

الجامعة اللبنانية
كلية الحقوق والعلوم السياسيّة والإداريّة
الفرع الثاني - جلّ الديب

العقود الشكليّة
رسالة أعدت لنيل شهادة الماستر 2 بحثي في القانون الخاص

إعداد:

كارلا أميل منصور

لجنة المناقشة:

رئيساً	الأستاذ المشرف	الدكتور جورج الأحمر
عضواً	الأستاذ	الدكتور رامي عبد الحي
عضواً	أستاذ مساعد	الدكتور عارف العبد

2019

الجامعة اللبنانية غير مسؤولة عن الآراء الواردة في هذه الرسالة وهي تعبّر
عن رأي صاحبها فقط.

الشكر

أتوجه بالشكر الجزيل من الدكتور جورج الأحمر

لإشرافه على دراستي، وتقديم الملاحظات القيّمة التي ساعدتني على إنجازها.

كما أشكر الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة الكريمة على تفضلهم بقبول مناقشة هذه

الرسالة.

الإهداء

إلى اللذين آمننا بي دون حدود، إلى أمي وأبي،

وإلى من علمني النجاح والصبر، زوجي الحبيب ...

أقدم كتابي هذا.

دليل المصطلحات الملخصة

➤ المصطلحات العربية:

- أ.م.م. : أصول المحاكمات المدنية اللبنانية.
- م.ع. : الموجبات والعقود
- ت. : تاريخ.
- ج.ل. : جبل لبنان.
- ص. : صفحة.
- ط. : طبعة.
- ع. : عدد.
- غ. : غرفة.
- ق. : قرار.
- ن.ق. : نشرة قضائية.
- ص. : صفحة
- م. : المادة

➤ المصطلحات الأجنبية:

- Bull : Bulletin
- Cass : Cassation
- CA : Cour d'Appel
- Civ : Civil
- Com : Commercial
- Dt : Droit
- Ed : édition
- EURL : Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée

- EUSRL : Entreprise Unipersonnelle Sportive à Responsabilité Limitée
- JCP : Juris- Classeur Périodique
- Jurid : Juridique
- LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- N : Numéro
- op. cit : opus citartus
- p : page
- Rev : Revue
- RTD : Revue Trimestrielle de Droit
- Req : requête

المقدمة:

يلعب العقد دوراً هاماً في الحياة الإجتماعية والإقتصادية اليومية، فهو الأساس في تنظيم هذه العلاقات، وهنا لا بدّ من تفسير العقد لتوظيفه بطريقة تتناسب مع مصلحة العلاقات الاجتماعية والإقتصادية.

ويتصل تطور فكرة العقد في الشرائع المدنية بتطور مبدأ سلطان الإرادة، بحيث أن إرادة المتعاقدين هي التي تحدّد مدى الإلتزامات التي يربتها العقد، وهذا ما لم تعرفه، بل ومنعته، القوانين القديمة كالرومانية، حيث ظلت القاعدة في هذا القانون هي العقود الشكلية¹، والتي كانت الأكثر حظاً وتوافراً، فكانت تسيطر على أغلب أشكال العقود.

وقد ظل الحال كذلك في القرون الوسطى إلى أن تحكّم سلطان الكنيسة بالقوانين، حيث أدخلت بعضاً من مبادئ الدين في العقود كاحترام الوفاء بالعهود، وأداء الثمن العادل في وقته، والتشجيع من عدم الوفاء بالالتزامات²؛ وبذلك بدأت إرادة الأطراف تأخذ السلطان الأكبر في تحديد مضمون العقد وكيفية البت والتنفيذ.

بعدها، تكرر مبدأ سلطان الإرادة في التشريعات المدنية التي ظهرت خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر والتي كانت فترة تقديس الحرية، وخاصة الفردية³، لكن الظروف الاقتصادية والاجتماعية

¹ عاطف النقيب، نظرية العقد، منشورات عويدات، سنة 1988، ص46.

² عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، سنة 1974، ص 46.

³ خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الثاني، مصادر الموجبات المتصلة بالإرادة، سنة 1987، ص12.

والسياسية الجديدة أبرزت عيوباً عديدة في تطبيق الحرية الفردية في كل أشكال العقود، مما أدى إلى تقلص هذا المبدأ واشتداد الإنتقادات التي وجهت إليه¹.

والعقد لغة هو العهد، وهو الإتفاق بين طرفين، يلتزم كلاهما بما يقتضيه²؛ وهو أيضاً بمعنى الأحكام والقوة، كما الشدّ والربط والتوثيق والإلتزام؛ ورغم تنوّع المعاني اللغوية لكلمة العقد إلا أن فحواها متشابهة.

أما قانوناً، فقد نظم المشرع اللبناني العقد ضمن قانون الموجبات والعقود الذي أقرّ ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 11 نيسان 1932، وقد بدأ العمل به بعد مرور ثلاثين شهراً على نشره وذلك اعتباراً من 11 تشرين الأول 1934. وتضمن هذا القانون قسمين أساسيين:

القسم الأول عالج فيه المشرع اللبناني النظرية العامة للموجبات والعقود ضمن الأحكام القانونية العامة، والتي تبدأ من نص المادة الأولى وتنتهي بنص المادة 371 م.وع.

أما القسم الثاني فقد عالجت كل عقد على حدة، وذلك ضمن الأحكام القانونية الخاصة، فقد خصص المشرع قواعد خاصة لبعض العقود التي أطلق عليها اسم العقود المسماة والتي تحدد المواصفات التي يجب أن تتوافر للعمل بهذه العقود³.

¹ محمد عبده، دور الشكل في العقود، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، سنة 2007، ص 24.

² تعريف و معنى عقد في مجمع المعاني الجامع-معجم عربي عربي

<https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar>

³ جورج الأحمر، النظرية العامة للعقد، محاضرات لطلاب السنة الثانية، كلية الحقوق و العلوم السياسية والادارية، الفرع الثالث، سنة 2016، ص 2.

ولقد عرف هذا القانون العقد في نص المادة 165 على أن: "الإتفاق هو كل التثام بين مشيئة وأخرى لإنتاج مفاعيل قانونية، وإذا كان يرمي إلى إنشاء علاقات إلزامية سمي عقداً".

ولما كان العقد بصورة بسيطة هو عبارة عن توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، فإن معنى ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة هو أساس العقد، والذي كرسته المادة 166 و176 م.وع.، ويجب أن يكون لها الأولوية والأهمية الكبرى عند إبرام العقد وتحديد الالتزامات والحقوق فيه، أما الشكلية فهي الإستثناء على هذا المبدأ.

فالشكل لغة من شكل الشيء وهو صورة الشيء المحسوسة أو المتوهمة، ويراد به غالباً ما كان من الهيئات¹. أما اصطلاحاً، فقد عرفه بعض الفقهاء² أنه الشكلية التي يستلزمها المشرع في بعض الأعمال أو التصرفات القانونية، فهو أسلوب محدد للتعبير عن الإرادة يفرض من قبل المشرع؛ كما أنه صورة من صور التعبير عن الإرادة التي يفرضها المشرع.

والفارق بين العقد بتراضي الطرفين والعقد الشكلي أن العقود الرضائية هي العقود التي تتعقد بمجرد توافق إرادتي طرفي العقد، أي باقتران الإيجاب والقبول فقط، بينما العقود الشكلية هي التي يشترط لانعقادها، علاوة على تراضي المتعاقدين، مراسيم شكلية يجب أن يتبعها المتعاقدان ليصح العقد ويلزم الطرفين³.

¹ لويس معلوف، المنجد في اللغة والإعلام، ط7، المطبعة الكاثوليكية، بيروت 1973، ص 398

² جميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، 1956، ص 125

- عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الاسلامي والقانون، النهر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، سنة 2000، ص 27.

³ عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2015، ص 163. و أيضاً في نفس المعنى =

وما يهمننا في هذا البحث، هي العقود الشكلية التي ورد ذكرها في نص المادة 171 م.وع. الفقرة الثانية: "وفي الأساس تتكون العقود بمجرد رضی المتعاقدين الاختياري فلا يتحتم إبرازها في أية صيغة رسمية إلا بمقتضى نص من القانون يوجب استعمالها".

ولكن هذه المادة أطلقت قاعدة عامة دون وضع معايير لها، كما أن المادة 177¹ من نفس القانون، ذكرت فقط أن الشكل مهم في العقد من خلال تعداده ضمن عناصر العقد في فقرتها الخامسة. واختيارنا لموضوع العقود الشكلية ينبع من عوامل متعددة تبرز أهمية اختيارنا لهذا الموضوع بكثرة العقود الشكلية من جهة، وبندرة المراجع الخاصة التي تناولت هذه العقود من جهة أخرى، حيث لم يتطرق الفقه إلى هذا الموضوع بشكل عميق وكاف.

كما أن صعوبة هذا الموضوع وأهميته في الوقت نفسه تكمن في تحديد القوانين وتفسيرها، فقانون الموجبات والعقود لم يذكر ما هي العقود الشكلية أو يحددها، كما لم يضع نظاماً قانونياً موحداً لها، بل إن هذه العقود جرى التطرق إليها في قوانين مختلفة ومتشعبة مما استدعى منا اللجوء إلى مختلف القوانين سواء أكانت قوانين عامة كقانون أصول المحاكمات المدنية، أو قوانين خاصة كقانون العمل، قانون الأحوال الشخصية، قانون الائتمان، قانون التجارة البرية والبحرية وغيرها من القوانين العديدة؛ كما أنه

= *Encyclopedie Dalloz, civil tome 3 (contrats et conventions) classification des contrats selon leur mode de formation, page 8.*

¹ المادة 177 من قانون الموجبات والعقود: لا مندوحة:

أولاً- عن وجود الرضى فعلا

ثانياً- عن شموله لموضوع أو لعدة مواضع

ثالثاً- عن وجود سبب يحمل عليه

رابعاً- على خلوه من بعض العيوب

خامساً- عن ثبوته، في بعض الاحوال، بشكل معين.

في الكثير من هذه القوانين لم يحدد المشرع ما إذا كان هذا العقد شكلياً أو رضائياً، مما أدى إلى اختلاف في الكثير من الفقه والاجتهاد بسبب الغموض الوارد في الكثير من هذه القوانين وصعوبة تفسيرها.

لذلك كان لا بد من طرح الإشكالية التالية والتي تتمحور حول المعايير التي تحدد متى يمكن اعتبار العقد عقداً شكلياً وكيفية تمييزه عن العقود الرضائية؟

وستتم معالجة هذه الإشكالية في منهج تحليلي مقارن واستنتاجي، على أن نتناول العقود الشكلية في القوانين المدنية والتجارية دون الإدارية، وتؤخذ في الاعتبار الأحكام القانونية الواردة في القانون الفرنسي والقوانين العربية الأخرى؛ لذلك وللمضي قدماً في الإجابة على هذه الإشكالية، سنبحث في حدود مبدأ سلطان الإرادة من حيث مفهومه بالإضافة إلى ضوابطه وحدوده القانونية (القسم الأول)، ثم نعلل أهمية دور الشكل في العقود المتنوعة مع مفاعيلها وأهدافها (القسم الثاني).

القسم الأول: حدود مبدأ سلطان الإرادة:

يقوم العقد على الحرية التعاقدية فيسعى إلى تنظيم العلاقات القانونية بين الأفراد أو المجتمع ككل، فالعقد ينشأ بالتّام بين مشيئة وأخرى تكون وليدة إرادة أطرافه الحرة، فيخلق أوضاعاً ومراكز قانونية جديدة؛ لذلك يحتل العقد أهمية كبرى في العالم؛ وهو يقوم على أساسين هما العدالة والمساواة.

كما أن مبدأ سلطان الإرادة هو أحد أهم المبادئ التي تحكم العقد (الفصل الأول)، ولكنه وكغيره من المبادئ له دائماً استثناء، وهذا الاستثناء له مبرراته القانونية الملزمة (الفصل الثاني).

الفصل الأول: مبدأ سلطان الإرادة:

لقد أخذ مبدأ سلطان الإرادة حيزاً كبيراً من الفقه والاجتهاد عبر العصور، فهذا المبدأ لم يكن سائداً قبل العصور الوسطى، ولكن عوامل عدة ساهمت بوجوده وجعلته محور اهتمام وأساس لكل عقد لا يمكن الاستغناء عنه.

ونظراً لأهمية هذا المبدأ و توسعه فلا بد من شرحه تحت عنوان مفهوم مبدأ سلطان الإرادة (المطلب الأول)، مع العلم أنه عاد و تراجع تدريجياً (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة:

إن مبدأ سلطان الإرادة يعني من تسميته أن الإرادة لها القرار الأول والأخير في إنشاء العقد وتحديد آثاره، فهي المهيمنة في العلاقة العقدية. فالإرادة هي ما يريد المرء، أي حريته في تقرير مصيره وتحديد واجباته وحقوقه بنفسه في العقد.

وعرفت تسمية "سلطان الإرادة" في القرن الثامن عشر من خلال الفقيه كنت (kant) لاعتباره أن المصدر الوحيد للعدالة ولكل موجب هو الإرادة¹.

¹ عاطف النقيب، نظرية العقد، الطبعة الثانية، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان 1998، ص47 (مأخوذ عن قال وتريه)

وقد مرّ بالعديد من المراحل خلال نشأته منذ العصر الروماني القديم (الفقرة الأولى) حتى وصل إلى ما هو عليه اليوم كمبدأ ثابت وأساسي يمكن تقسيمه إلى شقين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: نشأة المبدأ:

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة حديثاً¹ نسبياً لأنه لم يكن موجوداً قبل القرون الوسطى، حيث لم يكن لإرادة الفرد أي قيمة ما لم تقترن بالشكليات القانونية المطلوبة لقيام العقد، كالعقد الكتابي، والقرض القديم، والإشترط الشفهي وغيرها من الشروط.

فلم يكن مبدأ سلطان الإرادة سائداً في القانون الروماني، الذي يعتبر أصل القوانين الغربية الحديثة، فكانت التصرفات القانونية واردة على سبيل الحصر، ولم تكن الإرادة في ذلك العهد العنصر الوحيد لقيام العقد؛ فلم يكن يترتب على الإرادة أي أثر قانوني، لأنه لا قيمة لها دون الشكليات التي يقرها القانون. فالعقد الشكلي صحيح حتى ولو كان سبب الإلتزام غير مشروع² أو حتى غير موجود³. ونذكر من هذه العقود عقد النكسوم وعقد المشاركة الشفهية⁴.

فكانت الشكلية مجرد قوالب شكلية يصب العقد بها لقيامه⁵، ولكن عوامل عدة ساعدت على تطور الحضارة الرومانية تدريجياً⁶ في القرون الوسطى حتى أصبح للإرادة أثر في العقود، ومنها المبادئ الدينية

1 عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 153.

2 عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، الجزء الأول، مصر 1966، ص 154.

3 الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الأول، أركان العقد 1986، ص 50.

4 "عقد النكسوم: وهو ما كان يوجب حضور المتعاقدين وخمسة شهود وحامل الميزان، أما عقد المشاركة الشفهية فهو الذي كان يتم بمخاطبة الدائن للمدين بعبارة معينة، وبرد هذا الأخير عليها بعبارات أخرى تقليدية تفيد القبول بالتعهد المطلوب" خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الثاني في مصادر الموجبات المتصلة بالإرادة 2000، ص 12.

5 عبدالرزاق السنهوري، المرجع المذكور، ص 417.

6 عبدالرزاق السنهوري، المرجع المذكور، ص 155.

وقانون الكنيسة الذي أبرز الأفكار الأخلاقية، والتي تعتبر عدم الإلتزام بالوعد خطيئة، وتعتبر القسم مساوياً للإلتزام¹، وأصبحت المحاكم الكنسية تقبل بدعوى تنفيذ الإلتزام² بمجرد الاتفاق عليه من قبل الطرفين. فبرزت الإرادة أولاً كاستثناء.

كما وأن الفقه الاسلامي اعترف بالإرادة الحرة كعنصرٍ كافٍ لإنشاء العقد، استناداً إلى عدة آيات وأحاديث، أهمها ما جاء في القرآن الكريم: ((يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود³))، وفي موضع آخر ((وَقُلِ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفُرْ⁴))، وفي رواية "والمسلمون عند شروطهم ما لم يعص الله⁵...".

وما لبثت أن ساعدت النظريات الفلسفية والعوامل السياسية في تغيير الدور الذي تلعبه الدولة⁶، كما ساهم في ذلك تطوّر القانون الروماني وبروز الأفكار الليبرالية، وكان الفقيه روسو على رأس من أطلق نظرية العقد الإجتماعي من خلال كتابه "العقد الإجتماعي"؛ فتوسع دور الإرادة الحرة في العقود فأصبحت هي الأمر النهائي في الإتفاقات العقدية؛ كما أشار إليه العلامة لوزيل حين قال: "يربط الثيران بقرونهم والناس بأقوالهم"⁷؛ وبلغ هذا المبدأ ذروته في القرن الثامن عشر، فظهرت النزعة الفلسفية الفردية ومذهب الحرية الإقتصادية، وكان لا بدّ من التخلص من القيود التي تعيق سرعة التداول. وشجع أصحاب المذهب الطبيعي (الفيزوقراطيون) على المنافسة في النشاط الإقتصادي كونه يساعد على الاستقرار⁸، فأصبحت الأسعار رهناً بالعرض والطلب دون تدخل المشرع بتحديدتها⁹. وهذا

¹ محمد علي عبده، دور الشكل في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات ززين الحقوقية، بيروت، ص 20 و 21.

² مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الخامسة 2011، ص 155.

³ القرآن الكريم، سورة المائدة، من الآية رقم 1.

⁴ القرآن الكريم، سورة الكهف، من الآية رقم 29.

⁵ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، حديث رقم (2154)، كتاب الإجارة، باب أجر السمسة، دار الريان للتراث، 1986، ص 528.

⁶ "وكان ذلك بطريق التدرج في بسط نفوذ الدولة، وتدخلها شيئاً فشيئاً في الروابط القانونية بين الأفراد، والأخذ في حماية العقود التي تتم بمجرد الاتفاق. وكان من شأن ذلك أن هجرت الأوضاع القديمة، وحل محلها أشكال أخرى أقل إغراقاً في الفطرية والسذاجة"، عبدالرزاق السنهوري، المرجع المذكور، ص 156.

⁷ خليل جريج جزء 2 ص 13 خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة منقحة بقلم رمزي جريج، المنشورات الحقوقية صادر عام 2000، ص 13.

⁸ عبدالرزاق السنهوري، المرجع المذكور، ص 156.

⁹ عاطف النقيب، نظرية العقد، الطبعة الثانية، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان، 1998، ص 48.

ينسجم مع سياسة العلامة الإقتصادية "آدم سميث"، وهي: "دعه يعمل، دعه يمر. والذي يحمل في طياته دعه يتعاقد".¹

مما يعني أن الإرادة وحدها كافية لتكوين العقد وإنشاء مفاعيله بحسب ما يتفق فقاء العقد؛ فالعقد يكون مناسباً ومتوافقاً مع مصلحتهم طالما ارتضياه بأنفسهم دون أي ضغوطات من أحد.

ولم يقتصر الإقرار بهذا المبدأ على القوانين الوطنية، بل تبنته العديد من الاتفاقيات الدولية، فأصبح مبدأ ثابتاً في غالبية النظم القانونية وخاصة ذات النزعة الفردية.²

فأصبح التعويل قائماً على المقاصد والمعاني لا على الألفاظ والمباني³، على عكس ما كان سائداً قبل الثورة الفرنسية.

وأدت أهمية هذا المبدأ إلى دخوله في التشريعات الحديثة وذلك بعد البحث في النصوص الرومانية وتغيير بعض معانيها⁴، وهكذا أطلقت العبارة المشهورة التي أصبحت قاعدة قانونية عالمية وهي: "العقد

¹ C'est le principe du laisser faire, laisser passer que complète implicite, ent le laisser contracter, Jaques Guestin-op.cit-pqge 30.

² نصت المادة (1/1) من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية (البنديروا) على أنه: "يتمتع الأطراف بالحرية في إبرام العقد وفي تحديد مضمونه"، كما نصت إتفاقية روما لسنة 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية - والتي تعتبر بمثابة القانون الدولي الخاص للعقود بالنظر إلى النقل القانوني الذي تمثله الثقافات القانونية التي ينتمي إليها الدول الأعضاء - والتي نصت في المادة (1/3) منها على أنه: "يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف"، وأيضاً في القانون النموذجي لسنة 1985 الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي المادة 3 من مجلة الأحكام العدلية اللبنانية.

⁴ وفي العصور الوسطى وعصر النهضة تلقف شراح القانون الروماني بعض نصوصه وأدخلوا عليها تحريفاً غير في معناها أو اقتطعوا بعض الفقرات من النص الواحد وفصلوها عن بقية النص مما أدى إلى تغيير معناها وقد لجؤوا إلى هذا السبيل بعد تغيير ظروف المجتمع التي اقتضت إطلاق الإرادة من أغلالها بتأثير الفلسفة المسيحية والقانون الطبيعي، وكلاهما يوجبان على الشخص أن يفي بما تعهد به. فهم قد حرقوا القاعدة التي أوردها البريتور في منشوره بأن العهد كان مسؤولاً والتي تعني سأل عمل على حماية الاتفاقات، ومعناها «كل اتفاق يجب الوفاء به» وعمل الفقيه دوماً على تغيير نص منسوب للفقيه البيانوس ورد في موسوعة جستنيان يقول بأن «العقود تستمد قانونها من الاتفاق» فقد اعتمد دوماً على هذه الفقرة وترجمها بعبارة المشهورة «العقد شريعة المتعاقدين» وهكذا توصل القانون الحديث إلى استنباط مبدأ سلطان الإرادة من النصوص الرومانية بعد تغيير بعض معانيها: الموسوعة العربية، الموسوعة القانونية المتخصصة // <https://www.arab-ency.com>

شريعة المتعاقدين"؛ ولقد تبنى هذا المبدأ التشريع الفرنسي كما تبعه التشريع اللبناني وغيره من القوانين العربية والغربية.

حيث كرسه القانون المدني الفرنسي عام 1804¹ بالمادة 1134، والتي تقول "أن الاتفاقات المعقودة على وجه قانوني تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقيدها"²، وتترادف معها المادة 166 من قانون الموجبات والعقود اللبناني: "إن قانون العقود خاضع لمبدأ حرية التعاقد، فلأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤون، بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة إلزامية".

وذكر هذا المبدأ في الفصل الخاص بالعقود لا يلغي دوره الأساسي في جميع الأعمال القانونية الأخرى، كما نصت المادة 176 من نفس القانون: "إن رضى المتعاقدين هو الصلب والركن لكل عقد بل لكل اتفاق على وجه أعم".

كذلك عبّر القانون المصري عن هذا المبدأ في المادة 89: "على أنه يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين"، والمادة 147 فقرة أولى: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون؛ كما نص القانون الجزائري بدوره على هذا المبدأ أيضاً في المادة 106 من القانون المدني بقوله: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون".

ومبدأ سلطان الإرادة ينشئ حقوقاً والتزامات بين طرفي العقد بعد إبداء إرادتهما بإنشائه، فهو بذلك ينقسم إلى شقين كما سنبيّن في الفقرة الثانية.

¹ خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة 2000، منقحة بإشراف المحامي رمزي جريج، المنشورات الحقوقية صادر، ص14.

² Article 1134: les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux aux les ont faites.

الفقرة الثانية: تقسيم المبدأ:

يتألف مبدأ سلطان الإرادة من شقين، الشق الأول يتعلق بتكوين العقد أما الشق الثاني فيتعلق بمفاعيل الإلتزام. فتكوين العقد يعني إنشاء حقوق والتزامات بين طرفيه بمجرد توافر الإرادة الحرة التي تعتبر كافية وحدها لإنشاء العقد كونها هي أساس وجوده، أي أنه في حال انعدمت أو كانت غير حرة بطل العقد¹.

فالإرادة الحرة هي مصدر الإلتزامات²، وهي مظهر شخصية الانسان³، والذي يعتبر حراً عندما تكون إرادته حرة باتخاذ التصرفات القانونية التي يشاء ومع من يشاء. فبالإضافة إلى حرية التعاقد بالاتفاق على ما يشاء، عليه احترام ما اتفق عليه مع المتعاقد الآخر، أي احترام الإرادة التعاقدية؛ كما له حرية التعاقد أو عدم التعاقد مع الطرف الآخر⁴؛ فاختيار من يتعاقد معه يعود لإرادته الحرة ولا يمكن لأحد إجباره على التعاقد مع طرف لا يريده، ما لم ينص القانون على عكس ذلك⁵، وهذا يعني أن الحرية التعاقدية هي أساس مبدأ سلطان الإرادة⁶.

فيكون الطرفان متساويين ومستقلين في العقد لأن كلاً منهما يختار بإرادته الحرة إذا ما كان يريد التعاقد على الموجبات المفروضة عليه أو لا يريد؛ فالعقد شريعة المتعاقدين اللذين يخضعان لما اشترعاه.

¹ عاطف النقيب، المرجع المذكور، ص50.

² عبدالرزاق السنهوري، المرجع المذكور، ص157.

³ خليل جريج، المرجع المذكور، ص12

⁴ "إذا كان الشخص مالكا عقارا رغب جاره في شرائه فلا يكون للجار أن يلزمه ببيع عقاره منه وان اغراه بالثمن يؤديه له، و

لا يحايب عن رفضه إذ لا محل للتوسل بالتنسّف باستعمال الحق في وجهه". عاطف النقيب، نظرية العقد، ص58،

⁵ المادة الثانية فقرة أولى من المرسوم الاشتراعي رقم 105 تاريخ 1977/6/30 هيئة ضمان: "يلزم كل سائق باجراء عقد

ضمان يغطي المسؤولية المدنية التي يمكن ان تترتب من الاضرار الجسدية التي تسببها مركبته للغير، 105/77 وفقا

للمادة الثانية من المرسوم الاشتراعي وعليه إثبات هذا العقد بموجب بطاقة تسلّم له. كما يلزم السائق بلصق طابع خاص

يشير إلى هذا الضمان في الزاوية اليسرى العليا من زجاج المركبة الامامي".

⁶ محمد عبده، دور الشكل في العقود، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، سنة 2007، ص28.

فإرادتهما هي المصدر الوحيد للإلتزام، وبذلك يكون العقد عادلاً¹، لا بل كل ما هو عقدي هو عادل لأن المرء لا يمكن أن يضر نفسه².

فمبدأ سلطان الإرادة يعطي قيمة لشخصية الفرد الذي يعتبر سيد نفسه في العقد ولا سلطة خارجية عليه من أحد. ويتم التعبير عن هذه الإرادة الحرة بأي شكل فلا يشترط أشكالاً معينة، فيمكن أن تكون صريحة كاللفظ، أو بالكتابة أو بالإشارة، أو ضمنية تستنتج من الأحداث؛ أي قد تكون الإرادة ظاهرة كما قد تكون باطنة.

أما بالنسبة لمفاعيل الإلتزام فالذي لا يكون طرفاً في العقد لا يشمل ولا يسري عليه من ناحية الواجبات والحقوق. إذ أن طرفيه هما اللذان يعينان آثار العقد القانونية³ بإرادتهم الحرة، ويصبح العقد لهما بمثابة القانون⁴، فلا يمكن تعديله من قبل أي طرف كان أو من قبل القضاء⁵.

فنستنتج أن هذه القوة الملزمة للعقد مصدرها الإرادة المشتركة بين طرفيه، والتي من دونها لا يحدث أي أثر قانوني⁶. فعلى الطرفين أن يلتزما بنتائج العقد، ومن يخل بالتزاماته يتعرض لعقوبة جزائية، وهذا ما عزز دور القوة التنفيذية للعقود⁷.

وهذه العقود القائمة على الإرادة الحرة دون أي شرط آخر، هي العقود الرضائية. فالعقد الرضائي بحسب الفقرة الأولى من المادة 171 موجبات: "هي التي لا يكون انعقادها موقوفاً على شرط ظاهر

¹ عاطف النقيب، نظرية العقد، المرجع المذكور ص 48 49.

² Jaques Ghestin-Formation du contrat 3^{ème} édition.Delta 1996_ Page 27. « L'homme ne pouvant agir contre ses intérêts, ses obligations volontairement consenties ne peuvent être que justes, la seule tâche du droit est d'assurer l'égalité des libertés en présence; tout contrat libre est un contrat juste quel qu'en soit par ailleurs le contenu»

³ عاطف النقيب، المرجع المذكور، ص 49.

⁴ Code civil français article 1134: "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise".

⁵ عاطف النقيب، المرجع المذكور، ص 50.

⁶ محمد عبده، المرجع المذكور، ص 44 40،

⁷ مصطفى العوجي-الجزء الأول-العقد-الطبعة الخامسة 2001-منشورات الحلبي الحقوقية، ص 120

خاص، بل يكفي أن يتجلى فيها رضى المتعاقدين بحرية تامة وبأي شكل كان". أي أنه يتجلى مبدأ سلطان الإرادة بهذه العقود، فيكون وحده كافياً لتكوين العقد الرضائي¹؛ كعقد البيع مثلاً، إذ لا يحتاج إلا لحرية المتعاقدين بالعرض والإيجاب دون أي شرط آخر لقيامه صحيحاً.

وبحسب الفقيه عاطف النقيب، لمبدأ سلطان الإرادة نظريتان، الأولى التقليدية والتي تطلق الحرية كاملة لمبدأ سلطان الإرادة في العقود؛ على عكس النظرية المستحدثة التي تقيّد مبدأ سلطان الإرادة بسبب مصلحة المجتمع والفكر الاشتراكي². وهذا ما سنتطرق إليه في ما يلي.

المطلب الثاني: تراجع مبدأ سلطان الإرادة:

ظهرت النظرية الحديثة تبعاً للتطور الذي حصل في المجتمع على جميع الأصعدة، وأصبح العقد عنصراً أساسياً في المجتمع على الصعيد الإقتصادي والاجتماعي، ما أدى إلى بروز عدة قيود تحد من مبدأ سلطان الإرادة بحجة التخفيف من مساوئه؛ وتتنوع هذه الضوابط بين ضوابط إجتماعية فرضها المجتمع لحماية المصلحة العامة (الفقرة الأولى) وضوابط قانونية فرضها المشرع لحماية الطرف الضعيف في العقد (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الضوابط الإجتماعية:

لا بدّ لكل دولة أن تتبنى نظاماً إقتصادياً معيناً تسير وفقه. ونذكر من بين النظم الرأسمالية والإشترابية، فبعد أن سيطرت الرأسمالية ومبدأ الفردية على العقود عادت وتراجعت لصالح المبادئ الإشترابية كالمساواة الطبقيّة والضمان الإجتماعي وتغليب الجماعة على الفرد؛ ففي حال تعارضت

¹ مصطفى العوجي، المرجع المذكور، ص 147.

² عاطف النقيب، المرجع المذكور، ص 45.

المصلحة الفردية مع المصلحة الجماعية يغلب المجموع على الفرد أي الصالح العام والذي يفيد المجتمع ككل ولو كان يضر فرداً معيناً، فلا يقبل تفضيل مصلحة فرد على المجتمع.

من هنا تراجع مبدأ سلطان الإرادة وبدأ يظهر الميل للتخفيف من مساوئه على المجتمع مما أثر على القانون الذي أخذ هذه الأفكار التي تهدف إلى التضامن الإجتماعي بعين الاعتبار¹.

فالمعارضون لمبدأ سلطان الإرادة اعتبروا أن غاية العقد هي التضامن الإجتماعي، والذي يظهر من خلال قوة تماسك المجتمع وتلاحمه واستقراره. فالإلتزامات بين المتعاقدين يجب أن تكون مستندة على المساواة والاستقرار في التعامل والنظام العام، وليس على أساس إرادة الفرقاء المطلقة².

كما اعتبر الفقيه الياس ناصيف أن القول بأن الإرادة هي مصدر لكل الحقوق هو قول لا يمتّ للواقع بصلة، فالإرادة ليست أساس العقد بل المصلحة العامة التي يجب اعتبارها الأساس لكل التزام³.

ومن الأمثلة لعدم خضوع العقد لسلطان الإرادة، وترجمة لمراعاة التضامن الإجتماعي من قبل المشرع، نذكر أن الملكية ليست مطلقة فلا يمكن للمالك إضرار غيره باستعمال ملكه وبالتالي خاضعة للضوابط التي تتمثل بالتضامن الإجتماعي. والميراث لا يهدف فقط إلى تحقيق إرادة المورث، بل أيضاً إلى تحقيق مصلحة الأسرة والمصلحة العامة⁴.

فهذه الضوابط الإجتماعية تلعب دورها من خلال الآداب العامة، وذلك باحترام المتعاقدين للآداب والنظام العام والأحكام القانونية عند التعاقد، والذي يحّد من الإرادة المطلقة التي قد تضر المجتمع في حال بقيت دون ضوابط⁵. فالضوابط الإجتماعية المذكورة إنما غايتها حماية المصلحة العامة للمجتمع، ولكن هناك ضوابط قانونية فرضها المشرع لحماية الطرف الضعيف في العقد، والذي لن تتحقق العدالة في العقد له إلا بهذه الضوابط الموضحة في الفقرة التالية.

¹ محمد عبده، دور الشكل في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات ززين الحقوقية، بيروت، ص24.

² الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الأول، أركان العقد، سنة 1986، ص53.

³ الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الأول، أركان العقد، سنة 1986، ص56.

⁴ عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، 1974، دار النهضة العربية(بيروت)، ص45.

⁵ عاطف النقيب، المرجع المذكور، ص61.

الفقرة الثانية: الضوابط القانونية:

بما أن المتعاقدين ليسا دائماً متساويين¹، فليس كل ما هو عقدي هو عادل دائماً، لذلك تدخل المشتري لفرض الضوابط القانونية على مبدأ سلطان الإرادة². وقد تطرق إلى هذه الضوابط بعدة نصوص وكان أبرزها نص المادة 166 موجبات وعقود: "إن قانون العقود خاضع لمبدأ حرية التعاقد، فلأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤون، بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة إلزامية".

ويتبين من هذه المادة تأثر القانون اللبناني بالمذهب الإجماعي³، فهذا النص أظهر لنا أبرز الضوابط التي تقيد، مبدأ سلطان الإرادة؛ مع العلم أن أحد الفقهاء اعتبر أن هذه المادة لا لزوم لها، بمعنى أنها لا تعلمنا شيئاً جديداً، وأن ما تنص عليه هو مسلم به ومعروف، فحرية الفرد ليست مطلقة ومصالحة المجتمع تعلق ومصحة الفرد⁴.

كما أن المادة 221 موجبات وعقود نصت على ما يلي: "إن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين. ويجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفقاً لحسن النية ولإنصاف والعرف"، ويتبين من هذه المادة القيود التي وضعها المشتري على مبدأ سلطان الإرادة، وهي القانون (العقود المنشأة على الوجه القانوني)، ومبادئ العدالة (حسن النية والإنصاف والعرف)؛ وبذلك يكون قد رتب العقود فيما بين الفرقاء على أساس العدالة ومصحة المجتمع⁵.

وبالرغم من كثرة التقييدات بسبب تدخل المشتري إلا أنها ضرورية وأساسية لأنه يتدخل لإعتبارات إجتماعية وإقتصادية⁶، كحماية الحرية العقدية وحقوق الطرف الضعيف في العقد. كما أن المجلس

¹ مصطفى العوجي ج 1 ص 80

² محمد عبده، دور الشكل في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات ززين الحقوقية، بيروت، ص 32.

³ خليل جريج، ص 16

⁴ اميل تيان ص 141

⁵ عبدالمنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، 1974، دار النهضة العربية(بيروت)، ص 44.

⁶ اميل تيان ص 141

الدستوري الفرنسي لم يعطِ مبدأ سلطان الإرادة قوة المبادئ الدستورية¹، فتدخلُ المشتري بتكوين العقود في فرنسا أدى إلى تراجع هذا المبدأ بنظر الفقه، إذ أصبح تدخله إلزامياً في تنظيم العقود².

ويختلف دور الإرادة تبعاً لاختلاف القانون الذي يرضى الروابط الإجتماعية، ففي القانون العام تكون المصلحة العامة هي التي تحدد الروابط وليس الإرادة الحرة، وذلك بهدف حماية هذه المصلحة الأساسية. كذلك تلعب الإرادة في القانون الخاص دوراً محدوداً، لأن القانون يرضى مصلحة الأسرة فيها بشكل أساسي فينظم الروابط والآثار بما يتماشى مع مصلحة الأسرة والمجتمع.

أما فيما يخص الأموال والحقوق العينية فيتسع دور الإرادة فيها، ولكن قد يختلف الأمر بالنسبة لآثار هذه الحقوق حيث يتقلص دور الإرادة لمصلحة القانون³. كما أن تدخل المشتري لفرض القيود التي تؤثر على دور الإرادة يختلف من بلد إلى آخر؛ وكلما قللنا هذه القيود كلما كثرت الرساميل الأجنبية ونشطت التجارة الدولية⁴.

كما يعتبر البعض أن مصادر الحقوق هي الإرادة، ولكن أصبحت الحقوق مقيدة فعلياً بالنظام العام والآداب العامة بأمر القانون، فليس من الممكن القول في هذه الأيام بأن الإرادة هي مصدر كل الحقوق، فالملكية مثلاً مقيدة بالتضامن الإجتماعي، والميراث يرجع إلى اشتراك الأسرة بالأموال، والعقوبة أساسها اعتبارات إجتماعية⁵، وعقد الايجار الذي عدل من مفعوله ومن بدله، وذلك لمصلحة الفريق الأضعف في العقد⁶، كذلك قانون العمل الذي يرضى مصلحة العمل للذي يعتبر الطرف الضعيف في العقد⁷.

¹ خليل جريج ص16

² خليل جريج ص14

³ عبدالرزاق السنهوري ص161، 162

⁴ اميل تيان ص141

⁵ عبدالرزاق السنهوري ص159، 160

⁶ محمد عبده ص35

⁷ اميل تيان ص142. "لو لم يكن من أحكام الزامية في قانون العمل، لكان أرباب العمل يستبدون بالعمال والمستخدمين، مستغلين حاجتهم وافتقارهم إلى ايجاد عمل لكسب وتأمين موارد العيش لهم ولعائلتهم، فيرغمونهم على قبول شروط قد تكون ظالمة ومجحفة بحقهم"

هذه الضوابط وغيرها أدت إلى تراجع مبدأ سلطان الإرادة وبرز إلى حيز الوجود الاستثناء على هذا المبدأ، والذي يتمثل بالشروط الشكلية التي فرضت على العديد من العقود.

الفصل الثاني: الإستثناء على مبدأ سلطان الإرادة:

اكتسب مبدأ سلطان الإرادة في أول نشأته حيزاً كبيراً في شتى أنواع العقود، وذلك رداً على عصور طويلة اتسمت بالشكالية وتقييد الحرية الفردية وإتباعها لسلطة القانون كالدولة والكنيسة؛ فبدأ هذا المبدأ يفرض نفسه في معظم العقود، إذ أصبح مجرد تبادل التراضي بين المتعاقدين، دون الحاجة إلى شكل أو قيد معين، كافياً لانعقاد العقد، حتى ولو كان هذا التراضي شفهيّاً. ولكن بعد فترة وجيزة، بدأ هذا التحرر الكامل من الأشكال يتصدع بسبب الكثير من العيوب التي برزت فيه لأسباب تتعلق بانتفاء العدالة والكفاءة بين الأطراف؛ ولهذا عادت العقود الشكالية (**المطلب الأول**) لتبرز من جديد في الكثير من أنواع العقود في محاولة من المشرع لتنظيم أشكال العقود الشكالية (**المطلب الثاني**)، بحيث أصبح القانون يستلزم توافر شكل معين لانعقاد عقد ما.

المطلب الأول: العقود الشكالية:

العقد الشكلي هو العقد المقابل للرضائي، والذي يكفيه تقابل الإيجاب بالقبول للانعقاد، في حين أن الشكلي يتطلب شكلاً معيناً لانعقاده. والعقد الشكلي بمفهومه يتميز عن العقد الرضائي بكونه أكثر دقة ودراسة وتعمقاً من الرضائي وقد نشأ هذا العقد الشكلي من مصادر عدة (**الفقرة الثانية**) وجدت من الضروري ربط العقد بشكل واجب، فهو يتطلب وقتاً وجهداً إضافيين للانعقاد، بما يسمح لطرفي العقد بوقت إضافي للتأني والتفكير وإعادة الحسابات قبل عقده، ولهذا الأمر حسناته وسيئاته (**الفقرة الأولى**)، ولكن المشرع وجد أن من الضروري تكوين هذه العقود بهذه الصورة حفاظاً على العدالة وحماية في أغلب الأحيان للطرف الأضعف في العقد.

الفقرة الأولى: مفهوم العقود الشكالية:

كما ذكرنا آنفاً، أصبح من المعلوم أن العقود تنشأ من تلاقي إرادتين بالإيجاب والقبول، وأن كلاً منهما يقتضي التعبير عنها لإظهارها من الخفاء إلى المظهر المادي الملموس، أي من مجرد إرادة إلى شيء ذي قوة عقدية. وهذا التعبير عن الإرادة يتنازعه مبدأن:

- مبدأ الرضائية والذي يعتبر الإيجاب والقبول كافيين لانعقاد العقد بمعزل عن أي عوامل أو أشكال أو مؤثرات خارجية، أي منح الأفراد حرية اختيار التعبير الملائم لإرادتهم.
- مبدأ الشكلية ويختلف عن الرضائية بأنه لا يكفي بمجرد الإرادة لعقد العقد، ويعني إلزام الأفراد بشكل محدد للتعبير عن إرادتهم العقدية، بالإضافة إلى شكل - بما يشبه الطرف الثالث - يكون لزاماً في العقد لانعقاده أو ثبوته.

وإذا كانت الرضائية تشكل القاعدة العامة التي تحكم التصرفات القانونية في النظم القانونية الحديثة، فإن الشكلية أصبحت الإستثناء فيها، مقتصرة بذلك على أشكال فرضها المشرع في إطار أخذ العقد لآثاره القانونية، فهي بذلك قيود على الإرادة الفردية التي لا تملك إزاءها حرية الاختيار، ولا يكتمل التصرف القانوني بانعدامها. فالشكلية هي عبارة عن إفراغ العقد في شكل معين يستلزمه القانون، وذلك كركن أساسي للتصرف القانوني، أي ثبوت الإرادة بمقتضى القانون، بحيث يكون العقد باطلاً في حال عدم توفر الشكل؛ كما هي خروج مباشر لمبدأ الوصائية، وتتطلب شكلاً معيناً كشرط أساسية لقيام العقد الشكلي.

وبما أن هذا النوع من العقود يعطي المشرع، أو الدولة، السلطة للتدخل في تفاصيلها وتصيب شكل يكون لزاماً في أي تصرف أو انعقاد، كانت فكرة محبذة في العصور القديمة ابتداء من القانون الروماني، والذي يعتبر أحد أقدم القوانين، وذلك لأن القانون كان يحبذ التدخل في شتى أنواع العقود، غير أبيه أو معترفٍ بأي سلطان للإرادة الفردية، فلم تكن إرادة المتعاقدين كافية لإتمام معظم أنواع العقود، بل كان لا بدّ أن يتمّ العقد في الشكل الذي كانوا يسمونه أمام القضاء، وهو الذي يستلزم حضور شهود وميزان وعبارات معينة بالنسبة للأعيان الشكلي أي التسليم المادي، أو بوضع اليد لمدة طويلة للتملك بغير عقد طبقاً لقانون يعطي القوة للمتملكين، وكان ذلك عبر إعطاء صفة القدسية للإلتزام بالأشكال المفروضة قانوناً.

وقد ظلت هذه الشكلية المقدسة مسيطرة على معظم العقود، وعلى كسب الملكية للأعيان لفترة طويلة من الزمن، ثم أخذت تخف شيئاً فشيئاً في هذا القانون الروماني، ثم في القوانين التي تأثرت به، حتى أوائل القرن السادس عشر، حيث بدأت بذرة "مبدأ سلطان الإرادة" تنبت وتخرج شيئاً مثمراً للحرية الفردية، وبهذا بدأت تتطور فكرة العقود الرضائية التي تتعقد بمجرد تبادل التراضي بين المتعاقدين دون

الحاجة إلى شكل معين، أي جعل الإيجاب والقبول كافيين، ولو شفهيًا، لينعقد العقد؛ وبالتالي أصبحت الإرادة في ذاتها حرة مجردة من كل شكل، وتكفي لإنشاء التصرف وتوليد الالتزام، بحيث أن صدور التعبير عن إرادة الطرفين كافيًا ملزمًا، بصرف النظر عن الصورة التي يصدر فيها هذا التعبير.

أما اليوم، فقد أصبح التراضي كقاعدة عامة كافيًا لإنعقاد العقد، فلم يعد هناك مقتضى لإحلال محل تسلم الشكل. ولهذا نجد العقود الشكلية هي العقود التي يتطلب القانون قيامها مع وجود رضى أطرافه وأن يصب هذا الرضى في شكل معين، وإذا استلزم القانون توافر شكل معين لعقد ما، فإن هذا العقد لا ينعقد إلا بتوافر الرضا + المحل + السبب + الشكل.

فالشكلية هي حالة إستثنائية عن مبدأ الرضائية التي أخذ المشرع به في القانون المدني بالمادة التالية: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، وفي الحقيقة فإن التحلي عن الشكلية في العقد هو أحد المظاهر البارزة التي تميز القوانين الحديثة، والسبب في ذلك يرجع إلى اعتبارات حضارية، وإقتصادية، وإجتماعية؛ فحضارياً يقول الفقيه الفرنسي لويزل "تربط الثيران من قرونها والرجال بأقوالها"، وبالتالي فالرضاء هو الذي يلزم المتعاقد وليس الشكل.

لقد اختلف الفقهاء في تعريف الشكلية، فقال بعضهم: "أن التصرف الشكلي هو الذي فرض فيه الشكل تحت طائلة عدم الفعالية القانونية بدرجة ما...".، ويرى: "أن الشكلية تعني كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات والمواعيد والإجراءات"، وقال آخرون بأن الشكلية: "ذات مفهوم متغير يشمل التصرفات التي تعرف عادة بالتصرفات الشكلية، وتلك التي تخضع الشكليات خاصة والتصرفات التي تتطلب تعبيراً عن الإرادة"، وهناك من يرى أن الرضائية في العقود إذا كانت تظهر مقبولة من الناحية المنطقية، فهي ليست بمنأى عن كل عيب، وأن لها مساوئاً بالنسبة لطرفي العقد وبالنسبة للغير.

فبالنسبة للمتعاقدين، تبرز ضرورة الالتزام في التعبير عن الإرادة بشكل معين أو تسليم الشيء المتعاقد عليه، بما يثير انتباه المتعاقد ويدعوه للتفكير؛ الشيء الذي قد لا يتحقق في حالة الاكتفاء بمجرد توافق للإرادتين. ويتضح ذلك خاصة في حالة الكتابة التي تساعد على معرفة التزامات الطرفين بكثير من الدقة والوضوح.

فالعقد الشكلي: هو العقد الذي لا يكفي لانعقاده توافق إرادتي الطرفين، بل لا بدّ بالإضافة إلى ذلك من أن يحترم في إبرامه شكّل معين يحدده القانون. وهناك من يسمي هذا النوع من العقود بالعقود الاحتفالية اعتباراً للمراسيم الاحتفالية التي كانت تتعقد بها العقود في القوانين القديمة.

والشكل المطلوب لانعقاد العقد قد يتمثل في الكتابة وقد يتمثل في الكتابة والإمضاء، وقد يكون متمثلاً في التسجيل في السجل التجاري، غير أنه يجب في حالة الكتابة التمييز بين ما إذا كانت الكتابة مطلوبة لانعقاد العقد أم أنها مجرد وسيلة من وسائل الإثبات.

وإذا نص القانون على شكلية معينة دون أن يوضح ما إذا كانت لانعقاد أو للإثبات، فإنها تعتبر مطلوبة للإثبات لا غير. ذلك أن الأصل في التشريعات الحديثة هو رضائية العقود، وأن الشكلية هي الاستثناء، وذلك خلافاً لما كان عليه الأمر عند الرومان.

وهناك نوع ثالث من العقود وجب ذكره للتوضيح وهو العقد العيني (contrat réel): وهو العقد الذي لا يكفي لانعقاده توافق إرادتي عاقديه، بل يجب زيادةً على ذلك أن يتم فيه تسليم الشيء المتعاقد عليه. ويعود أصل هذا العقد إلى القانون الروماني، الذي مرّ بفترة شبه انتقالية من الشكلية للرضائية، وتم استثناء بعض العقود من الخضوع للشكلية مع الاشتراط لانعقادها وجوب تسليم الشيء المتعاقد عليه. وهذه العقود هي القرض والعارية والوديعة والرهن الحيازي التي انتقلت بصفقتها هذه إلى القانون المدني الفرنسي، ومنه إلى القانون المدني المغربي الذي اعتبرها عقوداً عينية في قانون الإلتزامات تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية هناك.

ويجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثبات العقد، إذ لا يمنع العقد من أن يكون رضائياً ان يشترط في إثباته شكل مخصوص، كأن يكون العقد رضائياً ويشترط القانون لإثباته كتابة أو نحوها، والفائدة العملية من هذا التمييز أن الكتابة إذا كانت لازمة للإثبات فإن العقد غير المكتوب يجوز إثباته بالإقرار أو اليمين، أما إذا كانت ركناً شكلياً في العقد فإن العقد غير المكتوب يكون غير موجود حتى مع الإقرار أو اليمين.

و بعد أن عرفنا العقود الشكلية و أوضحنا حسناتها و سيئاتها مع تمييزها عن العقود الرضائية، و بما أن الشكلية هي شكل قانوني لضبط الاتفاق الحاصل بين إرادتي طرفي العقد فإننا سنفصل مصادر هذه الشكلية في ما يلي.

الفقرة الثانية: مصادر الشكلية:

كما ذكرنا آنفاً، فإن للعقد شكلاً يجب توافره في العقود الشكلية ليكون مثبتاً لازماً و قانونياً، وفي حال انعدام هذا الشكل، ينعدم العقد ويبطل. وللشكل اللازم في العقود مصدران، وهما "القانون" و "الاتفاق" أو إرادة الفرقاء". وفي هذه القسم سنشرح الشكلية الإتفاقية، أي ما كان مصدرها الإتفاق، والفرق بينها وبين الشكلية القانونية.

حيث نصّ قانون الموجبات والعقود على الشكلية الإتفاقية في الفقرة الثالثة من المادة 220 منه: "أما إذا اتفق المتعاقدون من جهة أخرى على وضع العقد في صيغة خاصة لا يوجبها القانون كالصيغة الخطية مثلاً، فإن العقد لا ينعقد ولا ينتج مفاعيله، حتى بين المتعاقدين، إلا حينما يوضع في تلك الصيغة".

فبعد أن بيّنا العقود الشكلية المنصوص عنها قانوناً، نجد من خلال هذه المادة أن الشكلية في العقود لا تنحصر بالعقود المنصوص عليها من قبل المشرّع فقط، فقد يكون العقد رضائياً بنظر المشرع ولكنه شكليّ بنظر الفرقاء، وذلك من خلال اتفاقهم على شكلية معينة لإتمام العقد، سواء كانت هذه الشكلية لإثباته أو لانعقاده. فهذا حقّ مقرر للفرقاء، وينطوي تحت مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، فيعبرون عن إرادتهما إما عبر العقد الرضائي أو عبر العقد الشكلي.

مع العلم أن القانون ظل قاصراً عن معالجة الشكلية الإتفاقية بكافة جوانبها، وهذا ما أدى إلى خلاف بين الفقهاء حين حاولوا تفسير هذا النوع من الشكلية، فمنهم من ضيق مفهوم الشكلية معتبراً الشكلية الإتفاقية أنها تدخل ضمن العقود الرضائية، أما العقود الشكلية المفروضة من قبل المشرع، أي ما كان مصدرها القانون، فهي وحدها العقود التي تعتبر شكلية بالمعنى القانوني؛ وفريق آخر وسع من مفهوم الشكلية بحيث اعتبر أنها كل تعبير عن الإرادة وإظهارها إلى العالم الخارجي بشكل محسوس،

مما يعني أن كل التصرفات القانونية شكلية... هذا التضارب بالآراء يدفعنا لمحاولة معرفة الفرق بينها وبين الشكلية القانونية.

فالشكلية القانونية أولاً يدلّ اسمها على مصدرها، الذي هو القانون أي المشرع، والذي هو الأساس في تحديد عناصر التصرف القانوني والتي تعتبر الشكلية أحد هذه العناصر، على عكس الشكلية الإتفاقية التي مصدرها اتفاق أو إرادة الفرقاء الذين يحقّ لهم الإتفاق مسبقاً على الشكل الذي يتماشى مع مصلحتهم لكن دون المساس بالقواعد المنصوص عليها من قبل المشرع. وبالتالي فإن الشكلية التي مصدرها الفرقاء لا يمكن أن تتساوى مع الشكلية التي مصدرها المشرع الذي يحمي المصلحة العامة، كما ومصلحة الفريق الضعيف في العقد، دون أن يتحيز لمصلحة شخصية لأي فريق، وهذا ما يبرر إضافته للعنصر الشكلي¹.

وبما أن مصدر الشكلية القانونية هو القانون، فهذه الشكلية تكون ملزمة فلا يمكن مخالفة القانون وإلا تعرض العقد لجزاء هذا التخلف²، أما الشكلية الإتفاقية فلا تتبعها صفة الإلزام، فيمكن للفرقاء العدول عنها كما وعن الجزاء المقرر في حال العدول، متى اتفقوا على ذلك. كما أن الجزاء يختلف، ففي الأولى يحدده القانون وقد يكون البطلان أو الإندعام، أما الثانية فيتم تحديده مسبقاً من قبل الفرقاء³. كما أن الشكلية القانونية هي استثناء على مبدأ حرية الإرادة أي العقد يتم بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول واتفاق الأطراف⁴، في حين يتبين لنا أن الشكلية الإتفاقية ما هي إلا تعزيز وتطبيق لهذا المبدأ⁵.

¹ *Planiol et Ripert, traité pratique de droit civil français, les obligations, T. VI, Paris, 1952, P.111.*

² *Jaques Ghestim, Traité de droit civil, La formation du contrat, 3^{eme} édition, 1993, P.391.*

³ *Alain Bénabent, Domat Droit privé, Droit civil, les obligations 5^{eme} édition 1995, Montchrestien, Page 63 « Puisque le consensualisme est le principe, seul un texte peut imposer une exigence de forme. Encore faut-il que ce texte soit clair et non équivoque ».*

⁴ *Durma (Mircea): La notification de La volonté, Role de la notification dans la formation des acts Juridiques, Paris, siery, 1930, p.193.*

⁵ *Guerrero Marie – Antoinette–L'acte Juridique solennel– Paris 1975–Page 14 : « La forme ne remplace pas la volonté mais elle la protège »*

مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص193.

وقد يكون الشكل المتفق عليه من قبل الفرقاء موضوعاً لإثبات العقد أو لانعقاده، ولكن المهم أن يكون قصد الفرقاء محدداً صراحةً أو ضمناً لمعرفة الغاية من الشكل المقرر. ففي حال أهملوا تحديد الغاية من الشكل المتفق عليه، فعلى القاضي التحري في بنود الإتفاق عن قصد المتعاقدين الحقيقي¹ من وراء الشكلية أو الإستناد إلى القانون، أو الفقه والاجتهاد في حال غياب النص.

حيث اعتبر قانون الموجبات والعقود في نص المادة 220 أن الصيغة الشكلية الموضوعية من قبل الفرقاء أساسية لانعقاد العقد، وإلا يعتبر العقد كأنه لم يكن. وبالتالي يكون المشرع اللبناني قد حسم هدف المتعاقدين من اشتراط الشكلية واستبعد احتمال أن تكون الشكلية موضوعية لإثبات العقد.

وعلى عكس القانون اللبناني فقد غاب عن القانون الفرنسي مثل هذا النص، فهنا لا بد من الاستعانة بالاجتهاد² والفقه الفرنسي³ لمعرفة قصد المتعاقدين، فلقد اعتبر أنه في حالة الشك يكون الشكل الاتفاقي غير المحدد موضوعاً لإثبات العقد وليس لانعقاده، فالأصل رضائية العقود. وهذا أيضاً ما ذهب إليه الفقه⁴ والقضاء في مصر بعد حذف المادة 149 مدني.

¹ ياسر كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، القاهرة، 1992، ص83.

² Cassation Civil Français ,3^{ème} ,12 Juillet 1983, Bull, civ2 No 165. « Qu'un contrat peut etre valablement formé par l'échange verbal des consentements (sauf s'il existe) un texte ou une convention d'où resulterait à peine de nullité l'exigence de la signature d'un écrit » Alain Bénabent, Domat Droit privé, Droit civil, les obligations 5^{ème} édition 1995, Montchrestien, Page 61

و نفس الحكم ذكره محمد علي عبده، دور الشكل في العقود - دراسة مقارنة -، ط 1، بيروت، 2007 ص121 "الأصل في العقود ان تكون رضائية تتم بمجرد تطابق الإيجاب مع القبول، الا في حالة وجود نص خاص يستلزم بعض الشكليات المحددة لصحة قيام العقد، أو اتفاق طرفيه على ضرورة مراعاة بعض الشكليات المحددة "

³ Jaques Ghestin , Traité de droit civil ,La formation du contrat ,3 édition ,1993, p.392, Marcel Planiol et Géorge Ripert ,Traité pratique de droit civil francais , 2^{ème} éd , paris ,1952,p.245

⁴ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، ج 1، القاهرة، 1964، ص151، د.أنور سلطان، مصدر سابق، ص99.

عبدالفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري -نظرية العقد والإرادة المنفردة-، 1984، ص31، محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد -العقود المسماة-، ج 1، عقد البيع والمقايضة، 1953، ص113.

ونحن نؤيد التشريعين الفرنسي والمصري في هذا، فانطلاقاً من أن الرضائية هي المبدأ والشكلية هي الاستثناء، فلا يجب التوسع في تفسير الشكلية كما لا يجب إيقاف أعمال العقد بالرغم من توافر جميع عناصره في حال عدم وضوح نية الطرفين من الشكلية المتفق عليها.

وتبقى المسألة في نهاية الأمر رهناً بالظروف والقرائن التي ترافق انعقاد العقد، والتي بالإمكان الإستدلال منها عما كان يبتغيه الطرفان من اشتراطهما لتلك الشكلية، وذلك في حال كان القصد من الشكلية الإتفاقية هو الإثبات، فمن المسلم أن هذا النوع من الشكلية يختلف تماماً عن الشكلية المقررة قانوناً.

أما الخلاف بين الفقهاء فيتمحور حول الشكلية الإتفاقية المقررة لانعقاد العقد، ففريق أول¹ اعتبرها مشابهة للشكلية القانونية مستنداً بذلك على مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، وبذلك يحقّ لهم إضافة عنصر جديد على عناصر تكوين العقد الأساسية المقررة قانوناً، وفريق آخر² اعتبرها مختلفة عن الشكل القانوني فكما سبق وذكرنا أن الشكل الإتفاقي لا يجعل العقد شكلياً بل يبقى رضائياً، فهذه الشكلية تبقى العقد رضائياً ويبقى منتجاً لجميع آثاره القانونية حتى لو لم يراعِ الشكل الاتفاقي، فبنظر القانون يكون العقد مكتمل العناصر، ولكنه يبقى ناقصاً بنظر الفرقاء الذين اتفقوا على إضافة العنصر الشكلي لانعقاده.

وهذا يؤثر تبعاً على جزاء عدم مراعاة الشكل الاتفاقي، فالمشرع اللبناني نص في المادة 220 فقرة 3 أن العقد لا ينعقد ولا ينتج مفاعيله ما لم يراعِ الشكل الاتفاقي المتفق عليه؛ كما أن المشرع الكويتي حذا حذو المشرع اللبناني فنص في المادة 66 من القانون المدني على أنه "إذا اشترط المتعاقدان، لقيام العقد، إتباع شكل معين في إبرامه، فإنه لا يجوز لأحدهما، بدون رضاء الآخر، أن يتمسك بقيامه، ما لم يأت في الشكل المتفق عليه"؛ مما يعني أن عدم مراعاة الشكل الإتفاقي في العقد يؤدي إلى اعتباره

¹ عبد الودود، يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990 ص 22.

عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 1999، ص 33.

Laroumet, Droit civil, T.III, Les obligations, 1986, p.510.

² جميل الشراوي، مصدر سابق، ص 125، د. ياسر الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي، مصدر سابق، ص 90.

مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 93.

Planiol et Ripert et Esmein, Traité pratique de droit civil français, T. VI, Les obligations,

Paris, 1952, p.142

باطلاً ولا يمكن الاحتجاج به، وذلك لكونه غير مكتمل العناصر بنظر الفرقاء. وذلك على عكس القانون المدني المصري، الذي ينص على قاعدة عامة جزاءً لتخلف الشكل في العقود الشكلية.

ويلاحظ أن هذا الجزاء هو نفسه المترتب على العقد في حال تخلف الشكل القانوني، فنرى أن القانون اللبناني يساوي بين الشكلية القانونية والشكلية الإتفاقية من ناحية الأثر القانوني، وهذا ما ذهب إليه العديد من الفقهاء¹.

الأمر الذي يعتبر مرفوضاً بنظرنا كون الشكلية القانونية هي عنصر من عناصر تكوين العقد المقررة بنص قانوني من قبل المشرع الذي وحده يقرر العناصر الجوهرية لتكوين العقد والتي في حال تخلفها يبطل العقد وبالتالي لا ينتج آثاره القانونية بين الفرقاء، "ذلك أن التصرف القانوني كائن قانوني من اللازم أن تتحدد عناصره في قواعد القانون الخاصة بإنشاء التصرف القانوني، وفي هذه القواعد نفسها حدد القانون أثر الإخلال بالعناصر التي استلزمها في التصرف، وهو البطلان"². وكما أن هذا يؤدي إلى اعتبار الشرط الشكلي المتفق عليه هو صوراً من صور العقد الشكلي والذي سبق وبيننا أن هذا خطأ، وبأنه يعزز مبدأ الرضائية.

فإذا كانت الشكلية مفروضة من قبل الفرقاء بهدف إثبات العق، أي إقامة دليل كتابي لتأكيد الوقائع المتفق عليها في العقد، فهذا لا يوجد خلاف حولها في حال تخلف أحد الفرقاء عن الإلتزام بها لأنه من الممكن استبدالها بأمر من المحكمة بصحة التعاقد، فالعقد يعتبر مكتملاً وغير باطل بنظر القانون والفرقاء، ولكن يجب مراعاة الشكلية الإتفاقية لإثبات وجوده.

كما يتبين لنا أن الشكلية الإتفاقية تختلف عن الشكلية القانونية، فيما أن الشكلية الإتفاقية تبقى تصرفاً رضائياً بغض النظر لو اختلف الشكل المتفق عليه من قبل الفرقاء، أكان هذا الشكل لإثبات العقد أو لإنشائه.

¹ عبد الودود، يحيى، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990 ص 22.

عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ص 33 سنة 1999.

جلال العدوي، أصول الإلتزامات مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997، ص 315

Laroumet, Droit civil, T.III, Les obligations, 1986, p.510.

² جميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، 1956، ص 125

المطلب الثاني: أشكال العقود الشكلية:

قد يكون الشكل مشروطاً في العقد لقيامه أو لصحته، وفي هذه الحالة يكون الشكل شرطاً لصحة وجود العقد أو انعقاده أو نفاذه. وهناك عدد من العقود التي يشترط لصحتها أن تكون مكتوبة سواءً بشكل رسمي (عقد رسمي) أو بشكل عادي. وللكتابة في العقد الشكلي أشكال حيث نجد من العقود الشكلية ما تكون فيه الكتابة شرطاً شكلياً (الفقرة الأولى)، ومنها ما تصبح فيه الكتابة شرطاً للإثبات (الفقرة الثانية) بمعنى أن العقد يظل منعقداً ويحتاج للكتابة لتثبيت العقد والاحتكام للقانون في حال نشوب أي نزاع.

الفقرة الأولى: الكتابة كشرط شكلي:

هناك العديد من العقود الشكلية التي تكون فيها الكتابة شرطاً شكلياً، بمعنى أن العقد لا يكون ملزماً ولا منعقداً إلا بحال وجود الكتابة، وتتعدد الأسباب وراء هذا الشكل بحسب نوع العقد وماهية الطرفين صاحبي العلاقة. وهذه العقود هي التالي:

ففيما يخص عقد التدريب، فإن المشرع كان قد أفرد قانوناً خاصاً له بعد أن كان وضع بعضاً من قواعده في قانون العمل اللبناني (المواد 10، 18، 19، 20)، فقد عرف قانون تنظيم عقد التدريب في المؤسسات التجارية أو الصناعية أو الحرفية أو المهنية رقم 11019 تاريخ 1968/10/07، عقد التدريب في المادة الأولى منه فنصّ أن "عقد التدريب هو العقد الذي بموجبه يلتزم رب العمل في المؤسسة التجارية أو الصناعية أو الحرفية أو المهنية تأمين إعطاء تدريب مهني كامل يتفق وأصول المهنة إلى شخص آخر أتم الثانية عشرة من عمره على الأقل، يلتزم بدوره أن يعمل لحساب رب العمل ضمن شروط وزمان يتفق عليها"، وهذا يتماشى مع تعريف قانون العمل الفرنسي¹.

¹ Article L. 115-1 du Code du travail (Loi n° 87-572 du 23 juillet 1987, Loi n° 92-675 du 17 juillet 1992, Loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993, Loi n° 93-1420 du 31 décembre 1993, Loi n° 95-116 du 4 février 1995, Loi n° 96-376 du 6 mai 1996, Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 article 29)

« L'apprentissage concourt aux objectifs éducatifs de la nation.

L'apprentissage est une forme d'éducation alternée. Il a pour but de donner à des

حيث اتبع القانون اللبناني ما هو سائد في الفقه الفرنسي¹ وقانون العمل الفرنسي²، فنصت المادة 2 من نفس القانون: "ينظم عقد التدريب خطياً بسند رسمي أو بسند ذي توقيع ويعطى السند ذو التوقيع الخاص تاريخاً صحيحاً بالتأشير عليه من قبل قلم دائرة التدريب المهني في وزارة العمل والشؤون الإجتماعية، وينظم العقد على ثلاث نسخ: واحدة لرب العمل وأخرى للأجير أو لممثله أو لوصيه والثالثة تودع قلم دائرة التدريب المهني".

بحسب هذه المادة، ولكي يعتبر عقد التدريب صحيحاً، يشترط أن يكون خطياً، سواء تم ذلك عن طريق موظف رسمي كالكاتب العدل مثلاً حيث يعتبر العقد رسمياً، أو تم بواسطة الفريقين دون جهة رسمية، فيعتبر سنداً عادياً شرط التوقيع عليه من قبل الفريقين وتعدد النسخ بحسب عدد الأطراف ونسخة ثالثة تودع لدى وزارة العمل، ولو أن البعض اعتبر أن الطريقة الفضلى³ هي تنظيم العقد لدى الكاتب العدل، فالشرط الشكلي هنا يكمن في كتابة عقد التدريب.

ولهذا الشرط أهمية كبرى للمتدرب، خاصة أنه قاصر، فهو يحميه من رب العمل الذي قد يستغله دون أن يعلمه أو يفيد من التدريب⁴، لذلك يكون جزاء عدم التقيد بشرط كتابة عقد التدريب اعتبار العقد غير موجود ولا يمكن إثبات وجوده إلا بالكتابة، وبالتالي يعتبر عقد التدريب منعدم الوجود إذا لم يعقد

jeunes » travailleurs, ayant satisfait à l'obligation scolaire, une formation générale, théorique et pratique, en vue de l'obtention d'une qualification professionnelle sanctionnée par un diplôme ou un titre à finalité professionnelle enregistré au répertoire national des certifications professionnelles, dans les conditions prévues à l'article L. 335-6 du code de l'éducation".

¹ Droit De L'emploi, Dalloz Action, Edition DALLOZ 1997, page 12, n°23.

² L'article L. 117-12 du code du travail: (Loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993, article 59)
Le contrat d'apprentissage doit être passé par écrit. « Sa signature par les deux parties contractantes est un préalable à l'emploi de l'apprenti.»

³ خليل الدحداح، المرتكز في قانون العمل والضمان الإجتماعي، الكتاب الأول: قانون العمل، الطبعة الأولى، أيلول 2014، منشورات المركز الدولي ببيروت، ص 55 فقرة د.

⁴ محمود جمال الدين زكي، قانون العمل الكويتي، مطابع دار السياسة، الطبعة الأولى سنة 1972، ص 137.

خطياً¹. فتعتبر الكتابة ركناً من أركان عقد التدريب الأساسية لانعقاده وغيابها يؤدي إلى بطلانه²، مع العلم أن هناك رأي فقهي آخر اعتبره مجرد وسيلة إثبات، وبالتالي فإن غياب الكتابة يؤدي إلى اعتباره عقد عمل وليس تدريب.

أما في مجال قانون الملكية الفكرية يبرز هناك قانونان هما عقد براءة الاختراع، وهو عقد متمثل إلى جانب عقد استثمار حقوق المؤلف، والذي سيأتي شرحه بعده، فقد نصت المادة 23 من قانون براءة الاختراع اللبناني حامل الرقم 2000/240 تاريخ 2000/8/7 على أنه: "كل إتفاق يتناول طلب براءة الاختراع أو البراءة نفسها يجب أن يدون كتابة وإلا اعتبر باطلاً، ولا يسري هذا الاتفاق على الغير إلا من تاريخ تسجيله في سجل البراءات لدى مصلحة حماية الملكية الفكرية".

فالكثابة هنا إذاً تعتبر قيداً على مبدأ الرضائية، فلا يعتبر العقد صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً، والكتابة هنا ليست مجرد وسيلة إثبات بل هي شرط لصحة العقد ولاعتباره سارياً بالنسبة لأصحابه؛ أما بالنسبة للغير فلا يعتبر العقد سارياً عليهم إلا منذ تاريخ تسجيله في سجل البراءات لدى مصلحة حماية الملكية الفكرية كما نص المشرع.

وللتسجيل أهمية كبرى في حماية صاحب الاختراع، فقد قضي أنه إذا شاع الاختراع وانتشر بالتداول بين الناس قبل أن يحصل المخترع على براءة باخترع من مكتب حماية الملكية الصناعية والتجارية فلم يعد له الحق بعد تسجيله بمعارضة المقلدين السابقين³.

أما عقد استثمار حقوق المؤلف، فقد نصت المادة 17 من قانون حماية الملكية الأدبية والفنية حامل الرقم 75 تاريخ 1999/4/3 على ما يلي: "إن عقود استغلال الحقوق المادية أو التصرف بها أياً كان موضوعها يجب أن تنظم خطياً تحت طائلة البطلان بين المتعاقدين، وأن تذكر بالتفصيل الحقوق موضوع العقد، وأن تكون محددة في الزمان والمكان وأن تنص إلزامياً على مشاركة المؤلف بنسبة مئوية

¹ نبيلة الزين، قضايا العمل، تقديم جورج خديج، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، سنة 1992، ص 166 رقم 2.

² حسين عبداللطيف حمدان، قانون العمل (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2009، ص 250.

راجع أيضاً: موسوعة دالوز، جزء 1، ص 322، رقم 12 إلى 18.

³ المحكمة الابتدائية المدنية في دمشق، قرار رقم 50 تاريخ 1930/03/17، المجلة القضائية، عدد، سنة 1930،

ص 372/367.

من الإيرادات عن عمليات الإستغلال والبيع، إذا لم تتضمن تلك العقود مهلة محددة تعتبر حكماً أنها معقودة لفترة عشر سنوات فقط اعتباراً من تاريخ توقيع العقد". ويتبين من هذا النص أن الكتابة شرط أساسي لصحة العقد، فغياب هذا الشرط يؤدي إلى جزاء بطلان العقد.

