Maddah: Journal of Advanced Da'wah Management Research
Vol. 4, No. 2 (2025), 207-224
e-ISSN: 2986-7622 | DOI: 10.35719/maddah.v4i2.122

A Formo in Contracts and Their Impact on Proving the Rights of the Contracting in Sharia and Law

الشكلية في العقود وأثرها في إثبات حقوق المتعاقدين في الشريعة والقانون

Abdel Tawwab Moustafa Khaled Moawad *
Sultan Abdul Halim University, Malaysia
*E-mail: alfianinurin@gmail.com

Keywords

Rights, Formality, Contracts, Law, Writing.

Abstrack

This study examines the concept of formality in contracts in a general manner by presenting the opinions of legal jurists, discussing them, and giving preference to the view the researcher considers most appropriate. It also clarifies the evidences for the legitimacy of formality in Islamic law, its significance, forms, means, and types, identifies the main contracts that fall within its scope, and explains the effects of non-compliance with formality in both Islamic law and positive law. The study concludes with several findings, the most important of which are that formality constituted the basis of contracting in Roman law, where emphasis was placed on the external form without regard to the concurrence of wills, and that it was also known among the Arabs through certain acts and gestures indicating the mutual consent of the parties. Positive law has tended to require adherence to formality alongside the realization of mutual consent, considering direct non-compliance with formality a cause for the nullity of the contract, while maintaining its validity in cases of indirect non-compliance. Islamic law, on the other hand, establishes mutual consent and the concurrence of wills as the foundation of a contract, subject to its conformity with the rules of Sharia, and does not impose specific formal requirements except when necessary or required to safeguard rights. In this way, Islamic law adopts a balanced position between the various theories, combining the validity of contract formation with the assurance of protecting rights.

ملخص البحث

حقوق، الشكلية، العقود، القانون، الكتابة .

ملخص البحث

يتناول هذا البحث تحديد مفهوم الشكلية في العقود بصورة عامة، مع عرض آراء فقهاء القانون ومناقشتها وترجيح ما يراه الباحث أكثر ملاءمة، وبيان الأدلة على مشروعيتها في الشريعة الإسلامية وأهميتها وصورها ووسائلها وأنواعها، مع تحديد أبرز العقود التي تدخل في نطاقها، وبيان أثر مخالفتها في كل من الشريعة والقانون. وقد خلص البحث إلى عدة نتائج، من أهمها أن الشكلية كانت أساس التعاقد في القانون الروماني، حيث كان يعتد بالمظهر الخارجي دون الالتفات إلى توافق الإرادة، كما عُرفت لدى العرب من خلال أفعال وحركات معينة تدل على تراضي الطرفين. واتجه القانون الوضعي إلى اعتبار الالتزام بالشكلية مع تحقق توافق الإرادة، وعدّ مخالفة الشكلية المباشرة سببًا لبطلان العقد،

Maddah: Journal of Advanced Da'wah Management Research
e-ISSN: 2986-7622

مع بقاء صحته عند الإخلال بالشكلية غير المباشرة. أما الشريعة الإسلامية فقد جعلت التراضي وتوافق الإرادتين أساس العقد، مع اشتراط موافقته لأحكام الشريعة، ولم تُلزم بأشكال محددة إلا عند الحاجة والضرورة لحفظ الحقوق، وبهذا توسطت الشريعة بين مختلف النظريات المطروحة، فجمعت بين صحة إنشاء العقد وضمان حفظ الحقوق.

المقدمة

تُعد مسألة التوافق بين الشكلية والإرادة في العقود من القضايا التي أثارت جدلًا واسعًا منذ القدم. فقد نظر القانون الروماني إلى الشكلية باعتبارها دليلًا بديلًا عن تراضي إرادة الطرفين، وجعلها أساسًا في إبرام العقد، بحيث يُعد العقد صحيحًا بمجرد استيفائه الأوضاع والأشكال الخاصة المقررة قانونًا، حتى وإن كان السبب غير مشروع أو صدرت الإرادة من أحد المتعاقدين على غير وجه سليم. كما عرف العرب الشكلية في تعاقداتهم من خلال أفعال وحركات وأعمال محددة تدل على تحقق التراضي بين الطرفين. واتجه فقهاء القانون لاحقًا إلى الجمع بين الشكلية والإرادة في التصرفات القانونية، ولا سيما في المعاملات، حيث اعتمدوا مبدأ الرضائية باعتبار أن الرضا فطرة أودعها الله في الإنسان، ويُعد تعبيرًا صادقًا عن رغبته في إنشاء التصرفات دون إكراه أو تسلط من أحد عليه. وفي الوقت نفسه، جعلوا الشكلية بمثابة صمام أمان لحفظ حقوق الطرفين ومنع الاستغلال أو التغرير، فاعتبروها ضرورية في بعض المعاملات المالية ذات الأهمية الخاصة، وميزوا في ذلك بين القانون العام والقانون الخاص الذي يشمل الاتفاقيات والمعاملات الخاضعة للقانون الدولي.

ومع مناداة علماء القانون بالالتزام بالشكلية، اختلفوا في تحديد أثرها على العقد، فذهب فريق إلى أن مخالفة الشكلية المباشرة تؤدي إلى بطلان العقد لكونها ركنًا من أركانه، في حين رأى فريق آخر أن الإخلال بالشكلية غير المباشرة لا يؤثر في صحة العقد ولا يترتب عليه بطلانه. وعلى النقيض من ذلك، جعلت الشريعة الإسلامية التراضي بين الطرفين أساسًا لإنشاء العقد، معتبرة أن الأصل في العقود هو الرضائية، وإن لم يكن ذلك على إطلاقه، إذ ترد عليه استثناءات، من أبرزها الشكلية في بعض العقود التي يُشترط فيها إفراغ العقد في شكل معين مع تحقق توافق الإرادتين، وذلك حفظًا لحقوق المتعاقدين وضمانًا لانضباط التعامل وفق أحكام الشريعة. وقد نص القرآن الكريم صراحة على الكتابة باعتبارها من أهم وسائل الشكلية، كما في عقد النكاح وعقد المداينة، وأرشدت السنة النبوية إلى كيفية إعلان الزواج وإشهاره، وأكدت وجوب الالتزام بكل شرط يتفق عليه المتعاقدان ما لم يُحل حرامًا أو يُحرم حلالًا، وفق قوله صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم». ويقر فقهاء الشريعة أن الالتزام بالشكلية في العقود لا يترتب عليه بطلان العقد ذاته، وإنما يترتب عليه سقوط الحقوق عند التخاصم أمام القضاء، فإذا استوفى العقد أركانه وشروطه الشرعية كان

صحيحًا في ذاته، كما في عقد النكاح ولو لم يُوثق رسميًا، غير أن إثبات الحقوق أمام القضاء يستلزم وثيقة رسمية أو بينة معتبرة.

