المحاضرة الرابعة والعشرون

القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف

سنعرض للموضوع من خلال بيان معنى الشكل ونطاق قانون الشكل واخيرا موقف القانونين العراقي و المقارن.

معنى الشكل

الشكل هو المظهر الخارجي للتعبير عن الارادة ،فالاخيرة تتحرك باتجاه احداث اثر قانوني بصيغ فنية ،مادية او معنوية، تاخذ مظاهر متنوعة تتمثل بمظهر الشهادة او التوثيق او المراسيم الدينية و في ضوء ذلك يتوزع الشكل من حيث تاثيره في التصرفات الى شكل للاثبات وشكل للانعقاد واذا كان الشكل الثاني يخضع للقانون الذي يحكم موضوع الحق او العقد بوصفه ركن يتوقف وجود الحق او العقد على وجوده فالسؤال ما هو القانون الذي يحكم الشكل لاثبات هل يخضع لقانون جنسية الطرفين ام لقانون قاضي النزاع ام لقانون محل اجراء التصرف استقر الفقه منذ عهد مدرسة الاحوال الايطالية القديمة ان التصرف يخضع لقانون محل الابرام في شقيه الموضوعي و الشكلي وفيما بعد تم الفصل بين الشقين حيث اخضع الشق الموضوعي لقانون الارادة و الشق الشكلي لقانون محل الابرام ومنذ ذلك الحين شاعت وانتشرت قاعدة الاسناد الخاصة بالشكل حيث خضعت التصرف في الشكل لقانون محل ابرامه وانتقلت الى التشريعات الوطنية الاجنبية و العربية كما اعتمدها المشرع العراقي في المادة (26) من القانون المدني.

وتنطوي قاعدة الاسناد الخاصة بالشكل على مبررين

الاول : التسهيل و التيسيير على الافراد باجراء تصرفات صحيحة اينما كانوا خاصة وان الزامهم باستيفاء الشكلية المقررة في قانون اخر مثل قانون جنسيتهم قد يتعذر عليهم استيفائه اذا منع قانون محل الابرام تلك الشكلية مما يفضي ذلك الى ارتباك المعاملات على المستوى الدولي.

الثاني : منح الثقة و الاطمئنان للافراد في قدرة ارادتهم على الارتباط بعلاقات خارج محيط دولهم لسهولة احاطتهم علما بالشكل المطلوب في قانون محل الابرام اكثر من أي قانون اخر..

نطاق تطبيق قاعدةالاسناد الخاصة بالشكل

تسري قاعدة الاسناد و الخاصة بالشكل في نطاق الشكل المطلوب للاثبات ويخرج من نطاق تطبيقها الاشكال ادناه:

1- الاشكال المتممة للاهلية : وهي تلك الاشكال المتعلقة باهلية مباشرة التصرفات كحصول القاصر على اذن من المحكمة بفتح محل تجاري حيث تخضع شروط منح الاذن هنا الى قانون جنسية القاصر لانه القانون المتكفل بحماية ارادته وكذلك حصول الوصي على اذن من المحكمة لادارة اموال من هو تحت وصايته تخضع لقانون جنسية الصغير لانه المقصود بالحماية اما تقديم الاذن في الحالتين اعلاه تخضع لقانون قاضي النزاع.

 2- اجراءات العلانية : فهي صيغ فنية تتعلق باشهار التصرفات المتعلقة بالاموال فهنا تخضع لقانون موقع المال المتعلقه به علانية التصرفات وذلك لحماية الغير الذي يتعامل مع مالك المال.

3- الاجراءات القضائية تخضع لقانون المحكمة المقام امامها الدعوى المتعلقة بها تلك الاجراءات فهنا تشمل اجراءات المرافعات و التنفيذ وبعض مسائل الاثبات.

اعتمدت اغلب التشريعات قاعدة خضوع شكل التصرفات لقانون محل الابرام وقد سجلت هذه القاعدة جميع التشريعات العربية ومنها التشريع المصري في المادة(20)مدني حيث اخضع شكل التصرفات لاحد القوانين الاتية :

1- قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين

2- قانون الموطن المشترك للمتعاقدين

3- قانون الذي يحكم الموضوع

4- قانون محل الابرام .

وهذا هو موقف المشرع الاردني و الليبي علما ان التشريعات العربية اعلاه جعلت قاعدة الاسناد الخاصة بالشكل قاعدة اختيارية لاالزامية كما فعل المشرع العراقي الذي الزم الافراد بالخضوع في شكل تصرفاتهم الى قانون محل الابرام حصراً بموجب المادة (26) مدني منه التي نصت على (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها) وهذا يعني ان ليس هناك من خيار اخر امام الافراد لاستيفاء شكلية العقود في حين سجل المشرع العراقي في المادة (19/1)مدني والتي سبق التطرق لها في مسائل الزواج الخيار للزوجين بين استيفاء شكلية العقد بموجب احد القانونين وهما قانون جنسية الزوجين او قانون محل الابرام.

ومن الجدير بالذكر يخضع اثبات التصرفات لنفس القانون الذي يحكم شكلها وذلك لوجود صلة وثيقة ما بين الشكل والاثبات لان كلاهما صيغ فنيه تتعلق بالتصرف وقد اعتمد المشرع العراقي هذا الحل في المادة(13/1) من قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979 المعدل و التي نصت على( يسري في شان ادلة الاثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني)