جامعة القاهرة
كلية الحقوق

التصرف القانوني الشكلي

في

القانون المدني المعاصر

رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون

مقدمة من

ياسر أحمد كامل الصيرفي

مدرس القانون المدني المساعد بكلية الحقوق - جامعة القاهرة

لجنة المناقشة والحكم

الأستاذ الدكتور/ نعمان محمد خليل جمعة - عميد كلية الحقوق - جامعة القاهرة والمشرف على الرسالة ... رئيساً
الأستاذ الدكتور/ محمد على عمران - وكيل كلية الحقوق - جامعة عين شمس ..... عضواً
الأستاذ الدكتور/ نزيه محمد الصادق المهدي - رئيس قسم القانون المدني بكلية الحقوق - جامعة القاهرة ... عضواً

القاهرة ١٩٩٢

بسم الله الرحمن الرحيم

"... سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ"

سورة البقرة : ٣٢

إهـــداء

إلى والدَيَّ اللذين تعهداني بالعناية والرعاية متى وصلت إلى ما أنا فيه وجزاهم الله تعالى عني خير الجزاء .

مقدمـــــة

تعد الشكلية من أمهات المسائل التى احتدم حولها الخلاف فى مجـــال الأنظار الفقهية ، و تجاوز الصراع حولها مجال النظر الفقهى الى مجال التطبيق فـى ميدان النظم القانونية . ولا يخفى أن دراسة نطاق الشكلية فى نظام قانونى معين ، يظهر ذاتية هذا النظام وعلامته الفارقة ، فيمجال مبدأ هام من مبادىء القانـــون الحديث ، هو مبدأ الرضائية . وآية ذلك أنه ثمة علاقة وطيدة بين مبدأ الرضائية ، ومبدأ الشكلية فكلما اتسع نطاق الأول ضاق نطاق الثانى والعكس بالعكس (١) .

ولقد أدى تطور الفكر القانونى الى الاعتداد بالرضائية ، كمبدأ عام ، فـــى ابرام التصرفات القانونية ، واعتبار الشكلية مجرد استثناء . وهذا هو الشأن فـــى التقنين المدنى الفرنسى (تقنين نابليون) الصادر سنة ١٨٠٤ ، الذى أقر مبـــدأ الرضائية كمبدأ عام ولم يترك للشكلية سوى نطاق محدود . وعلى غراره جاء التقنيـــن المدنى المصرى .

ولكن منذ صدور تقنين نابليون وحتى وقتنا الحالى ، فان الفقه قلمـــا ينفق بشأن مدلول التطور الذى أعقب هذا التقنين ، ففى حين تحدث البعض عـــن استمرار الشكلية Survivance du formalisme (٢) فـــان البعض الآخر تحدث عن عودة الشكلية La renaissance du formalisme (٣) . وعلى العكس من ذلك تماما فان البعض يـــرى أن

---

(١) محمد وحيد الدين سوار ، الشكل فى الفقه الاسلامى ، دراسة موازنـــة ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٥ ، رقم ١ .

(٢) Bonnecase, Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie, T. II, 1925, n° 380 et s.

(٣) Moeneclaye, De la renaissance du formalisme dans les obligations civils et commerciales françaises, Thèse, Lille 1914.

" تاريخ شكلية التصرفات القانونية قد انتهى الى الغاء تام" (٤) .

هذا الخلاف فى الرأى حول مدلول التطور الذى أعقب تقنين نابليـون ، يكشف بوضوح عن اختلاف الفقه حول مفهوم الشكلية فى القانون الحديث. فمـن يتحدث عن " الالغاء التام للشكلية" لا شك أنه يقصد بها شيئا آخر مختلف تماما عن ذلك الذى يقصده من يتحدث عن " بقائها واستمرارها " ، وبالمثل فان من يتحـدث عن " عودة الشكلية" فانه يقصد بها شيئا مختلفا عن ذلك الذى يقصده من يتحـدث عن استمرارها .

