كلية الحقوق
الدراسات العليا
قسم القانون المدني

الشكلية في التعاقد

بحث مقدم كمتطلب للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق
(قسم القانون المدني)

إعداد الباحث

عمر نافع رضا

إشراف

الأستاذ الدكتور

حسام الدين محمود حسن

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني - كلية الحقوق - جامعة المنصورة

٢٠٢٥م

مقدمة

أولاً: موضوع البحث:

إن مصادر االلتزام العقدي الذي يقوم على التراضي والمحل والسبب ويضيف كل من القانون والعاقدان ركنا أخر هو الشـــكل 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 أن يكفي لانعقادها مجرد تراضي المتعاقدين إلا انه اوجب القانون أو المتعاقدين شكلا فهذا الشـــكل يكون ركنا في العقد ويســـتوجب مراعاته عند التعاقد لأنه 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 الشـــكل السلطة العمومية على حصر العقود المبرمة بين الأشخاص لتتمكن من ممارسة رقابتها على العلاقات الاقتصادية والاجتماعية التي تربط بينهم.

فـــالقيود التي تفرض على الـــارادة في نطاق العلاقة التعاقدية تكوينا وانتهاء مبرراتها متعددة ومتشعبة من حيث فكرة استقرار المعاملات بين اطراف تلك العلاقة ومحتواها في اطار حماية الطرف الضـــعيف فيها مع مراعاة شكل ونوع التوازن التعاقدي، اذ حققت نظرية العقد انتصـــارا موجها للحرية الفردية فهي ســـاهمت باعلاء شـــان مبدا سلطان الارادة بما يقدمه من مكانة لحرية الفرد وإرادته ليكونا اساسا في تصرفاته القانونية.

إن الجدلية بين سلطان القانون وسلطان الارادة كانت اساسا في فكرة التساؤل عن مدى قـــدرة الحريـــة التعـــاقدية في الحفاظ على بناء العقد وتكوينه ومن ثم ترتيب اثاره دون اخلال بمصـــالح اطرافه، اذ نجد في هذا التساؤل ان كل من الارادة والقانون يظهران بشكل متزامن في مراحل العقد كافة، وكلاهما ايضـــا يشـــكل قيدا في نطاق حرية الافراد لانشاء ما شاءوا من العقود، فالمشـــرع ساهم بشكل مباشر في رسم مسار العقد عندما اعتمد التراضي بين اطرافه الذي يستند على ارادتهم الحرة ليكون ركنا اساسيا فيه، هو في الوقت ذاته لم يشأ ان يترك هذا المســـار مفتوحا دون توجيه في اطار بعضا من العقود لاهميتها ودورها في الحياة الاقتصادية من ناحية والمعاملات المالية من ناحية اخرى بان فرض قيود الشكلية والنظام العام ليكون ذلك

مؤشـــرا واضحا على تدخل المشرع المباشر في توجيه العقد بقيود راعى فيها المصالح العليا للمجتمع، فضـــلا عن ذلك راعى المشـــرع دور القضاء في معالجة ما يترتب على اثار ارادة الاطراف التي تختل بها مؤشـــرات التوازن والتناســـب ليكون في هذا المجال تدخل المشـــرع بطريقة غير مباشـــرة، وايمانا من المشـــرع بمبدا سلطان الارادة فقد اعطى الى جانب الحرية التعاقدية للاطراف لابرام ما شـــاءوا من العقود في اطار الســـياسية التشريعية المتبعة وضمن نطاق القانون الذي يحكم تلك العقود، ان يكون للاطراف امكانية وضـــع القيود التي تتوافق مع ارادتهم التي اتجهت لاحداث الاثر القانوني ســـواء كانت القيود المفترضة ضمن المراحل التي تســـبق ابرام العقد او ما عاصر منها مرحلة تكوينه، فضلا عن ذلك لابد من التعرف في نطاق هذا الموضـــوع الى امكانية اطراف العلاقة التعاقدية من اعتماد قيود الارادة في المعاملات التي تنشا بوسائل الالكترونية او بطرق تقنية احدث ضمن ثورة تكنولوجيا المعلومات المتسارعة في في التنامي والتطور.

ثانياً: مشكلة البحث:

تكمن مشـــكلة البحث في الغموض الذي يشـــوب مفهوم الشكلية ومكانتها في النظرية العامة للالتزام والذي يترتب عليه عدم وضـــوح الآثار التي يرتبها القانون عند الإخلال بأحكام الشكلية، أضف إلى ذلك بيان أهمية الدور الذي تقوم به الإرادة في المجال التعاقدي وعلاقة ذلك بالشكلية القانونية، وإلى أي مدى يمكن أن يعتد بهذا الدور.

ثالثًا: أهمية البحث:

١. تحديد الآثار القانونية التي يمكن أن تترتب على تخلف أحكام الشكلية.
٢. الصلة الوثيقة بين حرية الاطراف في التعاقد ومصالح المجتمع العليا وما تفرضه من ضرورات لحماية الطرف الاضعف فيها والتي تستلزم وضع القيود التي تسمح بتحقيق تلك المصالح.
٣. بيان ما تمثله القيود على الارادة التعاقدية من استثناءات على مبدا سلطان الارادة من حيث الشكل والموضوع.

رابعًا: منهجية البحث:

في نطاق الدراسة التفصيلية للموضوع نتبع المنهج التحليلي المقارن للنصوص القانونية مع الاعتماد على المنهج الوصفي بعرض الموقف القانوني من حيث الشكل والموضوع بين التشريعات محل المقارنة.

خامسًا: خطة البحث:

المبحث الاول: آثار استيفاء الشكلية في العقود

المطلب الأول: تعريف الشكلية

المطلب الثاني: جدية التعاقد

المطلب الثالث: إثبات التعاقد

المطلب الرابع: الشكلية في العقود الإلكترونية

المبحث الثاني: جزاء تخلف الشكلية في العقود

المطلب الأول: البطلان النسبي

المطلب الثاني: البطلان المطلق

المطلب الثالث: خصائص البطلان المطلق

المبحث الاول

آثار استيفاء الشكلية في العقود

تتنوع الأهداف المرتبطة بفكرة الشكلية في العقود بناءً على الغايات التي يسعى المشرع إلى تحقيقها. فالشكلية، من ناحية، تهدف إلى حماية الأطراف المتعاقدة من خلال ضمان وضوح تفاصيل العقد وفهم حقوقهم والتزاماتهم بشكل كامل، وهو ما يقلل من احتمالية وقوع الأخطاء أو التعرض للخداع والإكراه[١]. وإن هذه الشكلية تساهم في تعزيز الشفافية بين الأطراف، حيث تتيح لهم الاطلاع على العقد بشكل مفصل، مما يعزز من استقرار المعاملات ويقلل من احتمالية إبطالها أو تعديلها. لذلك، نجد أن المشرع يفرض هذا النوع من الشكلية خاصة في العقود التي تتعلق بحماية الفئات الضعيفة مثل المستهلكين أو الأطراف غير المحترفة.

في المقابل، هناك شكلية أخرى تُستخدم لتحقيق أهداف أوسع تتجاوز مجرد حماية الأطراف، وتعرف بالشكلية غير المباشرة. هذا النوع من الشكلية يتطلب أن يستوفي العقد شروطاً معينة أو أن يتم الحصول على التراخيص اللازمة قبل إبرامه[٢]، وذلك بهدف التأكد من أن العقود تتماشى مع القوانين والسياسات العامة التي تخدم مصلحة المجتمع. ففي بعض الأحيان، يسعى المشرع من خلال فرض هذه الشكلية إلى تنظيم السوق وضبط التصرفات التجارية والعقارية التي تؤثر على الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي.

من هنا، يمكن القول إن فرض الشكلية لا يتعلق فقط بتوثيق العقد أو الالتزام بإجراءات محددة، بل هو جزء أساسي من تنظيم الإرادة التعاقدية بالشكل الذي يعزز الثقة في التعاملات القانونية ويحقق التوازن بين الأطراف. فالكثير من النزاعات القانونية تنشأ بسبب عدم توثيق العقود بشكل صحيح أو عدم وضوح الالتزامات، وهنا تأتي أهمية الكتابة والتوثيق في ضبط الإرادة وتجنب المنازعات. إن المشرع يسعى من خلال هذه الإجراءات إلى تحقيق استقرار أكبر في المعاملات

---

(١) د. صالح أحمد محمد عبطان، الشكلية في العقود الإلكترونية، مكتبة العدالة، بغداد، العراق، ٢٠٠٦، ص٣٨.

(٢) د. يحياوي يوسف، الشكلية غير المباشرة وأثرها على فعالية العقود، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٦، ص١١.

وضمان العدالة، بحيث يجد الأطراف أنفسهم ملتزمين بعقد واضح وصريح يحمي حقوقهم ويعزز المصلحة العامة.

لبيان ذلك سنقسم هذا المبحث إلى أربع مطالب، سنتطرق في المطلب الأول لماهية الشكلية، أما المطلب الثاني سنخصصه لدراسة جدية التعاقد، وسنتطرق في المطلب الثالث لدراسة إثبات التعاقد، بينما سنتطرق في المطلب الرابع لدراسة الشكلية في العقود الإلكترونية.

المطلب الأول

تعريف الشكلية

إنّ معنى الشـــكل هو من أكثر المســـائل التي احتدم في شـــأنها الاختلاف بين الكتاب، ولذلك فليس أمامنا من ســـبيل أمثل ســـوى الوصول إلى تحديد هذا المعنى من خلال السمات التي تطبع الشـــكل بمعناه الحديث منطلقين من فرضية معينة هي أن الشكل هو تعبير عن الإرادة، أو بتعبير أدق، هو صورة خاصة لهذا التعبير يفرض المشرع استيفاءها في شكل إجراء ولا يكون لهذه الإرادة أي حرية في التعبير بغيره(٣).

ولعل من أبرز الحقائق الثابتة في نطاق علم القانون أن الإرادة، وهي ظاهرة نفسية خفية، لا يمكن الركون إليها إلا إذا ظهرت إلى العالم الخارجي في شـــكل مادي محســـوس، يجعل من الممكن فهمها وتقدير مدى جديتها في الانصـــراف إلى إحداث الأثر القانوني، فالإنسان قاصر بطبيعتـــه عن الإحاطة بما ينطوي عليه باطن غيره من مكنونات أو بما يعتمل في داخله من أمور، ومن هنا كان التعبير عن الإرادة أمراً أساسياً لابد من توافره لوجود الإرادة وفاعليتها. فـــالإرادة تظل عديمة الأثر ما دامت مجرد حقيقة ذهنية باطنية(٤)، وهذا ما أضـــفى أهمية اســـتثنائية على التجســـيد المادي للإرادة أو ما أطلق عليه اسم التعبير عن الإرادة أو إعلان الإرادة.

---

(٣) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة العاني، بغداد، العراق، ٢٠٠٢، ص٢١٨.

(٤) د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧، ص٨. د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي مع الموازنة والمقارنة بالفقه الإسلامي، جـ ١، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٩٧، ص ٥٤.

وللـــإرادة في نطـــاق التعبير عنها حرية كبيرة في اتخاذ الشـــكل الذي تظهر فيه إلى العالم الخارجي، فهي قد تبدو في صـــورة لفظ أو كتابة أو إشارة متداولة عرفاً أو معاطاة أو تتخذ أي مسلك لا يثير لبساً في دلالته عليها(٥).

وإن مبدأ سلطان الإرادة يُعتبر أساس مبدأ الرضائية، حيث أكدت جميع التشريعات على هذا المبدأ. وقد نصت المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي على أن: "الاتفاقات المعقودة على وجه قانوني تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها"(٦)، مما يعكس أن الإرادة الحرة للأطراف تصبح بمثابة قانون يحكم العلاقة التعاقدية، وهو ما يُعزز من أهمية هذا المبدأ في العقود الرضائية.

واستثناءً من المبدأ العام، فإن المشرع وبالنسبة لتصرفات معينة لا يترك للإرادة الحرية في اختيار شكل التعبير عن نفسها، وإنما على العكس يفرض أن يكون التعبير عنها في شكل محدد يجب الالتزام به لينعقد التصرف صحيحاً(٧)، كما جاء في المادة (١/٩٠) من القانون المدني العراقي، والتي تنص على: "إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء الشكل مالم يوجد نص بخلاف ذلك"(٨).

وبما أن الشكل استثناء من المبدأ العام، فإنه لا يثبت إلا بنص القانون أو اتفاق الأطراف عليه، وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في ١٩٨٢/٤/٢٨ والذي جاء فيه: "الأصل أن العقود رضائية إلا إذا استلزم القانون أو الاتفاق على إفراغها في شكل معين"(٩).

ولكن الشـــكل الذي تتخذه الإرادة بحرية للتعبير عن نفسها لا يمثل في الحقيقة الشكل بمعناه الدقيق، وذلك لأن هذا الشـــكل المتخذ لا يخرج بالتصـــرف من نطاق الرضـــائية إلى ميدان الشكلية، فحرية الإرادة في اختيار الشكل المعبر عنها في نطاق التعامل إنما هي تجسيد لمبدأ

---

(٥) وهذا هو موقف القوانين المدنية الحديثة، فقد نصت المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي على أنه: "كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة يكون بالكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي". وهي توافق المادة (١/٩٠) من القانون المدني المصري التي تنص على: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود".

(٦) المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي المعدل لعام ٢٠١٦.

(٧) د. عبد الحميد محمود البعلي، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، دار التوفيق، مصر، دون سنة طبع، ص٢١٨. نقلاً عن: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٩، ص٣١٩.

(٨) المادة(٩٠) من القانون المدني العراقي. ويقابلها في التشريع المصري المادة (٢/١٠١) من القانون المدني والتي تنص على ما يلي: "إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد مراعاته أيضاً".

(٩) نقلاً عن: عبد الحكيم فؤده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٥، ص٢٤٥.

الرضـــائية نفســـه(١)، في حين أن الشكل يمثل قيداً على الإرادة يحد من قدرتها في اختيار وسيلة التعبير، إذ يفرض عليها أسلوباً معيناً لا بد لها من اتخاذه وإلا كانت عديمة الأثر.

ولذلك يمكن أن يحدد معنى الشكل: بأنه: "صورة خاصة من صور التعبير عن الإرادة يفرضها المشرع"(٢). فالشكل بمعناه الدقيق هو ما فرضه المشرع، وهو ماسماه بعض الكتاب الشكل الشـــكل غير الحر(٣)، كما أُطلق عليه اســـم الشكلية القطعية تمييزاً لها من الشكل الحر أو الشـــكليـــة غير التامة التي تعد تطبيقاً لمبدأ الرضـــائية. ولعل من الأمثلة النموذجية على التصـــرفات الشـــكلية هي تلك التصـــرفات الواردة على عقار، إذ أن القانون قد تطلب فيها اســـتيفاء شكل معين هو تسجيلها في دوائر التسجيل العقاري(٤)، وكذلك عقد المرتب مدى الحياة فهذا العقد لا يتم إلا إذا كان مكتوباً(٥)، أو عقد الشـــركة التي اشترط المشرع لقيامها شرطين هما الكتابة والإشهار.

وقـــد عرف بعض الفقهاء(٦) الشـــكل بأنه: "المظهر الخارجي للعمل القانوني، فهو التعبير المـــادي عن إرادة من يشـــارك في تحضـــير العمل القانوني وإبرامه، فالإرادة هي جوهر التصرف، والشكل هو إخراج هذه الإرادة إلى الخارج، وهو كناية عن القالب الذي يوضع في العمل القانوني لكي ينتج آثاره، وهو وسيلة التعبير عن العمل القانوني، وبالتالي لا يوجد أي عمل قانوني يترتب عليه مفاعيل دون أن يظهر بشكل معين".

---

(١) د. وسن غني، الشكلية الاتفاقية في العقود، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، المجلد ٣، العدد ١، ٢٠١١، ص١٠.

(٢) د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦، ص٣١٠.

(٣) د. محمد جمال عطية، الشكلية القانونية دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٤، ص٢١.

(٤) يُنظر المواد (٥٠٨، ٦٠٣، ١٠٧١/ ٢، ١١٢٦/ ٢، ٢/١٢٨٦، ١٣٢٤) من القانون المدني العراقي. وكذلك المادة (٢/٣) (٢/٣) من قانون التســـجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ ســـنة ١٩٧١ المعدل. ويُنظر في القانون المدني المصـــري المادة (١/٤٨٨) التي اشـــترطت أن تقع الهبة في ورقة رســـمية، والمادة (١٠٣١) التي اشـــترطت الرســـمية في الرهن التأميني (الرسمي).

(٥) يُنظر فيما يتصل بذلك المادة (٩٧٩) من القانون المدني العراقي التي نصت على: "العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً، وهذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع"، وطابقها نص المادة (٧٤٣) من القانون المدني المصري.

(٦) د. سامي بديع منصور وأسامة العجوز، دروس في القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ص٣١٤. نقلاً عن: محمد علي عبده، دور الشكل في العقود دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧، ص٩.

وعلى ذلك فإن الشـــكل، بمعناه الدقيق، هو ما فرضـــه المشرع، والحقيقة أن هذا هو مبعث تقييد الإرادة، في إطار التصـــرفات الشـــكلية، بوجوب اتخاذ مسلك معين وهو مالا نجده في الشكل الحر حيث تكون للإرادة حرية مطلقة من أي قيد في اختيار شكل التعبير عنها.

والشـــكل بمعناه هذا لم يكن موضع تسليم لدى بعض الكتاب(١)، الذي نظر إلى الشكل بمعنى واســـع ينبســـط على الشـــكل المفروض أو القطعي والشكل الحر أو غير التام، فالتصرفات القانونية بوجه عام إنما تســـتلزم عنده شكلية معينة تتمثل في التعبير عن الإرادة، وقد حمله هذا على القول بأن الشكلية في التصرفات القانونية أمر لا يستغنى عنه(٢).

وقد اســـتند هذا البعض من الكتاب إلى أساسين في سبيل الوصول إلى تلك النتيجة، فثمة من ذهـــب إلى أن الإرادة، وهي عنصـــــر نفســـــي، لا يأبه بها القانون إلا إذا ظهرت إلى العالم الخارجي في شـــكل ينسجم والطبيعة الانسانية، وهذا الشكل هو التعبير عن الإرادة وهو لهذا ركن أساسي في التصرفات القانونية إلى جانب الإرادة(٣).

وثمة من ذهب(٤) إلى أن التصرفات القانونية هي في الواقع تصرفات شكلية، لا لأن التعبير عنصر جوهري فيها فحسب، وإنما أيضاً لأن التشريعات المدنية الحديثة تأخذ بمذهب الإرادة الظاهرة، أي التعبير أو الإرادة المستخلصة من التعبير، وبصرف النظر عن الإرادة الباطنة. إذ يرى مـــذهـــب الـــإرادة الظاهرة أن التعبير يمثل الإرادة نفســـــها، وهو ما يجب أن يؤخذ بالاعتبار، أما ما اصطلح عليها بالإرادة الباطنة فتبقى مجرد مسألة نفسية لا أثر لها في حيز الواقع، لذلك يقول هذا الاتجاه بالطبيعة الشكلية للإرادة في التصرفات القانونية(٥).

إلا أن مثل هذا التوجه يقوم على تصـــور يجانب الصواب في فكرة الشكل، إذ لو غاب الإلزام القانوني لما أمكن اعتبار التعبير عن الإرادة، بصـــفة عامة، شـــكلاً للتصرف القانوني، وذلك لأن من شـــأن هذا أن يجعل من التصرفات جميعاً ذات طبيعة شكلية، الأمر الذي يتعارض مع

---

(١) د. محمد جمال عطية، الشكلية القانونية دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٠١. د. نعمان محمد خليل جمعة، الحقوق العينية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٨، ص٤٢.

(٢) د. عبد الحكيم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٥، ص١٩.

(٣) د. نعمان محمد خليل جمعة، الحقوق العينية، مرجع سابق، ص٤٩.

(٤) د.حسني عبد الدايم، الشكلية في إبرام التصرفات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧، ص٢١.

(٥) د.عواد حسين ياسين العبيدي، نظرية الشكل في العقود المدنية والالكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠١٤، ص١٦.

المبدأ السائد على صعيد الفقه وهو أن الرضائية قاعدة عامة في التصرفات وأن الشكلية استثناء وارد عليها.

هذا إلى جانب أن القانون عندما يمنح الإرادة حرية كاملة في استخدام وسائل التعبير عنها، فإن ذلك يتعارض مع جوهر الشكلية ذاته، ومن ثم فإن العنصر الفاصل بين الشكل الحر والشكل غير الحر إنما يكمن في مسألة الحرية(١). فالحرية في اختيار طرق ووسائل التعبير إذا ما تركت لإرادة الأطراف فإن الشكل سيتجرد من أي وجود خاص ويكون مجرد حادث وعارض محض للمضمون(٢).

يتضح من خلال ما سبق أن الشكلية تمثل قيداً قانونياً على الإرادة التعاقدية، حيث لا ينعقد العقد صحيحاً إلا إذا استوفى الشكل الذي حدده المشرع. ويجب أن يكون هذا القيد صريحاً، كما هو الحال في اشتراط الشكلية في عقود الهبة وبيع العقارات، حيث يتطلب القانون تسجيلها أمام جهة مختصة لضمان نفاذها، وقد أكدت محكمة التمييز الاتحادية العراقية في قرارها على ضرورة احترام الشكلية في عقد بيع العقارات، والذي ينص على أن: "بيع العقار من العقود الشكلية التي لا تعقد إلا باستيفاء الشكل الذي نص عليه القانون، وبخلافه يكون العقد باطلاً"(٣)، وهذا يعني أن أي عقد بيع عقار لا يتماشى مع الشكلية القانونية المنصوص عليها يُعتبر باطلًا، حتى وإن كانت نية الأطراف أو الإرادة بينهم واضحة ومتطابقة.

وفي بعض الحالات، يمكن أن تكون الشكلية مستنتجة من مجموعة إجراءات قانونية، دون أن ينص عليها المشرع بوضوح، كما في اشتراطات عقد الشركة وفقًا لقانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته(٤)، الذي يفرض إيداع عقد الشركة وتوثيقه لدى مسجل الشركات لإكسابه الصفة القانونية.

---

(١) د. ياسر الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، ١٩٩٢، ص٣١.

(٢) د. فتحي عبد الرحيم عبد االله: العناصر المكونة للعقد كمصدر للإلتزام، مكتبة الجلاء، مصر، ٢٩٩٦، ص٦٤.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٢٧٤/م. أ/٢٠٠٩، الصادر في ٢٠٠٩/٥/٧، منشور في النشرة القضائية، مجلس القضاء الأعلى، بغداد، العراق، ع١٠، ٢٠١٠، ص٣٦.

(٤) ولا بد من أن نشير إلى موقف القانون العراقي من الكتابة، وهو قانون الشركات بعد إلغاء المواد الخاصة بالشركات في القانون المدني. إذ لم يتضمن هذا القانون نصاً يوجب الكتابة أو يشترط الإثبات بها، وهو فراغ كان من المستحسن سده، خاصة إذا أخذ بالاعتبار إلغاء المواد الخاصة في القانون المدني، حيث كانت المادة (٦٢٨) من القانون المدني العراقي الملغاة تنص على: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً...".
حيث يستنتج من نصوص قانون الشركات العراقي أن المشرع اشترط الكتابة والإشهار ضمنياً لتعتبر الشركة مؤسسة، وهذه الشروط تؤكد على شكلية عقد الشركة، بعكس المشرع المصري الذي نص صراحةً في المادة ١٥ من قانون الشركات

كما أن الشكلية قد تكون اتفاقية، حيث يمكن للأطراف الاتفاق على اشتراط شكل معين لإبرام العقد، شريطة أن يكون هذا الاتفاق صريحًا. فإذا لم يُنص عليه بوضوح، فإن العقد يظل رضائيًا، وفقًا للقاعدة العامة التي تقضي بأن الأصل في العقود هو الرضائية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. لكن السؤال الذي يثار هنا هو: هل يحق للمتعاقدين التشديد في الشكلية بإضافة شروط أخرى إلى ما يفرضه القانون؟ على سبيل المثال، في عقد بيع العقار الذي يشترط فيه القانون التسجيل أمام موظف مختص(١)، هل يجوز للأطراف اشتراط شهادة شاهدين إضافيين لصحة العقد؟

للإجابة على هذا التساؤل، ينبغي الإشارة إلى أن العقود تقوم على ثلاثة أركان رئيسية :الرضا، المحل، والسبب، إلا أن بعض العقود قد يشترط فيها المشرع أركانًا إضافية مثل الشكلية أو القبض، وذلك لأسباب تتعلق بحماية المتعاقدين أو تحقيق استقرار التعاملات المالية. ورغم أن الأصل في العقود هو مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، مما يمنح الأطراف حرية تنظيم التزاماتهم وفق مصالحهم، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة، بل تقف عند الحدود التي يرسمها القانون، إذ يتدخل المشرع بفرض الشكلية لضمان المصلحة العامة ومنع النزاعات المستقبلية.

وبناءً على ذلك، يمكن القول بأن للأطراف الاتفاق على التشديد في الشكلية، بإضافة متطلبات إضافية بجانب ما يفرضه القانون، طالما أنهم لم يتجاوزوا القواعد القانونية الملزمة. فالالتزام بالشكلية القانونية يبقى الأساس لصحة العقد، ولكن لا مانع من أن يفرض المتعاقدون شروطًا إضافية تعزز الضمانات القانونية وتحقق مزيدًا من الاستقرار في المعاملات.

المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ حيث نصت على: "يكون العقد الأبتدائي للشركة أو نظامها أو عقد تأسيسها رسمياً أو مصدق على التوقيعات فيه..".

وعليه فإن النصوص التي توجب كتابة عقد الشركة، تجعل الكتابة شرطاً لانعقاد العقد، بغير الكتابة لا وجود للعقد ولا وجود للشركة. ولكن مع هذا البطلان يحق للغير أن يثبت وجود الشركة بغير الكتابة. ومعنى ذلك يجوز الاحتجاج بوجودها على الرغم من إشتراط البطلان عند عدم الكتابة.

ولكن نستطيع القول وبلا تردد، أنه مع هذا الفراغ فإن القانون يتطلب الكتابة، يفهم ذلك من مجمل النصوص التي تتعلق بالتأسيس، كما أن الكتابة ضرورية للاحتجاج بأي تعديل على العقد. د. لطيف جبر كوماني، الشركات التجارية دراسة قانونية مقارنة، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص٢٣.

(١) تنص المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري المعدل رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ على: "٢- لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري".

المطلب الثاني

جدية التعاقد

الغاية الأساسية من فرض الشكلية في التصرفات القانونية تكمن في حماية المتصرف وضمان أن يكون تصرفه مدروساً ومتوافقاً مع إرادته الحقيقية. هذه الحماية تتجلى في عدة أوجه، من بينها تحديد مضمون التصرف بشكل واضح وتوفير وسيلة إثبات مسبقة لتلك التصرفات(١).

فالشكلية قد تهدف إلى التأكد من أن التعبير عن الإرادة يتطابق تماماً مع النية الحقيقية للمتصرف، مما يحول دون وجود أي تعارض بين الإرادة الباطنة والتعبير الظاهر. بالإضافة إلى ذلك، قد يكون الهدف من فرض الشكلية هو حماية المتصرف من التسرع والاندفاع، حيث توفر له هذه الإجراءات فرصة للتفكير والتروي قبل اتخاذ قرارات قانونية ملزمة(٢). وسنعرض لهذه الاغراض كل في فقرة مستقلة كالآتي:

أولاً: ضمان التطابق بين التعبير والإرادة الحقيقية للمتصرف:

الإرادة، كونها ظاهرة داخلية ونفسية، تظل غير مؤثرة قانونياً ما لم تترجم إلى شكل مادي ملموس يسمح للآخرين بفهمها والتفاعل معها. فالتعبير عن الإرادة هو الوسيلة التي يعبر بها الشخص عن رغبته الجازمة في إبرام تصرف قانوني، مما يمكن الطرف الآخر من إدراك هذه الرغبة واتخاذ قراره بقبول التعاقد أو رفضه، وفقاً لمصلحته الخاصة(٣).

وإن التعبير عن الإرادة يجب أن يكون واضحاً وصادقاً في نقل المقاصد والحدود التي يرغب الشخص في الالتزام بها. والهدف هنا هو منع أي تفسير خاطئ أو زج الطرف الآخر في

---

(١) د. حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧، ص٧٠.

(٢) هدى العبد الله، نظرية العقد بين الماضي والحاضر (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٢٠، ص١٨٤.

(٣) د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، بدون ذكر المطبعة، ٢٠٠٦، ص١٤٠.

التزامات لم يرغب فيها المتعاقد من الأساس. إلا أن هذا يتوقف بشكل أساسي على قدرة الشخص في اختيار وسيلة التعبير الأنسب التي تتيح له نقل إرادته بشكل لا لبس فيه.

هذه القدرة تختلف من شـــخص لآخر، فالبعض يمتلك مهارات لغوية قوية تتيح له التعبير عن إرادته بدقة ووضـــوح، مما يقلل من فرص سوء الفهم أو التأويل الخاطئ. على النقيض، هناك من يعاني من صعوبة في إيصال ما يقصده بوضوح، مما قد يؤدي إلى الغموض أو االلتباس في فهم إرادته، وبالتالي إلى سوء فهم أو اختلاف في تفسير التصرفات واالتزامات المتفق عليها[١].

التعبير عن الإرادة في ظل مبدأ الرضـــائية، الذي يمنح الحرية للأطراف في اختيار وسيلة التعبير، قد لا يكون دائماً مطابقاً للإرادة الحقيقية[٢]. في بعض الأحيان، يمكن أن يتم التعبير بشـــكل غير دقيق أو غير كافٍ لنقل ما يقصده المتصرف فعلياً. ومن هنا، أدرك المشرع أن هناك تصرفات قانونية تنطوي على خطورة كبيرة قد تؤثر على مصـــالح الأفراد المتعاقدين. ولتفادي أي تباين بين الإرادة الحقيقية والتعبير عنها، اشـــترط المشـــرع في بعض الحالات ضرورة اتباع إجراءات شكلية محددة، مثل اشتراط الكتابة الرسمية[٣].

فالمشـــرع عندما يفرض شـــكلاً معيناً في بعض التصـــرفات، يسعى لضمان أن تكون الإرادة قد تم التعبير عنها بوضوح ودقة، وذلك تحت إشراف موظف مختص. تدخل هذا الموظف يحقق ضمانات عدة[٤]، منها التأكد من أن الطرف المتعاقد قد وجه إرادته بشـــكل صحيح نحو إبرام العقد، وأنه على دراية تامة بمحتوى العقد ونتائجه القانونية. وهذا الأمر ينطبق على الكتابة الرســـمية والعرفية على حدٍ سواء.

---

(١) د. حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة لالتزامات، ج2 ، مصادر االلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٧، ص١٨٥.

(٢) انظر د. ياسر الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، ١٩٩٢، ص١٠١ .

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، في التأمينات الشخصية والعينية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ١٩٩٨، ص٢٨٠. د. محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، مطابع دار الشعب، القاهرة، مصر، ١٩٧٩، ص٢٢٠.

(٤) د. حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار مرجع سابق، ص٨٥.

ثانياً: ضمان صدور التعبير عن إرادة حرة مستنيرة:

يتطلب القانون أن تكون الإرادة التي تتجه نحو إحداث أثر قانوني حرة بالكامل، واعية بما تلتزم به، وخالية من أي ضـــغوط أو تأثيرات خارجية قد تمارس على المتعاقد عند إبرام التصرف القـــانوني. بمعنى آخر، يجب أن تكون الإرادة متحررة من أي عوامل تؤثر على قرار المتعاقد، وأن يكون على دراية تامة بالتزاماته بموجب هذا التصرف(١).

لتحقيق هذه الغاية، لجأ المشـــرع إلى نظرية عيوب الإرادة لمعالجة ما قد يؤثر على رضا المتعاقد. ففي القانون المدني العراقي، يعتبر التصـــرف الذي أُبرم نتيجة للإكراه أو الغلط أو غيرهما من عيوب الإرادة موقوفاً على إجازة الطرف المتضـــرر. أما في القانون المدني المصـــري، فإن التصرف الذي يشوبه عيب من عيوب الإرادة يُعتبر باطلاً بطلاناً نسبياً(٢).

بالإضـــافة إلى ذلك، تُعتبر نظرية عيوب الإرادة وسيلة علاجية تأتي بعد إبرام التصرف، مما يعني أن أحكامها قد لا تعيد الأمور إلى وضعها الأصلي، خاصة إذا تم تنفيذ العقد بالفعل. وفضلاً عن ذلـــك، فإن نقض العقد قد يؤدي إلى زعزعة اســـتقرار المعاملات، مما يزيد من تعقيد الموقف القانوني(٣).

لذلك فقد ألزم المشرع الأطراف في بعض الحالات بإبرام التصرف أمام موظف عام مختص. وذلك لأن الموظف يمتلك هذا الخبرة والمعرفة التي تمكّنه من توجيه المتعاقدين وتبصيرهم بحقيقة االلتزامات التي يقدمون عليها فضلاً عن القوة الثبوتية التي يمنحها الموظف للتصرف القانوني،

---

(١) د. حازم أكرم صلال الربيعي، أثر الإرادة الباطنة في العقد، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠١٩، ص٨٤.

(٢) د. حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص٩٥.

(٣) انظر د. عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون، النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ٢٠٠٠، ص٤٢٢. د. ياسر الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، مرجع سابق، ص١٠٨

حيث أن هذا الإجراء يضمن أن تكون الإرادة المتجهة لإبرام العقد واعية ومستقلة ومدركة تماماً لما يترتب على التصرف من آثار قانونية[١].

ففي القانون العراقي، يظهر هذا الأمر جلياً في التصرفات المتعلقة بالعقارات. تتطلب هذه التصرفات سلسلة من الإجراءات الطويلة والمعقدة، تبدأ من المفاوضات الأولية وصولًا إلى الإقرار أمام موظف التسجيل المختص، ثم التسجيل في السجل العقاري وتوقيع المتعاقدين. هذه الخطوات المتتابعة تهدف إلى تعزيز حرية الإرادة وضمان فهم المتعاقدين لما هم مقدمون عليه[٢].

وقد عبرت محكمة التمييز العراقية عن وجوب وجود الإرادة في التصرفات الشكلية بإبطالها معامله بيع أجراها محجور، فقد جاء في قرارها: "لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة الأولى لمحكمة التمييز وجد أن محكمة البداءة قد أتبعت بحكمها المميز الأخير الصادر بتاريخ ٨٣/٥/٢٤ قرار النقض الصادر من محكمة التمييز بعدد ٣٠٥/م٨٢/٢-١٩٨٣، فقضت بإبطال معاملة بيع الدار موضوع الدعوى التي أجراها مالكها –المحجور عليه– لزوجته المميزة المدعى عليها في دائرة التسجيل العقاري والمسجلة بعدد ٧٨ تشرين أول سنة ١٩٨١، بلد ٩٤، وأعادتها إلى مالكها المذكور بناء على ما تحقق لديها من التقارير الطبية المعطاة بحقه من قبل اللجنة الطبية النفسية والعصبية الدائمة المبرزة في الدعوى من ابتلائه بمرض عقلي هو خرف الشيخوخة الذي سبب فقدان أهلية الأداء لديه وجعله غير مقدر للمسؤولية وإدارة شؤونه بنفسه، وبالتالي محجور عليه لذاته وبحكم القانون عملاً بحكم المادة (٩٤) من القانون المدني، وتكون بالتالي خصومة المدعي – القيم عليه– متوجهة قانونا ضد المميز عليه في هذه الدعوة مما يجعل للأسباب المتقدمة الاعتراضات التمييزية غير واردة. قرر ردها وتصديق الحكم البدائي المميز وتحميل المميزة رسم التمييز وصدر القرار بالأكثرية في ١٩٨٤/٦/٢٦"[٣].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية ببطلان الهبات الصادرة من شخص لم تكن قواه العقلية سليمة نتيجة لتقدم السن بقولها: "متى ما كان الحكم قد انتهى إلى أن حالة مورثة الخصوم

---

(١) وليم سليمان قلادة، التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، دراسة مقارنة، ط١، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، ١٩٥٥، ص ٣١٣

(٢) جميل محمد حسين بني يونس، مفهوم الارادة في فلسفة القانون الخاص، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، السنة ٢٠٠٨، ص١٥٧.

[٣] القرار الصادر برقم ٣/ موسعة أولى/ ٨٣- ١٩٨٤ في ٢٦/ ٢/ ١٩٨٤ نقلاً عم: إبراهيم المشاهدي: المختار من قضاء محكمة التمييز، الجزء الأول، بغداد، ١٩٩٩، ص ١١٤.

العقلية لم تكن تسمح لها بان تأتي أو تعقل معنى أي تصرف استنادا إلى الأسباب السائغة التي أوردها، وان الهبات والقروض المقول بصدورها من المورثة لم تصدر منها عن رضاء صحيح، وبالتالي يتحمل المسؤولية عنها من كان يتولى إدارة أموالها والتصرف فيها فانه لا مخالفة في ذلك للقانون"[1].

بالإضافة إلى ذلك، يلعب الشكل دوراً حيوياً في حماية حرية إرادة المتعاقدين في الحالات التي تُبرم فيها العقود بين أطراف غير متساوين اقتصادياً. عندما يكون أحد الأطراف في وضع اقتصادي واجتماعي أقوى، قد يمنحه ذلك سلطة تؤثر على إرادة الطرف الآخر، مما يتيح له فرض شروط مجحفة أو الاستحواذ على النصيب الأكبر من العقد[2]. ومن خلال فرض الشكلية، يسعى المشرع إلى تحقيق التوازن ومنع استغلال الطرف الأضعف، مما يضمن أن تُبرم العقود على أساس المساواة والعدالة بين جميع الأطراف[3].

فعندما يترك المشرع أمر الشكلية لإرادة الأطراف، قد يؤدي ذلك أحياناً إلى نتائج غير مرغوبة، لذا يتدخل المشرع في بعض الحالات لفرض الشكلية، لا سيما الشكل الرسمي، على التصرفات ذات الأهمية الخاصة. حيث يقوم المشرع بتكليف موظف رسمي مختص، يُفترض فيه النزاهة والعدالة، بمهمة ضمان استيفاء الشكل المطلوب. هذا الموظف لا يقتصر دوره على تسجيل التصرفات فقط، بل يمتد إلى تنبيه المتعاقدين، خاصة الطرف الأضعف، إلى خطورة التصرف الذي يوشكون على الالتزام به[4]. بهذه الطريقة، يمكن الحد من قدرة الطرف القوي على استغلال نفوذه للتأثير على إرادة الطرف الأضعف، حيث لا تكون الحماية التي توفرها الشكلية مجرد غاية بحد ذاتها، بل وسيلة لتحقيق التوازن الاقتصادي في العلاقة التعاقدية وضمان العدالة الموضوعية بين الأطراف.

كما يشير بعض الفقهاء إلى أن الشكلية تساهم عملياً في إعادة التوازن الذي قد يختل نتيجة اعتماد الرضائية المجردة في التصرفات القانونية، مما يعزز العدالة في العقود التي تتضمن تفاوتاً في

---

(1) قرارها الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٣/٢١ "مجموعة أحكام النقض المصرية، السنة ٨، العدد(٢)١٩٥٧، رقم ٣١،ص٢٤١.

(٢) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٩، ص٨٦.

(٣) د. جليل الساعدي، الارادة الباطنة في العقد، مكتب نور العين، بغداد، العراق، ٢٠١١، ص١٦٣.

(٤) د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٢، ص١٤٩.

مراكز القوة بين الأطراف. من هنا، تأتي أهمية اشـــتراط الكتابة العرفية في بعض التصرفات، حيث تتيح للأطراف توثيق الالتزامات المتبادلة بدقة، وتضـــمن فهمهم الكامل لما قد يترتب على العقد من آثار قانونية[١].

وبما أن الشـــكل استثناء من المبدأ العام، فإنه لا يثبت إلا بنص القانون أو اتفاق الأطراف عليه، وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في ١٩٨٢/٤/٢٨ والذي جاء فيه: "الأصل أن العقود رضائية إلا إذا استلزم القانون أو الاتفاق على إفراغها في شكل معين"[٢].

وقد أكدت محكمة التمييز الاتحادية العراقية في قرارها على ضـــرورة احترام الشكلية في عقد بيع العقارات، والذي ينص على أن: "بيع العقار من العقود الشـــكلية التي لا تعقد إلا باســـتيفاء الشكل الذي نص عليه القانون، وبخلافه يكون العقد باطلاً"[٣]

وقد عبرت محكمة التمييز العراقية عن وجوب وجود الإرادة في التصـــرفات الشـــكلية بـــإبطـــالها معامله بيع أجراها محجور، فقد جاء في قرارها: "لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموســـعة الأولى لمحكمة التمييز وجد أن محكمة البداءة قد أتبعت بحكمها المميز الأخير الصـــادر بتاريخ ٨٣/٥/٢٤ قرار النقض الصـــادر من محكمة التمييز بعدد ٣٠٥/م/٨٢/٢-١٩٨٣، فقضـــت بإبطال معاملة بيع الدار موضـــوع الدعوى التي أجراها مالكها –المحجور عليه– لزوجته المميزة المدعى عليها في دائرة التســـجيل العقاري والمســـجلة بعدد ٧٨ تشرين أول سنة ١٩٨١، بلد ٩٤، وأعـــادتهـــا إلى مـــالكها المذكور بناء على ما تحقق لديها من التقارير الطبية المعطاة بحقه من قبل اللجنة الطبية النفســـية والعصـــبية الدائمة المبرزة في الدعوى من ابتلائه بمرض عقلي هو خرف الشـــيخوخة الذي ســـبب فقدان أهلية الأداء لديه وجعله غير مقدر للمســـؤولية وإدارة شؤونه بنفسه، وبالتالي محجور عليه لذاته وبحكم القانون عملاً بحكم المادة (٩٤) من القانون المدني، وتكون بالتالي خصـــومة المدعي – القيم عليه– متوجهة قانونا ضد المميز عليه في هذه الدعوة مما يجعل للأسباب

---

(١) د. عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون، مرجع سابق، ص٤٢٣.

(٢) نقلاً عن: عبد الحكيم فؤده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٥، ص٢٤٥.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٢٧٤/م. أ/٢٠٠٩، الصادر في ٢٠٠٩/٥/٧، منشور في النشرة القضائية، مجلس القضاء الأعلى، بغداد، العراق، ع١٠، ٢٠١٠، ص٣٦.

المتقدمة الاعتراضـــات التمييزية غير واردة. قرر ردها وتصـــديق الحكم البدائي المميز وتحميل المميزة رسم التمييز وصدر القرار بالأكثرية في ١٩٨٤/٦/٢٦"[١].

ثالثاً: حماية المتصرف من التسرع والاندفاع:

تُعَد الشـــكلية وسيلة تهدف إلى حماية المتعاقدين من التسرع والاندفاع في اتخاذ القرارات القانونية، حيث تمنحهم الوقت الكافي للتفكير والتأمل قبل الالتزام بأي تصـــرف[٢]. ويتحقق ذلك من خلال اشتراط شكلية الكتابة، سواء كانت كتابة رسمية أو عرفية. فاشتراط الكتابة الرسمية على وجه الخصوص، بفضل تدخل موظف عام مختص في عملية إنشاء السند الرسمي، يساهم في تحقيق هذا الهدف بشكل فعال. إذ يُمنح الأطراف الوقت اللازم للتفكير خلال الإجراءات الرسمية المطلوبة، والتي تساعدهم على التحلي بالتروي واتخاذ قرارات مدروسة[٣].

تدخل الموظف المختص لا يقتصر على الجوانب الإجرائية فقط، بل يهدف أيضاً إلى تنبيه المتعاقدين إلى خطورة التصـــرف القانوني الذي ينوون الدخول فيه، مما يساعدهم على إدراك تبعاته بشكل أعمق. إضافة إلى ذلك، فإن الإجراءات المطلوبة لإنشاء السند الرسمي، وما يستغرقه ذلك من وقت، توفر فرصـــة لكل طرف لإعادة النظر في موقفه النهائي من التصرف قبل أن يصبح ملتزماً به. وإذا وجد أحد الأطراف أن التصـــرف لا يلبي مصلحته أو يحمل مخاطر لم تكن متوقعة، يمكنه التراجع عنه قبل وصول العملية إلى مرحلة انعقاد التصرف رسمياً وإصدار السند الملزم[٤].

هذه المهل الزمنية التي توفرها الإجراءات الشـــكلية تُعزز من وعي المتعاقدين وتقلل من احتمالات التورط في تصـــرفات غير مدروســـة، مما يحقق حماية فعالة للأطراف ويضمن استقرار العلاقات القانونية.

---

(١) القرار الصادر برقم ٣/ موسعة أولى/ ٨٣- ١٩٨٤ في ٢٦/ ٢/ ١٩٨٤ نقلاً عم: إبراهيم المشاهدي: المختار من قضاء محكمة التمييز، الجزء الأول، بغداد، ١٩٩٩، ص ١١٤.

(٢) د. سمير تناغو، مصادر الالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧، ص١١.

(٣) د. عبد الهادي العطافي، صور من طرق التعبير عن الإرادة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص٩٨.

(٤) د. جليل الساعدي، العنصر النفسي في العقد – دراسة في القانونين العراقي والانكليزي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد السابع والعشرون، العدد الثاني، ٢٠١٢، ص ٨٢.

تظهر أهمية الإجراءات الشكلية بوضوح في التصرفات المتعلقة بالماكينات، حيث تُعد هذه الإجراءات ضرورية لتنبيه المتعاقدين وإعطائهم الوقت الكافي للتفكير والعدول عن قراراتهم إذا لزم الأمر. تبدأ هذه الإجراءات بتقديم طلب التسجيل وفق استمارة محددة، حيث يقوم الكاتب العدل بمطابقة المعلومات الواردة في الاستمارة مع السندات المقدمة. ومن ثم، يتم إحالة الطلب إلى الجهات المعنية للحصول على الموافقة، وإجراء الكشف المطلوب، بالإضافة إلى نشر إعلان عن هذه المعاملة في الصحف(١).

كل هذه الخطوات تساهم في ضمان أن يتخذ المتعاقدان قرار إبرام التصرف بعد دراسة واعية، وإدراك كامل للفوائد والالتزامات التي قد تترتب على هذا القرار. وإن هذه الإجراءات لا توفر فقط الحماية اللازمة، بل تسهم أيضًا في تعزيز الوعي لدى الأطراف بأهمية التصرف الذي ينوون الدخول فيه(٢).

على الجانب الآخر، تسهم الكتابة العرفية أيضًا في تنبيه المتعاقدين إلى خطورة التصرف الذي يقدمون عليه، حيث تتضمن هذه الكتابة أفعالًا مادية يتعين القيام بها لإنشاء التصرف القانوني(٣). وهذا يعزز من فرص اتخاذ قرار مبني على تروي وتفكير عميق وإدراك تام لما قد يترتب عليه من آثار قانونية، مما يضمن حماية حقوق الأطراف المتعاقدة ويعزز مبدأ استقرار المعاملات.

المطلب الثالث

إثبات التعاقد

تُعتبر كتابة المعاملات والحقوق وسيلة أساسية تمنع منذ بداية الحق وقوع النزاعات والخلافات بين الأطراف. فعندما يتم توثيق المعاملات بشكل صحيح، يكون هناك دليل مسبق يُسهِّل

---

(١) ونستشهد هنا باجراءات تسجيل الماكنة لأنها في اعتقادنا ذات الإجراءات التي يجب اتباعها لو صرح المشرع بأن التصرفات التي ترد على الماكنة لا تنعقد إلا بسند رسمي، ولكنها لا تكون نافذة في حق الغير إلا بالتسجيل. للمزيد راجع الصفحة ٣٣ وما بعدها من هذه الدراسة.

(٢) د. حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص٩٨.

(٣) د. عبدالرشيد عبدالحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون، مرجع سابق، ص٤٢١.

حل أي نزاع قد ينشـــأ في المستقبل، حيث تُعد المحررات دليلاً يُظهر حقيقة التصرفات ويفصل في مضمون التزامات كل طرف[١]. ولا يقتصر دور وثيقة العقد على كونها مجرد ورقة، بل تعتبر أداة قوية تعين القاضـــي في تحليل النزاع واتخاذ قرارات عادلة، إذ إن الوقائع المرســـلة في أي معاملة تؤثر بشكل كبير على النتائج[٢].

وإن الشـــكل بأغراضـــه التي تقدم بيانها توفر الحماية للمتعاقد الآخر شـــأنه في ذلك شأن المتصرف، فكل من المتصرف والمتعاقد معه طرف في إبرام التصرف الشكلي، فالشكلية توفر لمن تعاقد مع المتصرف قوة خاصة وثابتة ضد جميع الاعتراضات ما دام أن العقد قد تم من قبل موظف عام في الكتابة الرســـمية[٣]، وذلك لأن الموظف عندما يقوم بتحرير العقد وتثبيت الواقعة كما جرت بحضـــوره وإخباره بهذا الشان يكون له قيمة مهمة، اذ يكون له قوة ثابتة كمحرر رسمي ما لم يثبت تزويره[٤]، فشـــكلية الكتابة الرســـمية في الهبة تضـــمن للموهوب له حقه في الهبة، وذلك لان السند يؤمن له وسيلة دفاع ضد الاعتراضات التي يمكن ان توجه ضد العقد، كما تمكن الرسمية في الرهن الرسمي، الدائن المرتهن من ضمان حقوقه من خلال منحه سند قابلا للتنفيذ يخوله المطالبة بالدين اذا حل اجله ودون الحصول على حكم بذلك، كما ان تدخل الموظف المختص من شأنه أن يعفي الدائن المرتهن من مسألة التثبت من أصل ملكية الراهن ومن أهليته للتعاقد[٥]. والأمر ذاته يقال بالنسبة إلى الكتابة العرفية.

وإن تقرير الشكل الرسمي على المعاملات العقارية يؤدي إلى استتاب الأمن، الذي يعتبر الركيزة التي يقوم عليها المجتمع سواء اجتماعياً أو اقتصادياً أو قانونياً، حيث إن من شأن الشكل الرسمي تحقيق إرادات للخزينة العامة، لأنها خاضعة لإجراء التسجيل والشهر مقابل حقوق مالية

---

(١) د. أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مكتبة عين شمس، القاهرة، ٢٠١٧، ص٨٢.

(٢) د. رمضان محمد أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الطبعة الثانية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ص ١٩٠.

(٣) د. حسن علي الذنون ود. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٣، ص٢٤٧.

(٤) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، ٢٠٠٧، ص ١٣٠.

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مرجع سابق، ص٢٨١.

تصب في الخزينة العامة، فإن حدثت هذه التصرفات في شكل عرفي أو عن طريق التراضي، فإنه يؤدي إلى التهرب من دفع حقوق الخزينة، بالتالي الشكل الرسمي من شأنه أن يساعد على التحصيل ويزيد الدخل الوطني، حتى تتمكن الدولة من بسط رقابتها على السوق العقارية، والتدخل للتقليل من المضاربات غير المشروعة. فضلاً عن الأهمية الكبرى لتوثيق المعاملات العقارية بهدف تثبيت الحقوق وتحقيق الاستقرار في السوق العقارية، كون نظام التسجيل العقاري يهدف أيضاً إلى إشهار المعاملات التي تتم على العقار، ويمكن المتعاملين من الاطلاع على صحيفة العقار ليتأكدوا هل الذي يتعاملون معه هو المالك الحقيقي لهذا العقار، ولبيان أي حقوق أو رهن موجود على العقار [١].

كما تُساهم الشكلية في وضع حد فاصلاً بين مرحلة المفاوضات السابقة على إبرام العقد ووقت إبرام العقد نفسه، إذ ينعقد العقد بتحقيق الشكلية المفروضة. فضلاً عن ذلك، تُعتبر الشكلية ضماناً لحقوق فاقدي الأهلية، فربما يُصاب أحد أطراف العقد بخلل عقلي يجعله غير قادر على التصرف أو على معرفة ما تم إبرامه مع الآخرين[٢]. وفي هذه الحالات، تصبح المحررات مرجعاً لتحديد ما تم إبرامه قبل فقدان الأهلية، مما يعزز من حقوق هؤلاء الأفراد ويُساعد في حماية مصالحهم القانونية.

تُعتبر الشكلية أحد العناصر الأساسية في حماية الأموال من الضياع بإنكارها، إذ تساهم الوثائق الكتابية، وخاصة تلك التي تتسم بالتوثيق الرسمي، في تأمين الحقوق وتجنب المشاكل المحتملة الناتجة عن عدم القدرة على إثباتها. فرغم أن الشهود يمكنهم تقديم أدلة للحقوق، إلا أنهم قد يتعرضون لعيوب عديدة مثل الزور أو ضعف الحواس أو حتى الغياب، مما يجعل الوثائق الكتابية الخيار الأكثر موثوقية[٣]. ففي حال وفاة الشهود، تصبح الوثائق الكتابية المرجع الأساسي أمام الدائن، مما يعزز من أهميتها كوسيلة لإثبات الحق.

---

(١) د. هند فالح محمود صالح، نظرية البطلان في القانون المدني، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، ٢٠١٢، ص٩٦.

(٢) د. محمد المظفر، مصادر الالتزام، نظرية العقد ونبذة عن الإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار المثنى للطباعة والنشر، ٢٠٠٥، بغداد– العراق، ص٢٠٦.

(٣) د. عبد الحكيم فودة، المحررات الرسمية والمحررات العرفية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٦، ص٩١.

كما تعد الشكلية باعتبارها عنصر مهم للتوثيق أداة فعالة لتحقيق الأمن القضائي، حيث تعمل على تقليل الحاجة للجوء إلى القضاء، بما أنها تُساهم في حل العديد من الخلافات والنزاعات المتعلقة بالمعاملات العقارية. فالعقد الرسمي التوثيقي يُعتبر حجة قوية للإثبات أمام القضاء ووسيلة للتنفيذ، مما يعزز من الاستقرار القانوني والائتمان[1]. تكتسب هذه العقود الخصائص اللازمة، مثل السرية والموثوقية وسلامة المحتوى، مما يعزز من أمن المراكز القانونية ويحقق الثبات في التعاملات.

المطلب الرابع

الشكلية في العقود الإلكترونية

اعترفت التشريعات بالكتابة الإلكترونية بوصفها شرط لانعقاد التصرفات عبر الإنترنت، حيث أن التعاقد عبر الإنترنت أضحى منتشراً بوقتنا الحاضر مما دفع المشرعين للاعتراف بهذه التعاملات التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية، لكن أغلب التشريعات أقرت متطلبات شكلية في العقود الإلكترونية، وسنبين هذه المتطلبات من خلال تقسيم هذا الفرع كالآتي:

أولاً: الكتابة الإلكترونية:

عرف المشرع العراقي السند الإلكتروني في قانون التوقيع الإلكتروني، والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ في المادة (١) الفقرة التاسعة على أنه: "المحررات والوثائق التي تنشئ أو تدمج أو تخزن أو ترسل، أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسائل إلكترونية أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي ويحمل توقيعاً الكترونياً".

ويتبين من خلال هذا التعريف أن المشرع العراقي لا يختلف كثيراً في تعريف السند الإلكتروني عن التعريفات التي أوردتها أغلب التشريعات العربية للسند الإلكتروني. إذ كلهم أخذوا بنفس الأسلوب الذي ينشأ منه السند الإلكتروني، ومنها المشرع المصري، والذي أورد تعريفاً للكتابة الإلكترونية في الفقرة أ من المادة الأولى من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني رقم ١٥ لعام ٢٠٠٤[2].

---

(١) د. حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار مرجع سابق، ص١١٥.

(٢) نصت الفقرة خامساً من المادة (١) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراق رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ على: " خامسا: الكتابة االلكترونية – كل حرف او رقم او رمز او اية علامة اخرى تثبت على

وأيضاً ما يميز السندات الإلكترونية عن السندات الكتابية في الوقت عينه والتي لا تحتوي على رموز أو أرقام، أو إشارات عن طريق الوسائل الإلكترونية[١].

ولقد عرفت المادة (٢) من قانون الأونيسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية لسنة (٢٠٠١) رسالة البيانات بأنها تعني (معلومات) يتم أنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية، أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر التبادل الإلكتروني للبيانات أو البريد أو البرق أو التلكس، أو النسخ البرقي[٢].

ثانياً: التوقيع الإلكتروني:

لا تكتسب الكتابة، كدليل للإثبات قوتها الثبوتية الكاملة، إلا بالتوقيع عليها ممن صدرت عنه، وبما أن التعاقد عبر الانترنت، كسائر العقود لا يلزم المتعاقدين إلا إذا كان ممهوراً بتوقيعهما.

وبما أنه يتعذر التوقيع التقليدي في إبرام العقود عبر الإنترنت بالنظر إلى طبيعة العقد الالكتروني، الذي يتم الكترونياً، وليس بالطريقة المألوفة التي يتم بها التوقيع في العقود التقليدية، وذلك لأن طبيعة التوقيع تتفق عادةً مع طبيعة العقد الذي يحمله لذلك بدأ يظهر مع استخدام الانترنت شكل جديد من التوقيع لم يكن مألوفاً في المعاملات العادية، أطلقت عليه تسمية التوقيع الالكتروني الذي أصبح العمل به أمراً واقعاً تتزايد اهميته يوماً بعد يوم، مع استخدام الانترنت في التعامل على شكل واسع ومضطرد[٣].

وسيلة الكترونية او رقمية او ضوئية او اية وسيلة اخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للادراك والفهم"، يقابلها نص الفقرة (أ) من المادة (١) من القانون رقم ١٥ لعام ٢٠٠٤ المصري التي نصت على ما يلي: "الكتابة الإلكترونية: كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك".

(١) د. خالد ممدوح براهيم، ابرام العقد االلكتروني، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦، ص١٤.

(٢) د. بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، عالم الكتب الحديثة، الأردن، ٢٠١١، ص٥٢.

(٣) محمد براهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة االلكترونية، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٥، ص١٥٨.

وقد عرف المشرع العراقي التوقيع الإلكتروني بأنه: "علامة شخصية تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو أصوات أو غيرها وله طابع متفرد يدل على نسبته إلى الموقع ويكون معتمداً من جهة التصديق"[١]. كما عرفه المشرع المصري في الفقرة (ج) من المادة (١) من قانون التوقيع الإلكتروني[٢].

ومن تعريف المشرعين العراقي والمصري، يتبين بأنهم قد جمعوا بين العنصرين التقني والوظيفي لهذا النوع من أنواع التوقيع، حيث ذكرا أنواعاً لهذا التوقيع ليس على سبيل الحصر لاستيعاب ما قد يظهر في المستقبل من أنواع أخرى[٣]. وخاصةً ما تشهده هذه التقنيات الحديثة من تطور كبير ومتسارع إضافةً إلى تزايد استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي.

لكن تعريف كل من المشرع العراقي والمشرع المصري يعتبر تعريفاً وظيفياً، حيث أنهما قد ذكرا وظيفة واحدة لهذا النوع من التوقيع هي تحديد شخصية الموقع، وقد أغفلا الوظيفة الأخرى وهي التعبير عن إرادته في الموافقة على ما ورد في السند الإلكتروني[٤]. وإن وضع التعريف من قبل المشرع أمر يحسب عليه وذلك لأن المشرع ليس من وظيفته وضع التعاريف وهي من اختصاص فقهاء القانون.

---

(١) نص المادة (١) الفقرة (رابعاً) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكتروني العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ على أنه: "رابعاً: التوقيع الالكتروني – علامة شخصية تتخذ شكل حروف او ارقام او رموز او اشارات او اصوات او غيرها وله طابع متفرد يدل على نسبته الى الموقع ويكون معتمدا من جهة التصديق".

(٢) المادة (١) الفقرة (ج) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ على أنه: "ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره".

(٣) د. عبير ميخائيل الصفدي الطوال، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الإلكتروني، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠١٠، ص٤٠.

(٤) نادر عبد العزيز شافي، التوقيع الإلكتروني، بحث منشور على شبكة الإنترنت، متوفر على الرابط التالي: https://www.lebarmy.gov.lb/

تاريخ الزيارة: ٢٠٢٤/٢/١٣.

وعلى ذلك يتضح أن التعريفين أعلاه، قد حددا أنواع هذا التوقيع [١]، وحسناً فعل المشرع وذلك لفتح المجال لظهور أنواع أخرى، نظراً للتطور في التكنولوجية، اذا كانت هذه الانواع قد توافرت فيها معايير الثقة والأمان، وكذلك إشترط كل من المشرعين أن يكون التوقيع الالكتروني له طابع متفرد في عبارته "وله طابع متفرد يدل على نسبته إلى الموقع" وهذا موقف إيجابي من كلا المشرعين، لكي يتم الحفاظ على سرية التوقيع ومنع أي اختراق ويجب أن يتوافر في التوقيع الالكتروني شروط معينة تعزز من هذا التوقيع وتوفر الثقة فيه حتى يقوم بدوره القانوني وهذه الشروط هي:

أ. تحديد هوية الموقع على الصك الإلكتروني: أي أن لا يكون التوقيع مرتبطاً بأكثر من شخص، لابد أن يكون هذا التوقيع قادراً على تحديد شخصية الموقع وهذا لا يعني أن يتكون من اسم الموقع أو يشمله، وانما قد يضفي نوع من التحقق من شخصية صاحبه ، ويتم هذا التحقق من خلال الرجوع إلى مصادر أخرى للمعلومات مثل الجهة التي تقوم بإصدار شهادة التوثيق لمن يريد إنشاء هذا التوقيع[٢]. وهذا ما سار عليه المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية[٣].

ب. إنشاء التوقيع الالكتروني من خلال طرق تضفي عليه أن يكون هذا التوقيع خاضعاً لسيطرة الشخص، وهذه الطرق تتمثل بالمعدات أو البرنامج الحاسوبي المخصص في استحداث وأنشاء "التوقيع الالكتروني" ، وتمثل مجموعة من الأوامر التشفيرية لتكوين "التوقيع الالكتروني" ، فهذه الطرق يجب

---

(١) تبرز أهمية التوقيع ودوره في الإثبات بكونه الوحيد الذي يسمح للمحرر بالانتقال من مرحلة اللاقانون الى مرحلة القانون حيث القيمة والحجية القانونية للمعلومات والبيانات المدونة فيه سواء كان المحرر عادياً او رسمياً وبصرف النظر عما إذا كان صلب المحرر مكتوب بخط يد مصدره او بخط غيره، فلا يجوز بعد ثبوت التوقيع التحلل من نسبة التوقيع إلى صاحبه الا بالادعاء بالتزوير.

نقلاً عن د. يونس عرب، حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية في القضايا المصرفية، بحث منشور على الموقع الخاص بالمؤلف على شبكة الانترنت– ص٢.

(٢) د. منار شكور محمود، إثبات العمليات المصرفية الإلكترونية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، ، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، ٢٠١٢، ص٥٣.

(٣) نصت المادة (٥ / أولاً) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٨ على ما يلي: "أن يرتبط التوقيع الإلكتروني بالموقع دون غيره". يقابلها نص الفقرة (أ) من المادة ١٨ من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ التي نصت على: "أ– ارتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره".

أن تكون تحت سيطرة الشخص الموقع ومتعلقة به دون غيره وأن لا يكون لدى الغير علم بها أو تحت حوزتهم فيسهل عليهم استعمالها[١].

ج. اتصال التوقيع الإلكتروني: أن يكون هذا النوع من التوقيع متصلاً بالصك بحيث لا يمكن إجراء تعديل عليه دون إحداث تغير، فالمعلوم أن التوقيع التقليدي يكون متصلاً بالصك بشكل لا يمكن معه فصل أحدهما عن الآخر مالم يجر إتلاف السند أو إحداث تعديل في التركيب الكيميائي للحبر ومادة الورق المستخدمة، أما في التوقيع االلكتروني فإن الاتصال بالسند يبدوا عرضة للتلاعب من جراء إمكان إحداث تعديل وإدخال بيانات أخرى من دون أن يترك ذلك أثراً مادياً يمكن أن يستدل عليه، إلا أن ذلك يمكن التغلب عليه في ظل التكنلوجيا المتطورة في مجال نظم المعلومات من خلال توفير اكبر قدر ممكن من الأمان والحماية والسرية في هذه المعلومات

كما هو الأمر في تسجيل البيانات الإلكترونية وحفظها على دعائم إلكترونية غير قابلة للتعديل يمكن إرجاعها عند الضرورة وتتيح التوقيع عليها بوسائل مشفرة يصعب الوصول إليها[٢].

