



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ميسان

كلية القانون – قسم القانون

الدراسات الاولية – المسائية

الشكيلة في عقد البيع

مشروع بحث تخرج مقدم من قبل الطالب – حمزه عبد الرزاق مناحي
مقدم الى مجلس قسم القانون – جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس
في القانون

بأشراف الدكتور- سلام جمعة هادي

٢٠٢٣

الآية القرآنية



صدق الله العلي العظيم

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين... والصلاة والسلام على اشرف الخلق وخاتم الأنبياء والمرسلين محمد بن عبد الله وعلى آله الطيبين الطاهرين... الحمد لله الذي ختم لي بالخير فصرف عني الهم وما يشقيني من أمر دنيائي وآخرتي ولم يسلط علي من لا يرحمني... الحمد لله ناصر المظلومين ... مجزي الصابرين.

لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر والتقدير إلى عمادة كلية القانون- ورئاسة قسم القانون

ويسعدني أن أتقدم بالشكر الجزيل والامتنان والتقدير إلى أستاذي الفاضل المشرف على موضوع بحثي الدكتور (سلام جمعة هادي) على ما قدمه من مساعدة وتوجيهات علمية سديدة ومتابعته وتواصله معي وأدعو الله العلي القدير أن يحفظها من كل سوء ويجزيها خير الجزاء.

ويسعدني أيضا ان اتقدم بالشكر والعرفان الى جميع الاساتذة الذين كان لهم الدور الكبير طيلة فترة الدراسة لجميع مراحلها وكانت لهم بصمات كبيرة وواضحة لما وصلت الية الان في نهاية مطاف الحصول على شهادة البكالوريوس لهم مني كل الاحترام على ما قدموه لنا .

كما يسعدني أن أتقدم بشكري الخالص وامتناني الكبير إلى جميع زميلاتي وزملائي في فترة الدراسة الذين واكبوني طيلة الاربع سنوت وكان لهم دور كبير ومميز في دراستي.

واخيرا اتقدم بعميق شكري وامتناني الى عائلتي التي تحملت الكثير لأجلي في سبيل اتمام دراستي لهم مني كل الحب والود والتقدير.



حمزة

الفهرست

الصفحة	الموضوع	ت
١	العنوان	١
٢	الاية القراءانية	٢
٣	الشكر والتقدير	٣
٤	الاهداء	٤
٥	الفهرست	٥
٦	المقدمة	٦
١٩-٧	المبحث الاول	٧
٢٦-٢٠	المبحث الثاني	٨
٢٧	الخاتمة	٩
٣٠-٢٨	المصادر	١٠

المقدمة:

من المعلوم ان العقود تحصل من تفاهم إرادتين - الإيجاب والقبول- وان كلاً منهما تقتضي التعبير عنها لبينها من الاختفاء الى الظهور المادي الظاهري، وهذا التعبير عن الإرادة يتنازعه مبدأن:- مبدأ الرضائية والذي يعني منح الأفراد حرية اختيار التعبير الملائم لإرادتهم، ومبدأ الشكلية وهو على النقيض من سابقه، ويعني إلزام الأفراد بشكل محدد للتعبير عن إرادتهم العقدية. وإذا كانت الرضائية تشكل القاعدة العامة التي تحكم التصرفات القانونية في النظم القانونية الحديثة، فان الشكلية أصبحت هي الاستثناء فيها، وقد اقتصر على الاشكال التي فرض المشرع إتباعها لإنتاج التصرف آثاره القانونية، بحيث انها تشكل في مجملها قيداً على إرادة الأفراد لا يملكون إزاءها حرية الاختيار، ولا يكتمل التصرف القانوني بانعدامها. الا انه قد يحدث ان يتفق الأفراد على إظهار إرادتهم في شكل خاص لم يفرضه المشرع، ولا يخرج بالتصرف من نطاق الرضائية يطلق عليه الشكل الاتفاقي، فهل من الممكن ان يحتل هذا الأخير ذات المكانة التي يحتلها الشكل القانوني - أي المفروض من قبل المشرع- وهل يمكن ان يقال عنه بأنه شكلاً بالمعنى القانوني؟ والحقيقة، ان هذه التساؤلات هي ما دعنا الى طرح الموضوع على بساط البحث. وفي ظل عدم كفاية النصوص التشريعية التي عالجت هذا الموضوع، وعدم إحاطتها بما يكفي لاستبعاد الغموض واللبس عنه واشتباؤه بالشكلية القانونية، أثرتا الخوض في جوانبه ومن زواياه المتعددة للإحاطة بمعظم ما تتخلله من قواعد واحكام لها أهميتها في الجانبين النظري والعملي. فعلى صعيد الجانب النظري، سبق وأشرنا الى ندرة النصوص التشريعية التي تصدت لمعالجة موضوع الشكلية المتفق عليها بين الطرفين، إضافة الى ان البعض من هذه النصوص قد عالجت موضوع البحث في ذات الموضوع الذي عالجت فيه الشكلية القانونية، كما انها قد أعطته ذات الحكم، وهذا ما سيتم مناقشته والتطرق اليه في موضعه من البحث. اما على صعيد الجانب العملي، فكثيراً من الأحيان ما يحدث ان يتفق طرفا عقد على إتياه في شكلية خاصة قد تكون لغرض اثباته أو شرطاً لانعقاده، فاذا اتصل طرفاً منهما عن مراعاته وتنفيذه، فهل ينهض هذا الأمر سبباً لبطلان العقد وعدم إنتاجه آثاره القانونية؟ أم انه مما لا ينسحب على تأثير في العقد، ويمكن تنفيذ الأخير دون النظر الى الأول، على اعتبار انه مادام يشكل اتفاقاً فانه من الممكن التنازل عنه دون ان يؤثر على تنفيذ العقد الذي يتضمنه.

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

١ - المبحث الاول

- المطلب الاول
- فرع الاول.
- فرع الثاني.
- المطلب الثاني.
- فرع اول.
- فرع ثاني.

المبحث الاول:- الإطار النظري للشكالية:

هذا الجزء من الدراسة لإمام بمفهوم الشكالية واماطة اللثام عن الموقف التشريعي العراقي من الشكالية، وذلك وفق بالاعتماد دوما على التقسيم الثنائي وفق ما هو آت:

المطلب الاول:-

ماهية الشكالية القانونية:-

تعتبر الرضائية القاعدة العامة للعقود، ولكن بعض العقود تتطلب لانعقادها ونفاذ سريانها أن تتخذ شكل معيناً وهذا الشكل يحدده المشرع أي أنه يفرض بمقتضى القانون، وفي حال غياب هذا الشكل أو تخلفه فإن البطلان يشوب كافة مراحل العقد منذ الأبرام حتى النفاذ والسريان، وعليه سيتم توضيح مفهوم الشكالية في العقود.

وقد أشار المشرع العماني إلى هذا المبدأ وذلك وفق ما جاء بنص المادة (٦٩/١). وهنا يتضح بأن المشرع على تبنى مبدأ الرضائية في العقود مع إقراره للشكالية وذلك بمقتضى القانون، وقد أشار المشرع الفلسطيني في 2، وهذه دلالة واضحة من قبل المشرع الفلسطيني بتبني الرضائية (المادة ٧٤) من القانون المدني على هذا المبدأ كأصل عام في إبرام العقود الى أنه استثنى من هذه القاعدة ما يفرضه المشرع من صور خاصة تتأتى من خلالها الشكالية وفق القانون. كما أكد على وجوب الاستيفاء بالشكل في العقود إذا تطلب القانون ذلك وهذا ما يفهم من نص المادة (٩٠/١) من القانون المدني^١.

الفرع الاول:- مفهوم الشكالية:-

يعرف الشكل في اللغة على أنه صورة لا شيء محسوس، وجمعها في اللغة «اشكال». أي هو الهيئة والصورة، ما كان من الهيئات. مسائل شكالية ويفهم منها بالاعتناء بالمظهر دون الجوهر. أو هو ما يراد به غالباً ويقال أيضاً اما الشكل في الاصطلاح: فهو تحديد الأسلوب في التعبير عن الإرادة يفرضه المشرع بصورة إلزامية، ويكون.

أو هو الصور الخاصة من صور التعبير عن الإرادة يفرضها المشرع، أو هو التصرف الذي في العقد أساسياً يتعين أن تظهر به الإرادة بصورة معينة أو هو الذي يجازي غيابه انعدام الأثر القانوني للتصرف. مما سبق يتضح أن الشكل القانوني له صفة الإلزام وذلك لأنه مفروض من قبل المشرع، ما يجعله أساسياً في العقد فإذا تخلف وقع البطلان على العقد، كما ويعتبر الشكل أداة يستخدمها المشرع لتحقيق هدف معين. والتصرف القانوني يجب أن يتوفر عنصرين أساسيين وهما الركن المادي والمعنوي، فالتعبير عن الإرادة يعتبر اما الركن المعنوي فيتمثل في التصرف في الإرادة، ويتمثل الشكل في صورة التعبير عن الإرادة أي الركن مادياً ركناً المادي للإرادة^٢.

^١ - د. عبد المجيد الحكيم: هل يمكن أن يوجد التزام بنقل الملكية، وهل يمكن أن يكون للالتزام من أثر؟، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة الحادية والعشرون، ص ٣٩ وما بعدها.

