

## التكييف القانوني للشكل الاتفاقي

<https://doi.org/10.61353/ma.0030015>

ا. م. م. د. عزيز كاظم جبر

معهد العلمين للدراسات العليا

**الشكلية** في التصرفات القانونية نوعان : شكلية قانونية فرضها القانون، وشكلية اتفاقية جاءت بها الإرادة، وكلاهما قد تكون للانعقاد، وقد تكون للأثبات، فإن كانت للانعقاد فلا وجود للتصرف القانوني إلا باستيفائها، وهنا نؤكد  خلافاً لما يراه بعض الفقهاء قدرة الإرادة على تحويل التصرفات الرضائية إلى تصرفات شكلية، وإن كانت للأثبات، فإثبات التصرف القانوني هو الذي يستوجب استيفائها لا وجوده، وعليه فإن الشكل الاتفاقي بنوعيه يعد صورة من صور التعبير عن إرادة أطراف العلاقة العقدية، التي تجب مراعاته تماماً كما في الشكل القانوني.

Formalism in legal actions are of two types: Legal formalism and the form of an agreement that the will imposed by the law and it may be for proof, both of which may be convened, came there is no legal action except by fulfilling it. It if it is to convene so proof of legal behavior is that which requires its fulfillment, and accordingly, not its existence, fulfillment both types is a form of expression of the will of the parties to the contractual.

الكلمات المفتاحية: التكييف القانوني، الشكل الاتفاقي، التصرفات الرضائية، التصرفات الشكلية.



### مقدمة

تعدّ الشكلية في التصرفات القانونية من الموضوعات التي استأثرت اهتمام الباحثين في مجال القانون؛ لما لها من تأثير واضح في انعقاد تلك التصرفات أو في إثباتها، ذلك أنّ الشكلية قد تكون ركن انعقاد، وقد تكون مجرد وسيلة للإثبات، وكلا الأمرين خطير، فهي إذا فرضت لانعقاد التصرف القانوني، فإنّ تخلفها يعني عدم وجود ذلك التصرف أصلاً، وهذا يعني انعدام أيّ أثر من الآثار التي كان سيرتها لو أنّه استوفى ذلك الشكل، أمّا إذا كانت للإثبات فإنّ التصرف وإن كان ينعقد ويرتب أثره فيما ينشأ عنه من حقوق والتزامات، إلا أنّ صاحب الحق فيه لا يستطيع الوصول إلى حقه - عند المنازعة - إلا بتلك الشكلية، فما فائدة وجود الحق إذا لم يحصل عليه صاحبه لا لشيء إلاّ لأنّه لم يتبع الوسائل المقررة لإثباته، وقد يكون الشكل بنوعيه المذكورين قانونياً يفرضه المشرّع على الرغم مما يدور حوله من اشكاليات، وقد يكون اتفاقياً ناشئاً عن اتفاق أطراف التصرف نفسه، وهذا هو محور بحثنا هنا، فما هي القيمة القانونية لهذا الشكل؟ وما طبيعته وهل هو لانعقاد أم للإثبات؟، وإذا كان لانعقاد هل يجوز للأفراد أن يتفقوا على تحويل تصرف رضائي إلى تصرف شكلي، سيما وأنّ التصرف الشكلي يعدّ من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على خلافه؟ وهذه الأسئلة وغيرها سنجيب عنها بما سنعرضه في هذا البحث الذي سنقسمه إلى بحثين - نخصص الأول للشكل الاتفاقي كركن انعقاد، ونفرد الثاني للشكل الاتفاقي كوسيلة إثبات، ولكن بعد أن نقدم لذلك بتمهيد نخصه لمعنى الشكلية، وتطورها ومسوغات اعتمادها، ونختم بخاتمة قصيرة لبيان أهم ما توصلنا إليه، والله من وراء القصد.

## تمهيد

سنخصص هذا التمهيد لثلاث فقرات رئيسية، نتكلم في أولها عن معنى الشكلية، وفي الثانية عن تطورها، وفي الثالثة عن مسوغاتها .

### أولاً :- معنى الشكلية :

الشكلية مأخوذة من الشكل، وللشكل معان كثيرة، فلسفياً يعني أحد أمرين هما : إمّا كيفية الوجود<sup>(1)</sup>، وفيه يكون ادراك المظاهر المعنوية عن طريق المظاهر المادية، التي تدل عليها من دون أن تكون عنصراً من عناصرها، وبهذا فأنته لا يمكن الفصل هنا بين الشكل وبين المضمون، فالإرادة التي هي عماد التصرف القانوني، ظاهرة معنوية كامنة في نفس صاحبها، ولا يمكن الوقوف على ما اتجهت إليه الاّ عبر التعبير الذي هو المظهر المادي لتلك الظاهرة المعنوية، وبهذا يراد بالشكل شكل التعبير وليس شكل الإرادة، فيكون لكل تصرف شكل يميزه عن غيره، ويكون الشكل هنا للانعقاد لا للإثبات، أمّا المعنى الثاني للشكل فهو المظهر الخارجي، وفيه يكون من الممكن فصل الظاهرة المعنوية عن الظاهرة المادية التي تدل عليها، وفي موضوعنا يمكن فصل التعبير عن الإرادة لأنّه تجسيد مادي لها، وبهذا المعنى يكون الشكل أقرب للإثبات منه للانعقاد، أمّا المعنى القانوني للشكل فمختلف باختلاف المجال الذي يستخدم فيه، لذا فإنّ للشكلية من الناحية القانونية دلالات عدّة أهمها:-

١- تطلق الشكلية على المصادر التي أوجدت القاعدة القانونية ومنحتها صفة الالتزام، أيّ على القانون بمعناه الخاص ( التشريع)<sup>(2)</sup>، الذي يعني مجموعة القواعد العامة المجردة الملزمة التي تصدر عن السلطة المختصة بالتشريع في الدولة<sup>(3)</sup> .

٢- تطلق الشكلية على المدارس التي تربط القانون بإرادة السلطة الحاكمة في الدولة، وهي مدارس تقدر النص التشريعي بوصفه أوامر صادرة عن سلطة مختصة، بإمكانها فرض الالتزام بها بالقوة إن اقتضى الأمر، كمذهب أوستن، ومدرسة الشرح على المتون.



٣- تطلق الشكلية أيضاً على الأساليب الواجبة الاتباع لنفاذ القانون بعد صياغته، فالقانون لا يعد نافذاً إلا إذا استوفى أمرين : إصداره أولاً، ونشره في الجريدة الرسمية ثانياً، أيّ إلا إذا استوفى الاجراءات الشكلية لنفاذه<sup>(4)</sup>.