أضف إلى ذلك عقد الائتمان، حيث عرفت المادة 3 عقد الائتمان بأنه: "عقد يولي بموجبه شخص طبيعي أو معنوي، يدعى المنشئ، شخصاً يدعى المؤتمن حق الإدارة والتصرف، لأجل محدد، بحقوق أو بأموال منقولة تدعى الذمة الائتمانية". ونصت المادة 14 المتعلقة بأصول تنظيم عقود الائتمان، من قانون تطوير السوق المالية والعقود الائتمانية رقم 520 تاريخ 1996/6/6 أنه:

1. يجب أن تكون جميع عقود الائتمان وتعديلاتها خطية وصريحة تحت طائلة البطلان المطلق.
2. يجب أن تتضمن عقود الائتمان العناصر الآتية على الأقل:
 - الإشارة الصريحة بأن العقد منظم وفقاً لأحكام هذا القانون.
 - إسم ومحل إقامة ومهنة كل متعاقد وكل مستفيد.
 - تحديد كل عنصر من عناصر الذمة الائتمانية.
 - تحديد مهمة وصلاحيات المؤتمن بشكل يوضح، عند الاقتضاء، أنها تتضمن حق التصرف.
 - تصريحاً مفصلاً وواضحاً يبين بشكل محدد ما إذا كان المنشئ يفوض المؤتمن توظيف الذمة الائتمانية في مجالات يكون فيها للمؤتمن مصلحة مباشرة أو غير مباشرة.
 - مقدار عمولات وأجور ومصاريف المؤتمن وسواها أو كيفية تحديدها واستيفائها.
 - تحديد الأجل".

كما نصت المادة الثالثة من التعميم رقم 6349 الصادر عن مصرف لبنان على وجوب أن تجري عمليات الائتمان بالاستناد إلى عقد خطي وصريح ومحرر من المنشئ.

يتبين لنا من مراجعة النص المذكور أن المشترع قد وضع عدة شروط يجب التقيد بها من قبل طرفي عقد الائتمان، وذلك نظراً لأهمية هذا العقد وما يستتبعه من موجبات على عاتق كل من طرفيه، فقد كان المشترع واضحاً في الفقرة الأولى من هذه المادة بوجوب الكتابة لصحة عقد الائتمان، ولكنه

ليس عنصراً من عناصر نشأة العقد كون النشاط التجاري يتطلب سرعة فلا بدّ من مراعاته، لذلك وبهدف رقابة النشاط التجارية، لا يكون عقد الائتمان صحيحاً ما لم يكن مكتوباً، وإلا تعرض للإبطال بطلاناً مطلقاً¹.

كما أكد المشتري على هذا الشرط في المادة 8 الفقرة الثانية من القانون نفسه رقم 96/520: "كما لا يحق للمؤمن توظيف الذمم الائتمانية في مجالات مهما كانت طبيعتها، يكون المؤمن شريكاً فيها بشكل مباشر أو غير مباشر أو له مصلحة فيها ما لم يكن ذلك موضوع تفويض خطي واضح ومسبق ومحدد من قبل المنشئ لصالح المؤمن".

أما بالنسبة للفقرة الثانية من المادة 14، فلم يكن واضحاً مدى تعلقها بالفقرة الأولى من ناحية ما إذا كانت هذه العناصر مطلوبة لصحة العقد أيضاً، ولكن من المبين أنه أضفى الصفة الآمرة عليها عندما بدأها بكلمة "يجب"، فالوجوب يعني أن المشتري فرض هذه الشروط، ومراعاتها واجب لأنها قاعدة آمرة متعلقة بالنظام العام. فبالرغم من عدم وجود نص صريح ببطلان عقد الائتمان إذا لم تتوفر فيه العناصر المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 14 إلا أن الاجتهاد² اعتبر هذه الفقرة جزء لا يتجزأ من الفقرة الأولى، وفسر المادة 14 كمادة متكاملة منسجمة بعضها مع بعض.

فاعتبر الاجتهاد أن المشتري قصد بالمادة 14 حماية الطرف الضعيف في هذا العقد لضمان حقه، فعادة ما يتغلب الطرف القوي إقتصادياً في العقد، وهو المؤمن ذو الخبرة في مجال الذمم المالية كالمصرف مثلاً، فيفرض ما يناسبه دون مراعاة مصلحة الطرف المقابل أي الطرف الضعيف الذي يجبر على الإذعان؛ فكان لا بد للمشتري أن يتدخل لفرض بعض القيود على عقد الائتمان لمصلحة الطرف المتضرر أو الضعيف في العقد وهو المنشئ.

وبهذا التدخل يؤمن المشتري التوازن الإقتصادي بين مصالح طرفي عقد الائتمان، وهذا ما يبرر القواعد الآمرة في القانون رقم 520 كالمادة 14 لأنها تحمي "الإقتصاد الوطني من خلال حماية المصالح

¹ القاضي الياس ناصيف، العدل سنة 1995، الدراسات، عدد 1، العقود الائتمانية.

² محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الثالثة، قرار صادر بتاريخ 2014/12/18، الرئيس فادي الياس والمستشاران ابراهيم شكر وندين جرمانوس، مجلة العدل، 2015، عدد 1، 295 وما يليها.

الحيوية في المجتمع ككل كونها تتعلق مباشرة بالأسس التي يقوم عليها النظام الإقتصادي والمصرفي والذي يشكل المساس بها اضطراباً غير متسامح به، دون أن تقتصر فقط على توفير مصلحة فرقاء عقد الائتمان بحيث تكون معتبرة من النظام العام"¹.

وبالتالي فإن الكتابة وتحديد البيانات الواجب توفرها في العقد من شأنه حماية المنشئ من سيطرة المؤتمن بهدف حسن أداء الوظائف الإقتصادية والإجتماعية الذي يعتبر من النظام العام وبالتالي فإن أي إخلال بالمادة 14 الفقرة الأولى أو الثانية يؤدي إلى البطلان المطلق للعقد.

كما نذكر البند التحكيمي، حيث أن التحكيم هو وسيلة لفصل النزاعات بعيداً عن قضاء الدولة والمحاكم²، وذلك عن طريق شخص ثالث يتم اختياره ليكون محكماً في حال حدوث أي نزاع. وبحسب ما نصت المادة 762 أ.م.م. يتم التحكيم عن طريق اتفاق الفرقاء بإدراج بند في العقد ينص على اللجوء إلى التحكيم في حال حصول أي نزاع ينشأ عن العقد ويسمى هذا بالبند التحكيمي. فنصت المادة 763 أ.م.م.: "لا يصح البند التحكيمي إلا إذا كان مكتوباً في العقد الأساسي أو في وثيقة يحيل إليها هذا العقد؛ ويجب أن يشتمل، تحت طائلة بطلانه، على تعيين المحكم أو المحكمين بأشخاصهم أو صفاتهم أو على بيان الطريقة التي يعين بها هؤلاء". كما يتبين من هذا النص شرطان لصحة البند التحكيمي، الشرط الأول هو الكتابة أي أن يكون خطياً، أما الشرط الثاني فهو تعيين المحكم أو بيان طريقة تعيينه.

فالكتابة هنا بالنسبة للشرط الأول ليست مجرد شرط للإثبات سواء كان العقد مدنياً أو تجارياً، بل هي عنصر أساسي لإعتبار البند تحكيمي صحيحاً وموجوداً، ولا فرق فيما إذا كانت الكتابة ضمن العقد المتفق عليه أو في وثيقة لاحقة له يشير العقد إلى وجودها، فالمهم هو الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم خطياً، وبالتالي فإن الكتابة مفروضة لصحة البند التحكيمي، فعدم كتابته يؤدي إلى اعتبار البند غير صحيح وبالتالي بطلانه بطلاناً مطلقاً.

¹ محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الثالثة، قرار صادر بتاريخ 2014/12/18، الرئيس فادي الياس والمستشاران ابراهيم شكر وندين جرمانوس، مجلة العدل، 2015، عدد 1، 295 وما يليها.

² القاضي المنفرد المدني في بيروت، قرار رقم 13 تاريخ 2012/01/19، مجلة العدل رقم 4، سنة 2012، ص 2006/2004.

لكن البند التحكيمي هو منفصلٌ عن العقد عملياً، فإذا تم إبطال العقد أو فسخه¹ لا يؤدي ذلك إلى فسخ أو بطلان البند التحكيمي²، والعكس صحيح، أي إذا كان البند التحكيمي باطلاً فهذا لا يؤثر على العقد بكامله بل في البند التحكيمي فقط، والذي يعتبر كأنه لم يكن بحسب المادة 274 أ.م.م. الفقرة الأخيرة. وبالتالي فإن هذا الاستقلال بين البند التحكيمي والعقد³ الوارد ضمنه يعني أنه في حال ورود البند ضمن عقد تجاري فهذا لا يعني إثبات هذا البند بكافة طرق الإثبات كما هو متعارف عليه بالمسائل التجارية⁴، فالبند التحكيمي لا يتم إثباته إلا خطأً وإلا اعتبر غير موجود وغير صحيح كما ذكرنا فهذا البند له شروطه الشكلية الخاصة ولا يؤثر عليها وروده في عقد تجاري أو مدني.

ولا يكفي أن يكون البند التحكيمي مكتوباً لاعتباره صحيحاً، بل يجب توفر الشرط الثاني المتمثل بتعيين المحكم أو المحكمين⁵، أو بيان طريقة تعيينهم؛ فهو الأساس في حل النزاع وهو الذي يحل محل القاضي ويجب الاتفاق على اختياره من قبل طرفي العقد، وفي حال عدم اتفاقهم يمكن طلب تعيينه من

¹ محكمة الدرجة الاولى في بيروت، قرار رقم، 1 تاريخ 2011/01/12، مجلة العدل عدد 4، سنة 2011، ص1810/1807.

² محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، قرار رقم 464، تاريخ 2003/04/03، مجلة العدل رقم 1، سنة 2004، ص66/69.

³ محكمة الدرجة الاولى في بيروت، الغرفة الأولى، قرار رقم 39، تاريخ 2011/10/5، كساندر 2011.

⁴ قانون التجارة البرية اللبناني، مرسوم إشتراعي رقم 304 تاريخ: 12/24 /1942 المادة 254
"ليس إثبات العقود التجارية خاضعا مبدئياً للقواعد الحصرية الموضوعة للعقود المدنية فيجوز مع الاحتفاظ بالاستثناءات الناتجة عن الاحكام القانونية الخاصة بإثبات العقود المشار إليها بجميع طرق الإثبات التي يرى القاضي وجوب قبولها بحسب العرف أو الظرف".

⁵ محكمة الدرجة الاولى المدنية في بيروت، الغرفة الخامسة، قرار رقم 1202، تاريخ 1998/12/22، كساندر عدد 12، 1998، ص.ق. 1229.

قبل رئيس الغرفة الابتدائية¹ والذي يحل محل الطرفين في تعيين المحكم في حال تعذر تعيينه من قبلهما² بحسب ما ورد بالمادة 764 أ.م.م. وقد يشير الأطراف إلى محكم معين أو إلى هيئة تحكيمية³.

وهذا ما أكد عليه الاجتهاد في العديد من القرارات، فاعتبر أن عدم اتفاق أطراف النزاع على تعيين محكم يستتبع انقضاء الاختصاص التحكيمي⁴، ويجوز تعيين المحكم بشخصه أو بصفته⁵.

ولكن تضمين البند التحكيمي تحديد آلية تعيين المحكمين يمكّن من إعمال البند التحكيمي في حال نشوء نزاع حول تعيين المحكمين⁶. فبيان طريقة تعيين المحكمين في عقد التحكيم كافٍ لاعتباره صحيحاً⁷، ويتم تعيين المحكم بشخصه أو بصفته⁸؛ إذاً يعتبر البند التحكيمي صحيحاً وغير باطل خاصة لجهة تحديده مواضع التحكيم وهوية المحكمين وبيان طريقة تعيين المحكمين⁹.

¹ محكمة الدرجة الأولى المدنية في بيروت، الغرفة الخامسة، قرار رقم، 1028 تاريخ 1998/10/29، كساندر عدد 10، ص.ق.1005. راجع أيضاً: محكمة التمييز المدنية، الغرفة الخامسة، قرار رقم 2002/79، تاريخ 2002/5/28، كساندر عدد5، ص.ق.53.

² محكمة الدرجة الأولى المدنية في بيروت، الغرفة الخامسة، قرار رقم 1، تاريخ 2000/1/3، كساندر عدد 1، ص.ق.107. راجع أيضاً: محكمة التمييز المدنية بيروت، الغرفة الخامسة، قرار رقم 132/2002، باز، سنة 2002 ص.561.

³ *Fady Nammour, Droit Et Pratique De L'arbitrage Interne Et International, Troisième Edition 2009, Bruylant, Delta, L.G.D.J. Page 117.*

⁴ المحكمة الابتدائية المدنية في بيروت، قرار رقم 49 تاريخ 2004/12/08، مجلة العدل عدد 4، سنة 2005، ص.864/866.

⁵ قاضي الأمور المستعجلة في جونه، قرار رقم 16 تاريخ 2000/07/06، مجلة العدل، عدد 4، سنة 2000، ص.589/592.

⁶ محكمة الدرجة الأولى في بيروت، قرار رقم 13 تاريخ 2009/04/22، مجلة العدل عدد 4، سنة 2009، ص.1657/1659.

⁷ المحكمة الابتدائية المدنية في بيروت، قرار رقم 147 تاريخ 1992/05/12، مجموعة اجتهادات حاتم، رقم 207، سنة 1992، ص.268/270.

⁸ قاضي الأمور المستعجلة في جونه، قرار رقم 16 تاريخ 2000/07/06، مجلة العدل، عدد 4، سنة 2000، ص.589/592.

⁹ محكمة الدرجة الأولى في بيروت، قرار رقم 34 تاريخ 2008/10/20، مجلة العدل، عدد 3، سنة 2011، ص.1366/1367.

كما أن صياغة البند التحكيمي يجب أن تكون واضحة¹ ومفهومة لجهة تعيين المحكم بشكل يعبر عن إرادة الفرقاء وبخط واضح وصريح أيضاً²، وإلا تعرض البند التحكيمي للإبطال بسبب غموضه³.

والبطلان المقصود هو البطلان المطلق لأنه يتعلق بالنظام العام، فإما أن يكون البند التحكيمي مستوفياً للشروط لإعتباره صحيحاً أو يكون غير مستوفٍ للشروط فيعتبر غير صحيح، ما يؤدي إلى بطلان البند التحكيمي⁴ بطلاناً مطلقاً، فهذه الشروط ليست فقط لمصلحة الأشخاص المتعاقدين بل أيضاً لمصلحة المجتمع وبالتالي يمكن الإدعاء ببطلان البند التحكيمي في دعوى أصلية أمام المحاكم العادية، أو أمام الغرفة الابتدائية بحسب المادة 764 أ.م.م. أو أمام المحكمة المرفوع أمامها النزاع استناداً للمادة 785 أ.م.م. كما يمكن الطعن بطريق الإبطال في حال "صدور القرار عن محكمين لم يعينوا طبقاً للقانون" وذلك استناداً لنص المادة 800 أ.م.م.

وكما أن هناك عقوداً شرطية عديدة تكون الكتابة فيها شرطاً شكلياً، بمعنى أنه العقد لا يصح بدونه، فإن هناك العديد من العقود التي تكون الكتابة فيها شرطاً لإثبات العقد، فيكون العقد صحيحاً ويلزمه الكتابة لإثباته والاستشهاد به حال نشوب النزاع.

الفقرة الثانية: الكتابة كشرط للإثبات:

قد يكون الشكل مشروطاً لغرض الإثبات بأن يوجب القانون كتابة العقد بغية إثباته وليس بهدف إنشائه، فالمستند الخطي في هذه الحالة يكون وسيلة إثبات وليس شرطاً لصحة العقد، فيبقى العقد في هذه الحالة من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد توافق الإرادتين في الإيجاب والقبول، أي أنه ينشأ

¹ محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الثالثة، قرار رقم 649، تاريخ 1999/5/13، مجلة العدل عدد 3 و4، ص436/437.

² القاضي المنفرد المدني في بيروت، قرار رقم 13، تاريخ 2012/01/19، مجلة العدل عدد4، سنة 2012، ص2006/2004.

³ رئيس محكمة الدرجة الأولى المدنية في بيروت، الغرفة الخامسة، قرار رقم 1177، تاريخ 1998/13/15، كساندر عدد 12 سنة 1998، ص.ق. 1229/1228.

⁴ رئيس محكمة الدرجة الأولى في بيروت، الغرفة الخامسة، قرار رقم 1202، تاريخ 1988/12/22، كساندر سنة 1998، عدد 12 ص.ق. 1229.

المفاعيل المتبادلة بين الفريقين بمجرد صيرورته تاماً وناجزاً؛ ولو أن شكلاً معيناً يجب توفره في العقد. ومن العقود التي تكون فيها الكتابة شرطاً لإثبات العقد:

فمن العقود التي تكون فيها الكتابة شرطاً للإثبات عقود الشركة، إذ عرّفت المادة 844 من قانون الموجبات والعقود الشركة أنها "عقد متبادل بمقتضاه يشترك شخصان أو عدة اشخاص في شيء بقصد أن يقتصموا ما ينتج عنه من الربح". أما قانون التجارة البرية فقد بيّن الشروط الشكلية المطلوبة لعقد الشركة التجارية من خلال المادتين 43 و44 منه، فنصت المادة 43 أن "جميع الشركات التجارية - ما عدا شركات المحاصة - يجب إثباتها بعقد مكتوب. على أنه يجوز للغير عند الاقتضاء أن يثبت بجميع الوسائل وجود الشركة أو وجود أي نص يختص بها". أما المادة 44 فقد نصت على "أن الصكوك التأسيسية لجميع الشركات التجارية - ما عدا شركات المحاصة - يجب نشرها بإجراء المعاملات المبينة فيما يلي وإلا كانت باطلة".

نلاحظ أن المادة 43 تعتبر شاذة عن المادة 254¹ من قانون التجارة التي نصت على إمكانية إثبات العقود التجارية بكافة طرق الإثبات. فهنا نصّ المشرع على إثبات عقود الشركة التجارية خطياً، مستثنياً شركة المحاصة نظراً لعدم تمتعها بالشخصية المعنوية كباقي الشركات، وذلك بحسب نص المادة 251 تجارة؛ ولكن لم يحدد المشرع طريقة الكتابة فيمكن أن تتم بسند رسمي أو بسند عادي مع شرط تعدد النسخ، باستثناء عقد الشركة المساهمة الذي يجب أن يسجل لدى الكاتب العدل حيث يضافي عليه

¹ قانون التجارة البرية، مرسوم إشتراعى رقم 304 تاريخ: 1942/12/24، المادة 254:

"ليس إثبات العقود التجارية خاضعاً مبدئياً للقواعد الحصرية الموضوعة للعقود المدنية فيجوز مع الاحتفاظ بالاستثناءات الناتجة عن الأحكام القانونية الخاصة بإثبات العقود المشار إليها بجميع طرق الإثبات التي يرى القاضي وجوب قبولها بحسب العرف أو الظرف."

الصفة الرسمية¹ نظراً لأهميته على الصعيد الإقتصادي، كما أن أي تعديل على عقد الشركة يجب أن يثبت خطأ² كالعقد الأساسي، فهذا التعديل جزء لا يتجزأ من العقد وتسري عليه الشروط ذاتها.

وذلك مبرر لأهمية الشركة التجارية على الصعيد الإقتصادي وكونها مشروع طويل الأمد³ يتداخل فيه عدة شركاء، فيتطلب عقد الشركة عدة بنود وشروط يصعب حفظها على المدى الطويل الذي من المحتمل أيضاً حصول مشاكل عديدة خلاله بين الشركاء، فكان لا بد من كتابة العقد ليحفظ الشركاء حقوقهم كونهم يخاطرون باستثماراتهم، كما ليتمكن الطرف الراغب بالتعاقد مع الشركة بالاطلاع على كافة بنود العقد بهدف معرفة الطرف الآخر الذي يتعامل معه؛ أضف إلى ذلك أنها تفيد القضاء في حال الدعاوى الناشئة عن عقد الشركة حيث يرجع إلى العقد لمعرفة قصد المتعاقدين⁴.

من الواضح بحسب ما ذكر نص المادة 43 أن الكتابة مطلوبة لإثبات عقود الشركة التجارية، و مع ذلك جرى اختلاف فقهي واجتهادي حول ما إذا كان شرط الكتابة بهذا العقد موضوعاً للإثبات أو لصحة العقد، وانتهى الاختلاف بأنه ليس شرطاً لصحة العقد، أي أن غيابه لا يسبب بطلان عقد الشركة، بل هو مجرد وسيلة لإثبات هذا العقد ولا تؤدي إلى بطلانه في حال غيابه. فيبقى للشركاء فيما بينهم أن يثبتوا وجود العقد بكافة وسائل الإثبات كما هو معمول في المواد التجارية، كذلك بالنسبة للغير ولكن العقد بالنسبة لهم يعتبر واقعة مادية، أما بالنسبة لعلاقة الشركاء بالطرف الثالث أو الغير فلا يمكن إثبات العقد بوجهه إلا كتابة⁵.

أما المادة 44 من قانون التجارة فقد نصت على الشرط الشكلي الثاني المتمثل بنشر عقود الشركة التجارية، ولكن هذا الشرط مطلوب لصحة العقد كما هو مبين، وبالتالي عدم القيام بمعاملة النشر يؤدي

¹ المادة 80 من قانون التجارة البرية: "مع مراعاة احكام القوانين والانظمة التي تخضع ممارسة بعض النشاطات لترخيص مسبق، لا يحتاج تأسيس الشركات المغفلة إلى الترخيص من السلطات الادارية. يجب أن يودع ويسجل نظام الشركة المغفلة وكل تعديل لاحق لدى الكاتب العدل التابع له مركز الشركة الرئيسي".

² محمد فريد العيني ومحمد السيد الفقي، القانون التجاري (الأعمال التجارية-التجار والشركات التجارية)، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 288.

³ الياس ناصيف، الشركات التجارية، الجزء الثاني، ا طبعة الثانية/عويديات للنشر والطباعة، بيروت، ص 35.

⁴ محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 9 تاريخ 1991/04/30، مجموعة باز، عدد 30، سنة 1991، ص 381/376.

⁵ قابيا وصفا، الوجيز في قانون التجارة اللبناني شرح قانون التجارة، صادر ناشرون، 2011، المادة 43 الرقم 3.

إلى بطلان عقد الشركة. ويستثنى من هذه المادة شركة المحاصة، فهي محصورة بين شركائها ولا تتعداهم إلى الغير¹، وأضاف المشتري أن هذا الشرط يشمل أي تعديل يطرأ على الشركة وأي إضافة تهم الغير، وذلك بحسب نص المادة 50 من قانون التجارة².

والهدف من عملية النشر هو إبلاغ الغير بوجود الشركة³ وإطلاعهم على نظامها، أي حماية الغير بشكل أوضح؛ ويتمثل النشر بالتسجيل في السجل التجاري ويشمل جميع الشركات التي لها محل رئيسي في لبنان سواء أكانت شركات لبنانية أو أجنبية.

فكما ذكرت المادة 44، يؤدي عدم تسجيل العقد إلى اعتباره باطلاً، ويمكن الإدلاء بهذا البطلان من قبل كل صاحب مصلحة، أكان الشركاء تجاه بعضهم البعض أو الغير تجاه الشركاء، ولكن لا يمكن إثارته عفواً من قبل المحكمة⁴، فهو ليس من النظام العام، فالبطلان هنا نسبي ولذلك يمكن تصحيح سببه؛ وقد يطال البطلان بنداً من البنود غير المنشورة فقط إذا كان باقي العقد منشوراً وقد أغفلوا نشر أحد بنوده⁵. مع العلم أنه لا يمكن نشر العقد ما لم يكن مكتوباً أولاً، وبالتالي يوجد التصاق بين الشرطين الشكليين حيث تتبع الكتابة للتسجيل.

ويبرز شرط شكلي ثالث محصور بالشركات المساهمة، وهو لصق الصك التأسيسي للشركة ضمن مركزها، مع الإشارة بأنها شركة مساهمة في كل ورقة تصدر عنها⁶.

¹ قانون التجارة البرية المادة 247: "تتميز شركات المحاصة عن الشركات التجارية الاخرى بان كيانها منحصر بين

المتعاقدين وبانها غير معدة لاطلاع الغير عليها ."

² المادة 50: "إذا اجري فيما بعد تعديل في الصك التأسيسي وجب ايداع نسخة جديدة عنه لدى قلم المحكمة.

ووجب ايضاً التسجيل في السجل التجاري إذا كانت هناك مدرجات تهم الغير".

³ النياس ناصيف، الشركات التجارية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية/عويديات للنشر والطباعة، بيروت، ص37.

⁴ "ولا يقع بطلان الشركة لانتفاء النشر حتما بقوة القانون، انما يجب التمسك به من قبل صاحب المصلحة سواء في دعوى

اصلية أو على سبيل الدفاع في دعوى اخرى". حكمة الاستئناف المدنية - لبنان الشمالي رقم 96 تاريخ

1971/03/11، مجموعة اجتهادات حاتم، رقم 116، تليخ 1971، ص 33/34.

⁵ المادة 99 من قانون التجارة البرية اللبناني: "ان عدم النشر يستلزم النتائج نفسها، اي بطلان الشركة أو بطلان البند

المغفل..".

⁶ النياس ناصيف، الشركات التجارية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية/عويديات للنشر والطباعة، بيروت، ص38/39.

أما فيما يخصّ الشركة المدنية فقد نصت المادة 848 من قانون الموجبات والعقود: "تتم الشركة بموافقة المتعاقدين على تأسيسها وعلى سائر بنود العقد، فيما خلا الحالة التي يوجب فيها القانون صيغة خاصة. غير أنه إذا كان موضوع الشركة أملاكاً ثابتة أو غيرها من الأملاك القابلة للرهن العقاري وكانت لمدة تتجاوز ثلاث سنوات، وجب أن يوضع عقدها خطياً وأن يسجل بالصيغة القانونية. ويجب علاوة على ذلك إتمام المعاملات المنصوص عليها في القرار رقم 188 الصادر من المفوض السامي في 15 آذار 1926".

إذاً يعتبر عقد الشركة المدنية مبدئياً، على عكس عقد الشركة التجارية، رضائياً باستثناء الحالات التي ذكرتها هذه المادة، وهي عندما يوجب المشرع صيغة خاصة، وأيضاً في حال كان موضوع الشركة أملاكاً ثابتة شرط أن تكون لمدة تتجاوز ثلاث سنوات، فهنا يجب أن يكون العقد خطياً ويسجل قانونياً مع تطبيق قانون السجل العقاري.

وبالإضافة إلى عقود الشركة، فإن عقد التمثيل التجاري هو أيضاً عقد شكلي تكون فيه الكتابة شرطاً للإثبات. فقد عزّفت الفقرة الأولى من المادة الأولى من مرسوم إشتراعي رقم 34 صادر في 1967/8/5: معدلة وفقاً للمرسوم 9639 تاريخ 1975/2/6: "الممثل التجاري هو الوكيل الذي يقوم بحكم مهنته الإعتيادية المستقلة، ودون أن يكون مرتبطاً بإجارة خدمة، بالمفاوضة لإتمام عمليات البيع والشراء أو التأجير أو تقديم الخدمات ويقوم عند الإقتضاء بهذه الأعمال بإسم المنتجين أو التجار ولحسابهم". كما نصت الفقرة الأولى من المادة 2: معدلة وفقاً للمرسوم 9639 تاريخ 1975/2/6 والقانون رقم 671 تاريخ 1998/2/6: "كل عقد تمثيل تجاري ينشأ بعد العمل بهذا المرسوم الإشتراعي يجب أن يكون خطياً ويمكن أن يكون لمدة محددة أو غير محددة".

وتطبيقاً لمبدأ الحرية في المجال التجاري، يعتبر اشتراط الكتابة لعقد التمثيل التجاري هو لإثباته فقط لا لصحته، فالفقه والاجتهاد اعتبرا أن الصيغة الخطية لعقد التمثيل التجاري الحصري، قد فرضت كوسيلة للإثبات وليس كشرط لصحة العقد، وأن الكتابة فرضت كإجراء تنظيمي وليس لقيّد الممثل التجاري ولكن لقيّد عقد التمثيل¹.

¹ محكمة الدرجة الاولى في بيروت، قرار رقم 36 تاريخ 2006/02/02، مجلة العدل، عدد 2، سنة 2006، ص803/798.

وقد قضي حيث أن محكمة الاستئناف في سياق تعليلها لجهة إثبات عقد التمثيل الحصري، اعتبرت أن المشرع اللبناني أوجب العقد الخطي بهدف إثبات عقد التمثيل وليس صحته أو وجوده، وأن الدليل الخطي يمكن تأمينه من خلال الرسائل الواضحة والقاطعة لجهة ارتضاء طرفي العقد بالارتباط بعقد التمثيل التجاري¹. فالمراسلات إذاً تشكل الدليل الخطي على وجود عقد التمثيل التجاري بين الفريقين² وعلى القضاء التأكد من نية الفريقين الحقيقية في الارتباط بالعقد من خلال تحليل مضمون الرسائل. و إذا لم تكن كافية يمكن اعتبارها بدء بينة خطية وتعزيزها بالشهود.

ولم يفرض المشرع صيغة معينة للكتابة، فكما يمكن إثبات عقد التمثيل التجاري الخطي من خلال تبادل الرسائل، يمكن أن يكون هذا العقد رسمياً أو ذا توقيع خاص، فكما ذكرنا أن اشتراط الصيغة الخطية هو لإثبات حصول العقد وليس شرطاً لصحته³.

كما أن عقد الضمان هو من العقود التي تكون الكتابة شرطاً لإثبات العقد، فقد نصت المادة 963 من قانون الموجبات والعقود أنه: "ينظم عقد الضمان خطأً في سند مسجل لدى كاتب العدل أو سند عادي. فإذا كان السند عادياً، وجب أن ينظم منه عدد من النسخ الأصلية بقدر ما يكون هناك متعاقدون ذوو مصالح متميزة، ويجب أن يذكر في كل نسخة عدد النسخ الأصلية التي نظمت؛ وكل إضافة إلى عقد الضمان الأصلي وكل تعديل فيه يجب إثباتهما في ذيل يوقعه المتعاقدون...".

يتبين من هذه المادة أن عقد الضمان هو من العقود الرضائية، فالكتابة هنا أدرجت تحت عنوان إثبات عقد الضمان، فتنظيم عقد خطي ليس ضرورياً لانبرام عقد الضمان، بل إنه وسيلة لإثبات وجوده⁴.

¹ محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 109 تاريخ 2005/10/13، مجموعة باز، عدد 44، سنة 2005، ص 721/722.

² محكمة الاستئناف المدنية، قرار رقم 1536 تاريخ 2013/11/03، مجلة العدل، عدد 1، سنة 2014، ص 253/257.

³ محكمة الاستئناف المدنية، قرار رقم 1572 تاريخ 2003/11/11، مجلة العدل، عدد 2، سنة 2004، ص 261/267.

⁴ محكمة التمييز المدنية، رقم 143 تاريخ 1967/12/13، مجلة العدل، عدد 3، سنة 1968، ص 405/406. أيضاً:

محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 143، تاريخ 1967/12/13، مجموعة باز، عدد 13/14، سنة 1966/1967،

ص 188/189.

كما أن المشرع لم يفرض صيغة معينة للكتابة¹ فيمكن أن تكون بسند رسمي أو بسند عادي مع شرط تعدد النسخ في الحالة الأخيرة.

ونظراً لكون عقد الضمان من العقود المتشعبة بسبب تناوله عدة أمور ذات آجال طويلة متعلقة بالغير، نص قانون 1938 الفرنسي في المادة 8 منه على وجوب إثبات عقد الضمان خطياً دون إمكانية إثباته بالشهادة بالرغم من وجود بدء بينة خطية².

كما أن عقود تأجير وبيع البواخر وعقود الضمان البحري والجوي يجب تحريرها بمستندات خطية. وفي هذه الحالات يكون انتقاء المخطوطة غير مؤدّ إلى بطلان العقد، وإنما إلى عدم إمكان إثباته إلا عن طريق الإقرار واليمين؛ فقد قضي أن موجب تحرير عقد الضمان البحري خطياً إنما هو إلزامي لجهة الإثبات فقط وفي حال عدم وجوده يمكن إثباته باعتراف المضمون أو من دفاتره التجارية³.

وتكون الكتابة أيضاً شرطاً من شروط إثبات عقد العمل الفردي، فقد نصت المادة 12 من قانون العمل اللبناني أنه: "يكون عقد الاستخدام إما خطياً وإما شفويّاً ويخضع في كلا الحالين لأحكام القانون العادي. يجب تنظيم العقد الخطي باللغة العربية ويجوز ترجمته إلى لغة أجنبية إذا كان رب العمل أو الأجير أجنبياً يجهل اللغة العربية".

ويفهم من هذه المادة أن عقد الاستخدام أو عقد العمل الفردي لا يشترط أن يكون خطياً كعقد العمل الجماعي، بل يمكن أن يكون شفهيّاً فهو عقد رضائي، كما لا يشترط كتابته بلغة محددة. ولكنه يخضع لأحكام القانون العادي ويعتبر قانون أصول المحاكمات المدنية قانوناً عادياً والذي نص في المادة 254 منه (عدلت بموجب مرسوم 2000/3800)، (عدلت بموجب مرسوم 1992/2411): "لا تقبل شهادة الشهود:

¹ محكمة التمييز المدنية، قرار رقم، 21 تاريخ 12/03/1970، مجلة العدل، عدد2، سنة 1971، ص282/283.

² زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء رقم 15، دار الثقافة بيروت، ص149/147.

³ محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 30، تاريخ 15/05/1972، مجموعة اجتهادات حاتم، عدد 127، سنة 1972،

ص54/55. أيضاً: زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، ج15، دار الثقافة بيروت، ص59.

1. لإثبات العقود وغيرها من التصرفات القانونية التي يقصد بها إنشاء حقوق والتزامات أو انتقالها أو تعديلها أو انقضاؤها إذا كانت قيمتها تتجاوز خمسمائة ألف ليرة لبنانية أو إذا كانت غير معينة القيمة.

2. لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما يشتمل عليه سند خطي، ولو كانت قيمة المنازع فيه لا تتجاوز خمسمائة ألف ليرة لبنانية يجوز للخصوم أن يعدلوا عن التمسك بهذه القاعدة صراحة أو ضمناً.

تقابلها المادة 1341 من القانون المدني الفرنسي¹؛ أي أن كل عقد تزيد قيمته عن 500 ألف ليرة لبنانية لا يمكن إثباته شفاهة أي منع المشرع الشهادة لإثبات العقود، فمثلاً عقد العمل الذي يتجاوز فيه الأجر هذه القيمة أو كان غير معين القيمة، لا يمكن إثباته إلا كتابة فهنا الكتابة شرط للإثبات فقط والعقد يبقى عقداً رضائياً.

وفي هذه الحالة يكون المشرع قد فضّل الإثبات بالكتابة عن الإثبات بالنية الشخصية²، فقد لا يكون الشاهد محط ثقة دائماً، ولكن الواضح من الفقرة الأخيرة أن هذه القاعدة لا تتعلق بالنظام العام فيمكن للفرقاء الاتفاق على مخالفتها.

ومن العقود الحديثة والتي تكون شكلية، وتكون الكتابة شرط إثبات فيها عقد الفاكторинг Factoring Contract، فهو عقد الفاكторинг من عقود التسليف الجديدة نسبياً، فهدفه يكمن في عملية تسديد أو تحصيل الديون ذات الأجل القصير. ويعرف أيضاً "بعقد شراء الديون التجارية"، هو كما يدل عليه إسمه يقوم على شراء شركة الفاكторинг للديون التجارية المترتبة على المدين تجاه مؤسسة مالية أو أي دائن، فيقوم الدائن بتقديم كافة فواتيره وديونه التجارية المترتبة له بذمة مدينيه لشركة الفاكторинг، فتقوم

¹ Article 1341 du code civil français: « Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce. »

² مروان كركبي، أصول المحاكمات المدنية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الخامسة، ص344/345.

هذه الشركة بانتقاء الفواتير والديون التي ترى إمكانية في تحصيلها، فتختار الشركة كل أو بعض الديون التي تستطيع استيفائها، وتقوم بشرائها لقاء تعجيل قيمتها للدائن قبل تاريخ استحقاقها، بنسبة 80% من تلك الديون، وتكتسب الحق في الحل محل الدائن تجاه مدينه، وتضمن عدم الرجوع على الدائن في حالة عدم التحصيل فقد تتفق مع الدائن على أن تتحمل وحدها هذه المخاطر فهكذا يتم شراء الديون وتحصيلها ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك¹.

