

الشكل في الفقه الإسلامي

دراسة موازنة

الشكل في الفقه الإسلامي

دراسة موازنة

تأليف

د، محمد وحيد الدين سوار

أستاذ القانون المدني

معهد الإدارة العامة



1998

- د. محمد وحيد الدين سوار
- الشكل في الفقه الإسلامي (دراسة موازنة)
- الطبعة الثانية / الإصدار الأول ١٩٩٨
- جميع حقوق التأليف والطبع والنشر محفوظة للناشر.



■ الناشر / مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع

عمان - وسط البلد - ساحة الجامع الحسيني - عمارة الحجيري
هاتف وفاكس ٦٤٦٣٦١ ص. ب ١٥٣٢ عمان - الاردن

لا يجوز نشر أي جزء من هذا الكتاب، أو اختزان مادته بطريقة الإسترجاع، أو نقله على أي وجه، أو أية طريقة اليكترونية كانت، أم ميكانيكية، أم بالتصوير، أم بالتسجيل أو بخلاف ذلك، إلا بموافقة الناشر على هذا كتابة مقدماً.

All rights reserved. No Part of this book may be reproduced, or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording or by any information storage retrieval system, without the prior permission in writing of the publisher.

طبع في مطابع الارز ٨٧٣٠١١



١ - غير خاف أن دراسة نطاق إعمال الشكل، في نظام معين، يظهر ذاتية هذا النظام، وعلامته الفارقة، في مجال مبدأ مهم من مبادئ القانون الحديث، ذاك هو مبدأ الرضائية. وآية ذلك أن ثمة علاقة وطيدة بين مبدأ الرضائية، ومبدأ إعمال الشكل. فكلما اتسع نطاق المبدأ الأول، ضاق نطاق إعمال المبدأ الثاني، والعكس بالعكس.

ولقد أدى تطور الفكر القانوني إلى الاعتداد بالرضا، كمبدأ عام، في إبرام التصرفات القانونية، واعتبار قيد الشكل استثناءً يرد عليه. ومن المفيد هنا أن نسأل: ما هو موقف الفقه الإسلامي من ذلك المبدأ، وهذا الاستثناء.

يجمع الباحثون على أن الفقه الإسلامي قد قفز بالرضائية في مجال إبرام العقود قفزة واسعة، الأمر الذي يدعو إلى السؤال عن مركز الشكل في ظل هذا الفقه، سواء في صورة الشكلية البحث، أم في صورتها المهدبة.

(١) يقول استاذنا المرحوم السهوري في هذا الصدد: «والذي يلفت النظر في أحكام العقد (في الفقه الإسلامي) قاعدة أساسية، قررها الفقهاء تقضي بأن الإيجاب والقبول، وحدهما، كافيان في تكوين العقد. ووجه الغرابة في ذلك أن هذه القاعدة، على ساططتها، وكونها من بديهيات القانون الحديث، لم يصل القانون الروماني، على عراقته إلى تقريرها، كقاعدة عامة، حتى في آخر مرحلة من مراحل تطوره. ولعل السري في وصول فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه القاعدة ما كان للدين من الأثر البالغ في تقرير قواعد الفقه أصولاً وفروعاً، و يكفي، لترجيح هذا الرأي، أن نذكر أن العقد، في أوروبا، لم يصبح رضائياً، إلا تحت تأثير عوامل مختلفة، من أهمها الدين المسيحي، وقوانين الكنيسة. وهي تحض على وحب الوفاء للعهد، فصار تقييد الإنسان بكلمته متفقاً مع آداب الدين. ثم انتقل بعد ذلك، من الدائرة الدينية إلى الدائرة المدنية. مصادر الحق، في الفقه الإسلامي، ج ١، ص ٣٧، ونظرية العقد، ص ٦٣، و ر: رسالتنا التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة موازنة بالفقه الغربي، القاهرة، ١٩٦٠، ف ٨ ص ٩ حاشية)».

ثم إنه يتعين علينا أن نتفحص دور الشكل في ظل الفقه الاسلامي، أهو دور جوهرى، على غرار ما كان عليه الأمر في ظل القانون الرومانى، أم هو دور حائى كما هو الأمر، في ظل القانون المعاصر؟

إن الإجابة على هذه الأسئلة، وهو ما عزمنا الأمر على التصدي له، في هذا البحث، هو من الأهمية بمكان، بسبب أن مسألة الشكل هي من أمهات المسائل التي احتدم حولها الخلاف، في مجال الانظار الفقهية، إن في مجال الفقه الاسلامى، أو في مجال الفقه المعاصر، وتجاوز الصراع حولها مجال النظر الفقهي إلى مجال التطبيق في ميدان النظم القانونية.

هذا الى أن مواجهة مسائل الشكل في الفقه الاسلامى تلقي الضوء على اصول المؤسسات التي اقتبستها القوانين المدنية العربية من هذا التنظيم في مجال الشكل^٢. وليس يخفى ما في تأصيل هذه المؤسسات في الفقه الاسلامى من فائدة عملية لرجال القانون.

٢ - وغير خاف، أيضاً، ما يبنى على هذه الإجابة من شأن في مجال القانون الموازن، ذلك أن الفقه الاسلامى قد غدا موضع اهتمام رجال القانون المعاصر، منذ أن اعترفت المؤتمرات الحقوقية المختلفة بما لى الفقه الاسلامى من قيمة تشريعية لا يُمارى فيها، وبما ينطوي عليه اختلاف المذاهب الفقهية في هذا النظام القانونى العظيم

== ويقول صديقنا الأستاذ الدكتور صلاح الدين الناهى في هذا المعنى: «يعترف الفقه الموازن للفقه الاسلامى بفضيلة التخلص من الشكلية في عقد العقود. وقد كان القانون الرومانى يزرع تحت كل كل الشكليات في العقود والتقاضى، كما تزرع السلحفاة تحت درعها السميك.

أما الفقه الاسلامى، فقد تقرر فيه مبدأ الرضاية في إبرام العقود، حيث يكفى في التعاقد التقاء الايجاب بالقبول على نحو صحيح. ومع ذلك، فقد أوثق بعض المذاهب التعاقد بقيود «صيغة المقد» وفي مقدمة هذه المذاهب المذهب الحنفى. ولكن مذاهب أخرى سلمت من ذلك، وتخففت من ثقل الصيغة كثيراً (ر: الناهى، النظرية العامة في القانون الموازن، علم الخلاف، بغداد، ١٩٦٨، ص ٣٨٤ آرمنجون - ٣ ص ٤٣٤) «.

(٢) من ذلك: مؤسسة مجلس العقد. ر: ما سيأتى، ف ١٩٣ ص ١٧٠.

ثروة في المفاهيم الحقوقية، وصناعة هي مناط الإعجاب يتيحان لهذا التشريع الاستجابة لمطالب الحياة الحديثة والتلاؤم مع حاجاتها^٣.

٣ - طريقة البحث : عمدنا في هذا البحث، إلى انتهاج طريقة موضوعية، تاريخية، موازنة. فهي موضوعية : لأنها تعتمد النصوص أولاً. وعلى هذا لسنا نبدأ بأفكار سابقة للتجربة، لكي نفسر النصوص على هداها. ولن يكون هنما التقريب السريع بين النظم، بل سندرس النظام القانوني الاسلامي، طبقاً لروحه الخاصة، محتفظين له بنقطة بدايته.

وهي طريقة تاريخية : لم نقف فيها عند الكتب المتداولة للمتأخرين فحسب، بل مددنا ببصرنا إلى أمهات الكتب الفقهية في الماضي البعيد. وهي طريقة موازنة، ليست تقتصر على الفقه الاسلامي، بل تتناول الفقه المعاصر.

ولن يكون بحثنا فيما يتعلق بالفقه الاسلامي، مقصوراً على مذهب واحد، وإنما سنعالج موضوعات البحث في ظل المذاهب الاسلامية المختلفة. ذلك لان الاقتصار على مذهب واحد لا يعطي، فيما نرى، صورة كاملة عن حقيقة الفقه الاسلامي. فلا بد لجلاء هذه الحقيقة من دراسة جميع المذاهب، لكي نتعرف إلى ذلك الفقه التشريعي الظليل، الذي استظل به الوطن الاسلامي، فلبي حاجاته، على أحسن شكل، وأتم صورته.

هذا، وسنولي المذهب الحنبلي اهتماماً خاصاً. وسنحرص على الاستناد فيه الى نصوص مجلة الأحكام الشرعية التي وضعها القاضي أحمد القاري، ونشرها الاستاذان الفاضلان الدكتور عبدالوهاب ابراهيم ابوسليمان، والدكتور محمد ابراهيم أحمد علي .

(٣) ر: مقررات مؤتمرات اسبوع الفقه الاسلامي المنعقد في كلية الحقوق بجامعة باريس في ١٩٥٢/٧/٢٣ باشراف شعبة الحقوق الشرقية من المجمع الدولي للحقوق الموازنة.

وفيما يتعلق بالقانون المعاصر، سيكون استنادنا بوجه خاص إلى القانون المدني الكويتي الصادر في ٢٢ ذو القعدة ١٤٠٠هـ الموافق ١ تشرين الأول (أكتوبر) ١٩٨٠، والمطبق اعتباراً من ٢٥ شباط (فبراير) ١٩٨١، وهو أحدث قانون مدني عربي. ولم يكن اختيارنا له لحدائته فحسب، بل لأنه مطبق في بلد مجاور أيضاً.

وفيما يتعلق بالقوانين العربية التي حرصت على استمداد احكامها من الفقه الاسلامي سيكون استنادنا إلى القانون المدني الاردني الصادر عام ١٩٧٦، ومشروع قانون المعاملات المدينة لدولة الامارات العربية المتحدة^٤.

هذا، وغير خاف ما تؤدي اليه الدراسة الموازنة من معرفة لمدى التشابه والاختلاف بين القواعد والنظم القانونية، تلك المعرفة التي تؤدي بدورها الى معرفة ما يمتاز به نظام قانوني على نظام قانوني آخر.

٤ - خطة البحث : سنجري، في دراستنا القادمة، وفق الترتيب التالي :

الباب الأول : الشكل في القانون المعاصر

الباب الثاني : الشكل في الفقه الاسلامي

فصل تمهيدي : الشكل في العقود لدى عرب الجاهلية

الفصل الأول : الشكل ركناً للانعقاد

البحث الأول : الشكلية البحث

الفرع الأول : الشكلية اللفظية

(٤) وافق مجلس الوزراء الاتحادي في دولة الامارات العربية المتحدة على مشروع قانون المعاملات المدنية الذي أعدته اللجنة العليا للتشريعات الاسلامية. وسينتهي المجلس الوطني الاتحادي من مناقشته في دورته الحالية، بعد أن تفرغ اللجنة التشريعية من مناقشة نصوصه. وقد اعتمدت اللجنة التي وضعت مشروع القانون الأخذ بمذاهب أهل السنة الأربعة مع ترجيح الأخذ بمذهب الامام مالك والامام أحمد بن حنبل رضي الله عنهما، باعتبار مذهبيهما هما السائدان في الامارات مع مراعاة الأخذ بالأيسر بما ورد في المذاهب الأخرى عند الضرورة (جريدة الشرق الأوسط العدد الصادر في ١٤٠٣/٩/٨ و ١٩٨٣/٦/١٨ ص ١٠).

المطلب الأول : الشكلية اللفظية في التعبير التصرفي
المطلب الثاني : الشكلية اللفظية في التعبير الارادي المجرد عن النية (شكلية
أشهد)

الفرع الثاني : الشكلية غير اللفظية

المطلب الأول : الاشهاد

الشعبة الأولى : الاشهاد في العقود (النكاح، التحكيم)
الشعبة الثانية : الاشهاد في التصرفات الأحادية (الطلاق، الرجعة، الوصية،
الوقف)

المطلب الثاني : شكلية القبض

المطلب الثالث : شكلية الاعلام المنشئ

البحث الثاني : الشكلية المهذبة

الفرع الأول : شكلية اللفظ باعتباره طريقاً للتعبير عن الارادة

الفرع الثاني : نظرية الارادة الظاهرة

الفرع الثالث : نظرية مجلس العقد

الفرع الرابع : مبدأ وحدة الصفقة

الفصل الثاني : الشكل باعتباره وسيلة اثبات

وختاماً نرجو من الله العلي القدير أن يجعل عملنا خالصاً لوجهه، وأن يسدّد خطانا،
ويلهمنا الصواب، وأن يمدّنا من قوته، لكي نتابع الطريق الذي بدأناه في خدمة الفقه
الاسلامي الموازن بالفقه المعاصر، إنه سميع مجيب .

وجيد رضا سوار

الرياض ٢٩ شوال ١٤٠٤هـ
٢٨ تموز (يوليو) ١٩٨٤م

الباب الأول

الشكل في القانون المعاصر

٥ - مبدأ الرضائية^١ : الأصل في العقود هو الرضائية . ويراد بمبدأ الرضائية أن التراضي وحده كاف لابرام التصرف القانوني . فينشأ العقد بمجرد تطابق إرادتي العاقدين أياً كانت طريقة التعبير عنهما . وكذا ينشأ التصرف الأحادي (الارادة المنفردة) بمجرد إرادة صاحبه ، مهما كانت طريقة التعبير عنها . فالتصرف ، في ظل هذا المبدأ ، ذو وجود قانوني بمجرد إرادة صاحبه . و يقوم هذا الوجود على قوة إرادته وحدها ، ولوجاءت عارية من أي شكل يفرض عليها من الخارج .

إن الرضا يمكن أن يعبر عنه ، بأية طريقة كانت ، ما دام إثباته ممكناً . فالتعبير عن الارادة «يكون باللفظ ، أو بالكتابة ، أو بالاشارة شائعة الاستعمال^٢ ، أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي^٣ ، أو باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود منه (م ٣٤ مدني كويتي)» . وهو قد يتم سراً في عقد مستور ، أو علنياً في عقد ظاهر . وليس ثمة حاجة لأن يكنسي بشكل معين ، فهو قد يتم بسند عادي^٤ ، أو بسند رسمي^٥ يجري لدى الكاتب العدل .

(١) Principe de consensualisme

(٢) أي تلك التي يعم استعمالها في المدلول ذاته .

(٣) وهو ما يطلق عليه في الفقه الاسلامي «المعاطة» .

(٤) يطلق عليه في مصر «ورقة عرفية» ، وفي المملكة العربية السعودية «وثيقة خاصة» .

(٥) يطلق عليه في مصر «ورقة رسمية» ، وفي المملكة «وثيقة رسمية» .

وقد أقر مبدأ الرضائية لمصلحة الأفراد، توفيراً لوقتهم، وتأميناً لحریتهم، لا لمصلحة المجتمع، الذي يتطلب نوعاً من التجسيد للعقد. ذلك لأن انتفاء هذا التجسيد يجعله في منأى عن مراقبة المجتمع وذاكرته. من أجل ذلك، فقد ألقى المجتمع عدة استثناءات على مبدأ الرضائية. تتمثل في أوضاع معينة يجب توافرها لانعقاد العقد. وهذه هي الشكلية في القانون الحديث و يلاحظ أن هذه الشكلية ليست كذلك التي قامت في القانون الروماني. فشكلية القانون الروماني شكلية فنية، أما شكلية القانون الحديث فهي شكلية حمائية^٦.

٦ - مبدأ سلطان الإرادة^٧: يراد بمبدأ سلطان الإرادة أن الإرادة الفردية هي صاحبة الشأن، في إنشاء التصرف القانوني. ومن ثم فهي لا تتقيد بأنواع العقود التي نظمها الشارع في نصوص القانون (العقود المسماة)، وكذا فهي صاحبة السلطان الأكبر في تحديد ما يترتب على العقد من آثار قانونية: فتوسّع في هذه الآثار^٨، أو تضيق^٩، وتشدّد فيها^{١٠}، أو تخفّف^{١١}. كما تقوم بتعديل آثار التصرف بعد ترتيبها، وإنهاء التصرف بعد إبرامه، ولا يحجّد من سلطانها، في ذلك كلّ، إلا اعتبارات النظام العام.

إن إرادة الانسان، في ظل مبدأ سلطان الإرادة، تشرّع بذاتها لذاتها، تنشىء بذاتها

(٦) د. محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، ج ١، ف ٥٦، وف ٢٥٧.

(٧) Principe de l' autonomie de la volonté

(٨) يراد بتوسيع آثار التصرف أن يرتب المتصرف التزاماً لم يرتبه القانون: كالاتفاق في عقد الهبة على الزام الواهب بضمان الاستحقاق، أو ضمان العيب، خلافاً لحكم المادتين ٥٣١ و ٥٣٣ مدني كويتي.

(٩) يراد بتضييق آثار التصرف أن يستبعد المتصرف منه التزاماً، يرتبه القانون عليه، كالاتفاق في عقد الايجار على عدم الزام المستأجر بالترميمات التأجيرية، خلافاً لحكم المادة ٥٩٤ مدني كويتي.

(١٠) كالاتفاق في العقد على أن يتحمل المدين تبعه السبب الاجنبي (م ٢٩٥ مدني كويتي) مع أنه، في الأصل، مُغفَى من التبعة، في هذه الحالة، طبقاً للمادة ٢٩٣ مدني كويتي.

(١١) كالاتفاق في العقد على إعفاء المدين من المسؤولية الناجمة عن اخطاء من يستخدمهم في تنفيذ التزامه (م ٢/٢٩٦ مدني كويتي).

لذاتها التزامها . فإذا ما التزم شخص بتصرف قانوني ، وبخاصة العقد ، فإنما يلتزم لأنه أراد ، وبالقدر الذي أراد .

هذا ، ويجب التمييز بين مبدأ الرضائية ومبدأ سلطان الإرادة . فمبدأ الرضائية مؤداه فك القيود عن الارادة ، وتحريرها منها ، أو في عبارة موجزة ، كفاية الارادة لانتاج الأثر القانوني .

أما مبدأ سلطان الإرادة ، فهو يتعلق بسعة نطاق هذا الأثر القانوني ، الذي تنشئه الارادة المطلقة من قيودها^{١٢} .

٧ - الشكلية : ثمة رأيان في الفقه المعاصر في صدد الشكلية : رأي مضيّق ، يرى أن لا شكلية ، إلا إذا كان ثمة شكل معين يجب التقيد به . وآخر موسّع ، يرى بأننا نكون إزاء شكلية ، في كل حالة ، يكون لصاحب التعبير حرية اختيار الوسيلة التي يحقق بها الشكل المطلوب . وقد قال بالرأي الأول اندمان Endemann . وهو يرى أن تصرفاً ما هو شكلي عندما يُفرض على التعبير عنه شكل معين ، وإساي Isay وهو يرى أن الشكلية هي مسلك وحيد يجب اتخاذه لاطهار الارادة إظهاراً صحيحاً ، وباراسي Barassi ومؤداهما عنده أن إرادة ما لا تعتبر إلا إذا ظهرت في مسلك خارجي معين ، وإيهرنغ Ihering وهو يرى أن الشكلية تقتضي أن يكون هناك تنظيم وضعي يفرض شكلاً معيناً على التعبير عن الارادة ليس لصاحبه اختيار سواه .

أما الرأي الثاني فقد قال به Durma . وهو يرى أن الشكلية ليست تحول دون اختيار صاحب التصرف الشكلي الوسيلة التي يحقق بها الشكل المطلوب^{١٣} .