٤- تطلق الشكلية على المنهج الذي يدعو إلى الالتزام الحرفي بنص القانون وعدم الخروج عن إرادة المشرّع بحجة تفسيره، لذا فإنّ على القاضي أن يبتعد عن الوسائل التي تؤدي إلى تغيير إرادة المشرّع بحجة تفسير النص القانوني عند تطبيقه<sup>(5)</sup>.

٥- تطلق الشكلية على القواعد القانونية الاجرائية، وهي القواعد التي تحدد الاجراءات الواجبة الاتباع من قبل المتخصصين أمام القضاء، فالقواعد القانونية تنقسم إلى قواعد موضوعية، تقرر الحقوق، وقواعد اجرائية تبين كيفية الحصول عليها، ابتداءً من إقامة الدعوى حتى صدور الحكم فيها واكتسابه الدرجة القطعية، التي تنظمها قوانين المرافعات المدنية، وأصول المحاكمات الجزائية<sup>(6)</sup>.

٦- تطلق الشكلية على كلّ تصرف قانوني فرض القانون شكلاً معيناً لانعقاده، أيّ طريقة بعينها للتعبير عن الإرادة، كما نعتقد، فالتصرف القانوني سواء كان عقداً أم إرادة منفردة يقوم على عنصرين : عنصر معنوي تمثله الإرادة، وعنصر مادي يتجسد في التعبير عنها، ونحن لا نستطيع أن نتبين الإرادة إلا عن طريق التعبير، الذي يعتد به القانون، فإذا كان الفرد حراً في اختيار طريقة التعبير شفاهاً أو كتابةً أو إشارة معتبرة، أو حتى باتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك في انصراف إرادته إلى الأثر المطلوب<sup>(7)</sup>، فالتصرف هنا تصرف رضائي كالبيع والايجار والمقاوله وغيرها، أمّا إذا كان مجبراً بموجب القانون على اتباع طريقة بعينها للتعبير عن إرادته، بحيث إنّ القانون لا يعتد بتلك الإرادة إلا إذا سلكت ذلك الطريق عند خروجها للعالم المحسوس كان التصرف هنا تصرفاً شكلياً، كبيع العقار عندنا مثلاً، فالشكلية باعتقادنا هي شكلية التعبير، وليست شكلية التصرف، ولذا لا يوجد كما نرى تصرف رضائي، وتصرف شكلي، فكل التصرفات رضائية إذا ما نظرنا إليها على أنّها لاتتم إلا برضا أطرافها، وكل التصرفات شكلية إذا ما نظرنا إلى الشكلية على أنّها وسيلة للتعبير عن الإرادة.



## ثانياً : تطور الشككية :

### الأصول التاريخية للشككية :

كانت القوانين القديمة تنظر إلى الشككية على أنها تجسيد للعناصر المادية للأشياء، لأنَّ الإنسان آنذاك كان يرتبط بتلك العناصر من دون الاكتراث بغيرها، فالشككية في التصرفات القانونية عند الرومان - مثلاً - استمدت أساساً من شككية شعائهم الدينية، فإذا كان استرضاء الآلهة لا يتم عندهم إلاً بممارسة طقوس بعينها، فمن باب أولى أن تخضع تصرفاتهم مع بعضهم إلى المقاييس نفسها، فكانت صحة التصرف القانوني وبطلانه لا تعتمد على الإرادة من حيث وجودها وسلامتها، وإنما تعتمد على استيفائها أو عدم استيفائها للأشكال المعدة لانعقادها، من الفاظ وحركات محددة لا يمكن تجاوزها بأي حال من الأحوال<sup>(8)</sup>، واستمر ذلك حتى نهاية العصر الجمهوري<sup>(9)</sup>، إذ بدأت الإرادة بعد ذلك تأخذ دورها تدريجياً في التصرفات القانونية، بتأثير من مبادئ العدالة، التي توجب حسن النية في التعامل، والالتزام بالعهد وإن لم يفرغ في قالب معين<sup>(10)</sup>، وهكذا تمَّ تجاوز الشككية في بعض التصرفات القانونية، وظهرت عقود رضائية كالبيع والإيجار والشركة والوكالة، واستمر التطور لصالح الرضائية حتى أضحت أصلاً في العقود في القوانين المعاصرة، وتراجعت الشككية حتى كانت استثناءً على ذلك الأصل، واعترف للإرادة بالقدرة ليس على انشاء تلك التصرفات فحسب ؛ بل في ترتيب آثارها، فأظهرت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعروفة في عالم اليوم، ومن باب الانصاف يجب أن نذكر أنَّ الشريعة الإسلامية كانت سبابة في اعتماد مبدأ الرضائية القائم أساساً على الإرادة، فقد وردت كثير من الآيات القرآنية التي أكدت على ذلك، منها قوله تعالى (( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ، ))<sup>(11)</sup>، وقوله عزَّ وجلَّ (( وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ))<sup>(12)</sup> وقول رسول الله (صلى الله عليه واله وسلم) ((المسلمون عند شروطهم إلاً شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً))<sup>(13)</sup> وهذا يؤكد بوضوح أنَّ الإرادة هي الأساس في الشريعة الإسلامية سواء في إبرام التصرفات القانونية أم في تحديد آثارها، ولا يقيد بها في ذلك إلاً مراعاة شرع الله وحقوق عبادة.



### ثالثاً : مسوغات الشككية :

يتبادر إلى ذهن بعضهم كثيراً من الأسئلة التي تتعلق بالشككية منها: لماذا فرض المشرع شكلاً معيناً في تصرفات قانونية بعينها؟ أليس بإمكانه أن يعتمد الرضائية من دون استثناء؟ أليس بإمكانه أن يتخلى عن الشككية بعد أن سادت الرضائية في عالم اليوم؟ وهل كان متأثراً في ذلك بما كان سائداً عند الرومان في هذا المجال؟

هذه الأسئلة وغيرها تدفعنا إلى البحث عن الأسباب الحقيقية لاعتماد الشككية، وإن كانت استثناء من مبدأ الرضائية في القوانين المعاصرة، ولكن قبل ذلك علينا أن لا ننكر تأثير المشرعين في مختلف دول العالم بما كان سائداً في القوانين القديمة وبدرجات متفاوتة، سواءً في موضوع الشككية أم في غيرها ، فالقوانين الحديثة هي امتداد لمجموعة النظم التي ابتكرها العقل البشري في مجالات الحياة، التي تشكل بمجموعها الحضارة البشرية، فلا يوجد قانون في العالم مقطوع الجذور عن تلك النظم وإن وجد في زمان غير زمانها ، ومع هذا فإنَّ لفرض الشككية في بعض التصرفات القانونية في القوانين الحديثة أسباباً كثيرة نوجزها بما يأتي:-

١- إنَّها وسيلة لتنبه الأشخاص إلى خطورة التصرف الذي سيقدمون عليه لأهمية موضوعه أو محله، فبيع العقار مثلاً: تصرف شكلي عندنا لا ينعقد إلا بالتسجيل في الدائرة المختصة<sup>(14)</sup>، ليس لأنَّها على قيمة من غيره، فقد تكون بعض المنقولات أكبر قيمة مادية منه، وإنَّما لأنَّ العقار يعني الأرض وما يتصل بها اتصال قرار، وهذا يعني ما يعنيه لشعوب العالم ومشرعيهم، فالوطن يعني الأرض وما عليها، وليس من السهولة تداول هذه كما يتم تداول المنقولات المختلفة الأنواع والأشكال والألوان، السريعة التداول والقابلة للتغيير والاختفاء.

٢- إنَّها وسيلة لإشاعة الثقة والاطمئنان بين الناس، لدورها الكبير في استقرار المعاملات وما تبعته في نفوس المتعاملين من طمأنينة إلى تصرفاتهم، وهذا القول وإن كان لا يرضي من يرى ثقل الاجراءات التي تتطلبها الشككية، وما تستنزفه من جهد ووقت، إلاَّ أنَّه حقيقة واقعة ، فلو سأل كل منا نفسه، أياكون أكثر ثقة واطمئناناً بالتصرفات التي توثق امام جهة رسمية وفق اجراءات قانونية محددة تجعلها خالية من الشوائب، وتمكن صاحبها من الحصول على حقه من دون أن



يخشى ضياعه ( أي بالشكلية) أم بتلك التي تتم من دون اتباع تلك الاجراءات، التي تسمى بالرضائية ؟ لاشك أنّ الجواب سيكون لصالح الشكلية على الرغم مما فيها من اجراءات قد ترزعج بعضهم.

٣- إنّها وسيلة لتحديد نطاق الإرادة ومضمونها، فالتصرفات جميعها تعتمد الإرادة سواء في انشائها أو حتى في ترتيب آثارها، وهذا يستدعي أن تكون تلك الإرادة واضحة الدلالة فيما اتجهت إليه، والشكلية بوصفها وسيلة للتعبير أفضل من غيرها على ضبط ذلك، لأنّ الكتابة أكثر وضوحاً من المشافهة، وهذه أكثر وضوحاً من الإشارة المعتبرة، وأكثر وضوحاً من مجرد اتخاذ موقف .

إنّها وسيلة هامة لإعلام الكافة بالتصرفات الواردة على موضوعها، فالتسجيل لدى جهة رسمية لانعقاد تصرف ما كبيع عقار مثلاً: يمكّن كل من يريد أن يتعامل مع من له حق التصرف فيه، أن يطلع على مايقبله من حقوق للغير، كما لو كان مرهوناً مثلاً: فضلاً عن الإعلام بالتصرف

## المبحث الأول

### الشكل الاتفاقي ركن انعقاد

إذا كان التصرف القانوني عموماً يعتمد الإرادة أساساً كما أوضحنا ذلك سابقاً، فإنّ تلك الإرادة لا ترتب أثراً يعتد به القانون، إلّا إذا خرجت إلى العالم الخارجي المحسوس، ووسيلتها في ذلك التعبير، وهو التجسيد المادي لتلك الظاهرة المعنوية، فإذا فرض القانون شكلاً معيناً لذلك التعبير كان التصرف شكلياً، وإن كانت الإرادة حرة في اختيار طريقة التعبير عنها كان التصرف رضائياً، ولذلك قيل ان الشكل في التصرف الرضائي هو شكل عفوي تلقائي ليس له وجود مستقل عن التعبير، بخلاف الشكل القانوني، وعليه فإنّ الحديث عن شكلية التصرفات الرضائية حديث في غير محله .

ومع ذلك قد يتفق المتعاقدان على شكل معين لتصرف رضائي أصلاً، كما لو بعتك شيئاً، واتفقت معك على صياغة بنوده كتابة، أو تصديقه امام جهة مختصة شرطاً لانعقاده، وهنا نواجه السؤال التالي:- هل أنّه بإمكان الأفراد أن يحولوا تصرفاً رضائياً إلى تصرف شكلي، بحيث لاينعقد إلّا إذا استوفى الشكل المتفق عليه ، أم أنّ ذلك التصرف يبقى رضائياً وإن اشترطنا إفراغه في قالب معين؟ وللإجابة على ذلك انقسم الفقه على اتجاهين:



## الاتجاه الأول :

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أنّ الشكل الاتفاقي هو شكل بالمعنى القانوني للشكلية، وعليه فإنّ على الطرفين مراعاته، وإلاّ كان تصرفهما باطلاً<sup>(15)</sup>، فعدم مراعاة الشكلية هنا يؤدي حتماً إلى عدم انعقاد العقد، بمعنى أنّ العقد الرضائي تحول باتفاق الطرفين إلى عقد شكلي، متى كانت إرادتهما قد اتجهت إلى ذلك بشكل صريح لا لبس فيه ولا غموض .

## الاتجاه الثاني :

يذهب هذا الاتجاه إلى أنّ الاتفاق على إفراغ تصرف رضائي في شكل معين لا يحوله إلى تصرف شكلي، وان علق الطرفان انعقاده على استيفاء ذلك الشكل<sup>(16)</sup>، فالذي يقرر بطلان التصرف لعدم استيفاء شرط معين هو القانون وليس الأفراد ، ويستند هذا الرأي على جملة من الحجج نعرض أهمها فيما يأتي<sup>(17)</sup>، مع بيان رأينا في كل منها:-

أولاً : إنّ الاتفاق على شكل معين لانعقاد تصرف رضائي هو ليس عقداً، وإنّما مجرد مشروع عقد غير ملزم، فلاي من الطرفين أن يرجع فيه قبل ابرام العقد النهائي، وليس لآخر أن يلزمه باستيفاء الشكلية المتفق عليها وصولاً إلى ذلك، وإنّ ذلك المشروع لا يلزم الطرفين إذا ما ابرما العقد النهائي حتى وان لم يستوف الشكل الذي تم الاتفاق عليه سابقاً .

