

# مجلة جامعة البعث

سلسلة العلوم القانونية



مجلة علمية محكمة دورية

المجلد 45 . العدد 10

1444 هـ - 2023 م

الأستاذ الدكتور عبد الباسط الخطيب

رئيس جامعة البعث

المدير المسؤول عن المجلة

رئيس هيئة التحرير	أ. د. محمود حديد
رئيس التحرير	أ. د. هائل الطالب

مديرة مكتب مجلة جامعة البعث

بشرى مصطفى

عضو هيئة التحرير	د. محمد هلال
عضو هيئة التحرير	د. فهد شريباتي
عضو هيئة التحرير	د. معن سلامة
عضو هيئة التحرير	د. جمال العلي
عضو هيئة التحرير	د. عباد كاسوحة
عضو هيئة التحرير	د. محمود عامر
عضو هيئة التحرير	د. أحمد الحسن
عضو هيئة التحرير	د. سونيا عطية
عضو هيئة التحرير	د. ريم ديب
عضو هيئة التحرير	د. حسن مشرقي
عضو هيئة التحرير	د. هيثم حسن
عضو هيئة التحرير	د. نزار عبشي

تهدف المجلة إلى نشر البحوث العلمية الأصيلة، ويمكن للراغبين في طلبها

الاتصال بالعنوان التالي:

رئيس تحرير مجلة جامعة البعث

سورية . حمص . جامعة البعث . الإدارة المركزية . ص . ب (77)

. هاتف / فاكس : ++ 963 31 2138071

. موقع الإنترنت : [www.albaath-univ.edu.sy](http://www.albaath-univ.edu.sy)

. البريد الإلكتروني : [magazine@ albaath-univ.edu.sy](mailto:magazine@albaath-univ.edu.sy)

**ISSN: 1022-467X**

## شروط النشر في مجلة جامعة البعث

الأوراق المطلوبة:

- 2 نسخة ورقية من البحث بدون اسم الباحث / الكلية / الجامعة) + CD / word من البحث منسق حسب شروط المجلة.
  - طابع بحث علمي + طابع نقابة معلمين.
  - إذا كان الباحث طالب دراسات عليا:  
يجب إرفاق قرار تسجيل الدكتوراه / ماجستير + كتاب من الدكتور المشرف بموافقة على النشر في المجلة.
  - إذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية:  
يجب إرفاق قرار المجلس المختص بإنجاز البحث أو قرار قسم بالموافقة على اعتماده حسب الحال.
  - إذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية من خارج جامعة البعث :  
يجب إحضار كتاب من عمادة كليته تثبت أنه عضو بالهيئة التدريسية و على رأس عمله حتى تاريخه.
  - إذا كان الباحث عضواً في الهيئة الفنية :  
يجب إرفاق كتاب يحدد فيه مكان و زمان إجراء البحث ، وما يثبت صفته وأنه على رأس عمله.
  - يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات (العلوم الطبية والهندسية والأساسية والتطبيقية):  
عنوان البحث .. ملخص عربي و إنكليزي ( كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).
- 1- مقدمة
  - 2- هدف البحث
  - 3- مواد وطرق البحث
  - 4- النتائج ومناقشتها .
  - 5- الاستنتاجات والتوصيات .
  - 6- المراجع.

- يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات ( الآداب - الاقتصاد - التربية - الحقوق - السياحة - التربية الموسيقية وجميع العلوم الإنسانية):
- عنوان البحث .. ملخص عربي و إنكليزي ( كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).

1. مقدمة.
  2. مشكلة البحث وأهميته والجديد فيه.
  3. أهداف البحث و أسئلته.
  4. فرضيات البحث و حدوده.
  5. مصطلحات البحث و تعريفاته الإجرائية.
  6. الإطار النظري و الدراسات السابقة.
  7. منهج البحث و إجراءاته.
  8. عرض البحث و المناقشة والتحليل
  9. نتائج البحث.
  10. مقترحات البحث إن وجدت.
  11. قائمة المصادر والمراجع.
- 7- يجب اعتماد الإعدادات الآتية أثناء طباعة البحث على الكمبيوتر:
- أ- قياس الورق 25×17.5 B5.
  - ب- هوامش الصفحة: أعلى 2.54- أسفل 2.54 - يمين 2.5- يسار 2.5 سم
  - ت- رأس الصفحة 1.6 / تذييل الصفحة 1.8
  - ث- نوع الخط وقياسه: العنوان . Monotype Koufi قياس 20
- . كتابة النص Simplified Arabic قياس 13 عادي . العناوين الفرعية Simplified Arabic قياس 13 عريض.
- ج . يجب مراعاة أن يكون قياس الصور والجداول المدرجة في البحث لا يتعدى 12سم.
- 8- في حال عدم إجراء البحث وفقاً لما ورد أعلاه من إشارات فإن البحث سيهمل ولا يرد البحث إلى صاحبه.
- 9- تقديم أي بحث للنشر في المجلة يدل ضمناً على عدم نشره في أي مكان آخر، وفي حال قبول البحث للنشر في مجلة جامعة البعث يجب عدم نشره في أي مجلة أخرى.
- 10- الناشر غير مسؤول عن محتوى ما ينشر من مادة الموضوعات التي تنشر في المجلة

11- تكتب المراجع ضمن النص على الشكل التالي: [1] ثم رقم الصفحة ويفضل استخدام التهميش الإلكتروني المعمول به في نظام وورد WORD حيث يشير الرقم إلى رقم المرجع الوارد في قائمة المراجع.

تكتب جميع المراجع باللغة الانكليزية (الأحرف الرومانية) وفق التالي:  
آ . إذا كان المرجع أجنبياً:

الكنية بالأحرف الكبيرة . الحرف الأول من الاسم تتبعه فاصلة . سنة النشر . وتتبعها معترضة ( - ) عنوان الكتاب ويوضع تحته خط وتتبعه نقطة . دار النشر وتتبعها فاصلة . الطبعة ( ثانية . ثالثة ) . بلد النشر وتتبعها فاصلة . عدد صفحات الكتاب وتتبعها نقطة .  
وفيما يلي مثال على ذلك:

-MAVRODEANUS, R1986- Flame Spectroscopy. Willy, New York, 373p.

ب . إذا كان المرجع بحثاً منشوراً في مجلة باللغة الأجنبية:

. بعد الكنية والاسم وسنة النشر يضاف عنوان البحث وتتبعه فاصلة، اسم المجلد ويوضع تحته خط وتتبعه فاصلة . المجلد والعدد ( كتابة مختزلة ) وبعدها فاصلة . أرقام الصفحات الخاصة بالبحث ضمن المجلة.  
مثال على ذلك:

BUSSE,E 1980 Organic Brain Diseases Clinical Psychiatry News ,  
Vol. 4. 20 – 60

ج . إذا كان المرجع أو البحث منشوراً باللغة العربية فيجب تحويله إلى اللغة الإنكليزية و  
التقيد

بالبنود (أ و ب) ويكتب في نهاية المراجع العربية: ( المراجع In Arabic )

## رسوم النشر في مجلة جامعة البعث

1. دفع رسم نشر (40000) ل.س أربعون ألف ليرة سورية عن كل بحث لكل باحث يريد نشره في مجلة جامعة البعث.
2. دفع رسم نشر (100000) ل.س مئة ألف ليرة سورية عن كل بحث للباحثين من الجامعة الخاصة والافتراضية .
3. دفع رسم نشر (200) مئتا دولار أمريكي فقط للباحثين من خارج القطر العربي السوري .
4. دفع مبلغ (6000) ل.س ستة آلاف ليرة سورية رسم موافقة على النشر من كافة الباحثين.

## المحتوى

الصفحة	اسم الباحث	اسم البحث
38-11	د. تيسير الناعس	الشريعة الإسلامية في القانون السوري
68- 39	عبد الرحمن الشامي د. غسان علي	أثر ازدواج الجنسية في ممارسة الحماية الديبلوماسية
94-69	د. منى الإدلبي	الضريبة على الدخل المقطوع في سورية وفق المرسوم التشريعي رقم ( 10 ) لعام 2015
120-95	د. منى الإدلبي	انقضاء دين الضريبة بالمقاصة وفق التشريع السوري
146-121	حسن يعقوب د. زهير حرح	الشكلية الاتفاقية في العقود





## الشريعة الإسلامية في القانون السوري

الأستاذ المساعد تيسير عبد الله الناعس

قسم الفقه الإسلامي وأصوله - كلية الشريعة - جامعة دمشق

### الملخص

هدف البحث إلى بيان أثر الشريعة الإسلامية في القانون السوري؛ ف جاء المبحث الأول ليُعرّف بالشريعة الإسلامية، ويُعدّد ركائزها ومبادئها العامّة، ثم جاء المبحث الثاني ليعرض تاريخ تطبيق الشريعة الإسلامية في سورية منذ زمن الخلافة الراشدة، وآثار الشريعة الإسلامية في السلطة القضائية السورية الحالية، وفي القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون)؛ على اعتبار أنّ القانون الفرنسي هو القانون الأم لباقي القوانين المدنية في البلاد الأجنبية والعربية. وتبّع البحث المنهج التاريخي والوصفي التحليلي، وتوصّل إلى العديد من النتائج، من أهمّها: أنّ الشريعة الإسلامية كانت المصدر الظلّ للقوانين الغربية والعربية، والتي اعتمدت عليها السلطة التشريعية السورية في إصدار قوانينها المختلفة، وأنّ نسبة هذه القوانين صراحة إلى الشريعة الإسلامية يتوقّف على مراعاتها لثقافة المجتمع السوري وأعرافه وقيمه، كما هو الحال في قانون الأحوال الشخصية، ويوصي البحث بالاستفادة من قضاء التحكيم في التوسّع بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وتبني السلطة التشريعية لسياسة تقوم على ضرورة مراجعة القوانين؛ لتكون أكثر فاعلية في حياة المجتمع السوري.

**الكلمات المفتاحية:** الشريعة الإسلامية، القانون السوري، القضاء الشرعي، القضاء

النظامي، محاكم الأحوال الشخصية.

### Summary

The aim of the research is to demonstrate the impact of Islamic law on Syrian law; The first one was known as the Islamic Sharia, listing its general pillars and principles, and the second one presented the history of the application of Islamic law in Syria since the time of the adult caliphate, the effects of Islamic law in the current Syrian judiciary and in French civil law (the Napoleonic Code); French law is the parent law of other civil laws in foreign and Arab countries. The research followed the historical and analytical approach and produced several findings, the most important of which were: The Islamic Sharia has been the shadow source of the Western and Arab laws on which the Syrian legislature has relied in issuing its various laws. The explicit attribution of these laws to the Islamic Sharia depends on its observance of the culture, customs and values of Syrian society, as in the case of personal law. The research also recommends that the arbitration judiciary be used to expand the application of Islamic Sharia provisions and that the legislature adopt a policy based on the need to review laws; To be more attuned to the life of Syrian society.

**Keywords:** Islamic law, Syrian law, the forensic judiciary, the regular judiciary and the personal status courts.

### بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على نبيّنا محمد سيّد المرسلين، وآل بيته الطيّبين الطاهرين، وصحابته الغرّ الميامين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدّين. وبعد، فالقضاء أساس انتظام المعاش، وأقوى دعائم استتباب الأمن؛ ولهذا أرسل الله تعالى رُسُلَه بالهدى ودين الحق، وأنزل عليهم الكتب ليقوم الناس بالقسط، قال الله تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ [الحديد: 25]، فتأتي مكانة القضاء في الإسلام من الغايات الكبرى والأهداف العامّة المنوطة به، وهو إقامة ميزان العدالة في الأرض، وصيانة الحقوق، وحفظ الأنفس والأموال والأعراض. وقد بقيت الشريعة الإسلامية المرجع المباشر لأحكام القضاء في سورية حوالي ثلاثة عشر قرناً، ثم حلتّ الازدواجية في نظام القضاء بعد منتصف القرن التاسع عشر، وأحدثت المحاكم النظامية إلى جانب المحاكم الشرعية، ثم دار الزمن دورته سريعاً، وانحصر اختصاص المحاكم الشرعية بقضاء الأحوال الشخصية، بعد أن كانت الشريعة الإسلامية أصل التشريع ومنشأه.

فيأتي البحث لينظر فيما تبقى للشريعة الإسلامية من تطبيقات في القوانين السورية، بعد انفصالها عن السلطنة العثمانية، وبعد ثورة التشريعات الوطنية التي انطلقت بعد الاستقلال عن المستعمر الفرنسي، وبعد التعديلات الكثيرة التي طرأت على القوانين السورية منذ الاستقلال وحتى اليوم.

وتبدو مشكلة البحث في الكشف عن أثر الشريعة الإسلامية في القوانين والمراسيم التي تطبقها وزارة العدل السورية، ومدى جدية دعوى فك الارتباط بين الشريعة الإسلامية والأحكام القضائية الصادرة عن وزارة العدل، ومن ثمّ يمكن صياغة مشكلة البحث بالسؤال الآتي:

هل استطاع المشرّع السوري التحرّر من ريقة الشريعة الإسلامية عندما أخذ غالب أحكامه من التشريعات الغربية أو العربية؟

وفي سبيل معالجة هذه المشكلة، اتّبع البحث المنهج التاريخي لنظام القضاء السوري، والمنهج الوصفي التحليلي لمصادر القوانين السورية.

وينطلق البحث من فرضية أنّ المحاكم الشرعية لا تختصّ وحدها بتطبيق الشريعة الإسلامية، وأنّ الفروق الفعلية بين المحاكم الشرعية وأخواتها من المحاكم النظامية يرجع في الأساس إلى خصوصية الأحكام الشرعية، المُسند تنفيذها إلى المحاكم الشرعية.

### المبحث الأول: مفهوم الشريعة الإسلامية

الشريعة هي الوحي الإلهي، وهي الأحكام التي جاء بها القرآن الكريم والسنة النبوية، وهي التشريع الرباني الذي قضاه الله على الناس، وهي جملة الأوامر والنواهي التي ينتظم بالإلزام بها أمر المجتمع.

### المطلب الأول: تعريف الشريعة الإسلامية

الشريعة مفهوم له معنى لغوي عند أهل العربية، وآخر اصطلاحى عند علماء الإسلام، وفيما يأتي بيان هذه المعاني:

#### أولاً - تعريف الشريعة لغة:

الشريعة في اللغة تعني الدين الظاهر المستقيم، الموصل إلى الفوز والنجاة<sup>(1)</sup>، قال الله تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيحَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا﴾ [الجاثية: 18]، ومن المرادفات لكلمة الشريعة: القانون، والنظام، والحكم<sup>(2)</sup>.

وأصل كلمة قانون التاريخي يعود إلى اللغة اليونانية (Kanun)، وهي تعني المسطرة أو العصا المستقيمة<sup>(3)</sup>.

---

(1) الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، **القاموس المحيط** (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط8، 2005)، باب العين، فصل الشين: الشريعة، ص732؛ الزبيدي، محمد بن محمد، **تاج العروس** (الكويت: دار الهداية، 1965)، فصل الشين المعجمة مع العين: شرع، ج21 ص259-260.

(2) دوزي، رينهارت بيتر آن، **تكملة المعاجم العربية**، نقله إلى العربية وعلق عليه: محمد سليم النعيمي وجمال الخياط (الجمهورية العراقية: وزارة الثقافة والإعلام، ط1، 1979-2000) ج8 ص334.

(3) الفضل، منذر، **تأريخ القانون** (كردستان العراق - أربيل: دار نارس للطباعة والنشر، ط2، 2005)، ص18.

والتشريع: هو سنّ القواعد، وإنشاء القوانين، وإظهار الأحكام، وبيان الأنظمة<sup>(1)</sup>.

### ثانياً - تعريف الشريعة اصطلاحاً:

تدور التعاريف الاصطلاحية للشريعة الإسلامية حول تحديد موضوعاتها، ومضامين أحكامها، ويمكن تصنيف هذه التعاريف وترتيبها تحت فرعين:

أ - الفرع الأول (المعنى الأصلي) تعريف الشريعة بالمعنى العام الواسع المرادف لكلمة الدين: هي جملة الأحكام الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية، وتشمل أحكام: العقائد، والآداب، والعبادات، والمعاملات<sup>(2)</sup>.

فتجمع أحكام الشريعة بهذا المعنى بين ثلاثة علوم<sup>(3)</sup>:

- 1 - علم الكلام: ويدرس جانب العقيدة من أحكام الشريعة.
- 2 - علم الآداب (الأخلاق): ويدرس الجانب السلوكي والوجداني الإنساني من أحكام الشريعة.

ويُمثّل هذان العلمان الركن الأعظم والجذع المشترك بين الشرائع السماوية كلّها.

- 3 - علم الفقه (الأحكام العملية): ويدرس أحكام العبادات وأحكام المعاملات من الشريعة الإسلامية.

وأيّ علم من هذه العلوم هو جزء من الشريعة، ومن ثم فالفقه جزء من الشريعة، وأحكام الشريعة أعمّ من علم الفقه.

(1) ابن الأثير، المبارك بن محمد، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي (بيروت: دار الكتب العلمية، 1979)، باب الشين مع الراء: شرع، ج2 ص460؛ السائيس، محمد علي، تاريخ الفقه الإسلامي (بيروت: دار الكتب العلمية، إ.د. ت[ ]، ص7-8).

(2) الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الفقه، تحقيق: عبد الله دراز (بيروت: دار المعرفة، إ.د. ت[ ]، ج1 ص88).

(3) الحموي، أسامة، مبادئ الشريعة الإسلامية (الجامعة الافتراضية السورية: برنامج الإجازة في الحقوق، 2008-2009)، ص15.

الشريعة

=

علم الفقه

+

علم الأخلاق

+

علم الكلام

ويستدل أصحاب التعريف العام على ما ذهبوا إليه بقول الله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾ [المائدة: 3]، والمقصود بالدين في الآية: الأوامر والنواهي التي بلغها الوحي، من أحكام الشريعة عامة.

ب - الفرع الثاني (المعنى السائد) تعريف الشريعة بالمعنى الخاص الضيق المرادف لكلمة الفقه: هي القواعد التكليفية والأحكام العملية، الإلهية، التي تُنظّم الروابط الاجتماعية، وتهدف إلى رعاية النظام في المجتمع<sup>(1)</sup>.

ويستند أصحاب التعريف الخاص فيما ذهبوا إليه بقول الله تعالى: ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾ [المائدة: 48]، والمقصود بالشريعة في الآية: أحكام الفقه العملية؛ لأنها الحكم المتغير الذي تختلف فيه الشرائع السماوية.

وقد شاع مفهوم الشريعة الإسلامية بمعناها الخاص في الأوساط القانونية؛ من أساتذة جامعات وقضاة ومحامين ومشرعين، فالمتبادر إلى الأذهان عند إطلاق لفظة الشريعة الإسلامية بين الحقوقيين هو أحكام المعاملات من علم الفقه، دون أحكام العبادات<sup>(2)</sup>.

ويجمع تعريف الشريعة بالمعنى الخاص بين الخصائص الآتية:

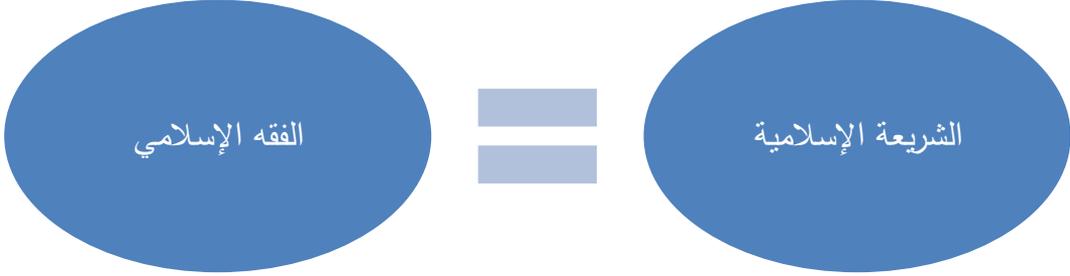
- 1 - خطاب أو قاعدة تكليفية.
- 2 - عمومية الخطاب وتجريده.
- 3 - إلزامية القاعدة بأمر أو نهي أو تخيير.

(1) الريسوني، أحمد، الكليات الأساسية للشريعة الإسلامية (القاهرة: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة؛ مؤسسة دار الأمان للنشر والتوزيع، ط1، 2009)، ص17-18.

(2) موسى، محمد يوسف، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي (القاهرة: دار الفكر العربي،

(2009)، ص9.

وهذا التعريف الخاص لمصطلح الشريعة الإسلامية، هو ذاته التعريف الذي يذكره الحقوقيون لمصطلح القانون: قاعدة كلية إلزامية<sup>(1)</sup>.  
 فالشريعة الإسلامية بالمعنى الخاص: هي أحكام المعاملات بالمعنى الشرعي، وهي القاعدة القانونية بالمعنى الحقوقي.



### ثالثاً - تعريف الإسلام:

المقصود بالإسلام هو الدين، أو هو السلطة التي تصدر عنها القواعد والأحكام الشرعية، فالشريعة الإسلامية هي القوانين التي يكون مصدرها الدين الإسلامي، سواء كان مصدر القوانين من القرآن الكريم أو السنة النبوية أو الاجتهاد الشرعي.  
 ومن هنا، يمكن استنتاج المزايا التي تتفرد بها قوانين الشريعة الإسلامية، دون أن يكون لها وجود في أيّ شريعة سواها، وهذه المزايا هي:

أ - **التأخي بين الدين والدنيا**<sup>(2)</sup>: ويبدو هذا المعنى في وجود مظهرين للحكم الشرعي الواحد:

1 - الحكم القضائي (الدنيوي، أو الظاهري): الذي يُبنى على ظاهر الأوامر والنواهي الواردة في التصرفات، والأصل في الحكم القضائي قول النبي صلى الله عليه وسلم: «إنما أنا بشر، وإنه يأتيني الخصم، فلعلّ بعضكم أن يكون أبْلغ من بعض، فأحسب أنه صدّق،

(1) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، وأبو حشمت، أحمد حشمت، أصول القانون أو المدخل

لدراسة القانون (القاهرة: مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، 1950)، ص 13-17.

(2) مذكور، محمد سلام، المدخل للفقه الإسلامي (تاريخه ومصادره ونظرياته العامة)

(القاهرة: دار الكتاب الحديث، ط2، 1996)، ص 21.

فأقضيَ له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار، فليأخذها أو فليتركها»<sup>(1)</sup>.

2 - والحكم الدياني (الأخروي، أو الدنيي): الذي يُبنى على فكرة الحلال والحرام في القصد أو الباعث على التصرفات، والأصل في الحكم الدياني قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إنما الأعمال بالنيّات، وإنما لكل امرئ ما نوى...»<sup>(2)</sup> الحديث.

والفائدة من وجود الحكم الدياني في الشريعة الإسلامية هو ثنائية الجزاء على التصرف؛ فالذي يحمل الناس على احترام الحكم القضائي هو سلطة الدولة، وما تضعه من مؤيّدات أو جزاءات عقابية دنيوية على مخالفة القاعدة القانونية، والذي يحمل المؤمنين على احترام الحكم القضائي هو سلطة الدين، أو ما يُسمّى بالوازع الدنيي، وهو ما تضعه الشريعة من ثواب أو عقاب أخروي على التصرف الذي كان عليه في الدنيا.

ووجود جزاءين على التصرف الواحد يضمن سرعة وسلامة تطبيق الحكم الشرعي، دون نقص أو تهرب أو احتيال؛ لأنّ المرء إذا استطاع الإفلات من سلطة الدولة في الدنيا فلن يستطيع الإفلات من حساب الله تعالى في الآخرة، وهذا ما أخبرنا عنه القرآن الكريم عند عرضه لصورة من أحد مشاهد يوم القيامة، قال تعالى: ﴿وَيَوْمَ يُحْشَرُ أَعْدَاءُ اللَّهِ إِلَى النَّارِ فَهُمْ يُوزَعُونَ. حَتَّىٰ إِذَا مَا جَاءُوهَا شَهِدَ عَلَيْهِمْ سَمْعُهُمْ وَأَبْصَارُهُمْ وَجُلُودُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ. وَقَالُوا لِمَ لُجُودِهِمْ لِمَ شَهِدْتُمْ عَلَيْنَا قَالُوا أَنْطَقْنَا اللَّهُ الَّذِي أَنْطَقَ كُلَّ شَيْءٍ وَهُوَ خَلَقَكُمْ

(1) متفق عليه من حديث أم سلمة رضي الله عنها؛ البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري: كتاب المظالم والغصب، باب إثم من خاصم في باطل وهو يعلمه، رقم /2458؛ مسلم بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي (بيروت: دار إحياء التراث العربي، [د.ت]) كتاب الأقضية، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، رقم /5 - 1713.

(2) متفق عليه من حديث أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه؛ صحيح البخاري: باب بدء الوحي: كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟، رقم /1؛ صحيح مسلم: كتاب الإمارة، باب قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إنما الأعمال بالنيّة» وأنه يدخل فيه الغزو وغيره من الأعمال، رقم /155 - 1907.

أَوَّلَ مَرَّةٍ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ. وَمَا كُنْتُمْ تَسْتَشِيرُونَ أَنْ يَشْهَدَ عَلَيْكُمْ سَمْعُكُمْ وَلَا أَبْصَارُكُمْ وَلَا جُلُودِكُمْ وَلَكِنْ ظَنَنْتُمْ أَنَّ اللَّهَ لَا يَعْلَمُ كَثِيرًا مِمَّا تَعْمَلُونَ ﴿ [فصلت: 19-22].

ب - العموم والبقاء<sup>(1)</sup>: الشريعة الإسلامية هي القانون الرباني الذي ألزم الله به عباده إلى يوم القيامة، فلا تختص بجماعة أو أمة دون غيرها، وإنما هي دين عام للبشرية كلها، قال تعالى: ﴿قُلْ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنِّي رَسُولُ اللَّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا﴾ [الأعراف: 158]، ولن يأتي قانون رباني آخر ينسخ أو يلغي هذه القانون؛ لأنَّ الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع السماوية، قال تعالى: ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ وَلَكِنْ رَسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ﴾ [الأحزاب: 40].

ج - فِطْرَةَ اللَّهِ تَعَالَى<sup>(2)</sup>: وصف الله تعالى الإسلام بأنه دين الفِطْرَةِ، قال تعالى: ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقِيمُ﴾ [الروم: 30]، وتقدير معنى الآية: فأقم وجهك للدين الحنيف الفِطْرَةَ، والفِطْرَةَ هي النظام الذي قام عليه خلق الإنسان، روحا وجسدا، أي إنَّ الفِطْرَةَ وصف مشترك بين الإنسان والشريعة الإسلامية.

والمعاني التي تُستفاد من وصف الله تعالى لشريعته بالفِطْرَةَ هي الآتي:

1 - وجوب مراعاة الفِطْرَةَ الإنسانية، والحذر من خرقها وإخلالها؛ لأنها الأساس الذي تقوم عليه الشريعة الإسلامية، قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ما من مولود إلا يولد على الفِطْرَةَ...»<sup>(3)</sup> الحديث.

(1) زيدان، عبد الكريم، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية (بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون، ط1، 2005)، ص44-48.

(2) ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، تقديم: حاتم بوسمة (القاهرة: دار الكتاب المصري. بيروت: دار الكتاب اللبناني، 2011)، ص91-98؛ عز الدين، ابن زغبية، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية (القاهرة: مطابع الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1996)، ص70-80.

(3) متفق عليه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه؛ صحيح البخاري: كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات هل يُصلَّى عليه، وهل يُعرض على الصبي الإسلام؟، رقم /1358؛

2 - الفطرة الإنسانية هي المحرك والموجه نحو الالتزام بالشريعة الإسلامية، قال الله تعالى: ﴿وَمَا يُؤْمِنُ أَكْثَرُهُمْ بِاللَّهِ إِلَّا وَهُمْ مُشْرِكُونَ﴾ [يوسف: 106].

3 - التزام الإنسان بأحكام الشريعة الإسلامية يجعله في وضع فطري وشرعي بأن واحد. فالعلاقة بين الفطرة الإنسانية والشريعة الإسلامية علاقة تكامل، ولا تستغني إحداهما إذا أرادت الاتصاف بالاستقامة والكمال عن الأخرى؛ فالالتزام بالشريعة الإسلامية يحافظ على بقاء الفطرة سليمة، والفطرة السليمة تستحسن الشريعة الإسلامية، وتختارها من بين القوانين، وتفضلها على باقي الشرائع.

ويرجع التكامل بين الفطرة والشريعة إلى وحدة المصدر، وهو الله تعالى، فكان من الطبيعي أن تختار الفطرة الإنسانية السليمة أحكام الشريعة الإسلامية؛ لأن الفطرة ترى في الشريعة الإسلامية القانون الذي يقضي حاجاتها ويُلبي تطلعاتها في إقامة العدل بدار الدنيا.

#### المطلب الثاني: فروع الشريعة الإسلامية

استقرَّ العرف الحقوقي في الوقت المتأخر على تجاهل التباين الذي كان قائماً بين معنى الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي، وصار المعنى المراد من الشريعة مقتصرًا على أحكام المعاملات من الفقه الإسلامي.

والمستقرى لكتب الفقه الإسلامي ومدوناته، يجد أنّ لأحكام المعاملات ثلاثة فروع، وينتظم تحت أيّ فرع منها طائفة كبيرة من الأحكام الشرعية المتشابهة، وهذه الفروع هي<sup>(1)</sup>:

- أحكام تُنظّم علاقة الفرد بالفرد، وعلاقة الفرد بالناس (القانون الخاص).
- أحكام تُنظّم علاقة الأفراد بالدولة (القانون العام).

---

صحيح مسلم: كتاب القدر، باب ما معنى كل مولود يولد على الفطرة، وحكم موت أطفال الكفار وأطفال المسلمين، رقم 22/ 2658.

(1) محمد واصل، نصر فريد، المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية والفقهاء والتشريع (القاهرة: المكتبة التوفيقية، ط2، [د.ت.]، ص34-43؛ الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام (دمشق: دار القلم، ط2، 2004)، ج1 ص66-69.

- أحكام تُنظّم علاقة الدولة بغيرها من الدول في حالات السلم والحرب (القانون الدولي العام).

#### أولاً - القانون الخاص:

وهو الأحكام التي تختصّ بتنظيم العلاقة بين الأفراد ضمن حدود الدولة، ويُطلق على هذه الأحكام في الدراسات الحقوقية مُسمّى القانون الخاص، والذي يضمّ بدوره القوانين الآتية:

أ - **القانون المدني (المالي):** وهو القواعد التي تُنظّم العلاقات المالية بين الأفراد، وهي تتعلّق بمعاملات الناس ومبادلاتهم، كعقود البيع والإجارة والهبة والرهن.

ب - **قانون الأحوال الشخصية (الأسرة):** وهو القواعد التي تُنظّم العلاقات العائلية، والمسائل المتعلقة بنظام الأسرة، كالزواج والطلاق والنفقة والوصية والموارث، ويتميّز هذا القانون بأنه من الأحكام التي تتعلّق بمصالح ثابتة لا تتغيّر بتغيّر الأعراف والأزمان؛ ولذلك جاءت أحكامه في نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية على نحو مُفصل لا يحتاج إلى تفسير وبيان.

ج - **القانون التجاري:** وهو القواعد المختصة بالتجّار، وتنظيم الأعمال التجارية، وتتركز غالباً أحكام هذه القانون في عقود المعاوضات المالية، وخاصة عقود الشركات والوكالة والكفالة.

د - **قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية (المرافعات):** وهو قواعد شكلية تُبيّن شروط الدعوى، وطريقة الحكم فيها، وتحديد القاضي المختص بفصل النزاع، وما يجب على الخصوم اتّباعه من إجراءات للوصول إلى حقوقهم، أو الفصل في قضاياهم.

وقد ترك لنا القضاة المسلمون كتباً خاصة في بيان قواعد أصول المحاكمات؛ مثل: كتاب "تبصرة الحكّام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام"، لابن فرحون المالكي (ت: 799هـ/ 1397م)، وكتاب "مُعِين الحُكّام فيما يتردّد بين الخصمين من الأحكام" للطرابُلسي الحنفي (ت: 844هـ/ 1440م)، وكتاب "لسان الحُكّام في معرفة الأحكام"، لابن الشُّحنة الحلبي (ت: 882هـ/ 1477م).

هـ - القانون الدولي الخاص (الذميين والمستأمنين): وهو القواعد التي تُبين مدى صلاحية محاكم الدولة للنظر في القضايا التي يكون أحد أطرافها عنصرًا أجنبيًا من الذميين والمستأمنين، وكذلك يدخل في نطاق هذا القانون القواعد المتعلقة بالجنسية. ومن المؤلفات الخاصة بأحكام أهل الذمة كتاب "أحكام أهل الملل" لأبي بكر الخلال الحنبلي (ت: 311هـ / 923م)، وكتاب "أحكام أهل الذمة" للمغربي المالكي (ت: 909هـ / 1503م).

#### ثانياً - القانون العام:

وهو الأحكام التي تتولى تنظيم العلاقة الاجتماعية العامة بين الأفراد والسلطة العامة في الدولة، ويُطلق على هذه الأحكام في الدراسات الحقوقية مُسمى القانون العام، والذي يجمع بين القوانين الآتية:

أ - القانون الدستوري (القانون الأساسي): وهو القواعد التي تُحدّد حقوق المواطنين وواجباتهم في الدولة، وتُنظّم السلطات العامة، وشكل الدولة، والعلاقة بين السلطة والمواطنين.

وقد كانت "الصحيفة" التي كتّبتها النبي صلى الله عليه وسلم بعد الهجرة أول قانون دستوري مكتوب في الإسلام.

ب - القانون الإداري: وهو القواعد التي تُنظّم عمل السلطة التنفيذية، وتُحدّد مهامها، وعلاقتها بالأفراد.

ومن أشهر الكتب التي وصلتنا من العصور الوسطى في المجال الإداري: كتاب "الأحكام السلطانية" للماوردي (ت: 450هـ / 1058م)، وكتاب "معالم القرية في طلب الجسبة"، لابن الإخوة القرشي (ت: 729هـ / 1329م).

ج - القانون المالي (الخراج): وهو القواعد التي تنظّم موازنة الدولة السنوية، وتُحدّد موارد الموازنة العامة ووجوه نفقاتها.

ويُعدّ كتاب "الخراج" للقاضي أبي يوسف (ت: 182هـ / 798م)، وكتاب "الأموال" لأبي عبيد (ت: 224هـ / 838م) أول المدونات الشرعية التي وصلتنا في النظام المالي الإسلامي.

د - القانون الجزائي (الجنائي): وهو القواعد التي تُنظّم سلطة الدولة فيما يتعلّق بالجرائم، وأحكام الحدود والجنايات من العقوبات.

ويُلحق بالقانون الجزائي قانون أصول المحاكمات الجزائية، والذي يُحدّد إجراءات التقاضي الجنائي.

وقد نال هذا القانون عناية خاصّة في مصادر الفقه الإسلامي، ووضع فقهاء الحنفية أحكام الجنايات في عداد الأقسام الرئيسة للشريعة الإسلامية بمعناها العام، فقال ابن عابدين (ت: 1252هـ / 1836م)<sup>(1)</sup>: "اعلم أنّ مدّار أمور الدّين على الاعتقادات، والآداب، والعبادات، والمعاملات، والعقوبات".