هذه الخلافات الحادة فى الرأى حول مفهوم الشكلية، وما تكشف عنه مـن عدم وجود مفهوم قانونى محدد متفق عليه من جانب الفقه، تحتم علينا بادىء ذى بدء أن نحدد بوضوح ما نعنيه أو نقصده بالشكلية فى مادة التصرف القانونى .

لا شك فى أن الشكلية تستلزم وجود الشكل ، ولكن ما هو المقصـود بالشكل ؟ (٥) أن كلمة" شكل " تستدعى الى الذهن مجموعة من المعانى والمفاهيـم المختلفة (٦) ، ومع ذلك فانه يوجد من بين هذه المعانى العديدة معنيين أساسيين ، لعبا دورا كبيرا فى تحديد المفهوم القانونى للشكل :

---

(٤) **Josserand**, La désolennisation du testament, chronique, D.H. 1932, p. 73.

حيث يعبر عن ذلك بقوله:

"La répudiation progressive du formalisme est assurément une des caractéristiques maîtresses du droit moderne et surtout du droit contemporain: L'histoire des formes des actes juridiques se ramène a une abolition constante".

(٥) يـرى "Silz" أنه يبدو مستحيلا أن نحدد على وجه الدقة ما يجـب أن يفهم من كلمة شكل . ويعبر عن ذلك بقوله:

"Il semble tout aussi impossible de définir, avec précision ce que l'on entend par forme". Silz, La définition de la forme des actes juridiques au point de vue de l'application de la règle "Locus regit actum" en droit international privé, Thèse, Paris, 1929, no 12, p. 50.

(٦) ولاشك فى أن هذه المعانى وتلك المفاهيم الموجودة فى الاذهان بصـورة قبلية قد أثرت فى اتجاه الباحثين نحو تحديد المفهوم القانونى للشكل .

الفهـــــرس

	الصفحـــة
مقدمـــــة	٧
القسم الأول	
فكرة التصرف القانونى الشكلـــى	١٩
الباب الأول	
تحليل التصرف القانونى الشكلى	٢٣
تمهيد وتقسيم	٢٥
الفصل الأول : الشكل والتعبيـــر	٣٣
المبحث الأول : المفهوم القانونى للشكل	٣٤
المطلب الأول : تحديد المفهوم القانونى للشكل ...	٣٤
١ ــ الشكل الحر و الشكل المفروض	٣٤
٢ ــ الشكل ليس سلبا مطلقا لحرية الارادة فـــى التعبير عن نفسها	٤٢
٣ ــ مرونة فكرة الشكل	٤٩
٤ ــ الشكل لا يمكن استبداله بشكل آخر	٥٥
٥ ــ الشكل هو شكل التعبير عن الارادة وليـــس شكل العقد	٥٨
٦ ــ تصنيف الأشكال فى القانون الحديث	٦٣
المطلب الثانى : الجدل الفقهى بشأن التعبير الصريح عن الارادة والشكل الاتفاقى	٦٥
أولا : التعبير الصريح عن الارادة	٦٥
١ ــ مفهوم التعبير الصريح	٦٧
أ ــ التعريفات الفقهية للتعبير الصريح ..	٦٩
ب ــ رأينا الخـــاص .	٧٢
٢ــ التعبير الصريح والشكلية	٧٣
أ ــ الرأى فى الفقه الفرنسى القديم	٧٣
ب ــ الرأى فى الفقه الفرنسى الحديث ...	٧٥

