# الشكلية كقيد يرد على الإرادة عند تكوين العقد وفقاً لأحكام القانون المدنيّ الأردنيّ*

د. مصطفى موسى العجارمة**

*تاريخ الاستلام: 2018/1/13م، تاريخ القبول: 2018/4/7م.
** أستاذ مساعد/ جامعة شقراء/ المملكة العربية السعودية.

## ملخص:

يهدف الباحث إلى بيان مفهوم الشكلية كقيد يرد على إرادة أطراف العقد في مرحلة إنشاء التصرف القانوني؛ حيث يفرض الشكل اتباع أسلوب معين في التعبير عن الإرادة، ويعد هذا الأسلوب قيداً شكلياً يرد على الإرادة، ويحد من قدرتها في التعبير. وتكمن مشكلة البحث في الغموض الذي يشوب مفهوم الشكلية، ومكانتها في النظرية العامة للالتزام، وعدم وضوح الآثار التي تترتب على الإخلال بأحكام الشكلية. وقد اتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن، فتم وصف القواعد القانونية التي تتعلق بالشكلية، وتحليلها في ضوء آراء الفقه، وأحكام القضاء، وإجراء مقارنة بين أحكام القانون المدني الأردني، وبعض القوانين العربية للإفادة من أحكام هذه التشريعات. وتبين من خلال البحث أن الغرض الذي قصده المشرع الأردني من الشكل لم يكن واضحاً في العديد من النصوص، بالإضافة إلى حالات التذبذب التي انتابت المشرع عند تنظيم أحكام الشكلية، وقد تم إيراد عدة توصيات لمعالجة هذا الخلل التشريعي.



**الكلمات الدالة**: شكلية، قيد، إرادة، بطلان، قانون مدني


***The Formality as a Constraint to the Will of Parties in the Contracts in Accordance with the Provisions of the Jordanian Civil Law***


## *Abstract:*

*The researcher in the study seeks to highlight the concept of formality as a constraint to the will of the parties when establishing a legal contract. Formality imposes a certain style to follow in order to express the will of the parties in contracts. This style is considered a constraint to their will and restricts their ability of expression. The problem of research lies in the ambiguity of the concept of formality and its position in the general theory of the obligation, and the ambigious effects resulting from breaching formality. The researcher followed the comparative analytical descriptive approach, describing the legal rules concerning formality and analyzing them in the light of the views of jurisprudence and judicial rulings, and comapring the provisions of the Jordanian Civil Law with some Arab laws. The research found that the purpose of the from that is set by the Jordanian legislator is not clear in many of the texts of the Civil Law. In addition, there are uncertainties that overtake the legislator when regulating formalities. Several recommendations are introduced to address this legal defect.*



***Keywords**: Formalities, Constrain, will, invalidity, civil law*


## المقدمة:

تنقسم التصرفات القانونية بالنظر إلى طريقة انعقادها إلى رضائية، وشكلية، وعينية. فالتصرفات الرضائية يكفي لانعقادها توافق الإيجاب والقبول، وارتباطهما دون اشتراط أن يتم التعبير عن الرضا فيها بشكل خاص، على غير ما هو عليه الحال في التصرفات الشكلية التي لابد لإنشائها من أن يتم إفراغها في شكل معين ومحدد بنص القانون. أما التصرفات العينية فهي التي يلزم لانعقادها قبض العين محل التصرف، وتسليمها إلى الطرف الآخر بالإضافة إلى ارتباط الإيجاب بالقبول.

وقد اهتم الفقه القانوني بالشكل اهتماماً بالغاً نظراً للدور الذي يلعبه في المجال التعاقدي، سواء أكان في الشرائع القديمة، أم في القوانين المعاصرة، وقد ارتبط موضوع الشكل بموضوع الإرادة، فكلما اتسع نطاق الشكل، كما كان عليه الحال في القانون الروماني، ضاق نطاق الإرادة، والعكس صحيح. فبعد انحسار الشكلية القديمة ساد مبدأ سلطان الإرادة في التصرفات، الذي يقوم على كفاية الإرادة لانشاء العقود، وترتيب آثارها، دون أن تحد من ذلك قيود شكلية، أو موضوعية إلا بصورة استثنائية محصورة في القيود التي يقررها القانون. ومن هذه القيود قيد الشكلية الذي يُعدّ قيداً شكلياً يرد على إرادة الأطراف المتعاقدة في مرحلة إنشاء العقد.

وتعد الشكلية إحدى الطرق التي يتم التعبير من خلالها عن إرادة الأطراف المتعاقدة، وهي ليست بديلاً عن الإرادة ذاتها، فالإرادة هي التي تنشئ التصرف، ولا بد أن تكون سليمة وخالية من العيوب حتى في حال توفر الشكل المطلوب، فوجود الشكل لا يغني عن وجود الإرادة لانعقاد العقد.

## أهمية الموضوع:

تظهر أهمية دراسة موضوع الشكلية كقيد يرد على الإرادة عند تكوين العقد من الأهمية المتزايدة لفكرة الشكلية في التصرفات القانونية، على الرغم من تراجعها في فترات زمنية سابقة، إلا أنها عادت للظهور من جديد نظراً للمزايا العديدة التي تقدمها الشكلية بوصفها وسيلة فنية وقانونية يهدف المشرع من فرضها إلى تحقيق أغراض ومزايا عديدة، وخصوصاً وأن نظرية العقد، بشكل عام، تشهد تزايداً في القيود المفروضة على الإرادة، ولا سيما بعد صدور القوانين التي تنظم التعاقد عبر الوسائل الالكترونية، وقوانين حماية المستهلك، هذا عن أهمية الموضوع من الناحية العلمية (النظرية). أما أهمية الموضوع من الناحية العملية (التطبيقية) فتأتي من الدور الذي تلعبه التصرفات الشكلية في الحياة العملية، من حيث قيمة هذه التصرفات المادية أو المعنوية، وكذلك دورها في استقرار التعاملات في المجتمع.

## إشكاليات الموضوع:

تكمن مشكلة البحث في الغموض الذي يشوب مفهوم الشكلية ومكانتها في النظرية العامة للالتزام، والذي يترتب عليه عدم وضوح الآثار التي يرتبها القانون عند الإخلال بأحكام الشكلية، أضف إلى ذلك بيان أهمية الدور الذي تقوم به الإرادة في المجال التعاقدي وعلاقة ذلك بالشكلية القانونية، وإلى أي مدى يمكن أن يُعتد بهذا الدور. كل ذلك في ظل افتقار الموضوع إلى الدراسات

المتخصصة والمتعمقة في أحكامها، فعادة ما تأتي دراسته ضمن تقسيمات العقود، وتحديداً عند التمييز بين العقد الرضائي والعقد الشكلي.

## أهداف الموضوع:

**يهدف الباحث من دراسة هذا الموضوع إلى تحقيق أهداف عدة أهمها:**

- بيان مفهوم الشكلية في التصرفات القانونية كقيد يرد على إرادة أطراف العقد في مرحلة إنشاء التصرف القانوني، وتمييز الشكل عن الأنظمة القانونية الأخرى المشابهة له.

- بيان دور الإرادة والشكل في إنشاء التصرف القانوني والعلاقة بينهما في ضوء القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م والنصوص القانونية الخاصة التي تتعلق بالمسائل الشكلية.

- تحديد الآثار القانونية التي يمكن أن تترتب على تخلف أحكام الشكلية.

- تقييم موقفي المشرع الأردني والقضاء الأردني من الشكلية ومقارنته بالتشريعات الأخرى.

## حدود الموضوع:

ستتم دراسة الموضوع ضمن أحكام القانون المدني الأردني، والتشريعات الأردنية الأخرى المتعلقة به، ومقارنتها ببعض القوانين العربية. مع الأخذ بعين الاعتبار التطبيقات القضائية على الموضوع من خلال متابعة أحكام محكمة التمييز الأردنية، وبعض الأحكام القضائية العربية.

## منهجية الدراسة:

سيتم اتباع المنهج الوصفي التحليلي المقارن؛ حيث سيتم وصف القواعد القانونية التي تتعلق بالشكلية القانونية، وتحليلها من كافة الجوانب في ضوء الفقه والقضاء، ومن ثم إجراء مقارنة بين أحكام القانون المدني الأردني وبعض القوانين العربية للاستفادة من أحكام هذه التشريعات. وذلك باعتبار أن هذا المنهج يوضح مدى التوافق بين الأهداف المرجوة والنتائج المترتبة، كما يوضّح هذا المنهج مقدار الاختلاف بين القوانين محل المقارنة، وذلك بعد الاطلاع على الأدبيات المتعلقة بالشكلية القانونية، وجمع المعلومات حول الموضوع، والرجوع إلى الكتب والأبحاث والدراسات المتعلقة به.

## أدبيات البحث:

إن المطّلع على الدراسات التي تناولت الشكلية يدرك، بلا شك، قدراً من اللبس والغموض الذي يحيط بمفهوم الشكلية في التشريعات الحديثة، سواء أكان على مستوى النصوص التشريعية، أم الأحكام القضائية، أم على مستوى وجهات النظر الفقهية، حتى أن بعضهم لا يزال ينظر إلى الشكلية بأنها موروث قديم عن القانون الروماني يشكل تقليداً سلبياً غير مرغوب به، ويجب العمل على التخلص منه. وهناك اتجاه فقهي آخر ينظر إلى الشكلية نظرة إيجابية، ويرى أهمية وجود مثل هذه الوسيلة الفنية؛ لإضفاء أهمية على نطاق التصرفات الشكلية. ولعل الاختلافات السابقة في وجهات النظر أثارت جدلاً واسعاً حول مفهوم الشكلية وطبيعتها القانونية ظهرت في وجود اختلافات حتى عند أصحاب الاتجاه الواحد.

## خطة البحث:

ستتم دراسة هذا الموضوع في مبحثين متتاليين، الأول: لدراسة ماهية الشكلية، من خلال توضيح مفهوم الشكلية القانونية في المطلب الأول، وبيان علاقة الشكل بالإرادة في المطلب الثاني. أما المبحث الثاني فسيتم تخصيصه لدراسة النظام القانوني للشكل، وذلك من خلال تمييز الشكل عن الأنظمة المشابهه له في المطلب الأول، وبيان جزاء تخلف الشكلية القانونية وآثار ذلك في المطلب الثاني.

# المبحث الأول

## ماهية الشكلية

لم تكن لإرادة الطرفين أهمية في تكوين التصرفات القانونية في معظم الشرائع القديمة، بحيث لابد من استيفاء شكليات مقررة لقيام التصرف، وقد كانت معظم هذه الشرائع تطبق الشكلية بصورة مطلقة، بحيث تكفي الشكلية وحدها لانعقاد العقد، ومع مرور الزمن بدأ الاهتمام بالشكلية ينحصر، وأصبح للإرادة الدور الأبرز في التعاقد، حيث ساد مبدأ سلطان الإرادة، وانتشر على حساب الشكلية، فلم يعد للشكلية ذلك الدور المطلق، فالشكلية لا تكفي لانعقاد العقد، إنما لا بد من تلاقي الإيجاب والقبول لانعقاده[1].

وقد أسهم تقسيم التصرفات القانونية إلى رضائية وأخرى شكلية إلى عدم وضوح المقصود بالشكلية، لما يؤديه هذا التقسيم من مقارنة بين الرضا والشكل. ولبيان ماهية الشكلية لابد من توضيح مفهومها في المطلب الأول، وبيان العلاقة التي تربط الشكل بالإرادة في المطلب الثاني.

## المطلب الأول: مفهوم الشكلية

يتطلب توضيح مفهوم الشكلية تحديد تعريفها في الفرع الأول، وبيان أهم السمات التي يتميز بها الشكل القانوني في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: تعريف الشكلية

لم يحظ مصطلح (الشكلية) بالاهتمام الكافي لإيجاد تعريف جامع مانع له، وربما يعود ذلك لارتباط مفهوم الشكلية ببعض التصرفات، وقد انصب اهتمام الفقه على تعريف التصرف الشكلي، أو العقد الشكلي أكثر من الاهتمام بوضع تعريف للشكلية ذاتها.

وقد عرّفت الشكلية بأنها (الأسلوب المحدد الذي يتعين أن يكون الرداء الذي تظهر به الإرادة عند التعبير عن نفسها)[2]، ويلاحظ أن هذا التعريف جعل الإرادة هي التي تعبّر عن نفسها، وفي الحقيقة أن صاحب الإرادة هو الذي يقوم بالتعبير عنها بالشكل المفروض.

كما عُرّفت الشكلية بأنها: (الحالة التي يجازى غيابها بانعدام الأثر القانوني للتصرف)[3]، ويتضح من هذا التعريف أنه يركز على الأثر المترتب على تخلف الشكلية في التصرف القانوني دون التركيز على الشكلية ذاتها.

وقد عرّفها بعضهم [4] بأنها (أسلوب محدد للتعبير عن الإرادة يُفرض بصورة إلزامية من قبل المشرع ويكون عنصراً أساسياً في إنشاء العقد)، فمع وجاهة هذا التعريف وتوافقه مع مضمون هذا البحث، إلا أنه قد حصر الشكلية بصوره واحدة، وهي الشكلية القانونية المفروضة من قبل المشرع بصورة إلزامية.

وفي تعريف آخر، هي: (وضع يُوجب القانون اتخاذه، والالتزام به لانعقاد العقد من أجل حماية مصلحة معينة أو خاصة) [5]، يتضح من هذا التعريف أن الشكلية القانونية هي وضع خاص، بمعنى أنها استثناء على الأصل العام في حرية التعاقد، فالأصل في التصرفات الرضائية وليس الشكلية، وأن العقد يتم بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين إلا أن الشكلية تأتي خروجاً على هذا الأصل؛ بحيث يجب أن يُصب التصرّف في شكل معين ومحدد مسبقاً. ويترتب على ذلك أن الشكلية لا تكون إلا في الحالات الاستثنائية التي نص عليها القانون، وهذه الحالات لا يقاس عليها ولا يجوز التوسع في تفسيرها[6]. ويتضح من التعريف أيضاً أن هذا الشكل مفروض بموجب أحكام القانون، وهذا ما يسمى بالشكلية القانونية التي يكون مصدرها القانون وليس الاتفاق، إذ بإمكان الأطراف الاتفاق على تحويل عقد رضائي إلى عقد شكلي بموجب اتفاقهم على اشتراط شكل معين لإبرام العقد، وهذا ما يسمى بالشكلية الاتفاقية[7]. ولعل صفة الإلزام أهم ما يميز الشكلية القانونية، فهذه الشكلية مفروضة بموجب أحكام القانون، وهذا ما يجعلها عنصراً جوهرياً في العقد، يترتب على تخلفها بطلان العقد. فالشكلية بهذا المعنى تشكل قيداً يفرضه القانون على الإرادة بوجوب اتباع مسلك معين لا ينعقد التصرف بدونه.

ويميل الباحث إلى الأخذ بالتعريف الأخير لاتساقه مع مضمون البحث، كما أنه يتفق مع موقف المشرع والقضاء الأردنيين من الشكلية القانونية.

وقد يهدف المشرع من اشتراط الشكلية في بعض التصرفات إلى تنبيه أطراف العقد إلى أهمية التصرف الذي يقدمان عليه، أو لتسهيل إثباته، أو لحماية غير المتعامل مع أطراف العقد، أو ربما لتحديد طبيعة العقد وآثاره بدقة، ولا سيما في العقود التي قد يستغرق تنفيذها فترة زمنية طويلة.

### الفرع الثاني: أهم سمات الشكل القانوني

يترتب على ما سبق أنه ليس لمجرد وجود الشكل أن يحكم على التصرف بإنه شكلي؛ لأن التصرف قد يتضمن شكلاً معيناً مع ذلك يبقى رضائياً، وعليه يتميز الشكل القانوني عن غيره من المفاهيم بما يأتي:

#### أولاً: إن الشكل القانوني لا يمكن استبداله بشكل آخر

عندما يفرض القانون شكلاً محدداً لقيام التصرف القانوني، فيجب على الأطراف التقيد به وعدم استبداله بآخر، فهم لا يملكون استبداله، أو تجاوزه، حتى ولو كان الشكل الآخر معادلاً له[8]. وهذا يعني أن قواعد الشكل من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز مخالفتها، أو الاتفاق على استبعادها.

فإذا تخلف الشكل المفروض، أو تم استبداله بآخر، فيترتب على ذلك بطلان التصرف، كما لا يجوز تصحيح هذا التصرف عن طريق الإيتاء بالشكل المفروض بعد إبرامه؛ لأن هذا التصرف من وجهة نظر القانون لا وجود له، ولا يمكن تصحيح شيء لم يوجد أصلاً[9].

وقد ينص القانون أحياناً على أكثر من شكل لانعقاد التصرف، مانحاً الأطراف حرية الاختيار بين هذه الأشكال، فهنا يعدّ هذا التصرف شكلياً وليس رضائياً؛ لأن الاختيار بين أشكال عدة مفروضة بنص القانون لا يعني أن الأطراف حرة في التعبير عن إرادتها، والقول بغير ذلك يُعني العودة إلى مبدأ الرضائية بطريقة غير مباشرة[10]، ومن الأمثلة على ذلك الوصية في القانون المدني الفرنسي التي يمكن انعقادها بشكل خطي، أو بشكل رسمي[11].

#### ثانياً: وجود الشكل لا يعني انعدام التعبير عن الإرادة

إذا فرض القانون شكلاً معيناً فإن هذا الشكل لا يعني إلغاء دور الإرادة من العملية التعاقدية، فإلى جانب اتخاذ الشكل المطلوب يجب أن تكون هناك إرادة سليمة وخالية من العيوب. كما إن وجود الشكل لا يعني انعدام حرية التعبير عن الإرادة؛ حيث يستطيع المتعاقد التعبير عن إرادته بأي صورة من الصور الواردة في المادة (93) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن: «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي». فالمشرع لم يقيّد المتعاقد في وسيلة التعبير عن رضاه، إنما قيّد شكل انعقاد العقد[12].

## المطلب الثاني: العلاقة بين الشكل والإرادة

تبرز أهمية بيان العلاقة بين الشكل والإرادة في العقود الشكلية التي فرض القانون إفراغها في قالب شكلي معين، ومن المعلوم أن الإرادة ظاهرة نفسية داخلية لا يمكن التعرف إليها إلا إذا ظهرت إلى العالم الخارجي بشكل محسوس، فالتعبير عن الإرادة هو بمثابة (الإعلان عن إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني، سواء أكان إعلاناً عن إيجاب، أم قبولا، أم إرادة منفردة، أم غير ذلك)[13].

والإعلان عن الإرادة قد يتم بعدة وسائل، فللإرادة حرية كبيرة باتخاذ الشكل الذي تظهر فيه إلى العالم الخارجي، فقد تظهر على صورة لفظ، أو كتابة، أو إشارة متداولة عرفاً، أو معطاة، أو اتخاذ موقف معين لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود.

والشكل الذي تظهر من خلاله الإرادة إلى العالم الخارجي لا يمثل الشكل بالمعنى المقصود في هذا البحث، وأن الشكل المتخذ للتعبير عن الإرادة يبقي التصرف القانوني في نطاق الرضائية ولا يدخله في نطاق الشكلية، أو بمعنى آخر حرية الإرادة في اختيار شكل التعبير عنها هو تجسيد لمبدأ الرضائية ذاته[14]، فالشكل بمعناه الدقيق يمثل قيداً مفروضاً على الإرادة في اختيار وسيلة التعبير، إذ إنه يفرض قالباً معيناً لابد من اتخاذه حتى تترتب آثار التصرف القانوني بشكل يعتد به قانوناً[15].

إن الشكل وفقاً للمفهوم السابق محل خلاف فقهي، ولم يعترف كثير من الفقهاء به، فمنهم من يرى أنه جزء من العقد، وأنه عنصر جوهري فيه، وبعضهم الآخر يرى أن الشكل هو عنصر جوهري في

الإرادة، وهو جزء لا يتجزأ من الإرادة الباطنة تحديداً، فهل الشكل هو جزء من العقد أم جزء من الإرادة؟ للإجابة على هذا التساؤل لابد من توضيح ذلك في الفرعين الآتيين:

### الفرع الأول: الشكل عنصر جوهري في العقد

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الشكل عنصر جوهري في التصرف، وليس عنصرًا جوهريًا في الإرادة، فالإرادة عندهم هي مصدر التصرفات، ولا علاقة للشكل بها، فالشكل يأتي مرحلة لاحقة على وجود الرضا، فالشكل، لا يُنشئ التصرف، إنما يكشف فقط عن وجوده، لذلك فالتصرف يبقى رضائياً وليس شكلياً.

فالشكل عندهم وُجد أصلاً للإثبات، ولا علاقة له بالإرادة، وأنه وُضعَ لغايات معينة ولا يتقرر إلا في الحدود التي يمكن أن تحقق الأَغراض والغايات التي يهدف إليها المشرع[16]، أما وسائل التعبير عن الإرادة فهي متعددة، ولا تتقيد بالشكل المفروض، ويترتب على ذلك إنه لا يجوز الطعن في الإرادة إذا كانت معيبة بالرغم من اتباع الشكل المنصوص عليه في القانون، وكذلك الحال إذا تخلف أحد أركان التصرف سواء أتم اتباع الشكل المفروض أم لا، ومع أن الشكل يؤدي إلى استقرار التعاملات، ويقلل من حالات النزاع، إلا أنه يمكن الطعن بصحة الإرادة، أو السبب بالرغم من وجود الكتابة[17].

ويترتب على ما سبق أن الإرادة تمثل جوهر التصرف، أما الشكل فيقوم بوظائف أخرى، ويستنتج أنصار هذا الاتجاه أن الشكل ليس عنصراً جوهرياً في التصرف، وبالتالي ليس له دور إنشائي؛ لأن العقد (يمكن أن يرتب آثاراً معينة حتى في غياب الشكل، ولو كان الأخير عنصراً جوهرياً لما كان هنالك من وجود للتصرف ولما ترتب أي أثر)[18].

ويستند بعض أنصار هذا الاتجاه في محاولة نفي جوهرية الشكل، إلى أن الشكل لا يتضمن بذاته جزاءً خاصاً به، إنما يتقرر الجزاء وفقاً للمصالح والغايات التي وجدت القاعدة الرئيسة لحمايتها، وليس هناك أي مصالح خاصة مرتبطة بالشكل، وعليه (فليس صحيحاً أن يقال إن البطلان المطلق هو جزاء تخلف الشكل....، فهناك دائماً خروج على منطق البطلان المطلق)[19]، وإذا كان الجزاء هو البطلان فإنه لا يزيل وجود التصرف إنما يزيل آثاره، وإذا حكم ببطلان العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا استحال ذلك يمكن الحكم بتعويض معادل[20]، ويُستَدل إلى ذلك من المادة (142/1) من القانون المدني المصري[21] التي جاء بها: (في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل).

مما سبق يمكن القول إن هذا الاتجاه انطلق من فكرة التمييز بين الإرادة الظاهرة، والإرادة الباطنة، وينظر أنصاره إلى الإرادة الظاهرة بأنها وسيلة للتعبير عن الإرادة معترف بها قانوناً، وهي أيضاً مصدر التصرف، بالتالي لا يعتبر الشكل عنصراً جوهرياً في التصرف، لأنهم يرون أنه ليس بالضرورة أن يعبر الشكل عن الإرادة الباطنة[22]. إلا أن هذا القول يؤدي إلى عدم استقرار التعاملات، وعدم حماية الغير، فالإرادة الظاهرة هي وسيلة تعبير عن الإرادة الباطنة، وأن الشكل جاء ليجسد مضمون الإرادة الباطنة؛ حيث أن وجود الشكل لا يمنع من الطعن في عيوب التصرف، ولكنه بلا شك يحد من حالات النزاع التي تتعلق بالإرادة، ويؤثر في إثبات الإرادة أمام القضاء.

ومن تطبيقات هذا الاتجاه ما نصت عليه المادة (105/2) من القانون المدني الأردني التي جاء فيها: (وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بابرام هذا العقد). وتقتضي هذه المادة أن المشرع أراد من الشكل تمام العقد، أي أن يصبح باتاً ولا يجوز الرجوع فيه، ولم يتطلب الشكل لانعقاده، بالإضافة إلى ذلك أن النص لم يشر إلى بطلان العقد في حال تخلف الشكل. ويقصد بلزوم العقد هنا عدم إمكانية الرجوع فيه وفسخه بإرادة المتعاقد المنفردة، وإنما لابد من الاتفاق على ذلك، أو اللجوء إلى القضاء[23].

ويتضح هذا الاتجاه أيضاً في المادة (558/1) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن: (تنعقد الهبة بالإيجاب، والقبول، وتتم بالقبض).

### الفرع الثاني: الشكل عنصر جوهري في الإرادة

الشكل وفقاً لهذا الاتجاه هو استمرار للمفهوم القديم الذي كان سائداً في القانون الروماني، فالشكل هو عنصر جوهري في الإرادة وجزء منها، وتحديداً من الإرادة الباطنة، وقد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أبعد من ذلك بقولهم إنه لا قيمة للإرادة الباطنة ما لم يُعبّر عنها بوسائل التعبير عن الإرادة المحددة في القانون، وعليه لا بد من احترام المظهر الخارجي الذي حدده القانون للتصرف[24].

كما يؤكد أنصار هذا الاتجاه على أهمية احترام المظهر الخارجي الذي حدده القانون؛ بحيث يتم احترام إرادة المشرع في حال تحديد شكل معين لإتمام التصرف، فهنا يجب على الأطراف الالتزام بالشكل المحدد، ولا يجوز استبداله بشكل آخر[25]، كما أن الإرادة عند أنصار هذا الاتجاه تُحترم لذاتها، أما الشكل فهو الوسيلة الوحيدة التي يحددها المشرع للتعبير عن الإرادة، وإذا وجدت أكثر من وسيلة للتعبير عن الإرادة فلا توجد شكلية[26].

ويرى أنصاره أيضاً أن اتجاههم يجسد مبدأ سلطان الإرادة، فالشكل يؤكد وجود الإرادة ويعزز وجودها المادي، ولا يؤثر سلباً فيها. ويترتب على ذلك أنه إذا انعدم الشكل انعدمت الإرادة، وبالتالي انعدام التصرف القانوني[27]. وعليه فإن تخلف الشكل يؤدي الى انعدام التصرف، ولا يتوقف الأمر على إقرار المشرع حتى يتم البطلان؛ لأن مخالفة الشكل تمثل مخالفة للإرادة، وليست فقط مخالفة للنصوص القانونية لأنه عنصر جوهري في هذه الإرادة[28].

وعند التدقيق في هذا الاتجاه، يمكن القول إن أنصاره يسعون إلى فرض الشكل على اعتبار أنه جزء من الإرادة، فالإرادة عندهم لا تعدّ سليمة، وليس لها أي حماية ما لم تتم وفقاً للشكل المحدد، وهذا القول يخالف الواقع؛ لأن كل وسائل التعبير عن الإرادة تحترم الإرادة، وتضمن من حيث المبدأ تحققها، أما التشدد في الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة وإهمال الإرادة الباطنة لدرجة هدمها فلم يعد يتماشى والنظم القانونية الحديثة، كما يؤدي إلى إهدار الحقوق، على الرغم من أهمية نظرية الإرادة الظاهرة في استقرار التعاملات، لذا فلا بد من الموازنة بين النظريتين بالشكل المتفق عليه لدى عدد من فقهاء القانون المعاصر.

أما القول إن هذا الاتجاه يجسد مبدأ سلطان الإرادة فهو قول مغلوط، فقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى مبدأ سلطان الإرادة الذي يركز على الإرادة ودورها الفعال في التصرف القانوني، فالإرادة هي العنصر الجوهري في التصرف، وهذا يناقض ما كان عليه الحال في القانون الروماني، على الرغم من أن الشكل بمعناه الدقيق لا يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة وإن كان يمثل قيداً على مبدأ الرضائية[29].

وأخيراً فإن القول بهذا الاتجاه يترتب عليه نتيجة مهمة، وهي أنه في حالة تخلف الشكل فإن ذلك يؤدي إلى انعدام الإرادة، وبالتالي لا مجال للحديث عن العقد مطلقاً.

## المبحث الثاني

### النظام القانوني للشكل

تبين من خلال المبحث الأول أن الشكل أسلوب يفرضه القانون يتوجب اتباعه لقيام التصرف الشكلي، وهو يختلف عن عدد من المفاهيم، أو الأنظمة المشابهه له، وستتم دراسة ذلك في المطلب الأول، كما أنه يترتب على عدم اتباع الشكل المطلوب عدة مسائل لا بد من بيانها في المطلب الثاني.

#### المطلب الأول: التمييز بين الشكل القانوني والأنظمة المشابهة له

إن تحديد الشكل وفقاً لما سبق يقتضي التمييز بينه وبين بعض التصرفات القانونية التي تتشابه معه، وتخرج عن مفهوم الشكل المفروض. وهذا ما سيتم بيانه في الفرعين التاليين.

##### الفرع الأول: التمييز بين الشكل والإثبات بواسطة الدليل الكتابي

يمكن تعريف الإثبات بأنه: (إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها)[30]. وتعد الكتابة من أهم طرق الإثبات وأقواها، وقد اشترط المشرع ضرورة توافر الكتابة لإثبات الالتزامات التعاقدية إذا زادت قيمة التصرف على مبلغ معين. ولا شك أن الكتابة المطلوبة للإثبات تختلف عن الكتابة المطلوبة كشكل لانعقاد بعض التصرفات، فالشكل يدخل في ماهية العقد، ويعدّ ركناً من أركانه. أما الدليل الكتابي فإنه على العكس يعدّ أمراً خارجاً عن ماهية العقد، ولا يدخل في تكوينه، وبالتالي ليس له أي أثر في صحة العقد، أو قيامه[31].

ويمكن ملاحظة التمييز بين الشكل والكتابة المطلوبة للإثبات من خلال تنظيم المشرّع الأردني لهاتين المسألتين، فقد نظم الشكل تحت عنوان (انعقاد العقد)، وهي تلك القواعد التي تبين العناصر التي يتكون منها العقد، فنصت المادة (90) من القانون المدني الأردني على: (ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد)، وهذا ما أكدته المادة (168/1) من القانون المدني الأردني التي جاءت تحت عنوان: (ب- العقد الباطل) والتي رتبت البطلان على تخلف الشكل القانوني باعتباره ركناً من أركان العقد، وقد نصت على: (العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختل ركنه، أو محله، أو الغرض منه والشكل الذي فرضه القانون لانعقاده....). بينما نظم المشرع الكتابة المطلوبة للإثبات تحت عنوان: (إثبات الحق، 1 – أدلة الإثبات)، وهذه المسائل تتعلق بإثبات الحق الوارد في العقد.

ويختلفان أيضاً في أن الشكل هو أسلوب مفروض بقوة القانون للتعبير عن الإرادة، فإذا تم التعبير بصورة أخرى، فإن التصرف لا ينتج أي أثر، وبالتالي لا يمكن الاتفاق على استبعاد الشكل، أو حتى استبداله بآخر. أما الكتابة المعدة للإثبات حتى وإن فُرضت لإثبات تصرف معين، إلا أنه يجوز الاتفاق على استبعادها، أو استبدالها لإثبات التصرف؛ كون قواعد الإثبات ليست من النظام العام. فإذا كان الشخص يستطيع من حيث المبدأ أن يتنازل عن حقه في التصرف، فإنه يجوز من باب أولى أن يتنازل عن طريقة إثباته[32].

كما أن طبيعة الشكل تختلف عن طبيعة الكتابة المطلوبة للإثبات، فالشكل هو للتعبير عن الإرادة، بينما الكتابة لا تتعدى أن تكون (رداءً أو غلافاً للحق)[33] ولا علاقة لها بوجود الإرادة، أو حتى بطريقة التعبير عنها، وعليه فليس لبطلان الدليل الكتابي من تأثير في صحة العقد، فقد يكون الدليل باطلاً والعقد صحيحاً، كما لا تمنع صحة المحرر من الحكم ببطلان العقد، وذلك بأن يكون العقد باطلاً، والمحرر صحيحاً[34].

ويبرز الاختلاف أيضاً في وظيفة كل منهما، فوظيفة الشكل الأساسية هي حماية الإرادة. أما الكتابة المطلوبة للاثبات فوظيفتها حماية الحقوق الناشئة عن العقد، وهذه الوظيفة لا تظهر إلا بعد انعقاد العقد، وبالتالي فإن إعداد الدليل الكتابي لا يستلزم أن يكون معاصراً لتاريخ إبرام العقد إنما يمكن اتمامه بعد مرحلة الانعقاد[35].

يتبين مما سبق أن الشكل المطلوب للانعقاد يتميز بشكل واضح عن الكتابة المطلوبة للاثبات، وبالرغم من ذلك فقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول إن الاختلاف بين النظامين لا يعدو أن يكون نظرياً، وأنه من الناحية العملية لا يوجد اختلاف بينهما، فالنتيجة المترتبة على تخلف الدليل الكتابي تكاد تكون مشابهة، إن لم تكون مطابقة، للنتيجة المترتبة على تخلف الشكل؛ لأن التصرف الذي لا يوجد له دليل كتابي يصبح عملياً هو والعدم سواء عند المنازعة فيه[36]. وذهب البعض إلى أن اشتراط الكتابة للإثبات هو في حقيقته صورة من صور (الشكلية المخففة)، أو (الشكلية غير المباشرة)، أو (الشكلية المهذبة) وذلك انطلاقاً من المفهوم الواسع للشكل[37]. وذهب بعضهم الآخر إلى القول إن وظيفة الشكل في القانون الحديث هي وظيفة إثبات، وبالتالي لا حاجة للتفرقة بين النظامين لقيامهما بنفس الدور[38].

ومن الملاحظ أن الواقع العملي يظهر التقارب في النتيجة بين انعدام الشكل، وانعدام الدليل الكتابي، إلا أنه لا يمكن التسليم بالمساواة المطلقة في ذلك، فتخلف الدليل يؤدي إلى صعوبة إثبات الحق، إلا أنه يبقى غير مستحيل الإثبات، فيمكن للمدعي أن يحتكم إلى ضمير خصمه عن طريق الإقرار، أو تحليفه اليمين الحاسمة، ويمكن أيضاً إثبات التصرف بالبينة والقرائن في حال توافر إحدى الحالات الاستثنائية التي ترد على (قاعدة الإثبات بالكتابة)[39]. كما أنه يمكن للغير، إثبات العقد بكافة طرق الإثبات؛ لأن العقد بالنسبة للغير يعدّ واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق، وهذا ممكن في التصرف الذي يفتقد إلى الدليل الكتابي. أما التصرف الذي تخلف فيه ركن الشكل، فإنه لا يجوز للغير ولا للأطراف إثباته؛ لأنه لم يوجد أصلاً، وليس له أي أثر قانوني[40].

وأخيراً لابد من الإشارة إلى أنه في الأحوال التي يصعب فيها التعرف على وظيفة الشكل أو الدور الذي يؤديه في التصرف، لعدم وضوح قصد المشرع من النص على الكتابة، فهل تكون الكتابة مطلوبة للإثبات أم للانعقاد؟ لم يضع المشرع الأردني[41] ولا القضاء الأردني حلاً لهذه المسألة، ويذهب الفقه[42] غالباً إلى اعتبار الكتابة مطلوبة للإثبات وليس للإنعقاد، وذلك تماشياً مع القاعدة العامة التي تقول إن الأصل في العقود الرضائية، أما الشكلية فهي حالة استثنائية تحتاج إلى النص للأخذ بها.

### الفرع الثاني: التمييز بين الشكل وإجراءات الإشهار

يقصد بإجراءات الإشهار، أو الشهر: (إثبات التصرفات القانونية في السجلات الرسمية المعدة لذلك بما يحقق العلانية اللازمة لهذه التصرفات، ويمكّن ذوي الشأن من الاطلاع على هذه التصرفات والتحقق من حصولها، ومعرفة البيانات اللازمة عنها)[43]. ويعدّ نظام الشهر حديث النشأة مقارنة بنظام الشكل؛ حيث إن التصرف القانوني لا تقتصر آثاره على طرفيه فقط، إنما قد تنصرف إلى الغير، لذلك فرض المشرع في بعض التصرفات إجراءات معينة هدفها إعلام الغير بهذه التصرفات[44]، حتى يتمكنوا (من ترتيب مراكزهم القانونية على أساس هذا العلم)[45].

إن التمييز بين نظام الشكل ونظام الشهر يبدو واضحاً من جوانب عدة، فالشكل يتصل بتكوين العقد وقيامه، وبالتالي يجب توافره لحظة تكوين العقد. أما إجراءات الشهر فتقتضي وجود تصرف سابق منتج لإثارة، وبالتالي هي إجراءات لاحقه على تكوين العقد وليست معاصرة لتكوينه[46]، كما أن إجراءات الإشهار لا تتصل بالعقد ذاته، إنما تنصب على سند إثباته، فلا بد من (تحرير سند يثبت وجود العقد، الأمر الذي يجعل إجراءات الإشهار أجنبية على البناء القانوني للعقد)[47]، **وقد نصت المادة (584) من القانون المدني الأردني على أنه:**

1. يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً.
2. وإذا لم يكن العقد مكتوباً فلا يؤثر ذلك في حق الغير، وأما بالنسبة للشركاء أنفسهم فيعدّ العقد صحيحاً إلا إذا طلب أحدهم اعتباره غير صحيح، فيسري هذا على العقد من تاريخ إقامة الدعوى)، فهذا النص يدل على أن غياب إجراءات الإشهار والمتمثلة بالكتابة هنا لا يؤثر في انعقاد العقد، فعقد الشركة غير المكتوب يرتب آثاره في مواجهة الغير، وكذلك في مواجهة الشركاء أنفسهم. وهذا عن طبيعة تكوين كل من النظامين.

ويمكن القول إن هناك اختلافاً بين الأثر المترتب على تخلف كل من النظامين، فإذا أوجب المشرع شكلاً معيناً فيجب اتباعه، ويترتب على عدم اتباعه بطلان التصرف، وبالتالي فإنه لا يرتب أثراً سواء أكان بالنسبة لطرفيه أم بالنسبة للغير، ولا وسيلة لانعقاد هذا التصرف بشكل صحيح من الناحية القانونية إلا بإعادته من جديد مستوفياً الشكل المطلوب. أما فيما يتعلق باشتراط القانون إشهار تصرف معين، فان عدم استيفاء الإجراء المطلوب لا يؤثر في الوجود القانوني للعقد[48]، إنما يعطّل بعض آثاره القانونية، وبالتالي لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير، بالإضافة إلى أنه يمكن أن يتم استيفاء إجراءات الشهر المطلوبة في أي وقت لاحق، ودون الحاجة إلى إعادة ذات التصرف من جديد[49].

## المطلب الثاني: جزاء تخلف الشكلية وآثاره

ثار خلاف فقهي حول الجزاء القانوني المترتب على تخلف الشكل، فبدون الشكل يفقد التصرف الشكلي أحد العناصر الجوهرية اللازمة لتكوينه (ركن الشكل). لذا فستتم دراسة تحديد الجزاء المترتب على تخلف الشكلية في الفرع الأول، وأثر تقرير بطلان التصرف القانوني الذي تخلف فيه الشكل المفروض في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: تحديد الجزاء المترتب على تخلف الشكلية

ذهب اتجاه معظم الفقه التقليدي إلى أن جزاء تخلف الشكل هو انعدام التصرف، ولكن اختلفوا في مفهوم هذا الانعدام ودرجاته، فهم يقسمون البطلان من حيث شدته إلى ثلاث درجات: الانعدام، والبطلان المطلق، والبطلان النسبي[50]، إلا أن الفقه الحديث قسّم البطلان إلى درجتين هما: البطلان المطلق، والبطلان النسبي[51].

إلا أنه وبعيداً عن هذا الخلاف الفقهي، فإن المُراجع لنصوص القانون المدني الأردني يجد أن المشرع رتب البطلان كجزاء على تخلف الشكل الذي فرضه القانون لانعقاد التصرف[52]، وأن هذا التصرف لا يرتب أثراً، ولا يمكن إجازته، ويمكن تعريف البطلان بأنه: (الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها)[53].

فالعقد الذي تخلف فيه الشكل يعدّ باطلاً، ولا يرتب أثراً، كما يقتضي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها حين التعاقد[54]، ويعدّ البطلان الجزاء الطبيعي والمنطقي لتخلف الشكل كركن في التصرف القانوني.

ومن المعلوم أن المشرع الأردني لم يأخذ بتقسيم البطلان إلى مطلق ونسبي، كما هو الحال بالنسبة لمعظم التشريعات العربية، بل أخذ بالعقد الباطل والعقد الموقوف، معتمداً في ذلك على قواعد الفقه الإسلامي.

وعند مراجعة أحكام المادة (168) من القانون المدني الأردني فيمكن القول إن البطلان مقرر بموجب أحكام القانون، وبالتالي لا حاجة إلى استصدار حكم قضائي بإبطال التصرف؛ لأن هذا التصرف ليس له وجود قانوني، وبالتالي فمن يتمسك بالبطلان، فإنه يقوم بذلك بواسطة دفع لا بواسطة دعوى، ولكن لا يوجد ما يمنع أن يتم رفع (دعوى البطلان) لتقرير بطلان تصرف نتيجة تخلف الشكلية القانونية[55].

ولكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان، فقد نصت المادة (168/2) من القانون المدني الأردني على ما يلي: (ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها). ويقصد بالمصلحة هنا (كل حق تؤثر فيه صحة التصرف أو بطلانه)[56]. وبالتالي يجوز للمتعاقدين، والخلف العام، والخلف الخاص، والدائنين التمسك بالبطلان، ويجوز أيضاً أن تقضي به المحكمة من تلقاء ذاتها[57].

كما أن التصرف الذي تخلف شكله لا يقبل الإجازة؛ لأنه (معدوم منذ نشأته، والمعدوم لا يصير وجوداً ولو أُجيز)[58]. وقد نصت المادة (168/1) من القانون المدني الأردني على أن: (العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه..... ولا ترد عليه الإجازة). ويقصد بالإجازة في هذا الصدد: (نزول المتعاقد عن حقه في طلب إبطال العقد)[59].

ومن الجدير ذكره أن صياغة بعض نصوص القانون المدني الأردني التي تعالج مسألة تخلف الشكلية القانونية، تثير صعوبة في معرفة قصد المشرع من الشكل الذي فرضه، **فمثلاً المادة (584) من القانون المدني الأردني التي جاءت تحت عنوان (أركان الشركة) تنص:**

**1.** يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً.

**2.** وإذا لم يكن العقد مكتوباً فلا يؤثر ذلك في حق الغير، وأما بالنسبة للشركاء أنفسهم فيعدّ العقد صحيحاً إلا إذا طلب أحدهم اعتباره غير صحيح....، فقد فرض المشرع في الفقرة الأولى أن يكون عقد الشركة مكتوباً (يجب)، وبعد ذلك أجاز في الفقرة الثانية اعتبار عقد الشركة غير المكتوب صحيحاً؛ حماية للمتعامل مع الشركة، وصحيحاً كذلك بالنسبة للشركاء مالم يطلب أحدهم إبطال العقد غير المكتوب، بمعنى أن المشرع قد أخذ بقواعد الإبطال، أو البطلان النسبي في هذا النص، وذلك خلافاً للقواعد العامة التي أخذها عن الفقه الإسلامي [60].

كما أن المشرع لم يبين نوع الكتابة المقصودة بالنص (مكتوباً)، هل هي كتابة رسمية، أم عرفية؟ ويا حبذا كتابة عقد الشركة رسمية نظراً لحجيتها وقوتها في الإثبات؛ حيث إنها تعدّ حجة على الكافة، ولا يطعن بها إلا بالتزوير[61].

ويضاف إلى ذلك عدد من حالات التردد التي تنتاب المشرع الأردني في عدد من النصوص التي تدل على جزاء تخلف الشكلية، فبعض النصوص بدأت بعبارات تدل على أن دور الشكل فيها معد للانعقاد، بينما جاءت بجزاءات أخرى مختلفة عن البطلان، كما في المادة (1402) من القانون المدني الأردني التي تنص: (لا يعدّ الرهن العقاري الحيازي نافذاً بالنسبة للغير إلا إذا سجل في دائرة التسجيل....) فهذا النص يخالف ما استقرت عليه أحكام التشريع الأردني[62]، وكذلك أحكام القضاء[63] من وجوب اتباع الشكل في التصرفات العقارية، فهذه التصرفات تعدّ شكلية، وأن أي إجراء يتم خارج دائرة التسجيل باطل، بينما يقرر هذا النص صحة الرهن الحيازي الوارد على عقار بالرغم من عدم تسجيله، وأن التسجيل واجب فقط لنفاذ التصرف بحق الغير.

كما يفرض المشرع اتباع نفس الشكل المفروض لقيام العقد على الوعد بإبرامه، فنصت المادة (105/2) من القانون المدني الأردني على: (وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بابرام هذا العقد)، ويلاحظ أن المشرع لم يكن موفقاً أيضاً في صياغة هذا النص؛ حيث لم يبين جزاء عدم اتباع الشكل المطلوب، وهو البطلان، لذا كان الأحرى أن يبين الجزاء بصورة صريحة، بأن يضيف الى النص أي عبارة تفيد ذلك، مثل: (تحت طائلة البطلان)، أو (وإلا عدّ باطلاً).[64] كما يفهم أيضاً منه أن المشرع اشترط شكلية معينة لتمام العقد، قد تختلف عن شكلية انعقاده، وهذا غير متوافق مع نصوص القانون المدني، التي يجب أن تقرأ معاً كوحدة واحدة، وليس بمعزل عن بعضها البعض[65].

### الفرع الثاني: أثر تقرير بطلان التصرف الذي تخلف فيه الشكل المفروض قانوناً

إذا تقرر بطلان تصرف نتيجة تخلف الشكل المفروض، فإن هذا التصرف لا يرتب أي أثر سواء أكان في المستقبل، أم حتى في الماضي، بحيث يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، أو حتى قبل تنفيذ مضمون العقد الذي تقرر بطلانه، سواء أكان هذا التنفيذ جزئياً أم كلياً من أحد المتعاقدين، أو من كليهما. وبالتالي فيجب إعادة الحال إلى ما كان عليه، ويلزم أيضاً رد كل متعاقد للأداء الذي تلقاه بموجب العقد الذي تقرر بطلانه[66].

فإذا كان العقد الذي تقرر بطلانه لم ينفذ، فلا صعوبة في تطبيق مبدأ إعادة الحال إلى ما كان عليه، إذ إن أي طرف في العقد لم يقدم للآخر شيئاً، كما أنهما غير ملزمين بالتنفيذ[67]. إلا أن الصعوبة تكمن أحياناً عندما يتقرر بطلان عقد تم تنفيذه كلياً، أو جزئياً، ففي عقد البيع مثلا يجب أن يسترد البائع المبيع، ويسترد أيضاً المشتري الثمن[68]. وقد قضت المادة (142/1) من القانون المدني المصري أنه: (في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل)[69].

أما إذا استحال إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها، فيجب الحكم بتعويض يجبر الأضرار التي لحقت بالمضرور. وقد اختلف الفقه حول أساس التعويض، إلا أن الراجح ما ذهب إليه الفقيه السنهوري[70]، رحمه الله، في أن أساس التعويض هو المسؤولية التقصيرية وليست المسؤولية العقدية؛ لأن العقد معدوم في حالة البطلان، بينماالمسؤولية العقدية تستوجب قيام عقد صحيح[71]. كما يمكن القول إنه لا يمكن تقييم المسؤولية على أساس الإثراء بلا سبب، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية[72]

وأخيراً، فإن تقدير الضمان أو التعويض يتم بما يتناسب مع إزالة الضرر، بهدف إعادة المضرور إلى حالة ما قبل وقوع الضرر؛ بحيث يكون التعويض بمقدار الضرر الذي لحق بالمضرور، والخسائر التي فاتته، وذلك انطلاقاً من المادة (266) من القانون المدني الأردنيّ التي تنص: (يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار).

## الخاتمة:

**في الختام، وبعد دراسة موضوع الشكلية كقيد يرد على الإرادة عند تكوين العقد، فقد توصل الباحث إلى النتائج والتوصيات الآتية:**

### أولاً: النتائج

**1.** إن الشكل وفقاً للمفهوم الذي تمت دراسته يمثل قيداً شكلياً على حرية الإرادة يفرضه القانون لانعقاد التصرف، وبالتالي يعدّ من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام، التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وهذا ما يميّز الشكل بصورة واضحة عن الكتابة المطلوبة للاثبات، ويميزه أيضاً عن إجراءات الإشهار.

**2.** تبنى المشرع الأردني موقفاً مشابهاً لعدد من النصوص القانونية الحديثة التي تنظر إلى الشكلية بأنها استثناء على مبدأ الرضائية، ويجب التقيّد بهذا الاستثناء، وعدم القياس عليه، أو التوسع في تفسيره.

**3.** تأثر المشرع الأردني في مسألة تنظيم أحكام بطلان العقد بالفقه الإسلامي، وبالتالي فانه لم يعرّف نظرية «الإبطال»

أو (البطلان النسبي)، وذلك خلافاً للعديد من التشريعات العربية الأخرى.

**4.** سكت المشرع الأردني عن وضع الحل في الحالات التي يصعب فيها التعرف إلى وظيفة الشكل أو دوره؛ لعدم وضوح قصد المشرع من الكتابة.

**5.** لم ينص المشرع الأردني بشكل واضح وصريح على البطلان كجزاء لتخلف الشكل المفروض بنص القانون، إنما تم استنتاجه من خلال تعريف مصطلح (العقد الباطل) في المادة (168/1) من القانون المدني الأردنيّ.

**6.** تبين أن الغرض الذي قصده المشرع الأردني من الشكل لم يكن واضحاً في عدد من نصوص القانون المدني؛ حيث إن المشرع يبدأ النص بصيغة توحي بأن التصرّف شكلي، ثم لا ينص على البطلان كجزاء لتخلف الشكل. بالإضافة إلى حالات التذبذب التي انتابت المشرع عند النص على الجزاء المترتب على تخلف الشكلية، وقد تمت الإشارة إلى ذلك من خلال البحث.

## ثانياً: التوصيات

**بعد عرض النتائج التي خلُص إليها البحث لا بد من إيراد بعض التوصيات التي يأمل الباحث من المشرّع الأردنيّ أخذها باعتبارها:**

**1.** ضرورة إضافة نص جديد إلى القانون المدني الأردني يتنبى صراحة بطلان التصرف كجزاء في حال تخلف الشكل المنصوص عليه قانوناً، وهو جزاء منطقي، ويكون ذلك بإضافة أي عبارة تدل على هذا الجزاء، مثل: (تحت طائلة البطلان)، أو (وإلا اعتبر باطلاً)، أو غير ذلك.

**2.** إضافة نص جديد إلى القانون المدني الأردني يبين حكم المشرع في مسألة بيان دور الشكل، أو وظيفته في الأحوال التي لا يتضح فيها قصد المشرع من اشتراط الكتابة، ويمكن الاستفادة من نص المادة[67] من القانون المدني الكويتي بهذا الصدد؛ بحيث يمكن أن يكون النص المقترح كالآتي: (إذا استلزم القانون شكلاً معيناً، وثار الشك حول ما إذا كان هذا الشكل متطلباً لقيام العقد، أو لغير ذلك، وجب عدم اعتباره متطلباً لقيام العقد).

**3.** إعادة صياغة عدد من نصوص القانون المدني الأردني المتعلقة بالشكلية لإزالة الغموض الذي ينتاب موقف المشرع من أحكام الشكلية، للحد من الخلافات الفقهية حول الدور الذي يؤديه الشكل في التصرفات، فإذا كان دور الشكل للانعقاد وجب ترتيب البطلان كجزاء عند تخلف الشكل، أما إذا كان للشكل دور آخر فيجب أن يبين المشرع الجزاء المناسب لذلك. ومن هذه النصوص المواد (105/2، 584، 1402)؛ **بحيث يمكن اقتراح الآتي:**

**النص المقترح للمادة (105/2):**

(وإذا اشترط القانون لانعقاد العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بابرام هذا العقد تحت طائلة البطلان).

**النص المقترح للمادة (1402):**

(لا يعدّ الرهن العقاري الحيازي منعقداً إلا إذا سُجل في دائرة التسجيل إلى جانب حيازة الدائن المرتهن).

أما بخصوص المادة (584) من القانون المدني الأردني، ونظرا لوجود ملاحظات عدةعلى صياغتها، فيكتفى بما تم ذكره خلال هذا البحث حتى لا يخرج البحث عن أهدافه المحددة.

## المصادر والمراجع

### أولا: الكتب


**1.** بكر، عصمت، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة)، (بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 2015).

**2.** الجبوري، ياسين، المبسوط في شرح القانون المدني، القسم الأول، انعقاد العقد، (عمّان، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2002) الجزء الأول، المجلد الأول.

**3.** الجبوري، ياسين، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، (عمّان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2011) الجزء الأول.

**4.** الحكيم، عبدالمجيد، والبكري عبدالباقي، والبشير محمد، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، (بغداد، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، د.ط، 1980)، الجزء الأول.

**5.** السعدي، محمد، مصادر الالتزام، (الجزائر، دار الهدى، الطبعة الثانية، 2004)، الجزء الأول.

**6.** أبو السعود، رمضان، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، (بيروت، الدار الجامعية، د.ط، 1993).

**7.** سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، (عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2016).

**8.** السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، (بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.ط، د.ت) الجزء الأول.

**9.** السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، آثار الالتزام، (بيروت، دار إحياء التراث العربي، د. ط، د. ت)، الجزء الثاني.

**10.** الصدة، عبدالمنعم، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، (بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، د.ط، 1974).

**11.** أبوعافية، محمود، التصرف القانوني المجرد، (القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، د.ط، 1948).

**12.** عبدالحافظ، عبدالرشيد، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون، (القاهرة، النسر الذهبي للطباعة والنشر، د.ط، 2000).

**13.** عبدالصمد، حسني، الشكلية في إبرام التصرفات (الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2011).

**14.** بن عمو، نذير، العقود الخاصة، البيع والمعاوضة، (تونس، مركز النشر الجامعي، د.ط، 2007).

**15.** فرج، توفيق، مصادر الالتزام، (بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة

الأولى، 2002).

16. قلادة، وليم، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، (القاهرة، المطبعة التجارية الحديثة، الطبعة الأولى، 1955).

## ثانياً: الأبحاث والرسائل

1. الجبوري، ياسين، وأبو بكر، محمد، التعهد بنقل ملكية عقار في القانون المدني الأردني، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد (44)، ملحق (2)، عمان، 2017.
2. الصيرفي، ياسر، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، (القاهرة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992).
3. العمران، إسراء، البطلان وأثره على فاعلية العقد في القانون والشريعة، مجلة بيت المشورة، المجلد (1)، العدد (2)، قطر، 2015.
4. غني، وسن، الشكلية الاتفاقية في العقود، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، المجلد (3)، العدد (1)، 2011.
5. معروف، حسن، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، أطروحة دكتوراه، (بغداد، كلية القانون، جامعة بغداد، 2004).

## ثالثاً: التشريعات والمجلات القانونية

1. القانون المدني الأردنيّ رقم1976/43.
2. القانون المدني المصريّ رقم 1948/131.
3. القانون المدني القطري رقم 2004/22.
4. القانون المدني الكويتيّ رقم 1980/67
5. قانون الشركات الأردنيّ رقم 1997/22.
6. قانون تسوية الاراضي والمياه رقم 1952/40.
7. قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم 1952/49.
8. قانون السير الأردنيّ رقم 2008/49.
9. القانون المدني الفرنسيّ.
10. مجلة نقابة المحامين الأردنيين.
11. مجلة القضاء والقانون.