والحقيقة أنّ هذه الحجة لا يمكن الاستناد إليها، مع تقديرنا واحترامنا للقائلين بها،

للسباب التالية:

١- إنّ الطرفين عندما اتفقا على تعليق انعقاد العقد على افراغه في شكل معين، فإنّ العقد لا ينعقد إلاّ باستيفاء ذلك الشكل، ولذلك ليس لأيّ من الطرفين أن يطالب الاخر بالقيام بما ينبغي لتحقيق الشكل المتفق عليه لأنّ العقد لا ينعقد إلاّ إذا تم التعبير وفق الطريق الذي اتفق عليه الطرفان، تماماً وإنّ العقد الشكلي لا ينعقد إلاّ باستيفاء الشكلية التي نصّ عليها القانون، أمّا قبل ذلك فلا الزام على أيّ منهما ؛ لأنّ الاتفاق السابق ينتهي بعدم قيامه بالإجراءات اللازمة لتحقيق الغرض المطلوب، فالاتفاق السابق ليس عقداً وليس وعدا يعتمد كي يرتب أثراً، فإذا كان كل عقد اتفاق فأئنّه ليس كل اتفاق عقد .

٢- إذا أبرم الطرفان عقداً آخر ولم يلتزما بالشكلية التي اتفقا عليها سابقاً، فهذا يعني أنّهما نسخا اتفاقهما السابق، وأبرما عقداً رضائياً لا شكلية فيه،





ولذا ليس لأيّ منهما أن يتخلف عن تنفيذ التزاماته، ليس لأنّه غير ملزم بالاتفاق السابق، وإنّما لأنّه ملزم بموجب العقد الرضائي الذي أبرمه لاحقاً .

ثانياً: إذا اتفق الطرفان على شكل معين لإبرام تصرف مستقبلي، فإنّ ذلك التصرف لا ينعقد إلّا إذا استوفى الشكل المتفق عليه، كما لو اتفق المؤجر مع المستأجر على أنّ التنبية بالإخلاء يجب أن يكون بورقة رسمية، فإنّ على من يريد الإخلاء الالتزام بذلك الشكل لأنّه شكل مفروض، وهذا القول بحاجة إلى مزيد من التحليل باعتقادنا، لاسيما فيما يتعلق بالمثل المشار إليه ؛ لأنّ الشكل فيه ليس للانعقاد، ولا علاقة له بالانعقاد أصلاً، وإنّما يتعلق بالتزام ناشئ عن عقد مبرم رضائياً كان أم شكلياً، ولذلك يستطيع الطرف الآخر إلزامه به، أو التنازل عنه لأنّه حقه .

ثالثاً: إذا كان الشكل القانوني يختلف عن الشكل الاتفاقي في إنّ الأول مفروض من قبل المشرّع، والثاني مفروض بإرادة المتعاقدين، وهكذا لا يجوز استبعاد الأول على خلاف الثاني، فإنّ هناك شكلاً مفروضاً أيضاً، ولكن لا بإرادة المشرّع ولا باتفاق الطرفين، وإنّما بإرادة طرف واحد، كما إذا باع شيئاً معيناً بثمن محدد واشترط أن يكون قبول الآخر مكتوباً موقعاً عليه، أو مصدقاً من جهة رسمية، فهنا يكون مصدر الشكلية الإرادة المنفردة لمن فرضها، ولنا على ذلك جملة ملاحظات أهمها:-

١- لا يوجد باعتقادنا شكل مفروض بإرادة واحدة، وإن كان قولنا هذا يعارض من تبني ذلك من الفقه عربياً كان أم أجنبياً، لأنّ هذا الأمر لا يستقيم مع القانون جملة وتفصيلاً، فالقانون نصّ صراحة على أنّ العقد ينعقد بإيجاب وقبول مطابق، والقبول ممكن أن يكون صريحاً أو ضمناً، وإنّ مجرد السكوت يصلح أن يكون قبولاً متى كان في معرض الحاجة إلى البيان<sup>(18)</sup> كما لو أعتك كتابي وسكت، فإنّ سكوتك هذا يعد قبولاً لأنّ العرض تمخض عن مصلحة خالصة لك، فإذا كان هذا في العقد بما يرتبه من آثار على طرفيه فما بالك بما هو دونه، فإذا عرض أحدهم على الآخر الدخول في علاقة عقدية شريطة أن يكون قبوله مكتوباً، لا يعني أنّ الأول فرض إرادته على الثاني، وإنّما يعني أنّ الثاني وافق على عرض الأول بمجرد قيامه باتباع الشكلية التي طلبها، فهو إذاً شكل اتفاقي ولا شك، وإلا كان بإمكانه رفضه وينتهي الأمر.



٢- متى كانت الإرادة المنفردة في كل قوانين العالم مصدراً لإلزام الآخرين؟ فنحن نعلم أنّ الإرادة المنفردة لا تلزم صاحبا إلا في الحالات التي ينص فيها القانون على ذلك<sup>(19)</sup>، وليس في القانون شيء من هذا القبيل، فكيف يستطيع شخص بإرادته المنفردة أن يلزم غيره بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه؟

٣- لو فرضنا أنّ من وجه إليه عرض بالتعاقد مع شرط شكلية القبول كان مضطراً لقبوله واتباع الشكلية المطلوبة، فإنّ ذلك لا يسلب حريته في الاختيار بين الرفض والقبول، ولا يقدر في انعقاد العقد، والّا كانت كل عقود الإذعان باطلة، وهذا غير صحيح .

٤- إنّ القول بأنّ هذا العرض قد يكون وعداً بالتعاقد قول مردود هو الآخر ؛ لأنّ الوعد بالتعاقد عقد وليس إرادة منفردة، ويجب أن يستوفي الشكلية التي فرضها القانون إذا كان العقد الموعود ابرامه شكلياً أو الشكل المتفق عليه إن كان غير ذلك، فالفقرة (٢) من المادة (٩١) من القانون المدني العراقي نصّت صراحة على أنّه (( فإذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد ))، وهو ما ذهب إليه كذلك الفقرة (٢) من المادة (١٠١) من القانون المدني المصري .

ولذلك فإنّ القول إنّ أحد الطرفين إذا عرض ببيع عقاره على آخر شرط أن يكون قبوله شكلياً ، فالشكل هنا مفروض بإرادة صاحب لعقار، قول غير دقيق ويتنافى تماماً مع موقف القانون المدني العراقي من هذا الأمر .