^٢ - علي حسون طه: الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، بغداد، ١٩٧٠، ص ٢٠٧، ف ٣٥٧

عن الإرادة ذاتها وال يستغنى به عنها، فالإرادة هي وعليه يعتبر الشكل أسلوب التعبير عن الإرادة، وليس بديلا التي تنشئ التصرف القانوني، وان وجود الشكل ال يغني عن وجود إرادة سليمة صالحة لإنشاء التصرفات،

الفرع الثاني:- أهداف الشكلية في العقود:

قد يتعارض التعبير عن الإرادة مع مصلحة مجتمعية عامة، وعليه فإن المشرع عليه أن يلزم المتعاقدين أن يعبروا عن إرادتهم في شكل معين، فحماية الأشخاص هي الهدف الذي يرمي إليه المشرع إلى تحقيقه من جراء ما يحدد القانون الطريقة الواجب إلزام المتعاقدين بهذا الشكل، فتحذره من خطورة هذا التصرف، فغالبا اتباعها في العقود الذي يكون فيها املا محل التصرف ملا له تأثير على المتعاقدين ملا له من مخاطر، فيفرض في 9 هذه العقود أوضاع معينة، وعليه فإن الشكلية الحديثة تهدف إلى حماية مصلحة مجتمعية. وقد كان من مثالب القانون الروماني اعتبارها معفية من التحقق من الرضا، فالشكل المطلوب يجذب الانتباه إلى أهمية التعهد الصادر بدقة، فإذا كانت الرضائية تهدف على التبسيط والسرعة والاقتصاد -وبذلك تسهل التبادل والنشاط التجاري- فإنها تستخدم في العالقات التجارية من أجل التوفيق بين التبسيط والسرعة الضروريتين لها بين الحماية والسرعة، والشكلية اليوم تختلف عما كانت عليه بالأمس فهي حماية إضافية للرضا وفي الغالب يهدف المشرع من وراء فرضة للشكلية على العقود اثبات لوجود العقد وفحواه في حالة النزاع، وهذا ما يتجلى من الكتابة الرسمية أو العرفية، والتي من خلالها يضمن المتصرف إثبات حقوقه المترتبة على التصرف، وبعد إتمام إجراءات الكتابة يصبح واضح للعيان ان العقد قد حددت التزاماته على أطرافه ووجب الوفاء بها. ومن جانبنا بأن المشرع يفرض على التصرف القانوني شكل معين العالم أطراف العقد بأهمية وخطورة التصرف الذي يودون إبرامه وخصوصا فيما يتعلق بالعقارات والأراضي وجعل مصدرة القانون وباعتباره ركنا في العقد¹.

-المطلب الثاني:-

الطبيعة القانونية للشكلية في العقود:-

اختلف الفقهاء حول مشروعية الشكلية فمنهم من أخذ بالمفهوم الضيق للشكلية والتي ينصرف إقرارها ومنهم من أخذ بالمفهوم الواسع والذي تلعب إرادة الأطراف دور أساسي في تعيينه دونما الحاجة إلى قانونا القانون.

فرع الاول:

فالالاتجاه الأول يحدد الشكل وفقا لإجراءات رسمية يجب اتباعها لتمام العقد، وهي الإجراءات المصاحبة للإرادة واللازمة لإتمام العقد، وعليه تصبح التصرفات القانونية الرسمية أعمالا شكلية، أي ان الادارة لا يمكن الركون اليها إلا إذا خرجت الى العالم في شكل مادي محسوس يحمل معنى القبول لإحداث أثر قانوني فلا يمكن لا بد من توافره حتميا معرفة نوايا الإنسان إلا إذا عبر عنها بشكل معين، فمن هنا يصبح التعبير عن الإرادة امرا لإحداث أثر قانوني، و يعني ذلك أن الشكل ما هو إلا تعبير عن الإرادة، وملا كانت القاعدة العامة لإبرام العقود الرضائية، فإن حرية الإرادة في اختيار الشكل التي تعبر فيه عن نفسها يعد من قبيل الرضائية، بينما الشكل

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص ٤١٤، ف ٢٣٥. وكذلك د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، بغداد، ١٩٧٠، ص ٢٢٨، ف ٣٩٤.

يمثل قيدها على الإرادة فيحدد لها طريقة التعبير عن نفسها لكي تكون صحيحة منتجة لآثارها. فالشكلية وفق لهذا الاتجاه ما هي إلا إجراءات الزمة لإبرام العقود وهي ما يطلق عليها بالشكلية المباشرة المنصوص عليها في القانون، وهي أساسية في العقد ولا يقوم بدونه. وعليه فإن الشكل وفق أصحاب هذا الاتجاه هو ما ألزم به المشرع الأفراد للتعبير عن إرادتهم ولا يمكن الاستغناء عنه أو استبداله وهذا ما يسمى بالشكلية المباشرة، ولا يقتصر دور الشكل في مرحلة إبرام العقد بل تمتد آثاره مرحلة النفاذ والفاعلية، بمعنى في حالة عدم اتباع الشكل الذي فرضه المشرع في العقد تكون كل مراحل العقد باطلة.

الفرع الثاني:- الشكلية الاتفاقية:

أما الاتجاه الآخر فهو الذي تبني الشكلية بمفهومها الواسع، فيكون لصاحب الإرادة الحرية الكاملة في اختيار الوسيلة الذي يحقق فيها الشكل المطلوب، فهنا لا يقتصر الشكل على الإجراءات التي نص عليها القانون، فقد تكون هناك شكليات لازمة لإبرام العقد، فالشكل وفق هذا المفهوم هو اتفاق الأطراف على أمر يجب القيام به لإبرام العقد حتى وإن لم ينص المشرع عليه، ويطلق عليها الشكلية الاتفاقية: وهي أن الأطراف اشترطوها لإبرام لعقد وسريانه، كالتعبير عن الإرادة، أي أن أصحاب هذا الاتجاه يروا بأن التعبير عن الإرادة بحد ذاته من قبيل الشكلية المفروضة لقيام العقد، فالمظهر الخارجي لها هو من قبيل الشكلية ووسائل التعبير عن الإرادة أيضا من قبيل هذه الشكلية ١٥، فالشكل وفق هذا الاتجاه هو إخراج الإرادة إلى الخارج وهو بمثابة القالب الذي يوضع فيه التصرف القانوني وعليه يترتب آثاره القانونية، ولا يوجد أي عمل قانوني إلا إذا ظهر إلى الخارج وتم إفراغه في شكل معين.

لأصحاب هذا الاتجاه هي تجسيد للمظاهر الخارجية ويعبر عنها بالإرادة سواء حددت بموجب والشكلية وفقا للقانون أو من أي مصدر آخر، وما يؤخذ على أصحاب هذا الاتجاه أن الإرادة تلعب دور فاعل في تحديد الشكل ولا يعتبر قيد عليها، فلأفراد الحرية الكاملة في انتقاء الشكل كتعبير عن إرادتهم، بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع لمؤيدي هذا الاتجاه والتي تضمنت إلى جانب لا يلعب أي دور في تعيين الشكل، وهذا هو المعنى الشكلية وفقا للتصرف القانوني بموجب القانون الشكلية الاتفاقية بموجب إرادة الأفراد. ومن جهتنا نجد بأن معنى الشكلية يتمثل فيما جاء به أصحاب الاتجاه الأول والتي مفادها بأنها - الشكلية - إجراءات يحددها المشرع وتفرض بموجب القانون، و لا يمكن استبدالها أو الاستغناء عنها في إبرام العقود، وان تخلفها عن العقد يؤدي إلى بطلانه.

وينظر جانب من آخر من الفقه إلى الشكلية القانونية نظرة سلبية، ويدعو إلى التحرر من هذا القيد، وأن ما هو عليه الآن لا يعدو إلا مجرد امتداد من الماضي، وعلى النقيض من ذلك يتجه الجانب الآخر من الفقه إلى إعطاء أهمية العمال الشكل في التصرف القانوني وفق نظام قانوني معين.

فالشكلية مهما بلغت من التوسع في العقود فإنها تختلف عنها في القوانين القديمة، إذا كان الإجراء الشكلي هو وحده الذي يكون العقد بقطع النظر عن إرادة المتعاقدين، أي أن العقد الشكلي لا يتم

١ - تشترط بعض المذاهب الإسلامية (قبض المبيع) في عقد البيع الإمكان تصرف المشتري فيه وليس الانتقال الملكية، فالملكية تنتقل بالعقد، وهذا الشرط يقتصر على المنقول، أما في العقار فيجوز تصرف المشتري فيه قبل قبضه، وعلى أي حال فالقبض يزيد نقل الملك تأكيد. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ١٠٠٩، ف

بمجرد بدأت شكلية، التراضي، حيث يجب لإتمامه فوق ذلك اتباع شكل معين يقتضيه القانون، فالعقود قديماً تطورت حتى أصبحت معظمها قائمة على مبدأ التراضي والقليل منها يتطلب الشكلية، وتختلف الشكلية الحديثة عن القديمة، بحيث لا تكفي وحدها في تكوين العقد، فإذا كانت لازمة – الشكلية – فهي ليست كافية بل يجب ان تقتزن بإرادة المتعاقدين، فالإرادة هي من يقع عليها العقد، أما الشكلية القديمة فكان منوط بها تكوين العقد، فلا يكون الغلط أو التدليس أو الإكراه من قبيل الدفوع الموضوعية بالبطلان فيها^١.

وعليه فإن الشكل لا يغني عن الإرادة والتراضي، واقتران الرضا بأسلوب معين _ الشكل _ لا يحل محل الرضا حتى تتوافر فيه كافة أركان العقد. ولا يغني عنه، فالعقد الشكلي لا يكون صحيحاً خالصة لما سبق نستطيع أن نعرف الشكلية في العقود على أنها «هي صورة يعبر من خلالها عن الإرادة يفرضها المشرع ولا تكون صحيحة إلا بالصورة المفروضة بمقتضى القانون . وقد أخذ المشرع العماني بالمفهوم الضيق للشكلية في العقود ١٩٥٣، وكذلك المشرع الفلسطيني ٢٠٠٠، ولم يرد نص واضح من قبل المشرع العماني نستدل من خلاله على إقرار الشكلية الاتفاقية إلا ما نستدل به من نص المادة (79) من القانون المدني وهنا دلالة من قبل المشرع العماني على أن الشكل الاتفاقي الغرض منه الأثبات وليس يتعلق بالأخذ في الشكلية الاتفاقية إذا ثبت دليل الانعقاد، وهنا ما يؤخذ على المشرع انه ترك المجال مفتوحاً بانعقاد العقد. اما المشرع الفلسطيني فقد ذهب إلى ما ذهب إليه المشرع العماني بنص المادة (٨٤/١) من القانون المدني، وفيها دلالة على ان الشكل الاتفاقي لا يعدو إلا كونه وسيلة للأثبات لا للانعقاد، وأكد ذلك في الفقرة الثانية.

