

الشكلية في العقود التجارية – دراسة تحليلية.

Formalism in commercial contracts - analytical studies

خالد أبوظه^{1*}، أحمد حسنية²

1/ أستاذ القانون التجاري المساعد. كلية الحقوق جامعة ظفار. سلطنة عُمان
2/ أستاذ قانون الإجراءات الجزائية المساعد. كلية الحقوق جامعة ظفار. سلطنة عُمان

تاريخ الإرسال: 2019-08-26، تاريخ القبول: 2020-01-26 تاريخ النشر: 2020-04-28

ملخص الدراسة

يعتبر الشكل أسلوب التعبير عن الإرادة، وليس بديلاً عن الإرادة ذاتها ولا يستغنى به عنها، فالإرادة هي التي تنشئ التصرف القانوني، ووجود الشكل لا يغني عن وجود إرادة سليمة صالحة للتعاقد، وفي الغالب يهدف المشرع من وراء فرضه للشكلية في العقود اثبات وجود العقد وفحواه في حالة النزاع، وهذا ما يتجلى من الكتابة الرسمية أو العرفية، والتي من خلالها يضمن المتصرف إثبات حقوقه المترتبة على التصرف، وبعد إتمام إجراءات الكتابة يصبح واضح للعيان أن العقد قد حددت التزاماته على أطرافه ووجب الوفاء بها، والشكلية في العقود هي صورة يعبر من خلالها عن الإرادة بطريقة خاصة يفرضها المشرع حيث لا يكون لهذه الإرادة إلا الالتزام بالصورة المفروضة بمقتضى القانون، كما ويبقى انعقاد العقد رضائياً طالما لم ينص القانون عكس ذلك، فبمجرد تراضي طرفين ينعقد العقد ويرتب آثاره دون أن يتوقف على استيفاء أثر آخر، مع مراعاة توافر بقية أركان العقد، فالتصرف يبقى رضائياً ولا يمكن تحويله إلى تصرف شكلي لمجرد انعقاده بشكل اتفاقي بين الطرفين.

وقد اخذ كل من المشرع العماني والفلسطيني بالشكلية الرسمية كأثر مباشر لانعقاد العقد، كما اعتبرها من عناصر العقد فلا ينعقد العقد في حالة انتفاء الشكلية عنه أو أي من العناصر الأخرى الواجب توافرها في العقود الرضائية، ويفهم من بعض النصوص لدى كل من التشريع العماني والفلسطيني، أن القصد من الشكل الاتفاقي في العقود هو الاثبات لا الانعقاد.

كلمات مفتاحية: الشكلية، العقود، الطبيعة القانونية، الكتابة.

Abstract:

The form method of expression of will, and is not a substitute for the same and will not dispense it, will is establishing legal disposition, and a shape does not substitute for a will valid

*Corresponding author, e-mail : dr.ah.hasania@gmail.com

sound to create legal actions, mostly behind the legislator imposed formal proof of the existence of the contract contract In the case of content dispute, this is from the official or customary writing, through which ensures mutasarrif prove his rights arising from the disposition, the writing is complete it becomes obvious that the contract had set his obligations to his limbs and must be fulfilled, and in particular are contracts to express The legislator imposed will be for this right of expression will not this picture under the law, as the contract remains consensual unless a legislator, once the contract is concluded between the parties compromise and arrange exciting without being dependent on satisfying the impact most, taking into account the availability of rest Elements of the contract, disposition of remains consensual and cannot be converted to a formal act of simply taking place in the agreements between the parties.

And he took all of the Omani and Palestinian legislator official form as a direct effect of the contract, as formal considered a cornerstone of the contract, no contract is concluded in the event of default or any form of other staff should be available in consensual contracts, and took some text in both Omani Legislation and, that the intent of the conventional form in contracts is not convened.

Keywords: Formalism, contracts, legal nature, writing

مقدمة:

التصرفات الشكلية: هي التصرفات الذي لا تنشأ بمجرد إبداء رضا المتصرف به، بل يجب أن يتم التعبير عن الإرادة في شكل معين يحدده القانون. ان المبدأ العام الذي تقوم عليه العقود الرضائية، إلا أن بعض العقود تتطلب لانعقادها ونفاذ سريانها أن تتخذ شكلاً معيناً وهذا الشكل يحدده المشرع أي أنه يفرض بمقتضى القانون، وفي حال غياب هذا الشكل أو تخلفه فإن البطلان يشوب كافة مراحل العقد منذ الإبرام حتى النفاذ والسريان، والحرية التعبير عن الإرادة قد تتعارض مع مصلحة مجتمعية عامة، مما دفع المشرع إلى إلزام المتعاقدين في تعبيرهم عن هذه الإرادة في صورة خاصة، وتعتبر هذه المصلحة بمثابة إنذار الشخص وحمايته من النزوات الشخصية فتحذره من خطورة الإقدام على هذا التصرف، واختلف الفقه حول الشكلية من من الناحية القانونية فمنهم من أخذ بالمفهوم الضيق للشكلية والتي ينصرف إقرارها بقانوناً ومنهم من أخذ بالمفهوم الواسع والذي تلعب إرادة الأطراف دور أساسي في تعيينه دونما الحاجة إلى القانون، وفي هذا النوع من العقود هي التي يلزم لانعقادها الى جانب التراضي شكل خاص ينبغي ان يفرغ فيه هذا التراضي وليس هناك شكل بعينه

يتطلبه القانون، فقد يكون ورقة رسمية تصدر من موظف مختص، وقد تكون ورقة عرفية.

إشكالية الدراسة.