وقد أشار القانون العراقي إلى هذا الشرط[٣].

د. توثيق التوقيع االلكتروني: ويعد شرط توثيق التوقيع من أهم الشروط، حيث يمكن من خلاله إعطاء الأمان والثقة للتوقيع الإلكتروني ونسبته إلى صاحبه مما يصعب إنكاره.

---

(١) د. حسون علي حسون الفتلاوي، مرجع سابق، ص٢٢. وقد أكد على ذلك المشرع العراقي في المادة (٥/ ثانياً) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية والتي نصت على: "يكون الوسيط تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره". يقابلها نص الفقرة (ب) من المادة ١٨ من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ التي نصت على: "ب- سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني".

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، دور التقنيات العلمية في الإثبات، بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

https://www.adelamer.com/lander

تاريخ الزيارة: ٢٠٢٤/٨/١٥.

(٣) نصت المادة (٥/ ثالثاً) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ على: "أن يكون أي تعديل أو تبديل في التوقيع قابل للكشف". يقابلها نص الفقرة (ج) من المادة ١٨ من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ التي نصت على: "ج- إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني".

المبحث الثاني

جزاء تخلف الشكلية في العقود

إن الأصل في التعاقد هو الرضائية، وأن الشكل لا يلعب دوراً في العقود، إلا انطلاقاً من إرادة المشـــرع، فلا بد لهذا الأخير من أن يحدد جزاءً صـــارماً على عدم إســـتيفاء العقود للشـــكليات المقررة قانوناً. ذلك لأن العقد كالبناء لا يقوم إلا على أركانه، ولا يســـتقيم بدونها. فصـــحته وسلامته متوقفة على وجود أركانه وسلامتها، لأن إنعدام أحدها يستتبع حكماً هدم العقد(١).

وإذا كان المشـــرع هو الذي يحدد دور الشكل في العقود، فلا بد من أن يحدد الجزاء المناسب على عدم مراعاة هذه الشـــكليات إنطلاقاً من الســـياسة التي يتبعها ومن الدور الذي يلعبه الشكل في كل عقد على حده. ولكن المشـــرع يغفل غالباً عن تحديد الدور الذي يقوم به الشـــكل في العقود وما إذا كان للإثبات أم كركن لازم لقيام العقد، أم للســـريان على الغير. وفي هذه الأحوال لا بد من تحديد دوره إنطلاقاً من الأهمية التي يلعبها في العقد.

وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية: "أن عقد البيع ولو لم يكن مشهراً ينقل إلى المشتري منفعة المبيع وكافة الحقوق المتعلقة به ومن ثم يكون للمشـــتري أن يحل محل البائع في هذه الحقوق قبل باقي الشركاء المشتاعين في العقار"(٢).

وقد اعتمد الفقه(٣) الحديث التقســـيم الثنائي للبطلان باعتباره أساساً في صياغة نظرية البطلان وتحديد أحكامه، إلا أن الاختلاف قد نشـــأ بين أنصـــار هذا الفقه في تحديد معيار التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النســـبي، وبين ما إذا كان تخلف الشكلية في التعاقد تؤدي إلى بطلان العقد كلياً، أم أنها ترتب بعض الآثار ويبطل العقد جزئياً وبالقدر الكافي لغياب الشكل.

---

(١) د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص٣٦٩.

(٢) الطعن ١٥٨٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ٦ / ٣ / ١٩٩٤، القرار متوفر على شكبة الإنترنت على الرابط الإلكتروني التالي:
https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2019/02/1583-57-6-3-1994-45-1-94-455.html
تاريخ الزيارة: ٢٠٢٤/١١/١٣.

(٣) د. عاصم سامي خميس، نظرية البطلان في القانون المدنى على ضوء الإتجاهات الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ٢٠٢٢، ص٢٧.

لبيان ذلك سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، سنتطرق في الفرع لاأول لدراسة البطلان النسبي، وسنتطرق في الفرع الثاني لدراسة البطلان المطلق، أما الفرع الثالث فسنتطرق فيه لدراسة خصائص البطلان المطلق.

المطلب الأول

البطلان النسبي

تذهب غالبية التشريعات[١] إلى إقرار مبدأ البطلان الجزئي للعقد من خلال تنظيم أثره كاستثناء يرد على الأصل العام، والذي يقضي ببطلان العقد كلياً إذا خالف قواعد القانون في تكوينه، ولهذا نجدها عالجت الأثر الذي يترتب عليه من خلال تقييد نطاقه وقصره على ما تعيب من العقد، إذا كان العيب الذي يشوبه لا يؤثر بطبيعته على العقد بجملته ولا يؤثر في وحدة أجزائه طالما أن العقد له القابلية فيما تبقى منه على إنتاج آثاره التي سعى اليها المتعاقدان منذ إبرامه، إلا أن هذه التشريعات لم تشر إلى مبدأ البطلان الجزئي صراحة في نصوصها التي تناولت تنظيم أثره فقط ووضع الحلول لمواجهته كلما يتحقق فيها مجاله، وتتركز هذه الحلول في استبعاد وإسقاط الأجزاء الباطلة فقط من العقد لضمان ديمومته واستمراره في البقاء عملا بمبدأ المحافظة على العقود وعدم أهدارها وعملا بقاعدة ما لا يدرك كله لا يترك جله، وعلى الأقل كإجراء يضعف من أثر البطلان[٢].

---

(١) نصت المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، اما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً". ونص المادة (١٤٣) من القانون المدني المصري على أنه: "إذا كان العقد فى شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذى يبطل. الا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله".

(٢) م. منال داود العكيدي، بطلان العقد وآثاره في القانون المدني العراقي، بحث منشور على شبكة الإنترنت متوفر على الرابط التالي:

https://www.mohamah.net/law/%D8%A8%D8%B7%D9%84%D8%A7%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%82%D8%AF-%D9%88-%D8%A2%D8%AB%D8%A7%D8%B1%D9%87-%D9%88%D9%81%D9%82%D8%A7%D9%8B-%D9%84%D9%84%D8%AA%D8%B4%D8%B1%D9%8A%D8%B9-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1

والاتجاه ذاته أقره كل من التشريع العراقي[١] والمصري، فقد أشار إلى هذا المبدأ التشريع المصري في نص المادة (١٤٣)[٢] من القانون المدني، وقد تضمنت المذكرة الإيضاحية. للقانون المدني المصري أمثلة كتطبيق لما ورد في نص المادة السابق الإشارة اليها، الأول، يتعلق بهبة تقترن بشرط غير مشروع فيبطل الشرط وتبقى الهبة صحيحة، والثاني، بيع يتعدد محله ويقع غلط جوهري في أحد أفراده حيث يبطل البيع فيما يتعلق بالشيء الذي وقع الغلط فيه بطلاناً نسبياً، مالم يقم الدليل على أن الأجزاء الباطلة هي جزء من العقد لا ينفصل عنها[٣]، وهذا يعني أن المشرع المصري اعتمد مبدأ البطلان الجزئي ورتبه مع ما يرافقه من حل لمواجهته عن طريق استبعاده عن العقد إلا أن ذلك لا يكون ضد إرادة المتعاقدين، كما أنه لم يقصر هذا الحل على الجزء الباطل بطلاناً مطلقاً وإنما شمل أيضا الجزء القابل للأبطال وذلك لا يفسره إلا أن المشرع أعتمد نظرية التعدد في مراتب البطلان ورتب أحكامه على هذا الأساس[٤].

أما بخصوص التشريع العراقي فهو الآخر اعتمد الحل ذاته وفضله على البطلان التام للعقد مخصصاً نص المادة (١٣٩) مدني لمواجهة الأثر الذي يترتب عليه.

وفي الواقع فإن التفسير المنطقي لموقف القانون المدني العراقي، أنه أخذ بالاتجاه الذي يفضل البطلان الجزئي ويقضي ذلك بأن الأصل هو البطلان التام للعقد، لكن هذا لا يمنع أنه متى كان عيب البطلان لا يلحق العقد بكل أجزائه وإنما يصيبه في جزء منه فقط طبق الاستثناء وهو البطلان

تاريخ الزيارة: ٢٠٢٤/٨/٢٢.

(١) نصت المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي على ما يلي: " اذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، اما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً".

(٢) تنص المادة (١٤٣) من القانون المدني المصري على ما يلي: "إذا كان العقد فى شق منه باطال أو قابال للإبطال فهذا الشق وحده هو الذى يبطل. إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطال أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله".

(٣) د. رمضان محمد أبو السعود، مبادئ االلتزام في القانون المصري واللبناني، الطبعة الثانية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ص ١٩٠.

(٤) د. رجب كريم عبد اله، التفاوض على العقد، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٠، ص ١٦٣.

الجزئي له وحصر نطاقه في هذا الجزء فقط بحيث لا يرتب أثره إلا بحدوده، على أن تثبت أن إرادة المتعاقدين لم تتجه إلى إقرار خلافه، وهذا يعني أن المشرع العراقي أقام المبدأ على الأساس التقليدي الذي يعتمد إرادة المتعاقدين ومن ثم لا يلتزمان إلا بإراداتهما ولهما الحرية في عقد ما يشاؤون من التصرفات وارتضاء الآثار التي ترتبها ما لم تكن مخالفة للقانون(١).

المطلب الثاني

البطلان المطلق

يظهر في المناقشـــات القانونية المتعلقة بالبطلان المطلق والبطلان النسبي انقساماً بين الكتاب حول كيفية تصـــنيف حالات البطلان وفقًا لعناصـــر التصرف القانوني. فبناءً على بعض الآراء، يُعتبر البطلان المطلق ناتجًا عن تخلف أحد عناصـــر انعقاد التصرف القانوني بشكل تام، مثل تخلف الرضا أو المحل أو السبب أو الشكل في التصرفات الشكلية. بينما يُعتبر البطلان النسبي ناتجًا عن وجود عيب في أحد هذه العناصر، مثل عيب الرضا أو فقدان أهلية الأداء(٢).

ومع ذلك، فإن هذا المعيار لا يُعتبر دقيقًا بما فيه الكفاية في تحديد ما يعتبر باطلاً بطلانًا مطلقًا وما يُعتبر باطلاً بطلانًا نسبيًا(٣).

---

(١) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية في وأثره في التصرفات، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٤، ص ١٢٣.

(٢) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام، مرجع سابق، ص٤٤٨. وهذا ما أخذت به المذكر الإيضاحية للقانون المدني المصري فقد جاء فيها: "ترد أسباب البطلان المطلق إلى تخلف ركن من أركان العقد، كعدم توافر الأهلية إطلاقاً بفقدان التمييز وانعدام الإرادة تفريعاً على ذلك، أو كانتفاء الرضا أو عدم وجود المحل حقيقة أو حكماً، وغني عن البيان أن تخلف ركن من أركان العقد في حكم الواقع وحكم القانون يحول دون انعقاده أو وجوده، وهذا هو ما يقصد بالبطلان المطلق، أما البطلان النسبي فهو يفترض قيام العقد أو وجوده من حيث توافر أركانه، ولكن ركن من أركانه هو الرضا يفسد بسبب عيب بداخله، أو بسبب نقص في أهلية أحد العاقدين، ولذلك يكون العقد قابلاً للبطلان بمعنى انه يبطل إذا طلب ذلك من شرّع البطلان لمصلحته، وهو من داخل رضاءه العيب أو من لم تكتمل أهليته". مجموعة الأعمال التحضيرية، جـــ٢، ص٢٥٥.

(٣) د. بيار إميل طوبيا، الغش والخداع في القانون الخاص، دراسة مقارنة، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠١٤، ص١١.

وفي إطار الانتقادات الموجهة إلى المعايير التقليدية لتصـــنيف البطلان المطلق والبطلان النســـبي، قدم جانب من الفقه الحديث معياراً بديلًا يقوم على أســـاس الغاية التي يتقرر بموجبها البطلان كجزاء، مع التركيز على المصـــلحة التي يســـعى المشـــرع إلى حمايتها من خلال العناصر أو الشروط الناقصـــة في العقد. وفقًا لهذا المعيار، إذا كانت الغاية هي حماية مصـــلحة عامة، فإن الجزاء يكون البطلان المطلق. أما إذا كانت الغاية هي حماية مصلحة خاصة، فإن الجزاء سيكون البطلان النسبي(١).

ومع ذلك، برزت اختلافات بين الفقهاء بشـــأن جزاء تخلف الشكل. فقد رأى بعضهم أن الغاية من الشكل هي حماية المصـــلحة العامة، وبالتالي قرروا أن جزاء تخلف الشكل يجب أن يكون البطلان المطلق(٢). في حين أن آخرين اعتبروا أن الهدف من فرض الشـــكل هو حماية المصـــلحة الخاصـــة للمتصرف، وخلصوا إلى أن جزاء تخلف الشكل ينبغي أن يكون البطلان النسبي.

لكن هذا الاتجاه أيضاً تعرض للنقد، حيث أُشير إلى أن البطلان، بنوعيه، يرتبط بالنظام العام، مما يجعل هذا المعيار غير فعال للتمييز بين نوعيه. ولذا، فقد دفع ذلك جانب من الفقه إلى دراســـة كل ســـبب من أسباب البطلان بشكل مستقل لتحديد خصائص البطلان الناتج عنها، ومن ثم تحديد ما إذا كان البطلان مطلقًا أو نسبيًا(٣).

لذا فإننا نرى أن الهدف من الشـــكل في العقود تشير إلى أن القول بأن الشكل يهدف فقط إلى حماية المتعاقد كفرد، وبالتالي يكون الجزاء على تخلف هذا الشـــكل هو البطلان النســـبي، هو قول غير دقيق ويفتقر إلى العمق. فالمشـــرع عند فرض أي نظام قانوني يســـعى إلى حماية حقوق الأفراد، ولكنه أيضـــا يعمل لتحقيق مصـــلحة عامة تتمثل في اســـتقرار التعامل وصيانة حقوق الجميع. وهذا يستدعي الموازنة بين المصالح المختلفة، مع الأخذ بعين الاعتبار أهمية المصلحة العامة.

---

(١) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، في الفعل الضار، المسؤولية المدنية، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٩، ص٤٧٧.

(٢) د. عبد الله بن ناصر السلمي، البطلان وأثره في العـــقود، ط١، كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٤، ص١١٣.

(٣) د. محما شتا أبو سعد، التقنين المدني، الجزء الأول، الطبعة الأولى، في مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠١، ص ١٢٧.

في بعض العقود، يظهر الشـــكل كوســـيلة لحماية المصلحة العامة بصورة غير مباشرة، إذ يســـاهم في الحد من النزاعات التي قد تنشـــأ نتيجة التعاملات التي تتطلب شكلاً معيناً لإنشائها. وبالتالي، فإن هذا الحد من النزاعات يعزز استقرار المعاملات، مما يؤدي في النهاية إلى حماية المصلحة العامة. فعلى ســـبيل المثال، عندما يشـــترط المشرع الرسمية في الرهن الرسمي، فإنه يسعى إلى حماية كل من المدين الراهن والدائن المرتهن، وفي الوقت نفسه يعزز الائتمان العام[١].

إضافةً إلى ذلك، يمكن أن يسعى المشرع من خلال اشتراط الشكل إلى حماية المصالح العامة بصـــورة مباشـــرة. حيث يُمكن أن يكون الشكل أداة فعالة لمراقبة نشاط الأفراد في المجالات الاجتماعية والاقتصـــادية، مما يتيح له فرض الرســـوم والضـــرائب اللازمة التي تعود عليه بمردودات اقتصادية وتخطيطية تساعده في ممارسة مسؤولياته في المجتمع.

إن الموقف الذي يتبناه جانب من الفقه بشـــأن تخلف الشـــكل كسبب للبطلان النسبي يستند إلى نصوص قانونية استثنائية، لكنها لا تلغي صفة البطلان المطلق الناتج عن عدم مراعاة الشكل[٢]. ولذلك، نرى أن جزاء تخلف الشكل يجب أن يكون البطلان المطلق، وذلك بناءً على نقطتين رئيسيتين:

أولاً: إن البطلان يعد جزاءً خطيراً يترتب على وجود عيب جســـيم في التصـــرف. وهذا العيب يجعل التصـــرف غير موجود قانونياً، رغم وجوده مادياً في الواقع. فالبطلان المطلق لا يُعتبر نوعاً أو درجة من درجات البطلان، بل هو حالة واحدة فقط. ويؤكد ذلك اســـتخدام المشرع المصري لمصطلح "القابلية للإبطال" بدلاً من "البطلان النسبي"[٣]، مما يدل على أن التصرف، في هذه المرحلة، يكون صحيحاً وينتج آثاراً كاملة، مع ترك الخيار لمن تكون له القابلية للإبطال في قبول التصـــرف أو إبطاله. وبالتالي، إذا تم

---

(١) د. محمـــد سليمان الأحمـــد، النظرية العامة للقصد المدني، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص١٨٨.

(٢) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات أراس، الطبعة الأولى، أربيل، كردستان العراق، ٢٠٠٦، ص ٦٦١.

(٣) انظر المواد (١٣٨-١٤٤) من القانون المدني المصري.

إبطال التصـــرف، يصبح البطلان هو الجزاء[١]، مما يعني أن التصرف يُعتبر معدوماً بأثر رجعي، ولا يترتب عليه أي أثر.

ثانياً: الشـــكل يُعتبر وسيلة محددة للتعبير عن الإرادة، يفرضها المشرع على المتعاقدين عند إبرام العقد. يُعتبر الشـــكل شـــرطاً أساسياً في التعبير عن الإرادة، وإذا لم يتم مراعاته، فإن ذلك يعني تخلف التعبير عن الإرادة في نظر المشـــرع، وبالتالي يُعتبر ركن من أركان التصـــرف الشكلي غائباً. بعبارة أخرى، غياب الشـــكل يُعني غياب التعبير عن الإرادة، مما يجعل هذا العنصـــر جوهرياً في التصرف القانوني. ومن هنا، فإن غياب هذا العنصر يستوجب أن يكون الجزاء هو البطلان المطلق.

وعليه، فليس هناك تلازم حتمي بين تخلف الشـــكل وبين وجود أنواع مختلفة من البطلان، حيث يجب أن يكون التخلف عن الشكل بمثابة السبب الذي يؤدي إلى البطلان المطلق، ويجب الاعتراف بأهمية الشكل كشرط أساسي في صحة التصرفات القانونية[٢].

إن الشكل، باعتباره عنصراً جوهرياً في العقد، يعد ضرورياً لوجود التصرف القانوني. فإذا غاب الشـــكل، فإن التصـــرف يُعتبر عدماً في نظر المشرع، مما يعني أن الجزاء المترتب على غياب الشـــكل هو البطلان. هذه الفلســـفة تشهد عليها النصوص القانونية في العراق، وهذا يتضح من تعريف العقد الباطل في الفقرة الأولى من المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي[٣]، والفقرة الأولى من المادة (١٣٨) من نفس القانون [٤].

إن المشرع العراقي أبدى دقة ووعياً عند تحديد طبيعة الشكل، إذ اعتبره مرتبطاً بالتعبير عن الإرادة. ولذلك، لم يعتبر الشـــكل ركناً من أركان العقد، بل اعتبره شـــرطاً للتعبير عن الإرادة أو وصفاً

---

(١) د. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية القانون المصري واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوداني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، ٢٠٠٨، ص٥٢٠.

(٢) د. حسن علي الذنون النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة)، الطبعة الثالثة، منشورات جامعة المنصورة، القاهرة، ٢٠٠٨، ص١٣٧.

(٣) حيث نصت المادة (١/١٣٧) من القانون المدني العراقي على ما يلي: "العقد الباطل هو ما لا يصح أصلاً باعتبار ذاته أو وصفاً باعتبار بعض أوصافه الخارجية".

(٤) نصت المادة (١/١٣٨) من القانون المدني العراقي على ما يلي: " العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً".

يلحق بأحد الأركان [1] ! هذه الفكرة تتجلى في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي[٢]، حيث أكد المشـــرع أن تخلف أحد الأوصاف أو الشروط المتعلقة بالأركان يؤدي إلى البطلان.

وجاءت قرارات المحاكم العراقية تطبيقاً أميناً لهذه النصـــوص، فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز ما يلي: "لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز صـــحيح وموافق للقانون ذلك أن المبيع موضوع العقد المبرم بين الطرفين هو ماكنة زراعية من نوع عنتر قوة ٨٠ حصـــان... ونوعها (ســـاحبة) وحيث أن (الســـاحبة) مشمولة بأحكام المادة الأولى من قانون المرور رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١ المعدل التي بينت بان المركبة كل واســـطة ذات عجلات تســـير بمحرك آلي أو بقوة جسدية أو سحب بأية وســـيلة عدا التي تسير منها على السكة الحديد وتشمل: أ- السيارة ب- المركبة الزراعية، كالساحبة والحاصـــدة ج- المركبة الإنشـــائية... الخ. وحيث أن الفقرة الأولى من المادة الخامســـة من قانون المرور تنص على أنه (تسجل جميع المركبات في سجلات التسجيل عدا العربات والدراجات الهوائية أو ما يستثنى بقانون خاص) كما أن الفقرة الخامسة من المادة المذكورة تنص على انه (لا ينعقد بيع المركبة إلا إذا ســـجل في دائرة المرور المختصة واستوفى الشكل المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من هذه المادة) وحيث أن الثابت من وقائع الدعوى أن بيع الســـاحبة موضوع الدعوى لم يتم تسجيله لدى دائرة المرور المختصـــة وحيث أن العقد يكون باطلا إذا لم يستوف الشكل الذي فرضه القانون عملـــا بالفقرة (٣) من المادة ١٣٧ من القانون المدني وحيث أن العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصـــلـــا وإذا بطـــل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد (م١٣٨ ف١و٢) من القانون المدني لذلك يتعين القضاء برد ثمن المبيع وحيث أن الحكم المميز قد التزم في قضائه بوجهة النظر القانونية المتقدمة لذلك قرر تصديقه ورد الاعتراضات التمييزية..."[٣].

---

(١) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٦٦٧.

(٢) نصت الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي على ما يلي: "٢- فيكون العقد باطلاً إذا كان في ركنه خلل كان يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلا للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع ٣- ويكون باطلا أيضا إذا اختلت بعض أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون".

(٣) قرار رقم: ٥٣ استئنافية/٨٦-١٩٨٧ في١٩٨٧/٦/٣٠، أشار إليه: إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، ج٥، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠، ص٣٤-٣٥.

أما القانون المدني المصـــري فلم يتضمن نصاً يقرر قاعدة عامة تنص على جعل البطلان جزاءاً لتخلف الشـــكل في التصـــرفات الشـــكلية[١]، ومع ذلك فقد تضـــمن النظام القانون المصري نصـــوصـــاً خاصـــة ترتب البطلان جزاء لتخلف الشكل، كما في المادة (٤٨٨) من القانون المدني المتعلقة بالهبة، والمادة (٣٧) من قانون التجارة النافذ فيما يتعلق بشان التصرف في المتجر، وكذلك المادة (٧) منه فيما يخص عقد نقل التكنلوجيا.

أما التصـــرفات الشـــكلية التي لم ينص المشرع على جزاء تخلف الشكل فيها، كالتصرف المنشـــئ لملكيـــة الأســـرة بموجب المادة (٨٥١) من تقنينه المدني[٢]، وحق الحكر بموجب المادة (١٠٠٠) من هـــذا التقنين[٣]، فيبـــدو أن الفقه[٤]، قد أجمع على أن البطلان المطلق هو الجزاء الذي يترتب على تخلف الشكل فيها.

---

(١) وقد كان مشروع القانون المدني المصري يتضمن مثل هذا النص في المادة (١٩٣)، حيث كان يتضمن: "يكون العقد باطلا في الحالات التالية... ح- إذا اشترط القانون في العقد شكلا يكون باطلا بدونه ولم يستوف هذا العقد الشكل. أو إذا أغفل المتعاقدان إجراء شكليا يعتبره القانون ركنا في تكوين العقد". وقد ألغيت هذه المادة في لجنة المراجعة بحجة أن أحكامها منصوص عليها في المواد السابقة. انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية،ج٢،ص٢٥٠.

(٢) نصت المادة (٨٥١) من القانون المدني المصري على ما يلي: "لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة، أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة تكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة، وإما من أى مال أخر مملوك لهم اتفقوا على إدخاله فى هذه الملكية".

(٣) نصت المادة (١٠٠٠) من القانون المدني المصري على: " لا يجوز التحكير إلا لضرورة أو مصلحة وبإذن من المحكمة الابتدائية الشرعية التى تقع فى دائرتها الأرض كلها أو أكثرها قيمة، ويجب أن يصدر به عقد على يد رئيس المحكمة أو من يحليه عليه من القضاء أو الموثقين، ويجب شهره وفقاً لأحكام قانون تنظيم الشهر العقاري".

(٤) د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، ص١١٤.

المطلب الثالث

خصائص البطلان المطلق

تقدم أن جزاء تخلف الشـــكل في التصـــرفات الشـــكلية، بحسب الفقه السائد، هو البطلان المطلق، ومن خصـــائص هذا البطلان أنه لا يتقادم ولا يقبل الإجازة، ولا يتخلف عنه التزام طبيعي، وسنسلط الضوء على هذه الخصائص تباعاً فيما يأتي:

أولاً: إن بطلان العقد لتخلف الشكل لا يزول بالتقادم:

إن بطلان العقد لتخلف الشكل يُعتبر بطلاناً مطلقًا، مما يعني أن العقد يعد في نظر المشرع معدومًا ولا يحمل أي وجود قانوني. هذا يتيح للأطراف المتضررة الحق في إقامة دعوى البطلان في أي وقت، بغض النظر عن مدة الزمن التي مرت، إذ أن الزمن لا يمكنه تحويل العدم إلى وجود[1].

على الرغم من ذلك، فإن الرغبة في حماية الأوضاع المستقرة على مر الزمن دفعت بعض التشريعات إلى فرض قيود على دعوى البطلان من خلال تحديد مدة زمنية معينة تسقط بعدها هذه الدعوى. ولكن يجب التأكيد على أن هذا الإسقاط لا يعني أن العقد الباطل أصبح صحيحًا، إذ لا يمكن إعادة إحياء العدم في العلاقات القانونية.

فالمشرع الفرنسي، على سبيل المثال، نص على أن دعوى البطلان تسقط كقاعدة عامة بعد مرور ثلاثين سنة، ويشمل ذلك جميع التصرفات الباطلة، سواء كان البطلان نتيجة لعيب في الشكل أو لأي عيب آخر يستدعي البطلان المطلق. ومع ذلك، وضع المشرع الفرنسي استثناءات لبعض التصرفات الشكلية، حيث حدد مدداً زمنية أقل، مثلما ورد في المادة (٧) من القانون الصادر في ١٩٧٦/١/٣، الذي ألزم برفع دعوى البطلان المتعلقة بعيب الشكل في بيع العقارات قيد الإنشاء قبل انتهاء الأعمال. وكذلك المادة (٢٥) من القانون الصادر في ١٩٧١/٧/١٦، والتي تتعلق ببعض عمليات البناء، حيث ألزمت برفع دعوى بطلان عقد بيع العقار لعدم مراعاة الشكل قبل انتهاء الأعمال بين جمعية تعاونية للبناء وأحد المنتسبين إليها.

---

(١) د. درع حماد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، ٢٠١٧، ص٣٨.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري قد قرر في المادة (٢/١٤١) من قانون المدني أن دعوى البطلان تسقط بمضي خمس عشر سنة من تاريخ التصرف، مما يعكس رغبته في تحقيق الاستقرار القانوني وحماية الأوضاع المستقرة.

على النقيض من ذلك، لم يقر المشرع العراقي سقوط دعوى البطلان بغض النظر عن مرور الزمن. وهذا يعني أنه يمكن إقامة دعوى البطلان حتى بعد مضي أكثر من خمس عشرة سنة على إبرام العقد[١]. وبالتالي، فإن القانون المدني العراقي خالٍ من نص يقابل المادة (٢/١٤١) من القانون المدني المصري[٢].

رغم ذلك، أدرج المشرع العراقي في المادة (٤٢٩) من القانون المدني[٣] نصاً يتعلق بمنع سماع الدعوى على منكر لحق ثابت في الذمة، وهي دعوى تختلف عن دعوى البطلان التي تتعلق بالمطالبة بإبطال عقد تضمن خللاً أو نقصاً في أحد أركانه[٤].

هذا الاختلاف بين التشريعات يعكس الفلسفة القانونية المختلفة التي ينتهجها كل من المشرع المصري والعراقي، حيث يسعى المشرع العراقي إلى ضمان إمكانية الطعن في العقود الباطلة في أي وقت، بينما يسعى المشرع المصري إلى تحقيق نوع من الاستقرار من خلال تحديد مدد زمنية لدعوى البطلان.

---

(١) د. أسيل باقر جاسم محمد، وأحمد سلمان شهاب، موجز الأحكام في المصادر واللزام دراسة مقارنة في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل، مطبعة الميزان، النجف الأشرف، العراق، ٢٠١٥، ص٧٨.

(٢) نصت الفقرة الثانية من المادة (١٤١) من القانون المدني المصري على: "وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت انعقاد العقد".

(٣) نصت المادة (٤٢٩) من القانون المدني العراقي على: "الدعوى باللتزام، أياً كان سببها، لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي لمدة خمسة عشر سنة مع مراعاة ما ورد فيه من أحكام خاصة".

(٤) د. صالح أحمد غانم، العقد الباطل والعقد القابل للإبطال، بحث منشور على شبكة الإنترنت متوفر على الرابط التالي:

http://www.startimes.com/?t=34031428

تاريخ الزيارة: ٢٠٢٤/٩/١٦.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الدفع بالبطلان لا يتقادم أبداً، فلو كان هناك عقد باطل لعيب في الشكل لم يتم تنفيذه وطالب أحد المتعاقدين الآخر بتنفيذ االلتزامات الناشئة عنه، لكان من حق الطرف الآخر الامتناع عن تنفيذ هذه االلتزامات والدفع ببطلان العقد ولو مضت على إبرام هذا العقد المدة المانعة من سماع الدعوى[١].

ثانياً: إن بطلان العقد لتخلف الشكل لا يقبل الإجازة:

إن جزاء تخلف الشكل في التصرفات الشكلية لا يشذ عما هو مقرر في البطلان المطلق من عدم إمكانية إجازته، فالتصرف الباطل هو تصرف معدوم، والعدم لا يمكن إجازته وذلك لأنه ليس له وجود في نظر المشرع وإن ظهر له وجود مادي في الواقع.

وهذه القاعدة تعد من المسلمات في التشريعات المدنية، وهذا ما أكد عليه المشرع العراقي في المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي[٢]. بل أن التشريع المدني الفرنسي قرر صراحةً أن البطلان الناشئ عن تخلف الشكل لا يمكن إجازته، إذ ورد في المادة ١٣٣٩ منه في شأن عقد الهبة[٣] وقد مد الفقه حكم هذا النص ليشمل التصرفات الشكلية بأجمعها، وهو ما كان موضع تأييد من لدن القضاء الفرنسي[٤].

ويتحصل من هذا أنه إذا لم يتم استيفاء الشكل المفروض في التصرف فلا يكون لهذا التصرف قيمة يعتد بها وليس بمقدور أي شخص أن يجيزه حتى لو تبين أن الغرض الأساسي من الشكل هو حماية ذلك الشخص، كما لا يجوز تصحيح هذا التصرف بعمل لاحق يستوفي الشكل، أما السبب في أن هذا التصرف لا يقبل التصحيح فهو انه تصرف في حكم العدم، ولا وجود له في نظر

---

(١) د. عبد الله بن ناصر السلمي، البطلان وأثره في العــقود، ط١، مرجع سابق، ص١٢٤.

(٢) نص المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي على أنه: "إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة". وهي تطابق الفقرة الأولى من المادة (١٤١) من القانون المدني المصري والتي نصت على ما يلي: " إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة".

(٣) نصت المادة (١٣٣٩) من القانون المدني الفرنسي على ما يلي: "إن الواهب لا يمكنه إجازة الهبة الباطلة شكلاً بأي تصرف لاحق ويجب إعادتها في الشكل القانوني".