- ماهية الشكلية في عقد البيع:

ماذا تعني الشكلية في العقد

العقود الشكلية هي التي يلزم لانعقادها الى جانب التراضي شيء شكل خاص ينبغي ان يفرغ فيه هذا التراضي وليس هناك شكل واحد يتطلبه القانون، فقد يكون ورقة رسمية تصدر من موظف مختص، وقد تكون ورقة عرضية، فالعقد الشكلي هو العقد الذي يحتاج الى جانب الرضا الى شكلية خاصة تنبه المتعاقدين الى خطورة التصرف او تحمي الغير ، ويذهب الاتجاه ...

اصل عقد البيع واهم خصائصه

ان تعدد الروابط الاجتماعية وازدياد حاجات الناس أظهر عجز هذه الوسيلة وعدم كفايتها في اشباع تلك الحاجات لان من يريد الحصول على سلعة قلما يجد مالكا راغبا فيما هو زائد عن حاجته . لذلك بحث الانسان عن سلعه اخرى ذات منفعة عامة تنسب اليها قيم باقي السلع وتوصل الى المعادن ثم تولت الدولة سك هذه المعادن حجمها ووزنها مقدما وظهرت اخيرا النقود الورقية التي حلت محل المعادن في التداول وهكذا ظهر البيع بمعناه الحديث من تاريخ ظهور النقود.

عقد البيع في القانون المدني العراقي المادة ٥٠٦

(عقد البيع بأنه هو مبادلة مال بمال وهو تعريف المجلة م ١٠٥).

١. والتعريف اعلاه لا يقتصر على البيع بل يشمل المقايضة والصرف .
٢. لا يشير الى انتقال الملكية الى المشتري بمجرد تمام البيع وضرورة كون الثمن الذي يلتزم به المشتري مبلغاً من النقود.
٣. تعريف المرحوم الاستاذ السنهاوري الوارد في المشروع الاول (اذ انه مبادلة نقد بغيره من المال).

١ - د. حسن علي الفنون، العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥٣، ص ١٢٢، ف١٣٧.

٤. المادة ٥٣١ ق م ع (يعتبر البيع ناقل ملكية المبيع المعين بالذات (القيميات) مجرد انعقاد العقد).

٥. المادة ٥٠٨ ق م ع والمادة ٣ من قانون التسجيل العقاري (إذا كان المبيع عقارا وجب لانعقاده والبيع تسجيله في دائرة التسجيل العقاري .

فالعقد لا ينعقد كما ان الملكية لا تنتقل الا بتسجيل العقد في الدائرة المذكورة^١ .

خصائص او مميزات عقد البيع

١. من العقود الملزمة للجانبين (لان كلا من الطرفين دائن للطرف الاخر ومدين له).

٢. من عقود المعاوضات (لان كلا من الطرفين يأخذ مقابل ما يعطي).

س/ ما اهمية اعتبار البيع من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر؟

ج/ الاهمية اشتراط اهلية التمييز لدى المتعاقدين كركن لانعقاد واشتراط البلوغ كشرط لنفاذ في حق اي واحد منهما (م ٩٧ ق م ع).

٣. من العقود الرضائية في الاصل (القاعدة ان البيع من العقود الرضائية اذ يكفي لانعقاده مجرد

اتحاد القبول بالإيجاب) ولكن هذه القاعدة غير مطلقة . لان المشروع قد يخرج عليهما بسبب من الاسباب كما هو الحال في بيع العقار (م ٥٠٨) ق م ع .

س/ هل الشكلية والرضائية من النظام العام في عقد البيع؟

ج/ الشكلية من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على خلافه.

اما الرضائية فليست من هذا النظام وبالتالي فليس هناك من مانع يمنع المتعاقدين من اشتراط الشكلية ركنا لانعقاد البيع .

وفي هذه الحالة لا يكفي مجرد الايجاب والقبول لانعقاد البيع , بل يلزم ايضا توافر الشكل المتفق عليه بين الطرفين.

٤- عقد ناقل للملكية (الاصل في عقد البيع انه عقد ناقل للملكية بطبيعته , لان القصد منه هو نقل ملكية المبيع الى المشتري ولكنه اذا كان انتقال الملكية من طبيعة العقد الا انه ليس من مستلزماته كما في الحالة اتفاق الطرفين على ارجاء انتقال الملكية الى فترة لاحقه وكذلك المعينة بالنوع والبيع بخيار الشرط الا انه لا يجوز اشتراط عدم انتقال الملكية لتعارض ذلك مع طبيعة هذا العقد.

البيع بخيار التعيين :- هو البيع الذي ينصب على احد الاشياء المعينة بالنوع (المثلثات) ويكون وفاء البائع بأحدها مبرنا له.

٥- من العقود المحددة في الاصل :- (لان بإمكان كل من البائع والمشتري تحديد التزاماته وحقوقه وقت ابرام العقد).

ولكن يجوز ان يكون من العقود الاحتمالية كما لو باع شخص عينا مقابل ثمن يدفع على شكل ايراد مرتب مدى حياة البائع فالثمن في هذه الحالة غير ثابت (اذ قد يقل او يزيد بحسب طول او قصر عمر البائع).

٥- عقد البيع فوري التنفيذ في الاصل (في الغالب ان ينفذ المتعاقدان التزاماتهما دفعه واحدة في الوقت المعين لذلك في العقد).

^١ - نصت المادة الثانية من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) على أن: ((تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل التصرفات العقارية والأحكام القضائية الحائزة درجة البنات وما في حكمها الواردة على الحقوق العقارية الأصلية والتبعية وانتقال هذه الحقوق الى الخلف العام))

ولكن يجوز ان يكون عقد البيع مستمر التنفيذ (كالاتفاق على تنفيذ الالتزامات العقدية على شكل دفعات متعاقبة) كما هو الحال في عقود المشاركة في الصحف والنشرات الدورية.
البعض من الفقهاء يرى :-

١. ان عقد البيع لا ينقل الملكية الى المشتري (اي ان التزام البائع حسب المادة اعلاه هو تسليم المبيع للمشتري).

٢. الرأي الاخر يذهب الى (ان المواد الاخرى من القانون الفرنسي تكمل نص المادة ١٥٨٢ وتقطع في ان عقد البيع ناقل للملكية كالمادة ١١٣٨ التي تقرر ان الالتزام ينقل الملكية يتم بمجرد اتحاد ارادة الطرفين والمادة ١٥٣٨ التي تقرر انتقال الملكية الى المشتري من وقت اتفاق الطرفين على المبيع والتمن . حتى ولو لم يسلم المبيع إليه او يدفع الثمن الى البائع).

البيع في الشريعة الاسلامية والقانون المدني العراقي

تعرف المادة ٣٤٣ من مرشد الحيوان البيع بقولها (عقد البيع هو بيع البائع مالا للمشتري بمال يكون ثمنًا للبيع).

الشريعة الاسلامية تقرر

- ١- انتقال الملكية بالعقد وبصورة مباشرة الى المشتري .
- ٢- يشترط فقهاء الشريعة لفاذ البيع عند جمهورهم ولانعقاده عند بعضهم , ان يكون البائع مالكا للمبيع مما يعني (ان بيع ملك الغير موقوف على اجازة المالك حسب الرأي الاول) وباطل حسب الرأي الثاني وعلى الرايين لا اثر لبيع الفضولي ولا يحل مالا قبل الاجازة.
ان اشتراط المتعاقدين او القانون شكلا خاصا لأثبات العقد لا يغير من صفة العقد الرضائية.
فما دام يكفي في وجود العقد رضاء الطرفين فالعقد رضائي حتى لو اشترط القانون او الاتفاق لأثباته الكتابة.
يذهب الرأي الراجح الى اعتبار (الكتابة عند الشك للأثبات لا للانعقاد لان الاصل في العقود الرضائية وان الشكلية ترد عليها استثناء)^١.

المطلب الثالث :- عقود البيع في القانون العراقي والية تسجيلها

الفرع الاول

عقد بيع العقار الشكلية التي يتطلبها هي التسجيل بدائرة التسجيل العقاري:

نقل ملكية البيع وأبطال سندات التسجيل العقاري موانع التسجيل في السجل العقاري عقد البيع من العقود المسماة والتي أصبح مع وضع القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والعقود المسماة هي البيع و الايجار وعقد المقاوله حيث يعتبر عقد البيع من العقود الشكلية التي تتطلب التسجيل وأيضا من العقود الملزمة للجانبين هم البائع والمشتري انتقال ملكية المنقول يكون انتقال ملكية المنقول عن طريق التسجيل كما في حالة بيع السيارات في التسجيل في دائرة المرور وحالة بيع والمكائن في التسجيل في دائرة المرور و كاتب العدل نقل ملكية العقار.

قد إشارة المادة ٨٢ من قانون التسجيل العقاري على نقل ملكية العقار عن طريق فتح البيان من خلال

١ - تشرط بعض المذاهب الاسلامية (قبض المبيع) في عقد البيع الامكان تصرف المشتري فيه وليس الانتقال الملكية، فالملكية تنتقل بالعقد، وهذا الشرط يقتصر على المنقول، أما في العقار فيجوز تصرف المشتري فيه قبل قبضه، وعلى أي حال فالقبض يزيد نقل الملك تأكيداً. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ١٠٠-١٠٩، ف ٢٣١.

تسجيل العقار في اسم المشتري وأيضا في حضور البائع والمشتري إلى مديرية التسجيل العقاري ونقل ملكية العقار وتقوم التسجيل العقاري في الكشف على العقار تأخذ في شهادة الشهود في أثناء الكشف على العقار وتنقل ملكية العقار إلى المشتري ويصدر سند إلى المشتري باسم المشتري البيع يكون من خلال عقد في مكتب البيع العقار.

