الشكلية العرفية

م.م علي كريم كاظم - جامعة المثنى
alikareem@mu.edu.iq

الملخص

إنَّ الأوساط القانونية تتعرض لنوعين من الشكلية، القانونية والاتفاقية، متناسين ان الشكلية قد يفرضها العرف على التصرف القانوني، فالتصرفات التي يجريها الافراد ويتبع فيها نمطا وشكلا معينا لإبرام العقد ولفترة معينة من الزمن تجعل من الأفراد يطمئنون الى هذا ابرام التصرف بهذا الشكل، كما انه يجعلهم لا يقبلون ابرام العقد بغير الصورة التي اعتدوها، وهنا تفرض الشكلية العرفية نفسها على الافراد، مما يجعل منها الزامية عليهم مالم يتفق فيها الاطراف على غير ذلك، وان الشكلية بهذه الصورة تفرض في انماط واشكال مختلفة، وتعطي احكاما مختلفة ايضا عن كل من الشكلية القانونية التي يحدد الاحكام فيها القانون والشكلية الاتفاقية والتي يحدد احكامها اتفاق الطرفين والتي لا يجوز مخالفتها الا باتفاق جديد بين الطرفين، اما الشكلية العرفية فأنها تقف وسطا بين الشكلية القانونية والشكلية العرفية.

تاريخ الاستلام : ٢٠٢٤/٧/٩
تاريخ القبول: ٢٠٢٤/٨/٦
تاريخ النشر: ٢٠٢٤/٩/١٤

Customary formalism

Abstract

Legal circles are exposed to two types of formality: legal and conventional, forgetting that formality may be imposed by custom on legal behavior. The actions carried out by individuals follow a specific pattern and form for concluding a contract and for a particular period, making individuals feel reassured about this conclusion of the behavior in this manner. It also makes them They do not accept to conclude a contract in anything other than the form they are accustomed to, and here the customary formality imposes itself on individuals, which makes it obligatory for them unless the parties agree otherwise. The formality in this form is imposed in different patterns and forms and also gives different rulings from each of the legal formalities that the provisions are determined by the law and the formality of the agreement, the provisions of which are determined by the agreement of the two parties, and which may not be violated except by a new agreement between the two parties. As for the customary formality, it stands in the middle between the legal formality and the customary formality.

الكلمات المفتاحية: الشكلية العرفية، البطلان، التعويض

المقدمة

اولا: فكرة البحث

إن فكرة الشكلية العرفية لم تحظَ باهتمام الكتاب ولم تنل حظها من البحث رغم أهميتها ودورها في التصرفات وفي انشاء العقد، ولم تنص عليها القوانين بصورة صريحة وواضحة، لذلك فان تحديد مفهومها وتوضيح معالمها ليس من السهولة بمكان، رغم اختلافها عن كل من الشكلية القانونية، والتي ينص عليها القانون، اي انها تكون مفروضة بنص القانون وغالبا ما تكون بالكتابة الرسمية أمام موظف عام، وعن الشكلية الاتفاقية التي ينص عليها اتفاق الطرفين، فالأطراف يتفقون فيما بينهم على اتباع شكلية معينة في ابرام التصرف.

اما الشكلية العرفية فأنها لا تكون مفروضة بالنص القانوني ولا يتفق عليها الاطراف ولكن العرف هو من درج على اتباعها في تصرف معين، ولذلك فان مفهومها وأحكامها والزاميتها تختلف عن أنواع الشكلية الاخرى، فالشكلية التي ينص عليها القانون نعود فيها الى القانون لمعرفتها وتحديد أحكامها ومدى الزاميتها، اما الشكلية الاتفاقية فأننا نعود فيها الى اتفاق الطرفين في تحديد هيكلها وشروطها الزاميتها، التي لا يجوز فيها لاحد الاطراف مخالفتها الا بنص القانون على ما يخالفها او اتفاق الطرف على الغاءها فهي تستمد وجودها من الاتفاق، اما الشكلية العرفية فنعود فيها الى العرف لتحديد معالمها والزاميتها التي يقررها العرف، ولكن هذه الشكلية وان لم تكن مقررة باتفاق الطرفين ولكنهم يستطيعون الاتفاق على عدم مراعاتها مقدما قبل الدخول في العقد، فهي تكون مفروضة بفرض العرف مالم يخالفها الاطراف في الاتفاق، وغالبا ما تظهر هذه الشكلية في العقود النموذجية التي يدرج فيها التطبيق العملي اتباع شكليات وشروط معينة في نوع معين من العقود، وكذلك في العقود التجارية التي يدرج فيها التجار على اللجوء الى شكليات خاصة في إبرام تصرفاتهم.

فاذا كانت الشكلية العرفية وفق التوصيف السابق وفي اختلافها عن كل من الشكلية القانونية والشكلية الاتفاقية يبرز السؤال عن مفهوم هذه الشكلية وعن مظاهر هذه الشكلية والاحكام الخاصة التي تحكمها وعن الجزاء الخاص بها بعد تحديد الزاميتها، وهو ما سنوضحه في هذا البحث عن الشكلية العرفية.

ثانيا: أهمية الموضوع:

تنبع اهمية الدراسة بشكل عام من اهمية دور الرضا والارادة في ابرام العقود، فيضيف الشكل ركنا رابعا الى اركان الانعقاد في العقود بشكل عام، والشكلية التي يفرضها العرف لا تختلف عن الشكلية العادية التي تكون على نوعين ايضا، منها ما يكون شكلية لا ينعقد العقد بدونها وتكون للانعقاد، وشكلية ينعقد العقد بدونها وان تخلف الشكل فيها لا يجعلها باطلة ولكن يثير صعوبة اثباتها اذا تخلف الشكل، ومن يفرض او يحدد هذه الالزامية لنوع الشكلية في العقد هو العرف، فاذا درج الناس على اتباع شكلية معينة للانعقاد فان الشكلية عندها

ستكون للانعقاد، اما اذا كانت الشكلية التي يتبعها الاطراف في تعاملاتهم لا تؤثر على انشاء العقد صحيحا عندها سيكون الشكل للأثبات لا للانعقاد.

كما ان اهمية الشكل في التعاقد له ذلك الاثر في الحفاظ على الحقوق وعلى استقرار المعاملات، وذلك لان الشخص المتعامل على ضوئه، اي اذا ابرم عقدا يتطلب شكلية معينة، واتبعت فيه الشكلية فان ذلك يسهل عليه اثبات حقه، وبالتالي الحفاظ عليه، وتقليل المنازعات بشأنه، اضافة الى غيرها من الادوار والوظائف التي تؤديها الشكلية، التي تظهر اهميتها.

ثالثا: منهجية البحث:

سنعتمد هنا على المنهج التحليلي، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث من اجل التوصل الى النتيجة التي تطابق الواقع العملي في التعامل بالشكلية، فالموضوع يستمد الزاميته من العرف وهو عكس الشكلية القانونية المستمدة الزاميتها من القانون، فالقانون هو الذي يفرضها ويحدد معالمها وصورتها، اما الشكلية الاتفاقية فان اتفاق المتعاقدين هو الذي يمدها بالقوة الالزامية، وذلك بخلاف الشكلية العرفية، وان اختلاف المصدر في مدها بالقوة يؤدي الى اختلاف المظهر الذي تظهر به واختلاف احكامها، بالإضافة الى اختلاف الزاميتها، كما ان التحليل لا يقتصر على النصوص القانونية فقط، بل الآراء التي قيلت فيها وعلى الاختلافات بينها وغيرها من الشكليات.

رابعا: خطة البحث:

سنقسم البحث الى مبحثين، نتناول في المبحث الاول مفهوم الشكلية العرفية، ونوضحها في مطلبين من خلال التعريف بها وتوضيح الوظيفة التي تؤديها في ابرام العقد وابرز مظاهرها، ونتناول في المبحث الثاني الاحكام الخاصة بها، من خلال مطلبين يخص الاول منها ايضاح دورها في العقد وفي استقرار التعامل، ومدى التمسك بها، وفي المطلب الثاني جزاء تخلف الشكلية في ابرام العقد.

المبحث الاول

مفهوم الشكلية العرفية

إنَّ الاصل في العقود هو حرية الاطراف في اختيار طريقة التعبير عن الارادة، فبإمكان الطرفين ان يختارا طريقة التعبير عن الارادة بصورة شفهية او مكتوبة، ويستطيعان ايضا ان يتفقا على ان العقد لا يتم الا بالقبض، فهم احرار في اختيار طريقة التعبير، ولا يقيد هذه الحرية سوى النص القانوني، كما في التصرفات العقارية التي اشترط فيها قانوننا المدني وقانون التسجيل العقاري بان العقود فيها لا تنعقد الا بالتسجيل في دائرة

التسجيل العقاري، وقد يقيد هذه الحرية في اجراء التصرفات هو ما يفرضه العرف من اتباع شكلية خاصة في ابرام التصرف لغايات عدة فرضت نتيجة التطبيق العملي المستمر لها من الاطراف.

وعليه فقد ظهرت الى جانب انواع الشكلية القانونية والاتفاقية، الشكلية العرفية التي تقيد من حرية الاطراف في اختيار طريقة التعبير عن الارادة في ابرام العقود، فلا يستطيعان في بعض الاشكال التي يفرضها العرف ان يتخذا سبيلا اخر، وهذه الشكلية التي نحن بصددها لها ما يميزها عن الشكليات الاخرى من حيث ماهيتها ومن حيث الاحكام الخاصة بها، حيث ان اتباع الشكلية في بعض العقود يكون له فوائد عدة، منها ما يكون حمائي ومنها ما يكون تنظيمي، وكذلك الشكلية في الشكلية العرفية، فلها وظائف تؤديها ولها مظاهر خاصة تكسب التصرفات العقدية شكلية معينة، ولأهميتها وتحصيل مفهومها بالشكل الصحيح لابد لنا من التعريف بها وتحديد مظاهرها لأجل الوصول بدقة الى معرفتها، وهو ما سنتناوله في مطلبين، نخصص المطلب الاول منه الى التعريف بالشكلية العرفية، وفي المطلب الثاني الى تحديد مظاهرها.