هذا العقد الذي ينشأ بمجرد تقابل اجتماع الإيجاب بالقبول يعتبر عقداً رضائياً، فالقانون اللبناني لم ينص على أي شرط شكلي لانعقاده وذلك استناداً إلى المادة 220 موجبات وعقود²، إلا أن طبيعة هذا العقد العملية، ونظراً لأهميته وخطورته أدت إلى تفصيل كتابته عرفاً، وذلك لتفادي المشاكل التي قد تحصل جراء بنود العقد الدقيقة والمتعددة وبهدف إيضاحها وتبسيطها. فهذا العقد واستثناء على المادة 254 أ.م.م. يجب إثباته خطياً مهما كانت قيمته. وبما أن عقد الفاكورتونج لا يعتبر من العقود الشكلية، ولا يوجد جزء على تخلف كتابته، تعتبر الكتابة عندها إحدى وسائل إثبات عقد الفاكورتونج وفقاً للقواعد العامة في الإثبات.

وفي حال كان موضوع عقد الفاكورتونج سندات تجارية كسند سحب (كمبيالة) أو سند لأمر، فهو يخضع للمادة 325 والمادة 327 من قانون التجارة أي قابل للانتقال عبر التظهير، كما يجب أن يكون التظهير مشتملاً على توقيع المظهر سواءً أكان تظهيراً اسماً أم لحامله أم على بياض. والشروط الشكلية للانتقال سند السحب أو الكمبيالة هي الشروط القانونية الشكلية لصحة التظهير، وهي: أن يُكتب التظهير على سند السحب أو على ورقة ملصقة به، أي على ورقة إضافية.

¹ نادر شافي، عقد الفاكورتونج، دراسو مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب 2005، ص 37.

² قانون الموجبات والعقود المادة 220: "ان القواعد التي تطبق على صيغ العقود هي معينة لكل فئة منها. وحيث لا يوجد تعيين من هذا النوع يتم التعاقد بمجرد اتفاق المتعاقدين ومع ذلك فقد يحدث أن الاتفاق لا ينتج كل مفاعيله ولا يكون نافذا تجاه شخص ثالث الا باتخاذ بعض وسائل الاعلان وهي ذات شأن عام لا يمكن بدونها ان يتجاوز تأثير العقد دائرة المتعاقدين أو نائلي حقوقهم على وجه عام. اما إذا اتفق المتعاقدون من جهة اخرى على وضع العقد في صيغة خاصة لا يوجبها القانون كالصيغة الخطية مثلا فان العقد لا ينعقد ولا ينتج مفاعيله، حتى بين المتعاقدين، الا حينما يوضع في تلك الصيغة".

نستنتج أن عقد الفاكترينغ يخضع للشروط الشكلية التي تفرضها عملية انتقال الحقوق أو الديون من الدائن إلى مؤسسة الفاكترينغ، مع الحفاظ على وجوب أن تكون عملية الانتقال بسيطة وسريعة وصحيحة¹.

أضف إلى ما ذكرنا من العقود التي تشترط الكتابة للإثبات عقد بيع السلم، ولقد ذكرنا في قسم العقد الفردي ما نصت عليه المادة 254 من قانون أصول المحاكمات المدنية من عدم قبول شهادة الشهود في بعض العقود ما لم تتجاوز قيمتها خمسمائة ألف ليرة لبنانية أو إذا كانت غير معينة القيمة، أو لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما يشتمل عليه سند خطي، ولو كانت قيمة المنازع فيه لا تتجاوز خمسمائة ألف ليرة لبنانية.

هذا المبدأ الذي قرره المادة 254 استثنى المشرع منه عقد بيع السلم الذي يعتبر في الأصل بيعاً رضائياً، إنما فرض المشرع، ومن خلال المادة 487 موجبات وعقود، إثباته خطياً. فقد نصت هذه المادة على أن: "بيع السلم هو عقد بمقتضاه يسلف أحد الفريقين الآخر، مبلغاً معيناً من النقود فيلزم هذا الفريق مقابل ذلك أن يسلم إليه كمية معينة من المواد الغذائية أو غيرها من الأشياء المنقولة في موعد يتفق عليه الفريقان ولا يثبت هذا العقد إلا كتابة".

يتبين لنا كيف أن أشكال العقود الشكلية أحاطت العديد من العقود و تغلبت في البعض منها على مبدأ سلطان الإرادة، لذلك لا بد من دراسة الدور الذي تلعبه الشكلية في الكثير من العقود التي سيتم بيانها في القسم الثاني من هذه الدراسة.

¹ مروان كركبي، عقد الفاكترينغ، دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد فب عمليات المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق في جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2002 جزء 2، ص370.

القسم الثاني: دور الشكل في العقود:

الشكل هو عبارة عن الإجراءات الرسمية الواجب اتباعها من قبل أحد طرفي العقد أو كليهما، لانعقاد العقد، والتي يفرضها المشرع، وهو إجراء أو طريق من طرق التعبير عن الإرادة التي يضيفها المشرع على مبدأ سلطان الإرادة في العقد، بحيث لا يتم العقد بدونها. فالإرادة هي جوهر التصرف، والشكل هو إخراج هذه الإرادة إلى الخارج كقالب قانوني لازم للعقد لكي ينتج آثاره. ولذلك فإن تعدد الصيغ للشكل يحتم توضيح نطاق الشكلية (الفصل الأول) عبر رسم معايير وحدود هذه الصيغ، وذلك لمعرفة ما يندرج تحتها من العقود، ومعرفة المفاعيل والآثار القانونية في حال إهمال الشكل المفروض في هذه العقود (الفصل الثاني).

الفصل الأول: نطاق الشكلية:

بما أن الشكل في العقود مظهر خارجي للعمل القانوني في العقد، فإن هذا المظهر كان ضرورياً في الكثير من أنواع العقود، وذلك لأهداف عديدة أهمها إثبات الحقوق في حال نشوب نزاع، ومراقبة عدالة العقود بحيث لا تميل كفة القوة لأحد المتعاقدين دون الآخر، بالإضافة إلى أسباب أخرى. وبهدف خدمة هذه الأهداف، فقد توسعت رقعة نطاق الشكل لتطال العديد من أنواع العقود (المطلب الأول)، وكل شكل في كل عقد له هدف محدد (المطلب الثاني) ينحصر إما بهدف إنشاء العقد، عبر اعتبار عدم حضور الشكل مانعاً من انعقاده، وإما بهدف إعلانه كأن يكون العقد منعقداً والشكل يهدف لنشر مفاعيل العقد على أطراف العقد أو لطرف ثالث مهتم به.

المطلب الأول: العقود التي تطالها القيود الشكلية:

تنوعت العقود التي طالتها القيود الشكلية ما بين عقود رسمية (الفقرة الأولى) وعقود عادية (الفقرة الثانية) بما فيها العينية، والفرق بينهما أن العقد الرسمي هو الذي يشترط فيه تدخل شخص أو هيئة ذات سلطة قانونية مختصة ككاتب العدل، أما العقد العادي فهو الذي لا تشترط صفة معينة للذي يدون العقد الشكلي طالما أن شروط الشكل مؤمنة.

الفقرة الأولى: العقود الشكلية الرسمية:

عرفت المادة 143 من قانون أصول المحاكمات المدنية السند الرسمي بأنه: "هو الذي يثبت فيه موظفٌ عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ضمن حدود سلطته واختصاصه، ما تم على يده ما تلقاه من تصريحات ذوي العلاقة وفق القواعد المقررة. يرجع في إطلاق الصفة الرسمية على السند أو عدم إطلاقها عليه إلى قانون المكان الذي أنشئ فيه".

وعرفته المادة 1317 من القانون المدني الفرنسي بأنه:

« L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises ».

وسنفضل تباعاً العقود التي تتوافر فيها شروط السند الرسمي أي صدور العقد عن موظف رسمي يكون مختصاً بإصداره ويراعي القواعد المقررة: وهي الوصية، الوعد بالهبة، الوكالة للمحامي، العرض والإيداع الفعلي، عقد الزواج، وباقي العقود التي تتطلب إذناً أو ترخيصاً مسبقاً من السلطة المختصة.

فالوصية مثلاً هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت، وتنقسم الوصية إلى شقين، الوصية للمحمدين والوصية لغير المحمدين¹؛ أي الدين الاسلامي بما فيه الحنفي والجعفري من ناحية، والدين المسيحي بما فيه الروم والموارنة من ناحية أخرى؛ وبما أن الوصية عند المسلمين تعتبر صحيحة ومعمولاً بها في حال كانت خطية أو شفوية، و الكتابة فيها تعتبر للإثبات فقط²، فهذه الوصية تعتبر عقداً رضائياً على عكس الوصية لغير المحمدين.

¹ "وقد علق البعض على عبارة غير محمدي، مشيراً إلى أنها ترجمت عن استعمال بعض المستشرقين، وهي مغلوطة، و الأصح، ان يقال غير مسلم، لأنه لا يوجد دين محمدي ولا طوائف محمدية في الاسلام، حتى يجوز القول بالاديان أو الطوائف المحمدية" صبحي المحمصاني، المبادئ الشرعية والقانونية، ص161.

² الياس ناصيف، الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، ص29

فالوصية لغير المحمدين كانت قبل قانون 7 اذار 1929 خاضعة لأحكام المذهب الحنفي أي أنه عقد رضائي تقوم من دون حاجة لإتباع أي شرط شكلي، ولكن مع ظهور هذا القانون الذي نص على العديد من الشروط الشكلية أصبحت الوصية لا تتعد إلا باتباعها¹. فكثرة الشروط الشكلية التي فرضها قانون 1929 على انعقاد الوصية والتي تسببت بإبطال العديد من الوصايا شكلاً وذلك خلافاً لإرادة الموصي، أدت إلى إلغاء هذا القانون وصدور قانون 1959/6/23 الذي حاول تقادي أخطاء القانون السابق بتقليص الشروط الشكلية للوصية.

فتيمناً بالقوانين الأوروبية الحديثة نصت المادة 54 من قانون 1959/6/23 بأن الوصية تنظم في لبنان إما بالشكل الرسمي أو بخط الموصي. فالشرط الشكلي المطلوب إذاً لاعتبار الوصية صالحة هو أن تكون مكتوبة، سواءً أكانت رسمية أو بخط يد الموصي، وهذا يتوافق مع ما قرره الفقه والاجتهاد الفرنسيان، وهذا ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة 65 منه². ولكن يجب معرفة الهدف من هذا الشرط الذي جعل من الوصية عقداً شكلياً، أي معرفة ما إذا كان مطلوباً للإثبات فقط أم إلزامياً لصحة الوصية.

اعتبر الاجتهاد الفرنسي أن الكتابة ضرورية لوجود الوصية، وليست مجرد وسيلة إثبات، كما ذهب الفقه الفرنسي بنفس الاتجاه حيث اعتبر بأن الوصية الشفهية تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً ولا يمكن اعتمادها حتى كبدء بينة خطية³. وهنا نتساءل لماذا جعل المشرع الكتابة شرطاً لصحة الوصية؟ هل بهدف حماية مصلحة عامة أو مصلحة شخصية؟

بما أن الوصية لها صفة التبرع، فقد حرص المشرع كما الاجتهاد على التنبيه إلى مخاطرها وأهميتها وذلك عن طريق كتابتها بالشكل الرسمي أو بخط اليد بهدف حماية الموصي من أي تصرف غير مدروس خارج عن إرادته الحقيقية قد يندم عليه لاحقاً. فلذلك لم يأخذ الفقه والقضاء الفرنسيان بوصية

¹ لن نتوسع بها طالما ألغي هذا القانون

² الياس ناصيف، الوصية لغير المسلمين، الجزء الأول، سنة 2003، ص224.

³ الياس ناصيف، الجزء الأول، الوصية لغير المسلمين، سنة 2003، ص260.

زعم الموصى له بشأنها بأنها لم تكتب لأن الوريث وعد بتنفيذها". فعدم كتابتها لا يثبت إرادة الموصي كما لا يثبت أن الوصية موجودة والتي لا يمكن إثباتها بوسائل الإثبات الأخرى¹.

كما اعتبر الاجتهاد، وعلى عكس الفقه، بأن الوصية لغير المحمدين تعتبر رسمية حتى لو كانت بخط يد الموصي، فسنداً للمادة 56 أضفى المشرع عليها الصفة الرسمية وذلك بإيجاب إيداعها لدى كاتب العدل من قبل الموصي أو وكيله الخاص²، ونحن نؤيد وجهة نظر الاجتهاد.

وهذه الصفة لا تزول إلا بمخالفة المعاملات الجوهرية التي هدف المشرع من خلال وضعها أن يضمن "صحة نسبة هذه الاسناد إلى موقعها، وضمان سلامتها من التحريف، وصحة تاريخها، وصدورها عن شخص يتمتع بالأهلية المدنية، وذلك عن طريق تدخل الكاتب العدل"³.

أما بخصوص العرض الفعلي والإيداع، فقد نصت المادة 822 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أن: "المدين الذي يريد إبراء ذمته إزاء دائنه أن يعرض على هذا الأخير بواسطة الكاتب العدل الشيء أو المبلغ الذي يعتبر نفسه مديناً به، وأن يودعه لدى الكاتب العدل نفسه إذا كان مبلغاً من النقود، أو أن يودعه بواسطة وبإسم هذا الأخير في مصرف مقبول أو في صندوق الخزينة. وإذا كان الشيء المعروض لا يمكن نقله إلى دائرة الكاتب العدل فيعرض المدين على الدائن تسلمه في مكان معين، ويعطي الكاتب العدل التفويض اللازم لتسليمه. ينظم الكاتب العدل محضراً لإثبات العرض والإيداع يتضمن تعيين الشيء المعروض ومكان وجوده على وجه نافي لكل التباس، ويبلغ المعروض عليه نسخة عنه بدون إبطاء".

تقابلها المادة 1258 من القانون المدني الفرنسي الفقرة السابعة تحديداً: كي تكون العروض الفعلية صحيحة (valable) يجب: ... 7- أن يقوم موظف رسمي بإجراء هذه العروض شرط أن يكون متمتعاً بصفة إجرائها". كما أن المادة 22 من قانون كتاب العدل التي عدت الأعمال التي يقوم بها الكاتب العدل تضمنت قبول العرض الفعلي والإيداع. فكانت العدل هو موظف عام مهمته إضفاء الصفة الرسمية

¹ الياس ناصيف، الوصية لغير المسلمين، الجزء الأول، ص 261

² الياس ناصيف، المرجع المذكور، ص 324.

³ الياس ناصيف، المرجع المذكور، ص 373.

على ما يعرض عليه من أعمال قانونية وغيرها ضمن حدود سلطته واختصاصه سنداً للمادة 143 أ.م.م.، فالعرض الفعلي والإيداع يتّمان عن طريق الكاتب العدل فيعطيها قوة ثبوتية وتنفيذية ليصبحا حجة على الكافة؛ وبالتالي لكي يعتبر العرض والإيداع صحيحين وثابتين يجب أن يتّمان بواسطة الكاتب العدل أو بواسطة المحكمة بحسب ما نصت عليه المادة 826 أ.م.م.¹

ولكن المشرع اللبناني، لم يكن واضحاً فيما إذا كان شرط اللجوء إلى الكاتب العدل مطلوباً لصحة العرض والإيداع، أي من دونه يعتبر باطلاً، أم هو إجراء شكلي مطلوب فقط للإثبات، كما لم يحسم هذا الموقف في الفقه والاجتهاد. ولكن بما أن العرض والإيداع يجب أن يتم بواسطة المحكمة أو الكاتب العدل فقط، وبما أن الإثنتين يعتبران مرجعاً رسمياً فيكون هذا الشرط أساسياً لصحة العرض والإيداع وعدم إتباع هذا الإجراء الشكلي يؤدي إلى بطلانه واعتباره غير صحيح؛ وذلك على لعكس المشرع الفرنسي الذي كان واضحاً في المادة 1258 السابق ذكرها بأنه لكي يكون العرض صحيحاً (valable) يجب أن يقوم به الكاتب العدل.

والوكالة هي من العقود الشكلية الرسمية أيضاً، فقد عرفت الفقرة الأولى من المادة 769 م.وع. الوكالة بأنها: "عقد بمقتضاه يفوض الموكل إلى الوكيل القيام بقضية أو عدة قضايا أو بإتمام عمل أو فعل أو جملة أعمال أو أفعال". وهذا العقد بالمبدأ هو عقد رضائي ولكن يصبح شكلياً في حالتين:

- الأولى والتي نصت عليها المادة 775 م.وع.: "لا يجوز إعطاء الوكالة إلا بالصيغة المقتضاة للعمل الذي يكون موضوع التوكيل ما لم يكن هناك نص قانوني مخالف". أي عندما يكون التصرف القانوني موضوع الوكالة هو تصرف شكلي تتبعه الوكالة وتصبح شكلية، مثلاً الوكالة في الأمور العقارية أو الوكالة في الهبة² وغيرها من العقود الشكلية.
- أما الحالة الثانية فهي عقد وكالة المحامي والتي نصت عليها المادة 379 أ.م.م.: "يتم توكيل المحامي في الدعوى أو المحاكمة بموجب عقد رسمي، على أنه في القضايا التي لا تتجاوز قيمتها خمسة آلاف ليرة يجوز أن يتم التوكيل لدى محكمة الدرجة الأولى بموجب وكالة منظمة لدى المختار أو بتصريح من الموكل يدوّن في محضر جلسة المحاكمة". وتسمى بالوكالة

¹ القاضي المنفرد المدني، قرار رقم 64 تاريخ 2016/05/12، مجلة العدل رقم 3 تاريخ 2016 ص 1602/1600.

² عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، مجلد 7 قسم 1 ص 403.

القضائية، خاصة كانت أو عامة، تعطى عادة من الزبون لمحامييه، حيث يخوله القيام بالأعمال القانونية لمصلحة موكله أي المرافعة والمدافعة عنه أمام المحاكم بقضية أو عدة قضايا¹.

كما أن المادة 65 من قانون تنظيم المحاماة تنص على أنه "يعهد إلى المحامي بالمرافعة بوكالة رسمية صادرة عن موكله أو بتكليف نقيب المحامين". فالسند الرسمي كما عرفته المادة 143 أ.م.م. هو الذي يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ضمن حدود سلطته واختصاصه، ما تم على يده وما تلقاه من تصريحات ذوي العلاقة وفق القواعد المقررة".

وهذا ما نص عليه الإجتهد اللبناني في عدة قرارات، فاعتبر أن تنظيم استحضار وتوقيعه وتقديمه يجب أن يتم بواسطة محام حائز على وكالة رسمية²، أي وكالة مسجلة لدى الكاتب العدل ولا مجال للأخذ بالوكالة الضمنية³، أو استنتاج وجود الوكالة بشكل مغاير للأصول المذكورة⁴.

فالقانون المنظم لإجراءات المحاكمة فرض صيغة معينة للوكالة التي تخول المحامي تمثيل موكله أمام المحاكم، فلا يصح استنتاج وجود هذه الوكالة من القرائن والأدلة الأخرى، وإن من شأن مخالفة هذه الصيغة الجوهرية المتعلقة بأصول التمثيل في المحاكمة أن يؤدي إلى نقض القرار المطعون فيه بكامله⁵.

¹ علي مصباح ابراهيم، العقود المسماة، الطبعة الثالثة 2012 ص436/435

² محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، قرار رقم 33 تاريخ 1946/01/31، النشرة القضائية اللبنانية سنة 1946 ص67/66.

³ محكمة التمييز المدنية بيروت، قرار رقم 57، تاريخ 1970/04/28، مجموعة اجتهادات حاتم رقم 105 سنة 1970 ص35/36.

⁴ محكمة التمييز المدنية بيروت، قرار رقم 4 تاريخ 198/06/16، مجموعة باز رقم 22/23/24 سنة 1985/1983 ص181/182.

⁵ محكمة التمييز المدنية بيروت، قرار رقم 2 تاريخ 1993/03/16، مجموعة باز رقم 32 سنة 1993 ص433/434.

ووجوب إبراز وكالة مسجلة لدى الكاتب العدل من قبل المحامي المائل بالدعوى¹ يعتبر من النظام العام²، مما يعني أن هذا الإجراء الشكلي مطلوب لحماية المجتمع ككل وليس شخصاً وحده، فإن عدم بحث وسيلة دفاع، كعدم صحة الوكالة، يشكل مخالفة للقانون وليس لإغفال بت مطلب³.

إذاً، ونظراً لأهمية هذه الوكالة، يشترط لصحتها أن تكون رسمية، فهذا الشرط ليس فقط لإثبات وجودها بل شرط لصحة هذا النوع من الوكالات نظراً لما تشكله من أهمية بالنسبة للصلاحيات التي تعطى للوكيل وتأثيرها على وضع الموكل الاجتماعي والاقتصادي؛ و يمكن للقاضي أن يثيرها عفواً فهي من النظام العام، وعدم إتمامها بالشكل الرسمي يؤدي إلى البطلان المطلق.

كما أن عقد الزواج من العقود الشكلية الرسمية، فعقد الزواج ليس عقداً مدنياً، إنما هو عقد ذو طبيعة خاصة تحكمها قيم وعادات وتقاليد وأديان، فهو يختلف باختلاف المنظومة التي يتكون في ظلها.

فالزواج لغوياً هو اقتران الرجل بالمرأة بمراسيم شرعية دينية أو مدنية، وتعرف المادة الثالثة الفقرة الأولى من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 سنة 1959: "الزواج عقد بين رجل وامرأة تحلّ له شرعاً غايته إنشاء رابطة الحياة المشتركة والنسل". أما بالنسبة للمسيحيين فهو سرّ من أسرار الكنيسة به يتحد رجل وامرأة ليتعاونوا على الحياة الزوجية وحمل أعباء العائلة وتربية الأولاد. إذاً لإتمام عقد الزواج يجب اقتران الإيجاب بالقبول، إلا أنه لا يعتبر صحيحاً ما لم تتوفر فيه جميع الشروط المطلوبة والمدرجة بنظام كل ديانة.

أما في القوانين الغربية، فيعتبر عقد الزواج مدنياً، أي لا يتعلق بالدين فهو على عكس الدول العربية أو الإسلامية بشكل عام حيث يعتبر عقداً شرعياً ينعقد متى توفرت شروطه الشرعية. فبالنسبة للمسلمين نصّ قانون الأحوال الشخصية المادة السادسة منه أن عقد الزواج لا ينعقد إذا فقد شرطاً من

¹ محكمة التمييز المدنية بيروت، قرار رقم 3 تاريخ 1982/11/11، مجلة العدل رقم 1/2 سنة 1983 ص 106/108.

² "مسألة التثبيت من صحة التمثيل في المحاكمة هي من النظام العام، ويجوز بالتالي آثاره الدفع المتعلق بها في أي وقت من أوقات المحاكمة، وحتى أمام محكمة الاستئناف لأول مرة ولو بعد فوات مهلة الاستئناف".

محكمة التمييز المدنية تاريخ 17 نيسان 1974، www.law-arab.com

³ محكمة التمييز المدنية - بيروت رقم 57 تاريخ 1970/04/28، مجموعة اجتهادات حاتم رقم 105 سنة 1970 ص 35/36.

شروط الإنعقاد أو الصحة المبينة، ومن بين هذه الشروط الشرط الشكلي المتمثل بشهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج¹.

وذلك تأكيداً على قول الرسول: "أعلنوا النكاح واضربوا عليه الدفوف"، فالنكاح بلا شهود إذاً يعتبر غير صحيح أي باطل. وبالتفصيل يجب أن يتمتع الشاهدان بالأهلية القانونية، وعند السنة تقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، ولا تصح شهادة النساء منفردات، وذلك يطبق أيضاً عند الدروز الذين يشترطون أن يكون عدد الشهود 4 على الأقل²؛ وعلى العكس، لا يرفض الشيعة الإمامية الشهادة بالزواج بل تعتبر اختيارية أي يمكن حصولها، وهي في الغالب مفضلة³.

أما لدى الطوائف الكاثوليكية كافة، يخضع كل ما يتعلق بالزواج وروابطه لنظام سر الزواج للكنيسة الشرقية الصادر في 22 شباط سنة 1949 بإرادة رسولية، وذلك بحسب المادة 38 من قانون الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية. وقد نصت المادة 85 من نظام سر الزواج: "لا يصح زواج إلا إذا عقد برتبة دينية أمام الخوري أو الرئيس الكنسي المحلي أو كاهن أذن له أحدهما بحضور الزواج، وأمام شاهدين على الأقل بموجب مرسوم القوانين التالية مع مراعاة ما يستثنى في القانونيين 89 و 90. تعد الرتبة الدينية، لنفوذ حكم البند الأول، بمجرد وجود الكاهن إذا حضر وبارك". وبالإضافة إلى شرط وجود الشهود، يجب أن يتم الزواج الكنيسي عبر رجل دين مختص وذلك بحسب الطقوس الدينية المتبعة لدى كل طائفة، فمباركة الكاهن ضرورية للإعتراف بالزواج مسيحياً، وبالتالي اعتباره شرعياً وصحياً، وإلا اعتبر الزواج باطلاً.

¹ المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 سنة 1959: لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطاً من شروط

الإنعقاد أو الصحة المبينة فيما يلي:

أ- إتحاد مجلس الإيجاب والقبول.

ب- سماع كل من العاقبين كلام الآخر واستيعابهما بأنه المقصود منه عقد الزواج.

ج- موافقة القبول للإيجاب.

د- شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج.

هـ- أن يكون العقد غير معلق على شرط أو حادثة غير محققة.

² عبد الوهاب خلاف، علي عثمان جرادي، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة،

ص 28/27، دار الكتب العلمية، بيروت، 2016/1/1.

³ أحمد مصطفى، في الأحوال الشخصية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس-لبنان، ص 60

أما بالنسبة للزواج المدني، فهو غير مطبق في لبنان، لكنه معترف به عندما يتم وفقاً للأصول القانونية الشكلية المطبقة في البلد الذي عُقد فيه¹.

وبما أن هدف الزواج وضع ضوابط للعلاقة بين الجنسين، وذلك بجعلها مشروعة عبر إخضاعها للنظام، فالزواج هو أساس بناء الأسرة، فإن فقد أحد شروطه يعتبر باطلاً. ونظراً لأهمية قيمة الزواج في المجتمع فرضت هذه الشكليات، فهو لا يكتمل إلا بالشهود والإشهار، فهذا شرط لصحته ولترتب آثاره الشرعية لكنه ليس ركناً من أركان تكوين العقد وإنما يعتبر شرطاً شكلياً لأنه خارج عن إرادة الطرفين أصحاب العقد.

كما أن هناك شرطاً آخر يتعلق بمفعول عقد الزواج، فلكي ينتج الزواج مفعوله القانوني لدى المسيحيين والمسلمين يجب تسجيله² في دائرة الأحوال الشخصية وإلا اعتبر الزواج بحكم ما لم يحصل واعتبر الأولاد غير شرعيين. كما أن هذا التسجيل هو وسيلة إثبات رسمية³ على إتمام الزواج فلا يمكن اعتباره شرطاً شكلياً.

ومن العقود الشكلية الرسمية أيضاً العقود التي تتطلب إنذاراً أو ترخيصاً مسبقاً من السلطة المختصة؛ فكما نصت الفقرة الثانية من المادة 541 م.وع.: "على أن إيجار الوصي أو الولي الشرعي لأموال غير منقولة أو لحقوق مختصة بها، لا يجوز أن يعقد لمدة تتجاوز سنة واحدة إلا بحالة وجود الوصاية وبترخيص من المحكمة ذات الصلاحية". مما يعني أن هذا العقد رضائي عندما تكون مدة التأجير أقل من سنة، أما إذا تجاوزت السنة فيوجد قيد على إيجار الأموال غير المنقولة لفاقد الأهلية، وهذا القيد يتمثل بالإضافة إلى وجود الوصاية، بالحصول على الإذن أو الترخيص من السلطة المختصة، وهي المحكمة ذات الصلاحية في هذه الحالة. فقد قضي أن إغفال الوصي الذي يملك تأجير عقار فاقد

¹ محكمة الدرجة الأولى في بيروت، الغرفة الثالثة، قرار رقم 181، تاريخ 1970/2/11، النشرة القضائية 1970،

ص590. راجع أيضاً: نظام الطوائف الدينية الصادر بالقرار رقم 60 ل.ر. لعام 1936، المادة 25.

² محكمة التمييز المدنية، الغرفة الخامسة، قرار رقم 41، تاريخ 1994/3/31، النشرة القضائية سنة 1994، 372.

³ قرار نهائي، الغرفة أولى، رقم 11 سنة 1957، مجلة باز.

الأهلية بالاستحصال على إذن بالتأجير من المحكمة الشرعية، يؤدي إلى إبطال العقد. فهذا القيد لمصلحة فاقد الأهلية بهدف حمايته فيمكنه وحده تأييد العقد الباطل¹.

أما العقود التي لا تتطلب تدخل موظف رسمي ولا تنطبق عليها شروط المادة 143 أ.م.م. فاعتبرت عقوداً عادية، لا تشترط صفة معينة للشخص الذي يدون العقد الشكلي طالما أن شروط الشكل مؤمنة.

الفقرة الثانية: العقود الشكلية العادية:

عرفت المادة 150 أ.م.م. السند العادي بأنه "السند ذو التوقيع الخاص ويعتبر صادراً عن وقوعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع أو بصمة إذا كان يجهل التوقيع. أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار. ويكفي أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو التوقيع أو البصمة هي لمن تلقى منه الحق". بالإضافة إلى شرط تعدد النسخ في العقود المتبادلة المذكور بالمادة 152 أ.م.م.

وهنا تندرج تحت هذا الإطار سائر العقود التي لا تتطلب تدخل موظف رسمي لإتمامها، والموظف الرسمي الذي أشرنا إليه سابقاً هو بشكل عام كل شخص صدر قرار بتعيينه من السلطة المختصة في وظيفة منتظمة لخدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام أي القيام بأعمال رسمية، كرجل الدين الذي يتم عقد الزواج مثلاً، فهذا الموظف يجب أن يكون:

- مختصاً زمنياً أي قائماً بوظيفته بشكل قانوني وفعلي عند إتمام العقد الرسمي.
- مختصاً مكانياً أي في النطاق الجغرافي المحدد للموظف كالكاتب العدل مثلا المختص في منطقة معينة.
- مختصاً موضوعياً أي أن الموظف الرسمي مختص من حيث الموضوع².

¹ محكمة الاستئناف المدنية في البقاع، قرار رقم 0 تاريخ 2001/11/05، مجلة العدل، رقم 3، سنة 2005، ص 597/599.

² مروان كركبي، أصول المحاكمات المدنية، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، المنشورات الحقوقية صادر.

وفي حال غياب أي من هذه الشروط يعتبر العقد عادياً، ولكن قد يلجأ أطراف العقد العادي إلى الموظف الرسمي لإتمام العقد ولكن هذا لا يجعل منه عقداً رسمياً من حيث الشكل بل يبقى عقداً عادياً ولكن إثباته تم بالطريقة الرسمية، فإتمامه أمام الموظف الرسمي لا يعني أن العقد لا يتم إلا بالطريقة الرسمية وأن إضفاء الصفة الرسمية هو ركن من أركان العقد كالعقود الرسمية التي سبق ذكرها، بل يعني أن هذه الصفة الرسمية هي طريقة من طرق إثبات العقد.

فبحسب المادة 146 أ.م.م. "للسند الرسمي قوة تنفيذية، وهو حجة على الكافة بما دون فيه من أمور قام بها الموظف العام أو وقعت من ذوي العلاقة في حضوره ضمن حدود سلطته واختصاصه. ويمتد أثر السند الرسمي إلى ورثة أطرافه وخلفائهم. إن الادعاء بتزوير السند الرسمي يوقف قوته في الإثبات والتنفيذ". وبالتالي لا يمكن بطلان السند الرسمي أو إثبات عدم صحة محتوياته إلا بادعاء التزوير، فلا يقبل سند عادي لإثبات بطلان السند الرسمي، لذلك قد يلجأ أصحاب العقد الرسمي لإثباته عن طريق موظف رسمي لدعم قوته الثبوتية تجاه أطرافه والغير.

فالعقود العادية إذاً هي عكس العقود الرسمية التي تعتبر الاستثناء، ويدخل ضمن العقود العادية كافة العقود الأخرى فنذكر على سبيل المثال لا الحصر: عقد البيع، عقد الإيجار، عقد العمل، عقد التمثيل التجاري، عقد الشركة، العقود العينية والعقود الإلكترونية...

فالعقود العينية مثلاً قائمة على قاعدة الحياة في المنقول سند الملكية، فالعقد العيني هو الذي يتم فيه تسليم الشيء أو العين محل التعاقد لكي يعتبر العقد تاماً، فالرضى لا يكفي لإتمام العقد أي لا يعتبر من العقود الرضائية بل هو أقرب إلى العقود الشكلية. فالتسليم هو عملية مادية.

Article 2279 CCF: Les actions possessoires sont ouvertes dans les conditions prévues par le code de procédure civile à ceux qui possèdent ou détiennent paisiblement.

فاعتبر القانون الفرنسي هذه المادة أن الحياة بالمنقول سند الملكية، كالرهن (المادة 2076)، الهبة اليدوية، قرض الاستهلاك (المادة 1892)، الإيداع (المادة 1919)، عارية الإستعمال (المادة

1875). كما أن الاجتهاد الفرنسي يعتبر أن هذه العقود لا تتكون بشكل سليم إلا بعد التسليم، فاعتبرت المحكمة أن عقد القرض يتكون بالتسليم¹.

أما القانون اللبناني، فقد اعتبرت المادة 306 أ.م.م. أن حيازة المنقول حجة قاطعة على ملكيته²؛ فالمرسوم الاشتراعي رقم 32/46 مثلاً نصت المادة 3 منه على أن رهن الشيء المادي يتم بتسليم المدينون الشيء إلى الدائن تأميناً لدين ما. وكذلك هو الحال في هبة المنقول التي شرحناها سابقاً.

والهدف من التسليم كون الحيازة سنداً للملكية في المنقول، فمن بيده الشيء يعتبر هذا قرينة على الامتلاك، وذلك لحماية الغير ولسرمان العقد العيني عليه، لأن بقاء الشيء في حيازة المالك الأصلي يظهر في اعتبار الغير كأنه لا يزال ملكه وجزءاً من ذمته المالية، ويمكنه الحصول على الثقة للاستدانة، فهذه العقود العينية هي في القانون المدني الفرنسي والذي كانت تتبعه عدة قوانين عربية كاللبناني والمصري، ولكن مع رفض التعقيدات الشكلية للعقود والمحاولة للجوء إلى تسهيل وتبسيط الاجراءات، تقلصت العقود العينية في العديد من هذه البلدان³.

أما بالنسبة للشكلية في العقد الإلكتروني فتتص المادة (1/1316) من القانون المدني الفرنسي على أنه "ينشأ الإثبات الخطي أو بالكتابة من تتابع أحرف أو أشكال أو أرقام أو أية إشارات لها دلالة قابلة للإدراك، وذلك أيّاً كانت دعامتها أو الوسائل المستخدمة في نقلها".

وبعد صدور القانون رقم 2000/230 في فرنسا بشأن تطوير قانون الإثبات والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني، انقسم الرأي بين مؤيد ومعارض، فمنهم من اعتبر أن الكتابة الالكترونية أو التوقيع الالكتروني لا تتعدى كونها وسيلة إثبات ولا يمكن اعتبارها ركناً من أركان العقد، أي لا تعتبر شرطاً شكلياً لإنشاء

¹ محكمة باريس 24 حزيران 1981، IR.D.، ص 470، جاك غستان، تكوين العقد (ترجمة منصور القاضي)، الطبعة

الأولى عام 2000، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ص 464.

² محكمة التمييز المدنية الغرفة الأولى، قرار رقم 50، تاريخ 24/06/1957

³ جاك غستان، تكوين العقد (ترجمة منصور القاضي)، الطبعة الأولى عام 2000، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر

والتوزيع، ص 463.

العقد، بينما يذهب رأي آخر إلى أن الكتابة الالكترونية أصبحت كشرط لصحة التصرف وليست مجرد وسيلة إثبات وذلك بسبب عمومية ووضوح نص المادة (1/1316) مدني فرنسي¹.