حيث يقوم البائع والمشتري في فتح البيان بعد ان يقوم بالتعاقد في مكتب العقار من أجل بيع العقار في حالة إخلال البائع عن تنفيذ التزام في نقل ملكية العقار في حالة البيع يتم خارج مديرية التسجيل العقاري القانون أوجب التعويض عن الضرر على ان لا يقل التعويض عن فرق البديلين عن وقت التأخير كما في حالة قيام البائع في النكول وعدم قيام في تسجيل العقار باسم المشتري فمثلا كانت قيمة العقار ٤٠ مليون وأصبحت قيمة العقار ٧٠ مليون في هذا الحالة يكون التعويض لا يقل عن ٦٠ مليون ويستطيع المشتري ان يقيم دعوى استرداد الثمن والمطالبة في الفوائد القانونية المصاريف في حالة قيام البائع في بيع العقار إلى شخص غير المشتري ولكن يجوز تملك العقار حسب قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ حيث يجوز تملك العقار في حالتين اذا كان المشتري قد سكن العقار اذا حدث تغير جوهري في العقار من الابنية في العقار يجوز تملك العقار في دعوى تقام أمام محكمة البداية في محل العقار حسب الاختصاص المكاني حسب المادة ٣٦ من قانون المرافعات المدنية حيث تقوم المحكمة في الكشف المستعجل على العقار حسب المادة ١٤٤ من قانون المرافعات المدنية وتصدر قرار في تملك العقار^١.

في حالة اذا كان المشتري سكن العقار أو أحدث التغيير جوهري في العقار في الابنية وترسل نسخة من القرار إلى مديرية التسجيل العقارية من أجل تسجيل العقار باسم المشتري موانع التسجيل في السجل العقاري الحجز الواقع على العقار في قرار سلطة قضائية أو أي سلطة رسمية اذا كان الحجز صادر من المحكمة حيث يوضع على العقار حجز في السجل العقاري اذا كان الحجز من موانع القانونية والتصرفات القانونية التي إشارة إليها قانون التسجيل العقاري هلاك العقار بقوة قاهرة في حالة هلاك العقار بفعل البائع بعد بيع العقار من قبل البائع إلى المشتري يكون على البائع التعويض عن الضرر الذي أصاب المشتري من هلاك العقار الهلاك الكلي بقوة قاهرة اذا كان هلاك العقار بقوة قاهرة وادى هذا الهلاك إلى تدمير العقار وكان العقار في حيازة البائع يستطيع المشتري المطالبة في التعويض عن هلاك العقار ودعوى استرداد الثمن والمطالبة في الثمن وفسخ العقد في حالة الهلاك الجزئي.

يخير للمشتري بين فسخ العقد أو التعويض الذي سوف يقدمه البائع إلى المشتري في حالة كان هلاك العقار من قبل المشتري في حالتين اذا اتفق البائع والمشتري على ان الهلاك الجزئي يقع على المشتري كما في قيام المشتري بالصيانة والترميم ولم يقوم بهذا يكون هذا على عاتق المشتري تحمل الضرر في حالة تخلية العقار من قبل البائع وانذار المشتري بالانتقال إلى العقار ولم يقوم بالانتقال فإن هلاك العقار يكون على المشتري ويتحمل على عاتقه الضرر الذي أصاب العقار جزاء إخلال المشتري عن الانتقال الى العقار في حالة انتقال ملكية العقار عن طريق التسجيل في السجل العقاري.

ولم يقوم البائع بتخلية العقار يستطيع المشتري ان يقيم دعوى معاوضة يطلب فيها تخلية العقار من البائع باعتبار البائع غاصب العقار وأيضا يستطيع المطالبة في أجر المثل أبطال سندات التسجيل العقاري هي دعوى تقام من قبل المدعي أبطال تسجيل العقاري في حالات حالة قيام البائع بتزوير

١ - مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، ج٣، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٩، ص ١٣-١٤.

عقد البيع وبيع العقار إلى المشتري هذا من خلال طرق التزوير حسب المادة ٢٨٧ هي طريق التزوير المادي في اصطناع محرر وقيام المزور والشخص الذي استعمل المحرر في بيع العقار وهذا العقوبة حسب المادة ٢٨٩ من قانون العقوبات العراقي و قيام البائع بالاتفاق مع الموظف في دائرة التسجيل العقاري بتزوير السجلات العقارية وقيام البائع المزور ببيع العقار إلى المشتري مقابل رشوة إلى الموظف يسأل الموظف عن جريمة الرشوة ٣٠٧ وجريمة التزوير حسب المادة ٢٨٩ من قانون العقوبات العراقي ويسأل البائع المزور عن جريمة التزوير حسب المادة ٢٨٩ أو ٢٩٠ من قانون العقوبات العراقي وأبطال سندات العقار أيضا في حال قيام الوكيل بالتصرف بالوكالة وبيع العقار بهذا الحالة يصدر قرار من محكمة البداية بأبطال سند بيع العقار ويرسل القرار إلى دائرة التسجيل العقاري من أجل أبطال سند العقار ويجوز إقامة دعوى جزائية في تصرف الوكيل ببيع العقار هي الجريمة الواردة في نص المادة ٤٥٧ من قانون العقوبات العراقي في جريمة التصرف في منقول وعقار هي من جرائم الملحقة في جريمة الاحتيال حسب المادة ٤٥٦ من قانون العقوبات العراقي^١.

نقاط ومعلومات أساسية يجب ذكرها في العقد، لضمان حقوق الطرفين وإتمام عملية البيع والشراء بنجاح:

- ١- توضيح البيانات الخاصة بالعقار تفصيلياً، سواء سكني أو إداري أو شقة، رقمه، وصفه هل هو معيشي أو خاص بأعمال، عدد الأدوار، إذا كان عقاراً متعدد الطوابق ومساحته بالمتر.
- ١- توضيح كافة الوثائق والتعاقدات القانونية الخاصة بالعقار بالأرقام والتواريخ وتقديم صور رسمية من الأصول.
- ٢- يَذكر في العقد تفاصيل المعاينة الفعلية للعقار التي تمت بحضور البائع والمشتري.
- ٣- تحديد قيمة المبلغ المدفوع، وهل يتم دفعه على هيئة مقدم، ثم دفعات سداد أم مرة واحدة.
- ٤- إثبات صحة العقد في الهيئة العقارية لحماية المشتري من أي مخالفات قانونية أو تنازعات قد تظهر بعد ذلك.
- ٥- كتابة بند يشتمل على تعهد يُلزم صاحب العقار المطروح للبيع، بالمثول أمام أي جهة قانونية تطلب حضوره حتى بعد إتمام عملية البيع.
- ٦- وجود التوقيعات الخاصة بالبائع والمشتري وأيضاً أرقام الهويات الشخصية والبصمات والعناوين وارقام التليفون.

☒ عقد بيع عقار خارجي

نصت الفقرة الاولى من المادة ٩٠ من القانون المدني العراقي على انه

" ١- إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك " . كما نصت المادة ٢٤٧ منه على ان " الالتزام بنقل الملكية او أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون الاخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل " . ونصت المادة ٥٠٨ منه ايضاً على ان " بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون " كما نصت المادة ١١٢٦ / ٢ من القانون نفسه تنص "

^١- كريم العطر جي: مستشارك القانوني، الانترنت ، الموقع العراقي للاستشارات القانونية. محاضره منشورة ٢٠١٨.

٢- والعقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً " . كذلك نصت المادة ٣ / ٣ من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل على انه " لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري " والنصوص اعلاه تؤكد بان التسجيل في القانون العراقي يعتبر ركناً من اركان عقد بيع العقار ، وهو من العقود الشكلية ، التي حدد لها القانون شكلاً معيناً يجب مراعاته لانعقاد العقد وهو تسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، والا عد العقد باطلاً ويكون بحكم العدم وبناءً عليه فان البائع يبقى مالكاً للعقار حتى لحظة تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري فاذا ما اقام أية محدثات على الأرض فانه سيكون قد بنى او غرس في أرضه ولا نكون امام بناء على أرض الغير ، ولا حاجة لأعمال احكام الإلصاق على هذه المحدثات ، وله ان يمتنع عن تسجيل العقد ، ولا قدرة للمشتري على اجباره على التسجيل واذا كان المشتري لا يستطيع اجبار البائع على التسجيل فما هي الحقوق التي يمنحها القانون له في مثل هذه الحالة ؟ منح المشرع العراقي في المادة ١١٢٧ المذكورة من القانون المدني ، الحق للمشتري المطالبة بالتعويض عن الاضرار التي لحقت من جراء امتناع البائع عن التسجيل وقد اختلف الفقه في العراق في الاساس القانوني بتعويض المشتري في حالة نكول البائع عن التسجيل ، وقد قضت محكمة التمييز بإعادة البديل الوارد في العقد وكذلك شرط الضمان في حالة عدم التسجيل . والحال هذا فان محكمة التمييز قد قضت بالشرط الجزائي الوارد في العقد ، وبذلك قد اعتبرت العقد صحيح بما ورد فيه الا انه عقد غير مسمى اصلاً ، وان كان عقد باطل باعتباره عقد بيع عقار قبل التسجيل . وقد تدخل المشرع العراقي في هذا الموضوع من خلال القرار الذي اصدره مجلس قيادة الثورة المنحل برقم ١١٩٨ في ٢ / ١١ / ١٩٧٧ ، إذ حدد في الفقرة / أ منه التعويض الذي يستحقه المشتري في حالة امتناع البائع عن التسجيل ، وهو ما يعادل الفرق بين البديلين ، أي الفرق بين قيمة العقار وقت التعهد وقيمه وقت النكول . وهذا ما سار عليه القضاء بعد صدور القرار في اعلاه ، إذ قضت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية على انه " يحق للمشتري مطالبة البائع بالتعويض الذي يقدر بالفرق بين قيمة العقار المبينة في التعهد وقيمه عند النكول وقضت كذلك بان " ثبوت نكول المتعهد بنقل ملكية عقار يعتبر سبباً يبيح للمتعهد المطالبة بالتعويض الذي يقدر بالفرق بين قيمة العقار المبينة بالتعهد وقيمه عن النكول . ولا يشترط للحكم بالتعويض المنصوص عليه في القرار ١١٩٨ المذكور آنفاً ان يكون المتعهد مالكا للعقار . وتعتبر احكام القرار ١١٩٨ ، فيما يخص التعويض عن الاخلال بتسجيل عقد بيع العقار ؛ قد حلت محل الاحكام الواردة في المادة ١١٢٧ من القانون المدني^١ .

