

أثر الشكلية القانونية على إثبات الحقوق

أ.م.د. محمد شعيب عبد المقصود*

رئيس قسم القانون - مدير الشؤون القانونية - الجامعة الإسلامية بمنسيوتا*

0000-0002-2731-9391 +drmuhammedshoib@gmail.com

الملخص:

تعتبر الشكلية القانونية أحد أهم المبادئ التي تهتم بمراعاة الجانب التنظيمي للقوانين عند التعاقد أو الإجراءات القضائية عند رفع الدعاوي أمام القضاء سواء من حيث تحديد الاختصاص القضائي للمحكمة المختصة بنظر النزاع أو الإجراءات والمواعيد التي ينبغي مراعاتها عند القيام ببعض التصرفات القانونية كأن يكون بعد التصرفات مكتوبة أو اشتراط التسجيل في الشهر العقاري أو مراعاة بعض المواعيد أو الإجراءات عند رفع الدعوى .

بل إن هناك نوع آخر من الشكلية وهي الشكلية الاتفاقية التي يتفق أطراف التعاقد عليها، فمن المعلوم إن الشكلية لها دور كبير في حفظ النظام بشكل عام وحفظ ومراعاة الجانب التنظيمي لتطبيق القانون ومراعاة إجراءاته. ولكن القانون قد شرع لكي يحافظ على الحقوق من الضياع ويحمي الطرف الضعيف في المعاملات وينظم العلاقة ما بين الأشخاص الى تنظيم الإجراءات سواء كانت شكلية قانونية تنظم التعاقد أو شكليه إجرائية تنظم إجراءات التقاضي. ويترتب على مخالفة هذه الشكلية بطلان الإجراء وبالتالي ضياع الحق فحيث شرعت الشكلية للحفاظ على تنظيم إجراءاته وبذلك تكون الوسيلة قد غلبت على الغاية.

وهنا تكمن أهمية البحث في وضع ضوابط للشكلية للإستفادة منها دون أن يترتب عليها عرقلة المطالبة القضائية أو بطيء الإجراءات أو بطلان التصرف من خلال ما سنوضحه في بحثنا.

الكلمات المفتاحية : الشكلية، القانونية، القضائية، التعسف، الإثبات، الحقوق.

The impact of legal formalism on proving rights

Prof. Dr. Mohamed Shoaib Abdel Maqsoud*

Head of the Law Department - Director of Legal Affairs- Islamic
University of Minnesota*

drmuhammedshoaib@gmail.com+ 0000-0002-2731-9391

Abstract

Legal formalism is one of the most important principles that are concerned with taking into account the organizational aspect of laws when contracting or judicial procedures when filing lawsuits before the judiciary, whether in terms of determining the judicial jurisdiction of the competent court to consider the dispute or the procedures and deadlines that should be taken into account when filing the lawsuit.

In fact, there is another type of formalism, which is the contractual formalism that the contracting parties agree upon. It is known that formalism plays a major role in maintaining order in general and preserving and taking into account the organizational aspect of applying the law and taking into account its procedures.

But the law has been enacted to preserve rights from loss and protect the weak party in transactions and regulate the relationship between people to regulate procedures, whether they are legal formalities that regulate contracting or procedural formalities that regulate litigation procedures.

Violating this formality results in the invalidity of the procedure and thus the loss of the right for which the formality was enacted to preserve and regulate its procedures, and thus the means prevail over the goal.

Here lies the importance of the research in setting controls for the formality to benefit from it without resulting in obstructing the judicial claim or slowing down the procedures or invalidating the action through what we will explain in our research.

Keywords: Formalism, Legal, Judicial, Arbitrariness, Evidence, Rights.

المقدمة

إنَّ الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمدا عبده ورسوله.

أما بعد: لا بد من وجود قواعد تنظم وتضبط أي معاملة بين الأفراد لدفع النزاع وتضارب المصالح بين أفراد المجتمع ، وعندما تؤدي القواعد هذا الدور فهي تكون مفيدة ولها دور إيجابي .

ولكن عندما يكون الأساس والمحور الرئيسي أمام القضاء هو البحث عن الشكل دون النظر للموضوع ، فإن القاضي بذلك يكون قد تخلى عن دوره ، ويكون المشرع قد أعطى فسحة لمن يخالف القانون أو يتحايل عليه . فمثلاً لا يستقيم الأمر في دعوى جنائية مثلاً أن يتم القبض على متهم بحوزته خمسة أطنان من مخدر الحشيش وتقضي المحكمة بالبراءة لخطأ في الإجراءات .

للكلية القانونية أهمية بالغة للمجتمع بشكل عام حيث تتمثل ضرورة مراعاة الإجراءات القانونية التي حددها القانون وترتب عليها إحداث أثر قانوني معين ، بحيث يكون الإجراء الشكلي معلوم للجميع ويتم تحديد كيفية إجراء تصرف قانوني معين مثل الكتابة والشهود و التسجيل في الشهر العقاري ، وتظهر هذه الحماية في : بهدف استقرار المعاملات بين الأفراد وأمام الدولة ، سهولة إجراء العقود . وذلك يتضح عندما يحدد القانون الاجراءات اللازمة لإتمام عمل قانوني كتحديد إجراءات عقد معين لكي يكون معتد به أمام الطرفين والغير ، وكذلك لضمان تطابق إرادة أطراف التعاقد .

ولكن رغم هذه الأهمية البالغة للشكلية ولكن لها سلبيات جسيمة وفادحة كعدم ترتيب أثر قانوني على التعبير عن إرادة أطراف التصرف القانوني أو عدم قبول الدعوي لعدم مراعاة الضوابط الشكلية لرفع الدعوي بغض النظر عن الأحقية في الموضوع مما يعتبر انتقاء للعدالة وأكل لأموال الناس بالباطل المنهي عنه شرعاً . فالقانون شرع للمحافظة على الحقوق .

أولاً/ أهمية البحث:

يحتل موضوع البحث أهمية بالغة حيث يعتبر موضوع للدراسة : الشكلية أهمية بالغة في مجال القانون، بل قد تزداد الأهمية لدراسة تاريخ القانون وفلسفته، ولخصوصية موضوع الدراسة أهمية بصفة خاصة.

وتأثير لتوفر الشكالية في صحة الإجراء حيث يترتب على عدم مراعاة الشكالية بطلان الإجراء أو عدم قبول الدعوي القضائية وبالتالي فوات المصلحة وبذلك تكون الوسيلة قد غلبت على الغاية.

وتتجلى أهمية البحث في وضع ضوابط للتخفيف من حدة الشكالية بهدف الاستفادة منها دون أن يترتب على ذلك بطلان الإجراءات أو التقادم أو عدم قبول الدعوي وهذا ما سنوضحه في بحثنا.

ثانياً/ إشكالية البحث:

تظهر إشكالية البحث في أهمية الشكالية التي لا يمكن أنكرها مع وجود سلبيات للشكالية كبطلان التصرف أو عدم قبول الدعوي بسبب يرجع للشكل رغم الأحقية في الموضوع؟

- هل الشكل لتنظيم نشأة الحق والمطالبة به، أما حيلة يستفيد منها من يخالف القانون؟
- هل يطيب للقاضي خاطراً وهو يقضي بعدم قبول الدعوى شكلاً، رغم الأحقية في الموضوع؟
- ما الفائدة من القضاء بحق لا يحصده صاحبه، بل يحصده ورثته؟
- ما هي السلطة التقديرية للقاضي لتجاوز الخطأ الشكلي؟
- ما هو الجزاء العادل لتخلف الشكالية القانونية؟

ثالثاً/ أهداف البحث:

يوجد العديد من الأهداف لبحثنا حول موضوع الشكالية القانونية بالإضافة إلى دخوله في مجالات عديدة والتأثير على تسوية المنازعات وتعزيز دور العدالة، وهذه الأهداف على النحو التالي:

- توضيح ماهية الشكالية وأهميتها.
- بيان نشأة الشكالية ومراحل تطورها.
- توضيح الآثار السلبية للشكالية على إثبات الحقوق.
- الحاجة إلى تخفيف الشكالية .
- عمل موازنة بين إيجابيات الشكالية وسلبيتها.

رابعاً/ فرضية البحث:

تكمن فرضية البحث في تطبيق الشكالية القانونية بما يحافظ على إلزامية النص القانوني وعدم الحياد عنه وفي نفس الوقت المحافظة على الحقوق من الضياع بحيث يراعى القانون الجانب الاجتماعي والتوعوي لصاحب الحق والوقوف على حقيقة الشكالية بحيث لا تتغلب الوسيلة على الغاية .

لأن الشكالية وسيلة لمراعاة الضوابط الإجرائية من الاختصاص ومراعاة المكان والزمان للإجراء والاستفادة من ذلك وتجنب تأثير على ذلك فوات المصلحة للشخص أو عدم قبول الدعوي القضائية.

خامساً/ مناهج البحث:

لقد سلكت في هذا البحث المنهج التحليلي للنصوص القانونية والبحث حول وجود تشريعات أو قوانين تنص على تنظيم الشكالية القانونية ومدى كفايتها والحاجة الى تعديلها.

سادساً/ هيكلية البحث:

- مقدمة.
- ملخص البحث.
- Research Summary
- أهمية موضوع البحث.
- أهداف البحث.
- إشكالية البحث .
- منهج البحث.
- المبحث الأول: ماهية الشكالية وأهميتها:
- المطلب الأول: تعريف الشكالية.
- الفرع الأول: تعريف الشكالية في اللغة.
- الفرع الثاني: تعريف الشكالية في الاصطلاح.
- الفرع الثالث : تعريف العقد الشكلي.
- المطلب الثاني : أهمية الشكالية ونشأتها وتطورها.
- الفرع الأول: أهمية الشكالية.
- الفرع الثاني: نشأة الشكالية وتطورها.

- المبحث الثاني: صور الشكلية.
- المطلب الأول: الشكلية الكتابية والشكلية غير الكتابية.
- الفرع الأول: الشكلية الكتابية.
- الفرع الثاني: الشكلية غير الكتابية.
- المطلب الثاني: شكلية التصرفات القانونية وشكلية التقاضي.
- المطلب الثالث: الشكلية القانونية والشكلية القضائية.
- المبحث الثالث: أسباب الشكلية وسلبيتها وأثرها على إثبات الحقوق ووسائل التغلب عليها.
- المطلب الأول: أسباب نشأة الشكلية.
- المطلب الثاني: سلبيات الشكلية وأثرها على إثبات الحقوق.
- المطلب الثالث: وسائل التغلب على سلبيات الشكلية.
- الخاتمة.
- النتائج.
- التوصيات.
- قائمة المراجع.
- فهرس البحث.
- الخاتمة.
- الاستنتاجات.
- المقترحات.
- قائمة المراجع.

المبحث الأول

ماهية الشكلية وأهميتها

المطلب الأول

تعريف الشكلية

الفرع الأول: تعريف الشكلية في اللغة:

الشكل في اللغة: من شكل الشيء: صورته، وهو صورة الشيء المحسوسة أو المتوهمة، ويراد به غالباً ما كام من الهيئات.¹ الشكل : أنه صورة الشيء المحسوسة والمتوهمة ، والجمع أشكال ،² أو هيئة الشيء وصورته ، ويقال مسائل شكلية يهتم فيها بالشكل دون الجوهر .³

قال تعالى " قُلْ كُلٌّ يَعْمَلُ عَلَى شَاكِلَتِهِ فَرَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِمَنْ هُوَ أَهْدَى سَبِيلًا " ⁴ ، قيل في تفسير شاكلته بأنه مأخوذ من الشكل ، فيقال لست على شكلي ولا شاكلتي ، فالشكل هو المثل والنظير والند والضرب ، فيكون معنى الآية أن كل واحد يعمل على ما يشاكل أصله وأخلاقه التي ألفها .⁵

الفرع الثاني

تعريف الشكل في الاصطلاح

الشكلية : هي إشتراط القيام بإجراء معين وإلا أصبح التصرف باطلاً ، وهي إستثناء عن مبدأ الرضائية الذي يعتبر هو الأساس في المعاملات .

فقد أوردت بعض الكتاب تعريفاً له تمخض في الغالب عن اعطائه معنى الشكلية التي يستلزمها المشرع في بعض التصرفات القانونية، لتفعيل الإرادة في التوصل إلى الأثر المنشود من ذلك التصرف، فهو عبارة عن أسلوب محدد للتعبير عن الإرادة يفرض بصورة إلزامية من قبل المشرع، ويكون عنصراً أساسياً في إنشاء العقد.⁶

وقد عرفت الشكلية بأنها (الأسلوب المحدد الذي يتعين أن يكون الرداء الذي تظهر به الإرادة عند التعبير عن نفسها).⁷ (الحالة التي يجازي غيابها بانعدام الأثر القانوني للتصرف).⁸ (أسلوب محدد للتعبير عن

¹ أ. لويس معلوف: المنجد في اللغة والاعلام ط (17) بيروت (1973) ص (398).

² لسان العرب : مادة " شكل " .

³ الجرجاني : التعريفات ، باب " الشين " مادة شكل ، دار الرشد للطبع والنشر والتوزيع ، ص(146) .

⁴ سورة الأسراء ، الآية (84) .

⁵ القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري المتوفي (671هـ) ج (10) ص (322) .

⁶ عبد الرشيد عبد الحافظ: التصرف الشكلي في الفقه الإسلامي (الشريعة الإسلامية)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة (2000م).

ص (27)

⁷ د. حسن معروف: فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، أطروحة دكتوراه كلية القانون جامعة بغداد (2004) ص (2)

⁸ د. نذير بن عمو: العقود الخاصة البيع والمعاوضة مركز النشر الجامعي، تونس (2007) ص (97).

الإرادة يُفرض بصورة من قبل المشرع، ويكون عنصراً أساسياً في إنشاء العقد).¹ ليتضح أن: الشكلية: هي استثناء عن مبدأ الرضائية الذي يعتبر هو الأساس في المعاملات.

ولقد اختلف الفقهاء في تعريف الشكلية :

1- فقال "جيني" : " أن التصرف الشكلي هو الذي فرض فيه الشكل تحت طائلة عدم الفعالية القانونية بدرجة ما... " .

2- ويرى "روبي" : " أن الشكلية تعني كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني ، وتحديد الوضعية القانونية للأفراد ، بوسائل خارجية كالتشكيلات و المواعيد والإجراءات " .

3- ويقول "بونكار" : بأن الشكلية : " ذات مفهوم متغير يشمل التصرفات التي تعرف عادة بالتصرفات الشكلية ، وتلك التي تخضع الشكليات خاصة والتصرفات التي تتطلب تعبيراً عن الإرادة " .

4- ويميز محمود زاوي : " بين التصرف الشكلي الذي يمثل الشكل فيه ركناً جوهرياً والتصرف الذي يتطلب شكليات ، أو بمعنى آخر التصرف الرضائي الذي يتطلب شكليات " .

5- ومن الفقهاء من يخلط بين الشكل الذي تظهر به الإرادة وهو الكلمة أو اللفظ والإشارة... إلخ، والشكلية الحقيقية، حيث يقول : "علي بن شنب": والحقيقة أننا نكون بصدد تصرف شكلي عندما يمنع المتعاقد من إختيار الطريقة التي يعبر عن إرادته وهو ما يعبر عنه مبدأ الرضائية.² وهذا الأخير الذي يترجم حرية المتعاقدين فيما يتعلق بكيفية إبرامهما لعقد قد تراجع خلال هذا القرن لأسباب تمس بمصالح فردية ومصالح عامة.

الفرع الثالث

العقد الشكلي

العقد الشكلي : هو العقد الذي لا ينعقد إلا إذا اتخذ التعبير عن الارادة شكلاً معيناً أي عبر الطرفان عن الايجاب والقبول بطريقة محددة مثل :

¹ د. عبد العزيز عبد الحافظ: التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون، النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، (2000) ص (27)

² La formeestce qui concrétisel'extériorisation de la volonté des parties op cit, p 66.

الكتابة الرسمية كما في حالة الرهن الرسمي. المادة (1/1031) مدني، والهبة مادة(1/488) مدني أو الكتابة العرفية كما في حالة عقد الشركة مادة (1/507) مدني ، وعقد الإيراد المرتب مدي الحياة مادة (743) مدني¹. ولقد أخذ بها المشرع في المادة (89) من القانون المدني حيث تنص على أن :

" يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لإنعقاد العقد " .

والأصل في العقود الرضائية ، لذلك الشكلية تكون إستثناء بنص القانون ، وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية : بأنه وأن كان الأصل أن إشتراط الكتابة في العقود الرضائية إنما يكون لمجرد إثباتها ، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع المتعاقدين من إشتراط تعليق إنعقاد العقد على التوقيع على المحرر المثبت له ، إذ ليس في هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام ، واستخلاص قصد المتعاقدين من هذا الشرط ، هو ما يستقل به قاضي الموضوع².

هو العقد الذي لا ينعقد إلا إذا اتخذ التعبير عن الإرادة شكلاً معيناً أي عبر الطرف ان عن الايجاب والقبول بطريقة محددة مثل: الكتابة الرسمية كما في حالة الرهن الرسمي.

إن مبدأ أو قاعدة الشكلية يقضى بأن الإرادة لا تنتج بذاتها أي أثر قانوني ما لم تفرغ في قالب الذي حدده القانون، وهذا المبدأ كان قاعدة أصولية في القانون الروماني، فلم تكن الإرادة المجردة من أي شكل تكفي لنشأة الآثار القانونية المطلوبة، ولا شك في أن هذا المبدأ يخالف التي تقوم عليها الشرائع الحديثة، وخاصة تلك التي تعنتق المذهب الفردي³.

فلم تكن لإرادة الطرفين أهمية في تكوين التصرفات القانونية في معظم الشرائع القديمة، بحيث لا بد من استيفاء شكليات مقرررة 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

¹د.د. سعيد جبر : مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ،(2008/2009) ، ص (26،27)

²نقض (1951/3/29) طعن رقم (26 لسنة 19ق)

³د. عبد المجيد الحفناوي: تاريخ القانون المصري مع دراسات القانون الروماني، ص (98).

الأبرز في التعاقد، حيث ساد مبدأ سلطان الإرادة، وانتشر على حساب الشكلية، فلم يعد للشكلية ذلك الدور المطلق، فالشكلية لا تكفي لانعقاد العقد، إنما لابد من تلاقى الإيجاب والقبول لانعقاده.¹

المطلب الثاني

أهمية الشكلية ونشأتها وتطورها

الفرع الأول

أهمية الشكلية

يعد الشكل من أهم النظم الإجرائية في الخصومة المدنية، فهو الذي يكون هيكلها الأساسي، ومن خلاله يعالج موضوع النزاع حتى لحظة الفصل فيه. إذا كانت الشكلية تعتبر من أهم السمات التي تميز قانون المرافعات عن غيره من سائر فروع القانون الموضوعي، فإن ذلك يبدو بوضوح بالنسبة لإعلان الأوراق القضائية².

فمتى تطلب القانون إعلان ورقة من أوراق المرافعات، وجب أن يتم ذلك بالوسيلة والكيفية التي حددها القانون. ومن ذلك - على سبيل المثال - أن انعقاد الخصومة بين طرفيها - في القانون المصري - كان مشروطاً بإعلان صحيفة الدعوى إلى المعلن إليه، ومتى تطلبه القانون فإنه يعتبر الوسيلة الوحيدة لإعلان هذه الورقة³ بحيث لا يغني عنه وسيلة أخرى مهما كان لها من قوة الدليل⁴ (ولم يعد كذلك بعد التعديل الجديد لقانون المرافعات).

• وظيفة الشكلية في القانون المعاصر:

فاشترط الكتابة الرسمية بما تتطلبه من إجراءات وما تستغرقه من وقت تتيح أمام المتصرف فرصة للتفكير الهادئ في ظروف إنشاء التصرف والموازنة المتأنية بين ما سيجلبه له من مصالح، وما يتضمنه

¹ د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، بيروت، دار إحياء التراث العربي ج (1) ص (142)

² د. عاشور السيد مبروك، نظرات في طرق تسليم الإعلان، 1987، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، رقم 1، ص 5

³ د. محمد محمود إبراهيم، أصول صحف الدعوى، دار الفكر العربي، 1986، ص 308.

⁴ د. عاشور السيد مبروك، نظرات في طريق تسليم الإعلان، 1987، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ص 6

من مخاطر بعيداً عن التهور والاندفاع والتفكير اللحظي غير المستقر ؛ فيأتي قراره بالمضي في إتمام الصفقة أكثر ملائمة وأقرب إلى تحقيق مصلحته.¹

والحكمة في إشتراط المشرع للشكل لإنعقاد بعض العقود هي تقديره لخطورتها ، وهو قد التمس في الشكل وسيلة يدفع بها المتعاقد إلى التفكير والتروي قبل الإقدام على عقد خطير ، ولم يبق في القانون الحديث إلا عدد قليل من العقود الشكلية بخلاف القانون الروماني الذي لم يكن يرتب على الاتفاق أثراً إلا إذا أفرغ في شكل معين من الأشكال التي حددها القانون ، فإذا أفرغ العقد في الشكل المرسوم أصبح ملزماً ، ولا يمكن التحلل منه بدعوى أن الإرادة معيبة أو أن سبب العقد لم يتحقق.²

فبالنسبة للمصالح الفردية : الرضائية لوحدها قد تكون خطر على المتعاقد فهي تزيد من تسرعه في إبرام العقد قبل أن تقدر الأمور حق قدرها، وقد تؤدي إلى إغفال مسائل هامة، كما تساعد في تضليل المتعاقد وإلى نشوب النزاعات حول مضمون العقد، وأحياناً حتى بالنسبة لوجوده، وفي هذا يقول "هرينج" : " الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة ".³ إذن فالشكلية كفيلاً بحماية رضا المتعاقد خصوصاً الرسمية منها وتوفر الإلتئمان والثقة بين المتعاقدين.

وبالنسبة للمصالح العامة : الشكلية تمكن الدولة من مراقبة أنواع معينة من التصرفات، كما أن الشكلية تحقق إيرادات للخزينة العامة عن طريق الضرائب التي تلحق بنقل الثروات وعمليات التسجيل، كما تستدعي التجارة الداخلية والخارجية، كذلك بعض الضمانات بخصوص الوفاء بالدين.⁴ لقد كانت هذه الانشغالات الجديدة وراء تراجع الرضائية وظهور صور جديدة ومختلفة للشكلية. الصورة الغالبة للشكل في التصرفات الشكلية في القانون الحديث هي إشتراط الكتابة لإنشاء التصرفات سواء كانت رسمية أم عرفية ، وإلى جانبها توجد صور أخرى من الشكلية كإشتراط تسليم الشيء محل التصرف ، أو إشتراط التعبير الصريح.⁵

المطلب الثاني

نشأة الشكلية وتطورها

¹ د. عبد الرشيد عبد الحفيظ المرجع السابق ، ص (421) .
² أ.د . محمود عبد الرحمن – النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الأول ، مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، ص (29)
³ نسيم حشود: الشكلية في البيع العقاري (دراسة تحليلية) – رسالة ماجستير- فرع عقود ومسؤولية – كلية الحقوق – جامعة الجزائر – 2003/2002-ص(9)
⁴ المرجع السابق ص (9)
⁵ د. عبد الرشيد عبد الحافظ : التصرف الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون (دراسة مقارنة) السنة (2000م) ص (47) .

الفرع الأول

نشأة الشكلية

لقد نشأت الشكلية في التصرفات القانونية والإجراءات القضائية على حد سواء وذلك منذ زمن بعيد في المجتمعات البدائية من فكرة تحديد شخص للتقاضي كشيخ القبيلة وبعد ذلك تخصيص مكان للتقاضي خيمة شيخ القبيلة وبعد أن ازداد عدد المتقاضين تم تحديد مواعيد لجلسات التقاضي.

إذ يتضح أن الشعوب والحكومات القديمة قد ارتبطت في البداية بالعناصر المادية للأشياء، ولذلك ظهرت فكرة الشكلية لتجسيد المعاني، ويتضح أن القانون كان يتمثل في مجموعة من الأماكن والأشخاص والأوقات والحركات التي يجب أن يتم القيام بها من أجل القيام بالتصرف القانوني لذلك كان لكل عمل قانوني شكل محدد ينبغي أن يتم مراعاته.

ولم يلجأ المشرع في المجتمعات البدائية إلى استخدام هذه الشكلية بطريقة تعسفية، لأنها نشأت من قبل من حياة الشعب نفسه، ولأنها تستجيب لحالة المدنية في هذه الفترة، لأنها توجد في ميادين أخرى كالدين والحياة الخاصة والحياة العامة كما هي في القانون.¹

كما أنها تمتد بجذورها إلى فلاسفة اليونان، حيث كانوا يربطون القانون بالقوة ويعتبرون أن أصل القانون إرادة السلطان²، وأيضًا إلى فقهاء القانون الروماني، كما أنها تمتد بجذورها إلى أعمال ميكافيل (1469-1527)، وبودان (1530-1596)، وهوبز (1588-1679)، وبوسيت (1627-1704)، إذ أنهم يعتبرون أن المصدر الوحيد للقانون الوضعي هو إرادة الأمير، وأن القانون الوضعي هو القانون الوحيد، أما القانون الإلهي أو القانون الطبيعي فليس لهما إلا خصائص أخلاقية، ولا تشكل القانون أو أي جانب من جوانبه.³

فإذا كانت الشكلية ليست ظاهرة قانونية بحتة، وإنما هي ظاهرة عامة في تاريخ الحضارة، فإن الأسباب التي أدت إلى ظهورها تختلف باختلاف المجال الذي تعمل فيه.

¹ د. محمد جمال عيسى، المرجع السابق، ص(12)

² د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، مطابع دار النشر للجامعات المصرية القاهرة، ط4، 1961، ص(392)

³ د. محمد جمال عطية عيسى، المرجع السابق، ص(13).

القانون ظاهرة اجتماعية متصلة الحلقات بالماضي، وهو في حاضره لا يمكن أن يفهم فهماً صحيحاً إلا بالكشف عن ماضيه، وقد أثبتت البحوث التاريخية أن النظم القانونية ما هي إلا مرحلة من مراحل التطور القانوني التي بينت على ما سبقها وتكون أساساً على ما يعقبها من مراحل.¹

يعتبر القانون الروماني مصدراً تاريخياً لمعظم القوانين اللاتينية الحديثة، ولهذا فإن دراسة القانون الروماني في هذا الصدد تثري الدراسة القانونية، وله أهمية كبيرة في إيضاح وتفسير أسس نظرية سلطان الإرادة في القوانين الحالية، فالقانون الروماني يحظى باهتمام فقهاء القانون لأن دراسة القانون الروماني لازمة لفهم القانون الخاص المباشر ومما لا شك أن القانون الروماني يتضمن بعض النظريات القانونية التي كان يجهلها القانون الروماني، بيد أن معظم القواعد القانونية والمبادئ الأساسية التي تكون الهيكل العام للفكر القانوني الأوربي المعاصر ما زالت رومانية، سواء من حيث مدلولها أو صياغتها أم اصطلاحاتها.²

إن تاريخ القانون كعلم يعتبر جزءاً لا يتجزأ من المنظومة القانونية وأحد المصادر الأخرى للقانون المدني، حيث أظهر ابن خلدون آراءه في الأحداث التاريخية المتتابعة والواقعات المتتالية على مر الأجيال، وأن الجانب الفلسفي في فكره يتمحور من خلال الشكل والمضمون، أي من حيث الذات والموضوع والجوهر والظاهر والصور والتطور في إطار واقعي قانوني وعقلاني في تطور المجتمعات.³

حيث تختلف كل مرحلة من مراحل تطور القانون الروماني عن المرحلة الأخرى بمميزات عديدة، وفي الغالب يسود كل مرحلة جديدة أسلوب الأفضلية عن سابقتها وذلك بوجود صبغة جديدة ومميزة، وهذا ما عكس على المجتمع تطوراً في القاعدة القانونية الجديدة، ولو نظرنا إلى نظام الحكم الملكي كيف تحول إلى جمهوري ثم إلى نظام حكم مطلق وهذا يكفي كدليل لتطور القانون الذي لامس الواقع الاجتماعي.⁴

الشكلية كغيرها من المواضيع مرت بمراحل عبر العصور وذلك إنها ظهرت بشكل جلي في التشريعات القديمة، حيث كانت وظيفتها آنذاك لا تتجاوز كونها وسيلة لإخراج الأفكار والقيام بشكليات معينة ومع تطور العصور أصبح من الضروري تغيير الشكلية من وضعها البدائي إلى شكل جديد يتماشى مع

¹ د. مصطفى فاضل كريم الخفاجي: تاريخ القانون في المجتمعات القديمة، مجلة مركز بابل، المجلد الثالث، العدد الثاني، ص (2).

² أ.د. صوفي أبوطالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية – دار النهضة العربية (1986) ص (329).

³ إبراهيم عبد الله عيسى: المنهجية العاصرة لابن خلدون، ط (1) صنعاء (2006) ص (56).

⁴ د. محمد عبد الحميد عبد المجيد العلوي: أهمية القانون الروماني ومراحل تطوره – مجلة تهامة العدد (10) العراق ص (143)

التطور الفكري والثقافي ورواج التجارة والاقتصاد مما استوجب اعتماد الشكلية كضمانة لحماية حقوق المتعاقدين.¹

ولكنه اتسم بالشكلية المغالى فيها في بداية تطوره، وقد كان من نتيجة ذلك أن التصرفات التي يبرمها الأفراد لا ترتب آثارها إلا إذا انصبت في أحد قوالب الشكلية التي نص عليها القانون الروماني، ويلاحظ في هذا الصدد أن الشكلية لم تكن نتاج إرادة المشرع بقدر ما كانت تعبير عن ضرورة اجتماعية، وقد ترتب على ذلك أن مجرد إرادة الطرفين المتعاقدين لا تكفي في ذاتها لإبرام التصرف القانوني، لذلك تعتبر الشكلية حجر عثرة أمام مبدأ الرضائية.²

وإذا كانت الرضائية تشكل القاعدة العامة التي تحكم التصرفات القانونية في النظم الحديثة، فإن الشكلية أصبحت هي الاستثناء فيها، وقد اقتصر على الأشكال التي فرض المشرع إتباعها لإنتاج التصرف آثاره القانونية، بحيث أنها تشكل في مجملها قيوداً على إرادة الأفراد لا يملكون إزاءها حرية الاختيار، ولا يكتمل التصرف القانوني بانعدامها.³

الشكلية في النظام القضائي الروماني:

في هذا النظام لم يكن هناك "دعوى تمثل طريقاً عاماً يسلكه الأفراد للمطالبة بحقوقهم" ولكن تعددت طرق التمسك بالحقوق أمام القضاء⁴، ففي هذا النظام الإجرائي اختلطت فكرة الدعوى بفكرة الحق حتى قيل بأنه "لا دعوى بغير حق" فالدعوى كانت تقتض الوجود المسبق للحق.⁵

وفي مثل هذه الإجراءات الشكلية والشفوية، لا يمكن الكلام عن تسبب الأحكام.⁶ ذلك لأن الحكم "لم يكن يتضمن أي استدلال قانوني، ولم يكن سوى مجرد تأكيدات مختصرة⁷، فالقاضي لم يكن يفصل في ادعاء، فالدعوى لم تكن ملزمة بالفصل فيه على أي نحو، لكنها كانت سلطة إلزامه بالحصول على الحق وحمايته، لأنه قائم فعلاً قبل إقامة الدعوى"⁸.

¹ الباحثة/ لطيفة دحماني: الشكلية في مادة العقود المدنية، رسالة ماجستير، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان (2003) ص (1)

² أ.د. عبد المنعم درويش: الوجيز في القانون الروماني، ج (1) نظرية الالتزامات ط (1) دار النهضة العربية ص (116).

³ د. وسن قاسم غني: الشكلية الاتفاقية في العقود، ص (7).

⁴ د. وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، 1978، دار النهضة العربية، ص 439

⁵ د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية، بدون تاريخ، رقم الإيداع 1986/4996

⁶ CHEVALLIER (B) : Le motivation des actes juridictionnels, These, rennes, 1974, n 2, p.207.

⁷ د. عزمي عبد الفتاح، تسبب الأحكام وأعمال القضاء، الطبعة الأولى، 1983، ص 26

⁸ د. عزمي عبد الفتاح، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى، المرجع السابق، ص 20

الشكلية في نظام دعاوى النماذج:

ظهرت دعاوى القانون بإجراءاتها الشكلية القاسية قرابة خمسة قرون، خضعت خلالها لتعديلات استهدفت التخفيف من جمودها، ذلك أنه بسبب التغيرات التي طرأت على المجتمع الروماني، أصبح نظام دعاوى القانون فارغاً لتعاضد دور الشكلية فيه¹. ولذلك ظهر نظام دعاوى النموذج لتلاقي صعوبة استخدام الصيغ الشفوية القديمة².

وتتلخص الإجراءات في هذا النظام في "نموذج" يدون فيه أقوال المتقاضين الشفوية في مصطلحات يصيغها القاضي بنفسه³. فكان على المدعي أن يختار من بين النماذج التي يعلنها " البريتور " النموذج الذي يتطابق مع دعواه، والخطأ في هذا الاختيار كان يعني خسارة الدعوى⁴.

وكان النموذج في هذه الإجراءات ملزم للقاضي والخصوم، فكان القاضي يحكم بناء عليه مهما جاء به من أخطاء، وحتى لو تغير مركز الخصوم وقت صدور الحكم⁵.

الشكلية في نظام الدعاوى غير العادية:

يعتبر هذا النظام أكثر النظم الإجرائية بساطة ومرونة في القانون الروماني القديم. فقد تحررت الإجراءات فيه من الشكلية تقريباً، وترتب على ذلك أن تغير معنى الدعوى فأصبحت حقا مشتقاً من القانون ذاته ولم تعد تعني مجرد الإشارة إلى الشكل المقدس أو التصريح بالدعوى من " البريتور"⁶. ولم يعد القاضي مقيداً "بنموذج" شكلي مثلما كان من قبل، واتسعت سلطاته بدرجة كبيرة⁷.

وأخيراً يمكن القول بأن الشكلية في الإجراءات المدنية في القانون الروماني القديم اتجهت في تطورها نحو البساطة والمرونة، ومن الشفوية الكاملة إلى الإجراءات المكتوبة وأخيراً اتجهت إلى أن تكون إجراءات رسمية بمعنى الكلمة⁸.

¹ د. فتحي والي، مرجع سابق، رقم 105، ص195.

² VILLEY: Op.cit, P.25

³ GIFFARD; OP. cit, p.61

⁴ REPERTOIRE DALLOZ, op. Cit, v.action.sect.1, n 17, p.10

⁵ د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، رسالة جامعة القاهرة سنة 1959، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص198.

⁶ Repertoite Dalloz, Precite, v. action sect. 1, n 28, p12

⁷ GIFFARD: Op. cit, p. 129

⁸ د. محمد الصاوي مصطفى إبراهيم، المرجع السابق، ص27

الفرع الثاني

تطور الشكلية

مع بداية القرن التاسع عشر، ومع ازدهار المجتمع الرأسمالي واستقرار العلاقات الاجتماعية فيه استقر المنهج الشكلي¹، حيث اندمج القانون الطبيعي مع القانون الوضعي في وحدة واحدة، وتمثل المعيار الأوحد لمصلحة القانون، قواعد القانون الوضعي في كون هذا القانون صادرًا من السلطة السياسية العليا في المجتمع، ومع تبلور نظرية التقنين la codification انعطف إطار فلسفة القانون نحو الفكر الوضعي ممثلًا في ظهور اتجاهات تفصل القانون عن كافة المؤثرات الخارجية مثل الوسط الاجتماعي والأخلاق والقانون الطبيعي والدين وتتناوله كوحده قائمة بذاتها، أصلها إرادة المشرع وشكلها القاعدة القانونية، حتى وصلنا إلى مرحلة تقديس النصوص القانونية، حتى ولو تناقضنا مع الوسط الاجتماعي والديني والثقافي للمجتمع.²

ظهرت مدرسة الشرح على المتون Ecole de l'exegeses | غداة وضع التقنين المدني الفرنسي عام 1803، وقد سميت هذه المدرسة بهذا الاسم لأن فقهاء يشرحون نصوص القانون نصار عليهم الاعتقاد بأن النصوص قد حوت كل شيء لما هو موجود وما سوف يستجد ، وبوجه عام لم تفرط في شيء، ومن هنا ليس أمام الفقيه إلا أن يعرض هذه النصوص ويفسرها نصًا، ورغم أن هذه المدرسة قامت على يد فقهاء القانون المدني، إلا أنها " غرت فقهاء كثيرين في فرنسا، فقاموا باتباعها في سائر فروع القانون، مثل جيز jeze في القانون الإداري، ومارسيل فالين Walline وباستيد Bastide وشارل روسو في القانون الدولي و Car Malberge وجورج ريبير Ripert ، وهذه المدرسة مرت حياتها بثلاثة مراحل تاريخية كالآتي: الأول: عصر البناء والظهور (1830-1880) الثالث: عصر الانهيار (1880-1900).³

ولم تظهر مدرسة الشرح على المتون من فراغ، بل انها تمثل أحد ردود الفعل العكسية على فلسفة القانون الطبيعي، التي سادت في فرنسا طوال القرن السابع عشر والثامن عشر، وأيضًا كوسيلة استعملتها الدولة لتحريم الفكر، وإيقاف حركة تطوره من أجل المحافظة على قانونها من أجل البقاء على هيمنتها، وكما

¹ د. محمد نور فرحات، الشرعية والمصلحة الاجتماعية، المجلة الجنائية القومية، مارس- يوليو 1976، ص(183).

² د. محمد نور فرحات، الفكر القانوني والواقع الاجتماعي، ص (73)

³ د. فايز محمد حسين : المرجع السابق ، ص(227).

قال البعض، إن النظام الإمبريالي في ذلك الوقت ابتغى إزالة كل اتجاه فلسفي تحرري بوصفه يمثل خطراً على سلطة الدولة، وحيث مدرسة الشرح على المتون بكل النصوص مركب النصوص مركب أمين تجر فيه البرجوازية بأسطة شراع الشكلية¹.

قامت مدرسة الشرح على المتون على مجموعة من الأسس هي:

أ-تقديس النصوص التشريعية: Le culte du texte de loi:

لا تعرف هذه المدرسة إلا نصوص التشريع مصدرًا للقانون بوصفها احتوت على كل شيء، ومن هنا يجب على الفقيه الوقوف عند النصوص دون البحث فيما ورائها، وهذا المبدأ اعتنقه قولاً وفعلاً، فقد قال: Bugnet إنني لا أعرف القانون المدني إنما أدرس قانون نابليون Je ne connais pas le droit civil je n enseigne que le code Napoleon ، وقال ديمولومب: إن شعاري والعقيدة التي أؤمن بها " أن النصوص قبل كل شيء " . les textes ont avant tout ونتيجة لعبادة النص فقد انكر أنصارها أية دور للقاضي، بل إن القاضي عليه الخضوع للنصوص والحكم بمقتضاها وليس الحكم عليها فكما قال مورلون: Un bon magistrat humilie sa raison devant celle de la loi car il est institue pour juger selon elle et non pour la juger²

ب-العبرة بنية المشرع المفروضة أو الحقيقة:

إن تفسير نصوص التشريع يجب أن يتم في ضوء المشرع والعبرة بنيته وقت وضع التشريع لا بالنية المحتملة وقت تطبيق التشريع، وإذا تغيرت الظروف بحيث أن الظروف لا تتطابق مع نية المشرع، فلا يمكن تأويل نية المشرع والأخذ بفكرة النية المحتملة، لأن ذلك انحراف في التفسير، أما في حالة كون نية المشرع الحقيقية غير واضحة ففي هذه الظروف يلجأ فقهاء الشرح على المتون إلى إرادته المفترضة وتستخلصها من روح التشريع والمصادر التاريخية وكذلك الأعمال التحضيرية³.

ج- حصر القانون في إرادة المشرع:

¹ د. ثروت أنيس الأسيوطي: " المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، ص(429).

² د. فايز محمد حسين : المرجع السابق ص(137)

³ د. سليمان مرقص، الوافي، ج(1)، ص(367)

هذه المدرسة لم تر قانوناً إلا القانون الذي صدر من الإرادة المشرعة ومن هنا لم تعد بمصادر القانون الأخرى، بل إن القانون هو التشريع Loi فالعرف مثلاً لا يعتبر مصدرًا للقانون إلا إذا أجازته المشرع، ففي حالة إجازته هذا يعني اعتراف المشرع به.¹

وبمعنى آخر تعتبر هذه المدرسة ان التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، فالتشريع في نظرها يحتوي على كافة القواعد القانونية اللازمة لحكم كل ما يمكن أن يقع في الدولة من وقائع وأحداث، وإذا بدا للقاضي أو للفقيه يوماً أن هناك حدثاً أو واقعة ليس له حكم في التشريع، فما ذلك إلا نتيجة لعجزه عن استنباط هذا الحكم من التشريع.² وفي مجال الإجراءات المدنية، يمكن القول بأن ظهور الشكلية كان له أساسه التاريخي والذي يمكن رده إلى سببين وهما: تهذيب المبارزة القضائية والقصور الأصلي في لغة الإنسان في بداية تاريخه.³

أولاً: تهذيب المبارزة القضائية:

في بداية تكون الجماعات الإنسانية، اختلطت فكرة الحق بفكرة القوة، بحيث كان اقتضاء الإنسان حقه بنفسه هو القاعدة، فقد كان من الصعب عليه آنذاك مواجهة منازعاته حول الحق بغير وسيلة القوة التي تمثلت في معركة حقيقية قد تصل نتائجها إلى حد فقدان الحياة.⁴

ثانياً: قصور اللغة:

يعد قصور لغة الإنسان في المجتمعات القديمة أحد الأسباب التاريخية لظهور الشكلية. ذلك أنه في ظل لغة قاصرة عن الوفاء بحاجة التعبير، وأمام ضرورة التفاهم بين الأفراد، اتجه الانسان نحو المظاهر الشكلية، وارتبط بالعناصر المادية للأشياء، وبالصور المحسوسة لها.⁵

الأساس الفلسفي للشكلية بمفهومها العام:

¹ د. فايز محمد حسين : المرجع السابق، ص(230)

² د. مصطفى الجمال: تجديد النظرية العامة للقانون، ص(258)

³ المرجع السابق : ص (259)

⁴ د. محمد الصاوي مصطفى إبراهيم، الشكل في الخصومة المدنية في التشريع المصري والفرنسي، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ص(6)

⁵ د. محمد الصاوي مصطفى إبراهيم، المرجع السابق، ص(8)

حيث تعتبر الشكلية ظاهرة طبيعية ضرورية في حياة الجماعة الإنسانية، وذلك لأنها تتفق والحاجة إلى نظام اجتماعي ثابت ومستقر، كما أنها تساعد على تحري الحقيقة إذ ليس أمام الإنسان إلا المظاهر الخارجية لتقوده نحوها.

أساس الفن القانوني:

وإذا كان " الفن القانوني" يقوم على استخلاص المبادئ وتغليفها بالشكل اللازم لتلبية احتياجات الجماعة، وكان هذا الفن ليس شيئاً آخر غير الشكل، فإن الشكلية الإجرائية لا تخرج عن كونها وسيلة "فنية" في خدمة المبادئ. ويتكون الفن القانوني عند "QUq" من مجموعة الوسائل التي تضمن تطبيق القانون بطريقة سريعة وكاملة، ويرى "GENY" أن وسائل الفن القانوني هي الشكلية "Le formalism" والعلنية "La puplicite" والحيل "Les fiction" والقرائن "Les Preptions" واللغة "La langage"، وعلى هذا تكون الشكلية أحد أساليب الفن القانوني.¹

الفرق بين الشكلية قديماً وحديثاً:

فالمشرع الحديث لم يعد يفرض الاشكال إلا لغاية محددة. وتبعاً لمقتضيات التنظيم القانوني. وما يطرأ على المجتمع من تقدم وتطور، وقد ساعد على ذلك أمرين:

الأول: تباين الشكلية في مظاهرها بحيث يجب أن تؤخذ من بين أساليب الفن القانوني الجيد.

الثاني: اتجاه الأساليب الفنية نحو التخصص التباين في النظم المختلفة للعلوم القانونية.

الفرع الثاني

¹ المرجع السابق، ص (15، 16)

تطور الشكلية

مع نهاية القرن الثامن عشر، اتسعت دراسات فلسفة القانون، وتأثرت بالفلسفات السياسية والاجتماعية السائدة، وهذا ما جعلها تتراوح بين الشكلية والغائية، فاتجهت في بداية الأمر نحو الشكلية الصارمة، تحت تأثير الأيدولوجية السياسية الفردية، وترتب على ذلك تقهقر الإطار المثالي لفلسفة القانون بالإضافة إلى إنكار فكرة القانون الطبيعي، ثم بدأت تتجه شيئاً فشيئاً نحو نبذ الشكلية والاتجاه نحو الغائية، وهذه الغائية اتسعت شيئاً فشيئاً مع مرور الوقت.¹

علاقة القانون بالمجتمع: ومن الثابت ان القانون مرآة تعكس فلسفة المجتمع، والفكر هو الذي يرصد بقرائحه اتجاهات المجتمع؟ ويحاول إدخالها إلى دائرة التنظيم السياسي والقانوني.

فالفكر القانوني -على مدار تاريخه الطويل- هو صورة لاستجابة العقل الإنساني للواقع الاجتماعي، ولكن يلاحظ أن هذه الاستجابة والتأثير المتبادل بين الفكر والواقع لا تسير في حالة اضطراب تام فهي ليست كالعلاقة بين السبب والنتيجة في العلوم الطبيعية. إذ تتوقف درجة مرونة العلاقة بين الفكر القانوني والواقع الاجتماعي، حسب تركيبة هذا الفكر من ناحية الأيدولوجية السياسية والدينية التي ينطلق منها، ومجموعة الأسس والأهداف التي يرمي إلى الدفاع عنها من ناحية أخرى.²

ومن هنا فالقانون يجب ان يفي بالمتطلبات المادية للإنسان وتأمين سعادته المحسوسة، وهذا التأمين يكون عن طريق أن القانون (وكذلك الدولة) يجب عليها جلب أكبر نفع ممكن للفرد ودرء أكبر ضرر ممكن عن الفرد.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن بنتام قد رأى أن مبدأ المنفعة يمثل بديلاً أساسياً وملائماً لفكرة العقد الاجتماعي، حيث اعتقد أن فكرة العقد الاجتماعي فكرة مجازية لا أساس لها، ولم يثبت التاريخ صحتها، ولهذا فهي لا تصلح سنداً لتقييم أساس وجود القانون والدولة، ولهذا فإن البديل الحقيقي لها - في رأيه - هو الاعتماد على مبدأ المنفعة، بوصفة حقيقة واقعة نفسر بها أساس وجود القانون والدولة.³

¹ د. فايز محمد حسين: فلسفة القانون، دار الكتاب الجامعي، الاسكندرية ط (2009) ص (23).

² المرجع السابق: ص (238)

³ المرجع السابق ص (248)

ومن جهة أخرى، يرتبط تطور القانون بتطور المنافع التي يهدف الأفراد إلى الحصول عليها وليس تبعاً لتغير بعض الظروف الطبيعية كما يعتقد المفكر الفرنسي مونتسكيو Montesqueeu فلم يقتنع بنتام بوجهة نظر الفيلسوف الفرنسي مونتسكيو بأن القوانين تختلف حسب ظروف المناخ والطقس والتربة، حيث رأى بنتام Bentham أن القانون لا يحكم تطوره إلا مبدأ المنفعة، وهو المبدأ الذي يحكم القاعدة القانونية من نشأتها إلى زوالها.¹

المبحث الثاني

صور الشكلية

للكشكلية صور مختلفة بسبب مصدرها فقد تكون شكلية اتقافية إذا كانت نابعة من اتفاق بين طرفين أو شكلية قانونية إذا طلبها القانون شكلاً معيناً كالتوثيق والشكلية القضائية هي الإجراءات اللالزم اتباعها أثناء نظر الدعوى أما الشكلية الفقهية فالمقصود منها الطريقة المتبعة لتفسير النص القانوني وتفصيل ذلك على النحو التالي: -

المطلب الأول: الشكلية المباشرة والشكلية غير المباشرة.

المطلب الثاني: شكلية التصرفات القانونية وشكلية التقاضي.

المطلب الثالث: الشكلية القانونية والشكلية القضائية.

المطلب الأول

الشكلية المباشرة والشكلية غير المباشرة.

يمكن تقسيم الشكلية من حيث كونها مباشرة تنصب على ذات التصرف إلى شكلية مباشرة وشكلية غير مباشرة. ومن ثم فإن البحث عن شكل التصرف من ناحية إذا كان بأسلوب شفوي أو كتابي في الخصومة

¹ د. احمد حسن، غاية القانون، ص(153).

لا ينصب على الموضوع وإنما على أسلوبه وطريقته ، ولهذا فإن تقدير قيمة الطريقة يكون بالرجوع إلى هذه المبادئ من أجل تخطي النطاق الخاص للأشكال والوصول إلى موضوع التصرف.

فالكتابة أحد العناصر شكلية في التصرف أو الخصومة، مثلها مثل كل قواعد الإجراءات، ترتبط باحترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة، وليس هناك أدنى شك حول هذه المبادئ الأساسية، ولكن المشكلة هي اختبار أفضل الطرق لتحقيقها.¹

قد يقتضي الغرض المراد تحقيقه إفراغ العقد في شكل معين وهذا ما يعرف بالشكلية المباشرة، وقد يكتفي المشرع بعرض بعض الإجراءات السابقة أو اللاحقة للتصرفات القانونية، وهذه هي الشكلية غير المباشرة.

الشكلية الكتابية:

ويقصد بها تلك التي تكون ركنا في العقد، والمقصود بالشكلية كركن في العقد هو ذلك التصرف القانوني الذي يكون فيه الشكل ركنا من أركانه إذ لا بد منه لقيام التصرف وبالتالي يشترط في العقد الشكلي، إضافة إلى التراضي والمحل والسبب، ركن رابع هو ركن الشكلية.

وتدعى هذه الشكلية بالمباشرة لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني، حيث يترتب عن انعدامها انعدام التصرف إذ يقول محمود زاوي :

" بأن هناك تلازم بين الرضا والشكل وتأثير متبادل بينهما، فدور الإرادة هو تحديد الآثار الموضوعية للتصرف بينما يتولى الشكل إبراز هذه الوقائع بصورة معينة فالشكل ليس هو العنصر الوحيد في التصرف بينما يتولى الشكل إبراز هذه الوقائع بصورة معينة، فالشكل ليس هو العنصر الوحيد في التصرف الشكلي كما كان الوضع في الشرائع القديمة بل لا بد من وجود الرضا ".

الفرع الأول

الشكلية المباشرة

تنقسم الشكلية المباشرة في الكتابة الي ركن الشكل كتابة رسمية، وقد تكون كتابة عرفية، وتفصيل ذلك على النحو التالي:

¹ د. محمد الصاوي مصطفى إبراهيم، المرجع السابق، ص (128).

أولاً: الكتابة الرسمية : (ركن الشكل في العقود الشكلية)

عرف المشرع العقد الرسمي في المادة 324 من القانون المدني الجزائري على أنه: " عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه "، وهذه المادة تعالج في الواقع مسألة الإثبات، وقد كانت قبل سنة 1988 تشير إلى الورقة الرسمية إذ كان نصها: " الورقة الرسمية هي التي تثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة..."¹، أما النص الحالي للمادة يشير إلى العقد الرسمي¹.

ويجب التمييز في هذا الصدد بين الكتابة المشترطة لانعقاد العقد والكتابة المشترطة فقط لإثباته، ففي الحالة الأولى: إذا تخلفت الكتابة، لن ينعقد العقد، أو يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، أما في الحالة الثانية: فإن العقد ينعقد صحيحاً متى توافرت أركانه وشروطه وعدم كتابته سيشكل فقط صعوبة في إثباته أخرى كالإقرار أو اليمين.² ويتضح مما سبق أن للعقد الرسمي ثلاثة شروط:

الشرط الأول: صفة محرر المستند.

الشرط الثاني: الاختصاص.

الشرط الثالث بالأشكال القانونية الواجب إتباعها.

الشرط الأول: صفة محرر المستند: يشترط في المستند الرسمي أن يكون محرراً من قبل موظف عمومي بخدمة معينة (كاتب العدل - موظف الشهر العقاري)

وقد ورد تعريفه في المادة الأولى في فقرتها 2 من الأمر 66-133 المؤرخ في 02/06/1966 المتضمن القانون الأساسي للوظائف العمومي " يعتبر موظفين الأشخاص المعينون في وظيفة دائمة الذين رسموا في درج التسلسل في الإدارات المركزية التابعة للدولة والمصالح الخارجية التابعة لهذه الإدارات، والجماعات المحلية، وكذلك المؤسسات والهيئات العمومية حسب كفايات تحدد بمرسوم"³

الشرط الثاني: الاختصاص:

¹ القانون المدني الجزائري - المادة (324)

² د. سعيد جبر: المرجع السابق، ص (27).

³ القانون المدني الجزائري

بالإضافة إلى إشتراط صفة الموظف العمومي أن يكون الموظف مكلف بخدمة عامة وفقاً للاختصاص الإقليمي، والنوعي حيث أن الموظف العمومي ينبغي أن يتقيد بحدود سلطته واختصاصه وفقاً للزمان ساعات العمل الرسمي وكذلك فلا يجوز تقديم الخدمة في غير دائرة الاختصاص فإذا كان مختص بالعمل في محافظة القاهرة فلا يقدم الخدمة في محافظة الإسكندرية.

الشرط الثالث : الشكل القانوني:

إن الشكل التي يفرضه القانون ينبغي أن يتم الالتزام به حتى يكون التصرف صحيحاً منتجاً لآثاره كالالتزام بالنموذج المحدد وملء البيانات المطلوبة أمام الموظف المختص بحيث إن الإغفال الكلي لهذه الشكلية يبطل التصرف ولا يترتب عليه أثر. بينما الإغفال الجزئي للشكلية لا يبطل التصرف وإنما يفقد صيغته الرسمية.

ثانياً: الكتابة العرفية :

وهو العقد الذي يتولى المتعاقدان كتابته وتوقيعه ويتمثل ركن الشكلية في هذا النوع من العقود في الكتابة العرفية لا غير.

ولقد نصت المادة 327 من القانون المدني: " يعتبر العقد العرفي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خطأ وإمضاء... " وقد ورد في قرار المجلس الأعلى الصادر في 28 أبريل 1982 ما يلي : "حيث أن العقد العرفي المتنازع فيه والموجود في حوزة الطاعنة يحمل توقيعاً منسوباً إلى موساوي حساني الطرف الآخر"¹

يتضح من خلال النص سالف الذكر أن العقد العرفي ينبغي أن يتوفر فيه شرطين:

الشرط الأول : أن يكون العقد مكتوب.

الشرط الثاني : أن يكون العقد موقعاً من الطرفين.

الشرط الأول : أن يكون العقد مكتوب.

¹ القانون المدني الجزائري- المادة (327)

حيث يشترط أن يكون العقد مكتوب وموقع عليه إلا أن هذا الشرط قد يكون أحياناً صعب التحقيق ما إذا كان المتعاقد أمياً أو تعاقد بواسطة وكيل، لذلك يمكن أن يوقع الطرفان على كل صفحات العقد حيث يدل ذلك على الاطلاع على العقد بشكل كامل والموافقة عليه. وفقاً للقانون المصري المادة (90) التي تنص على أن:

(1) التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود .

(2) ويجوز ان يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً).¹

الشرط الثاني : التوقيع :

المقصود بالتوقيع هو الإمضاء، فهو علامة مميزة لصاحبها يعرف بها صاحبها وتتمثل في كتابته بخط اليد اسمه ولقبه ويتم تسجيله في البنك. ويفيد التوقيع قبول المتعاقد على ما ورد في هذه المستند الموقع عليه.

وقد يشمل التوقيع الإسم واللقب كاملين، وقد تقتصر على كتابة الحرف الأول من الإسم وكتابة اللقب كاملاً . أما المشرع فلم يحدد كيفية التوقيع فقد يكون نقش يدل على الشخص بأول حرف من الاسم الأول للشخص.

وعندما يكون العقد ملزماً لجانب واحد فيتم الاكتفاء بتوقيع المدين يكون كافياً، وبعد التوقيع يتم الالتزام بمضمون العقد العرفي. يتضح من خلال ذلك أن التوقيع يعتبر أمراً جوهرياً لنشأة العقد العرفي، بحيث لا يمكن الاستغناء عنه، لأن انعدامه يفيد انعدام العقد .

وعندما يتعذر على المتعاقد التوقيع على العقد لكونه أمياً، أو لعاهة جسمانية تمنعه من ذلك، يتم استبدال ذلك ببصمة الأصبع وخاصة بصمة الأصبع الإبهام لليد اليمني.

وفقاً للقانون المدني المصري : المادة 101 التي تنص على أن :

¹القانون المدني المصري.

- (1) الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بأبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد ، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه، والمدة التي يجب ابرامه فيها .
- (2) وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته ايضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بأبرام هذا العقد).¹

الفرع الثاني

الشكلية غير المباشرة

المقصود بالشكلية غير المباشرة أنها شكلية لا تتصل بالتصرف القانوني بشكل مباشر لذلك فهي لا تؤثر على صحة التصرف ولكن عدم مراعاتها يؤثر على نفاذ العقد وسريانه، وغالباً ما تتعلق هذه الإجراءات بمسائل مختلفة منها قواعد شهر التصرف وطريقة الإثبات وتتمثل هذه الشكلية في مختلف الإجراءات التي يفرضها القانون بإجراءات شكلية غير مباشرة للتصرف، وتفصيل ذلك كالتالي .

أولاً: قواعد شهر التصرف :

تتم عملية الشهر التصرف القانوني بطرق مختلفة تبعاً لأهمية التصرف القانوني، وأهمها التسجيل في الشهر العقاري وذلك لأن العقد يرتب التزامات بين المتعاقدين دون غيرها وفقاً لنسبية أثر العقد على أطرفه كأثر إيجابي، وكذلك أثر سلبي على الغير بالامتناع عن التعدي، بمعنى آخر أنه لا يمكن للغير تجاهل التصرفات القانوني الذي تم شهره، بحيث يحتج بهذا التصرف المشهر قبل الغير وقد يترتب على عدم القيام بشهر التصرف الاعتداد به بين أطراف التصرف وكذلك في مواجهة الغير.

ثانياً: طريقة الإثبات:

لقد حدد المشرع طرق معينة لإثبات التصرف وذلك بوضع قواعد ينبغي مراعاتها لإثبات التصرف وذلك على خلاف الوقائع القانونية التي يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، فإن إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على مبلغ معين ينبغي أن يتم بشكل معين وفقاً لنظام الإثبات السعودي² المادة (66) التي تنص على أن:

¹ القانون المدني المصري.
² نظام الإثبات السعودي

1. يجب أن يثبت بالكتابة كل تصرف تزيد قيمته على (مائة ألف ريال أو ما يعادلها) أو كان غير محدد القيمة.

2. لا تقبل شهادة الشهود في إثبات وجود أو انقضاء التصرفات الواردة في الفقرة (1) من هذه المادة، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

3. يقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف بغير ضم الملحقات إلى الأصل .

4. إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بشهادة الشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على (مائة ألف ريال أو ما يعادلها)؛ ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على تلك القيمة، أو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات ذات طبيعة واحدة .

5. تكون العبرة في إثبات الوفاء الجزئي بقيمة الالتزام الأصلي).

وكذلك المادة السابعة والستون من نظام الإثبات السعودي التي تنص على أن: لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد قيمة التصرف على (مائة ألف ريال أو ما يعادلها) في الحالات الآتية:

1. فيما اشترط النظام لصحته أو إثباته أن يكون مكتوباً.

2. إذا كان المطلوب هو الباقي أو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة.

3. فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي).¹

من خلال النصوص سالفة الذكر يتضح أن طريقة الإثبات تختلف وفقاً لعدة عوامل منها قيمة موضوع الحق في التصرفات أو مبلغ المطالبة في الدعوى القضائية

وينبغي على الالتزام بكتابة العقد وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية قال تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ۚ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ۚ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا ۚ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ۚ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ۖ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا

¹نظام الإثبات السعودي.

رَجُلَيْنِ فَرَجُلٍ وَأَمْرَاتَانِ مِمَّنْ تَرَضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ۚ وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ۚ وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُوبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ۚ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمٌ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا ۗ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُوبُوهَا ۗ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ۚ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ۚ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۗ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ ۗ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ¹

المطلب الثاني

شكلية التصرفات القانونية وشكلية التقاضي

يمكن تقسيم الشكلية من حيث نوع التصرف إلى شكلية تتعلق بالتصرف كتوثيق العقد أو كتابته ، و شكلية تتعلق بالتقاضي الخصومة المدنية لا ينفك دورها عن تحقيق المبادئ الأساسية للتقاضي.

الشكل كعنصر في العمل الإجرائي يأخذ أكثر من صورة، وقد تتعدد الأشكال في العمل الواحد وقد يتكون الإجراء من نوع واحد من الأشكال، فصحيفة الدعوى شكلها الرئيسي هو الكتابة. أما اصدار الحكم فتتعدد العناصر الشكلية فيه حيث تجتمع الكتابة مع الشفوية مع ظروف العلنية. والشكل في العمل الإجرائي يتمثل في الكتابة، أو الأقوال الشفوية، أو الفعل والنشاط الصادر عن القائم بالعمل الإجرائي، ونتناول هذه الأشكال تباعاً.²

المكان كظرف شكلي للعمل الإجرائي:

غالباً ما تتم الأعمال الإجرائية في مقر المحكمة، ومع ذلك فقد يتطلب القانون أن تتم بعض الأعمال في أماكن محددة، فيكون المكان في مثل هذه الحالات ظرفاً شكلياً في العمل الإجرائي.³

واهم مثال لارتباط العمل الإجرائي بمكان محدد هو الإعلان القضائي، والذي اهتم قانون المرافعات – سواء المصري أو الفرنسي – بتحديد الأماكن التي يجوز فيها إعلان الأوراق القضائية. بحيث يقع الإعلان باطلاً إذا لم يتم ف المكان الذي حدده القانون.⁴

¹سورة البقرة – الآية (282)

² د. محمد الصاوي مصطفى إبراهيم، المرجع السابق، ص79

³ د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ص317.

⁴ د. محمد الصاوي إبراهيم، المرجع السابق، ص96

زمن الإجراء كظرف شكلي:

المشرع يأخذ من الطبيعة عنصر الزمن ويدمجه في النظم القانونية التي يرتبها ويحدد له وظيفة يؤديها، وآثارًا تتولد عنه، كما يرتب جزاءات توقع عند عدم احترامه¹، وفكرة المواعيد - التي ترتبط بفكرة الزمن - في قانون المرافعات، تقوم على استعمال المشرع لعنصر الزمن، واعتباره ظرفًا يجب اتخاذ الإجراء خلاله أو قبله أو بعد انقضائه²، ويؤكد ذلك كثرة الآثار التي تترتب على فكرة الزمن أو المواعيد في الإجراءات المدنية بحيث يصعب وضعها في تركيبة واحدة، لأنها تعمل بصور عديدة بقدر تعدد العوامل التي تحدد مفهومها وتزيد من صعوبتها في نفس الوقت³.

حيث يقسم الفقه مواعيد في قانون المرافعات إلى ثلاثة أنواع هي:

1- الميعاد الكامل:

وهو الذي يتحدد بفترة زمنية يجب أن تنقضي قبل اتخاذ العمل الإجرائي ويسمى الميعاد كاملاً لأنه لا يجوز العمل الإجرائي إلا بعد انقضاء مدته الكاملة⁴.

2- الميعاد المرتد:

وهو الميعاد الذي يجب أن يتم الإجراء قبل أن تبدأ الفترة الزمنية المحددة له في السريان، ويسمى الميعاد مرتدًا لأن حساب مدته يتم بطريقة عكسية بحيث تحسب من نهايتها إلى بدايتها⁵.

3- الميعاد الناقص:

وهو الميعاد الذي يجب اتخاذ الإجراء في خلال المدة المحددة للميعاد، ويسمى الميعاد ناقصًا، لأن القائم بالإجراء لا يستفيد بمدة الميعاد كاملة، لأنه يجب اتخاذ الإجراء قبل تمام هذه المدة⁶.

¹ د. نبيل إسماعيل عمر، سقوط الحق في اتخاذ الإجراء، 1989، منشأة المعارف بالإسكندرية رقم 34، ص52.

² د. نبيل عمر: المرجع السابق، نفس الإشارة.

³ GUINCHARD: Rapp. Precite, n 13, p.30

⁴ د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص322.

⁵ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، 1981، دار النهضة العربية، ص376.

⁶ د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص322

يمكن القول بأن مظاهر الشكل كظرف شكلي في العمل الإجرائي تتشابه إلى حد كبير في قانون المرافعات المصري والفرنسي والاختلاف بينهما لا يكاد يلاحظ كما في الشكل كعنصر داخلي في الإجراء، وتفصيل ذلك في الآتي:

أولاً: بالنسبة للمواعيد الإجرائية:

بالنظر إلى مواعيد الإجراءات في قانون المرافعات المصري والفرنسي نجد أنها تتفق في الغرض منها، لأن طبيعة الخصومة المدنية لا تختلف من مكان لآخر، وقد بينا فيما سبق أهمية المواعيد في الإجراءات المدنية، وكذلك وظيفة وغرض بعض هذه المواعيد، وهو ما يتفق فيه التشريع المصري والفرنسي. كما يتفق القانونان في القواعد العامة التي تحكم المواعيد الإجرائية سواء من حيث الوحدة الزمنية التي تحسب على أساسها، أو من حيث كيفية تحديد بداية الميعاد وانتهائه.¹

مدى اعتبار الرسم المالي عنصراً من عناصر الشكلية:

قد يتطلب القانون أداء رسم مالي عند القيام ببعض الأعمال الإجرائية، هذا الرسم أو بيان أداء الرسم - لا يعتبر من شكلية العمل الاجرائي²: ومن ثم لا يترتب البطلان على عدم سداد الرسم المالي المقرر، وقد جرى قضاء النقض على أن المخالفة المالية في القيام بعمل لا يبني عليه بطلان هذا العمل ما لم ينص القانون على البطلان سبب هذه المخالفة³. ويرى البعض أن أهمية الرسم المالي في الواقع العملي تقترب من أهمية الشكل في العمل الاجرائي، ومع ذلك فإذا صدر الحكم دون تنبه القاضي أو الموظف المختص إلى عدم سداد الرسم، فلا يجوز إبطال الحكم لهذا السبب، لأن الرسم المالي ليس شكلاً للعمل الاجرائي⁴.

ومع ذلك يمكن القول بأن الرسوم القضائية - خاصة المقررة عند رفع الدعوى - قصد بها التقليل من الخصومات الكيدية⁵ لأن الإعفاء من الرسوم يؤدي إلى كثرة المنازعات وإلى زيادة الكيدية فيها وأن من الأفضل أن يتحمل مصاريف الدعوى من حكم عليه فيها لا بمجموع الأمة.⁶

¹ د. محمد الصاوي إبراهيم، المرجع السابق، ص(116)

² د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، الطبعة الثانية، 1981، ص (423)

³ د. محمد محمود إبراهيم، أصول صحف الدعوى، 1986، دار الفكر العربي، ص(22)

⁴ د. فتحي والي، المرجع السابق ص (424).

⁵ د. محمد محمود إبراهيم، الوجيز في قانون المرافعات، 1983، دار الفكر العربي، ص(62).

⁶ المرجع السابق، ص(63).

والحق أنه ليس أضر من مبدأ جعل التقاضي باهظ النفقات فيخشى الناس التقاضي ولا يلجئون إليه عند الحاجة، ولا يمكن أن تكون هذه بغية الشارع¹، ولذا فقد قال البعض إن الإجراءات المكلفة ليست ضرورة لضمان سير العدالة.²

المطلب الثالث

الشكلية القانونية والشكلية القضائية

الشكلية القانونية:

استيفاء الإجراءات الشكلية يؤدي إلى ترتيب الأثر القانوني دون اهتمام بالإرادة ذاتها، فلا يهم أن تكون سليمة أو معيبة ، ولا يهم أن تكون مطابقة لحقيقة ما قصد إليه المتعاقدين أو غير مطابقة ، ونتيجة لذلك ليس للإرادة أي دور في إنشاء التصرفات القانونية ولا تستطيع تحديد أثر التصرفات القانونية ولا تستطيع تحديد أثر التصرف القانوني ، ومن هنا كان القانون وحده هو الذي يتكفل بتحديد الشكل الذي يتم به التصرف القانوني وهو الذي يحدد أثر كل تصرف ، وكانت التصرفات القانونية واردة في القانون على سبيل الحصر، وهي كلها تصرفات شكلية ، فالاتفاق لا أثر له ما لم يأخذ شكلاً من الأشكال التي حددها القانون.³

الشكلية الاتفاقية:

إلا أنه قد يحدث أن يتفق الأفراد على إظهار إرادتهم في شكل خاص لم يفرضه المشرع، ولا يخرج بالتصرف من نطاق الرضائية فيطلق عليه الشكل الاتفاقية.⁴

ولكن اتفاق طرفي العقد على شكلية خاصة، لا يمثل إلا تطبيقاً خالصاً لمبدأ الرضائية - وهو الذي يحكم التصرفات القانونية، لأن المتعاقدين هنا حرية اختيار الشكلية التي يعبران بها عن إرادتهما، أما الشكلية المفروضة من قبل المشرع، فهي لا تكون إلا استثناء على المبدأ المذكور، وترد قيماً عليه.⁵

الشكلية التشريعية:

¹ د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص(62)

² المرجع السابق، ص(84)

³ د. صوفي أبوبال: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ط (1986) ص (447)

⁴ د. وسن قاسم غني: الشكلية الاتفاقية في العقود ص (7)

⁵ د. وسن قاسم: المرجع السابق ص (24)

إننا لا نقصد بالشكلية التشريعية مجموعة الإجراءات والأشكال الواجب اتباعها من أجل وضع تشريع، أي الإجراءات الشكلية التي يتم عن طريقها سن التشريع وإصداره ونشره (شكل التشريع)، وذلك لأن مثل هذه الشكلية سابقة على نفاذ التشريع، وإنما نقصد مجموعة الأشكال والإجراءات الموجودة في التشريعات ذاتها سواء في القوانين الموضوعية أو في القوانين الإجرائية.¹

الشكلية القضائية:

تعني الشكلية القضائية التمسك بالجانب الشكلي للقانون، وتتمثل في تقديس القانون النافذ والفصل بينه وبين الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، بمعنى أنها تفصل بين القانون وواقع الحياة، وتتقيد بحرفية النص القانوني بصرف النظر عن حسنه أو قبحه، ومن أجل تحقيق ذلك فإنها تقصر دور القاضي مقدما كبرى، والحالة الواقعية مقدمة صغرى، والحكم هو النتيجة.²

الحيلة القانونية:

يقصد بالحيلة القانونية: أنها "وسيلة عقلية لتطور القانون تقوم على أساس افتراض أمر مخالف للحقيقة والواقع للتوصل إلى تغيير أحكام القانون دون تغيير نصوصه.

ويلجأ الفقه والقضاء إلى استخدام الحيلة كلما تطور المجتمع وأصبح القانون لا يتلاءم مع الواقع الاجتماعي، من أجل تعديل القواعد القانونية بطريق غير مباشر، أو من أجل توسيع دائرة تطبيق النصوص القانونية، أو للحد من مجال استعمالها أو استحداث نظم قانونية جديدة والتحايل لإدخالها تحت حكم النصوص الموجودة.³

المبحث الثالث

أسباب الشكلية وسلبيتها وأثرها على إثبات الحقوق ووسائل التغلب عليها

المطلب الأول

أسباب نشأة الشكلية

¹ د. محمد جمال عطية عيسى، المرجع السابق، ص(7)

² المرجع السابق، ص(8)

³ د. صوفي حسن أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، 1960م، ص(269)

يكون لكل نظرية علمية بشكل عام أو قانونية بشكل خاص، أسباب تدعو إلى ظهورها وتؤيد استمراريتها إلى حين أن تزول هذه الأسباب لتغيير الثقافة أو أن تدحضها نظرية أخرى.

يوجد العديد من الأسباب التي ساهمت في نشأة الشكلية منها: الأساس الديني، الوضع السائد (العرف)، عدم وجود نظرية مقابلة للشكلية، ضعف حقوق الإنسان.

1- عدم وجود نظرية مقابلة للشكلية:

لقد كانت النظرية الشكلية هي النظرية السائدة في العصر الروماني وذلك لكونها تعتبر جزء من القانون. فالقانون الروماني لم يعرف من التصرفات إلا ما كان له شكل معين، فمظهر التصرف هو الذي يبيده أما إذا انعدم الشكل فكان أمرًا تنفر منه طبيعة الرومان الأقدمين. لذا انحصرت قاعدة التصرف في الشكل المرسوم له فإذا استكمل قام صحيحًا بغير الرجوع إلى الإرادة والتفتيش فيها عن عيوب تؤدي إلى بطلانه.¹

2- الأساس الديني:

لقد قامت أغلب القوانين القديمة على أساس ديني. كان من آثار تلك النشأة الدينية انتشار الشكلية في النظم القانونية القديمة، وكان ذلك نتيجة لولع الأقدمين ولعًا فطريًا متأصلًا في النفوس بتجسيم المعنويات وإعطائها كيانًا يدرك بالرؤيا أو بالسمع ويرمز به إليها، وكانت هذه الحاجات تتجلى في كل جوانب النظام الاجتماعي سواء في ذلك الجانب الخاص بالدين أو بالحياة الدنيوية أو القانونية، فالوثنية والمراسم الدينية ما هي إلا شواهد قاطعة على هذه العقلية المادية.²

كانت الشكلية القديمة إذن ظاهرة طبيعية عادية تجد منبتها في أعماق نفوس تعلقت بالرموز ، لم تخلقها إرادة مشروع دفعته أغراض معينة، وإنما انبثقت من ضمير الشعب، ولكنها بالرغم من نشأتها الطبيعية لم تخل من آثار عملية ، فالشكل في عالم القانون وعالم الدين على السواء لم يكن مجرد تعبير سطحي لفكرة معنوية يلحق بها وتظل هي محتفظة بالمكان الأول و القيمة الجوهرية ، بل كان ينتهي بعد بنائه

¹ د. شفيق شحاته: الالتزامات في القانون الروماني، ط (1963) ص (128).

² ا.د. السيد عبد الحميد علي فودة: مبدأ سلطان الإدارة بين القانون الروماني والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ص (129)

بالاستقلال عنها ، فيحيا بذاته حياة خاصة مستأثراً بكل مالها من قيمة قانونية أو دينية، ومن ثم يصبح المجاز حقيقة ملموسة لا تقبل الجدل.¹

3-الاستقرار الاجتماعي:

ويرجع السبب في سيادة الشكلية القانونية في فترات الاستقرار الاجتماعي إلى أنه عندما تكون العلاقات الاجتماعية في حالة من الثبات والاستقرار النسبيين، وحيث يكون النص القانوني في حالة من التوافق والاتساق مع الواقع الاجتماعي، فحينئذ يتجه الفكر القانوني لأن يصبح فكرًا شكليًا يهتم فقط بالمعالجة الشكلية واللفظية لنصوص القانون، وبلاستنباط المنطقي الشكلي للأحكام التفصيلية من أصولها العامة، وعند ذلك تصبح كل من دلالة النص والقياس المنطقي بمثابة الوسيلتين الأساسيتين اللتين يستمد منهما رجل القانون لتطبيق القانون على الواقع الفعلي، ولا غرابة في ذلك لأنه لا يوجد انفصال بين النص القانوني في سياقه واللفظ القانوني المنفرد وبين الواقع الاجتماعي.²

4-التقنين:

يعد التقنين احد الأسباب التي أدت إلى سيادة الشكلية في الفكر القانوني إذ أن ظاهرة التمسك بالنصوص تصاحب عادة ظهور المجموعات القانونية الجديدة، وظهرت فكرة التقنين مع تعاظم دور التشريع في بداية القرن التاسع عشر، بسبب احتياج المجتمع الرأسمالي نتيجة التطور الهائل في العلاقات التجارية، والنشاط الصناعي إلى أداة لتنظيم هذه العلاقات تتسم بالدقة والوضوح والثبات، من أجل ضمان التطور المستمر والمنتظم للعلاقات الاقتصادية والاجتماعية الجديدة والمعقدة، وكان التشريع هو هذه الأداة، لأنه هو وحده المؤهل لحكم هذه العلاقات الاقتصادية والاجتماعية فهو الذي يسمح للفقهاء بحساب المتغيرات المختلفة التي تترتب على تطبيقه، وهو الأداة السريعة التي لا تحتاج إلى وقت كبير³

ويقصد بالتقنين أنه:

¹ د. محمود أبو عافية: التصرف القانوني المجرد، رسالة دكتوراه ص (8)
² د. محمد نور فرحات، الشرعية والمصلحة الاجتماعية مقارنة بين تاريخ الفكر القانوني والفقه الإسلامي، المجلة الجنائية القومية، يصدرها المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، مصر، العدد الأول والثاني، مارس-يونيو 1976 ص182،181
³ د. محمد نور فرحات، الفكر القانوني والواقع الاجتماعي، المرجع السابق، ص(31)

" إدماج الأحكام المطبقة فعلاً والمتعلقة بفرع من فروع القانون في مجموعة واحدة (Code) تصدر من السلطة صاحبة التشريع في شكل قانون سواء كان مصدر تلك الأحكام عرف أو قانون مكتوب.¹

5- علاقة الشكلية بالأمن القانوني:

تراعي الشكلية القانونية بدون تحفظ الأمن القومي، كقيمة أساسية للقانون، حتى أنها تحرص على تحقيقه كقيمة أساسية أولى للقانون، حتى ولو تعارض ذلك مع قواعد العدالة والملائمة الاجتماعية، لأنه يشرف على تحقيق النظام والحاجة إلى التوقع، والاحاطة بالحقائق، ويؤدي بالتالي إلى تحقيق الاستقرار.²

ويرى كل من هوبز وبنام وأوستن أن الأمن القانوني يتحقق عن طريق السلطة وليس عن طريق العقل، أي القانون الطبيعي كما ذهب كل من كوك (COKE) وبلاكستون (BLACKSTONE)، إذ يؤسس "هوبز" شرعية القانون على سلطات الحاكم، ويعتبر أن السلطة مقدسة، ويعترف أنها هي التي تحدد القانون، وأن القانون هو الذي يحدد ما هو عدل وما هو ظلم، وهو أداة تحقيق الأمن القومي.³

ويتطلب الأمن القومي توافر ثلاثة شروط هي:

1- وضوح وتحديد القواعد القانونية، فعندما تكون القاعدة غامضة، فإن معناها يكون متنازعاً فيه، ومعه لا نستطيع ان نتصرف بيقين، ولهذا السبب فإن القانون (LALOI) يتحاشى عامة استخدام مصطلحات غامضة، وبصفة خاصة في القانون الجنائي.

2- غياب التعسف الإداري والقضائي، ففي دولة القانون، يجب على الموظف وعلى القاضي تطبيق القانون، فهما لا يستطيعان أخذ قرارات أو أحكام مخالفة للقانون.

3- عدم رجعية القواعد الجديدة، لأنه إذا استطاع قانون (LOI) جديد العقاب على وقائع ارتكبت سابقاً قبل سريانه، أو إبطال عقود سبق إبرامها قبل نفاذه وسريانه، فسيختفي الأمن القانوني.

ومن أجل حماية الحرية الفردية، فإن مبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية هو أحد مبادئ القانون الدستوري والجنائي المصري، وإن كان يرد عليه بعض الاستثناءات، كرجعية القانون الجنائي الأصلح للمتهم.⁴

¹ د. احمد حشمت أبو سنيت، أبحاث في أصول القانون، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة، العدد السادس، سنة 1935، ص(647)

² المرجع السابق – ص (648)

³ د. محمد جمال عطية عيسى، المرجع السابق، ص(20)

⁴ د. محمد جمال عيسى، المرجع السابق، ص21

6-النظام: هو أحد القيم الأساسية التي يجب أن يحققها القانون، وفقاً لأنصار الفكر القانوني الشكلي، ويقصد به كفالة تأمين هيبية السلطة الحاكمة في الدولة باصطناع الوسائل والإجراءات التي تكفل خضوع المحكومين لإرادتها.¹

ويعتبر النظام قيمة أساسية للقانون من وجهة نظر الفقهاء الشكليين، لأن المجتمع يحتاج نظام يحدد تفاصيل الحرية والإجبار الذي تتضمنه الحياة الاجتماعية، لأنه لكي يتقدم المجتمع، ولكي تصبح الحياة الاجتماعية ممكنة، فلا بد من نظام يحدد لكل فرد ما له وما عليه، وما يستطيع وما لا يستطيع فعله، ما هو مسموح به وما هو ممنوع وما هو إلزامي، ويستطيع كل فرد في ظل هذا النظام أن يختار الدور الذي يقوم به في الحياة، ويستطيع أن يعرف الحدود التي إن التزمها كان آمناً، والتي إن تجاوزها تعرض للجزاء، ويعرف نوع هذا الجزاء الذي يوقع عليه، وبذلك يستطيع الفرد أن يعرف مقدماً نتيجة أعماله، بغير هذا النظام تسود في المجتمع شريعة الغاب، وتكون الغلبة للأقوى، وتحل القوة محل القانون، ويكون القانون هو قانون الأقوى.²

7- التوافق مع الحقبة الزمنية:

لم يكن القانون الروماني يعرف - حتى في العصر العلمي - فكرة التقابل بين الإرادة والتعبير في التصرف القانوني، وبعبارة أخرى فإن الأزواج بين الإرادة والتعبير الذي ينجم عن المقارنة بين المضمون الحرفي للتعبير (أو ما يسمى بالإرادة الظاهرة) وما يرمي إليه المتعاقد حقيقة (أو ما يسمى بالإرادة الباطنة بحسب التعبير القانوني الحديث) بجهله الفقه في العصر العلمي.³

ويتميز عصر القانون القديم من الناحية القانونية بأنه يمثل دور الطفولة بالنسبة للقانون الروماني، فمصادر القانون انحصرت في العرف والتشريع، وإن كان المصدر الثاني ثانوي الأهمية في هذا الصدد، وكان رجال الدين من الأشراف هم الذين يقومون بتطبيق القانون وتفسيره.⁴

وعلى هذا فإن المتعاقد في ظل القانون الروماني لا يملك أن يعدل في الآثار المترتبة على التصرف القانوني.⁵

¹ د. محمد نور فرحات، المجتمع والشريعة والقانون، كتاب الهلال، العدد 426، رمضان 1406، يونيو 1986، ص159.

² د. نعمان خليل جمعة، المدخل للعلوم القانونية، 1977، ص11

³ ا.د. السيد فودة: المرجع السابق، ص (133)

⁴ ا.د. صوفي أبوطالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية - دار النهضة العربية (1986) ص (335)

⁵ Girard : Manuel élémentaire de droit romain. Paris (1929) p. (91)

8- إقليمية المعاملات:

من المتفق عليه بين شراح القانون المدني، كما سبق القول، أن الشكلية كانت الطابع المميز له طيلة عصر القانون القديم، سواء في ذلك نظم القانون العام أو القانون الخاص، ولا غرابة في ذلك فالمجتمع الروماني في ذلك العهد كان مجتمع زراعيًا محدود الصلات بالعالم الخارجي، تتدر فيه المعاملات التي كانت تتم بين أرباب الأسر والعشائر المختلفة بسبب سيادة مبدأ الاكتفاء الذاتي.¹

لقد كان نظام الشكلية متفقًا والحالة القديمة التي كانت عليها مدينة روما في عهدها الأول لقلة المعاملات، إذا كان التعاقد في تلك العصور نادرًا لا يلجأ إليه الناس إلا عند الحاجة القصوى، وكان يعتبر حادثًا خطيرًا يستوجب العناية والاحتقال بأمره.²

9- ضعف حقوق الإنسان (إهمال دور الإرادة في نشأة التصرف):

كلما كانت حقوق الإنسان محل اهتمام من المشرع كان للإرادة دور كبير في ثبوت التصرف ولكن المبالغة في الشكلية تخفض من دور الإرادة فبدلاً من يكون تعبير أطراف التعاقد كافياً لسريان العقد يتم اشتراط توثيق العقد واعتبار تاريخ توثيق العقد هو تاريخ نشأة العقد.

10- التفسير الحرفي للقواعد القانونية: والشكلية هي التي حتمت على الفقهاء تفسير القواعد القانونية والتصرفات القانونية تفسيراً حرفياً ، وكذلك فإن القاضي يلتزم بتفسير العقد تفسيراً حرفياً ، ولذلك تسمى العقود الشكلية بأنها من عقود القانون الضيق، حيث يلتزم القاضي بالوقوف عند حرفية الاتفاق ولا يتجاوزها إلى محاولة الوقوف على الإدارة الحقيقية للمتعاقدين ولا تفسيرها في ضوء العرف الجاري، فالالتزام ينشأ بمجرد استيفاء الشكل ولو كانت الإرادة معيبة أو منعدمة ، وذلك لأن الشكل كان يغطي الدفع المستمدة من أسباب اختلاف الشكل عن الإرادة كالصورية والغلط والتدليس والإكراه.³

المطلب الثاني

سلبيات الشكلية وأثرها على إثبات الحقوق

¹ ا.د. السيد فودة: مبدأ سلطان الإرادة ص (153)

² د. عمر ممدوح مصطفى: الموجز في القانون الروماني، دار نشر الثقافة بالإسكندرية - ط (1953) ج (2) ص (67)

³ د. محمود أبو عافية: التصرف القانوني المجرد ص (48)

وقد دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع ما للشكل من أهمية يصعب إنكارها، مهما قيل عن عيوبه ومساوئه، فبالشكل تصان حقوق الدفاع والمواجهة، ويؤمن تحيز القاضي وتعسفه، وتسير الإجراءات في حياد ونزاهة.

إذا كانت الخصومة هي الوسيلة القانونية للحصول على الحماية المطلوبة، فإنها وسيلة لمباشرة وظيفة القضاء. وإذا كان المشرع يعترف للفرد بحق اللجوء إلى القضاء، فإن عليه أن يلجأ إلى هذا القضاء بالشكل الذي يحدده القانون وليس بالشكل الذي يريده هو.¹

لذا فإن على المتقاضي أن يحترم المواعيد التي يحددها القانون للقيام بالأعمال الإجرائية في الخصومة المدنية.²

وإذا كان لكل شكل من الأشكال السابقة مزاياه وعيوبه، وله غاية يحققها، فإن نقطة البدء في تنظيم اجرائي جيد للخصومة المدنية، تكمن في اختيار الأشكال التي تحقق هدف المشرع من فرضها، بحيث لا ينص على شكل يؤدي إلى زيادة الأعباء الشكلية في الخصومة المدنية، فالشكل وسيلة فنية يجب أن تستخدم بقدر الحاجة إليها، والتنظيم الجيد للشكل أدعى لفاعلية الإجراءات، ويسر الوصول إلى نظام جزائي يزيد من هذه الفعالية، ولا يهدر الضمانات الأساسية للتقاضي.³

الأثر من ناحية الالتزام:

يؤثر الشكل على نشأة الالتزام إن الفرق بين التصرف الشكلي والتصرف الرضائي لا تقتصر فقط على كون التعبير عن الإرادة مقيداً بشكل معين، بل أن الاختلاف بينها يكون كذلك في تكوين العقد ونشأة الالتزام فالعقد الرضائي له ثلاثة أركان : (التراضي، المحل والسبب) والعقد الشكلي له أربعة أركان (التراضي، المحل، السبب والشكلية)، وللشكلية المباشرة صورتان: تتمثل الصورة الأولى في الكتابة والصورة الثانية في فعل ما.

أثر الشكلية على الناحية القضائية: عدم قبول الدعوي:

¹ د. محمود هاشم، اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون القضاء المدني، 1981، بدون ناشر، رقم 5 ص(8)
² د. محمد الصاوي مصطفى إبراهيم، الشكل في الخصومة المدنية في التشريع المصري والفرنسي، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ص(87)
³ المرجع السابق (88)

وكذلك في قانون المرافعات فعندما يقضي القاضي بحكم عدم قبول الدعوى لمخالفة أو خطأ في الشكل مع الأحقية في الموضوع .

فحرية التعبير هي الأصل في المعاملات ، ألا أن الرضا قد ترد عليه قيود قانونية تحد من تعبيره لتعلقها بالمصالح العليا للمجتمع ، أو يحدد القانون له طريقة - شكل - التعبير عن نفسه ، بحيث لا يعتد القانون به إلا إذا ظهرت إلى الوجود بالصيغة التي يحددها القانون ، أو يقيد القانون عليها بعض آثار التصرف القانوني ، وذلك لأغراض تتعلق بالمصالح العامة أو بمصلحة أطراف العلاقة القانونية .¹

فالشكلية في القانون الحديث ذات وظيفة تحقق مصلحة لحماية أطراف التعاقد ، قد يكون الهدف من تقريرها حماية مصلحة عامة للمجتمع أو حماية المتعاقدين، أو حماية الغير ، أو حماية المتقاضين من التقادم أو عدم قبول الدعوى لسبب شكلي وقد يكون الهدف منها غير ذلك .

المطلب الثالث

وسائل التغلب على سلبات الشكلية

التخفيف من الشكلية:

بمرور الزمن ونتيجة للتحويلات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والفكرية التي شهدها المجتمع الروماني، وحيث اتسعت رقعة الدولة الرومانية بغزوها للبلاد المجاورة، فضمت عليها شعوباً كانت لها خلفيتها الحضارية المشبعة بأفكار جديدة في الفلسفة والمنطق، ومبادئ مثل العدالة وحسن النية والثقة المتبادلة، وحيث نشطت حركة التجارة وتوسعت المبادلات التجارية، ولم تعد النظم القانونية السائدة تفي بمتطلبات هذه التغيرات، فكان لابد من أن ينسحب هذا التطور على صورة النظم القانونية السائدة في المجتمع، وبالذات تلك الشكلية الصارمة التي كانت تحكمه بما تنطوي عليه من جمود وتخلف وقصور .

وبدأ المجتمع يتخفف تدريجياً من قيود تلك الشكلية، فاللفظية الصارمة التي رأيناها في صورة التعهد الرسمي تقلصت تدريجياً في الواقع العملي، فبعد شيوع الكتابة صار معتاداً أن يقوم الأفراد بكتابة تعهداتهم كوسيلة لإثباتها وكان يتم كتابة صيغة السؤال والجواب المكونين للتصرف- الذي كان يتم شفويًا - ثم بعد ذلك اقتصر الأمر على مجرد ذكر أن المتعهد قد سئل فأجاب، حتى لو لم تحدث الصيغة

¹ د. أكو فاتح رحمه : (كلية القانون والسياسة - الجامعة السليمانية - كردستان - العراق) الشكلية في العقود (دراسة تحليلية مقارنة) - المكتب الجامعي الحديث - (2015م) ص (75).

الشفوية في الحقيقة¹، فأصبحت هذه الإشارة بديلاً للعمل الشفهي ذاته، ثم أصبح من الممكن إنشاء التعهد بالكتابة من الصم والبكم.²

وسائل التخفيف من الشكلية:

والرقابة التصحيحية تعمل على الموازنة بين دور الخصوم والقاضي في رقابة الشكلية الإجرائية، فإذا كان دور القاضي في الرقابة الجزائية شبه معدوم، فإن المنطق يفرض توسيع سلطته في رقابة الصحة الشكلية للإجراءات، وذلك من خلال تمكينه من رقابة التصحيح حتى ولو لم يكن هناك جزءاً للشكليات المخالفة.³

تصحيح العيوب الشكلية:

يقصد بالتصحيح هنا، أن يضاف إلى الإجراء المعيب البيان أو الشكل الناقص. ويذهب البعض على أن مكنة التصحيح ترتبط بحالات البطلان الوجوبي، لأنها تحول دون قضاء محتوم، أما في حالة البطلان الجوازي الذي يكون للمحكمة أن تتجاوز عنه بدون شروط، فلا تبدو للتصحيح كوسيلة تشريعية فائدة كبرى.⁴

التصحيح بالتكملة:

استحدثت المشرع المصري قاعدة التصحيح بالقانون رقم 100 لسنة 1963 بإضافة فقرة جديدة إلى نص المادة 25 من قانون المرافعات الملغي، ثم تأكدت القاعدة في المادة 23 مرافعات مصري⁵. وتتص المادة 23 على أنه "يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الاجراء، فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر في القانون حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتصحيحه، ولا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه".

التصحيح بتحول الاجراء أو بانتقاصه:

¹ د. عبد المجيد الحفناوي، تاريخ القانون المصري مع دراسات في نظرية العقد في القانون الروماني، ص(56)

² د. عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، ص(469)

³ د. محمد الصاوي مصطفى إبراهيم، الشكل في الخصومة المدنية في التشريع المصري والفرنسي، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ص(245)

⁴ د. محمد الصاوي مصطفى إبراهيم، المرجع السابق، ص324.

⁵ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط، المرجع السابق، رقم 296، ص41.

فتنص المادة 24 من قانون المرافعات المصري على أنه "إذا كان الإجراء باطلاً وتوفرت فيه عناصر إجراء آخر فإنه يكون صحيحاً باعتباره الاجراء الذي توفرت عناصره".¹

التصحيح بانتقاص الاجراء بالباطل:

تنص الفقرة الثانية من المادة 24 مرافعات مصري جديد على أنه " وإذا كان الإجراء باطلاً في شق منه فإن هذا الشق وحده هو الذي يبطل".

وفكرة انتقاص الاجراء مأخوذة هي الأخرى من فكرة انتقاص العقد.2.والأصل ان بطلان شق من العمل الإجرائي لا يترتب عليه بطلان الشق الآخر ما لم يكن بينهم رباط لا يقبل التجزئة.3

تصحيح العمل الإجرائي مع بقاء العيب:

فضلاً عن تصحيح العمل الإجرائي بإضافة ما ينقصه من أشكال أو بيانات، يستخدم المشرع وسائل أخرى للتقليل من حالات البطلان، وبهذه الوسائل يعمل المشرع على تدارك العيب الموجب للبطلان كلما أمكن ذلك.4

ومن هذه الوسائل سقوط الحق في المطالبة بإنزال الجزاء على العمل الاجرائي المعيب (المادة 108 مرافعات مصري جديد). وكذلك المادة 22 مرافعات مصري التي تقضي بزوال البطلان بالانزول عنه صراحة أو ضمناً، والمادة 114 مرافعات مصري والتي تقضي بزوال بطلان صحيفة الدعوى وأوراق التكليف بالحضور، وذلك بحضور المعلن إليه بالجلسة المحددة بهذه الأوراق.5

دور القضاء في التخفيف من الشكلية:

مما لا شك فيه أن للقضاء دور هام في التخفيف من الشكلية ، ولكنه في نفس الوقت لم يعمل إهدار الشكلية كليةً ، فأمام قسوة نظام البطلان خلق القضاء عديداً من النظريات ليتجنب قسوة المشرع في تنظيمه للبطلان، ومن ذلك خلقه لنظرية الشكلية الجوهرية حتى لا يخضع في حكمه بالبطلان لشرط

¹ أحمد السيد صاوي، الوسيط، رقم 297، ص412.

² وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ص270، 271.

³ أحمد أو الوفاء، نظرية الدفع في قانون المرافعات، ط2 ، 1988، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص240

⁴ محمد العشماوي، والدكتور: عبد الوهاب العشماوي: قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارنة، ص290، هامش(2).

⁵ محمد الصاوي مصطفى إبراهيم: المرجع السابق ص(334)

الضرر، وهو بذلك كان يحافظ على الشكلية ودورها في الخصومة المدنية ، وكذلك أيضا خلقه نظرية الانعدام.¹

فلقد أجازت محكمة النقض الفرنسية (نظرية تكافؤ الأشكال) أن البيانات الناقصة قد لا يترتب عليها البطلان إذا كان هنالك أوراق أو بيانات أخرى تصحح هذا الخطأ.²

1-العقود الكتابية:

وأساسها أن أرباب الأسر الرومان منذ بداية العصر الجمهوري عندما انتشرت الكتابة في المجتمع الروماني كانوا يحتفظون بدفاتر يقيدون فيها كل العمليات القانونية التي يجرونها هم أو الخاضعين لسلطتهم، ورغم أن الغرض الأصلي من إمساك الدفاتر كان هو ضبط حسابات الأسرة، إلا أن الرومان استغلوا هذا الوضع في سبيل انشاء التزامات.

2-الاتجاه نحو التخفيف من قيود الشكلية:

بمرور الزمن ونتيجة للتحويلات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والفكرية التي شهدها المجتمع الروماني، وحيث اتسعت رقعة الدولة الرومانية بغزوها للبلاد المجاورة، فضمت عليها شعوبًا كانت لها خلفيتها الحضارية المشبعة بأفكار جديدة في الفلسفة والمنطق، ومبادئ مثل العدالة وحسن النية والثقة المتبادلة، وحيث نشطت حركة التجارة وتوسعت المبادلات التجارية، ولم تعد النظم القانونية السائدة تفي بمتطلبات هذه التغيرات، فكان لابد من أن ينسحب هذا التطور على صورة النظم القانونية السائدة في المجتمع، وبالذات تلك الشكلية الصارمة التي كانت تحكمه بما تتطوي عليه من جمود وتخلف وقصور، وبدأ المجتمع يتخفف تدريجيًا من قيود تلك الشكلية، فاللفظية الصارمة التي رأيناها في صورة التعهد الرسمي تقلصت تدريجيًا في الواقع العملي، فبعد شيوع الكتابة صار معتادًا أن يقوم الأفراد بكتابة تعهداتهم كوسيلة لإثباتها وكان يتم كتابة صيغة السؤال والجواب المكونين للتصرف- الذي كان يتم شفويًا - ثم بعد ذلك اقتصر الأمر على مجرد ذكر أن المتعهد قد سئل فأجاب، حتى لو لم تحدث الصيغة

¹ د. محمد الصاوي : المرجع السابق ص(340)

² Cass.civ. / Er juillet 1878, D.P.1878-1-339-340

الشفوية في الحقيقة¹، فأصبحت هذه الإشارة بديلاً للعمل الشفهي ذاته، ثم أصبح من الممكن إنشاء التعهد بالكتابة من الصم والبكم².

دور الدين في التخفيف من الشكلية المطلقة :

والشكلية في مفهوم القانون في الفقه الإسلامي هي تلك التي ترد كافة الأحكام الشرعية إلى إرادة المشرع الإلهي حتى ما كان منها نتاجاً إنسانياً.

ويتضح من هذا التعريف أن الشكلية في مفهوم القانون ترتبط بالمصدر الذي يأتي منه الحكم الشرعي (القاعدة القانونية الإسلامية) وتجد فيه أساس شرعيته وهذا المصدر هو الوحي الإلهي سواء بطريق مباشر كما هو في القرآن والسنة النبوية الشريفة، او بطريق غير مباشر عن طريق استنباط الأحكام من المصدرين الأساسيين للشريعة الإسلامية وهما: القرآن والسنة، وعلى ذلك فإنه وفقاً للفقهاء الشكليين في مفهوم القانون في الفقه الإسلامي فإن الله عز وجل هو مصدر الأحكام الشرعية كلها، وأنه هو المشرع الوحيد، وأنه لا تشريع إلا الله (سبحانه وتعالى)، ويراد بكلمة التشريع أحد معنيين: احدهما: إيجاد شرع مبتدأ، وثانيهما: بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة.

والتشريع بالمعنى الأول ليس إلا لله عز وجل، فهو سبحانه ابتداءً شرعاً بما انزله في قرآنه، وما أقر عليه رسوله وما نصبه من دلائله. وبالمعنى الثاني يراد به بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة، وهذا هو الذي تولاه بعد رسول الله خلفاؤه من علماء صحابته ثم خلفاؤهم من فقهاء التابعين وتابعيهم من الأئمة المجتهدين، وهؤلاء لم يشرعوا أحكاماً مبتدأه وإنما استمدوا الأحكام من نصوص القرآن أو السنة وما نصبه الشارع من الأدلة وما قرره من القواعد العامة.

يتضح حرص الشريعة على حفظ الحقوق والحض على ضوابط لتنظيم المعاملات ككتابة الدين وعدد الشهود للإثبات لحفظ الحقوق وفي حالة عدم تحقق ذلك يستفيد المتهم لأن الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة مع مراعاة أن يفلت من عقوبة الدنيا لن يفلت من عقوبة الآخرة.

الخاتمة

¹ د. عبد المجيد الحفناوي، تاريخ القانون المصري مع دراسات في نظرية العقد في القانون الروماني، ص56
² د. عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، ص469.

يتضح أن الشكلية لها أشكال وصور مختلفة بحسب مصدرها فقد تكون شكلية اتقاقية إذا كانت نابعة من اتفاق بين طرفين أو شكلية قانونية إذا تطلبها القانون شكلاً معيناً كالتوثيق والشكلية القضائية هي الإجراءات اللازم اتباعها أثناء نظر الدعوى أما الشكلية الفقهية فالمقصود منها الطريقة المتبعة لتفسير النص القانوني وغيرها من الأنواع.

يعد الشكل من أهم النظم الإجرائية في القانون، فهو الذي يكون هيكلها الأساسي، ومن خلاله ينظم نشأة الالتزام وتوثيقه ورفع الدعوى والسير فيها وتنفيذ الحكم.

وللشكل أهمية بالغة يصعب إنكارها، فمهما قيل عن عيوبه ومساوئه، فبالشكل تصان حقوق الدفاع والمواجهة، ويؤمن تحيز القاضي وتعسفه، وتسير الإجراءات في حياد ونزاهة.

الاستنتاجات.

1- التأكيد على الشق التاريخي للقانون بخصوص البحث موضوع الدراسة في ظل ما نشهده من تزييف للحقائق التاريخية والعلمية، بل وعدم الورع عن إنكار وقلب بعض الحقائق لخدمة وجهة نظر صاحبها، ولأن دراسة تاريخ الشيء في الغالب ما تحوي سبب نشأته وما طرأ عليه من تعديلات وأسبابها.

2- الاستفادة من الجانب التاريخي لدراسة الشكلية في حل الإشكاليات القانونية المعاصرة. أن القانون الروماني وأن لم يكن القانون الوحيد الذي عرف الشكلية، ولكنه النموذج المتميز لدراستها في الشرائع القديمة ومراحل تطورها.

3- حيث تتصارع النظريتين الشكلية والرضائية للغلبة على الأخرى، ولا يستقر الأمر ويبلغ تمامه إلا بالموازنة بينهما.

4- يتضح حرص الشريعة على حفظ الحقوق والحض على ضوابط لتنظيم المعاملات ككتابة الدين وعدد الشهود للإثبات لحفظ الحقوق وفي حالة عدم تحقق ذلك يستفيد المتهم لأن الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة مع مراعاة أن يفلت من عقوبة الدنيا لن يفلت من عقوبة الآخرة.

5- وفي الواقع إن تخفيف قيود الشكالية في المعاملات هي أحد المظاهر البارزة التي تميز القوانين الحديثة وتواكب مستجدات العصر الذي نعيش فيه .

المقترحات:

1- عندما تخرج الشكالية من الدور التنظيمي وتؤثر على الجانب الموضوعي للدعوى، بل وتتسبب في إضاعة حق المدعي، فهنا لا بد من التدخل بالتعديل أو الإضافة الذي يخفف حدة الشكالية بما يحقق الفائدة منها.

2- ينبغي التخفيف من هذه الشكالية: وذلك قد يكون بتصحيح العيوب الشكالية سواء التصحيح بالتكملة أو التصحيح بتحول الإجراء أو بانتقاصه وذلك بعمل إجراء آخر هو بتحول التصرف أو انتقاص الإجراء المعيب، وقد يتصحح العمل الإجرائي مع بقاء العيب.

3- نهيب بالقضاء التدخل للتخفيف من سلبات القضاء حيث أن له دور كبير في التخفيف من الشكالية التي قد تعيق الإجراءات أو قد تتسبب في ضياع الحق على صاحبه، وذلك من خلال ان يستخدم القاضي الصلاحيات الممنوحة له من قبل المشرع وتقدير الوقائع وتكييفها القانوني الصحيح الذي يسهم في تحقيق العدالة المرجوة من اللجوء للقضاء.

4- نهيب بالمشرع لعمل موازنة بين الشكالية وموضوع الحق وذلك يكون بالتخفيف من الشكالية المحضة والاكتفاء بالشكالية التنظيمية لكي لا تخرج الشكالية عن دورها التنظيمي وتتجاوز ذلك إلى عرقلة الالتزام أو عدم قبول الدعوى لعيب الشكل مع توافر الأحقية في الموضوع.

المصادر و المراجع:

القران الكريم

First/ Books:

- Dr. Ahmed Hashmat Abu Steit, Research in the Principles of Law, Law and Economics Magazine, Fifth Year, Sixth Issue, 1935 AD.
- Prof. Dr. Mahmoud Abdel Rahman – General Theory of Obligations, Part One, Sources of Obligations, Dar Al Nahda Al Arabiya.
- Dr. Muhammad Nour Farahat, Society, Sharia and Law, Kitab Al Hilal, Issue 426, Ramadan 1406, June 1986 AD.
- Dr. Tharwat Anis Al-Asyuti: "The Legal Approach between Capitalism and Socialism.
- Dr. Nadhir Bin Amou: Special Contracts, Sale and Exchange, University Publishing Center, Tunis 2007
- Dr. Abdul Aziz Abdul Hafeez: Formal Legal Action in Islamic Jurisprudence and Law, Golden Eagle for Printing and Publishing, Cairo2000.

Second/ Research:

- Dr. Mustafa Fadhel Karim Al-Khafaji: History of Law in Ancient Societies, Babel Center Journal, Volume Three, Issue Two.
- Prof. Dr. Sufi Abu Talib: History of Legal and Social Systems – Dar Al-Nahda Al-Arabiya1986
- Ibrahim Abdullah Issa: The Contemporary Methodology of Ibn Khaldun, Edition 2006.

•Dr. Muhammad Abdul Hamid Abdul Majeed Al-Alawi: The Importance of Roman Law and the Stages of Its Development – Tihama Magazine Issue (10) Iraq.

•Dr. Muhammad Nour Farhat, Legitimacy and Social Interest, A Comparison between the History of Legal Thought and Islamic Jurisprudence, National Criminal Journal, issued by the National Center for Social Research Criminal, Egypt, Issue 1 and 2, March–June 1976

Third/ Theses and Dissertations:

•Dr. Fathi Wali, The Theory of Nullity in the Code of Civil Procedure, Cairo University Dissertation, 1959, First Edition, Maaref Establishment, Alexandria.

•Dr. Abdul Rashid Abdul Hafez: Formal Disposition in Islamic Jurisprudence (Islamic Law), PhD Thesis, Faculty of Law, Cairo University 2000

•Dr. Hassan Marouf: The Idea of Formalism and Its Applications in Contracts, PhD Thesis, Faculty of Law, University of Baghdad 2004)

•Researcher/ Nasima Hashoud: Formalism in Real Estate Sales (Analytical Study) – Master's Thesis – Contracts and Liability Branch – Faculty of Law – University of Algiers – 2002/2003.

•Researcher/ Latifa Dahmani: Formalism in Civil Contracts, Master's Thesis, Abu Bakr Belkaid University, Tlemcen (2003)

•Dr. Mohamed El-Sawy Mustafa Ibrahim, The Form of Civil Litigation in Egyptian and French Legislation, PhD Thesis, Faculty of Law, Zagazig University.

•Prof. Dr. Sayed Abdel Hamid Ali Fouda: The Principle of the Authority of Administration between Roman Law and Islamic Jurisprudence, PhD Thesis, Faculty of Law, Cairo University.

Fourth/ Legislation:

(International Agreements, Laws, Regulations and Instructions)

- Egyptian Civil Law.
- Algerian Civil Law
- Civil Transactions System.
- Saudi Evidence System.
- French Civil Law

Fifth/ Judicial Decisions:

Egyptian Court of Cassation: Cassation (29/3/1951) Appeal No. (26 of 19 Q)

Sixth/ Websites:

- <https://www.boe.gov.sa/ar/Pages/default.aspx>

Seventh/ Foreign Sources:

- La formeestce qui concrétisel'extériorisation de la volonté des parties op cit.
- Repertoite Dalloz, Precite, v. action sect.