(١٢) تذهب بعض الأنظار الفقهية إلى اعتبار مبدأ الرضائية نتيجة لمبدأ سلطان الإرادة . فالحرية في إنشاء العقود . في ظل مبدأ الأخير ، قد ترد على موضوع العقد ، فيكون للمتعاقدين الحرية في إبرام ما يشاؤون من العقود ، وترتيب ما يريدون من آثار عليها . وقد ترد هذه الحرية على شكل العقد ، فيكون للمتعاقدين الحرية في التعبير عن إرادتهم في إبرامه ، غير مقيدتين بأوضاع شكلية معينة (ر : مارتني ورينو ج ٢ ف ٣٥ ؛ ور : كتابنا النظرية العامة للالتزام ج ١ ، ف ٥٦ ، ص ٥٣) .

(١٣) دورما ، إعلام الارادة ، ف ١٧٤ ، ص ١٨٩ - ١٩٠ ؛ ور : رسالتنا التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، ف ١٧٣ ، ص ١٦٦ حاشية .

٨ - معان أخرى للشكلية خارج نطاق التعبير عن الإرادة التعاقدية :
تُحمل كلمة «شكلية» خارج نطاق التعبير عن الإرادة التعاقدية على معان
متعددة :

أ - ففي مجال بيان انواع القواعد القانونية تُحمل الشكلية على معنى آخر حيث يراد بـ
«القواعد الشكلية» القواعد القانونية التي ترسم الطريق لوضع الحكم الذي تقرره
القواعد الموضوعية موضع التنفيذ. ويراد بـ «القواعد الموضوعية» القواعد القانونية التي
تبين الحقوق والواجبات. ومن أمثلة الأولى قواعد قانون أصول المحاكمات المدنية
والتجارية، وقواعد قانون أصول المحاكمات الجزائية. ومن أمثلة الاخيرة قواعد القانون
المدني، وقواعد قانون العمل.

ب - وفي مجال نشر القوانين لا ينفذ القانون - وهو تعبير عن إرادة الدولة - إلا إذا تم
الافصح عنه، عن طريق وحيد، هو طريق نشره في الجريدة الرسمية - وهي جريدة أم
القرى في المملكة العربية السعودية - ولا يعني عن نشر القانون في هذه الجريدة أي نشر
له في سواها.

ج - وفي مجال خيار الرؤية في الفقه الحنفي، نجد ضرباً من الشكلية، في الاعتداد
بالعلم بالمبيع، برؤيته بحيث لا يعني عن هذه الرؤية أي إجراء آخر، ولو عبّر عن ارتضاء
المشتري بالمبيع (وصف المبيع وصفاً كاملاً لا يعني عن خيار الرؤية، ولا يسقط خيار
الرؤية بالاسقاط)^{١٤}. وقد تبني القانون المدني الاردني (م ١/١٨٧)^{١٥} هذا الرأي الأشد
للحنفية. وتعلل مذكرته الايضاحية هذا التبنى بقولها : «وانما يثبت شرعاً لحكمة فيه،

(١٤) قارن القوانين المدنية العربية التي جعلت وصف المبيع وصفاً كافياً يعني عن الرؤية غناء تاماً (م ٤١٩ مصري، م
٣٨٧ سوري، م ٣٥٢ جزائري، م ٤٥٦ كويتي).

(١٥) قارب م ٢٢٩ مشروع قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة.

فكان ثابتاً حقاً لله تعالى وما ثبت حقاً لله تعالى، فالعبد لا يملك التصرف فيه إسقاطاً مقصوداً، لأنه لا يملك التصرف في حق غيره مقصوداً^{١٦}».

د - وفي مجال عقد النكاح يشترط أن يسمع الشاهدان الايجاب والقبول، معاً، وفي مجلس واحد؛ فلو سمع كل منهما، منفرداً، الايجاب والقبول لم يصح عقد الزواج.

هذا ويراد بالشكل، في لغة الأدب، المظهر أو المبنى (و يقابله الموضوع أو الجوهر أو المخبر)^{١٧}.

٩ - العقد الرضائي والعقد الشكلي :

(أ) العقد الرضائي : هو العقد الذي يكفي، لانعقاده، مجرد التراضي، أو بعبارة أخرى، مجرد تطابق الارادتين عليه. والرضائية، كما أسلفنا، هي القاعدة العامة في القانون المعاصر. فالتراضي فيه كاف لقيام العقد، ما لم يقض القانون بغير هذا بنص خاص. وعلى هذا جرت الفقرة الأولى من المادة ٦٥ من القانون المدني الكويتي بقولها : «لا يلزم لانعقاد العقد حصول الرضاء به في شكل معين، ما لم يقض القانون بغير ذلك».

(ب) العقد الشكلي : هو العقد الذي يتعين، لقيامه، أن يصبَّ تراضي المتعاقدين فيه، في شكل معين، يحدده القانون. ويتمثل هذا الشكل، في الغالب، سنداً رسمياً، فيسمى «عقداً رسمياً» (كعقد الهبة الرسمي) وإن كان الشكل قد يقتصر على سند

(١٦) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني ج ١ ص ٢١١.