الفرع الثاني

- عقد بيع السيارات الشكلية التي يتطلبها هي التسجيل بدائرة المرور:

عقد بيع السيارة اذا لم يستوفي الشكلية القانونية بالتسجيل في دائرة المرور المختصة يعتبر غير منعقد ويعاد الطرفين المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد . عقد بيع السيارة اذا لم يستوفي الشكلية القانونية بالتسجيل في دائرة المرور المختصة يعتبر غير منعقد ويعاد الطرفين المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد^٢ .

١ - زيد سعدي حمادي: الاستشارات القانونية ط١ ، معرض بغداد للكتاب ، ٢٠٢٠ .

٢ - جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع والايجار والمقاوله، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٧٧، ص ٨٥

نقل ملكية المركبة وفقا لأحكام قانون المرور رقم ٨ لسنة ٢٠١٩

لقد صدر قانون المرور رقم ٨ لسنة ٢٠١٩ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ١٤٥٥٠ في ٢٠١٩/٨/٥ واعتبر نافذاً بعد مضي سنتين يوماً من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية أي أنه يعتبر نافذاً اعتباراً من ٢٠١٩/١٠/٦ وسار على نهج قوانين المرور التي سبقته باعتبار العقد الوارد على نقل ملكية المركبة من العقود الشكلية التي لا تنعقد إلا إذا سجلت في دائرة المرور المختصة قانوناً إذ تنص المادة ١٠ / اولا منه ((لا ينعقد بيع المركبة إلا إذا سجلت في دائرة تسجيل المرور المختصة قانوناً)) والزممت الفقرة ثانياً من المادة اعلاه البائع والمشتري أو وكيلهما القانوني بالحضور امام ضابط التسجيل في دوائر التسجيل والاقرار بذلك امامه الا ان الفقرة ثالثاً لم تشترط حضور البائع امام ضابط التسجيل في دوائر التسجيل في الحالات الاتية:-

أ. تسجيل المركبة لأول مرة بالاستناد الى كتاب من الهيئة العامة للكمارك او الشركة العامة لتجارة السيارات والشركة العامة لصناعة السيارات والمكائن ويتطلب حضور المشتري او وكيله القانوني وتقديم الوثائق وتثبيت بصماته في وسائل التسجيل.

ب. صدور قرار من المحكمة المختصة مكتسب درجة البتات بتسجيل المركبة او البيوعات الصادرة من دوائر التنفيذ ورعاية القاصرين.

ج. بيع المركبة من دوائر الدولة والقطاع المختلط.

وقد جاءت الفقرة رابعا من المادة انفة الذكر بحكم جديد لم يكن منصوصا عليه في القوانين السابقة إذ نصت على انه (إذا تعذر اتمام نقل ملكية او تسجيل المركبة الى الحائز او المشتري في دوائر التسجيل المختصة خلال (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ توقيع العقد المروري المبرم لاسباب خارجة عن ارادة المشتري فللحائز اقامة الدعوى لنقل ملكيتها اليه او تسجيلها باسمه امام المحاكم المختصة).

ان الفقرة رابعا قد جاءت استثناء من الاصل العام في شكلية عقد بيع المركبة وهذا الامر اقتضته الضرورات العملية وفيه معالجة ناجعة لمشكلة تعذر نقل ملكية المركبة وامتناع البائع عن ذلك وما تثيره من مشاكل كانت موجودة سابقا فضلا عن تحقيقه لجانب امني يتمثل بمعرفة مالك المركبة اذا ما استخدمت في ارتكاب جريم^١.

ان الشروط التي اوجبها قانون المرور النافذ لنقل المركب المشتريات بعقد خارجي يمكن تلخيصها بالاتي:-

١- يجب إقامة الدعوى امام محكمة البداية المختصة من قبل المشتري او الحائز وبالتالي لا يمكن للبائع ان يقيم الدعوى لغرض الزام المشتري بنقل ملكيتها وحقه ينحصر بالمطالبة بإعادة الحال الى ما كان عليه استنادا لبطلان عقد البيع الخارجي.

٢- ان يكون البائع مالك المركبة او وكيله القانوني.

٣- ان يكون العقد من العقود المرورية حصرا وهي النماذج التي تعدها مديرية المرور العامة وتزود مكاتب بيع المركبات ومعارض السيارات بها والتي تؤشر لديها وبالتالي فان كان العقد المبرم بين الطرفين من غير العقود المرورية لا يمكن تطبيق حكم الفقرة اعلاه.

٤- مضي مدة ثلاثين يوماً على إبرام العقد وانتهاء تلك المادة وتعذر نقل المركبة لأسباب خارج ارادة المشتري ويستوجب هنا توجيه انذار الى البائع للحضور امام دائرة المرور المختصة لنقل الملكية وتبلغه به اصولياً.

^١ - التصرف العقاري وفق نص الفقرة (١) من المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) هو: ((كل تصرف من شأنه انشاء حق من الحقوق العينية الاصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر الحق من الحقوق المذكورة)).

٥- يجب على المحكمة عند اقامة دعوى نقل الملكية التأكد من عائدة المركبة من خلال مفاتحة دائرة المرور المختصة حول ذلك وهل ان العقد من العقود المرورية المؤشرة لديها مع بيان الحجوزات والموانع ان وجدت.

٦- ان تكون المركبة بحيازة المشتري ويتم ذلك من خلال الكشف عليها من قبل المحكمة بمعرفة خبير مختص ومطابقة رقم المركبة ورقم الشاصي مع المعلومات الواردة في العقد المبرز.

٧- تسديد المشتري لكامل بدل الشراء وفي حال وجود متبقي ينبغي إيداعه في صندوق المحكمة لحساب البائع.

٨- في حال عدم حضور البائع للمرافعة في الدعوى او إنكاره للعقد المبرز تقوم المحكمة بالتحقق من صحة العقد ونسبته الى البائع من خلال إجراء المضاهاة بمعرفة خبراء الأدلة الجنائية المختصين بالمخطوطات او البصمات وعلى حسب الأحوال.

٩- توجه الخصومة في الدعوى في حال وفاة المورث (بائع المركبة) الى الورثة اضافة لتركه مورثهم باعتبار المركبة من الاموال التي انتقلت اليهم ارثا وكذلك الامر بالنسبة لورثة المشتري ينبغي إقامتهم للدعوى إضافة لتركه مورثهم.

١٠- اذا وجد ورثة قاصرين ينبغي ان يتم التثبيت من ان واقعة البيع حصلت حال حياة المورث ومن قبلة وادخال مديرية رعاية القاصرين المختصة شخصا ثالثا في الدعوى الى جانب القاصرين

١١- في حال وجود حجوزات على المركبة فللمشتري الخيار بنقل ملكيتها متقله بالحجوزات التي عليها او المطالبة بإعادة البديل^١.

-عقد بيع السيارة اذا لم يستوفى الشكلية القانونية بالتسجيل في دائرة المرور المختصة يعتبر غير منعقد ويعاد الطرفين المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد.

مبدء الحكم

عقد بيع السيارة اذا لم يستوفى الشكلية القانونية بالتسجيل في دائرة المرور المختصة يعتبر غير منعقد ويعاد الطرفين المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد .

نص الحكم

١- لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى النظر في الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون لأن العقد الخارجي اذا لم يستوفى الشكلية القانونية بالتسجيل في دائرة المرور المختصة يعتبر غير منعقد ويعاد فيه الطرفين المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ومن حق البائع استرداد السيارة من مشتريها لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز و صدر القرار بالاتفاق في ٢٣/شعبان/ ١٤٢٩ هجري الموافق ٢٥/٨/ ٢٠٠٨.

٢- لدى التدقيق والمداولة تبين أن الطعن التمييزي ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً وعند النظر في الحكم المميز ظهر انه صحيح و موافق للقانون لان بيع السيارة خارج دائرة المرور باطل بسبب عدم التسجيل وان العقد الباطل لاينت اثر بين العاقدين ويجب اعادتهما الى الحال السابق قبل العقد استنادا للمادة (١٣٨) من القانون المدني مما يترتب عليه وجوب أزام المدعى عليه بأعاده المبلغ المدعى به الذي تسلمه بموجب عقد البيع الخارجي للمدعي وهذا ما قضى به

١ - القاضي عبد الرزاق محسن صالح: نقل ملكية المركبة وفقا لأحكام قانون المرور رقم ٨ لسنة ٢٠١٩, العراق - بغداد, ٢٠٢١.

٢ - عادل كاظم جواد حسن العوادي: الخصومة في دعوى التعهد بنقل ملكية عقار عند وفاة المورث. بغداد ٢٠٢٢. ص ٨١-٨٧.

الحكم المميز فقرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ١٥ / رمضان / ١٤٣١ هـ الموافق ٢٥ / ٨ / ٢٠١٠ م^١

- الشكالية في عقد بيع المكائن:

الشكالية من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على خلافه . اما الرضائية فليست من هذا النظام وبالتالي فليس هناك من مانع يمنع المتعاقدين من اشتراط الشكالية ركنا لانعقاد البيع . وفي هذه الحالة لا يكفي مجرد الايجاب والقبول لانعقاد البيع , بل يلزم ايضا توافر الشكل المتفق عليه بين الطرفين.

مبدأ الحكم: عقد بيع المعمل المبرم عقود بين الطرفين يكون صحيحاً اذا كانت المكائن الموجودة فيه غير خاضعة لأحكام التسجيل المنصوص عليها في قانون الكتاب العدول.