## الهوامش

1. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، (بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.ط، د.ت) الجزء الأول، ص142.
2. أنظر: حسن معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، أطروحة دكتوراه، (بغداد، كلية القانون، جامعة بغداد، 2004)، ص2.
3. نذير بن عمو، العقود الخاصة، البيع والمعاوضة، (تونس، مركز النشر الجامعي، د.ط، 2007)، ص97.
4. انظر: عبدالرشيد عبدالحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون، (القاهرة، النسر الذهبي للطباعة والنشر، د.ط، 2000)، ص27.
5. ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، القسم الأول، انعقاد العقد، (عمّان، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2002) الجزء الأول، المجلد الأول، ص128.
6. تمييز حقوق (أردني) رقم (86/560) مجلة نقابة المحامين لسنة 1986، ص1544.
7. انظر: وسن غني، الشكلية الاتفاقية في العقود، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، المجلد (3)، العدد (1)، 2011، ص9 – 11.
8. ياسر الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، (القاهرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992)، ص56.
9. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص514 – 515.
10. محمد السعدي، مصادر الالتزام، (الجزائر، دار الهدى، الطبعة الثانية، 2004)، الجزء الأول، ص58.
11. انظر: المادتين (970، 972) من القانون المدني الفرنسي. ولم يرد في القانون المدني الأردني ولا في أحكام القضاء الأردني موقفا مشابهاً لذلك.
12. لم يرد في أحكام محكمة التمييز ما يشير الى موقف القضاء الأردني من هذه المسألة.
13. عبدالمنعم الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، (بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، د.ط، 1974)، ص93.
14. وليم قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، (القاهرة، المطبعة التجارية الحديثة، الطبعة الأولى، 1955)، ص60 – 61.
15. للمزيد، انظر: حسني عبدالصمد، الشكلية في إبرام التصرفات (الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2011)، ص40 – 41.
16. محمود أبوعافية، التصرف القانوني المجرد، (القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، د.ط، 1948)، ص54 – 55.
17. ياسر الصيرفي، مرجع سابق، ص161.
18. محمود أبوعافية، مرجع سابق، ص64.
19. Vincent DELAPORTE: Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé, Paris. 1974. No 41, p 85 مشار إليه لدى: ياسر الصيرفي، مرجع سابق، ص148.
20. محمود أبوعافية، مرجع سابق، ص79–77.
21. رقم 131 لسنة 1948.
22. انظر: وليم قلادة، مرجع سابق، ص72 – 73.
23. انظر: ياسين الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، (عمّان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2011) الجزء الأول، ص318.
24. انظر: وليم قلادة، مرجع سابق، ص69، وأنظر: محمود أبوعافية، مرجع

سابق، ص64.

**25.** انظر: محمود أبوعافية، مرجع سابق، ص77 – 79.

**26.** وليم قلادة، مرجع سابق، ص69.

**27.** انظر: عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص152.

**28.** محمود أبوعافية، مرجع سابق، ص64.

**29.** ياسر الصيرفي، مرجع سابق، ص148.

**30.** عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، آثار الالتزام، (بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.ط، د.ت)، الجزء الثاني، ص13 – 14.

**31.** ياسر الصيرفي، مرجع سابق، ص193.

**32.** رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، (بيروت، الدار الجامعية، د.ط، 1993)، ص46.

**33.** وليم قلادة، مرجع سابق، ص78.

**34.** عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج2، مرجع سابق، ص105 – 106.

**35.** ياسر الصيرفي، مرجع سابق، ص194.

**36.** انظر: عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج2، مرجع سابق، ص16.

**37.** انظر: حسني عبدالصمد، مرجع سابق، ص219.

**38.** انظر: محمود أبوعافية، مرجع سابق، ص77 – 79.

**39.** انظر: ياسر الصيرفي، مرجع سابق، ص199 – 200، حسن معروف، مرجع سابق، ص84.

**40.** حسني عبدالصمد، مرجع سابق، ص221.

**41.** أما المشرع الكويتي فقد اتخذ موقفاً واضحاً في ذلك، فنصت المادة (67) من القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980 على أنه: (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 أموره، وجب عدم اعتباره متطلباً لقيام العقد). وكذلك المادة (93) من القانون المدني القطري رقم (22/2004).

**42.** انظر: ياسر الصيرفي، مرجع سابق، ص200.

**43.** عبدالرشيد عبدالحافظ، مرجع سابق، ص70.

**44.** حسني عبدالصمد، مرجع سابق، ص227.

**45.** توفيق فرج، مصادر الالتزام، (بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2002)، ص57.

**46.** انظر: ياسر الصيرفي، مرجع سابق، ص249 – 250.

**47.** حسن معروف، مرجع سابق، ص98.

**48.** تمييز حقوق (أردني) رقم (1217/93) مجلة نقابة المحامين لسنة 1995، ص698.

**49.** حسني عبدالصمد، مرجع سابق، ص229 – 230.

**50.** انظر في تقسيمات البطلان ودرجاته: عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص489 – 491.

**51.** انظر: إسراء العمران، البطلان وأثره على فاعلية العقد في القانون والشريعة، مجلة بيت المشورة، المجلد (1)، العدد (2)، قطر، 2015، ص99 – 102. ومن المعلوم أن معظم التشريعات العربية الحالية أخذت بهذا التقسيم، باستثناء بعض القوانين العربية التي اخذت تقسيمات البطلان عن الفقه الإسلامي ومنها التشريع الأردني، وللمزيد حول موقف التشريعات العربية: انظر: عصمت بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة)، (بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 2015)، ص445–440.

**52.** انظر: ياسين الجبوري، ومحمد أبو بكر، التعهد بنقل ملكية عقار في القانون المدني الأردني، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد (44)، ملحق (2)، عمان، 2017، ص80.

**53.** عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص486 – 487.

**54.** تمييز حقوق (أردني) رقم (625/91) مجلة نقابة المحامين لسنة 1993، ص714.

**55.** انظر: عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص530.

**56.** عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص527.

**57.** انظر: تمييز حقوق (أردني) رقم 613/95 مجلة نقابة المحامين لسنة 1997، ص2409.

**58.** عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص514.

**59.** أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، (عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2016)، ص164.

**60.** والمتابع لأحكام محكمة التمييز الأردنية يجد أنها تأخذ أحيأنا بالعقد القابل للأبطال، ففي قرراها رقم3712/2005 قالت:(...وقد اعتبرت المادة الرابعة من القانون معاملات البيع باطلة إذا أجريت خارج دائرة الترخيص، وعليه فان بيع الحفارة بيعاً خارجياً باطل عملا بالمادة (168/1) من القانون المدني لتخلف ركن الشكل الذي فرضه القانون، وأن العقد الباطل لا يترتب عليه أثر ولا ترد عليه الاجازة ولكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه، ولذا فإن المصالحة الجارية في دعوى المطالبة بقيمة الحفارة واعتبارها حكما قطعيا في الدعوى لا يغير من ذلك لأن الإجازة ترد على العقد القابل للإبطال ولا ترد على العقد الباطل...).

**61.** عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج2، مرجع سابق، ص149–147.

**62.** انظر: المادة (16) من قانون تسوية الاراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952، والمادة (2) قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم (49) لسنة 1953، والمادة (7/3) من قانون السير الأردني رقم 49 لعام 2008، والمادة (1148) من القانون المدني الأردني.

**63.** تمييز حقوق (أردني) رقم 66/79 مجلة نقابة المحامين لسنة 1979، العدد 7 – 12، ص1029.

**64.** كما هو الحال في المادة (65/2) من القانون المدني الكويتي التي جاء بها: (2 – وإذا فرض القانون شكلاً معيناً لانعقاد العقد ولم يراع هذا الشكل في إبرامه، وقع باطلاً).

**65.** انظر: تمييز حقوق (أردني) رقم 877/2014 مجلة نقابة المحامين لسنة 2014، ص986.

**66.** انظر: تمييز حقوق (أردني) رقم 1576/2003 مجلة نقابة المحامين لسنة 2007، ص1208.

**67.** أنور سلطان، مرجع سابق، ص161.

**68.** تمييز حقوق (أردني) رقم 110/87 مجلة نقابة المحامين لسنة 1990، ص47.

**69.** 6ولا يوجد في القانون المدني الأردني نص مقابل لهذا النص؛ لأن المشرع لم يأخذ بنظرية إبطال العقد وبطلانه، إلا أنه أورد نصاً مماثلاً يتعلق بحالة انفساخ العقد وفسخه، وهو نص المادة (248) الذي جاء به: «إذا انفسخ العقد أو فسخ أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض»، وقد طبقت محكمة التمييز الأردنية هذا النص على حالة بطلان عقد بيع العقار لعدم اتمام الشكلية بتسجيل المبيع لدى دائرة التسجيل، تمييز حقوق رقم (850/1986) مجلة نقابة المحامين لسنة 1987، ص1190.

**70.** عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص534.

**71.** تمييز حقوق (أردني) رقم 1198/89 مجلة نقابة المحامين لسنة 1990، ص2367.

**72.** تمييز حقوق (أردني) رقم (950/1995) مجلة نقابة المحامين لسنة 1996، ص1307. وذلك على عكس ما تقول به محكمة التمييز الكويتية من إن بطلان العقد الذي أبرم بين المتعامل والطرف الآخر، والذي بموجبه تم استغلال المعلومات غير المعلنة في التعامل بالأسهم، قد يخول الأخير تأسيس دعواه بناءً على الإثراء بلا سبب....، الطعن رقم (111/87)، مجلة القضاء والقانون، العدد الأول، الكويت، 1995.