كما قررت المادة 15 من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 مبدأً عاماً بقولها "للكتابة الالكترونية والمحركات الالكترونية في نطاق المعاملات المدنية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"؛ وقد أقر هذا المبدأ أيضاً كلٌّ من القانون الأردني للمعاملات الالكترونية² ومن قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الالكترونية³.

وفيما يخص التوقيع، قضت محكمة النقض الفرنسية "بأن الختم لا يغني عن التوقيع على الكمبيالة المنصوص عليها في المادة 110 من التجارة وأن التوقيع المطلوب للانعقاد هو بالضرورة التوقيع اليدوي"⁴.

¹ محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص105.

² مادة 7: أ يعتبر السجل الالكتروني والعقد الالكتروني والرسالة الالكترونية والتوقيع الالكتروني منتجاً للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب احكام التشريعات النافذة من حيث الزامها لاطرافها أو صلاحيتها في الاثبات.

ب. لا يجوز اغفال الاثر القانوني لاي مما ورد في الفقرة(أ) من هذه المادة لانها اجريت بوسائل الكترونية شريطة اتفاقها مع احكام هذا القانون.

³ مادة 9: القانون اذا اشترط أو ان يكون خطيا في بيان مستند أو سجل أو معاملة أو بنية أو نص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك، فان المستند أو السجل الالكتروني يستوفي هذا الشرط طالما تم الالتزام بأحكام الفقرة (1) من المادة السابقة.

⁴ " La preuve littérale et la signature ? l'heure de la communication électronique " la semaine juridique november 1999 , bautier pirre , op , cit

وخلاصة كل هذا أن التشريعات بمعظمها تعترف بمبدأ المساواة بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية كما والتوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي، ولكن بلداناً عديدة استثنت بعض التصرفات من نطاق الشكيلة الإلكترونية¹.

فالتوجيه الأوروبي الصادر في 8 حزيران 2000 قد قرر أنه لا ينطبق هذا المبدأ على كافة العقود ومنها "العقود المنشئة أو الناقلة لحقوق الملكية العقارية ما عدا حقوق الإيجار والعقود التي تتطلب تدخلاً من المحاكم والسلطة العامة وعقود الكفالة والعقود التي يحكمها قانون الأسرة أو قانون الميراث مثل عقود الوصية والهبة والزواج وإشهار الطلاق والتبني".

¹ قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 حيث نص في مادته الخامسة على: "يسرى هذا القانون على السجلات والتوقيعات الإلكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية ويستثنى من أحكام هذا القانون ما يلي:

أ_ المعاملات والأموال المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا
ب_ سندات ملكية الأموال غير المنقولة.
ج_ السندات القابلة للتداول.
د_ المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدة تزيد عن عشر سنوات وتسجيل أية حقوق متعلقة بها.

هـ_ أي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام كاتب العدل."

و في نفس المعنى، القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 في المادة (6) منه على أنه " لا تسرى أحكام هذا القانون على ما يلي:

أ - العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقاً لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة ومنها:

1. إنشاء الوصية وتعديلها
2. إنشاء الوقف وتعديل شروطه
3. معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال.
4. الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية
5. الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة
6. لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم.

ب_ الأوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استناداً لقانون الأوراق المالية نافذ المفعول"

ونحن نؤيد هذا الإتجاه، فلا يعقل أن تبرم عقود في غاية الأهمية والخطورة عن بعد، دون مراعاة القانون. ولكن في عصرنا اليوم أصبحت الشكلية الالكترونية ضرورية فلا مفر منها في ظل هذا التطور التكنولوجي والسرعة؛ وبالتالي يجب تسهيل إبرام جميع العقود بشكل إلكتروني سواء أكانت عقوداً شكلية أم رضائية، وجعلها محط ثقة وأمان لإبرام كل أنواع العقود.

فمن حسنات الشكل في العقود أنه يساعد السلطة العامة في ممارسة الرقابة على الصعيدين الإقتصادي والإجتماعي، وذلك عبر مراقبة العقود الجارية بين الأطراف والمحددة قانوناً بشكل مسبق. كما أنه من الواضح أن العقد الرسمي يخفف المخاطر على المتعاقدين على عكس العقد العادي ولكن هذا الأخير يتميز بسرعة التداول خاصة في عصر السرعة الذي نعيشه اليوم.

فالعقد الهبة مثلاً هو عقد شكلي عادي، وقد عرفت المادة 504 م.وع. الهبة بأنها "تصرف بين الأحياء بمقتضاه يتفرغ المرء لشخص آخر عن كل أمواله أو عن بعضها بلا مقابل". وبالمبدأ يعتبر عقد الهبة من العقود الرضائية التي تتم بمجرد التقاء الإيجاب بالقبول دون اشتراط أي شرط شكلي لقيامها أو إثباتها، وذلك على عكس ما هي عليه الهبة في فرنسا¹ ومصر² وسوريا³ وغيرها من الدول التي تعتبر عقد الهبة من العقود الشكلية⁴. ولهذه الشكلية أهدافها والتي سعى المشتري لتحقيقها لذا سنتكلم عنها تباعاً.

¹ L'article 931 du Code Civil: « En cas de vice de forme, une donation entre vifs ne peut faire l'objet d'une confirmation. Elle doit être refaite en la forme légale.

Après le décès du donateur, la confirmation ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayant cause du donateur emporte leur renonciation à opposer les vices de forme ou toute autre cause de nullité. »

² المادة 488 من القانون المدني المصري: " تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر . ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض، دون حاجة إلى ورقة رسمية".

³ المادة 477 من القانون المدني السوري: " تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر . ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض، دون حاجة إلى ورقة رسمية".

⁴ نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، الجزء الأول (دراسة فقهية)، المؤسسة الحديثة للكتاب 2001، ص168.

ولكن هذا المبدأ له عدة استثناءات وهي الهبة اليدوية، الهبة العقارية، والوعد بالهبة، والتي أشار إليها قانون الموجبات والعقود في المواد التالية: 509، 510، و511.

فنصت المادة 509 على أنه "تتم الهبة اليدوية بأن يسلم الواهب الشيء للموهوب له"، فالشرط الشكلي في الهبة اليدوية التي تشير إليه هذه المادة هو التسليم أي نقل ملكية المال أو الشيء الموهوب من يد الواهب إلى يد الموهوب له؛ فالتسليم يعتبر عنصراً أساسياً لإتمام عقد الهبة اليدوية، وبالتالي تعتبر الهبة اليدوية عقداً عينياً¹ لا يتم إلا بالتسليم بغض النظر عن الطريقة التي يتم بها التسليم والتي عادة تكون بالمناولة.

ونصت المادة 510 على "أن هبة العقار أو الحقوق العينية العقارية لا تتم إلا بقيدها في السجل العقاري". كما نصت المادة 511 م.وع.: ".... ولا يصح الوعد بهبة عقار أو حق عقاري، إلا بقيده في السجل العقاري". مما يعني أن ما ينطبق على الهبة العقارية ينطبق أيضاً على الوعد بالهبة العقارية؛ وهذا فيما يخص قانون الموجبات والعقود. فقد نصّ قانون الملكية العقارية أيضاً على تسجيل الهبة العقارية، فنصت الفقرة الأولى من المادة 204 ملكية عقارية الصادر بالقرار 3339 تاريخ 1930/11/12 على أنه "يتم اكتساب الحقوق العينية وانتقالها بقيدها في السجل العقاري..". وكذلك المادة 228 من نفس القانون، والتي اعتبرت أن الهبة هي طريقة من طرق اكتساب حق القيد في السجل العقاري، والمادة 267 (معدلة وفقاً للقرار رقم 57/ل.ر. تاريخ 1931/6/18): "يكتسب حق قيد الحقوق العينية العقارية بمفعول العقود".

كما نصت المادة 11 من القرار 1926/188: "الصكوك الاختيارية والإتفاقات المتعلقة بإحداث حق عيني، أو نقله، أو إعلانه أو تعديله أو إبطاله، لا تكون نافذة، حتى بين العاقدين، إلا اعتباراً من تاريخ تسجيلها. ولا يمنع ذلك حق المتعاقدين المتبادل في المدعاة، فيما يتعلق بعدم تنفيذ اتفقاتهم". وكذلك المادة 228 ملكية عقارية، والتي اعتبرت أن الهبة طريقة من طرق اكتساب حق القيد في السجل العقاري.

¹ العقد العيني: لا يكفي التراضي لانعقاده بل يجب أيضاً تسليم العين محل العقد. المادة 195 م.وع.: "...القيام بالأداء في العقود العينية..".

ولكن الطبيعة القانونية لموجب التسجيل في السجل العقاري تختلف بين قانون الموجبات والعقود والقوانين الأخرى التي ذكرناها، ففي قانون الملكية العقارية وقانون السجل العقاري يكون التسجيل العقاري للهبة لازماً لسريان عقد الهبة على أطرافه وعلى الغير ولذلك يعتبر له مفعول إنشائي، ولكن وجوده أو عدمه لا يؤثر على صحة عقد الهبة العقارية أي لا يعتبر ركناً من أركانه. وذلك على عكس ما يتبين لنا من المادتين 510 و 511 م.وع. حيث أن الهبة العقارية "لا تتم" ما لم تسجل في السجل العقاري، فالتسجيل هو شرط أساسي وركن من أركان عقد الهبة العقارية، والتي يعتبر عقداً شكلياً استناداً لقانون الموجبات والعقود. وبالتالي لا يكتسب المتعاقدون حق المدعاة لطلب قيد العقود في السجل العقاري. فهذا التباين بالقوانين أدى إلى انقسام فقهي واجتهادي فيما إذا كان التسجيل في السجل العقاري هو ركن من أركان عقد الهبة أم لا، إلى أن استقر الفقه والاجتهاد على الرأي القائل بأن قانون الموجبات والعقود يتحدث عن الهبة العقارية بشكل خاص، وبما أنه أحدث بعدة سنوات من القوانين الأخرى، فيعتبر القانون الواجب التطبيق فيما خص الهبة العقارية والوعد بالهبة العقارية خاصة بالنسبة إلى الشرط الشكلي الوارد بها على أنه عنصر أساسي لتكوين هذا العقد¹.

فتسجيل الهبة في قانون الموجبات والعقود لا يعتبر مجرد أداة ثبوت، بل ركناً من أركان العقد الذي لا يتم من دونه. فلو أراد المشرع الاكتفاء باعتبار عقد الهبة العقارية كغيره من العقود العينية لما أحاطه المشرع بنص خاص مشدداً على ضرورة تسجيله، ليس للإثبات بل لإتمام العقد². كما أنه في حال توفي الواهب قبل التسجيل فلا قيمة للهبة العقارية لعدم نفاذها تجاه الورثة لأن التسجيل العقاري من العناصر الأساسية.

ولهذا الشرط الشكلي أهمية كبرى للواهب كما للموهوب له، فمن ناحية ينبه الواهب إلى خطورة³ الهبة العقارية مما تحمله من تفرغ وانتقاص جزء من أملاكه، وبالتالي انتقاص في ذمته المالية وذلك

¹ محكمة التمييز المدنية بيروت، قرار رقم 3، سنة 1995 - www.legallaw.ul.edu.lb

² محكمة التمييز المدنية بيروت، الغرفة الأولى الهيئة الثانية، القرار رقم 72، تاريخ 1968/5/10 حاتم ج 82 ص 62.

³ محكمة التمييز المدنية بيروت، الغرفة الأولى، القرار رقم 72، تاريخ 1968/05/10، حاتم ج 82 ص 62.

دون مقابل، ومن ناحية ثانية هي ضمانة للموهوب له ليحفظ حقه من خلالها؛ وأيضاً هي بمثابة إنذار لحماية الغير الذي يريد التعاقد مع الواهب ليكون على دراية من أي نقص بذمة الواهب المالية¹.

وليتحقق هذا الهدف، لا يجب أن يكون التسجيل احتياطياً فهذا النوع من التسجيل هو تدبير مؤقت لحماية الحق لمدة أقصاها 6 أشهر، كما أنه لا ينقل الملكية²، كما ولا يجب أن يسجل هذا العقد بالسجل اليومي³، فالهدف من هذا السجل هو معرفة تسلسل المعاملات المقدمة للتسجيل بحسب الأولوية في دفتر الملكية⁴، فالعقد المسجل بهاتين الطريقتين إذاً لا يعتبر تاماً لخلوه من عناصر العقد الأساسية⁵.

ولما كان تعويض استملاك عقار لا يعتبر حقاً عينياً فلا يتوجب قيد الهبة الواقعة عليه في السجل العقاري⁶.

وبحسب المادة 232 من قانون الملكية: "تطبق على الأجانب أحكام القانون المحلي المتعلقة بالهبات"، يعني ذلك هبة عقارية أو وعد بهبة عقار يجب أن تسجل في السجل العقاري، سواء نظمت في لبنان أو في الخارج، فلا يمكن فتح مجال للتحايل على القانون وإعطاء السند الأجنبي قوة تنفيذية

¹ نادر عبد العزيز شافي ن عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، الجزء الأول (دراسة فقهية)، المؤسسة الحديثة للكتاب 2001، ص 173/174

² المادة 26 من القرار 1926/188 قانون السجل العقاري المعدل بالمرسوم رقم 48 للعام 2008: "عندما يكون طلب تسجيل القيد الموقت مستنداً على سند رسمي، يبطل مفعوله بعد مضي عشرة أيام، إذا كان طلب تسجيل القيد الموقت مستنداً على اتفاق الطرفين، يبطل مفعوله بانتهاء المدة المتفق عليها. وإذا كان طلب تسجيل القيد الموقت مبنياً على إجازة من رئيس محكمة البداية، يبطل مفعوله بعد مضي شهر، إذا لم تقم الدعوى بشأنه، ولم يدون ذلك خلال هذه المدة في السجل العقاري. وفي جميع الأحوال، يبطل مفعول القيد الموقت، إذا لم يجر التسجيل القطعي بطرف الستة أشهر التي تلي القيد الموقت".

³ محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الأولى، القرار رقم 306 تاريخ 1997/2/7، مجلة العدل 1994 ص 262.

⁴ المادة 63 من القرار 1926/188 قانون السجل العقاري المعدل بالمرسوم رقم 48 للعام 2008: "على رئيس المكتب المعاون أن يمكّن دفتره يومياً يحرر فيه، تحت رقم متسلسل، المعاملات التي تقدم له، والأوراق التي يستلمها، ويحرر تاريخ ورقم التسجيل في دفتر اليومية، وفي ورقة الضبط ويعطي المستدعي وصلاً يذكر فيه تاريخ ورقم دفتر اليومية الذي يقيد فيه كل طلب، ويجري المعاملات على الترتيب بحسب تاريخ تسجيلها في السجل اليومي. ويعتبر ترتيب الأولوية حسب تاريخ تسجيل الاستدعاء في السجل اليومي".

⁵ محكمة التمييز المدنية، الهيئة العامة، قرار رقم 22، تاريخ 1965/06/25، مجموعة حاتم ج 62 ص 74.

⁶ محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الثالثة، تاريخ 1973/3/21 ن.ق. 1973، ص 382، والمصنف في قضايا الموجبات والعقود والمسؤولية 1992، ص 206.

تفوق القوة المعترف له بها في لبنان. فمثلاً، إذا نظمت في فرنسا هبة عقار موجود في لبنان، بطريقة السند الرسمي، أي كما ينص القانون الفرنسي، فلا تكون قابلة للتنفيذ في لبنان ولا وجود قانوني لها. كما أن كل هبة لعقار موجود في لبنان، يجب أن تخضع للقانون اللبناني لجهة الشروط الواجب توافرها لاعتبار هذه الهبة قانونية ونافاذة¹. ولكن يستثنى من التسجيل الهبة المستترة أي التي تجري تحت مظهر عقد آخر، كعقد البيع الذي يخفي هبة².

ولكن لما كان الاجتهاد يعتبر تسجيل عقد الهبة العقارية في السجل العقاري هو شرطاً لصحته³، غيرت محكمة التمييز اللبنانية موقفها مؤخراً من خلال قرارين اعتبرت فيهما بأنه يستفاد من أحكام المواد 228 و 267 من قانون الملكية العقارية و 11 من القرار رقم 188 تاريخ 1925/3/15 و 48 و 507 و 510 و 511 م.ع. والذان ينصان أن عقد الهبة العقارية هو عقد رضائي، كعقد هبة المنقول، فهو ينشأ برضى الفريقين فقط، لأن القانون لم يفرض شروطاً شكلية خاصة لإنشائه، وأن تسجيل عقد الهبة العقارية في السجل العقاري لا يعتبر عنصراً مكوناً لصحته، فهذا العقد ينعقد على وجه صحيح، كعقد البيع العقاري غير المسجل في السجل العقاري المنصوص عنه في المادة 393 م.ع. بمجرد توافق إرادتي الواهب والموهوب له، وينشئ موجباً شخصياً على عاتق الواهب، وهو موجب التسجيل في السجل العقاري، فيكتسب الموهوب له حقاً شخصياً يطلب التسجيل إما رضائياً أو قضائياً، فالحق العيني، موضوع الهبة، ينتقل بالتسجيل⁴؛ فالهبة العقارية الصريحة تنعقد على وجه صحيح بمجرد اقتران العرض بالقبول ووقوف الواهب على قبول الموهوب له، فتسجيل عقد الهبة العقارية الصريحة لا يشكل عنصراً مكوناً لصحته⁵.

¹ نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، الجزء الأول (دراسة فقهية)، المؤسسة الحديثة للكتاب 2001، ص 200/201.

² محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 23، تاريخ 1958/04/10، www.legallaw.ul.edu.lb

³ محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثانية، قرار رقم 228 تاريخ 1983/5/2، الرئيس الحجار والعضوان هيس الخوري ومشلب، العدل، 1983، عدد 3، ص 447.

⁴ محكمة التمييز المدنية، الغرفة العاشرة، قرار رقم 50 تاريخ 2011/5/24، مجموعة باز، 50، القسم الثاني، ص 1523.

⁵ محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 75 تاريخ 2010/06/01، مجلة العدل، رقم 4، سنة 2010، ص 1633/1630.

وأخيراً بالنسبة لجزء عدم مراعاة هذه الشروط الشكلية فقد كان القانون الفرنسي واضحاً في المادة 931 مدني، باعتباره بطلان العقد هو الجزء، على عكس القانون اللبناني الذي لم يكن واضحاً فيما إذا كان الجزء يتمثل بالإنعدام أو البطلان، ولم يوضح المقصود من عبارة "لا تتم" أو "لا يصح" وطالما أن هذا الشرط الشكلي هو ركن من أركان العقد فعدم وجود هذا الركن يعني عدم وجود العقد أي انعدامه، ولا ينتج أي أثر قانوني كما لا يمكن المطالبة بتنفيذه.

كما أن الاجتهاد اللبناني أيضاً لم يتخذ موقفاً واضحاً فيما إذا كان الجزء هو الإنعدام أو البطلان، فبعضها كرر ما هو مستعمل من عبارات في القانون مثلاً: الهبة والوعد بها، واللذان لا يتمان إلا بالتسجيل في السجل العقاري¹. فالتعهد بهبة عقار سواء اعتبر هبة أو وعداً بهبة هو في الحالة الأولى لا يتم²، وفي الحالة الثانية لا يصح³ إلا بقيده في السجل العقاري، فهبة العقار لا تتم إلا بقيدها في السجل العقاري⁴، وعدم توافر شرط التسجيل يعني أن الهبة غير تامة ومعدومة المفعول⁵.

والبعض الآخر من الاجتهاد اعتبر البطلان هو مفعول عدم تسجيل الهبة العقارية، فاعتبر أن الهبة تكون باطلة لمخالفتها النص القانوني الإلزامي⁶، كما خلط الاجتهاد بين الإنعدام والبطلان في قرارته⁷. فعدم وضوح القانون أدى بدوره إلى عدم وضوح الاجتهاد والفقهاء فيما إذا كان الجزء هو البطلان أو الإنعدام وبالتالي إلى انقسامهما.

¹ محكمة التمييز المدنية، الغرفة الأولى، قرار رقم 80، تاريخ 1958/08/06، باز 1958 ص137.

² محكمة التمييز المدنية بيروت، قرار رقم 45، تاريخ 1999/05/04، كساندر 1999 ق 644.

³ محكمة الاستئناف المدنية، جبل لبنان رقم 0 تاريخ 1974/12/20، مجلة العدل رقم 4/3/2 سنة 1978، ص273/274

⁴ محكمة التمييز المدنية، بيروت رقم 36 تاريخ 2012/04/12، باز، رقم 51، سنة 2012، ص903/908.

⁵ محكمة التمييز المدنية، الهيئة العامة، القرار رقم 22، تاريخ 1965/06/25، باز 1965، ص117.

⁶ محكمة التمييز المدنية، الغرفة الثانية، قرار رقم، تاريخ 1974/05/13، باز 1974 ص167.

⁷ بداية جبل لبنان المدنية، الغرفة الأولى، رقم 306، تاريخ 1994/4/7، العدل، 1994، ص262.

المطلب الثاني: هدف القيود التي تفرض على العقود:

بما أن أساس كل العقود هو الرضى بين الطرفين من خلال الإيجاب والقبول، وبما أن المشرع ابتدع فكرة الشكل في العديد من العقود بغية تحقيق مصلحة الطرفين والمجتمع على حد سواء، جاءت الشكلية كإجراءات مصاحبة للتعبير عن الإرادة ولإلزامه لإبرام العقد، وتعددت أهدافها فبعضها كان بغية إنشاء العقد (الفقرة الأولى)، والبعض الآخر كان بهدف الإعلان عن إبرام العقد (الفقرة الثانية)، وللمشترع في كل من الهدفين وجهة نظر وتعليل.

الفقرة الأولى: قيود شكلية ذات هدف إنشائي:

تتنوع العقود التي جاءت الإشكالية فيها بهدف إنشاء العقد، بحيث أن غياب هذه الإشكالية تعني بالضرورة غياب وبطلان العقد تماماً.

ومن أهم هذه العقود عقد العمل الجماعي، فقد عرف قانون الموجبات والعقود عقد الجماعة في المادة 173 منه فقرة ثانية بقوله: "عقد الجماعة هو الذي توجهه غالبية على أقلية بحيث يتقيد به أناس لم يقبلوه" (كعقد استخدام جماعة وكالتسوية في حالة الإفلاس).

كما أتى على ذكره قانون العمل في المادة الثانية منه حين نص "الأجير هو كل رجل أو امرأة أو حدث يشتغل بأجر عند رب العمل في الأحوال المبينة في المادة السابقة بموجب اتفاق فردي أو اجمالي خطياً كان أم شفهيًا". وبتاريخ 1964/09/02 صدر قانون عقود العمل الجماعية والوساطة والتحكيم حيث عرفت المادة الأولى منه عقد العمل الجماعي بأنه "اتفاق تنظم بمقتضاه شروط العمل بين طرف يمثل نقابة أو أكثر من نقابة أو اتحاداً أو أكثر من اتحاد نقابات الأجراء، وبين طرف آخر يكون رب عمل منفرداً أو أكثر من رب عمل أو ممثل هيئة مهنية أو أكثر من هيئة، أو اتحاداً أو أكثر من اتحاد مهني لأرباب العمل".

ويتبين من هذا القانون أن عقد العمل الجماعي يشترط بعض الشكليات لاعتباره صحيحاً، وقد أتت على ذكرها المواد 4 و5 و6 من نفس القانون. فالمادة 4 الفقرة الأولى اشترطت أن يكون عقد العمل

الجماعي خطأً تحت طائلة الإبطال، وذلك على عكس عقد العمل الفردي¹ الذي يمكن أن يتم شفهيًا بحسب ما ورد في المادة 12 من قانون العمل²، فهو عقد رضائي³. أما عقد العمل الجماعي فإن حصل شفهيًا يعتبر باطلاً. فيتبين من هذه المادة أن شرط كتابة العقد هنا ليس فقط وسيلة إثبات بل هو عنصر أساسي لصحة العقد. وهذا ما نصت عليه معظم القوانين⁴ باستثناء قانون العمل العراقي الذي لم يشترط الكتابة صراحة.

ولم يشترط القانون شكلاً خاصاً للكتابة كتوقيعها من موظف رسمي مثلاً لتصبح رسمية⁵، بل يكفي توقيع العقد من قبل طرفيه ليعتبر صحيحاً⁶. فالشرط الشكلي يكمن بالكتابة العادية والتوقيع عليه من قبل فريقه ليكون له قيمة قانونية⁷. كما لم يشترط القانون اللبناني أن يكتب العقد باللغة العربية، فإن كتب باللغة الأجنبية ولو لم يترجم فيعتبر صحيحاً، وهكذا يوسع المشترع بطريقة غير مباشرة، مجال

¹ عقد الاستخدام بحسب المادة 624 موجبات وعقود الفقرة 1: "إجارة العمل أو الخدمة، عقد يلتزم بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يجعل عمله رهين خدمة الفريق الآخر وتحت ادارته مقابل أجر يلتزم هذا الفريق اداءه له".

² المادة 12 من قانون العمل الصادر في 32 أيلول 1946: "يكون عقد الاستخدام اما خطيا واما شفويا ويخضع في كلا الحالين لاحكام القانون العادي. يجب تنظيم العقد الخطي باللغة العربية ويجوز ترجمته إلى لغة أجنبية إذا كان رب العمل أو الاجير اجنيا يجيل المغة العربية".

³ محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 66 تاريخ 2011/07/25، مجلة العدل 2012، عدد 1، ص 238/237: "ان عقد العمل الفردي هو عقد رضائي ينشأ بين صاحب العمل من جهة والاجير من جهة ثانية ويحدد النشاط الذي يلتزم الاجير القيام به لمصلحة صاحب العمل لقاء اجر محدد، ويجوز ان يكون شفويا كما يجوز إثباته بكافة الطرق والفصل فيه لمجلس العمل التحكيمي".

⁴ Article L. 132-2 du Code du travail en France.al.1:

(Loi n° 73-4 du 2 janvier 1973, Loi n° 73-1195 du 27 décembre 1973, Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982, articles 1er et 4)

« La convention ou l'accord collectif de travail est un acte, écrit à peine de nullité, »

⁵ محكمة الاستئناف في بيروت، قرار رقم 850، تاريخ 1972/6/31، النشرة القضائية 1972، ص 634.

⁶ Paul-Henri Antonmattei, Les conventions et accords collectifs de travail, Dalloz, 1996, P. 25.

⁷ عصام يوسف القيسي، قانون العمل اللبناني، منشورات عشتار، الطبعة الأولى، بيروت 1983، ص 380.

عمل المؤسسات التي قد تتعدى الدولة اللبنانية إلى دول أخرى أجنبية¹؛ وذلك على عكس قانون العمل الفرنسي الذي اشترط أن تكون الكتابة باللغة الفرنسية².

وبعض الفقهاء³ اعتبروا أن العقد غير المكتوب يعتبر منعماً، أي أن الكتابة ليست شرطاً لصحة العقد فقط وعدم وجودها يؤدي إلى بطلانه، بل هي عنصر من عناصر العقد الأساسية، فمن دونها لا يعتبر موجوداً؛ فعدم وجود المخطوطة يعني عدم وجود العقد الذي يحدد حقوق وواجبات طرفيه كما يساعد على إيضاحها.

مع الإشارة بأن هذا الشرط يشمل العقد الجماعي ككل، أي مع ما يتبعه من تعديل أو توسيع أو تجديد⁴، لأنها جزء لا يتجزأ من العقد كما أنها تعبر عن إرادة المتعاقدين الجديدة⁵.

أما المادة الخامسة من قانون عقود العمل الجماعية فقد نصت على شرط تسجيل عقد العمل الجماعي في وزارة العمل بقولها: "ينظم عقد العمل الجماعي في ثلاث نسخ أصلية يحتفظ كل طرف بنسخة وتودع نسخة لدى وزارة العمل والشؤون الإجتماعية للتسجيل".

فكما هو مطلوب في العقود المدنية المتبادلة بأن يحصل كل طرف على نسخة عن العقد المتبادل، يوجد شرط إضافي لتصنيف العقد هنا على أنه عقد عمل جماعي، وهذا الشرط يتمثل بتحرير نسخة ثالثة أصلية لطرف ثالث هو وزارة العمل، وذلك بهدف تسجيل العقد لدى الوزارة التي لها صلاحية بقبول

¹ عصام يوسف القيسي، قانون العمل اللبناني، منشورات عشتار، الطبعة الأولى، بيروت 1983، ص 381.

² Article L. 132-2-1 du Code du travail (Loi n° 94-665 du 4 août 1994, article 9 IV)

« Les conventions et accords collectifs de travail et les conventions d'entreprise ou d'établissement doivent être rédigés en français. Toute disposition rédigée en langue étrangère est inopposable au salarié à qui elle ferait grief. »

³ عصام يوسف القيسي، قانون العمل اللبناني، منشورات عشتار، الطبعة الأولى، بيروت 1983، ص 378. راجع أيضاً: Paul-Henri Antonmattei, Les conventions et accords collectifs de travail, Dalloz, 1996, P.25.

⁴ جورج سعد، قانون العمل الجماعي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى سنة 2015، ص 106.

⁵ زكي بدوي، علاقات العمل في مختلف الصناعات، القاهرة 1961، ص 49.

العقد أو رفضه بعد درسه والتأكد من مطابقته للقوانين، فمهمة الوزارة تشمل درس العقود الجماعية¹، على عكس نظام الإيداع حيث لا تتدخل الجهة الإدارية أو القضائية بالعقد المودع لديها².

مع العلم أن كلمة "تودع" شكلت التباساً³ في البداية، فيما إذا كان المقصود منها اعتماد نظام الإيداع أو التسجيل من قبل المشرع، فعند استعمال المشرع الإيداع لم يقصد به مجرد وضع العقد لدى وزارة العمل بل المطلوب عملياً هو تسجيله لديها لتمكين من ممارسة صلاحياتها عن طريق إجراء رقابتها عليه⁴.

وقد أخذت بعض القوانين بنظام الإيداع كالقانون الفرنسي والبعض الآخر أخذ بنظام التسجيل على غرار القانون اللبناني⁵.

أما بالنسبة للشرط الشكلي الثالث والأخير فنصت عليه المادة 6 من قانون عقود العمل الجماعية والوساطة والتحكيم في فقرتها الأولى: "لا يكون عقد عمل جماعي ملزماً إلا بعد نشره في الجريدة الرسمية من قبل وزارة العمل والشؤون الإجتماعية أو بعد انقضاء شهر من تاريخ تسجيله لديها".

ويتبين من هذه المادة أن شرط النشر مطلوب كوسيلة لإعلام الغير بالعقد الجماعي أي بهدف سريانه على الكافة، كما أنه يحدّ من تدخل السلطات الرسمية في علاقات العمل والخلافات الناتجة عنها

¹ المرسوم رقم 2865 تاريخ 1961/12/30 المادة 14

يتولى قسم العلاقات المهنية:

-تنظيم علاقات العمل الاقتصادية والاجتماعية.

-درس الانظمة الداخلية للمؤسسات والعقود الجماعية.

-تأمين الابحاث والدراسات المتعلقة بمكتب العمل الدولي.

-التوسط والتسوية في خلافات العمل الجماعية.

² عصام يوسف القيسي، قانون العمل اللبناني، منشورات عشتار، الطبعة الأولى، بيروت 1983، ص382.

³ جورج سعد، قانون العمل الجماعي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى سنة 2015، ص107. اعتبر أن القانون اللبناني أخذ بنظام الإيداع.

⁴ عصام القيسي، قانون العمل اللبناني، منشورات عشتار، الطبعة الثانية، بيروت 1990، ص306.

⁵ مثلاً قانون العمل الأردني المادة 39 فقرة أ: " ينظم عقد العمل الجماعي على ثلاث نسخ اصلية على الاقل ويحتفظ كل طرف بنسخة منه وتودع النسخة الثالثة لدى الوزارة لتسجيلها في سجل خاص ويكون عقد العمل الجماعي ملزماً من التاريخ المحدد فيه وفي حالة عدم تحديد التاريخ فمن تاريخ تسجيله في الوزارة".

فهو بمثابة القانون أو النظام "التكميلي"¹ لعلاقة الأجراء برب العمل، شرط أن لا يخالف العقد القوانين والانتظام العام وإلا تعرض للإبطال.

وبالرغم من وضوح المادة باعتبار العقد غير ملزم إذا لم يتم نشره، نلاحظ أنه لم يتم نشر أي عقد من عقود العمل الجماعي من قبل وزارة العمل، فبهذه الحالة تعتبر العقود الجماعية عملياً ملزمة بعد شهر من تسجيلها في الوزارة.

أضف إلى ذلك عقود بيع السيارات، فهي من العقود ذات الهدف الإنشائي، إذ نصت المادة 269 من قانون السير القديم رقم 1967/76، ومادة 269 على أنه: تسجل السيارات والدراجات الآلية والجرارات الزراعية ومعدات الأشغال العامة وإجمالاً جميع المركبات الآلية في سجلات أو بطاقات خاصة لدى مصلحة تسجيل السيارات والآليات، أما الدراجات العادية والعجلات التي تجرها الحيوانات والمركبات والمعدات التي تجر بالأيدي، فتسجل في مراكز البلديات.

كما تنص المادة 271 من نفس القانون على أنه: "لا يجوز، باستثناء الحالات المنصوص عليها في القانون الصادر بتاريخ 20 أيار 1935 المختص ببيع السيارات وبالتقسيط، بيع أو رهن السيارات أو الدراجات الآلية والجرارات الزراعية وجميع المركبات الآلية الخاضعة للتسجيل وفقاً للمادة 269 إلا لدى دائرة التسجيل وبواسطة المأمور المكلف، وكل بيع أو رهن يحصل خارج هذه الدائرة لا يكون له مفعول تجاه الشخص الثالث أو لدى الدولة، ويعتبر كل من ساهم في مخالفة أحكام هذه المادة شريكاً بالمسؤولية". كما نص قانون السير الجديد على مثل ذلك أيضاً رقم 2012/243 في المادة 163 و164 مع إضافة فقرة أولى إلى المادة 163 إذ نصت على أنه: "لا يجوز قيادة أي مركبة ما لم تكن مسجلة ومرخصة وفقاً لأحكام هذا القانون".

نستج من هذه المواد أعلاه أن تسجيل عقد بيع السيارة لدى هيئة إدارة السير والآليات والمركبات هو ضروري وواجب، وإلا تعتبر السيارة غير قانونية ولا يجوز التنقل بها قبل التسجيل، كما أن هذا التسجيل يجعل البيع يسري تجاه الأشخاص الثالثين. ونتيجة لذلك، في حال حصول بيع سيارة دون

¹ عصام القيسي-قانون العمل اللبناني-منشورات عشتار-الطبعة الثانية -بيروت 1990 - ص384.

تسجيلها فهذا يعني أنها لا تزال على إسم البائع لدى هيئة إدارة السير، وبالتالي يمكن إلقاء الحجز التنفيذي عليها من قبل الدائن لأن العقود غير المسجلة لا تكون لها أي مفعول تجاه الغير¹.

ومن العقود ذات الهدف الإنشائي عقد البيع العقاري، إذ تنص المادة 11 من قانون السجل العقاري رقم 1926/188 أن: "الصكوك الاختيارية والاتفاقات المتعلقة بإحداث حق عيني، أو نقله، أو إعلانه أو تعديله أو إبطاله، لا تكون نافذة، حتى بين العاقدين، إلا اعتباراً من تاريخ تسجيلها. ولا يمنع ذلك حق المتعاقدين المتبادل في المدعاة، فيما يتعلق بعدم تنفيذ اتفاقاتهم؛ تطبق هذه الأحكام خاصة على الصكوك، والاتفاقات العقارية، والوقفيات وحجج تجزئة حقوق الأوقاف التي تنظم أو تصدق من قبل كتاب العدل والمحاكم الشرعية".

كما تنص المادة 393 على: "أن بيع العقار أو الحقوق العينية المترتبة على عقار لا يكون له مفعول حتى بين المتعاقدين، إلا من تاريخ قيده في السجل العقاري".

حيث يتبين من هاتين المادتين بأن عقد البيع غير المسجل في السجل العقاري لا ينتج مفعولاً حتى بين طرفيه إلا بقيده في السجل العقاري²، وتحديداً الصحيفة العينية³، ولا يحل محل الصحيفة العينية التسجيل في السجل اليومي، الذي هو سجل مخصص لإثبات تاريخ إيداع طلبات التسجيل في السجل العقاري⁴، فلا يدخل العقار في ذمة الشاري المالية ما لم يسجل في السجل العقاري⁵، وذلك حماية

¹ رئيس دائرة التنفيذ في المتن، قرار رقم 41 تاريخ 2007/1/29، العدل، 2011، عدد 1، ص 416.

² محكمة الدرجة الاولى في بيروت، قرار رقم 360 تاريخ 2014/06/26، مجلة العدل، عدد 4، سنة 2014، ص 2205/2198.

³ القاضي المنفرد المدني في كسروان، قرار رقم 124 تاريخ 2009/10/28، مجلة العدل عدد 4، سنة 2009، ص 1681/1677.

⁴ محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 86 تاريخ 1971/10/26، مجموعة اجتهادات حاتم، عدد 124، سنة 1987، ص 44/43.

⁵ القاضي المنفرد المدني في صيدا، قرار رقم 0 تاريخ 2009/11/26، مجلة العدل، عدد 2، سنة 2011، ص 948/944.

للغير الغريب عن العقد. فهذا التسجيل إذاً هو شرط أو عنصر أساسي لانتقال الملكية¹؛ وبالتالي إذا بيع العقار إلى مشتري ثانٍ وتم تسجيله على اسمه اعتبر البيع صحيحاً، ويكون المشتري الثاني هو المالك وليس المشتري الأول².

وبما أنه لا مفعول لعقد البيع إلا من تاريخ تسجيله في السجل العقاري فلا يكون الاتفاق العادي السابق للترخيص بالبيع باطلاً، والذي ينحصر مفعوله بين الطرفين³.

والاجتهاد مستقر على أن المشتري بعقد عادي يملك حقاً شخصياً بطلب التسجيل ولا يملك حقاً عينياً على العقار حتى تسجيل المبيع على اسمه في السجل العقاري⁴، فيمكنه الادعاء على المشتري لمطالبته بتسجيل العقار، ويكون للشاري حق شخصي يمكنه بمقتضاه إلزام البائع بنقل المبيع إليه⁵. فهذا الإلتزام هو نتيجة لاكتمال عناصر عقد البيع المنظم من قبل فريق النزاع⁶، وذلك على صعيد الموجبات المتبادلة التي يضعها العقد على عاتق كل منهما⁷.

¹ المحكمة الابتدائية المدنية في بيروت، قرار رقم 65 تاريخ 1987/05/04، مجلة العدل، عدد 2، سنة 1988، ص174/175.

² المحكمة الابتدائية المدنية في بيروت، قرار رقم 1 تاريخ 1982/02/01، مجموعة اجتهادات حاتم، عدد 174، سنة 1982، ص459/464.

³ المحكمة الابتدائية المدنية في بيروت، قرار رقم 2412 تاريخ 1964/07/30، مجموعة اجتهادات حاتم، عدد 57، سنة 1980، ص42/44.

⁴ محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 40 تاريخ 2009/07/30، مجموعة باز، عدد 48، سنة 2009، ص1080/1074.

⁵ محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 18 تاريخ 2008/02/21، مجموعة باز، عدد 47، سنة 2008، ص1024/1017.

⁶ محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 87 تاريخ 2000/10/17، مجموعة باز، عدد 39، سنة 2000، ص389/390.

⁷ محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثانية، قرار رقم 228 تاريخ 1983/5/2، الرئيس حجار والعضوان عيسى الخوري ومثلب، العدل، 1983، عدد 3، ص447؛ راجع ايضاً: تمييز مدني، الغرفة الخامسة، قرار رقم 33 تاريخ 2002/3/5، الرئيس مهيب معماري والمستشاران يحيى مولوي وجان عيد، مجموعة باز، 41، ص436.

كما "أن الحقوق العينية المتعلقة بعقار غير منقول يجب حتماً أن تدون في الصحيفة المخصصة لكل عقار في دفتر الملكية ولا تعتبر موجودة تجاه الغير إلا بقيدتها في السجل العقاري. إذا قدمت دعوى قبل عقد البيع فلا تأثير للبيع عليها"¹.

إلا أنه من المسلم به أن عقد البيع الواقع على العقار يولي المشتري حق استلام المبيع، وهذا الاستلام غير مرتبط حكماً بالتسجيل إذ قد يجري قبله²، فقد قضي بأنه تتوافر الصفة لدى الشاري في عقد البيع العادي الذي لم يسجل في السجل العقاري في المطالبة باتخاذ التدابير لحماية حقوقه، وله حق المطالبة برفع الإعتداء الواقع على العقار من قبل الغير، ولو كان عقد البيع غير المسجل لا ينقل الملكية، إلا إنه يعتبر سنداً قانونياً لهذا الانتقال، وهو في الوقت ذاته يعطي المشتري الحق في استلام العقار وحق إقامة الدعاوى الواجبة إلى منع المالك والغير من التعرض لحقوقه الناشئة عن العقد³.

فبالاستناد للفقرة الثانية من المادة 220 م.وع.: "... ومع ذلك فقد يحدث أن الاتفاق لا ينتج كل مفاعيله ولا يكون نافذاً تجاه شخص ثالث إلا باتخاذ بعض وسائل الإعلان، وهي ذات شأن عام لا يمكن بدونها أن يتجاوز تأثير العقد دائرة المتعاقدين أو نائلي حقوقهم على وجه عام".

¹ محكمة الاستئناف المدنية، قرار رقم 233 تاريخ 1950/05/16، مجموعة اجتهادات حاتم، عدد 7، سنة 1969، ص35.

² محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 49 تاريخ 2003/05/08، مجموعة باز، رقم 42، سنة 2003، ص1110/1112.

³ محكمة التمييز المدنية، الغرفة الأولى، قرار رقم 62 تاريخ 1995/3/23، مجموعة باز، عدد 34، ص58-359. محكمة التمييز المدنية، الغرفة الخامسة، قرار رقم 106 تاريخ 2002/7/16، الرئيس مهيب معماري والمستشاران يحيى مولوي وجان عيد، مجموعة باز، 41، ص526؛ محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة الخامسة، قرار رقم 3 تاريخ 1998/1/12، الرئيس منح متري والمستشاران يحيى مولوي وبشاره متى، صادر في التمييز، القرارات المدنية، 1998، المنشورات الحقوقية صادر، ص465. محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة الخامسة، قرار رقم 115 تاريخ 1998/7/14، الرئيس منح متري والمستشاران يحيى مولوي وبشاره متى، صادر في التمييز، القرارات المدنية، 1998، المنشورات الحقوقية صادر، ص648-649. محكمة الدرجة الأولى في لبنان الشمالي، الغرفة الابتدائية الثانية، حكم رقم 2000/118، تاريخ 2000/2/28، الرئيس خالد زوده والعضوان نشار ومرضى، المحاماة، 2001، السنة التاسعة، العدد العاشر، ص274-275.

كما نصت الفقرة الأولى من المادة 9 من القرار رقم 1926/188: "إن الحقوق العينية غير المنقولة المرخص بإنشائها في القانون والتقييدات العقارية والحجوز وكذلك الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار أو بمال غير منقول مسجل يجب، حتماً، أن تدون في الصحيفة المخصصة لكل عقار أو مال غير منقول في سجل الملكية، ولا تعتبر موجودة تجاه الغير إلا بقيدها في السجل العقاري، وابتداءً من تاريخ هذا القيد".

فمن الثابت أن عقد البيع العقاري غير المسجل ينحصر مفعوله بين أطرافه فقط¹، ولكي يسري على الغير، أي على الأشخاص الثالثي، يجب إعلانه عن طريق التسجيل في السجل العقاري. وقد قضي بأنه لا تجوز المطالبة بسريان عقد المصالحة حول التعديلات على عقار على الغير أي بوجه الخلف الخاص لمالك العقار الأساسي إذا لم يسجل في السجل العقاري². كما قضي بأنه لا تسمع الدعوى غير المباشرة من الشفيع وهو الغير تجاه المشتري، والرامية إلى تسجيل عقد البيع في السجل العقاري، إذ ليس له صفة الدائن بدين مستحق الأداء تجاه الشاري الذي لم يسجل البيع الذي حصل لمصلحته أصلاً³؛ كما قضي بأنه لا يمكن نقل الملكية العقارية إلا بتسجيل المبيع على إسم المشتري بصورة نهائية⁴، والهدف من ذلك حماية الغير عن الطريق التأكد من معرفته بمالك العقار والتثبت من ذلك من خلال السجل العقاري للتأكد من وجود العقار في ذمة المشتري. وبالمقابل، يبرز العديد من العقود التي تكون القيود فيها بهدف الإشهار والإعلان عن إبرام العقد، وسيتم تفصيله في الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية: قيود ذات هدف إعلاني:

بالإضافة إلى هدف الإنشاء الذي ذكرناه سابقاً، وجدت الإشكالية في عديد من العقود بهدف إشهارها وإعلانها بغية نشر مضامينها لمن سيتأثر بالضرورة من إبرام هذا العقد الشكلي.

¹ المحكمة الدرجة الأولى المدنية في بيروت رقم 2412 تاريخ 1964/07/30، مجموعة اجتهادات حاتم، رقم 57، سنة 1980، ص42/44.

² محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة الثانية، قرار رقم 21 تاريخ 1998/3/17، الرئيس طارق زياده والمستشاران سامي عبدالله وجورج بديع كرم، صادر في التمييز القرارات المدنية المنشورات الحقوقية صادر، 1998، ص283.

³ محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 26 تاريخ 1998/05/05، مجلة العدل، عدد رقم 4/3، سنة 1998، ص382/380.

⁴ رئيس دائرة التنفيذ في المتن، قرار رقم 115 تاريخ 2010/3/8، الرئيس شارل الغول، العدل/ 2012، عدد1، ص433.

فبعد التمثيل التجاري الحصري مثلاً من العقود التي يكون فيها الهدف إعلانياً، كما نصت الفقرة الثانية من المادة 2 المرسوم الاشتراعي رقم 34 صادر في 1967/8/5، معدلة وفقاً للمرسوم 9639 تاريخ 1975/2/6 والقانون رقم 671 تاريخ 1998 /2/6 أنه: "لا يسري بند حصر التمثيل على الأشخاص الثالثين إلا إذا أعلنه الوكيل بقيده في السجل التجاري".

فهدف السجل التجاري نصت عليه المادة 22 من قانون التجارة فقالت أن: "سجل التجارة يمكن الجمهور من جمع المعلومات الوافية عن كل المؤسسات التجارية التي تشغل في البلاد. وهو أيضاً أداة للنشر يقصد بها جعل مدرجاته نافذة في حق الغير عند وجود نص قانوني صريح بهذا المعنى".

يتضح من المادة 2 معطوفة على المادة 22 أنه لسريان مفاعيل هذا العقد ومندرجاته بوجه الأشخاص الثالثين يجب على الممثل التجاري القيام بتسجيل وقيد بند التمثيل في السجل التجاري، بحيث أن التعامل مع هؤلاء يكون مقتصرًا على الوكيل، أي الممثل التجاري، دون سواه، إذ أن فكرة الحصر تغدو القاعدة الواجبة التطبيق، وهذا استثناء على مبدأ حرية التجارة والصناعة وعلى قاعدة نسبية العقود¹ المنصوص عنها في المادة 225 م.وع.²، فالعقد عادة يسري فقط على طرفيه دون أن يؤثر على الغير الذي لا يعتبر طرفاً فيه ولم يوافق عليه، ولكن تسجيل هذا العقد يجعل مندرجاته نافذة في حق الغير أيضاً فيفرض عليهم موجب الامتناع من استيراد البضاعة موضوع عقد التمثيل الحصري وإلا تعرضوا للملاحقة على أساس المنافسة غير المشروعة وأجبروا على التعويض. فقد قضي أن إقدام المدعى عليه

¹ *Fabia et Safa ; code de commerce libanais annoté- Article 2 Décret-loi n4-12.*

Maher Mahmassani: la représentation commerciale – Thèse de doctorat 1972 p.184-

185

أيضاً: محكمة التمييز المدنية - بيروت رقم 50 تاريخ 1973/10/25، مجلة العدل، رقم 3، سنة 1974، ص 265/266.

² المادة 225- "إن العقد لا ينتج في الأساس مفاعله في حق شخص ثالث، بمعنى أنه لا يمكن أن يكسب هذا الشخص حقوقاً أو يجعله مدينوناً فإن للعقد مفعولاً نسبياً ينحصر فيما بين المتعاقدين أو الذين نالوا حقوق هؤلاء بوجه عام".

إدخال البضاعة إلى لبنان عن طريق بلد ثالث يشكل مزاحمة غير مشروعة إذا كان المدعي قد سجل عقد التمثيل الحصري في السجل التجاري قبل إدخال البضاعة¹.

ولكي يحصل الممثل التجاري اللبناني على الحماية القانونية من خلال التسجيل يشترط فقط تسجيله في السجل التجاري²، ولا يقوم مقام هذه الصيغة الجوهرية للسريان³ أي وسيلة أخرى كالنشر بالجريدة أو الإعلام وغيرها⁴، فالمقصود هو بند التمثيل الحصري الذي يسري على الأشخاص الثالثين إذا أعلنه الوكيل بعيده في السجل التجاري⁵، وليس التسجيل في وزارة الاقتصاد، فهذا النوع من التسجيل غير كافٍ ولا يؤدي إلى سريان العقد على الغير⁶؛ فقد قضي أن عقد التمثيل الحصري المسجل أصولاً في السجل التجاري يسري على الغير ويحمي الوكيل ضد استيراد السلع التي يكون حائزاً على وكالتها⁷.

كما قضي أن هذا النوع من التسجيل يحمي الوكيل ويضمن له حقه ولو لم تحدد مدته، فهو يؤكد المنافسة غير المشروعة عند قيام شركة ما باستيراد وبيع منتجات تحمل العلامة التجارية موضوع عقد التمثيل، وإيقاع الضرر الأكيد، فتلزم بالتعويض وتمنع من استيراد أو توزيع تلك المنتجات⁸ بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في بلد الوكيل، إذ إن عقد التمثيل التجاري يعلن عنه في السجل التجاري في بلد

¹ محكمة التمييز المدنية، قرار رقم، 19 تاريخ 1974/03/14، مجموعة اجتهادات حاتم، عدد 151، سنة 1974، ص31.

² محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، قرار رقم 81، تاريخ 1995/03/20، مجموعة اجتهادات حاتم، عدد 215، سنة 1995، ص19/16. أيضاً: محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 73 تاريخ 2005/04/28، مجموعة باز، عدد 44، سنة 2005، ص671/670.

³ قابيا وصفا - الوجيز في شرح قانون التجارة، الجزء الثاني ص857 رقم 4.

⁴ Fabia et Safa- code de commerce annoté Art. Déc. loi n34-15

⁵ المحكمة الابتدائية المدنية في بيروت رقم 123 تاريخ 1969/10/16، مجموعة اجتهادات حاتم، عدد113، سنة 1971، ص16/18.

⁶ قاضي الأمور المستعجلة في بيروت، قرار رقم 443 تاريخ 1983/05/23، مجموعة اجتهادات حاتم، عدد 180، سنة 1983، ص212/215.

⁷ قاضي الأمور المستعجلة في بيروت، قرار رقم 459 تاريخ 1974/10/21، مجموعة اجتهادات حاتم، عدد 160، سنة 1975، ص146/147.

⁸ محكمة الاستئناف المدنية في لبنان الجنوبي رقم 86 تاريخ 2012/05/30، مجلة العدل، عدد 1، سنة2014، ص287/285.

الوكيل¹. وكونه لا يوجد سجل تجاري مركزي عام في لبنان بل سجلات محلية في قلم كل محكمة في كل محافظة، فإنه يكفي تسجيل واحد في أي من المناطق اللبنانية ويجب أن يعطي مفعوله على الأراضي اللبنانية كافة²، وهذا من ناحية النطاق المكاني لحصر التمثيل.

أما بالنسبة للنطاق الزمني فإنه يثير إشكالية حول ما إذا كان يجب إعادة تسجيل العقد في حال تجديده الضمني بين الفرقاء؛ فمنهم من اعتبر أنه يجب الإعلان عن العقد مجدداً عبر تسجيله في السجل التجاري لينتج مفاعيله على الغير، ورأي آخر اعتبر أن المواد المتعلقة بالتسجيل في السجل التجاري والتمثيل التجاري لم تأت على ذكر وجوب الإعلان مجدداً في حال التجديد الضمني للعقد الذي يعني أنه لم يحدث أي تغيير في العقد السابق³، فطالما أن البند الحصري لم يشطب من السجل التجاري فيجب أن يبقى ساري المفعول، ونحن نؤيد هذا الرأي الثاني، ولتجنب هذا الإشكال نرى أنه من الأفضل والأوضح أن يدرج الفريقان في العقد بند تجديد تلقائي⁴.

ومن العقود التي يكون فيها الشكل ذا هدف إعلاني العقود الجارية على المؤسسة التجارية، فقد نصت المادة 3 من المرسوم الاشتراعي رقم 11 الصادر بتاريخ 11 تموز سنة 1967 من قانون الملكية التجارية: "العقود الجارية على المؤسسة التجارية يجب إثباتها بالبينة الخطية، حتى بين المتعاقدين مع مراعاة الأحكام العامة المتعلقة بالإقرار واليمين. لا تسري على الغير العقود أو الشروط غير المسجلة في السجل التجاري".

ويتضح من هذه المادة أن شرط الكتابة وضع كوسيلة إثبات فقط وليس له أي تأثير على تكوين العقد أو على صحته، فتعتبر العقود الجارية على المؤسسة التجارية عقوداً رضائية وليست شكلية، فالمشرع لم يشترط صيغة معينة للعقود الجارية على المؤسسة التجارية إذ يمكن أن يكون العقد ذا توقيع

¹ محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 50 تاريخ 1973/10/25، مجلة العدل، عدد 3، سنة 1974، ص 266/265.

² Maher Mahmassani-La representation commerciale en droit positif libanais, Liban 1972, p. 187.

³ الياس أبو عيد، المؤسسة التجارية، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 231 وما يليها.

⁴ بداية جبل لبنان، الغرفة الثانية، قرار رقم 8 تاريخ 1981/3/5، الياس أبو عيد، المؤسسة التجارية، الجزء الثاني، ص 252.

خاص أو عقداً رسمياً كما يمكن إثباته ببدء البيئة الخطية المكتملة ببينة الشهود والقرائن¹؛ فقد قضى أن العقود الجارية على المؤسسة التجارية يجب إثباتها حتى بين المتعاقدين بالبيئة الخطية مع مراعاة الاحكام المتعلقة بالإقرار واليمين².

أما فيما يتعلق بالغير فقد نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على ضرورة شهر هذه العقود عبر تسجيلها في السجل التجاري بهدف سريانها على الأشخاص الثالثين، أي غير الغريب عن العقد. فهنا التسجيل هو فقط شرط لإنتاج هذه العقود مفاعيلها تجاه الغير³. فاعتبرت محكمة التمييز بأنه لا تسري بوجه الغير، ومنهم جماعة الدائنين وعقود التفرغ الواقعة على المؤسسة التجارية غير المسجلة في السجل التجاري⁴.

خلاصة القول أنه في حين تعتبر الكتابة مطلوبة لإثبات العقود ولا تشكل قيداً على سريان العقد بوجه أطرافه، إلا أن التسجيل في السجل التجاري يعتبر قيداً على سريان عقود المؤسسة التجارية بوجه الغير.

والعقود الجارية على السفينة هي كالعقود العقارية، فقد أنزل المشرع اللبناني السفينة منزلة العقار، فجعل تسجيل العقود الجارية على السفينة بمثابة شرط لسريان هذه العقود على المتعاقدين والغير⁵. فقد نصت المادة 20 من قانون التجارة البحرية على أن "كل اتفاق وكل عقد بعوض أو بغير عوض، وكل حكم مكتسب قوة القضية المحكمة وبوجه عام كل عمل غايته إنشاء أو فراغ أو إعلان أو تعديل أو إسقاط حق عيني مترتب على سفينة مسجلة لا يكون له مفعول حتى بين المتعاقدين إلا بعد تسجيله في دفتر التسجيل. إن الحق في تسجيل الحقوق العينية المترتبة على السفن يكتسب بمفعول الاتفاق أو العقود أو الأحكام أو الأعمال المذكورة في الفقرة السابقة. إن موجب إعطاء السفينة يتضمن موجب

¹ المحكمة الابتدائية المدنية، قرار رقم 87 تاريخ 1974/06/26، مجموعة اجتهادات حاتم، عدد 153، سنة 1974، ص 28/29.

² محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 25 تاريخ 2003/02/27، مجموعة باز، عدد 42، سنة 2003، ص 1060/1062.

³ ادوار عيد، الأعمال التجارية والتجارة والمؤسسة التجارية، بيروت سنة 1971، مطبعة باخوس، ص 317/320.

⁴ محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 25 تاريخ 2001/05/22، مجموعة باز، عدد 40، سنة 2001، ص 537/538.

أيضاً:

المحكمة الابتدائية المدنية، قرار رقم 673 تاريخ 1973/03/20، مجلة العدل، رقم 1، سنة 1975، ص 147/151.

⁵ قاضي الأمور المستعجلة في بيروت، تاريخ 1989/07/04، رقم 2، سنة 1989، ص 174/180.

فراغها في دفتر التسجيل. ويمكن تقرير الفراغ قضاء إذا نكل أحد المتعاقدين عن تنفيذ موجه برضاه فضلاً عن حق الفريق المتضرر بالتعويض ولا سيما إذا جرى فراغ السفينة إلى شخص ثالث".

وعقد الصلح من العقود التي تحمل قيودها هدفاً إعلانياً، إذ نصت المادة 1041 من قانون الموجبات والعقود على أنه "عندما تتضمن المصالحة إنشاء حقوق على أموال عقارية أو غيرها من الأموال القابلة للرهن العقاري، أو التفرغ عن هذه الحقوق أو إجراء تعديل فيها، يجب أن تعقد خطأً. ولا يكون لها مفعول إلا إذا سجلت في السجل العقاري".

ونستج من هذه المادة أن عقد الصلح هو عقد رضائي ولا يوجد قيود على إحداث مفاعيله، ولكن عندما يتعلق هذا العقد بأموال عقارية أو غيرها من الأموال القابلة للرهن العقاري فيوجد قيد على إنشاء هذا العقد لمفاعيله، وهذا القيد يتمثل بالخطية أي كتابة العقد وبالتالي تسجيلها في السجل العقاري.

فقد قضي أنه لا يقيد عقد الصلح بأوضاع خاصة أو بشكل معين، إلا إذا تضمن إنشاء حقوق على أموال عقارية أو غيرها من الأموال القابلة للرهن العقاري عندها يجب أن يكون خطياً¹، فالكتابة هنا مطلوبة لإثبات عقد الصلح إذا كان يتناول حقوقاً عينية عقارية². أما التسجيل فهو مطلوب لإحداث العقد مفاعيله أي لكي يسري العقد على المتعاقدين والغير.

وعقد الدخل مدى الحياة هو من العقود التي تكون قيوده بهدف الإعلان كما نصت المادة 1028 من قانون الموجبات والعقود على "أن عقد الدخل مدى الحياة هو عقد بمقتضاه يلتزم شخص (يقال له المديون بالدخل) أن يدفع لشخص آخر (يقال له دائن الدخل) مدى حياته أو حياة شخص آخر أو عدة أشخاص مرتباً أو دخلاً سنوياً مقابل بعض أموال منقولة أو غير منقولة يجري التفرغ عنها وقت إنشاء موجب الدخل. وإذا كانت الأموال المتفرغ عنها غير منقولة، فلا يكون لإنشاء الدخل مفعول، حتى بين الفريقين، إلا بعد تسجيله في السجل العقاري".

¹ محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 18 تاريخ 13/02/1970، مجلة العدل، رقم 2، سنة 1971، ص 297/299.

² محكمة الاستئناف المدنية، قرار رقم 47 تاريخ 04/05/1971، مجلة العدل، رقم 4، سنة 1971، ص 686/688.

يتبين من هذه المادة أن عقد الدخل مدى الحياة هو عقد رضائي، والتسجيل مطلوب فقط لإنتاج العقد مفاعيله على الفرقاء¹ والغير، وذلك إذا تناول أموالاً غير منقولة²، فعدم تسجيله لا يؤثر على صحة العقد وبالتالي لا يجعله باطلاً³. وقد قضي أن عدم تسجيل العقار في السجل العقاري لا يمنع مكتسب الحق من المطالبة بالتسجيل قضاءً⁴.

ومن الأمثلة أيضاً على القيود التي تحمل هدفاً إعلانياً عقد التأمين البحري وإيجار السفينة، فنصت الفقرة الأولى من المادة 62 من قانون التجارة البحرية "أن عقد التأمين البحري المتفق عليه يجب إنشاؤه خطأً. ويمكن إجراؤه بسند ذي توقيع خاص". فالعقد يعتبر هنا عقداً شكلياً كون الكتابة هنا قيد على إنعقاد العقد⁵. فلا يعتبر العقد صحيحاً إذا كان غير مكتوب، ويمكن كتابته بسند عادي ذي التوقيع الخاص ولا يشترط كتابته بسند رسمي. وكذلك فرض القانون الفرنسي الخطية لصحة قيام هذا العقد ويمكن إجراؤه بسند ذي توقيع خاص⁶.

ونصت المادة 195 من قانون التجارة البحرية بأنه "يثبت عقد إيجار السفينة والنقل البحري بالبينة الخطية ويطلق على هذا المخطوط إسم سند ايجار السفينة أو إسم وثيقة الشحن تبعاً لنوع النقل البحري إلا أن المتعاقدين يعفيان من تنظيم سند خطي في حالة الملاحة الساحلية القريبة من مرفأ إلى مرفأ"، فهنا الكتابة ليست إلا وسيلة إثبات لعقد إيجار السفينة على عكس وظيفة الكتابة في عقد التأمين العقاري.

¹ زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود الجزء السادس عشر، دار الثقافة بيروت، ص167.

² محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 144 تاريخ 1968/07/09، مجموعة اجتهادات حاتم، رقم 87، سنة 1969 ص 59/61.

³ محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 16 تاريخ 1954/01/24، مجموعة باز، عدد 1/2/3/4، سنة 1950/1955، ص119/121.

⁴ محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 59، تاريخ 1970/05/19، مجموعة باز، عدد 17/18، سنة 1970/1971، ص275.

⁵ حسن محيو، قانون التجارة البحرية اللبناني، الطبعة الثانية 1993، ص104.

⁶ Guerriero Marie – Antoinette–L'acte Juridique solennel– Paris 1975–Page 247.

كما أن مسألة إصاق الطوابع على عقد البيع، تتعلق بمصلحة الخزينة العامة¹، أي إن إصاق طوابع على العقد هو شأن خاص بين المتعاقدين ووزارة المالية، ولكن عدم إصاق الطوابع لا يمنع من إقامة الدعوى ولا يمنع من الإستناد إلى العقد لأن الأصل هو حرية المتعاقد، ويمكن استناداً لأي عقد موقع من الفرقاء أمام القضاء². إن التوقيع يكون إما بكتابة الإسم صريحاً أو بطريقة ما، وإما بوضع الشخص بصمته على المستند الذي يريد الموافقة والمصادقة عليه، وكل من التوقيعين جائز قانوناً ومنتج للمفاعيل ذاتها من حيث الصحة والثبوت³. كما أن وضع المتعاقد بصمة إصبعه على السند هو دليل على جهله الكتابة⁴ أو عدم القدرة على الإمضاء⁵.

وكذلك الأمر بالنسبة للأسناد التجارية، كما نصت المادة 315 من قانون التجارية البرية والمادة 403 على الصيغة التي يجب أن ينشأ فيها سند السحب والسند لأمر كما نصت المادتين 316 و405 على أهمية هذه الصيغة لاعتبار الأوراق أسناداً تجارية⁶. إذاً، لكي يؤدي السند التجاري وظائفه الهامة،

¹ محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 74 تاريخ 2005/10/25، مجموعة باز، رقم 44، سنة 2005، ص 1471/1470.

² محكمة الدرجة الاولى المدنية - بيروت رقم 434 تاريخ 2002/05/23، مجلة العدل، رقم 4، سنة 2002، ص 749/727.

³ محكمة التمييز المدنية، الغرفة التاسعة، قرار رقم 2006/2، تاريخ 2006/1/5، الرئيس نعمة لحد والمستشتران يحيي وردة وجان مارك عويس، كساندر 1-2006، ص 90.

⁴ محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 48 تاريخ 1955/05/16، مجموعة باز، عدد 1/2/3/4/5، سنة 19450/1955، ص 141/142. أيضاً: محكمة التمييز المدنية - بيروت رقم 63 تاريخ 1959/04/18، مجموعة باز، رقم 8، سنة 1958/1959، ص 147/148.

⁵ محكمة التمييز المدنية - بيروت رقم 51 تاريخ 1964/05/12، مجموعة اجتهادات حاتم، رقم 55، سنة 1970، ص 69. أيضاً: محكمة التمييز المدنية - بيروت رقم 104 تاريخ 1959/07/11، مجموعة باز، رقم 8، سنة 1958/1959، ص 167.

⁶ المادة 315: "في انشاء سند السحب وصيغته يحتوي سند السحب على:

(1) ذكر كلمة سفتجة أو سند سحب في نص السند نفسه باللغة المستعملة في كتابه هذا السند.

(2) التوكيل الصريح بدفع مبلغ معين.

(3) اسم الشخص الذي يجب أن يدفع (المسحوب عليه).

(4) بيان تاريخ الاستحقاق.

(5) بيان المحل الذي يجب أن يجري فيه الدفع.

(6) اسم الشخص الذي يجب الدفع له أو الذي يجب أن يكون الدفع بناء على امره.

يكون من الطبيعي أن ينفرد بنظام قانوني خاص يمكنه من أداء هذه الوظيفة، ويقوم هذا النظام على عدة أسس أولها الشكلية. لذلك عرف القانون الأسناد التجارية بأنها صكوك مكتوبة وفق أشكال حددها القانون تمثل حقاً موضوعه مبلغ معين من النقود يستحق الأداء بمجرد الإطلاع أو بعد أجل معين أو قابل للتعيين، وهي قابلة للتداول بالطرق التجارية، واستقر العرف على قبولها كأداة للوفاء بدلاً من النقود.

فإذا فقدت أحد خصائصها تتحول إلى أوراق أخرى بعيداً عن القواعد التي تحكم الأسناد التجارية، فعدم اشتغال سند الأمر على محل إنشائه مثلاً يجعل منه سنداً عادياً خاضعاً لمرور الزمن العادي لا الصرفي المبني على قرينة الإيفاء¹. وبالتالي تكون صيغة إنشاء سند السحب، والسند لأمر، المحددة

(7) بيان التاريخ والمحل اللذين انشيء فيهما السند.

(8) توقيع منشيء السند (الساحب)."

المادة 316 من نفس القانون: "ان السند الذي ينقص فيه شيء من المحتويات المبينة في المادة السابقة لا يعد سند سحب الا في الاحوال المعينة في الفقرات الآتية:

ان السند الذي لم يبين فيه تاريخ الاستحقاق يعد مستحقاً للدفع لدى الاطلاع. إذا لم يكن ذكر خاص لمحل الدفع فاسم المحل الذي يذكر بجانب اسم المسحوب عليه يعد محلاً للدفع ومحلاً لإقامة المسحوب عليه في الوقت نفسه ان سند السحب الذي لم يذكر فيه محل انشائه يعد منشأً في المحل المذكور بجانب اسم الساحب".

المادة 403 من قانون التجارة البرية: يحتوي سند الامر:

1- على عبارة الامر "او ذكر " سند الامر " في نص السند نفسه باللغة المستعملة لكتابته.

2- الوعد بلا قيد ولا شرط بدفع مبلغ معين.

3- تعيين موعد الاستحقاق.

4- تعيين المحل الذي يجب أن يتم فيه الايفاء.

5- اسم الشخص الذي يجب أن يتم الدفع له أو بناء على امره.

6- تعيين التاريخ والمحل اللذين امضي فيهما السند.

7- امضاء الشخص مصدر السند (الموقع).

و المادة 404: ان السند الذي تنقص فيه احدى المشتملات المبينة في المادة السابقة لا يعد " سند امر " الا في الاحوال المنكورة في الفقرات الآتية:

- ان سند الامر الذي لم يعين فيه تاريخ الاستحقاق يعد قابلاً للايفاء لدى الاطلاع.

- إذا لم يكن في السند تعيين خاص فيعد محل انشاء السند محلاً للايفاء وإقامة الموقع في الوقت نفسه.

- ان سند الامر الذي لم يعين فيه محل انشائه يعد مكتوباً في المحل المبين بجانب اسم الموقع.

¹ محكمة الاستئناف المدنية - بيروت رقم 888 تاريخ 12/06/1974، مجلة العدل، عدد 2/3، سنة 1978، ص 245/247.

محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 13 تاريخ 02/06/1967، مجموعة اجتهادات حاتم، رقم 75، سنة 1968، ص 40.

بالمادتين 403 و315 شروطاً شكلية مطلوبة لصحة الأسناد التجارية، وغياب أي منها يشكل عائقاً في إتمام هذه الأسناد وظيفتها لأن هذه الشروط مطلوبة لصحة الأسناد التجارية.

وهذا ما أكدته الاجتهاد في العديد من القرارات، فقد قضي أن السند لأمر الذي تنقص فيه إحدى المشتملات الرئيسية المبينة في المادة 403 تجارة، وهي تاريخ توقيع السند ومحل إنشائه، لا يعد سنداً لأمر بل يصبح سنداً عادياً، ويفقد جميع المميزات المختصة بالسند لأمر ما عدا ميزة انتقاله عن طريق التظهير من شخص إلى شخص آخر¹، وتطبق عليه أحكام السندات العادية ومنها مرور الزمن العادي².

وقد استنتجت المادة 404 تجارة ذكر محل إنشاء السند فقط دون أن تأتي على ذكر تاريخ إنشائه. ولو أراد المشتري جمع عنصري التاريخ ومحل الإنشاء بصورة متلازمة، لما أورد استثناء بشأن المحل فقط³.

أيضاً: محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 13 تاريخ 1967/06/02، مجموعة باز، عدد 13/14، 1966/1967، 116/117.

¹ محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 47 تاريخ 1957/06/25، مجموعة باز، عدد 7، سنة 1957، ص182.

² محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 46 تاريخ 1955/05/10، النشرة القضائية اللبنانية، عدد 5، سنة 1955،

ص447/445. أيضاً: محكمة الاستئناف المدنية - بيروت رقم 1479 تاريخ 1953/12/08، مجموعة اجتهادات حاتم، رقم 18، سنة 1980، ص37.

³ القاضي المنفرد المدني في طرابلس، قرار رقم 137 تاريخ 1971/03/25، مجموعة اجتهادات حاتم، عدد 118، سنة

1971، ص48/49. أيضاً: محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، قرار رقم 1271 تاريخ 1954/12/07، النشرة القضائية اللبنانية، عدد 2، سنة 1955، ص44/45.

حيث أن السند الذي يحتوي على العناصر المعددة في قانون التجارة يخضع للأحكام المتعلقة بالسند لأمر¹، وهذا السند يعتبر تجارياً أكانت صياغته تمت بصورة عادية أو رسمية، فالرسمية تضفي قوة ثبوتية أقوى على السند²، أما السند الذي ينقصه إحدى المشتملات الجوهرية فلا يعد سنداً لأمر³.

وعقد البيع والتأمين على الطائرة أيضاً يحمل قيوداً ذات هدف إعلاني، فقد نصت المادة 18 من قانون الطيران على "أن انتقال ملكية الطائرة بالإرث أو التعاقد أو غير ذلك من أسباب التملك يجب أن يدون في السجل كما يجب أن يدون فيه كل حكم بانتقال ملكية الطائرة أو إثبات ملكيتها، وذلك بناء على طلب المالك الجديد ولا يكون لانتقال الملكية مفعول إلا من تاريخ تسجيله في السجل". ففي هذه الحالة يعتبر التسجيل شرطاً لإنشاء العقد مفعوله وليس شرطاً لصحة العقد.

