلامنا بأن العقد مازال رضائياً، وانه ينعقد بمجرد توافر أركان انعقاده دون توقف على استيفاء، أمر آخر، كما أنه من باب آخر، لا يمكن القول بأن أمر انعقاد العقد أو عدمه موكول إلى إرادة الأطراف.

الاحتمال الثاني :

أن 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.

---

[1] انظر قرار لمحكمة التمييز في العراق، والمرقم ٢٠١ / م ٣ / ٨٣ بتاريخ ٢٨ / ٢ / ١٩٨٣، والمنشور في مجلة القضاء، س ٤٢، ع٢، ١٩٨٧، والذي يذهب إلى ((أن المحكمة ردت دعوى المدعي بحجة عدم وجود عقد ايجار مصدق من قبل دائرة ضريبة العقار، بين الطرفين، دون أن تلاحظ أن المدعى عليه كان قد أودع بدل الايجار لدى كاتب العدل، وإن المدعي استلم هذا البدل، وهذا فيه دلالة كافية على وجود عقد ايجار شفهي بين الطرفين)).

والمتمعن لهذا القرار، يجد أن الشكلية المفترض استيفائها هي تصديق عقد الايجار لدى دائرة ضريبة العقار، وإن أحد الطرفين بإيداعه مبلغ الايجار لدى كاتب العدل، واستلام الطرف الآخر له، يعدّ تنازلاً من قبلهما ضمنياً عن استيفاء هذه الشكلية، لأنهما قاما بتنفيذ هذا العقد دون مطالبة احدهما الآخر باستيفاءه.

كما أن الواضح من هذا القرار، بأن الشكلية المتفق عليها كانت للانعقاد، بدليل أن بدل الايجار لم يكن مستلماً بعد، أي لم يكن هناك تنفيذ للعقد قبل استحصال الشكلية المتفق عليها، وأخيراً فإن الجملة الأخيرة للقرار وهي ((وجود عقد ايجار شفهي بين الطرفين)) تؤيد ما توصلنا إليه من نتيجة بشأن اعتبار العقد – رغم الاتفاق على شكلية خاصة – منعقد، وإن أمر تنفيذ هذه الشكلية يجدر بحثه كالالتزام من التزامات العقد لا أثر له على انعقاده.

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 الأول – فلا يبقى أمامنا سوى النتيجة التي توصلنا إليها، وهي اعتبار العقد منعقد، ويستطيع صاحب المصلحة من الطرفين المطالبة قضاءً : أما بالتعويض تأسيساً على عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ الشرط المتفق عليه، أو 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 أن الأخيرة وحدها هي من يترتب البطلان جزاءً لعدم مراعاتها.

الخاتمة :

بعد أن فرغنا من كتابة بحثنا هذا، لا يسعنا، ونحن في نهايته، إلا أن نضمّن خاتمته النتائج التي افرزها والتي توصلنا إليها من خلال التحليل والاستنتاج لما تم بحثه في موضوع الشكلية الاتفاقية بالإضافة إلى نتائج أخرى موجودة في طيات البحث. ومن ابرز تلك النتائج ما يأتي :

أولاً :

وجدنا، وعلى خلاف ما اتجه إليه بعض الفقهاء، بأن الشكل الاتفاقي ليس شكلاً بالمعنى القانوني، ذلك أن الأقرب – من وجهة نظرنا – هو أن الشكل بمفهومه الدقيق، لا يتحقق إلا في الاجراءات التي يفرض المشرع اتخاذها لإتمام التصرف القانوني، وبالتالي لا يمثل إلا قيداً على إرادة المتصرف لا يتمكن معه من اختيار وسيلة التعبير عنها، وإلا كانت عديمة الأثر.

ثانياً : إن اتفاق طرفي العقد على شكلية خاصة، لا يمثل إلا تطبيقاً خالصاً لمبدأ الرضائية – وهو الذي يحكم التصرفات القانونية–، لأن للمتعاقدين، هنا، حرية اختيار

الشكلية التي يعبران بها عن ارادتهما. أما الشكلية المفروضة من قبل المشرع، فهي لا تكون إلا استثناءً على المبدأ المذكور، وترد قيداً عليه.

ثالثاً : وجدنا بأن الشكل الاتفاقي المشروط للانعقاد، لا يمكن معه التعويل على الأثر، الذي يرتبه عدم استيفاءه، أي لا يمكن 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 إلى شكلي، أي تماماً كما يفرض المشرع من شكلية تجعل العقد باطلاً عند عدم استيفائها، وهذا ما لا يمكن 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، لأن الأخير لا يمكن، من وجهة نظرنا، أن يعدّ شكلاً قانونياً يتساوى في الأثر مع الشكل الذي يفرض من قبل المشرع، وبالتالي لا يمكن القول بالبطلان جزاءً لتخلفه، وإنما يكون البطلان ناشئاً عن تخلف أحد العناصر اللازمة لإبرام التصرف القانوني.

وأخيراً، وبالاستناد إلى هذه النتائج المذكورة، يظهر بأن موقف المشرع السوري في عدم ذكر الشكلية التي يتفق عليها الطرفان بنص خاص، كان غير مرجحاً، بالرغم من أن الأخيرة، وإن كانت اتفاقاً له قيمته القانونية وآثاره التي لا يمكن بأي حال من الأحوال اغفالها، إلا أنها لا يمكن أن ترقى إلى مرتبة الشكلية التي يتطلبها المشرع في بعض التصرفات القانونية، والتي تؤدي عند اغفالها إلى القول ببطلان هذه التصرفات.

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

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 الانترنت، 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 جوهرية في العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠١.

١٣- د. طارق كاظم العجيل، 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، الأردن، 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، ١٩٧٥.

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

٢٢- علي عبد العالي الأسدي، النظام القانوني للشكل في قانون المرور، بحث منشور في مجلة جامعة بابل – العلوم الانسانية –، مج ١٤، 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 إلى التعاقد، ط ١، 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 عمو، العقود الخاصة – البيع والمعاوضة –، 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، 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.