إذا كانت الإرادة وسيلة مثلى لحرية الانسان اذ يلتزم بما يرضاه ويعبر عن حريته بهذا الرضى وبناءً عليه أصبح العقد تعبيراً عن العدالة، ولما كانت الشكلية قيد في مواجهة الرضائية في العقود فهنا تثار الإشكالية الرئيسية إلى أي مدى تتأثر الرضائية كقاعدة عامة بالشكلية في العقود التجارية؟ وعليه تتفرع عدة تساؤلات

- 1- ما المقصود بالشكلية في العقود وماهي صورها؟
 - 2- ما هو الحكم القانوني للشكلية في العقود؟
 - 3- إلى أي مدى تحقق الشكلية أهدافها في العقود؟
 - 4- كيف نظم كل من المشرع العماني والفلسطيني الصور الخاصة بالشكلية في العقود؟
- أهمية الدراسة.

تعد الشكلية من أهم المواضيع في التشريعات الحديثة حيث يهدف المشرع من ورائها تحقيق الحماية المتعاقدين وتنبيههم من خطورة التصرف الذي يقدمان عليه، ولما كانت العقود تنشأ بتوافق إرادة المتعاقدين، فإنها تقف قيد أمام هذه الإرادة وفق ما يقررها القانون فإذا كانت الرضائية تهدف إلى التبسيط والسرعة والاقتصاد -وبذلك تسهل التبادل والنشاط التجاري- فإن الشكلية تستخدم من أجل التوفيق بين التبسيط والسرعة الضرورتين للمعاملات التجارية، حتى أصبحت دعامة أساسية للرضا، وان اعتبرت قيداً فهي قيد إيجابي وليس عقابياً حيث وجد لحماية الإرادة.

أهداف الدراسة:

نهدف من خلال تناولنا لهذه الدراسة إلى تبيان مفهوم الشكلية، بالإضافة إلى تناول أهم صورها، كما يمكننا التعرف إلى مدى تأثر الإرادة بالشكلية والتي تعتبر قيداً عليها، كما سنحلل مضمونها في العقود لتحديد أهدافها، إلى جانب ذلك سيتم التطرق الصور المتعددة للشكلية والوقوف عند مدى قانونيتها، وسنقف عند سياسة كل من المشرع العماني والفلسطيني ومعرفة كيفية تناوله لهذا الموضوع.

منهجية الدراسة.

لتحليل النصوص القانونية في القانون المدني والتسجيل العقاري وغيرها من القوانين التي جاءت بشكلية معينة لا يتم العقد بدونها استخدمنا المنهج التحليلي لذلك، إضافة إلى استخدام المنهج المقارن للاطلاع على السياسة التشريعية لكل من القانون العماني والفلسطيني،

خطة الدراسة.

اعتمدنا في إجلاء معالم هذه الدراسة على التقسيم الثنائي من خلال تقسيمها إلى مبحثين، في مبحث أول نتناول الإطار القانوني للشكلية، وفي مبحث ثانٍ نتناول العقود الشكلية وذلك وفق ما هو تالي.

العدد الأول (أفريل 2020) الصفحات (103-121)

قد يتعارض التعبير عن الإرادة مع مصلحة مجتمعية عامة، وعليه فإن المشرع عليه أن 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، فتحذره من خطورة هذا التصرف، فغالباً ما يحدد القانون الطريقة الواجب اتباعها في العقود الذي يكون فيها المال محل التصرف لما له تأثير على المتعاقدين لما له من مخاطر، فيفرض في هذه العقود أوضاع معينة، وعليه فإن الشكلية الحديثة تهدف إلى حماية مصلحة مجتمعية.⁹

وقد كان من مثالب القانون الروماني اعتبارها معفية من التحقق من الرضا، فالشكل المطلوب يجذب الانتباه إلى أهمية التعهد الصادر بدقة، فإذا كانت الرضائية تهدف على التبسيط والسرعة والاقتصاد -وبذلك تسهل التبادل والنشاط التجاري- فإنها تستخدم في العلاقات التجارية من أجل التوفيق بين التبسيط والسرعة الضرورتين لها بين الحماية والسرعة، والشكلية اليوم تختلف عما كانت عليه بالأمس فهي حماية إضافية للرضا.

وفي الغالب يهدف المشرع من وراء فرضه للشكلية على العقود إثبات لوجود العقد وفحواه في حالة النزاع، وهذا ما يتجلى من الكتابة الرسمية أو العرفية، والتي من خلالها يضمن المتصرف إثبات حقوقه المترتبة على التصرف، وبعد إتمام إجراءات الكتابة يصبح واضح للعيان أن العقد قد حددت التزاماته على أطرافه ووجب الوفاء بها.

ومن جانبنا بأن المشرع يفرض على التصرف القانوني شكل معين لإعلام أطراف العقد بأهمية وخطورة التصرف الذي يودون إبرامه وخصوصاً فيما يتعلق بالعقارات والأراضي وجعل مصدرة القانون وباعتباره ركناً في العقد.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للشكلية في العقود.

اختلف الفقهاء حول مشروعية الشكلية فمنهم من أخذ بالمفهوم الضيق للشكلية والتي ينصرف إقرارها قانوناً ومنهم من أخذ بالمفهوم الواسع والذي تلعب إرادة الأطراف دور أساسي في تعيينه دونما الحاجة إلى القانون.¹⁰

الفرع الأول: الشكلية بمقتضى القانون.