المطلب الاول

التعريف بالشكلية العرفية

لأجل الوقوف على التعريف بالشكلية العرفية في العقود فان الامر يحتاج منا التطرق الى تعريف الشكلية العرفية ومن ثم تحديد وظائفها التي تؤديها، فالشكلية العرفية متميزة عن انواع الشكليات الاخرى وذلك يقتضي منا تعريفها وتحديد مفهومها، كما ان الوظيفة التي تلعبها الشكلية في العقود تكسب من الاهمية التي لا يمكن اغفالها بها، وعليه فأننا سنقسم هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الفرع الاول تعريف الشكلية العرفية، وفي الفرع الثاني، سنتناول وظيفة الشكل العرفية.

الفرع الاول

تعريف الشكلية العرفية

برزت معالم الشكلية في القانون أول الامر في القانون الروماني[1]، ومنه انتقلت الى القوانين الاخرى، وقد مرت الشكلية بمراحل تاريخية شاقة وطويلة امتدت على مدار ثمانية وعشرين قرنا، متفاوتة بين البروز والزوال، فظهرت في القانون الروماني حتى وصلت اوجها ثم ضاق اتساعها شيئا فشيئا، ولكنها ما لبثت ان عادت، مكتسبة اهميتها في مجال ابرام العقود.

فالقانون الروماني كان يتسم بسمة خاصة من الشكلية التي سادت نظمه من القانون العام والخاص، فالشكل وحده ودون ان يعبئ بالإرادة كان هو المطلوب لصحة التصرفات، وكذلك انهاء عقود، فالإرادة كانت عاجزة عن انشاء التصرف القانوني، او تحديد شروطه واثاره مالم يتم التعبير عنها طبقا لشكل حدده القانون

[1]- د. انور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1970، ص15

بعينه، والا ترتب على المساس بأي مراسيم الشكلية بطلان العقد، وجعل اثره منعدما، فلم يكن بوسع العاقد، على ضوء القانون الروماني القديم، اكتساب ملكية شيء الا بعد اللجوء الى احدى الطرق الثلاث الاتية، وهي اما التصرف بالسبيكة والميزان او الدعوى الصورية او الاشتراط الشفوي، ذلك ان الاتفاق المجرد لا تنشأ عنه دعوى[1].

وعليه فان شكلية التصرفات السائدة اليوم في القوانين لم تكن وليدة الساعة، بل انها تعود الى القدم الروماني، حتى ظهرت بعدها النظريات التي تنادي بحرية الارادة، والتي قلصت من دور الشكلية ولضرورتها في بعض التصرفات اقرتها القوانين في العديد منها[2]، ولأجل تحديد الشكلية العرفية، فأننا سنتطرق الى معنى الشكل والعرف كي نخرج بدمجهم الى الشكلية العرفية.

عرفت الشكلية تعريفات متعددة، فعرفها البعض بانها ((تحديد الاسلوب في التعبير عن الارادة يفرض بصورة الزامية ويكون اساسا في العقد))[3].

ويعرف ايضا بانه الصورة الخاصة من صور التعبير عن الارادة يفرضها المشرع، او هو التصرف الذي يتعين ان تظهر به الارادة بصورة معينة، او هو الذي يساوي غيابه انعدام الاثر القانوني للتصرف.

ويمكن القول ان من ابرز الحقائق الثابتة في نطاق علم القانون ان الارادة، وهي ظاهرة نفسية غير مرئية، لا يمكن الاستناد اليها الا اذا بانت الى العالم الخارجي في شكل مادي محسوس، يجعل من الممكن ادراكها ومعرفة مدى جديتها في الانصراف الى احداث الاثر القانوني، فالإنسان، بطبيعته، قاصر عن الالمام بما يحويه باطن غيره من مكنونات او بما يعتمل في داخله من امور، ومن هنا فان التعبير عن الارادة أمرٌ اساسي لابد من توافره لوجود الارادة وفاعليتها، فالإرادة تضل عديمة الاثر ما دامت مجرد حقيقة ذهنية باطنية[4]، وهذا ما اضفى اهمية استثنائية على التجسيد المادي للإرادة او ما اطلق عليه اسم التعبير عن الارادة او الإعلان عن الإرادة.

---

[1]- بلعيد توبس، العقود التجارية بين الرضائية والشكلية في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، المغرب، ص46، سعيد ايت مولد، فاطمة الزهراء ايت مولد، الشكلية في العقود التجارية، بحث لنيل شهادة الاجازة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض القانونية، مراكش، 2021، 2022، ص11

[2] د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرة العقد، الجزء الاول، الطبعة الثانية الجددة، منشورا الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص91 وما بعدها

[3]عبد الرشيد عبد الباسط، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الاسلامي المقارن، دار النشر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2000، ص27

[4]عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، المجمع العلمي العربي الاسلامي، بيروت، لبنان، بلا سنة، ص

وللإرادة بصدد التعبير عنها لها حرية كبيرة في اتخاذ المظهر والشكل الذي تظهر فيه الى العالم الخارجي، فهي تبدو في صورة لفظ او كتابة او اشارة متداولة عرفا او معاطاة او تتخذ اي مسلك لا يثير لبسا في دلالته عليها.

ولكن المظهر الذي تتخذه الارادة بكامل حريتها للتعبير عن نفسها لا يمثل في الحقيقة الشكل بمعناه الدقيق، وذلك لان هذا المظهر المتخذ لا يخرج بالتصرف من نطاق الرضائية الى ميدان الشكلية، فحرية الارادة في اختيار المظهر المعبر عنها في نطاق التعامل انما هي تجسيد لمبدأ الرضائية نفسه، في حين ان الشكل يمثل قيدا على الارادة يحد من قدرتها في اختيار وسيلة التعبير، اذ يفرض عليها اسلوبا معينا لابد لها من اتخاذه والا كانت عديمة الاثر[1]، وعلى ضوء ما تقدم من فكرة عرفت الشكلية بانها ((صورة خاصة من صور الشكلية يفرضها المشرع))[2].

ومن التعاريف التي قيلت ايضا في هذا المعنى، ما عرفه جيني بقوله أن ((التصرف الشكلي هو الذي فرض فيه الشكل تحث طائلة عدم الفاعلية بدرجة ما ...)) ، وعرفها روبي بأنها تعني ((عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات والمواعيد والإجراءات))، كما عرفها بونكار بقوله أن ((الشكلية ذات مفهوم متغير يشمل التصرفات التي تعرف عادة بالتصرفات الشكلية، وتلك التي تخضع لشكليات خاصة ، والتصرفات التي تتطلب تعبيرا عن الإرادة))، وميز الأستاذ محمد زواوي بين التصرف الشكلي الذي يمثل الشكل فيه ركنا جوهريا والتصرف الذي يتطلب شكليات، أو بمعنى أخر التصرف الرضائي الذي لا يتطلب شكليات. ونجد جانب من الفقه حصر الشكل في المعنى الضيق له إذ جعله قاصرا على الإجراءات الرسمية المراد إتباعها لانعقاد العقد واللازمة لإبرامه[3].

فالشكل وفق هذا الاتجاه هو الطريقة التي فرضها المشرع للتعبير عن الإرادة التي لا يمكن أن تتخلف وإلا كان العقد باطلا ، بالتالي فهذا الاتجاه يضيق من مفهوم الشكلية ويحصرها فيما يعرف بالشكلية القانونية[4]، وهذا الاتجاه يقلص من نطاق الشكلية ويحصرها في الشكلية القانونية فقط، اي الشكلية التي يفرضها القانون.

---

[1] حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2004، ص9

[2] ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، القسم الاول، انعقاد العقد، ج1، المجلد الاول، دار وائل للنشر، عمان، ط1، 2002، ص

[3] انظر في هذه التعاريف فراح ربيعة، تطور الشكلية في العقود، اطروحة دكتوراه، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2024، ص30

[4] محمد بوكار ، مبارك الهرد، عبد الله مجد، محسن اشليح، امتداد الشكلية من العقود المدنية الى العقود التجارية، ماستر قانون العقار والتعمير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة بن اكادير مراكش، 2022، 2023، ص7

وان كنا نتفق مع الاتجاه القائل بان الشكلية هي التي تكون ملزمة ولا يترك للأطراف حرية الاختيار فيها، فأننا لا نذهب الى عدم اعتبار الشكلية الاتفاقية التي يختار فيها الاطراف شكلا معينا يفرغان ارادتهما فيه، فهذا يعتبر احد انواع الشكلية ، فالشكلية كما تكون قانونية يفرضها القانون، فالاتفاقية وان كانت فيها حرية للأطراف في اختيار طريقة التعبير عن ارادتهما فيه الا انهما بعد اتفاقهما على اتباع شكلية معينة ستكون الشكلية التي اتفق عليها الاطراف ايضا الزامية وبإمكان الطرف الاخر ان يطلب البطلان في حال تخلف ما اتفق عليه من اتباع شكلية معينة في ابرام العقد، كما لو فرضت شركات التامين على الاطراف ان يفرغوا تصرفاتهم في شكل كتابي، فان عدم اتباع الاطراف المتعاقدين مع الشركة هذا الشكل، يجوز للشركة ان تطلب ابطال العقد واعتباره كأن لم يكن، وبعد كل ذلك نرى بان الشكلية لا تقتصر على هذين النوعين بل يوجد الى جانبهما الشكلية العرفية.

وبعد ان وضحنا الشكلية سنوضح المقصود بكلمة (عرفية)، فهذه الكلمة جاءت من العرف الذي يقصد به ما اشتهر بشهادة العقول ويتلقى طبعا بالقبول[1]، وعرف ايضا بانه، ما تعارفه جمهور الناس وسار عليه، سواء كان قولا او فعلا، او تركا[2]، وعرف ايضا بانه ((هو طريق نفاذ قواعد السلوك الى حيز التنفيذ في صورة قاعدة غير مكتوبة تجيء ثمرة اعتياد الناس على سلوك معين لتنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية، وتولد الشعور بصورة الالتزام بها))[3]. ونصت على العرف والاخذ به الكثير من التشريعات ومنها التشريع العراقي[4].

وفي حدود اطلاعنا فانه لم يتطرق أحد الى تعريف الشكلية العرفية، لا على مستوى التشريعات ولا على مستوى الفقه[5]، سوى بعض المحاولات لتعريف العقد العرفي المعروف في القانون الجزائري وعلى ضوئه عرفت الشكلية بانها الشكل الذي تعارف عليه الناس واتخذوه وسيلة لأثبات تصرفاتهم القانونية[6]، ولكن ورد ذكر لها

---

[1] خلاصة الافكار شرح مختصر المنار، ابن قطلوبغا، ص 189، نقلا عن علي بن محمد بن علي الشهري، العرف وتطبيقاته القضائية، كلية الشريعة واصول الدين، جامعة نجران، ص748

[2] علي بن محمد بن علي الشهري، المرجع السابق، ص748

[3] عبد الباقي البكري، وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، ط3، المكتبة القانون، بغداد، 2011، 139

[4] صفاء متعب فجة الخزاعي، دور العرف في حياة القاعدة القانونية، دراسة مقارنة في النظم الوضعية، بحث منشور في دار المنظومة، مج10، ع31، اذار من 2017، ص192

[5] اشار المشرع الجزائري الى الشكلية العرفية في نصوص المادتين 327 و328 من القانون المدني لسنة 1975 تحت مسمى العقد العرفي.

[6] الصالح بو غرارة، الشكلية في التصرفات القانونية، بحث منشور في مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 1، ص105

في بعض كتابات الفقه دون توضيح معناها او المقصود بها، ويمكن لنا ان نضع الاطر العامة التي تحددها وتوضح معناها، فهي شكلية اي تجسيد التعبير عن الارادة في قالب معين، ومن يحدد هذا القالب هو العرف، اي اعتياد الناس على سلوك هذا الطريق في ابرام العقد، وعلى ذلك يمكن تعريفها بانها ((فرض تجسيد صدور الارادة من الاطراف في صورة معينة بواسطة ادراج الناس على اتباعها في تصرف معين)).

الفرع الثاني

وظيفة الشكلية العرفية

تؤدي الشكلية وظائف متعددة لا يمكن لنا تجاهلها في ما تحققه في فرضها، وهذه الوظائف هي:

1 - **الشكل وسيلة لحماية المتصرف:**

فالشكل يفرض في جميع الاحوال من اجل حماية المتصرف، وتتجسد هذه الحماية من خلال جوانب متعددة يحققها في تحديده مضمون التصرف وتوفيره ما يسهل على الاطراف من الاثبات، فالشكل يحقق:

أ- الوسيلة التي تضمن مطابقة التعبير عن الارادة الحقيقية للمتصرف، فالإرادة، وهي ظاهرة نفسية باطنية، غير معلومة لا يكون لها أي تأثير قانوني ما لم تظهر الى الواقع بمظهر مادي محسوس يمكن الشخص المتلقي من فهمها والتعامل في ضوء هذا الفهم، وعليه فان التعبير عن الإرادة هو تلك الوسيلة الوحيدة التي يستطيع الشخص من خلالها ان يوصل رغبته الجازمة في إبرام التصرف إلى المتلقي بحيث يتمكن الأخير من استيعاب ما ترمي إليه هذه الإرادة ومن ثم التعامل معها بقبول التعاقد او رفضه في ضوء مصلحته وهو بصدد التعبير عن ارادته هو الآخر. ولذلك يفترض في التعبير ان يكون وسيلة صادقة وأمينة في ترجمة وتبيين إرادة الشخص في إظهار عزيمته في إبرام التصرف، والحدود التي تسعى الإرادة إلى الالتزام بها حتى لا ينسب للإرادة غير ما اتجهت إليه او الالتزام به، وعدم زج المتعاقد فيما لم يطلب أو يريد، فالتعبير بشكلية معينة يضمن تحقق هذه المطابقة.

ولكن ذلك يرتبط أساساً بإمكانية الشخص في اختيار الوسيلة المناسبة في التعبير والتي يتمكن بها تبيين إرادته بوضوح تام لا لبس فيه. وتختلف هذه الامكانية والقدرة قطعاً باختلاف الأشخاص، فالألفاظ العبارات التي تقف، كما هو معلوم، في مقدمة وسائل التعبير عن الإرادة إنما تتباين صلاحيتها لذلك من شخص إلى آخر، فهناك من هو متمكن من ناحية اللغة بحيث يستطيع استعمال العبارات المفصحة عن إرادته إفصاحاً تاماً او الألفاظ الدالة على ما توجهت إليه هذه الإرادة دلالة قطعية لا لبس فيها ولا جهل او غموض او تأويل في الالتزام او حدود الالتزام التي ابتغت تحمله، ومن هنا ينعدم او يضيق إلى ابعد الحدود سوء فهمها او تفسيرها على نحو يغاير إرادة المتصرف او ينسب إليها ما ليس منها او ما يخرج عن حدود توجهها. كما ان هناك من هو اقل قدرة على استعمال التعبير الذي يظهر حقيقة ما أراد، فقدرة الاشخاص متفاوتة في ذلك

ولذا فإن التعبير عن الإرادة في ظل مبدأ الرضائية الذي يعطي مساحة أكبر او حرية اوسع للإرادة في ان تختار وسيلة التعبير انما قد يأتي وعلى التفسير السابق، غالبا، غير مطابق للإرادة[1].

وحيث ان المشرع يرى في بعض التصرفات خطورة كبيرة على مصالح المتصرف، والمصالح العامة، وان التعبير يمكن أن يأتي غير ما تريده الارادة الحقيقية، فإن هذا المشرع قد آثر الاحتياط في مثل هذه التصرفات فاشترط لضرورة إنشائها توافر إجراءات شكلية معينة، كاشتراطه الكتابة الرسمية في بعض التصرفات[2]، إذ أن من شأن تدخل الموظف المختص ضمان توجه إرادة الشخص إلى إبرام العقد وعلمه بمحتوياته وإدراكه لنتائجه، ليحصل التطابق بين الارادة وما رجته من التعبير، وهو ما ينطبق بدوره على الكتابة العرفية، اذ أن من شأن وجوب صب اتفاق الأطراف في شكل كتابة عرفية ان يضمن سعي الإرادة إلى الالتزام الذي تتضمنه الكتابة بالإضافة إلى معرفتها التامة به، وان اعتياد الناس التعبير عن ارادتهم في شكل معين يدل على انهم يرونها الوسيلة الاكثر ضمانا لحماية ارادتهم من الفهم الخاطئ.

ب- ضمان صدور التعبير عن ارادة حرة مستنيرة، ووضع المشرع في سبيل تحقيق ذلك العديد من النظم مثل نظرية عيوب الارادة وغيرها، ولكنها لم تثبت فاعليتها في كل الاحوال، ولهذا لجأ المشرع إلى اشتراط الشكل في تصرفات أولاها أهمية خاصة وذلك تقديراً منه لخطورتها الكبيرة ومن ثم سعياً منه لإظهار أنها قد نشأت بإرادة حرة خالية من التأثيرات والضغوط، ويبدو هذا جليا بالأخص في اشتراط الكتابة الرسمية والعرفية، فاشترط الاولى في عدد من التصرفات، تعني ان يبرم التصرف أمام موظف عام مختص يمتلك الدراية او الخبرة التي تمكنه من ان ينبه المتعاقدين او توجيههما او تقديم النصيحة لهما، وهذا من شانه ان يضمن صدور التصرف من إرادة حرة مستنيرة خالية من التأثيرات ويكون فيها الشخص على بينة بحقيقة الالتزام الذي يقدم عليه، ويتجسد هذا في التصرفات الواردة على عقار في القانون العراقي[3]، اذ ان هذه التصرفات لابد لها من استيفاء إجراءات طويلة ومعقدة إلى أن تصل في النهاية الى مرحلة الإقرار أمام الموظف في دائرة التسجيل العقاري ومن ثم التسجيل في السجل الخاص وتوقيع المتعاقدين على ذلك، وهي إجراءات تضمن حرية الإرادة وإدراكها لما هي مقدمة عليه.

---

[1] انظر د. ياسر الصيرفي: المرجع السابق، ص101.

[2] انظر د. السنهوري: الوسيط، جـ10، في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، فقرة (124)، ص280. د. محمود جمال الدين زكي: التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، مطابع دار الشعب، القاهرة 1979، فقرة (114)، ص220.

[3] انظر الفقرة الثانية من المادة 3 من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971، والمادة 508 من القانون المدني العراقي.