نص الحكم

لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن القانونية قرر قبوله شكلاً وعند النظر في الحكم المميز ظهر انه صحيح وموافق للقانون وجاء اتباعاً لقرار النقض الصادر بعدد ١٣٠ / ١٢٩ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠٠٩ في ٢٠١٠ / ٢ / ١٨ اذ قامت المحكمة بإجراء الكشف على المعمل موضوع الدعوى وذلك بإنابة محكمة بداءة القائم وبمعرفة خبير قضائي مختص للوقوف عما اذا كانت المكائن المنصوبة في المعمل خاضعة لأحكام التسجيل المنصوص عليها في قانون الكتاب العدول والذي قدم تقريره المؤرخ في ٢٠١٠ / ٧ / ٢٩ المتضمن ان المكائن الموجودة في المعمل غير خاضعة للتسجيل وفق الاجراءات المنصوص عليها في قانون الكتاب العدول وبذلك يكون عقد البيع المبرم بين الطرفين صحيحاً ومن حق المميز عليه / المدعي المطالبة بنقل ملكية المعمل موضوع الدعوى دون الارض وهذا ما قضى به الحكم المميز عليه قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي مع تحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠ / رجب / ١٤٣٢ هـ الموافق ٢٢ / ٦ / ٢٠١١ م^٢.

١ - نوع الحكم :: مدني رقم الحكم :: ٦٣٩ / عقد بيع السيارة / ٢٠١٠ , جهة الاصدار: محكمة التمييز الاتحادية.

٢ - نوع الحكم: مدني رقم الحكم: ١٩١ / بيع معمل / ٢٠١١ , تاريخ اصدار الحكم ٢٠١١ / ٦ / ٢٢ : جهة الاصدار محكمة التمييز الاتحادية.

٢ - المبحث الثاني

- المطلب الاول
- فرع الاول.
- فرع الثاني.
- المطلب الثاني.
- فرع اول.
- فرع ثاني.

٢- المبحث الثاني: التكيف القانوني للشكلية الاتفاقية:

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

- المطلب الاول:- تفسير اتفاق الطرفين على اشتراط الشكل:

ان اشتراط الشكل بين الطرفين قد يكون في صورة صريحة، وقد يكون ضمناً، أي وفي الحالة الأخيرة يجب ان يكون الطرفان قادرين على إثبات ما جاء في اتفاقهم^١. ان على من يدعي وجوده ان يتمكن من إثبات دعائه. الا ان إثبات وجود مثل هكذا اتفاق، غير كاف لتحديد الأثر المترتب عليه، اذ يجب، والحالة هذه، ان يرافقه تحديد القصد من اشتراطه، أي ان كان الاتفاق على جعله مجرد دليل لإثبات العقد، أم عده شرطاً لانعقاده. والأمر هنا لا يتجاوز أحد فرضيين ستناولهما بالتتابع.

- فرع الاول:-

ان يكون الاطراف قد أوضحوا قصدهم من الشكل الذي اتفقوا عليه، سواء أكان معداً للإثبات أم للانعقاد، وسواء كانوا قد عبروا عن قصدهم، هذا، صراحة أو ضمناً، اذ ليس بالضرورة ان يكون التعبير صريحاً فيما اذا كان الشكل مقصوداً منه ان يكون شرطاً لانعقاد العقد^٢. ، وإنما المهم في هذا، سهولة استجلاء قصد المتعاقدين، وقد ذهبت الى تقرير هذا الأمر، بعض القرارات القضائية التي أفادت بإمكانية التعويل على الاتفاق الضمني على الشكل^٣. فيما اذا كان مطلوباً للانعقاد ومن الواضح، بأن هذا الفرض لا تثور فيه أية مشكلة مادام القصد من اشتراط الشكل الاتفاقية، فيه، واضحاً يمكن الاهتداء اليه بسهولة، وإنما يمكن ان تتضح الإشكالية، هنا، في الفرض الثاني من هذا البحث، وهو ما سنتطرق اليه في الآتي:

- فرع الثاني:-

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

وفي هذه الحالة، على القاضي ان يتحرى عن القصد المشترك لطرفي العقد من اشتراط الشكلية، وذلك بالرجوع الى بنود الاتفاق ذاته، والظروف والوقائع التي أحاطت به^٤. ، فان استطاع الوصول الى هذا القصد المشترك فانه يجب أعماله طبقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، وان كان لنا في هذا الموضوع بالذات - أي اتفاق الطرفين على شكلية خاصة

١- د. محمد علي عبدة ، دور الشكل في العقود ، ط ١ ، بيروت ، ٢٠٠٧ .

٢- د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد- العقود المسماة-، ج ١ ، عقد البيع والمقايضة، بلا مكان طبع، ١٩٥٣ .

٣- د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤ .

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

للانعقاد - وقفة خاصة سنضمونها بحثنا لاحقاً. اما ان لم يستطع ذلك، ولم يتمكن من تحديد حقيقة قصد الطرفين المشترك، هذا، فعليه ان يلجأ الى تطبيق حكم القانون في هذه المسألة، وان لم يكن متاحاً، فالاستئناس بما هو سار في الفقه والقضاء.

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

وهناك تشريعات أخرى، لم يرد فيها نص يضع حداً فاصلاً لمثل تلك المسألة، فمثلاً القانون الفرنسي لا يوجد فيه مثل هذا النص، وينبغي، هنا، على القاضي الاسترشاد بموقف الفقه والقضاء. ويرى القضاء الفرنسي بان أعمال القواعد العامة بهذا الصدد يقضي باعتبار الشكل المتفق عليه بين الطرفين، عند الشك، مطلوباً للإثبات لا للانعقاد. كما ان الفقه يؤيد هذا التوجه^٣.

كذلك الأمر في التشريع المصري، اذ لم يتضمن القانون المدني نصاً يفيد في حل الإشكال المذكور، الا ان مشروع تنقيح القانون المدني، كان يحوي نصاً يعتبر الشكل لاتفاقي، عند الشك، مطلوباً للانعقاد وليس لمجرد الإثبات، وهو نص المادة (١٤٩) والذي تم حذفه فيما بعد من قبل لجنة المراجعة^٤. وبالرغم من هذا، فان الفقه^٥. والقضاء في مصر، يذهب الى ان الشكل المتفق عليه بين الطرفين يكون معتبراً، عند الشك، للإثبات وليس للانعقاد، وذلك اعمالاً للقواعد العامة، ولان الأصل في العقود الرضائية.

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

واذا صح القياس، هنا، فلا شك بان المسألة في القانون العراقي تأخذ ذات الحكم في القانونين المصري والفرنسي، في ان أعمال القواعد العامة يقضي بترجيح كون الشكل مطلوباً للإثبات وليس للانعقاد فيما اذا لم يكن ظاهراً من الاتفاق عدله دليلاً لانعقاد العقد. ومن وجهة نظرنا - إن ابتغينا ترجيح احد الموقفين -، فان الشكلية المطلوبة للانعقاد لاتغني عن كون العقد ما زال

١ - نذير بن عمو: العقود الخاصة - البيع والمعارضة -، ط ١، مركز النشر الجامعي، تونس، ٢٠٠٨.

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

٣ - وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، ط ١، المطبعة التجارية، القاهرة، ١٩٥٥.

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

٥ - د. ياسر كامل الصيرفي، دور القاضي في تكوين العقد، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

رضائياً ، أي لا يمكن لأي من الطرفين – استدلالاً باتفاقهم على شكلية معينة لم يتضح القصد منها انها مطلوبة لانعقاد – ايقاف اعمال العقد لآثاره المنشودة منه ، ما دامت اركانه موجودة وفي مقدمتها التراضي بين الطرفين ، وهذا كافيّاً لانعقاده وانتاج آثاره ، وتبقى المسألة في نهاية الامر رهناً بالظروف والقرائن التي ترافق انعقاد العقد ، والتي بالامكان الاستدلال منها عما كان يبتغيه الطرفان من اشتراطهما لتلك الشكلية.

المطلب الثاني: - تحديد استلزام الشكل الاتفاقي:

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

- فرع اول: الأثر المترتب على تخلف الشكل الاتفاقي:-

في هذه الصورة من صور الاتفاق على الشكل، لا تكون هنالك أية إشكالية في تحديد التكييف القانوني المفروض لهذا الشكل، لأنه لا يلتبس بأي حال من الأحوال بالشكلية المفروضة من قبل المشرع، اذ انه لا يحول- باعتباره وسيلة إثبات- دون إبرام التصرف القانوني، فالأخير يكون باتاً، وينعقد بمجرد اتفاق طرفيه على عناصره الجوهرية، كما في^١. الاتفاق على المبيع والتمن في عقد البيع ، فانها كافية لاعتبار هذا العقد منعقد، وان لم يتم مراعاة الشكل المتفق عليه، لان الأخير لا يعدوا ان يكون، هنا، مجرد التزام ناشيء عن عقد انعقد بالفعل، وهو التزام بالقيام بعمل^٢.

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

- فرع ثاني: بطلان التصرف كجزاء لتخلف الشكل الاتفاقي:-

وفي هذه الصورة لا نلمس اتفاق الطرفين على الشكل لمجرد الحصول على دليل للإثبات، كما سبق، وإنما يكون شرطاً لانعقاد العقد، أي تعليق انعقاد الأخير على شرط استيفاء الشكل المطلوب. واذا كان الأمر كذلك، فانه ولاشك يشتهر بالشكل القانوني، وتصبح مسألة تمييزه عن الأخير، في غاية الدقة، وفي الوقت الذي يجمع فيه الفقه على ان الشكل القانوني الذي يفرضه المشرع متميزاً بالكامل عن الشكل الاتفاقي المطلوب للإثبات، الا انه الى ان الشكل الاتفاقي المطلوب يختلف في النقطة مدار البحث^٣، حيث يذهب جانب منه شرطاً لانعقاد، يماثل من حيث تكييفه القانوني، الشكل المفروض من قبل المشرع، ويؤدي في نهاية المطاف الى التحول

١ - ياسر كامل الصيرفي، مصدر سبق ذكره ٢٠٠٠.