فالأتجاه الأول يحدد الشكل وفقاً لإجراءات رسمية يجب اتباعها لتمام العقد، وهي الإجراءات المصاحبة للإرادة واللازمة لتمام العقد، وعليه تصبح التصرفات القانونية الرسمية أعمالاً شكلية¹¹، أي أن الإرادة لا يمكن الركون إليها إلا إذا خرجت إلى العالم في شكل مادي محسوس يحمل معنى القبول لإحداث أثر قانوني فلا يمكن معرفة نوايا الإنسان إلا إذا عبر عنها بشكل معين، فمن هنا يصبح التعبير عن الإرادة أمراً حتمياً لا بد من توافره لإحداث أثر قانوني، ويعني ذلك أن الشكل ما هو إلا تعبير عن الإرادة، ولما كانت القاعدة العامة لإبرام العقود الرضائية، فإن حرية الإرادة في اختيار الشكل التي تعبر فيه عن نفسها يعد من قبيل الرضائية، بينما الشكل

يمثل قيداً على الإرادة فيحدد لها طريقة التعبير عن نفسها لكي تكون صحيحة منتجة لآثارها¹². فالشكلية وفقاً لهذا الاتجاه ما هي إلا إجراءات لازمة لإبرام العقود وهي ما يطلق عليها بالشكلية المباشرة المنصوص عليها في القانون، وهي أساسية في العقد ولا يقوم بدونه¹³.

وعليه فإن الشكل وفق أصحاب هذا الاتجاه هو ما ألزم به المشرع الأفراد للتعبير عن إرادتهم ولا يمكن الاستغناء عنه أو استبداله وهذا ما يسمى بالشكلية المباشرة، ولا يقتصر دور الشكل في مرحلة إبرام العقد بل تمتد آثاره لمرحلة النفاذ والفاعلية، بمعنى في حالة عدم اتباع الشكل الذي فرضه المشرع في العقد تكون كل مراحل العقد باطلة.

الفرع الثاني: الشكلية الاتفاقية.

أما الاتجاه الآخر فهو الذي تبنى الشكلية بمفهومها الواسع، فيكون لصاحب الإرادة الحرية الكاملة في اختيار الوسيلة الذي يحقق فيها الشكل المطلوب، فهنا لا يقتصر الشكل على الإجراءات التي نص عليها القانون، فقد تكون هناك شكلية لازمة لإبرام العقد¹⁴، فالشكل وفق هذا المفهوم هو اتفاق الأطراف على أمر يجب القيام به لإبرام العقد حتى وإن لم ينص المشرع عليه، ويطلق عليها الشكلية الاتفاقية: وهي أن الأطراف اشترطوها لإبرام العقد وسريانه، كالتعبير عن الإرادة، أي أن أصحاب هذا الاتجاه يروا بأن التعبير عن الإرادة بحد ذاته من قبيل الشكلية المفروضة لقيام العقد، فالمظهر الخارجي لها هو من قبيل الشكلية ووسائل التعبير عن الإرادة أيضاً من قبيل هذه الشكلية¹⁵، فالشكل وفق هذا الاتجاه هو إخراج الإرادة إلى الخارج وهو بمثابة القالب الذي يوضع فيه التصرف القانوني وعليه يترتب آثاره القانونية، ولا يوجد أي عمل قانوني إلا إذا ظهر إلى الخارج وتم إفراغه في شكل معين¹⁶.

والشكلية وفقاً لأصحاب هذا الاتجاه هي تجسيد للمظاهر الخارجية ويعبر عنها بالإرادة سواء حددت بموجب القانون أو من أي مصدر آخر، وما يؤخذ على أصحاب هذا الاتجاه أن الإرادة تلعب دور فاعل في تحديد الشكل ولا يعتبر قيد عليها، فلأفراد الحرية الكاملة في انتقاء الشكل كتعبير عن إرادتهم، بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع لا يلعب أي دور في تعيين الشكل، وهذا هو المعنى الشكلية وفقاً لمؤيدي هذا الاتجاه والتي تضمنت إلى جانب التصرف القانوني بموجب القانون الشكلية الاتفاقية بموجب إرادة الأفراد.

ومن جهتنا نجد بأن معنى الشكلية يتمثل فيما جاء به أصحاب الاتجاه الأول والتي مفادها بأنها - الشكلية - إجراءات يحددها المشرع وتفرض بموجب القانون، ولا يمكن استبدالها أو الاستغناء عنها في إبرام العقود، وإن تخلفها عن العقد يؤدي إلى بطلانه.

وينظر جانب من آخر من الفقه إلى الشكلية القانونية نظرة سلبية، ويدعو إلى التحرر من هذا القيد، وأن ما هو عليه الآن لا يعدو إلا مجرد امتداد من الماضي، وعلى النقيض من ذلك يتجه الجانب الآخر من الفقه إلى إعطاء أهمية لإعمال الشكل في التصرف القانوني وفق نظام قانوني معين¹⁷.

فالشكلية حديثاً مهما بلغت من التوسع في العقود فإنها تختلف عنها في القوانين القديمة، إذا كان الإجراء الشكلي هو وحده الذي يكون العقد بقطع النظر عن إرادة المتعاقدين، أي أن العقد الشكلي لا يتم بمجرد التراضي، حيث يجب لإتمامه فوق ذلك اتباع شكل معين يقتضيه القانون، فالعقود قديماً بدأت شكلية، وتطورت حتى أصبحت معظمها قائمة على مبدأ التراضي والقليل منها يتطلب الشكلية، وتختلف الشكلية الحديثة عن القديمة، بحيث لا تكفي وحدها في تكوين العقد، فإذا كانت لازمة - الشكلية - فهي ليست كافية بل يجب أن تقترن بإرادة المتعاقدين، فالإرادة هي من يقع عليها العقد، أما الشكلية القديمة فكان منوط بها تكوين العقد، فلا يكون الغلط أو التدليس أو الإكراه من قبيل الدفوع الموضوعية بالبطلان فيها.¹⁸

وعليه فإن الشكل لا يغني عن الإرادة والتراضي، واقتران الرضا بأسلوب معين - الشكل - لا يحل محل الرضا ولا يغني عنه، فالعقد الشكلي لا يكون صحيحاً حتى تتوافر فيه كافة أركان العقد.

خلاصة لما سبق نستطيع أن نعرف الشكلية في العقود على أنها «هي صورة يعبر من خلالها عن الإرادة يفرضها المشرع ولا تكون صحيحة إلا بالصورة المفروضة بمقتضى القانون.

وقد أخذ المشرع العماني بالمفهوم الضيق للشكلية في العقود¹⁹، وكذلك المشرع الفلسطيني²⁰، ولم يرد نص واضح من قبل المشرع العماني نستدل من خلاله على إقرار الشكلية الاتفاقية إلا ما نستدل به من نص المادة (79) من القانون المدني وهنا دلالة من قبل المشرع العماني على أن الشكل الاتفاقية الغرض منه الإثبات وليس الانعقاد، وهنا ما يؤخذ على المشرع أنه ترك المجال مفتوحاً بالأخذ في الشكلية الاتفاقية إذا ثبت دليلاً يتعلق بانعقاد العقد.

أما المشرع الفلسطيني فقد ذهب إلى ما ذهب إليه المشرع العماني بنص المادة (84/1) من القانون المدني، وفيها دلالة على أن الشكل الاتفاقية لا يعدو إلا كونه وسيلة للإثبات لا لانعقاد، وأكد ذلك في الفقرة الثانية من المادة (84).²¹

المبحث الثاني: شروط الشكلية في العقود الجارية.

العقود الشكلية هي التي يلزم لانعقادها إلى جانب التراضي شكل خاص ينبغي أن يفرغ فيه هذا التراضي وليس هناك شكل واحد يتطلبه القانون، فقد يكون ورقة رسمية تصدر من موظف مختص، وقد تكون ورقة عرضية، فالعقد الشكلي هو العقد الذي يحتاج إلى جانب الرضا إلى شكلية خاصة تنبه المتعاقدين إلى خطورة التصرف أو تحمي الغير، ويذهب الاتجاه الغالب من الفقه إلى أن الشكل ركن من أركان العقد ولا ينعقد العقد دون توافره بمعنى أن للعقد الشكلي أربعة أركان هي التراضي والمحل والسبب والشكل، أما الاتجاه الآخر فهو الذي يوسع من مفهوم الشكلية حيث يرى أن التعبير عن الإرادة بحد ذاته هو شكلاً بالمعنى القانوني²².

وعليه سنتناول في هذه القسم من الدراسة الشكلية في العقود، وسيقسم المبحث على مطلبين، أما الأول فسنتناول صور الشكلية بمقتضى القانون والثاني سنطرق من خلاله إلى الشكلية المتعلقة بالإرادة والآراء

العدد الأول (أبريل 2020) الصفحات

أولاً: عقد الوكالة التجارية.

يعرف المشرع الفلسطيني الوكالة في العقود على أنها «عقد يلتزم بموجبه شخص أن يتولى على وجه الاستمرار وفي منطقة نشاط معينة، الترويج والتفاوض وإبرام الصفقات باسم الموكل ولحسابه مقابل أجر، ويجوز أن تشمل مهمته تنفيذها باسم الموكل ولحمايته.³² ولم يعرف المشرع العماني الوكالة في العقود اكتفى بتعريف الوكالة بشكل عام.³³

وتعد وكالة العقود من وجهة نظر المشرع الفلسطيني من العقود التي تستوجب شكلاً معيناً، فقد ألزم المشرع الفلسطيني المتعاقدين بالوكالة بإجراء الكتابة، حيث لا يمكن اثبات هذه العقود إلا بالكتابة وهذا ما يفهم من نص المادة (210) من القانون التجاري والتي جاء فيها «يجب أن يثبت عقد الوكالة بالكتابة، وان يبين فيه بوجه خاص حدود الوكالة، وأجر الوكيل، ومنطقة نشاطه، ومدة العقد إذا كان محدد المدة»، فقد أجبر المشرع المتعاقدين بعقد الوكالة ان يقوموا بكتابة عقدهم ليتمكن لهم اثباته في حالة النزاع كما ويجب أن يبين من خلال العقد حدود الوكالة جغرافياً وزمناً، أما المشرع العماني فلم يجعل الشفكية لازمة في وكالة العقود، وهذا ما يؤخذ على المشرع العماني، لعدم تضمينه الشفكية في الوكالة، فوكالة العقود تجسيدا لفكرة المصلحة المشتركة حيث انها متى انطبقت فإنها ترتب آثار خاصة فيما يتعلق بالإنهاء حيث أنها تأتي بمثابة الحماية وحفظ الحق للموكل فهي تعطي هذا الأخير في حالة الإنهاء الحق في المطالبة في التعويض عن الضرر الذي أصابه خاصة أن الوكالة في الغالب تنشأ بين طرفين غير متكافئين في القوة الاقتصادية.³⁴

ثانياً: عقد الرهن التجاري.

قد عرف المشرع الفلسطيني عقد الرهن التجاري على أنه «عقد يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً، يكوله بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ذلك العقار في أي يد يكون.³⁵ وعرفه المشرع العماني في المادة (1010) من قانون التجارة.

كما ويثبت رهن القيم القابلة للتداول بواسطة التظهير، أما بخصوص الأسهم وحصص الاستفادة والسندات الاسمية للشركات التجارية أو المدينة التي يتم انتقالها بتحويل سجلات الشركة يمكن أن يثبت رهنها أيضاً بواسطة تحويل وجه الضمان يقيد في السجلات المذكورة، فالأوراق المالية ترهن عن طريق التظهير، وإثبات الأسهم وحصص الاستفادة أو السندات الاسمية للشركات يتم تحويله على وجه الضمان ويقيد في سجلات الشركة.

أما بخصوص الديون المتعلقة بمال منقول لأي مكان للمحال له أن يتمسك بها تجاه الغير إلا بتبليغ الحوالة للمدين.

وفيما يخص الرهن التجاري غير الحيادي وهو الوارد على أدوات ومعدات التجهيز المهنية أو ضمان القروض المقدمة لتمويل شراء الأدوات ومعدات المذكورة فقد أشار المشرع صراحة في المادة

الموظف أثناء فترة ممارسة وظيفته لا قبلها ولا بعدها.⁴⁰

وكما ويجب على الموظف العام القائم بالتوثيق والكتابة ان يلتزم بالإجراءات التي حددها له القانون في الكيفية التي تقوم عليها الكتابة والإجراءات المتبعة لذلك كأن يتثبت من هوية المتعاقدين، وان يتفادى الشطب والمحوكما يجب عليه أن يتأكد من هوية شهود التعريف...الخ.

وقد نص التشريع العماني في نظام السجل العقاري في المادة (43) وجاء فيها "على الموثق قبل إجراء التوثيق أن يتثبت من شخصية المتعاقدين ومن أهلية كل منهما، وصفة من يقوم مقام غيره ومدى سلطته" كما ويهدف المشرع من وراء اشتراطه شكلية الكتابة الرسمية في العقود إلى حماية وتنبية المتعاقدين لخطورة التصرف المقدم عليه، فهي تعطي المتصرف الوقت الكافي للمتصرف بإعادة التقييم، بالإضافة على ذلك فإن اشتراط المشرع لشكلية الكتابة أمام الموثق تفسح المجال أمام المتصرف في مناقشة بنود العقد وتوضيح ما يكتنفها من غموض من قبل الموثق.⁴¹

وأشارت المادة (43) من نظام السجل العقاري العماني إلى ذلك، حيث نصت المادة على «على الموثق قبل توقيع ذوي الشأن على المحرر ان يتلو عليهم الصيغة الكاملة له وأن يبين لهم الأثر القانوني المترتب عليه، ويوقع هو واصحابه الشأن مع بيان اسمه»

كما ويجب التمييز بين شكلية الكتابة التي يفرضها القانون كركن من أركان العقد أي لانعقاد العقد، وبين الكتابة التي يوجبه للإثبات، فتخلف الأولى يترتب عليه أن العقد لا ينعقد أصلاً.

يرى الباحث أن الكتابة الرسمية إجراء فرضه المشرع على المتصرف وهي جزء أصيل من الشكلية ويجب الالتزام بكافة شروط الكتابة التي حددها المشرع كأن تتم من قبل موظف عام مختص وفي حدود الصلاحيات المخولة له بموجب القانون، وأن يكون من جهة الاختصاص، وفي حالة تخلف أحد هذه الشروط يترتب عليه بطلان التصرف الشكلي، كما ويهدف المشرع من وراء اشتراطه للكتابة حماية وتنبية المتصرف من خطورة ما هو مقدم عليه.

الفرع الثاني: الكتابة العرفية.

لا يشترط المشرع لهذه الكتابة أن تتم بواسطة موظف عام، بل يكفي لصحتها أن يتم التصرف بمحرر مكتوب يتم التوقيع من كافة الأطراف، كما لا يشترط أن تتم وفق إجراءات معينة ولا بلغة معينة، ولا يشترط كذلك وجود الشهود وليس هناك أي بيانات يفرضها المشرع لهذه الكتابة سوى الكتابة والتوقيع⁴²، كما يجب أن تكون ثابتة الأثر، بمعنى يمكن التعرف عليها، كما أنه لا يشترط أن تكون الكتابة على الورق، فيكفي أن تكون مقبولة بوصفها أسلوباً للتعبير عن الإرادة.⁴³

كما ويعد التوقيع شرطاً أساسياً فهو بمثابة الموافقة من صاحب التوقيع على ما قام بالتوقيع عليه، فيقع عليه الالتزام بموجب توافق ارادته الظاهرة في المحرر.⁴⁴

وقد نظم المشرع العماني عمل الموثق وطبيعة عمله في قانون التسجيل العقاري في الباب الرابع من القانون من المادة (40) حتى المادة (47) والذي بين من خلالها آلية توثيق وانتقال ملكية العقار.⁴⁵

ومن العقود التي اشترط فيها المشرع العماني الكتابة العرفية عقد الشركة⁴⁶، وهذا ما أقره أيضاً المشرع الفلسطيني⁴⁷. وقد جعل كل من المشرع العماني والفلسطيني عقد الشركة يستلزم الكتابة العرفية، وأقرنه بإجراء التسجيل وجعل تسجيل العقد ركناً أساسياً من أركان العقد وإذا تخلف هذا الإجراء ترتب عليه بطلان العقد، وبدورنا نجد بأن كلا المشرعين قد وافقا بنصهم على هذا الشرط وذلك لتنبيه المتعاقدين لخطورة ما هم مقدمين عليه في إبرام العقد، ولتوضيح ما يترتب عليهم من التزامات.

وعقد المزارعة (687)، وعقد المساقاة (691) وعقد المغارسة (701) وعقد الكفالة (897) من القانون المدني الفلسطيني.⁴⁸

ويكون التوقيع إما بالإمضاء ويشترط أن يكون بخط الموقع، أو ببصمة الإبهام، أو بالختم الشخصي في حالات استثنائية.⁴⁹

كما ويعد الاشهار صورة من صور الشكلية، بحيث لا يمكن للتصرفات القانونية في العديد من الحالات أن تنتج أثرها بين المتعاقدين او حتى في مواجهة الغير إلا من خلال تسجيلها في السجل التجاري.