فبيع العقار في هذا القانون عقد شكلي لا ينعقد إلا بتسجيله في الدائرة المختصة على وفق المادتين (٥٠٨ - ١١٢٦)<sup>(20)</sup> ، خلافاً للقانون المدني المصري الذي علق انتقال ملكية العقار على التسجيل في السجل العقاري، فالتسجيل هو شرط لنقل الملكية فيما بين المتعاقدين، و بالنسبة للغير وفقاً للمادة (٩٣٤)، ولذلك فإنّ بيع العقار في القانون المدني المصري عقد رضائي، والوعد فيه يصح أن يكون رضائياً، فالمثال أعلاه إن كان ينطبق على القانون المدني المصري، فهو ليس كذلك في القانون المدني العراقي، والحال في فرنسا نفسه في مصر تقريباً، فالعقد رضائي إلا في بيع العقار لأغراض البناء، فأنه لا ينعقد إلا إذا تمّ توثيقه لدى الكاتب العدل بموجب قانون ١٩٦٧/١/٣ ، ومع هذا فإنّ الشكل هنا،



حتى في القانونين المصري والفرنسي ليس مفروضاً بإرادة منفردة، بل هو شكل اتفاقي إذا وافق عليه من وجه إليه العرض، وهو عديم الأثر إذا رفضه، وله أن يختار أيّ من الأمرين بحرية تامة.

## المبحث الثاني

### الشكل الاتفاقي وسيلة إثبات

سبق و أنّ أوضحنا فيما مر بحثه، أنّ الشكلية إذا كانت للانعقاد، فهي وسيلة للتعبير عن الإرادة، تلك الظاهرة المعنوية التي لا يعتد القانون بأثرها إلا إذا سلكت الطريق المرسوم لها قانوناً أو اتفاقاً عند خروجها للعالم الخارجي المحسوس، فهي شكلية مفروضة يؤدي عدم مراعاتها إلى عدم وجود التصرف القانوني المقصود، إلا أنّ هناك نوعاً آخر من الشكل المفروض لا يؤثر عدم استيفائه على وجود التصرف بقدر ما يؤثر في إثباته، على خلاف الشكل المفروض للانعقاد، فشكل الإثبات إذا غير شكل الانعقاد من حيث عدم تعلق الأول بحياة التصرف القانوني على خلاف الثاني، ولو أنّ هناك من ذهب<sup>(21)</sup> إلى أنّ هذا الفارق فارق نظري ليس إلا، فمن الناحية العملية يرتفع شكل الإثبات إلى مرتبة شكل الانعقاد؛ لأنّهما يؤديان إلى النتائج ذاتها، فعدم استيفاء شكل الانعقاد يؤدي حتماً إلى عدم وجود التصرف، وإذا تخلف شكل الإثبات فقد صاحب الحق حقه عند الإنكار على الرغم من وجوده، فما الفائدة من وجود الحق إذا كان من غير الممكن الوصول إليه؟ فالقانون عندما ينص على وجوب إثبات بعض التصرفات بالكتابة فلا يجوز اثباتها بغيرها إلا في الأحوال التي يقرها القانون ذاته، أمّا عن امكانية اتفاق الأطراف على مخالفة الشكل القانوني للإثبات، فأمر مختلف فيه، فقد ذهب معظم الفقه الفرنسي إلى جعل الشكل المفروض قانوناً للإثبات من النظام العام، ومن ثمّ عدم جواز الاتفاق على ما يخالفه لتعلقه بتنظيم القضاء، فعن طريق هذا الشكل يتمكن القضاء من حسم النزاعات التي تعرض عليه، من ناحية، ومن ناحية أخرى يتجنب مآخذ الإثبات بالشهادة المتمثلة في نسيان بعض الشهود وفساد بعضهم الآخر<sup>(22)</sup>، وكل ذلك يؤدي في النهاية إلى قلة النزاعات أمام القضاء، وهو موقف مغاير تماماً لموقف القضاء هناك، ومن يذهب إلى أنّ الشكل المفروض للإثبات قانون ليس من النظام العام، إذ يجوز لأطراف أيّ علاقة عقديّة أن يتفقوا على إثبات ما ينشأ عنها من التزامات بغير الوسيلة التي فرضها القانون، كأن يتفقان على إثبات ما يوجب



القانون إثباته بالكتابة عن طريق الشهادة، أو بالعكس، وليس لقاضي الموضوع أن يرفض ذلك، وهذا مغاير تماماً للنتائج التي تترتب على رأي الفقه المشار إليه في أعلاه .

أمّا في مصر فقد أنهى المشرّع هذا الجدل بصدور القانون المدني رقم ٣١ لسنة ١٩٤٨ النافذ، اذ نصت المادة (٤٠٠) منه على عدم جواز إثبات التصرف القانوني إذا زادت قيمته على ( ١٠ جنيهاً) أو كان غير محدد القيمة إلاً بالكتابة، مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك، كما جاء في نصّ المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري مانصّه (( في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على عشرين جنيهاً أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده، أو انقضائه، مالم يوجد اتفاق، أو نص يقضي بغير ذلك)) وهذا تقريباً ما جاء به القانون المدني العراقي في المواد {٤٨٦ - ٤٨٩}، التي ألغيت بموجب قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ في المادة { ٤٧ - أولاً} منه، والمنشور في الوقائع العراقية رقم { ٢٧٢٨ في ٢ / ٩ / ١٩٧٩}، إلاً أنّ ماجاء في مواد هذا القانون لا يختلف عمّا ذهب إليه المشرّع المصري، فالمادة {٧٧} أولاً أكدت على جواز إثبات وجود التصرف القانوني أو على انقضائه بالشهادة إذا كانت قيمته لا تزيد على خمسين ديناراً، أصبحت بعد ذلك ( ٥٠٠٠ ثم ٥٠٠٠٠ ) دينار وهذا يعني أنّ التصرفات التي تزيد قيمتها عن ذلك المبلغ يتم إثباتها بالكتابة، إلاً إذا وجد نصّ في القانون أو اتفق الطرفان على غير ذلك على وفق نص الفقرة ثانياً من المادة أعلاه.

والأمثلة على وجود نصوص قانونية تحيز إثبات ما كان يجب إثباته بالكتابة بجميع طرق الإثبات كثيرة و منها:-

١- المادة {١٨} من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ التي

أكدت على جواز ذلك في حالتين هما:

أولاً / إذا فقد السند الكتابي بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه كما لو ضاع أو سرق أو

احترق ، ... وماسواها، من دون أيّ تقصير منه .

ثانياً/ إذا وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي، وواضح أنّ

المانع المادي يشمل كل ما يحول من دون الحصول على دليل كتابي، كما لو كان المدين

غير قادر على كتابة السند، أو حال بينهما أيّ حائل، أمّا المانع الادبي فيعود إلى علاقات

القربى القائمة على الثقة بين الأطراف، التي لا تسمح بالمطالبة بالسندات المكتوبة كما لو

كانت العلاقة بين الأخوة والاخوات، أو بين الزوجين، أو بين الأصول والفروع، بل كانت





تمتد حتى إلى العلاقة بين الاصدقاء، وهو مالم يعد موجوداً في عالم اليوم مع الاسف، وكل هذه أمور يترك تقديرها للقضاء .

٢- المادة (٧٨) التي أجازت إثبات التصرفات التي تزيد قيمتها على خمسين ديناراً بالشهادة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة { ومبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها أن تجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال .

وهكذا يتأكد أنّ الشكل الاتفاقي للإثبات يتقدم على الشكل المفروض قانوناً للغرض نفسه، وليس في ذلك مخالفة للنص القانوني بقدر ما هو تطبيق له، وهذا هو شأن القواعد القانونية المكملة، فهي لا تطبق إلا إذا توافرت شروط انطباقها، وأهم شرط في ذلك عدم وجود اتفاق مغاير لما جاءت به، فالاتفاق إذا يؤدي إلى استبعاد تطبيق النص القانوني الذي يقرر الإثبات بالكتابة، ولذلك نقول إنّ هذه القواعد ليست من النظام العام، ومن جانب آخر فإنّ عدم وجود الشكل سواء كان قانونياً أو اتفاقياً لإثبات أيّ تصرف قانوني لا يؤثر مطلقاً في وجود ذلك التصرف على خلاف شكل الانعقاد، وأنّه لا يعني عدم امكانية اثباته مطلقاً، فصاحب الحق فيه بإمكانه أن يحصل على حقه في حالة إقرار الطرف الآخر بذلك الحق<sup>(23)</sup>، أو نكوله عن اليمين إذا وجهها له المدعي<sup>(24)</sup>، فهذه الوسائل، وإن كانت تعتمد ضمير المدين وخلقه إلا أنّها ما كانت لتتفع لو لا بقاء التصرف قائماً، فالإقرار بالتصرف لا يؤدي إلى وجوده إن لم يستوف الشكل القانوني أو الاتفاقي متى كان ذلك لانعقاد لا للإثبات<sup>(25)</sup>، وهكذا يكون الشكل الاتفاقي هاماً ليس في امكانية تحويل عقد وضائي إلى عقد شكلي فحسب؛ بل في تحويل الطريقة القانونية للإثبات إلى الطريقة المتفق عليها.

ورب سائل يسأل، ماذا لو اتفق الطرفان على إفراغ تصرفهما في شكل معين، من دون أن يصرحا فيما إذا كان لانعقاد أو للإثبات؟

وللإجابة على ذلك نقول ابتداءً إنّ القوانين المدنية في كل من العراق ومصر وفرنسا لم تعالج هذه المسألة، فلم يرد في أيّ منها نص يحدد دور الشكلية في حالة الشك، اهي لانعقاد أم للإثبات، ولذلك تركت هذه المسألة إلى اجتهاد القضاء، فقاضي الموضوع عليه أن يتحرى عن قصد الطرفين من اشتراط الشكلية في كل حالة على حده، مستعيناً في ذلك بظروف الاتفاق وما أحاط به من وقائع، وما يصل إليه في ذلك يعتمد إن كان لانعقاد أو



للإثبات، من دون أن يخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز ؛ لأنها مسألة وقائع يستقل بتقريرها لا مسألة قانون .

وهنا أيضاً لا توجد مشكلة ؛ لأنَّ المحكمة إذا قررت ان الشكل الاتفاقي للانعقاد فإنَّ العقد لا ينعقد إلا باستيفائه، وإذا قررت على وفق ما تراه، أنه للإثبات فإنَّ العقد ينعقد ولا يتم اثباته إلا عن طريق ذلك الشكل، كما وضحناه فيما مرَّ بحثه ، إلا أنَّ المشكلة تكمن في حال عدم تمكن المحكمة من استظهار قصد الطرفين من ذلك، وهنا ظهر اتجاه تبناه معظم الفقه والقضاء إن كان في فرنسا أو في مصر يرى أنَّ الشكلية عند الشك للإثبات وليست للانعقاد<sup>(26)</sup>، مستنداً في ذلك إلى القواعد العامة في القانون المدني التي تعتمد الرضائية أساساً في التصرفات القانونية، وما الشكلية، ولاسيما الاتفاقية إلا استثناء على ذلك المبدأ، فهذه المادة { ١١٧٢ } من القانون المدني الفرنسي المعدل بالقانون رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦ تنص صراحة على أنه (( تعد العقود رضائية من حيث المبدأ ، على سبيل الاستثناء تتوقف صحة العقود الرسمية على مراعاة الاشكال التي يقرها القانون حيث يعد العقد باطلاً عند عدمها، مالم يكن التصحيح ممكناً ... ، الخ )) كما أكدت المادة (١١٧٣) من القانون ذاته على أنه (( ليس للأشكال المطلوبة لغرض الإثبات أو الاحتجاج أثر في صحة العقود ))، وعليه يكون الشكل الاتفاقي هنا للإثبات لا للانعقاد ، إلا أنَّ ذلك التسويغ لم يعد مقبولاً ؛ لأنَّ الرضائية والشكلية ترتبط بالتعبير عن الإرادة، فيكون الشكل هو شكل التعبير لا شكل التصرف القانوني، فمتى كانت الإرادة حرة في اختيار طريقة التعبير كنا أمام تصرف رضائي، وإن كانت مجبرة قانوناً أو اتفاقاً على طريقة بعينها، كنا أمام تصرف شكلي، ولذا قيل إنَّ الشكلية عند الشك للإثبات، ليس لأنَّ الرضائية أصل والشكلية استثناء، وإنما لأنَّ العقد ينعقد فوراً وبمجرد أن يرتبط الايجاب بقبول مطابق له<sup>(27)</sup>، مالم يعلق الطرفان ذلك الانعقاد على امر معين، وهكذا فإنَّ كل المسائل التي لم يتطرق لها الطرفان، بما في ذلك الغاية من الشكل الاتفاقي، تحل لاحقاً إما باتفاق الطرفين أو بموجب القانون، فالشكل يكون هنا للإثبات لا للانعقاد، لأنَّ العقد قد تمَّ بالفعل ، ويستند هذا الرأي على نص المادة (٨٦-٢) من القانون المدني العراقي والمادة (٩٥) من القانون المدني المصري التي تؤكد على أنه (( إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تمَّ، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإنَّ المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة



المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة)) ، والحقيقة أننا لا نستطيع أن نفتتح بالآراء السابقة للأسباب الآتية :

١- إنَّ القول بإنَّ الشكل الاتفاقي إذا لم تحدد غايته، ولم يستطع القضاء تحديدها على وفق ما يعرض أمامه من وقائع، سيكون للإثبات وليس للانعقاد ؛ لأنَّ الأصل في التصرفات القانونية الرضائية، وليس الشكلية قول مردود، فإذا كانت الرضائية أصلاً فلماذا اشترط الطرفان الشكل الاتفاقي ؟ لاشك أنَّهما لم يشترطا ذلك لتأكيد الأصل، أو إثبات ما تمَّ بيانه والقانون تكفل ببيان كل ما يتعلق بطرق الإثبات، ثم لو أراد الطرفان ذلك لنصا عليه في اتفاقهما وانتهى الأمر .

٢- إنَّ اعتماد فورية الانعقاد لتبرير هذا الاتجاه اعتماد في غير محله، فالعقد ينعقد بتلاقي الإيجاب والقبول، لا فرق في ذلك بين التصرف الرضائي والتصرف الشكلي، إذا ما نظرنا إلى الشكلية على أنَّها طريق للتعبير عن الإرادة، وإنَّ الاعتماد على نص المادتين (٩٥) مدني مصري و(٨٦-٢) مدني عراقي للقول بإنَّ الكتابة في حالة الشك للإثبات وليست للانعقاد يعيدنا إلى نقطة البداية من دون جدوى، فإذا انعقد العقد وكانت الغاية من اشتراط الشكلية غير محددة، ورحلنا حلها لما بعد الانعقاد فإنَّنا سنعود للمحكمة مرة أخرى إذا لم يجد الطرفان مخرجاً لذلك، ونحن أصلاً ما ذهبنا إلى المحكمة إلاَّ لأنَّ الطرفين لم يحددوا ما إذا كانت الشكلية التي اتفقا عليها للإثبات أو للانعقاد .

٣- إنَّ الشكل القانوني نفسه يكون في حالة الشك للانعقاد وليس للإثبات، فمن المعلوم أنَّ القانون قد يفرض شكلاً معيناً وينص على أنَّه للانعقاد، كما هو الحال في نصِّ المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي الذي جاء فيه (( بيع العقار لا ينعقد إلاَّ إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون))، وقد ينص على شكل معين ويصرح على أنَّه للإثبات وخير مثال على ذلك ما جاء في المادة (٧١١) من القانون ذاته التي بينت بأنَّه (( لا يثبت الصلح إلاَّ بالكتابة أو بمحضر رسمي))، وقد ينص القانون على شكل معين لتصرف ما دون أن يحدد ما إذا كان للإثبات أو للانعقاد، فالشكل في هذه الحالة يكون للانعقاد وليس للإثبات ؛ لأنَّ الأصل في الشكلية أنَّها للانعقاد<sup>(28)</sup>، وهذا ما يفهم من نص الفقرة الثالثة من المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي إذ ورد فيه (( ويكون



باطلاً ايضاً إذا اختلت بعض اوصافه، كان يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة، أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون)). وهذا يؤكد بما لا يقبل الشك أنّ الشكل القانوني يكون في حالة اطلاقه للانعقاد وليس للإثبات، لهذه الأسباب مجتمعة، وبناءً على قدرة الإرادة على تحويل التصرف الرضائي إلى تصرف شكلي، كما أوضحنا ذلك في المبحث الأول نرى أنّ الشكل الاتفاقي الذي لم يحدد الطرفان الغاية من اشتراطه، ولم تستطع المحكمة أن تتبين ذلك، يكون للانعقاد وليس للإثبات ، والله أعلم .

### الخاتمة

إذا كانت الشكلية القانونية واجبة الاتباع لفرضها من قبل المشرّع، فإنّ الزامية الشكل الاتفاقي سواء كان للانعقاد أو للإثبات مازالت تثير كثيراً من الجدل الفقهي، من حيث مدى قدرة الإرادة على تحويل التصرف الرضائي إلى تصرف شكلي من حيث الانعقاد ، ومدى امكانية الشكل الاتفاقي في فرض وسيلة بعينها دون الوسائل القانونية من حيث الإثبات .

هذا ما حاولنا الإجابة عليه في البحث، وما استطعنا إلى ذلك سبيلاً، وبإمكاننا ان نوجز أهم ما توصلنا إليه بما يأتي :-

- ١- إنّ الشكلية، خلافاً لما يعتقد بعضهم هي وسيلة للتعبير عن الإرادة، فالشكل هو شكل التعبير وليس شكل العقد، ولذلك لا توجد وفقاً لما نراه عقود شكلية وأخرى رضائية .
- ٢- إنّ القانون إذا فرض طريقاً بعينه للتعبير عن الإرادة فلا يجوز تجاوزه، أو الاتفاق على ما يخالفه ؛ لأنّه من النظام العام، وكل ما يخرج على حكم القانون يعد من قبيل ذلك .
- ٣- إنّ الإرادة قادرة على تحويل التصرف الرضائي إلى تصرف شكلي، إذ نكون هنا أمام شكل فرضه الاتفاق لا القانون، وهو شكل واجب الاتباع لانعقاد ذلك التصرف .
- ٤- إذا كان الشكل الاتفاقي قد فرض للإثبات، فإنّ أثر ذلك لا يظهر إلّا في حال المنازعة، ولهذا لا يجوز إثبات التصرف القانوني إلّا بالوسيلة المتفق عليها، إن كان القانون قد أشار إلى غيرها من الوسائل ، فالتصرف الذي يجوز اثباته بالشهادة قانوناً يجوز الاتفاق على اثباته كتابه وبالعكس .





- ٥- إنَّ عدم اتباع الشكل الاتفاقي في إثبات التصرف القانوني لا يعني بالضرورة فقدان الحق، فلصاحبه الاحتكام إلى ضمير خصمه ومبادئه وأخلاقه، وذلك عبر توجيه اليمين الحاسمة إليه لتقرير مصير ما يدعيه .
- ٦- إذا لم يحدد الطرفان الغرض من الشكل الاتفاقي، وفيما إذا كان للانعقاد أو للإثبات، وعجزت المحكمة عن ذلك، كان الشكل عند ذلك للانعقاد لا للإثبات، على وفق ما نرى، خلافاً لما هو سائد في الفقه بهذا الشأن، وللأسباب التي ذكرناها في البحث.