		الصفحة
	جـ ــ رأي ديموج	٧٦
	د ــ رأي اهرنج	٧٧
	هـ ــ الرأي الذي نؤيده	٧٨
ثانيا :	الشكل الاتفاقي	٨١
١ ــ	تفسير الاتفاق الذي يقرر الشكل الاتفاقي...	٨٢
	ــ الفرض الاول : عندما يعبر المتعاقدون عن قصدهم من الشكل	٨٢
	ــ الفرض الثاني: عندما يهمل المتعاقدون بيان قصدهم من الشكل	٨٣
٢ ــ	التكييف القانوني للشكل الاتفاقي	٨٧
	ــ الفرض الاول : عندما يكون الشكل مطلوباً للاثبات	٨٧
	ــ الفرض الثاني: عندما يكون الشكل مطلوباً للانعقاد	٨٩
المبحث الثاني:	التبرير القانوني للشكل	٩٧
المطلب الأول :	المبررات التي دفعت بالمشرع الى فرض الشكل	٩٨
أولا :	وظيفة الشكل	٩٨
١ ــ	علاج الصراع بين التعبير والارادة...	١٠٢
	أ ــ نظرية الارادة	١٠٢
	ب ــ نظرية التعبير	١٠٣
	جـ ــ رأينا الخاص	١٠٤
	٢ــ الشكل وسيلة وقائية لتجنب الصراع بين الارادة والتعبير	١٠٧
ثانيا :	مبررات فرض المشرع الشكل بالنسبة لتصرفات معينة دون غيرها	١١٣

الصفحة

المطلب الثاني: العيوب المنسوبة الى الشكل والرد عليها ١٢٠
أولا : من الناحية الاخلاقية ١٢١
ثانيا : من الناحية العملية ١٢٣

الفصل الثاني : الشكل والارادة ١٢٧

المبحث الأول : استقلال الشكل عن الارادة ١٢٨
المطلب الأول : وجود الارادة لا يغنى عن وجـــود الشكـل ١٢٩
أولا : الأحكام القضائية ١٣١
أ ــ الهبات المبرمة فى غير الشكل الرسمى. ١٣١
ب ــ الوعد العرفى بالرهن الرسمى ١٣٥
ثانيا : الآراء الفقهيـــة ١٣٧
أ ــ محاولة "أبو عافية" نفى جوهرية الشكل ١٣٧
ب ــ محاولة "دولابورت" نفى جوهرية الشكل ١٤٧
المطلب الثاني: وجود الشكل لا يغنى عن وجود الارادة ١٥٥
أ ــ وجود الارادة ١٥٧
ب ــ سلامة الارادة ١٦١
جـ ــ مشروعية الارادة ١٦٥
المبحث الثاني: تأثير الشكل على الارادة ١٦٩
المطلب الأول : التأثير غير المباشر للشكل على الارادة. ١٧١
المطلب الثاني: العلاقة بين الشكلية والتجريد ١٧٧

الباب الثاني

تمييز التصرف القانونى الشكلى عما يشتبه به من تصرفات قانونية أخرى ١٨٥

الفصل الأول : الشكل واجراءات الاثبات ١٨٩

الصفحـــة

المبحث الأول : التمييز بين الكتابة المطلوبة للانعقـــاد والكتابة المطلوبة للاثبات ١٩٠
المطلب الأول : التمييز بين الشكل واجراءات الاثبات من الناحية النظرية ١٩٢
المطلب الثاني: النتائج العملية المترتبة على التمييز بين الشكل والاثبات ١٩٧
أولا : الاثبات بالاقرار واليمين ٢٠٠
ثانيا : الاثبات بالبينة والقرائن ٢٠٢
١ــ الاستثناءات العامة من قاعدة الاثبات بالكتابة . ٢٠٢
الاستثناء الأول : وجود مبدأ ثبـوت الكتابة ٢٠٤
الاستثناء الثاني: وجود مانع مـــن الاثبات بالكتابة..... ٢١٠
الاستثناء الثالث : الاحتيال علـــى القانون ٢١٤
٢ــ الاستثناءات الخاصة من قاعدة الاثبات بالكتابة ٢١٦
المبحث الثاني: صعوبات تطبيق التمييز بين الكتابة المطلوبة للانعقاد والكتابة المطلوبة للاثبات ٢٢٠
١ ــ عقد الصلـح ٢٢٢
٢ ــ عقد التأمين ٢٢٤
٣ ــ عقد الكفالة ٢٢٨
٤ ــ عقد ايجار الأراضي الزراعية ٢٣٣
٥ ــ اتفاق التحكيم ٢٣٦
٦ ــ عقد التمرين أو التدرج المهني ٢٣٩