منهج البحث

اعتمد الباحث على المنهج الوصفي التحليلي القائم على وصف الظاهرة محل الدراسة وتحليل نتائجها، كما استعان بالمنهج المقارن بين أحكام الشريعة الإسلامية وبعض القوانين الوضعية كلما دعت الحاجة إلى ذلك.

نتائج الدراسة والتوصيات

المبحث الأول : حول مفهوم الشكلية و العقود

١ ـ العقود. العقد في اللغة معناه : الربط ، والشد ، والعهد ، والضمان ، ويطلق كذلك على الجمع بين أطراف الشيء ، فيقال : عقد الحبل إذا جمع أحد طرفيه على الآخر ، والعقد الخيط الذي ينظم فيه الخرز. وأما في الاصطلاح فله معنيان : عام ، وخاص. المعنى العام : عرفه الخصاص بأنه ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو ، أو يعقده على غيره فعله على وجه إلزامه إياه. وهذا التعريف العام جاء قوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾. قال الألوسي رحمه الله : المراد بها يعم جميع ما ألزم الله عباده وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية ، وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات ، والمعاملات ، ونحوها ما يجب الوفاء به. المعنى الخاص : العقد الخاص هو العقد الذي ينشأ بين إرادتين يعبر عنهما بإيجاب وقبول.

قال صاحب العناية: الانعقاد معناه: تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعًا على وجه يظهر أثره في المحل. وفي مجلة الأحكام: العقد التزام المتعاقدين وتعهدهم أمرًا وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول. وفي اصطلاح القانونيين: توافق إرادتين على إنشاء التزام، أو على نقله. ويرى الشيخ السنهوري أن التعريف الجامع لمعنى العقد يتمثل في: توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه. ويؤخذ من مجموع هذه التعريفات أن العقد لا بد أن يكون بين طرفين، ولهذا نجد معظم الفقهاء يخرجون من العقد: الطلاق والإبراء والاعتاق وغيرها مما يتم من طرف واحد من غير كلام الطرف الثاني. ولكن بعض الفقهاء يعمم كلمة العقد، ويجعله شاملًا لكل تصرف شرعي سواء أكان ينعقد بكلام طرف واحد أم لا ينعقد إلا بكلام طرفين، ويقولون إن كل ما عقده الشخص لزمه عليه، فهو عقد. وقد بيّن ذلك الإمام الرازي في أحكام القرآن عند تفسير قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ﴾. فقال رحمه الله: أمر الله سبحانه بالوفاء بالعقود، قال الحسن: يعني بذلك عقود الدين، وهي ما عقده المرء على نفسه

من بيع وشراء وإجارة وكراء ومناكحة وطلاق ومزارعة ومساقاة وتولية وتخيير وعتق وتدبير وغير ذلك من الأمور، ما كان ذلك غير خارج عن الشريعة، وكذلك ما عقده على نفسه من الطاعات، كالحج والصيام والاعتكاف والقيام والنذر وما أشبه ذلك من طاعات ملة الإسلام. وعلى هذا الرأي يطلق على الشركة والمزارعة والمساقاة عقودًا، وكذلك العهد أو الحلف على شيء في المستقبل يسمى أيضًا عقدًا، لأن الحالف أو المتعاهد قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه أو بما تعهد به، بل إنه أي شرط يشترطه الإنسان على نفسه يعد عقدًا، لأنه التزام بالوفاء به مستقبلًا، وعلى هذا الاتجاه سار كثير من الفقهاء حيث يطلقون على الطلاق والإبراء والاعتاق عقودًا. والخلاصة أن الفقهاء يذكرون كلمة العقد في كتبهم ويريدون بها المعنى العام، معنى التصرفات الشرعية للشخص، وتارة يريدون بها المعنى الخاص وهو ما لا يتم إلا من ربط كلامين يترتب عليه أثر شرعي يقرره الشارع وهو المعنى المشهور حتى يكاد ينفرد به هو بالاصطلاح.

٢. الشكلية. قال علماء اللغة: الشَّبَه والكاف واللام معظم بابه المماثلة، تقول: هذا شكل هذا، أي مثله، ومن ذلك يقال أمر مشكل، كما يقال أمر مشتبه، أي هذا شابه هذا، وهذا دخل في شكل هذا، وشكل الشيء: صورته المحسوسة والمتوهمة، والجمع كالجمع، وتشكل الشيء: تصور، وشكله: صورته، وجمع شكل أشكال، ويفهم منها "التمسك بالصورة الخارجية أو الاهتمام بالظاهر دون الجوهر".

٣. حول مضمون الشكلية مصطلح الشكلية مصطلح حديث على تراث الفقه الإسلامي من حيث التعريف على الرغم من عدم غياب مضمونه عن فكر أقوال الفقهاء حيث إن جمهور الفقهاء يقررون أن أركان العقد ثلاثة: عاقد، ومعقود عليه، وصيغة، وفقهاء الأحناف يقررون للعقد ركنا واحدا يتمثل في الصيغة أو ما يعرف بالإيجاب والقبول حتى تترتب عليه آثاره الشرعية وهو ما يعبر عنه قانونا بالرضا بين الطرفين أو توافق الإرادتين لإحداث الأثر القانوني. وعلى هذا فإن الصيغة بإجماع الفقهاء هي عمدة أركان العقد، وقد اتفق فقهاء القانون مع مذاهب الفقهاء على اعتبار الصيغة ركنا من أركان العقد ويعبرون عنها بلفظ التراضي الذي هو تطابق إرادتين باعتباره واحدا من الأركان الموضوعية للعقد فقد نصت المادة ٨٩ من القانون المدني المصري على أن: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد". ويضيف فقهاء القانون ركنين آخرين مع الرضا هما المحل والسبب فتكون أركان العقد مع الشكلية أربعة. كما أنهم يقررون أن الرضا عنصرين هما: إيجاب يصدر من أحد المتعاقدين يوافقه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر. غير أن فقهاء القانون يقررون أن الشكلية في مضمونها استثناء على القاعدة العامة السائدة في العقود وهي قاعدة التراضي أو الرضائية في العقود، فالأصل أن العقود تبرم بمجرد التقاء إرادة طرفيها اللذان يعلنان الإيجاب والقبول، وذلك دون اشتراط إفراغ الاتفاق المنشئ للعقد في شكل معين فيصبح العقد صحيحا بمجرد التراضي، إلا أن الشكلية تسلم في العقد أن يفرغ في شكل

معين، وكان الاختلاف في الأثر المترتب على تخلف هذا الشكل ما بين من يترتب عليه البطلان، أو اللاحقية في الفسخ، أو عدم نفاذ العقد.