أما المادة 19 من نفس القانون فقد اعتبرت أنه "يسوغ إجراء عقد تأمين على الطائرة المسجلة ولا يكون لهذا العقد مفعول إلا من تاريخ قيده في السجل، ويمكن أن يحتوي عقد التأمين على شرط يجعل التأمين شاملاً بدل الضمان بحال ترتيبه من جراء هلاك الطائرة أو إصابتها بعطب". ويختلف عقد التأمين الجوي عن عقد التأمين البحري، فعقد التأمين البحري يعتبر عقداً شكلياً في حين أن عقد التأمين الجوي يعتبر عقداً رضائياً يجب تسجيله لإنشاء مفعوله أي لسريانه على الجميع وليس شرطاً لانعقاد أو صحة هذا العقد.

¹ محكمة الاستئناف المدنية - لبنان الشمالي رقم 12 تاريخ 1970/01/08، مجلة العدل، عدد 1، سنة 1971، ص137/135.

محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 1954 تاريخ 1960/06/23، مجموعة اجتهادات حاتم، عدد 41، سنة 1968، ص43.

² محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 2 تاريخ 1968/01/09، النشرة القضائية اللبنانية، عدد 5، سنة 1968، ص529/532.

محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 2 تاريخ 1968/01/09، مجموعة باز، رقم 15/16، سنة 1968/1969، ص332.

³ محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، قرار رقم 1345 تاريخ 1955/12/23، مجموعة اجتهادات حاتم، عدد 26، سنة 1979، ص36. أيضاً: محكمة التمييز المدنية في بيروت، قرار رقم 46 تاريخ 1955/05/10، مجموعة باز، عدد 1/2/3/4/5، سنة 1950/1955، ص140/141. وأيضاً: محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، قرار رقم 640 تاريخ 1955/01/01، مجموعة اجتهادات حاتم، عدد 24، سنة 1979، ص48.

بعد أن فصلنا العقود التي تطالها الشروط الشكلية و هدف هذه الشروط في العقد الشكلي، لا بد لنا في الفصل الأخير من هذا البحث من بيان مفاعيل عدم التقيد بهذه القيود الشكلية و تأثيرها على العقود.

الفصل الثاني: جزاء عدم مراعاة الشروط الشكلية في العقود:

كما ذكرنا سابقاً، لكل عقد قانوني غايته ولكل شكلية مفروضة في هذا العقد دورها وأهدافها، التي تؤثر على درجة الجزاء القانوني المفروض، فالشكل إما أن يكون ركناً لازماً لقيام العقد، وبالتالي يكون غيابه سبباً في انعدام العقد، أو شرطاً لصحة العقد مما يؤدي إلى بطلانه المطلق في حال غياب الشرط الشكلي، أما البطلان المطلق النسبي فهو جزاء حمائي للمتعاقدين حيث يظهر الشكل حماية لهم¹. وبعض الجزاءات تتمثل بعدم سريان العقد على الغير عندما يكون الهدف من الشكل هو السريان وبالتالي عدم إمكانية الإحتجاج بالعقد الشكلي على الغير بالرغم من قانونيته². وفي غياب نص صريح من قبل المشرع يبيّن الفرق بين بطلان وإنعدام العقد (المطلب الأول)، برزت عدة آراء لفقهاء القانون ما بين مميز بين البطلان والإنعدام بسبب اختلافهما من الناحية العملية (المطلب الثاني)، وبين ما يراهما سواسية لا فارق بينهما طالما أن الأثر القانوني المترتب من عدم مراعاة الشروط الشكلية فيهما واحد.

¹ Jaques Ghestin, *Formation du contrat 3^{ème} édition*. Delta 1996, page 341 et 342: "Le formalisme est aujourd'hui une protection supplémentaire du consentement. La forme requise attire l'attention sur l'importance de l'engagement pris et par la réflexion qu'elle détermine, prévient les vices du consentement ou le déséquilibre lésionnaire de prestations"

² Marie Antoinette Guerriero, *l'acte Juridique solennel 1975*, page 13: "Les formes ont pour but de protéger les tiers et d'assurer la sécurité du commerce juridique, leur inobservation rendra généralement l'acte inopposable aux tiers".

المطلب الأول: البطلان المطلق والإنعدام:

بالنسبة لمخالفة الصيغة الشكلية في العقود فقد اعتبر الفقه أن مخالفة الشكل تؤدي إلى إبطال العقد بطلاناً مطلقاً في حين خالفه الاجتهاد الفرنسي هذا الرأي باعتبار أنه يؤدي إلى البطلان النسبي¹. ولكن المشرع اللبناني اعتبر في المادة 220 أن العقد "لا ينعقد"، أي غير موجود ومنعدم ولا ينتج أي أثر قانوني. وذلك على الرغم من أن البعض يعتبر أنه لا مجال للتفريق بين البطلان المطلق والإنعدام (الفقرة الثانية)، إلا أن البعض الآخر يعتبر أن لكل منهما طبيعته القانونية، ولو اتحد أثرهما على العقد (الفقرة الأولى).

فالمشرع اللبناني، وعلى الرغم من ورود ذكر عبارة الإنعدام في العديد من المواد القانونية، إلا أنه لم يذكر مفهوم نظرية الإنعدام، ومن هذه المواد نذكر المادة 188 م وع: "عدم وجود الموضوع يستلزم انتقاء وجود العقد"، أما المادة 196 استعملت عبارة أن الموجب "يعد كأنه لم يكن والعقد غير موجود" في حال غياب السبب. وفي المادة 203 م وع: فاعتبر أن العقد "يعد كأنه لم يكن" في حال وقوع الغلط على ماهية العقد أو على حقيقة الموجب، والمادة 216 نصت على أن تصرفات الشخص المجرد من التمييز "تعد كأنها لم تكن"، ومن أهم هذه المواد أيضاً المادة 220 التي سبق وذكرناها في أول بحثنا، والتي تقول أن "العقد لا ينعقد ولا ينتج مفاعيله" إلا حينما يوضع بالصيغة المطلوبة، أي الشكل المطلوب؛ وينقسم الفقه بين اعتبار مخالفة هذه القواعد بطلاناً مطلقاً أم بطلاناً نسبياً.

الفقرة الأولى: التمييز بين الإنعدام والبطلان:

إن أنصار نظرية التمييز بين الإنعدام والبطلان المطلق أو فكرة الاعتراف بالإنعدام كنظرية قائمة مستقلة عن البطلان، برروا ذلك بأن الإنعدام هو فقدان العقد لركن من أركانه بحيث يكون العقد غير مكتمل العناصر كفقدان الموضوع أو السبب، وبالتالي يكون معدوماً وهذا ما عبر المشرع عنه في قانون الموجبات والعقود في المواد 188، 196، 203، 216.

¹ خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الثاني، منشورات صادر الحقوقية، سنة 2000، ص 421.

أما البطلان المطلق الذي يصيب العقد فيعتبرونه ناتجاً عن عقد مكتمل العناصر ولكن أحد عناصره أصابها عيب أو غلط ناله قبل إنشائه (المادة 232)¹ وليس لاحقاً بعد إتمامه، و بالتالي يصبح العقد قاصراً عن إنشاء آثاره القانونية، وبالنتيجة يقتضي إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل حصول العقد. وهذا ما نصت عليه المواد القانونية التالية التي تطرقت لموضوع البطلان 191، 192، 201، 208، 210. هذه المواد التي دفعت بالفقيه مصطفى العوجي بالاعتراف بنظرية الإنعدام كمفهوم مستقل، خاصة وأن المشرع برأيه لم يميز بين الآثار القانونية لكل من الإنعدام والبطلان.

وأبرز أنصار استقلالية نظرية الإنعدام هم الفقيه فايز الحج شاهين، فالإنعدام مرتبط بوجود العقد بينما البطلان يتعلق بكيفية وجوده، وبأن النظريتين يختلفان اختلافاً بالطبيعة وليس بالدرجة². كما ذهب الرئيس إميل تيان بنفس الاتجاه ودافع عن استقلالية مفهوم الإنعدام مبرراً أن الإنعدام المذكور في القانون اللبناني ليس هو العدم بل أن ركناً من الأركان القانونية للعقد الظاهر إلى الوجود غير متوفرة فيه³.

فالفارق أنه في الإنعدام يعتبر العقد كأنه غير موجود أما في البطلان فإن العقد موجود لكنه معيوب.

أما بالنسبة للاجتهاد اللبناني فهو منقسم أيضاً، وسنذكر أولاً بعض القرارات التي كرست مفهوم الإنعدام، وأبرزها متعلق بالصورية: "الصورية المطلقة في حال ثبوتها تجعل العقد أو السند معدوماً لا وجود له إطلاقاً مهما كان الباعث إليه أو الضرر الناتج عنه، فلا يعود من لزوم لبحث وجود عقد آخر

¹ المادة 232 م وع: "يمكن حل العقد قبل حلول أجله وقبل لنفاذه التام إما بسبب عيب ناله وقت إنشائه وإما بسبب أحوال تلت انشائه.

ففي الحالة الأولى يبطل والثانية يلغى أو يفسخ".

² Favez Hage Chahine, *La notion d'inexistence et ses intérêts pratique (proche orient) études juridiques, Revue de la faculté de droit et des sciences politiques de l'université saint-Joseph Beyrouth 1994 n 47 page 83.*

³ إميل تيان، القانون المدني اللبناني (موجبات وعقود) مكتب منديا، ص 150، 149.

مستتر"¹، وفي نفس المعنى "ترتكز الصورية المطلقة على القول بعدم وجود العقد واعتباره معدوماً من جميع جهاته"².

كما نذكر قراراً غير منشور صادر عن محكمة التمييز، يقول: "يعتبر عقد الهبة غير متكون أي منعدم الوجود لعدم حصول قبول الموهوب له في حياة الواهب وهو شرط لتكون عقد الهبة"³، والاجتهاد اعترف أيضاً بالإنعدام في ما يخص عقد الوصي الشكلي: "لأن سبب وصيته هذا قد زال من الوجود تماماً عندما تزوج ورزق أولاداً مما يؤدي إلى اعتبار وصيته معدومة الكيان لأي كان كأنها لم تكن"⁴.

كما ورد "أن عدم توقيع عقد التمثيل من جانب أصحاب العلاقة يؤدي إلى انتفاء قيمة هذا المستند كون التوقيع وحده يعبر عن إرادة الإلتزام بمضمون العقد وبغياب التوقيع يكون المستند منعدم الأثر ولا يمكن الاعتداد به لإثبات وجود عقد التمثيل بين الفريقين"⁵.

كذلك "لا يسقط من حق التمديد القانوني لعقد الإيجار بسبب تملك المستأجر لشقة في تاريخ لاحق بناء لعقد مقاسمة وليس من شأن عدم تسجيل عقد الإيجار أن يؤدي إلى انعدام وجوده بحيث أنه موضوع شكلي"⁶.

¹ القاضي المنفرد المدني، طرابلس رقم 52 تاريخ 1971/01/28، مجموعة اجتهادات حاتم، عدد 112، سنة 1971، ص39و40.

² محكمة التمييز المدنية، الغرفة الثانية، قرار رقم 36 تاريخ 6 نيسان 1967، النشر القضائية 1967 ص826.
نذكر أيضاً في نفس المعنى: محكمة الاستئناف المدنية، قرار رقم 287 تاريخ 2006/01/26، مجلة العدل، عدد 1، سنة 2007، ص281/283.

³ محكمة التمييز المدنية، الغرفة الثانية، قرار رقم 82 تاريخ 1993/10/19 غير منشور.

⁴ محكمة استئناف بيروت المدنية، الغرفة الأولى، قرار رقم 1591 تاريخ 1968/12/19، حاتم جزء 115 ص59/62.

⁵ محكمة الدرجة الاولى في بيروت، قرار رقم 21 تاريخ 2014/01/23، مجلة العدل، رقم 2، سنة 2014، ص915/917.

⁶ محكمة التمييز المدنية في بيروت، قرار رقم 90 تاريخ 2012/11/29، مجموعة باز، رقم 51، سنة 2012، ص204و205.

كما واعتبر الاجتهاد أن "الهيئة العقارية المنظمة خارج لبنان بسند رسمي لا وجود قانونياً لها وغير قابلة للتنفيذ ولا يمكن إعطاؤها قوة تنفيذية تفوق القوة المعترف لها بها في لبنان"¹، أما "إذا كان عقد البيع مبنياً على هوية مزورة باسم المالك وسند وكالة ثبت تزويره بحكم جنائي، فيكون البيع معدوماً ويكون السند الحقوقي للتسجيل في السجل العقاري مفقوداً"².

أما القانون الفرنسي فلم ينص على الإنعدام في أي من مواده، فعندما كان الفقه والاجتهاد الفرنسيان يعتبران بأن لا بطلان بدون نص، وجدت حالات يجب بطلانها ولكن غياب النص لإبطالها أدى إلى ظهور العقد المنعدم كمناسبة الزواج ممن لا يملك صفة رسمية مثلاً³. لذلك اعتبر بعض الفقهاء أن نظرية الإنعدام وجدت لتغطية النقص التشريعي⁴، والبعض الآخر يقصر الإنعدام على بعض الحالات، ومنها حالة الزواج من شخص غير مأذون أو تخلف عنصر الثمن أو الإرادة في العقد، أو زواج شخصين من نفس الجنس⁵، مع الإشارة إلى أن هذا الزواج أصبح شرعياً في بعض البلدان الغربية ومنها فرنسا.

¹ محكمة الاستئناف المدنية في جبل لبنان، قرار رقم 253 تاريخ 1960/02/24، مجموعة اجتهادات حاتم، رقم 42، سنة 1968، ص 72/73.

و في نفس المعنى: محكمة التمييز المدنية، الغرفة الثانية، قرار رقم 15 تاريخ 1953/3/18 النشرة القضائية، سنة 1953، ص 239.

² محكمة اجنبية، سوريا رقم 130 تاريخ 1959/02/17، مجموعة اجتهادات حاتم رقم 38، سنة 1968، ص 15 و 16.

³ *Fayez Hage Chahine, La notion d'inexistence et ses intérêts pratique (proche orient) études juridiques, Revue de la faculté de droit et des sciences politiques de l'université saint-Joseph Beyrouth 1994 n 47 page 71 . "La notion d'inexistence n'a donc pas son fondement dans la loi elle a son origine dans la nécessité de trouver un tempérament a la regle: pas de nullité sans texte".*

⁴ *Marie Antoinette Guerriero, l'acte Juridique solennel, librairie générale de droit et de Jurisprudance. Paris 1975 page 358. "Un acte nu lest celui qui réunit tous les éléments nécessaires à son existence, mais qui est frappe d'invalidite, car il contrevient a un commandement ou a une défense de la loi, l'acte inexistant est celui qui ne réunit pas les éléments de fait que supposent sa nature ou son objet et en l'absence desquels il est impossible d'en concevoir l'existence".*

⁵ *Cohendy ; Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et les nullités d'ordre public, Rev.trim. Dr.civ. 1911-33.*

أما جاك غستان فاعتبر أن الإنعدام هو استثناء، يطبق فقط في حال انعدام الرضى بالعقد¹، أما ديبرون فقد اعتبر أنه لا يكفي القول ببطلان العقد في حال نقص ركن من أركان تكوين العقد الأساسية، بل يعتبر معدوماً لعدم إمكانية تكون العقد².

هذه بعض الآراء الفقهية المؤيدة لنظرية الإنعدام ولكن بما أن هذه النظرية لم يكن لها أساس قانوني فكان لا بد من وجود العديد من الآراء المعارضة.

إذ انتقد مازوويل وتيري (Mazeaud, Weil et terré) نظرية الإنعدام مثلاً كون آثار العقد المنعدم والباطل هي ذاتها فلا جدوى من تقسيمها، فهي غير صحيحة³.

أما بالنسبة لموقف الاجتهاد الفرنسي فقد ميز بعضهم بين مفهوم الإنعدام ومفهوم البطلان المطلق فاعتبرت المحكمة "أنه عند غياب المتبادل بين مؤسسة مالية وعديم الأهلية الراشد حول القرض، فإن هذا القرض لا يعتبر موجوداً، وبالتالي لا يخول المؤسسة المالية تسجيل رهن على السيارة التي اشتراها عديم الأهلية بالمال المقرض"⁴، كما اعتبرت محكمة التمييز الفرنسية في قرار آخر صادر عنها أنه "يجب إجراء المزاد من قبل الوزارة، وفي حالة عدم اتباع هذا الاجراء الشكلي، لا يكون المزاد باطلاً فقط، ولكنه غير موجود"⁵.

¹ Jaques Ghestin, *Formation du contrat 3ème edition*. Delta 1996, page 447.

² Duperyon, *la regularization des actes nuls*, librairie de droit 1973 , préface pae Hebraud n 46 et S.

³ Fayez Hage Chahine, *La notion d'inexistence et ses intérêts pratique (proche orient) études juridiques*, Revue de la faculté de droit et des sciences politiques de l'université saint-Joseph Beyrouth 1994, page 72.

⁴ Cassation civil 5 Mars 1991, Recueil Dalloz , Sirey 193 Page 508 obs. Laurence collet. « Du chef d'un contrat inexistant ,le prétendu prêteur ne peut inscrire un age sur l'automobile acquise ».

⁵ Cassation Requête 30 Decembre 1902 Dalloz Pratique 1903.P1.137 note E. Glasson ;Recueil Sirey 1903-1 P.257 note Article Tissier: « Les enchères doivent être faite par le ministère d'avoués.A défaut de cette condition,l'enchère n'est pas seulement nulle mais elle est inexistante. »

أما القانون الألماني، وعلى عكس القانون الفرنسي، فيأخذ بنظرية العقد المعدم التي يعتبر أنصارها أن لكل فريق في العقد حرية المطالبة ببطلان العقد وإعلام الفريق الآخر دون حاجة إلى الرجوع إلى القضاء، وهذا الأخير له الحق بالقبول أو المعارضة عن طريق الدعوى القضائية.

وأخيراً نعتبر أن التقسيم الثنائي هو الأكثر رواجاً، والذي يتضمن البطلان المطلق والبطلان النسبي، فاعتمده جميع القوانين حتى التي اعترفت بالعقد المعدم، فهذا التقسيم منطقي ومفهوم؛ وذلك على الرغم من أن بعض الفقهاء لم يفرقوا بين البطلان المطلق والإنعدام لأن النتائج واحدة كما سيتم التفصيل في الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية: الدمج بين الإنعدام والبطلان:

لم يميز القانون اللبناني بين الإنعدام والبطلان المطلق حتى أنه لم يحدد مبادئ النظرية العامة للبطلان، ولكن جوسران لا يجيز دعوى البطلان في العقود المعدومة فاعتبر أن العقد المعدم هو عقد ميت¹. فالمشرع اللبناني ذكر الإنعدام في العديد من مواده، إلا أنه لم يجعل للإنعدام نظاماً قانونياً خاصاً ولم يفسره، فكان لا بد من الفقه والاجتهاد أن يعوضا النقص الذي تركه المشرع بأن يقوموا بتفسير وشرح مفهوم الإنعدام ويحددا مداه، وآثاره، وعلاقته بالبطلان. فمفهوم الإنعدام آثار جديلاً وانقساماً واسعاً بين العديد من الفقهاء، فكان لكل منهم رأيه ونظريته الخاصة.

وسنذكر تباعاً أبرز الآراء الفقهية في لبنان:

- الفقيه خليل جريج اعتبر أن التمييز أحياناً بين البطلان المطلق والإنعدام لا يفيد لأن للمفهومين النتائج القانونية ذاتها وأن دعوى البطلان المطلق تخضع لمرور الزمن العشري على الموجبات والحقوق بوجه عام (مادة 349 م وع)².

¹ Louis-Josserand, Cours de droit civil Francais ,tome I deuxieme edition 1932 (librairie de recueil Sirey,Paris)Page 92,93. "L'acte inexistant est celui qui manque d'un élémant essential d'un organe vital,il faut dire qu'il n'y a pas d'acte juridique,l'acte à peu près mort-né".

² خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، جزء 2، سنة 1958، ص 391 وما يليها.

- كما أن الفقيه زهدي يكن اعترف بالإنعدام كمفهوم مستقل إلا أنه يتفق مع الفقيه خليل جريج بأنه لا فائدة من التمييز بين الإنعدام والبطلان المطلق كون النتائج هي واحدة لا تختلف. وقد قسم النظرية التقليدية للبطلان إلى ثلاث مستويات، من الأشد وطأة على العقد إلى الأخف، فاعتبر الإنعدام الذي هو الأقسى على العقد، الذي وجد لتجنب مساوئ القاعدة القائلة لا بطلان بدون نص وهذا ما طبقه الاجتهاد الفرنسي في العديد من قراراته¹، كما اتبع الاجتهاد اللبناني هذه النظرية²، ثم يليه البطلان المطلق حيث يعتبر العقد مخالفاً للقوانين الإلزامية والنظام العام، أي كل ما يتعلق بالمصلحة العامة ككل؛ وذلك على عكس البطلان النسبي الذي يعتبر الأخف وطأة على العقد والذي يتعلق بمصلحة خاصة أو فردية.

- أما الفقيه جورج سيوفي فقد علق على تسمية الإنعدام، فاعتبر أن العقد مقسم إلى كيان مادي وكيان قانوني، والعقد الذي يظهر إلى الوجود يكون له كيان مادي حتى لو كان ناقصاً أو غير صحيح فلا يصح اعتباره معدوماً، بل يجب تسميته بالعقد الناقص لأنه موجود شكلاً. وأعطى الهبة مثلاً، والتي من المفروض تسجيلها لدى كاتب العدل لاعتبارها صحيحة ولكن عدم التسجيل لا يعني أن عقد الهبة غير موجود برأيه بل كيانه القانوني فقط هو الناقص³.

- والفقيه عاطف النقيب اتفق مع الفقيه جورج السيوفي حيث ميز بين الكيان المادي والقانوني للعقد، فلم يكن من أنصار تسمية الإنعدام فاعتبر أن العقد يكتسب كياناً مادياً حتى لو كان غير مكتمل قانونياً، وهذا الكيان المادي لا يمكن إزالته إلا عن طريق قرار قضائي، وشدد على أن العقد المادي لا يمكن إزالته إلا بقرار من

¹ "كالبيع الحاصل مقابل ثمن زهيد أو مقابل ثمن غير جدي، أو كزواج يعقد لدى موظف لا ولاية له، أو كمزاد علني يجري بدون واسطة وكيل الدعوى"

² خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الثاني، منشورات صادر الحقوقية، سنة 2000، ص418: محكمة التمييز المدنية في 1962/11/28 حاتم 14/50: "حالة عدم توقيع الاستئناف من محام معتبرا أن عدم توقيعه ايضاً من الأصل يفقد هذا العمل القانوني كيانه القانوني ويجعله في حكم المعدوم"

³ جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات، بيروت سنة 1994، الطبعة الثانية منقحة بإشراف نجله مرسال السيوفي، ص285 رقم 186.

المحكمة¹، كما أنه من أنصار نظرية البطلان المطلق فلم يميز بين الإنعدام والبطلان المطلق، بل اعتبر أن المشرع جمع بين نظرية الإنعدام والبطلان المطلق كونهما يتساويان بالأثر.

أما بالنسبة للاجتهاد اللبناني فبعضه اعتبر أن بطلان العقد يؤدي إلى انعدامه أو بمعنى آخر أن الإنعدام نتيجة للبطلان: "إن العمل الإداري المقضي بإبطاله يضحمل ويفقده وجوده كلياً، ويعتبر كأنه لم يكن وتكون جميع المعاملات التي بني عليها باطلة أيضاً ولا يعود يحق للإدارة معاودة إصداره من جديد"². وكذلك "إن مخالفة قانون مهنة الصيدلة يؤدي إلى بطلان الشركة والعقد التأسيسي بطلاناً مطلقاً. وإن التمديد القانوني لحياة هذه الشركة يكون فقط ثلاثة أشهر تصبح بعدها معدومة الوجود، كل اتفاق يرمي إلى إعطاء شخص غير حائز شهادة الصيدلة حصة في الأرباح يعتبر باطلاً"³.

والبعض الآخر من الاجتهاد لم يفرق بين مفهومي الإنعدام والبطلان، فقد جاء أنه "لا يعتبر تبليغ الإنذار توصلًا إلى إلغاء العقد صحيحاً إذا لم يحصل في محل الإقامة المعين في العقد بل يعتبر باطلاً وكأنه غير موجود"⁴. أي أن البطلان هو عدم الوجود أي الإنعدام.

فالاجتهاد اللبناني إذاً استقر بأغلبه على أن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هو منعدم الوجود وليس له آثار قانونية، فالنتيجة هي نفسها بين البطلان والإنعدام، وتتمثل بشكل أساسي في إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد، مع العلم بأن الاجتهاد والفقهاء لم يتوسعا بهذه النظرية كما يجب، إذ بقيا قاصرين على احتواء مفهوم الإنعدام.

1 عاطف النقيب، نظرية العقد، منشورات عويدات، سنة 1988، ص 350.

2 مجلس شورى الدولة في بيروت رقم 54 تاريخ 1995/11/14، مجلة القضاء الإداري، رقم 10، سنة 1997، ص 88/85.

3 محكمة التمييز المدنية، الغرفة الأولى، قرار رقم 11 تاريخ 1966/02/15، مجموعة باز، عدد 14/13، سنة 1967/1966، ص 95/101.

4 محكمة الاستئناف المدنية - بيروت رقم 13 تاريخ 1992/05/14، مجلة العدل، رقم 4/3/2/1، سنة 1992، ص 379/381. وفي نفس المعنى: تمييز مدني، الغرفة الثانية، قرار رقم 48 تاريخ 1857/6/25، مجموعة باز سنة 1957، ص 184.

ودمج بعض الاجتهاد الفرنسي بين المفهومين، فمحكمة التمييز الفرنسية لم تفرق بين الإنعدام والبطلان في العديد من قراراتها، فاعتبرت أن "الأعمال القانونية أو العقود الباطلة بطلاً مطلقاً تعتبر غير موجودة قانوناً ولا تخضع لا لمرور الزمن ولا حتى التأييد¹."

كما اعتبر بعض الفقهاء الفرنسيين أمثال بلانيول²، كابيتان، وكولان، بأنه لا فائدة من التفريق بين الإنعدام والبطلان كون النتائج لا تختلف بينهما، وشجعوا نظرية البطلان كون العقد المنعدم له كيان مادي ولا بد من تدخل القضاء لإلغائه من الوجود ولو كان أحد أركانه مفقوداً، فالوصية الفاقدة لأحد شروطها الشكلية مثلاً لا تعتبر معدومة بل باطلة فيمكن تنفيذها برضى الورثة³.

أما الفقيه لارومية فقد اعترف بمفهوم الإنعدام ولكن لم يعترف بجدوى التفرقة بينه وبين مفهوم البطلان المطلق، فاعتبر أن الإنعدام هو نتيجة للبطلان، وأنه لا جدوى من الادعاء أمام القضاء بالإنعدام وبأن دعوى الإنعدام غير قابلة للسقوط بمرور الزمن⁴. وأبرز الآراء المعارضة اعتبرت بأن الفقه الحديث

¹ *Cassation commerciale*, 28 avril, Dalloz 1987, *Informations Rapides du recueil Dalloz* 119°
et *Revue trimestrielle de droit civil* 1987. 746 obs. Mestre. « Les actes dont la nullité est
absolue étant dépourvus d'existence légale ne sont pas susceptibles ni de prescription, ni
de confirmation. »

² خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الثاني، منشورات صادر الحقوقية، سنة 2000، ص 422.

³ *Colin et Capitant, Traité de droit civil* 1959, Tome II, n746.

⁴ *Christian Laroumet, droit civil, tome 3 les obligation, Les contrats* 1990, page 502: « Si
L'objet fait défaut, s'il n'y a pas de cause ou si celle-ci est illicite ou immorale, de
même que si le discernement d'une partie manque ou si les consentements ne sont pas
rencontrés, il y a inexistance du contrat. Il en résulte que, dans ces hypotheses non
seulement une action en justice ne serait pas nécessaire pour constater que le contrat ne
s'est formé, mais encore dans le cas ou elle serait intenté, elle serait imprescriptible. En
effet, la notion d'inexistence correspond à un acte mort-né ».

يفرق فقط بين البطلان المطلق والبطلان النسبي ولا وجود للإنعدام¹، فيرى أن البطلان النسبي يطبق في حالة غياب الموجب، أما الاجتهاد فيعتبره مطلقاً.

أما في مصر فقد أجمع أغلبية الفقهاء أنه لا جدوى من التمييز بين مفهوم الإنعدام والبطلان المطلق وبأنها غير منطقية. وأشهرهم السنهوري فاعتبر أولاً أنه لا يوجد إلا نوع واحد من البطلان وهو البطلان المطلق حيث اعتمد النظرية الأحادية أي اعتبار البطلان النسبي والإنعدام يندرجان ضمن البطلان المطلق²، ولكنه عاد واستقر أن العقد يكون إما باطلاً بطلاناً مطلقاً أو بطلاناً نسبياً، أما الإنعدام فاعتبره جزءاً من البطلان المطلق لاتحاد آثارهما؛ كما واستقر المشرع المصري على أن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا يمكن تأييده على خلاف البطلان النسبي، ولكن بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ العقد يمر الزمن على دعوى البطلان المطلق، فهنا لم يعتبر أن مرور الزمن هو امتداد للتأييد³؛ فالفقيه عبد المنعم فرج الصده اعتبر أنه لا فرق بين الإنعدام والبطلان، فالعقدان متساويان بنظر القانون من حيث عدم الوجود، وبأن البطلان هو جزاء نتيجة للإنعدام وبأنه لا مهرب من الرجوع إلى القضاء لبطلان العقد⁴.

كما رفض الفقيه سليمان مرقس نظرية الإنعدام، وانسجم بالرأي مع فرج الصده باعتبار أن البطلان المطلق هو جزاء الإنعدام أي غياب شرط من شروط تكوين العقد، لأنه لا ينتج أي أثر قانوني⁵؛ وغيرهم من الفقهاء الذين رفضوا فكرة الإنعدام لعدم وضوحها وكون أثر الإنعدام لا يختلف والبطلان المطلق⁶.

¹ Jaques Flour et Jean Luc Aubert, droit civil, les obligations, l'acte juridique, Armand Colin 1996, Page 233. « La notion de l'inexistence est le plus souvent écartée par la doctrine actuelle qui ne retient que la distinction: nullité absolue, nullité relative. »

² عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 1998، ص 618.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، جزء 1، دار النهضة العربية، القاهرة 1964، ص 537 و 538.

⁴ عبدالمنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، 1974، دار النهضة العربية بيروت، ص 383 و 388.

⁵ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، قي الإلتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، سنة 1987.

وأيضاً: أنور سلطان، مصادر الإلتزام - الموجز في النظرية العامة للإلتزام، دار النهضة العربية 1983، ص 166

⁶ فتحي عبدالرحيم عبدالله، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة 1996، ص 183 و 184.

أما في ما يخص الاجتهاد المصري فقد تميز عن الاجتهاد الفرنسي واللبناني بأنه ثابت لا اختلاف فيه، فالمحاكم مجمعة بعدم الأخذ أو الاعتراف بمفهوم الإنعدام تيمناً بالقانون المصري¹.

و من خلال توضيح مفهومي الانعدام و البطلان اللذين هما أساس الجزاء المترتب على عدم مراعاة الشكلية في العقود سننطلق للمطلب الثاني حيث سنبين الفرق بين المفهومين عن كتب عبر النواحي العملية التي تنطبق عليهما.

المطلب الثاني: اختلاف الإنعدام عن البطلان من الناحية العملية:

إن الفقهاء الذين أيدوا اختلاف انعدام العقد عن بطلانه، اعتبروا بالرغم من تشابه نتيجتهما، أنهما مختلفان من الناحية العملية، فمن نظرة سريعة يمكن للعقد الباطل أن يتم تصحيحه بشروط بخلاف المعدوم الذي يعتبر غير موجود أصلاً ولا يمكن إصلاح العقد غير الموجود بأي شكل من الأشكال. ويختلف الإنعدام عن البطلان في التأييد (الفقرة الأولى) عبر تنازل صاحب الحق عن حقه بالادعاء أو بالتمسك بدعوى البطلان، وبمرور الزمن المطلوب لانتفاء العقد (الفقرة الثانية)، بالإضافة إلى مراجعة القضاء.

الفقرة الأولى: اختلاف المفهومين في تأييد العقد:

إن قانون أ.م.م. القديم قد عرف التأييد في المادة 177 منه على أنه "عدول أحد المتعاقدين أو عدة منهم عن التذرع بالبطلان النسبي الذي يوصم به عقد قانوني"، ولكن القانون الجديد ألغى هذه المادة. أما قانون الموجبات والعقود فقد ذكر التأييد في المواد 235، 236، و237، ولكنه لم يعرف، كما لم يحدد المشرع العقود التي يشملها التأييد فكان لا بد من الفقه والاجتهاد أن يعوضا هذا النقص.

¹ عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ص540.

ونستنتج أن التأييد هو عمل منفرد يصدر من جانب واحد أي من أحد طرفي العقد، يتنازل بموجبه عن حقه بالادعاء أو بالتمسك بدعوى البطلان بشكل صريح أو ضمني، إذ إن تأييد العقد الباطل لا يتحقق إلا بعد اكتشاف أمر الخداع¹، وقد قضي أنه في حالة الخداع فإن تأييد العقد لا يتحقق إلا بعد انكشاف الخداع²، والتأكيد يمحي العيب الذي يكون قد شاب العقد³، مما يجعل العقد صحيحاً لا عيب فيه تجاه من أيده⁴.

فبالنسبة للاجتهاد فإن "تأييد العقد هو عدول من قبل صاحب دعوى البطلان عن إقامة دعواه. إن التأييد الضمني للعقد يستفاد من كل مسلك يدل على أن صاحب دعوى البطلان قد عدل عنها. إن تأييد العقد لا يحول دون طلب إبطاله لانعدام سبب الموجب، لا يجوز الخلط بين انعدام سبب الموجب وبين انعدام التوازن بين الموجبات"⁵، مما يعني أن التأييد هو بمثابة قبول للعقد بالرغم من وجود عيب فيه ويستثنى من هذا التأييد حالة نقص ركن من أركان العقد كحالة انعدام سبب الموجب التي تؤدي إلى انعدام العقد، فالعقد المنعدم لا يمكن تأييده فهو غير موجود أصلاً فلا يمكن تأييد العدم.

وانطلاقاً من فكرة أن البطلان المطلق يحمي مصلحة عامة تعلق مصلحة الأفراد، بينما البطلان النسبي يحمي مصلحة خاصة أو فئة معينة من الأشخاص، فالتأييد لا فائدة منه في حالة البطلان المطلق، فلو تنازل عنه أحد طرفي العقد فيجوز لأصحاب المصلحة الآخرين التمسك به، وهذا ما أجمع عليه غالبية الفقهاء⁶، كما الاجتهاد حين نصّ "أن الاتفاق على تأييد عقد الايجار وعدم تحديده بمدة

¹ محكمة التمييز المدنية في بيروت، قرار رقم 32 تاريخ 12/04/1973، مجموعة اجتهادات حاتم، عدد 138، سنة 197، ص32/34.

² محكمة التمييز المدنية في بيروت، قرار رقم 32 تاريخ 12/04/1973، مجلة العدل، عدد 3، سنة 1974، ص261.

³ محكمة الدرجة الاولى في جبل لبنان، قرار رقم 522 تاريخ 04/08/2011، مجلة العدل عدد 4، سنة 2011، ص1826/1829.

⁴ خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الثاني: مصادر الموجبات المتصلة بالإدارة، منشورات صادر الحقوقية سنة 2000، ص347.

⁵ القاضي المنفرد المدني في بعبدا، قرار رقم 242 تاريخ 07/03/1998، مجلة العدل عدد 3/4، سنة 1998، ص508/504.

⁶ Mazeaud Henri , Leon et Jean – Leçons de droit civil ,tome 2, 4^{ème} édition par Michel de Juglart 1^{er} volume (obligation) Theorie generale1965 (Paris–France).et sixième éd par François chabas – Paris 1978 Montchertien.

معينة يبقى ممنوعاً، وهذا المنع معاقب عليه ببطلان عقد الايجار لمخالفته النظام العام¹، فلا يمكن إضفاء الشرعية على ما هو غير شرعي في الأساس²، كما نص أن "بطلان الوصية بطلاناً مطلقاً يمنع من تأييد الوصية ولا يكون للتأييد إذا تم عن طريق التنازل من قبل الورثة أي أثر في محو مفعول البطلان، ولا يمنع المتنازل من الادعاء به"³.

أما بالنسبة للبطلان النسبي، فقد أجمع الفقه والاجتهاد على قابليته للتأييد وهذا ما أكده الاجتهاد حين قال: "ذلك أن التأييد هو إجازة العقد عن طريق التنازل عن الحق في طلب إعلان بطلانه من جانب وضع البطلان لحماية مصلحته، وهو بالتالي يهدف إلى إزالة العيب الذي يلحق بالعقد وهو لا يعتبر من العقود الباطلة بطلاناً مطلقاً وإنما من العقود الباطلة بطلاناً نسبياً"⁴؛ فتأييد العقد الباطل يكون من الأشخاص الذين وضع القانون البطلان لحمايتهم، "ويكون من يوم زوال العيب، ويشترط في التأييد الضمني، أن تصدر عن صاحب العلاقة تصرفات ومواقف يفهم منها بوضوح أنه أيد العقد والتزم به، وأن عبء الإثبات للتأييد يقع على عاتق من له حق التأييد"⁵.

إذاً، وبحسب المادة 237 موجبات وعقود، فإن "التأييد أياً كان شكله مقدراً كان أو صريحاً أو ضمناً، يحو العيب الذي كان في العقد فلا يبقى لأحد أن يتخذ هذا العيب حجة للاعتراض بأية وسيلة من الوسائل سواء أكانت دفعاً أم ادعاءً، وإن التأييد يتضمن العدول عن كل الوسائل التي كان يمكن الاعتراض بها على العقد ما خلا الحقوق التي اكتسبها شخص ثالث حسن النية".

مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات، الطبعة الأولى 1995، مؤسسة بحسون (بيروت-لبنان)، ص498.

¹ القاضي المنفرد المدني في بيروت، قرار رقم 96 تاريخ 2001/05/31، مجلة العدل رقم 2/3، سنة 2002، ص496/494.

² مصطفى العوجي، الجزء الأول، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الخامسة 2011، ص540.

³ محكمة التمييز المدنية في بيروت، قرار رقم 39 تاريخ 2001/03/29، مجلة العدل عدد 2/3، سنة 2002، ص330/328.

⁴ محكمة الدرجة الاولى في بيروت، قرار رقم 224 تاريخ 2011/10/25، مجلة العدل، رقم 2، سنة 2012، ص944/93.

⁵ محكمة الاستئناف المدنية في البقاع، قرار رقم 0 تاريخ 2001/11/05، مجلة العدل رقم 3، سنة 2005، ص599/597.

فمفعول التأييد يكون رجعيّاً ولكنه نسبي¹، أي لا يتعدى الشخص المؤيد إلى الأشخاص الثالثين الحسني النية². ويتبين لنا أن المشرع اللبناني خلط بين التأييد والتصحيح بالرغم من اختلاف المفهومين، فالتأييد هو تأييد الغلط والتنازل عن دعوى البطلان بالرغم من وجود النقص أو العيب بالعقد، أما التصحيح فهو جعل العقد صحيحاً عبر زيادة العنصر الناقص أو تصحيح الخطأ³.

وبالإضافة للبطلان في التأييد الذي فصلناه، يبرز العامل الزمني، أي عامل مرور الزمن المطلوب لانتفاء العقد وهو ما سيتم تفصيله في الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية: اختلاف المفهومين في مرور الزمن:

في ما يخص مرور الزمن سنتناول العقد من ثلاث حالات، أولهم حالة البطلان النسبي، ثم حالة البطلان المطلق، وأخيراً حالة الإنعدام.

نصت المادة 235 من قانون الموجبات والعقود: "إن الحق في إقامة هذه الدعوى يسقط بحكم مرور الزمن بعد عشر سنوات إلا إذا كان القانون قد عين مهلة أخرى لحالة خاصة ولا تبتدىء المهلة المشار إليها من يوم إنشاء العقد الفاسد بل من اليوم الذي زال فيه العيب؛ ففي حالتها الغلط والخذاع مثلاً تبتدىء المهلة من اليوم الذي اكتشفها فيه المتضرر، وفي حالة الإكراه تبتدىء من يوم الكف عنه، وفي حالة فقدان الأهلية من يوم زواله تماماً، وإذا كان العاقد مجنوناً فإن مهلة السنوات العشر لا تبتدىء إلا من حين إدراكه العقد الذي أنشئ قبلاً، وإن مرور الزمن المشار إليه مسند إلى تقدير تأييد العقد ضمناً من قبل صاحب دعوى البطلان فهو يعد كأنه عدل عن إقامتها".

¹ Code civil Francais: « Article 1338 alinéa 3: La confirmation ,ratification ,ou execution volontaire dans les formes et à l'époque déterminés par la loi emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte sans prejudice néanmoins du droit des tiers. »

² مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية الطبعة الأولى 1995، مؤسسة بحسون (بيروت-لبنان)، ص500.

³ مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية الطبعة الأولى 1995، مؤسسة بحسون (بيروت-لبنان)، ص543.

فمرور الزمن إذاً يسقط دعوى البطلان النسبي المحددة قانوناً من قبل المشرع، وتختلف المدة المحددة من قبله باختلاف البلد، فيتبين من المادة 235 م. وع. المذكورة أن مرور الزمن على دعوى البطلان في لبنان محددة بعشر سنوات، ويقصد المشرع هنا البطلان النسبي، وتقابلها المادة 1304 من القانون المدني الفرنسي¹ التي حددت مرور الزمن بخمس سنوات، أما القانون المدني المصري فحددها بثلاث سنوات².

وهذه المدة تبدأ من تاريخ علم المتضرر بالعيب أو من تاريخ زواله أو من تاريخ الكف عنه وليس من تاريخ إنشاء العقد الباطل. مثلاً، وبحسب الاجتهاد اللبناني فإن "تصرف الوصي بمال القاصر يؤدي إلى إبطاله بطلاناً نسبياً وفقاً للأحوال الشخصية للطائفة الدرزية، فالإدعاء بهذه المخالفة يسقط بمرور الزمن العشري من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد، وإذا أهمل المشتري استلام المبيع وظل البائع يتصرف به بنية التملك دون أية مطالبة من المشتري بالإستلام فيصبح البائع مالكاً للمبيع بالتصرف"³.

أما بالنسبة إلى دعوى البطلان المطلق، فغياب النص القانوني في لبنان أدى إلى انقسام في الفقه والاجتهاد بين مؤيد لمرور الزمن في حالة البطلان المطلق ومعارض له؛ وذلك على عكس القانون الفرنسي والقانون المصري اللذين أقرّا مرور الزمن على البطلان المطلق فحددها القانون الفرنسي بمدة ثلاثين سنة⁴، أما المصري فحددها بخمسة عشر سنة.

فالبعض أمثال الفقيه مصطفى العوجي⁵ اعتبر أنه استناداً إلى الفقرة الأخيرة من المادة 235 م.ع. أن مرور الزمن مسند إلى قرينة التأييد بصرف النظر عن نوع البطلان، وطالما أنه لا يصح تأييد العقد

¹ Article 1304: "Das tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière cette action dure cinq ans".

² المادة 140 من القانون المدني المصري: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات".
³ محكمة التمييز المدنية في بيروت، قرار رقم 92 تاريخ 1960/01/30، مجموعة باز، رقم 9، سنة 1960/1961، ص153/154.

⁴ Article 2262 code civil: « Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi. »

⁵ مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية الطبعة الأولى 1995، مؤسسة بحسون (بيروت-لبنان)، ص486/487.

الباطل بطلاناً مطلقاً، فبالتالي لا يصح مرور الزمن عليها، فاعتبر أنه لا يمكن إضفاء الشرعية القانونية على عقد منعدم من خلال إهمال دعوى البطلان، مستندا بذلك إلى المادتين 192 و196 م.وع، والمادة 64 أصول مدنية بحجة أن للقاضي سلطة بإثارة البطلان المطلق عفواً في كل ما يخالف النظام العام.

أما البعض الآخر، فأيدوا مرور الزمن على دعوى البطلان المطلق معللين بأن مرور الزمن لا يجعل العقد الباطل بطلاناً مطلقاً صحيحاً ولا يضيفي الشرعية عليه¹، بل يجعل الإدعاء به أمام المحكمة غير ممكن، فالدعوى لا تقبل بعد مرور العشر سنوات ومستتدين إلى المادة 349 م.وع². وهدف المشترع من فكرة مرور الزمن في البطلان مهما كان نوعه هو بشكل أساسي الاستقرار في المعاملات القانونية³، والأوضاع في المجتمع⁴ على الصعيدين الإقتصادي والإجتماعي، وذلك من خلال إنهاء الحقوق المهملة⁵.

وبعض المؤيدين⁶ تمسكوا بالمادة 235 م.و.ع. التي شرعت مرور الزمن على العقد الصادر عن مجنون والذي يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً، فلم يعترفوا بالتأييد على العقد الباطل بطلاناً مطلقاً من جهة، ولكنهم أقروا⁷ بإمكانية مرور الزمن عليه استناداً إلى المادة 344 م.وع. أيضاً، والتي نصت على أنه: "تسقط الموجبات بتقاعد الدائن الذي يتخلف عن التذرع بحقوقه سحابة مدة من الزمان".

أما محكمة التمييز المدنية فقد بينت بأحد قراراتها تأييدها لمرور الزمن على دعوى البطلان المطلق، فقالت: "إن قول المميز أن الشفيع المميز عليه ليس مالكاً للحصة في العقار المشترك، التي

¹ محكمة التمييز المدنية، قرار نهائي، الغرفة الثانية، رقم 64 تاريخ 1967/10/31 باز، 1967، ص215/216.

² ان مرور الزمن يتم في الاساس بعد انقضاء عشر سنوات.

³ محكمة التمييز المدنية، الغرفة الثانية، قرار رقم 4، تاريخ 1983/5/26، مجلة العدل، سنو 1984، الجزء الأول ص55-باز 1983 ص129.

⁴ Favez Hage Chahine, La notion d'inexistence et ses intérêts pratiques, In Revue Proche-Orient, Etudes juridiques. 1994. 7 N° 47.

⁵ جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منقحة بقلم مرسل سيوفي عام 1994، مآثر الموجبات، بيروت، ص310

⁶ عاطف النقيب، نظرية العقد، الطبعة الأولى 1988، منشورات عويدات، ص362.

⁷ خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الثاني: مصادر الموجبات المتصلة بالإدارة، منشورات صادر الحقوقية سنة 2000، ص439/438.

قيدت على اسمه، بموجب عقد شرائه، الباطل بطلاناً مطلقاً عملاً بالمادة 385 م.ع.، وأن البطلان المطلق لا يمر عليه الزمن، هو مستوجب الرد، لأن مرور الزمن يقضي على المطالبة بالحق في جميع الأحوال¹.

ويبقى الخلاف الأكبر حول بدء مدة مرور الزمن على العقد الباطل بطلاناً مطلقاً، والتي يفترض تحديدها من قبل المشرع اللبناني، فالرأي الراجح يحدد بدء المدة من تاريخ إبرام العقد والذي لا يتناسب مع نوع البطلان، فكيف تكون مدة مرور الزمن على البطلان المطلق أقصر من مدة مرور الزمن على البطلان النسبي التي حددت من تاريخ اكتشاف العيب أو تاريخ زواله؛ أما المشرع المصري فجعل مدة مرور الزمن على دعوى البطلان النسبي أقل من مدة مرور الزمن على دعوى البطلان المطلق².

أما بالنسبة للعقد المنعدم، فقد أجمع الفقه والاجتهاد سواء في فرنسا أو لبنان أو مصر، على عدم إمكانية مرور الزمن على العقد المنعدم، وذلك لأن العقد غير مكتمل أي فاقد لأحد عناصره الأساسية ولا يمكن لمرور الزمن أن يعوض هذا النقص³، على أساس عدم إعطاء وجود للعدم. مع العلم أن بعض الاجتهاد الفرنسي أقر إمكانية مرور الزمن على حق الملكية وحق الإسم⁴.

وفيما خصّ مفاعيل مرور الزمن، يجب معرفة توقيت زوال حق الادعاء، وتبيان ما سيلحق في حق الدفع بالبطلان. فبالنسبة للبطلان النسبي فإن المشرع اللبناني قد حسمها بالمادة 237 م.وع. فنصت على: "أن التأييد أياً كان شكله مقدراً كان أو صريحاً أو ضمناً يحو العيب الذي كان في العقد فلا يبقى لأحد أن يتخذ هذا العيب حجة للاعتراض بأية وسيلة من الوسائل سواء أكانت دفعاً أم ادعاء، وأن التأييد يتضمن العدول عن كل الوسائل التي كان يمكن الاعتراض بها على العقد ما خلا الحقوق التي

¹ محكمة التمييز المدنية في بيروت، قرار رقم 4 تاريخ 1971/01/12، مجموعة اجتهادات حاتم، عدد 113، سنة 1971، ص 60.

² الفقرة الأخيرة من المادة 140 من القانون المدني المصري: "و في كل حال، لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه، و إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد".

³ Favez Hage Chahine, *La notion d'inexistence et ses intérêts pratiques*, In *Revue Proche-Orient, Etudes juridiques*. 1994. 7 N° 47.

⁴ محمد عبده، دور الشكل في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، ص 189.

اكتسبها شخص ثالث حسن النية". فمرور الزمن إذا يسقط حق الإيداع بالبطلان النسبي سواء أكان دعفاً أو دعوى، وهذا ما نص عليه المشرع المصري أيضاً في المادة 140 مدني¹.

أما البطلان المطلق، فاعتبر البعض أن المادة 237 م.وع. تشمل البطلان المطلق أيضاً فتمنع التمسك به عن طريق الدفع بعد انقضاء مهلة مرور الزمن²، والبعض الآخر اعتبر المادة 237 تقصد فقط البطلان النسبي، أما البطلان المطلق فلم يذكر القانون اللبناني ما يمنع نظرية أبدية الدفع بالبطلان المطلق، كما ويعتبر أنه يجب تطبيقها لضرورات متعلقة بالمبادئ العامة لمرور الزمن من ناحية أن المدين ليس مضطراً لأن يبادر برفع دعوى ومن ناحية ثانية تحمي المدين من سوء نية الدائن³.

أما الاجتهاد الفرنسي فلم يميز بين بطلان نسبي وبطلان مطلق، وذلك بالاستناد للمادتين 1304 و2662 من القانون المدني الفرنسي، معتمداً القاعدة التالية⁴:

“Quae temporalia sunt ad, agendum perpetua sunt ad excipiedum”

بما معناه أن الدفع مستمر ولو كانت الدعوى مؤقتة، مع العلم أن الكثير من الفقهاء عارضوا هذه القاعدة⁵.

¹ المادة 140 قانون مدني مصري: "1- يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات - 2 . ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية، من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس، من اليوم الذي ينكشف فيه، وفي حالة الإكراه، من يوم انقطاعه، وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد".

² خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الثاني: مصادر الموجبات المتصلة بالإدارة، منشورات صادر الحقوقية سنة 2000، ص442.

³ محمد عبده، دور الشكل في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، ص193/194.

⁴ جوسران، جزء 2 بند 310

⁵ مازو، دروس في القانون المدني جزء 2 بند 396، ويذهب الاستاذ رزق إلى قبول مبدأ أبدية الدفع (المحامي

(211/964

François Terre – Philippe Simler – Yves Lequette – Les obligations 1996 op.co. Page 325.

“Elle (la maxime) permet d’éviter qu’une personne attende l’achèvement de la prescription et demande ensuite l’exécution d’une acte irrégulier”.

فلما كان هدف مرور الزمن على دعوى البطلان هو الإستقرار الإجتماعي والإقتصادي في التعامل
كما ذكرنا، فما الفرق بين دعوى الإبطال والدفع به لهذه الناحية؟ فالنتيجة هي واحدة في الحالتين¹.

¹ خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الثاني: مصادر الموجبات المتصلة بالإدارة، منشورات صادر الحقوقية سنة
2000، ص443.

الخاتمة:

العقد بمفهومه العام أصبح أمراً لازماً لأي اتفاق بين طرفين، وذلك لأنه يحقق المنفعة المشتركة لكليهما، مع ما يستتبعه من بروز الإرادة الحرة في التعاقد والمرتبطة بمنفعة يجنيها كل طرف. وذلك لأن العقد إتفاق ملزم لتنفيذ الوعود المبرمة في نصه، ويكون القانون الراعي لها؛ بحيث أن أيّ إخلال من أي طرف في الإيفاء بواجباته، يسمح للطرف المتضرر أن يلجأ إلى القانون لاتخاذ التدابير القضائية اللازمة لإنفاذ بنود العقد.

وانطلاقاً من أهمية العقود بشكل عام، وأهميتها بالنسبة للعقود الشكلية بشكل خاص، واستناداً للتقسيم الثنائي الذي اعتمده في هذا البحث، فقد تبين من خلال القسم الأول والذي هو تحت عنوان حدود مبدأ سلطان الإرادة بأنه، ولو كان الأصل في العقود التراضي، أي أنه يكفي لانعقادها مجرد تراضي المتعاقدين، إلا أن الكثير من الظروف حالت دون اعتبار شتى أنواع العقود نافذة لمجرد تراضي طرفيها؛ وبرزت الحاجة للتخفيف من سلطان الإرادة وعدم الاكتفاء به لإتمام جميع العقود، حيث أصبح ضرورياً وجود ضوابط وحدود لهذا السلطان.

إذ أنه، وبفعل تجارب سابقة أعطت الحرية الفردية ما تشتهي ليكون التراضي محل انعقاد العقد، برزت عدة مشاكل وعيوب في كثير من أشكال العقود التي احتاجت إلى تقييد بشكل معين يخضع للقانون، حتى ولو كان الأساس المبني عليه العقد هو مبدأ سلطان الإرادة، وبرزت الحاجة إلى شكل يوجب القانون على المتعاقدين في بعض أنواع العقود لتصبح مبرمة نافذة ملزمة.

وبمعنى آخر، لا يمكن قانوناً وعقلاً اعتبار أي تراضٍ بين طرفين أمراً كافياً لإبرام اتفاق ملزمة بنوده للطرفين، فلربما كان التراضي الحاصل مجحفاً بحق طرف منهما، أو ربما بحق طرف ثالث متأثر بإبرام العقد؛ لذلك برزت الحاجة لوضع شكل يؤطر العقد بأطر قانونية، ويكون لهذا الشكل مفاعيله وتأثيره وإلزامه القانوني.

وهذا الشكل يكون ركناً في العقد ويستوجب مراعاته عند التعاقد، لأنه يعبر بصورة واضحة عن محتوى العقد، كما أنه يلعب دوراً وقائياً هاماً بالنسبة للأطراف حال نشوب أي نزاع، ومثال ذلك الشكل الكتابي المفروض في بعض أنواع العقود، إذ يخول المتعاقدين الرجوع إلى الأثر الكتابي للعقد لاعتماده

للإثبات؛ وقد يساعد الشكل السلطة على حصر العقود المبرمة بين الأشخاص لتتمكن من ممارسة رقابتها على العلاقات الإقتصادية والإجتماعية التي تربط بينهم.

أما بالنسبة للقسم الثاني الذي جاء تحت عنوان دور الشكل في العقود، فقد تبين لنا أنه مع التطور الإجتماعي والإقتصادي، وحتى السياسي، برزت العديد من أشكال العقود الشكلية التي تشمل جميع جوانب الحياة، ومثال ذلك عقود الزواج، والهبات، والوكالات، وعقود الإئتمان، وعقد الضمان، وبيع السيارات، وعقود استثمار الحقوق الفكرية، وعقود الشركات التجارية، وعقد التمثيل التجاري، وغيرها الكثير؛ وبما أن الشكل في العقود هو عبارة عن مظهر خارجي مضاف للعمل القانوني في العقد، فإن لهذا المظهر أهداف ضرورية أهمها وضوح العقود ورفع الغبن بالدرجة الأولى، بهدف إثبات الحقوق في حال نشوب نزاع، بالإضافة إلى حماية حقوق الأطراف المتعاقدة لتحقيق مبدأ الإنصاف والعدالة في العقود بحيث لا تميل كفة القوة لأحد المتعاقدين دون الآخر، أو لتمكين الأطراف من إثبات عقدهم حال نشوب نزاع معين، أو احتاج أحد الأطراف لتوثيق ما تم التعاقد عليه.

وقد طالت هذه الأشكال رقعة واسعة من العقود، وكل شكل طرأ كان له هدف محدد ينحصر إما بهدف إنشاء العقد، فقد يكون الشكل مشروطاً في العقد لصحته كالكتابة في عقد وكالة المحامي والوعد بالهبة، ففي هذه الحالة يبطل العقد لمجرد انتفاء الشكل الواجب في العقد، فيعتبر العقد بحكم المعدم؛ وإما بهدف إعلانه كأن يكون العقد منعقداً والشكل يهدف لنشر مفاعيل العقد على أطراف العقد أو لطرف ثالث مهتم به، فيكون غرض وجود الشكل في العقد الإثبات كعقود الشركات التجارية وعقد الضمان، حيث يكون المستند الخطي في هذه الحالة وسيلة إثبات وليس شرطاً لصحة العقد، وبالتالي يصح انعقاد العقد رغم انتفاء وجود الشكل، ولكن تبرز المشكلة إن حاول أحد الطرفين إثبات وجود العقد لسبب نزاع ما، فهو بدون توافر الشكل في العقد المبرم غير قادر على إثباته.

وبما أن العقد الشكلي هو عقد ملزم قانوناً إذا استوفيت كل شروطه، فإن عدم مراعاة الشروط الشكلية في العقود يستوجب جزاءً قانونياً مفروضاً، يختلف في ماهية الشكل، فإذا كان الشرط الشكلي ركناً لازماً فإن الجزاء القانوني هو انعدام العقد أو بطلانه، أما إذا لم يكن ركناً من أركان العقد فإن الجزاء يتمثل بعدم سرعان العقد على الغير، وبالتالي عدم إمكانية الإحتجاج بالعقد الشكلي على الغير بالرغم من قانونيته أو عدم إمكانية إثباته.

واستناداً إلى ما تم بيانه أعلاه، وما يثيره هذا الموضوع من إشكاليات، فإننا نوصي بتدخل المشرع في العديد من العقود نظراً لما تثيره نصوصها القانونية من إشكاليات، وما سببته من انقسام في الاجتهاد والفقہ في تصنيف العقود رضائية أو شكلية كانت، ونذكر على سبيل المثال عقد التمثيل التجاري، كما أن الأثر المترتب على عدم الإلتزام بالشكلية المفروضة قانوناً يثير العديد من الانقسامات، فهنا على المشرع توضيح هذه النصوص من أجل تقادي الانقسام حولها والتوصل إلى نتيجة محسومة.

كما أنه على المشرع وضع نظام قانوني موحد يحدد فيه جميع العقود الشكلية أو المعايير الأساسية لتحديد شكل واضح، ودور كل منها في العقد، وما يميزها عن العقود الرضائية بشكل ودقيق، كما ويعين الآثار المترتبة على غياب الشكل فيها.

وطبعاً نحن لسنا مع تدخل المشرع الدائم في العقود، كما أننا لسنا مع تغلب الشكل على الرضى، إلا أن للسلطة القانونية الحق في وضع الشكل في العديد من العقود التي تحتاج مثل هذه الصيغة، ولكن هل يمكن أن ينتصر الشكل على الإرادة وتتوصل ليوم تصبح فيه جميع العقود شكلية؟ إن المستقبل هو وحده الكفيل بالإجابة على هذا التساؤل.

المراجع

1. المراجع باللغة العربية:

أ. المراجع العامة:

- ابراهيم (علي)، العقود المسماة، الطبعة الثالثة، دار بلال للطباعة والنشر، بيروت، 2012
- أبو عيد (الياس)، المؤسسة التجارية، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.
- الأحمر (جورج)، النظرية العامة للعقد، محاضرات لطلاب السنة الثانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والادارية، الفرع الثالث، سنة 2016
- الجمال (مصطفى)، السعي إلى التعاقد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- الدحداح (خليل)، المرتكز في قانون العمل والضمان الإجتماعي، الطبعة الأولى، أيلول، 2014، منشورات المركز الدولي ببيروت، 2014.
- السنهوري (عبدالرزاق)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 1، 2، و7، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة الجديدة 2015.
- الشراقوي (جميل)، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، 1956.
- الصيرفي (ياسر)، دور القاضي في تكوين العقد، دار النهضة العربية، 2000.
- العدوي (جلال)، أصول الإلتزامات مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997.
- العوجي (مصطفى)، القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011.
- العيني (محمد) والسيد (محمد)، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

- القيسي (عصام)، قانون العمل اللبناني، منشورات عشتار، الطبعة الأولى، بيروت، 1998.
- المحمصاني (صبحي)، المبادئ التشريعية والقانونية، دار العلم للملايين، بيروت، 2002.
- النقيب (عاطف)، نظرية العقد، الطبعة الثانية، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان 1998.
- أميل (تيان)، قانون الموجبات والعقود، انطوان للنشر، 2009.
- بدوي (زكي)، علاقات العمل في مختلف الصناعات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1961.
- جريج (خليل)، النظرية العامة للموجبات، الجزء الثاني في مصادر الموجبات المتصلة بالإدارة، دار منشورات صادر الحقوقية، مطبعة صادر، بيروت 2000.
- زكي (محمود جمال الدين)، قانون العمل الكويتي، مطابع دار السياسة، الطبعة الأولى، 1972.
- سعد (جورج)، قانون العمل الجماعي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2015.
- سلطان (أنور)، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983
- سيوفي (جورج)، النظرية العامة للموجبات، الطبعة الثانية منقحة بإشراف نجله مرسل السيوفي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1994.
- شارل (فابيا) وبيار (صفا)، الوجيز في قانون التجارة اللبناني شرح قانون التجارة، صادر ناشرون، 2011.
- صده (عبد المنعم)، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- صده (عبد المنعم)، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت 1974.
- عبد الباقي (عبدالفتاح)، موسوعة القانون المدني المصري (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، دار نهضة مصر للطباعة والنشر، 1984.

- عبد الحافظ (عبد الرشيد)، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الاسلامي والقانون، النهر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، 2000.
- عبد الله (فتحي)، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996.
- عبد الودود (يحيى)، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- عيد (ادوار)، الأعمال التجارية والتجارة والمؤسسة التجارية، مطبعة باخوس، بيروت 1971.
- غستان (جاك)، تكوين العقد، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2000.
- كرم (جورج)، صادر في التمييز القرارات المدنية، المنشورات الحقوقية صادر، 1998.
- كركبي (مروان)، أصول المحاكمات المدنية، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- محيو (حسن)، قانون التجارة البحرية اللبناني، الطبعة الثانية، 1993
- مرسي (محمد كامل)، شرح القانون المدني الجديد العقود المسماة، الجزء الأول، 1953.
- مرقس (سليمان)، الوافي في شرح القانون المدني، الطبعة الرابعة، دار الكتب القانونية، 1987.
- مصطفى (أحمد)، في الأحوال الشخصية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان.
- معلوف (لويس)، المنجد في اللغة والإعلام، الطبعة السابعة، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، 1973.
- ناصيف (الياس)، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الأول، 1986.
- ناصيف (الياس)، الشركات التجارية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، عويدات للنشر والطباعة، بيروت 2010.

○ يكن (زهدي)، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء 15 و16، دار الثقافة، بيروت، 1961.

ب. المراجع الخاصة:

- الزين (نبيلة)، قضايا العمل، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، 1992.
- حمدان (حسين)، قانون العمل، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.
- خلاف (عبدالوهاب) وجرادي (علي)، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2016.
- شافي (نادر)، عقد الفاكورنغ، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2005.
- شافي (نادر)، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، الجزء الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2001.
- عبده (محمد)، دور الشكل في العقود، الطبعة الأولى منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2007.
- قاسم (محمد)، التعاقد عن بعد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- كركبي (مروان)، عقد الفاكورنغ، دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في عمليات المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق في جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2002
- ناصيف (الياس)، الوصية لغير المسلمين، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.
- ناصيف (الياس)، الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.

A-Références Générales:

- Ambroise (Colin) et Henri (Capitant), **Traité de droit civil**, Tome II, Dalloz Paris, 1959.
- Antonmattei (Paul-Henri), **Les conventions et accords collectifs de travail**, Dalloz, 1996.
- Bénabent (Alain), **Domat Droit privé**, Droit civil, les obligations 5^{ème} édition, Montchrestien, 1995.
- Fabia (Charles) et Safa (Pierre), **Code de commerce Libanais annoté**. Tome II, Sader, 1988.
- Flour (Jaques) et Aubert (Jean Luc), **Droit civil-Les obligations**, L'acte juridique, Armand Colin 1996.
- Ghestin (Jaques), **Traité de droit civil**, 3^{ème} édition, Paris Delta, L.G.D.J, 1996.
- Josserand (Louis), **cours de droit civil Français**, Tome I, 2^{ème} édition, librairie de recueil Sirey, Paris, 1932.
- Laroumet (Christian), **Droit civil(les obligations)**, Tome III, Les contrats 1990.
- Maher (Mahmassani), **La representation commerciale en droit positif libanais**, Liban 1972.
- Mazeaud (Henri) , Léon et (Jean), **Leçons de droit civil tome deuxième**, 4^{ème} édition par Michel de Juglart 1^{er} volume (obligations) Théorie générale 1965 (Paris-France).et sixième édition, Paris Montchertien, 1978.

- Planiol (Marcel) et Georges (Ripert), **Traité pratique de droit civil français** 2^e édition, Tome VI 1^{ère} partie par Paul ESMein, Paris 1952.
- Terre (François) et Simler (Philippe) et Lequette (Yves), **Les obligations**, 6^{ème} édition, Dalloz Paris, 1996.

B– Références Spécialisées:

- Dupeyron (Christian), **La régularisation des actes nuls**, Revue internationale de droit comparé, Vol. 25 N°4, Octobre–décembre 1973.
- Guerriero (Marie Antoinette), **l’acte Juridique solennel**, librairie générale de droit et de Jurisprudence, Paris, 1975.
- Hage Chahine (Fayez), **Droit des obligations** (la notion d’inexistence et ses intérêts pratique en Revue proche), orient études juridiques N° 47, 1994.

C–Jurisprudence:

- Bulletin des arrêt de la cour de cassation (chambres civiles)
Bull. Civ.
- Dalloz Pratique (D.P.)
- Droit De L'emploi, Dalloz Action, Edition DALLOZ 199710
- Gazette du palais (G.P.).
- Jurisprudence périodique–(semaine juridique).J.C.P.
- Recueil de Jurisprudence de Sirey. (S)
- Recueil Dalloz (D.C.)
- Revue trimestrielle de droit civil–(R.T.D.C.)

- Revue trimestrielle de droit commercial (Rev.trim.de.com.)
- Revue de la faculté de droit et des sciences politiques de l'université saint Joseph Beyrouth 1994

3. في المجلات الدورية ومصنفات الاجتهاد:

- النشرة القضائية اللبنانية: مجلة شهرية تصدر عن وزارة العدل.
- باز: خلاصة القرارات الصادرة عن محكمة التمييز المدنية لخصها وجمعها-جميل باز انطلافاً من سنة 1965(بيروت-لبنان).
- حاتم:مجموعة اجتهادات، للمحامي شاهين حاتم.
- شمس الدين عفيف: المصنف في قضايا الموجبات والعقد والمسؤولية، تصنيف للاجتهادات الصادرة في قضايا الموجبات والعقود والمسؤولية بجميع أنواعها، بيروت سنة 1992.
- صادر في التمييز.
- مجلة العدل: مجلة نقابة المحامين في بيروت-مجلة حقوقية تصدر كل ثلاثة أشهر.
- مجلة المحامون: مجلة نقابة المحامين في طرابلس.
- مجموعة اجتهادات كساندر الورقية والممكنة.
- مجموعة اجتهادات باز: خلاصة قرارات محكمة التمييز.

4. القوانين والأنظمة:

- قانون الموجبات والعقود اللبناني
- قانون أصول المحاكمات المدنية
- قانون التجارة البرية اللبناني
- قانون التجارة البحرية اللبناني
- قانون الأحوال الشخصية سنة 1959
- نظام الطوائف الدينين قرار رقم 60 هام 1936

- قانون العمل اللبناني.
- قانون تطوير السوق المالية والعقود الائتمانية
- قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة
- القانون الأردني للمعاملات الالكترونية
- القانون المدني المصري.
- Code Civil Francais
- Code Du Travail
- Code De L'education

5. المواقع الالكترونية:

- الموسوعة العربية، الموسوعة القانونية المتخصصة www.arab-ency.com
- www.law-arab.com
- www.legallaw.ul.edu.lb

الملحق:

جدول بدور الشكل في العقود الشكلية:

لسريانها	لإثباتها	لانعقادها	لصحتها	عقود شكلية
X				الهبة العقارية
			X	الزواج
			X	العرض والإيداع
			X	وكالة لوكيل عقاري
			X	الوصية غير مسلمين
			X	وكالات محامي
			X	الهبة اليدوية
	X			إيجار العقارات
X				العقود العينية
		X	X	الوعد بالهبة
		X		عقد العمل الجماعي
			X	البند التحكيمي
			X	عقد التدريب
X	X		X	عقود الشركات التجارية
			X	عقد الإئتمان
X				عقد البيع العقاري
X				عقد التمثيل التجاري الحصري
	X			عقد التمثيل التجاري

X	X			العقود الجارية على المؤسسة التجارية
	X			عقد الضمان
X			X	عقد براءة الاختراع
			X	عقد إستثمار حقوق المؤلف
	X			إصاق الطوابع على العقود
	X			عقد العمل الفردي
X			X	عقود بيع السيارات
			X	الأسناد التجارية
X				عقود جارية على السفينة
X				عقد الصلح
X				عقد الدخل مدى الحياة
			X	عقد التأمين البحري
X				عقد البيع والتأمين على الطائرة
	X			عقد الفاكторинг
	X			عقد بيع السلم
	X			العقد الالكتروني

الفهرس

الموضوع	الصفحة
دليل المصطلحات الملخصة.....	1 -
المقدمة:	3 -
القسم الأول: حدود مبدأ سلطان الإرادة:	8 -
الفصل الأول: مبدأ سلطان الإرادة:	8 -
المطلب الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة:	8 -
الفقرة الأولى: نشأة المبدأ:	9 -
الفقرة الثانية: تقسيم المبدأ:	13 -
المطلب الثاني: تراجع مبدأ سلطان الإرادة:	15 -
الفقرة الأولى: الضوابط الإجتماعية:	15 -
الفقرة الثانية: الضوابط القانونية:	17 -
الفصل الثاني: الإستثناء على مبدأ سلطان الإرادة:	20 -
المطلب الأول: العقود الشكلية:	20 -
الفقرة الأولى: مفهوم العقود الشكلية:	20 -
الفقرة الثانية: مصادر الشكلية:	24 -
المطلب الثاني: أشكال العقود الشكلية:	29 -
الفقرة الأولى: الكتابة كشرط شكلي:	29 -
الفقرة الثانية: الكتابة كشرط للإثبات:	37 -

- 47 - القسم الثاني: دور الشكل في العقود:
- 47 - الفصل الأول: نطاق الشكلية:
- 47 - المطلب الأول: العقود التي تطالها القيود الشكلية:
- 48 - الفقرة الأولى: العقود الشكلية الرسمية:
- 56 - الفقرة الثانية: العقود الشكلية العادية:
- 67 - المطلب الثاني: هدف القيود التي تفرض على العقود:
- 67 - الفقرة الأولى: قيود شكلية ذات هدف إنشائي:
- 75 - الفقرة الثانية: قيود ذات هدف إعلاني:
- 86 - الفصل الثاني: جزاء عدم مراعاة الشروط الشكلية في العقود:
- 87 - المطلب الأول: البطلان المطلق والإنعدام:
- 87 - الفقرة الأولى: التمييز بين الإنعدام والبطلان:
- 92 - الفقرة الثانية: الدمج بين الإنعدام والبطلان:
- 97 - المطلب الثاني: اختلاف الإنعدام عن البطلان من الناحية العملية:
- 97 - الفقرة الأولى: اختلاف المفهومين في تأييد العقد:
- 100 - الفقرة الثانية: اختلاف المفهومين في مرور الزمن:
- 106 - الخاتمة:
- 109 - المراجع
- 117 - الملحق:
- 119 - الفهرس