### ثالثاً - القانون الدولي العام:

وهو القواعد التي تُنظّم علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول في أوقات السّلم والحرب، وقد عالج الفقهاء هذه الأحكام تحت مُسمّى السير، ويُعدّ كتابا "السير الصغير" والسير الكبير" للقاضي محمد بن الحسن الشيباني (ت: 189هـ / 804م) من أقدم وأشهر المؤلفات الإسلامية المُتخصّصة في القانون الدولي العام.

وبعد هذا العرض لفروع الشريعة الإسلامية، ينبغي ملاحظة ما تميّز به من معاني الشمول والقدرة على الاستجابة للظروف والمستجدّات، وابتكار الحلول العملية للطوارئ؛ ولذلك أمرنا الله ورسوله بالالتزام بها، لأنها الشريعة القادرة بحقّ على الوفاء بمتطلّبات الحياة، وتحقيق مصالح الناس، وضمان استقامة سلوكهم، قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [المائدة: 45]، وقال رسول الله صلّى الله عليه وسلم: «... وقد تركت فيكم ما لن تضلّوا بعده إن اعتصمتم به: كتاب الله»<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثالث: مبادئ الشريعة الإسلامية وأسسها العامّة

يُقصد بمبادئ الشريعة القواعد الكبرى، والأصول القطعية، والقيّم الأساسية، والمُثل العليا، والمقاصد العامّة الثابتة التي تستمدّ منها الشريعة الإسلامية أحكامها، وتُمثّل الإطار

(1) رد المحتار على الدر المختار (بيروت: دار الفكر، ط2، 1992)، ج 1 ص 79.

(2) صحيح مسلم: كتاب الحج، باب حجّة النبي صلّى الله عليه وسلم، رقم 147-

المرجعي والهيكل العام الذي ينطلق منه وينبثق عنه التشريع الإسلامي<sup>(1)</sup>، وفيما يلي بيان موجز بمعالم هذه الكليات المُتضمّنة والمنتجة للأحكام الشرعية:

أولاً - التيسير<sup>(2)</sup>:

ومعنى هذه الأساس أنّ الشريعة الإسلامية مَبْنِيَّة على اليُسْر والتوسعة والتخفيف، قال الله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [المؤمنون: 62]، وَأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ لَا يُرِيدُ بِتَكَالِفِهِ عُسْرًا وَلَا ضِيقًا وَلَا مَشَقَّةً، قال الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [البقرة: 85]، وقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّ الدِّينَ يُسْرٌ»<sup>(3)</sup>؛ ولذلك جاءت الالتزامات الشرعية في حدود الاستطاعة البشرية.

وقد كان سلوك النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مصطبغاً بهذا المعنى، فكان يختار أيسر الأمرين، وهو القدوة الحسنة، والرحمة المهداة، وكان يوصي أصحابه باليسر والسماحة، ولا سيما القضاة منهم، مُتَمَثِّلاً بقول الله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: 185]، وقول الله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ﴾ [النساء: 28].

#### ثانياً - البراءة الأصلية<sup>(4)</sup>:

ومعنى هذه القاعدة الكبرى أنّ الأصل في الأشياء الطيبة التي سكت عنها الشارع الحِلّ، ومن هذا المعنى جاءت القاعدة الفقهية: "الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدلّ الدليل على التحريم"، وهذا هو معنى دليل الاستصحاب في علم أصول الفقه.

والأصل في هذه القاعدة قول الله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: 29]، وقوله تعالى: ﴿وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ﴾

(1) مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية (الناشر: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية؛ منظمة التعاون الإسلامي مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ط1، 2013)، ج1 ص250-252.

(2) السيد الشرنباصي، رمضان علي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي (القاهرة: مطبعة الأمانة، ط2، 1981)، ص20-23.

(3) صحيح البخاري: كتاب الإيمان، باب الدّين يُسر، رقم /39/.

(4) الريسوني، الكليات الأساسية للشريعة الإسلامية، ص125-128.

[الجائية: 13]، وقول رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الحلال ما أحلَّ اللهُ في كتابه، والحرام ما حرَّم اللهُ في كتابه، وما سَكَتَ عنه فهو ممَّا عفا عنه»<sup>(1)</sup>، وقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إنَّ اللهُ افترض عليكم فرائض فلا تُضَيِّعُوهَا، وحدَّ لكم حدودا فلا تعتدوها، ونهاكم عن أشياء فلا تنتهكوها، وسَكَتَ عن أشياء من غير نسيان فلا تكلفوها، رحمة من ربكم فاقبلوها»<sup>(2)</sup>.

وتبدو أهميَّة هذه القاعدة الكلّية في المعاملات المستجدة، والعقود غير المسماة، ممَّا استحدثته ظروف الحياة المعاصرة من تطورات.

### ثالثا - اعتبار المصالح<sup>(3)</sup>:

ومعناها أنّ أساس الشريعة الإسلامية ومبناها على تحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفساد وتقليلها، وأنَّ الشريعة جاءت لحفظ مصالح العباد ودرء المفساد عنهم، وأنَّ أيَّ مسألة خرجت من المصلحة إلى المفسدة فليست من أحكام الشريعة في شيء.

وقد وردت أدلة على أنّ وضع الشريعة لتحقيق مصالح العباد، قال الله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ [الأنبياء: 107]، وقال تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الحج: 77]، وقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ»<sup>(4)</sup>.

(1) الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف (بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1998)، أبواب اللباس، باب ما جاء في لبس الفراء، رقم /1726؛ ابن ماجه، محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، [د.ت]): كتاب الأطعمة، باب أكل الجُبْن والسمن، رقم /3368.

(2) الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط وآخرون (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 2004)، كتاب الأشربة وغيرها، الصيد والذبائح والأطعمة وغير ذلك، رقم /4814.

(3) الغامدي، ناصر بن محمد، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي (مكة المكرمة: درا طيبة الخضراء للنشر والتوزيع، ط3، 2018)، ص121.

(4) سنن ابن ماجه: كتاب الأحكام، باب مَنْ بنى في حقّه ما يضرّ بجاره، رقم /2341.

وتُقسم المصالح من حيث الثبوت وعدمه إلى<sup>(1)</sup>:

**1 - مصالِح ثابتة:** وهي المصالح التي وردت أحكامها مُفصّلة في القرآن الكريم، أو هي الأحكام التوفيقية الأساسية التي بيّنها الشرع نفسه، كآليات التي تتعلّق بموضوعات قانون الأحوال الشخصية.

**2 - ومصالِح مُتغيّرة:** وهي المصالح التي وردت أحكامها مُجمّلة في القرآن الكريم والسنة النبوية، أو هي الأحكام الاجتهادية الفرعية التي ترك الشارع للمجتهدين أمر استنباط أحكامها، وتنزيلها بحسب مصالح الناس، وغالب أحكام الشريعة جاءت مُجمّلة على هذا النحو. وهذه الأحكام هي التي أكسبت الشريعة الإسلامية صفة المرونة، والقابلية للتكيّف، والتخريج على الأحكام للمستجدّات الطارئة، ومن هنا جاءت القاعدة الفقهية التي تقول: لا يُنكر تغيّر الأحكام بتغيّر الأزمان.

وكثيرا ما يُسمّى فقهاء الشريعة أحكام المعاملات بالعادات، ويُريدون بها الإشارة إلى ما تتّصف به هذه الأحكام من التغيّر، تبعاً لاختلاف الأعراف ووسائل الحياة.

رابعا - إقامة العدل بين الناس<sup>(2)</sup>:

ومعناها أنّ الشريعة الإسلامية هي القانون الذي اختاره الله لإقامة العدل بين الناس، والمساواة بينهم على قاعدة العُثم بالغُرم في الحقوق والواجبات، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ﴾ [النحل: 90]، وقال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: 58].

وقد سرّت في الآفاق أخبار نظام القضاء الإسلامي في ترسيخ مبدأ العدل، ومن ذلك ردّ النبي صلّى الله عليه وسلم لشفاعته أسامة بن زيد -حبّ رسول الله صلّى الله عليه وسلم- في شأن المرأة المخزومية التي سرقت، فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلم: «أتشفع في

(1) سابق، السيد، خصائص الشريعة الإسلامية ومميزاتها، إسلامنا (1)، الفتح للإعلام

العربي (المنصورة: مطابع الوفاء، ط1، 1988)، ص4-5.

(2) العبار، سعد خليفة، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي (جامعة بنغازي: كلية الحقوق،

ط2، 2016)، ص25-27.

حدّ من حدود الله؟ ثم قام فاخطب، ثم قال: **إِنَّمَا أَهْلَكَ الَّذِينَ قَبْلَكُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ، وَإِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الضَّعِيفُ أَقَامُوا عَلَيْهِ الْحَدَّ، وَإِنَّمَا اللَّهُ لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ لَقَطَعْتَ يَدَهَا**»<sup>(1)</sup>.

### المبحث الثاني: تطبيقات الشريعة الإسلامية في القانون السوري

ارتبط تطبيق الشريعة الإسلامية بعصور ازدهار الحضارة الإسلامية، وبقيت القانون المعتمد في أروقة محاكم البلاد الإسلامية حتى منتصف القرن التاسع عشر، ثم بدأت تنزوي عن ساحة التنظيم القضائي مع تعاظم قوّة الدول الغربية، ووصول نفوذها الاستعماري إلى البلاد العربية.

### المطلب الأول: تأريخ الشريعة الإسلامية في سورية

بدأت طلائع الحكم الإسلامي تصل إلى بلاد الشام في زمن خلافة أبي بكر الصديق، وتابع من بعده الخليفة عمر بن الخطاب إلى أن أخرج سورية من تحت السيطرة البيزنطية، واستقرّ الأمر للدولة العربية الإسلامية.

وتبع ذلك إيقاف العمل بالقانون الروماني، والذي كان سارياً في عهد الإمبراطورية البيزنطية، والتحوّل إلى تطبيق الشريعة الإسلامية؛ وذلك عملاً بأمر الله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾ [النساء: 105]، وكذلك الأمر الإلهي الوارد في القرآن الكريم، وهو قول الله تعالى: ﴿فَأَحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: 48]. وقد كان الصحابي عويمر بن قيس الأنصاري، المعروف بأبي الدرداء، هو أوّل من وُلّي قضاء دمشق، وهو من أكابر الصحابة علماء وفقهاء، فكان أبو الدرداء مقرئ أهل الشام وقاضيه إلى حين وفاته<sup>(2)</sup>.

(1) متفق عليه من حديث عائشة رضي الله عنها؛ صحيح البخاري: كتاب أحاديث الأنبياء، باب حديث الغار، رقم /3475/؛ صحيح مسلم: كتاب الحدود، باب قطع السارق الشريف وغيره، والنهي عن الشفاعة في الحدود، رقم /8 - 1688/.

(2) ابن طولون، محمد بن علي، قضاة دمشق الثغر البسام في ذكر من وُلّي قضاء الشام، تحقيق: صلاح الدين المنجد (دمشق: مطبوعات المجمع العلمي العربي، 1956)، ص1.

فمنذ عهد الخلفاء الراشدين، بدأت دور القضاء في دمشق تعتمد في وظائفها على أحكام الشريعة الإسلامية، والتزمت السلطة التشريعية فيها بنظام القضاء الإسلامي، واستمر عمل المحاكم بالشريعة الإسلامية إلى أواخر الدولة العثمانية، أي قرابة ثلاثة عشر قرناً من الزمن.

وفي أثناء هذا الزمن المتطاوّل من تطبيق الشريعة، يمكن ملاحظة أنّ عمل نظام القضاء بأحكام الشريعة كان على طريقتين، يمكن بيانها فيما يأتي<sup>(1)</sup>:

**أولاً - القضاء الشرعي:** ومعناه أنّ المحاكم كانت تعتمد على الشريعة الإسلامية وحدها، ولا تُشرك معها تطبيق أيّ قانون آخر، وهذا ما كان عليه حال النظام القضائي في دمشق منذ دخول أهلها في الإسلام، وبقي مستمراً على ذلك إلى أواخر الدولة العثمانية، في أوائل القرن التاسع عشر.

وقد كانت ملامح النظام القضائي متشابهة في مضمونها أثناء ذلك العهد، مع ملاحظة التطوّرات التنظيمية التي طرأت على مؤسّساته الإدارية، ومن أبرز تلك التطوّرات ما حصل بعد منتصف القرن الرابع الهجري من تدوين كتب الفقه الإسلامي، وإلزام القضاة بالرجوع إليها، على اعتبار أنها المرجع المعتمد للحكم بين الناس.

**ثانياً - القضاء المزدوج (الشرعي، والنظامي):** ومعناه أنّ نظام القضاء بدأ يسمح للمحاكم النظامية بالعمل إلى جانب المحاكم الشرعية، وكان ذلك بعد النصف الأوّل من القرن التاسع عشر، عندما بدأ السلاطين العثمانيين بمنح امتيازات قضائية لبعض الدول الغربية والجماعات غير الإسلامية؛ لأغراض سياسية وتجارية.

وظهرت آثار الامتيازات الأجنبية في المعاهدات التي وقّعتها الدولة العثمانية مع العديد من الدول الأوروبية، وحملت آثار تلك المعاهدات الويال على النظام القضائي؛ لأنّ الدولة سمحت بموجب هذه المعاهدات بدخول القوانين الأجنبية إلى أراضيها، فتعدّدت التشريعات

---

(1) الزحيلي، محمد، تاريخ القضاء في الإسلام (بيروت: دار الفكر المعاصر. دمشق: دار الفكر، ط1، 1995)، ص133-482؛ القاسم، هشام، المدخل إلى علم القانون (كلية الحقوق: جامعة دمشق، ط7، 2006)، ص228-234.

والقوانين في الدولة، وأنشأت المحاكم النظامية، وظهرت الازدواجية والاضطراب في القضاء.

ولم يمض وقت طويل حتى انضوت المحاكم الشرعية تحت تشكيلات المحاكم النظامية؛ وذلك بموجب قانون المحاكم النظامية الذي أصدره السلطان عبد المجيد سنة 1879م/، فحصر هذا القانون تطبيق الشريعة في دائرة الأحوال الشخصية بين المسلمين، وبعض المعاملات المدنية.

ومع بدء سريان المحاكم النظامية، انحصر تطبيق الشريعة الإسلامية في المحاكم الشرعية، وحدد قانون أصول المحاكمات الصادر عام 1917م/ صلاحيات القاضي الشرعي، وهي لا تتجاوز الصلاحيات التي حددتها الأنظمة القضائية العربية للمحاكم الشرعية في وقتنا الحاضر.

وهكذا استأثرت التشريعات الأجنبية المستوردة بمعظم الاختصاصات القضائية، وتقلص دور المحاكم الشرعية تدريجياً، وسلخت منها أغلب اختصاصاتها لصالح المحاكم النظامية.

وقد بقي النظام القضائي السابق معمولاً به في سورية إلى حين صدور قانون السلطة القضائية عام 1953م/، فأتبع هذا القانون القضاء الشرعي إلى جهاز القضاء العادي<sup>(1)</sup>، وأبقى على صلاحيات المحاكم الشرعية كما كانت عليه في نهاية العهد العثماني، ولم يعد اختصاص القاضي الشرعي يتجاوز النظر في مسائل الأحوال الشخصية.

### المطلب الثاني: آثار الشريعة الإسلامية في السلطة القضائية السورية

استقى القضاء السوري كامل تشريعاته بادئ الأمر من الشريعة الإسلامية، ثم اضطرت له الأوضاع التي سادت في القرن التاسع عشر إلى إدخال التشريعات المأخوذة عن القوانين الغربية في قضاء البلاد الخاضعة للحكم العثماني.

وبعد استقلال سورية، نشطت حركة التشريع، فصدر عام 1949/ ثلاثة قوانين، وهي: القانون المدني وقانون العقوبات وقانون التجارة، وهي منقولة في جملتها عن القوانين

(1) تأسس الجهاز القضائي السوري بعد الاستقلال على أربعة أركان، وهي: القضاء

العادي، والقضاء الإداري، والقضاء العسكري، والمحاكم الخاصة.

المصرية واللبنانية والعراقية، بعض موادّها مأخوذ عن القانون الفرنسي، والبعض الآخر منقول عن الشريعة الإسلامية.

وأمام هذا الزحف المتسارع للقوانين الأجنبية، يأتي التساؤل حول ما تبقى للشريعة الإسلامية من آثار فعلية أو معالم تطبيقية في النظام القضائي السوري المعاصر؟ تحتاج الإجابة عن هذا التساؤل إلى تقسيم آثار الشريعة الإسلامية في القانون السوري إلى (1):

**أولاً - الآثار المباشرة:** وتبحث في مدى اعتبار السلطة التشريعية للشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر القانون، أو بتعبير آخر: هل للشريعة الإسلامية مكان بين مصادر القانون السوري؟

نعم، الشريعة الإسلامية حاضرة في قلب ووجدان السلطة القضائية السورية، ويمكن بيان ذلك في الآتي:

**أ - السلطة التأسيسية (الدستور):** نصّت الفقرة الثانية من المادة الثالثة من دستور الجمهورية العربية السورية على ما يأتي: «الفقه الإسلامي مصدر رئيسي للتشريع»، ويبدو تطبيق هذه الفقرة من اعتماد التشريع السوري على الفقه الإسلامي عند إصداره قوانين الأحوال الشخصية الخاصّة بالمسلمين.

**ب - السلطة التشريعية (القانون):** أدخل المشرّع السوري الشريعة الإسلامية في مصادر القانون الرسمية كلّها:

**1 - ففي التشريع:** أخذت السلطة التشريعية بالشريعة الإسلامية عند سنّها للقوانين المختصّة بمحاكم الأحوال الشخصية للمسلمين، فنصّت المادّة (536) من قانون أصول المحاكمات السوري على ما يأتي: «تختصّ المحكمة الشرعية بالحكم نهائياً في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين، وتشمل: أ - الزواج ب - انحلال الزواج ج - المهر

(1) الصابوني، عبد الرحمن، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي (جامعة دمشق: مديرية الكتب الجامعية، 1987)، ج 1 ص 16-22؛ تقوى، أروى محمد، المدخل إلى علم القانون (كلية الحقوق: جامعة الشام الخاصة، [د.ت.])، ص 189-191.

والجهاز د - الحضانة والرضاع ه - النفقة بين الزوجين والأولاد، والوقف الخيري من حيث حكمه ولزومه وصحة شروطه».

**2 - وفي المصادر غير التشريعية (الاحتياطية):** جعل المُشرِّع السوري مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الثاني الذي يلي التشريع في الترتيب، فنصت المادة (1) من القانون المدني على ما يأتي: «1 - تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. 2 - فإذا لم يوجد نص تشريعي يُمكن تطبيقه، حَكَمَ القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة»، فصارت مبادئ الشريعة الإسلامية بموجب هذا القانون مصدراً رسمياً احتياطياً، يُطبَّق على مواطني الدولة، مسلمين أو غير مسلمين.

**ثانياً - الآثار غير المباشرة:** وتبحث في كون الشريعة الإسلامية من مصادر القانون السوري التاريخية والمادية، ومن مصادره التفسيرية أيضاً:

**أ - الشريعة الإسلامية من المصادر التاريخية للقانون السوري:** تُعدّ الشريعة الإسلامية والقانون الروماني من أهمّ مصادر القانون السوري التاريخية.

**ب - الشريعة الإسلامية من أهمّ المصادر المادية للقانون السوري:** لا معنى لوجود أيّ قانون في الدنيا من دون وجود مجتمع يُنظّمه، ومن ثم فإنّ المجتمع السوري هو المصدر المادي للقانون السوري، وبما أنّ المجتمع السوري يُصنّف من المجتمعات المُتديّنة، فإنّ الدّين الإسلامي من المكونات الأساسية في بُنية هذا المجتمع، وعلى هذا، فإنّ الشريعة الإسلامية من المصادر المادية التي تستمدّ منها القاعدة القانونية مضمونها في سورية.

**ج - الاستفادة من منهج تفسير نصوص الشريعة الإسلامية في تفسير التشريعات:**

وَضَعَ علماء الشريعة الإسلامية قواعد خاصّة لتفسير نصوص الشريعة، وأسَمَوْها "علم أصول الفقه"، وبما أنّ التشريعات القانونية المطبّقة في المحاكم النظامية مُترجمة إلى اللغة العربية، فيتعيّن تفسير ما يحتاج إلى تفسير منها وفقاً لقواعد "علم أصول الفقه".

ويُسلّم فقهاء القانون ومُشرّعه بهذه الحقيقة؛ ولذلك ترى أنّ مُقرّر "أصول الفقه الإسلامي" من الموادّ الأساسية في كليات الحقوق بالعالم العربي، على اعتبار أنه العلم الذي يُزوّد

رجال القانون بقواعد تفسير التشريع، وقد نصّت المادّة (3) في القانون المدني الأردني على أنه: «يُرجَع في فهم النصّ وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي»، وكذلك نصّت المادّة (2) من القانون المدني العُماني على أنه «يُرجَع في فهم النصّ وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد الفقه الإسلامي وأصوله»، وهذا ما عليه العمل في باقي البلاد العربية، وإن لم يكن عندهم مثل هذه النصوص القانونية.

### المطلب الثالث: آثار الشريعة الإسلامية في القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون)

في عهد نابليون الأول مطلع القرن التاسع عشر، أصدرت فرنسا مجموعة من القوانين باسم "القانون المدني"، واقتصرت العمل بهذا القانون على أراضي المملكة الفرنسية<sup>(1)</sup>، ثم بعد حوالي نصف قرن نقلت فرنسا هذا القانون إلى أراضي الدولة العثمانية، تحت مظلة الامتيازات الأجنبية التي حصلت عليها من السلاطين العثمانيين.

وفي مصر، رفض الخديوي إسماعيل (ت: 1312هـ / 1895م) التبعية للعثمانيين، وأمر رفاعة الطهطاوي (ت: 1290هـ / 1873م) بترجمة القانون المدني الفرنسي، والعمل به في مصر، وبقي هذا القانون سارياً إلى حين صدور القانون المدني الجديد سنة 1948م/، والذي جاء متأثراً بقانون نابليون في مبادئه العامّة وقواعده الأساسية<sup>(2)</sup>.

والقانون المدني المصري الجديد، هو أقدم القوانين العربية صدوراً في العصر الحديث، وهو المصدر الأساسي للقوانين المدنية التي صدرت في أغلب الدول العربية، ومنها القانون المدني السوري.

ولا تخفى المعلومات السابقة عن الدارسين لتاريخ القانون، لكن هناك جانباً مخفياً عن قصد في هذا الصدد، وهو ما كشفت الدراسات المقارنة عنه، وهو أنّ القانون المدني

---

(1) المحمصاني، صبحي، فلسفة التشريع في الإسلام مقدمة في دراسة الشريعة الإسلامية على ضوء مذاهبها المختلفة وضوء القوانين الحديثة (بيروت: جميع الحقوق محفوظة للمؤلف، 1946)، ص 100-101.

(2) بتّاسي، شوقي، "الشريعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني: شعار دون أثر قانوني، الالتزامات نموذجاً"، حوليات جامعة الجزائر (1)، العدد (31)، الجزء الثاني، ص 317-318.

الفرنسي مأخوذ في أصله من مذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه (ت: 179هـ/ 796م)<sup>(1)</sup>، ومن أقدم الدراسات المقارنة التي كشفت عن ذلك<sup>(2)</sup>:

1 - دراسة محمد حسين بن محمد مخلوف محمد العَدَوِي، الشهير باسم مخلوف المنيأوي (ت: 1295هـ/ 1878م)، وصدرت هذه الدراسة بطلب من الخديوي إسماعيل في مجلدين بعنوان: «المقارنات التشريعية».

2 - دراسة سيّد عبد الله علي حسين، وصدرت بعنوان: «المقارنات التشريعية» أيضاً. وقد بيّنت هاتان الدراستان أنّ قانون نابليون أخذ الكثير من أحكام الشريعة الإسلامية، وقد دعم هذه الحقيقة المسكوت عنها الباحث في تاريخ القوانين صوفي حسن أبو طالب (ت: 1429هـ/ 2008م) بقوله<sup>(3)</sup>: "كلّ الشرائع نشأت من أصل ديني، بما فيها القانون الروماني".

والنتيجة المبتغاة من وراء ذلك، هي أنّ الشريعة الإسلامية أحد أهمّ مصادر القانون المدني الفرنسي، والذي هو أساس القوانين المصرية والسورية، وهذا مثال حيّ يؤكّد على حيوية الشريعة الإسلامية، ومسايرتها للظروف، وتماشيتها مع الحاجات المتجدّدة، وصلاحياتها للتطبيق في أيّ زمان أو مكان.

ومما يؤكّد على هذه الحقيقة، إقرار فقهاء القانون على أنّ القواعد الفقهية هي أساس القواعد القانونية، وأنّ النظريات الفقهية هي أصل النظريات القانونية، كمنظرة التعسّف في استعمال الحق، ونظرية الظروف الطارئة.

(1) نور الدين، حمادي، مدخل الشريعة الإسلامية (جامعة الجلفة: كلية الحقوق والعلوم السياسية، [د. ت.])، ص 36-40.

(2) نال هذان الكتابان عناية كريمة من مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، وقام بتحقيقهما الأساتذة: محمد أحمد سراج وعلي جمعة محمد وأحمد جابر بدران، ونشرتهما دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع بالقاهرة.

(3) تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، (د. م.: [د. ن.]، 2007)، ص 155.

بالإضافة إلى أنّ هناك كثيرا من الأحكام التفصيلية التي اقتبستها القانون المدني السوري من الشريعة الإسلامية، مثل كثير من الأحكام الخاصة بعقد البيع<sup>(1)</sup>.

### الخاتمة

توصّل البحث إلى النتائج والتوصيات الآتية:

1 - يُراد بالشريعة الإسلامية في العُرف الحقوقي أحكام المعاملات بفروعها القانونية المتعدّدة.

2 - حملت المزايا الفريدة للشريعة الإسلامية السلطات التشريعية في الدّول على اختيار التشريع الإسلامي مصدرا أساسيا لوضع القوانين التي تُنظّم أمرها.

3 - باستثناء قوانين الأحوال الشخصية، تجدّ الدّول المدنية أو القومية أو العُلمانية حرجا في التصريح عن الخُلفية الإسلامية لتشريعاتها.

4 - يرجع أساس الافتراق بين القضاء الشرعي والقضاء النظامي إلى مراعاة المُشرّعين الغربيين لأعراف مجتمعاتهم، وتقديمها على الأعراف الإسلامية عند وضع القوانين.

5 - العودة إلى الفِطرة الإنسانية السليمة هو البديل الصالح للتقارب أو التلاقي أو التكامل بين القضاء الشرعي والقضاء النظامي.

6 - أوصي الباحثين بالاهتمام بموضوع التحكيم؛ لأنه يُمكن أن يكون الانطلاقة التدريجية البطيئة نحو تفعيل الشريعة الإسلامية في مجال قضاء التحكيم.

7 - أوصي الباحثين بتكثيف الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الحالية؛ لإتقان المنهجية التي اعتمد عليها الغرب في الاستفادة من أحكام الشريعة الإسلامية في بناء قوانينه.

8 - أوصي الحكومة بتبني وإطلاق مشروع الإصلاح القانوني الوطني؛ لتفعيل دور القامات القانونية التي يذخر بها بلدنا في مجال التطوير التشريعي والقضائي.

(1) الصابوني، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ج1 ص21؛ القاسم، المدخل إلى علم

القانون، ص234-235.

## المصادر والمراجع

- ابن الأثير، المبارك بن محمد، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي، بيروت: دار الكتب العلمية، 1979.
- البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير الناصر، بيروت: دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ.
- بنّاسي، شوقي، "الشريعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني: شعار دون أثر قانوني، الالتزامات نموذجاً"، حوليات جامعة الجزائر (1)، العدد (31)، الجزء الثاني.
- الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1998.
- تقوى، أروى محمد، المدخل إلى علم القانون، كلية الحقوق: جامعة الشام الخاصة، [د. ت].
- حسن أبو طالب، صوفي، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، [د. م]: [د. ن]، 2007.
- الحموي، أسامة، مبادئ الشريعة الإسلامية، الجامعة الافتراضية السورية: برنامج الإجازة في الحقوق، 2008-2009.
- الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط وآخرون، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 2004.
- دوزي، رينهارت بيتر آن، تكملة المعاجم العربية، نقله إلى العربية وعلق عليه: محمد سليم النعيمي وجمال الخياط، الجمهورية العراقية: وزارة الثقافة والإعلام، ط1، 1979-2000.

- الريسوني، أحمد، الكليات الأساسية للشريعة الإسلامية، القاهرة: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة؛ مؤسسة دار الأمان للنشر والتوزيع، ط1، 2009.
- الزبيدي، محمد بن محمد، تاج العروس، القاهرة: دار الهداية، [د.ت].
- الزحيلي، محمد، تاريخ القضاء في الإسلام، بيروت: دار الفكر المعاصر. دمشق: دار الفكر، ط1، 1995.
- الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دمشق: دار القلم، ط2، 2004.
- زيدان، عبد الكريم، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون، ط1، 2005.
- سابق، السيد، خصائص الشريعة الإسلامية ومميزاتها، إسلامنا (1)، الفتح للإعلام العربي، المنصورة: مطابع الوفاء، ط1، 1988.
- السائيس، محمد علي، تاريخ الفقه الإسلامي، بيروت: دار الكتب العلمية، [د.ت].
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، وأبو حشمت، أحمد حشمت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، القاهرة: مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، 1950.
- السيد الشرنباصي، رمضان علي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، القاهرة: مطبعة الأمانة، ط2، 1981.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الفقه، تحقيق: عبد الله دراز، بيروت: دار المعرفة، [د.ت].
- الصابوني، عبد الرحمن، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، جامعة دمشق: مديرية الكتب الجامعية، 1987.

- ابن طولون، محمد بن علي، قضاة دمشق الثغر البسام في ذكر من وُلِّي قضاء الشام، تحقيق: صلاح الدين المنجد، دمشق: مطبوعات المجمع العلمي العربي، 1956.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار، بيروت: دار الفكر، ط2، 1992.
- ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، تقديم: حاتم بوسمة، القاهرة: دار الكتاب المصري. بيروت: دار الكتاب اللبناني، 2011.
- العبار، سعد خليفة، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، جامعة بنغازي: كلية الحقوق، ط2، 2016.
- عز الدين، ابن زغيب، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، القاهرة: مطابع الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1996.
- الغامدي، ناصر بن محمد، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، مكة المكرمة: درا طيبة الخضراء للنشر والتوزيع، ط3، 2018.
- الفضل، منذر، تأريخ القانون، كردستان العراق - أربيل: دار ثاراس للطباعة والنشر، ط2، 2005.
- الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط8، 2005.
- القاسم، هشام، المدخل إلى علم القانون، كلية الحقوق: جامعة دمشق، ط7، 2006.
- ابن ماجه، محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، [د.ت].

- محمد واصل، نصر فريد، المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية والفقهِ والتشريع، القاهرة: المكتبة التوفيقية، ط2، [د.ت].
- المحمصاني، صبحي، فلسفة التشريع في الإسلام مقدمة في دراسة الشريعة الإسلامية على ضوء مذاهبها المختلفة وضوء القوانين الحديثة، بيروت: جميع الحقوق محفوظة للمؤلف، 1946.
- مذكور، محمد سآلم، المدخل للفقهِ الإسلامي (تاريخه ومصادره ونظرياته العامة)، القاهرة: دار الكتاب الحديث، ط2، 1996.
- مسلم بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، [د.ت].
- مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، معمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، الناشر: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية؛ منظمة التعاون الإسلامي مجمع الفقهِ الإسلامي الدولي، ط1، 2013.
- موسى، محمد يوسف، المدخل لدراسة الفقهِ الإسلامي، القاهرة: دار الفكر العربي، 2009.
- نور الدين، حمادي، مدخل الشريعة الإسلامية، جامعة الجلفة: كلية الحقوق والعلوم السياسية، [د.ت].

## أثر ازدواج الجنسية في ممارسة الحماية الدبلوماسية

طالب ماجستير: عبد الرحمن الشامي

قانون الدولي - كلية الحقوق - جامعة تشرين

إشراف: الدكتور غسان علي

### الملخص

أن المواطنين هم العنصر الرئيس المكوّن لشعب الدولة فإن حمايتهم ورعاية حقوقهم في الداخل والخارج حق ثابت للدولة، وقد تضمنت أحكام القانون الدولي نظام تلك الحماية . حماية مواطني ورعايا الدولة في الخارج . وهو المعروف بالحماية الدبلوماسية، وعرضنا في المطلب الأول ماهية ازدواج الجنسية بتعريفها وشروطها، كما عرضنا ماهية الحماية الدبلوماسية بتعريفها وبيان طبيعتها القانونية من حيث أنها حق للدولة أو حق للفرد، كما عرضنا في المطلب الثاني أثر ازدواج الجنسية على ممارسة الحماية الدبلوماسية والوسائل التي يتم بها مباشرة الحماية الدبلوماسية.

وتبين لنا أنه يقتضي التمييز بين ازدواج الجنسية بالنسبة للأشخاص الطبيعية، ومن ثم ازدواج الجنسية بالنسبة للأشخاص الاعتبارية، فالقاعدة الأساسية الأولى هي أنه ليس للشخص أن يطلب الحماية من دولة ضد دولة أخرى يتمتع هي أيضا بجنسيتها (توازي السيادة) والقاعدة الأساسية الثانية هي حالة كون الدولة المطالب منها (المتسببة في العمل غير المشروع) دولة لا يحمل الشخص جنسيتها.

وبالنسبة لجنسية الأشخاص المعنوية فإنه يفترض فيها أيضا تمتعها بالجنسية حتى تتمتع بالحماية الدبلوماسية، لكن غالبا ما تكون هذه الشركات متعددة الجنسيات، وهذا سواء كان نشاطها ضمن بلد واحد أو ضمن بلدان متعددة، لهذا، فإن الدول غالبا ما تعتمد على معايير قانونية مختلفة لأجل منح جنسيتها لهذه الشركات.

الكلمات المفتاحية: ازدواج- الجنسية- أثر - حماية- دبلوماسية- وسائل

## The effect of dual nationality on the exercise of diplomatic protection

### ABSTRACT

Citizens are the main component of the people of the state, so protecting them and their rights at home and abroad is an inalienable right of the state, and the provisions of international law included the system of that protection - the protection of the state's citizens and nationals abroad - which is known as diplomatic protection. We also presented the nature of diplomatic protection by defining it and explaining its legal nature in that it is a right of the state or a right of an individual. In the second requirement, we presented the impact of dual nationality on the exercise of diplomatic protection and the means by which diplomatic protection is exercised.

And we found out that it requires a distinction between dual nationality for natural persons, and then dual nationality for legal persons, the first basic rule is that a person does not ask for protection from a state against another state that he also enjoys its nationality (equivalent to sovereignty) and the second basic rule is the state that the state The claimant (causing the illegal act) is a country whose nationality the person does not hold.

As for the nationality of legal persons, it is also assumed that they have the nationality in order to enjoy diplomatic protection, but these companies are often multinational, and this is whether their activity is within one country or within multiple countries, for this, countries often rely on different legal standards in order to grant their nationality for these companies.

**Keywords:** dual nationality, effect, protection, diplomacy, means

## المقدمة:

في الواقع يرتبط موضوع الحماية الدبلوماسية كغيره من مواضيع المسؤولية الدولية بالقانون الدولي التقليدي، إذ أن منشأ أحكام الحماية الدبلوماسية هو العرف الدولي، إلا أن ما يتميز به هذا الموضوع هو كون النزعة التقليدية جذر متجذرة ضمن أحكامه، فصلاحيات الدولة و سلطاتها في ممارسة الحماية الدبلوماسية لرعاياها تبقى محكومة بسلطتها التقديرية فقط، كما يعد الموضوع مفصلي من حيث موقعه وأطرافه.

فاصل النزاعات أنها نزاعات داخلية، أي أنها تنتمي إلى الأطر القانونية الداخلية، كما أن أصل أطراف العلاقة، شخص دولي متمتع بكافة الاعتبارات السيادية، وشخص خاص لا يمكنه أن يتحجج أمام هذا الأخير غلا من خلال تدخل دولته لصالحه.

فإذا ما كان المتضرر من الفعل غير المشروع دوليا دولة أو منظمة دولية فإن لهما إعمال كامل الطرق الدبلوماسية أو القضائية لأجل استيفاء حقوقهم المنتهكة، أما إذا كان المتضرر شخصا طبيعيا أو معنويا خاصا فإن مطالبته باستيفاء حقوقه في مواجهة دولة ذات سيادة تكون ممكنة ما لم تقبل دولته توفير غطاء دولي له وحمايته دبلوماسيا، أو أن تعمل المنظمة التي يعمل لحسابها على حمايته وظيفيا.

لهذا فإن الحماية الدبلوماسية تعني تدخل دولة لأجل حماية مواطنيها المقيمين في الخارج والمتضررين بشكل مباشر أو غير مباشر من أفعال غير مشروعة دوليا.

أولاً: إشكالات البحث:

إن الإشكالية الرئيسية لهذا البحث تتجلى في: معرفة أثر ازدواج الجنسية في ممارسة الحماية الدبلوماسية

ويتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية عدد من التساؤلات التالية:

1- ماهي ماهية ازدواج الجنسية؟

2- ماهي ماهية الحماية الدبلوماسية؟

3- ما هي الآثار الناتجة عن ازدواج الجنسية في ممارسة الحماية الدبلوماسية؟

ثانياً: أهمية البحث:

تأتي أهمية البحث من ازدياد التطورات الحديثة في المجتمع الدولي التي أدت إلى تشعب العلاقات الدولية في المجال الاقتصادي وسهولة انتقال الأموال وازدياد حجم العلاقات بين الدول والأفراد مما قد يؤدي إلى احتمال تعرض الأفراد لأضرار قد تلحق بأشخاصهم أو مصالحهم، كما تكمن أهمية هذا الموضوع في بيان الأسس التي من شأنها أن تساعد على حماية حقوق الأفراد والدفاع عنهم على المستوى الدولي إذا تعرضت مصالحهم للضرر ولا سيما في حالة ازدواج الجنسية.

ثالثاً: منهج البحث:

لأجل دراسة بحث أثر ازدواج الجنسية في ممارسة الحماية الدبلوماسية، سوف نعتمد على المنهج الوصفي وذلك لأبراز ماهية ازدواج الجنسية والحماية الدبلوماسية، بالإضافة

لذلك سنعتمد على المنهج التحليلي لتحليل جميع ووجهات النظر فيما يتعلق بالآثار المترتبة على ازدواج الجنسية في ممارسة الحماية الدبلوماسية.

#### رابعاً: خطة البحث:

من أجل دراسة أثر ازدواج الجنسية في ممارسة الحماية الدبلوماسية، سوف نتطرق في مطلب أول إلى ماهية ازدواج الجنسية والحماية الدبلوماسية، وفي مطلب ثان إلى الآثار المترتبة على ازدواج الجنسية في ممارسة الحماية الدبلوماسية، وفق خطة البحث التالية:

المطلب الأول: ماهية ازدواج الجنسية والحماية الدبلوماسية.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على ازدواج الجنسية في ممارسة الحماية الدبلوماسية.

### المطلب الأول

#### ماهية ازدواج الجنسية والحماية الدبلوماسية

تعود جذور الحماية الدبلوماسية للقرن الثامن عشر. وتم الإعراب عن فكرة أن الدولة لها حق حماية رعاياها الذين يتواجدون في الخارج من قبل إمريش دي فانتيل في كتابه "قانون الأمم": "من يسيء معاملة مواطن فإنه يصيب بشكل غير مباشر الدولة، التي يجب عليها حماية هذا المواطن". ونظرًا لأن هذه الحماية قد تأخذ أي شكل من الأشكال، فقد تمت إساءة استخدام هذا التصور في كثير من الأحيان من قبل القوى الغربية كذريعة للتدخل في شؤون الدول الأقل قوة، واللجوء في بعض الأحيان إلى استخدام القوة (على سبيل المثال في الصين خلال ثورة الملاكمين وفي فنزويلا في أوائل القرن العشرين). ونتيجة لذلك، حظيت عقيدة الحماية الدبلوماسية بالكثير من الانتقادات، لا سيما في المستعمرات السابقة. وتحديداً في أمريكا اللاتينية تم وضع مبدأ كالفوا لتجنب طلب

الحماية الدبلوماسية من قبل المواطنين الغربيين. ومع ذلك، فقد تم الاعتراف بالحماية الدبلوماسية كقانون دولي عرفي من قبل المحاكم والهيئات القضائية الدولية فضلاً عن الفقهاء. بعد الحرب العالمية الثانية، ومع حظر استخدام القوة كأداة للعلاقات الدولية، أخذت الحماية الدبلوماسية عادة أشكالاً أخرى مثل الإجراءات القضائية أو الضغط.

وإن البحث في ماهية ازدواج الجنسية والحماية الدبلوماسية، يقتضي التعرض لماهية ازدواج الجنسية، ومن ثم بيان ماهية الحماية الدبلوماسية، وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: ماهية ازدواج الجنسية.

الفرع الثاني: ماهية الحماية الدبلوماسية.

## الفرع الأول

### ماهية ازدواج الجنسية

إن بيان ماهية ازدواج الجنسية، يقتضي منا تعريف ازدواج الجنسية، ومن ثم تحديد شروط ازدواج الجنسية، وذلك كالآتي:

أولاً: تعريف ازدواج الجنسية.

ثانياً: شروط ازدواج الجنسية.

أولاً: تعريف ازدواج الجنسية:

تُعرف الجنسية بأنها: " رابطة قانونية وسياسية بين فرد ودولة معينة يصبح الفرد بموجبها أحد السكان المكونين لها".

ويتبين من هذا التعريف أن رابطة الجنسية تقوم على ثلاثة أركان هي: الدولة، والفرد، ورابطة قانونية وسياسية بين طرفيها الدولة والفرد<sup>1</sup>.

ويعود للدولة وحدها حق اتخاذ جنسية لها بموجب قوانينها الوطنية، ويقصد بالدولة كطرف منشئ لرابطة الجنسية الوحدة السياسية التي تتمتع بصفة الدولة وفقاً لمبادئ القانون الدولي العام وقواعد القانون الدستوري، أي الوحدة التي تتمتع بالشخصية القانونية الدولية وبصفة الدولة بآن واحد وعلى ذلك فإن الدولة البسيطة والدولة المركبة (الاتحادية) تملك كل منهما حق إنشاء جنسية لها. وتكون لها جنسية واحدة. أما الوحدات السياسية التي تتركب منها بعض الدول الاتحادية، (كالولايات أو المقاطعات أو الأقاليم) فإنها لا تملك هذا الحق بالمعنى المحدد أعلاه. والرابطة التي تقوم بين كيان من هذه الكيانات وشخص من الأشخاص التابعين لها لا تعد رابطة جنسية، لأنها لا تتمتع بالشخصية الدولية (بالمعنى الدولي) وإن كانت تتمتع بنوع من الاستقلالية تجاه الدولة الاتحادية التي تنتمي إليها أو تجاه الوحدات الأخرى المكونة لها. لأن شخصيتها "كمقاطعة" أو "كإقليم" أو "كدولة" ضمن الدولة الاتحادية تنحصر أهميتها ضمن هذه الدولة ولا يعتد بها على الصعيد الدولي كشخص من أشخاص القانون العام<sup>2</sup>.

وتعني ازدواجية الجنسية السماح لشخص واحد بأن يحمل جنسية بلدين إثنين على الأقل، وهذا الأمر يفرض عليه حقوقاً والتزامات قانونية، في البلد الذي يتجنس فيه.

وتسمح قوانين بعض الدول بالحصول على الجنسية المزدوجة، بينما تمنع تشريعات بلدان أخرى ذلك.

<sup>1</sup> د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص الجنسية، منشورات جامعة دمشق، دمشق، سورية، 2009-2010م، ص45-

46.

<sup>2</sup> د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، الجنسية والمركز القانوني للأجانب، منشورات الجامعة الافتراضية، دمشق، سورية، ص 19.

ومن بين دول العالم الـ195، هناك 51 دولة تمنع تعدد الجنسية، من بينها ثمان عربية هي البحرين وجيبوتي والكويت وسلطنة عمان وقطر والسعودية والإمارات واليمن.

إضافة إلى دول أخرى أبرزها إثيوبيا والصين وإيران، واليابان وماليزيا وسنغافورة، وأوكرانيا وفيتنام.

في بعض الدول يفقد المرء جنسيته تلقائياً بمجرد الحصول على جنسية بلد آخر، كما في حال جيبوتي والكويت وعمان وقطر والسعودية.

#### استثناءات

ومع ذلك، فقد تقدم بعض الدول إعفاءات مثل أذربيجان، التي بمقدور رئيسها السماح بازواجية الجنسية للأشخاص ذوي الأهمية الخاصة، حسب تقييم الرئاسة.

إثيوبيا، لا تسمح بالجنسية المزدوجة، ومع ذلك، تسمح بطاقة الهوية للإثيوبيين الذين أصبحوا مواطنين في بلدان أخرى بالحفاظ على بعض الامتيازات الممنوحة للإثيوبيين.

بمقدور كل شخص معرفة ما إذا كان أهلاً للحصول على جنسية مزدوجة أو لا عبر سفارة بلاده أو القنصليات القانونية.

وتزعم الدول التي ترفض الجنسية المزدوجة أن هذا الأمر سيؤدي إلى تدفق المهاجرين الذين يزيدون من معدل الجريمة كما ترى فيه خطراً على التوازن الاجتماعي والثقافي في أراضيها.

سلبات وفوائد الجنسية المزدوجة

بمقدور حامل الجنسية المزدوجة الوصول إلى امتيازات عديدة في كلا البلدين اللذين يحمل جنسيتهما، مثل تصاريح العمل والرعاية الصحية والتعليم وحقوق التصويت، والتنافس على المناصب الانتخابية، وغيرها من المنافع الاجتماعية.

كما توفر الجنسية المزدوجة حق الوصول إلى أكثر من جواز سفر واحد يأتي مع مزايا شخصية وحرية السفر وحق الدخول إلى أي من البلدين حسب الرغبة. ناهيك عن امتلاك العقارات وفتح حسابات مالية.

من ناحية أخرى، ترتبط الجنسية المزدوجة، في بعض الأحيان، بمزايا سلبية، خاصة فيما يتعلق بمسائل الضرائب.

وفي بعض البلدان، قد لا يسمح لحاملي الجنسية المزدوجة بالعمل في بعض الإدارات التي تعتبر حساسة أو تحتوي على معلومات سرية<sup>1</sup>.

### ثانياً: شروط ازدواج الجنسية:

يتحقق مضمّن المصطلح القانوني المعروف بازدواج الجنسية لابد من توافر شرطين وهما:

أ-تقدير ثبوت أكثر من جنسية لنفس الشخص بلحظة اكتسابه أي العبرة في ازدواج الجنسية في الوقت الذي يكتسب فيه الشخص أكثر من جنسية.

<sup>1</sup> ازدواجية الجنسية.. ما هي؟ وما الدول العربية التي لا تسمح بها؟، بحث منشور على الموقع التالي: <https://www.alhurra.com/2020/02/19/> تاريخ النشر في 2020 19 /2/19 م.

ب- أن يكون التمتع بأكثر من جنسية تم بشكل صحيحاً وفقاً للشروط والإجراءات التي تعمل بها تلك الدول التي يتمتع بجنسيتها<sup>1</sup>.

وفي سورية فإن الحل في حال ازدواج الجنسية وكانت كافة الجنسيات أجنبية كلها ففي سورية ترك أمر حل التنازع لتقدير القاضي، والرأي السائد في الفقه الحديث يقول بتغليب الجنسية الفعلية أما إذا كانت إحدى الجنسيات سورية فإن الحل هو تغليب الجنسية السورية<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

### ماهية الحماية الدبلوماسية

إن بيان ماهية الحماية الدبلوماسية، يقتضي منا تعريف الحماية الدبلوماسية، ومن ثم تحديد الطبيعة القانونية للحماية الدبلوماسية، وذلك كالآتي:

أولاً: تعريف الحماية الدبلوماسية.

ثانياً: الطبيعة القانونية للحماية الدبلوماسية.

أولاً: تعريف الحماية الدبلوماسية:

تعرف الحماية الدبلوماسية بأكثر من تعريف ، وذلك باختلاف وجهات النظر أو حسب الزاوية التي ينظر منها لهذه الحماية ، فالأستاذ ""Louis Du Bouis""الويس دو بوي" يعرف الحماية الدبلوماسية بأنها (( أي عمل تقوم به دولة لدى دولة أجنبية أخرى للمطالبة لصالح مواطنيها باحترام القانون الدولي أو الحصول على بعض المزايا )) ،

<sup>1</sup> صادق هشام، الجنسية والمواطن ومركز الأجنبي، ص 169.

<sup>2</sup> د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، الجنسية والمركز القانوني للأجنبي، المرجع السابق، ص 35 - 36.

ونلاحظ أن هذا التعريف جاء موسع في بيان مضمون الحماية الدبلوماسية وذلك إن الحصول على مزايا لمصالح مواطني الدولة ليس من قبيل الحماية الدبلوماسية وأيضاً إهماله لشروط ممارسة الحماية الدبلوماسية.

بينما يعرفها الأستاذ "Henri Capitant هنريكابيتانت" بأنها (( تصرف تقرّ دولة ما بموجبه أن تأخذ على عاتقها نزاع أحد مواطنيها أو رعاياها ، ضد دولة أخرى وترفع بذلك النزاع إلى المستوى الدولي من خلال الطريق الدبلوماسي أو الطريق القضائي )) ، أما هذا التعريف فهو يركز على الحماية الدبلوماسية من منظور إجراءاتها ، وتركيزه على النزاع وتحويله من نزاع داخلي إلى دولي ، وإهماله شروط ممارسة الحماية الدبلوماسية. كما عرفها "Cuthbert Joseph" "كثبيرت جوزيف" بأنها (( هي أحد مظاهر السيادة التي تتمتع به الدولة وفقاً لمبادئ القانون الدولي العام ، وفي إطار حقوقها والتزاماتها الدولية المتبادلة في القانون الدولي )) ، إن هذا التعريف الذي يعبر عن حق الدولة في حماية مواطنيها بما لها من سيادة ، لا يبين مضمون الحماية الدبلوماسية ذاتها أو شروط اللجوء إليها، وكذلك حق المنظمات الدولية في حماية موظفيها ، وإنما يقتصر على أساس الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية.

أما الفقيه "Borchard" بورشارد" فقد تناول الحماية الدبلوماسية (( باعتبارها الإجراء الذي تتقدم به دولة ما ضد دولة أخرى بشأن الأضرار التي يتعرض لها مواطنيها )) ، وقد أورد هذا التفسير في تقريره المقدم عام 1931 ف عن الحماية الدبلوماسية للمواطنين في الخارج إلي معهد القانون الدولي . حيث قصرها علي دراسة " شروط الحماية في حالة تقديم طلب رسمي دولي بالتعويض " ونلاحظ أن هذا التفسير يعتبر تفسيراً شكلياً للحماية الدبلوماسية ، فهو يركز على الإجراءات القضائية لهذه الحماية ، ولكن تطور الحماية الدبلوماسية من حيث وسائلها وأشخاصها يقتضي تعريفاً أوسع من ذلك.

أما بالنسبة لبعض الفقهاء العرب فقد ذكروا بعض التعريفات بخصوص الحماية الدبلوماسية منها . تعريف الدكتور "إسماعيل الغزال" الذي جاء كالتالي "الحماية الدبلوماسية هي الآلية التي تساعد الدولة بموجبها مواطنيها ورعاياها المضرورين ، وتأخذ علي عاتقها مسئولية مطالبهم"<sup>1</sup>.

### ثانياً: الطبيعة القانونية الحماية الدبلوماسية:

من القواعد المسلمة في الفقه والقضاء الدوليين أن الحماية الدبلوماسية حق للدولة ولكنها ليست حقاً من حقوق الأفراد ، وأن دعوى المسئولية الدولية التي تحركها الدولة المدعية لحماية مواطنيها دبلوماسياً علاقة قانونية بين الدولتين المدعية والمدعى عليها لا شأن للفرد موضوع الحماية بها إطلاقاً ، فبمجرد تدخل الدولة المدعية لحماية الفرد المتمتع بجنسيتها - أو ما في حكمه - تنتهي العلاقة القائمة بينه وبين الدولة المدعى عليها ، لتحل محلها علاقة من نوع جديد بين هذه الأخيرة والدولة المدعية.

وبناء علي ذلك قضت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في حكمها الصادر في 30 - 8 - 1924 ف ، في النزاع بين " بريطانيا واليونان " في شأن قضية عقود الامتياز الممنوحة في فلسطين " لمافروماتيس " بما يأتي (( من المبادئ الرئيسية في القانون الدولي أن كل دولة لها الحق في حماية مواطنيها إذا لحقتهم اضرار نتيجة لما يصدر عن الدول الأخرى من أعمال تخالف أحكام القانون الدولي، وذلك إذا لم يستطيعوا الحصول علي الترضية المناسبة عن طريق الوسائل القضائية الداخلية.

<sup>1</sup> ايثار موسى، ما هو المقصود بالحماية الدبلوماسية و ما هي شروطها حسب القانون، بحث منشور على الموقع التالي:

<https://www.mohamah.net/law>

والدولة إذا تتبني قضية أحد مواطنيها ، وتلجا في شأنها إلي الطريق الدبلوماسي أو إلي الوسائل القضائية الدولية ، فإنها - في واقع الأمر - إنما تؤكد حقها هي ، أي حق الدولة في أن تكفل - في أشخاص مواطنيها - الاحترام اللازم لقواعد القانون الدولي ... ، وإذا حدث أن تقدمت إحدى الدول ، نيابة عن أحد مواطنيها ، بقضية ما إلي محكمة دولية ، فإن هذه الدولة وحدها هي التي تعتبر في نظر المحكمة التي ترفع إليها الدعوى الجهة المطالبة بالتعويض)).

وقد أيدت محكمة العدل الدولية في قضية نوتنبوم بين " ليشنتشتين وغواتيمالا " في 6 - 4 - 1955 ف ، ما انتهت إليه محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية " مافروماتيس " ، حين أكدت أن الحماية الدبلوماسية تعتبر حق للدولة . وقد ذكرت : (( بأن الحماية الدبلوماسية تُشكل ، عن طريق الوسائل القضائية ، إجراءات للدفاع عن حقوق الدولة )) . وبهذا فإن الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية حقا خاص بالدولة لإصلاح الأضرار التي تلحق بمواطنيها ورعاياها ، ولذلك فبمجرد أن تتدخل الدولة لحماية الفرد المتمتع بجنسيتها تنتهي العلاقة بينه وبين الدولة المسؤولة ، لتحل محلها علاقة جديدة بين دولة الفرد المضرور والدولة التي ارتكبت الفعل غير المشروع ، فيتحول النزاع من المستوى الداخلي إلي المستوى الدولي<sup>1</sup> .

<sup>1</sup> ايثار موسى، ما هو المقصود بالحماية الدبلوماسية و ما هي شروطها حسب القانون، بحث منشور على الموقع التالي:

<https://www.mohamah.net/law>

## المطلب الثاني

### الآثار المترتبة على ازدواج الجنسية في ممارسة الحماية الدبلوماسية

على الصعيد الدولي يجب ان توفر هذه الدول الحماية الدبلوماسية لرعاياها الذين يحملون جنسيتها فقد يقوم متعدد الجنسية بارتكاب اي جريمة سواء كانت مالية او اخلاقية او اجتماعية او سياسية او ادارية ويفر للبلد الاخر فيتمتع بحق حماية الدولة الاخرى مما يؤدي للنزاع والحساسيات الدولية ويعطي الحصانة للمتعهد والجرأة في التناول والتقاوي على احد البلدين وبالطبع البلد الاضعف<sup>1</sup>.

وإن البحث في الآثار المترتبة على ازدواج الجنسية في ممارسة الحماية الدبلوماسية، يقتضي بيان إشكالية ازدواج الجنسية وأثرها على ممارسة الحماية الدبلوماسية ، ومن ثم بيان وسائل مباشرة الحماية الدبلوماسية، وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: إشكالية ازدواج الجنسية وأثرها على ممارسة الحماية الدبلوماسية.

الفرع الثاني: وسائل مباشرة الحماية الدبلوماسية.

---

<sup>1</sup> د. محمد حيدر محيلان، ازدواج الجنسية والشخصية، بحث منشور على الموقع التالي:

<https://www.ammonnews.net/article/266675>

## الفرع الأول

### إشكالية ازدواج الجنسية وأثرها على ممارسة الحماية الدبلوماسية

إن البحث في إشكالية ازدواج الجنسية وأثرها على ممارسة الحماية الدبلوماسية، يقتضي التمييز بين ازدواج الجنسية بالنسبة للأشخاص الطبيعية، ومن ثم ازدواج الجنسية بالنسبة للأشخاص الاعتبارية، كما يلي:

أولاً: ازدواج الجنسية بالنسبة للأشخاص الطبيعية:

إذا كان من المسلم به أن القانون الدولي لا يتدخل في تحديد المعايير والقواعد القانونية التي تعتمد الدول لأجل تحديد من تعتبرهم من رعاياها وبالتالي تصبغ عليهم جنسيتها، غلا أن المشاكل التي أثارها حالات تعدد الجنسية، أوجدت تنازعا بين عدة أنظمة قانونية حول من الدول لها الحق في ممارستها الحماية الدبلوماسية لصالح شخص واحد، وذلك سواء كانت هذه الحماية ضد دولة أخرى ثالثة لا يحمل جنسيتها أو ضد دولة يتمتع هو أيضا بجنسيتها.

أ- القاعدة الأساسية الأولى:

هي أنه ليس للشخص أن يطلب الحماية من دولة ضد دولة أخرى يتمتع هي أيضا بجنسيتها (توازي السيادة) لكن تجب الإشارة في هذا المجال إلى أنه في حالة كون جنسية الدولة المطالبة هي الجنسية الفعلية، فإن الحماية والمطالبة الدبلوماسية جائزة، أما في حالة كون جنسية الدولة المطالبة هي جنسية ثانوية أي غير فعلية، .

ب- القاعدة الأساسية الثانية:

هي حالة كون الدولة المطالب منها (المتسببة في العمل غير المشروع) دولة لا يحمل الشخص جنسيتها<sup>1</sup>.

ثانياً: ازدواج الجنسية بالنسبة للأشخاص الاعتبارية:

بالنسبة لجنسية الأشخاص المعنوية وبخاصة الشركات التجارية العالمية الكبرى، فإنه يفترض فيها أيضاً تمتعها بالجنسية حتى تتمتع بالحماية الدبلوماسية، لكن غالباً ما تكون هذه الشركات متعددة الجنسيات، وهذا سواء كان نشاطها ضمن بلد واحد أو ضمن بلدان متعددة، فالمساهمون قد يكونون من دول متعددة دون سيطرة جنسية دولة ما على حصة الأسد، من رأس مال الشركة، أو أن تكون السيطرة لجنسية دولة بعينها، كما قد يكون المساهمون من دولة ما ومنشأة الشركة في دولة أخرى غير دولة المنشأ، أو أن يكون النشاط في بلد آخر غير بلد المنشأ أو المساهمين.

لهذا، فإن الدول غالباً ما تعتمد على معايير قانونية مختلفة لأجل منح جنسيتها لهذه الشركات فمن الدول من اعتمدت على معيار بلد التسجيل والمقر الاجتماعي (قانوني و شكلي)، وهو معيار لا يعير أهمية لجنسية الأشخاص أو الشركات أو مكان النشاط أو الكيفية التي يتم بموجبها تكوين رأسمال الشركة أو كيفية الرقابة الممارسة عليها، ومنها ما تعتمد على المعيار الاقتصادي قانوني ومصلحي، أي أن تجعل الشركة من إقليم الدولة مقراً اجتماعياً لها وإن تستثمر جل رأسمالها وتخصص جانباً كبيراً من نشاطها في هذا البلد، هذا بالإضافة إلى الاعتماد على قانونها في الإنشاء، ومن الدول من تعتمد على

<sup>1</sup> عبد العزيز سرحان، نفس المصدر السابق، ص 117

معيار الرقابة (معيار الجنسية الفعلية)، أي على جنسية غالبية الأشخاص المساهمين في تلك الشركات والحائزين فيها على حصة الأسد<sup>1</sup>.

يبقى أن نشير في الأخير إلى أن هناك حالات قد يسمح فيها استثناء لدولة جنسية غالبية الشركاء المساهمين من ممارسة حمايتها لصالح مواطنيها وهي:

- إذا ما تم استهداف هؤلاء الأشخاص باعتبار انتمائهم لجنسية دولة بعينها، ولم يكن بوسعهم إتباع أي طريقة لأجل استيفاء حقوقهم.

- حالة وجود اتفاق ثنائي أو دولي يقضي بذلك.

- حالة كون جنسية الشركة مفروضة كشرط مفروضة لأجل الحصول على الاستثمارات.

- حالة ما إذا شكل زوال أو انقضاء الشركة مانعا أمام المساهمين لأجل المطالبة بحقوقهم.

## الفرع الثاني

### وسائل مباشرة الحماية الدبلوماسية

قد تتخذ هذه الحماية طابعا نزاعيا أو طابعا غير نزاعي، وهذا بحسب التقدير الذي تترتبه الدولة

لكن تجب الإشارة في هذا المجال إلى أن المبادئ والأحكام المتعلقة بالحماية الدبلوماسية قد عرفت في الآونة الأخيرة شيئا من المساس بأصلها التقليدي، وهذا لما أضحي يتمتع به الفرد في مجال حماية حقوقه الأساسية أو المالية (النواة الصلبة لحقوق الإنسان،

<sup>1</sup> محمد سامي عبد الحميد، مصدر سبق ذكره، ص 84.

حماية الاستثمارات الدولية)، كما أن بعضاً من الدول من أضحت تتنازل اتفاقاً أو معاملة بالمثل عن ممارسة مثل هذه الحماية.

وقد تضمن ميثاق الأمم المتحدة بياناً لما يعد من الوسائل السلمية لحل المنازعات الدولية، ونص على أن الدول يمكن أن تتبع لحل منازعاتها بالطرق السلمية أسلوب المفاوضة والتحقيق والوساطة والتوفيق والتحكيم والتسوية القضائية أو اللجوء إلى التنظيمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يقع عليها اختيارها.

ويمكن أن نقسم هذه الوسائل إلى وسائل سياسية ووسائل قضائية، حيث أن ممارسة هذه الوسائل أمر يرجع إلى الدولة ذاتها، فلها أن تختار الوسيلة التي تراها أجدى في حل الخلاف، مادامت لا تخالف قواعد القانون الدولي عند اتخاذها للوسيلة التي تراها، فقد تلجأ أولاً إلى الوسائل السياسية، ثم تعقبها بالوسائل القضائية إذا لم تحصل على حقوقها أو حقوق مواطنيها، عن طريق الوسائل السياسية، وقد تلجأ منذ البداية إلى الوسائل القضائية، كما لها أن تستخدم أكثر من وسيلة في وقت واحد ضماناً للسرعة في حسم النزاع<sup>1</sup>.

#### أولاً: الوسائل السياسية في الحماية الدبلوماسية:

وتكون هذه المسائل في هيئة مساعٍ حميدة تقوم بها دولة ثالثة أو وساطة تقوم بها دولة أو هيئة دولية، أو عن طريق التوفيق أو التحقيق، وسوف نوضح هذه الوسائل وفق الآتي<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> فؤاد ديب «القانون الدولي الخاص» الجنسية، الجزء الأول، جامعة دمشق، 2001، ص 101.  
<sup>2</sup> محمد حافظ غانم «المسؤولية الدولية» دراسة لأحكام القانون الدولي ولتطبيقاتها التي تهم الدول العربية، محاضرات القيت على طلبة قسم الدراسات القانونية العربية، القاهرة 1963، ص 115.

## 1. المساعي الحميدة:

المساعي الحميدة . بشكل عام . هي إجراء للتسوية السلمية يتمثل في قيام دولة أخرى أو منظمة دولية أو شخصية ذات مكانة، بالسعي دبلوماسياً لإيجاد سبيل للاتفاق بين دولتين متنازعتين، ولا يكون القائم بالمساعي الحميدة طرفاً ولا يتدخل في تسوية النزاع، وإنما يقتصر دوره على إثارة السعي إلى تسوية وتحريكه.

## 2. الوساطة:

الوساطة هي نوع من التوفيق بين الخصوم يتدخل به شخص بسمى الوسيط ليقترب بين وجهات نظر الخصوم بعد سماعها ويعرض عليهم ما يقترحه من حلول، فإن وافقوا حرروا بها محضراً رسمياً ووقعوا عليه، وإن رفضوا انتهى الأمر وتجددت مقترحات الوسيط من كل قيمة.

وقد عرف بعضهم الوساطة بأنها: التقريب بين أطراف علاقة قانونية معينة عن طريق شخص من الغير دون المساس بالحق في اللجوء إلى القضاء.

والوساطة كالتوفيق تشترك مع التحكيم في الهدف المتوخى، وهو فض النزاع بين الأطراف بتدخل شخص أو أكثر من الغير، ولكن بالرغم من ذلك ثمة فروق يختلف فيها عن التحكيم.

ثمة فروق ثلاثة تختلف فيها الوساطة عن التحكيم وتتمثل فيما يلي:

1- تتم الوساطة عن طريق اختيار أو تعيين شخص أو أكثر لمحاولة حصر نقاط الخلاف بين الطرفين ومداومة الاتصال معهما حتى يلتقيا عند حل وسط، ولا يعتقد الموفق أو الوسيط جلسات مرافقة، وإنما يعقد اجتماعات خاصة مشتركة بين جميع

الأطراف حيث يعرضون فيها حججهم ومستنداتهم، كما يعقد اجتماعات منفصلة مع بعضهم دون بعضهم الآخر للاستماع والاطلاع وفحص المستندات والتشاور.

أما في التحكيم فتتم الجلسات بحضور الأطراف جميعاً، كما تراعى ضمانات معينة، ويمكن أن يطلع كل طرف على ما يقدمه الآخر من حجج ومستندات.

2- يقدم الوسيط مجرد اقتراحات أو مشاريع حلول لتقريب وجهات النظر، فإذا حظيت بقبول الطرفين انتهت باتفاق مله للنزاع يوقع عليه الطرفان.

أما التحكيم فينتهي بحكم يحسم به النزاع ويلزم الأطراف ويجوز حجية الأمر المقضي به ويكون قابلاً للتنفيذ الجبري بعد إكسائه صيغة التنفيذ من قبل القضاء.

3- تتضمن الوساطة بعض التنازلات من الطرفين لكي يمكن التوصل إلى حل وسط، وإذا فشل الوسيط في مهمته فلا يملك إلا إنهاء الإجراءات وعندئذ تعود للأطراف حريتهم في اللجوء إلى القضاء.

أما في التحكيم فتصدر هيئة التحكيم حكماً قد يجاب فيه لطلبات أحد الطرفين وترفض لطلبات الطرف الآخر، فهي لا تبحث عن حل توفيقى أو حل وسط، إذا فشلت يتعين عليها مواصلة مهمتها وإصدار حكم في النزاع<sup>(1)</sup>.

### 3. التحقيق:

تلجأ الدولة عادة إلى التحقيق إذا كان هناك نزاع حول بعض الوقائع، كما أن بعض الجهات المكلفة بحل نزاع ما . كمحكمة تحكيم أو لجنة توفيق . قد تلجأ الى التحقيق

(1) . بسام عبد الرحمن شيخ العشرة، التحكيم، منشورات الجامعة الافتراضية، 2012- 2013م، ص24-25.

لاستجلاء نقاط معينة. و تتضمن لجنة التحقيق عدداً من الأشخاص ويكون لها رئيس ومسجل ومكان لحفظ الأرشيف، وتتשא لجنة التحقيق عادة لمدة محدودة، ولمعالجة موضوع معين.

كما تكون مهمة اللجنة قاصرة على جمع الحقائق ووضعها تحت تصرف الطرفين كي يتصرفوا على ضوءها، ويقررا إما الدخول في مفاوضات مباشرة بقصد حل النزاع، أو يقررا عرضه على التحكيم الدولي أو على محكمة دولية<sup>1</sup>.

#### 4. التوفيق:

يعرف التوفيق بأنه: اتفاق الأطراف على محاولة إجراء تسوية ودية عن طريق الموفق أو الموفقين الذين يختارهم الأطراف.

ويتضح لنا بجلاء من تعريف التوفيق والوساطة أنه يشترك مع التحكيم في الهدف المتوخى، وهو فض النزاع بين الأطراف بتدخل شخص أو أكثر من الغير، ولكن بالرغم من ذلك ثمة فروق يختلف فيها عن التحكيم.

ثمة فروق ثلاثة يختلف فيها التوفيق عن التحكيم وتتمثل فيما يلي:

1- يتم التوفيق عن طريق اختيار أو تعيين شخص أو أكثر لمحاولة حصر نقاط الخلاف بين الطرفين ومداومة الاتصال معهما حتى يلتقيا عند حل توفيقى وسط، ولا يعتقد الموفق أو الوسيط جلسات مرافقة، وإنما يعقد اجتماعات خاصة مشتركة بن جميع الأطراف حيث يعرضون فيها حججهم ومستنداتهم، كما يعقد اجتماعات منفصلة مع بعضهم دون بعضهم الآخر للاستماع والاطلاع وفحص المستندات والتشاور.

<sup>1</sup> أريك ويلر «قاعدة الجنسية إمام المحاكم الدولية»، باريس 1997، ص 175.

أما في التحكيم فتتم الجلسات بحضور الأطراف جميعاً، كما تراعى ضمانات معينة، ويمكن أن يطلع كل طرف على ما يقدمه الآخر من حجج ومستندات.

2- يقدم الموفق مجرد اقتراحات أو مشاريع حلول لتقريب وجهات النظر، فإذا حظيت بقبول الطرفين انتهت باتفاق مله للنزاع يوقع عليه الطرفان.

أما التحكيم فينتهي - كما سبق ورأينا - بحكم يحسم به النزاع ويلزم الأطراف ويجوز حجية الأمر المقضي به ويكون قابلاً للتنفيذ الجبري بعد إكسائه صيغة التنفيذ من قبل القضاء.

3- يتضمن التوفيق بعض التنازلات من الطرفين لكي يمكن التوصل إلى حل توافقي وسط، وإذا فشل الموفق في مهمته فلا يملك إلا إنهاء الإجراءات وعندئذ تعود للأطراف حريتهم في اللجوء إلى القضاء.

أما في التحكيم فتصدر هيئة التحكيم حكماً قد يجاب فيه لطلبات أحد الطرفين وترفض طلبات الطرف الآخر، فهي لا تبحث عن حل توافقي أو حل وسط، إذا فشلت يتعين عليها مواصلة مهمتها وإصدار حكم في النزاع<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً : الوسائل القضائية للحماية الدبلوماسية:

إن اللجوء إلى الوسائل القضائية يتم بالرضا المتبادل بين الدولة الوطنية للمواطن المتضرر والدولة المسؤولة عن الفعل الضار. وتتصدر الهيئات القضائية في نوعين هما: هيئات التحكيم والمحاكم الدولية.

(1) د. بسام عبد الرحمن شيخ العشرة، المرجع السابق، ص 24 و 25.

## أ- هيئات التحكيم الدولية

تتعدد أشكال التحكيم الذي يمكن اللجوء إليه بصدد الحماية الدبلوماسية، كآلاتي:

### 1- محكمة التحكم الدائمة:

تعد محكمة التحكم الدائمة من أهم إنجازات مؤتمر لاهاي 1899، ولكن هذه المحكمة ليست دائمة كما يوحي أسمها، حيث أنها لا تتكون من قضاة دائمين، وإنما من أشخاص معينين مقدماً للقيام بمهمات التحكيم، ترشحهم دولهم (الأطراف في اتفاقية فض المنازعات بالوسائل السلمية) من بين رجال القانون المعروفين وبمعدل أربعة لكل دولة على الأكثر ولمدة سبع سنوات قابلة للتجديد،

ومن بين هذه الأسماء تختار الدول المتنازعة أعضاء الهيئة الخاصة للفصل في النزاع المعين والتي تتألف من خمسة أعضاء، وعلى هذا فإن محكمة التحكيم الدائمة تتكون من 12 . 15. عضواً، ومن بينهم يتم اختيار القضاة للفصل في نزاع معين طبقاً لشروط الاتفاق الموقع عليه من قبل أطراف الخصومة.

ويوجد المكتب الدولي لهذه المحكمة في لاهاي، وهو بمثابة قلم ككاتب للمحكمة، وهو الجهاز الوحيد الدائم للمحكمة الدائمة للتحكيم<sup>1</sup>.

ولقد فصلت المحكمة منذ إنشائها في عام 1899 في عشرين قضية كان آخرها في عام 1922، وفي عام 1962 أعد المكتب الإداري للمحكمة "لائحة التحكيم والتوفيق في المنازعات الدولية بين طرفين أحدهما فقط دولة"، ومن ثم استحدثت المحكمة القواعد التي

<sup>1</sup> بول دي فيشر «الحماية الدبلوماسية للأشخاص المعنوية» دورية أكاديمية لاهاي للقانون الدولي، 1961، ص 122.

بمقتضاها أمكن أن تحال إليها المنازعات التي تقع بين الدول من ناحية والأفراد والشركات التجارية الخاصة من ناحية أخرى.

## 2- محاكم التحكيم الخاصة:

يقصد بها تلك المحاكم التي تنشأها الدول للتحكيم في منازعات معينة ثم تحل. ويختلف اختيار المحكمين من حالة لأخرى حسب اتفاق الطرفين. وتستند محاكم التحكيم الخاصة كثيراً على القواعد التي نصت عليها اتفاقية "لاهاي" عام 1997 ف بشأن إجراءات التحكيم، وقد تبنت لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة منذ عام 1953 القواعد المنظمة للتحكيم، وقد انتهت عام 1958 إلى عدة قواعد تتعلق بإجراءات التحكيم<sup>1</sup>.

## 3- لجنة الدعاوى المختلطة:

ويطلق عليها أسم محاكم التحكيم المختلطة، وتشكل هذه اللجان عندما يكون هناك عدة طلبات تتعلق بالأفراد لم يتم تسويتها بين بعض الدول المعنية بهذه المطالبات، يطلق عليها أسم لجان الدعاوى المختلطة تميزاً لها عن محاكم التحكيم التي تفصل في المنازعات الدولية التي لا تتعلق مباشرة بدعاوى فردية. لان التحكيم في الأصل وسيلة لتسوية المنازعات بين الدول، ولكن الدول تقوم بينها بعض المنازعات بسبب الأضرار التي تلحق مواطنيها ورعاياها من الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين<sup>2</sup>.

## ب- المحاكم الدولية:

تتمثل المحاكم الدولية التي تتولى وظيفة القضاء الدولي في محكمة العدل الدولية والمحكمة الدولية لقانون البحار، وغرفة منازعات قاع البحار، بالإضافة إلى بعض

<sup>1</sup> علي خالد ديبس، قانون الحماية الدبلوماسية و شروطها، مجلة أهل البيت عليهم السلام العدد 20، من ص 477.

<sup>2</sup> جان بييري «الحماية الدبلوماسية للمساهمين في الشركات» باريس 1965، ص 127.

المحاكم الإقليمية مثل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وسوف تقتصر دراستنا هنا على محكمة العدل الدولية باعتبارها هي المحكمة الدولية ذات الاختصاص العالمي.

حيث تعتبر محكمة العدل الدولية التي أنشئت في ظل ميثاق الأمم المتحدة عام 1948 الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة.

وطبقاً للمادة (93) الفقرة (أ) من ميثاق الأمم المتحدة «يعتبر جميع أعضاء الأمم المتحدة بحكم عضويتهم أطرافاً في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية». وإن رفع الدعاوى أمام المحكمة حق للدول فقط، حيث نصت المادة (34) الفقرة (أ) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أنه (للدول وحدها الحق في أن تكون أطرافاً في الدعاوى التي ترفع للمحكمة)، فلا يملك الأفراد أهلية التقاضي أمام محكمة العدل الدولية، ولذلك فإن دعوى الفرد أو الشخص المعنوي ضد دولة أجنبية يمكن أن ترفع أمام محكمة العدل الدولية بواسطة دولته فقط.

وتفصل المحكمة في النزاع المعروض عليها وفقاً لأحكام القانون الدولي العام، والأحكام التي تصدرها المحكمة نهائية غير قابلة للاستئناف، غير أنه يمكن طلب إعادة النظر في الدعوى عند ظهور وقائع تؤثر في موضوع الدعوى. ولقد وضع ميثاق الأمم المتحدة نواة التنفيذ الجبري لأحكام محكمة العدل الدولية، فنصت المادة (94) على أنه (إذا امتنع أحد المتقاضين في قضية ما عن القيام بما يفرضه عليه حكم تصدره هذه المحكمة، فللطرف الآخر أن يلجأ لمجلس الأمن، ولهذا المجلس، إذا رأى ضرورة لذلك أن يقدم توصياته أو يصدر قراراً بالتدابير التي يجب اتخاذها لتنفيذ هذا الحكم)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> أحكام محكمة العدل الدولية: قضية انترهاندل 1959، قضية برشلونة تراكتشن 1997، قضية السي 1989، ص165.

## الخاتمة:

### أولاً: النتائج:

1- تعتبر الحماية الدبلوماسية إحدى الوسائل التي تعبر بها الدولة عن ممارسة الاختصاص الشخصي تجاه مواطنيها ورعاياها، حيث يؤدي الضرر الذي يلحق فرداً بعينه إلى تحميل الدولة التي ارتكبت الفعل المخالف للقانون الدولي تبعة المسؤولية إزاء الدولة التي يتبعها المجني عليه بجنسيتها.

2- إن الحماية الدبلوماسية أداة لتحريك المسؤولية الدولية، تجاه الدولة التي أخلت بالتزاماتها نحو مواطني ورعايا الدول الأخرى.

3- تتضمن وسائل الحماية الدبلوماسية نوعين من الوسائل، الوسائل السياسية، والوسائل القضائية.

4- تعتبر الوسائل السلمية لحل النزاعات الدولية السبيل الوحيد المتاح لتسوية تلك المنازعات بعد القضاء على حق الدول في شن الحرب وتحريم استخدام القوة في العلاقات الدولية.

5- لا يجوز للدولة التدخل لحماية مواطنيها دبلوماسياً ما لم يكن سلوكهم في الدولة المدعى عليها سلوكاً مشروعاً.

6- لا يحق للدولة الوطنية للمضروور التدخل لحمايته دبلوماسياً إلا إذا استتفد كافة الوسائل القضائية المتاحة له في القانون المحلي للدولة المسؤولة، باستثناء

بعض الحالات التي لا تطبق فيها هذه القاعدة

7- لا يجوز للدولة ممارسة الحماية الدبلوماسية بالنيابة عن الشخص المضرور إلا إذا كان هناك رابطة بينه وبين الدولة التي تتولى حمايته، وتتمثل هذه الرابطة بعلاقة الجنسية.

8- إن الدولة الوطنية تستطيع الموافقة أو رفض تحمل مسؤولية المطالبة دون أن تكون ملزمة بتبرير قرارها باعتبار أن الحماية الدبلوماسية حق خاص بالدولة الوطنية.

#### ثانياً: المقترحات:

1- نظراً لأن القواعد التي تنظم الحماية الدبلوماسية مازالت قواعد عرفية وأغلبها غير ثابتة نرى ضرورة وضع نظام خاص بالحماية الدبلوماسية عن طريق معاهدة دولية.

2- نظراً للعوامل التي تؤثر في فاعلية الحماية الدبلوماسية، وخاصة من الناحية السياسية، نقترح ضرورة الاعتراف بالأهلية القانونية للفرد في اللجوء إلى المحاكم الدولية ليدافع عن حقوقه.

3- يقتضي التمييز بين ازدواج الجنسية بالنسبة للأشخاص الطبيعية، ومن ثم ازدواج الجنسية بالنسبة للأشخاص الاعتبارية، حيث أن المشاكل التي أثارها حالات تعدد الجنسية، أوجدت تنازعا بين عدة أنظمة قانونية حول من الدول لها

الحق في ممارستها الحماية الدبلوماسية لصالح شخص واحد، وذلك سواء كانت هذه الحماية ضد دولة أخرى تالفة لا يحمل جنسيتها أو ضد دولة يتمتع هو أيضا بجنسيتها. فالقاعدة الأساسية الأولى هي أنه ليس للشخص أن يطلب الحماية من دولة ضد دولة أخرى يتمتع هي أيضا بجنسيتها (توازي السيادة) والقاعدة الأساسية الثانية هي حالة كون الدولة المطالب منها (المتسبية في العمل غير المشروع) دولة لا يحمل الشخص جنسيتها.

4- بالنسبة لجنسية الأشخاص المعنوية فإنه يفترض فيها أيضا تمتعها بالجنسية حتى تتمتع بالحماية الدبلوماسية، لكن غالبا ما تكون هذه الشركات متعددة الجنسيات، وهذا سواء كان نشاطها ضمن بلد واحد أو ضمن بلدان متعددة، لهذا، فإن الدول غالبا ما تعتمد على معايير قانونية مختلفة لأجل منح جنسيتها لهذه الشركات.

## المراجع:

### أولاً: الكتب:

-د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص الجنسية، منشورات جامعة دمشق، دمشق، سورية، 2009-2010م.

-د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، الجنسية والمركز القانوني للأجانب، منشورات الجامعة الافتراضية، دمشق، سورية.

-فؤاد ديب «القانون الدولي الخاص» الجنسية، الجزء الأول، جامعة دمشق، 2001.  
-محمد حافظ غانم «المسؤولية الدولية» دراسة لأحكام القانون الدولي ولتطبيقاتها التي تهم الدول العربية، محاضرات القيت على طلبة قسم الدراسات القانونية العربية، القاهرة 1963.

-بسام عبد الرحمن شيخ العشرة، التحكيم، منشورات الجامعة الافتراضية، 2012-2013م.

-صادق هشام، الجنسية والموطن ومركز الأجانب.

-أريك ويلر «قاعدة الجنسية إمام المحاكم الدولية» باريس 1997.

-بول دي فيشر «الحماية الدبلوماسية للأشخاص المعنوية» دورية أكاديمية لاهي للقانون الدولي، 1961.

-جان بييري «الحماية الدبلوماسية للمساهمين في الشركات» باريس 1965.

-إحكام محكمة العدل الدولية: قضية انترهاندل 1959، قضية برشلونة تراكشن 1997، قضية السي 1989.

-البحوث والمقالات:

-علي خالد دببس، قانون الحماية الدبلوماسية و شروطها، مجلة أهل البيت عليهم السلام العدد 20، من ص 469 إلى ص 487.

ثانياً: المواثيق والاتفاقيات الدولية:

1. ميثاق الأمم المتحدة، عام 1945.
2. اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية المبرمة في 18 . 4 . 1961، منشورات الأمم المتحدة. رقم المبيع. A.95.v.6.
3. اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية. المبرمة في 24 . 4 . 1963، منشورات الأمم المتحدة. رقم المبيع. A.95.v.6.
4. تقرير لجنة القانون الدولي العام، عام 1998، إلي الجمعية العامة عن دورتها 50، الأمم المتحدة، نيويورك.

ثالثاً: مواقع الإنترنت:

-إيثار موسى، ما هو المقصود بالحماية الدبلوماسية و ما هي شروطها حسب القانون، بحث منشور على الموقع التالي:

<https://www.mohamah.net/law>

-د. محمد حيدر محيلان، ازدواج الجنسية والشخصية، بحث منشور على الموقع التالي:

<https://www.ammonnews.net/article/266675>

-ازدواجية الجنسية.. ما هي؟ وما الدول العربية التي لا تسمح بها؟، بحث منشور على الموقع التالي:

<https://www.alhurra.com/2020/02/19/> تاريخ النشر في 19 /2/19

2020م.

## الضريبة على الدخل المقطوع في سورية وفق المرسوم التشريعي رقم (10) لعام 2015

الدكتورة: منى الإدلبي

الأستاذ المساعد في كلية الحقوق في جامعة دمشق

### ملخص البحث باللغة العربية

تفرض الضرائب على أرباح المهن والحرف الصناعية والتجارية وغير التجارية في سورية وفق زمرتين وهما زمره الأرباح الحقيقية ، وزمرة الدخل المقطوع. وقد طال ضريبة الدخل المقطوع عدة تعديلات ، فالقانون الناظم بداية لهذه الضريبة يعود لعام 1958 تحت الرقم (112)، ثم تم تنظيمها وفق القانون رقم (24) لعام 2003، ومن ثم ادخل تعديلات بشأنها بموجب المرسوم التشريعي رقم (51) لعام 2007 ، وأخيراً طالها تعديلات مهمة جداً بموجب المرسوم التشريعي رقم ( 10 ) لعام 2015 ، فكان من الضروري استعراض آخر هذه التعديلات ولا سيما أنها في غاية الأهمية ، كتشكيل لجنة الإشراف ، وأسس جديدة أيضاً للتصنيف تختلف باختلاف المكلفين ، مسلطين الضوء على الايجابيات وأيضاً السلبيات في محاولة للوصول لصياغة تشريعية جيدة بخصوص هذه الضريبة ، ولا سيما أنها تطال شريحة كبيرة من المكلفين .

#### Abstract

The taxes on the profits of industrial, commercial and non-commercial occupations and trades in Syria are levied according to two groups, namely the real profits group and the group of the lumped income.

The Income Tax Law has been amended several times. The law governing this tax dates back to 1958 under No. 112 and was regulated in accordance with Law No. (24) of 2003, and then amendments were made under Legislative Decree No. 51 of 2007 and finally The amendments were very important under Legislative Decree No. (10) of 2015. It was necessary to review the latest amendments, especially as there are important amendments such as the formation of a new committee on them and new foundations for classification, highlighting the pros and cons as well as the negatives in an attempt to reach legislative drafting Good regarding this tax, especially as they lug alot of the financiers.

## المقدمة:

تفرض الضرائب على أرباح المهن والحرف الصناعية والتجارية وغير التجارية في سورية وفق زمرتين وهما زمرة الأرباح الحقيقية ، وزمرة الدخل المقطوع . وقد طال ضريبة الدخل المقطوع عدة تعديلات آخرها كان بموجب المرسوم التشريعي رقم ( 10 ) لعام 2015 ، فكان من الضروري استعراض آخر هذه التعديلات ، مسلطين الضوء على الايجابيات وأيضاً السلبيات في محاولة للوصول لصياغة تشريعية جيدة بخصوص هذه الضريبة ، ولا سيما أنها تطل شريحة كبيرة من المكلفين.

ويبدأ التكاليف بهذه الضريبة من لجنة التصنيف المركزية<sup>1</sup> ، حيث تقوم هذه اللجنة بشكل أساسي في إعداد الدليل الضريبي<sup>2</sup> للمهن والحرف الخاضعة للتكاليف بضريبة الدخل المقطوع ، حيث تطلب هذه اللجنة من كل دائرة للدخل المقطوع في المحافظات إعداد دراسة حول هذه المهن وارسالها خلال شهر ، وتقوم هذه اللجنة بتدقيق كافة الدراسات الواردة إليها من تلك الدوائر في المحافظات ، واستناداً إليها تضع الدليل الضريبي<sup>3</sup> لكل مهنة على حدة ، بحيث يشمل هذا الدليل التعريف بالمهنة، وطريقة

<sup>1</sup> - تشكل هذه اللجنة بقرار من وزير المالية بناءً على اقتراح من المدير العام للهيئة العامة للضرائب والرسوم ، ونص على تشكيلها بموجب قرار صادر عن وزارة المالية على النحو الآتي :

- 1- المدير العام للهيئة العامة للضرائب والرسوم (رئيساً)
- 2- مدير الالتزام في الهيئة (عضواً)
- 3- مدير خدمات المكلفين (عضواً)
- 4- مدير الضرائب والرسوم على العقارات (عضواً)
- 5- مدير السياسة الضريبية (عضواً)
- 6- مدير المتابعة وإدارة الديون (عضواً)
- 7- عضو مقرر (عضواً)

<sup>2</sup> - قرار الهيئة العامة للضرائب والرسوم رقم ( 85 / 3 ص.هـ ) لعام 2012.

<sup>3</sup> - ويلاحظ هنا اختلاف آلية تحديد هذا الأساس في التصنيف عما كان معمولاً به سابقاً ، حيث كانت تقسم الوحدات الادارية إلى خمس فئات حسب المدن والوحدات الادارية المحلية كالمحافظات ، ولكل فئة حد أدنى وحد

ممارستها، وعلاقة هذه المهنة بدوائر الدولة الأخرى ، وتحديد أيام العمل الفعلية لكل مهنة وفترات مواسمها وأيام عطلها ، وحالة الركود والرواج المؤثرة فيها ، كذلك العوامل الأخرى التي قد تؤثر في الفعالية كموقع المحل ومساحته وشهرته..... الخ ، وتحديد نسبة الربح الصافي لكل مهنة ، وذلك باعتماد حد أدنى وحد أعلى لهذه الأرباح ولكل مهنته . حيث يتم اعتماد التقارب بين التقارير الواردة من كافة المديريات في المحافظات لإيجاد حد يجمع بين تلك التقديرات واعتبارات أخرى تثور نتيجة دراسة المهنة من كافة النواحي ( مثل أصناف المهنة وطريقة ممارستها والعوامل المؤثرة فيها ، ووسائل ضبط حجمها ، ونسبة الربح الصافي .....).

بعد هذه المرحلة تأتي المراحل التالية من مرور التكاليف بلجنة التصنيف البدائية ثم لجنة الاشراف ، فلجنة التصنيف الاستثنائية، وسنقوم بشرح النقاط التي طالها التعديل وفق التقسيم الآتي:

#### **المطلب الأول: مرحلة التكاليف الأولي**

**الفرع الأول: دورة تصنيف المكلفين بضريبة الدخل المقطوع**

**الفرع الثاني : دور مراقب الدخل ولجنة التصنيف البدائية في التكاليف الأولي.**

**المطلب الثاني: مرحلة الاعتراض على التكاليف الأولي**

**الفرع الأول : لجنة الإشراف.**

**الفرع الثاني: لجنة التصنيف الاستثنائية**

---

أعلى يتم تحديده من لجان التصنيف ، فيلاحظ أنه اعتمد اختلاف الوضع الاقتصادي بين كل وحدة إدارية محلية لتحديد الحدود الدنيا والعليا للأرباح سابقاً.

راجع القانون رقم ( 112 ) لعام 1958 الناظم لضريبة الدخل المقطوع في سورية ، وقرار وزارة المالية رقم ( 2954 ) تاريخ 1958/10/16.

## المطلب الأول

### مرحلة التكاليف الأولى

سنتناول في هذه المرحلة دورة تصنيف المكلفين والتي حظيت بتعديل لافت وفق المرسوم 10 لعام 2015، ثم ننتقل لنتناول دور مراقب الدخل ولجنة التصنيف البدائية في تحديد الضريبة المفروضة على المكلف ، والتي طالها أيضاً تعديلات مهمة كان لا بد من مناقشتها وفق التالي.

الفرع الأول: دورة تصنيف المكلفين بضريبة الدخل المقطوع

الفرع الثاني : دور مراقب الدخل و لجنة التصنيف البدائية في التكاليف الأولى.

### الفرع الأول: دورة تصنيف المكلفين بضريبة الدخل المقطوع

اختلفت مدد دورة التصنيف وفق القوانين المتعاقبة ، ففي ظل قانون ضريبة الدخل رقم 24 لعام 2003 كانت مدة التصنيف لكافة المكلفين خمس سنوات ، وفي ظل المرسوم التشريعي رقم 51 لعام 2006 أصبحت مدة التصنيف ثلاث سنوات ولكافة المكلفين أيضاً ، باعتبار أن مدة الخمس سنوات طويلة نسبياً ولا تراعي تموج فعالية المكلف ، وللحفاظ على حقوق المكلف وخزينة الدولة<sup>4</sup>.

أما المرسوم التشريعي رقم 10 لعام 2015 فقد أتى بتعديل كبير ومهم في هذا الشأن فقسم المكلفين لأربع فئات وجعل لكل فئة مدة تصنيف خاصة بها ، وهي كالتالي<sup>5</sup>:

1. فئة كبار مكلفي ضريبة الدخل المقطوع

2. فئة متوسطي مكلفي ضريبة الدخل المقطوع.

<sup>4</sup>- ولكن هذا الأمر يصطدم بمشكلة عدم تواجد كادر عمل كاف لانجاز التصنيفات خلال مدة الثلاث سنوات . راجع: سليمان عزيز الفندي ، ضريبة أرباح المهن والحرف الصناعية والتجارية وغير التجارية فئة مكلفي الدخل المقطوع، رسالة ماجستير ، جامعة دمشق، 2015، ص132.

<sup>5</sup> - راجع التعليمات التنفيذية بخصوص المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم 10 لعام 2015.

3. فئة باقي مكلفي ضريبة الدخل المقطوع.

4. فئة ممارسي المهن العلمية.

و أصبحت دورة تصنيف هذه الفئات كما الآتي:

- فئة كبار مكلفي الدخل المقطوع وفئة ممارسي المهن العلمية لمدة سنتين .

- فئة متوسطي المكلفين ثلاث سنوات.

- فئة باقي المكلفين خمس سنوات.

بحيث تبدأ دورة تصنيف كل فئة من سنة التكليف الأولى ويتم تكليف جميع المكلفين بدءاً من تاريخ نفاذ هذا المرسوم التشريعي ومهما كان بدء سريان تكليفهم السابق ومع المحافظة على دورة التصنيف العام.

ويعزى هذا الاختلاف في مدد التصنيف لطبيعة عمل المكلفين وتغير أرباحهم أو رقم أعمالهم استناداً لطبيعة عملهم تلك، و نرى أن المشرع كان محقاً بهذا التعديل ، فلم يشغل الادارة الضريبية بتصنيفات المكلفين الذي يتسم نشاطهم بالثبات نوعاً ما ويمثلون شريحة صغار المكلفين فجعل مدة تصنيفهم خمس سنوات ، أما كبار المكلفين وممارسي المهن العلمية الذين يتسم عملهم بالتبدل كان لزاماً مواكبة هذا التبدل حتى لا تحرم الخزينة أموال طائلة فعمل المشرع على تقصير مدة تصنيفهم فجعلها سنتين فحسب ، أما متوسطي المكلفين فتم الإبقاء على مدة الثلاث سنوات بشأنهم .

ولكن السؤال هنا من هم كبار المكلفين ومتوسطي المكلفين وأصحاب المهن العلمية؟

نص المرسوم التشريعي رقم 10 لعام 2015<sup>6</sup> على أنه سيتم تحديد معايير مكلفي الفئات 1، 2، 3 بقرار من وزير المالية ، وفعلاً صدر قرار وزير المالية<sup>7</sup> عام 2017 وبين معايير تحديد ذلك وفق الآتي :

أولاً- المعايير الخاصة بكبار ومتوسطي المكلفين:

1- فئة كبار مكلفي ضريبة الدخل المقطوع<sup>8</sup> هم:

- كل مكلف بلغ رقم عمله السنوي ( 5000000 ) خمسة ملايين ليرة سورية فما فوق .

- أو كل مكلف بلغت أرباحه السنوية الصافية مبلغ (1000000) مليون ليرة سورية.

وطبعاً ما تبقى من المكلفين فيسري عليهم مدة الخمس سنوات باعتبارهم صغار مكلفين.

<sup>6</sup>- راجع المادة الأولى الفقرة ب من المرسوم التشريعي رقم 10 لعام 2015.

<sup>7</sup>- القرار رقم (24/ق.و) تاريخ 2017/1/10

<sup>8</sup>- قارن هذه المعايير مع معايير كبار المكلفين في نطاق الضريبة على الأرباح الحقيقية، حيث نص قرار السيد وزير المالية رقم 2937/2006/10/5 على معايير التسجيل في قسم كبار المكلفين -في المادة الأولى منه- وفقاً للأسس التالية:

أ- كلّ مكلف من فئة مكلفي الأرباح الحقيقية الذي يبلغ رقم عمله السنوي /70.000.000/ ل.س بموجب بيانه المقدم للدوائر المالية.

ب- كلّ مكلف من فئة مكلفي ضريبة الدخل المقطوع يبلغ رقم عمله السنوي /70.000.000/ ل.س بحسب قرار التكلفة القطعي.

ج- كلّ مكلف من أيّ فئة من فئات المكلفين بلغت أرباحه السنوية الصافية مبلغ /5.000.000/ ل.س، وذلك بموجب بيانه الضريبي المقدم للدوائر المالية أو قرار التكلفة القطعي بالنسبة لمكلفي ضريبة الدخل المقطوع.

د- المؤسسات التي تمارس الأنشطة الاقتصادية التالية:

- المصارف.

- شركات التأمين وإعادة التأمين.

- الشركات المساهمة مهما كان نوع نشاطها.

ثانياً- أصحاب المهن العلمية: حدد القرار هذه المهن بالآتية:

- مهنة الطب البشري من جميع الاختصاصات.
  - مهنة طب الأسنان .
  - مهنة الطب البيطري.
  - مهنة الصيدلة.
  - مهنة التحليل الكيميائي.
  - مهنة التصوير بالأشعة.
  - مهنة المحاماة.
  - مهنة الهندسة بمختلف الاختصاصات .
  - مهنة التراجمة المحلفون.
- طبعاً قد يتبادر لذهننا مهن أخرى بحسبان أن الضريبة تتناول كل المهن غير التجارية، ولكن وباعتبار أن هذا التصنيف لم يشملهم ، حيث خص القرار المهن العلمية والمعددة حصراً بما سبق ، فهم يخضعون للتقييم كونهم كبار أو متوسطي أو صغار المكلفين وفق المعايير السابقة.
- ومن الناحية العملية فإن التفرقة بين المهن التجارية والمهن الحرة بشكل عام ليس لها أهمية في مجال سريان الضريبة ، نظراً لأن جميع هذه المهن خاضعة لضريبة نوعية مستقلة هي ضريبة المهن والحرف الصناعية والتجارية وغير التجارية<sup>9</sup> .

<sup>9</sup> - د. محمد خالد المهاني، د. خالد شحادة الخطيب ، د. إبراهيم العدي ، جامعة دمشق ، منشورات جامعة دمشق، 2011، ص 242.

### الفرع الثاني: دور مراقب الدخل ولجنة التصنيف البدائية

سنتناول في هذا الفرع دور كل من مراقب الدخل ولجنة التصنيف البدائية في التكليف الأولي ، مع ما طرأ عليهما من تعديلات بموجب نص المرسوم التشريعي رقم 10 لعام 2015.

#### أولاً- دور مراقب الدخل في التكليف بضريبة الدخل المقطوع .

بموجب القانون رقم 24 لعام 2003 كانت البداية في التكليف من قبل لجنة التصنيف البدائية ، حيث يتوجب أن تزور محل المكلف بكامل أعضائها ، وذلك في إطار حرفة أو مهنة معينة ، بمعنى أن لكل حرفة أو مهنة لجنة متخصصة.

أما في إطار المرسوم التشريعي رقم 51 لعام 2007 فقد أوكل مهمة إعداد تقرير بالتكليف لمراقب الدخل من خلال زيارته الميدانية لمناطق بكاملها ويعد تقريره لكافة المهن والحرف في كل منطقة هي تحت اشرافه ، فصلاحيته بموجب هذا المرسوم أصبحت واسعة مقارنة بالقانون 24 لعام 2003 ، ولا سيما أن صلاحية لجنة التصنيف البدائية بعد ذلك تكمن في تثبيت أو زيادة التكليف ، دون أن يكون لها الحق في تخفيضه ، مع ما يحمله من ظلم للمكلف الذي قد يكون مظلوماً من قبل مراقب الدخل<sup>10</sup> .

أضف أن المرسوم 51 لم يعط لهذه اللجنة الحق في زيارة محال المكلفين للتأكد مما ورد في التكليف ورهن ذلك في مراقب الدخل ولجنة التصنيف الاستئنافية.

<sup>10</sup> - د. منى إدلبي ، أسس التكليف بضريبة الدخل المقطوع في التشريع السوري، مجلة كلية الحقوق ، جامعة

البحرين ، مجلد (11) ، العدد الأول ، 2013، ص (394-414).

لذلك يعد مراقب الدخل في ظل المرسوم 51 الأمر النهائي في التكليف الأولي ،  
مما يفتح مجالاً خصباً للفساد والمحسوبيات.

ماذا عن الجديد في المرسوم 10 لعام 2015 ؟

نصت المادة (5) من هذا المرسوم على ما يلي<sup>11</sup> :

“أ- يعد مراقب الدخل تقرير التكليف البدائي بعد زيارة المكلف ويعرض التقرير على لجنة التصنيف البدائية التي تصدر قرارها بتثبيت أو زيادة أو تخفيض الضريبة ويمكن للجان التصنيف البدائية زيارة مكان عمل المكلف والاطلاع على واقع النشاط .”

ووفق التعليمات التنفيذية للمرسوم 10 لعام 2015 وضحت آلية عمل مراقب الدخل فنصت على أنه يقوم مراقب الدخل بإعداد تقرير التكليف البدائي بعد زيارة مكان عمل المكلف بحيث يتضمن التكليف:

-اسم المكلف الثلاثي ومهنته والرقم الضريبي والمنطقة العقارية والمحضر والمقسم والاسم التجاري ومكان تبليغه المختار والكيان القانوني (فرد، شركة) وذكر عدد الشركاء العاملين فعلاً مع بيان تاريخ مباشرة العمل لأول مرة وطبيعته ومدته ومكان المركز الرئيسي أو الفرع أو المستودعات والورش مع تحديد أوصاف ومساحة وموقع المحل والموجودات الثابتة من آلات أو آليات وطريقة ممارسة المهنة ورقم السجل الصناعي أو التجاري أو المهني إن وجد - و يذكر خلاصة قرار آخر تصنيف بدائي .

- يحدد رقم العمل والأرباح الصافية المصرح بها من قبل المكلف على أن يتم إرفاق وثائق ومستندات التكليف التي اعتمدها المراقب وذلك للوقوف على حقيقة

<sup>11</sup> - المعدلة للمادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 51 لعام 2006 والمادة 49 من القانون رقم 24 لعام 2003.

وفعالية نشاط المكلف للوصول إلى تحديد رقم عمل المكلف السنوي والأرباح السنوية الصافية المحققة للوصول إلى ضريبة متناسبة مع واقع ونشاط وعمل المكلف الفعلي بحيث يتم تحديد رقم البيع أو الإيراد اليومي ونسبة الربح الصافية المطبقة وفقاً لتقارير اللجان المركزية والمعتمدة بتعليمات وزارة المالية والهيئة العامة للضرائب والرسوم<sup>12</sup> الصادرة بهذا الشأن وعدد أيام العمل السنوية بحيث يتم تحديد الأرباح الصافية اليومية والسنوية ورقم العمل السنوي ومبلغ الضريبة المطروحة على المكلف وفي حال وجود مكلف جديد لأول مرة يتم إرفاق مستندات التكاليف سواء سند الملكية أو عقد الإيجار أو عقد الاستثمار أو عقد الشركة المصدق إضافة لما ورد أعلاه ومن ثم رفعه إلى لجنة التصنيف البدائية من أجل إصدار قرار التكاليف البدائي .

يلاحظ أن التعليمات التنفيذية للمرسوم رقم 10 لعام 2015 لم تتطلب من مراقب الدخل أن يضمن تقريره عدد العاملين مع بيان تاريخ مباشرة العمل لأول مرة وطبيعته ومدته كما كان عليه الحال في ظل المرسوم التشريعي رقم 51 لعام 2006، والسبب يعود لما تضمنته المادة 16 من المرسوم التشريعي رقم 10 لعام 2015 حيث نصت على مايلي " استثناءً من الأحكام النازمة لضريبة الرواتب والأجور المنصوص عليها في الباب الرابع من القانون رقم 24 لعام 2003 وتعديلاته تم طرح ضريبة الرواتب والأجور

<sup>12</sup> - أحدثت الهيئة العامة للضرائب بموجب القانون 41 لعام 2007، وهي عبارة عن هيئة عامة تتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي والإداري، وترتبط بوزير المالية، ونقلت إليها صلاحيات واختصاصات وزارة المالية في مجال الضرائب والرسوم باستثناء مهام وصلاحيات واختصاصات مديرية الاستعلام الضريبي، مع الاحتفاظ بصلاحيات وزير المالية المنصوص عنها في القوانين والأنظمة النافذة .  
انظر د. يوسف شباط، المالية العامة والتشريع المالي (الجزء الأول)، منشورات جامعة دمشق كلية الحقوق، 2010، ص 45.

بنسبة قدرها 10% من الضريبة السنوية المترتبة على مكلفي فئة الدخل المقطوع وتعامل  
معاملة تحقق وتحصيل ضريبة الدخل المقطوع وتعتبر نهائية".

ويحقق مبلغ ضريبة الرواتب والأجور المذكورة عند تحقق ضريبة الدخل المقطوع المترتبة  
على أصحاب العمل المعنيين، ويسدد من قبلهم ضمن المهلة القانونية المحددة لتسديد  
ضريبة الدخل المقطوع ويستفيد المبلغ من الحسميات القانونية المقررة عند دفع ضريبة  
الدخل المقطوع ويخضع لذات الغرامات المقررة لها عند التأخر في تسديده وفقاً للأحكام  
القانونية النافذة بهذا الشأن"

كما نلاحظ أنه استمر بالعمل بما جاء بالمرسوم التشريعي رقم 51 لعام 2006 من  
حيث صلاحيات مراقب الدخل باطار منطقة معينة ( بحيث يشمل كل المهن ضمن  
هذه المنطقة)، وليس مهنة معينة يختص بها مراقبون محددون ، وأعتقد أن ذلك  
سيجعل من الأمر مرهقاً لمراقب الدخل ويجانبه الدقة و العدالة ، بخلاف تخصيص  
مراقب لكل مهنة ، بحيث يصبح المراقب هنا خبيراً بشأن هذه المهنة وتكون تقديراته  
أكثر دقة.

#### ثانياً- لجنة التصنيف البدائية:

تشكل هذه اللجنة بقرار من وزير المالية أو من يفوضه بذلك ، ويجوز تشكيل أكثر  
من لجنة بدائية أو استئنافية في الوحدة الادارية الواحدة حسب الحاجة.

فماذا عن تشكيلة هذه اللجنة ، وهل اختلفت بموجب المرسوم التشريعي رقم 10  
لعام 2015.

نصت المادة الثالثة من هذا المرسوم على أن تتألف لجان التصنيف البدائية من :

1- مراقب دخل أو موظف مالي من الفئة الأولى لا تقل خبرته في العمل المالي  
عن ثلاث سنوات ( رئيساً)

2- ممثل عن الدوائر المالية يسمى بناء على اقتراح مدير المالية ( عضواً)

- 3- ممثل عن الحرفة أو المهنة يتم اختياره من قائمة تتضمن أسماء ثلاثة مندوبين تسميهم النقابة أو الغرفة الصناعية أو التجارية أو الزراعية أو السياحية المختصة ، وفي حال عدم وجودها أو عدم ارسال ممثلين عنها أو عدم كفاية عدد العاملين في المهنة يمكن تسمية خبير عام يسمى من قبل مدير المالية من ممارسي المهنة أو الحرفة في أقرب وحدة ادارية ( عضواً).
- 4- يمكن تسمية مقرر أو أكثر بقرار من مدير المالية ولا يشترك في التصويت. يلاحظ من هذه التشكيلة أن لا تعديلات تذكر فيها إلا ما يخص مراقب الدخل الذي كان يشترط بموجب المرسوم التشريعي رقم 51 لعام 2007 أن لا تقل خبرته عن ثلاث سنوات في قسم الدخل، بينما المرسوم التشريعي رقم ( 10 ) لعام 2015 فقد وسع ذلك لتكون هذه الخبرة في العمل المالي ككل ولم يشترط أن يكون في قسم الدخل حصراً.

وأعتقد أن الدور المحوري في التكلفة المسند لمراقب الدخل في ضريبة الدخل المقطوع كرئيس للجنة التصنيف البدائية، يجعل من اشتراط مدة الثلاث سنوات كخبرة قليلة نوعاً ما ، ولا سيما في إطار الصعوبات التي يواجهها أي موظف جديد في تعلم مفردات العمل الاداري والفني نتيجة احتكار بعض المعلومات من قبل من هم أقدم في هذا المجال ، وأرى أن تكون الدورات المقامة لمراقبي الدخل في وزارة المالية تحمل طابعاً نظرياً وعملياً أيضاً في هذا الخصوص ، وأن يكون ذلك كأحد المعايير التي يلجأ اليها لاختيار مراقب الدخل العضو في هذه اللجان .

كما نصت المادة 5 من المرسوم التشريعي رقم 10 لعام 2015 على أن يعد مراقب الدخل تقرير التكلفة البدائي بعد زيارة المكلف ويعرض التقرير على لجنة التصنيف البدائية التي تصدر قرارها بتثبيت أو زيادة أو تخفيض الضريبة ويمكن للجان التصنيف البدائية زيارة مكان عمل المكلف والاطلاع على واقع النشاط .

من خلال هذه المادة ندرک التعديل المهم الذي أتى به هذا المرسوم ويتجسد بنقطتين هما:

- حق لجنة التصنيف البدائية في تثبيت أو زيادة أو تخفيض الضريبة ، وهذا لصالح المكلف في حال وقع أي ظلم في التکليف.
  - فتح المجال بنص القانون للجان التصنيف البدائية لزيارة مكان عمل المكلف والاطلاع على واقع النشاط في حال وجود تباين بأراء أعضاء اللجنة أو رأيت ضرورة لذلك<sup>13</sup> ، وفي ذلك ضمانة لكل من المكلف والادارة المالية أيضاً .
- و يجب أن تصدر قرارات هذه اللجنة بشكل معلل تبين فيه الأسس والاعتبارات التي اعتمدت أساساً في التکليف على أن يتم إحالة كافة تقارير الأعمال الصادرة عن اللجان البدائية إلى لجنة الإشراف وسنبحث في هذه اللجنة وصلاحياتها فيما سيأتي.

## المطلب الثاني

### مرحلة الاعتراض على التکليف الأولي

سنتناول في هذا المطلب لجنة الاشراف التي تم استحداثها بموجب المرسوم رقم 10 لعام 2015، وتعد إضافة مثيرة لعدة تساؤلات ، وإن كان وجودها لا يتعلق بالاعتراض حتماً على قرار التصنيف البدائي ، لأنها قد تعترض وقد لا تعترض على هذا القرار ، ولكني أثرت مناقشتها هنا لأنها خطوة تالية لقرار التکليف الأولي ، وكذلك سنتناول لجنة التصنيف الاستئنافية والتي طال اختصاصاتها أيضاً شئ من التعديل.

### الفرع الأول : لجنة الاشراف

استحدثت هذه اللجنة بموجب المرسوم 10 لعام 2015 حيث لم يكن لها وجود في القوانين السابقة وتشكل بقرار من وزير المالية وتتألف في مراكز المحافظات من<sup>14</sup>:

<sup>13</sup> - راجع التعليمات التنفيذية للمرسوم التشريعي رقم 10 لعام 2015.

<sup>14</sup> - راجع المادة 1/4 من المرسوم (10) لعام 2015 .

- 1- مدير المالية (رئيساً)
- 2- رئيس قسم الدخل (عضواً)
- 3- رئيس دائرة الدخل المقطوع (عضواً)
- 4- موظف من دائرة الدخل المقطوع يسميه مدير المال (مقرراً)

أما في مديريات مال المناطق فتشكل من :

- 1- مدير المال (رئيساً)
- 2- رئيس دائرة (عضواً)
- 3- رئيس شعبة (عضواً)

يلاحظ من تشكيلة هذه اللجنة أن أعضائها جميعهم من نطاق الإدارة الضريبية وهذا عائد طبعاً لطبيعة عملها باعتبارها أداة لمتابعة أعمال التصنيف العام والنظر في تكاليف الدخل المقطوع والاعتراض عليها<sup>15</sup>.

ومهمة هذه اللجنة تنحصر بالآتي :

1- متابعة أعمال التصنيف العام والاشراف على أعمال مراقبي الدخل واللجان البدائية ، بما يؤمن سير اعمال التصنيف من حيث مستوى الأداء والإنتاجية ، وكان حري إيضاح ماهية هذه المتابعة والاشراف على مراقبي الدخل واللجان البدائية من خلال التعليمات التنفيذية.

2- النظر في تكاليف لجان التصنيف البدائية والاعتراض عليها حيث نصت المادة 5 /ب من المرسوم التشريعي رقم 10 على أنه يحق للمكلفين وللجنة الإشراف الاعتراض على القرار البدائي أمام اللجنة الاستئنافية خلال 30 يوم من اليوم

<sup>15</sup> - راجع المادة ( 4 اب) من المرسوم 10 لعام 2015

الذي يلي تاريخ تبلغ المكلف قرار اللجنة البدائية<sup>16</sup> ، وفي حال اعتراض لجنة الإشراف ينبغي تبليغ المكلف ذلك الاعتراض مع القرار البدائي ، وحددت التعليمات التنفيذية لهذا المرسوم آلية تطبيق هذا النص ، حيث يصدر قرار لجان التصنيف البدائية ويحال مع كافة تقارير الاعمال الصادرة عن هذه اللجان إلى لجنة الإشراف التي تقوم بالاطلاع عليها وتسطير ملاحظاتها بالاعتراض على قرار التصنيف البدائي المراد استئنافه فقط . ومن ثم يتم تبليغ المكلف القرار البدائي واعتراض لجنة الاشراف إن وجد وذلك من قبل المبلغين أو مراقبي الدخل أصولاً وأعطى الحق للمكلفين الاعتراض على القرار البدائي وعلى اعتراض لجنة الاشراف إلى اللجنة الاستئنافية خلال 30 يوماً من اليوم الذي يلي تاريخ التبليغ ، وعلى أن تقوم الدوائر المالية بمسك سجل خاص باعتراضات لجنة الإشراف.

وعلى ذلك فلجنة الاشراف فعلياً يسبق استئنافها استئناف المكلف في حال اعترضت لجنة الإشراف على القرار البدائي ، ولكن الملاحظ هنا ان القانون لم يقيد لجنة الإشراف بمدة معينة يتوجب عليها تبليغ المكلف بالقرار البدائي خلالها ، وكان حريّ به فعل ذلك .

16 - حددت وزارة المالية اجراءات التبليغ للتكاليف العامة بما يلي :

- يجب على المكلف أن يحدد للإدارة المالية عنواناً مختاراً له يجري تبليغه فيه الأوراق .
  - لا يجوز اجراء أي تبليغ قبل الساعة السابعة ولا بعد الساعة العشرون ولا يجوز التبليغ في أيام العطل إلا بإذن كتابي من أكبر موظف مالي في المحافظة أو المنطقة
  - تعد وثائق التبليغ حجة ما لم يثبت تزويرها
- راجع محمد طه ،الاختصاص الاداري القضائي بنظر المنازعة الضريبية ،دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ،جامعة دمشق، 2011، ص 61

مما سبق أن قرار التصنيف البدائي يحال للجنة الإشراف قبل تبليغه للمكلف حتى تتطلع عليه ، وقد تكتفي هذه اللجنة بالاطلاع ومن ثم تبليغه للمكلف دون أن تستأنفه أمام لجنة الاستئناف . وقد لا تكتفي بالاطلاع فحسب ، بل تعترض أيضاً على قرار لجنة التصنيف البدائية ، وهنا يتم تبليغ المكلف كل من القرار البدائي واعتراض لجنة الإشراف ولهذا المكلف الاعتراض على :

- القرار البدائي بالتصنيف.
- اعتراض لجنة الإشراف .

، وهذا يعطي مؤشر أن لجنة التصنيف الاستئنافية في حال لم يعترض المكلف حتماً ستناقش ملاحظات لجنة الإشراف بالاعتراض وقد تأخذ بها .

يلاحظ من ذلك أن التعليمات التنفيذية فعلاً وضحت أمر مبهم في النص وأدت فعلاً دورها كتعليمات تنفيذية للنص القانوني .

فهناك من اعتقد أن لجنة الإشراف جاءت كخطوة تعقيد ومماثلة بالإجراءات<sup>17</sup> ، باعتبار لادور واضح لها ، وأن الأمر مازال مرهوناً بلحنتي التصنيف البدائية والاستئنافية ، ومن غير المنطقي أن تعترض الإدارة على تكليف هي وضعت ، وهذا الاعتقاد غير سليم من وجهة نظرنا وهذا ما نستشفه من التعليمات التنفيذية ، فلجنة الإشراف هي جهة الدفاع عن مصالح الإدارة المالية ، باعتبار أن لجنتي التصنيف البدائية والاستئنافية يدخل ضمن تشكيلتها من يمثل عموم المكلفين ومصالحهم، فغدا استئناف الإدارة لقرار التصنيف أمراً مبرراً. كما يجب أن ننتبه أن المرسوم 51 لعام 2006<sup>18</sup> عدل ما جاء في القانون 24 لعام 2003 ، حيث حصر حق الاعتراض على القرار البدائي بالتصنيف بالمكلف فقط

<sup>17</sup> - سهيل صفور ، توصيف العلاقة بين طرفي الالتزام في التشريع الضريبي السوري وطرق تفعيلها، مجلة

جامعة البعث للعلوم الانسانية، المجلد 40 لعام 2018، ص

<sup>18</sup> - انظر المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 51 لعام 2006 . والمادة 149 من قانون ضريبة الدخل رقم 24 لعام 2003.

بعد أن كان مفتوحاً للمكافين والدوائر المالية، فحفاظاً على حق الادارة الضريبية في الحفاظ على حقوق الخزينة العامة كان لا بد من إعادة هذا الأمر فأعدت حق الاستئناف للدائرة المالية وللجنة الاشراف وفق المرسوم التشريعي رقم 10 لعام 2015، واعتقد لو رهننت هذا الحق فقط للجنة الاشراف فحسب كان الأمر أكثر ضبطاً وتنظيماً.

### الفرع الثاني : لجنة التصنيف الاستئنافية

أشرنا فيما سبق أن للجنة الأشراف بداية الاعتراض على قرار لجنة التصنيف البدائية ، ومن ثم للمكلف الاعتراض على قرار لجنة التصنيف البدائية ، وكذلك على إعتراض لجنة الإشراف ، وذلك خلال 30 يوماً من اليوم الذي يلي تاريخ التبليغ أمام لجنة الإستئناف فما هي شروط هذا الإعتراض ؟ ومما تتشكل هذه اللجنة ، وما هي صلاحياتها؟

### أولاً- شروط الاعتراض أمام لجنة التصنيف الاستئنافية:

نص المرسوم رقم 10 لعام 2015 على الشروط الآتية:

- دفع تأمين قدره 5% من قيمة الضريبة التي أقرتها اللجان البدائية على ألا يقل عن مبلغ 1000 ليرة سورية ومسددة ضمن المهل القانونية للاعتراض ، ويعاد هذا التأمين إلى المكلف في حال كان محقاً في طلبه أو بجزء منه ، وإذا كان غير محق يصبح التأمين إيراداً للخزينة.

ويعفى من دفع هذا التأمين إذا كان اعتراضه رداً على إعتراض لجنة الاشراف.

- أن يقدم الاعتراض خلال 30 يوم من اليوم التالي لتاريخ تبليغ المكلف القرار البدائي.

- اعتراض المكلف على قرار التصنيف البدائي لا يوقف تحصيل الضريبة في موعد استحقاقها ، فقد نصت المادة 4 من المرسوم التشريعي رقم 10 لعام 2015 على أنه

لا يترتب على اعتراض المكلف وقف التحصيل ، والسؤال الذي يثار هنا ، هل اعتراض لجنة الاشراف يوقف التحصيل في حال لم يعترض المكلف ؟

طبعاً باعتبار أن الغاية من عدم وقف التحصيل هو ضمان حق الخزينة بالأموال لتنفيذ الخطط المرسومة بلا أي تأخير فحتماً اعتراض لجنة الاشراف لن يوقف التحصيل أيضاً.

أما عن تشكيل هذه اللجنة فلم يطرأ أي تعديل عما ذكره المرسوم 51 لعام 2006<sup>19</sup>، مع التحفظ على إبقاء رئيس هذه اللجنة مما يمتلك خبرة في المحاسبة أو المسائل الضريبية لا تقل عن ثلاث سنوات ، حيث نشد على يد من طالب بزيادة هذه المدة بحيث نعود لما كان النص عليه في القانون 24 ، حيث اشترط ألا تقل هذه الخبرة عن خمس سنوات ، باعتبار أن هذه اللجنة هي آخر المطاف إدارياً لكل من المكلف والادارة المالية<sup>20</sup>.

و ننتقل للحديث عن صلاحياتها والتي طالها شيء من التعديل.

<sup>19</sup> - تتشكل لجنة التصنيف الاستثنائية بموجب المادة 16 من المرسوم التشريعي رقم 51 لعام 2006 من :  
 - موظف مالي من الفئة الأولى من ذوي الخبرة في المحاسبة أو في المسائل الضريبية لا تقل خبرته لدى الدوائر المالية عن ثلاث سنوات ( رئيساً )  
 - موظف خبير من إحدى الادارات أو الهيئات العامة أو مؤسسات وشركات القطاع العام الأكثر صلة بالمهنة موضوع التكاليف وباقتراح منها حسب ما تحدده وزارة المالية ( عضواً )  
 - ممثل للحرفة أو المهنة يختاره مدير المالية في المحافظة من قائمة تتضمن أسماء ثلاث مندوبين تقترحهم النقابة المختصة أو الغرف التجارية أو الصناعية أو الزراعية أو السياحية، أو الجمعيات الحرفية وفي حال عدم وجودها أو عدم اقتراح ممثلين عنها أو عدم كفاية عدد العاملين في المهنة أو الحرفة يسمى مدير المالية في المحافظة ثلاثاً من ممارسي المهنة أو الحرفة في أقرب مركز لاختيار أحدهم ، وفي حال عدم كفاية عدد ممارسي المهنة يمكن تسمية خبير عام ( عضواً ).  
 ويسمى للجنة مقررأ أو أكثر بقرار من مدير المالية.

<sup>20</sup> - د. منى إدلبي ، **أسس التكاليف بضريبة الدخل المقطوع في التشريع السوري**، مجلة كلية الحقوق ، جامعة البحرين ، مجلد (11) ، العدد الأول ، 2013، ص (394-414).

## ثانياً- صلاحيات لجنة التصنيف الاستثنائية:

تتجسد مهمة اللجنة الاستثنائية في البت في الاعتراضات المقدمة بشأن التكاليف المعترض عليها من قبل المكلف والدائرة المالية<sup>21</sup>، وتم منح هذا الحق بصريح النص للجنة الاشراف ، حيث تقوم الدوائر المالية بمسك سجل خاص باعتراضات لجنة الاشراف.

بعد أن حق الاعتراض هذا مرهوناً بالمكلف فحسب بموجب المرسوم التشريعي رقم 51 لعام 2006<sup>22</sup>.

وفي إطار ذلك تملك اللجنة الاستثنائية ما يلي<sup>23</sup> :

1. دراسة كافة النقاط المثارة بالاعتراض للوقوف على واقع ونشاط وفعالية المكلف بعد زيارة مكان عمله ليتسنى لها البت بالاعتراض.

2. البحث في كافة أسس التكاليف البدائي في ضوء النقاط المثارة باعتراض المكلف.

3. لها الحق في تثبيت أو تخفيض أو زيادة الضريبة ، ولم يعلق المرسوم التشريعي رقم 10 حقها هذا بأي قيد أو شرط كما كان عليه الحال في ظل المرسوم التشريعي رقم 51 لعام 2006، حيث قيد بتخفيض نسبة الربح الصافي بنسبة لا تزيد عن 25% من النسب المعتمدة بتقارير اللجان المركزية وأن يكون التخفيض معللاً وعلى مسؤوليتها ، ويعد ذلك إضافة جيدة لصالح المكلف.

4. لها الحق بالتوصية بإصدار تكليف إضافي إذا تبين لها أن فعالية المكلف لا تتناسب مع ما انتهى إليه القرار البدائي، وذلك بإعادة التكاليف بدءاً من تاريخ سريان القرار البدائي المصنف به في الحالات التالية:

<sup>21</sup> - راجع التعليمات التنفيذية للمرسوم التشريعي رقم 10 لعام 2015.

<sup>22</sup> - راجع المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 51 لعام 2006.

<sup>23</sup> - راجع التعليمات التنفيذية للمرسوم التشريعي رقم 10 لعام 2015.

- فعالية المكلف لا تتناسب مع تقدير اللجنة البدائية.
  - إضافة فعالية لم يتم الأخذ بها بعين الاعتبار في قرار اللجنة البدائية.
  - إعادة التصنيف بعد مرور عام على سريان التكليف.
5. ولها الحق في تصويب القرار من كافة نواحيه بما فيه تصحيح الشخصية القانونية والمحضر وتاريخ المباشرة وعنوان المكلف وإضافة الورش والمستودعات.....الخ.
- ويحق للمكلف التقدم بأي وثائق أو معلومات أمام هذه اللجنة طالما لم تثبت بقرار التصنيف البدائي.
- وأخيراً يجب أن يكون قرار اللجنة الاستئنافية معللاً، وتبلغ قرارات اللجنة الاستئنافية إلى المكلف وتعتبر هذه القرارات نهائية.
- يلاحظ أن المشرع أطلق يد لجان التصنيف الاستئنافية أكثر مما كان عليه الحال في ظل المرسوم التشريعي رقم 51 لعام 2015 ، وهذا أمر جيد باعتبارها آخر مرحلة للاعتراض إدارياً ، والسبب في ذلك التقليل قدر الامكان من حالات لجوء المكلفين للقضاء المختص. وفي ختام بحثنا هذا نسلط الضوء على أهم النتائج التي توصلنا لها وتوصياتنا في هذا الخصوص:
- تغيرت دورة تصنيف المكلفين في ظل المرسوم التشريعي رقم 10 فلم تعد واحدة لجميع المكلفين كما كان الحال في ظل القوانين السابقة ، حيث قسم المكلفون بموجب هذا المرسوم لثلاث فئات ، فئة كبار مكلفي ضريبة الدخل المقطوع وفئة ممارسي المهن العلمية ودورة تصنيفهما سنتين، وفئة متوسطي المكلفين ودورة تصنيفهم ثلاث سنوات ، وفئة باقي المكلفين ودورة تصنيفهم خمس سنوات .

- أصبح للجان التصنيف البدائية صلاحيات أوسع بموجب هذا المرسوم ، فأصبح من حقها أن تثبت وتخفف وتزيد الضريبة عما جاء في تقرير مراقب الدخل ، كما غدا من حقها زيارة محل المكلف للتأكد من الفاعلية والتدقيق .
- أنشئت لجنة الاشراف بموجب هذا المرسوم والتي تعد مسؤولة عن الاشراف على مراقبي الدخل ولجان التصنيف البدائية ومتابعة أعمال التصنيف ، والاعتراض على قرار التصنيف البدائي أمام لجان التصنيف الاستئنافية.
- للجنة التصنيف الاستئنافية الحق في تثبيت أو تخفيض أو زيادة الضريبة ، ولم يعلق المرسوم التشريعي رقم 10 حقها هذا بأي قيد أو شرط كما كان سابقاً.
- ويعد هذا الخوض في أهم التعديلات التي جاء بها المرسوم التشريعي نشير أن هناك تعديلات مهمة جداً ومفيدة جاءت في هذا المرسوم ،ولكن لنا بعض التوصيات التي نشير لها في هذا الخصوص كباحث مالي مهتم ونوجزها بما يلي:
- كان من الضروري أن يعيد المشرع النظر في صلاحيات مراقب دخل ، بأن يخصص لكل مهنة مراقب دخل بدل حتى يكون تقدير الأرباح نتيجة الوقوف على نشاط المكلف أقرب للدقة والعدالة .
- لا بد من تحديد أسس لاختيار مراقبي الدخل بناء على الشهادة والخبرة والأخلاق، لأهمية ذلك عملياً ، فعمل مراقب الدخل حساس للغاية باعتباره على تماس مباشر مع المكلفين.
- باعتبار أن المرسوم 51 لعام 2006 عدل ما جاء في القانون 24 لعام 2003 ، حيث حصر حق الاعتراض على القرار البدائي بالتصنيف بالمكلف فقط بعد أن كان مفتوحاً للمكلفين والدوائر المالية، فحفاظاً على حق الادارة الضريبية في الحفاظ على حقوق الخزينة العامة كان لا بد من إعادة هذا الأمر فأعدت حق الاستئناف للدائرة المالية وللجنة الاشراف وفق المرسوم التشريعي رقم 10 لعام 2015، واعتقد لو

رهنت هذا الحق فقط بلجنة الاشراف فحسب كان الأمر أكثر ضبطاً وتنظيماً، مع ما يستدعي ذلك من توضيح لصلاحيات لجنة الاشراف بدقة أكبر منعاً لأي لبس وخاصة ما يتعلق بطبيعة الاشراف على أعمال مراقبي الدخل ولجان التصنيف البدائية وحدوده ، وتحديد مسؤوليتها بناء على ذلك ، كما يجب تحديد اطار صلاحيتها بدراسة التكاليف الأولي والتسطير عليه في حال الاعتراض بمدة معينة، وعدم تركها بلا أي قيد زمني .

- قسم المشرع مكلفي ضريبة الدخل المقطوع لثلاث فئات وتعددت مدد التصنيف تبعاً لذلك ، وقد يحمل ذلك إرهاقاً للإدارة الضريبية، وأعتقد أنه كان يكفي تقسيم المكلفين لزمريتين ، كبار المكلفين وباقي المكلفين ، بحيث تكون دورة تصنيف الأول ثلاث سنوات ، ومن تبقى خمس سنوات ، فيكون بذلك خفف العبء عن الادارة الضريبية ، وبذات الوقت حقق الاختلاف في المعاملة الضريبية باختلاف دخول المكلفين وتموجها ، مما يحقق شئ من العدالة .

والله ولي التوفيق

## قائمة المراجع

### أولاً- الكتب والرسائل :

- سليمان عزيز الفندي، ضريبة أرباح المهن والحرف الصناعية والتجارية وغير التجارية ( فئة مكلفي الدخل المقطوع) ، رسالة ماجستير ، جامعة دمشق ، 2015.
- محمد طه ،الاختصاص الاداري القضائي بنظر المنازعة الضريبية ،دراسة مقارنة . ، رسالة ماجستير ،جامعة دمشق ،2011
- محمد خالد المهاني، د. خالد شحادة الخطيب ، د. إبراهيم العدي ، جامعة دمشق ، منشورات جامعة دمشق، 2011
- ود. يوسف شباط ، المالية العامة والتشريع المالي (الجزء الأول) ، منشورات جامعة دمشق كلية الحقوق ، 2010،

### ثانياً- الدوريات:

- \_سهيل صقور ، توصيف العلاقة بين طرفي الالتزام في التشريع الضريبي السوري وطرق تفعيلها، مجلة جامعة البعث للعلوم الانسانية، المجلد 40 لعام 2018
- \_د. منى إدلبي ، أسس التكليف بضريبة الدخل المقطوع في التشريع السوري، مجلة كلية الحقوق ، جامعة البحرين ، مجلد (11) ، العدد الأول ، 2013.

### ثالثاً- القوانين:

- القانون رقم ( 112) لعام 1958 الناظم لضريبة الدخل المقطوع في سورية.
- القانون رقم 24 لعام 2003 المتعلق بالضريبة على الدخل في سورية وتعليماته التنفيذية.
- المرسوم التشريعي رقم 51 رقم 2006 المتعلق بضريبة الدخل وتعليماته التنفيذية.
- المرسوم التشريعي رقم 10 لعام 2015 المتعلق بضريبة الدخل المقطوع في سورية وتعليماته التنفيذية.
- القانون 41 لعام 2006 المتعلق بالضريبة على تجارة العقارات.

### رابعاً- القرارات:

- قرار الهيئة العامة للضرائب والرسوم رقم ( 85 / 3 ص.هـ ) لعام 2012
- قرار وزارة المالية رقم ( 2954 ) تاريخ 16/10/1958
- قرار السيد وزير المالية رقم /2937/ تاريخ 5/10/2006

**References in arabic:****almarajie****alkutub walrasayil :**

- muhamad th ,alaikhtisas al'iidarii alqadayiyu binazar almunazaeat aldaribiat ,drasat m qarnt , risalat majstir ,jamieat dimashq ,2011.
- muhamad khalid almhayny, d. khalid shihadat alkhatib , d. 'iibrahim aleadiyi , jamieat dimashq , manshurat jamieat dimashq, 2011
- wd. yusif shubat , almaliat aleamat waltashrie almaliu (aljuz' al'awal ), manshurat jamieatan dimashq kuliyat alhuquq , 2010,

**aldawriat:**

\_shil suqur , tawsif alealaqat bayn tarafay alailtizam fi altashrie aldaribii alsuwrii waturuq tafeiliha, majalat jamieat albaeth lileulum alainsaniati, almajalad 40 lieam 2018 \_d. muna 'iidlbi , 'ususa altaklif bidaribat aldakhl almaqtue fi altashrie alsuwrii, majalat kuliyat alhuquq , jamieat albahrayn , mujalad (11) , aleadad al'awal , 2013.

**alqawanin:**

- alqanun raqm ( 112) lieam 1958alnaazim lidaribat aldakhl almaqtue fi suriat.
- alqanun raqm 24 lieam 2003 almutaealiq bialdaribat ealaa aldakhl fi suriat wataelimatih altanfidhiat.
- almarsum altashrieiu raqm 51 raqm 2006 almutaealiq bidaribat aldakhl wataelimatih altanfidhiat.
- almarsum altashrieiu raqm 10 lieam 2015 almutaealiq bidaribat aldakhl almaqtue fi suriat wataelimatih altanfidhiat.
- alqanun 41 lieam 2006 almutaealiq bialdaribat ealaa tijarat aleaqarati.

**- alqararat:**

qarar alhayat aleamat lildarayib walrusum raqm ( 85/ 3 s.h )

lieam 2012 –

- qarar wizarat almaliat raqm ( 2954) tarikh 16/10/1958

- qarar alsyd wazir almaliat raqm /2937/ tarikh 5/10/2006

## انقضاء دين الضريبة بالمقاصة وفق التشريع السوري

الدكتورة منى الإدلبي

الأستاذ المساعد في قسم القانون العام في كلية الحقوق في جامعة دمشق

### ملخص باللغة العربية

يتميز القانون الضريبي بالاستقلالية عن بقية القوانين لما يتميز به من خصائص وسمات ، ويتميز وفقاً لذلك دين الضريبة بذمة المكلفين عن غيره من الديون في ظل القانون المدني ، لذلك لا بد أن يكون لوفائه ولانقضائه أحكام خاصة به ، لذلك آثرت تناول المقاصة كأحد هذه الأسباب ، لأنها تثير الكثير من الإشكاليات ، فتناولنا الأحكام الخاصة بها من حيث سماتها من ناحية وإجراءاتها من ناحية أخرى في ظل القانون السوري، فكان بحثنا يحمل طابع الدراسة النظرية والعملية ، ومن هنا تتأتى أهميته ، لا سيما أن مكتبتنا القانونية فقيرة في هذا المضمار .

**Abstract**

The tax law is independent of other laws because of its characters , so there are many differences between the tax debt and other debts. Therefore, its fulfillment and its termination were special provisions, so I'll choose the clearing as one of these reasons because of its problems. That I'll present its establish On the one hand, and its procedures on the other hand, under the Syrian law. Our research carries the nature of theoretical and practical duality together and that which give our research its importance

## المقدمة

تتميز قواعد القانون الضريبي بطابع خاص يستمد من استقلالية القانون الضريبي وخصائصه المميزة عن غيره من القوانين باعتبار أنه ينظم علاقة قانونية تدخل الدولة بوصفها صاحبة سيادة طرفاً فيها ، أضف أن دين الضريبة يتمتع أيضاً بسمات تميزه عن الديون المدنية، كونه دائماً من الديون الممتازة والتي تمتلك الإدارة الضريبية حق التنفيذ المباشر لاقتضاء هذا الدين من المكلفين. فهل يجوز في ضوء هذا التميز والاستقلال تطبيق قواعد المقاصة المطبقة في إطار القانون المدني على دين الضريبة في حال سكت المشرع الضريبي عن ذلك ، و في حال وجد نص يبيح المقاصة بالنسبة لدين الضريبة ، ماهي الاجراءات المتبعة من قبل الادارة الضريبية لاجراء هذا التقاص ، وهل هناك ضوابط وحدود لتطبيق ذلك في إطار القانون الضريبي، كل هذه التساؤلات كانت مثار بحثنا هذا وذلك في نطاق تشريعنا السوري .

## إشكالية البحث:

تتمحور اشكالية بحثنا حول إمكانية تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بالمقاصة وفق ما جاءت في القانون المدني والتي جعلت من المقاصة في الديون الضريبية غير جائزة باعتبار أن الديون الضريبية غير قابلة للحجز عليها باعتبار انها تتعلق بالمال العام ، ولكن بالتدقيق بالنصوص القانونية الخاصة بقانون جباية الموال العامة ، وقانون ضريبة الدخل السوري وجدنا انه يجوز تطبيق هذه المقاصة فكان لزاماً علينا كباحثين تسليط الضوء على آلية أعمال هذه المقاصة في نطاق القانون الضريبي وضوابط ذلك ، فكان بحثنا هذا.

### أهمية البحث:

يعد هذا البحث مهماً كونه تناول أسس التقاوس المالية ومبادئها العامة ، وكذلك إجراءاتها وفق ما جاءت في التعليمات والبلاغات الصادرة من وزارة المالية ، والتي قد لا تكون في متناول الكثيرين .  
فجاءت هذه الدراسة لتربط الواقع النظري بالواقع العملي .

### منهج البحث:

تناولنا دراستنا وفق منهج تحليلي ، حيث استعرضنا كافة النصوص القانونية المتعلقة بالمقاصة وآلية العمل بها، من خلال الخوض في تحليل هذه النصوص و مدى انطباق قواعد القانون المدني بشأن المقاصة على الديون الضريبية وصولاً لبانوراما متكاملة لشرح المقاصة الضريبية من كافة جوانبها عبر دراسة تأصيلية أيضاً.

### خطة البحث:

سنتناول بحث انقضاء دين الضريبة بالمقاصة وفق التشريع السوري من خلال ثلاثة مطالب نخص المطلب الأول لأنواع المقاصة ، وفي المطلب الثاني نتناول مدى جواز انقضاء دين الضريبة بالمقاصة فقهيًا ، وفي المطلب الثالث تناولنا موقف المشرع السوري من المقاصة في دين الضريبة .

## المطلب الأول

## أنواع المقاصة

تعرف المقاصة على أنها طريق من طرق انقضاء الالتزام حين يصبح المدين دائناً لدائنه فينقضي الدينين في نفس الوقت بمقدار الأقل منهما ويظل المدين ملزماً بالوفاء بالجزء المتبقي من الدين بالطريق العادي<sup>1</sup>.

وعلى ذلك فالمقاصة تقوم بوظيفتين :

- فهي أداة وفاء وهي في الوقت ذاته أداة ضمان. فهي أداة وفاء مزدوج لأنها تقضي على الدين الأقل كلية وتؤدي إلى الانقضاء الجزئي للدين الأكبر.
- كما أنها أداة ضمان لأنها تعطي للدائن الحق في أن يستأثر بالدين الذي في ذمته للطرف الآخر متميزاً بذلك عن غيره من دائني المدين.

وتتعدد أنواع المقاصة ، فمنها المقاصة الاتفاقية ، والمقاصة القانونية والمقاصة القضائية وسنتناولها تباعاً وفق الفروع الآتية.

## الفرع الأول-المقاصة القانونية

هي المقاصة التي تقع بحكم القانون بمجرد تحقق شروطها التي نص عليها القانون دون حاجة إلى اتفاق الطرفين على إيقاعها أو رفع دعوى للمطالبة بها، فإذا تحققت تلك الشروط وقعت المقاصة من تاريخ تحقق شروطها ، ولا يشترط لسريانها سوى تقديم طلب ممن له مصلحة لإجرائها<sup>2</sup>. وتجدر الإشارة

<sup>1</sup> - نصت المادة 360 من القانون المدني السوري على أنه " . للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبيل هذا الدائن، ولو اختلف سبب الدينين، إذا كان موضوع كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة، وكان كل منهما خالياً من النزاع، مستحق الأداء، صالحاً للمطالبة به قضاء. ، ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أن تبرع بها الدائن".  
<sup>2</sup> - راجع المادة 363 من القانون المدني السوري ويقابلها المادة 365 من القانون المدني المصري .

هنا أنه يمكن التمسك بالمقاصة القانونية من تاريخ تحقق شروطها وان كان أحد الدينين قد سقط بالتقادم ما دامت المدة اللازمة لعدم سماع الدعوى لم تكن قد تمت وقت تحقق تلك الشروط<sup>3</sup>.  
وتتمثل هذه الشروط بالتالي:

- 1- أن يكون الدينان متقابلين لشخصين كل منهما دائن ومدين للآخر في الوقت ذاته في دين معين؛ حتى لو لم يكن بين الدينين ارتباط سواء كان ذلك بالجنس أم بالحق<sup>4</sup>.
- 2- التماثل بين الدينين في المحل: بأن يكون الدينان متحدين بالنوع والجودة، فيجب أن يتماثل الدينان جنساً ووصفاً واستحقاقاً، فالمقاصة لا تقع إلا إذا كان محلها نقوداً أو مثلثات متحدة في النوع والجودة، والحكمة من هذا الشرط هي عدم إجبار الدائن على استيفاء شيء غير الشيء المستحق أصلاً. كما أن القول بعدم تماثل الدينين يهدر كل

---

و التمسك بالمقاصة لا يقتصر على المدين وحده، بل لكل ذي مصلحة أن يتمسك بها، فالكفيل الذي يُطالب بالدين له أن يتمسك بها بين الدائن والمدين؛ ذلك لأن انقضاء الدين يعني انقضاء كفالته تبعاً لذلك. وللمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التي تقع بين الدائن وأي من المدينين المتضامنين بقدر حصته من الدين. راجع في ذلك د. محمود جلال حمزة، انقضاء الالتزام بالمقاصة، الموسوعة العربية، الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد الأول، 2010، ص 483

<sup>3</sup> - د. ليلي عبد الله الحاج سعيد، المقاصة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في مصر والعراق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1978، ص 261-263.

<sup>4</sup> - فلا تصح المقاصة لو كان الشخص دائناً بصفته الشخصية للآخر ومديناً بغير هذه الصفة، كما لو كان مديناً بصفته الشخصية ودائناً بصفته وصياً أو وكيلاً أو مديراً لشركة، ولا تجوز المقاصة لو كان أحد الطرفين مديناً للآخر وكان لكفيله دين في ذمة الدائن، فليس لهذا المدين أن يطلب المقاصة فيما بذمته بما لكفيله من دين في ذمة مدينه (أي المدين الأول) لعدم تقابل الدينين.

راجع المادة [360](#) و ([362](#)) من القانون المدني السوري

قيمة للعقود الملزمة للجانبين التي يعد كل طرف فيها دائماً ومديناً في ذات الوقت للطرف الآخر<sup>5</sup>.

3- خلو الدينين من النزاع<sup>6</sup>: ولكي تتحقق المقاصة يجب أن يكون الدين محققاً في وجوده ومحددًا في مقداره ، فالمقاصة لا تقع بين دين منجز ودين معلق على شرط واقف ، كما لا يقاص دين المتضرر من فعل ضار بدين المسؤول عن هذا الفعل إلا إذا صدر الحكم بتقدير التعويض تقديراً نهائياً. ويشترط في هذا النزاع أن يكون جدياً، وجدية هذا النزاع مسألة موضوعية يترك تقديرها للقاضي<sup>7</sup>

4- أن يكون الدينان مستحقي الوفاء .

5- صلاحية كل من الدينين للمطالبة القضائية والحجز، إذ يحرص القانون على أن يستوفي صاحب الحق حقه، والمقاصة وسيلة جبرية لاستيفاء الحق، وتقع إذا كان الدينان المتقابلان قابلين للاستيفاء جبراً بالحجز عليه ، فلا تجوز المقاصة إذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز عليه ، فالمدين بدين النفقة في ذمة دائنه ليس له أن يتمسك بالمقاصة

<sup>5</sup> - محمد راضي مسعود ، المقاصة قانوناً وقضاءً ،" بحث منشور في منتدى المحامين العرب بتاريخ 2017/11/30.

راجع: <http://www.mohamoon.com>

[montada.com/default.aspx?Action=Display&ID=120852&Type=3](http://montada.com/default.aspx?Action=Display&ID=120852&Type=3)

تم الدخول الساعة 2 صباحاً بتاريخ 2019/5/19.

<sup>6</sup> - أي أن يكونا محققي الوجود ومحددي القدر، فلا تقع المقاصة إذا كان أحد الدينين متنازعاً عليه أو متنازعاً في وجوده؛ شريطة أن تكون المنازعة جدية وليست صورية؛ وقاضي الموضوع هو الذي يقدر الجدية من عدمها. أو كان غير معلوم المقدار؛ كالتعويض عن فعل ضار قبل صدور الحكم به، كما لا تقع المقاصة بين دينين أحدهما محقق الوجود والثاني معلق على شرط موقف. أما إذا كان معلقاً على شرط فاسخ فتصح فيه المقاصة لكونه محقق الوجود إذا لم يتحقق الشرط، فإذا تحقق زال الدين فلا تتحقق المقاصة بل تزول بأثر رجعي.

<sup>7</sup> - د. محمد علوم محمد علي المحمود ، الطبيعة القانونية والمالية لدين الضريبة وتطبيقاتها في التشريعات المقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى 2010 ، ص228.

بين دينه بالنفقة وحقه العادي بامتناعه عن الوفاء بالنفقة ؛ فالنفقة ضرورية لحياة مستحقها لذلك لا يجوز الحجز عليها<sup>8</sup>.

على أنه يلاحظ في هذا الشأن ان القانون يستثني من ذلك بعض الالتزامات مقررًا عدم جواز وقوع المقاصة بشأنها<sup>9</sup>:

-إذا كان احد الدينين شيئاً نزع دون حق من يد مالكة وكان مطلوباً رده، فلا يجوز للدائن أن يغتصب شيء من مدينه ثم يتمسك بالمقاصة حينما يطالبه المدين برد الشيء المغتصب.

-إذا كان احد الدينين شيئاً مودعاً او معاراً عارية استعمال وكان مطلوباً رده.

-إذا كان احد الدينين حقاً غير قابل للحجز.

ولا تقع المقاصة من تلقاء نفسها بمجرد توافر شروطها وانما يلزم لذلك ان يتمسك بها أحد الشخصين اللذين يمكن ان يتحقق بهما. و انقضاء الدين المترتب عليها يكون من وقت توافر شروطها وليس من وقت التمسك بها طبعاً.

وإذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة فلا يمنع

ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم مادامت هذه المدة لم تكن قد

تمت في الوقت الذي اصبحت فيه المقاصة ممكنة<sup>10</sup>.

والمدين الذي يوفى دينه في الوقت الذي يكون له فيه ان يقاص هذا الدين بحق له قبل دائنه

يستطيع ان يتمسك بالمقاصة بعد ذلك الوفاء ، فيكون له استرداد ما دفعه وذلك اذا ما كان

<sup>8</sup> - راجع د.محمود جلال ، المرجع السابق ، ص 482.

<sup>9</sup> - راجع المادة 364 من القانون المدني السوري.

<sup>10</sup> - مادة 364 من القانون المدني السوري.

جاهلاً وجود حقه وقت الوفاء ، أما إذا كان عالماً وقت الوفاء بدينه بوجود حق له على دائته فإنه يعتبر متنازلاً عن حقه في التمسك بالمقاصة<sup>11</sup>.

### الفرع الثاني- المقاصة الاتفاقية ( الإرادية )

يتفق كل من الدائن والمدين على إجراء المقاصة بين الدينين، وتقع هذه المقاصة عند عدم تماثل الدينين أو عدم التقابل بينهما. ولا تنتج المقاصة الاختيارية آثارها إلا من وقت إعلان صاحب المصلحة بإرادته لإجرائها، فلا يكون لها أثر رجعي، ولا ينقضي الدينان من وقت تلاقي الدينين، بل من وقت إعلان الإرادة في إجرائها . ولا تجوز المقاصة الاختيارية بين دينين غير متساويين إلا إذا رضي الدائن بالدين الأكبر.

### الفرع الثالث- المقاصة القضائية

تعرف المقاصة القضائية بانها المقاصة التي يجريها القاضي حين يتخلف شرط من شروط المقاصة القانونية مادام أن القاضي يستطيع استكمال هذا الشرط. وهو لا يستطيع ذلك في الواقع إلا عندما يتخلف شرط خلو الدينين من النزاع فقط، فحينما يكون أحد الدينين متنازع فيه يمكن للقاضي بناءً على طلب أحد الأطراف أن يفصل في النزاع ويزيل العقبة التي تقف أمام المقاصة. ولا تقع المقاصة القضائية إلا إذا طلب المدين ذلك سواءً بدعوة مبتدأه أو بطلب عارض أثناء نظر الدعوى بين الطرفين، فإذا حكم القاضي بأحقية المطالب فيما يدعيه من حيث تأكيد وجود الحق أو تحديد مقداره، كان ذلك استكمالاً لشروط المقاصة، وباستكمال شروط المقاصة على هذا النحو فإن المقاصة تقع بقوة القانون من وقت صدور الحكم نظراً لزوال العقبة التي كانت تحول دون وقوعها في هذا

<sup>11</sup>- راجع المادة 367 من القانون المدني السوري.

التاريخ. وعلى ذلك فإن المقاصة القضائية هي في حقيقتها مقاصة قانونية، وما الحكم القضائي الصادر بإيقاعها إلا حكم مقرر لها وليس حكم منشئاً لها<sup>12</sup>.

## المطلب الثاني

### مدى جواز انقضاء دين الضريبة بالمقاصة فقهياً

انقسم الفقهاء في هذا الخصوص إلى قسمين قسم أيد المقاصة ، وقسم عارضها ، ولكل منهما مبرراته، وسنستعرضهما تباعاً.

### الفرع الأول- المؤيدون لفكرة المقاصة في دين الضريبة

يعتمد أصحاب هذا الرأي على فكرة أن القانون المدني يعد الشريعة العامة ، فإذا خلا القانون الضريبي ما يخص المقاصة فلا مانع من تطبيق القواعد القانونية الناضجة لها في القانون المدني ، وإعمالها في حال توافرت شروطها. ولكن بعضهم ينادي بتطبيقها في أضيق الحدود على أنواع محددة من الضرائب مثل

الضريبة على الأرباح ، والضريبة على إيراد القيم المنقولة ، وبعضهم يتشدد في قبولها بجعلها اختيارية من جانب الدولة فقط<sup>13</sup>.

و يرى بعضهم أن القانون المدني في أغلب الدول ينص على أن تقع المقاصة في الديون، أيأ كان مصدرها، وذلك فيما عدا الأحوال الآتية :

- أ . إذا كان أحد الدينين شيئاً نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوباً رده .
- ب . إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال وكان مطلوباً رده .
- ج . إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز .

<sup>12</sup> - محمد راضي مسعود ، المقاصة قانوناً وقضاءاً"، مرجع سابق .

<sup>13</sup> - د. محمد علوم محمد علي المحمود ، مرجع سابق ، ص230.

ولا يرى بين هذه الحالات الديون الضريبية ، لذلك فلا مانع من إعمال المقاصة بالديون الضريبية.<sup>14</sup>

ولكن طبعاً " هذا الرأي غير سليم باعتبار أن دين الضريبة من الديون التي لا يجوز الحجز عليها باعتبارها تتعلق بمال عام ، مما يجعل الفقرة ج السابقة الذكر تنطبق عليها.

### الفرع الثاني - الرأي المعارض لفكرة المقاصة في دين الضريبة

أصحاب هذا الرأي يرون أن المقاصة غير مقبولة ما بين دين الدولة في ذمة الأفراد والمتمثل بالضريبة ودين الأفراد المتمثل في ذمة الدولة ، ويستند أصحاب هذا الرأي إلى عدة مبررات أساسية وهي:

1- عدم انطباق كل شروط المقاصة القانونية على دين الضريبة ، حيث يختل شرطان وهما:

- التماثل بين الدينين في المحل: بأن يكون الدينان متحدين بالنوع والجودة ، وهذا الشرط غير متوافر باعتبار أن دين الضريبة دين ممتاز يتميز عن الديون الخاصة بأن مصدره القانون ، وأنه من النظام العام ، وخص القانون هذه الديون بالامتياز ضماناً لتحصيلها ولحماية حقوق الخزنة العامة<sup>15</sup> ، فهي تشمل كل الاموال التي قرر القانون عدم قابليتها للحجز مثل الاموال المنقولة الضرورية للمعيشة او للعمل بالنسبة للشخص المحجوز عليه وكذلك بالنسبة لأسرته . وامتياز الخزنة هذا يؤدي الى تطبيق مبدأ التضامن الضريبي بين المكلف والغير ، وكذلك حق الادارة الضريبية في حجز أموال المدين بالضريبة وخاصة المبالغ الموجودة تحت يدها في سبيل تأمين حقوق الادارة لدى الأفراد ولو كانت ناشئة عن التزامات أخرى<sup>16</sup> .

<sup>14</sup>- فتوى مجلس الدولة المصري رقم 66/31/1/37 في 20 يناير سنة 1952.

<sup>15</sup>- د. محيي محمد سعد \_ الاطار القانوني للعلاقة بين الممول الادارة الضريبية\_ القاهرة\_ مكتبة الاشعاع القانوني\_ الطبعة الاولى\_ 1998 ، ص 218.

<sup>16</sup>- مصباح مهيني ، مبادئ القضاء الاداري ، الجزء الثاني ، مؤسسة النوري ، دمشق ، 2005 ، ص

وتقرير هذا المبدأ يجنب الخزينة العامة الخسائر التي قد تنجم اما عن اعسار المكلف، واما عن التصرفات الصورية التي يقوم بها بغرض التهرب من دفع دين الضريبة، فقد نص القانون المدني السوري على انه: ( المبالغ المستحقة للخزينة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق اخرى من اي فرع كان يكون لها امتياز بالشروط المقررة في القوانين والقرارات الصادرة بهذا الشأن )<sup>17</sup> ، وامتياز الخزينة هذا مقيد بمدة معينة حيث يسقط حق الخزينة العامة في المطالبة بالضريبة عن طريق التقادم، حيث نصت المادة (27) من القانون المالي الاساسي<sup>18</sup> بأنه ( لا تسقط حقوق الدولة من ضرائب ورسوم واموال عامة وخلافها الى بعد خمسة عشر عاما من تاريخ تبليغ المكلف الوسيقة المشعرة بوجوب الدفع ) ، أما ديون الأفراد فلا تتمتع بذلك الامتياز، كما ان حقوق الأفراد بذمة الدولة تسقط بتقادم أقصر ، حيث نص القانون المالي الأساسي السوري على أن تسقط الديون على الدولة إذا لم يطلب تسديدها كتابة حتى نهاية السنة المالية الرابعة التالية للسنة التي تعود لها هذه الديون ."

<sup>17</sup> - راجع المادة (1118) من القانون المدني السوري، حيث تنص على مايلي ":

- « 1 . المبالغ المستحقة للخزينة العامة من ضرائب و رسوم و حقوق أخرى من أي نوع كان ، يكون لها امتياز بالشروط المقررة في القوانين و القرارات الصادرة في هذا الشأن .
  - 2 . و تستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أية يد كانت ، قبل أي حق آخر ، و لو كان ممتازاً أو مضموناً برهن ، عدا المصروفات القضائية » .
- كما ينص المرسوم التشريعي رقم 70 لعام 1949 على ما يلي :
- «تعتبر مطالب الدولة أيًا كان مصدرها أو نوعها من الديون الممتازة ، وتحصل قبل أي حق آخر من المدين الأصلي أو من كفيله ، أو من الأشخاص الثالثين واضعي اليد ، وفقاً لقانون جباية الأموال العامة
- « .

<sup>18</sup> - الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (54) لعام 2006 .

- صلاحية كل من الدينين للمطالبة القضائية والحجز، فإذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز عليه لا تجوز المقاصة، فالمدين بدين النفقة في ذمة دائته ليس له أن يتمسك بالمقاصة بين دينه بالنفقة وحقه العادي بامتناعه عن الوفاء بالنفقة؛ فالنفقة ضرورة لحياء مستحقها لذلك لا يجوز الحجز عليها. وكذلك الحال في المقاصة بين حق رب العمل في ذمة العامل وحق العامل في التعويض جراء إصابة عمل لا تصح<sup>19</sup>، باعتبار أن القانون في غالبية الدول تنص على عدم قابلية مثل هذا التعويض للحجز، لذلك فإن الدين المستحق للدولة المتعلق بالضرائب غير قابل للحجز عليه، مما يبرر عدم جواز المقاصة في الشؤون الضريبية.

2- المقاصة تمنع الضريبة من تحقيق أهدافها، فالضريبة لا بد وأن تحصل بسرعة لتتمكن الدولة من الانفاق العام وضمان دوام سير المرافق العامة<sup>20</sup> وهذا ما تعرقله المقاصة.

3- المقاصة تتعارض مع قواعد ومبادئ المحاسبة العامة<sup>21</sup>، كما أن القانون الناظم لدين الضريبة من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته<sup>22</sup>.

4- المقاصة تتعارض وسلطة الدولة وسيادتها<sup>23</sup>.

<sup>19</sup>- د. ياسر حسين بهنسي، الجرائم الضريبية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، الجيزة، 2015، ط1، ص 70.

<sup>20</sup>- د. حسين خلاف، الأحكام العامة في قانون الضريبة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1956، ص 259.

<sup>21</sup> - فالمقاصة تتعارض مع مبدأ شمول الموازنة أيضاً، الذي يقوم على وجوب إيراد كل نفقات الدولة وكل إيراداتها دون أي تقاص بينهما.

<sup>22</sup> - راجع د. محمد علوم محمد علي المحمود، المرجع السابق، ص 231.

<sup>23</sup>- د. يوسف شباط، المالية العامة الجزء الأول، منشورات جامعة دمشق، 2010، ص

5- تتبع الدولة نظاماً خاصاً عند سداد الديون الواقعة عليها وليس من بينها المقاصة<sup>24</sup>.

### المطلب الثالث

#### موقف المشرع السوري من المقاصة في دين الضريبة

بعد أن تناولنا الرأي الفقهي بشأن أعمال المقاصة بشأن الديون الضريبية ، سنسلط الضوء على توجه المشرع السوري في هذا الخصوص ، بحيث نتناول النصوص الخاصة بالقانون الضريبي وهل سمحت بإجراء المقاصة أم لا باعتبار أن النص الخاص يعقل النص العام ، وكما نعلم أن القانون المدني يعتبر الشريعة العامة فيما سكت عنه النص القانوني بالشأن الضريبي.

نص قانون جباية الأموال العامة الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 341 لعام 1956 في المادة الثالثة منه على أنه " يجوز للإدارات والهيئات العامة أن تقطع من مطالب أصحاب الاستحقاق المبالغ المترتبة عليهم لقاء الضرائب والرسوم ومختلف الذمم" .

كما نصت المادة 119 من قانون ضريبة الدخل رقم 24 لعام 2003 على أنه ( يجوز للدوائر المالية أن تجري المقاصة بين مطلوب المكلفين من الخزينة العامة وبين أي ضريبة ترتبت أو تترتب عليهم اتجاهها ) . شريطة التقيد بتعليمات وزارة المالية المتعلقة بأسس وقواعد إجراء التقاص .

أما استناداً للقانون المدني فلا يصح المقاصة القانونية بشأن دين الضريبة ، باعتبار أن دين الضريبة ليس من الديون القابلة للحجز<sup>25</sup> ، وباعتبار أن النص الخاص يعقل العام ، لذلك يمكن أعمال المقاصة بشأن الديون الضريبية ، ولكن كيف تطبق ؟ أشارت المادة 119 من قانون ضريبة الدخل رقم 24 لعام 2003 الأنفة الذكر على أن تطبيق ذلك يكون وفق تعليمات وزارة المالية،

<sup>24</sup>- د. ياسر حسين بهنسي ، الجرائم الضريبية ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، جمهورية مصر العربية ، الجيزة ، 2015 ، ط1 ، ص 66.

<sup>25</sup> - راجع المادة 361 من القانون المدني السوري.

وبالرجوع لهذه التعليمات يمكننا أن نلخص هذه القواعد بنقطتين ، الأولى تتعلق بالمبادئ والأسس النظرية المتعلقة بالمقاصة الضريبية ، والثانية إجراءات هذه المقاصة وسنقدمها على التوالي<sup>26</sup> .

### الفرع الأول- القواعد والمبادئ العامة في التقاص

نصت تعليمات وزارة المالية على هذه القواعد والمبادئ وهي كما يلي<sup>27</sup> :

- 1- إن التقاص أداة وفاء كما أنه أداة ضمان لحق الدائن تجاه مدينه .
  - 2- يقع التقاص بحكم القانون عند تلاقي الدينين (الدائن والمدين )، ويترتب على هذا المبدأ توجب توافر شروط المقاصة القانونية التي شرحناها سابقاً ، وأهمها التماثل بين الدينين في المحل بأن يكون الدينان متحدين بالنوع ، ولا يوجد مانع من إجراء المقاصة بين ضريبتين من نوعيتين مختلفتين.<sup>28</sup>
- هذا النص في هذه التعليمات الصادرة من وزارة المالية توحى أنه يتمتع إجراء المقاصة بين دين للمكلف بذمة الدولة إن كان لا يتعلق بضريبة مدفوعة سابقاً ، وما أكد ذلك أنها نصت على إمكانية أن تكون المقاصة بين ضريبتين من نوعيتين مختلفتين ، فهي إن نصت على أن ذلك يعد تجاوزاً عن الأصل ولكنها قبلت به تجاوزاً ، فمن باب أولى أنها تمتنع عن إجراء المقاصة بين دين الضريبة التي بذمة المكلف لصالح الدولة ودين المكلف بذمة الدولة إن كان لا

<sup>26</sup>- تعليمات وزارة المالية رقم 1/25/34044 تاريخ 1987/11/17.

<sup>27</sup> - وذلك وفقاً للنصوص القانونية الواردة في القانون المدني والمرسوم رقم 928 لعام 1968.

<sup>28</sup> - " القاعدة: الأصل في الوفاء بدين الضريبة أن يكون نقداً بما يقوم مقامه ولا تقع مقاصة في شأنه إلا بينه وبين دين مستحق الأداء للممول علي مصلحة الضرائب" راجع ( مادة 362 مدنى )، حكم محكمة النقض المصرية في ( الطعن رقم 1931 لسنة 53 ق جلسة 29/1/1990 س 41 ج 1 ص 296).

يتعلق بضريبة أخرى كان قد دفعها سابقاً دون وجه حق، إنما دين من طبيعة أخرى ك مبلغ تأمينات مثلاً مدفوعة لصالح الخزينة العامة ، وقد تم الإشارة إلى ذلك صراحة في بعض أحكام محكمة النقض المصرية حيث اشترطت في المقاصة أن يكون بخصوص دين للمكلف بذمة مصلحة الضرائب مقابل دين الضريبة المفروضة عليه لصالح تلك المصلحة<sup>29</sup>.

مع أن نص المادة 119 من قانون ضريبة الدخل رقم 24 لعام 2003 جاء مطلقاً حيث شمل كل مطلوب للمكلفين من الخزينة العامة ، وحبذا هنا إما النص صراحة بقانون ضريبة الدخل على هذا التقييد ، أو تعديل التعليمات بحيث تنسجم مع نص القانون ، خاصة أن هذه التعليمات أشارت بداية على اعتماد نصوص القانون المدني فيما يخص شروط المقاصة وفق المادة 360 التي أشارت الى أن " للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدين ..."

واستطردت فيما بعد بأن المقاصة تقع في حال وجود شخص طبيعي او اعتباري مكلف لدى الدوائر المالية يكون مديناً ودائناً لديها في وقت واحد<sup>30</sup> .

3- اجراء المقاصة بين مطالب المكلفين من الخزينة العامة وبين اي ضريبة أو ذمة ترتبت عليهم تجاهها هو أمر جوازي وليس الزامياً<sup>31</sup> .

<sup>29</sup>- راجع في هذا الخصوص حكم صادر عن محكمة النقض المصرية التالي في الطعن رقم 36 ق لسنة 60 جلسة 10 / 2 / 1994 " الوفاء بدين الضريبة. الأصل أن يكون نقداً أو بما يقوم مقامه ، وعدم وقوع المقاصة في شأنه الا بينه وبين دين مستحق الأداء للممول علي مصلحة الضرائب" .

<sup>30</sup> - تعليمات وزارة المالية رقم 1/25/34044 تاريخ 11/17 /1987.

<sup>31</sup>- راجع المرسوم رقم 928 لعام 1968. والمادة 119 من قانون ضريبة الدخل رقم 24 لعام 2003 التي نصت على أنه " يجوز للدوائر المالية أن تجري المقاصة بين مطلوب المكلفين من الخزينة العامة وبين أي ضريبة أي ضريبة ترتبت أو تترتب عليهم تجاهها".

لذلك حتى لو تقدم المكلف بطلب لإجراء هذه المقاصة فهي لا تقع في حال رفضت الدوائر المالية إجراءها ، فهي تملك سلطة تقديرية في ذلك بموجب النص القانوني ، ولعل في هذا النص ضابط مهم جداً برأينا لتقييد المقاصة وفق المصلحة العامة ، حيث تمتلك الإدارة الضريبية سلطة التقدير ، فإن كانت المقاصة ستضر باستراتيجية الدولة لتحقيق أهدافها لظرف ما ، فهي تمتلك حق رفض إجراء المقاصة وإن كانت المقاصة لا تتعارض مع ذلك فتقبل بذلك، وهنا يكون المشرع قد حقق انسجاماً بين وجهة نظر المؤيدين للمقاصة الضريبية وأولئك المعارضين لها.

وطبعاً إجراء المقاصة لا يتم بمجرد توافر شروطها ، إذ لا بد من تقديم طلب لإجرائها ممن له مصلحة في ذلك ، وهو هنا الإدارة الضريبية أو المكلف.

4- إن دراسة وتحديد مدى شمول حق المكلف بالتقادم من عدمه يتجدد بتاريخ وقوع المقاصة، فإن كان حقه قد سقط بالتقادم قبل تحقق مبالغ ضريبية عليه فإنه لا يجوز إجراء المقاصة . أما إذا كان حقه بالاسترداد لا يزال قائماً بذلك التاريخ ولم يسقط بالتقادم فإن المقاصة تقع ولو تأخرت الإجراءات الشكلية الواقعة بعد تاريخ سقوط الحق بالتقادم .

5- إن تلاقي الدينين شرط أساسي وضروري لإمكان إجراء التقاص أي لا بد من وجود شخص طبيعي أو اعتباري مكلف لدى الدوائر المالية يكون مديناً و دائناً لديها في وقت واحد.

فالتقاص يقع عند تلاقي الدينين أي بنفس التاريخ الذي يصبح به المكلف دائناً ومديناً، ويكون المكلف مديناً بتاريخ صدور التحقق ووضعه موضع التحصيل ،

بينما يكون دائماً بتاريخ نشوء حق المكلف باسترداد مبلغ معين سبق وان سدده للخرينة<sup>32</sup> .

6- إذا كان استحقاق المكلف أكثر من الدين (الضريبة المترتبة للدوائر المالية ) فلا تجرى المقاصة ويعمد الى تنظيم معاملة رديات وفق الأصول النافذة .

7- باعتبار أن المقاصة تتم بحكم القانون وبمجرد تلاقي الدينين ، وأعطي للدوائر المالية حق إجراء المقاصة ، فإن التقاص يقع بكافة آثاره وبتاريخ ظهور المكلف دائماً و مديناً و مؤدى ذلك اعتبار التسديد من تاريخ تلاقي الدينين ، فان وقع ذلك خلال فترات الحسم تم افادة المكلف من الحسم اذا توفرت الشروط القانونية المقررة قانوناً وتوقف الغرامات عن المبالغ التي طبقت عليها المقاصة بتاريخ وقوع المقاصة ( اي تاريخ ظهور قرار لجنة اعادة النظر او قرار اللجنة الاستثنائية او قرار الطي في الحالات الاخرى التي يصدر بها القرار عن اللجان الضريبية بحالة التوقف عن الممارسة او ترك المحل .....الخ ) .

8- يمكن إجراء التقاص في حالة تكرار الدفع ، أي عندما تدفع الضريبة مرتين .

9- تقتصر عمليات التقاص ضمن مديرية مالية المحافظة أو المنطقة الواحدة ولا يجوز أن تتم بين مديريات مالية محافظات أخرى ( ماليات مختلفة) .

<sup>32</sup> - مثال على ذلك ، إذا خفضت لجنة إعادة النظر أو اللجنة الاستثنائية ضريبة سبق تحققها وسددت من قبل المكلف ، فإن حق المكلف باسترداد المبلغ ينشأ بتاريخ قرار اللجنة المذكورة.

## الفرع الثاني- إجراءات المقاصة الضريبية

وتتجسد هذه الاجراءات وفق ما جاء في تعليمات وزارة المالية<sup>33</sup> بالمراحل الآتية :

1- يجب أن يكون المكلف مديناً بمبالغ مستحقة أصولاً ، وأن يثبت حقه بالاسترداد نتيجة واقعة معينة مثل تخفيض التكلفة الضريبي بقرار من لجنة إعادة النظر ، أو وقف التكلفة الضريبي لتوقف المكلف عن ممارسة مهنته الخاضعة للضريبة .... الخ، ويجب أن يثبت حق المكلف بالاسترداد بموجب قرار طي أصولي يصدر

من مدير المالية متضمناً :

- رقم وتاريخ قائمة الاستحقاق .

- رقم وصول الجباية المسدد بموجبه الضريبة مع إرفاق الوصل الأصلي.

- الواقعة المثبتة لإنشاء حق المكلف بالاسترداد .

- تحديد المبلغ المستحق للمكلف الجاري طيه رقماً وكتابةً.

ونظراً لما لتاريخ نشوء حق المكلف بالاسترداد من آثار عند تسوية الموضوع

لدى قسم الجباية ؛ فإنه يجب تحديده بصراحة في قرار التقاص .

2- بعد تحديد المبلغ الواجب طيه بموجب قرار الطي يجري التقاص وتحديد المبلغ

الدائن به المكلف الذي يحق له استرداده، فإن كان المكلف قد سدد ضريبته مستقيماً

من حسم ، فإن ما يمكن رده هو المبلغ المسدد فعلاً بعد الحسم .

وإن سدد ضريبته مع غرامة تأخير ، فإن ما يمكن رده هو المبلغ المطوي مضافاً

إليه الغرامات المضافة عند التسديد. ويجب التأكد من ان المكلف سبق وان سدد

كامل المبلغ المحقق عليه سابقاً والذي تم طيه أو جزء منه حتى ينشأ حقه

بالاسترداد.

<sup>33</sup>- تعليمات وزارة المالية بشأن التقاص تحت رقم 1/25/34044 تاريخ 1987/11/17. و التعميم الصادر عن مديرية مالية محافظة دمشق رقم 9/4/3233 تاريخ 1988/3/7 استناداً للتعليمات السابقة.

- 3- إن دراسة موضوع التقادم يجب ان يدرس بتاريخ وقوع المقاصة ( أي تاريخ تلاقي الدينين ) ، فإن كان المكلف أصبح دائماً منذ عشرة سنوات وتقاوس عن طلب رد المبلغ، وبتاريخ تحقق مبالغ جديدة عليه كان حقه قد سقط بالتقادم فلا يجوز إجراء التقاص، أما إذا كان حقه بالاسترداد لا يزال قائماً بتاريخ تلاقي الدينين فإن عملية التقاص تتم ولو أنه بتاريخ تنظيم قرار التقاص قد انتهت المدة ووقع التقادم . فمثلاً في عام 1995 أصبح للمكلف الحق باسترداد مبلغ معين وفي عام 1998 تحقق عليه مبلغ وأصبح مديناً به إلا أن قرار التقاص لم يتم تنظيمه إلا في عام 2005 فإن عملية التقاص تتم ولا يقع التقادم طالما أن حق المكلف بالاسترداد كان قائماً في عام 1998 ( عندما حقق عليه المبلغ المدين به ) .
- 4- بعد تحديد المبلغ الواجب رده يكتب إلى أمين وثائق الجباية للعودة إلى أرومة وصول الجباية الذي سدد بموجبه المبلغ المستحق للتأكد من عدم سبق رده للمكلف والتثبت من إمكانية إجراء التقاص عليه ن ويضع الإشارة اللازمة على أرومة الوصول استناداً لكتاب شعبة التحقق المختصة يشعر بواقعة التقاص ويحفظ الكتاب مع الأرومة منعاً لإجراء أية عملية تقاص أخرى مستقبلاً بشأن نفس المبالغ.
- 5- ينظم قرار التقاص ويصدر عن مدير المالية وينزل المبلغ الواجب رده للمكلف من أصل المبلغ المحقق ، ويجب أن يتضمن قرار التقاص المعلومات الآتية:
- رقم تاريخ قرار الطي ( وتربط صورة من قرار الطي مع قرار التقاص ) .
  - وضع الإشارة اللازمة على أرومة وصول الجباية من قبل أمين وثائق الجباية ( ولا يجوز إجراء التقاص بدون وضع الإشارة المذكورة وعلى مسؤولية أمين وثائق الجباية).
  - الإشارة إلى إجراء الطي والتقاص وتحديد الدين الذي سينزل منه مبلغ التقاص مع ذكر مبلغ وتاريخ سند التحقق بذلك الدين .

- تحديد الرصيد المتوقع دفعه من قبل المكلف بعد إجراء التقاص.
- بيان تاريخ احقية المكلف باسترداد المبلغ الواجب طيه ورده ( باعتبار أن قرار التقاص لا يرد فيه رقم وتاريخ الواقعة المنشئة لحق المكلف بالاسترداد ) لما لذلك من أثر في حساب الحسم والغرامة.
- 6- في حال إجراء مقاصة بين ضريبتين من نوعين مختلفين تصدر شعبة تحقق الضريبة التي ظهر حق المكلف باسترداد ماسبق وسدد منها أو جزء منه قرار طي يحدد فيه المبلغ الواجب طيه . كما و يصدر قسم تحقق الضريبة الأخرى المدين بها المكلف قرار التقاص وتنزيل المبلغ الواجب رده استناداً لقرار الطي من أصل المبالغ المحققة.
- 7- أخيراً يبلغ قرار التقاص إلى الدوائر المختصة ( تحقق ، جباية ، خزينة... ) وعند وصول قرار التقاص إلى الجابي المختص فإن عليه تنزيل المبالغ التي تم إجراء التقاص عليها من أصل المبالغ المحققة على المكلف لديه وفق ما هو مبين في قرار التقاص وعلى الجابي أن يستوفي رصيد المبالغ المطالب بها المكلف وفق قانون جباية الأموال العامة.

## الخاتمة

تناولنا بحث المقاصة في إطار القانون المدني أولاً فاستعرضنا تعريفها وأنواعها ، ومدى إمكانية تطبيقها في ظل هذا القانون ، فتوصلنا أنه في ظل القانون المدني لا يمكن إعمال المقاصة بالنسبة للديون الضريبية لافتقاده شرط مهم لتطبيقها وهو قابليتها للحجز ، فكما نعلم أن الديون الضريبية لا يمكن الحجز عليها لأنها تتعلق بالأموال العامة للدولة ، أضف ان القانون المدني جعل المقاصة حق للمدين بين ما هو مستحق له قبل الدائن وبين ما عليه لدائنه .

ومن ثم استعرضنا النصوص القانونية في التشريعات المالية في سورية والتي أجازت إجراء المقاصة بالنسبة للديون الضريبية ، وذلك من خلال قانون جباية الأموال العامة الصادر بالمرسوم رقم 341 لعام 1956 ، وقانون ضريبة الدخل رقم 24 لعام 2003 اللذان نصا على أنه يجوز للدوائر المالية ان تجري المقاصة بين مطلوب المكلفين من الخزينة العامة وبين أي ضريبة أو ذمة ترتبت أو تترتب عليهم اتجاهها .

كما نصت التعليمات الصادرة عن وزارة المالية على الأسس القانونية للتفاصيل ، وكذلك الاجراءات المتبعة في ذلك .فلاحظنا أن الادارة الضريبية منحت سلطة تقديرية في إجراء هذه المقاصة ، كما ركزت التعليمات التنفيذية على المقاصة الحاصلة بين الديون في حال كانت ديون ضريبية فحسب سواء على صعيد المكلف أو الادارة الضريبية وأشارت لامكانية إجراء التقاص بين ضريبتين مختلفتين .

ومن خلال هذه الدراسة نقدم بعض التوصيات المستندة على بعض النقاط التي رأينا ضرورة توضيحها قانوناً وهي كالتالي:

- 1- يلاحظ ان النص القانوني قد جاء مطلقاً فيما يخص المقاصة ، بأن سمح بإجرائها بين كافة مطالب المكلف من الخزينة العامة وبين أي ضريبة أو ذمة ترتبت أو تترتب عليهم اتجاهها، ولم توضح التعليمات التنفيذية نوع الديون

صراحة ، ويحذ أن يعاد النظر بالنص القانوني وكذلك التعليمات التنفيذية كما فعل المشرع المصري الذي حدد صراحة ذلك ، فقد نصت التعليمات التنفيذية رقم 34 لعام 2002 بخصوص القانون رقم 157 لعام 1981 على أنه تجوز المقاصة في الضرائب التي من نوع واحد كما تجوز في الضرائب التي من أنواع مختلفة. كذلك نصت التعليمات التفسيرية للمصلحة رقم 1 لسنة 1956 على أنه " يجوز ان تقع المقاصة بين دين الضريبة بأنواعها وبين ما يحكم به للمكلف من أتعاب محاماة أو أتعاب خبرة أو مصاريف قضائية " .

2- كما لا بد من النص على أولوية الضرائب التي يمكن إجراء التقاص بشأنها ، حيث لا بد من النص على حق المكلف عند إجراء المقاصة التقدم بطلب لتعيين نوع الضريبة التي يريد إجراء المقاصة بشأنها ، و إذا لم يعين المكلف نوع الضريبة التي يريد إجراء المقاصة بشأنها فيتم الخصم من الضريبة التي حل ميعاد الوفاء بها ، وإذا تعددت هذه الضرائب فيتم عمل المقاصة من الضريبة الأشد كلفه علي المكلف، فإذا تساوت الكلفة فتتم المقاصة من الضريبة التي تعينها الإدارة الضريبية وقتئذ .

3- من خلال بحثنا أشرنا إلى أن اجراء المقاصة بين مطالب المكلفين من الخزينة العامة وبين أي ضريبة أو ذمة ترتبت عليهم تجاهها هو أمر جوازي وليس الزامياً ، فالإدارة المالية

تملك سلطة تقديرية في ذلك بموجب النص القانوني ، ولعل في هذا النص ضابطاً مهماً جداً برأينا لتقييد المقاصة وفق المصلحة العامة ، حيث تمتلك الإدارة الضريبية سلطة التقدير ، فإن كانت المقاصة ستضر باستراتيجية الدولة لتحقيق أهدافها لظرف ما ، فهي تمتلك حق رفض إجراء المقاصة وإن كانت المقاصة لا تتعارض مع ذلك فتقبل بذلك، وهنا يكون المشرع قد حقق انسجاماً

بين وجهة نظر المؤيدين للمقاصة الضريبية وأولئك المعارضين لها، وقد يلعب إعسار المكلف دوراً أيضاً في ذلك ، فإن أثبت ذلك فمن المؤكد أن الإدارة الضريبية لن تمتنع من إجراء هذه المقاصة، وحبذا لو أورد المشرع بعض القيود على هذه السلطة التقديرية حتى يتحقق الانسجام بين المصلحة العامة والمصلحة الفردية للمكلف.

4- أخيراً لاحظنا ان التعليمات الصادرة عن وزارة المالية قصرت عمليات التقاص ضمن مديرية مالية المحافظة أو المنطقة الواحدة وحظرت إجرائها ما بين مديريات ماليات المحافظات أو المناطق . ولا أرى من ضمير من السماح من إجراء هذه المقاصة ما بين مديريات ماليات المحافظات أو المناطق مادام الأمر يتعلق بالمكلف ذاته ، والكل يتبع للخزينة العامة .

**والله ولي التوفيق**

## قائمة المراجع

## أولاً- الكتب

- 1- د. حسين خلاف ، الأحكام العامة في قانون الضريبة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1956.
- 2- د. ليلي عبد الله الحاج سعيد ، المقاصة ، دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي في مصر والعراق ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1978.
- 3- د. محمد راضي مسعود ، المقاصة قانوناً وقضائياً ، بحث منشور في منتدى المحامين العرب بتاريخ 2017/11/30.  
<http://www.mohamoonmontada.com/default.aspx?Action=Display&ID=120852&Type=3>
- 4- د. محمد علوم محمد علي المحمود ، الطبيعة القانونية والمالية لدين الضريبة وتطبيقاتها في التشريعات المقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى 2010 .
- 5- د. محمود جلال حمزة ، انقضاء الالتزام بالمقاصة ، الموسوعة العربية ، الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد الأول، 2010 .
- 6- د. محيي محمد سعد \_ الاطار القانوني للعلاقة بين الممول الادارة الضريبية\_ القاهرة\_ مكتبة الاشعاع القانوني\_ الطبعة الاولى\_ 1998.
- 7- مصباح المهائني ، مبادئ القضاء الاداري ، الجزء الثاني ، مؤسسة النوري ، دمشق، 2005.
- 8- د. ياسر حسين بهنسي ، الجرائم الضريبية ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، جمهورية مصر العربية ، الجيزة ، 2015، ط1.
- 9- د. يوسف شباط ، المالية العامة الجزء الأول، منشورات جامعة دمشق ، 2010

ثانياً- القوانين والاجتهادات القضائية

- 1- قانون جباية الأموال العامة في سورية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 928 لعام 1968.
- 2- القانون المدني السوري .
- 3- قانون ضريبة الدخل السوري رقم 24 لعام 2003.
- 4- القانون المالي الأساسي رقم 54 لعام 2006.
- 5- اجتهادات من محكمة النقض المصرية.
- 6- اجتهادات قضائية لمحكمة القضاء الاداري بدمشق.
- 7- فتاوى لمجلس الدولة المصري.
- 8- تعليمات صادرة عن وزارة المالية السورية .

## الشكلية الاتفاقية في العقود

طالب الدراسات العليا : حسن يعقوب كلية الحقوق – جامعة دمشق

إشراف الأستاذ الدكتور: زهير حرح

### المخلص

ان مصادر الالتزام العقدي الذي يقوم على التراضي والمحل والسبب وبضيف كل من القانون والعاقدان ركنا اخر هو الشكل أو الشكلية في العقود وقد تكون الشكلية ركنا في العقد بموجب الاتفاق اتفاق المتعاقدين وقد يكون العقد شكليا بنص القانون وإن كان الأصل في العقود الرضائية ان يكفي لانعقادها مجرد تراضي المتعاقدين إلا انه اوجب القانون أو المتعاقدين شكلا فهذا الشكل يكون ركنا في العقد ويستوجب مراعاته عند التعاقد لانه يعبر بصورة واضحة ومحددة عن محتوى العقد بالإضافة إلى أن الشكل يلعب دورا وقائيا هاما بالنسبة للأطراف لأنه يخول للمتعاقدين أثر كتابي للعقد يخولهم في حال وجود نزاع بينهم اعتماده للإثبات وقد يساعد الشكل السلطة العمومية على حصر العقود المبرمة بين الاشخاص لتتمكن من ممارسة رقابتها على العلاقات الإقتصادية والإجتماعية التي تربط بينهم

الكلمات المفتاحية : شكلية، قيد، إرادة، بطلان، قانون مدني.

# Agreement Formality in contracts

**Submitted By: Hasan yakoub**

**Supervised by: Zoher Harah**

## Abstract

The sources of the obligation of contractual which are based on the mutual consent, subject matter, and cause. Law and the contracting parties add another pillar which is the form or the formality in contract. Formality might be a pillar in the contract under the agreement of the contracting parties. The contract can also be formal by the provision of law. Despite the fact that consensual contracts are originally concluded by the mere mutual consent of the parties, if law or contracting parties necessitate a form, such form shall be a pillar in the contracts that should be considered when contracting as it expresses the contents of contract in a clear defined manner. In addition, the form plays an essential protective role for the parties as they have a written form of the contract. that can be used as an evidence in case of dispute between them. Formality can also help public authorities identify contracts concluded between individuals in order to exercise their control on the social economic relationships between them

## المقدمة :

من المعلوم بأن العقد ينشأ من تلاقي ارادتين - الايجاب والقبول -، وإن كلاً منهما تقتضي التعبير عنها لإظهارها من الخفاء إلى المظهر المادي الملموس، وهذا التعبير عن الإرادة يتنازع مبدآن : - مبدأ الرضائية والذي يعني منح الأفراد حرية اختيار التعبير الملائم لإرادتهم، ومبدأ الشكلية وهو على النقيض من سابقه، ويعني إلزام الأفراد بشكل محدد للتعبير عن ارادتهم العقديّة.

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

الا أنه قد يحدث أن يتفق الأفراد على اظهار ارادتهم في شكل خاص لم يفرضه المشرع، ولا يخرج بالتصرف من نطاق الرضائية يطلق عليه الشكل الاتفاقي، فهل من الممكن أن يحتل هذا الأخير ذات المكانة التي يحتلها الشكل القانوني - أي المفروض من قبل المشرع - ؟ وهل يمكن أن يقال عنه بأنه شكلاً بالمعنى القانوني ؟

والحقيقة، إن هذه التساؤلات هي ما دعتنا إلى طرح الموضوع على بساط البحث. وفي ظل عدم كفاية النصوص التشريعية التي عالجت هذا الموضوع، وعدم إحاطتها بما يكفي لاستبعاد الغموض واللبس عنه واشتباؤه بالشكلية القانونية، أثرنا الخوض في جوانبه ومن زواياه المتعددة للإحاطة بمعظم ما تتخلله من قواعد واحكام لها أهميتها في الجانبين النظري والعملي.

فعلى صعيد الجانب النظري، سبق وأشرنا إلى ندرة النصوص التشريعية التي تصدت لمعالجة موضوع الشكلية المتفق عليها بين الطرفين، إضافة إلى أن البعض من هذه النصوص قد عالجت موضوع البحث في ذات الموضوع الذي عالجت فيه الشكلية القانونية، كما أنها قد أعطته ذات الحكم، وهذا ما سيتم مناقشته والتطرق إليه في موضعه من البحث.

أما على صعيد الجانب العملي، فكثيراً من الأحيان ما يحدث أن يتفق طرفا عقد على اثباته في شكلية خاصة قد تكون لغرض اثباته أو شرطاً لانعقاده، فإذا اتصل طرفاً منهما عن مراعاته وتنفيذه، فهل ينهض هذا الأمر سبباً لبطلان العقد وعدم إنتاجه القانونية؟ أم أنه مما لا ينسحب على تأثير في العقد، ويمكن تنفيذ الأخير دون النظر إلى الأول، على اعتبار انه مادام يشكل اتفاقاً فإنه من الممكن التنازل عنه دون أن يؤثر على تنفيذ العقد الذي يتضمنه؟.

هذه التساؤلات، وغيرها، هي ما سيتم التعرض إليه في متن هذا البحث وفق منهجية لا تقوم على المقارنة بين التشريعات القانونية، لأن هذه المقارنة تقتضي تأطير الفكرة تشريعياً، لأمكان، بعد هذا، عقد المقارنة، إنما تقوم منهجيتنا في هذا البحث على استجلاء لفكرة موضوعه، أملين من مشرنا المدني تأطيرها في نص تشريعي على وفق ما سيتم التوصل إليه من نتائج في ختامه.

أما الخطة التي رسمناها لبحث الموضوع، فتتلخص بالآتي :

المبحث الأول : مفهوم الشكل الاتفاقي

المطلب الأول : - تحديد معنى الشكل الاتفاقي

المطلب الثاني : - تمييز الشكل الاتفاقي من الشكل القانوني

المبحث الثاني : التكيف القانوني للشكلية الاتفاقية.

المطلب الأول : - تفسير اتفاق الطرفين على اشتراط الشكل

المطلب الثاني : - تحديد استلزام الشكل الاتفاقي.

المبحث الثالث : الأثر المترتب على تخلف الشكل الاتفاقي

المطلب الأول : - بطلان التصرف كجزء لتخلف الشكل الاتفاقي.

المطلب الثاني : - جزاءات أخرى غير البطلان لتخلف الشكل الاتفاقي

الخاتمة

## المبحث الأول

### مفهوم الشكل الاتفاقي

في هذا المبحث سنحاول توضيح معنى هذا الشكل الاتفاقي، ثم نتطرق إلى تمييزه عن الشكل القانوني، وذلك في مطلبين كالآتي.

### المطلب الأول

#### تحديد معنى الشكل الاتفاقي

قبل أن ندخل في بيان ما يعنيه الشكل الاتفاقي، يجدر بنا أولاً، توضيح المفهوم الدقيق للشكل باعتبار أن ما ستخلص إليه نتائج هذا المفهوم، سيبني عليه ما إذا كان الشكل الذي يتفق عليه المتعاقدان - والذي نحن بصدد دراسته -، مما يدخل ضمن هذا المفهوم. فالشكل في اللغة من شكّل الشيء : صوّره، وهو صورة الشيء المحسوسة أو المتوهمة، ويراد به غالباً ما كان من الهيئات.<sup>1</sup>

أما الشكل اصطلاحاً، فقد أورد بعض الكتاب تعريفاً له تمخض في الغالب عن اعطاءه معنى الشكلية التي يستلزمها المشرع في بعض التصرفات القانونية، لتفعيل الارادة في التوصل إلى الأثر المنشود من ذلك التصرف، فهو عبارة عن اسلوب محدد للتعبير عن الارادة يفرض بصورة الزامية من قبل المشرع، ويكون عنصراً اساسياً في انشاء العقد<sup>2</sup>، أو هو صورة خاصة من صور التعبير عن الارادة يفرضها المشرع<sup>3</sup>، أو كونه ذلك الاسلوب المحدد الذي يتعين أن يكون الرداء الذي تظهر به الارادة عند التعبير عن نفسها<sup>4</sup>. وأخيراً قد تكون الشكلية المقصودة قانوناً، هي التي يجازى غيابها بانعدام الأثر القانوني للتصرف<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> لويس معلوف، المنجد، في اللغة والاعلام، ط ١٧، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، ١٩٧٣، ص ٣٩٨.

<sup>2</sup> د. عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الاسلامي والقانون، النهر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٧.

<sup>3</sup> جميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦، ص ٣١٠.

<sup>4</sup> حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص ٢.

<sup>5</sup> تدير بن عمّو، العقود الخاصة - البيع والمعاوضة -، ط ١، مركز النشر الجامعي، تونس، ٢٠٠٨، ص ٨٤.

ويبدو مما ذكر، بأن الشكل يتصل بالتعبير عن الإرادة، لا بالإرادة ذاتها، وذلك أن الأخيرة تعدّ أمراً باطنياً من كوامن النفس<sup>1</sup>، لا يمكن التعرف إليها إلا بإظهارها إلى الوجود المادي بتعبير ما يصدر عن الشخص للدلالة عليها، وإذا كان الأمر كذلك، فإن إظهارها إلى العالم الخارجي بشكل مادي محسوس، هو ما يجعل بالإمكان فهمها والتوصل إلى مدى جديتها في الانصراف إلى أحداث أثر قانوني معين، وما عدا ذلك، فإن هذه الإرادة تبقى عديمة الأثر ما دامت كونها حقيقة نفسية باطنة<sup>2</sup>.

فهل ان كل تعبير بهذا المعنى، يعدّ شكلاً بالمفهوم المطلوب الاستيضاح عنه - كما ذهبنا في مقدمة هذا المطلب -، أم أنه يتطلب أن يكون في صورة خاصة لهذا التعبير، وليس التعبير ذاته ؟

والحقيقة أن هذا الأمر كان مثار خلاف فقهي كبير تمخض عنه اتجاهان في الفقه المعاصر :

أحدهما يرى بأنه لا يمكن تصور وجود شكلية، إلا إذا كان هناك شكل محدد يجب التقيد به، وإن التصرف لا يعتبر شكلياً إلا إذا تم التعبير عنه بشكلية مفروضة<sup>3</sup>، وهذا هو الاتجاه الذي يضيق من تلك الشكلية بحيث يقصر التصرف الشكلي على الإرادة التي تتخذ وضعاً خارجياً معيناً، ومن مؤيدي هذا الاتجاه الفقيه إيرنغ والذي يرى (( أن الشكلية تقتضي أن يكون هناك تنظيم وضعي يفرض شكلاً معيناً على التعبير عن الإرادة ليس لصاحبه اختيار سواه ))<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، ط ١، المطبعة التجارية، القاهرة، ١٩٥٥، ص ٨. كذلك د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص ٥٤.  
<sup>2</sup> علي عبد العالي الاسدي، النظام القانوني للشكل في قانون المرور، بحث منشور في مجلة جامعة بابل - العلوم الانسانية -، مج ١٤، ع ٢، ٢٠٠٧، ص ٢٠٨.

<sup>3</sup> انظر د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص ١٩٣. كذلك حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، مصدر سابق، ص ٩، ود. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص ١٢٦.

<sup>4</sup> نقلًا عن د. محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الاسلامي، منشورات معهد الادارة العامة بالرياض، السعودية، ١٩٨٥، ص ٣.

اما الاتجاه الآخر، فهو الذي يوسع من مفهوم الشكلية، حيث يرى أن التعبير عن الإرادة بحد ذاته هو شكلاً بالمعنى القانوني. واستند الكتاب<sup>1</sup>، في اتجاههم هذا، إلى أن الإرادة شيء خفي، لا يمكن تلمسها إلا بطريق اظهارها إلى الوجود المادي، واطهارها هذا لا يتم إلا بالتعبير عنها، وهذا التعبير ما هو إلا شكلاً للتصرف القانوني. وبالطبع، فإن هذا التصور للشكل لا يمكن التعويل عليه، لأنه سيقود إلى القول بأن جميع التصرفات القانونية شكلية مادام التعبير عن الإرادة فيها محتوماً بشكلية معينة تظهرها إلى الوجود المادي.

وإذا تيقنا، بأن الشكل الاتفاقي - وهو محور دراستنا في هذا البحث - لا يعني سوى اتفاق الأفراد على ضرورة اتیان تصرفهم في شكل محدد يتفقون عليه مقدماً<sup>2</sup>، فإنه وفقاً للاتجاه الأخير - والذي يذهب إلى أن كل تعبير عن الإرادة هو مظهر شكلي للتصرف القانوني - لا يكون إلا شكلاً بالمعنى القانوني.

أما وفقاً للاتجاه الأول - والذي يرى بأن الشكل بمعناه القانوني لا يكون إلا مفروضاً من قبل المشرع - فإن الشكل الذي يرد باتفاق الطرفين لا يمكن عدّه شكلاً قانونياً، لأن الشكل القانوني إنما يتحدد بإرادة المشرع وليس بإرادة الأفراد<sup>3</sup>.

وجدير بالذكر أن الشكلية في القوانين القديمة وبرزها القانون الروماني، كانت هي القاعدة العامة في اطار العقود، إذ إن العقد في تلك القوانين كان يرتب أثره بمجرد اكمال شكلية الخاصة بغض النظر عن الارادة التي انتجت هذا العقد<sup>4</sup>، أما القوانين الحديثة، فقد تخلت في معظمها عن هذا المفهوم للشكلية المجردة، فأصبحت الرضائية هي القاعدة العامة في معظم التصرفات، وما الشكلية الحتمية أو التي تحمل صفة الالتزام، إلا وضعاً

<sup>1</sup> انظر د. سعدي اسماعيل البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص ٣٥ - ٣٧، كذلك محمد جمال عطية، الشكلية القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٩٣، ص ٢٠١.

<sup>2</sup> د. ياسر كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٣٢.

<sup>3</sup> جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص ١٢٦.

<sup>4</sup> انظر د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٠، ص ١٥.

فرضه المشرع في نطاق ضيق لغايات أو اعتبارات معينة<sup>1</sup>، وعلى الرغم من كونها في فرضه المشرع في نطاق ضيق لغايات أو اعتبارات معينة، وعلى الرغم من كونها في نطاق محدود، إلا أنها ليست بشكلية مجردة - كما كان الأمر في القوانين القديمة -، بل دليل أن العقد الشكلي لا ينعقد ولا يكون له من أساس لمجرد استيفاء الشكل، بل لابد من توافر باقي الأركان العقدية والمتمثلة بالتراضي والمحل والسبب<sup>2</sup>.

وإذا كانت الرضائية في القوانين الحديثة تكفي لإنشاء العقد، فإن الشكلية القانونية - أو المفروضة من قبل المشرع - لا تكون إلا استثناءً من قاعدة الرضائية المشار إليها، بمعنى أن التراضي في العقد الشكلي، لا يكون كافياً لإنتاج هذا العقد آثاره القانونية، بل لابد للوصول إلى هذه الآثار أن يأتي ذلك التراضي في صيغة معينة يحددها القانون، ولا يغني عنها اتيانه في صيغة أخرى<sup>3</sup>.

نستنتج مما سبق، بأن الشكل الاتفاقي ليس شكلاً بالمعنى القانوني ولا ينهض قيداً على ارادة المتصرف، ذلك لأن الشكل بمعناه القانوني لا يكون إلا مفروضاً من قبل المشرع وفي بعض التصرفات القانونية<sup>4</sup>.

أما الشكل الذي يتفق عليه الأفراد، فهو ليس بالشكلية القانونية التي تنقل التصرف من الرضائية إلى الشكلية، بل يبقى التصرف، مع هذا، رضائياً ولا يخفى، بعد هذا، ما بين الشكليين من فوارق أو تمييز تحتم القول باختلاف كل منهما عن الآخر، وهذا ما سيتم ايضاحه في المطلب القادم.

<sup>1</sup> انظر بحث بعنوان (( العقود الشكلية )) منشور في الموقع الالكتروني : [www.Moqatel.com](http://www.Moqatel.com)

<sup>2</sup> عبد المجيد الحكيم مصدر سابق، ص ٤٠.

<sup>3</sup> المستشار القانوني رائد خاص، الشكلية في عقد البيع، ٢٠٠٤، بحث منشور في الموقع الالكتروني :

[www.Majalisana.com](http://www.Majalisana.com)

<sup>4</sup> انظر د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، ج ١ - انعقاد العقد -، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ٣٠٠.

## المطلب الثاني

### تمييز الشكل الاتفاقي من الشكل القانوني

بعد أن أردنا، في المطلب السابق، الاتجاهات الفقهية التي تناولت موضوع اعتبار الشكل الاتفاقي شكلاً بالمعنى القانوني، ورجحنا بدورنا الاتجاه الذي أنكر عليه هذه الصفة القانونية، أصبح من المحتم علينا، بعد ترجيحنا هذا، إبراز الفوارق التي تجعل من الشكل الذي نحن بصدده يبتعد في معناه عن المعنى المفترض للشكلية القانونية.

#### ويمكننا اجمال تلك الفوارق بما يأتي :

أولاً : ان عناصر التصرف القانوني لا يمكن تحديدها إلا من قبل المشرع، فالشكلية التي يستلزمها الأخير لتكوين هذا التصرف تستهدف تحقيق مصلحة لطرفيه مما يمكن معها تبرير خروجه عن الأصل العام في التصرفات وهي الرضائية، ومن غير المقبول ولا المعقول أن تمنح الإرادة مثل هذا الدور في تحديد تلك العناصر، مما يقود في نهاية الأمر إلى القول بالمساواة بين أثر الاتفاق وأثر القانون في تكوين التصرف<sup>1</sup>، ومن ثم فسح المجال لإضافة عنصر جديد لصحة التصرف القانوني لم يستلزمه المشرع<sup>2</sup>.

نخلص، من هذا، بأن الشكل الاتفاقي مصدره اتفاق طرفي التصرف، وهو لا يرقى، بأي حال من الأحوال، إلى مرتبة الشكل القانوني الذي يكون مصدره ارادة المشرع.

ثانياً : إن صفة الإلزام لا تتحقق إلا بالنسبة للشكل القانوني، بمعنى أن طرفي التصرف ملزمين باتباع ما فرضه المشرع من شكلية خاصة بذلك التصرف، وفي حالة عدم اتباعها، فإن هذا التصرف محكوم بالعدم<sup>3</sup>، اما بالنسبة للشكل الاتفاقي، فعلى العكس من ذلك، يكون لطرفيه حرية العدول عنه متى شاءوا مادامت ارادتهم قد قررتة، بمعنى أنه لا يتوفر فيه عنصر الإلزام، اذ بإمكان من اشترطه التنازل عنه، ان صراحة باتفاق لاحق ينسخ الاتفاق السابق، أو افتراضاً من مجرد اتمام تنفيذ العقد أو حتى البدء في تنفيذه دون مراعاة الشكل المتفق عليه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> حسين عبد القادر معروف، مصدر سابق، ص ٢٧.

<sup>2</sup> د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص ١٢٦ وما بعدها.

<sup>3</sup> د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص 126 وما بعدها.

**ثالثاً :** إن الشكل المفروض من قبل المشرع - وهو الشكل القانوني بالمفهوم الدقيق - يرد قيماً على مبدأ الرضائية<sup>1</sup>، وهو المبدأ العام الذي يحكم التصرفات القانونية في القوانين الحديثة، ويمكن اعتبار الشكل القانوني، هنا، استثناءً من هذا المبدأ العام، والاستثناء كما هو معروف، بأنه لا يجوز التوسع فيه، أما الشكل المتفق عليه بين الطرفين، فهو، على العكس، يعتبر تطبيقاً للمبدأ المذكور لا قيماً عليه، ذلك أن للمتعاقدين حرية اختيار الشكل الذي يعبران به عن إرادتها، وإن اختيارهما لشكل من الأشكال المتاحة، لا يعدُّ إلا تطبيقاً محضاً لمبدأ الرضائية<sup>2</sup>.

### المبحث الثاني

#### التكييف القانوني للشكلية الاتفاقية

إن تحديد هذا التكييف للشكل الاتفاقي، يقتضي منا معرفة ما انصب عليه قصد المتعاقدين من اشتراط هذا الشكل، أي أن كان مشروطاً لمجرد الإثبات، أو أنه مما يستلزمه انعقاد العقد، وفي سبيل التوصل إلى هذا القصد للمتعاقدين، ينبغي، مقدماً، تفسير الاتفاق الذي عقده الطرفان لاشتراط هذا الشكل. وسنأتي على تفصيل ما سيق في المطالبين الآتيين :

### المطلب الأول

#### تفسير اتفاق الطرفين على اشتراط الشكل

إن اشتراط الشكل بين الطرفين قد يكون في صورة صريحة، وقد يكون ضمناً، وفي الحالة الأخيرة يجب أن يكون الطرفان قادرين على إثبات ما جاء في اتفاقهم<sup>3</sup>، أي أن على من يدعي وجوده أن يتمكن من اثبات دعواه.

<sup>1</sup> تجدر الإشارة، إلى أن هناك فارقاً رئيسياً بين التصرف الرضائي والتصرف الشكلي، هو أن الأول لا يستلزم أكثر من التعبير عن الإرادة، إذ إن الأخيرة ظاهرة معنوية لا بد أن تجسد في شكل مادي كي تتمكن من إنتاج آثارها القانونية، وهذا الشكل المادي لا يمكن التمييز بينه وبين التعبير عن الإرادة التي هي في الأصل خفاء، وبذلك فإن الشكل، هنا، يندمج في التعبير اندماجاً كلياً بحيث أنه لا يمكن الحديث عن شكلية في التصرفات الرضائية، بينما التصرف الشكلي لا يستلزم المشرع فيه مجرد التعبير عن الإرادة، وإنما يتطلب أن يكون هذا التعبير في وضع معين مسبق التحديد، بحيث لا ينتج هذا التعبير آثاره القانونية، إلا إذا استوفى الشكل المفروض قانوناً. انظر، ياسر الصيرفي، مصدر سابق، ص ٣٩.

<sup>2</sup> مصطفى الجمال، مصدر سابق، ص ١٩٣.

<sup>3</sup> ياسر كامل الصيرفي، مصدر سابق، ص ٨٢.

إلا أن اثبات وجود مثل هكذا اتفاق، غير كافٍ لتحديد الأثر المترتب عليه، إذ يجب، والحالة هذه، أن يرافقه تحديد القصد من اشتراطه، أي أن كان الاتفاق على جعله مجرد دليل لإثبات العقد، أم عدّه شرطاً لانعقاده، والأمر هنا لا يتجاوز أحد فرضين سنتناولهما بالتتابع،

### الفرض الأول :

أن يكون الأطراف قد أوضحوا قصدهم من الشكل الذي اتفقوا عليه، سواء أكان معداً للإثبات أم للانعقاد، وسواء كانوا عبروا عن قصدهم، هذا، صراحة أو ضمناً، إذ ليس بالضرورة أن يكون التعبير صريحاً فيما إذا كان الشكل مقصوداً منه أن يكون شرطاً لانعقاد العقد<sup>1</sup>، وإنما المهم في هذا، سهولة استجلاء قصد المتعاقدين، وقد ذهبت إلى تقرير هذا الأمر، بعض القرارات القضائية التي أفادت بإمكانية التعويل على الاتفاق الضمني على الشكل فيما إذا كان مطلوباً للانعقاد<sup>2</sup>.

ومن الواضح، بأن هذا الفرض لا تنور فيه أية مشكلة مادام القصد من اشتراط الشكل الاتفاقي، فيه، واضحاً يمكن الاهتداء إليه بسهولة، وإنما يمكن أن تتضح الإشكالية، هنا، في الفرض الثاني من هذا البحث، وهو ما سنتطرق إليه في الآتي :

### الفرض الثاني :

أن يكون الأطراف قد اتفقوا على الشكل، وأهملوا إيضاح قصدهم من اشتراطه، كما لو اتفقوا على إدراج العقد في محرر رسمي دون إيضاح القصد من جعله في هذه الصيغة الرسمية أن تكون مشروطة لإثباته أم لانعقاده.

<sup>1</sup> د. ياسر كامل الصيرفي، دور القاضي في تكوين العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٤٨، وخلاف هذا أي أن الشكلية المشترطة للانعقاد لا تكون إلا باتفاق صريح، انظر د. انور سلطان، العقود المسماة - البيع والمقايضة - ط ٢، دار نشر الثقافة، القاهرة، ١٩٥٢، ص ٩٩.

<sup>2</sup> انظر قرار لمحكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٧٨ والذي يذهب إلى أنه : (( يمكن استخلاص نيه تعليق وجود البيع على تحرير العقد من ظروف الاتفاق ولو لم ينص على ذلك صراحة )) . أشار إليه خلف محمد، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٠، ص ٢٠٩.

وفي هذه الحالة، على القاضي أن يتحرى عن القصد المشترك لطرفي العقد من اشترط الشكلية، وذلك بالرجوع إلى بنود الاتفاق ذاته، والظروف والوقائع التي أحاطت به<sup>1</sup>، فإن استطاع الوصول إلى هذا القصد المشترك فإنه يجب اعماله طبقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، وإن كان لنا في هذا الموضوع بالذات - أي اتفاق الطرفين على شكلية خاصة للانعقاد - وقفة خاصة سنضمونها بحثنا لاحقاً<sup>2</sup>. أما إن لم يستطع ذلك، ولم يتمكن من تحديد حقيقة قصد الطرفين المشترك، هذا، فعليه أن يلجأ إلى تطبيق حكم القانون في هذه المسألة، وإن لم يكن متاحاً، فالاستئناس بما هو سارٍ في الفقه والقضاء. والحقيقة، إن بعض التشريعات القانونية، قد أوضحت في نصوصها، المعالجة المطلوبة لمثل تلك المسألة، وإن لم تكن في تقديرنا، هي الأصوب، فمثلاً قانون الموجبات والعقود اللبناني، والذي ذهب، على ما يبدو، إلى اعتبار الشكل المشترك بين الطرفين، مطلوباً، عند الشك، للانعقاد، لأنه رتب عند تخلفه جزاءً يتمثل بعدم انعقاد العقد، حيث نصت م ( ٢٢٠ / ٣ ) منه على أنه : (( إذا اتفق المتعاقدان من جهة أخرى على وضع العقد في صيغة خاصة لا يوجبها القانون، كالصيغة الخطية مثلاً، فإن العقد لا ينعقد ولا ينتج مفاعيله حتى بين المتعاقدين، إلا حينما يوضع في تلك الصيغة )) . وهناك تشريعات أخرى، لم يرد فيها نص يضع حداً فاصلاً لمثل تلك المسألة، فمثلاً القانون الفرنسي لا يوجد فيه مثل هذا النص، وينبغي، هنا، على القاضي الاسترشاد بموقف الفقه والقضاء. ويرى القضاء الفرنسي بأن أعمال القواعد العامة بهذا الصدد

<sup>1</sup>د. ياسر كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، مصدر سابق، ص

٨٣.

<sup>2</sup>انظر ما سيأتي ذكره لاحقاً في ص من هذا البحث.

يقضي باعتبار الشكل المتفق عليه بين الطرفين، عند الشك، مطلوباً للإثبات لا للانعقاد<sup>1</sup> كما أن الفقه يؤيد هذا التوجه<sup>2</sup>.

وكذلك الأمر في التشريع المصري، إذ لم يتضمن القانون المدني نصاً يفيد في حل الإشكال المذكور، إلا أن مشروع تنقيح القانون المدني، كان يحوي نصاً يعتبر الشكل الاتفاقي، عند الشك، مطلوباً للانعقاد وليس لمجرد الإثبات، وهو نص المادة ( ١٤٩ ) والذي تم حذفه فيما بعد من قبل لجنة المراجعة<sup>3</sup>.

وبالرغم من هذا، فإن الفقه<sup>4</sup>، والقضاء<sup>5</sup> في مصر، يذهب إلى أن الشكل المتفق عليه بين الطرفين يكون معتبراً، عند الشك، للإثبات وليس للانعقاد، وذلك اعمالاً للقواعد العامة، ولأن الأصل في العقود الرضائية.

<sup>1</sup> انظر في قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر في عام ١٩٨٣، حيث يذهب إلى أن : ( ( الأصل في العقود أن تكون رضائية تتم بمجرد تطابق الإيجاب مع القبول، إلا في حالة وجود نص خاص يستلزم بعض الشكليات المحددة لصحة قيام العقد، أو اتفاق طرفيه على ضرورة مراعاة بعض الشكليات المحددة )) ذكره د. محمد علي عبده، دور الشكل في العقود – دراسة مقارنة –، ط١، بيروت، ٢٠٠٧، ص ١٢٧. وواضح من هذا القرار، أنه مادام الأصل هو رضائية العقود، ففيما عدا الشكل المنصوص عليه قانوناً، والشكل المتفق على تحديده صراحة بين الأطراف، يعدُّ الشكل الاتفاقي – غير المحدد دوره في العقد – معداً للإثبات وليس للانعقاد.

<sup>3</sup> انظر هذا النص، والذي يذهب إلى أنه : ( ( إذا اتفق المتعاقدان على أن يستوفي العقد شكلاً خاصاً لك يشترطه القانون، فالمفروض عند الشك أنهما لم يقصدا أن يلتزما إلا من الوقت الذي يستوفي فيه العقد الشكل المتفق عليه ))، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي بخصوص هذا الأمر أنه : ( ( إذا اتفق المتعاقدان على وجوب استيفاء شكل معين، سواء أكان ذلك بمقتضى عقد تمهيداً، أم كان بمقتضى شرطاً معيناً في عقد أصلي. كما هو الشأن في اشتراط الكتابة في التنبيه بالإخلاء، في عقود الايجار – فيفترض أن نيتهما قد انصرفت إلى ترتيب البطلان على عدم مراعاة هذا الشكل )) انظر، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٢، ص ٧٣ – ٧٤.

<sup>4</sup> انظر من الفقه : د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، ج١، القاهرة، ١٩٦٤، ص ١٥١، د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص ٩٩، د. عبد المنعم البدر اوي، عقد البيع في القانون المدني، ط١، بلا مكان الطبع، ١٩٥٧، ص ٨٤، د. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري – نظرية العقد والإرادة المنفردة –، ١٩٨٤، ص ٣١، د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد – العقود المسماة –، ج ١، عقد البيع والمقايضة، ١٩٥٣، ص ١١٣.

<sup>5</sup> انظر قرار لمحكمة النقض المصرية في ١٩٨٥ يذهب إلى أنه : - " إذا استخلص القاضي من الأوراق، أن العاقدين لم يجعلوا تحرير العقد الرسمي شرطاً لانعقاد البيع، بل هما قد علقا عليه انتقال الملكية إلى المشتري، وبنى ذلك على اعتبارات مقبولة تبرره فلا معقب عليه في ذلك وإذا تعذر على القاضي استخلاص نية الطرفين بأن لم يجد في الأوراق ما يرجح أحد القصدتين، تعين اعتبار الكتابة مشروطة للإثبات فقط لا للانعقاد، لأن الأصل في العقود أن تكون رضائية، ولأن المشرع لم يأخذ عندنا

أما في التشريع العراقي، فلم نجد في القانون المدني نصاً يحكم الشكلية الاتفاقية عموماً، ويمكن في هذا المجال، القياس على حكم المادة ( ٨٦ / ٢ ) منه، والتي تذهب إلى أنه : " وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل، فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة ".  
وإذا صح القياس، هنا، فلا شك بأن المسألة في القانون العراقي تأخذ ذات الحكم في القانونين المصري والفرنسي، في أن أعمال القواعد العامة يقضي بترجيح كون الشكل مطلوباً للإثبات وليس للانعقاد فيما إذا لم يكن ظاهراً من الاتفاق عدّه دليلاً لانعقاد العقد. ومن وجهة نظرنا - إن ابتغينا ترجيح احد الموقفين -، فإن الشكلية المطلوبة للانعقاد لا تغني عن كون العقد مازال رضائياً، أي لا يمكن لأي من الطرفين - استدلالاً باتفاقهم على شكلية معينة لم يتضح القصد منها أنها مطلوبة لانعقاد - إيقاف أعمال العقد لآثاره المنشودة منه، ما دامت اركانه موجودة وفي مقدمتها التراضي بين الطرفين، وهذا كافياً لانعقاده وانتاج آثاره، وتبقى المسألة في نهاية الأمر رهناً بالظروف والقرائن التي ترافق انعقاد العقد، والتي بالإمكان الاستدلال منها عما كان يبتغيه الطرفان من اشتراطهما لتلك الشكلية.

## المطلب الثاني

### تحديد استلزام الشكل الاتفاقي

انتهينا، في المطلب السابق، إلى أن الشكل الاتفاقي قد يكون مطلوباً للإثبات، وقد يعلق انعقاد العقد على شرط استيفائه، سواء تم التوصل إلى هذا باتفاق الطرفين الصريح أو الضمني، أو تم استجلاء القصد من اشتراطه عن طريق اللجوء إلى نص القانون أو القضاء في حالة عدم وضوح هذا القصد. وفي كل ما سبق، ينبغي تحديد ما يفترض له من تكييف قانوني إن جاء على هذه الصورة أو تلك. وهذا ما سنتطرق إليه في الفرعين الآتيين.

---

بالقرينة التي تجعل اشتراط الكتابة مقصوداً به انعقاد العقد خلافاً للأصل ". أشار إليه محمد جمال عطية، مصدر سابق، ص ٢١٠.

## الفرع الأول

### أن يكون الشكل الاتفاقي مطلوباً للإثبات

في هذه الصورة من صور الاتفاق على الشكل، لا تكون هنالك أية اشكالية في تحديد التكييف القانوني المفروض لهذا الشكل، لأنه لا يلتبس بأي حال من الأحوال بالاشكالية المفروضة من قبل المشرع، إذ إنه لا يحول - باعتباره وسيلة اثبات - دون ابرام التصرف القانوني، فالأخير يكون باتاً، وينعقد بمجرد اتفاق طرفيه على عناصره الجوهرية، كما في الاتفاق على المبيع والتمن في عقد البيع<sup>1</sup>، فإنها كافية لاعتبار هذا العقد منعقد، وإن لم يتم مراعاة الشكل المتفق عليه، لأن الأخير لا يعدو أن يكون، هنا، مجرد التزام ناشئ عن عقد انعقد بالفعل، وهو التزام بالقيام بعمل<sup>2</sup>.

ومن هنا، نستنتج، بأن الشكل الاتفاقي المطلوب للإثبات، لا دور له في تكوين وانعقاد العقد الذي يتضمنه، فهذا الأخير ينعقد ويكون ملزماً بصرف النظر عن الوفاء بالالتزام الذي يمثله الشكل المذكور، وهو في هذا يختلف كلياً عن الشكل القانوني الذي ينص عليه المشرع ويعدّ شرطاً جوهرياً لانعقاد التصرف القانوني الشكلي<sup>3</sup>.

## الفرع الثاني

### أن يكون الشكل الاتفاقي مشروطاً لانعقاد

وفي هذه الصورة لا نلمس اتفاق الطرفين على الشكل لمجرد الحصول على دليل للإثبات، كما سبق، وإنما يكون شرطاً لانعقاد العقد، أي تعليق انعقاد الأخير على شرط استيفاء الشكل المطلوب. وإذا كان الأمر كذلك، فإنه ولاشك يشتهر بالشكل القانوني، وتصبح مسألة تمييزه عن الأخير، في غاية الدقة، وفي الوقت الذي يجمع فيه الفقه على أن الشكل القانوني الذي يفرضه المشرع متميزاً بالكامل عن الشكل الاتفاقي المطلوب

د<sup>1</sup>. صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٦٤.

د<sup>2</sup>. ياسر الصيرفي - التصرف القانوني الشكلي، مصدر سابق، ص ٨٧.

د<sup>3</sup>. مصطفى الجمال، مصدر سابق، ص ١٩٣.

للاثبات، إلا أنه يختلف في النقطة مدار البحث، حيث يذهب جانب منه<sup>1</sup> إلى أن الشكل الاتفاقي المطلوب شرطاً للانعقاد، يماثل من حيث تكييفه القانوني، الشكل المفروض من قبل المشرع، ويؤدي في نهاية المطاف إلى التحول بالجانب الرضائي للتصرف إلى الجانب الشكلي منه. بينما ذهب جانب آخر<sup>2</sup>، إلى نفي هذا التماثل وإقرار الاختلاف بين الشكلين.

ونحن نعتقد بأن اتفاق الطرفين على شكلية مخصصة للانعقاد - أي أن عدم مراعاة هذه الشكلية المتفق عليها يؤدي إلى عدم انعقاد العقد - ليس بالاتفاق المقبول على الأقل من وجهة النظر القانونية، وتبرير هذا بأن العقد، رغم تأطيره باتفاق على شكلية خاصة تراعى لغرض انعقاده، يبقى رضائياً، وهذا النوع من العقود - أي العقود الرضائية - تتعد وتترتب عليها أثرها بمجرد حصول التراضي بين الطرفين ودون توقف هذا، على استيفاء أمر آخر، مع مراعاة توافر بقية اركان الانعقاد<sup>3</sup>. ومعنى هذا، أن الطرفين يتوهمان عدم الانعقاد - في حالة عدم مراعاة الشكلية المخصصة للانعقاد والمتفق عليها بينهما - في حين يكون العقد قد انعقد بتوافر اركان انعقاده.

فالتصرف الرضائي يبقى رضائياً، ولا يمكن القول بتحويله إلى تصرف شكلي لمجرد تقييد انعقاده بشكلية يتفق عليها طرفاه<sup>4</sup> والقول بغير هذا ليس إلا افرافاً لذلك التصرف الرضائي من محتواه.

وعلى ما يبدو، إن الجانب الأول من الفقه، والذي مائل بين الشكل الاتفاقي المطلوب شرطاً للانعقاد، وبين الشكل المفروض من قبل المشرع، قد غلب جانب حرية التعاقد

<sup>1</sup> انظر من الفقه من ورد في الهامش ( ٣٢ ) وانظر كذلك معهم : د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٢٢، د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٣٣.

<sup>2</sup> انظر : د. جميل الشرفاوي، مصدر سابق، ص ١٢٥، د. ياسر الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي، مصدر سابق، ص ٩٠، د. مصطفى الجمال، مصدر سابق، ص ٩٣.

<sup>3</sup> انظر د. عباس الصراف وآخرون، مقدمة النظرية العامة لمفهوم الحق الشخصي وتقسيمات العقود، ط ١، دار وائل للنشر، الأردن، ٢٠٠٥، ص ٧٢.

<sup>4</sup> د. خالد ممدوح ابراهيم، الشكلية في عقود الانترنت، ٢٠٠٩، بحث منشور في الموقع الالكتروني

باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، على جانب الالتزام القانوني الذي يتضمن بأن العقد ينعقد باتفاق طرفيه على المسائل الجوهرية<sup>1</sup> - أي اركان انعقاده - ومن غير المقبول، اعتبار الشكل الاتفاقي عنصراً جوهرياً في العقد، أي يصبح بالتالي ركناً من اركان انعقاده، وإن كان هذا الأمر منطبقاً على الشكل القانوني، لأن المشرع بإرادته قد جعل الشكل ركناً من اركان انعقاد العقد الشكلي، إلا أن الشكل الاتفاقي لا ينطبق عليه، حيث نعود إلى ذات النقطة المحورية التي ابتدأنا منها، وهي أن التصرف الرضائي، يبقى رضائياً مع الاتفاق على الشكلية.

وبعد هذا الطرح الذي تقدمنا به، ننكر على الطرفين امكانية الاتفاق على شكلية خاصة يترتب على عدم استيفائها، عدم انعقاد العقد، وإنما يبقى متاحاً امامهما الاتفاق على شكلية يحاط بها العقد دون المساس بانعقاده، وإن ما يمكن أن يترتب عدم الإيفاء به، جزاءات أخرى بعيدة عن بطلان العقد أو عدم انعقاده، وهذا ما سيتم التطرق إليه في المبحث القادم.

### المبحث الثالث

#### الأثر المترتب على تخلف الشكل الاتفاقي

بعد أن فرغنا، في المبحثين السابقين، من تحديد المفهوم والتكييف القانونيين للشكلية الاتفاقية، ينبغي لنا أن نتوقف، في هذا الموضوع، لتحديد ما يترتب من جزاء على تخلفها، وإذا كان البعض من الفقه ونصوص بعض التشريعات - رغم أننا لسنا مع هذا الأمر - قد حددت جزاءً يتمثل بالبطلان فيما إذا كان الشكل مطلوباً للانعقاد، فإننا يمكن أن نجد في الأحكام العامة للقانون المدني، جزاءات أخرى مختلفة. وهذا ما سيتم إيضاحه في المطلبين الآتيين.

<sup>1</sup> انظر نص م ( ١ / ٨٦ ) من القانون المدني العراقي، وتقابلها م ( ٩٥ ) من القانون المدني المصري.

## المطلب الأول

### بطان التصرف كجزء لتخلف الشكل الاتفاقي المشترط للانعقاد

ذهبت بعض التشريعات إلى تقرير البطان كجزء قانوني مترتب على انتفاء الشكل المتفق عليه بين الطرفين، ومنها قانون الموجبات والعقود اللبناني، حيث نص في المادة ( ٢٢٠ / ٣ ) منه سابقة الذكر.

وقريب من هذا، نص م ( ٦٦ ) من القانون المدني الكويتي، حيث تذهب إلى أنه : " إذا اشترط المتعاقدان، لقيام العقد، اتباع شكل معين في ابرامه، فإنه لا يجوز لأحدهما، دون رضا الآخر، أن يتمسك بقيامه، ما لم يأت في الشكل المتفق عليه ."

ومن المؤكد أن جزء البطان لتخلف هذا النوع من الشكل الاتفاقي، والذي جاءت به هذه التشريعات، إنما كان نتيجة المساواة بين هذا الشكل والشكل القانوني الذي يفرضه المشرع، في الأثر، إذ إنه من المحتم أن يكون هذا البطان هو الأثر المترتب على تخلف الشكل القانوني<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> انظر نص م ( ٩٠ / ١ ) من القانون المدني النافذ، حيث تذهب إلى أن : " إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد، فلا يُعقد إلا باستيفاء هذا الشكل، مالم يوجد نص بخلاف ذلك ."

وانظر قرار لمحكمة التمييز برقم ٧ / م / ١ / ٧٦ وتاريخ ٢٩ / ٤ / ٧٦ منشور في مجلة القضاء، س ٣٢، ع ٣، ١٩٧٧، والذي يذهب إلى : (( أن عقد بيع العقار وإن كان باطلاً لوقوعه خارج دائرة التسجيل العقاري، غير أن تسليم المبيع إلى المشتري وتصرفه به دون معارض أو منازع طوال هذه المدة، يعتبر اباحة له في التصرف والاستغلال تمنع المطالبة بأجر المثل )).

أما القانون المدني المصري، فلم يتضمن نص يقرر قاعدة عامة في ترتيب البطان جزءاً لتخلف الشكل في التصرفات الشكلية، إلا أنه مع هذا تضمن نصوصاً خاصة تقر بذلك، كما في م ( ٤٨٨ ) منه والمتعلقة بالهبة.

والحقيقة، إن تحديد جزء تخلف الشكل الذي يفرض من قبل المشرع، لم يكن موضع اتفاق بين فقهاء القانون، فقد قرر البعض منهم انعدام التصرف القانوني كجزء لهذا التخلف، وحدد البعض الآخر جزءاً يتمثل بالبطان المطلق، ووضع القسم الثالث منهم جزء البطان النسبي، وقد استند عدم الاتفاق، هذا، إلى اختلاف العيوب التي يمكن أن تلحق التصرف القانوني وبدرجات متفاوتة من الأهمية. انظر في تفصيل ذلك، د. جميل الشراوي، مصدر سابق، ص ٣٣٧.

وإذا كان الأمر كذلك، في البعض من التشريعات القانونية، فإن ذات الاتجاه أقر به البعض من الفقه<sup>1</sup>، وقرارات القضاء<sup>2</sup>.

والذي يبدو من تحليل هذا الاتجاه، بأنه لا يستقيم منطقاً مع ما تقضي به القواعد العامة من أن البطلان لا يترتب إلا نتيجة لتخلف أحد العناصر القانونية اللازمة لإبرام التصرف، وهذه العناصر لا تتحدد إلا من قبل المشرع وليس الأفراد، وبالتالي لا يمكن التسليم بإمكانية طرفي التصرف القانوني، الانتقال به من دائرة الرضائية إلى دائرة الشكلية من خلال اتفاق على شكلية خاصة، حتى وإن تبين من ظاهر هذا الاتفاق، بأن تلك الشكلية مشترطة لانعقاده لا لمجرد اثباته، لأنه نتيجة هذا الأمر ستحتّم القول بأن الأفراد يمكنهم إضافة عنصر آخر إلى العناصر المشترطة لتمام التصرف القانوني، وإن لم يشترطه المشرع<sup>3</sup>.

ولذا فنحن لا نتفق مع من ذهب إلى ترتيب البطلان جزاءً لتخلف الشكل المشترط للانعقاد، والأفضل - من وجهة نظرنا - إن يتم معاملة هذا الشكل معاملة أخرى تفترق

<sup>1</sup> يذهب د. جلال العدوي في مؤلفه أصول الالتزامات إلى أنه: " بالرغم من أن الشكل الذي توجب الفقرة الثانية من المادة ( ١٠١ ) من المجموعة المدنية المصرية، مراعاته في عقد الوعد، هو الشكل الذي يتطلبه القانون في العقد الموعود به، فإننا نتردد كثيراً في قصر هذا الحكم على الشكل القانوني دون الشكل الاتفاقي ... فالأقرب إلى الصواب أن يساوي في ذلك بين الشكل القانوني والشكل الاتفاقي ... " انظر المؤلف المذكور أصول الالتزامات مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧، ص ٣١٥. انظر كذلك من الفقه من ساوى في الأثر بين الشكل القانوني والشكل الاتفاقي، وهو البطلان عند عدم مراعاة أيهما فيما لو كان الشكل الاتفاقي مشترطاً للانعقاد، راجع ما ورد في ه ( ٣٧ ).  
<sup>2</sup> انظر قرار محكمة الاستئناف المختلط في مصر بتاريخ ١٩٨٧، يقضي بأن: " العقود الرضائية تتم بمجرد التراضي ما لم يكن المتعاقدان قد اتفقا على التعاقد بعقد رسمي مع النص صراحة على انصراف نيتها إلى تعليق الارتباط على إتمام العقد عن طريق التوقيع عليه أمام موثق العقود ". أشار إليه د. مصطفى الجمال، مصدر سابق، ص ١٩٤.

<sup>3</sup> انظر د. جميل الشرفاوي في مؤلفه نظرية بطلان التصرف القانوني، مصدر سابق، ص ١٢٥، حيث يذهب إلى القول بأنه: " لا يمكننا أن نسلم بأن اتفاق المتعاقدين على إتمام تعاقدتهما بالكتابة ينتقل بالعقد من نطاق الرضائية إلى نطاق الشكلية، بمعنى أن يعتبر الشكل عندئذ عنصراً من عناصر التصرف التي تم بها، ويترتب على تخلفه عيب هذا التصرف وبطلانه كما لو كان الشكل مطلوباً بنص القانون، ذلك أن التصرف القانوني كائن قانوني من اللازم أن تتحدد عناصره في قواعد القانون الخاصة بإنشاء التصرف القانوني، وفي هذه القواعد نفسها حدد القانون أثر الإخلال بالعناصر التي استلزمها في التصرف، وهو البطلان ".

عن تلك التي منحها القانون للشكل القانوني<sup>1</sup>. وهذا ما سيتم التطرق إليه في المطلب الثاني.

## المطلب الثاني

### جزاءات أخرى غير البطلان لتخلف الشكل الاتفاقي

لما كنا قد انتهينا في المطلب الثاني من المبحث السابق، إلى أن الشكل الاتفاقي قد يكون مطلوباً للإثبات، وقد يكون الغرض منه، اعطاء العقد شكلية خاصة لا تكون مشروطة لانعقاده، لذا فقد يكون من السهولة أن نجد الجزاء المناسب المترتب في حالة عدم مراعاة الشكل المتفق عليه بين الطرفين إذا توجهنا إلى صوب القواعد العامة، فإذا كان هذا الشكل يقتصر دوره في العقد على إثبات ما تم التعاقد عليه، فهو هنا لا يمثل سوى التزاماً بالقيام بعمل معين متولد عن عقد انعقد بالفعل، فإذا رفض أحد المتعاقدين الوفاء به، كان للأخر إجباره على تنفيذه قضاءً<sup>2</sup>، وبما أن هذا الالتزام لا يمكن تنفيذه جبراً، فإن للمتعاقد الذي يرغب في استيفاء الشكل المتفق عليه، أن يطلب من المحكمة إصدار حكم بصحة التعاقد يحل محل هذا الشكل<sup>3</sup>.

وإما في الفرض الثاني، إن كان الشكل الاتفاقي مقصوداً منه أن يتوقف انعقاد العقد على شرط استيفائه، فهنا تبدو الصورة أعقد قليلاً من الفرض السابق، في أنه في حالة الأخير يكون العقد منعقداً وما دور الشكل فيه إلا مجرد كونه احد التزاماته، أما في هذا الفرض فإن العقد يكون متوقفاً باتفاق الطرفين على شرط استيفاء هذا الشكل، كأن يتفق البائع والمشتري في عقد بيع على أنه لا ينعقد إلا بمحرر رسمي، ففي مثل هذه الحالة، يذهب البعض من الفقه<sup>4</sup>، إلى أن مثل هكذا اتفاق لا يعدو أن يكون سوى مشروع عقد غير ملزم، لأن انعقاده معلق على استيفاء شرط الشكل المتفق عليه، وهو في مثالنا المطروح

<sup>1</sup> انظر بحث بعنوان، العقد وآثاره القانونية، ٢٠٠٤، منشور في الموقع الالكتروني :

<sup>2</sup> انظر المادة ( ١ / ٢٥٠ ) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه : (( في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه، جاز للدائن أن يستأذن المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين، إذا كان هذا التنفيذ ممكناً )).

<sup>3</sup> د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ج ٢، احكام الالتزام، ص ٢٧، د . أنور سلطان، مصدر سابق، ص ٩٩.

<sup>4</sup> د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص ٩٩، د. محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص ١١٣.

يمثل المحرر الرسمي، وما دام هذا الشرط لم يتم استيفائه، فإن الاتفاق يكون غير ملزم، وبالتالي فإن للطرفين حرية العدول عنه دون أن يكون لأحدهما حق اجبار الآخر على استيفاء هذا الشكل لكي يصل إلى إبرام العقد المذكور<sup>1</sup>.

ومن ناحية أخرى، فإنهما غير ملزمين بما ورد في اتفاقهما، غير الملزم، من شروط إذا أقدم على إبرام العقد بصورة نهائية، ومن بينهما، طبعاً، شرط الشكل المتفق عليه بينهما، فإذا أبرم العقد دون مراعاة لهذا الشكل، أي أن عقد البيع انعقد دون محرر رسمي، فلا يكون، هنا، بمقدور أحدهما التخلص من التزاماته المقررة بموجب هذا العقد الأخير بحجة أن الشكل المتفق عليه - أي المحرر الرسمي - لم يراعى، وذلك لسببين: الأول، إن هذا الشكل لا يمثل شكلاً قانونياً، وبالتالي لا يوجب بطلان العقد الأصلي عند عدم مراعاته، لأن هذا العقد إنما هو عقد رضائي بالرغم من تضمينه شرط الشكلية. أما الثاني، فإن الطرفين بإقدامهما على إبرام هذا العقد دون مراعاة للشكل المتفق عليه، يكونان قد تنازلا عنه ضمناً، وهذا اتفاق ضمني من جانبهما ينسخ الاتفاق السابق على الشكل.

وذاً الأمر يمكن أن نراه متحققاً فيما لو روعي شرط الشكل - المحرر الرئيسي -، ثم تبين بعد ذلك بأن هذا الشكل قد جاء معيباً نتيجة عدم استيفائه شرطاً من شروطه القانونية، ومع هذا نفذ المتعاقدين التزاماتهما، فإن هذا يمكن تفسيره على أنه اتفاق من جانبهما على ترك الشرط الذي علق عليه انعقاد العقد، وبالتالي لا يجوز لأي منهما، بعد هذا، التمسك بعدم انعقاده نتيجة عيب في الشكل المعلق عليه هذا الانعقاد. وإذا كان هذا هو رأي الفقه بالنسبة للاتفاق الذي لم يستوفى فيه شرط الشكلية، فنحن، على العكس من هذا، نعتقد - وكما سبق القول في ص من هذا البحث - بأن العقد الذي يتضمن شرط الشكل - وإن كان الأخير مشروطاً بين الطرفين للانعقاد - هو عقد رضائي، وصفة رضائيته لا يمكن نفيها وتحولها إلى صفة شكلية لمجرد افتراض وجود هذا الشكل<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> انظر د. ياسر الصيرفي، مصدر سابق، ص ٩١.

<sup>2</sup> انظر شريف النجار، تقسيمات العقود، ٢٠٠٩، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

ومن ثم يكون حل هذه الاشكالية، أي ترتيب الأثر المناسب في حالة عدم استيفائه، عن طريق عدد من الاحتمالات، وهي كالاتي :

### الاحتمال الأول :

أن يتفق كل من الطرفين على التنازل عن الشكل المشترك بينهما، سواء كان هذا الاتفاق صريح، أو ضمني عن طريق تنفيذ كل منهما للعقد دون مطالبة الطرف الآخر باستيفائه<sup>1</sup>، وهذا ما يعزز كلامنا بأن العقد مازال رضائياً، وانه ينعقد بمجرد توافر أركان انعقاده دون توقف على استيفاء، أمر آخر، كما أنه من باب آخر، لا يمكن القول بأن أمر انعقاد العقد أو عدمه موكول إلى إرادة الأطراف.

### الاحتمال الثاني :

أن يحدد الطرفان مسبقاً، الجزء الذي يترتب في حالة عدم تنفيذ احدهما للشكل المشترك، باستثناء جزء عدم الانعقاد، لذات السبب الذي أوضحناه في الاحتمال السابق، وبالتالي يصبح من السهل تطبيق هذا الجزء المحدد من قبل الطرفين.

---

<sup>1</sup>انظر قرار لمحكمة التمييز في العراق، والمرقم ٢٠١ / م ٣ / ٨٣ بتاريخ ٢٨ / ٢ / ١٩٨٣، والمنشور في مجلة القضاء، س ٤٢، ٢٤، ١٩٨٧، والذي يذهب إلى (( أن المحكمة ردت دعوى المدعي بحجة عدم وجود عقد ايجار مصدق من قبل دائرة ضريبة العقار، بين الطرفين، دون أن تلاحظ أن المدعي عليه كان قد أودع بدل الايجار لدى كاتب العدل، وإن المدعي استلم هذا البدل، وهذا فيه دلالة كافية على وجود عقد ايجار شفهي بين الطرفين )).

والمتمتع لهذا القرار، يجد أن الشكلية المفترض استيفائها هي تصديق عقد الايجار لدى دائرة ضريبة العقار، وإن أحد الطرفين بإيداعه مبلغ الايجار لدى كاتب العدل، واستلام الطرف الآخر له، يعد تنازلاً من قبلهما ضمناً عن استيفاء هذه الشكلية، لأنهما قاما بتنفيذ هذا العقد دون مطالبة احدهما الآخر باستيفاءه.

كما أن الواضح من هذا القرار، بأن الشكلية المتفق عليها كانت للانعقاد، بدليل أن بدل الايجار لم يكن مستملاً بعد، أي لم يكن هناك تنفيذ للعقد قبل استحصال الشكلية المتفق عليها، وأخيراً فإن الجملة الأخيرة للقرار وهي (( وجود عقد ايجار شفهي بين الطرفين )) تؤيد ما توصلنا إليه من نتيجة بشأن اعتبار العقد – رغم الاتفاق على شكلية خاصة – منعقد، وإن أمر تنفيذ هذه الشكلية يجدر بحثه كالاتزام من التزامات العقد لا أثر له على انعقاده.

### الاحتمال الثالث :

في حالة عدم تحديد الجزاء - كما في الاحتمال الثاني - وعدم تنازل الطرفين عن المطالبة باستيفاء الشكل المشروط صراحة أو ضمناً - كما في الاحتمال الأول - فلا يبقى أمامنا سوى النتيجة التي توصلنا إليها، وهي اعتبار العقد منعقد، ويستطيع صاحب المصلحة من الطرفين المطالبة قضاءً : أما بالتعويض تأسيساً على عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ الشرط المتفق عليه، أو قيامه بتنفيذ هذا الشرط على حساب الطرف المتصل.

وبعد كل ما ذكرناه، لا يصح القول ببطلان التصرف نتيجة عدم مراعاة الشكلية المنفق عليها، وكأننا أمام شكلية قانونية مفروضة من قبل المشرع، ذلك أن الأخيرة وحدها هي من يترتب البطلان جزاءً لعدم مراعاتها.

### الخاتمة :

بعد أن فرغنا من كتابة بحثنا هذا، لا يسعنا، ونحن في نهايته، إلا أن نضمّن خاتمته النتائج التي افرزها والتي توصلنا إليها من خلال التحليل والاستنتاج لما تم بحثه في موضوع الشكلية الاتفاقية بالإضافة إلى نتائج أخرى موجودة في طيات البحث. ومن ابرز تلك النتائج ما يأتي :

### أولاً :

وجدنا، وعلى خلاف ما اتجه إليه بعض الفقهاء، بأن الشكل الاتفاقي ليس شكلاً بالمعنى القانوني، ذلك أن الأقرب - من وجهة نظرنا - هو أن الشكل بمفهومه الدقيق، لا يتحقق إلا في الاجراءات التي يفرض المشرع اتخاذها لإتمام التصرف القانوني، وبالتالي لا يمثل إلقاءً على إرادة المتصرف لا يتمكن معه من اختيار وسيلة التعبير عنها، وإلا كانت عديمة الأثر.

ثانياً : إن اتفاق طرفي العقد على شكلية خاصة، لا يمثل إلا تطبيقاً خالصاً لمبدأ الرضائية - وهو الذي يحكم التصرفات القانونية-، لأن للمتعاقدين، هنا، حرية اختيار

الشكلية التي يعبران بها عن ارادتهما. أما الشكلية المفروضة من قبل المشرع، فهي لا تكون إلا استثناءً على المبدأ المذكور، وترد قيماً عليه.

**ثالثاً :** وجدنا بأن الشكل الاتفاقي المشروط للانعقاد، لا يمكن معه التعويل على الأثر، الذي يربته عدم استيفاءه، أي لا يمكن القول بتوقف انعقاد العقد - رغم كونه رضائياً توافرت اركان انعقاده - نتيجة عدم استيفاء شكلية خاصة تم الاتفاق عليها بين طرفي العقد، والقول بخلاف هذا يجعل من السهل تحويل العقد الرضائي إلى شكلي، أي تماماً كما يفرض المشرع من شكلية تجعل العقد باطلاً عند عدم استيفائها، وهذا ما لا يمكن قبوله كنتيجة في نطاق التصرفات الرضائية.

**رابعاً :** وجدنا، لدى بحثنا في البطلان كجزء مترتب نتيجة عدم تنفيذ الشكل الاتفاقي، بأنه جزء لا يتناسب والقيمة القانونية لهذا الشكل، لأن الأخير لا يمكن، من وجهة نظرنا، أن يعد شكلاً قانونياً ينساوي في الأثر مع الشكل الذي يفرض من قبل المشرع، وبالتالي لا يمكن القول بالبطلان جزاءً لتخلفه، وإنما يكون البطلان ناشئاً عن تخلف أحد العناصر اللازمة لإبرام التصرف القانوني.

وأخيراً، وبالاستناد إلى هذه النتائج المذكورة، يظهر بأن موقف المشرع السوري في عدم ذكر الشكلية التي يتفق عليها الطرفان بنص خاص، كان غير مرجحاً، بالرغم من أن الأخيرة، وإن كانت اتفاقاً له قيمته القانونية وآثاره التي لا يمكن بأي حال من الأحوال اغفالها، إلا أنها لا يمكن أن ترقى إلى مرتبة الشكلية التي يتطلبها المشرع في بعض التصرفات القانونية، والتي تؤدي عند اغفالها إلى القول ببطلان هذه التصرفات.

ومع كل ما سبق قوله، نبادر إلى ضرورة وجود نص قانوني يتضمن الإشارة إلى هذه الاتفاقات، تكون الفيصل في حسم أي خلاف قد ينشأ نتيجة التشبيه الذي يساوي تلك، بالأشكال التي يقتضيها المشرع، وبالتالي اعتبار البطلان جزاءً لعدم مراعاتها من قبل أحد طرفي الاتفاق.

### قائمة المصادر :

- ١- د. أنور سلطان، العقود المسماة - البيع والمقايضة -، ط٢، دار نشر الثقافة القاهرة، ١٩٥٢.
- ٢- د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٠.
- ٣- د. توفيق حسن فرج، القانون الروماني، بلا مطبعة، بيروت، ١٩٨٥.
- ٤- جاك غستان، موسوعة القانون المدني - تكوين العقد، ط٣، بلا سنة طبع.
- ٥- د. جلال العدوي، أصول الالتزامات - مصادر الالتزام - منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧.
- ٦- د. جميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦.
- ٧- حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤.
- ٨- د. خالد ممدوح ابراهيم، الشكلية في عقود الانترنت، ٢٠٠٩، بحث منشور في الموقع الإلكتروني : <http://Kanoun/montada.htm>
- ٩- خلف محمد، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية، الهيئة المصرية العامة للكتب، ١٩٨٠.
- ١٠- د. سعدي اسماعيل البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠.
- ١١- د. سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ١٢- د. صالح ناصر العتيبي، فكرة جوهرية في العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠١.
- ١٣- د. طارق كاظم العجيل، الوسيط في عقد البيع، ج١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.
- ١٤- د. عباس الصراف وآخرون، مقدمة النظرية العامة لمفهوم الحق الشخصي وتقسيمات العقود، ط١، دار الوائل للنشر، الأردن، ٢٠٠٥.
- ١٥- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، ج١، القاهرة، ١٩٦٤.
- ١٦- د. عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الاسلامي والقانون، النهر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٠.

- ١٧- د. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري - نظرية العقد والإرادة المنفردة -، بلا مكان طبع، ١٩٨٤.
- ١٨- د. عبد المجيد الحكم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣.
- ١٩- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
- ٢٠- د. عبد المنعم البدرأوي، عقد البيع في القانون المدني، ط١، بلا مكان طبع، ١٩٧٥.
- ٢١- د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.
- ٢٢- علي عبد العالي الأسدي، النظام القانوني للشكل في قانون المرور، بحث منشور في مجلة جامعة بابل - العلوم الانسانية -، مج ١٤، ع ٢، ٢٠٠٧.
- ٢٣- محمد جمال عطية، الشكلية القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٩٣.
- ٢٤- د. محمد علي عبدة، دور الشكل في العقود، ط١، بيروت، ٢٠٠٧.
- ٢٥- د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد - العقود المسماة - ج١، عقد البيع والمقايضة، بلا مكان طبع، ١٩٥٣.
- ٢٦- د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤.
- ٢٧- د. محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الاسلامي، منشورات معهد الادارة العامة بالرياض، السعودية، ١٩٨٥.
- ٢٨- نذير بن عمو، العقود الخاصة - البيع والمعاوضة -، ط١ مركز النشر الجامعي، تونس، ٢٠٠٨.
- ٢٩- د. نعمان محمد خليل جمعة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
- ٣٠- د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، ط١، المطبعة التجارية، القاهرة، القاهرة، ١٩٥٥.
- ٣١- د. ياسر كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، القاهرة، ١٩٩٢.
- ٣٢- د. ياسر كامل الصيرفي، دور القاضي في تكوين العقد، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.