الشكلية في العقود التجارية وفقاً لأحكام النظام السعودي

الدكتـــــور
محمد بن سليمان النصيان
أستاذ القانون المساعد، كلية العلوم والدراسات
الإنسانية برماح، جامعة المجمعة

الشكلية في العقود التجارية وفقاً لأحكام النظام السعودي

محمد بن سليمان النصيان

قسم الدراسات الإسلامية، كلية العلوم والدراسات الإنسانية برماح، جامعة المجمعة، المملكة العربية السعودية.

البريد الإلكتروني: m.alnasyan@mu.edu.sa

ملخص البحث:

يتناول هذا البحث دراسة (الشكلية في العقود التجارية وتطبيقاتها في النظام السعودي)، حيث تم تقسيم هذا البحث إلى مقدمة، وثلاثة مباحث، وخاتمةٍ.

وتناولت المقدمة الإطار العام للبحث من حيث التعريف به وأهميته ومشكلته وتساؤلاته وأهدافه والمنهج المتبع وتقسيم خطة البحث، وتم من خلال المبحث الأول بيان ماهية الشكلية في العقود التجارية، وتم التمييز بين بعض العقود التجارية في الشكلية وتطبيقاتها في النظام السعودي في المبحث الثاني، ومن خلال المبحث الثالث تم بيان الآثار المترتبة على تخلف الشكلية في العقود التجارية.

وقد هدف البحث إلى التعرف على طبيعة الشكلية في العقود التجارية وأحكامها وعرض تطبيقاتها في بعض الأنظمة التجارية السعودية، ومن خلال الخاتمة تم بيان ما توصل إليه البحث من نتائج وتوصيات.

الكلمات المفتاحية: عقود، الشكلية في العقود، الشكلية، العقود التجارية، قانون تجاري.

Formality in commercial contracts and their applications in the Saudi system

Mohammed Sulaiman Alnasyan
Department of Islamic Studies, College of Science and Humanities, Majmaah University, AL-Majmaah, Saudi Arabia.
E-mail: m.alnasyan@mu.edu.sa

Abstract:

This research deals with the study of (Formality in commercial contracts and their applications in the Saudi system), where this research has been divided into an introduction, three sections, and a conclusion.

The introduction dealt with the general framework of the research in terms of its definition, importance, problem, questions, objectives, approach and division of the research plan. Through the first section, the nature of formality in commercial contracts was explained, and a distinction was made between some commercial contracts in formality and its applications in the Saudi system in the second topic, and through the research

Third, the implications of the delay in formality in commercial contracts were shown.

The aim of the research was to identify the nature of formality in commercial contracts and its provisions and to present their applications in some Saudi commercial systems, and through the conclusion, the findings and recommendations of the research were shown.

Keywords: Contracts, Formality In Contracts, Formality, Commercial Contracts, Commercial Law.

بسم الله الرحمن الرحيم

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، بلغ الرسالة، وأدى الأمانة، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه الأطهار إلى يوم الدين.

أما بعدُ:

يعدُّ الشكل عنصراً ضرورياً في العقود التجارية، ووجود الشكل لا يحل مكان الإرادة السليمة الصالحة للتعاقد، فالرضا ركن أساسي في إبرام جميع العقود ومنها العقود الشكلية والعينية، وضرورة الشكل في العقود التجارية تعود إلى إثبات وجود العقد في حالات النزاع، ويتضح ذلك من خلال الكتابة الرسمية، والتي من خلالها يضمن المتصرف إثبات حقوقه المترتبة على التصرف.

وتتضح أهمية الشكل في العقود التجارية من خلال مراعاة الشكل في العقود التجارية، ولا يتحكم في الشكل إرادة الأفراد أو الخروج عليها، فالإرادة لم تكن محل اعتبار، ولم يكن لها أي سلطان خارج الشكل المحدد للعقد.

هذا ويتعلق مبدأ الشكلية بالرضائية وكفاية الإرادة وحدها لترتيب الآثار القانونية دون اللجوء إلى اتباع شكل معين، ولتعلقها ببعض العقود والتصرفات ذات الأهمية الكبيرة من الناحية الاقتصادية مثل التصرفات التي تكون على العقارات والمنقولات ذات الطبيعة الخاصة، والأوراق الخاصة، وهذه المعاملات المتعلقة بإثبات الحقوق.

أيضا فإن للشكلية دور كبير يهدف المنظم من خلال اشتراطها إما إلى إثبات التصرف النظامي، وإما اعتبارها ركناً لانعقاد التصرف، ويتضح ذلك من خلال الكتابات الرسمية

للعقود، ومن خلالها يضمن المتصرف إثبات حقوقه التي تترتب على هذا التصرف، وبعد اكتمال إجراءات الكتابة الرسمية، يصبح العقد منتجاً لآثاره النظامية.

أهمية الموضوع:

إن لموضوع الشكلية في العقود التجارية أهمية متمثلة في الآتي:

الأهمية النظرية:

حيث إن الموضوع في القوانين له أهمية من حيث تحقيق الحماية للمتعاقدين وتنبيههم من خطورة التصرف الذي يقومان به، ويبين لهما ما له وما عليه، وتبين الشكلية مدى رضا الطرفين على العقود، لذا يساعد البحث على فهم أهمية الشكلية في العقود التجارية.

الأهمية العملية:

ترجع الأهمية العملية إلى في إضافة ما يجب عليه العقود من الناحية الشكلية واستخراج المعلومات الخاصة بالشكل في العقود، وربما تساعد في توضيح هذه الشكلية للمتخصصين في هذا المجال.

مشكلة البحث:

يعتبر العقد التجاري تعبيراً عن العدالة ووضع الشروط التي لابد أن يقبلها كل طرف من الأطراف، ويعبروا عن الرضا في العقد، لكن هناك بعض من الأطراف لا يهتم بالعقد من الناحية الشكلية التي من الممكن أن يقع أي طرف من الأطراف، لذا تتمثل مشكلة الدراسة في طبيعة الشكلية في العقود التجارية بالنظام السعودي، ومدى مراعاتها من قبل الأطراف، وأثر تخلفها.

تساؤلات البحث:

١ -ما مفهوم الشكلية في العقود التجارية؟

٢ -ما أهمية التمييز بين بعض العقود التجارية في الشكلية، وما تطبيقاتها في النظام السعودي؟

٣-ما النتائج المترتبة على تخلف الشكلية في العقود التجارية في النظام السعودي؟

أهداف البحث:

١ -بيان مفهوم الشكلية في العقود التجارية.

٢ -توضيح كيفية التمييز بين بعض العقود التجارية ودور الشكلية في ذلك.

٣- عرض تطبيقات الشكلية في النظام السعودي.

٤ -إبراز النتائج المترتبة على تخلف الشكلية في العقود التجارية بالنظام السعودي.

الدراسات السابقة:

الدراسة الأولى:

أبو دلبوح، ريم عقلة نواش، الشكلية في عقد بيع العقار في القانون الأردني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية: الأردن. (٢٠٠٥م).

أهم أهداف الدراسة:

١. تهدف الدراسة إلى تحليل أحكام القانون الأردني المتعلقة بالشكلية في عقد بيع العقار، مقارنة مع القوانين المقارنة لإعطاء صورة كاملة عن الشكلية.

٢. بيان مفهوم الشكلية وصورها والتمييز بين وظائفها وتسليط الضوء على وظيفتها الأساسية في عقد بيع العقار.

٣. التعرف على أثر التسجيل على عقد بيع العقار.

٤. دراسة التعهد بنقل ملكية العقار سواء في التشريع أم الفقه ثم تمييزه عن الوعد بالتعاقد.

٥. التعرف على آثار تخلف الشكل عن عقد بيع العقار.

- **أهم نتائج الدراسة:**

١. إن الشكلية في عقد بيع العقار تكون في تسجيل العقد في دائرة التسجيل، حيث يعد التسجيل ركناً من أركان انعقاد عقد البيع، والذي يترتب عليه نقل مليكة العقار من البائع إلى المشتري.

٢. أن التشريعات التي لم تعتبر التسجيل ركناً في العقد كالقانون المصري لم تأتي بنص خاص بالتعهد، ولكن عالجت الوعد بالتعاقد الذي يشترط تسجيله في العقار، والذي يرتب التزاماً بنقل ملكية العقار، مما يعني ذلك أن التعهد بنقل ملكية العقار في تلك التشريعات، هو ذات الوعد بالتعاقد.

٣. أما التشريعات التي اعتبرت التسجيل ركناً في العقد، كالقانون الأردني، فقد ميزت بين الوعد بالتعاقد الذي تحكمه نصوص قانونية تلزم تسجيل الوعد ببيع العقار، وبالتالي يرتب التزامات بنقل الملكية في ذمة الواعد، وبين التعهد بنقل ملكية العقار الذي لم يشترط تسجيله، واقتصر أثر الإخلال به على التعويض فقط.

- **التعليق على الدراسة:**

أوجه الاتفاق:

تتشابه دراستي مع هذه الدراسة في بيان مفهوم الشكلية وصورها والتمييز بين وظائفها وتسليط الضوء على وظيفتها الأساسية في عقد بيع العقار.

أوجه الاختلاف:

تختلف دراستي مع هذه الدراسة بأن هذه الدراسة قد تناولت بشكل عام أثر التسجيل والشكلية على عقد بيع العقار في حين أن هذه الدراسة ستتناول بشكل خاص الشكلية في العقود التجارية وفق النظام السعودي.

الدراسة الثانية:

الصعيدي، امامة عبدالرحيم عبدالرحمن، الشكلية في عقد الشركة التجارية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت: الأردن. (٢٠٠٥م).

- **أهم أهداف الدراسة:**

١. تهدف الدراسة إلى بيان أحكام الشكلية في عقد الشركة (التجارية) والذي يعتبر من أهم العقود المسماة والمتداولة، لما لهذه العقود من خصوصية، حيث أن الأصل في العقود الرضائية، إلا أن القانون تتطلب فيه شكلية خاصة، وهي الكتابة والتسجيل وتخلف هذه الشكلية يترتب عليه العديد من الأحكام والتي من أهمها البطلان.

٢. التعرف على هل الكتابة ركن للانعقاد أم هي مطلوبة للإثبات فقط.

٣. دراسة نوع البطلان الذي يترتب على تخلف الشكلية.

- **أهم نتائج الدراسة:**

١. توصل الباحث إلى وجوب أن يكون العقد مكتوب ومن هنا قد يفهم ولأول مرة بأن هذه الصورة – الكتابة – هي للانعقاد و تخلفها يترتب عليه البطلان وكأنها ركن شبيه بالمحل والسبب .

٢. أن الوظيفة الرئيسية للكتابة هي للإثبات، أما بالنسبة للتسجيل فاختلفوا أيضاً ببيان وظيفة هذه الصورة وما يترتب على تخلف إيراد مثل هذه الشكلية، إلا أنه بينت بالنتيجة ما وصل إليه الفقه وهو أن التسجيل لا يعدو أن يكون بناء للشخصية المعنوية الاعتبارية لهذه الشركة.

٣. تتبنى هذه الرسالة القول بأن البطلان الذي يترتب على تخلف الشكلية في عقد الشركة هو بطلان من نوع خاص أوجده المشرع مع مراعاة نظرية الشركة الفعلية حماية للغير حسن النية.

٤. وتبين من هذه الرسالة وجود نقص تشريعي يتعلق ببعض المسائل التي أغفلها المشرع بشأن الشكلية في تأسيس الشركة وآثار تخلفها، وتضع توصيات لسد هذا النقص التشريعي.

- **التعليق على الدراسة:**

أوجه الاتفاق:

تتشابه دراستي مع هذه الدراسة في أن الشكلية عامل حتمي في وجود بعض العقود والأعمال التجارية.