٢ - وليم سليمان قلادة، مصدر سبق ذكره ١٩٥٥.

٣ - نعمان محمد خليل جمعة، مصدر سبق ذكره، ١٩٩٢.

بالجانب الرضائي للتصرف الى الجانب الشكلي منه^١. بينما ذهب جانب آخر ، الى نفي هذا التماثل وإقرار الاختلاف بين الشكليين.

ونحن نعتقد بان اتفاق الطرفين على شكلية مخصصة للانعقاد – أي ان عدم مراعاة هذه الشكلية المتفق عليها يؤدي الى عدم انعقاد العقد – ليس بالاتفاق المقبول على الاقل من وجهة النظر القانونية ، وتبرير هذا بان العقد ، رغم تأطيره باتفاق على شكلية خاصة تراعى لغرض انعقاده ، يبقى رضائياً ، وهذا النوع من العقود – أي العقود الرضائية – تنعقد ويترتب عليها أثرها بمجرد حصول التراضي بين الطرفين ودون توقف هذا ، على استيفاء أمر آخر ، مع مراعاة توافر بقية اركان الانعقاد^٢. ومعنى هذا ، ان الطرفين يتوهمان عدم الانعقاد – في حالة عدم مراعاة الشكلية المخصصة للانعقاد والمتفق عليها بينهما – في حين يكون العقد قد انعقد بتوافر اركان انعقاده.

فالتصرف الرضائي يبقى رضائياً ، ولأيمكن القول بتحويله الى تصرف شكلي لمجرد تقييد والقول بغير هذا ليس الا افراغاً لذلك التصرف انعقاده بشكلية يتفق عليها طرفاه الرضائي من محتواه^٣.

وعلى ما يبدو ، ان الجانب الاول من الفقه ، والذي ماثل بين الشكل الاتفاقي المطلوب شرطاً للانعقاد ، وبين الشكل المفروض من قبل المشرع ، قد غلب جانب حرية التعاقد باعتبار ان العقد شريعة المتعاقدين ، على جانب الالزام القانوني الذي يتضمن بان العقد ينعقد باتفاق طرفيه على المسائل الجوهرية – أي اركان انعقاده – ومن غير المقبول ، اعتبار الشكل الاتفاقي عنصراً جوهرياً في العقد ، أي يصبح بالتالي ركناً من اركان انعقاده ، وان كان هذا الامر منطبقاً على الشكل القانوني ، لان المشرع بارادته قد جعل الشكل ركناً من اركان انعقاد العقد الشكلي ، الا ان الشكل الاتفاقي لا ينطبق عليه ، حيث نعود الى ذات النقطة المحورية التي ابتدأنا منها ، وهي ان التصرف الرضائي ، يبقى رضائياً مع الاتفاق على الشكلية^٤.

وبعد هذا الطرح الذي تقدمنا به ، ننكر على الطرفين امكانية الاتفاق على شكلية خاصة يترتب على عدم استيفائها ، عدم انعقاد العقد ، وانما يبقى متاحاً امامهما الاتفاق على شكلية يحاط بها العقد دون المساس بانعقاده ، وان ما يمكن ان يرتبه عدم الايفاء به ، جزاءات اخرى بعيدة عن بطلان العقد او عدم انعقاده ، وهذا ما سيتم التطرق اليه في المبحث القادم.

- جزاءات أخرى غير البطلان لتخلف الشكل الاتفاقي:-

لما كنا قد انتهينا في المطلب الثاني من المبحث السابق، الى ان الشكل الاتفاقي قد يكون مطلوباً للإثبات، وقد يكون الغرض منه ، اعطاء العقد شكلية خاصة لا تكون مشروطة لانعقاده، لذا فقد يكون من السهولة ان نجد الجزاء المناسب المترتب في حالة عدم مراعاة الشكل المتفق عليه بين الطرفين اذا توجهنا صوب القواعد العامة، فاذا كان هذا الشكل يقتصر دوره في العقد على إثبات ما تم التعاقد عليه، فهو هنا لا يمثل سوى التزاماً بالقيام بعمل معين متولد عن عقد انعقد

١ - مصطفى محمد الجمال، مصدر سبق ذكره، ٢٠٠٤.

٢ - د. سعدي اسماعيل البر زنجي: مصدر سبق ذكره، ٢٠١٠.

٣ - توفيق حسن فرج، مصدر سبق ذكره، ١٩٨٥.

٤ - محمد علي عبدة، مصدر سبق ذكره ط١ ، بيروت، ٢٠٠٧.

بالفعل، فإذا رفض احد المتعاقدين الوفاء به، كان للأخر^١، وبما ان هذا الالتزام لا يمكن تنفيذه جبراً، فإن للمتعاقد الذي (إجباره على تنفيذه قضاءً) يرغب في استيفاء الشكل المنفق عليه، ان يطلب من المحكمة إصدار حكم بصحة التعاقد يحل محل هذا الشكل^٢.

واما في الفرض الثاني، ان كان الشكل الاتفاقي مقصوداً منه ان يتوقف انعقاد العقد على شرط استيفائه، فهنا تبدو الصورة أعقد قليلاً من الفرض السابق، في انه في حالة الأخير يكون العقد منعقداً وما دور الشكل فيه الا مجرد كونه احد التزاماته، اما في هذا الفرض فان العقد يكون متوقفاً باتفاق الطرفين على شرط استيفاء هذا الشكل، كأن يتفق البائع والمشتري في عقد بيع على انه لا ينعقد الا بمحرر رسمي، ففي مثل هذه الحالة، يذهب البعض من الفقه^٣، الى ان مثل هكذا اتفاق لا يعدو ان يكون سوى مشروع عقد غير ملزم، لان انعقاده معلق على استيفاء شرط الشكل المنفق عليه، وهو في مثالنا المطروح يمثل المحرر الرسمي، ومادام هذا الشرط لم يتم استيفائه، فان الاتفاق يكون غير ملزم، وبالتالي فان للطرفين حرية العدول عنه دون ان يكون لأحدهما حق إجبار الآخر على استيفاء هذا الشكل لكي يصل الى إبرام العقد المذكور ومن ناحية أخرى، فانهما غير ملزمين بما ورد في اتفاقهما، غير الملزم، من شروط اذا أقدمنا على إبرام العقد بصورة نهائية، ومن بينها، طبعاً، شرط الشكل المتفق عليه بينهما، فاذا إبرام العقد دون مراعاة لهذا الشكل، أي ان عقد البيع انعقد بدون محرر رسمي، فلا يكون، هنا، بمقدور احدهما التخلص من التزاماته المقررة بموجب هذا العقد الأخير بحجة ان الشكل المتفق عليه- أي المحرر الرسمي- لم يراعى، وذلك لسببين:- الأول، ان هذا الشكل لا يمثل شكلاً قانونياً، وبالتالي لا يوجب بطلان العقد الأصلي عند عدم مراعاته، لان هذا العقد إنما هو عقد رضائي بالرغم من تضمينه شرط الشكلية. اما الثاني، فان الطرفين بإقدامهما على إبرام هذا العقد بدون مراعاة للشكل المتفق عليه، يكونان قد تنازلا عنه ضمناً، وهذا اتفاق ضمني من جانبهما ينسخ الاتفاق السابق على الشكل. وذات الأمر يمكن ان نراه متحققاً فيما لو روعي شرط الشكل- المحرر الرسمي-، ثم تبين بعد ذلك بان هذا الشكل قد جاء معيباً نتيجة عدم استيفائه شرطاً من شروطه القانونية، ومع هذا نفذ المتعاقدين التزاماتهما، فان هذا يمكن تفسيره على انه اتفاق من جانبهما على ترك الشرط الذي علق عليه انعقاد العقد، وبالتالي لا يجوز لأي منهما، بعد هذا، التمسك بعدم انعقاده نتيجة عيب في الشكل المعلق عليه هذا الانعقاد. واذا كان هذا هو رأي الفقه بالنسبة للاتفاق الذي لم يستوفى فيه شرط الشكلية.

فنحن، على العكس من هذا، نعتقد - وكما سبق القول في ص من هذا البحث - بان العقد الذي يتضمن شرط الشكل.

وان كان الاخير مشروطاً بين الطرفين للانعقاد - هو عقد رضائي، وصفة رضائيته لا يمكن نفيها وتحويلها الى صفة شكلية لمجرد افتراض وجود هذا الشكل^٤. ومن ثم يكون حل هذه الاشكالية، أي ترتيب الاثر المناسب في حالة عدم استيفائه، عن طريق عدد من الاحتمالات، وهي كالآتي:

١ - حسين عبد القادر: معروف مصدر سبق ذكره، ٢٠٠٤.

٢ - سليمان مرقس: مصدر سبق ذكره، القاهرة، بلا سنة طبع.

٣ - عباس الصراف وآخرون: مصدر سبق ذكره، ٢٠٠٥.

٤ - خلف محمد: مصدر سبق ذكره، ١٩٨٠.

- الاحتمال الاول :- ان يتفق كل من الطرفين على التنازل عن الشكل المشترط بينهما ، سواء كان هذا الاتفاق صريح ، او ضمني عن طريق تنفيذ كل منهما للعقد دون مطالبة الطرف الاخر^١. باستيفائه ، وهذا ما يعزز كلامنا بان العقد ما زال رضائياً ، وانه يعقد بمجرد توافر اركان انعقاده دون توقف على استيفاء ، أمر آخر ، كما انه من باب آخر ، لا يمكن القول بان أمر انعقاد العقد او عدمه موكول الى ارادة الاطراف.

- لاحتمال الثاني : ان يحدد الطرفان مسبقاً ، الجزء الذي يترتب في حالة عدم تنفيذ احدهما للشكل المشترط ، باستثناء جزء عدم الانعقاد ، لذات السبب الذي أوضحناه في الاحتمال السابق ، وبالتالي يصبح من السهل تطبيق هذا الجزء المحدد من قبل الطرفين . الاحتمال الثالث : في حالة عدم تحديد الجزء - كما في الاحتمال الثاني - وعدم تنازل الطرفين عن المطالبة باستيفاء الشكل المشترط صراحة أو ضمناً - كما في الاحتمال الاول - فلا يبقى امامنا سوى النتيجة التي توصلنا اليها ، وهي اعتبار العقد منعقد ، ويستطيع صاحب المصلحة من الطرفين المطالبة قضاءً : اما بالتعويض تأسيساً على عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ الشرط المتفق عليه ، او قيامه بتنفيذ هذا الشرط على حساب الطرف المتصل.

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

١ - د. عبد المنعم البدر اوي، عقد البيع في القانون المدني، ط ١، بلا مكان طبع، ١٩٥٧.

الخاتمة

- ١- وجدنا، وعلى خلاف ما اتجه اليه بعض الفقهاء، بان الشكل الاتفاقي ليس شكلاً بالمعنى القانوني، ذلك ان الأقرب- من وجهة نظرنا- هو ان الشكل بمفهومه الدقيق، لا يتحقق الا في الإجراءات التي يفرض المشرع اتخاذها لإتمام التصرف القانوني، وبالتالي لا يمثل الا قيداً على إرادة المتصرف لا يتمكن معه من اختيار وسيلة التعبير عنها، والا كانت عديمة الأثر.
- ٢- ان اتفاق طرفي العقد على شكلية خاصة، لا يمثل الا تطبيقاً خالصاً لمبدأ الرضائية- وهو الذي يحكم التصرفات القانونية-، لان للمتعاقدين، هنا، حرية اختيار الشكلية التي يعبران بها عن إرادتهما. اما الشكلية المفروضة من قبل المشرع، فهي لا تكون الا استثناءً على المبدأ المذكور، وترد قيداً عليه.
- ٣- وجدنا بان الشكل الاتفاقي المشروط للانعقاد ، لا يمكن معه التعويل على الاثر ، الذي يترتب عليه عدم استيفاءه ، أي لا يمكن القول بتوقف انعقاد العقد – رغم كونه رضائياً توافرت اركان انعقاده – نتيجة عدم استيفاء شكلية خاصة تم الاتفاق عليها بين طرفي العقد ، والقول بخلاف هذا يجعل من السهل تحويل العقد الرضائي الى شكلي ، أي تماماً كما يفرض المشرع من شكلية تجعل العقد باطلاً عند عدم استيفائها ، وهذا ما لا يمكن قبوله كنتيجة في نطاق التصرفات الرضائية .
- ٤- وجدنا، لدى بحثنا في البطلان كجزاء مترتب نتيجة عدم تنفيذ الشكل الاتفاقي، بأنه جزاء لا يتناسب والقيمة القانونية لهذا الشكل، لان الأخير لا يمكن، من وجهة نظرنا، ان يعد شكلاً قانونياً يتساوى في الأثر مع الشكل الذي يفرض من قبل المشرع، وبالتالي لا يمكن القول بالبطلان جزاءً لتخلفه، وإنما يكون البطلان ناشئاً عن تخلف احد العناصر اللازمة لإبرام التصرف القانوني. واخيراً، وبالاستناد الى هذه النتائج المذكورة، يظهر بأن موقف المشرع العراقي في عدم ذكر الشكلية التي يتفق عليها الطرفان بنص خاص، كان غير مرجحاً، بالرغم من ان الأخيرة، وان كانت اتفاقاً له قيمته القانونية وآثاره التي لا يمكن بأي حال من الأحوال، إغفالها، الا انها لا يمكن ان ترقى الى مرتبة الشكلية التي يتطلبها المشرع في بعض التصرفات القانونية، والتي تؤدي عند إغفالها الى القول ببطلان هذه التصرفات. ومع كل ما سبق قوله، نبادر الى ضرورة وجود نص قانوني يتضمن الإشارة الى هذه الاتفاقات، تكون الفيصل في حسم أي خلاف قد ينشأ نتيجة التشبيه الذي يساوي تلك، بالأشكال التي يقتضيتها المشرع، وبالتالي اعتبار البطلان جزاءً لعدم مراعاتها من قبل احد طرفي الاتفاق.

المصادر:

- ✗ أنور سلطان: العقود المسماة- البيع والمقايضة-، ط ٢ دار نشر الثقافة القاهرة، ١٩٥٢
- ✗ انور سلطان ، الموجز في مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٠
- ✗ توفيق حسن فرج، القانون الروماني، بلا مطبعة، بيروت، ١٩٨٥.
- ✗ جاك غستان، موسوعة القانون المدني- تكوين العقد، ط ٣، بلا سنة طبع.
- ✗ جلال العدوي، أصول الالتزامات- مصادر الالتزام- منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧.
- ✗ جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦
- ✗ حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤.
- ✗ خالد ممدوح ابراهيم ، الشكلية في عقود الانترنت ، ٢٠٠٩ ، بحث منشور في الموقع الالكتروني: <http://Kanoun/montada.htm>
- ✗ خلف محمد ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ، الهيئة المصرية العامة للكتب ، ١٩٨٠.
- ✗ سعدي اسماعيل البر زنجي ، ملاحظات نقدية في القانون المدني ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٠،
- ✗ سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ✗ صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠١.
- ✗ طارق كاظم عجيل ، الوسيط في عقد البيع ، ج ١ ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠.
- ✗ عباس الصراف وآخرون ، مقدمة النظرية العامة لمفهوم الحق الشخص وتقسيمات العقود ، ط ١ ، دار الوائل للنشر ، الاردن ، ٢٠٠٥.
- ✗ وسن قاسم غني الشكلية الاتفاقية في العقود
- ✗ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، ج ١، القاهرة، ١٩٦٤.
- ✗ عبد الرشيد عبد الحافظ ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الاسلامي والقانون النهر الذهبي للطباعة والنشر ، القاهرة ، ٢٠٠٠.
- ✗ عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري- نظرية العقد والإرادة المنفردة-، بلا مكان طبع، ١٩٨٤.
- ✗ عبد المجيد الحكم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣.
- ✗ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
- ✗ عبد المنعم البدر اوي، عقد البيع في القانون المدني، ط ١، بلا مكان طبع، ١٩٥٧.
- ✗ عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.
- ✗ علي عبد العالي الاسدي ، النظام القانوني للشكل في قانون المرور ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل – العلوم الانسانية - ، مج ١٤ ، ٢٤ ، ٢٠٠٧.

- ✘ محمد جمال عطية، الشكلية القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٩٣.
- ✘ محمد علي عبدة ، دور الشكل في العقود ، ط١ ، بيروت ، ٢٠٠٧ .
- ✘ محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد- العقود المسماة-، ج ١ ، عقد البيع والمقايضة، بلا مكان طبع، ١٩٥٣.
- ✘ مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤.
- ✘ محمد وحيد الدين سوار ، الشكل في الفقه الاسلامي ، منشورات معهد الادارة العامة بالرياض،السعودية ، ١٩٨٥.
- ✘ نذير بن عمو ، العقود الخاصة – البيع والمعارضة - ، ط١ ، مركز النشر الجامعي ، تونس ، ٢٠٠٨.
- ✘ نعمان محمد خليل جمعة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القا
- ✘ التصرف العقاري وفق نص الفقرة (١) من المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) هو: ((كل تصرف من شأنه انشاء حق من الحقوق العينية الاصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر الحق من الحقوق المذكورة)).
- ✘ د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع والايجار والمقاوله، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٧٧، ص ٨٥.
- ✘ د. عبد المجيد الحكيم، دراسة في قانون التسجيل العقاري العراقي مع المقارنة بقوانين الدول العربية، الجزء الأول في السجل العقاري، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٣٣.
- ✘ مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، ج٣، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٩، ص ١٣-١٤ .
- ✘ نصت المادة الثانية من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) على أن: ((تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل التصرفات العقارية والأحكام القضائية الحائزة درجة البنات وما في حكمها الواردة على الحقوق العقارية الأصلية والتبعية وانتقال هذه الحقوق الى الخلف العام))
- ✘ د. سعدون العامري، الوجيز في العقود المسماة، في البيع والإيجار، ط٣، مطبعة العاني، ١٩٧٤، ص ١٣.
- ✘ تشترط بعض المذاهب الاسلامية (قبض المبيع) في عقد البيع الإمكان تصرف المشتري فيه وليس الانتقال الملكية، فالملكية تنتقل بالعقد، وهذا الشرط يقتصر على المنقول، أما في العقار فيجوز تصرف المشتري فيه قبل قبضه، وعلى أي حال فالقبض يزيد نقل الملك تأكيداً. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ٠٩-١٠، ف ٢٣١.
- ✘ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٤، البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١١ ، ص ٠٩، ف ٢٣١.
- ✘ د. حسن علي الفنون، العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥٣، ص ١٢٢، ف ١٣٧.
- ✘ د. عبد الرزاق السنهوري، ٤ المرجع السابق ، ص ١٠-١١ ف ٢٣٢.

✘ د. عبد المجيد الحكيم، هل يمكن أن يوجد التزام بنقل الملكية، وهل يمكن أن يكون للالتزام من أثر؟، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة الحادية والعشرون، ص ٣٩ وما بعدها.

✘ د. علي حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، بغداد، ١٩٧٠، ص ٢٠٧، ف ٣٥٧.

✘ يقابل هذا النص العراقي، نص المادة (٢٨٪) من القانون المدني المصري بقولها: ((يلتزم البائع بما هو ضروري لنقل الحق المبيع الى المشتري وأن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحي؟ أو عسيرة). والمادة (٣٩٤) من القانون المدني السوري، والمادة (٤١٧) من القانون المدني الليبي.

✘ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص ٤١٤، ف ٢٣٥. وكذلك د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، بغداد، ١٩٧٠، ص ٢٢٨، ف ٣٩٤.