(١٧) ويقول أحد الكتاب في هذا المعنى : «وأرباب المعرفة والعلم لا يهتمون بالشكلية .. ولا ينظرون الى مظاهرهم ولذلك تجدهم غالباً ما يتألمون عندما يحسون برؤية غير عادلة تصوب نحوهم بالمقارنة باصحاب المظاهر. وهنا تحضرنى قصة الرجل «الشكلي» عندما دخل على الامام ابي حنيفة فاحترمه الامام لما رآه يزه الباهر.. وجلال مظهره الخادع.. وسأل أبا حنيفة.. متى يفطر الصائم؟؟ فرد عليه أبوحنيفة.. عند غياب الشمس.. ولكن الرجل «المظهري».. لم يعجبه لهذا الجواب الفقهي.. فسأل مرة أخرى.. واذا لم تغب الشمس..؟ وهنا أدرك أبوحنيفة انه «ليس في العبادة حد».. فقال.. الآن مد أبوحنيفة رجله.. او الآن يد أبوحنيفة رجله ولا يبالي.. وكان قد سحبها من امام الرجل قديرا له.. فليت الكثيرين ينظرون للناس بما تنتجه عقولهم.. لا بما تبرزه مظاهرهم.. حتى تكون للمقاييس والمعايير قيمة.. (راشد الحمدان، «الناس.. والشكلية» زاوية من السحارة، جريدة الجزيرة عدد ١٤٠٣/٣/١٣، ١٤٠٣/١٢/٢١)».

عادي مكتوب (كعقد الشركة) وأياً كان الشكل الذي يتطلبه القانون، فإنه يعد ركناً في العقد الشكلي لا يتم بدونه. وعلى هذا جرت الفقرة الثانية من المادة ٦٥ من القانون المدني الكويتي بقولها: «وإذا فرض القانون شكلاً معيناً لانعقاد العقد، ولم يراع هذا الشكل في إبرامه، وقع باطلاً»^{١٨}.

وإذا كانت رضائية العقد هي القاعدة العامة، كما قدمنا، فإن الشكلية ترد استثناء على هذه القاعدة.

وترمي الشكلية في القانون المعاصر إلى تنبيه أحد المتعاقدين إلى خطورة ما يقدم عليه. فهي شكلية حمائية ترمي إلى حماية المتعاقدين من تسرعه.

ويراعى أن الشكل، في القانون المعاصر، ركن يجب توافره إلى جانب التراضي ولا يغني أحدهما عن الآخر. ومن ثم لم يعد العاقد يُلزم، لمجرد أنه تلفظ بعبارات معينة، إذا لم تتجه إرادته إليها فعلاً. أي أنه لم يعد ثمة في مجال القانون المعاصر صيغ مقدسة يلتزم بها المرء، دون أن يكون قد قصد إليها فعلاً، لمجرد أن المجتمع قد أودع في عباراتها معنى معيناً، خارج الأفراد انفسهم، وبصورة سابقة على وجودهم^{١٩}.

وهذا بخلاف ما كانت عليه الشكلية في القانون الروماني، حيث كانت العبرة بالشكل وحده، دون الإرادة. أي أن الشكلية، في هذا القانون، كانت شكلية جوهرية. فاذا أنجز الشكل، في ظلها، قام العقد، ولو لم تكن الإرادة صحيحة^{٢٠}.

١٠ - **الشكلية الاتفاقية**: قد تثبت الشكلية باتفاق المتعاقدين. وهذه هي الشكلية الاتفاقية. كما لو أبرم الطرفان عقداً ابتدائياً في أحد العقود الرضائية واشترط أن العقد

(١٨) يلاحظ أن البطلان لا يقع هنا، إلا إذا كان الشكل الذي فرضه القانون متطلباً لقيام العقد ذاته، فإن كان متطلباً لغرض آخر، كإثبات العقد، أو شهره، أعمل الحكم الذي رتبته القانون على إهماله.

(١٩) كتابنا: النظرية العامة للالتزام ج ١، ف ٥٧، ص ٥٣ وف ٢٥٧.

(٢٠) السنهوري، الوسيط، ج ١، ف ٤٨؛ بهجت بدوي ف ٣٧؛ حشمة أبو ستيت ف ٥٠، محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام، ف ٢١، ص ٤٦.

النهائي لا يعد موجوداً بينهما إلا في سند رسمي . ففي هذه الحال إذا تخلفت الشكلية المطلوبة، اعتبر العقد كأن لم يكن . وعلى هذا جرت المادة ٦٦ من القانون المدني الكويتي بقولها : «إذا اشترط المتعاقدان، لقيام العقد، اتباع شكل معين في إبرامه، فإنه لا يجوز لأحدهما، بدون رضا الآخر، أن يتمسك بقيامه، ما لم يأت في الشكل المتفق عليه» .