(٤) يُنظر Guerriero Guerriero (Marie Antoinette): L'acte juridique solennel, L.G.D. J, Paris, 1975, P 379.

المشرع ومن ثم لا يمكن تصحيح شئ لم يوجد أصلا[١]. ويصح إطلاق هذا الحكم ذاته ولو لم يكن الشكل قد تخلف تماماً، وهو ما يقع عندما يوجد الشكل معيباً، كما في حالة نقص بعض البيانات التي يفرضها المشرع لصحة الورقة الرسمية، فهنا أيضا لا يمكن تصحيح الشكل بإضافة تلك البيانات الناقصة لاحقاً[٢].

ومع ذلك فإن عدم إمكان تصحيح التصرف الباطل لتخلف الشكل أو إصلاح العيب في حالة وجوده معيباً لا يمنع من إعادة عمل التصرف من جديد مع مراعاة الشكل على الصورة التي يستلزمها المشرع، وفي هذه الحالة يكون تاريخ إنشاء التصرف من وقت صدور التصرف بعد إعادة عمله لا من وقت صدور التصرف الباطل، أي انه لا يكون صحيحاً بأثر رجعي[٣].

وعلى الرغم من رسوخ مبدأ عدم قابلية العقد الباطل للإجازة فإن المشرع الفرنسي وكذلك المشرع المصري قد جاءا بما ألقى ظلالاً من الشك على هذا المبدأ فيما يتصل بالبطلان الناشئ عن تخلف الشكل، فقد قررت المادة (١٣٤٠) من القانون المدني الفرنسي أن إجازة ورثة الواهب للبطلان الناتج عن عيب الشكل أو أي عيب آخر أو تنفيذهم الاختياري للهبة يعد مثابة تنازل من جانبهم عن الاحتجاج به، كما جاء في المادة (٤٨٩) من القانون المدني المصري[٤]، **ويبدو أن الفارق بين النصين المصري والفرنسي أن المشرع الفرنسي قد قصر هذه الحالة على ورثة الواهب، في حين شمل النص المصري الواهب إلى جانب ورثته.**

---

(١) د. إبراهيم الدسوقي ابو الليل، المفهوم القانوني لانقاص التصرفات القانونية، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، السنة الاولى، العدد الثاني، الكويت، ٢٠٠١، ص٧٠.

(٢) وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكم لها يتعلق بالهبة في حالة عدم قيام أحد شهود التصرف بالتوقيع النهائي عليه على الرغم من توقيعه في حاشية أسفل الصفحات، حيث طلب أطراف التصرف من قاضي الموضوع أن يأمر الموثق الذي قام بتحرير التصرف بأن يقوم بالحصول على توقيع الشاهد بقصد تصحيح التصرف الباطل. ولكن القاضي رفض ذلك، الأمر الذي دفع الأطراف الى الطعن في حكمه. ولكن الغرفة المدنية رفضت الطعن مقررة أن الهبة الباطلة شكلا لا يمكن تصحيحها بأثر رجعي عن طريق استكمال الإجراء الناقص، وإنما يجب إعادتها من جديد في الشكل المقرر قانونا. نقلاً عن: د. ياسر الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، مرجع سابق، ص٤٢٨.

(٣) د. أحمد سعيد الزقرد، الحماية المدنية من الغش والتدليس في العقود، 1'، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧، ص ١٢٤.

(٤) نصت المادة (٤٨٩) من القانون المدني المصري على أنه: " أنه: "إذا قام الواهب او ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه".

وقد حاول جانباً من الفقه في فرنسا تفسير نص المادة (١٣٤٠) بأنها تتعلق بحق للورثة في إجازة الهبة الباطلة بطلاناً مطلقاً لتخلف الشكل[١]. وهو ما ذهب إليه جانب من الفقه المصري[٢] بمناسبة تأصيل المادة (٤٨٩) المذكورة، حيث قيل بأن التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة لعيب الشكل سواء من قبل الواهب أو من قبل الورثة إنما هو إجازة لعقد الهبة نص عليها المشرع، بل إن ثمة من قال[٣] إن: "منطق البطلان لا يقيّد المشرع إلا إذا كان البطلان جزاء على انعدام الإرادة نفسها، وهي العنصر الجوهري الوحيد في التصرف، عندئذ فقط لا نتصور الإجازة، لأن العدم الذي يتخلف عن غياب الإرادة هو عدم قانوني وطبيعي في نفس الوقت، والإجازة لا ترد على العدم، أما إذا كان البطلان جزاء عيب في الشكل، أي على طريقة التعبير عن الإرادة، فإننا لا نرى سبباً يمنع المشرع من إباحة إجازة الإرادة التي عبر عنها في غير الشكل المطلوب. ولا شك عندنا في أن غياب الشكل يضع الإرادة خارج نطاق القانون، أي يجعلها منعدمة قانوناً، ولكن ذلك الانعدام قانوني بحت لا يمنع الإرادة من أن توجد في عالم الواقع. وعلى ذلك لا بأس مطلقاً من أن يعيد المشرع هذه الإرادة في دائرة القانون بطريق الإجازة".

وذهب جانب فقهي آخر[٤] بصدد تأصيل البطلان ما نصه: "فالبطلان أما أن يرجع إلى اعتبارات شكلية أو إلى اعتبارات موضوعية، ففي الحالة الأولى يكون العقد الشكلي الذي لا يتوافر ركن الشكل فيه باطلاً، ولكن بالقدر الذي يتطلبه القانون من الشكل. وقد أسلفنا أن الشكل إنما هو من صنع القانون، والقانون هو الذي يعين له الجزاء الكافي في حالة الإخلال به، فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب باطلاً لا تلحقه الاجازة، وقد يسمح بإجازته كما في الهبة الباطلة شكلاً (م

---

(١) د. خليل جريج، النظرية العامة للموجبات والعقود، ج٢، في مصادر الموجبات المتصلة بالإرادة، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، لبنان، ٢٠١٧، ص٤٠٢.

(٢) ومن هؤلاء د. أبو عافية، النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري المقارن، مرجع سابق، ص٦٤. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص٥١٥. د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني–دراسة مقارنة بالفقة الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٤، ص٢٧٨.

(٣) د. مصطفى عبد الجواد، مصادر الإلتزام (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٥، ص٣٩٨.

(٤) د. شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، ٢٠٠٧، ص١٣٩.

٤٨٩)، وكما في الشركة التي لم تستوفِ الشكل المطلوب (م ٥٠٧). وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل وان يحتج به في فرض دون فرض كما في شركات التضامن والتوصية. فالشكل كما قدمنا من خلق القانون، صنعه على عينه، ويقده على القالب الذي يختاره، ونحن في هذه الدائرة وحدها، دائرة البطلان لعدم استيفاء الشكل المطلوب، نتمشى مع القائلين بتنوع مراتب البطلان"[١].

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذه الوجهة في بعض قراراتها، فقد قضت بأن: "النص في المادة (٤٨٩) من القانون المدني... يدل على أن الهبة الباطلة لعيب في الشكل لا ترد عليه الإجازة إلا عن طريق تنفيذها اختيارياً من جانب الواهب أو ورثته، بأن يكون الواهب أو الوارث عالماً بأن الهبة باطلة لعيب في الشكل، ومع ذلك يقدم على تنفيذها راضياً مختاراً وهو على بينة من أمره فيسلم المال الموهوب إلى الموهوب له قاصداً من ذلك إجازة الهبة، فتنقلب الهبة الباطلة إلى هبة صحيحة بهذه الإجازة الخاصة، ولا يجوز أن يسترد ما سلمه"[٢].

وقد انتقدت هذه الوجهة بالاستناد إلى أن الإجازة لا ترد على البطلان المطلق وإنما ترد على تصرف معيب، وهذا العيب قد تقرر لمصلحة شخص معين يستطيع أن يتنازل عن حقه في إبطال

---

(١) وقد ذهب الدكتور أنور سلطان إلى أن الإجازة التي تقررها المادة (٤٨٩) من القانون المدني المصري هي إجازة من نوع خاص، حيث قال: "لأن البطلان الواردة في هذه المادة. بطلان من نوع خاص تصحه إجازة من نوع خاص، وهي قيام الواهب او ورثته مختارين بتنفيذ الهبة الباطلة لعيب في الشكل". د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني–دراسة مقارنة بالفقة الإسلامي، مرجع سابق، ص٢٧٨.

(٢) نقض مدني في ١٨/٣/ ١٩٧٥، الطعن رقم ١٣ لسنة ٤٠ ق، مجموعة أحكام النقض لسنة ٢٦، ع ١، ١٩٧٥، ص ٦٢١. ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن مثل هذا التوجه كانت قد رفضته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، فقد جاء فيها: "على انه إذا لم تستوفِ الهبة الشكل اللازم، ولكن الواهب او ورثته قاموا مختارين بتنفيذها كان هذا التنفيذ معتبراً ولا يجوز استرداد ما دفع وفاءً للهبة لا لأن الهبة الباطلة انقلبت صحيحة بالتنفيذ كما جاء خطأ في المادة ٦٦٣ من المشروع، بل لأن الهبة الباطلة يتخلف عنها التزام طبيعي إذا نفذ لا يجوز استرداده. ويجب إذن حذف المادة ٦٦٣ من المشروع، فإن ورودها في الصيغة التي وردت بها خطأ ولا حاجة لإيرادها بصورة صحيحة فإن حكمها يمكن استخلاصه من القواعد العامة وهو اقرب إلى الفقه منه إلى التشريع". مجموعة الأعمال التحضيرية، جـــ ٤، ص٢٥٤.

العقد بالإجازة، ومن ثم فهي لا ترد إلا على العقد الباطل بطلاناً نسبياً[١]. أما البطلان لتخلف الشكل فهو بطلان مطلق لا يمكن إجازته وذلك لتعلق قواعد الشكل بالنظام العام، وكما هو الشأن عندما يكون التصرف باطلاً لمخالفته لقواعد النظام العام والآداب، فهذه القواعد مقررة بموجب نصوص آمرة يترتب على مخالفتها البطلان المطلق ولا يمكن إجازة مثل هذا البطلان لأن من شأن هذا أن ينفي عن هذه القواعد صفة الإلزام[٢].

ثالثاً: بطلان العقد لتخلف الشكل لا يتخلف عنه التزام طبيعي:

إن عدم اتباع الشكل المطلوب في التصرف الشكلي يؤدي إلى بطلان هذا التصرف بطلاناً مطلقاً، وهو ما يجعل التصرف في حكم العدم من وجهة نظر المشرع، فلا ينشأ عنه أي التزام مدني أو طبيعي في ذمة أي طرف من أطراف التصرف[٣]. وذلك لأن هذا التصرف قد نشأ باطلاً من الأساس ولم يتوافر فيه أي من عنصري الالتزام وهما عنصر المسؤولية وعنصر المديونية، وهذا على خلاف ما كان عليه الحال في القانون الروماني، ففي هذا الأخير كان الشكل يعد العنصر الوحيد في التصرف القانوني، فقد أقر الرومان أن تخلف الأوضاع الشكلية التي اشترطها القانون لنشوء الالتزام يؤدي في بعض الحالات إلى نشوء التزام طبيعي، وذلك لأن قواعد العدالة تقتضي التمييز بين حالة الشخص الذي تعهد ولم يرتب القانون على تعهده نشوء التزام في ذمته بالنظر إلى غياب الشكل، وبين حالة الشخص الذي لم يتعهد مطلقاً[٤].

---

(١) د. شادي قاسم أبو عرة، البطلان المطلق والبطلان النسبي، بحث منشور على شبكة الإنترنت متوفر على الرابط التالي: https://www.nmisr.com/vb/showthread.php?t=19 تاريخ الزيارة، ٢٠٢٤/٩/٢٠.

(٢) د. صالح أحمد غانم، العقد الباطل والعقد القابل للإبطال، ص١٧، بحث منشور على شبكة الإنترنت متوفر على الرابط التالي: http://www.startimes.com/?t=34031428 تاريخ الزيارة، ٢٠٢٤/٧/١٥

(٣) ويعرف الالتزام الطبيعي بأنه: "حالة يكون فيها الشخص مديناً قانوناً بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل بحيث يجب عليه الوفاء بهذا الدين دون أن يمكن إكراهه عليه إذا لم يوفِ به طائعاً مختاراً". د. سليمان مرقس، في الالتزامات، مرجع سابق، ص٥٣٥.

(٤) د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المصري، مرجع سابق، ص٣٢٥.

وعلى الرغم من ذلك فإن نص المادة (١٣٤٠) من القانون المدني الفرنسي القديم، والمادة (٤٨٩) من القانون المدني المصري، المتعلقتين بالهبة الباطلة لتخلف الشكل[١]، قد حملا جانباً من الفقه الفرنسي، وكذلك جانباً من الفقه المصري[٢]، على القول بأن الهبة الباطلة جراء تخلف الشكل إنما يتخلف عنها التزام طبيعي يقع في القانون المدني الفرنسي على عاتق الورثة ويقع في القانون المدني المصري على عاتق الواهب وورثته، ويترتب على ذلك أن الورثة اللذين يقومون مختارين بتنفيذ الهبة بعد علمهم بالبطلان لا يستطيعون استرداد ما سلموه.

وقد تعرضت هذه الوجهة لانتقادات عديدة، والحقيقة كما نراها هي عدم صحة التوجه القائل بقيام التزام طبيعي نتيجة لتخلف الشكل في عقد الهبة أو في أي عقد آخر، وهو ما يتضح من خلال انهدام الأساس الذي قام عليه هذا التوجه، ودون الخوض في النتائج التي تترتب عليه، فالالتزام الطبيعي يستند في الأساس إلى وجود مديونية في ذمة المدين بالالتزام[٣]، إلا أن الدائن لا يستطيع إجبار المدين على تنفيذ التزامه. غير أن هذه المديونية لا تتحقق في حالة تخلف الشكل، فالهبة تكون معدومة من الأساس، إذ أنها تكون باطلة بطلاناً مطلقاً، وهذا هو صريح نص المادة (١/٤٨٨) من التقنيين المدني المصري[٤]. ومن ثم فلا يمكن الحديث عن عنصر مديونية أو عنصر مسؤولية، فالالتزام لم ينشأ منذ البداية.

---

(١) ولم يتضمن القانون المدني العراقي نصاً مماثلاً لما في القانون الفرنسي أو القانون المدني من نص، وهذا هو السبب في عدم إثارتها.

(٢) د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المصري، مرجع سابق، ص٣١٦. ود. وليم قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص٩٢. وهذا هو موقف المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري.

(٣) د. مسلم عقيل عبده، الموجب الطيبعي دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦، ص١٢٩. انظر المواد (٦٢٠-٦٢٢) مدني- عراقي، والمواد (٥٠٠-٥٠٢) مدني مصري.

(٤) نصت الفقرة الأولى من المادة (٤٨٨) من القانون المدني المصري على أنه: "تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر".

الخاتمة

تعتبر الشكلية أحد أهم القيود التي يفرضها القانون على **الإرادة التعاقدية**، حيث أصبحت عنصراً أساسياً في تنظيم العقود وحماية حقوق الأطراف المتعاقدة. في الماضي، كانت الشكلية تُعتبر العنصر الوحيد الضروري لقيام التصرفات القانونية، حيث كانت تُغني عن الرضا في كثير من الأحيان. ومع تطور القانون المدني الحديث، تغيرت النظرة إلى الشكلية، فأصبحت تُفرض من قبل المشرع لضمان حماية المصالح العامة والخاصة، سواء في العقود التقليدية أو العقود الإلكترونية التي ظهرت مع التطور التكنولوجي.

تختلف الشكلية باختلاف التشريعات، فبعضها يقتصر على اشتراط الكتابة، سواء كانت رسمية (مثل العقود التي يتم إبرامها أمام موظف عام) أو عرفية (مثل العقود التي يتم تحريرها من قبل الأطراف أنفسهم). في حين أن بعض التشريعات الأخرى تضيف إجراءات أخرى مثل التسليم في العقود العينية، كما هو الحال في القانون الفرنسي. ومع ذلك، فإن التشريعات العربية مثل القانون العراقي والمصري لا تعترف بالعقود العينية، بل تعتبر التسجيل أو التسليم مجرد التزام لتنفيذ العقد وليس شرطاً لانعقاده.