قد عرف المشرع العماني السجل التجاري في المادة الأولى من قانون السجل التجاري رقم 74/3 وقد حدد الفئات التي يجب أن تقوم بالتسجيل في السجل العقاري وذلك بنص المادة (4) من القانون السابق، ويعتبر التسجيل في السجل التجاري الوسيلة الكفيلة بالتعرف على المركز القانوني للتاجر، وذلك لامتيازه بالعلنية التي يتميز بها السجل التجاري، وقد نظم المشرع الفلسطيني السجل التجاري في الفصل الخامس من قانون التجارة فالشهر القانوني للبيانات المتعلقة بالتاجر تعد الوظيفة الرئيسية لإقرار نظام السجل التجاري، ويفرض على التاجر أن يبين في مراسلاته وفواتيره وكافة الوثائق التجارية المعدة للغير رقم التسجيل ومكانه في السجل التجاري، ونص على ذلك المشرع العماني في المادة (41) من قانون التجارة والتي يقابلها المادة (31) من قانون التجارة الفلسطيني ومن أمثلة العقود التجارية التي تستوجب الاشهار

تسجيل عقد بيع الأصل التجاري. لقد الزم المشرع العماني بائع الأصل التجاري بإيداع وتقييد نسخة من العقد الرسمي او العرفي المتعلق ببيع الأصل التجاري في السجل التجاري وهذا ما ورد بنص المادة (53) من قانون التجارة العماني ويقابلها المادة (37) من قانون التجارة الفلسطيني، حيث يتضمن هذا العقد تاريخ العقد والأسماء الشخصية والعائلية للمالك الجديد والمالك القديم ومواطنتهما، وكذلك نوع الأصل التجاري ومقره وثمرته والاتفاقيات بشأن العقود والتعهدات المتصلة بالمتجر.⁵⁰ ومن العقود التي يجب اشهارها أيضاً عقد الانتماء الايجاري، واشهار تأسيس الشركة التجارية وعقود الإيجار.

المطلب الثاني: شكلية الإرادة في العقود.

سبق وقد بينا أن التعبير عن الإرادة هو مظهر خارجي والمتمثل بالعنصر المادي المحسوس، فقد يرد بشكل صريح أو يكون ضمنياً، وإلى جانب ذلك قد يشترط المشرع أن يكون التعبير عن الإرادة تعبيراً صريحاً⁵¹

الفرع الأول: شكلية التعبير الصريح عن الإرادة.

لجأ المتصرف إلى التعبير عن إرادته بمظهر خارجي بنية الكشف عن هذه الإرادة، أي ليعلم الغير بها، وهي من المظاهر المتعارف عليها بين الناس وتفيد المقصود منها.⁵²

ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً إما بالكلام، ويتم ذلك باستخدام ألفاظ دالة على معنى الإرادة، وهذا هو الأصل في التعاقد، وقد يرد التعبير عن الإرادة بالكتابة، أو بالإشارة المتعارف عليها بين الناس، كما يمكن أن تكون بأي طريقة أخرى بحيث لا تدع شكاً بين الناس على دلالتها. وانقسمت آراء الفقهاء حول مدى اعتبار التعبير الصريح عن الإرادة من الصور الشكلية، فيرى جانب من الفقه أن اشتراط التعبير عن الإرادة في صورة معينة ما هو إلا درجة وسطى بين الرضائية والشكلية، وذهب الرأي الآخر أن التعبير الصريح عن الإرادة ما هو إلا صورة من صور الشكلية⁵³ وأسمائها بالشكلية المهذبة.⁵⁴

وقد أكد المشرع العماني على ضرورة التعبير الصريح الإرادة في القانون المدني، كما وأشار المشرع إلى إمكانية أن يكون التعبير الصريح عن الإرادة ضمنياً.⁵⁵

ووافق المشرع الفلسطيني نظيره العماني الرأي بشأن شكلية التعبير الصريح عن الإرادة، ويفهم ذلك من نص المادة (76/1) من القانون المدني وقد أقر المشرع الفلسطيني بصريح العبارة جواز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنية فقد نصت المادة (76/2) من القانون المدني على

وطالما أن المشرع قد فرض للتعبير عن الإرادة أسلوباً أو أكثر، ولا تثبت الإرادة إلا بهذه الصورة، فليس على المتصرف إلا أن يتبع هذا الأسلوب للتعبير عن إرادته، وعليه فإننا نرجح الرأي الفقهي القائل بأن التعبير عن الإرادة ما هو إلا صورة من صور الشكلية.

الفرع الثاني: الشكلية العينية. (التسليم).

ويقصد بها تلك التي يتفق عليها الأطراف لا لمجرد الحصول على دليل إثبات، إنما الشكلية المشترطة لانعقاد العقد، أي تعليق انعقاد العقد على شرط استيفاء الشكل المطلوب، حيث يرى جانب من الفقه بأن الشكل المطلوب شرطاً لانعقاد يماثل في تكييفه القانوني الشكل المفروض من قبل المشرع، وبموجبه يتحول العقد من عقد رضائي إلى عقد شكل⁵⁶.

ونحن بدورنا نفند هذا الرأي بأن انعقاد العقد يبقى رضائياً ما لم ينص المشرع على غير ذلك، فبمجرد التراضي بين الطرفين ينعقد العقد ويرتب آثاره دون أن يتوقف على استيفاء أثر آخر، مع مراعاة توافر بقية أركان العقد، فالتصرف يبقى رضائياً ولا يمكن تحويله إلى تصرف شكلي لمجرد انعقاده بشكل اتفاقي بين الطرفين، فلا يمكن اعتبار الشكل الاتفاقي ركناً من أركان العقد، فالتصرف الرضائي يبقى رضائياً مع الاتفاق

6- ان المشرع العماني والفلسطيني قد جعلاً من عقد البيع الذي يرد على عقار عقداً شكلياً لا ينعقد إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري فإذا لم يستوفي هذه الشكلية فهو عقد باطل.
 ثانياً: التوصيات.

- بالرغم من إقرار غالبية الفقه بأن الشكل الاتفاقي لا يدخل في نطاق الشكل القانوني، لا يعني ذلك اغفال الشكل الاتفاقي، وذلك لما يترتب من آثار في العقد، ومن هذا المنطلق وحرصاً على تقنين وتنظيم الشكل الاتفاقي نقترح على كل من المشرع العماني والفلسطيني، إضافة نصوص قانونية تنظم الشكل الاتفاقي بين الأطراف، وتكون بمثابة المرجع في حالة النزاع.

- تبين من خلال هذه الدراسة أن التعبير الصريح عن الإرادة يعد من الشكلية ولا يشترط لذلك أن يكون صريحاً أو ضمنياً، وهذا ما نص عليه المشرع الفلسطيني بصريح العبارة وهو ما لم ينص عليه المشرع العماني، ونقترح على المشرع العماني أن يقوم بإضافة هذا النص، وذلك حتى لا يدع مكاناً للبس في تفسير التعبير عن الإرادة.

- نوصي بضرورة أن يتبنى المشرع العماني نصوص خاصة بالعقود التي تنظم المعرفة الحديثة كما فعل المشرع الفلسطيني ووضعها في إطار الشكلية الرسمية كقالب قانوني يستطيع من خلاله حماية المصلحة المجتمعية كون ان مثل هذه العقود ترد على سلع مجتمعية وهي المعرفة الحديثة.

- ان الشكلية هي الاستثناء في العقود التجارية القائمة على مبدأ الرضائية، وهذا ما لم نلمسه في معظم العقود التجارية فأصبحت الشكلية هي المبدأ العام فيشترط المشرع فيها إما الكتابة الرسمية او العرفية او التسجيل أن لم تكن للانعقاد ففي معظمها للإثبات، وقد ذهب المشرع إلى ابعاد من ذلك في فرضه لشكلية الاشهار التي تتطلب محررات وبيانات ووثائق، هذا يستدعي تدخل تشريعي للحد من تغول الشكل في العقود التجارية مع الإبقاء على نوع من الشكلية التي يجب أن تكون مسيطرة للأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والحد من مغالات الشكلية في العقود التجارية.

قائمة المراجع.

- 1- ابن منظور، لسان العرب، فصل الشين، مادة (شكل). مجد الدين آبادي، القاموس المحيط، باب اللام، فصل الشين.
- 2- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2009م.
- 3- حسني عبد الدايم، الشكلية في ابرام التصرفات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007م.
- 4- حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، رسالة دكتوراه مقدمة لمجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2004م.
- 5- طارق فهي الغنام، النظام القانوني لوكيل العقود التجارية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع،

الطبعة الأولى، 2015م.

- 6- عبد الحى حجازى، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتى، مصادر الالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، المجلد الأول، 1998م.
 - 7- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنى الجديد، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
 - 8- عبد الرشيد عبد الباسط، التصرف القانونى الشكلى فى الفقه الإسلامى المقارن، النسر الذهبى للطباعة والنشر، القاهرة، 2000م.
 - 9- عبد المجيد الحكيم، الموجز فى شرح القانون المدنى، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، الجزر الأول، الطبعة الثانية، 1963م.
 - 10- عبد المنعم الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
 - 11- على عبد العال الأسدي، النظام القانونى للشكل فى قانون المرور، بحث منشور فى مجلة بابل للعلوم الإنسانية، ملية التربية، جامعة بابل، المجلد (14)، العدد (2)، 2007م.
 - 12- فائق الشماع، الشكلية فى الأوراق التجارية، مجلة القانون المقارن، المجلد 13، العدد 20، 1987م.
 - 13- محمد الصوري، التعليق المقارن على مواد الاثبات، مطبعة شفيق، بغداد، 1983م، ج 1.
 - 14- محمد جمال عطية، الشكلية القانونية «دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية»، دار النهضة العربي، القاهرة.
 - 15- محمد علي عبده، دور الشكل فى العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2007م.
 - 16- محمد وحيد الدين سوار، الشكل فى الفقه الإسلامى، منشورات معهد الإدارة العامة بالرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1985م.
 - 17- نذير بن عمو، العقود الخاصة البيع والمعاوضة، مركز النشر الجامعي، تونس، الطبعة الأولى. 2008م.
 - 18- ياسر الصريفي، التصرف القانون الشكلى فى القانون المدنى المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة القاهرة، 1992م.
- القوانين والتشريعات.**
- 1- قانون التجارة الفلسطينى رقم (2) لسنة (2014).
 - 2- القانون المدنى الفلسطينى رقم (4) لعام 2012م الصادر فى 2012/7/26.
 - 3- قانون المرور العماني.
 - 4- قانون المرور الفلسطينى رقم (5) لسنة 2000م.
 - 5- مرسوم سلطاني رقم (107) لعام 2010م.

- 6- مرسوم سلطاني رقم 2013/29 الصادر في 6 مايو 2013 بإصدار قانون المعاملات المدنية.
- 7- مرسوم سلطاني رقم 90/55، الخاص بإصدار قانون التجارة لعام 1990م.
- 8- مرسوم سلطاني رقم 98/2 بإصدار نظام السجل العقاري، الصادر في 22 فبراير لعام 1999م.