وقد كانت الشكلية في نظر الآخرين في ظل التشريعات القديمة مخالفة لقاعدة الرضائية في العقود ومناقضة لها، إلا أنه ومع تطور القوانين والفكر القائم على سنها فقد تبين أن الشكلية لا تتناقض مع الرضائية، ولكنها تعتبر ضابطًا من الضوابط التي تحكم الإرادة وتقيد حريتها والتي تم تقريرها لضبط المتعاقدين، وإعطائهم فسحة للتفكير في التعاقد، وذلك خشية من مغبة عدم التروي في إبرام التعاقد بطريق التراضي فقط. وأما تعريف الشكلية كمصطلح فلها تعريفات متعددة بحسب ما تضاف إليه، فهناك الشكلية في الإجراءات القضائية في القوانين الحديثة ويقصد بها "مجموعة الأشكال التي يفرض القانون اتباعها في الإجراءات المنظمة لوسائل الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية في العلاقات الخاصة والعلاقات العامة". فالشكلية في القانون القضائي هي التمسك بالجانب الشكلي للقانون، وتتمثل في تقديس القانون النافذ، والفصل بينه وبين الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وتقييد حرفية النص القانوني بصرف النظر عن حسنه أو قبحه، ومن أجل ذلك فإنها تقصر دور القاضي على مجرد تطبيق القانون بطريقة آلية. وقد يقصد بالشكلية في القانون الشكل الكتابي سواء أكانت الكتابة رسمية أم عادية، فتُصنف العقود من حيث الشكلية إلى عقود رسمية، أو عقود شكلية يكون فيها الشكل ركنًا من أركان التصرف القانوني، وعقود عادية لا يشترط فيها توافر الشكلية كركن لقيام التصرف القانوني وإنما تتم بمجرد تراضي طرفيها. ويقصد بالشكلية في التشريعات الموضوعية بأنها عنصر خارجي يطلب القانون من الأشخاص اتباعه في عقودهم لإمكان ترتيب آثار قانونية معينة، وإذا لم يتبعه الأشخاص فلا ينتج العقد آثاره. وهذه الشكلية هي مقصود البحث والدراسة، ولم يتفق فقهاء القانون على طرح تعريف مانع لها، فالبعض يحصرها في معنى ضيق بأن تقتصر على الإجراءات الرسمية الواجب القيام بها لتمام العقد، أي تلك الإجراءات الصالحة للتعبير عن الإرادة اللازمة لإبرام العقد، ووفقًا لهذا المعنى فإن التصرفات القانونية الرسمية هي التي تعد أعمالًا شكلية. وعلى هذا تتعارض تمامًا الأعمال الشكلية مع الأعمال الرضائية، وتشكل استثناءً مباشرًا على مبدأ الرضائية أي يعطي لها البعض الآخر معنى واسعًا أن يدخل في نطاق مفهوم الشكلية كل الإجراءات الواجب اتباعها لانعقاد التصرفات القانونية، أو لفعاليتها ووفقًا لهذا المعنى فإن الشكلية لا تقتصر على الأشكال أو الإجراءات الواجب اتباعها في إبرام العقود الرسمية وإنما يدخل فيها أيضًا تلك الأشكال أو الإجراءات الواجب اتباعها لفعالية التصرف القانوني أو لنفاذه وسريانه مثل الأشكال المطلوبة للإثبات أو للاحتجاج بالتصرف في مواجهة الغير وغير ذلك من الأشكال التي لا يتطلبها القانون لانعقاد التصرف. وبناءً على ذلك تعددت أقوال الفقهاء المعاصرين في تحديدها وما جاء في تحديد هذا المصطلح أنه: "تحديد الأسلوب في التعبير عن الإرادة يفرضه المشرع بصورة إلزامية، ويكون

Maddah: Journal of Advanced Da'wah Management Research
e-ISSN: 2986-7622

أساسًا في العقد". أو "كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكل والمواعيد والإجراءات". أو "هو الصور الخاصة من صور التعبير عن الإرادة يفرضها المشرع، وهو التصرف الذي يتعين أن تظهر به الإرادة بصورة معينة، أو هو الذي يجازي غيابه انعدام الأثر القانوني للتصرف". وأقرب التعريفات لمضمون الشكلية تعريفها بأنها "وضع يلزم به المشرع المتعاقدين حتى ينعقد العقد، وذلك من أجل إسباغ الحماية على مصلحة محددة أو خاصة". ومما يقوي ترجيح هذا التعريف أن الشكل القانوني له صفة الإلزام وذلك لأنه مفروض من قبل المشرع، مما يجعله أساسيًا في العقد فإذا تخلف وقع البطلان على العقد، كما ويعتبر الشكل أداة يستخدمها المشرع لتحقيق هدف معين. والتصرف القانوني يجب أن يتوفر فيه عنصرين أساسيين وهما الركن المادي والمعنوي، فالتعبير عن الإرادة يعتبر ركنًا ماديًا، أما الركن المعنوي فيتمثل في التصرف في الإرادة، ويتمثل الشكل في صورة التعبير عن الإرادة أي الركن المادي للإرادة. وعليه يعتبر الشكل أسلوب التعبير عن الإرادة، وليس بديلاً عن الإرادة ذاتها ولا يستغنى به عنها، فالإرادة هي التي تنشئ التصرف القانوني، وإن وجود الشكل لا يغني عن وجود إرادة سليمة صالحة لإنشاء التصرفات.

المبحث الثاني: شكلية العقد في التشريعات القديمة

اعتبر القانون الروماني الشكلية أساس التعاقد بين الطرفين دون النظر إلى الرضا أو توافق الإرادتين، ومرجع ذلك أن نظام التعاقد في القوانين الرومانية قد ارتبط بطبيعة حياة الرومان الاجتماعية وتفكيرهم الديني، فقد كان المجتمع الروماني في طوره الأول مجتمعًا حصورًا في نطاق ضيق، وكان التعاقد بين شخصين حدثًا نادرًا يستدعي الاحتفال به والاهتمام بشأنه، فقد كان التعاقد يتم عند اجتماع المتعاقدين في الساحة العامة كلما دعتهم الحاجة إلى ذلك، مقيدين في معاملاتهم بما فرضته عليهم شريعتهم من قيود وقوالب تحوط تعاقدهم من حركات وإشارات وألفاظ ترد في أصولها البعيدة إلى اعتبارات دينية، والواقع أن مرجع هذه القدرة الذاتية لهذه الحركات والإشارات والألفاظ هو ما كان لها من معنى ديني أو سحري من البداية، فقد كانت تستخدم قديمًا لإنشاء علاقات معينة بين الأشخاص والآلهة، يترتب عليها التزام هؤلاء الأشخاص بأعمال معينة بأجسامهم، فلما ظهرت الحاجة إلى إنشاء مثل هذه العلاقات بين الأشخاص وبين بعضهم البعض تسهيلًا لعملية تبادل المنافع والخدمات، كان من الطبيعي الالتجاء إلى نفس الوسائل التي تكفل إنشاء العلاقات المقابلة بين الأشخاص والآلهة. وعلى هذا فالعقد في القانون الروماني لابد أن ينعقد بأوضاع وأشكال خاصة ويعتبر صحيحًا وقائمًا بمجرد استيفائه للشكلية المقررة قانونًا، حتى ولو كان السبب غير مشروع، أو كانت إرادة أحد المتعاقدين معيبة. وأما نظام التعاقد عند العرب في الجاهلية فقد أثر التراضي بين الطرفين ولكن مع الالتزام بالشكلية المتمثلة في اتخاذ بعض الأفعال والأعمال أو الحركات المعينة، فقد كان من

عادة الجاهليين إذا أبرموا عقدًا تصافقوا بأيديهم توثيقًا للاتفاق، فكان الضرب باليد إشارة إلى عهد إيجاب العقد وتنفيذ الالتزام، وإن كتبًا كانوا يتولون كتابة العقود ويشهدون عليها، وأغلبهم كانوا من أهل العلم بالأعراف المنظمة للعقود، ولذلك فإن الأشخاص المنظمين للعقود يعتبرون من شروط قيام مجلس العقد بالإضافة إلى صدور الإيجاب وعلم الموجه إليه الإيجاب، فضلًا عن ذلك فقد كانت هناك بعض الشكليات تختص بها بعض الأنواع من العقود، ففي عقد البيع مثلًا عرف العرب أنواعًا من عقود البيع الشكلية التي لم تكن العبرة فيها للتراضي بين الأطراف بل العبرة للألفاظ والحركات التي كان يجب اتخاذها أثناء التعاقد وبشكل معين ومحدد، ومن هذه العقود: عقد بيع الملامسة، والمنابذة، والحصاة. وكل هذه العقود ثبت عنها السنة فقد روي عن ابن شهاب قال: أخبرني عامر بن سعد أن أبا سعيد رضي الله عنه أخبره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «نهى عن المنابذة»، وهي طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقلبه أو ينظر إليه، «ونهى عن الملامسة». وفسرها ابن قدامة رحمه الله بقوله: ولا يجوز بيع الملامسة، وهو أن يقول: بعتك ثوبي هذا على أنك متى لمسته فهو عليك بكذا، أو يقول: أي ثوب لمسته فهو لك بكذا. ولا بيع المنابذة، وهو أن يقول: أي ثوب نبذته إلي فهو علي بكذا. ولا بيع الحصاة، وهو أن يقول: ارم هذه الحصاة، فمتى وقعت فله لك بكذا، أو يقول: بعتك من هذه الأرض قدر ما تبلغ هذه الحصاة إذا رميت بكذا.

المبحث الثالث: الشكلية في الشريعة

ورد في القرآن الكريم النص على الالتزام بالشكلية لحفظ الحقوق وتحقيق العدل في مواضع منها التصريح المباشر بالكتابة مثل الدين، ومنها التصريح بأشكال ومظاهر الشكلية كما الزواج واللعان. ففي المداينة ورد قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا﴾. ووجه الاستدلال أن الله تعالى أمر بكتابة الدين المؤجل على أجل مسمى، والكتابة أهم أركان الشكلية في العقود، ومعنى قوله تعالى: ﴿وليكتب بينكم كاتب بالعدل﴾ أي ليكتب كتاب الدين بين الطالب والمطلوب بالعدل أي بالحق من غير زيادة ولا نقصان ولا تقديم أجل ولا تأخيره. والأمر في ﴿فاكتبوه﴾ للندب والإرشاد، لأن رب الدين من أن يهبه ويتركه إجماعًا، فالدلالة إلى الكتابة فيها إنما هو على جهة الحيطة للناس، قاله القرطبي. وأما عقد الزواج فهو عقد ذو طبيعة خاصة، لأنه يتعلق بتكوين الأسرة التي هي نواة المجتمع، كما أنه عقد يتصف بالديمومة التي لا تنقطع إلا بالطلاق أو الموت، ومن ثم فإن الإسلام لم يكتفي في هذا العقد بمجرد التراضي بين الطرفين لإنشائه، وإنما اشترط فيه الشكلية المتمثلة في الإشهاد على العقد كشرط لصحة انعقاد العقد، والاشتراط الشهادة على هذا العقد في الشريعة الإسلامية لا يرمي على

Maddah: Journal of Advanced Da'wah Management Research
e-ISSN: 2986-7622

ضمان جدية العقد وعلانيته بل يهدف أيضًا على تربية العلاقات الزوجية عن كل ما يشوبها أو يريبها، وحضور الشاهدين شخصيًا هو جوهر الشهادة فلا يجوز الشهادة بالمراسلة أو الكتابة كما لا تجوز فيها الإنابة، ولا تصح بالهاتف أو بأية وسيلة اتصال غير الاتصال الشخصي المباشر، ومن مظاهر الشكلية في هذا العقد كذلك مطالبة الزوجين بالفحص الطبي قبل إجراء العقد، واشتراط كتابة العقد بصيغة معينة مصرح بها من قبل المحكمة على يد مأذون شرعي معين من المحكمة، مع توقيع الزوجين على الوثيقة وإثبات صورتهما الشخصية بالوثيقة، وأما اللعان فقد ذكر في قوله تعالى قال تعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين﴾. جاءت هذه الآيات الأربع بأحكام وتفصيلات نجزت كما كتب الفقهاء، فأبانت عن طريقة اللعان وشروطها، وأي من الزوجين يبدأ اللعان، وعدد الشهادات، وما يقول الزوج في الشهادات الأربع، وما يقول في الشهادة الخامسة منها، وما تقوله الزوجة في شهاداتها الأربع، وما تقوله في الشهادة الخامسة، وكل هذه التحديدات من: من يبدأ اللعان، وعدد الشهود، والألفاظ المخصوصة لكل من الطرفين في كل شهادة، إنما هي من الشكليات، وشواهد الشكلية في السنة النبوية كثيرة منها وثيقة المدينة بعد هجرة النبي عليه السلام إليها، ومن شواهد الشكلية المتمثلة بالتسجيل والكتابة ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كتب كتابًا للعداء بن خالد بن هوذة جاء فيه: هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى منه عبدًا أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم للمسلم، ومعلوم أن الكتابة في العقود أقصى متطلبات الشكلية وحدها الأعلى.

المبحث الرابع: أهمية الشكلية وصورها ووسائلها في القانون

١ ـ أهمية الشكلية تتضح أهمية الشكلية في العقود لما تحقق من أغراض استدعت الفقهاء إلزام المتعاقدين بها أبرزها: أ ـ إيصال الحقوق لأصحابها والاحتراس من ضياعها في المستقبل إذا ما ثار نزاع حولها، وذلك برسم طريق محدد بطريقة رسمية لإنشاء تلك الحقوق ابتداءً حيث تحول الطريقة الرسمية دون إنكار الخصم حقوق خصمه، وبذلك تكون سياجًا وضمانًا للحقوق منذ بداية إنشائها، وهذه المهمة وإن كان يستهين بها بعض المعترضين على ضرورة تشريع قانون المرافعات، فهي في الحقيقة مهمة خطيرة، وعسيرة، ومفيدة جدًا، هدفها خطير وهو إيصال الحق إلى صاحبه، فإذا لم يصل الحق إلى صاحبه كان الحكم ظالمًا، وعسيرًا جدًا لأن ذلك ناتج عن غير قصد قد تسبب ضياع الحق، ومفيدة جدًا لأنها تكفل تمتع صاحب الحق بحقّه، فينجو من مدعي الباطل. ب ـ حماية الإرادة من التعارض مع المصلحة المجتمعية العامة، لأجل

هذا فإن المشرع القانوني يلزم المتعاقدين أن يعبروا عن إرادتهم في شكل معين فحماية الأشخاص هي الهدف الذي يرمي إليه المشرع إلى تحقيقه من جراء إلزام المتعاقدين بهذا الشكل لتحذيرهم من خطورة هذا التصرف، ففعليًا ما يحدد القانون الطريقة الواجب اتباعها في العقود التي يكون فيها المال محل التصرف لما له من تأثير على المتعاقدين لما له من مخاطر، فيفرض في هذه العقود أوضاعًا معينة، وعليه فإن الشكلية الحديثة تهدف إلى حماية مصلحة مجتمعية. ج ـ إن الشكلية تمكن الدولة من مراقبة أنواع معينة من التصرفات، كما أن الشكلية تحقق إيرادات للخزينة العامة عن طريق الضرائب التي تلحق بنقل الثروات وعمليات التسجيل. د ـ إن الرضائية في العقود قد يترتب عليها بعض المساوئ التي يتضرر بسببها المتعاقد وغيره، لأن بعض العقود قد تؤدي إلى تسرع المتعاقد في إبرام العقد قبل أن يقدر الأمور حق قدرها، وقد يغفل عن مسائل هامة وقد لا يحتاط لنفسه من سوء نية المتعاقد معه، كما تسهل الرضائية تضليل المتعاقد وتساعد على نشوء الخلافات والنزاعات حول مضمون العقد وحتى بالنسبة لوجوده أحيانًا، ويقول الفقيه الألماني إيرنج في هذا الشأن: "الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة"، فالشكلية كفيلة بحماية إرادة المتعاقد وسلامة رضائه خاصة إذا تمثلت في كتابة رسمية حيث يلزم الموثق بنصح وإرشاد المتعاقد فيكون على بينة من أمره وتشجع الكتابة على الائتمان إذ تجنب المتعاقد احتمال إنكار أو نسيان العقد من قبل المتعاقد معه، أما الغير فهو يتجاهل تمامًا التصرفات القانونية الشفهية وقد يتضرر من ذلك، ومن ثم فإن الشكلية تمثل أفضل وسيلة لإعلامه.

٢ ـ صور الشكلية وأما صور الشكلية فقهاء القانون يقسمون الشكلية إلى شكلية مباشرة، وشكلية غير مباشرة. والشكلية المباشرة يقصد بها: تلك التي تكون ركنا في العقد والشكلية كركن في العقد يقصد بها ذلك التصرف القانوني الذي يكون فيه الشكل ركنا من أركانه إذ لا بد منه لقيام التصرف وبالتالي يشترط في العقد الشكلي إضافة إلى الرضا والمحل والسبب ركنا رابعا هو الشكلية أي إفراغ رضا المتعاقدين في شكل معين يحدده القانون، ويترتب على عدم مراعاتها بطلان التصرف. ومثاله في القانون المدني المصري ما جاء بشأن عقد الرهن الرسمي في المادة لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية. وأما الشكلية غير المباشرة فهي التي ليس لها اتصال مباشر بتكوين التصرفات القانونية، وإنما يمس جانبًا من جوانبه كإثباته أو نفاذه سواء تجاه الغير أو فيما بين الطرفين.

٣ ـ وسائل الشكلية حددت المادة من القانون المدني المصري وسائل الشكلية في التعبير عن الإرادة بين المتعاقدين على النحو الآتي: التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفًا، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على حقيقة المقصود. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحًا. وتتوافق القوانين العربية الأخرى مع نصوص القانون المدني المصري. ويؤخذ من مجموع نصوص المواد المدنية أن أهم وسائل الشكلية تتمثل في

Maddah: Journal of Advanced Da'wah Management Research
e-ISSN: 2986-7622

الآتي: أ ـ الكتابة: قد يشترط المشرع لقيام العقد أن يكون مكتوبًا وهناك كتابة مطلوبة لقيام الالتزام بمقتضى القانون وهناك من أجل الإثبات أمام القضاء ولا كلاهما لا يجعل العقد شكليًا وإنما يشترط لإثباته فقط أي قد تكون الكتابة للشكل وقد تكون للإثبات فهي في الحالة الأولى ركن في العقد فلا ينعقد بدونها العقد أما في الحالة الثانية فقد يغني عنها الإقرار أو اليمين الحاسمة. ب ـ الرسمية وهي تحرير العقد في سند من قبل موظف عام أو حافظ عمومي أو موثق يختص في تحريرها من حيث المضمون والمكان وفق الأوضاع القانونية. وغالبًا ما تكون الكتابة الرسمية أمام موثق مثل العقود الرسمية في القانون المدني الفرنسي والمصري والليبي والرهن التأميني، وأما في الجزائر مثل قانون الرهن التأميني وهي تتطلب كتابة رسمية أمام الموثق وهنا لحماية المتعاقد قصدها المشرع الشكل العقد والشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد والورقة الرسمية هي التي يحررها الموثق المختص بذلك والتوثيق في التشريع الجزائري يحكمه الأمر رقم الصادر في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٧٠. وتمتاز الرسمية عن التسجيل أو القيد كون التسجيل أو القيد هما شرط لنفاذ العقد بالنسبة للغير ولا أثر لهما في انعقاد العقد فلا تستغني الرسمية عن التسجيل أو القيد ولا يستغني التسجيل أو القيد عن الرسمية فكل يكمل الآخر فالعقد في القانون المصري يجب أن يكون في عقد رسمي وأن تسجيله وقيده والرهن التأميني في القانون الجزائري والمصري يجب أن يكون في عقد رسمي وأن يسجل ويقيد. ج ـ الكتابة العرفية المحرر العرفي هو المحرر الذي يتولى المتعاقدان كتابته وتوقيعه وتمثل ركن الشكلية في هذا النوع من العقود في الكتابة العرفية لا غير، فقد نصت المادة من القانون المدني المصري على أنه يعتبر المحرر العرفي صادرًا من من وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، أما الوارث أو الخلف فيكفي أن يحلف يمينًا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق. ومن احتج عليه بمحرر عرفي وناقش موضوعه، لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع. ومفاد نص هذه المادة أن حجية الورقة العرفية إنما تستمد من شهادة الإمضاء الموقع بها عليها وهي بهذه المثابة تعتبر حجة بما ورد فيها على صاحب التوقيع حيث لا يمكنه التحلل مما سجله عليه إلا إذا بين كيف وصل إمضاؤه هذا الصحيح إلى الورقة التي عليها توقيعه وأقام الدليل على صحة ما يدعيه من ذلك.