أوجه الاختلاف:

تختلف دراستي مع هذه الدراسة في اقتصار الدراسة المذكورة على بيان أحكام الشكلية في عقد الشركة (التجارية) في القانون الأردني، في حين أن دراستي تتناول الشكلية في العقود التجارية في النظام السعودي.

الدراسة الثالثة:

حافظ، بيبية ، العمل التجاري بين الرضائية والشكلية في التشريع الجزائري دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير، جامعة منتوري، كلية الحقوق، الجزائر. (٢٠٠٧م).

- **أهم أهداف الدراسة:**

١. تهدف الدراسة إلى طرح أحكام وقواعد قانونية يدور فلكها حول مبدأ الرضائية في العقود التجارية، وظهور الشكلية كاستثناء يرد عليها.

٢. البحث عن أنواع العقود والأعمال التجارية التي تخضع لها الرضائية باعتبارها مبدأ عاماً، والعقود والأعمال التجارية التي تخضع لها هذه الأعمال .

٣. وضع ضوابط محددة للتمييز بين العمل التجاري والعمل المدني

٤. تناول الرضائية على ضوء بعض العقود والأعمال التجارية، والشكلية كعامل حتمي في وجود بعض العقود والأعمال التجارية.

- **أهم نتائج الدراسة:**

١. توصل الباحث إلى أنه باعتماد الشكلية في بعض العقود التجارية، يعد ذلك خروجا عن المبدأ العام، القائل برضائية الأعمال التجارية.

٢. أن خروج المشرع عن ذلك، واقع أملته الظروف الإقتصادية والتجارية التي ما فتئت أن تتطور وتتجدد يوم بعد يوم، بحيث تفرز معها كثيراً من الأعمال المعقدة والتي تتطلب من المشرع مسايرتها ومواكبتها.

٣. أن المشرع التجاري وخاصة الجزائري، اعتمد على الشكلية في إبرام بعض العقود والأعمال التجارية، إذ تتمثل في الشكلية العرفية أحياناً وفي الشكلية الرسمية أحياناً أخرى.

٤. الشكلية الرسمية فهي تخص بعض العقود التجارية أيضاً، التي نص عليها المشرع التجاري في القانون التجاري، وتتمثل هذه الشكلية في الكتابة الرسمية، بمعنى أن القانون يتطلب من الأشخاص الذين يريدون الإقدام على إبرام مثل هذه العقود، أن يلتزموا بها ويعملوا على احترامها. علماً أن هذه الشكلية تعد من النظام العام فلا يمكن لأي شخص مخالفتها.

- **التعليق على الدراسة:**

أوجه الاتفاق:

تتشابه دراستي مع هذه الدراسة في أن الشكلية عامل حتمي في وجود بعض العقود والأعمال التجارية.

أوجه الاختلاف:

تختلف دراستي مع هذه الدراسة السابقة في اقتصار الدراسة الحالية على بحث الشكلية في العقود التجارية على ضوء النظام السعودي، فضلاً عن كون الدراسة السابقة جاءت على ضوء التشريع الجزائري.

الدراسة الرابعة:

أبو طه، خالد، الشكلية في العقود التجارية: دراسة تحليلية، رسالة ماجستير، جامعة الجلفة: الجزائر. (٢٠٢٠م).

- **أهم أهداف الدراسة:**

١. هدفت الدراسة إلى بيان ماهية الشكلية القانونية.

٢. التعرف على الطبيعة القانونية للشكلية في العقود.

٣. تهدف الدراسة إلى شروط الشكلية في العقود الجارية.

- **أهم نتائج الدراسة:**

١. إن الأصل في العقود هي الرضائية، وأن الشكلية هي الاستثناء.

٢. يشترط المشرع الشكلية لحماية مصلحة مجتمعية، فالغرض من الشكلية الحديثة هي حماية المتعاقدين وتنبيه المتصرف بخطورة ما هو مقدم عليه، على عكس ما كانت عليه الشكلية القديمة.

٣. الشكلية القانونية هي تلك الشكلية التي تفرض من قبل المشرع، وتخلفها عن العقد يترتب عليه بطلان العقد، وقد أخذ كل من المشرع العماني والفلسطيني بهذا الفهم للشكلية القانونية.

٤. يعتبر التعبير الصريح عن الإرادة صورة من صور الشكلية، وهذا ما ذهب غليه كل من المشرع العماني والفلسطيني.

٥. قد أخرج كل من المشرع العماني والفلسطيني الشكلية الاتفاقية من نطاق الشكلية القانونية، فالشكلية الاتفاقية مطلوبة للإثبات لا للانعقاد.

٦. أن المشرع العماني والفلسطيني قد جعلا من عقد البيع الذي يرد على عقار عقداً شكلياً لا ينعقد إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري فإذا لم يستوفي هذه الشكلية فهو عقد باطل.

- **التعليق على الدراسة:**

أوجه الاتفاق:

تتشابه دراستي مع هذه الدراسة في الطبيعة القانونية للشكلية في العقود وشروطها.

أوجه الاختلاف:

تختلف دراستي مع هذه الدراسة بأن هذه الدراسة قد تناولت الشكلية في العقود التجارية لدى المشرع العماني والفلسطيني، في حين أن هذه الدراسة سترتكز على الشكلية في العقود التجارية في النظام السعودي.

منهج البحث:

سأعتمد في هذا البحث على المنهج الاستقرائي، وذلك بتتبع الأجزاء للوصول إلى قاعدة كلية، والمنهج التأصيلي، بإرجاع كل رأي أو مسألة إلى أصولها، وتوثيق المعلومة من مواردها.

والمنهج النقدي، من خلال تقويم الرأي أو الدليل، والحكم عليه، والمنهج التحليلي، الذي يقتضي تقسيم الكل إلى أجزاء ورد الشيء إلى عناصره وتفكيك رموزه وغوامضه، وذلك من خلال تحليل المواد النظامية ذات الصلة في النظام السعودي.

تقسيم خطة البحث:

يقسم هذا البحث إلى مقدمةٍ، وثلاثة مباحث، وخاتمةٍ، وقائمة المصادر والمراجع.

المبحث الأول: ماهية الشكلية في العقود التجارية

المطلب الأول: مفهوم الشكلية في العقود.

المطلب الثاني: الشكل الاتفاقي والشكل القانوني.

المبحث الثاني: تطبيقات الشكلية في بعض العقود التجارية في النظام السعودي

المطلب الأول: عقد الوكالة التجارية.

المطلب الثاني: عقد الشركة.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على تخلف الشكلية في العقود التجارية

المطلب الأول: البطلان

المطلب الثاني: آثار أخرى غير البطلان.

الخاتمة:

أولاً: النتائج.

ثانياً: التوصيات.

قائمة المصادر والمراجع.

المبحث الأول:
ماهية الشكلية في العقود التجارية

إن بيان ماهية الشكلية في العقد التجاري، تتطلب توضيح مفهوم الشكلية في العقود، ومن ثم بيان طبيعة الشكل الاتفاقي والقانوني، وعلى ضوء ذلك، فإن هذا المبحث يقسم إلى مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم الشكلية في العقود.
المطلب الثاني: الشكل الاتفاقي والشكل القانوني.

المطلب الأول: مفهوم الشكلية في العقود

الشكل هو تحديد الأسلوب في التعبير عن الإرادة يفرضه المنظم بصورة إلزامية، ويكون أساساً في العقد أو هو الصورة الخاصة من صور التعبير عن الإرادة يفرضها المنظم، أو هو التصرف الذي يتعين أن تظهر به الإرادة بصورة معينة أو هو الذي يجازي غيابه انعدام الأثر القانوني للتصرف.[1]

هذا و يتطلب بيان مفهوم الشكلية في العقود توضيح ماهية العقد التجاري، ومدلول شكلية العقد التجاري، وعليه يقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: ماهية العقد التجاري.

الفرع الثاني: مدلول شكلية العقد التجاري.

---

(١) عبد الرشيد، عبد الباسط، (٢٠٠٠)، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي المقارن. ط٢، النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، ص٢٧.

الفرع الأول: ماهية العقد التجاري

تتحدد الصفة التجارية للعقد طبقا لنظرية الأعمال التجارية[1]، المنصوص عليها في المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية، والتي تضمنت الأعمال التجارية الآتية:

أ- كل شراء بضاعة أو أغلال من مأكولات وغيرها لأجل بيعها بحالها أو بعد صناعة وعمل فيها.

ب- كل مقاولة أو تعهد بتوريد أشياء أو عمل يتعلق بالتجارة بالعمولة أو النقل برا أو بحرا أو يتعلق بالمحلات والمكاتب التجارية ومحلات البيع بالمزايدة يعني الحراج .

ج- كل ما يتعلق بسندات الحوالة بأنواعها أو بالصرافة والدلالة (السمسرة).

د- جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار والمتسببين والسماسرة والصيارف والوكلاء بأنواعهم، وجميع المقاولات المتعلقة بإنشاء مبان ونحوها متى كان المقاول متعهدا بتوريد المؤن والأدوات اللازمة لها.

وعلى ذلك يعتبر العقد تجاريا في الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى: إذا كان محله عملا تجاريا، سواء كان من الأعمال التجارية المنفردة، مثل شراء منقول بقصد إعادة بيعه سعيا إلى الربح، وأعمال البنوك والصرافة والأوراق التجارية (الكمبيالة والشيك والسند لأمر) وأعمال السمسرة وأعمال التجارة البحرية، أو كانت من الأعمال التجارية بالاحتراف أو المقاولة، مثل مقاولات الصناعة والتوريد والوكالة بالعمولة والنقل والبيع بالمزاد العلني وإنشاء المباني.

---

(١) القليوبي، سميحة(١٩٨٧م). شرح العقود التجارية. دار النهضة العربية. القاهرة. ص٥. والجبر، محمد حسن(١٩٩٧م) . العقود التجارية وعمليات البنوك. جامعة الملك سعود. الرياض. ص٣.

الحالة الثانية: إذا كان القائم بالعمل تاجر ولخدمة نشاطه التجاري، أي أنه من الأعمال التجارية بالتبعية، حيث تعتبر من الأعمال التجارية جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار[١]، طالما كانت متعلقة بنشاطهم التجاري.

وعلى ذلك، فإن العقد الذي يكون محله أي عمل من الأعمال التجارية المذكورة سابقا، فإنه يعتبر عقد تجاريا يخضع للقواعد العامة للعقود، بالإضافة للقواعد الخاصة الواردة في الأنظمة التجارية والعرف التجاري.

وأرى بأن هذا هو معيار إضفاء الصفة التجارية على العقد سواء ما ورد النص عليه في النظام، أم الأعمال التجارية الجديدة المشابهة لها، ذلك أن نص المادة الثانية من النظام جاء التعداد على سبيل المثال لا الحصر، فالعقود التجارية تتنوع وتتطور باستمرار، لكي تلبي تطور وتنوع الحياة التجارية خصوصا والنشاط الاقتصادي عموما، ولذلك ظهرت منها صورا جديدة مثل عقد التأجير التمويلي[٢]، وعقود الترخيص التجاري[٣]، وعقود توزيع السلع وتقديم الخدمات، كما ظهرت حاجة النشاط التجاري للجمع بين أكثر من عقد

---

(١) انظر: المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية.

(٢) قرمان، عبد الرحمن السيد(١٩٩٥م). عقد التأجير التمويلي. دار النهضة العربية. القاهرة. ط١. ص٤. وانظر: نظام الإيجار التمويلي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٤٨ بتاريخ ١٣ / ٨ / ١٤٣٣هـ.

(٣) الخشروم، عبدالله(٢٠١٤م). الملكية الصناعية والتجارية. دار وائل. عمان. ط٢. ص ١٤. و الصرايرة، منصور(٢٠٠٣م). عقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية. رسالة ماجستير. جامعة مؤتة. الأردن.ص ٤٣. وقد عالج المنظم السعودي أحكام عقود التراخيص بموجب نظام براءات الاختراع والتصميمات التخطيطية للدارات المتكاملة والأصناف النباتية والنماذج الصناعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٢٧ بتاريخ ٢٩ / ٥ / ١٤٢٥هـ.

لتحقيق غرض اقتصادي واحد، وعرف ذلك بالتجمع العقدي أو مجموعة العقود، ولذلك فإن عدد العقود التجارية المسماة أقل كثيرا من العقود غير المسماة.[١]

وتضمن نظام المحكمة التجارية القواعد العامة والخاصة لبعض العقود التجارية وهي: عقد الوكالة بالعمولة وعقد النقل[٢]، وعقد السمسرة.[٣]

وهناك وكالة العقود التي نظمت أحكامها بموجب نظام الوكالات التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١١) وتاريخ ٢٠/ ٢/ ١٣٨٢هـ.

كما نظم عقد الرهن التجاري بموجب نظام الرهن التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٤٢٦) وتاريخ ٨/ ٨/ ١٤٣٩هـ.

كما صدر نظام ضمان الحقوق بالأموال المنقولة بالمرسوم الملكي رقم(٩٤) وتاريخ ١٥/ ٤/ ١٤٤١هـ، والذي "تسري أحكامه على أي عقد أو معاملة تتضمن إنشاء حق ضمان على الضمانة، ويشمل ذلك بوجه خاص الآتي:أ- الرهن التجاري".[٤]

---

(١) الشماع، فائق(٢٠١٥م). العقود التجارية في القانون المقارن. دار الوراق. بيروت. ط١. ص ٥٦.

(٢) انظر: المواد(١٨-٢٩) من نظام المحكمة التجارية.

(٣) انظر: المواد(٣٠-٣٤) من نظام المحكمة التجارية.

(٤) انظر: المادة الثانية من نظام ضمان الحقوق بالأموال المنقولة.

الفرع الثاني: مدلول شكلية العقد التجاري

الأصل في العقود التجارية أنها تعدُّ عقوداً رضائية تنعقد بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول الصحيحين بين طرفين يتمتعان بالأهلية اللازمة دون حاجة لاتخاذ إجراءات شكلية، لأن السرعة التي تحتاجها الحياة التجارية تقتضي البعد عن الشكليات، كما يظهر الدور الهام الذي يلعبه مبدأ سلطان الإرادة في تحديد مضمون وشروط العقود التجارية، حيث تتجه القوانين التجارية الحديثة إلى منح أولوية التطبيق لما اتفق عليه المتعاقدين.(١)

وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م، أنه "١- تسري على المواد التجارية أحكام الاتفاق بين المتعاقدين، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق، سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية، ثم قواعد العرف والعادات التجارية، فإذا لم يوجد عرف تجاري أو عادة تجارية وجب تطبيق أحكام القانون المدني، ٢- لا يجوز تطبيق الاتفاقات بين المتعاقدين، أو قواعد العرف التجاري أو العادات التجارية متى تعارضت مع النظام العام في مصر".

وقد أفرط القانون الروماني في الشكلية، التي كانت تتم بألفاظ وإشارات معينة، وتنصيصات مخصوصة ومحددة، غير أن الشكلية تقهقرت بشكل واضح، في العهد الكنسي المسيحي الذي اهتم بالتعهد الشرفي وأخلاقياته.(٢)

كما اهتم الفقه الإسلامي المعاصر بالشكلية، من ضرورة وجوب تحرير عقود معينة بالكتابة للإثبات وللإشهاد عليها، لحاجة مهمة أو مصلحة عامة، وليس لصحة العقد، دون

---

(١) العكيلي، عزيز(٢٠٠٨). القانون التجاري- العقود التجارية. دار العروبة. مصر. ط١. ص ٨٩.

(٢) حسن، فايز و أبو الحسن، أحمد(١٩٩٨م).تاريخ القانون مع دراسات في نظرية الالتزامات في القانون الروماني. دار الفكرز بيروت. ص٣٠٣.

الإخلال بمبدأ الرضائية في العقود الذي يبقى أساسيا، لأن الأصل في العقد أن يكون رضائيا.[١]

ولا توجد في النصوص الشرعية أو في الفتاوى الفقهية، ما يمنع شرعا من اتباع شكلية معينة، باعتبارها ركنا أساسيا عند إبرام بعض التصرفات المهمة، وليس لغرض الشهر والعلانية فقط، كعقود الشركات التجارية، وعقود المعاملات العقارية، والرهن الرسمي، وبيع المحلات التجارية أو الصناعية، وعقد بيع السفينة أو الطائرة، وعقد القرض الواقع عليها، وعقد بيع السيارة وغيرها وهذا لتنبيه المتعاقدين على خطورة ما يقدمون عليه من تعاقد، من ضرورة أخذ الحيطة اللازمة عند الإقدام على إبرامها، مضافا إلى ما يحققه ذلك من حفظ وصيانة النظام العام والتمسك بمقتضياته.[٢]

وعلى ضوء ما سبق، فإن مدلول الشكلية يتنوع من حيث أهدافه، بين مدلولين مهمين:[٣]

١. شكلية الحماية للأطراف المتعاقدة ذاتها وكذا لإعلام الغير بحصول العقد لحمايته أيضا، وهي الشكلية المباشرة المتصلة بتكوين العقد الشكلي، وهي ركنه الرابع قانونا، فهي تمكن الأطراف من التعرف على محتوى هذا العقد، وما لهم من حقوق وواجبات، وبما يحفظه من الوقوع في الغلط أو التدليس، مما يؤدي إلى التضييق من نطاق البطلان، وخاصة لحماية بعض الفئات المتعاقدة، كحماية المستهلكين على وجه التحديد.

٢. وشكلية التوجيه بما يتماشى مع اختيارات ومصالح الجماعة، وهي الشكلية غير المباشرة بغية تحقيق أغراض مختلفة (كاشتراط الرخص الإدارية، أو وجوب القيام ببعض

---

(١) العطار، عبد الناصر(١٤٣٥هـ)، مصادر الالتزام الإرادية. العبيكان للنشر. الرياض. ط١. ص٣٠

(٢) العطار، عبد الناصر. مصادر الالتزام الإرادية. مرجع سابق. ص٣١.

(٣) نسيمة، حشود(٢٠٠٣م). الشكلية في البيع العقاري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، ص٢٠ .

الإجراءات القانونية أو الإدارية أو المالية التي يفرضها القانون في بعض التصرفات، قبل أو بعد إبرام العقد).

إن الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة، كما يقول الفقيه الألماني إهرنج المشهور، فهي كفيلة بحماية المصلحة الخاصة لكل متعاقد، كما أنها تحمي المصلحة العامة أيضا، في إطار الدور الجديد الذي تقوم به الدولة في المجال الاقتصادي والاجتماعي، مما يجعلها تهتم وتراقب إفراغ المعاملات المهمة في شكل معين.[1]

وعلى هذا الأساس، فإنه لا يمنع أن يفرض النظام اتخاذ إجراءات شكلية على سبيل الاستثناء في بعض العقود التجارية الهامة التي تقتضي التوثيق على نحو ما سنرى في المبحث الثاني من هذا البحث.

(١) زواوي، محمود(١٩٩٠م)، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون المدني، دار الوراق. بيروت.ط١. ص٢٣ وما بعدها.

المطلب الثاني: الشكل الاتفاقي والشكل القانوني

حتى تتضح الصورة عن ماهية الشكلية في العقود التجارية، فإنه لا بد من بيان طبيعة الشكلية في هذه العقود، والتي قد تكون من قبيل الشكل الاتفاقي، كما قد تكون من قبيل الشكل القانوني.

ويقسم هذا المطلب إلى فرعين:

المطلب الأول: الشكل الاتفاقي.

المطلب الثاني: الشكل القانوني.

الفرع الأول: الشكل الاتفاقي

العقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية، أو تعديلها، أو إنهائها، ويعتبر العقد من أهم المصادر الإرادية الالتزام سواء على المستوى الداخلي أو الدولي في العلاقة بين الأشخاص أو بين الدول.[١]

ويمكن تقسيم العقود من حيث شروط تكوينها أو انعقادها إلى: عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية.

والعقد الرضائي هو العقد الذي يكفي لانعقاده مجرد تراضي المتعاقدين، أي مجرد تطابق الإرادتين لانعقاده، أيا كانت وسيلة التطابق بالكتابة، أو المشافهة، أو الإشارة المعتمدة عرفا[٢]، ومعظم العقود سواء كانت مدنية أم التجارية، تعدُّ عقوداً رضائية؛ إذ تكون للمتعاقدين الحرية التامة للإفصاح عن إرادتهما.

---

(١) الصدة، عبدالمنعم فرج(١٩٨٧م). المدخل إلى العلوم القانونية. دار النهضة العربية. القاهرة. ط١. ص ١٤١.

(٢) سلطان، أنور(٢٠٠٠م). مصادر الالتزام- دراسة مقارنة. منشورات الجامعة الأردنية. عمان. ط٢. ص ٦٥.

والرضائية هي القاعدة العامة في النظام السعودي، ما لم يقض بغير هذا نص نظامي خاص وعلى هذا يتم التعاقد نظاما بمجرد اتفاق المتعاقدين، أي بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص النظامية الخاصة.(١)

وأما العقد الشكلي، فهو العقد الذي يحتاج إلى جانب التراضي، ضرورة مراعاة كتابته، في شكلية معينة ينص عليها القانون، كتحرير العقد في ورقة رسمية أمام موظف مختص.(٢)

والعقد العيني: هو عقد لا يتم بمجرد التراضي، و لكن يلزم لتمام العقد تسليم العين محل التعاقد، وقد يكون ذلك بنص في النظام كما في الهبة، أو بموجب اتفاق، إذ لا يمنع أن يتفق الطرفان على أن العقد لا يتم إلا إذا قام أحدهما بتنفيذ التزام معين . فمثلاً عقود التأمين: يشترط فيها ألا يتم العقد إلا بعد أن يدفع المؤمن له القسط الأول، و يعتبر العقد عينياً لكن على أساس الاتفاق لا بحكم القانون .

وعلى ضوء ما سبق، فإن الأصل في العقود التجارية مبدأ الرضائية، وأن الشكلية ما هي إلا استثناء، بمقتضى نص من القانون يوجب استعمالها ، ومن ثم فإنها لا تكون لازمة للانعقاد إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة، ومع ذلك فإن المتعاقدين يستطيعان أن يجعلا من العقد الرضائي عقدا شكليا بإفراغه في أي صورة رسمية، كالاتفاق على أن يتم كتابة، أو في ورقة رسمية أو ورقة عرفية، وفي هذه الحالة يصبح العقد الرضائي عقدا شكليا بالاتفاق.

وإن الاتفاق على الشكلية في العقود التجارية لا تغني عن الإرادة، أي لا تنفي عن العقد صفة الرضائية، بل الغرض منها إفراغ التراضي بين الطرفين بعد استيفائه في شكل كتابي رسمي،

---

(١) سوار الدين، محمد(١٩٩٠م). العقود التجارية. دار الفكر. دمشق.ط١. ص ١٩٠.

(٢) سلطان، أنور. مصادر الالتزام. مرجع سابق. ص ٩٠.

لحماية المتعاقدين وتنبيههما إلى خطورة التصرف الذي يقومان به، وكذا لإعلام الغير بحصول العقد، ولذلك فإن توافر الشكلية- حتى ولو كانت باتفاق الأطراف- لا يحول دون الطعن في العقد بالبطلان، إذا كانت الإرادة منعدمة أو معيبة.[1]

وعلى هذا الأساس، فإن العقد التجاري الشكلي هو ما لا يكفي التراضي لانعقاده، بل لا بد إلى جانب التراضي من مراعاة شكل معين يتفق عليه الطرفان، بحيث لا يتم العقد إلا باستكمال هذا الشرط الاتفاقي، وهذا لاعتبارات المصلحة الخاصة للطرفين، وكذا لتنبيه المتعاقد إلى خطورة التصرف، ولحماية الغير حسن النية.

وأجد تطبيقاً للشكل الاتفاقي في نظام المحاكم التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥١١) وتاريخ ١٤/ ٨/ ١٤٤١هـ في المادة (٣٨)، والتي تضمن على أنه لا يلزم لإثبات الالتزام شكل خاص، ما لم تتفق الأطراف على غير ذلك، ودون إخلال بالنظام العام، إذا اتفق الأطراف على قواعد محددة في الإثبات؛ فَتُعمِل المحكمة اتفاقَهم، كما يجوز الاتفاق على نقل عبء الإثبات.

(١) عبدالدائم، أحمد (٢٠١٠م). مصادر الحقوق الشخصية. دار الرسالةى. بيروت. ط١. ص ١١٠.

الفرع الثاني: الشكل القانوني

أصبحت الشكلية في الأنظمة المعاصرة تتمثل في عنصر الكتابة الرسمية، وإلا كان العقد باطلاً، وعلى هذا الأساس فإن العقد التجاري الشكلي هو ما لا يكفي التراضي لانعقاده، بل لا بد إلى جانب التراضي من مراعاة شكل معين يتطلبه المنظم، بحيث لا يتم العقد إلا باستكمال هذا الشرط ، وهذا لاعتبارات المصلحة العامة، كتحرير العقد في ورقة رسمية أمام موظف مختص[١]، وهذا هو ما يعرف "بالكتابة الرسمية" أو العقد الرسمي، الذي هو نوع من أنواع الشكلية الرسمية.[٢]

هذا وتتميز الورقة الرسمية عن الورقة العرفية في كون الأولى هي التي يحررها الموظفون العموميون المختصون، وكذا الموثقون الذين لهم صلاحية التوثيق القانوني، والكتابة الرسمية هنا لازمة لانعقاد العقد أصلا، فهي التي تضفي عن العقد طابعه الشكلي الرسمي.

وهناك تطبيقات نظامية للشكل القانوني في مختلف الأنظمة التجارية السعودية، وعلى النحو الآتي:

١- ضرورة كتابة عقد الشركة للدلالة على أن الكتابة هنا ركن انعقاد[٣]، وكما هو الحال في

---

(١) سوار الدين، محمد، العقود التجارية. مرجع سابق. ص ١٤٥.

(٢) محمود، أحمد صدقي(٢٠٢٠م)، أحكام الإثبات في نظام المرافعات الشرعية السعودي. الرياض. ط١. ص ٨٩.

(٣) نصت المادة (١٢) من نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي(م/ ٣) وتاريخ ٢٨/ ١/ ١٤٣٧هـ بأنه:"باستثناء شركة المحاصة، يجب أن يكون عقد تأسيس الشركة مكتوباً وكذلك كل ما يطرأ عليه من تعديل، وإلا كان العقد أو التعديل باطلاً، ويكون تأسيس الشركة وتعديل عقد تأسيسها بعد استكمال ما يلزم من متطلبات وفق ما ينص عليه في هذا النظام أو ما تحدده الوزارة".

اتفاق التحكيم.[١]

٢- اشتراط قيد الشركة في السجل التجاري من أجل الاحتجاج على الغير بعقد تأسيس الشركة وبنظام شركة المساهمة الأساس المشهرة.[٢]

٣- اشتراط تسجيل السفينة والحصول على شهادة بذلك من أجل الإثبات[٣]، واشتراط كتابة عقد بناء السفينة لغايات الإثبات[٤]، وفي المقابل لا تخضع حقوق الامتياز الواردة على السفينة لأي إجراء شكلي، أو لأي شرط خاص بالإثبات.[٥]

٤- ومن ذلك التصرفات الواردة على براءة الاختراع أو البراءة النباتية.[٦]

---

(١) نصت المادة (٩) من نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي (م/ ٣٤) وتاريخ ٢٤/ ٥/ ١٤٣٣هـ بأنه:"٢- يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وإلا كان باطلاً.".

(٢) نصت المادة (١٤) من نظام الشركات على أنه:" ٢- لا يجوز الاحتجاج على الغير بعقد تأسيس الشركة وبنظام شركة المساهمة الأساس المشهرة وفقاً لأحكام النظام إلا بعد قيد الشركة في السجل التجاري، ومع ذلك إذا اقتصر عدم الشهر على بيان أو أكثر من أي منهما، كانت هذه البيانات وحدها غير نافذة في مواجهة الغير".

(٣) نصت المادة (١٦) من النظام البحري التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم(م/ ٣٣) وتاريخ ٥/ ٤/ ١٤٤٠هـ بأن: على أنه:" تعد شهادة التسجيل وثيقة لإثبات ملكية السفينة، وتمتعها بالجنسية السعودية، ويجب إبقاؤها في السفينة، وتعليق صورة منها في لوحة الإعلانات بالسفينة، ولا تستخدم إلا لتسيير السفينة في ملاحة مشروعة، ولا يجوز التنازل عنها، أو حجزها، للوفاء بدين أو لأي سبب آخر.".

(٤) نصت المادة(٣١) من النظام البحري التجاري على أن:" يثبت عقد بناء السفينة وأي تعديل يطرأ عليه بالكتابة، ولا يكون صحيحاً إلا بتوقيع أطرافه عليه".

(٥) انظر: المادة (٤٧) من النظام البحري التجاري.

(٦) انظر: المادة (١٦) من نظام براءات الاختراع والتصميمات التخطيطية للدارات المتكاملة والأصناف النباتية والنماذج الصناعية.

٥- عقود نقل ملكية العلامة التجارية ورهنها، حيث يشترط كتابة التصرف وشهره في السجل الخاص بذلك لكي يكون التصرف منتجا لآثاره.[١]

٦- وفي الرهن التجاري، فإن المادة(٢) من نظام الرهن التجاري لعام ١٤٣٩هـ اعتبرت عقد الرهن مكتوبًا إذا تضمن البيانات الآتية:

أ- اسم الراهن، والمرتهن، والمدين (إذا كان الراهن كفيلاً عينيًّا)، والعدل إن وجد، وتحديد الحائز منهم، وعناوينهم ووسائل التواصل معهم.

ب- وصف المال المرهون وحالته وقيمته في تاريخ التعاقد، وبالنسبة إلى المال المستقبلي تحديد أوصافه المتوقعة والتاريخ التقريبي لوجوده، وقيمته التقريبية.

ج- الوصف العام للدين المضمون، أو مقداره، أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه، بحسب الأحوال.

د- تاريخ عقد الرهن.

هـ- ميعاد استحقاق الدين المضمون، أو الميعاد المتوقع لاستحقاق الدين غير الثابت في ذمة المدين.[٢]

ويعد عقد الرهن نافذاً في مواجهة الغير بالإشهار أو بانتقال حيازة المال المرهون إلى المرتهن أو المعدل، وذلك وفقاً لأحكام نظام ضمان الحقوق بالأموال المنقولة.[٣]

---

(١) انظر: المادتين (٢٩ و٣٢) من نظام العلامات التجارية الصادر بتاريخ ٢٨/ ٥/ ١٤٢٣هـ.

(٢) انظر: المادة(٢) من نظام الرهن التجاري لعام ١٤٣٩هـ.

(٣) انظر: المادة(٤) من نظام الرهن التجاري لعام ١٤٣٩هـ وقد عُدلت هذه المادة بموجب المرسوم الملكي رقم (م/ ٩٤) وتاريخ ١٤٤١/ ٨/ ١٥هـ.

٧- وجاء في المادة (٦) من نظام ضمان الحقوق بالأموال المنقولة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٩٤) وتاريخ ١٥/ ٤/ ١٤٤١هـ بأنه: "١- يكون حق الضمان صحيحًا ومنتجًا لآثاره بين أطرافه، إذا استوفى الشروط الآتية:

أ- أن يكون مكتوبًا سواء في عقد مستقل أو ضمن عقد آخر".

٨- اعتمد المنظم السعودي الكتابة الإلكترونية في الإثبات على اعتبارها كالكتابة على الورق، كدليل كامل في الإثبات، بأن يكون للتعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية حجيتها الملزمة، ولا يجوز نفي صحتها ولا منع تنفيذها بشرط التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون الوسائط الإلكترونية مؤتمنة بأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف يمنة تضمن سلامتها.[١]

كما أنه يعتد في النظام السعودي بالتوقيع الإلكتروني الوارد في المحرر الإلكتروني إذا كان موثقا مستوفيا لشروطه الشكلية والموضوعية القانونية[٢]، والتي منها على الخصوص ضرورة التأكد من هوية الشخص الذي أصدره وقبوله بمضمون المحرر الإلكتروني وبشرط أن تكون النظم الإلكترونية آمنة.[٣]

---

(١) انظر: المادتين(٥ و٦) من نظام التعاملات الإلكترونية الصادر عام ١٤٢٨هـ.

(٢) انظر: المادتين(١٤) من نظام التعاملات الإلكترونية.

(٣) الشهري، علي (٢٠٠٦م). التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، أحكامها وآثارها في الفقه الإسلامي والنظام السعودي. مجلة البحوث الفقهية المعاصرة. الرياض. العدد ٧٣. ص ١٩٠، والبقمي، عائض(١٤٣٤هـ). الإطار النظامي للتجارة الإلكترونية في المملكة العربية السعودية. المجلة السعودية القضائية. الرياض. العدد ٥. محرم .ص١٧٣ وما بعدها.

وهو ما نصت عليه القوانين الإلكترونية المقارنة التي تنظم المعاملات والتجارة الإلكترونية المقارنة، وعلى الخصوص القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الدولي اليونسترال الصادر عام ١٩٩٦ عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الذي اشترط في مادته ١٣/ ٢ لقبول الإثبات الإلكتروني التأكد من هوية الشخص الذي أصدر التوقيع الإلكتروني، وأن تكون النظم المعلوماتية آمنة.(١)

إن الكتابة الإلكترونية الحديثة هي من الشكليات القانونية المتطلبة من أجل الإثبات، كما أن التوقيع الإلكتروني له حجة في الإثبات القانوني، إذا كان مرتبطا بقصد التعاقد عن بعد، وفق السجلات أو الخطابات أو الرسائل الإلكترونية المؤتمنة والموثوقة، وانفرد به الشخص الذي استخدمه بشرط توافر الأمن التقني والقانوني في مثل هذه المعاملات الإلكترونية الحديثة.(٢)

وعلى ضوء ما سبق، فإن الشكل القانوني للعقد التجاري في النظام السعودي قد تكون ركنا لازما لقيام العقد إذا كانت الكتابة متطلبة للانعقاد، وقد تكون الشكلية طريقة لإثبات العقد، فلا يؤثر تخلفها في وجود العقد، لأن الشكلية هنا للإثبات وليس للانعقاد، وإن كان يترتب على تخلفها صعوبة في إثباته(٣)، ففي مثل هذه الحالة لا يحول عدم توافرها دون انعقاد

---

(١) انظر: القانون النموذجي الآخر المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية المؤرخ في ٥/ ٧/ ٢٠٠١، والتوجيه الأوروبي الصادر بتاريخ ١٣/ ١٢/ ١٩٩٩.

(٢) دودين، بشار(٢٠١٠م). العقد الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت. دار الثقافة. عمان. ط١. ص ٩٨.

(٣) قرمان، عبدالرحمن السيد(٢٠١٥م). العقود التجارية وعمليات البنوك، مكتبة العالم العربي.السعودية. الإمارات. مصر. ط١. ص ٢٠.

العقد أو وجوده، إنما يحول فقط دون إثباته بالبينة والقرائن القضائية، وإن كان يجوز إثباته بما يقوم مقام الكتابة، كالإقرار واليمين مثلا.[١]

(١) قاسم، علي سيد(٢٠٠٣م). قانون الأعمال- العقود التجارية. دار النهضة العربية. القاهرة. ط١. ج٤. ص ١٥.

المبحث الثاني:
تطبيقات الشكلية في بعض العقود التجارية في النظام السعودي

من خلال هذا المبحث سأبين مسألة التمييز بين بعض العقود التجارية الشكلية، من أجل أن تتضح الصورة بشأن الشكلية في تلك العقود، ويقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: عقد الوكالة التجارية.

المطلب الثاني: عقد الشركة.

المطلب الأول: عقد الوكالة التجارية

تعتبر الوكالة إلى جانب البيع الأصل والأساس في جميع العقود، فإذا كانت الأولى سببا لتطوير النشاطات القانونية، فالثاني يسمح في نقل الثروات وتداولها وتطوير النشاطات الاقتصادية، فبفضل الوكالة يستطيع الشخص أن يبرم التصرفات القانونية دون أن يضطر إلى الحضور فعليا؛ لأنه قد حضر حكما بواسطة ممثلة الوكيل عنه، وفي ذلك جملة من الحسنات، فالوكالة تسمح للإنسان أن يكون حاضرا في أكثر من مكان، لأنه بوساطة وكلائه يمكن أن يكون ممثلا في عدة جهات وفي آن واحد، كما تسمح للشخص أن يبرم بواسطة غيره ما لا يستطيع أن يبرمه بنفسه من التصرفات، أما بسبب عجز مادي، كالمعاق الذي لا يستطيع الحركة والمرأة التي لا تريد الخروج من بيتها والمسافر الذي لا يستطيع العودة لإبرام العقد أو الشخص المعنوي الذي ليس له يد التصرف بها إلا وسطائه ووكلائه، أو بسبب عجز فكري ومعنوي، كالشخص عديم الخبرة الذي يستعين بغيره من الخبراء من أصحاب المهنة في إبرام صفقة مهمة ومعقدة.[1]

---

(١) قاسم، علي سيد(٢٠٠٣م). قانون الأعمال- العقود التجارية. مرجع سابق. ج٤. ص ١٩٨.

وأصدر المنظم السعودي نظام الوكالات التجارية بموجب المرسوم الملكي رقم(م/ ١١) وتاريخ ٢٠/ ٢/ ١٣٨٢هـ، وصدرت لائحته التنفيذية بموجب قرار وزير التجارة رقم(١٨٩٧) وتاريخ ٢٤/ ٥/ ١٤٠١هـ.

وبموجب المادة الأولى من اللائحة فإن الوكالة التجارية هي كل من يتعاقد مع المنتج أو من يقوم مقامه في بلده للقيام بالأعمال التجارية، سواء كان وكيلا أو موزعا بأية صورة من صور الوكالة أو التوزيع، وذلك مقابل ربح أو عمولة أو تسهيلات أيا كانت طبيعتها، ويشمل ذلك وكالات النقل البحري أو الجوي أو البري.

كما تعرف الوكالة في القانون بأنها: عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل.[١]

كما عرفت الوكالة بأنها: " عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصا آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم".[٢]

والوكالة من العقود التجارية؛ وذلك باعتبارها من أعمال المحلات والمكاتب التجارية المنصوص عليها في المادة (٢/ ب) من نظام المحكمة التجارية، كما أن المادة (١) من اللائحة التنفيذية لنظام الوكالات التجارية اشترطت أن يكون محل الوكالة القيام بالأعمال التجارية طبقاً لنص المادة (٢) من نظام المحكمة التجارية.

من خلال تعريفات الوكالة السابقة، أخلص منها إلى خصائص الوكالة التجارية وعلاقتها بالشكلية، وعلى النحو الآتي:

---

(١) انظر: المادة (٦٩٩) من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨م.

(٢) انظر: المادة (٨٣٣) من القانون المدني الأردني لسنة ١٩٧٦م.

١ – أنها عقد رضائي، فلا يشترط في انعقادها شكلاً معيناً، بل يكتفي في ذلك بالإيجاب والقبول، فيمكن إبرامها مشافهة أو بالكتابة، عرفية كانت أو رسمية، إلا أن الكتابة في هذه الحالة مقصودها إثبات العقد لا انعقاده.

فالمادة(١٠) من نظام الوكلات التجارية اشترطت في عقد الوكالة التجارية أو التوزيع أن يكون مكتوباً، وأن يتضمن إيضاحاً وافياً بحقوق والتزامات الطرفين قبل بعضهما البعض من جانب، والتزاماتهما قبل المستهلك فيما يتعلق بتأمين الصيانة وقطع الغيار، فالكتابة هنا لا تعدُّ ركناً في العقد، ولكنها شرط لإشهاره وقيد الوكيل في سجل الوكلاء التجاريين.[١]

٢ – الأصل في الوكالة أنها من عقود التبرع، وقد تكون من عقود المعاوضة إذا اتفق الطرفان على الأجر أو إذا كان الوكيل ممن يعملون بأجر، بأن كان قيام الوكيل بالعمل لحساب غيره من أعمال مهنته التي يكسب رزقه منها.[٢]

٣– عقد الوكالة من العقود الملزمة للجانبين، فعقد الوكالة يرتب التزامات في ذمة طرفيه، ليس فحسب إذا اشترط أجر للوكيل، بل أيضا فيما إذا كانت الوكالة تبرعا، إذ إن الموكل يلتزم في جميع الأحوال برد ما صرفه الوكيل في تنفيذ الوكالة وبتعويضه هما أصابه من الضرر، وهذان التزامان ينشآن من عقد الوكالة نفسه، وليس من الضروري أن تنشا الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين متعاصرة وقت إبرام العقد.[٣]

---

(١) الجبر، محمد، العقود التجارية. مرجع سابق. ص ١١٦.

(٢) الفتلاوي، صاحب(٢٠١٩م). العقود المسماة.دار الوراق. عمان. ط١. ص ٢١٠.

(٣) السنهوري، عبدالرزاق(١٩٦٤م). الوسيط في شرح القانون المدني. العقود الواردة على العمل. دار إحياء التراث العربي.بيروت، مجلد ٧. ص٣٧٣.

٤ – عقد الوكالة من العقود الواردة على العمل، غير أن العمل محل الوكالة ذو طبيعة خاصة، حيث يشترط فيه أن يكون تصرفا قانونيا، و أن هذا ما يميز عقد الوكالة عن غيره من العقود الواردة على العمل كعقد المقاولة وعقد العمل، والحقيقة أن ما يجب أن يكون قانونيا إنما هو محل الوكالة الأصلي، ذلك أن الوكيل قد يقوم بأعمال مادية تبعا للتصرف القانوني الذي وكل فيه، كما إذا وكل في قبض الدين، فإنه يجب في بعض الأحيان أن يسعى للمدين وان يقوم ببعض الإجراءات المادية لقبض الدين، ولكن هذا لا ينفي أن مهمته الأصلية هي قبض الدين وهو تصرف قانوني لا عمل مادي.[1]

(١) السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. مرجع سابق، ص٣٧٣.

المطلب الثاني: عقد الشركة

حتى تتضح علاقة عقد الشركة بالشكلية، فإنه لا بد من بيان مفهوم الشركة، وبيان تأسيسها وأركانها وعلاقتها بالشكلية.

عرف نظام الشركات السعودي الصادر عام ١٤٣٧هـ الشركة في المادة (٢) بأنها: "عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح، بتقديم حصة من مال أو عمل أو منهما معاً لاقتسام ما ينشأ من هذا المشروع من ربح أو خسارة"[1]. وهذا التعريف شركات العقد، وهي الشركات التي تتم عن طريق التعاقد بين أطرافها، وهذا يخرج شركات الأملاك من التعريف التي ذكرها الفقهاء في كتبهم.

وقد تناول هذا التعريف كلمة "عقد" أي أنه يجب أن يتوافر في عقد الشركة الأركان الموضوعية العامة للعقد، وهي الرضا والأهلية والمحل والسبب، وإن لم ينص عليها في المادة، فقد فهمت من كلمة عقد؛ لأنها تتضمن الصيغة، فيجب أن يتم الرضاء بين المتعاقدين على محتويات عقد الشركة أي على رأس مالهما و شروطها و مجال نشاطها الذي ستمارسه، ولا يكون الرضاء صحيحا الا إذا كان صادرا عن اختيار غير مشوب بعيب، أو غش، أو تدليس، أو غبن، أو اكراه، أو غلط، وهذا الرضاء ثابت والزامي طبقا لما جاء في التعريف.

ومن الأركان الموضوعية الخاصة ذكر تعدد الشركاء "شخصان فأكثر"، أي العاقدان شخصان أو أكثر، فالشركة لابد فيها منها التعدد، فإذا لم يكن من أكثر من واحد لا تسمى شركة، ويشترط في العاقد أن يكون كامل الأهلية.

ثم ذكر التعريف الركن الثالث للعقد، وهو المحل وذلك بقوله "في مشروع"، والمراد

---

(١) المادة الثانية من نظام الشركات السعودي الصادر عام ١٤٣٧هـ.

بالمحل هنا نشاط الشركة التي ستمارسه، بأن يكون مشروعاً وممكناً.

وتناول التعريف "بتقديم حصة من مال أو عمل"، ويلاحظ من التعريف أن رأس المال يمكن أن يكون مال، أو عمل، أو مال وعمل معاً.

ثم تناول التعريف " لاقتسام ما ينشأ من هذا المشروع من ربح أو خسارة"، وهو الاشتراك في الربح والخسارة ولم يقتصر على الربح فقط.

بالإضافة إلى الأركان الموضوعية العامة الواجب توفرها في عقد الشركة كغيرها من العقود، والتي تضمنتها المادة(٢) من نظام الشركات، فإنه يجب توفر أركان شكلية خاصة ينفرد بها عقد الشركة حيث ألزم النظام جميع الشركات بكتابة العقد وشهره (أي إشهاره) وفقا لأحكام النظام، باستثناء شركة المحاصة.

أولاً: كتابة العقد:

يجب أن يكون عقد تأسيس الشركة وكل ما يطرأ عليه من تعديل مكتوبا، وموثقا من الجهة المختصة نظاما بالتوثيق، وإلا كان العقد أو التعديل باطلا، باستثناء شركة المحاصة[١]، وخلافا للنظام القديم اعتبر نظام الشركات الجديد كتابة عقد الشركة وتوثيقه ركنا من أركان تأسيس الشركة يترتب على تخلفه بطلان عقد الشركة، حيث لم تعد الكتابة شرطا للإثبات[٢]، وبعد استكمال الإجراءات النظامية وما يلزم من متطلبات فإنه يتم تأسيس الشركة

---

(١) انظر: المادة (١٣) نظام الشركات المعدلة بموجب المرسوم الملكي رقم (م/ ٧٩) وتاريخ ٢٥/ ٧/ ١٤٣٩هـ.

(٢) حيث كانت الكتابة في ظل النظام القديم شرط إثبات فلا يجوز للشركاء إثبات عقد الشركة في مواجهة الغير في ظل النظام القديم إلا بالكتابة، ودون أن يترتب على ذلك بطلان عقد الشركة حيث تعتبر الشركة صحيحة ومرتبة لآثارها فيما بين الشركاء ودون أن يكون للشركاء فيما بينهم الحق في المطالبة

وكذلك تعديل عقد تأسيسها وفقا لما يحدده النظام لكل نوع من أنواع الشركات أو ما تحدده الوزارة وفقا للسلطة التقديرية الممنوحة لها.[١]

ويبرر البعض اشتراط الكتابة وترتب البطلان عند عدم الكتابة أن عقد الشركة أو نظامها الأساس بالنسبة للشركة المساهمة يتضمن بيانات وأرقاما وشروطا وصلاحيات لا يمكن للعقل البشري استيعابها وصعوبة تذكر تلك التفاصيل طيلة ممارسة الشركة لنشاطها، بالإضافة إلى صعوبة تذكر تفاصيل العقد أمام القضاء وصعوبة الإثبات، وكذلك رغبة المنظم على حمل الشركاء بالتفكير قبل تأسيس الشركة[٢]، بينما يرى البعض وهو الأقرب للصحة – كما يرى الباحث- أن الكتابة شهادة ميلاد لمولد شخص معنوي مستقل، وتعريف الغير به، وعلى نظامه الأساس، وذلك عن طريق شهر عقد التأسيس وإعلام الغير به وبأحكامه، فلا يمكن شهر عقد التأيس وإعلام الغير به إن لم يكن مكتوبا، ودلالة ذلك استثناء النظام شركة المحاصة من شرط الكتابة ومن الشهر لعدم وجود شخصية معنوية لها.[٣]

ببطلان عقد الشركة أو عدم الاحتجاج به فيما بينهم، وإنما فقط للغير الحق في عدم الاعتراف في عقد الشركة أو أي تعديل يطرأ عليه إلا بالكتابة الموثقة من قبل كاتب العدل. انظر في ذلك: الشريف، نايف، والقرشي، زياد (١٤٢٥هـ). نظام الشركات التجارية السعودي. الرياض. ط١. ص١٣٢.

(١) انظر: المادة (١٢) من نظام الشركات.

(٢) الجبر، محمد(١٤٢٠هـ). النظام التجاري السعودي. جامعة الملك سعود. ط١. ص١٣٠.

(٣) المرجع السابق، ص ١٣١.

ثانياً: شهر العقد:

تعرف عملية شهر عقد الشركة بالإجراء القانوني الذي يهدف من خلاله إعلام الغير بتأسيس الشركة والإعلام بعقد تأسيس الشركة ونظام الشركة الأساس وما يطرأ عليهما من تعديل بالطرق المحددة نظاما.[١]

وعلى ذلك باستثناء شركة المحاصة، يجب أن يشهر الشركاء أو مديري الشركة أو أعضاء مجلس الإدارة – بحسب الأحوال – عقد تأسيس الشركة، وكذلك النظام الأساسي لشركة المساهمة وما يطرأ عليهما من تعديل في موقع الوزارة الإلكتروني[٢]، وللغير الحق في الاطلاع على الوثائق سابقة الذكر، ويعتبر المستخرج من موقع الوزارة والمصدق عليه منها حجة في مواجهة الغير بما يحتويه من بيانات.[٣]

فلقد اعتبر النظام شهر عقد الشركة وسيلة إثبات وحجة في مواجهة الغير، حيث لا يجوز للشركاء الاحتجاج أمام الغير بعقد الشركة وبنظام الشركة الأساس بالنسبة لشركة المساهمة أو أي تعديل عليهما إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر، ومتى ما اقتصر عدم الشهر على بيان أو أكثر، كانت هذه البيانات وحدها غير نافذة في مواجهة الغير[٤]، وكما هو عليه الحال في النظام القديم، للغير متى ما كان له مصلحة التمسك بوجود عقد الشركة أو التعديل غير المشهر، وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات.[٥]

---

(١) ملحم،باسم، والطراونة، بسام(٢٠١٤م)، القانون التجاري- الشركات التجارية. دار الثقافة. عمان. ط١.، ص٦٨.

(٢) المادة (١٣/ ١) من نظام الشركات.

(٣) المادة (١٣/ ٢) من نظام الشركات.

(٤) المادة (١٤/ ٢) من نظام الشركات.

(٥) الخولي،أكثم ، الوجيز في نظام الشركات التجارية السعودي، الرياض. ط١. ص ٢٦٤.

وأرى بأن المنظم السعودي أحسن في الاكتفاء بعدم الاحتجاج في مواجهة الغير بعقد تأسيس الشركة والتعديلات التي تطرأ عليه، ما لم يتم شهره بالطرق التي نص عليها النظام لا الحكم ببطلان عقد الشركة أو التعديل الذي يطرأ عليه، وفي ذلك توافق مع غرض الشهر والغاية منه وهو إعلام الغير بعقد تأسيس الشركة أو أي تعديل يطرأ عليه بعد ذلك والاكتفاء بعدم النفاذ لعدم اتباع الإجراء اللازم في ذلك.

وتظهر أهمية شهر عقد الشركة وتعديلاته في اكتساب الشركة للشخصية المعنوية، حيث إن جميع الشركات (باستثناء شركة المحاصة) تكتسب الشخصية الاعتبارية بعد قيدها في السجل التجاري، وإن كانت تكتسب الشخصية الاعتبارية خلال فترة التأسيس بالقدر اللازم لتأسيسها، شريطة إتمام عملية التأسيس.[1]

(١) المادة (١٤/ ١) من نظام الشركات.

المبحث الثالث:
الآثار المترتبة على تخلف الشكلية في العقود التجارية

من خلال هذا المبحث سأبين الآثار المترتبة على تخلف الشكلية في العقود التجارية بالنظام السعودي، وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: البطلان.
المطلب الثاني: آثار أخرى غير البطلان.

المطلب الأول: البطلان

يعدُّ البطلان من الجزاءات النظامية المترتبة على تخلف الشكلية التي يتطلبها القانون، وكي تتضح هذه المسألة، لا بد من بيان ماهية البطلان، وبطلان العقد التجاري، وذلك في فرعين:

الفرع الأول: ماهية البطلان.

الفرع الثاني: بطلان العقد التجاري.

الفرع الأول: ماهية البطلان

البطلان هو الجزاء الذي فرضه القانون على عدم توافر ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته، وهو عبارة عن انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين، وكذا بالنسبة إلى الغير.

وتقسم النظرية التقليدية التي عرفها القانون الروماني، ثم القانون الفرنسي القديم أنواع البطلان إلى نوعين أساسيين: البطلان المطلق والبطلان النسبي.

١. البطلان المطلق، هو جزاء العقد الذي تخلف فيه ركن من أركان الانعقاد، وهي: الرضا والمحل والسبب والشكل في العقود الشكلية، فلا يكون لهذا العقد عندئذ وجود قانوني، ولا ينتج أي أثر قانوني.[1]

---

(١) الفار، عبدالقادر(٢٠٠٨م). مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني. دار الثقافة. عمان. ط٣. ص ١٩٠.

٢. البطلان النسبي، فهو جزاء تخلف شرط من شروط الصحة، كعدم توافر الأهلية اللازمة لإبرام العقد لدى كل من المتعاقدين أو فساد الإرادة بأحد عيوب الرضا (وهي الغلط، والإكراه، والتدليس، والغبن أو الاستغلال) كما أنه يوجد حالات معينة يقرر فيها القانون البطلان النسبي كما هو الشأن في حالة بيع ملك الغير.[١]

لكن، فريقا من الفقهاء في فرنسا ينتمون إلى فقه النظرية التقليدية لاعتبارات تاريخية، يقسم البطلان إلى ثلاثة أنواع، وهي: الانعدام، والبطلان المطلق، والبطلان النسبي، فيكون العقد منعدما إذا تخلف ركن من أركانه الأساسية وهي: الرضا والمحل والسبب، والشكل في العقود الشكلية، والتسليم في العقود العينية، ويكون باطلا بطلانا مطلقا إذا استوفى العقد هذه الأركان ولكن كان المحل أو السبب أو الشكل غير مستوف لشروطه فيما عدا شروط الوجود كما لو تخلف أحد شروط المحل أو شرط مشروعية السبب، ويكونالعقد باطلا نسبيا إذا كان التراضي معيبا، بأن كان صادرا من شخص ناقص الأهلية، أو شابه عيب من عيوب الإرادة، وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.[٢]

---

(١) العربي، بلحاج(٢٠١٢م). مصادر الالتزام في النظام السعودي. دار الثقافة. عمان. ط١. ص ١٠٣.

(٢) الفتلاوي، صاحب. مصادر الالتزام. مرجع سابق. ص٢٩٦.

الفرع الثاني: بطلان العقد التجاري

العقد التجاري الذي لم تراعَ قواعد القانون في تكوينه يكون باطلا، فلا ينتج أثرا قانونيا، ولا ينشأ عنه حق أو التزام، غير أنه تختلف قوة الجزاء باختلاف نوع القاعدة التي لم تراع في تكوين العقد، فإذا كانت القاعدة آمرة تحمي مصلحة عامة، كان البطلان مطلقا، بحيث لا يكون للعقد وجود أمام القانون، أما إذا كانت تلك القاعدة مكملة تحمي مصلحة خاصة، كان البطلان نسبيا فقط فيكون للعقد وجوده القانوني، إلى أن يطلب إبطاله من تقرر الجزاء لمصلحته، ومتى تقرر هذا البطلان يزول ذلك الوجود ويرتد زواله إلى حين إبرامه.(١)

ويعبر في التشريعات المدنية عن البطلان النسبي بالقابلة للإبطال، أما البطلان فتصفه بالبطلان المطلق، الذي يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها لأنه من النظام العام.(٢)

والعقد التجاري الباطل بطلانا نسبيا وهو العقد الفاسد في الفقه الإسلامي، يأخذ حكم العقد الصحيح، وتترتب عليه كافة آثاره القانونية، حتى يتمسك بالبطلان من شرع هذا البطلان لمصلحته، وهو ناقص الأهلية أو من شاب رضاه عيب، فإذا تقرر البطلان زالت جميع الآثار القانونية التي ترتبت على هذا العقد، وانعدم أصليا بأثر رجعي.(٣)

ومهما يكن فإنه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، في حالة بطلان العقد أو فساده، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل.

---

(١) الفار، عبدالقادر. مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، مرجع سابق. ص ١٩٨.

(٢) العربي، بلحاج. مصادر الالتزام في النظام السعودي. مرجع سابق. ص ١١٠.

(٣) الفتلاوي، صاحب . مصادر الالتزام. مرجع سابق. ص ٣٠٠.

وليس هناك فرقا بين الانعدام والبطلان المطلق كما يقول بعض الفقه الفرنسي، لأنه في كلا الحالتين، لا يرتب العقد أي أثر قانوني، لأن هذه التفرقة هي دون جدوى في الجانب القانوني، كما أنها تصطدم بالمنطق، لأن كلا العقدين معدوم، وكأنه لم يكن في نظر القانون.[1]

وبشأن ركن الكتابة كأحد أركان عقد الشركة، والذي استحدث نظام الشركات السعودي جزاء البطلان عند تخلفه أو توثيقه وكل ما يطرأ عليه من تعديل، ولقد ذهب البعض من الشراح على اعتباره بطلانا من نوع خاص، فلا هو بالبطلان المطلق الذي يجيز للشركاء الاحتجاج به في مواجهة الغير[2]، وكذلك جواز تصحيح البطلان المترتب على عدم الكتابة (الفوزان، ١٤٣٩هـ)، ولا هو بالبطلان النسبي الذي يقتصر التمسك به على من شرع البطلان لمصلحته فقط، حيث إن العقد يعتبر صحيحا ومرتبا لآثاره فيما بين الشركاء ولا يحكم بالبطلان إلا من وقت الحكم به قضاء دون أثر رجعي، وللشركاء إثبات وجود الشركة الفعلية فيما بينهم من وقت نشوء الشركة وحتى الحكم بالبطلان بكافة طرق الإثبات (قرار محكمة استئناف الرياض رقم ٦٥٥/ أس/ ٨ لعام ١٤٣٢هـ، وكذلك قرار التدقيق رقم ٦٠٦/ ت/ ٧ لعام ١٤٢٨هـ).

وبالمقابل، لا يجوز للشركاء التمسك ببطلان العقد لعدم الكتابة في مواجهة الغير حيث لا يستفيد المقصر من تقصيره، وللغير الخيار في التمسك ببطلان الشركة، وبالتالي يترتب

---

(١) السنهوري، الوسيطفي شرح القانون المدني. مرجع سابق. ج١ . ص٣٠٠.

(٢) الرويس، خالد بن عبدالعزيز(١٤٣٩هـ). الشركات التجارية وفق نظام الشركات التجارية والتطبيقات القضائية. الرياض. ط١. ص ١٢٠.

على ذلك بطلان آثار العقد بأثر رجعي، وللغير كذلك متى كان لهم مصلحة، التمسك بوجود العقد ولهم في إثبات وجود الشركة منذ تأسيسها كافة طرق الإثبات.[١]

وتطبق نظرية الشركة الفعلية في البطلان النسبي والبطلان الذي يتقرر في حالة عدم توافر شرط الشكلية- الكتابة- في عقد الشركة، فتعتبر الشركة كأن لم تكن بحق من قرر البطلان لمصلحته، بينما تعتبر الشركة قائمة فعليا لا نظاما في حق الشركاء الآخرين، والحال كذلك في البطلان الخاص لعدم الكتابة، فإن أثر البطلان بين الشركاء يكون في المستقبل وتكون الشركة موجودة فعليا في الماضي ومنذ تأسيسها، وللغير أيضا متى ما كانت له مصلحة من وجود الشركة التمسك بوجود الشركة الفعلية في الفترة ما بين تأسيسها والحكم ببطلانها.[٢]

وفي نطاق التحكيم التجاري، فإن المنظم أوجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وإلا كان باطلا في المادة (٩) من نظام التحكيم، وهذا البطلان مطلق وليس نسبي، وذلك لأن المنظم في المادة (٥٠) من النظام نفسه جعل بطلان اتفاق التحكيم من الحالات التي ترفع بها دعوى بطلان حكم التحكيم.

---

(١) الفوزان، محمد بن براك(١٤٣٩هـ). الأحكام العامة للشركات. دار العبيكان. الرياض. ط١. ص ٨٩.

(٢) الفوزان، محمد بن براك. الأحكام العامة للشركات. ص ٩٢.

المطلب الثاني: آثار أخرى غير البطلان

قد تترتب جزاءات أخرى على تخلف الشكلية في العقد التجاري، ومنها: التنازل عنها، والتعويض، وسأبين ذلك من خلال فرعين:

الفرع الأول: تنازل أحد الأطراف عن الشكلية.

الفرع الثاني: التعويض.

الفرع الأول: تنازل أحد الأطراف عن الشكلية

إن مبدأ سلطان الإرادة ينبغي عدم اختلاطه بمبدأ مهم آخر، سائد كذلك في نظرية العقد، وهو مبدأ الرضائية، ذلك أن هذا المبدأ الأخير لا يتصل إلا بطريقة تكوين العقد، ولا علاقة له بتحديد مضمون الالتزامات العقدية ونطاقها ومداها، وإنما المقصود منه أن التراضي وحده كاف لإبرام العقد، فينشأ العقد بمجرد تطابق إرادتين متعاقدتين، أيا كانت طريقة التعبير عنهما.[1]

فالرضا هو العنصر الأساسي لإنشاء العقد التجاري، وهو سبب القوة الملزمة للعقد، والرضائية هي القاعدة العامة في الفقه الإسلامي، وفي القوانين الحديثة، وهذا بخلاف القانون الروماني الذي ارتبط بالشكلية، أو بمبدأ سلطان[2]، فلا يسأل الشخص عن رفضه

---

(١) سلطان، أنور، مصادر الالتزام، مرجع سابق. ص ٢١٤.

(٢) إن مبدأ الرضائية لم يكن معروفا في القانون الروماني رغم عراقته إلا على سبيل الاستثناء، وفي مراحله التاريخية المتأخرة، فالأصل عند الرومان هو الحظر والشكلية في العقود، غير أن تطور القانون الفرنسي تدريجيا، وتأثره الواضح بأحكام الشريعة الإسلامية، خاصة عن طريق المذهب المالكي الذي ساد قرونا عديدة في أوروبا (إسبانيا)، حتى وصل إلى معرفة مبدأ سلطان الإرادة، ومن ثم إدراك قاعدة الحرية في إنشاء العقود، وهي القاعدة التي توسع فيها فقهاء الإسلام، من أن الأصل في العقود والشروط هو الإباحة لا الحظر. انظر: الفتلاوي، صاحب. مصادر الالتزام. مرجع سابق. ص ٢٩٠-٢٩١.

التعاقد، مهما كانت البواعث والأسباب التي دفعته إليه، ولا يتحمل تبعة ما لامتناعه عن التعاقد، وعلى كل حال يسقط الإيجاب إذا رفضه الموجه إليه، أو تخلف الشرط الذي علق عليه الإيجاب.

ومن المعلوم أنه يجوز لأطراف العقد الاتفاق على اتباع شكليات معينة، وهي التي تسمى الشكلية الاتفاقية، مع أن إرادة الشخص لا تحتاج كأصل عام عند إبرام العقود إلى شكل خاص أو معين، أي بمعنى أنه يكفي حدود التراضي أو اتفاق إرادتين حتى ينعقد العقد قانونا، ما لم ينص القانون على استيفاء شكل محدد.

ومع كل هذا، فإنه يجوز لأي من أطراف العقد التنازل عن الشكلية الاتفاقية دون الشكلية القانونية التي يستلزم فيها القانون إفراغ التراضي في شكل خاص، وعندئذ تعدُّ الشكلية ركنا في العقد لا يقوم دونه، كما هو الحال في عقد الشركة واتفاق التحكيم، وكتقييد الحقوق العقارية في السجل العيني العقاري، إذا كانت قد نشأت أو تقررت بسبب من أسباب اكتساب الحقوق العينية على النحو الذي تقرره الشريعة الإسلامية.[1]

وعلى ضوء ما سبق – وفي مجال الإثبات مثلاً- فقد نصت المادة (٣٨) من نظام المحاكم التجارية على أنه:"٢- لا يلزم لإثبات الالتزام شكل خاص، ما لم تتفق الأطراف على غير ذلك.

٤ -دون إخلال بالنظام العام، إذا اتفق الأطراف على قواعد محددة في الإثبات؛ فَتُعمِل المحكمة اتفاقَهم.

٥ -فيما لم يرد فيه نص خاص، يجوز الاتفاق على نقل عبء الإثبات".

---

(١) انظر: المادة (٨) من نظام التسجيل العيني للعقار السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٦ في ١١/ ٣/ ١٤٣٣هـ.

ومع ذلك، فإن هذه القواعد الواردة في نص المادة(٣٨) أعلاه ليست من النظام العام، إذ يجوز للأطراف أن يتنازلوا عنها صراحة أو ضمنا ومن ثم لا يجوز للقضاة أن يثيروها من تلقاء أنفسهم، دون إخضاعها للمناقشة الحضورية للخصوم، ما دام أنهم لم يتمسكوا بها، وعلى هذا يجوز للأطراف الاتفاق على التنازل عن الشكلية الاتفاقية.

الفرع الثاني: التعويض

إذا كانت الكتابة ليست ركنا لازما لقيام العقد التجاري، بل مجرد طريقة لإثبات التصرف، فلا يؤثر تخلفها على وجود العقد؛ لأن الكتابة هنا وظيفتها الإثبات فقط[١]، وإن كان يترتب على تخلفها صعوبة إثباته، الذي يظل رغم ذلك ممكنا بشهادة الشهود، أو بالإقرار، أو باليمين، أو بالقرائن القانونية، فإن الكتابة للإثبات فقط كالشكلية الاتفاقية عند اشتراط الطرفين الشكلية للإثبات، لا يترتب على تخلفها بطلان التصرف، كما هو الحال في الشكلية القانونية التي يشترطها المنظم (فعدمها لا ينفي عن العقد انعقاده وصحته)[٢]، وإنما يتعين على المدعي بالحق تقديم الدليل على ما يدعيه وله أن يستعين بوسائل الإثبات الأخرى.[٣]

والفرق واضح بين الشكلية كشرط صحة، والشكلية كشرط للإشهار أو للإثبات، فالكتابة في الأخيرة وظيفتها للإثبات فقط، فعدمها لا ينفي عن العقد انعقاده، وصحته، وعلى القاضي أن يستدل من ظروف الواقع والملابسات المحيطة بالقضية المعروضة أمامه على إرادة الطرفين الحقيقية وخاصة فيما إذا اتجهت إرادتهما إلى اعتبار الشكل ركنا في العقد أم أداة لإثبات الحق[٤]، ومن ثم يجوز للطرف المتضرر المطالبة بالتعويض -إن كان له مقتضى- في حال عدم التزام الطراف الآخر بتلك الشكلية المتفق عليها؛ لأن الشكلية الاتفاقية هنا مقررة الحماية الأطراف المتعاقدة ذاتها، وهي الشكلية الاتفاقية المباشرة المتصلة بتكوين

---

(١) الفار، عبدالقادر. مصادر الالتزام. مرجع سابق. ص ٢٩٠.

(٢) الفتلاوي، صاحب. مصادر الالتزام. مرجع سابق. ص ٢٩٨.

(٣) الزعبي، عوض(٢٠١٠م). الإثبات أمام المحاكم التجارية. دار إثراء. عمان. ط١. ص ١٩٠.

(٤) الجبوري، ياسين(٢٠٠٣م). مصادر الالتزام، ص٢٤٥.

العقد التجاري الشكلي، فهي تمكن الأطراف من التعرف على محتوى هذا العقد، وما لهم من حقوق وواجبات، وبما يحفظه من الوقوع في الغلط أو التدليس.

ويتولى قاضي الموضوع تقدير التعويض في هذه الحالة، حيث يسمى عندئذ بالتعويض القضائي، ولكن قد يتفق الطرفان مقدما على تقدير التعويض، فيسمى في هذه الحالة بالتعويض الاتفاقي أو (الشرط الجزائي).[1]

(١) العربي، بلجاج(١٤٣٨ هـ). أحكام الالتزام. دار الثقافة. عمان. ط١. ص ٨٥.

الخاتمة

لقد قمت بدراسة موضوع **"الشكلية في العقود التجارية وتطبيقاتها في النظام السعودي"**، وبينت الإطار العام للبحث في المقدمة، وكذلك عالجت أحكام الشكلية من حيث مفهومها وطبيعتها والتمييز بين بعض العقود التجارية الشكلية والآثار المترتبة على تخلف هذه الشكلية.

وتوصلت إلى عددٍ من النتائج والتوصيات، وهي:

أولاً: النتائج:

١- الأصل في العقود التجارية أنها تعدُّ عقوداً رضائية تنعقد بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول الصحيحين بين طرفين يتمتعان بالأهلية اللازمة دون حاجة لاتخاذ إجراءات شكلية، لأن السرعة التي تحتاجها الحياة التجارية تقتضي البعد عن الشكليات.

٢- لا توجد في النصوص الشرعية أو النظام السعودي، ما يمنع شرعا من العمل بوجوب شكلية معينة، باعتبارها ركنا أساسيا عند إبرام بعض العقود المهمة، وليس لغرض الشهر والعلانية فقط، وهذا لتنبيه المتعاقدين على خطورة ما يقدمون عليه من تعاقد، من ضرورة أخذ الحيطة اللازمة عند الإقدام على إبرامها، مضافا إلى ما يحققه ذلك من حفظ وصيانة النظام العام والتمسك بمقتضياته.

٣- أن طبيعة الشكلية في العقود التجارية، قد تكون شكلية اتفاقية، كما قد تكون من قبيل الشكل القانوني، وأن هناك تطبيقات عديدة وردت في مختلف الأنظمة التجارية السعودية على ذلك.

٤- بالإضافة إلى الأركان الموضوعية العامة الواجب توفرها في عقد الشركة، فإنه يجب توفر أركان شكلية خاصه حيث ألزم النظام جميع الشركات بكتابة العقد وشهره (أي إشهاره) وفقا لأحكام النظام، باستثناء شركة المحاصة.

٥- البطلان هو الجزاء الذي فرضه القانون على عدم توافر الشكلية القانونية في العقد التجاري ، وهو عبارة عن انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين، وكذا بالنسبة إلى الغير، وقد يكون بطلاناً مطلقاً أو نسبياً.

٦- قد تترتب جزاءات أخرى غير البطلان على تخلف الشكلية في العقد التجاري، ومنها: التنازل عنها، والتعويض.

ثانياً: التوصيات:

١- أوصي المنظم بالتدخل للحد من اشتراط الشكلية كركن انعقاد في بعض العقود التجارية ومنها: عقد الشركة واتفاق التحكيم، مع الإبقاء على الشكلية الاتفاقية إذا رأى الأطراف أن مصلحتهم تقتضي ذلك.

٢- أوصي بأن يتبنى المنظم نصوصاً خاصة بالشكلية القانونية والشكلية الاتفاقية، وتنظيم أحكامهما، وبخاصة حالات كل منهما، وآثارهما في حال تخلفها، أو عدم التزام الأطراف بها.

٣- أوصي المنظم بالنص في نظام المحاكم التجارية على أن تسري على المعاملات التجارية أحكام الاتفاق بين المتعاقدين، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق، سرت نصوص النظام أو غيره من الأنظمة المتعلقة بالمعاملات التجارية، ثم قواعد العرف والعادات التجارية، وأنه لا يجوز تطبيق الاتفاقات بين المتعاقدين، أو قواعد العرف التجاري أو العادات التجارية متى تعارضت مع النظام العام في المملكة.

قائمة المصادر المراجع

١ - البقمي، عائض، الإطار النظامي للتجارة الإلكترونية في المملكة العربية السعودية، الرياض: المجلة السعودية القضائية، العدد ٥. محرم ، (١٤٣٤هـ).

٢ - الجبر، محمد حسن، العقود التجارية وعمليات البنوك، الرياض: جامعة الملك سعود، (١٩٩٧م).

٣- الجبر، محمد، النظام التجاري السعودي، الرياض: جامعة الملك سعود. ط١، (١٤٢٠هـ).

٤ - الجبوري، ياسين محمد، المبسوط في القانون المدني- مصادر الالتزام، عمان: دار الثقافة، ط١، (٢٠٠٣م).

٥ - حسن، فايز و أبو الحسن، أحمد، تاريخ القانون مع دراسات في نظرية الالتزامات في القانون الروماني، بيروت: دار الفكر، (١٩٩٨م).

٦ - الخشروم، عبدالله، الملكية الصناعية والتجارية، عمان: دار وائل، ط٢، (٢٠١٤م).

٧- الخولي،أكثم ، الوجيز في نظام الشركات التجارية السعودي، الرياض. ط١.

٨- دودين، بشار، العقد الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، عمان: دار الثقافة، ط١، (٢٠١٠م).

٩ - الرويس، خالد بن عبدالعزيز، الشركات التجارية وفق نظام الشركات التجارية والتطبيقات القضائية، الرياض، ط١، (١٤٣٩هـ).

١٠ - الزعبي، عوض، الإثبات أمام المحاكم التجارية، عمان: دار إثراء، ط١، (٢٠١٠م).

١١ - زواوي، محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون المدني، بيروت: دار الوراق، ط١، (١٩٩٠م).

١٢ – سلطان، أنور، مصادر الالتزام– دراسة مقارنة، عمان: منشورات الجامعة الأردنية، ط٢، (٢٠٠٠م).

١٣ – السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني. العقود الواردة على العمل ، بيروت:. دار إحياء التراث العربي، مجلد ٧، (١٩٦٤م).

١٤ – سوار الدين، محمد، العقود التجارية، دمشق: دار الفكر، ط١، (١٩٩٠م).

١٥ – الشريف، نايف، والقرشي، زياد، نظام الشركات التجارية السعودي، الرياض، ط١، (١٤٢٥هـ).

١٦ – الشماع، فائق، العقود التجارية في القانون المقارن، بيروت: دار الوراق، ط١، (٢٠١٥م).

١٧ – الشهري، علي، التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، أحكامها وآثارها في الفقه الإسلامي والنظام السعودي، الرياض: مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد ٧٣، (٢٠٠٦م).

١٨ – الصدة، عبدالمنعم فرج، المدخل إلى العلوم القانونية، القاهرة: دار النهضة العربية، ط١، (١٩٨٧م).

١٩ – الصرايرة، منصور، عقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية، رسالة ماجستير، الأردن: جامعة مؤتة، (٢٠٠٣م).

٢٠ – عبد الرشيد، عبد الباسط، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي المقارن، القاهرة: النسر الذهبي للطباعة والنشر، ط٢، (٢٠٠٠).

٢١ – عبدالدائم، أحمد، مصادر الحقوق الشخصية، بيروت: دار الرسالة، ط١، (٢٠١٠م).

٢٢ – العربي، بلجاج، أحكام الالتزام، عمان: دار الثقافة، ط١، (١٤٣٨هـ).

٢٣- العربي، بلحاج، مصادر الالتزام في النظام السعودي، عمان: دار الثقافة، ط١، (٢٠١٢م).

٢٤- العطار، عبد الناصر، مصادر الالتزام الإرادية، الرياض: العبيكان للنشر، ط١، (١٤٣٥هـ).

٢٥- العكيلي، عزيز، القانون التجاري- العقود التجارية، مصر: دار العروبة، ط١، (٢٠٠٨).

٢٦- الفار، عبدالقادر، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، عمان: دار الثقافة، ط٣، (٢٠٠٨م).

٢٧- الفتلاوي، صاحب، مصادر الالتزام، بيروت: دار الوراق، ط١، (٢٠١٤م).

٢٨- الفوزان، محمد بن براك، الأحكام العامة للشركات، الرياض: دار العبيكان، ط١، (١٤٣٩هـ).

٢٩- قاسم، علي سيد، قانون الأعمال- العقود التجارية، القاهرة: دار النهضة العربية، ط١، (٢٠٠٣م).

٣٠- القانون المدني الأردني لسنة ١٩٧٦م.

٣١- القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨م.

٣٢- القانون النموذجي المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية المؤرخ في ٥/ ٧/ ٢٠٠١، والتوجيه الأوروبي الصادر بتاريخ ١٣/ ١٢/ ١٩٩٩.

٣٣- قرمان، عبد الرحمن السيد، عقد التأجير التمويلي، القاهرة: دار النهضة العربية، ط١، (١٩٩٥م).

٣٤- قرمان، عبدالرحمن السيد، العقود التجارية وعمليات البنوك، الرياض- الإمارات- مصر: مكتبة العالم العربي، ط، (٢٠١٥م).

٣٥- القليوبي، سميحة، شرح العقود التجارية، القاهرة: دار النهضة العربية، (١٩٨٧م).

٣٦- محمود، أحمد صدقي، أحكام الإثبات في نظام المرافعات الشرعية السعودي، الرياض، ط١، (٢٠٢٠م).

٣٧- ملحم،باسم، والطراونة، بسام، القانون التجاري- الشركات التجارية، عمان: دار الثقافة، ط١، (٢٠١٤م).

٣٨- نسيمة، حشود، الشكلية في البيع العقاري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، (٢٠٠٣م).

٣٩- نظام الإيجار التمويلي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٤٨ بتاريخ ١٣ / ٨ / ١٤٣٣هـ.

٤٠ - النظام البحري التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم(م/ ٣٣) وتاريخ ٥/ ٤/ ١٤٤٠هـ

٤١ - النظام التجاري (نظام المحكمة التجارية ١٤٤١هـ) الصادر وفق قرار مجلس الوزراء رقم ٥١١ بتاريخ ١٤/ ٨/ ١٤٤١هـ، وبالمرسوم الملكي رقم (م/ ٩٥) بتاريخ ١٥/ ٨/ ١٤٤١هـ.

٤٢ - نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي (م/ ٣٤) وتاريخ ٢٤/ ٥/ ١٤٣٣هـ .

٤٣ - نظام التسجيل العيني للعقار السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٦ في ١١/ ٣/ ١٤٣٣هـ.

٤٤ - نظام التعاملات الإلكترونية الصادر عام ١٤٢٨هـ.

٤٥- نظام الرهن التجاري لعام ١٤٣٩هـ.

٤٦- نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي(م/ ٣) وتاريخ ٢٨/ ١/ ١٤٣٧هـ .

٤٧- نظام الشركات المعدل الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٩) وتاريخ ٢٥/ ٧/ ١٤٣٩هـ.

٤٨- نظام العلامات التجارية الصادر بتاريخ ٢٨/ ٥/ ١٤٢٣هـ.

٤٩- نظام براءات الاختراع والتصميمات التخطيطية للدارات المتكاملة والأصناف النباتية والنماذج الصناعية لعام ١٤٢٥هـ.

٥٠- نظام ضمان الحقوق بالأموال المنقولة رقم (٩٤) وتاريخ ١٥/ ٤/ ١٤٤١هـ.

فهـــــرس الموضوعـــــات

المقدمة: ١٣٩١

أهمية الموضوع: ١٣٩٢

مشكلة البحث: ١٣٩٢

تساؤلات البحث: ١٣٩٣

أهداف البحث: ١٣٩٣

الدراسات السابقة: ١٣٩٣

تقسيم خطة البحث: ١٣٩٩

المبحث الأول: ماهية الشكلية في العقود التجارية ١٤٠١

المطلب الأول: مفهوم الشكلية في العقود ١٤٠١

الفرع الأول: ماهية العقد التجاري ١٤٠٢

الفرع الثاني: مدلول شكلية العقد التجاري ١٤٠٥

المطلب الثاني: الشكل الاتفاقي والشكل القانوني ١٤٠٨

الفرع الأول: الشكل الاتفاقي ١٤٠٨

الفرع الثاني: الشكل القانوني ١٤١١

المبحث الثاني: تطبيقات الشكلية في بعض العقود التجارية في النظام السعودي ١٤١٧

المطلب الأول: عقد الوكالة التجارية ١٤١٧

المطلب الثاني: عقد الشركة ١٤٢١

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على تخلف الشكلية في العقود التجارية ١٤٢٦

المطلب الأول: البطلان ١٤٢٦

الفرع الأول: ماهية البطلان ١٤٢٦

الفرع الثاني: بطلان العقد التجاري ١٤٢٨

المطلب الثاني: آثار أخرى غير البطلان ١٤٣١

الفرع الأول: تنازل أحد الأطراف عن الشكلية ١٤٣١

الفرع الثاني: التعويض ١٤٣٤

الخاتمة ١٤٣٦

أولاً: النتائج: ١٤٣٦
ثانياً: التوصيات: ١٤٣٧
قائمة المصادر المراجع ١٤٣٨
فهـــــرس الموضوعـــــات ١٤٤٣