الهوامش

- 1 - أنظر نص المادة (1) من مرسوم سلطاني رقم 2013/29 الصادر في 6 مايو 2013.
- 2 - أنظر نص المادة (74) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لعام 2012م
- 3 - أنظر نص المادة (90/1) من نفس القانون.
- 4 - ابن منظور، لسان العرب، فصل الشين، مادة (شكل). مجد الدين آبادي، القاموس المحيط، باب اللام، فصل الشين.
- 5 - عبد الرشيد عبد الباسط، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي المقارن، النشر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، 2000م، ص: 27.
- 6 - نذير بن عمو، العقود الخاصة البيع والمعاوضة، مركز النشر الجامعي، تونس، الطبعة الأولى، 2008، ص: 84.
- 7 - حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، رسالة دكتوراه مقدمة لمجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2004م، ص: 2.
- 8 - ياسر الصريفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة القاهرة، 1992م، ص: 13.
- 9 - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، مصادر الالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، المجلد الأول، 1998م، ص: 437.
- 10 - محمد جمال عطية، الشكلية القانونية «دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية»، دار النهضة العربي، القاهرة، ص: 182.
- 11 - حسني عبد الدايم، الشكلية في أبرام التصرفات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007م، ص: 204.
- 12 - حسين معروف، المرجع السابق، ص: 9.
- 13 - محمد علي عبده، دور الشكل في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2007م، ص: 59.
- 14 - على عبد العال الأسدي، النظام القانوني للشكل في قانون المرور، بحث منشور في مجلة بابل للعلوم الإنسانية، ملية التربية، جامعة بابل، المجلد (14)، العدد (2)، 2007م، ص: 207.
- 15 - محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص: 201.
- 16 - محمد عبده، المرجع السابق، ص: 9.
- 17 - محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، منشورات معهد الإدارة العامة بالرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1985م، ص: 3.
- 18 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص: 51.
- 19 - أنظر نص المادة (69/1) من المرسوم السلطاني 213/29، لعام 2013.
- 20 - أنظر نص المادة (74) من القانون المدني الفلسطيني.

- 21 أنظر نص المادة (84/1) من القانون المدني الفلسطيني.
- 22 -أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2009م، ص: 38.
- 23 - عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 438.
- 24 - مرسوم سلطاني رقم 213/29، قانون المعاملات المدنية، لعام 2013م.
- 25 - المادة (38) مرسوم سلطاني رقم 98/2 بإصدار نظام السجل العقاري، الصادر في 22 فبراير لعام 1999م.
- 26 - أنظر المادة (52) من مرسوم سلطاني رقم 90/55، الخاص بإصدار قانون التجارة لعام 1990م.
- 27 - انظر نص المادة (4) من المرسوم السلطاني رقم (107) لعام 2010م.
- 28 - أنظر نص المادة (1010) والمادة (1167-1168) القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لعام 2012م.
- 29 - أنظر نص المادة (10) من قانون المرور العماني.
- 30 - أنظر نص المادة (17) من قانون المرور رقم (5) لسنة 2000م.
- 31 - عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص: 115.
- 32 - المادة (209) من القانون التجاري الفلسطيني.
- 33 انظر المادة (276) من القانون التجاري العماني. الوكالة – على وجه عام -هي عقد يقيم به الموكل شخصاً آخر مقام نفسه في مباشرة تصرف قانوني معين. والوكالة التجارية...”
- 34 - طارق فهي الغنام، النظام القانوني لوكيل العقود التجارية، ص: 8 مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2015م.
- 35 - المادة (1167) من القانون المدني الفلسطيني.
- 36 - أنظر نص المادة (545) من القانون العماني تنص المادة على 545 في فقرتها الأولى على «يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا يكون باطلاً كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفي الشكل الذي أفرغ فيه ذلك العقد».
- 37 أنظر نص المادة (78) من قانون التجارة الفلسطيني.
- 38 المادة (79/2) من قانون التجارة الفلسطيني تنص على “يجب ان يشمل عقد المعرفة الحديثة على بيان عناصر المعرفة وتوابعها التي تنقل إلى المستورد، ويجوز ان يرد ذكر هذا البيان مصحوباً بدراسات الجدوى والتعليمات والتصميمات والرسومات الهندسية والخرائط والصور وبرامج الحاسوب وغيرها من الوثائق الموضحة للمعرفة في ملاحق ترفق بالعقد وتعتبر جزءاً منه.
- 39- حسين معروف، المرجع السابق، ص: 144.
- 40 - محمد الصوري، التعليق المقارن على مواد الاثبات، مطبعة شفيق، بغداد، 1983م، ج 1، ص: 194.
- 41- عبد الرشيد عبد الباسط، المرجع السابق، ص: 50.
- 42- عبد الرشيد عبد الباسط، المرجع السابق، ص: 51.
- 43 - فائق الشماع، الشكلية في الأوراق التجارية، مجلة القانون المقارن، المجلد 13، العدد 20، 1987م، ص: 137.
- 44 - عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص: 176.

- 45 - مرسوم سلطاني رقم 98/2 بإصدار نظام السجل العقاري، الصادر في 22 فبراير لعام 1999 م. أنظر المواد (40-41-42-43-44-45-46-47) من قانون السجل العقاري العماني،
- 46 أنظر نص المادة (468) من القانون المدني العماني.
- 47 - أنظر نص المادة لمادة 545 من القانون لمدني الفلسطيني.
- 48 - القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012م.
- 49 - عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص: 178.
- 50 - أنظر نص المادة (37) من قانون التجارة الفلسطيني.
- 51 - عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص: 184.
- 52 - عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، الجزر الأول، الطبعة الثانية، 1963م، ص: 55.
- 53- ياسر الصيرفي، المرجع السابق، ص: 79.
- 54 - عبد الرازق السنهوري، مرجع سابق، ص: 220.
- 55 - أنظر نص المادة (70) والمادة (74) من القانون المدني العماني.
- 56 - عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص: 33.