## المصادر والهوامش

- ١- انظر في هذا المعنى، د. ياسر احمد كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي، اطروحة دكتوراه، القاهرة - ١٩٩٢-ص ٩ وما بعدها .
- ٢- أما المعنى العام للقانون فيعني جميع القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع أيأ كان مصدرها، انظر ،د. حسن كيره - أصول القانون- ١٩٦١-ص ١١ وما بعدها .
- ٣- انظر في ذلك ،د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون - ج١- النظرية العامة للقاعدة القانونية - بغداد - ١٩٩٢ - ص ٢٤٦ وما بعدها، د. رياض القيسي، علم أصول القانون ،ط١، دار الحكمة - بغداد، ٢٠٠٢ ص ٢٥٩، د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، مبادئ أساسية لمدخل العلوم القانونية ،ط٥، بيروت- ٢٠١٩-ص، ٥٩ وما بعدها .
- ٤- راجع في ذلك، د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، ١٩٨٨، ص ٨٦ وما بعدها .
- ٥- د. عبد المنعم البدرابي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٦، ص ٢١٢ .
- ٦- د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مصدر سابق، ص ٤٠٤ .
- ٧- راجع المواد ٧٣ مدني عراقي و ٨٩ مدني مصري، أمأ القانون المدني الفرنسي فلم يأتي بنص صريح في هذا، وإنما استخلص ذلك من نصوص القانون ذاته .
- ٨- راجع في ذلك، د. عبد المجيد الحفناوي، نظرية الغلط في القانون الروماني، منشأة المعارف- الاسكندرية - ١٩٧٤- ص ٢٣، د. محمود سلام زياتي - نظم القانون الروماني، دار النهضة العربية، ١٩٦٦، ص ١١٤، د. صبيح مسكوني، القانون الروماني ،ط٢، بغداد - ١٩٧١- ص ٢٣٢، د. صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية - دار النهضة العربية، ١٩٨٦- ص ٤٤٧ ، د. محمود السقا، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية - مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٧٤-ص ٣٩٠-ص ٣٩٩،
- ٩- بدأ العصر الجمهوري عام ٥٠٩ق، م، وانتهى عام ٢٧ق، م .



- ١٠- للوقوف على تأثير القانون الكنسي في تطوير مبدأ الرضائية في القرون الوسطى، انظر ploniol et obligation par ، vl ، t ، ripert trat pratique de droit civil fan caise zeme edition . ٩٦ ، n ، esmein paris-1952 .
- ١١- سورة المائدة الآية -١- .
- ١٢- سورة الاسراء - الآية (٣٤) .
- ١٣- سنن الترمذي، ج ٢، ص ٤٠٣،
- ١٤- المادة {٥٠٨} من القانون المدني العراقي.
- ١٥- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج ١، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي- بيروت - بدون سنة طبع - ص ١٥١- هامش رقم ١ .
- ١٦- د. جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، التصرف القانوني { العقد والإرادة المنفردة} دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص ١٠٥ و١٠٦ .
- ١٧- راجع : د. ياسر احمد كامل الصيرفي، مصدر سابق، ص ٩٠ وما بعدها .
- ١٨- انظر المواد (٧٣،٧٧،٨١،٨٥) من القانون المدني العراقي، والمواد (٨٩،٩٠،٩١،٩٨) من القانون المدني المصري، والمادتين (١١٣ و ١١٢٠) من القانون المدني الفرنسي المعدل بالقانون رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ .
- ١٩- انظر المواد: ١٨٤ من القانون المدني العراقي، ١٦٢ من القانون المدني المصري، ١١٠٠-١ من القانون المدني الفرنسي المعدل .
- ٢٠- لقد ثار خلاف بين فقهاء القانون المدني العراقي حول التكييف القانوني لعقد بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري، فقد ذهب فريق منهم إلى بطلان ذلك العقد ومنهم : د. شاكر ناصر حيدر، الحقوق العينية الاصلية- بغداد - ١٩٦٢-ص١١٦ و ص١١٧، د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، ج ٣، ١٩٥٣، ص١٢٦، د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، أحكام عقد البيع مقارنة بالفقه الاسلامي، الكتاب الثاني، الآثار، زين الحقوقية، بيروت - ٢٠١٧ - ص ١٣ وما بعدها، بينما ذهب الفريق الآخر إلى جعله عقداً صحيحاً غير مسمى استناداً إلى نظرية تحول العقد وفق المادة (١٤٠) ومن المناصرين لهذا الاتجاه، د عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والايجار، مطبعة الاهالي - بغداد - ص ١٤٧ و ص ١٤٨، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٤، البيع والمقايضة، ١٩٦٠- ص ٤٣٨ و ٤٣٩، د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج١، عقد البيع، بغداد- ١٩٧٠- ص ٢٢٢ و ص٢٢٣، د. كمال قاسم ثروت، شرح احكام عقد البيع، بغداد - ١٩٧٣- ص١٢٢ و ص١٢٣ .
- ٢١- د. عبد السلام ذهني بك، الالتزامات، مطبعة مصر، بدون سنة طبع، ص ٩٥ و ص ٩٦ .
- ٢٢- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٢، الاثبات، دار النهضة العربية، القاهرة - ١٩٦٨ - ص ٣٦٠ .
- ٢٣- المادة (٥٩) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .
- ٢٤- المواد ١١٨ و ١١٩ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩،





- ٢٥- د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ١٠٤،
- ٢٦- د. السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص ١٥١، هامش رقم ١ .
- ٢٧- تتصّ المادة (١١١٣) من القانون المدني الفرنسي المعدل بالقانون رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ عما يأتي ((ينشأ العقد من تلاقي الايجاب والقبول اللذان يعبر الأطراف بموجبها عن إرادتهما بالتعاقد ...، ومساوها)) وتتصّ المادة (٨٩) من القانون المدني المصري على (( يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد))، وتتصّ المادة (٨٦-١) من القانون المدني العراقي على أن (( يطابق القبول الايجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها ...، ومساوها)).
- ٢٨- د. مالك دوهان الحسن، مصادر الالتزام، مطبعة الجامعة، بغداد - ١٩٧٣ - ص ٨٢ .