وبالإضافة الى ذلك يظهر دور الشكل في حماية حرية إرادة المتعاقد إذا كانت العقود قد أبرمت بين أطراف غير متساوين في المراكز الاقتصادية حيث يكون احد المتعاقدين ذا وضع اقتصادي واجتماعي افضل من وضع المتعاقد الاخر، مما يجعل له قدراً من السلطة بالنسبة إلى هذا الأخير يضعه مركز أقوى منه ومن ثم يمارسه بالتأثير على إرادته بحيث يبرم معه عقدا تكون له فيه حصة الأسد او يكون فيه الطرف الآخر (الضعيف) تحت رحمته، وهذا يعني عدم المساواة بين المتعاقدين، وحيث ان ترك أمر الشكلية لإرادة الأطراف قد يؤدي أحياناً –كما يتوقع– إلى مثل تلك النتائج فإننا نجد هذا المشرع كثيراً ما يلجا الى فرض الشكل، وبالأخص الرسمي منه، في التصرفات المهمة فيعهد بهذه المهمة الى موظف رسمي مختص، يفترض فيه الاتسام بالنزاهة والعدالة، ليتولى هو الآخر من ناحيته في تنبيه الاطراف المتعاقدين وبالأخص الطرف الضعيف في العلاقة العقدية على اهمية وخطورة التصرف الذي هو بصدد الإقدام عليه الأمر الذي يقلل من فرص ممارسة الطرف القوي لنفوذه في استغلال الطرف الضعيف والتأثير السلبي على إرادته، وذلك لان الحماية المرجوة من الشكل ليست هدفاً بحد ذاتها بل هي وسيلة لتحقيق هدف أسمى يتبلور في مراعاة التوازن الاقتصادي ومن ثم إقامة العدالة الموضوعية في التعاقد.

كما يمكن تحقيق هذا التطابق بين التعبير والإرادة الحقيقية [1] من خلال اشتراط الكتابة العرفية لإنشاء التصرف، حيث تسمح هذه الكتابة للمتصرف بتثبيت نصوص الاتفاق بما يشتمل عليه من التزامات متبادلة، كما أن من شانها أن تحيطه علماً بكل ما قد يترتب على العقد من اثار، وهو ما يبدو واضحاً في تطلب البيانات الإعلامية في بعض العقود اذ يفرض المشرع على واضع العقد بان يورد فيه بعض البيانات التي من شانها إعلام المتعاقد الآخر بالالتزامات المتبادلة والأحكام القانونية المعدة لحمايته، ومن هنا وجب إيراد البيانات الإلزامية في مستند خطي وإلا وقع العقد باطلاً.

ج- حماية المتصرف من التسرع والاندفاع، فان فرض شكلية معينة على الاطراف، فأنها تنبههم الى ما هم مقدمين عليه من تصرف وتحذرهم خطورة ما هم يرومون فعله، وهذا يعطي فرصة للمتعاقد في عدم الاندفاع والتسرع في ابرام التصرف، فالوقت الذي يستغرقه المتعاقد في ابرام العقد وتمثله في هيئة مادية امامه تجعله يراجع امره في ما هو مقدم عليه لأكثر من مرة.

د– توفير وسيلة اثبات للتصرف وتحديد مضمونه وزمن انشائه، وهذه الوسيلة ذات الاهمية الكبيرة للشكلية، فان اشتراط الشكلية في تصرف معين يتيح سهولة ويسر الاثبات فيه كونه يبقى في شكل مادي يسهل على

[1] انظر في التعبير عن الارادة وتطابقها مع الارادة الباطنة فتحية سيد عثمان، دور الارادة في انشاء العقد، بحث منشور في مجلة العدل، العدد 23، السنة 10، ص92 وما بعدها.

من يريد اثباته الرجوع اليه في اثبات ما قام به ماديا، فالتصرف المادي يمكن اثباته بكافة طرق الاثبات، وتظهر هذه الوظيفة بشكل اوضح في مظهر الكتابة العرفية عن بقية المظاهر الاخرى من الشكلية.

2- **الشكل وسيلة لحماية المتعاقد الآخر:** إن الشكل، وبما تقدم بيانه، يوفر الحماية للمتعاقد الآخر شانه في ذلك شان المتصرف، فكل من المتصرف والمتعاقد معه الطرف في إبرام التصرف الشكلي، فالشكلية توفر لمن تعاقد مع المتصرف قوة خاصة وثابتة ضد جميع الاعتراضات ما دام ان العقد قد تم في صورة مادية، يمكن اثباتها بكافة طرق الاثبات، والأمر ذاته ينطبق بالنسبة إلى الكتابة العرفية، وكما قيل ان الكتابة شاهدا يصعب رشوته.

3- **الشكلية وسيلة لحماية الغير،** فالشكلية لا تقتصر في توفير الحماية لأطراف التعاقد فقط بل تمتد ايضا الى الغير، ففي الكتابة العرفية، كما الأوراق التجارية، على سبيل المثال وهي تصرفات شكلية تصدر بالإرادة المنفردة، فإلزامية توافر بيانات معينة في الاوراق التجارية ووجوب تدوين جميع التصرفات التي يكون موضوعها الورقة التجارية على هذه الورقة يمنح الثقة والأمان للغير الذي يتعامل بهذه الورقة، إذ أن ذلك يعطي صورة واضحة عن العمليات التي جرت على هذه الورقة، فالشكلية العرفية مظهر مادي يتم امام الاخرين بإمكانهم الرجوع اليه والتثبت منه.

هذا الى جانب ان الشكل يؤدي الى تحقيق الحماية للمتصرف والمتعاقد الاخر، والغير، فان للشكلية اهمية في استقرار المعاملات وتحقيق العدالة وما لها من تسهيل وتبسيط التعاقد على الاطراف[1].

المطلب الثاني

مظاهر الشكلية العرفية

ان للشكلية العرفية مظاهر متعددة تتخذها، ولا تكون على شكل ومظهر واحد، فقد يفرض العرف ان تصدر الارادة بشكل كتابة، عندها لا يمكن انشاء التصرف بغير هذا المظهر، ولا يجوز اتخاذ مظهر اخر، وقد يفرض اتخاذ شكل اخر غير الكتابة فيجب ايضا التقيد به في ابرام التصرف، فلا تتقيد الشكلية العرفية بالكتابة، بل يمكن ان تتخذ مظاهر اخرى، ولذا وسنتناول كل ذلك في فرعين، نخصص الفرع الاول للشكلية العرفية الكتابية، بينما سنفرد الفرع الثاني للشكلية العرفية غير الكتابية.

[1] د. عزت عبد المحسن سلامة، الشكلية ضمانة للحقوق العينية العقارية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2018، ص20.

الفرع الاول

الشكلية العرفية الكتابية

الشكلية المتمثلة في الكتابة العرفية هي ((اشتراط أن يتم إنشاء التصرف بمحرر مكتوب موقع عليه من أطراف التصرف)). والتصرفات التي تشترط الكتابة العرفية لإنشائها عديدة، وقد تختلف في العدد من نظام قانوني إلى آخر، ومن امثلتها: عقد تقرير المرتب مدى الحياة [21]، وموافقة شخص على قيام شخص آخر بالتأمين على حياته [22]، وعقد إنشاء ملكية الأسرة [23]، والتصرف في حقوق التأليف[24]، والتصرف الذي يكون موضوعه نقل ملكية المحل التجاري أو إنشاء حق عيني آخر عليه أو تأجير استغلاله[25]، وعقد نقل التكنلوجيا[26]. أما التصرفات الشكلية التي تتطلب الكتابة العرفية لإنشائها في القانون الفرنسي فقد انتشرت في تشريعات عديدة، مثل العقود التي تنقل الحقوق المرتبطة بطلب براءة اكتشاف، والرهن العقاري البحري والجوي، والعقود المتعلقة باستثمار سفينة فرنسية وهي ما نصت عليها الفقرة الأولى من المادة العاشرة من القانون الصادر في (3) كانون الثاني 1967، وكذلك عقد الإيجار حسب أحكام المادة الثالثة من قانون MEHAIGNERIE الصادر في 23 كانون الأول 1986.

ويشترط في الكتابة العرفية لتكون صورة من صور الشكلية العرفية ما يأتي، اولا الكتابة، وتعرف الكتابة بأنها (تصوير مادي ظاهر وثابت للفظ بحروف الهجاء، وذلك في صورة تسطير للحروف وجمعها في الورقة بشكل يمكن التعرف عليه وبالتالي التعرف على إرادة الشخص الذي سلك طريق الكتابة أسلوباً للتعبير عن إرادته)[27].

---

[21] انظر المادة (979) مدني عراقي، والمادة (743) مدني مصري.

[22] انظر المادة (992) مدني عراقي، والمادة (755) مدني مصري.

[23] انظر المادة (851) مدني مصري.

[24] انظر المادة (38) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم3 لسنة 1973، والمادة (37) من قانون حماية حق المؤلف المصري رقم 354 لسنة 1954.

[25] فقد نصت المادة (38) من قانون التجارة المصري رقم17 لسنة 1999 على أنه ((كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر أو إنشاء حق عيني عليه أو تأجير استغلاله يجب أن يكون مكتوبا وإلا كان باطلا)).

[26] فقد نصت المادة (1/74) من قانون التجارة المصري على أنه ((يجب أن يكون عقد نقل التكنلوجيا مكتوبا وإلا كان باطلا)).

[27] د. فائق محمود الشماع: الشكلية في الأوراق التجارية، مجلة القانون المقارن، العدد (20)، السنة (13)، 1987، ص137.

وهذه الكتابة التي تشترط في الكتابة العرفية، قد تكون في صورة ثابتة فقط دون حاجة الى مراعاة صيغة معينة ولا اسلوب تدوين معين ويشترط فيها ان تكون ثابتة الاثر فقط بغض النظر عن صيغة التدوين او اللغة التي تكون عليها، وعلى العكس من ذلك فقد يشترط في الكتابة ان تتخذ صورة معينة تظهر بها، فقد يشترط في الكتابة المطلوبة ذكر بيانات معينة يترتب على تخلفها بطلان التصرف، كما في الاوراق التجارية فقد اوجب القانون ان يذكر في مضمون الورقة بيانات معينة بشكل مكتوب، وهي ما تعرف بالبيانات الالزامية، او قد يشترط في الكتابة ان تكون مكتوبة بخط اليد.

اما الشرط الثاني في الكتابة العرفية هو ما يتمثل بالتوقيع، فيعد عنصرا لابد منه في إنشاء الكتابة العرفية، فأهمية وجود التوقيع تفيد موافقة صاحب التوقيع على ما جاء في السند الذي قام بتوقيعه، فالتوقيع يبين موافقة الإرادة الداخلية للموقع مع الالتزامات الظاهرية الواردة في المحرر[28]. ويكون التوقيع في القانون العراقي بطريقتين: هما الإمضاء، وبصمة الإبهام، فقد نصت المادة (25/أولا) من قانون الإثبات العراقي على أنه ((يعتبر السند العادي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو بصمة إبهام))[29]، وعليه فقد يكون التوقيع اما عن طريق الامضاء او بصمة الابهام.

الفرع الثاني

الشكلية العرفية بغير الكتابة

ان الشكلية العرفية لا تتخذ من الكتابة العرفية مظهرا وحيدا لها، ولكن هناك مظاهر متعددة للشكلية لا مظهرا واحدا، فقد تكون صورة لفظ معين يفرضه العرف في التعبير عن الارادة، او قد تكون في صورة القيام بعمل معين لا يقوم العقد بدونه، وعليه فان الشكلية العرفية لا تتخذ من صورة الكتابة صورة لا بديل لها، بل انها تتخذ من اشكال اخرى صورا لها.

ولكن هل يعتبر التعبير الصريح عن الارادة صورة من صور الشكلية العرفية؟

يقضي مبدأ سلطان الإرادة الذي ساد في أكثر القوانين المدنية ان تكون الإرادة لها الحرية في اختيار وسيلة التعبير عن ذاتها، ولا تقيد حريتها الا على سبيل الاستثناء. وتميز القوانين المدنية في نطاق التعبير عن

---

[28] انظر د. السنهوري: المرجع السابق، فقرة (106) ص176.

[29] في حين أضاف المشرع المصري الختم باعتباره طريقة من طرق التوقيع، فقد نصت المادة (1/14) من قانون الإثبات المصري على أنه ((يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة إبهام)). وقد ألغى المشرع العراقي التوقيع عن طريق الختم فقد نصت المادة (42/ثانيا) على أنه ((لا يعتد بالسندات التي تذيل بالأختام الشخصية)).

الإرادة بين التعبير الصريح والتعبير الضمني[30]، ولكنها تخلو من تعريف أو تحديد لمعنى كل منها، ومع ذلك يمكن تحديد معناهما في أن التعبير عن الإرادة يكون صريحاً إذا كان المظهر الذي اتخذه موضوعاً في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس كالكلام أو الكتابة أو الإشارة أو ما إلى ذلك، ويكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا كان المظهر الذي اتخذه لم يوضع في ذاته للكشف عن الإرادة ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون افتراض وجود هذه الإرادة وذلك مثل أن يعرض شخص شراء شيء معين على شخص آخر فيقوم هذا الأخير بالتصرف في ذلك الشيء[31].

والقاعدة أن للتعبير الضمني عن الإرادة من القوة ما للتعبير الصريح عنها، غير أن القانون يقتضي أحياناً أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً[32].

---

[30]ومن هذه القوانين القانون المدني المصري الذي نصت المادة (90/ 2) منه على انه ((يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً)). وقانون الموجبات والعقود اللبناني الذي قضت المادة (179) منه بأن التعبير قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً، كما قضت المادة (180) منه بأن القبول كالإيجاب يمكن أن يكون صريحاً أو ضمنياً.

[31]_انظر د. السنهوري: الوسيط، جـ 1، مرجع سابق، فقرة (76)، ص (176–177). د. شمس الدين الوكيل: دروس في العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1960– 1961، ص (56–57). د. عبد المنعم البدراوي: النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، خال من التاريخ، ص (185–187). ولعل مما هو جدير بالإشارة هنا أن يجب عدم الخلط بين التعبير الصريح عن الإرادة وبين الحالات التي ينص فيها القانون على ان الإرادة لا تفترض، ومن ذلك التضامن على وفق ما جاء في المادة (320) مدني – عراقي، والمادة (279) مدني – مصري، وكذلك التجديد على وفق ما جاء في المادة (406/ 2) مدني عراقي، والمادة (360) مدني – مصري، فمثل هذه الحالات لا تعد تعبيراً صريحاً وإنما هي مواضع يتشدد فيها المشرع في استخلاص التعبير الضمني ((انظر د. السنهوري المرجع السابق، فقرة (76)، ص 178 حاشية رقم (1). وقد يكون من هذا الخلط ان يقرر بعض الفقهاء ان التضامن بين المدينين هو من الحالات التي يشترط فيها التعبير الصريح. ((انظر د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، فقرة (84)، ص57.)).

[32]_) فعلى سبيل المثال تنص المادة (178) مدني – عراقي التي تقابلها المادة (158) مدني – مصري على انه ((يجوز الاتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار إلا إذا اتفق صراحة على عدم ضرورته)).

وتنص المادة (778/ 1) مدني – عراقي التي تقابلها المادة (567/ أ) مدني – مصري على انه ((تبرأ ذمة المستأجر الأول نحو المؤجر سواء فيما يتعلق بما يفرضه عقد الإيجار الأول من التزامات في حالة الإيجار الثاني أو فيما يتعلق بضمانه للمتنازل إليه في حالة التنازل عن الإيجار أ– إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالإيجار الثاني أو بالتنازل عن الإيجار دون أن يبدي أي تحفظ بشأن حقوقه قبل المستأجر الأول)). كما تنص المادة (912/ 2) مدني – عراقي التي تقابلها المادة

واختلف فيه الراي بين من اعتبرها شكلية باعتبارها تقيد الارادة بظهور الارادة في شكل معين لا يستبدل بغيره من الاشكال، بينما يرى اخرون بان التعبير صريح لا يشكل شكلية خاصة حتى وان كان يفرغ في شكل معين وذلك لإمكان اتخاذ طريق اخر إذا أمكن ان تترجم الارادة دون لبس، فالأمر يتصل بمشكلة وجود وتفسير الارادة لا بطريقة التعبير عنها، فالإرادة تكون صريحة ما دامت مؤكدة ولا عبرة بالطريقة التي تم التعبير عنها، ولذلك فهي من قبيل الشكل الحر.

بينما ذهب اخرون الى انها شكلية حديثة يتخذها القانون الحديث، فأطلق على ذلك الكتاب وصف الشكلية المخففة، فاستلزام القانون هذه الصورة من صور التعبير هو شكلية مفروضة بالقانون.

وبغض النظر عن النقاشات التي قيلت في اعتبارها نوع من انواع الشكلية القانونية المفروضة بنص القانون، فأننا نذهب الى انها تعتبر شكلية او مظهر من مظاهر الشكلية العرفية، طالما درج الناس على استعمال ذلك في تعاملاتهم، وعدم مراعاتها من قبل الاطراف يعيب تصرفهم، فاذا اعتاد الناس في بعض العقود على ذكر اسمه صراحة ليتم ابرامه فلا ينعقد العقد اذا لم يذكر من قبلهم، وبالتالي فأنها شكلية عرفية وتتخذ مظهرا من مظاهرها، ولها الزامية واجبة الاتباع، مستمدة من العرف كما سنرى في المطالب القادمة.

اما فيما يخص اللفظ فقد استعان القانون المدني العراقي في الفاظ الايجاب والقبول، بالعرف في الدلالة عليهما[33]، فذكر النص ان الايجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفا لأنشاء العقد، وبذلك فان القانون يختار في تحديد طريقة التعبير اللفظي عن الايجاب والقبول بالعرف، فاذا كان في احد العقود استعمال لفظ خاص لتعبير عن الايجاب، استلزم الامر لانعقاده اتباع ذلك اللفظ في توجيه الايجاب وانشاء العقد والا كان التصرف باطلا، وعلى ذلك نستدل ان الشكلية العرفية لا تنحصر في الكتابة وانما تتخذ شكلية في مظهر اللفظ، يجب مراعاته عند انشاء العقد.

(688/ 2) مدني – مصري على انه ((ان ما استنبطه العامل من اختراعات في إثناء عمله يكون من حق رب العمل... إذا كان رب العمل قد اشترط في العقد صراحة ان يكون له الحق فيما يهتدي إليه من المخترعات)). وتقضي المادة (29) إثبات عراقي بأنه ((أولاً: لا تكون القيود الواردة في الدفاتر غير الإلزامية والدفاتر والأوراق الخاصة حجة لصاحبها. ثانياً: لا يجوز ان تكون القيود الواردة في الفقرة السابقة حجة على صاحبها إلا في الحالتين الآتيتين أ – إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا . ب– إذ ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دُوِّن فيها أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته)). كما تقضي المادة (18) إثبات – مصري بأنه ((الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين 1. إذا ذكر فيها صراحة انه استوفى ديناً. 2. إذا ذكر صراحة انه قصد بما دُوِّن في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته)).

[33] انظر نص المادة(77)من القانون المدني العراقي وانظر المادة (90) من القانون المدني المصري والمادة(98) منه.

اما فيما يخص الشكلية في المظاهر الاخرى كان يكون القيام بشيء قبل ان يتم الدخول في العقد، فقد يحدث ان يعتاد الناس في عقود معينة ولأهميتها ان يشترط فيها تقديم كفالة، واصبحت بينهم بأنها من الامور التي لا حاجة لذكرها، فعلى العاقد الذي يروم ابرام هكذا نوع من العقود ان يوفر هذه الكفالة التي يحتاج اليها في ابرام العقد، والا فان العاقد الاخر بإمكانه الامتناع عن ابرام العقد لعدم توفر هذا الشرط فيه، او كما لو تطلب العقد من البائع التسليم فلا ينعقد العقد بدونه، فهذا التسليم ان كان مفروضا بنص القانون كنا امام عقد عيني، اما العقود الاخرى التي لا يتطلب فيها القانون التسليم ولكن العرف هو من يقضي بذلك وان كان لا يمكن اعتبارها من العقود العينية الا انها من العقود الشكلية التي يقتضي فيها الامر القيام بأمر معين لانعقاد العقد وهو التسليم.

وهناك الكثير من العقود التجارية التي لا ينص فيها القانون على اتباع شكلية معينة، ولكن اطراد التجار فيها على اتخاذ اسلوب معين في التعبير عن الارادة حول هذه العقود من الرضائية الى الشكلية، كما في عقد الليزنغ وعقد تحويل الفاتورة، الذي يعتبر من الضروري كتابته من اجل اظهار جميع شروطه بشكل واضح وصريح، فعلى الرغم من عدم نص المشرع فيه في القوانين التي تأخذ به على البيانات الواجب توافرها فان العرف والضرورات العملية للعقد استقرت على اهمية كتابته[34].

المبحث الثاني

احكام الشكلية العرفية

كما بينا سابقا فان الشكلية العرفية لها احكامها الخاصة التي تختلف فيها عن الشكلية بنوعيها القانونية والاتفاقية، وعليه فأننا سنوضح جزءا من احكامها الخاصة بها، كدورها في العقود من خلال الزاميتها فيه، كما سنتطرق الى الجزاء المترتب على عدم مراعاة الشكلية، وذلك في مطلبين نخصص الاول لدور الشكلية في العقود والثاني لجزاء تخلف الشكل.

المطلب الاول

دور الشكلية في العقود

في هذا المطلب سنوضح هل ان الشكلية العرفية كما في الشكلية القانونية الزامية ولا يجوز الاتفاق على خلافها ام انها غير ذلك، وسنجيب على هذا التساؤل من خلال فرعين، الفرع الاول الزامية الشكلية العرفية، والفرع الثاني مدى جواز الاتفاق على خلافها.

[34] بن عشي امال، عقد تحويل الفاتورة كألية لتحصيل الحقوق التجارية، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ع8، ج1، جوان 2017، ص 537

الفرع الاول

الزامية الشكلية العرفية

الشكل في الاساس، هو نقيض لمبدأ الرضائية، وكلما كان دور الشكل هاما في العقود، كلما تراجع دور الرضا.

ولكن إذا كان هذا الأمر صحيحا بالنسبة للشكليات المفروضة قانونا، فإنه على النقيض من ذلك بالنسبة للشكل المفروض بإرادة المتعاقدين، إذ يكون دور الشكل عندها لحماية المتعاقدين، ولتكريس مبدا سلطان الارادة في العقود.

والمشرع اللبناني كرس الشكل المفروض بإرادة المتعاقدين في المادة ٢٢٠ فقرة 3 من قانون الموجبات والعقود والتي نصت على أنه " إذا اتفق المتعاقدان من جهة أخرى على وضع العقد في صيغة خاصة لا يوجبها القانون كالصيغة الخطية مثلا فإن العقد لا ينعقد ولا ينتج مفاعيله حتى بين المتعاقدين، إلا حينما يوضع في تلك الصيغة ".

ويمكن تسمية هذا الشكل، بالشكل الاتفاقي لأنه يثبت باتفاق المتعاقدين. ولكن لا يمكنه أن يجعل من العقد الرضائي عقداً شكلياً، لأنه ذو طبيعة مختلفة عن الشكل القانوني ". إذ أن الشكل الاتفاقي، يمكن الفرقاء من الرجوع عنه نتيجة رضاء قاطع بينهما بالتخلي عنه.

بينما الشكل القانوني لا يستطيع الفرقاء مخالفته، سيما إذا كان المشرع يستهدف من ورائه تحقيق مصلحة سامية تعلو مصلحة المتعاقدين، كما أن جزاء تخلف الشكل القانوني يحدده القانون، بينما جزاء تخلف الشكل الاتفاقي يحدده فرقاء العقد، ويمكنهم التنازل عن هذا الجزاء، واعتبار العقد قائماً فيما بينهم.

فمبدأ الرضائية ليس متعلقاً بالنظام العام، ويستطيع الفرقاء عدم اعتبار العقد قائماً فيما بينهم إلا باستيفاء شكليات خاصة اتفقوا على مراعاتها عند إبرام العقد، ومثلاً عن الشكليات الاتفاقية اتفاق المتعاقدين بمقتضى عقد ابتدائي، على أن يكون التعاقد النهائي بالكتابة. أو إذا قاموا بإدراج شرط في عقد الإيجار، يقضي بأن يكون الإنذار بالإخلاء كتابة. فتكون الكتابة في هذه الحالات مفروضة بإرادة المتعاقدين، ولا تشكل قيدا عليها، بل بالعكس فإنها تعمل على تعزيزها[35].

واذا كانت الشكلية القانونية مفروضة بنص القانون وتكتسب قوتها والزاميتها منه، والشكل الاتفاقي غير ملزم للأطراف، فيمكنهم ان يتفقوا عليه او يتجاوزوا الاخذ به، اين تقف الشكلية العرفية من كل ذلك، فالشكلية

[35] محمد علي عبدة، دور الشكل في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، بلا سنة، ص119 120

العرفية ليست اتفاقية وليست مفروضة بنص قانوني لا يمكن تجاوزه، هي ملزمة بالزام العرف[36]، فتقف في المنتصف بين الشكل القانونية والشكل الاتفاقية، فهي لها الزام كما للشكلية القانونية ولكنها لا تملك ما يملكه الشكل الذي يفرضه القانون فيجوز الاتفاق على خلافها، كما ان الزاميتها على خلاف الشكلية الاتفاقية غير الملزمة فيجب مراعاتها عكس الاتفاقية، فالشكلية الاتفاقية غير موجودة في الاصل وان الاطراف هم من يصنعونها ويفرضونها على انفسهم وقد يتفقون فيما بعد على عدم الاخذ بها ويبقى العقد صحيحا لا تشوبه شائبة ويرتب جميع آثاره، اما الشكلية العرفية فهي موجودة بالأصل قبل ان يتفق عليها المتعاقدين وقبل التطرق الى عدم الاخذ بها فأنها تكون مفروضة عليهم ويجب الاخذ بها من قبلهم، ويمكن للمتعاقد اذا لم يراع الطرف المقابل الشكلية ان يطالب بأبطال العقد واعتباره كان لم يكن.

وبالتالي فان الشكلية العرفية تملك الالزامية التي تمكن الاطراف من التمسك بها والمطالبة بأبطال العقد اذا لم يراع الشكلية التي فرضها العرف، وابرز مثال صادق على ذلك هو العقود النموذجية[37]، فاذا كان هناك عقد نموذجي يتم في شكل خاص ويتضمن شروط معينة، فان قيام الاطراف بالتعاقد على وفق العقد النموذجي ولم يتبع احد الاطراف الشكلية فيه وتجاهلها فان ذلك يمكن الطرف المقابل من طلب ابطال العقد، او تبين فيما بعد تضمن احد الشروط في العقد النموذجي فيما تم ابرامه بين المتعاقدين ايضا يجعل من العقد معيبا وعرضة للأبطال.

الفرع الثاني

امكانية الاتفاق على خلاف الشكلية العرفية

راينا في الفرع السابق بان الشكلية العرفية الزامية، وتستمد الزاميتها من الزامية العرف، ولكن ما مدى هذه الالزامية في الشكلية العرفية؟

---

[36] رجع القانون المدني الى العرف في الكثير من الاحكام وجعله من مصادر القاعدة القانونية في المادة الاولى منه في الفقرة الثانية، كما اعتمد عليه في ترتيب العديد من الاحكام كما في المادة 131 و المادة 150، والمادة 163 والتي جاء فيها ان المعروف عرفا كالمشروط شرطا والتعين بالعرف كالتعين بالنص، وبالتالي فان هذا النص كافيا للتمسك بالشكلية= =العرفية على ضوئه، والمادة 164 التي جاءت بان العادة محكمة عامة كانت او خاصة، والفقرة الثانية التي جاء فيها ان استعمال الناس حجة يجب العمل بها، وغيرها العديد من النصوص.

[37] يعرف العقد النموذجي بانه عقد يتم اعداده مسبقا من قبل احد طرفيه او كليهما بصيغ معتادة في العقد بصورة مطبوعة ليتضمن حقوق والتزامات الاطراف المتعاقدة مستقبلا، علي ماجد صاحب، العقد النموذجي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2009، ص9

ان الشكلية المقررة بحكم العرف مفروضة على الاطراف، ويستطيع المتعاقد المطالبة بأبطال العقد الذي يخلو من الشكلية العرفية، ويبدو هذا الالزام واضحا اكثر في نص المادة 926 من القانون المدني العراقي[38]، والمتعلقة بعقد تعليم المهنة، اذ جاء في الفقرة الثانية منها بانه ((وتخضع شروط صحة العقد واحكامه لعادات المهنة والعرف الجاري فيها...)). وعليه فان هذا النص واضح في اتباع العرف في كل ما يتعلق بعقد تعليم المهنة، سواء فيما يتعلق بشروط صحة العقد او فيما يتعلق بأحكامه، وعليه فانه اذا كان العقد يقضي على اطرافه ان يعقد باتباع شكلية معينة، فذلك يفرض اتباع هذه الشكلية، ولكن لو ان المتعاقدين تطرقا الى عدم اتباع الشكلية التي يفرضها عليهم العرف، فان ذلك جائز لهم، لانهم اعرف من غيرهم في اتباع الشكلية والاجراءات التي تحقق لهم مصالحهم التي يرومون الحصول عليها من التعاقد، ولذلك فليس هناك ما يمنع المتعاقدين من ان يجعلوا العقد رضائيا ويتجاوزا الشكلية التي يفرضها عليهم العقد[39].

وفي ضوء ما تقدم فان كان العقد يفرض في انعقاده شكلية معينة كأن فرض العرف ان يتم التعبير عن الارادة بشكل معين، او الفاظ معينة ليدل العقد بصورة صريحة على ما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين، او كان يتطلب بان العقد لا يتم الا من خلال فعل معين او اي شكلية اخرى تخرج العقد من الرضائية للعقد، واختار الاطراف قبل الاقدام على ابرام العقد بانهم لا يقومون بها وان العقد رضائيا، صح الشرط وصح العقد، وعندها لا يجوز لاحدهم ان يطالب الطرف المقابل التمسك بهذا الشكل العرفي، ولا ان يفرضه فيما بعد، طالما قد جرى الاتفاق على مخالفته.

وان هذه الالزامية للشكلية تستمد من القوة الالزامية للعرف، وبالتالي فان احكام الالزام تتبع العرف في فرضها وفي جواز مخالفتها، وبما ان الزامية العرف في بعض الاحيان يعطيها القانون قوة تفوق الزامية القاعدة القانونية في مواضع كثيرة منه ولكنه لا يجوز ان يخالف العرف القاعدة الامرة في القانون لأنها تعتبر من النظام العام الذي يجوز مخالفته او الاتفاق على ما يخالفه[40]، ولكنه يمكن مخالفة العرف باتفاق الاطراف، على ان لا تكو المخالفة قبل احده ا سبب الضرر للطرف الآخر.

---

[38] انظر المواد (979، 711، 992)، من القانون المدني العراقي.

[39] صالح احد عبطان، الشكلية في العقود الالكترونية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد2، السنة العاشرة، عدد 25 ، 2005، ص249

[40] انظر محمد كتاب، جواز مخالفة العرف للقواعد القانونية الامرة والمكملة، مقال منشور على الموقع الالكتروني https://www.business4lions.com/%D9%85%D8%AE%D8%A7%D9%84%D9%81%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D9%81-%D9%84%D9%84%D9%82%D9%88%D8%A7%D8%B9%D8%AF-

المطلب الثاني

جزاء تخلف الشكلية العرفية

بعد ان رأينا بان الشكلية العرفية الزامية وان كانت الزاميتها لا ترقى الى الزامية الشكلية القانونية، والتي تكون مفروضة بنص القانون، الا انها تتضمن جزاء نتيجة عدم مراعاتها من الاطراف، فتعطيهم الحق، رغم عدم وجود نص بذلك، في المطالبة بالبطلان وبالإضافة الى ذلك تخول الطرف، الذي يتمسك بها، بالمطالبة بالتعويض لعدم مراعاتها من الطرف الاخر، وكل ذلك وفقا للقواعد العامة، ومستمدة هذه الالزامية من العرف ذاته، وسنتناول هذه الجزاءات من خلال الفرعين الآتيين.

الفرع الاول

البطلان

يعرف البطلان بأنه ((الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها))[41]. وعرف بأنه ((يكون إبطال العقد على الدوام من أجل عيب أصلي لحقه وقت إنشائه))[42]. كما يعرف أيضا بأنه ((جزاء يرتبه المشرع وتقضي به المحكمة بغير نص إذا ما افتقر العمل القانوني أحد الشروط الشكلية أو الموضوعية المطلوبة لصحته قانونا، ويؤدي هذا الجزاء الى عدم فاعلية العمل القانوني وافتقاره لقيمته القانونية المفترضة في حال صحته))[43].

وتناول القانون المدني العقد الباطل في المادة (1/137) وعرفه بأنه ((لا يصح أصلا باعتبار ذاته، أو وصفا باعتبار بعض أوصافه الخارجية)). وتلت هذه الفقرة بيان حالات البطلان في العقد ذاته والبطلان في أوصافه، فذكرت الفقرة الثانية من المادة نفسها حالات الإبطال في العقد ذاته، وجاء فيها ((فيكون العقد باطلا إذا كان في ركنه خلل كأن يكون الايجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلا للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع)). وجاء في الفقرة الثالثة حالات الإبطال الراجعة لأوصاف العقد ونصت بأنه ((ويكون باطلا أيضا إذا اختلت بعض أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولا جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون)).

/%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A9 تاريخ الزيارة 2024 /5/24

[41] د.عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص394

[42] د. موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص364

[43] د. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون المرافعات، ج1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص206، نقلا عن د. حسين عبد القادر معروف، المرجع السابق، ص87

وعليه نطرح التساؤل الاتي، الى ماذا يؤدي تخلف الشكلية العرفية، هل يؤدي الى بطلان العقد ام توقف العقد، ام فسخه، ام غيرها، واول ما يتم استبعاده هو فسخ العقد، باعتبار ان الشكلية تتعلق بالتعبير عن الارادة اي بطريقة ظهور الارادة الى العالم الخارجي، وهي بهذا الوصف تعني ان العقد لا ينعقد مالم تراع هذه الشكلية، اي ان العقد لما يوجد بعد، اما الفسخ وحسب نص المادة 177 من القانون المدني، يرد على عقد مكتمل الاركان ولكن احد الاطراف لا ينفذ ما بذمته من التزام، اذ جاء في المادة انه في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض، ان كان له مقتضى، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته، وعليه فان الفسخ يستبعد عن دائرة البحث للأسباب المذكورة آنفا، وبالتالي ينحصر الامر بين البطلان والوقف، اما فيما يتعلق بالوقف فان اسباب الوقف محددة ولا يمكن ان نعزو الامر اليها، فالوقف اما ان يكون اكراه او غلط، او غبن مع التغرير او استغلال[44]، ولا يدخل تخلف الشكلية العرفية تحت اي سبب منها، وعليه فان تخلف الشكل يؤدي الى بطلان العقد، لأنه سيتعلق بأبرام العقد والتعبير عن الارادة، والارادة متعلقة بالرضا، وبالتالي فأت أي خلل فيها سيخل بأحد اهم اركان العقد والذي يترتب عليه البطلان، ولكن من اين تأتي الزامية هذا البطلان؟ تأتي هذه الالزامية من خلال العرف، فكما مر بنا فان العرف هو من يفرض هذه الشكلية وعليه يمكن الاستناد عليه في طلب البطلان.

وخلاصة ما تقدم فان عدم اتباع الشكلية العرفية من قبل احد الاطراف يمكن الطرف الاخر من طلب ابطال العقد لعدم العمل به، ولكن هذه النتيجة لا تكون دائما هي التي يتوصل اليها في تخلف الشكل، فبما ان الشكلية مستمدة من العرف فان عدم الالتزام بالعرف لا يعني البطلان دائما ولكنه الصورة البارزة فيه، لان هناك بعض الاشكال التي يترتب على مخالفتها مجرد التعويض ولا يترتب عليها البطلان، وبالتالي فان البطلان هو الصورة البارزة من جزاءات تخلف الشكل.

الفرع الثاني

التعويض

[44] انظر المادة 112 وما بعدها من القانون المدني العراقي

يعرف التعويض[45] بأنه ((مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل المنفعة التي كان سينالها الدائن فيما لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يوجبه حسن النية وتقتضيه الثقة في المعاملات))[46].

فليزم الشخص مرتكب الفعل بالتعويض للشخص الذي أصابه الضرر، فهو الأثر المترتب نتيجة عدم اتباع الشكلية[47].

والتعويض أما أن يكون تعويضا عينيا وأما أن يكون تعويضا نقديا، ومن ثم فالتعويض قد يكون مقدرا بالنقود وقد لا يكون، وإن كان الأصل أن المحكمة تحكم بالتعويض النقدي إلا أنه لا يمنع من أن تحكم بتعويض غير نقدي، وهذا ما يمكن ملاحظته بالنسبة للقانون المدني العراقي كما في نص المادة (255) إذ نصت ((ينفذ الالتزام بطريق التعويض في الأحوال وطبقا للأحكام التي نص عليها القانون)). وعزز ذلك نص المادة (209) فتضمنت ما يأتي ((1_تعين المحكمة طريقة التعويض تبعا للظروف. ويصح أن يكون التعويض أقساطا، أو إيرادا مرتبا ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأمينا. 2_ أن تأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات. وذلك على سبيل التعويض)).

فالتعويض إذا إما أن يكون مبالغ من النقود أو قد لا يكون كذلك، فيكون في أحد الصور التي حددتها المادة 209 إما أن تأمر بإعادة الحال الى ما كانت عليه، أو أن تحكم بأداء أمر معين، أو برد المثل في المثليات[48]، وفي حدود النصوص القانونية التي قضت بالتعويض للغش لم تشر الى هذا النوع من أنواع التعويضات فجميع النصوص تقر بالتعويض النقدي، والتعويض النقدي إما أن يكون بصورة جزاء أصلي تحكم به المحكمة وفقا للنص أو يكون جزاء تكميليا للجزاء الأصلي[49].

وفي ضوء ما تقدم فان التعويض اما ان يحكم به مباشرة نتيجة تخلف الشكل، اي انه المحكمة لا تقرر البطلان من الاساس بل انها تقرر الحكم بالتعويض ابتداء لتخلف الشكل، لأننا كنا قد حددنا الشكل بالشكل الذي يفرضه العرف، وهذا العرف لا يفرض درجة واحدة من الالزامية، فبعض الاعراف تفرض الزامية يترتب

---

[45] احمد ابو السعود، المرجع السابق، ص366؛يعقوبي صبرينة، النظام القانوني لعقد التأمين البحري، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيري وزو، الجزائر، 2017، ص18؛ عبد علي رضا، رجوع المُؤمِّن على الغير المسؤول عن الضرر، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون والسياسة، بغداد، 1982، ص23

[46] د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، المرجع السابق، ص43

[47] .حسين عبد القادر معروف، المرجع السابق، ص138-139

[48] د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص245

[49] علي كريم كاظم، الغش في عقد التامين البحري، رسالة ماجستير، جامعة البصرة، كلية القانون، 2020، ص 141

على تخلفها البطلان ولا ينظر بالتالي الاخر بمجرد بطلان كان شيء لم يكون، وهذا هو الاصل والبطلان المقرر يتبعه التعويض ولكنه تعويض، فيكون التعويض جزاء تابعا للجزاء الاصلي.

وقد يحكم بالتعويض نتيجة البطلان، فاذا حكمت المحكمة ببطلان التصرف نتيجة تخلف الشكل العرفي، فان ذلك لا يمنع المطالبة بالتعويض اذا كان له ما يبرره، وعليه للمحكمة ان تحكم بالتعويض الى جانب البطلان، بالتعويض، ويشترط فيه كي يحكم له به، توافر الشروط العامة فيه، فاذا اصاب الشخص ضرر لعدم امكان جبره على ابرام العقد واتباع شكلية معينة، فانه يصاب بضرر ويكون الخطأ في هذه المسؤولية بصورة امتناع الشخص المقابل عن اتباع شكلية معينة، وان توافر العلاقة السببية من الخطأ والضر، يعطي الحق للشخص بالمطالبة بالتعويض، فاذا ابطل التصرف نتيجة ذلك فان الشخص ان تضرر يستطيع المطالبة بالتعويض.

الخاتمة:

من خلال ما تقدم طرحه في دراسة البحث توصلنا الى مجموعة من النتائج، كما اننا سنطرح مجموعة من المقترحات في الخاتمة:

اولا: النتائج:

1 – عرفنا ان الشكلية العرفية لم يتم التطرق لها لا في القانون ولا في الكتابات القانونية، ولكن بدا انتشار المصطلح في الآونة الاخيرة من الناحية العملية، مما دعانا الى تناوله كموضوع للبحث وتحديد ماهيته ومعالمه، ولذلك عرفناها بانها فرض تجسيد صدور الارادة من الاطراف في صورة معينة بواسطة ادراج الناس على اتباعها في تصرف معين.

2 – وضحنا وظيفتها في الحياة القانونية وما تؤديه هذه وظيفة من حفظ المعاملات واستقرارها، والتعبير الصادق عن دور الارادة واضافة الى ذلك فأنها توفر وسيلة الاثبات الايسر.

3 – وتطرقنا الى المظاهر التي يمكن ان تظهر بها الشكلية العرفية، وراينا انها لا تظهر في صورة الكتابة فقط، بل انها يمكن ان تظهر في اي شكل اخر يدرج الناس على اتباعه وفي اتخاذه تعبيرا عن ارادتهم، فان استحسنه الاخرون وصار فيه الزام عرفي، اخذ شكل الشكلية العرفية.

4 – وعلمنا الالزامية التي تفرضها الشكلية والمكانة التي تتخذها بين الشكليات الاخرى، وراينا انها تتخذ مكانا وسط بين الشكليات، فيكون ترتيبها كالتالي، شكلية اتفاقية وشكلية عرفية وشكلية قانونية، فهي كما تبين لنا شكلية اقوى من الشكلية الاتفاقية واضعف من الشكلية القانونية، وانها تستمد هذه الالزامية من خلال العرف اي ان العرف هو من يفرضها، وبالتالي فان الالزامية تكون الزامية العرف

لا الشكل، لان الاطراف بإمكانهم ان يتفقوا على خلاف ما فرضه هذا العرف من اتباع شكلية معينة في التعبير عن الارادة.

وان هذه الالزامية التي تستمد من العرف تمكن الاطراف من التمسك بها، ويملك في مواجهة الطرف الاخر وطبقا للقواعد العامة، ان يطلب ابطال العقد لأنها قد تكون شكلية للانعقاد، وبالتالي فلا وجود للعقد الخالي من الشكلية العرفية، اما اذا كانت للأثبات فلا فرض فيها لاتباع الشكلية وان عدم وجودها لا يعني ابطال العقد، وانما فقط سيكون هناك صعوبة في اثبات الحق المدعى به، وقد يؤدي عدم الاخذ بالشكلية الى التسبب بالأضرار الى الطرف المقابل، عندها يحق له المطالبة بالتعويض عن ذلك.

ثانيا: المقترحات:

1 – ندعو المشرع العراقي الى النص على الشكلية العرفية، والزام الاطراف بالالتزام بالشكل الذي يفرضه العرف، لما له من الاهمية عند الطرف المتعاقد في التمسك بها، وعدم الاكتفاء بنصوص عامة عن اتباع العرف.

2 – كما اننا ندعو المشرع الى المرونة في صياغة النصوص القانونية التي تأخذ بالشكلية العرفية وذلك لأنها تتبع التطبيق العملي والواقع المتغير بين الفينة والاخرى.

3 – النص على الجزاء المتناسب مع الاخلال الصادر في الشكلية العرفية، واعطاء الاطراف الحق في المطالبة بالتعويض عند عدم تمسك احد الاطراف الشكلية والتسبب بالأضرار الى الطرف الآخر.

المصادر:

اولا: الكتب

1. انور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1970.
2. سعيد ايت مولد، فاطمة الزهراء ايت مولد، الشكلية في العقود التجارية، بحث لنيل شهادة الاجازة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض القانونية، مراكش، 2021، 2022.
3. شمس الدين الوكيل: دروس في العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1960- 1961.
4. عبد الباقي البكري، وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، ط3، المكتبة القانون، بغداد، 2011.
5. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون المرافعات، ج1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.
6. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط، جـ10، في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.
7. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرة العقد، الجزء الاول، الطبعة الثانية الجددة، منشورا الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998

8. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، المجمع العلمي العربي الاسلامي، بيروت، لبنان، بلا سنة.
9. عبد الرشيد عبد الباسط، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الاسلامي المقارن، دار النشر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2000.
10. عبد المنعم البدراوي: النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، بدون ذكر السنة.
11. محمد علي عبدة، دور الشكل في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، بلا سنة.
12. محمود جمال الدين زكي: التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، مطابع دار الشعب، القاهرة 1979.
13. موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
14. ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، القسم الاول، انعقاد العقد، ج1، المجلد الاول، دار وائل للنشر، عمان، ط1، 2002.
15. . عزت عبد المحسن سلامة، الشكلية ضمانة للحقوق العينية العقارية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2018.

ثانيا: الرسائل والاطاريح:

1. بلعيد توبس، العقود التجارية بين الرضائية والشكلية في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، المغرب.
2. حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2004.
3. عبد علي رضا، رجوع المُؤمِّن على الغير المسؤول عن الضرر، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون والسياسة، بغداد، 1982.
4. علي بن محمد بن علي الشهري، العرف وتطبيقاته القضائية، كلية الشريعة واصول الدين، جامعة نجران.
5. علي كريم كاظم، الغش في عقد التامين البحري، رسالة ماجستير، جامعة البصرة، كلية القانون، 2020.
6. علي ماجد صاحب، العقد النموذجي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2009.
7. فراح ربيعة، تطور الشكلية في العقود، اطروحة دكتوراه، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2024.
8. محمد بوكار ، مبارك الهرد، عبد الله مجد، محسن اشليح، امتداد الشكلية من العقود المدنية الى العقود التجارية، ماستر قانون العقار والتعمير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة بن اكادير مراكش، 2022، 2023
9. يعقوبي صبرينة، النظام القانوني لعقد التأمين البحري، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيري وزو، الجزائر، 2017.

10. سعيد ايت مولد، فاطمة الزهراء ايت مولد، الشكلية في العقود التجارية، بحث لنيل شهادة الاجازة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض القانونية، مراكش، 2021، 2022.

ثالثا: البحوث:

1. بن عشي امال، عقد تحويل الفاتورة كألية لتحصيل الحقوق التجارية، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ع8، ج1، جوان 2017.
2. صالح احد عبطان، الشكلية في العقود الالكترونية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد2، السنة العاشرة، عدد 25 ، 2005.
3. صفاء متعب فجة الخزاعي، دور العرف في حياة القاعدة القانونية، دراسة مقارنة في النظم الوضعية، بحث منشور في دار المنظومة، مج10، ع31، اذار من 2017 .
4. فائق محمود الشماع: الشكلية في الأوراق التجارية، مجلة القانون المقارن، العدد (20)، السنة (13)، 1987.
5. الصالح بو غرارة، الشكلية في التصرفات القانونية، بحث منشور في مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 1.
6. فتحية سيد عثمان، دور الارادة في انشاء العقد، بحث منشور في مجلة العدل، العدد 23، السنة 10.

رابعا: المواقع الالكترونية:

- محمد كتاب، جواز مخالفة العرف للقواعد القانونية الامرة والمكملة، مقال منشور على الموقع الالكتروني
https://www.business4lions.com/%D9%85%D8%AE%D8%A7%D9%84%D9%81%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D9%81-%D9%84%D9%84%D9%82%D9%88%D8%A7%D8%B9%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A9/

القوانين:

1- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932
2- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948
3- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951
4- قانون حماية حق المؤلف المصري رقم 354 لسنة 1954
5- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968
6- قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971
7- قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم3 لسنة 1973.
8- قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979
9- قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984
10- قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999