وظاهر من هذا النص أنه يجيز للطرفين أن يتفقا على أن عقدهما لا يقوم إلا إذا جاء في شكل معلوم يحدده، مانعاً أياً من الطرفين، دون رضا الآخر، أن يتمسك بقيام العقد، ما لم يأت في الشكل المتفق عليه .

و يرجع تصحيح الاتفاق على الشكلية الاتفاقية، في الحالة المبحوث فيها، إلى أن رضائية العقود ليست بذات صلة بالنظام العام . ومن ثم، لا يوجد ثمة مانع يمنع المتعاقدين من الاتفاق على مخالفتها، بشأن العقد الذي يزمعان إبرامه بأن يرتضيا عدم قيامه، إلا إذا جاء في الشكل الذي يحدده .

الشكلية الاتفاقية والشكلية القانونية :

تجدر الإشارة إلى أن الشكلية التي تأتي نتيجة اتفاق المتعاقدين لا ترتقي إلى الشكلية التي يفرضها القانون . ففي حين أن مقتضى الشكلية الأخيرة (الشكلية القانونية) أن يقع العقد باطلاً، عند عدم مراعاتها، حتى لو اتفق المتعاقدان على مخالفتها، فإن الشكلية التي يتطلبها الاتفاق (الشكلية الاتفاقية) لا تمنع المتعاقدين من إبرام العقد على الرغم من عدم مراعاتها، شريطة أن يأتي ذلك نتيجة رضا قاطع منهما بالتخلي عنها . و يرجع الفرق إلى أن شكلية العقد، حين يفرضها القانون تتصل بالنظام العام، اعتباراً بأن القانون، حين يستلزمها، يستهدف بها تحقيق مصلحة عامة . ولذا، كان جزاء مخالفتها البطلان، في حين أن شكلية العقد، حين يفرضها الاتفاق لا

تتصل بالنظام العام، بسبب كون رضائية العقود منبئة الصلة بالنظام العام كما قدمنا .
لذا حق للمتعاقدین مخالفة الشكل الاتفاقي بإرادتهما المشتركة .

١١ - شكلية الانعقاد وشكلية الاثبات : قد تكون الشكلية مطلوبة لانعقاد التصرف، وقد تكون مطلوبة لاثباته . فقد تكون الكتابة مشروطة قانوناً لاثبات العقد أمام القضاء، عند الاختلاف في وجوده، فيمنع القانون إثباته إلا بصك .

وتتبدى شكلية الاثبات في صورتين : إحداها مطلقة، والأخرى نسبية

الشكلية المطلقة : وهي تلك التي يتعين فيها الاعتماد بالشكل بصرف النظر عن قيمة محل الالتزام وقت تكوين العقد (كعقد الصلح^{٢١} وعقد العمل^{٢٢} وعقد الشركة^{٢٣}) .
ويرجع تشدد المشرع في هذه العقود، ومنع إثباتها بالشهادة، إلى أن تعقدها بلغ حداً يتعذر معه اخضاعها لشهادة الشهود، على الرغم من عدم تجاوز قيمتها الحد الاقصى للاثبات بالشهادة^{٢٤} .

الشكلية النسبية : وهي تلك التي يتعين فيها الاعتماد بقيمة محل الالتزام وقت تكوين العقد .

وتعد التصرفات القانونية، وبوجه خاص العقود، المجال الطبيعي لهذا الضرب من الاثبات . أما الوقائع القانونية التي غالباً ما تحدث فجأة (كالفعل الضار) فان المشرع لا يسعه إلا أن يترك فيها لذوي الشأن الحرية في جمع أدلتهم، بعد أن يكون الحادث قد

(٢١) نصت المادة ٥٥٥ من القانون المدني الكويتي على أن «الصلح لا يثبت إلا بالكتابة، أو بمحضر رسمي» .

(٢٢) نصت المادة ٧٧ من نظام العمل والعمال السعودي المتوج بالمرسوم الملكي م/٢١ تاريخ ١٣٨٦/٩/٦ على أن : «عقد العمل يجب أن يكون مكتوباً باللغة العربية على نسختين ...» .

(٢٣) أوجبت المادة ١٠ من نظام التجارة السعودي لعام ١٩٥٠ أن يكون عقد الشركة مكتوباً (ر : د. محمود مختار البربري قانون المعاملات التجارية السعودي ج ١، ١٤٠٢ هـ الرياض، ص ١٣٦) .

(٢٤) ر : كتابنا : النظرية العامة للالتزام، ج ١، ف ٢٧٠، ص ٢٠٨ .

وقع . أما بالنسبة للعقد، فإن المشرع، وخلافاً لما تقدم، يلزم ذوي الشأن بأعداد دليلهم مقدماً، لابرازه، عند اثاره النزاع، في المستقبل (وان وجود الدليل ذاته يدل، كما هو واضح، على توقع النزاع والاحتياط له). وتقضي المدونات باجبار الافراد على إعداد دليل كتابي، مقدماً، في المجال التعاقدي، عندما تتجاوز قيمة محل الالتزام مبلغاً معيناً^{٢٥}. وهذا الاشتراط ليس سوى شكلية مهادبة ترد على مبدأ الرضائية، ولكنها في الوقت ذاته شكلية لها خطرهما.