أخيراً: يتبين لنا أن الشكلية تُعتبر قيداً على الإرادة التعاقدية لأنها تفرض على الأطراف اتباع إجراءات محددة لانعقاد العقد، مثل الكتابة الرسمية أو التسجيل في الجهات المختصة. فإذا لم يتم استيفاء هذه الشكلية، يُعتبر العقد باطلاً، حتى لو كانت الإرادة بين الأطراف واضحة ومتطابقة. وهذا يعكس أهمية الشكلية في ضمان استقرار المعاملات القانونية وحماية حقوق الأطراف، خاصة في العقود ذات الأهمية الكبيرة مثل عقود بيع العقارات أو الهبة أو العقود الإلكترونية.

كما أن الشكلية تضمن وضوح التزامات الأطراف وتسهل إثباتها وتقلل من احتمالية النزاعات، حيث توفر وسيلة إثبات قوية في حالة حدوث خلافات. وفي حال تخلف الشكلية، يُعتبر العقد باطلاً ولا ينتج أي أثر قانوني، مما يعكس خطورة عدم الالتزام بالإجراءات الشكلية. كما تعزز الشكلية من قوة الإثبات في العقود، خاصة في العقود العقارية والإلكترونية، حيث تصبح الوثائق المكتوبة أو المسجلة دليلاً قاطعاً على وجود العقد وشروطه.

فالشكلية ليست مجرد إجراء شكلي، بل هي وسيلة لضمان التعبير الصحيح عن الإرادة التعاقدية وحماية المصالح العامة والخاصة. وبالتالي، فإنها تعتبر قيداً على الإرادة التعاقدية، حيث لا يمكن للعقد أن ينعقد أو يكون نافذاً إلا إذا استوفى الشكل الذي فرضه المشرع. وهذا القيد يهدف إلى تحقيق العدالة والاستقرار في المعاملات القانونية، خاصةً في ظل التطورات الحديثة التي فرضت أشكالاً جديدة من العقود مثل العقود الإلكترونية.

أولاً: النتائج:

١- تُعتبر الشكلية قيداً على الإرادة التعاقدية، حيث تفرض على الأطراف اتباع إجراءات محددة لضمان صحة العقود ونفاذها. هذا القيد ليس هدفه تقييد حرية الأفراد، بل ضمان أن الإرادة المعبر عنها تكون واضحة وصحيحة، خاصة في العقود التي تتضمن التزامات كبيرة أو معقدة، مثل عقود بيع العقارات أو العقود الإلكترونية. الشكلية تضمن أيضاً حماية الأطراف من التسرع أو سوء النية، مما يعزز الثقة في التعاملات القانونية.

٢- الشكل في معناه الدقيق يمثل طريقة محددة للتعبير عن الإرادة، يفرضها المشرع بشكل إلزامي. وفي جوهره، يعد قيداً على حرية الإرادة، حيث يحد من حرية الفرد في اختيار الوسيلة المناسبة للتعبير عنها، إذ يُلزم باتباع أسلوب معين. وفي حال عدم الالتزام بهذا الأسلوب، تُعتبر الإرادة غير فعالة ولا ينتج عنها أي أثر قانوني. وهذا ما يميز التصرفات الشكلية عن التصرفات الرضائية، حيث تتيح الأخيرة للإرادة حرية كاملة في اختيار وسيلة التعبير. من هنا، يمكن القول إن الشكل يُعتبر جزءًا لا يتجزأ من التعبير عن الإرادة ويعد شرطًا لوجوده ذاته، وليس مجرد شرط لتأثيره أو فعاليته. وبالتالي، إذا لم يتوافق التعبير عن الإرادة مع الشكل الذي فرضه المشرع، فإنه يُعد معدومًا من الناحية القانونية، رغم أنه قد يكون موجودًا فعليًا. فلا يمكن القول بوجود تعبير صحيح عن الإرادة إلا عند استيفاء الشكل المطلوب.

٣- إن العقود الإلكترونية تتطلب توافر ركن الشكلية والمتمثل بالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني باعتبارهه وسيلة للتعبير على الإرادة التعاقدية ووسيلة للدلالة على شخص المتعاقد والإثبات. وإن إصدار كل من المشرع العراقي لقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ والمشرع المصري لقانون التوقيع الالكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ يعتبر تأكيداً من المشرعين على تبني الشكلية في العقود الإلكترونية.

٤- إن الجزاء الطبيعي لتخلف الشكل في العقد هو البطلان، حيث يتناسب هذا الجزاء مع طبيعة الشكل ذاته. فالشكل ليس مجرد إجراء شكلي، بل هو شرط أساسي فرضه المشرع لضمان التعبير الصحيح عن الإرادة. وبمجرد عدم مراعاة هذا الشرط، يعتبر المشرع أن الإرادة لم تُعبر بالشكل المطلوب، مما يؤدي إلى انعدام التعبير القانوني عن الإرادة، وبالتالي غياب ركن جوهري من أركان التصرف الشكلي. بعبارة أخرى، غياب الشكل يعادل غياب التعبير الصحيح عن الإرادة، وهو عنصر أساسي

في التصرف القانوني. ونتيجة لذلك، لا يمكن أن يترتب على هذا الخلل أي جزاء آخر سوى البطلان، لأنه لا يمكن اعتبار التصرف قائماً أو صحيحاً في ظل غياب هذا العنصر الجوهري.

٥- في حال عدم استيفاء الشكلية المطلوبة، يُعتبر العقد باطلاً ولا ينتج أي أثر قانوني. هذا الجزاء يعكس أهمية الشكلية في النظام القانوني، حيث أن الشكلية ليست مجرد إجراء شكلي، بل هي شرط جوهري لانعقاد العقد في بعض الحالات. البطلان هنا يعتبر جزاءً صارماً يهدف إلى حماية النظام العام والمصالح العامة، خاصة في العقود التي تؤثر على حقوق الغير أو تتضمن مصالح اقتصادية واجتماعية هامة.

ثانياً: التوصيات:

١- نوصي المشرع العراقي والمشرعي المصري بإعادة صياغة عدد من نصوص القانون المدني المتعلقة بالشكلية لإزالة الغموض الذي ينتاب أحكام الشكلية، وذلك للحد من الخلافات الفقهية حول الدور الذي يؤديه الشكل في التصرفات، فإذا كان دور الشكل للانعقاد وجب ترتيب البطلان كجزاء عند تخلف الشكل، أما إذا كان للشكل دور آخر فيجب أن يبين المشرع الجزاء المناسب لذلك.

٢- ندعو المشرعين العراقي والمصري إلى إصلاح نظرية الإثبات من خلال إعادة ضبط طرق الإثبات فيما يتعلق بالكتابة التي لم تعد تقليدية فقط، بل أصبحت هناك كتابة الكترونية، تحمل نفس مقومات الكتابة التقليدية، وتتمتع بنفس الحجية في الإثبات، وتحسباً لوقوع نزاعات مستقبلية في العقود الإلكترونية تكون فيها مسألة الإثبات قائمة على الكتابة الإلكترونية، كان لزاماً تنظيمها من خلال تحديث قواعد نظرية الإثبات.

٣- نقترح على المشرع العراقي والمشرع المصري إسباغ قدر كبر من الحماية على الشكلية وذلك بتطبيق نظام التوثيق العدلي الإلكتروني. وذلك بأن تقوم دوائر كتاب العدل بتقديم خدمات الكاتب العدل الإلكتروني من خلال ربط دوائر كتاب العدل في المحافظات بشبكة داخلية، وكذلك الحال بالنسبة لدوائر التسجيل العقاري إذ يتم ربطها بشبكة داخلية، شريطة أن يتم توفير البنية التحتية التشريعية والتقنية اللازمة لذلك استرشداً بالتجربة الفرنسية في هذا المجال، لإنشاء كافة التصرفات القانونية عبر شبكة الانترنيت باستخدام نظام الكاتب العدل الالكتروني.

المصادر والمراجع

أولاً: المصادر العربية:

١-الكتب:

جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة، ٢٠٠٩.

د. أحمد سعيد الزقرد، الحماية المدنية من الغش والتدليس في العقود، 1'، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧.

د. أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مكتبة عين شمس، القاهرة، ٢٠١٧.

د. أسيل باقر جاسم محمد، وأحمد سلمان شهاب، موجز الأحكام في المصادر والالزام دراسة مقارنة في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل، مطبعة الميزان، النجف الأشرف، العراق، ٢٠١٥.

د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني–دراسة مقارنة بالفقة الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٤.

د. بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، عالم الكتب الحديثة، الأردن، ٢٠١١.

د. بيار إميل طوبيا، الغش والخداع في القانون الخاص، دراسة مقارنة، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠١٤.

د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، ٢٠٠٧.

د. جليل الساعدي، الارادة الباطنة في العقد، مكتب نور العين، بغداد، العراق، ٢٠١١.

د. جليل الساعدي، العنصر النفسي في العقد – دراسة في القانونين العراقي والانكليزي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد السابع والعشرون، العدد الثاني، ٢٠١٢.

د. حازم أكرم صلال الربيعي، أثر الإرادة الباطنة في العقد، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠١٩.

د. حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزامات، ج2 ، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٧.

د. حسن علي الذنون النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة)، الطبعة الثالثة، منشورات جامعة المنصورة، القاهرة، ٢٠٠٨.

د. حسن علي الذنون ود. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٣.

د. حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧.

د. خالد ممدوح براهيم، ابرام العقد الالكتروني، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦.

د. خليل جريج، النظرية العامة للموجبات والعقود، ج٢، في مصادر الموجبات المتصلة بالإرادة، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، لبنان، ٢٠١٧.

د. درع حماد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، ٢٠١٧.

د. رجب كريم عبد الاله، التفاوض على العقد، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٠.

د. رمضان محمد أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الطبعة الثانية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.

د. رمضان محمد أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الطبعة الثانية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.

د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، في الفعل الضار، المسؤولية المدنية، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٩.

د. سمير تناغو، مصادر االلتزام، العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧.

د. شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، ٢٠٠٧.

د. صالح أحمد محمد عبطان، الشكلية في العقود الإلكترونية، مكتبة العدالة، بغداد، العراق، ٢٠٠٦.

د. عاصم سامي خميس، نظرية البطلان في القانون المدنى على ضوء الإتجاهات الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ٢٠٢٢.

د. عبد الحكيم فودة، المحررات الرسمية والمحررات العرفية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٦.

د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية في وأثره في التصرفات، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٤.

د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، في التأمينات الشخصية والعينية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ١٩٩٨.

د. عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون، النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ٢٠٠٠.

د. عبد الله بن ناصر السلمي، البطلان وأثره في العــقود، ط١، كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٤.

د. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية القانون المصري واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوداني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، ٢٠٠٨.

د. عبد الهادي العطافي، صور من طرق التعبير عن الإرادة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.

د. عبير ميخائيل الصفدي الطوال، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الإلكتروني، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠١٠.

د. عصمت عبد المجيد بكر، دور التقنيات العلمية في الإثبات، بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي: https://www.adelamer.com/lander تاريخ الزيارة: ٢٠٢٤/٨/١٥.

د. محما شتا أبو سعد، التقنين المدني، الجزء الأول، الطبعة الأولى، في مصادر االلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠١.

د. محمد المظفر، مصادر االلتزام، نظرية العقد ونبذة عن الإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار المثنى للطباعة والنشر، ٢٠٠٥، بغداد- العراق.

د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر االلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، بدون ذكر المطبعة، ٢٠٠٦.

د. محمـــد سليمان الأحمـــد، النظرية العامة للقصد المدني، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.

د. محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، مطابع دار الشعب، القاهرة، مصر، ١٩٧٩.

د. مسلم عقيل عبده، الموجب الطيبعي دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦،٢

د. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٩.

د. مصطفى عبد الجواد، مصادر الإلتزام (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٥.

د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر االلتزامات واحكامها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ٢٠١٢.

د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات أراس، الطبعة الأولى، أربيل، كردستان العراق، ٢٠٠٦، ص ٦٦١.

هدى العبد الله، نظرية العقد بين الماضي والحاضر (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٢٠.

د. يحياوي يوسف، الشكلية غير المباشرة وأثرها على فعالية العقود، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٦.

د. يونس عرب، حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية في القضايا المصرفية، بحث منشور على الموقع الخاص بالمؤلف على شبكة الانترنت.

عبد الرحمن عياد، أساس االلتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٢.

فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانون المصري والإنكليزي والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٥.

محمد براهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة االلكترونية، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٥.

٢- البحوث:

د. إبراهيم الدسوقي ابو الليل، المفهوم القانوني لانقاص التصرفات القانونية، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، السنة الاولى، العدد الثاني، الكويت، ٢٠٠١.

د. شادي قاسم أبو عرة، البطلان المطلق والبطلان النسبي، بحث منشور على شبكة الإنترنت متوفر على الرابط التالي:https://www.nmisr.com/vb/showthread.php?t=19 تاريخ الزيارة، ٢٠٢٤/٩/٢٠.

د. صالح أحمد غانم، العقد الباطل والعقد القابل للإبطال، بحث منشور على شبكة الإنترنت متوفر على الرابط التالي: http://www.startimes.com/?t=34031428 تاريخ الزيارة: ٢٠٢٤/٩/١٦.

د. صالح أحمد غانم، العقد الباطل والعقد القابل للإبطال، ص١٧، بحث منشور على شبكة الإنترنت متوفر على الرابط التالي: http://www.startimes.com/?t=34031428 تاريخ الزيارة، ٢٠٢٤/٧/١٥

م. منال داود العكيدي، بطلان العقد وآثاره في القانون المدني العراقي، بحث منشور على شبكة الإنترنت متوفر على الرابط التالي:

https://www.mohamah.net/law/%D8%A8%D8%B7%D9%84%D8%A7%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%82%D8%AF-%D9%88-%D8%A2%D8%AB%D8%A7%D8%B1%D9%87-%D9%88%D9%81%D9%82%D8%A7%D9%8B-%D9%84%D9%84%D8%AA%D8%B4%D8%B1%D9%8A%D8%B9-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1.٢٠٢٤/٨/٢٢ تاريخ الزيارة:

نادر عبد العزيز شافي، التوقيع الإلكتروني، بحث منشور على شبكة الإنترنت، متوفر على الرابط التالي: https://www.lebarmy.gov.lb/ تاريخ الزيارة: ٢٠٢٤/٢/١٣.

٣- الرسائل والأطاريح:

جميل محمد حسين بني يونس، مفهوم الارادة في فلسفة القانون الخاص، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، السنة ٢٠٠٨.

د. محمود أبو عافية، النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، مصر، ١٩٤٦ .

د. منار شكور محمود، إثبات العمليات المصرفية الإلكترونية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، ، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، ٢٠١٢.

د. هند فالح محمود صالح، نظرية البطلان في القانون المدني، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، ٢٠١٢.

د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، دراسة مقارنة، ط١، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، ١٩٥٥.

د. ياسر الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، ١٩٩٢.

٤- القرارات القضائية:

نقض مدني في ١٨/٣/ ١٩٧٥، الطعن رقم ١٣ لسنة ٤٠ ق، مجموعة أحكام النقض لسنة ٢٦، ع ١، ١٩٧٥، ص ٦٢١.

قرار رقم: ٥٣ استئنافية/٨٦-١٩٨٧ في١٩٨٧/٦/٣٠، أشار إليه: إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، ج٥، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠، ص٣٤-٣٥.

ثانياً: المصادر الأجنبية:

Guerriero Guerriero (Marie Antoinette): L'acte juridique solennel, L.G.D. J, Paris, 1975, P 379.

فهرس المحتويات

مقدمة: ٢

المبحث الاول: آثار استيفاء الشكلية في العقود ٥

المطلب الأول: تعريف الشكلية ٦

المطلب الثاني: جدية التعاقد ١٢

المطلب الثالث: إثبات التعاقد ١٩

المطلب الرابع: الشكلية في العقود الإلكترونية ٢٢

المبحث الثاني: جزاء تخلف الشكلية في العقود ٢٧

المطلب الأول: البطلان النسبي ٢٨

المطلب الثاني: البطلان المطلق ٣٠

المطلب الثالث: خصائص البطلان المطلق ٣٦

الخاتمة: ٤٤

المصادر والمراجع: ٤٧

فهرس المحتويات: ٥٤