المبحث الخامس: أثر تخلف الشكلية في العقود في الشريعة والقانون

تعتبر الشكلية في العصر الحديث شكلية مرشدة، فهي شكلية ليست مقصودة لذاتها، وإنما مقصودة لتحقيق أغراض بعينها، كحماية أحد المتعاقدين أو كلاهما، أو حماية الغير، أو للتنبيه على خطورة التصرف المقدم عليه وهكذا. ومن المتفق عليه أن العقد إذا قام صحيحًا، فإنه يترتب التزامات معينة في جانب أحد الطرفين أو كليهما، وقد يترتب عليه تعديل حقوق قائمة، أو نقلها، أو إنشاؤها، والقانون هو الذي يقرر

الإلزام بما يتضمنه العقد من أحكام ويحيط ذلك بالجزاء ليكفل احترامها، وهذا ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد. وعلى هذا إذا نص القانون على ضرورة مراعاة الشكل في عقد ما فإن عدم الالتزام يعني بطلان العقد قانونًا. فنص القانون المدني المصري في مادته رقم على أن تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر. ففي القانون المدني الجزائري عقد الرهن الرسمي في المادة قانون مدني حيث تنص لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون. فنص المادة يدل على أن عدم استيفاء عقد الرهن للشكل المطلوب يبطل سواء لتحريره لورقة عرفية أو لعدم ذكر البيانات التي يتطلبها القانون لتخصيص كل من العقار المرهون والدين المضمون، والرهن الباطل رسميًا غير موجود ولا يمكن إجراء قيد بناء عليه ولا ينشئ بمقتضاه حق رهن للمرتهن أو التزام في ذمة الراهن باعتباره عقد رهن.

ولقد نصت المادة مدني كويتي لا تنعقد الهبة إلا إذا اقترنت بقبض الموهوب أو وقعت في محرر رسمي ويعتبر القبض قد تم ولو بقي الشيء في يد الموهوب له ويعتبر القبض قد تم ولو بقي الشيء في يد الواهب إذا كان وليًا أو وصيًا أو قيّمًا على تربية الموهوب له. وأوجبت المادة مدني من القانون المصري أن تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر، والرسمية ركن لانعقاد الهبة وليست طريقًا لإثباتها، والحكمة فيها حماية الواهب ومقررة لمصلحته وحده، والغالب أن يتضمن المحرر الرسمي رضا الطرفين، وليس ما يمنع أن يكون كل من الإيجاب والقبول في ورقة مستقلة، وفي هذه الحالة لا يجب أن يكون المحرر إلا المتضمن إيجاب الواهب، أما قبول الموهوب له فيجوز أن يكون في محرر عرفي. وتختص بتحرير الهبة مكاتب التوثيق، وقد أوجب الشارع على الموثق أن يثبت من أهلية المتعاقدين ورضاهم قبل إجراء التوثيق. وجزاء مخالفة نص المادة مدني هو البطلان المطلق بما يستتبعه هذا البطلان من آثار، فالهبة التي لا تستوفي الرسمية تعتبر باطلة أو منعدمة عند من يفرقون بين البطلان المطلق والانعدام، لأن الشكل ركن لانعقادها وليس شرطًا لصحتها أو دليلًا لإثباتها، فيجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، ولا يزول بالإجازة، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. ويعد عقد بيع المتجر من العقود الشكلية حيث اشترط المشرع العماني إفراغه في عقد رسمي، ويتخلف هذا الشكل فيصبح العقد باطلًا وقد أكد المشرع على ذلك في نص المادة من قانون التجارة. ومن العقود الشكلية أيضًا عقد الإيجار فنصت المادة من المرسوم السلطاني رقم لسنة ١٩٨٩م رقم لعام ٢٠١٠م على أن يلتزم المؤجر بأن يقوم بتسجيل العقد لدى البلدية المختصة طبقًا للنموذج الذي يعد لهذا الغرض، وذلك ما لم يتفق الطرفان على أن يقوم المستأجر بذلك، وفي جميع الأحوال يكون للمستأجر القيام بتسجيل العقد إذا لم يقم المؤجر بذلك خلال المدة المنصوص عليها في المادة من نفس القانون. والخلاصة أنه إذا تقرر بطلان التصرف نتيجة تخلف الشكل المفروض، فإن هذا التصرف لا يرتب أي أثر سواء كان في المستقبل أم حتى في الماضي، بحيث يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، أو حتى قبل ينفذ

Maddah: Journal of Advanced Da'wah Management Research
e-ISSN: 2986-7622

مضمون العقد الذي تقرر بطلانه، سواء كان هذا التنفيذ جزئيًا أو كليًا من أحد المتعاقدين أو من كليهما أو يلزم أيضًا كل متعاقد بالأداء الذي تلقاه بموجب العقد الذي تقرر بطلانه.

أما موقف الفقه الإسلامي من الالتزام بالشكلية في العقد فإن القاعدة العامة في إبرام العقود في الفقه الإسلامي هي التراضي بين المتعاقدين المتمثل في الإيجاب والقبول وتعد الشكلية استثناءً معينًا يجب الالتزام بها حرصًا على حقوق المتعاقدين من الضياع، وسدًا لذريعة النزاع، وهذا الالتزام الاستثنائي ليس مطلوبًا في جميع العقود وإنما يدخل في بعضها، ومن العقود التي جاءت متفقة مع المنهج الإسلامي وصيغت بصورها الشكلية ما يلي:

١ . الزواج والطلاق. فقد اعتبر القانون الرسمية أو الرسمية فيها باعتبارها عنصرًا من عناصر الشكلية وليس التراضي ضمانًا لحفظ الحقوق في الزواج أو الطلاق. فقد نصت المادة من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وجود الشكلية بقولها "لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية تصدر أو يقرر الإقرار بها من موظف مختص مقتضى وظيفته بإصدارها". فقد الزواج ينفي الشارع اعتباره ولا يرتب أحكامه ولا يظللها بحمايته بمجرد تراضي الطرفين عليه، بل لا بد من الشهر والإعلان بالشهادة على مذهب الجمهور وبغيرها معها على المشهور عند مالك رضي الله عنه، فهو إذن عقد شكلي، وإن كان الرضا أساسًا فيه عند جمهور الفقهاء. وللجويني في أن يقال إن الشهادة في النكاح شرط صحة لا شرط انعقاد، لأنه لا فرق بين باطل النكاح وفاسده من جهة، ولأنه على رأي اعتبار لا يعرف الشارع الإسلامي وجود العقد ويرتب الأحكام عليه مجردًا إذا لم ينشأ بشهادة الشهود. كما نصت الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على الآتي: ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١ ما لم يكن الزواج ثابتًا بوثيقة رسمية ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيره إذا كان الزواج ثابتًا بأية كتابة.

وبخصوص الطلاق لا يعتمد في إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالشهادة والتوثيق، وعند طلب الإشهاد عليه وتوثيقه يلتزم الموثق بتبصير الزوجين بمخاطر الطلاق، ويدعوهما إلى اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما، فإن أصر الزوجان معًا على إيقاع الطلاق فورًا أو قررا معًا أن الطلاق قد وقع أو قرر الزوج أنه وقع وجب توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه. وفي حال الطلاق من زواج عرفي اعتبر القانون المصري مراعاة الشكلية ضرورية لحفظ حقوق الزوجة حيث نص عجز الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على الآتي: ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرها إذا كان الزواج ثابتًا بأية كتابة. فإذا كان الزواج العرفي قد انعقد شرعًا مستوفيًا الأركان وشروط الصحة والنفاذ واللزوم، ولكنه غير ثابت بوثيقة رسمية وينكره الزوج، ولا يقره، فيحق للزوجة أن ترفع دعوى التطليق، وعليها

عندئذ كمدعية أن تثبت هذا الزواج، وإذا كان النص قد قيد هذا الإثبات بأن يكون بالكتابة إلا أنه توسع في مفهوم الكتابة هنا حيث ذكر صراحة أن يكون ذلك بأية كتابة.

٢ ـ عقد الوكالة التجارية يعد عقد الوكالة التجارية من العقود التي نظم أحكامها نظام الوكالات التجارية السعودي، والصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١١ في ١٣٨٢/٢/١٣ هـ وتعديلاته ولائحته التنفيذية والتي استلزم النظام لنفاذها أن تقيد في السجل الخاص بذلك في وزارة التجارة والصناعة السعودية حيث نصت المادة من النظام المشار إليه على أنه لا يجوز أن يقوم بعمل الوكيل التجاري إلا من كان مقيدًا في السجل المعد لهذا الغرض في وزارة التجارة والصناعة، والمقصود هنا بالقيام بعمل الوكيل التجاري هو من ثبت له صفة الوكالة بموجب عقد وكالة تجارية وذلك ما أوضحته اللائحة التنفيذية لنظام الوكالات التجارية، وحين نقول عن النظام قد استلزم لنفاذ عقد الوكالة التجارية أن يتم قيده فإننا نقصد بذلك أنه لم يرتب بطلان العقد كنتيجة لعدم قيده، ولكنه جعل القيد شرطًا لنفاذ العقد ليحقق آثاره القانونية، والقيد لا يتحقق إلا بعد أن يتم تحرير العقد في شكل كتابي.

٣ ـ الرهن المنقول. نصت المادة رقم ١٠٥٠ من القانون المدني الكويتي على اعتبار الشكلية في الرهن المنقول كشرط لنفاذه فذكرت أنه يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يحرر العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون والعين المرهونة بيانًا كافيًا، وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الرهن. ويلاحظ أن الكتابة هنا ليست مطلوبة لانعقاد الرهن ولا لإثباته وإنما هي شرط لنفاذه في حق الغير، ولهذا فهي لازمة لنفاذه أيا كانت قيمة الشيء المرهون، ويجب أن تتضمن الورقة البيانات اللازمة لإعمال مبدأ تخصيص الرهن سواء من حيث الدين المضمون أو الشيء المرهون، وإذا نصت العبارة الأخيرة من النص على أن التاريخ الثابت يحدد مرتبة الرهن فيلاحظ أن اشتراط الكتابة لنفاذ الرهن هو شرط إضافي يضاف إلى انتقال حيازة المرهون، ولهذا فمرتبة الرهن تتحدد بالوقت الذي يجتمع فيه الشرطان، انتقال الحيازة والورقة ثابتة التاريخ، بحيث إذا تأخر انتقال الحيازة عن التاريخ الثابت فتحدد المرتبة من وقت انتقال الحيازة.

٤ ـ عقد الشركة تنص المادة ٢٥٦ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات على أنه يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبًا، وإذا لم يكن العقد مكتوبًا فلا يؤثر ذلك على حق الغير وأما بالنسبة للشركاء أنفسهم فيعتبر العقد صحيحًا إلا إذا طلب أحدهم اعتباره غير صحيح فيسري ذلك على العقد من تاريخ إقامة الدعوى.

Maddah: Journal of Advanced Da'wah Management Research
e-ISSN: 2986-7622

نتائج الدراسة

إن الشكلية ليست مصطلحًا مستحدثًا على العقد وإنما هي ضاربة في القدم، فقد كانت أساس التعاقد عند الرومان دون مراعاة للرضا، كما عرف العرب عنها في عقودهم بصورة أفعال وحركات وإشارات معينة. إن الأصل في العقود الرضا بين الطرفين المتعاقدين والشكلية استثناء من الأصل العام. إن الشكلية في العقد الإسلامي شرط إضافي فقط، فهي ليست ركنًا ولا شرطًا من شروطه لأن الأصل التراضي في العقد ومن ثم لا يترتب على توافرها صحة العقد ولا على تخلفها بطلانه، وإنما تعتبر شرط نفاذ يترتب عليه تحقق آثاره القانونية في حق الغير وبذلك تحفظ به الحقوق للمتعاقدين. بينما ذهب القانون الوضعي إلى عدم الاكتفاء بالتراضي بين المتعاقدين وأوجب على المتعاقدين ضرورة إفراغ العقد في شكل معين ويكون هذا الشكل ركنًا من أركان العقد مع الرضا والسبب والمحل، لأنه يعبر بصورة واضحة ومحددة عن محتوى العقد وفي ذات الوقت تلعب الشكلية دورًا وقائيًا هامًا بالنسبة للأطراف في حفظ الحقوق، وحماية الإرادة من التعارض مع الصالح المجتمعي، كما أنها تعطي للمتعاقدين فرصة التروي ويكون كل طرف على بينة من أمره قبل إبرام العقد. وعلى هذا يكون يتفق القانون مع الشريعة في هدف الشكلية في العقود بينما يختلفان في أثرها فهي ليست ركنًا ولا شرطًا في العقد عند الفقهاء بينما يعتبرها القانون ركنًا يبطل العقد حال عدم توافرها. ٤ . الشكلية في العقد قانونًا صورتان، فقد تكون مباشرة يقصد بها تلك التي تكون ركنًا في العقد، وقد تكون غير مباشرة وهي التي ليس لها اتصال مباشر بتكوين التصرفات القانونية وإنما تمس جانبًا من جوانبها كإثباتها أو نفاذها. ٥ . الشكلية من أهم وسائل التعبير عن الإرادة قانونًا ومن وسائلها اللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو الرسمية أو الكتابة العرفية، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة صريحًا كما يجوز أن يكون ضمنيًا إذا لم ينص عليها القانون أو لم يتفق الطرفان على أن تكون صريحة. ٦ . للشكلية دور هام في مساعدة الدولة من مراقبة أنواع معينة من التصرفات، كما أنها تعتبر رافدًا اقتصاديًا للدولة بما تحققه من إيرادات للخزينة العامة عن طريق الضرائب التي تلحق بنقل الثروات وعمليات التسجيل وطباعة العقود الفارغة قبل ملئها وغير ذلك.

المصادر

إبراهيم، خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، طبعة أولى، الإسكندرية — ٢٠٠٦ م.

ابن فارس، بن زكرياء القزويني (التوفيق ٣٩٥هـ)، معجم مقاييس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ — ١٩٧٩م.

ابن قدامة، أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد، الشرح الكبير، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي — الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة — جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ — ١٩٩٥م.

ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب (التوفيق ٧١١هـ)، الناشر: دار صادر — بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.

أبو زهرة، الشيخ الإمام محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، طبعة دار الفكر العربي، ١٤١٦هـ/١٩٩٦م، والأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، طبعة ثالثة، ١٩٥٧م.

الألوسي، محمود بن عمر الحسني (١٢٧٠هـ)، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، المحقق: علي عبد الباري عطية، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.

الباجوري، أكمل الدين محمد بن محمود، شرح العناية على الهداية مطبوع مع شرح فتح القدير، طبعة الحلبي — طبعة أولى ١٣٨٩هـ.

البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري، صحيح البخاري، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

بريزة شفيق، الشكلية في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عام ٢٠١٣/٢٠١٤م.

البية، حسن عبد الحميد إبراهيم، إثبات الزواج في القانون المصري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد التاسع والأربعون، ٢٠١١م.

البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (المتوفى : ٥١٠هـ)، معالم التنزيل في تفسير القرآن، المحقق : عبد الرزاق المهدي، الناشر : دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة : الأولى، ١٤٢٠هـ.

ابن ماجه، أبو عبد الله محمد القزويني، سنن ابن ماجه، ت. الأرنوط شعيب الأرنوط، عادل مرشد، محمد كامل قرة بللي، عبد اللطيف حرز الله، الناشر : دار الرسالة العالمية، الطبعة : الأولى، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.

بوعزة حورية، الشكلية في العقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، الجزائر، عام ٢٠١٩/٢٠٢٠م.

Maddah: Journal of Advanced Da'wah Management Research
e-ISSN: 2986-7622

أمل الشندي، بحث قانوني هام عن الشكلية في العقود، تاريخ ٢٨ سبتمبر ٢٠١٦، موقع محامة https://www.mohamah.net/law

الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي، أحكام القرآن (المتوفى : ٣٧٠هـ)، المحقق : عبد السلام محمد علي شاهين، الناشر : دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة : الأولى، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.

خالد أبوطه وأحمد حسنية، الشكلية في العقود التجارية دراسة تحليلية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الثالث عشر، العدد الأول، ٢٠٢٠م.

خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزء ١، مصادر الالتزام، سنة ٢٠٠٥م.

دولة الكويت مرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ بإصدار القانون المدني ١٩٨٠/٦٧م.

سبير عبد السيد ناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة ١٩٨٦م.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول مصادر الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ١٩٧٣م.

سي يوسف زاهية حورية، عقد الرهن الرسمي، الجزائر، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٨م.

الشرقاوي للبحوث القانونية، حجية المحررات العرفية في القانون المصري، تاريخ ٢٢ مايو

الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد المختار، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت — لبنان، ١٤١٥هـ — ١٩٩٥م.

عبد الباسط عبد الرشيد عبد الباسط، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي المقارن، النشر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٠م.

عبد السلام النوجي، التعاقد بين الغائبين في الشريعة والقانون، ط١، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، طرابلس، ١٩٨٤م.

عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقًا للقانون الكويتي، مصادر الالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، المجلد الأول، ١٩٩٨م.

عكاشة محمد عبد العال، القانون الروماني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨م.

علي حميد كاظم الشكري، الشكلية واستقرار المعاملات المالية، موقع المرجع الإلكتروني للمعلوماتية تاريخ ٢٠٢١/٥/٢٩

علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، مؤلف للنشر والتوزيع، طبعة ثانية، طبعة ثانية. ٢٠٠٥

عمر، أحمد مختار عبد الحميد، ومساعدة فريق عمل، معجم اللغة العربية المعاصرة، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩هـ — ٢٠٠٨م.

فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، صر ١٩٨٦م.

الفيروز آبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب (المتوفى: ٨١٧هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت — لبنان، الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦هـ — ٢٠٠٥م.

القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية (١) المعدل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ والقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩.

قانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدني المصري وفقًا لآخر تعديل صادر في ١٦ يوليو عام ٢٠١١م.

قانون المعاملات المدنية، سلسلة التشريعات والقوانين لدولة الإمارات العربية المتحدة (٦)، دار نشر معهد دبي القضائي، ذو الحجة ١٤٤١هـ — أغسطس ٢٠٢٠م.

القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر (المتوفى: ٦٧١هـ)، الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية — القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ — ١٩٦٤م.

مجموعة علماء، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، المحقق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كراخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي.

مجموعة قوانين الأحوال الشخصية المصرية القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م.

محمد إقبال ياسين الشهدادي — عامر مهدي صالح العلواني، الشكلية في القانون والشريعة الإسلامية، مدونة القوانين الوضعية، موقع.

محمد جمال عطية عيسى، الشكلية القانونية دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٤م.

محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي دراسة تشريعية وفقهية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.

محمد صديق عبد الله، مجلس العقد لدى العرب في عصر ما قبل الإسلام، تاريخ ٢٠١٦/٥/٢٩، https://almerja.net/reading.php?idm=49031

مرؤة أبو العلا، أحكام رهن العقار والمنقول في القانون المدني الكويتي، تاريخ ٧ أبريل ٢٠١٩، موقع محامة https://www.mohamah.net/la

مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول: العقد منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان. د.ت.

Maddah: Journal of Advanced Da'wah Management Research
e-ISSN: 2986-7622

مصطفى موسى العمراسي، الشكلية كقيد يرد على الإرادة عند تكوين العقد وفقًا لأحكام القانون المدني الأردني، جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية، العدد ٤٥، جامعة شقراء، المملكة العربية السعودية، جوان ٢٠١.

معروف، حسين عبد القادر، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، رسالة دكتوراه مقدمة لمجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤م.

المكتبة القانونية، الرهن الرسمي في القانون المدني المصري،https://lawyeregypt.net

نذير بن عمرو، العقود الخاصة البيع والمعاوضة، مركز النشر الجامعي، تونس، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨.

نسيمة حنوش، الشكلية في البيع العقاري دراسة تحليلية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ٢٠٠٤/٢٠٠٥م.

هلالي خيرة، أحكام الشكلية في الوعد بالتعاقد في ظل القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي بتافنة، الأغواط، الجزائري، العدد ٢، د.س.ن.

ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني: انعقاد العقد، طبعة أولى، دار وائل الأردن.

ياسر الصرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة القاهرة، ١٩٩٢م.

كيماوي يوسف، الشكلية غير المباشرة وأثرها على فعالية العقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، ٢٠١٣/٢٠١٤م.