إنها شكلية مهادبة : إذ يتعين التمييز بين قواعد الشكل، بالمعنى الدقيق للكلمة، واشتراط الدليل المكتوب المعدّ مقدماً. فالعقد، إذا لم يحرّر كتابة، على النحو الوارد في القانون، لا يعد باطلاً. إن المؤتد الوحيد لتخلف الدليل الكتابي هو في منع المتعاقدين من إثبات عقدهما بالشهادة أو القرائن. وهذا قد يجعل الاثبات بالنسبة إليهما مستحيلاً تماماً، ويضعهما، من حيث المآل، في العمل، في مركز مماثل لمركز المتعاقدين في حالة العقد الباطل. على أن هذه الاستحالة لا تتحقق دائماً، ذلك لأنه من الممكن إثبات العملية بإقرار المدين (أو بتوجيه اليمين إليه). وليس ثمة ما يمنع من الأخذ بهذين الطريقتين من طرق الاثبات ما دام المحرّر لا يعد شريطة انعقاد.

ولئن كانت شكلية الاثبات مهادبة، كما قدمنا، فهي في الوقت ذاته، محفوفة بالخطر، ذلك لأن المتعاقد لا يستطيع التيقن، بصورة مسبقة، من الحصول على إقرار من الخصم، هذا إلى أن اليمين هو دليل احتمالي.

(٢٥) يلاحظ ان هذا النصاب يتفاوت من تشريع لآخر. فهو في سورية خمسمائة ليرة سورية (المرسوم التشريعي رقم ١٤ الصادر في ٢٨ نيسان (أبريل ١٩٧٩)، وفي فرنسا خمسون فرنكاً (م ١٣٤١)؛ وفي تونس ٣٠٠٠ فرنك (م ٤٧٣) وفي المغرب ٢٥٠ درهماً (م ٤٤٣)؛ وفي مصر عشرون جنيهاً (م ١/٦٠ قانون الاثبات)؛ وفي العراق عشرة دنانير (م ١/٤٨٨)؛ وفي ليبيا عشرة جنيهاً (م ٣٧٨)؛ وفي الاردن عشرة دنانير (م ٢٧ و ٢٨ بينات)؛ وفي لبنان ١٧٥ ليرة (م ٢٤ أصول) وفي الكويت ٥٠٠٠ روبية (م ٧٥ مرافعات)؛ وفي البحرين ٢٠٠ دينار (م ٢٦ مرافعات)؛ وفي الجزائر الف دينار (م ٣٣٣).

نخلص مما تقدم إلى أن الشكلية المطلوبة لقيام العقد، إذا ما تخلفت، لا مجال لعلاج الحالة الناشئة عن هذا التخلف، إذ العقد يوصم، في هذه الحالة، بالبطلان، لا محالة.

أما إذا اشترط القانون، أو الطرفان، الشكلية للاثبات عند المنازعة، فإن هذا لا يمنع من انعقاد العقد صحيحاً من غير شكلية. ويجوز الاستعاضة عنها، في هذه الحالة، بوسائل الاثبات الأخرى، كالأقرار واليمين.

وإذا ثار الشك حول ما إذا كان الشكل متطلباً لقيام العقد، أو لإثباته، وجب اعتباره متطلباً للاثبات. وعلى هذا جرت المادة ٦٧ من القانون المدني الكويتي بقولها: «إذا استلزم القانون شكلاً معيناً، أو اتفق المتعاقدان على وجوبه، وثار الشك حول ما إذا كان هذا الشكل متطلباً لقيام العقد، أو لغير ذلك من أمور، وجب عدم اعتباره متطلباً لقيام العقد».

وظاهر من هذا النص أنه يعرض للحالة التي يتطلب فيها القانون أو الاتفاق مراعاة شكل معين في شأن العقد، دون أن يستبين على نحو قاطع الدلالة، ما إذا كان هذا الشكل متطلباً لقيام العقد ذاته، فيبطل، إن لم يراع، أو أنه يتطلب لأمر آخر من الأمور المتعلقة به، والتي لا ترتقي إلى مرتبة قيامه، كإثباته، أو إحداث أثر من آثاره.

ولقد حسم النص، في هذه الحالة، إذ قرر أن الشك يفسر على أن الشكل غير متطلب لقيام العقد، وإنما للأمر الآخر الذي يدنو بالضرورة.

وحسنا فعل المشرع في موقفه هذا، ذلك لأنه يتمشى مع مقتضيات المنطق القانوني لفكرة رضائية العقود، اعتباراً بأنه ما دام الأصل في العقد أنه رضائي، فالشكل لا ينهض ركناً لازماً لقيامه إلا إذا كان القصد فيه قاطع الدلالة. وبهذا الاتجاه أخذ كل