	الصفحة
الفصل الثانى: الشكل واجراءات الشهر	٢٤٥
المبحث الأول : التمييز بين الشكل واجراءات الشهر	٢٤٦
المطلب الأول : التمييز بين الشكل واجراءات الشهر من الناحية النظرية	٢٤٩
المطلب الثانى: النتائج العملية المترتبة على التمييز بين الشكل واجراءات الشهر	٢٥٥
أولا : الشكل واجراءات الشهر المعاقب على تخلفها بعدم سريان التصرف في مواجهة الغير ...	٢٥٦
١ ــ التصرف غير المشهر ينتج اثاره فيما بين المتعاقدين	٢٥٧
أ ــ عقد البيع العقارى	٢٥٨
ب ــ عقد الرهن الرسمى	٢٥٩
٢ ــ التصرف غير المشهر ليس دائما لا يسرى فى مواجهة الغير .	٢٦١
أ ــ نطاق تطبيق القاعدة	٢٦١
ب ــ الاستثناءات الواردة على القاعدة ...	٢٦٣
ثانيا : الشكل واجراءات الشهر المعاقب على تخلفها بجزاءات أخرى غير عدم سريان التصرف فى مواجهة الغير	٢٦٧
١ ــ الشكل واجراءات الشهر المعاقب على تخلفها بجزاءات أخف من عدم سريان التصرف فى مواجهة الغير	٢٦٨
أ ــ المخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما	٢٦٩
ب ــ عقد بيع السفينة	٢٧٠
جـ ــ عقد بيع المحل التجارى	٢٧٢

الصفحـــة

٢ ــ الشكل واجراءات الشهر المعاقب على تخلفها بجزاءات أشد من عدم سريان التصرف فـي مواجهة الغير ٢٧٣

أ ــ اجراءات الشهر المعاقد على تخلفهـا بحرمان التصرف من انتاج أهم آثاره القانونية ٢٧٣

ــ عقد البيع العقارى غير المسجـــل ينتج آثارا قانونية ٢٧٦

ــ عقد البيع العقارى غير المسجل يمكن عن طريقه نقل الملكية بالفعل مـن البائع الى المشترى ٢٧٧

ب ــ اجراءات الشهر المعاقب على تخلفهـا ببطلان التصرف ٢٧٨

ــ عقد شركة التضامن والتوصية البسيطة. ٢٧٨

ــ عقد رهن المحل التجارى ٢٨٣

المبحث الثانى: صعوبات تطبيق التمييز بين الشكل واجراءات الشهر ٢٨٧

١ ــ عقد البيع العقارى ٢٨٨

أ ــ فيما يتعلق باجراءات التسجيل ٢٩٢

ب ــ فيما يتعلق بجزاء تخلف اجـــراءات التسجيل ٢٩٤

٢ ــ بيع ورهن المحل التجارى ٢٩٦

أ ــ بيع المحل التجارى ٢٩٦

ب ــ رهن المحل التجارى ٣٠٠

٣ ــ عقد شركة التضامن والتوصية ٣٠٤

الصفحـــة

القسم الثانى

النظام القانونى للتصرف القانونى الشكلى ٣١١

الباب الأول

صور الشكل وأثره على القواعد العامة

التى تحكم التصرفات القانونية ٣١٥

الفصل الأول : صور الشكـل ٣١٩

المبحث الأول : الكتابة الرسمية ٣٢٠

المطلب الأول : شروط الكتابة الرسمية ٣٢١

أولا : ان تكون صادرة من موثق ٣٢١

ثانيا : أن يكون للموثق سلطة تحرير الكتابـة وأن يكون مختصا بذلك ٣٢٣

ثالثا : مراعاة الأوضاع المقررة قانونا لكتابة الورقـــة الرسمية ٣٢٦

١ ــ مرحلة ما قبل التوثيق ٣٢٦

٢ ــ مرحلة التوثيق ٣٢٨

٣ ــ مرحلة ما بعد التوثيق ٣٣٠

المطلب الثانى : جزاء الاخلال بشرط من شـــروط الكتابة الرسمية ٣٣١

المبحث الثانى: الكتابة العرفية ٣٣٨

المطلب الأول : الكتابـة ٣٤٠

المطلب الثانى : التوقيـع ٣٤٥

١ ــ التوقيع بالامضاء ٣٤٦

٢ ــ التوقيع بالختم وبصمة الاصبع ٣٤٧

الفصل الثانى: الوعد والتوكيل بابرام التصرف القانونى الشكلى ٣٥٣

المبحث الأول : الوعد بابرام التصرف القانونى الشكلى ٣٥٤

المطلب الأول : مدى امكان الوعد بابرام التصرف الشكلى ٣٥٥

المطلب الثانى: تأثير الشكل على القواعد العامة التـى تحكم الوعد بالتصرف ٣٥٨

الصفحـــة

المبحث الثاني: الوكالة فى ابرام التصرف القانونى الشكلى. ٣٦٨
المطلب الأول : شكل الوكالة ٣٦٩
المطلب الثانى: مضمون الوكالة ٣٧٥

الباب الثانى
اثبات الشكل وأثر تخلفه على التصرف
القانونى الشكلـــى ٣٨١

الفصل الأول : اثبات التصرف القانونى الشكلى ٣٨٥
المبحث الأول : وسائل اثبات التصرف القانونى الشكلى .. ٣٨٦
أ ــ اذا كان الشكل اللازم لانعقاد التصـــــرف لا يستلزم تحرير كتابة ٣٨٦
ب ــ اذا كان الشكل اللازم لا نعقاد التصرف يستلزم تحرير كتابة..... ٣٨٧
المبحث الثانى: صعوبات اثبات التصرف القانونى الشكلى ... ٣٨٩
المطلب الأول : اثبات التصرف القانونى الشكلى فـــى حالة وجود السند ٣٩٠
أولا : اثبات صحة الشكل بالمخالفة لما جاء بالسند ٣٩٠
ثانيا : اثبات عدم صحة الشكل بالمخالفة لما جـاء بالسند ٣٩٣
المطلب الثانى: اثبات التصرف القانونى الشكلى فى حالة عدم وجود السند ٣٩٦
أولا : موضوع الاثبات ٣٩٧
ثانيا : عبء الاثبـات ٤٠٠
الفصل الثانى : جزاء تخلف الشكل ٤٠٣
المبحث الأول : تحديد جزاء تخلف الشكل ٤٠٥
المطلب الأول : الانعدام أم البطلان ٤٠٥
المطلب الثانى : البطلان المطلق أم البطلان النسبى ٤١٥

	الصفحة
المبحث الثانى : أحكام الجزاء المترتب على تخلف الشكل ..	٤٢١
المطلب الأول : قواعد تقرير البطلان	٤٢١
١ ــ لزوم الدعوى	٤٢١
٢ ــ من لهم حق التمسك بالبطلان	٤٢٢
٣ ــ البطلان لا يتقادم	٤٢٤
٤ ــ البطلان لا يمكن اجازته	٤٢٦
المطلب الثانى: أثر تقرير البطلان لتخلف الشكل .	٤٣٥
أولا : مسألة تحول التصرف الباطل لتخلف الشكل	٤٣٦
١ ــ نقد فكرة التحول	٤٤٠
٢ ــ فكرة الشكل لاتسمح بترتيب أى أثر على التصرف الباطل لعيب الشكل .	٤٤٣
ثانيا : مسألة ترتيب التزام طبيعى على التصرف الباطل لتخلف الشكل	٤٤٨
١ ــ فكرة الالتزام الطبيعى	٤٤٩
٢ ــ هل التصرف الباطل لعيب الشكل يتخلف عنه التزام طبيعى ؟	٤٥٢
الخاتمة	٤٥٩
أهم مراجع البحث	٤٦٦
الفهرس	٤٨٣

لجنة الطباعة والنشر
بمطبعة كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة