وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجيلالي ليابس بسيدي بلعباس

كلية الحقوق والعلوم السياسية (19 مارس 1962)

غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية

-دراسة مقارنة-

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم

تخصص : حقوق فرع:التجريم في الصفقات العمومية

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

بودالي محمد

إعداد الطالب:

خليفة خالد

لجنة المناقشة

السيدة:آغا جميلة	أستاذة محاضرة- أ-	جامعة سيدي بلعباس	رئيسا
السيد: بودالي محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مشرفا ومقررا
السيد:بن أحمدالحاج	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعيدة	عضوا مناقشا
السيد:عليان بوزيان	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2021/2020م/1442/1441هـ

إهداء

إلى من ربَّياني على الصبر والشكر والإيمان وعدم الاستسلام،

وعلى البدل والعطاء:

"والدي الكريمين"

إلى أخواي و أختاي، إلى الصغيرتيْن مريم وزيْنب

إلى كل أصدقائي وكل من ساعدني وأخص بالذِّكر:

مداح مراد، عبد الله بخباز، حجار محمد، حجار مداح، حجار إبراهيم .

إلى السيد:

عبد القادر بن زرفة مدير دار الأمل بن زرفة للنشر والتوزيع بولاية تيارت.

إلى كل عمال، موظفي و أساتذة جامعة سيدي بلعباس و جامعة تيارت

إلى السيدة:

سريرف ميمونة رئيسة مصلحة، المسؤولة المكلفة بأمانة اللجنة الولائية للصفقات العمومية لولاية تيارت.

إلى كل موظفي مديرية البرمجة و متابعة الميزانية لولاية تيارت

إلى كل أساتذة التعليم الإبتدائي .

خالد خليفة.

شكر و عرفان

إلهي: لا يطيب اللَّيل إلاَّ بشكرك و لا يطيب النهار إلاَّ بطاعتك ولا تطيب اللحظات إلاَّ بذكرك و لا تطيب الآخرة إلاَّ بعفوك و لا تطيب الجنة إلا برؤيتك.

أوَّلُ الشكر و آخره لله العليِّ القدير على ما منَّ عليَّ من الصِّحة والعزم و الإرادة لإنجاز هذا العمل و إتمامه و الذي أتمنَّى أنْ يكون خالصا لوجهه الكريم.

إلى من بلَّغ الرسالة و أدَّى الأمانة و نصح الأمَّة، إلى نبيِّ الرَحمة ونور العالمين سيِّدنا محمد صلى الله عليه و سلَّم

أتقدّم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الدكتور" بودالي محمد" الذي تفضَّل بالإشراف على هذا العمل المتواضع و الذي نتمنَّى أن يكون ثمرة طيِّبة من ثمراته العلمية .

كما أتوجَّه بالشكر الجزيل إلى أعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذة الفاضلة"آغا جميلة"،والأستاذ الدكتور" بن أحمد الحاج"

،والأستاذ الدكتور"عليان بوزيان"،على قبولهم العضوية في اللَّجنة ، و لتحمُّلهم عناء دراسة الرسالة وتقييمها.

كما أشكر كلَّ من قدَّم لي يدَ العونِ ، و كلِّ من علَّمني حرفا.

خالد خليفة.

قائمة أهم المختصرات

باللغة العربية

ق.ص.ع: قانون الصفقات العمومية .

ج،ر: الجريدة الرسمية

ن.ر.ص.م.ع: النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي .

.En langue française

CCAG : cahier des clauses administratives générales .

CPC : cahier des prescriptions communes.

CPS : cahier des prescriptions spéciales.

ODS : ordre de service.

CTC : contrôle technique de construction.

DAJ : direction des affaires juridiques.

CCAG –FCS- : Fournitures courantes et services.

CCAG –MI- : Marchés industriels.

CCAG –TIC- : Technique de l'information et de la communication.

CCAG –PI- : Prestations intellectuelles.

JO : journal officiel

CAA : cour d'appel administrative

C p f : code pénal français

DAJ : direction des affaires juridiques

مقدمة

مقدمة.

تعمل الدولة على تسيير مختلف المرافق العمومية مستهدفة في ذلك تلبية الحاجيات الأساسية للأفراد والمواطنين، وبطبيعة الحال فإن ذلك لن يتم إلا من خلال نشاطات تقوم بها هذه الأخيرة ،ومن أبرز تلك النشاطات وأهمها إبرام عقود وصفقات عمومية ، و تعتبر هذه العقود من الميكانيزمات الأساسية و الفعَّالة المعوَّل عليها لتحقيق تلك الأهداف المسطَّرة.

ومما لا شكَّ فيه أن تلبية الحاجيات الأساسية يتطلب نوعا من السرعة والمرونة في التنفيذ و التطبيق، لذا يتم منح الإدارة سلطات و إمتيازات في معاملاتها المتعلقة بإدراة الطلب العمومي، ومن ذلك سلطة الرقابة والتوجيه و التعديل والفسخ الإنفرادي،وتوقيع الجزاءات و العقوبات على المتعاقد معها إحتراما للآجال المتَّفق عليها من جهة ، ومن جهة ثانية إحتراما للجودة و النجاعة في هذه الأعمال و النَّشاطات.

ونظرا للتطور الإقتصادي و الذي يعطى لعامل الوقت و الزمن أهمية معتبرة لذا فإن هذه الإدارة تجد نفسها في كثير من الأحيان مجبرة على تطبيق غرامات على المتعاقدين المتقاعسين الذين يتأخَّرون في تنفيذ إلتزاماتهم أو ينفِّذونها بكيفيات غير مطابقة للإتفاق الأصلي في الصفقة.

وتُسَمَّى هذه الغرامات بغرامات التأخير بالرغم من أنها تطبَّقُ في حالة التأخير و عدم التنفيذ المطابق،وفي حالات أخرى متعدِّدة ومختلفة.

ومن هنا أصبح موضوع غرامة التأخير من مواضيع السَّاعة بحكم إنتشار هذه الغرامة و تطبيقها في جُلِّ العقود الإدارية نظرا لأهميتها و حَسَاسِيتها المرتبطة بالتنمية بمختلف أبعادها ، الأمر الذي جعل من هذه الأخيرة محل نقاش من طرف مختلف الفاعلين في مجال الطلب و الشراء العمومين.

فنجد مثلا في مجال الإدارة :

أن الموظف العمومي عادة ما يقوم بتنفيذ الغرامة إقتناعا منه أن هذه السلطة في توقيع مثل هكذا جزاء إنَّما مُنحَت له إلا لِيَضْرِبَ بِيَدٍ من حديد كل متعاقد يُخلُّ بإلتزاماته ،هذا الموظَّف الذي لا يرى حين تطبيقه للغرامة الإنعكاسات و الآثار السلبية على المتعاقد معه.

و في مجال الإقتصاد فإن للزمن ثمن ، وعامل الوقت هو أحد العوامل التي تحظى بالتقييم و الإهتمام في كل مشروع ، فيُعتبر الوقت حاليا من بين أولى إهتمامات الدُّول و الإدارات و كذا الشركات و المؤسسات الرائدة في مختلف المجالات، إذ تُقَامُ دَوَرَاتٌ ونَدَوَاتٌ تُكَلِّفُ أموالاً معتبرة لا لشيء سِوَى كيفية تسيير وتنظيم و إدارة الوقت في المشاريع و البرامج التنموية.

وبناء على ما سبق فإن الخبراء و المستشارين يؤكِّدون على ضرورة إنجاز العقود الإدارية في وقتها المحدد حِرصًا على فعالية هذه العقود و أداء دورها التنموي كما ينبغي له أن يكون.

ولغرامة التأخير أهمية كذلك بالنسبة لمبدأ سيادة القانون، فتطبيقها في مجال الصفقات العمومية قد تشوبُه بعض المخالفات و الإنحرافات من رجال الإدارة ، ذلك أن الإدارة عند تطبيقها للغرامة تفتح عينا واحدة و تُغْمِضُ العَينَ الأُخرى حِرصًا منها على إستكمال الصفقات الإدارية في وقتها المحدد وبالكيفية المناسبة ، الأمر الذي يدفعها في العديد من الأحيان إلى إرتكاب مخالفات سواء كان ذلك عن طريق الخطأ ، أو عن طريق القصد من الموظف المكلف بإدارة وتسيير الشراء العمومي وهو ما يتطلب رقابة هيئات أخرى خاصة هيئة القضاء ممثلة في القضاء الإداري في الدول التي تتبنى نظام إزدواجية القضاء، أو القضاء العادي في دول تعتمد نظام القضاء المُوَحَّد، حيث يعمل القضاء على التَّحَقُّقِ من مدى شرعية هذه الغرامات سواء من حيث الإجراءات أو الكيفيات.

وزيادة على رقابة القضاء الإداري على تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية نجد رقابة القضاء الجزائي الذي من المفترض أن يحرص كل الحرص على محاربة التصرفات السلبية و غير النزيهة المرتبطة بالصفقات العمومية عموما و بتطبيق غرامة التأخير خصوصا، فقد نجد موظفا يغضُّ الطرف عن تطبيق غرامة التأخير بالرَّغم من توفر شروط تطبيقها وذلك مجاملة منه للمتعاقد أو إستغلالاً لعلاقة بينهما ، كما قد يقوم الموظف بذلك بمقابل ليُوقِفَ تفعيل غرامة التأخير بالرَّغم من أن المتعاقد تأخَّر في تنفيذ العقد في الوقت المحدد أو نفذَّه بطريقة مخالفة أو أخَّل بإلتزاماته التعاقدية ، الأمر الذي يؤدي إلى تفشِّي ظاهرة الفساد في مجال الطلب العمومي وهو ما ينعكس سِلبًا على نوعية وجودة الطلب العمومي وهدر المال العام وتقويض عجلة التنمية.

ويتناول البحث موضوع الدِّراسة غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية – دراسة مقارنة– والتي نشأت في ظل جوٍّ مشابهٍ لنظرية الشرط الجزائي، ليتم فيما بعد إدراجها ضمن العقود الإدارية، كما أن هذه الأخيرة تختلف عن بعض الأنظمة القانونية المعمول بها في مجال الصفقات العمومية مثل تطبيق فوائد التأخير أو مصادرة خطاب الضمان.

ويتم تطبيق غرامة التأخير في مجال صفقات العمومية في مختلف أنواع هذه العقود وبشروط وكيفيات مختلفة من قانون إلى آخر ومن قضاء إلى آخر.

كما أن هذا النوع من الجزاءات في مجال الأعمال ، و على وجه الخصوص أعمال تنفيذ العقود الإدارية

حَظِيَ بالإهتمام من طرف الفقهاء في المعاملات المالية ، إذ تستوجب آراء الفقهاء المتعددة ضرورة إحترام الشروط العقْدية ، وضرورة رفع الضرر عن المتعاقد مع الإدارة وعن الإدارة المتعاقدة في نفس الوقت عند تطبيق غرامة التأخير .

ولهذا إرتأيت التطرق إلى موضوع غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية – دراسة مقارنة– وذلك بالتطرق إلى آخر المستجدات المنوطة بتطبيق هذه الغرامة سواء من حيث المستجدات القانونية،أو القضائية ، مع التركيز في ذلك على القانون والقضاء الإداريين الفرنسيين ،فعديد القوانين المنظمة للصفقات العمومية في العالم خاصة الدول العربية منها تعتمد على ما هو معمول به في فرنسا.

و لذلك فإن عنوان البحث جاء تحت تسمية :

" **غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية – دراسة مقارنة –** ".

أهمية البحث:

يعتبر موضوع غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية كما أشرنا سابقا من الموضوعات الشاسعة و الواسعة فما إن يتم وضع قواعد وأسس يُتفق عليها لهذه الغرامات إلا و تتغيَّر هذه القواعد وتتبدَّل في ظرف قصير نظرا لإرتباط هذه الغرامة بالصفقات العمومية التي تتسم هي الأخرى بتغيُّرها وتبدُّلها.

وعليه فإن لغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية أهميات عديدة تتطلب ضرورة التطرق إلى أهمية هذه الغرامات من الناحية النظرية و التطبيقية.

أهمية البحث من الناحية النظرية:

تتجلَّى هذه الأهمية من خلال تسليط الضوء على نشأة غرامة التأخير ثم ذكر ماهية غرامة التأخير من حيث التعريفات المنوطة بها وكذا أساسها الذي تستند عليه ، وفيما بعد التطرق إلى المكانة المميزة لهذه الغرامة حيث أصبحت بمثابة قاعدة عامة تتضمنُّها أغلب القوانين المتعلقة بالشراء العمومي وأن عدم النص على غرامة التأخير في مجال الشراء العمومي هو بمثابة إستثناء، ليتم بعد ذلك تمييز الغرامة التأخيرية عن بعض التطبيقات المشابهة ومن ذلك فوائد التأخير، وخطاب الضمان وذلك في مجال الصفقات العمومية دائما ، وفي ظل دراسة مقارنة لمختلف القوانين و الأحكام القضائية و الفقهية.

أهمية البحث من الناحية العملية – التطبيقية–:

تبعا لما تم الإشارة إليه، فإن لغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية أهمية بالغة من خلال مساهمتها

في دفع وتيرة إنجاز العقود الإدارية والرَّفع من دِينَامِيكِيَّتِهَا، وكذا إحترام الشروط التقنية و الفنية لهذه العقود ،الأمر الذي يؤدي في الأخير إلى المحافظة على جودة هذه العقود وتجنُّب بعض النقائص التي يمكن أن تَشُوبَهَا مستقبلا ممَّا يحفظ المال العام ويحفظ سلامة المتنفعين من المرافق العامة، وعلى العموم فإن لموضوع غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية أهمية تكمن في عدة مجالات أهمها:

الأهمية الإقتصادية لغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

تعمل هذه الغرامات على تفعيل قاعدة إحترام الوقت و الآجال في إنجاز المشاريع و العقود الإدارية ، وفي نفس الوقت ضرورة تنفيذ الشراء العمومي وفقا لشروط معينة ، وهو ما ينعكس إيجابا على الإقتصاد الوطني من خلال التقليل من النفقات المالية التي يمكن أن يتكبَّدها في حالة التأخر في إنجاز المشاريع ، أو في حالة إصلاحها أو إعادة إنجازها بسبب الرداءة وعدم جودتها، أو عدم إحترام الإلتزامات التعاقدية . كما أن تفعيل الرقابة على تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية يؤدي إلى مجابهة الفساد ومحاربة نهب المال العام وتبذيره ، إذ أنه عادة ما يكون الإعفاء الغير قانوني لتطبيق غرامة التأخير سببا في إنتشار الفساد في مجال الصفقات العمومية الأمر الذي يؤدي إلى الإضرار بالتنمية الوطنية.

الأهمية الإدارية لغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

بإعتبار أن الإدارة مكلفة بمهمة رعاية و صيانة مصالح و إحتياجات المواطنين و الأفراد ، و بالتالي فإن تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية يدعِّم هذه المهام ، وفي حالة عدم تطبيقها خاصة إذا كان عدم التطبيق غير قانوني فإنه سيؤدي لا محالة إلى تقويض عمل الإدارة و يحدُّ من أدائها الفعَّال ،إذ أن في تأخير إنجاز العقود الإدارية أو عدم تنفيذها بطريقة جيِّدة يؤدِّي إلى تذمُّر المواطنين ، وقد يؤدي في بعض الأحيان إلى إظطرابات إجتماعية خاصة في الدول المتخلِّفة التي تعاني من هشاشة البُنى التحتية من سكن ونقل وصحة... إلخ ، ونقص في مختلف المرافق العامة ، الأمر الذي ينعكس سِلبا على صورة الإدارة لدى المواطنين ، فيؤدي ذلك إلى فقدان ثقة الأفراد في الإدارة وفي برامجها وعقودها ، وهو ما قد يؤثر على صورة الدولة ككل لدى مواطنيها.

أهداف الدراسة :

يهدف البحث إلى تبيان مختلف الجوانب المتعلقة بغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية، وترتكز الدارسة حول:تحقيق مجموعة من الأهداف أهمها:

1- معرفة الأصول التاريخية لغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

2- معرفة مفهوم غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

3- معرفة المكانة التي أصبحت تحظى بها تقنية غرامة التأخير في جُلِّ قوانين الطَّلب العمومي.

4- معرفة مميزات غرامة التأخير عن بعض التطبيقات المشابهة في مجال الصفقات العمومية.

5- معرفة النظام التطبيقي لغرامة التأخير بمختلف جوانبه في مجال الصفقات العمومية.

إختيار الموضوع :

الحقيقة أن إختيار موضوع غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية تقف وراءه عدة أسباب منها ما هو ذاتيٌّ، ومنها ما هو موضوعيٌّ.

- الأسباب الذاتية:

ميول الباحث للصفقات العمومية بحكم ممارسته لوظيفة إدارة الصفقات العمومية سابقا في عديد الإدارات العمومية ، هذا من جهة .

ومن جهة ثانية فإن تخصصنا في مرحة الماجستير هو في نفس المجال، وهو موضوع طرق إبرام الصفقات العمومية،فحاولنا خلال مرحلة الدكتوراه التطرق إلى موضوع غرامة التأخير الذي سيقودنا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى تنفيذ الصفقات العمومية

فكان أمرا جيدا مواصلة الدراسة في مجال الصفقات العمومية خاصة في موضوع غرامة التأخير نظرا لأهميتها المتعددة و المختلفة.

- الأسباب الموضوعية:

تتعدد الأسباب الموضوعية التي دفعت الباحث إلى إختيار الموضوع نذكر أهمها:

- يعتبر موضوع غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية من أهم المواضيع التي يمكن أن تحظى بالبحث و الدراسات العليا ، وموضوع الغرامة موضوع تقني إجرائي و متعدد الجوانب.
- الرغبة في محاولة تَيْسِير تَسْيِير العقود الإدارية خاصة فيما يخص تطبيق غرامة التأخير، و التنويه بالرقابة الإدارية المسلَّطة على تطبيق الغرامة.
- التنبيه إلى المساءلة الجزائية التي يمكن أن تقع على عاتق الموظف المكلَّف بإدارة الطلب العمومي بمناسبة تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.
- في الأخير فإن إختيار الموضوع نابع من محاولة تقديم ولو الشيئ القليل لصالح البلاد والعباد، فقد حاول الباحث قدر إستطاعته و في حدود إمكانياته و قدراته المعرفية ، المادية و الصحية تبسيط موضوع

تطبيق **غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية – دراسة مقارنة-.**

إشكالية البحث:

تكمن الإشكالية الرئيسية لهذه الدراسة فيما يلي :

هل يعد النظام القانوني لغرامة التأخير نظاما متوازنا قادرا على تحقيق مصلحة الإدارة المتعاقدة دون إهدار حق المتعامل المتعاقد؟.

وتتفرع عن الإشكالية الرئيسية إشكاليات ثانوية تتمثل في:

1- كيف نشأت هذه الغرامة وتبلوَرت إلى أن وصلت إلى ماهي عليه الآن في مختلف القوانين المتعلقة بالصفقات العمومية؟

2- ما مفهوم غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية ؟

3- ما هي مميزات غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية ؟

4- ما هي شروط و كيفيات التطبيق و الإعفاء من غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية؟.

الدراسات السابقة للموضوع.

موضوع غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية هناك من تطرق إليه من قبلي، ومن ذلك:

- **نصر الدين محمد بشير** : غرامة التأخير وأثرها في تسيير المرفق العام ،رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة،مصر، 1998 .

غير أن هذه الدراسة ركزت على الجانب النظري لغرامة التأخير ، أضف إلى ذلك أن هذه الدراسة كانت سنة 1998 في حين أن هناك تغيرات وتحوّلات عميقة شهدتها تقنية غرامة التأخير في العقود الإدارية منذ تلك الحقبة إلى يومنا هذا.

- **فهد بن ناصر بن سعد المسيعد:** الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية في النظام السعودي، مذكرة ماجستير ، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض،السعودية، 1434هـ-2013م، تناولت هذه الدراسة غرامة التأخير في العقود الإدارية لكنها لم تتضمن القانون الفرنسي بإعتباره أحد دعائم قوانين الصفقات العمومية في الدول العربية بما فيها دول الخليج العربي، كما أشارت هذه الدراسة إشارة سطحية إلى موقف الفقه الإسلامي من هذه النازلة المستحدثة ،أضف إلى ذلك أنها لم تُولِي أهمية للجانب التطبيقي لغرامة التأخير في مجال الطلب العمومي.

وإنطلاقا من قناعتي الشخصية فإن ما جاءت به دراستنا لموضوع غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية فيه الكثير من المستجدَّات بحكم أنها جمعت إلى حدٍّ بعيد بين الجانب النظري و بين مختلف الجوانب الأخرى لغرامة التأخير في العقود الإدارية فكانت هذه الدراسة جَامِعَةً مَانِعَةً لموضوع غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية، فإن كان الموضوعان السابقين تطرَّقَا إلى غرامة التأخير إما نظريا أو فقهيا، فإنَّنا من خلال أكثر من 5 سنوات من البحث المتواصل حول هذه الموضوع ، حاولنا قدر المستطاع أن نجمع بين مختلف المحاور والجوانب المتعلقة بغرامة التأخير في العقود الإدارية، من خلال تسليط الضوء على الجانب التاريخي ،النظري،القانوني،الإقتصادي والفقهي لغرامة التأخير في مجال الطلب العمومي، ومن هنا لم نترك مجالا يُمكن أن يتضمَّن موضوع غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية إلا وطَرقنَا بَابَهُ.

لذا فإن الجديد الذي حملته دراستنا المتواضعة هو محاولة الجمع بين الجانب النظري من خلال تتبُّع المسار التاريخي لنشأة غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية و كذا تمييزها عن ما يشبهها في نفس المجال دائما،وتبيان مختلف الجوانب التطبيقية لهذه الغرامة سواء من ناحية قانونية أومن ناحية إقتصادية، وفي الأخير عملنا مجهودا معتبرا آخر لتنقيح هذه الدراسة بمختلف الآراء الفقهية المرتبطة بموضوع غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية وهو بمثابة تحدِّي جديد لصعوبة البحث في مجال المعاملات المالية ، فحاولنا أن نُجِيبَ عَنِ السُّؤَالِ وعَن كُلِّ السُّؤَالِ.

فرضيات الدراسة :

إستنادا إلى مختلف القوانين المُنظِّمة للطلب العمومي لمختلف دول العالم ، ومختلف الإجتهادات القضائية والفقهية المرتبطة بموضوع غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية و التي تناولت موضوع البحث زيادة على المعلومات المتحصل عليها من أهل الخبرة في مجال الصفقات العمومية تمَّ صياغة جملة من الفرضيات إحتمالا للإجابة على تساؤلات البحث.

و يمكن تلخيصها فيما يلي :

1 نشأت غرامة التأخير في كنف نشأة وتطور فكرة الشرط الجزائي.

2 يكمنُ مفهوم الغرامة في مجال الصفقات العمومية في تلك الجزاءات التي يكون محلُّها مبلغا من المال تفرضها الإدارة مستعملة سلطتها العامة على المتعاقد نتيجةً لإخلاله بإلتزاماته ، ويتم تطبيقها بهدف السَّير الحسن والمُنتظم للمرفق العام.

3 تتميَّز غرامة التأخير عن بعض التطبيقات المشابهة في مجال الصفقات العمومية ومن ذلك تميُّزها عن تطبيق فوائد التأخير، وتميُّزها عن تطبيق مصادرة خطاب الضمان.

4المقصود بالنظام التطبيقي لغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية هو :

تلك الآلية التي أفرزتها ظروف متعدِّدة ومختلفة موضوعة تحت تصرُّف الإدارة لتسليطها على المتعاقد المخل بإلتزاماته وفق شروط وضوابط معيَّنة سواء تعلق الأمر بشروط وحالات تطبيق هذه الغرامة أو شروط وحالات الإعفاء منها.

5 شروط و كيفيات تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية وإن كانت تبدو موَّحدة في مُجْملها ، فإن ذلك لا يمنع القولَ أنَّ هناك بعض الإختلافات من دولة إلى أخرى ، وكذا الأمر فيما يتعلق بحالات الإعفاء منها .

منهجية البحث:

تتمحور الدراسة حول موضوع :

غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية – دراسة مقارنة– ، وقد تم الإعتماد فيه على الأدوات التالية.

- مختلف المراجع الأجنبية و العربية المتعلقة بماهية غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.
- مختلف المراجع الأجنبية و العربية المتعلقة بالشرط الجزائي وفوائد التأخير و خطابات الضمان في مجال العقود الإدارية.
- مختلف الأحكام القضائية المتعلقة بغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية ،خاصة القضاء الفرنسي.
- مختلف الإتفاقيات الدولية، التوجيهات الصادرة عن البرلمان الأوروبي، القوانين، المراسيم، القرارات و المناشير المتعلقة بغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية لمختلف دول العالم.
- مختلف المجلَّات و الدوريات المرتبطة بموضوع البحث.
- مختلف مواقع الأنترنت.

و تم الإعتماد على المنهج التاريخي ،الوصفي ،التحليلي و المقارن.

المنهج التاريخي:

إرتبط الجانب التاريخي بمحاولة إبراز كرونولوجيا إدراج غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية .

المنـهج الوصفي:

في حين أن الجانب الوصفي تعلَّق بمفهوم الصفقات العمومية وبيان خصائصها ومميِّزاتها.

المنـهج التحليلي:

بخصوص الجانب التحليلي تم إجراء دراسة تحليلية على مختلف الجوانب المرتبط بغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

المنـهج المقارن:

في الأخير فإن الإعتماد على المنهج المقارن كان من أجل دراسة مقارنة لموضوع البحث في مختلف الدول الغربية منها و العربية.

حدود الدراسة :

ركزت الدِّراسة عن الحديث عن نشأة غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية ، مع الإشارة إلى مفهومها ، خصائصها ومميزاتها و كذا الشروط التي تحكُم عملية تطبيقها.

سواء تعلق الأمر بالشروط التي تضمنتها مختلف القوانين المنظِّمة لعملية الشراء العمومي، أو الشروط التي أوجبها القضاء الإداري خاصة مجلس الدولة الفرنسي بإعتباره أحد أهم الهيئات القضائية التي تعتمد عليها مختلف الدراسات و الأبحاث في مجال الصفقات العمومية أو حالات الإعفاء ، وكذا موقف القوانين الجزائية من عدم تطبيق غرامة التأخير في غير حالات الإعفاء المبرَّرة قانونًا.

كما تطرَّقت الدراسة إلى ضرورة تبنَّي إستراتيجية أخلقة الطلب العمومي لمحاربة الفساد في الصفقات العمومية المرتبط بغرامة التأخير، وفي الأخير عرض لمختلف الآراء الفقهية لمسألة تطبيق غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية.

ومن حيث الإطار الزمني :

إرتكزت الدراسة على القوانين القديمة والجديدة فكان أقدم قانون إعتمدنا عليه في الدراسة هو القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 .

مع الإستعانة بمختلف القوانين المدنية ، الجزائية، وقوانين الشراء العمومية لمختلف الدول الغربية و العربية حتى تلك الصادرة سنة 2020.

ومن حيث الإطار المكاني:

بإعتبار موضوع الدراسة ينصبُّ على:

غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية – دراسة مقارنة–

كانت دراستي مرتبطة بنسبة كبيرة على **القانون الفرنسي** للأهمية التي أشرت إليها سابقا، و القانون المصري، الجزائري، ومختلف القوانين الأخرى أجنبية كانت أو عربية.

صعوبات البحث:

موضوع غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية – دراسة مقارنة – يتطلب جهدًا معتبرًا وتركيزًا دقيقا و منقطع النَّظير خاصة أنه موضوع معقَّدٌ نوعًا ما للإعتبارات التِّقنية التي يحمِلها في طيَّاته ، وفي بعض الأحيان حتى أمور حسابية ،ومن أهم الصعوبات التي واجهتني.

- قِلَّةُ المراجع المتخصصة تخصُّصًا دقيقا بمعنى الكلمة في عملية تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.
- صعوبة الحصول على معلومات أو بيانات حديثة أو أحكام قضائية مرتبطة بموضوع البحث بطريقة سهلة ومباشرة خاصة في الدول العربية لعدم إعتماد هذه الأخيرة على التكنولوجيا ولا مادية البحث العلمي ، وذلك بخلاف الدول الغربية خاصة فرنسا التي إستطعنا و الحمد لله تحميل العديد من القوانين و الأحكام القضائية من خلال شبكة الأنترنت بالأخص :

–موقع مجلس الدولة الفرنسي .

–موقع https://www.legifrance.gouv.fr.

خطة الدراسة :

تم الإعتماد على خطة ثنائية من خلال تقسيم الدراسة إلى بَابَيْنِ مع تقسيم كل باب إلى فصلَيْن.

الباب الأول:

من خلاله قمنا بتِبيان المسار التاريخي لنشأة غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية ، وإعطاء مفهوم لغرامة التأخير مع الإشارة إلى مختلف قوانين الشِّراء العمومي التي نصَّت على هذه الغرامة.

ثم ذِكرأهم المُميزات للغرامة التأخيرية عن التقنيات المشابهة كفوائد التأخير وخطاب الضمان وذلك في إطار العقود الإدارية دائما.

الباب الثاني:

في هذا الباب عملنا على توضيح مختلف الشروط والقيود الواجبة الإتِّباع لتطبيق غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية وكذا حالات الإعفاء من تطبيق الغرامة .

وذلك في خضام الأحكام :

القانونية، القضائية و الفقهية.

فجاءت هيكلة البحث كالتالي:

الباب الأول : الإطار النظري لغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية

الفصل الأول: مفهوم غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

المبحث الأول: الشرط الجزائي كأساس لنشأة غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

المطلب الأول:تعريف الشرط الجزائي.

المطلب الثاني: نشأة الشرط الجزائي.

المطلب الثالث: شروط تطبيق الشرط الجزائي.

المطلب الرابع: خصائص الشرط الجزائي.

المبحث الثاني:تعريف غرامة التأخير وإدراجها ضمن مجمل قوانين الطلب العمومي.

المطلب الأول: تعريف غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: إدراج غرامة التأخير ضمن القوانين الغربية للطلب العمومي.

المطلب الثالث: إدراج غرامة التأخير ضمن القوانين العربية للطلب العمومي.

الفصل الثاني: تمييز غرامة التأخير عن فوائد التأخير وخطابات الضمان في مجال الصفقات العمومية.

المبحث الأول: تمييز غرامة التأخير عن فوائد التأخير في مجال الصفقات العمومية.

المطلب الأول: تعريف فوائد التأخير .

المطلب الثاني: إدراج فوائد التأخير في القوانين المدنية.

المطلب الثالث: إدراج فوائد التأخير في قوانين الصفقات العمومية.

المبحث الثاني : تمييز غرامة التأخير عن خطاب الضمان في مجال الصفقات العمومية.

المطلب الأول: تعريف خطاب الضمان في مجال الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: أنواع خطاب الضمان في مجال الطلب العمومي.

المطلب الثالث: تكييف خطاب الضمان في مجال الشراء العمومي.

المطلب الرابع: موقف الفقه الإسلامي من إصدار البنوك لخطاب الضمان في مجال العقود الإدارية.

الباب الثاني : الإطار التطبيقي لغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

الفصل الأول: تطبيق غرامة الأخير في ظل الأحكام القضائية و القانونية.

المبحث الأول : الشروط القضائية والقانونية الإدارية لتطبيق غرامة التأخير.

المطلب الأول: حالات تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: الإعفاء من تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

المطلب الثالث: رقابة القضاء الإداري على قرار تطبيق غرامة التأخير.

المبحث الثاني : الشروط القضائية و القانونية الجزائية لتطبيق غرامة التأخير.

المطلب الأول: مبادئ إدارة الشراء العمومي في ظل قانون الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: الجرائم المرتبطة بتطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

المطلب الثالث: مبادئ إدارة الطلب العمومي في ظل أخلاقيات المهنة.

الفصل الثاني : تطبيق غرامة الأخير في ظل الأحكام الفقهية.

المبحث الأول: الأحكام الفقهية المتعلقة بتطبيق غرامة التأخير في مجال الدُّيون.

المطلب الأول: الإتجاه المؤيِّد لتطبيق غرامة التأخير في مجال الدُّيون.

المطلب الثاني: الإتجاه الرافض لتطبيق غرامة التأخير في مجال الدُّيون.

المطلب الثالث: الإتجاه المؤيِّد لتطبيق غرامة التأخير في مجال الدُّيون بصيغة مختلفة عن الإتجاه الأول.

المبحث الثاني:الأحكام الفقهية المتعلقة بتطبيق غرامة التأخير في مجال الأعمال–**الصفقات العمومية أنموذجا**–.

المطلب الأول: الإتجاه المؤيد لتطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: الإتجاه الرافض لتطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

المطلب الثالث: الإتجاه المؤيِّد لتطبيق الغرامة في مجال الصفقات العمومية في حالات معيَّنة دون أخرى.

وفي ختام الدراسة ونتيجة لما توصلنا إليه،تم إدراج مختلف الإجابات على الإشكالية الرئيسة وكذا الإشكاليات الفرعية.

كما حاول الباحث إعطاء بعض التوصيات بخصوص تطبيق غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية لتكون سندا أو منطلقا لباحث آخر أو مهتم بموضوع غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

والله المُوفِّق.

الباب الأول.

الإطار النظري لغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

ويشتمل على الفصلين التاليين:

- الفصل الأول:

مفهوم غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

- الفصل الثاني:

تمييز غرامة التأخير عن فوائد التأخير و خطابات الضمان في مجال الصفقات العمومية.

📖الفصل الأول :مفهوم غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

يقتضي مفهوم غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية الإلمام بعديد الجوانب الخاصة بهذه التقنية ، و من أهمها علاقة غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية بتقنية الشرط الجزائي بإعتبارها التقنية الأمُّ لغرامة التأخير فالعديد من المختصين يرون أن غرامة التأخير هي صورة من صور الشرط الجزائي، **فالشرط الجزائي** يتضمن تقديم صاحب الصفقة لمبلغ جزافي من المال إلى السلطة المتعاقدة في حالة إخلاله بإحدى إلتزاماته التعاقدية[1]، فغرامات التأخير في مناقصات التوريد والمقاولة ليست إلا صورة من صور الشرط الجزائي[2]، وهذه الجزاءات يُعَبَّرُ عنها **بالشرط الجزائي** وقد يُعَبَّرُ عنها بغرامات التأخير إلا أن التعبير **بالشرط الجزائي** أعمُّ وأشمَلُ من التعبير بغرامات التأخير لأن **الشرط الجزائي** كما يشمل غرامات التأخير يشمل أيضا التعويض عن عدم التنفيذ كما يشمل أيضا التعويض عن التنفيذ غير الصحيح[3] .

والأمثلة عن **الشرط الجزائي** كثيرة ومتنوعة فشروط المقاولة **cahiers des charges** قد تتضمن شرطًا جزائيًّا يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو عن كل أسبوع أو عن كل مدَّة أخرى من الزَّمن يتأخَّر فيها المقاول عن تسليم العمل المعهُود إليه إنجازه[4] ،ومن جهة أخرى فإن بعض الهيئات القضائية تعبِّر عن غرامة التأخير في مجال الطلب العمومي بمصطلح البند الجزائي ومن ذلك :

﴿ يكون للجهة الإدارية التنازل عن البند الجزائي إذا لم يترتب عن التأخير ضرر في تنفيذ الإلتزام أما إذا ترتَّب ضرر فيلتزم المتعاقد مع الجهة الإدارية بتعويضها بمقدار هذا الضرر﴾[5].

و ما يُعزِّز هذا الطرح أكثر : هو أن القضاء الإداري الفرنسي عندما إعترف للإدراة لأول مرة بحقَّها في

---

[1] CYRIL Laroche, Docteur en Droit, qu'est ce qui une clause pénale dans un marché public de travaux?, le MONITEUR, le 25-Février-2011,page 1 : «Une clause pénale : prévoit que le titulaire du marché versera adjudicateure une somme d'argent forfitaire en cas de manquement à l'une de ses obligation contractuelles».

[2] **نجاري عبد الله** ، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري– دراسة مقارنة– كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجزائر، مذكرة ماجستير،1983 ، ص 107 ، **محمود عبد الكريم إرشيد**، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، دار النفائس، عمان ، الأردن، 1427هـ–2007م ، ص 384 .

[3] **إبراهيم محمد شاشو**: أحكام المناقصة في الفقه الإسلامي ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 4، 2011، ص 455.

[4] **عبد الرزاق السنهوري** ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام ،آثارالإلتزام،المجلد السادس، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،لبنان، 1998،ص852.

[5] ديوان المحاسبة اللبناني، الرأي رقم 396 بتاريخ 7–أوت–1961.

التعويض عن الأضرار التي تُصيبها جرَّاء عدم تنفيذ المتعاقد للإلتزاماته التعاقدية بالشكل المناسب إستخدم **مصطلح التعويض** عن الأضرار الذي يَجِدُ مَرْجِعِيَّتَهُ كما سنرى لاحقا في تقنية **الشرط الجزائي** ، وعاد القضاء الإداري الفرنسي ليستند مرَّة أخرى على أحكام **الشرط الجزائي** وذلك من خلال أحدث قراراته القضائية التي أقرت إمكانية تعديل مبلغ غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية سواء بتخفيضه أو رفعه حسب الحالة إستنادا إلى أحاكم القانون المدني وبالأخص تلك المواد المتضمنة أحكام **الشرط الجزائي**.

أضف إلى ذلك أن هناك دول خاصة **الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا** تطبِّقان غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية على أساس أنَّها تعويض.

وبالتالي قد يشترط لإستحقاقها ما هو معمول به في مجال التعويض الإتفاقي خاصة شرط تحقق الضرر بحكم أن العقود الإدارية في هذه الدول تخضع لرقابة القضاء العادي، فمن باب أولى الحديث عن فكرة الشرط الجزائي في العقد المدني لتتَّضح الرؤيا في مسألة تطبيق غرامة التأخير في العقد الإداري﴿ **المبحث الأول**﴾.

وبعد حديثنا عن الشرط الجزائي الذي يتداخل كثيرا مع فكرة غرامة التأخير في مجال الشراء العمومي سَنُعَرِّجُ على مختلف التعريفات الخاصة بغرامة التأخير في مجال العقود الإدارية وإعتماد العديد من القوانين الخاصة بالطلب العمومي تقنية غرامة التأخير﴿ **المبحث الثاني**﴾.

المبحث الأول: الشرط الجزائي كأساس لنشأة غرامة التأخير في الطلب العمومي.

يعتبر الشرط الجزائي من أهم التقنيات المعمول بها حاليا ، حيث نجد أن أغلب العقود بمختلف أنواعها حتى الرياضية منها تتضمن في بنودها شرطا جزائيا، وعليه سيتم تعريف الشرط الجزائي﴿ **المطلب الأول**﴾، لننتقل فيما بعد إلى نشأة الشرط الجزائي ﴿ **المطلب الثاني**﴾ ، كما سنُبرِزُ شروط تطبيق تقنية الشرط الجزائي ﴿ **المطلب الثالث**﴾ ، لِنَقِفَ في الأخير على أهم خصائص الشرط الجزائي ﴿ **المطلب الرابع**﴾.

المطلب الأول : تعريف الشرط الجزائي.

يختلف تعريف الشرط الجزائي من حيث التعريف اللُّغوي﴿**الفرع الأول**﴾،أو من حيث التعريف الإصطلاحي﴿ **الفرع الثاني**﴾،وكذا من زاوية التعريف القانوني﴿**الفرع الثالث**﴾، وأخيرا من حيث التعريف الفقهي﴿**الفرع الرابع**﴾.

الفرع الأول:التعريف اللُّغوي للشرط الجزائي.

من خلاله سيتمُّ تَعرِيفُ الشَّرطِ لُغَةً﴿ **البند الأول**﴾، ثم تَعرِيفُ الجَزَاءَ لُغَةً﴿ **البند الثاني**﴾.

البند الأول: تعريف الشرط لغة.

يتشابه التعريف اللغوي للشرط سواء في اللغة العربية أو في لغات أخرى.

أولا: الشرط في اللغة العربية.

الشرط بسكون الرَّاء إلزام الشيئ وإلتزامه في البيع ونحوه كالشريطة جمع شروط ، والشرائط وفي المثل " الشرط أملك عليك أم لك " .

وفي ذلك قول الشاعر:

وجدت الناس غير إبني نزار ولم أذممهم شرطا و دونا[1].

و الجمع شروط وشرائط، والشرط إلزام الشيئ وإلتزامه في البيع ونحوه[2]، بالتحريك العلاَمة التي يجعلها الناس بينهم ، جمع أشراط وأشراط الساعة علاماتها [3]، وفي ذلك قوله تعالى : "**فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا**"[4]، والشرطة : بالضَّمِّ ما إشترطت يقال : خذ شرطتك ، وواجدُ الشُرط كصرد وهُم أوَّل كتيبة تشهد الحرب وتتهيَّأ للموت ، وطائفة من أعوان الوُلَّاةِ[5].

وفي ذلك يقول الشاعرُ [6] :

ألا لله دَرُّكَ من فتى قوم إذا رهبوا.

فكان أخي لشرطتهم إذا يدعى لها يثب.

فأشرط فيها نفسه وهو معصم وألقى بأسباب له وتوكلا.

وأنشد **إبن الأعرابي:**

---

[1] الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان، 1431هـ /2010 م ، مادة شرط، ص723.

[2] **إبن منظور**، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط 7، مجلد 8، ص56.

[3] **محمد مرتضى الحسين الزبيدي**، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق **نوَّاف الجرَّاح**، دار الأبحاث، الجزائر، ط 1، 2011، مادة شرط،ص232.

[4] الآية18،سورة محمد.

[5] **الفيروز آبادي**،المرجع السابق،ص723-724.

[6] **الزمخشري**:أساس البلاغة،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،الجزء1،ط1419،1هـ-1998م،مادة شرط،ص303.

تشابه أعناق الأمور وتلتوي مشاريط ما الأوراد عنه صادر[1].

والشرط في اللغة الإيطالية هو: Premessa stipulazione , clause solo rivera , disposizione di un contratto, clausa ،وهو clausa من clausus إسم منقول من claudere بمعنى قفل بدلا من اليونانية clausula بمعنى كتاب أو مستند[2].

البند الثاني: تعريف الجزاء لغة.

لمصطلح الجزاء العديد من المعاني سواء كان ذلك في اللغة العربية﴿**أولا**﴾، الإيطالية﴿**ثانيا**﴾،والإنجليزية ﴿**ثالثا**﴾.

أولا :الجزاء في اللغة العربية.

: المكافأة على الشيء وعليه جزاء وجازاه مجازاة [3].

وقوله تعالى:

"قَالُوا فَمَاجَزَاؤُهُ إِنْ كُنْتُمْ كَاذِبِينَ«74»قَالُوا جَزَاؤُهُ مَنْ وُجِدَ فِي رَحْلِهِ فَهُوَ جَزَاؤُهُ كَذَلِكَ نَجْزِي الظَّالِمِينَ«75»[4].

معناه: فما عقوبته إن بان كذبكم بأنه لم يسرق ، أي ما عقوبة السرق عندكم إذا ظهر عليه؟.

قالوا: جزاء السرق عندنا من وجد في رحله أي الموجود في رحله كأنه قال :

جزاء السرق عندنا إسترقاق السَّارق الذي يوجد في رحله سنة ،وسئل **أبو العبَّاس** عن جزيته وجازيته فقال: قال **الفراء** :لا يكون جزيته إلا في الخير ، و جازيته يكون في الخير والشر، والجوازي معناه الجزاء جمع الجازية .

وقال الشاعرُ:

فان كنت تشكو من خليلة مخانة فتلك الجوازي عقبها مخانة[1].

مخانة[1].

---

[1] **حمداتي شبيهنا ماء العينين**،الشرط الجزائي ومختلف صوره وأحكامه،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة12،العدد12، 1421هـ-2000م،ص35.

[2] **روح البعلبكي**:المورد،قاموس عربي إيطالي،دار العلم للملايين،بيروت،لبنان،ط2،2000م،ص367.

[3] **إبن منظور**،المرجع السابق،مجلد3،ص143.

[4] الآية 74،الآية 75من سوة يوسف.

وقد يكون معناه القضاء : جزى عنِّي هذا الأمر أي قضى[2] ،وفي ذلك **قوله تعالى في كتابه العزيز:**

"**وَاتَّقُوا يَوْمًا لَا تَجْزِي نَفْسٌ عَنْ نَفْسٍ شَيْئًا وَلَا يُقْبَلُ مِنْهَا شَفَاعَةٌ وَلَا يُؤْخَذُ مِنْهَا عَدْلٌ وَلَا هُمْ يُنْصَرُونَ**" [3].

ثانيا: الجزاء في اللغة الإيطالية.

يقابل مصطلح الجزاء في اللغة الإيطالية المعاني التالية[4]:

. Punizione sanzione, sansicne penale, ammend, multa

ثالثا: الجزاء في اللغة الإنجليزية .

يقصد بالجزاء في اللغة الإنجليزية معنى penalty[5] .

الفرع الثاني: تعريف الشرط الجزائي إصطلاحا.

سيتم من خلال هذا الفرع إعطاء تعريف إصطلاحي للشرط الجزائي ، وذلك بالحديث عن تعريف الشرط إصطلاحًا﴿**البند الأول**﴾، ثم تعريف الجزاء إصطلاحًا ﴿ **البند الثاني**﴾.

البند الأول: تعريف الشرط إصطلاحا:

هو ما يتوقف ثبوت الحكم عليه ،وقد قسَّم الفقهاء بإعتبار مصدر إشتراطه إلى قسمين:جعلي وشرعي[6].

ولا يختلف الجزاء في الإصطلاح عن أظهر معانيه في اللغة ، فهو يكون مكافأة وقابل عمل الإنسان خيرا كان أو شرًّا[7].

البند الثاني: تعريف الجزاء إصطلاحا.

إن الجزاء المقصود هنا هو جزاء من حيث أن المدين أغنى صاحب الشرط وكفاه عن الضَّرر الذي وقع

---

[1] **إبن منظور**،المرجع السابق،مجلد3،ص144.

[2] **أبي نصر بن حمَّاد الجوهري**،الصِّحاح،دار الحديث،القاهرة،مصر ،حرف–الجيم–،1430هـ–2009م،ص182.

[3] الآية48،سورة البقرة.

[4] **روح البعلبكي**،المرجع السابق،ص 421.

[5] **زايد محمد العقيلة**، المصطلحات القانونية، إنجليزي = عربي ، دار الثقافة، عمان ، الأردن، ط 4، 2011، ص23.

[6] **نزيه حماد** ، معجم المصطلحات المالية و الإقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم ، دمشق سوريا، دار الشامية ، بيروت ، لبنان، ط 1، 1429 هـ/ 2008 م ،ص257.

[7] **داودي مخلوف**، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة– جامعة الجزائر 1 ، كلية العلوم الإسلامية،الخروبة ،الجزائر،مذكرة ماجستير 1432هـ–2011 م،ص 18.

عليه وهو عقوبة على المدين الذي أخلَّ بإلتزامه مع الدائن[1].

الفرع الثالث: التعريف القانوني للشرط الجزائي.

تختلف التعريفات القانونية بخصوص الشرط الجزائي ونذكرمنها على سبيل المثال:

التعريف الذي أوردته إتفاقيةBenuluxeالمتعلقة بالشرط الجزائي﴿**البند الأول**﴾،التعريف الخاص بالقانون المدني الفرنسي﴿**البند الثاني**﴾،التعريف الذي تضمَّنه القانون المدني الإيطالي﴿**البند الثالث**﴾،تعريف القانون المدني البلجيكي للشرط الجزائي﴿**البند الرابع**﴾،وأخيرا تعريف القانون الكَنَدِي للشرط الجزائي﴿**البند الخامس**﴾.

البند الأول: تعريف إتفاقية Benuluxe للشرط الجزائي.

أوردت إتفاقية **Benuluxe** المتعلقة بالشرط الجزائي تعريفا له إذ جاء فيها:

« يعتبر بمثابة شرط جزائي كل شرط يتعهد بمقتضاه المدين أنه في حالة عجزه عن تنفيذ إلتزامه سيدفع على سبيل الجزاء أو التعويض مبلغا من النقود أو أيُّ أداءٍ آخرٍ »[2].

البند الثاني: تعريف القانون المدني الفرنسي للشرط الجزائي.

عرَّف القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 من خلال المادة 1226 الشرط الجزائي على أنَّه:﴿ذلك الشرط الذي بموجبه يلتزم شخص بهدف ضمان تنفيذ الإتفاق المبرم بشيئ معيَّن في حالة عدم تنفيذه لذلك الإتفاق﴾[3].

فنلاحظ أن القانون المدني لسنة 1804 أوجب الشرط الجزائي في حالة عدم التنفيذ وإستثنى بالمقابل من ذلك حالات أخرى و منها حالة التأخُّر في التنفيذ.

أما بخصوص القانون المدني الفرنسي الجديد فانه لم يتضمن تعريف الشرط الجزائي غير أنه تطرَّق إلى مسألة تطبيقه، ومن ذلك:

« عندما يُنصُّ في العقد أن من يُقصِّر في تنفيذ إلتزامه يلتزم على سبيل التعويض بدفع مبلغ معيَّنٍ لا

---

[1] **إبراهيم رحماني**،حماية الديون في الفقه الإسلامي–دراسة مقارنة–،دارالبشائر الإسلامية،بيروت،لبنان،ط1،ج1432،1هـ–2011م،ص543.

[2] Convention beneluxe relative à la clause pénale du 26-Novembre-1973,**La HAYE, Pays-Bas**, article 04 : « Est considérée comme clause pénale toute clause selon laquelle le débiteur s'il ne satisfait pas à son obligation sera tenu à titre de peine ou indemnité au paiement de somme d'argent ou quelque autre prestation ».

[3] Article 1226 code civil français 1804 :« la clause pénale est celle par laquelle une personne pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution ».

يمكنه أن يمنح للطرف الآخر مبلغًا يزيد أو يقلُّ عن المبلغ المتَّفق عليه...».[1]

البند الثالث: تعريف القانون المدني الإيطالي للشرط الجزائي.

يقصد بالشرط الجزائي وفقا للتعريف الذي أورده القانون المدني الإيطالي المؤرخ في 16 مارس 1942 المنشور في عدد خاص ، الجريدة الرسمية العدد 79 المؤرخ في 4 أبريل 1942:

﴿ البند الجزائي، ذلك الشرط الذي بموجبه يتم الإتفاق على أنه في حالة عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ من طرف أحد المتعاقدَين يلتزم هذا الأخير بتقديم أداء معيَّن، يؤدي هذا الشرط إلى الحد من التعويض﴾[2].

البند الرابع: تعريف القانون المدني البلجيكي للشرط الجزائي.

يعرِّف القانون المدني البلجيكي الشرط الجزائي بأنه: ﴿ذلك الشرط الذي يلتزم بمقتضاه شخص في حالة عدم تنفيذ الإتفاق بدفع تعويض معيَّن نتيجة للضرر المحتمل حصوله بسبب عدم التنفيذ المذكور﴾[3].

البند الخامس: تعريف القانون المدني الكَنَدِي للشرط الجزائي.

الشرط الجزائي وفقًا للقانون المدني الكَنَدِي هو:

﴿ذلك الشرط الذي بموجبه يحدِّد الطرفان التعويض مسبقا بإشتراط أن المدين سيخضع لعقوبة في حالة ما إذا لم يقم بتنفيذ إلتزامه﴾[4] .

الفرع الرابع: التعريف الفقهي للشرط الجزائي.

سنحاول ذكر بعض التعريفات الفقهية الخاصة بالشرط الجزائي سواء تعلَّق الأمر بالتَّعريفاتِ الغَربِيةِ لا سِيَمَا التعريفات الفرنسية ﴿ **البند الأول**﴾، أو التعريفات العربية ﴿ **البند الثاني**﴾.

---

[1]Article 1231-5 du code civil francais en vigueur : «Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre».

[2]Article 1382 Italien Civil Code: March 16, 1942, Published in the extraordinary edition of the Official Gazette, n°79 of 4 April 1942«The clause:by which it is agreed that in the event of non fulfillment or delay in fulfillment,one of the contracting parties is required to perform a specific service,has the effect of limiting the compensation ».

[3] Article 1226 Code Civil Belge du 21-Mars-1804, JO, n°50, modifié par la loi du 02-Juillet-2018, JO n° 20180122858, page53455 : « La clause pénale est celle par laquelle une personne s'engage à payer, en cas d'inexécution de la convention, une compensation forfaitaire pour le dommage éventuellement subi par suite de ladite inexécution».

[4] Article 1622 du Code civil du Québec modifié en 2016 : «La clause pénale est celle par laquelle les parties évaluent par anticipation les dommages-intérêts en stipulant que le débiteur se soumettra à une peine au cas où il n'exécuterait pas son obligation».

البند الأول: التعريف الفقهي الغربي للشرط الجزائي.

يعرَّف بأنه : ﴿ الشرط الجزائي هو الذي بمقتضاه يقدِّر المتعاقدان مسبقا التعويض الواجب على المدين أدائه في حالة التأخير في التنفيذ أو عدم التنفيذ، ونجد هذا النوع من الشروط مثلا في عقد المقاولة كحالة التأخير في التنفيذ وذلك عندما يلتزم مقاول ببناء عمارة و يقرِّر أنه إذا لم يُتمم إستكمال بناء العمارة في الأجل المتفق عليه سيدفع مبلغا معينا عن كل يوم تأخير﴾[1].

ويعرِّفه آخر بالقول:

﴿الشرط الجزائي هو وعد للغير،أعدك بأنَّ**TITIUS** سيدفع لكم مثل هذا العبد ،وإذا لم يدفع لكم **TITIUS** أعدكم بدفع **100 resteres –عُملة قديمة–** ، ولتجنُّب دفع هذه الغرامة سوف أستخدم كل نفوذي لدى **TITIUS** من أجل أن يَدفع لكم**TITIUS** العبد﴾[2].

فيما يُعَرِّفُهُ آخر:

﴿الشرط الجزائي هو الذي بمقتضاه يحدد الطرفان مسبقا تعويضا جزافيا ثانويا، والأكثر شيوعا هو مبلغ من النقود والذي سيدفع من طرف المدين في حالة عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ﴾[3].

البند الثاني: التعريف الفقهي العربي للشرط الجزائي.

يُعرِّف **عبد الرزاق السنهوري** الشرط الجزائي بأنه :

﴿ إتفاق الدائن و المدين على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم بإلتزامه وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ، أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه وهذا هو التعويض عن التأخير.

---

[1] **FRANCOIS Terré, PHILIP Simler, YVES Lequette**,droit civil , les obligations , DALLOZ, 7eme édition ,1999, p 567,568 : « la clause pénale est celle par laquelle les contractants évaluent par avance les dommages –intérêts dus par le débiteur en cas de retard ou d'inexécution , on trouve des stipulations de se genre par exemple dans les contrat d' entreprise pour le cas de retard dans l'exécution ,un entrepreneur s'engage à construire un bâtiment , mais il est convenu que si le bâtiment n'est pas achevé dans le délai convenu il payera telle somme par jour de retard ».

[2]**JEAN Maqueron** , histoire des obligations , le droit romain , centre d'histoire institutionnelle et économique de l'antiquité romaine , 1971 ,p 384 : « stipulation poena c'est une à la promesse pour autrui : je promets que **TITIUS** vous fournit tel esclave , si **TITIUS** ne vous le fournit pas , je vous promets 100 resterces et pour éviter de payer cette pénalité j'userai de toute mon influence auprès de **TITIUS** pour qu'il vous fournisse l'esclave ».

[3] **CHRISTINE Biquet Mathieu** : les clauses pénales,rapport Belge, journée trilatérales,«questions choisies de droit privé »,Espagne,Québec,Belgique,le 28 et le 29octobre2010,Barcelone,Espagne,organisée par **Association HENRI Capitant**,p2:« la clause pénale est celle par laquelle les parties fixent à l'avance une prestation forfaitaire accessoire ,le plus souvent une somme d'argent , qui sera due par le débiteur pour le cas où il serait en état d'inexécution ou de retard d'exécution».

هذا الإتفاق يسمَّى بالشرط الجزائي ، وسميَّ بالشرطِ الجزائيِّ لأنَّه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه ، ولكن لا شيئ يمنع من أن يكون في إتفاق لاحق لهذا العقد.

مع الإشارة في هذا الصدد إلى أنه وفقا لرأي **ديموج** فإن الشرط الجزائي يصحُّ أن يكون مبلغا من النقود كما يصحُّ أن يكون شيئا أو عملا أو إمتناعا أو تقصير ميعادٍ في إستعمال الحق ، أو تشديد في شروط إستعماله أو تغيير مكان تنفيذ الإلتزام﴾[1].

بينما يعرِّف **وهبة الزحيلي** الشرط الجزائي على أنه :

﴿هو إتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقّه من شُرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما إلتزم به أو تأخر في تنفيذه[2]﴾.

ويعرِّف **نزيه حماد** الشرط الجزائي بـ:

﴿ بالمفهوم الحديث هو إتفاق بين العاقدين على تقدير مسبق للتعويض الذي يستحقه الدائن أو الملتزم له إذا لم ينفذ الملتزم أو المدين إلتزامه أو تأخر في تنفيذه[3]﴾.

المطلب الثاني: نشأة الشرط الجزائي.

فكرة الشرط الجزائي ليست وليدة الساعة وإنما هي نتاج العديد من المحاولات في مختلف الأنظمة التشريعية .

وللإطلاع عن كثب فيما يخص الشرط الجزائي سنتطرَّق إلى17 قانونا،سواء كانت هذه القوانين قوانين قديمة﴿**الفرع الأول**﴾ ، أوحتَّى قوانين معاصرة خاصة المدنية منها﴿**الفرع الثاني**﴾.

الفرع الأول: الشرط الجزائي في القوانين القديمة.

في رَأْيِ البعض فإن القوانين القديمة تضمَّنت تِقنية الشرط الجزائي ومن ذلك:

القانون البابلي﴿**البند الأول**﴾، القانون المصري القديم﴿**البند الثاني**﴾، القانون الفينيقي﴿**البند الثالث**﴾، القانون اليوناني﴿**البند الرابع**﴾ ، القانون الروماني﴿**البند الخامس**﴾ ، القانون الكَنَسِيُّ ﴿**البند السادس**﴾ ،والقانون المدني الفرنسي القديم ﴿ **البند السابع**﴾.

---

[1] **عبد الرزاق السنهوري** ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المرجع السابق، ص 852.

[2] **وهبة الزحيلي**،موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر، سوريا،2010،الجزء13، ص 261.

[3] **نزيه حماد**،معجم المصطلحات المالية والإقتصادية في لغة الفقهاء،المرجع السابق،ص257.

البند الأول : الشرط الجزائي في القانون البابلي.

في مجال الإلتزامات عرَف تقنين **حمورابي** فكرة الشرط الجزائي حيث أنه متى نشأ الإلتزام صحيحا وجب على المدين تنفيذه سواء القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل .

وذلك ليضمن كل منهما تنفيذ الإلتزام كما ينص عليه العقد ففي حالة الإخلال يوقَّع على الطرف المُخل الشرط الجزائي[1].

كما تضمَّن عقد البيع و النِّكاح في القانون **البابلي** شرطا هو عبارة عن عقوبة مالية تُطبَّق على من يرجع عن العقد فإعتبر هذا بداية لما يُعْرَفُ بالتَّعويض الإتفاقي[2].

البند الثاني : الشرط الجزائي في النظم المصرية القديمة.

خلال هذه الحقبة صدرت عدة مدونات منها مدونة **بوكوريس** مؤسس الأسرة الرابعة و العشرون ، وقد بدأ حكمه سنة 720 قبل الميلاد إلى 715 قبل الميلاد[3]،وإحتوت هذه المدوَّنة على تنظيم الحقوق العامة و الخاصة وكيفيات إكتسابها وإثباتها و العقوبات المتصلة بها[4].

فكان طرفا العقد يتفقان على إدراج شرط جزائي يوقَّع على من تأخَّر أو تخلَّف عن الوفاء بتعهده ، وقد يمثل هذا الشرط نوعًا من الإكراهِ البدنيِّ كالنَّصِ على عقوبة بدنية كالضرب مثلا ،وقد يكون نوعا من الإكراه الماليِّ وذلك بالنص على إلتزام المدين الذي يتأخَّر أو يمتَنِعُ عن تنفيذ إلتزامه بدفع غرامة مالية للدَّائن وكانت تلك الغرامة واجبة الأداء دون حاجة إلى إستصدار حكم قضائي بذلك[5].

البند الثالث : الشرط الجزائي في القانون الفينيقي.

من الممكن القول أن الفيفقيين عَرَفوا هم أيضا فكرة الشرط الجزائي ، خاصة إذا علمنا أن حضارتهم مبناها على التِّجارة .

---

[1] **داودي مخلوف**،المرجع السابق،ص28.

[2] **بورنان العيد**،دورالقاضي في التعويض الإتفاقي،مذكرة ماجستير،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة الجزائر1،2014-2015 م، ص7.

[3] **صالح فركوس**، تاريخ النظم القانونية والإسلامية، دار العلوم،للنشر والتوزيع، عنابة ، الجزائر، 2001،ص 23 .

[4] **عجة الجيلالي**،مدخل للعلوم القانونية،دار **BERTI** للنشر،الجزء2،الجزائر،2009،ص44.

[5] **داودي مخلوف**،المرجع السابق،ص30 نقلا عن د عبد العال:تاريخ النظم القانونية والإجتماعية،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت،لبنان،2004،ص73.

وما يزيد هذا تأكيدا هو تعاملهم بنظام العربون الذي لهُ وجه تشابه ظاهري مع الشرط الجزائي[1].

البند الرابع : الشرط الجزائي في القانون اليوناني.

الجدير بالذكر أن كلمة " **يوناني**" التي نستعملها في اللغة العربية هي تحريف لكلمة "**أيوني**" و الأيونيون هم أصلا سكان مقاطعة **IONIA** في آسيا الصغرى ، وفي ظل هذه المرحلة صدرت كذلك العديد من المدونات القانونية ومن أهمها : **قانون ليكرجس، قانون دراكون، قانون صولون**[2].

ولقد عرف اليونانيُّون فكرة الشرط الجزائي ولم يكن هناك مانعٌ من تطبيقه وذلك يعود إلى إنتشار القرض بالفائدة الذي كان منتشرا عندهم سواء على مستوى الأفراد أوعلى مستوى الدولة التي كانت كانت تلجأ إلى القرض لتغطية حاجاتها المستعجلة كتلك التي تنجم عن الحرب .

وفرَّقَ الإغريق بين نوعين من القرض بالفائدة وهما:

- القرض البري « **prêt terrestre** »
- القرض البحري أو ما يسمى قرض المغامرة الكبرى[3] « **le prêt a la grosse aventure** ».

وهذا التمييز إنما كان من حيث المخاطر، فالقرض البَرِّيُّ ليس فيه بالنسبة للمقرض إلا خطر واحد وهو إنعدام ملاءَة المدين ،أما القرض البحري فهو معرَّض لكل الأخطار التي تخضع لها المراكب وحمولتها فالبحر في العصر القديم يعتبر مغامرة غير مأمونة العواقب وعملية الإبحار من قبيل المخاطر الجسيمة[4] فكان معدَّل الفائدة يزداد طردا مع هذه الأخطار نفسها[5].

ومن ثَمَّ كانت الفائدة العادية بنسبة 12% سنويا للقرض غير التجاري، وبنسبة 16% و17 % للقرض التجاري، أما المعدل البحري فكان يتراوح مابين 20 % إلى 40 % ،و ربَّما يصل إلى 60 %[6].

و من هنا كان الدَّائنون في اليونان يؤمِّنون أنفسهم ضد خطر عدم تنفيذ المدين إلتزامه ، فأوجدوا الشَّرط الجزائي .

---

[1] **داودي مخلوف**،المرجع السابق،ص31.

[2] لتفاصيل أكثر يرجى من القارئ"ة"الكريم"ة"مراجعة:**صالح فركوس**،المرجع السابق ص27،**عجة الجيلالي**،المرجع السابق، المرجع السابق،ص 45.

[3] **رفيق يونس المصري**، مصرف التنمية الإسلامي،مؤسسة الرسالة،بيروت ، لبنان ، ط 1، 1397هـ-1977 م، ص 93.

[4] **عجة الجيلالي**، عقد المضاربة في المصارف الإسلامية ، دار الخلدونية، القبَّة ، الجزائر، 2006،ص31.

[5] بمعنى علاقة طَرْدِيَةٌ كلَّما إزدادت الأخطار زاد معدل الفائدة.

[6] **يونس المصري** ، مصرف التنمية الإسلامي، المرجع السابق، ص 93.

وكمثال على ذلك ما يعرف بقاعدة**hemolion** .

وتعني أن يدفع المدين قيمة الشيئ مرة ونصف ، وكذلك قاعدة **دفع الضعف stipulation en double**، أي أن يدفع المدين ضعف الدَّيْنِ[1].

و كمثال آخر كذلك في نفس السِّياق ماعُرِفَ بمبدأ إقتطاع جزء من مبلغ القرض مسبقا وذلك عند منح القرض بحجة القبض المستقبلي للفوائد[2].

ومثال آخر على ذلك ما أشار إليه**MARUANI** في عقد قرض تم مابين مدينة **ARKISSINÉ** وأحد رجال البنك **ALEXANDROS** حيث تضمَّن هذا العقد شرطا جزائيا بأنه في حالة عدم دفع المدينة الفوائد في تاريخ إستحقاقها سيدفع أمين خزينة المدينة ضعف الفوائد وهو ما دفع **MARUANI** إلى الإعتراف بأن الإغريق مارسوا عمليا الشرط الجزائي إذ يقول: ﴿ أن الشرط الجزائي عند الإغريق وُجد بالقياس إلى الجزاءات المنصوص عليها في القانون الجنائي الإغريقي ، والشرط الجزائي ماهو إلا جزء منه إنفصل عنه ليتطور على مسرح القانون المدني ، وخير دليل على ذلك أن الجزاءات المتفق عليها التي يفرضها الدائنون على مدينهم هي نفس الجزاءات في القانون الجنائي﴾[3].

ومن بين الأمثلة المُهمَّة عن تطبيق تِقنية الشرط الجزائي والذي يُعتبر من أبرز الأسباب التي دعَّمت وجهة نظرنا المتواضعة من أن غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية تجدُ مصدرها في الشرط الجزائي هوما نصَّ عليه القانون الإغريقي من تضمين المناقصة شرطا جزائيا[4]، إذ كان المقاول يلتزم بإنهاء أعماله في وقت محدد و إذا تأخَّر في ذلك فإنه يدفع غرامة تأخير ويُعرَضُ العمل الذي لم يُتمِمهُ المقاول للمناقصة من جديد[5].

مع الإشارة إلى أن الشرط الجزائي في هذه الحقبة تميز بالقساوة و الإستغلال ، فقد كان بالإمكان تحديد نسبة مرتفعة ومُبالغ فيها لنسبة الشرط الجزائي ، وأن القوة القاهرة لا تعفي من الشرط الجزائي ، وأن الشرط الجزائي يطبق كليًّا حتى في حالة قيام المدين بالتنفيذ الجزئي خاصة إذا عَلمنا أن مثل هذه

---

[1] **نجاري عبد الله**: المرجع السابق،ص 20.

[2] **يونس المصري** ، مصرف التنمية الإسلامي، المرجع السابق، ص 94.

[3] **نجاري عبد الله** : المرجع السابق،ص21 .

[4] هذه واحدة من الأسباب التي جعلت الباحث يتطرق إلى موضوع الشرط الجزائي قبل الحديث عن تطبيق غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية ، فيمكن القول أنها وُلدت من رَحِمِ الشرط الجزائي.

[5] **نجاري عبد الله**: المرجع السابق،ص 20.

الممارسات كانت مدعومة ومؤيَّدة من طرف بعض الفلاسفة اليونانيين الذين دافعوا عن نظرية الفائدة في القروض وهو ما إنعكس سلبا على المدينين ومن أولئك **DEMOSTHENE** الذي يقول :

﴿ ينبغي إبداء أكثر من العناية و الإهتمام بالمُقرِض، لأن المُقتَرِض يَتَسَلَّمُ نَقدًا بِالفِعلِ ويُصبِحُ مَالِكًا لَهُ في الحَالِ وَيَتَصَرَّفُ بِهِ كَمَا يَرِيدُ ، في حِينِ أَنَّ المُقرِضَ لاَ يَحصُل إلاَّ عَلَى وَرَقَةٍ صَغيرَةٍ عَلَيهَا مُجَرَّدُ وَعدٍ بالرَّدِّ﴾.

وفيم بعد تمَّت محاولة كسر جموح الشرط الجزائي لاسيما بعد أن تعالت الأصوات المندِّدة بالقرض بالفائدة ففي ذلك يقول **أفلاطون** في سياق حديثه عن المدينة الفاضلة :

﴿ أَنَّ عَلَى المُقتَرِضِ أَن لاَ يَدفَعَ الفَائِدَةَ بَل عَلَيهِ أَن لاَ يَدفَعَ رَأسَ المَالِ نَفسَهُ﴾[1].

فيما يقول **أرسطو**[2]:

﴿ النقد لا يلد النقد، النقد عقيم﴾.

البند الخامس : الشرط الجزائي في القانون الروماني.

يعتبر القانون الروماني مصدر إلهَامٍ لعديد القوانين الغربية خاصة القانون الفرنسي الذي إقتبس منه عدَّة مسائل،لذلك فإن الحديث عن الشرط الجزائي في القانون الروماني سيكون متميِّزًا مقارنة بالقوانين السابقة بِحُكْمِ أن الشرط الجزائي قد لَعِبَ دورًا أساسيًا في القانون الروماني[3]، خاصة مسألة تطبيق هذا النوع من الشروط حيث أنَّ هذا الأخير سبَّبَ جَدلاً واسعا في العهد الروماني وذلك نتيجة لتحريم الزيادة على رأس المال مُطلقًا خاصة في الإلتزامات التي محلُّها أداء مبلغ من المال.

فلقد حرَّمت الإمبراطورية الرومانية أكلَ الفائدة وتطوَّر هذا المبدأ بالتدريج مع توسُّع الإمبراطورية وسُلطان طَبَقَةِ النُّبَلاَءِ .

وأمام هذا التطوُّر الذي جَاوَزَ الحَدَّ سَنَّ الرُّومان قوانين لحماية المدينين ، ولكن فيما بعد أدَّت الوضعية الإقتصادية و الإجتماعية إلى وجود القرض بفائدة[4].

---

[1] **رفيق يونس المصري**، مصرف التنمية الإسلامي المرجع السابق ، ص 91.

[2] رفيق**يونس المصري**، مصرف التنمية الإسلامي ، نفس المرجع ،ص 91.

« L'argent n'engendre pas de l'argent, d'argent est sterile».

[3] **ALEXANDRE Demeyer**: étude comparative de la clause pénale en droit civil français et en comman Law,thèse, bibliothèque nationale,Canada, 1999 p 3 « la clause pénale a joué un rôle fondamentale en droit romain ».

[4] **رفيق يونس المصري**، مصرف التنمية الإسلامي ، المرجع السابق، ص 94.

وهو ما يُعتبر بمثابةَ مخالفةٍ لمختلف القوانين التي تمنعُ الفائدة، فَموقِفُ القانون الرومانِيِّ في هذا المجال يختلفُ تمامًا عمَّا هو الحال عليه في التشريعات القديمة :القانون العِبري، القانون الكَنَسِي ، الشَّريعةُ الإسلاميةُ- ، التي تُحَرِّمُ -يقصد التشريعات القديمة الثلاثة-فكرة الفائدة مهما كانت النسبة[1].

و تمخَّض عن إباحة الفائدة إمكانية تطبيق الشرط الجزائي في القانون الروماني، بل أصبح الشرط الجزائي شائعَ الإستعمال في جميع تصرُّفات الحياة اليومية فقد إستُعمل في عقد القرض وخاصَّة عقد القرض ذو المخاطر الجسيمة لضمان إسترداد مبلغ القرض عند حلول الأجل، و في عقود المقاولات لضمان تنفيذ العمل في الوقت المحدد...وفي غيرها من التصرُّفات القانونية الشائعة والمعروفة منذ أقدم العصور[2]، مع الإشارة إلى أن تطبيق الشرط الجزائي في ظل القانون الروماني تم وفق الشكلين الآتيين:

أولا:الشكل الأول للشرط الجزائي في ظل القانون الروماني.

كان الشرط الجزائي وفقًا لهذا الشكل متَّسِمًا بالطابع العقابي، فيعتبر عدم التنفيذ بمثابة تحقق الشَّرط الذي بمقضاه يستحقُ الشرط الجزائي ، فيكون للدَّائن حق طلب الجزاء والتعويض معا،الأمر الذي إنكعسَ على نظام تطبيقه،إذ كانت العقوبة تطبَّق بدون إعذار، و المدين لا يتحرَّر من إلتزامه لا بتعرِّضه للضرر أو الخسارة ، ولا بالحادث الطارئ " القوة القاهرة" ، وأخيرا تطبيق العقوبة مستحقَّة في مجملها حتى ولو كان عدم التنفيذ جزئيا[3].

ولا بأس في هذا المقام أن نَعرِضَ مثالا تمَّ فيه التطبيق الكلِّي للشرط الجزائي رغم التنفيذ الجزئي للإلتزام: ففي إحدى المعاملات التجارية تسلَّم بائع يسمَّى **LUCIUS** مبلغا ماليا من مشتري لم يُذكر إسمه ،وكان هذا المبلغ ثمنا لبضاعة يتوجب على**LUCIUS** تسليمها في الموعد المحدد،وفي حالة الإخلال بموعد التسليم يتعرَّض هذا الأخير إلى شرط جزائي يتمثل في دفع مبلغ من المال.

فقام البائع **LUCIUS** بتسليم المشتري جزء من البضاعة وقبل أن يُكمِلَ الجزء الباقي تُوُفِّيَ**LUCIUS** وزيادة على ذلك فإن ورثة البائع **LUCIUS** لم يقوموا هم أيضا بإستكمال الجزء المتبقي من البضاعة

---

[1] **JEANE Maqueron ,** op,cit, p 79 « l'attitude de droit romain en cette matière fut très différente de celle de beaucoup de législations anciennes , le droit hébreux, le droit canonique, le droit musulman, prohibent la perception d'intérêt quel qu'en soit le taux».

[2] لتفاصيل أكثر يرجى من القارئ"ة" الكريم "ة" مراجعة: **أحمد إبراهيم حسن** ، الأصول الرومانية لفكرة الشرط الجزائي، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، مصر، ص 153.

[3] **ALEXANDRE Demeyer**, op.cit, p 2 « Ce caractère de punitif se reflète dans son régime, en effet la peine due sans mise en demeure,le débiteur n'étant libéré ni par la perte , ni par cas fortuit–force majeure-, enfin la peine était exigible dans sa totalité même en cas d'inexécution partielle ».

التي يتوجب تسلِيمها في الوقت المحدد، فنحن هنا أمام صورة واضحة لتطبيق الشرط الجزائي ويطبَّق هذا الشرط حتى في حالة القوة القاهرة المتمثلة في موت البائع**LUCIUS** .

والسؤال الذي يطرح نفسه:

هل يلتزم ورثة**LUCIUS** بدفع مبلغ الشرط الجزائي كاملا **100%**، أم يدفعون مبلغ الشرط الجزائي محسوبًا على أساس ما تبَّقى من العمل؟ ،فيجيب **بولس** بأن المشتري يمكنه أن يرفع على ورثة البائع دعوى الإشتراط للمطالبة بكل الجزاء المشروط، فوفقًا لهذا الرأي أن التنفيذ الجزئي لا يعفي المدين من دفع كل الشرط الجزائي.

وبعبارة أخرى فإن الوفاء الجزئي لم يُرتِّب تخفيفا لمسؤولية المدين عن الشرط الجزائي، حيث يظلُّ إلتزامه بعد التنفيذ الجزئي كَمَا كان قبله دون أي تعديل ويعدُّ كَحُكمِ من لمْ يُنَفِّذ أيَّ شيء ممَّا إلتزم به، ومن ثَمَّ يكون مُجبرًا على دفع كل الجزاء المشروط[1].

ثانيا:الشكل الثاني للشرط الجزائي في ظل القانون الروماني.

شَهِدَ الشرط الجزائي نوعًا من المرونة في التطبيق فتضمَّن هذا الشَّكل صياغة جديدة تتمثل في الطابع التعويضي للدَّائن عن ما لحقه من ضرر نتيجة لعدم قيام المدين بتنفيذ الإلتزام.

وبذلك يكون الطابع العقابي للشرط الجزائي في ظل التشريع الروماني أخذ ليتَّجه نوعًا ما إلى الجانب التعويضي ، إذ أن هذا الإشتراط الجديد يسمح بتجنُّب الجَمعِ بينَ العقوبة والتعويض عن التأخير[2].

البند السادس : الشرط الجزائي في القانون الكنسي.

يستمد هذا القانون أحكامه من أخلاق الدِّين المسيحيِّ ومن القرارات البابَوِية و أحكام المجامع الكنسية وتقاليد الكنيسة في الشرق و الغرب على السَّواء ، كما إستمدها أيضا من القانون الروماني[3].

وإرتبط تطبيق الشرط الجزائي في هذه المرحلة كذلك بمسألة الفائدة على رأس المال ، فلقد كانت الكنيسة

---

[1] تم إضفاء بعض التعديلات على المثال من طرف الباحث **خالد خليفة** وذلك فيما يتعلق بسرد الوقائع لتوضيح وتقريب الصُّورة بشكل أحسن ممَّا كان عليه من قبل بعد نقل الوقائع عن **أحمد إبراهيم حسن**،المرجع السابق،ص153 نقلا عن : **PAOLO Frezza**

le garanzie dell obligazioni corso diritto romano, vol primo, le garrnzie persnali, padora, 1962,p340.

[2]**ALEXANDRE Demeyer**, op.cit, p 2 « Au cours de la législation romaine un peut de son caractère de peine pour s'orienter vers le coté réparateur, cette nouvelle stipulation permettant d'éviter le cumul de la poena et des dommages intérêts».

[3] **داودي مخلوف**،المرجع السابق،ص33.

تحرِّم كل زيادة على رأس المال .

ومن هنا فإن الحديث عن الشرط الجزائي في هذه المرحلة مرتبط بالحديث عن تحريم الفائدة في هذه الفترة على رجال الدين﴿ **أولا**﴾، ثم تحريمها على العُمُومِ﴿ **ثانيا**﴾، وفيما بعد التطرُّقُ إلى تطبيق الشرط الجزائي كإحدى الحِيَلِ المُفْتَعَلَةِ للتَّحايُل على تحريم الفائدة﴿ **ثالثا**﴾، و أخيرا إجازة الشرط الجزائي كتعويض وليس كفائدة﴿**رابعا**﴾.

أولا: تحريم الفائدة على رجال الدين " الإكليروس" في القانون الروماني:

إذ أنَّه في سنة 325 م قصَرت جمعية رجال الدِّين أو مايسمَّى **consile de nicée** تحريم الفائدة على رجال الدِّين فقط دون عموم الناس[1]،وفي ذلك يقول القدِّيس **Saint Grégoire de nysse**: ﴿ إن الرِّبا هو نتيجة إتِّحاد أو إقتران يُخالِف الفطرة **union contre la nature** له القدرة على جعل الأشياء العقِيمة والجامدة الخالية من الرُّوح قابلة للإنسالِ ، في حين أن الفطرة لم تعط الخصوبة إلا للكائنات الحية الحيوانية " ذات الرُّوح" التي يوجد منها جنسان ذكر و أنثى ، أليس هذا تأكيد أقل صرامة على العقم الفطري؟﴾[2].

ويُحرِّم الكنسيُّون القرض بالفائدة على أساس آية الإنجيل –التحريم المطلق للكنيسة المسيحية للإقراض بفائدة–التي تُحرِّم الرِّبا،ووفقًا كذلك للمبدأ الذي الذي صاغه **أرسطو** في سياسته وهو أن النقد عقيم ،فالنقد لا يلد النقد[3].

ثانيا: تحريم الفائدة على العموم في القانون الروماني:

في ظل هذه المرحلة تعالت الأصوات الدِّينية المُنَدِّدةُ بالفائدة بين الناس فيقول في ذلك القديس **Saint jean chrystome** مستندا على خُلق المسيح في كتاب **اللاَّهوت** صفحة 2326 : ﴿ في النَّقد الحَسَّاسِ حرَّم الله أكل الفوائد لأي سبب كان ولماذا ؟ لأن كل واحد من المتعاقدين يتضرر بذلك تضررا كبيرا، ففي حين أن فَقْرَ أحدهم يشتدُّ فإن الآخر يكسب عددا من الخطايا يزداد بزيادة ثروته﴾[4].

---

[1] **نجاري عبد الله**،المرجع السابق،ص26.

[2] **رفيق يونس المصري**،مصرف التنمية الإسلامي،المرجع السابق،ص99.

[3] **JEAN Maqueron,**op.cit,p79«Les canonistes fondent le prohibition du prêt a intérêt sur un passage des Evangiles – mutuum date mihil inde sperantes- et sur le principe formulé par ARISTOTE dans sa politique Argent ne fait pas de petits».

[4] **رفيق يونس المصري**، مصرف التنمية الإسلامي ،المرجع السابق،ص101.

ويقول القديس**Saint jérome** برجوعه إلى النصِّ العِبريِّ : ﴿ يرى بعضهم أن الرِّبا لا يكون إلا في النَّقد ،وإذ ينبِّؤُ الكتاب المقدَّس بِوُقُوعِ هذه الخطيئة فهو يُحَرِّمُ الزيادة في أي شيئ كان حتى لا يأخذ أحدهم أبدا أكثر ممَّا أعطى ، ففي الرِّيف يُمَارَسُ الرِّبا في القمح والذرة وفي الخمر والزيت وسائر الأطعمة والأرزاق فهذا هو الرِّبا الذي يسمِّيه الكتاب زيادة﴾[1].

ونتيجة لذلك وبعد أن إتَّحدت الكنيسة والإمبراطورية في عهد **شارلمان** تم تحريم الفائدة سنة 789 م[2]، وتَمَّ ذلك فِعلاً في الإنذار العام لمدينة **أكس لا شابيل** ،وبذلك تم إعلان تحريم الرِّبا على الشعب لأول مرَّة في التشريعات المدنية فبعد أن كان تحريم الرِّبا مقتصرًا على رجال الدِّين منذ **القرن الخامس**، فإنه إعتبارا من هذا التاريخ مُنِعَ مَنعًا باتًّا على أيٍّ كانَ أن يُقرِضَ بالرِّبا [3].

ثالثا: تطبيق الشرط الجزائي كوسيلة للتحايل على تحريم الفائدة:

من البديهي جدا أنَّ أصحاب رؤوس الأموال خلال هذه الفترة لن يَقِفُوا مكتوفِي الأيدي أمام تحريم الفائدة بل سيحاولون جاهدين إيجاد ثغرات وآليات تسمحُ بممارسة أعمالهم وفقًا لِمَا كان عليه الحال قبل تحريم الفائدة على عموم الناس كما أسلفنا سابقا، فلجؤوا إلى عدة طرق تُمَكِّنُهُم من إستعادة رؤوس أموالهم و فَوْقَهَا فائدة معينة[4]،ومن ضِمن هذه الميكانيزمات التي وُجدت خلال هذه المرحلة فكرة الشرط الجزائي.

فكيف كان ذلك ياتُرى؟.

أمام الإنتشار الواسع للتعامل بالفائدة في المعاملات التجارية قبل التحريم على عموم الأفراد ، فإن تحريم الفائدة في نظر البعض أثقل واقعيا و بِشدَّةٍ كاهل الحياة الإقتصادية في العصور الوسطى، مما أدَّى إلى التحايل على هذه الفائدة بإدراج شرطٍ جزائيٍّ بمقتضاه يلتزمُ المدين بدفع مبلغ معيَّنٍ في حالة التأخير أو عدم تنفيذ الإتفاق[5].

---

[1] **رفيق يونس المصري**، مصرف التنمية الإسلامي،المرجع السابق، ص101.

[2] **نجاري عبد الله**، المرجع السابق، ص 26.

[3] **رفيق يونس المصري**، مصرف التنمية الإسلامي ،المرجع السابق ، ص 109.

[4] من ذلك فكرة حالة الضرورة ، الدوطة أو مايسمَّى المهر، أموال القاصرين، جبال الرحمة، التعويض عن الضرر ، مبدأ الربح الفائت، لتفاصيل أكثر يرجى من القارئ"ة" الكريم"ة" مراجعة **رفيق يونس المصري**، مصرف التنمية الإسلامي ،نفس المرجع ، ص 110.

[5] **ALEXANDRE Demeyer**, op.cit, p 8 « En effet cette prohibition qui grevait fortement la vie des affaires au moyen âge fut contournée par l'insertion d'une clause pénale par lequelle le débiteur s'engageait à payer une certaine somme en cas de retard ou inexécution de la convention».

فدرج العملُ على إستعمال شرط مقتضاه يلتزم المدين بدفع مبلغ ما كغرامة في حال عدم تسديد رأس مال القرض في الإستحقاق[1].

ويتم ذلك في شكل نسبة مئوية[2].

غير أنَّه أمام لجوء البعض إلى الشرط الجزائي ومحاولتهم التحايل على القاعدة العامة المتضمِّنة حظر التعامل بفائدة القروض تفطَّن رجال الكنيسة إلى هذه الحيلة فقاموا في بداية الأمر بتمحِيص وتشخيص هذه الفكرة فإكتشفوا أن الشرط الجزائي والرِّبا وجهانِ لعملة واحدة ، و أن الشرط الجزائي ماهو إلا وسيلة لممارسة الرِّبا.

وفي ذلك يقول أحد رجال الدين:

Rebert de courcon في كتابه **Su samma casibus** : ﴿ يوجد في هذا العقد ربًا لكن مَخْفِيٌّ في شَكل شَرطٍ جَزَائِيٍّ﴾[3].

وأمام هذا الوضع حاول رجال الكنيسة في هذه المرة إيجاد مَخرَجٍ أو فتوى في نظرهم تسمح بممارسة الشرط الجزائي وإن كان وفق قَوَاعِدٍ وأُسُسٍ خَاصَّةٍ، فتعددت الآراء حول هذا الموضوع وظهرت عدة نظريات كل بإسمها[4].

1: نظرية نِيَّة الدائن.

مقتضى هذه النظرية أن يتم الإعتماد على نيَّةِ الدَّائنِ المُشتَرِط للشرط الجزائي فحاول أصحاب هذه النظرية أولا إقامة تفرقَةٍ على أساس نيَّة الدائن.

فمتى كانت نيَّتُه في إدراج الشرط الجزائي تَتَّجه إلى حَثِّ مدينِهِ ودفعه إلى التعجيل في قضاء دَينِه كان الشرط الجزائي صَحِيحًا، أما إذا كانت نيَّة الدائن تَتَّجه إلى التحايل على الرِّبا إعتبر الشرط باطلاً[5].

ولكن تطبيق هذه النظرية يكون صعبا نوعا ما خاصة ما تعلق بمسألة النَّوايا،الأمر الذي أدَّى إلى صياغة نظرية جديدة.

---

[1] **رفيق يونس المصري**، مصرف التنمية الإسلامي ،المرجع السابق ، ص 110.

[2] **نجاري عبد الله**، المرجع السابق، ص 26.

[3] **نجاري عبد الله**، نفس المرجع، ص 26.

[4] تم تسمية وترتيب هذه النظريات من طرف الباحث **خالد خليفة** .

[5] **ALEXANDRE Demeyer**,op.cit,p8«Tout d'abord ils essayèrent d'établir une distinction fondée sur l'intention du stipulant : si son intention était d'inciter son débiteur à être diligent alors la clause pénale serait valable, mais si l'intension du créancier était de contourner la prohibition de l'usure, de facto elle serait réputée nulle».

2: نظرية Raymond de Penfort.

إقترح هذا الأخير معيارًا موضوعيًّا:

يقوم على قَرِينتين[1]:

أ- القرينة الأولى لتطبيق نظرية Raymond de Penfort.

تقتضي أنه :

متى تعوَّد الدائن القيامَ بالرِّبا يُفتَرَضُ فيه أنه إشترط الشرط الجزائي ربًا وليس تهديدا ماليا.

ب- القرينة الثانية لتطبيق نظرية Raymond de Penfort.

تقضي بأنه :

من إشتَرَط شرطا جزائيا في شكل أقساط تُدفع في أوقات محدَّدة يُفترضُ فيه أنَّه يَقصِدُ الرِّبا.

إنتقد هذا الرأي خصوصا أن القرينة الأولى لا يمكن تطبيقها على القرض بفائدة.

أما القرينة الثانية فقد إستطاع الدائنون الإفلات و التخلص منها بمبالغ جزافية بدلا عن الأقساط ،وهو مادفع برجال الكنيسة إلى إيجاد معيار آخر لتطبيق الشرط الجزائي.

3: نظرية الحاشية الكبرى.

حاولت هذه النظرية ربط الشرط الجزائي بنوع الإلتزام الأصلي:

فإذا أُضيف الشرط الجزائي إلى إلتزام بعمل أو بأداء شيئ معيَّن بالذات فإنه يكون صحيحا لأن خطر التدليس وشبهة الرِّبا تكونُ مُنْتَفِيَةً.

أما إذا أُضيف الشَّرط الجزائي إلى إلتزام محلَّه مبلغ من النُّقود فإن الرِّبا يكون مُفترضًا[2].

يُمكن القولُ أن هذه النظرية لم يكتب لها النجاح ، لأنها أباحَت الشرط الجزائي على عدم تنفيذ الأعمال ، وحَرَّمتهُ على التَّأخيرِ في سدادِ الدُّيونِ .

لذا كان لزامًا على رجال الكنيسة العملُ على صياغة نظرية أخرى تُبرِّر في نظرهم ممارسة فكرة الشرط الجزائي على الدُّيون أيضًا لتعويض الدَّائن عن تأخُّرِ مدِينه في تنفيذ إلتزامه.

رابعا: نظرية التعويض لتطبيق الشرط الجزائي.

---

[1] **نجاري عبد الله**،المرجع السابق،ص27.

[2] **أحمد إبراهيم حسن** ، المرجع السابق، ص 156.

نتيجة لقصور النظريات الأخرى في إيجاد طريقة شرعية في نظر الكَنسيِّين تسمح بتطبيق الشرط الجزائي تَمَّ البحثُ عن نظرية أخرى ،ووَصَلَ بهم المَطَافُ إلى إعتماد التعويض كأساس لتطبيق فكرة الشرط الجزائي.

فسَمح الكنسيون لإعتبارات دِينية محضة – **تحريم اللاهوت للقرض بفائدة**– بتطبيق فكرة الشرط الجزائي وذلك على أساس التعويض[1].

ومن هنا أصبح تطبيق الشرط الجزائي مسموحا به في القانون الكنسي وذلك ليس بهدف معاقبة المدين، و إنَّما مراعاةً لظُروف الدَّائن و حقِّه في الحصول على تعويض إذا ما تسبَّب إخلال المدين في تنفيذ إلتزامه في إلحاق ضرر بالدائن[2]، وأن هذا المبلغ الزائد على رأس المال هو مجرَّد جَبرٍ للضَّرَرِ الذي أصاب الدَّائن .

وفي ذلك يقول **JEAN d'Allemagne** :

﴿ إذا أَعذر شخص آخر للوفاء بدين و تأخَّر في ذلك جاز له أن يطالبه بفوائد لكن بإعتبارها تعويضا وليس ربا﴾[3].

ويرى البعض أن هذا المخرج الذي أوجدَه الكَنسيُّون ليس من صمِيمِ إجتهادهم ،وإنَّما هو مستمدٌّ من قانون ما قَبلِهِم ويتمثَّل في القانون الرومانِيِّ إذ كان هذا الأخير يتضمَّن نصًّا قانونيًّا يُميِّزُ من خلاله في عقد الشركة بين الفائدة الرِّبوية والتَّعويض،وعلى ضوء هذا ميَّز الكَنسيُّون بين الفائدة الرِّبوية وبين التَّعويض الذي هو إصلاحٌ للضَّررِ ، وقرَّروا أنَّه لا علاقةَ للتَّعويضِ بالفائدةِ الرِّبويةِ [4].

ومن هنا شقَّ الشرط الجزائي طريقه إنطلاقا من القوانين القديمة لاسيما القانون الروماني ليعزِّز مكانته في

---

[1] **ALEXANDRE Demeyer**, op.cit, p 9 « Les canonistes ont pour des raisons purement théologique – prohibition de prêt à intérêt – permis le triomphe de la conception réparatrice de la clause pénale ».

[2] ما تضمنته نظرية الحاشية الكبرى ونظرية التعويض يشبه إلى حدٍّ بعيدٍ التخريج الفقهي الذي أقامه العديد من فقهاء الشريعة الإسلامية حول إجازة أو تحريم الشرط الجزائي في الديون أو في الأعمال ، فالعديد من العلماء المسلمين ممن أجازوا الشرط الجزائي في الوقت المعاصر على الدُّيون فرَّقوا كذلك بينَ تطبيق الشرط الجزائي الذي محلُّهُ أداء دينٍ أو تطبيق الشرط الجزائي الذي محلُّهُ أداء عملٍ ، إضافة إلى أن الفريق الذي أجاز الشرط الجزائي على الدُّيون إستند إلى تعويض الدائن عن الضَّرر الذي أصابه نتيجة تماطل المدينِ في أداء دَيْنِهِ،و لتفاصيل أكثر ، يرجى مراجعة الفصل الثاني من الباب الثاني المتضمن موقف الفقه الإسلامي من الشرط الجزائي على الدُّيون، وعلى الأعمال،ص253 وما بعدها.

[3] **نجاري عبد الله**،المرجع السابق،ص28.

[4] **نجاري عبد الله**،نفس المرجع ،ص28.

في القانون الكنسي ويقف به المطاف مرة أخرى في القانون المدني الفرنسي لسنة 1804.

البند السابع : الشرط الجزائي في القانون المدني الفرنسي القديم لسنة 1804.

إعتبر **Dumoulin** الشرط الجزائي تقديرا جزافيا للتعويض وذلك تماشيا مع النظرة الكَنَسِيَّةِ للشرط الجزائي هذا من جهة ،ومن جهة ثانية فإنَّ الثورة الفرنسية تبنَّت شعارات عديدة ضد الكنيسة تهدف إلى فصل الدِّين عن الدولة، ومن تلك الشعارات شعار«لا نريد ربًّا ولا سيِّدًا»[1]،الأمر الذي أدَّى إلى إزالة العديد من التَّخوُّفات المُعاملاتية التي كانت تمنعها الكنيسة أوتنظِّم طريقةَ تطبيقِهَا،ومن تلك المعاملات تطبيق الشرط الجزائي خاصة على عدم سداد الديون في الوقت المتَّفق عليه،ليتم فيما بعد تطبيقه في مختلف الإلتزامات و العقود.

الفرع الثاني: الشرط الجزائي في القوانين المدنية المعاصرة.

نصَّت مختلف القوانين المدنية المعاصرة على الشرط الجزائي وإن كانت هناك بعض الفُروقات الموجودة في بعض القوانين خاصة العربية منها.

ومن القوانين المعاصرة التي نصت على الشرط الجزائي :القانون المدني الفرنسي الجديد﴿**البند الأول**﴾،القانون المدني البلجيكي﴿**البند الثاني**﴾،القانون المدني المصري ﴿**البندالثالث**﴾،القانون المدني الجزائري﴿**البند الرابع**﴾،القانون المدني اللبناني﴿**البند الخامس**﴾،قانون المعاملات المدنية الإماراتي﴿**البند السادس**﴾،القانون المدني الأردني﴿**البند السابع**﴾،القانون المدني اللِّيبي﴿**البند الثامن**﴾،القانون المدني البحريني﴿**البند التاسع**﴾،القانون المدني القَطَري﴿**البند العاشر**﴾.

البند الأول: الشرط الجزائي في القانون المدني الفرنسي الجديد بعد التعديل .

إعتمد القانون المدني الفرنسي تقنية الشرط الجزائي وذلك من خلال المادة 1231 فقرة 5 المذكورة سابقا عند تعريفنا للشرط الجزائي في القانون المدني الفرنسي.

البند الثاني:الشرط الجزائي في القانون المدني البلجيكي.

نص القانون البلجيكي على فكرة الشرط الجزائي وذلك بموجب المادة 1226السالفة الذكر التي عرَّفت الشرط الجزائي.

[1] **مالك بن نبي**، القضايا الكبرى،دار الوعي للنشر والتوزيع، الرويبة،الجزائر،1434هـ-2013م،ط1،ص136.

مع الإشارة إلى أن هذه المادة أُدرجت في القانون المدني البلجيكي بموجب قانون 23 –نوفمبر–1998 الذي دخل حيِّز التنفيذ إبتداء من 03–جانفي–1999.

البند الثالث : الشرط الجزائي في القانون المدني المصري.

جاء في المادة 223 من القانون المدني المصري :

«يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدمًّا قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في إتفاق لاحق ، ويُرَاعَى في هذه الحالة أحكام المواد 215إلى220».[1]

البند الرابع: الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري.

إعتمد القانون المدني الجزائري كغيره من القوانين المدنية الأجبية و العربية فكرة الشرط الجزائي ،وذلك من خلال المادة 183 منه إذ جاء فيها:

«يجوز للمتعاقدين أن يحدِّدا مقدَّمًا قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في إتفاق لاحق وتطبق في هذه الحالة المواد من 176الى 181».[2]

البند الخامس : الشرط الجزائي في القانون المدني اللبناني.

جاء في المادة 259 من قانون الموجبات اللبناني ما فَحْوَاهُ:

﴿إن تعيين قيمة بدل الضرر يكون في الأساس بواسطة القاضي وقد يكون بنص قانوني أو بإتفاق بين المتعاقدين.

... التعيين الإتفاقي: للمتعاقدين أن يعيّنوا مقدَّمًا في العقد أو في صكٍّ لاحق قيمة بدل العطل والضَّرر في حالة تخلُّف المَديون عن تنفيذ الموجب كله أو بعضه ، ولقد وُضع البند الجزائي لتعويض الدائن عن الأضرار التي تلحق به من عدم تنفيذ الموجب فلا يحقُّ له أن يطالب بالأصل و الغرامة معًا إلا إذا كان البند الجزائي قد وُضع لمجرَّد التأخير أو على سبيل إكراه المديون على الإيفاء ،ويحقُّ للقاضي أن يخفِّض

---

[1] المادة 224 ، القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل ،المؤرخ في 29–جويلية–1948 ، الوقائع المصرية ، العدد108مكرر« أ ».

[2] المادة 183 ، الأمر 75–58 المؤرخ في 20–رمضان–1395هـ الموافق لـ 26–سبتمبر–1975، الجريدة الرسمية العدد 78، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل بالقانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 –جوان– 2005 ، ج ر العدد 44 ص 24.

غرامة الإكراه إذا وجدها فاحشة وللقاضي أن يُنقص البدل المعيَّن في البند الجزائي إذا كان قد نُفِّذ قسمٌ من الموجب الأصلي﴾[1].

البند السادس : الشرط الجزائي في القانون المدني الإماراتي.

جاء في المادة 490 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي مايلي:« أ- يجوز للمتعاقدين أن يُحدِّدا مقدَّمًا قيمة التعويض بالنَّص عليه في العقد أو في إتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون»[2].

البند السابع : الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني.

أقرَّ القانون المدني الأردني فكرة الشرط الجزائي لتعويض الأضرار الناجمة عن عدم تنفيذ الإلتزام وذلك من خلال المادة364 التي جاء في فحواها: «1- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون .

2- ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الإتفاق بما يجعل التقدير مساويا للضرر ويقع باطلا كل إتفاق يخالف ذلك»[3].

البند الثامن : الشرط الجزائي في القانون المدني الليبي:

جاء في المادة 226 من القانون المدني الليبي ما نصُّهُ:

﴿ يجوز للمتعاقدين مالم يكن محل الإلتزام نقودا أن يحدِّدا مقدما قيمة التعويض بالنَّص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق...﴾.

ومن هنا فإن القانون المدني اللِّيبي أجاز التعويض الإتفاقي لكن بشرط أن لا يكون محل الإلتزام مبلغًا من النقود، وهو يدلُّ على أنَّ القانون المدني الليبي سمح بتطبيق الشرط الجزائي في الأعمال دون الديون بشرط أن الإلتزام المبرم يكون بين أشخاص طبيعيين[1].

---

[1] المادة 259 فقرة 2، قانون الموجبات و العقود اللبناني المؤرخ في 09-مارس-1932 الجريدة الرسمية العدد 2642 ،المؤرَّخة في 11-أفريل-1932.

[2] المادة 390،القانون الإتحادي الإمارتي رقم05 لسنة1985المتضمن قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، المعدل بالقانون الإتحادي رقم01 لسنة1987م.

[3] المادة 364 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 ،المنشور على الصفحة 2 من عدد الجريدة الرسمية رقم 2645 بتاريخ 1-أوت-1976.

البند التاسع: الشرط الجزائي في القانون المدني البحريني:

يبدو أن القانون المدني البحريني هو الآخر يقرُّ بتطبيق الشرط الجزائي لكن إذا كان محل الإلتزام عمل وليس مبلغا من النقود ، وذلك من خلال المادة 225 منه التي تضمَّنت مايلي:

﴿إذا لم يكن محل الإلتزام مبلغا من النقود يجوز أن يقدِّرا مقدَّمًا التعويض في العقد أو في إتفاق لاحق﴾.

وبالمقابل من ذلك من خلال المادة228 من القانون المدني البحريني يمكن للمحكمة أن تحكم على المدين بتَعويضٍ تُرَاعَى فيه مقتضيات العدالة في حالة ما إذا كان محلُّ الإلتزام مبلغا من النقود ولم يقم هذاالأخير بالوفاء به بعد إعذاره مع قدرته على الوفاء وأثبت الدائن أنه قد لحقه ضرر بسبب ذلك[2].

البند العاشر: الشرط الجزائي في القانون المدني القطري:

إعتمد القانون المدني القطري فكرة الشرط الجزائي وسمح بتطبيقه و الإتفاق عليه مسبقا بين الأطراف وذلك مَرهُونٌ بأن يكون محلُّ الإلتزام غير النقود ، أما إذا كان محلُّ الإلتزام نقودًا وتضرَّر الدائن نتيجة لعدم تنفيذ المدين لإلتزامه ، فبعد القيام بإعذار المدين يمكن للمحكمة أن تحكُمَ عليه بتعويض تُراعَى فيه مقتضيات العدالة[3].

المطلب الثالث: شروط إستحقاق الشرط الجزائي.

لتطبيق الشرط الجزائي يجب توافر العديد من الشروط أهمُّها شرط الخطأ﴿**الفرع الأول**﴾، كما يجب أن يكون هناك ضرر قد أصاب الدائن﴿**الفرع الثاني**﴾، إضافة إلى ضرورة إعذار المدين لتنفيذ إلتزامه﴿**الفرع الثالث**﴾.

وفي الأخير يستوجب القانون أن تكون هناك علاقة سببية بين خطأ المدين و الضرر الذي أصاب الدائن ﴿**الفرع الرابع**﴾.

---

[1] المادة 226 ، القانون المدني الليبي لسنة 1954 المعدل ،الجريدة الرسمية بتاريخ 20 فبراير 1954م، هذا النص معدل بالقانون رقم 74 لسنة 1972م، المتضمن تحريم ربا النسيئة بين الأشخاص الطبيعيين المنشور بالجريدة الرسمية العدد 37 بتاريخ في 5 أوت 1972م ، أما بالنسبة للمعاملات بين الأشخاص المعنوية فيطبَّق بشأنها نص المادة 226 المتضِّمن إمكانية تحديد قيمة التعويض في العقد .

[2] المادة 225 ،المادة 228 من القانون رقم 19 لسنة 2001 المتضمن القانون المدني البحريني.

[3] المادة 265، المادة 268 ، القانون المدني القطري رقم 22لسنة2004 ،الجريدة الرسمية العدد 11 بتاريخ في 8 أوت 2004م .

الفرع الأول : شرط الخطأ لإعمال الشرط الجزائي.

فحتى يتم تطبيق الشرط الجزائي لا بد من توافر ركن الخطأ الذي يكون من جانب المدين متمثلا في صورتين عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر في تنفيذ ذلك الإلتزام[1] ، فلا يستحق الشرط الجزائي إذن إلا إذا كان هناك خطأ من المدين ، فلا مسؤولية في جانبه ، ولا يكون التعويض مستحقًّا ، ولا محلَّ لإعمالِ الشَّرطِ الجَزائيِّ في هذه الحالة ، وللإستناد على الخطأ من أجل تطبيق الشرط الجزائي لا بُدَّ من التطرُّقِ إلى: مضمون الخطأ﴿**البند الأول**﴾، إثبات الخطأ﴿**البند الثاني**﴾،وإنتفاء الخطأ﴿**البند الثالث**﴾.

البند الأول: مضمون الخطأ.

إذ يجب أن يُبنى الخطأ على أساس :،عدم تنفيذ الإلتزام من قِبَلِ المدين ،أو التأخر في التنفيذ.

البند الثاني : إثبات الخطأ.

إذْ على الدائن أن يُثْبِتَ خطأَ المَدِينِ ، في حين يرى البعض أنَّه لا وَجْهَ لتحميل الدَّائن إثبات خطأ المدين في عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ .

بل هي قرينةٌ تقوم على أساس أن المدين لم يُنفذ إلتزامه والسبب المنطقيُّ لعدم التنفيذ يكمُن في خطأٍ من جانب المدين .

فالقرينة ضرورة عملية ولا يمكن لنظرية الشرط الجزائي أن تستغني عن هذه القرينة لأنها مرتبطة بفكرة تنفيذ الإلتزام الأصلي[2].

البند الثالث: إنتفاء الخطأ.

على المدين إذا أراد التحرُّر من المسؤولية أن يثبت أن :سببا أجنبيا و خارجا عن إرادته هو من تسبَّب في عدم التنفيذ، أو أن هذا السبب الأجنبي هو من تسبب في التأخير في التنفيذ وبذلك نكون أمام إنتفاء الخطأ في عدة حالات .ومن أهمها : القوة قاهرة ،خطأ الدَّائن ،أو فعل الغير.

الفرع الثاني : شرط الضرر لإعمال الشرط الجزائي.

يعتبر شرط الضرر من أهم شروط إستحقاق الشرط الجزائي،الأمر الذي يستوجب إعطاءَ مفهومِ للضَّررِ﴿**البند الأول**﴾، وكذا تِبيَانُ حتميةِ تحقُّقِ هذا الضرر﴿**البند الثاني**﴾.

---

[1] **نجاري عبد الله** ، المرجع السابق، ص 113.

[2] **نجاري عبد الله** ، المرجع السابق، ص 113.

البند الأول : تعريف الضرر.

يختلف تعريف الضرر من حيث التعريفِ اللُّغويِّ﴿**أولا**﴾ ، الإصطلاحي﴿**ثانيا**﴾، والقانوني﴿**ثالثا**﴾.

أولا: الضرر لغة .

هو الأذى يقال يضرُّه إذا فعل به مكروها.

ثانيا: الضرر إصطلاحا .

إلحاق مفسدة بالغير مطلقا سواء كانت في الأموال أو الحقوق أو الأشخاص[1]

ثالثا: الضرر في لغة القانون .

هو ما يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة من مشروعة له لأن الشخص لا يتعاقد إلا لتحقيق مصلحة من الحصول على منفعة معينة ،ومن ثمَّ فإنَّه وفقًا لما ذهبت إليه المحكمة العليا الجزائرية هو أن عدم تنفيذ العقد يؤدي إلى فوات تلك المصلحة[2]، و الضرر قد يكون ضررا ماديا أو معنويا:

أ :الضرر المادي.

من التعريفات الخاصة بالضرر المَّادي ما يلي:«هو الذي يمكن تقويمه بالنقود،وهو أكثر شُيوعا في المسؤولية العقدية من الضرر المعنوي أو الأدبي ، يصيب الشخص في ذمته المالية،أو في جسمه إلى غير ذلك من أنواع الخسارة المالية مثل الضرر الذي يصيب التاجر في حالة عدم تسليم البضاعة أو التأخر في تسليمها إذ يترتب على ذلك فوات صفقة مربحة»[3].

ب: الضرر المعنوي :

هو الذي لا يمسُّ المال وإنَّما يصيب الشخص في إعتباره كالشُّعور أو العاطفة أو الكرامة أو الشرف أو السمعة [4].

---

[1] نزيه حماد،معجم المصطلحات المالية والإقتصادية في لغة الفقهاء ،المرجع السابق ،ص 689.

[2] غرفة مدنية ، 27-نوفمبر-1985، ملف رقم 1783 ، مجلة القضاء 1990، العدد 1، ص 43 ، أشار إليه ، **بلحاج العربي** ، النظرية العامة للإلتزامات في القانون الجزائري ، جزء 1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2015 ، ص 689.

[3] **بلحاج العربي** ، نفس المرجع ،ص 687.

[4] **المادة 182 مكرر** من القانون المدني الجزائري لسنة 1975 المعدل والمتمم.

ومثال ذلك كأن يؤدِّي فشل التفاوض إلى الإساءة إلى السُّمعة التجارية للطرف المتضرِّر[1].

البند الثاني : حتمية تحقق الضرر لأعمال الشرط الجزائي.

إستوجب القانون المدني الفرنسي السأَري المفعول شرط الضَّرر لتطبيق الشرط الجزائي ، وذلك من خلال المادة 1231 فقرة 2، 3 و4 حيث جاء فيها:

﴿التعويض المستحق للدائن هو عموما ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، ماعدا الإستثناءات والتعديلات التي تَرِدُ لاحقا.

– لا يلزَم المدينُ إلا بتعويض الأضرار التي كانت متوقَّعة أو كانت محتملة الوقوع عند إبرام العقد ماعدا عندما يكون عدم التنفيذ يرجع إلى خطأ جسيم أو خطأ تدليسي.

– في نفس الحالة عندما يكون عدم تنفيذ العقد نتيجة خطأ جسيم أو تدليسي لا يشملُ التعويض إلا ما يعتبر أثرا فوريا ومباشرا لعدم التنفيذ﴾[2].

فينبغي تحقُّق ضرر في جانب الدائن حتى يُمكن تطبيق الشرط الجزائي.

وفي ذلك تنص المادة 224 من القانون المدني المصري في فقرتها **الأولى** على مايلي :

﴿ لا يكون التعويض الإتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر﴾.

وهو ما نصت عليه كذلك المادة 184 من القانون المدني الجزائري في فقرتها **الأولى** إذ جاء فيها :

﴿لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر﴾.

الفرع الثالث : شرط الإعذار لتطبيق الشرط الجزائي.

يشترط القانون ضرورة إعذار المدين لتنفيذ إلتزامه، لذلك يتعيَّن إعطاء مفهوم للإعذار﴿**البند الأول**﴾، وكذا أساسه القانوني﴿**البند الثاني**﴾،و تبيان شكلِه﴿**البند الثالث**﴾،وحالات الإعفاء من الإعذار﴿**البند الرابع**﴾

البند الأول : تعريف الإعذار.

إعذار المدين هو وضعه قانونا في حالة المتأخر في تنفيذ إلتزامه ، وفكرة الإعذار هذه من تقاليد القانون

---

[1] **بلحاج العربي**، النظرية العامة للإلتزامات في القانون الجزائري، المرجع السابق ،ص 689–690.

[2] **Article** 1231, alinéa-2-3et4, code civil français : «Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après.

-Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive.

- Dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution».

الفرنسي الذي كان في بداية الأمر لا يستوجب الإعذار في القرنيين **السادس عشر** و **السابع عشر** .

وفي القرن **الثامن عشر** تم إشتراط الإعذار بعد أن إستوجبه **POTHIER**[1].

البند الثاني : الأساس القانوني لشرط الإعذار.

فالإعذار هو الآخر شرط حتمي من شروط إعمال و تطبيق الشرط الجزائي وهو ما أكدته المادة1231 ، من القانون المدني الفرنسي السَّاري المفعول في الفقرة الأولى و في فقرتها رقم 5.

حيث أكَّدت هذه المادة أنَّه يتوجَّب إعذار المدين قبل تطبيق الشرط الجزائي إلا إذا كان عدم التنفيذ نهائيا[2].

وهو ما إعتمدته المادة 218من القانون المدني المصري وذلك بقولها:﴿لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على خلاف ذلك﴾ .

وهو نفس الأمر بالنسبة للمادة 179 من القانون المدني الجزائري التي نصت : ﴿لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك﴾

البند الثالث : شكل الإعذار.

يكون إعذار المدين وفقا للقانون المدني الفرنسي عن طريق الإخطار ، أو إثبات يتضمن إستجوابا كافيا أو بمجرَّد وجوب وحلول الإلتزام إذا نصَّ العقد على ذلك[3].

كما قد يأخذ الإعذار وفقا لنص المادتين 219 من القانون المدني المصري والمادة 180 من القانون المدني الجزائري الأشكال الآتية:

أولا:إنذار المدين، أو ما يقوم مقام الإنذار.

ثانيا:الإعذار عن طريق البريد على الوجه المُبين في القانون .

ثالثا:الإتفاق المسبق على أنَّ مجرد حلول الأجل هو بمثابة إعذار دون حاجة إلى إجراء آخر.

---

[1] لتفاصيل أكثر يرجى من القارئ "ة" الكريم "ة" مراجعة **عبد الرزاق السنهوري** ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المرجع السابق،ص 831.

[2]Article 1231 ,code civil francais «A moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable».

Article 1231-5 ,code civil francais «… Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure».

[3] **Article 1344** ,code civil francais, Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016:« Le débiteur est mis en demeure de payer soit par une sommation ou un acte portant interpellation suffisante, soit, si le contrat le prévoit, par la seule exigibilité de l'obligation».

البند الرابع : الإعفاء من الإعذار.

إستثناء عن القاعدة العامة التي تستوجب شرط الإعذار لتطبيق الشرط الجزائي فإن هناك حالات معيَّنة حددَّها القانون يمكن من خلالها الإستغناء عن الإعذار.

ومن ذلك مثلا ما نصَّ عليه القانون المدني الفرنسي من إمكانية الإعفاء من الإعذار في غير حالة عدم التنفيذ الكلِّي للإلتزام من خلال المادة1231 فقرة1، والفقرة 5من نفس المادة[1] ، أو تلك الحالات التي نصَّت عليها مثلا القوانين المدنية الأخرى .

ومن هذه الحالات:

أولا: إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن أو غير مجد بفعله.

ثانيا:إذا كان محل الإلتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع.

ثالثا:إذا كان محل الإلتزام رد شيئ يعلم المدين أنه مسروق أو شيئ تسلَّمه دون حق وهو عالم بذلك.

رابعا:إذا صرَّح المدين كتابة أنَّه لا يريد القيام بإلتزامه[2].

الفرع الرابع: شرط العلاقة السببية لتطبيق الشرط الجزائي.

فلا يمكن إستحقاق الشرط الجزائي إلا إذا كانت هناك علاقة بين خطأ المدين والضرر، أما إذا إنتفت هذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبي أو إنتفت بأن الضرر كان غير مباشر أو كان في المسؤولة العقدية مباشرا ولكنه غير متوقع،فعندئذ لا تتحقق المسؤولية ولا يستحق التعويض فلا محل لإعمال الشرط الجزائي[3].

المطلب الرابع: خصائص الشرط الجزائي.

للشَّرط الجزائيِّ عديد الخصائص لعلَّ أهمها أن هذا الأخير مردُّه إرادة الطرفين ، وهو إتفاق مُسبقٌ بينهما ﴿**الفرع الأول**﴾،كما أنَّ الشرط الجزائيَّ تابعٌ للإلتزامِ الأصليِّ وهو كذلك طريقٌ إحتياطيٌّ﴿**الفرع الثاني**﴾ ، أضف إلى ذلك أنَّ الشرط الجزائيَّ قابلٌ للتعديلِ بالنُقصَانِ أو بالزِّيادةِ ﴿**الفرع الثالث**﴾.

---

[1] **Article 1231** ,code civil francais :«A moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable».
Article 1231-5 ,code civil francais «… Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure».

[2] **المادة 220** من القانون المدني المصري المعدل، وهو مانصت عليه تقريبا **المادة 181** من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم .

[3] **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق،ص859.

الفرع الأول: الشرط الجزائيُّ مَرَدُّهُ إرادة الطرفينِ وهو إتفاق مُسبقٌ بينهما.

فإرادة طرفَيْ العقد هي التي تتَّجه إلى إيجاد الشَّرط الجزائيِّ ﴿**البند الأول**﴾، كما يتم الإتفاق بشأنِهِ في وقتٍ معيَّنٍ يتمثل عادة في الفترة السابقة لتنفيذ الإلتزام﴿**البند الثاني**﴾.

البند الأول : الشرط الجزائيُّ مَرَدُّهُ إرادة الطرفينِ.

تتَّجِه إرادة الطرفين إلى التي أنشأت العقد إلى تحديد التعويض الذي يُستحقُّ في حالة الإخلال بتنفيذ الإلتزام، وقد يتفقان بشأنه في مرحلة إبرام العقد أو في مرحلة لاحقة في عقد لاحق وذلك مع مراعاة أحكام القانون.

البند الثاني : الشرط الجزائي إتفاق مسبق بين طرفي العقد.

حيث أن الإتفاق على الشرط الجزائي بين المتعاقديْن يكون مسبقا فيتضمن العقد الأصلي هذا الشرط ،لكن في المقابل من ذلك لا يوجد ما يمنع الإتفاق على شرط جزائيٍّ في إتفاقٍ لاحقٍ ، وإن كان من الناحية النظرية تصوُّر الشرط الجزائي في إتفاق لاحق لكن من الناحية العملية هو غير مقبول إلا إذا كان الدائن في مركز قوَّةٍ في علاقته مع المدين ، إذ لا يمكن في غير هذه الحالة إجبار المدين إلى دعم الإلتزام الأصلي بعد إبرامه[1]،أضف إلى ذلك أن الإتفاق اللاحق بشأن الشرط الجزائي يجب أن يتم قبل إخلال أحدهما بتنفيذ إلتزامه ، أما إذا حصل الإتفاق على تحديد مقدار التعويض بعد وقوع الإخلال بالتنفيذ فإن مثل هذا الإتفاق لا يسمَّى شرطاً جزائيًا بل لا يعدو أن يكون صُلحًا أو تجديدًا للدَّين على حَسَبِ الأَحوَالِ[2].

الفرع الثاني : الشرط الجزائيَّ تابعٌ للإلتزامِ الأصليِّ وهو كذلك طريقٌ إحتياطيٌّ.

فتبعية الشرط الجزائي للإلتزام الأصليِّ يُرتِّبُ عِدَّةَ أحكامٍ﴿**البند الأول**﴾، ولا يمكن اللجوء إلى تطبيق الشرط الجزئي إلا في حالاتٍ معيَّنةٍ﴿**البند الثاني**﴾.

البند الأول: الشرط الجزائيَّ تابعٌ للإلتزامِ الأصليِّ.

[1] **نجاري عبد الله**، المرجع السابق، ص 38.

[2] **داودي مخلوف**، المرجع السابق، ص 49 نقلا عن **منير قزمان**، التعويض المدني في الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، بيروت ، لبنان، 2002، ص 95.

فالإلتزام الأصلي الذي يَتبَعُهُ الإلتزام بالشرط الجزائي هو ما إلتزم به المدين أصلا بالعقد أو بغيره من مصادر الإلتزام، وتبعا لذلك لا يستطيع الدائن أن يطالب المدين إلا بالإلتزام الأصلي مادام تنفيذه ممكنا ولا يجوز للمدين أن يعرِض على الدائن إلا الإلتزام الأصلي،والحالة التي يستطيع فيها الدائن أن يطالب بالشرط الجزائي و يستطيع المدين أن يَعرِضه على الدائن هي الحالة التي يصبح فيها تنفيذ الإلتزام الأصلي مستحيلا بخطأ من المدين[1].

أما إذا أصبح تنفيذ الإلتزام الأصلي مستحيلا بسبب أجنبي فقد إنقضى هذا الإلتزام ولا يجوز للدائن المطالبة بالشرط الجزائي لأن الشرط الجزائي ليس إلا تقديرا لتعويض مسبق وهنا لا يستحق الدائن تعويضا[2].

ويترتب على ذلك أمرين:

أولا: بطلان الإلتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي.

فإذا كان الإلتزام الأصلي باطلا كان الشرط الجزائي كذلك باطلا بإعتباره إلتزاما تابعا[3]،ويترتب على تبعية الشرط الجزائي أن الدائن إذا إختار عند إخلال المدين بإلتزامه الأصلي فسخ العقد فيسقط مع فسخ العقد الإلتزام الأصلي وهو ما يتبعه سقوط الشرط الجزائي، لأنه تابع له ، ويطالب الدائن بالتعويضات وفقا للقواعد العامة ولا يطالب بالتعويض المقدر في الشرط الجزائي[4].

ثانيا: بطلان الشرط الجزائي لا يقتضي بطلان الإلتزام الأصلي.

وهو مانصَّ عليه القانون المدني البلجيكي الساري المفعول و القانون المدني الفرنسي لسنة 1804[5].

البند الثاني: الشرط الجزائيَّ طريق إحتياطي.

يترتب على خاصية أن الشرط الجزائي طريق إحتياطي مبدأين ، الأول هو عدم الخيار بين التنفيذ العيني و الشرط الجزائي ﴿**أولا**﴾، وثانيا عدم الجمع بين التنفيذ العيني و التعويض﴿**أولا**﴾.

---

[1] **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني،المرجع السابق، ص860-861.

[2] **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني ، نفس المرجع ، ص861.

[3] Article 1227 alénia 1 code civil Belge, Article 1227, alénia 1 code civil français de 1804: « La nullité de l'obligation principale entraine celle de la clause pénale ».

[4] **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني،المرجع السابق، ص864.

[5] **Article 1227** alénia 2 code civil Belge, Article 1227, alénia 2 code civil français de 1804:« La nullité de celle – ci n' entraine point celle de l'obligation principale ».

أولا : عدم الخيار بين التنفيذ العيني و الشرط الجزائي:

فوفقا لرأي **الأستاذ السنهوري** فإن الأصل هو المطالبة بتنفيذ الإلتزام الأصلي عند إمكانية ذلك و أن الدائن في حالة عدم إستحالة التنفيذ بسبب خطأ من المدين هي التي تمكِّنه من المطالبة بالشرط الجزائي[1].

في حين ذهب البعض إلى عدم الإعتراف بهذه الخاصية للشرط الجزائي مستنِدين في ذلك إلى القانون الألماني في المادة 340،و قانون الإلتزامات السويسري في المادة 160 اللذان أجازا للدائن حرية الإختيار للمطالبة بالشرط الجزائي حتى ولو كان التنفيذ العيني ممكنا وإن قيَّدت ذلك بالتنازل عنه[2].

ثانيا : عدم الجمع بين التنفيذ العيني و التعويض:

القاعدة العامة هي عدم جواز الجمع بين التنفيذ العيني و الشرط الجزائي،وهو ما ذهبت إليه المادة 1129 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 في فقرتها الثانية إذ جاء فيها:

﴿ لا يمكنه –أي الدائن – أن يطالب في نفس الوقت بالإلتزام الأصلي و الجزاء إلا إذا كان مقررا من أجل تأخر بسيط﴾[3]، وهو كذلك ما نصَّ عليه القانون المدني الايطالي من خلال المادة رقم 1383[4].

إلا أن البعض يرى في هذه الفقرة إمكانية للخروج عن القاعدة العامة و جمع العقوبة و الجزاء وذلك في حالة التأخر في التنفيذ.

إذ يمكن للدائن أن يجمع بين التنفيذ العيني لهذا الإلتزام وقيمة الشرط الجزائي،لكن بالمقابل من ذلك فإن **Maruani** يرى أن هذه الفقرة لا تعتبر إستثناء حقيقيا على قاعدة عدم الجواز بين الأصل والجزاء .

وذلك مردُّه إلى الإختلاف الطبيعي بين الشرط الجزائي المقرر لعدم التنفيذ و الشرط الجزائي المقرر للتأخير في التنفيذ.

فإذا نفَّذَ المدين إلتزامه متأخرا إستحق الدائن الشرط الجزائي المقرر للتأخير كتعويض عن الضرر الناشئ عن التأخير الذي هو مستقل عن الضرر المترتب عن عدم التنفيذ[5].

---

[1] **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني ،المرجع السابق، ص861.

[2] **داودي مخلوف** ، المرجع السابق، ص52.

[3] **Article 1229** alinéa 2, code civil français de 1804 : « IL ne peut demander en même temps le principale et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard ».

[4] **Article 1383**, Italien civil code-**prohibition of accumalation**-: «The créditor can not request the principale service and the penalty together, if this has not been stipulated for the simpl delay».

[5] **نجاري عبد الله**، المرجع السابق، ص 45.

الفرع الثالث: الشرط الجزائي قابل للتعديل.

ما يمكن الإشارة إليه في هذا الصدد أن الشرط الجزائي على خلاف ما كان معمول به سابقا لا سيما في القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 هو قابل للتعديل بالزيادة أو النقصان وذلك في حالات حددها القانون.

وتعتبر هذه الخاصية من ضمن أهم الخاصِّيات بحكم أنها قطعت أشواطا طويلة لتصل إلى ما هي عليه الآن من مُرونة في التعامل مع فكرة الشرط الجزائي، لذلك سنتطرق إلى تعديل الشرط الجزائي في القانون الفرنسي، وتعديل الشرط الجزائي في بعض القوانين الغربية﴿**البند الأول** ﴾ ، وفيما بعد خاصية تعديل الشرط الجزائي في بعض القوانين العربية ﴿**البند الثاني** ﴾.

البند الأول : تعديل الشرط الجزائي في القانون الفرنسي وبعض القوانين الغربية.

نصت مختلف القوانين المدنية الغربية على إمكانية تعديل الشرط الجزائي سواء تعلق الأمر بالقانون الفرنسي﴿**أولا**﴾، الألماني ﴿**ثانيا**﴾،إضافة إلى القانون الإيطالي﴿**ثالثا**﴾،وكذاالقانون البلجيكي ﴿**رابعا**﴾.

أولا: تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الفرنسي.

في ظل القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 تميَّز الشرط الجزائي بنوع من الخصوصية أو بالأحرى القُدسية إذ كان الحديث عن تعديل الشرط الجزائي بمثابة الطَابُو القانوني الذي لا ينبغي كَسرُه و التطرق إليه .

غير أن هذا الجمود المتعلق بعدم قابلية الشرط الجزائي للتعديل لقيَ الكثير من الإنتقادات فنجد مثلا أن العديد من رجال القانون الذين لم يتوانَوا عن المطالبة بضرورة تعديل هذه المادة و السَّماح بإمكانية مراجعة وتعديل الشرط الجزائي، بل وصل الأمر بالبعض منهم إلى وصف هذا الشكل من الشروط بأنه إرهاب تعاقدي لبعض الجزاءات التعاقدية التقليدية المخزية [1].

ومع مرور الوقت وخلال تولِّي السَّيِّدُ **JEAN foyer** وزير العدل و حافظ الأختام الفرنسي في حكومة **GEORGES Pompidou** في الفترة الممتدة من 1962 إلى غاية 1967 قدَّمَ هذا الأخير مشروع قانون يهدف إلى السماح للقاضي بتعديل الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه أو بخسا [2] .

[1] **Jean Thilmany,** des clauses penales en droit comparé, revue international de droit comparé, volume 32, janvier 1980, p 45-46**, « Malaurie dit la** doctrine n'a pas cessé de reprouver cette forme terrorisme contractuel à laquelle certaines scandaleuses pénalités conventionnelles aboutissaient ».

[2]**ALEXANDRE Demeyer**, op.cit, p 9 « M : **Jean foyer** ministre de la justice -Avril 1962 a Avril 1967

كما طالبت فيما بعد فيما محكمة النقض الفرنسية في تقريرها السنوي 1972-1973 بإصلاح هذا الشرط[1]، ليصدر فيما بعد قانون 9 جويلية 1975 والذي أضاف فقرة تنص على أنه :

﴿غير أنه يمكن للقاضي تعديل أو زيادة الجزاء الذي تم النَّص عليه ، إذا كان مرتفعا بشكل باهض أوتافه ، كل إشتراط مخالف يعتبر وكأنه غير مكتوب ﴾[2]،الأمر الذي دفع بالبعض إلى الإشادة بهذا الموقف المتضمن تعديل الشروط الجزائية خاصة إذا كانت مرتفعة وفي ذلك يقول **MAZEAUD**:﴿ فقرة وُضعت بشكل جيِّد سنة 1975 لكي تسمح للقاضي بمراجعة الشروط الجزائية المبالغ فيها﴾[3].

وبموجب قانون 11-أكتوبر-1985 أصبح للقاضي مراجعة الشرط الجزائي من تلقاء نفسه ولو لم يطلبه الخصوم[4].

فبذلك أصبح للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي أو رفعه ،وفي ذلك تقول المادة1231فقرة 5 من القانون المدني الفرنسي الساري المفعول:

﴿...غير أنه يمكن للقاضي ولو من تلقاء نفسه أن يُنقص أو يزيد مبلغ الغرامة المتفق عليها إذا كان باهضا أو بخسا.

-إذا تمَّ تنفيذ الإلتزام جزئيا يمكن للقاضي من تلقاء نفسه أن يخفِّض مبلغ الجزاء المتَّفق عليه مقارنة بالفائدة التي عادت على الدائن من التنفيذ الجزئي، وذلك دون إخلال بتطبيق أحاكم الفقرة السابقة.

-gouvernement **Georges Pompidou**- à déposer une proposition de loi visant à permettre au juge de modifier une clause pénale lorsque celle-ci était manifestement excessive ou dérisoire ».

[1] **ALEXANDRE Demeyer**, ibid, 12 « La coure de cassation demanda dans son rapport annuel année 1972-1973 la réforme de l'article 1152 du code civil ».

[2]: Loi n° 75-597 du 9 juillet 1975 modifiant les articles 1152 et 1231 du code civil sur la clause pénale, Journal Officiel de la Republique Française 107e année, n° 159, Le Numéro : 0,50 F, Jeudi 10 Juillet 1975.

-L'article 1152 du code civil est complété par l'alinéa suivant : « Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite»**.**

-L'article 1231 du code civil est modifié comme suit : « Art. 1231. — Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite. » .

-La présente loi est applicable aux contrats et aux instances en cours. La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat. Fait à Paris, le 9 juillet 1975. VALÉRY GISCARD D'ESTAING. Par le Président de la République : Le Premier ministre, JACQUES CHIRAC. Le garde des sceaux, ministre de la justice, JEAN LECANUET.

[3]**Denis MAZEAUD** : la reforme du droit des obligations en France, 5 emme journées FRANCO-ALLEMANDES, revue droit comparé et européen, volume 20, 2015, p 9 :« Un alinéa a bien été ajouté en 1975, afin d'autoriser le juge à réviser les clauses pénales manifestement excessive».

[4]**محمد بودالي**، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر،2010 ، ط2، ص66 .

-كل إشتراط مخالف للفقرتين السابقتين يعتبر كأن لم يكن﴾[1].

ثانيا : تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الألماني.

نصَّ القانون المدني الألماني**BGB** لسنة1896 والمعدَّل سنة2018على الشرط الجزائي وذلك من خلال المادة 343 منه، كما نص هذا الأخير على إمكانية تخفيض الشرط الجزائي من قبل القاضي عندما يكون المبلغ المتفق عليه مبالغ فيه من خلال نفس المادة التي جاء فيها:

﴿ عندما يكون الجزاء مرتفعا بشكل غير عادي ، يمكن تخفيضه بناء على طلب المدين إلى مبلغ معقول ، ولتقدير الطابع العقلاني يجب الأخذ بالحسبان كل فائدة مشروعة للدائن وليس فقط فائدته المالية ﴾[2].

مع ملاحظة أن القانون المدني الألماني إشترط قيام المدين بتقديم طلب لتخفيض الشرط الجزائي وذلك من خلال عبارة بناء على طلب المدين-**on the application of the obligor**-.

ثالثا: تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الإيطالي.

تضمن القانون المدني الإيطالي هو الآخر فكرة الشرط الجزائي كما نص على إمكانية مراجعته من قبل القاضي وتخفيضه بشكل عادل حالة التنفيذ الجزئي للإلتزام الأصلي أو في حالة ما إذا كان مبلغ الجزاء مبالغا فيه[3].

رابعا : تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني البلجيكي.

كرَّست المادة 1231 لسنة 1998 من القانون المدني البلجيكي إمكانية مراجعة الشرط الجزئي حيث جاء فيها : « يمكن للقاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المدين تخفيض الجزاء الذي يتمثل في دفع مبلغ محدد عندما يتجاوزهذا المبلغ بشكل جَلِّيٍّ المبلغ الذي يمكن للأطراف تحديده لتعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذ الإتفاق.

---

[1]**Article** 1231-alinéa 5, code civil francais : «Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent. Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite».

[2]**Article 343 B G B -Bürgerliches Gesetzbuch-** German Civil code of 18 August 1896,last amended by statute of 4 December 2018:Section 343 Reduction of the penalty «If a payable penalty is disproportionately high, it may on the application of the obligor be reduced to a reasonable amount by judicial decision. In judging the appropriateness, every legitimate interest of the obligee, not merely his financial interest, must be taken into account. Once the penalty is paid, reduction is excluded».

[3]**Article** 1384, Italien civil code-**Reduction of the pénalty**-:«The penalty can be reduced fairly by the judge, if the main obligation has been partialty perfomed or if the amount of the penalty is clearly excessive, always having regard to the interest that the creditor had in the fulfillment».

– في حالة مراجعة الشرط الجزائي لا يمكن للقاضي في حالة غياب شرط جزائي أن يحكم على المدين بدفع مبلغ أقل من المبلغ المستحق.

– يمكن تخفيض العقوبة من طرف القاضي في حالة ما إذا كان الإلتزام الرئيسي قد نُفِّذَ في جزء منه.

– يعتبر كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة كأن لم يكن»[1].

البند الثاني:تعديل الشرط الجزائي في بعض القوانين المدنية العربية .

تضمنت القوانين المدنية العربية هي الأخرى إمكانية تعديل قيمة الشرط الجزائي،ومن تلك القوانين: القانون المدني المصري﴿**أولا**﴾، القانون المدني الجزائري﴿**ثانيا**﴾، قانون المعاملات المدنية الإماراتي﴿**ثالثا**﴾، والقانون المدني الأردني﴿**رابعا**﴾.

أولا:تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني المصري .

يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بتعويض إذا ما كان الدائن بخطئه قد إشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه[2]، كما نصت المادة 224 من نفس القانون في الفقرتين«1»و«2» على مايلي:

«1– لا يكون التعويض الإتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

2– ويجوز للقاضي أن يخفِّض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغ فيه إلى درجة كبيرة أو أن الإلتزام الأصلي قد نُفِّذَ في جزء منه»[3].

2:تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري .

نص القانون المدني الجزائري على إمكانية تعديل قيمة الشرط الجزائي وذلك من خلال المادة 177 التي جاء فيها: «يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد إشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه»[4].

---

[1]Art1icle 231, code civil Belge:« Le juge peut, d'office ou à la demande du débiteur, réduire la peine qui consiste dans le paiement d'une somme déterminée lorsque cette somme excède manifestement le montant que les parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution de la convention. En cas de révision, le juge ne peut condamner le débiteur à payer une somme inférieure à celle qui aurait été due en l'absence de clause pénale.

- La peine peut être réduite par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie.

-Toute clause contraire aux dispositions du présent article est réputée non écrite».

[2]المادة 216 ، القانون المدني المصري لسنة 1948 المعدل .

[3]المادة 224 ، القانون المدني المصري لسنة 1948 المعدل.

[4]المادة177 ، القانون المدني الجزائري لسنة 1975 المعدل و المتمم .

في حين تضمنت المادة 184 مايلي:« لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر

ب- ويجوز للقاضي أن يخفِّض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطًا أو أن الإلتزام الأصليَّ قد نُفِّذَ في جزء منه، ويقع باطلا كل إتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه»[1].

ثالثا: تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الإماراتي .

جاء في المادة 390 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي مايلي:

«ب- ويجوز للقاضي في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن يُعَدِّلَ في هذا الإتفاق بما يجعل التقدير مساويًا للضرر ويقع باطلا كل إتفاق يخالف ذلك»[2].

رابعا:تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني.

نص القانون المدني الأردني على إمكانية تعديل الشرط الجزائي بحيث يجب أن يكون مساويًا للضرر وذلك من خلال المادة 364 فقرة « ب » التي جاء فيها:

﴿ ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدِّل في هذا الإتفاق بما يجعل التقدير مساويًا للضرر ويقع باطلا كل إتفاق يخالف ذلك﴾[3].

ومع تطور الحياة الاقتصادية و المالية تم إستحداث تطبيقات مماثلة لتقنية للشرط الجزائي في قوانين و عقود أخرى ومن ذلك العقود الإدارية ، إذ تتضمن الكثير من هذه العقود تطبيق غرامة التأخير في حالة التأخير في التنفيذ أو عدم التنفيذ مطلقا ، أو عدم التنفيذ المطابق وغيرها من الحالات.

فتطبيق الغرامة التأخيرية في مجال الصفقات العمومية مشابه لما هو معمول به فيما يتعلق بتطبيق الشرط الجزائي ففكرة غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية وإن كانت تختلف عنه في بعض العناصر فإنَّها على العموم كانت ولا زالت مرتبطة بالشرط الجزائي من خلال العديد من أوجه التَّشابه بين هذه الغرامة في مجال الصفقات العمومية و الشرط الجزائي في القانون الخاص.

وهو ما سنقف عليه لاحقا عند حديثنا عن الشروط الناظمة لتطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

---

[1] المادة 184، القانون المدني الجزائري لسنة 1975 المعدل و المتمم .

[2] المادة 490 ، قانون المعاملات المدنية الإمارتي رقم 5لسنة 1985 المعدل.

[3] المادة 364 ، القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة1976.

المبحث الثاني: تعريف غرامة التأخير وإعتمادها من طرف العديد من القوانين الأجنبية والعربية الخاصَّةُ بالشِّراءِ العُمُومِيِّ.

ومن خلاله سنتطرق إلى تعريف غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية ﴿**المطلب الأول**﴾ مع ذكر العديد من القوانين المتعلقة بالعقود الإدارية التي إعتمدت تقنية غرامة التأخير ﴿**المطلب الثاني**﴾.

المطلب الأول:تعريف غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

تعريف غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية يستلزمُ التطرق إلى تعريف الصفقات العمومية بصفة عامة ﴿**الفرع الأول**﴾،ثم الحديث عن تعريف غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية﴿**الفرع الثاني**﴾.

الفرع الأول: تعريف الصفقات العمومية:

تعدَّد التعريفات الخاصة بالصفقات العمومية منها ما هو لُغَوِيٌّ﴿**البند الأول**﴾، ومنها ما هو قضائيٌّ﴿**البند الثاني**﴾ ، زيادة على التعريف القانوني للصفقات العمومية﴿**البند الثالث**﴾ ، إضافة إلى تعريف الصفقات العمومية بحسب موضوعها و كذا معيار التمييز بين الصفقات العمومية بحسب موضوعها﴿**البند الرابع**﴾.

البند الأول : التعريف اللُّغوي للصفقات العمومية.

الصفقة لغةً بمعنى البيعة ،ويوم الصفقة من أيام العرب ، وسمِّيَ يوم الصفقة لأن **باذام** عامل **كِسرى** على اليمن أنفذ **لطيمة** إلى **كِسْرَى أبرويز** في خفارة **هودة بن علي الحنفي** ، فلما قاربوا أرض العراق خرجت عليهم **بنو تميم** فيهم **ناجية بن عفان** فأخذوا **اللطيمة** بموضعٍ يقال له **نَطاعُ** ،فبلغَ **كسرى** ذلك فأراد إرسال جيش إليهم فقيل له: هي بادية لا طاقة لجيشك بِرُكُوبِهَا ،ولو أرسلت إلى **ماجشنت** وهو المعكبر وهو من أرض البحرين لكفاهم ،فأرسل إليه في ذلك فأطمع بني تميم في الميرة وأعطاهم إياها عامين، فلما حضروا في الثالثة جلس على باب المستقر وقال أريد عَرضَكم عليَّ فجعل ينظر إلى الرجل ويأمر بدخول الحِصن فإذا دخل فيه أخذ سلاحه وقُتل ولم يَدر أحد، ثم نذرَ بذلك أحد **بني تميم** بذلك فأخذ سيفه وقاتل به حتى نجى فأصفق الباب على باقيهم في الحصن فقتلوا فيه ، لذلك سُمِّيَ يومُ الصفقةِ[1].

قال **الأعشى** يمدح هوذة[2]:

---

[1] **الإمام شيهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي**، معجم البلدان، تحقيق **فريد عبد العزيز الجندي**، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، ص 470.

[2] **الإمام شيهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي**، نفس المرجع، ص 470.

سائل تميما به أيّام صفقتهم لما رآهم أُسارَى كلهم ضرعَا.

وسط المشقر في غيظاء مظلمة لا يستطيعون بعد الضرب منتفعا.

بظلمهم يطاع الملك إذا غدروا فقد حَسوا بعد من أنفاسها جرَعا.

ويقال ربحت صفقتك للمشتري و صفقة رابحة أو صفقة خاسرة أي بيعة، ويقال:إنّه لمبارك الصفقة : أي لا يشتري شيئا إلا ربح فيه ، وقد إشترى اليوم صفقة صالحة و الصفقة تكون للبائع و للمشتري وقد ألهاكم الصفق بالأسواق أي التبايع ،فمن أكبر الكبائر أن تقاتل أهل صفقتك ، وهو أن يعطي الرجلُ عهده وميثاقه ثم يقاتله لأن المتعاهدين يضع أحدهما يده في يد الآخر كما يفعل المتبايعان، وهي المرَّة من التصفيق باليدين ،ومنه قول **إبن عمر** :

﴿أعطاه صفقة يده وثمرة قلبه﴾[1].

وصفّق تصفيق بمعنى **Applaudissement**،والصفقة بمعنى:**Marché، Opération**.[2]

البند الثاني : التعريف القضائي للصفقات العمومية.

ذهب مجلس الدولة الجزائري في تعريفه للصفقة العمومية على أنها:

﴿.. وحيث أنه تعرَّف الصفقة العمومية أنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات﴾[3].

البند الثالث:التعريف القانوني للصفقات العمومية:

ويعرَّف الطلب العمومي بصفة عامة بأنه:

«مجموع العقود التي يبرمها شخص عام لتلبية جاجاته، وهو مفهوم جد واسع يشمل العديد من أشكال العقود،على غرار: الصفقات العمومية ، تفويضات المرافق العمومية ، عقود الشراكة العامة أو الخاصة»[4].

---

[1] **محمد مرتضى الحسين الزبيدي**، المرجع السابق ، مادة صفقة.

[2] **يوسف شلالة**، المعجم العملي للمصطلحات القانونية و التجارية و المالية، دار المعارف ، الإسكندرية، مصر،دون تاريخ الطبع، ص17.

[3] قرار مجلس الدولة الجزائري،17 ديسمبر 2002،رقم 6115،فهرس 873.

[4] PREFET dE L'EURE,la Définition de la commande publique, , secrétariat général direction des relations avec les collectivités locales,France,2019,p1:«La commande publique est l'ensemble des contrats passés par une personne publique pour satisfaire ses besoins. C'est une notion très large qui englobe plusieurs formes de contrats tels les marchés publics, les délégations de services publics, les contrats de partenariat public/privé».

كما أن الشراء العموميَّ أو الشراء الحكومي أو الصفقات العمومية أو التوريد العام هو: مجموعة العمليات السابقة و المواكبة واللاحقة للتعاقد التي تُجريها الجهات العامة –السلطات العامة– مع الموردين من القطاع الخاص وفق آليات محددة تؤمِّن حاجة هذه الجهات من لولزم وأشغال وخدمات بسعر مناسب ونوعية جيدة[1].

ويمكن تعريف الصفقة العمومية بأنها:

﴿عقد يبرمه أحد أو عدَّة مشتريين عموميين يخضعون لهذا القانون مع أحد أو عِدَّة متعاملين اقتصاديين لتلبية حاجاتهم في مجال الأشغال ،اللوازم أو الخدمات ، مقابل أجر أو ما كل ما يعادله﴾[2].

في حين عرَّف قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري الجديد الصفقات العمومية بأنها:

﴿الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم في مقابل مع متعاملين إقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات﴾[3].

البند الرابع :تعريف الصفقات العمومية بحسب موضوعها ومعيار تمييزها.

تعددت تعريفات الصفقات العمومية بحسب موضوعها ، و نذكر منها : تعريف صفقة الأشغال العمومية ﴿**أولا**﴾، تعريف صفقة التوريد﴿**ثانيا**﴾، تعريف صفقة الدِّراسات ﴿**ثالثا**﴾، تعريف صفقة الخدمات ﴿**رابعا**﴾، وكيفية تحديد نوع الصفقة بحسب موضوعها﴿**خامسا**﴾.

أولا : تعريف صفقة الأشغال العمومية.

بداية يجب التنويه أن صفقات الأشغال العمومية من أهم الصفقات بحكم طابعها الذي يعتمد بصفة أساسية على فنيِّات و تِقنيات معقَّدة وما تتطلبه هذه الصفقات من أموال ضخمة،وكذلك لدورهذه الصفقات في الرَّفع من البُنى التحتية وتحقيق التنمية الإقتصادية والإجتماعية.

---

[1] دليل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة إلى المشاركة في الصفقات العمومية، وزارة المالية اللبنانية ،معهد **باسل فليحان** المالي و الإقتصادي،بيروت،لبنان ،ط1،2016،ص7.

[2]Article L1111-alinéa 2,code de la commande publique français,2019,«un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent».

[3]المادة 02 من تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام الجزائري لسنة2015.

وتشغل نظرية الأشغال العمومية مكانة مهمَّة لما لها أولا من أقدمية مما يمنحها نوعا من –المهام النبيلة – في القانون الإداري برزت كواحدة من أوائل التشييدات للقانون الإداري المعاصر[1].

وصفقة الأشغال هي:"عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام لمصلحة عامة ومقابل ثمن محدد في هذا العقد "[2].

وتكون صفقة الأشغال من أجل[3]:

- إما التنفيذ أو التَصوُّر و التنفيذ للأشغال.
- إما الإنجاز أو التصوُّر و الإنجاز بأيِّ وسيلة كانت العمل الذي يفي بالمتطلبات المحدَّدة من طرف المشتري الذي يستخدم تأثير غير محدود على طبيعة العمل أو تصوُّرِهِ .

و يعرِّفها القانون المصري بأنَّها:

«كل ما يدخل ضمن التصنيف الصادر عن الإتحاد المصري لمقاولي التشييد و البناء ، ويعتمد من وزير الإسكان و المرافق و المجتمعات العمرانية ، وتُخطر به الهيئة العامة للخدمات الحكومية لنشره على بوابة التعاقدات العامة»[4].

أو هي:" ذلك العقد الذي يقوم بموجبه المتعامل المتعاقد " المقاول" ببناء، صيانة أو تأهيل أو هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات الضرورية المشتركة لإستغلالها، وتعتبر من صفقات الأشغال الصفقات الخاصة بالبنايات والهندسة المدنية"[5]،ويشترط في عقد الأشغال العامة توافر العناصر الآتية .

1 – أن ينصب موضوع العقد على عقار.

---

[1]**André de laubadère,Yves gaudmet**,droit administratif des biens,**LGDG**, Paris,France, 1998, tome 2, 11eme édition,p335,«La théorie des travaux publics occupe une place importante et elle le doit d'abord à son encienneté qui lui confrére une manière de- letrres de noblesses- dans le droit administratif , et elle est apparue comme l'une des premiéres construction du droit administratif ».

[2]**علاق عبد الوهاب:** الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري،رسالة ماجستر ، جامعة بسكرة،2004،ص 21» .

[3]Article L1111-alinéa 2, code de la commande publique français,2019 :«Un marché de travaux a pour objet :

- Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux…
- Soit la réalisation, soit la coception et le réalisation par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'achteur qui exerce une influence déterminante sur sa natur ou sa conception».

[4]المادة 01، فقرة 6، من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصرية لسنة 2018.

[5]الصفقات العمومية ، مدخل عام وتعريف، المديرية العامة للبرمجة **DGB** ،الجزائر،دورة تكوينية، 2012 ،ص 11.

2- أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام.

3 - يجب أن يكون الغرض من الأشغال تحقيق نفع عام[1].

و من التعريفات الخاصة بعقد المقاولة في الفقه الإسلامي أنَّه إذا كان موضوعه أداء عمل فهو في معنى عقد الإجارة ، وإذا كان موضوعه صنع شيئ أو كانت المادة مقدمة من المستصنع فهو إجارة أيضا، أما إذا كانت المادة مقدمة من الصانع فهو إستصناع بالمصطلح الحنفي ، وهو عقد مركب بين بيع وإجارة[2].

وعقد الاستصناع هو وفقا للقانون الجزائري للتمويل الإسلامي هو: «عقد يتعهد بمقتضاه البنك أو المؤسسة المالية بتسليم سلعة إلى زبونه صاحب الأمر ، أو بشراء لدى مُصنِّع سلعةً ستُصنَّعُ وفقا لخصائص محدَّدة ومتَّفق عليها بين الأطراف ، بسعر ثابت ووفقا لكيفيات تسديد متَّفق عليها مسبقا بين الطرفين»[3].

ثانيا : صفقة التوريد.

صفقة اللوازم هي: «تلك الصفقة التي تهدف إلى شراء ، تسلُّم الإيجار التمويلي، الإيجار ، البيع بالإيجار للمنتوج » [4]، وتعرَّف كذلك صفقة اللوازم بأنها:

«تلك الصفقة العمومية التي تهدف إلى إقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار أو بدون خيار الشِّراء من طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد أو مواد مهمَا كان شكلها موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى المورِّد...»[5].

أو هي: « عقد بموجبه يتم إقتناء أو إيجار لفائدة المصلحة المتعاقدة عتاد أو مواد موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد،ويمكن أن تشتمل على مواد تجهيز أو منشآت إنتاجية كاملة غير جديدة و التي تكون مدة عملها مضمونة و محددة "»[6].

---

[1] **سليمان محمد الطماوي**:الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة،دارالفكرالعربي، مصر، 2005،ص 124،123.

[2] **رفيق يونس المصري**، مناقصات العقود الإدارية، دار المكتبي، دمشق ، سوريا ،ط1420،1هـ-1999م،ص26.

[3] المادة 10، نظام رقم 02-20 المؤرَّخ في 20-رجب-1441هـ ، الموافق لـ 15-مارس-2020 ، الجريدة الرسمية العدد16 ، المؤرَّخة في 29-رجب-1441هـ ، الموافق لـ 24-مارس-2020، يحدِّد العمليات البنكية المتعلِّقة بالصيرفة الاسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك و المؤسسات المالية.

[4] Article L1111-alinéa 3, code de la commande publique français,2019 :«Un marché de fourniture a pour objet l'achat , la prise en crédit-bail, la location ou la location vente de produit».

[5] المادة 291، فقرة 6، قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري لسنة 2015م.

[6] الصفقات العمومية ، مدخل عام وتعريف،المرجع السابق،ص11.

و من التعريفات الخاصة بعقد التوريد في الفقه الإسلامي :

«عقد التوريد هو عقد يتأجل فيه البدلان (المبيع والثمن)، وهو أشبه شيئ في الفقه بعقد الإستصناع المعورف عند الحنفية ، إذ أجازوا فيه تعجيل الثمن خلاف للسّلَم، ولكنه يشبه السّلم أيضا من حيث أن الآجال فيه معلومة ، آجال التسليم وآجال الدفع»[1].

ويمكن تعريف السَّلم في الفقه الإسلامي بأنه بيع شيئ غير موجود بالذات بثمن مقبوض في الحال على أن يوجد الشيئ يسلم للمشتري في أجل معلوم ويسمى المشتري – المسلم أو رب السلم– و البائع – المُسَلَّم إليه– ،والمبيع – المسلم فيه– ، والثمن – رأس المال– ، وتَرَى من ذلك أن السَّلم هو بيع معدوم رخص فيه إستثناء من مبدأ عدم جواز بيع المعدوم للحاجة إليه وجَرَيَانِ التَّعامل فيه[2].

و بيع السَّلم وفقا للقانون الجزائري هو:«عقد يقوم من خلاله البنك أو المؤسسة المالية الذي يقوم بدور المشتري بشراء سلعة التي تُسلَّم له آجلا من طرف زبونه مقابل الدفع الفوري و النقدي »[3].

بَقِيَ أن نشير بخصوص هذه التخرجات الفقهية لعقد التوريد في الفقه الإسلامي أنها محلُّ إختلاف مُعتبر إذ لا يؤيِّد العديد من الفقهاء المسلمين تَخرِيجَ عقد التوريد على أساس بَيْعِ السَّلم[4].

ثالثا: صفقة الدراسات.

تعرَّف صفقة الدراسات على أنها:« إتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص آخر"طبيعي أو معنوي " يلزم بمقتضاه هذا الأخير بإنجاز دراسات محددة في العقد لقاء مقابل تلتزم الإدارة بدفعه تحقيقا للمصلحة العامة»،وقد تكون الدراسات ذات طبيعة منقولة، دراسة ذات طابع إقتصادي،مالي،سوسيولوجي،قانوني، أوحول أملاك عقارية، دراسة تحضيرية لعقد بناء،دراسة مشروع تمهيدي، دراسة جيو تقنية[5].

---

[1] **رفيق يونس المصري**، مناقصات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص29.

[2] **عبد الرزاق السنهوري**،مصادر الحق في الفقه الإسلامي،دار إحياء التراث العربي،بيروت،لبنان،ط1،الجزء3،1954، ،ص25.

[3] المادة 09، نظام رقم 02–20 ، يحدِّد العمليات البنكية المتعلِّقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك و المؤسسات المالية الجزائرية، المذكور سابقا.

[4] لتفاصيل أكثر ، يرجى من القارئ"ة" الكريم"ة" الإطلاع على الصفحة 340وما بعدها بخصوص موقف الفقه الإسلامي من غرامات التأخير في عقد التوريد الإداري.

[5] la réglementation des marches publics, formation des subdivisionnaires d'urbanisme, ministère de l'habitat et de l'urbanisme, **ISGP**, Alger, Algerie, février 2007, , p15. « Les études peuvent être de nature mobilière, étude à caractère économique financier, sociologique, juridique, ou porter sur des biens à destination immobilière, étude préparatoire, à l'acte de construire, étude d'avant projet étude géotechnique ».

أوهي:«عقد يقوم بموجبه المتعامل المتعاقد " مكتب الدراسات " بإنجاز دراسات مكتملة أو ناضجة»[1].

وهي على العموم ما يغلب عليه الطابع الفكري أو الإرشادي ومن ذلك:

الدراسات الهندسية أو المهنية أو الإقتصادية أو الإدارية أو القانونية بما في ذلك مهام الإعداد أو التصميم أو الإشراف على التنفيذ أو التقييم أو الإستلام[2].

وتهدف الصفقة العمومية للدراسات إلى إنجاز خدمات فكرية ،تشمل الصفقة العمومية للدراسات عند إبرام صفقة أشغال لا سيما مهمات المراقبة التقنية أو الجيوتقنية والإشراف على إنجاز الأشغال و مساعدة صاحب المشروع .

وتحتوي الصفقة العمومية للإشراف على الإنجاز في إطار إنجاز منشأة أو مشروع حضري أو مناظر طبيعية ، تنفيذ المهام الآتية على الخصوص:

- دراسات أولية أو التشخيص أو الرسم المبدئي.
- دراسات مشاريع تمهيدية موجزة ومفصّلة.
- دراسات المشروع.
- دراسات التنفيذ أو عندما يقوم بها المقاول.
- مساعدة صاحب المشروع في إبرام وإدراة تنفيذ صفقة الأشغال وتنظيم وتنسيق وتوجيه الورشة وإستلام الأشغال [3].

رابعا:صفقة خدمات.

يُمكن تعريفها بأنها:

«صفقة خدمات هي تلك الصفقة التي يكون موضوعها إنجاز تقديم خدمات»[4].

أوهي:

« ما يكون التعاقد فيها على أساس أداء عمل مادي يمكن توصيفه ومن ذلك: الصيانة، الأمن، النظافة، رسم الخرائط، التصوير للأقمار الصناعية، تطوير البرمجيات وخدمات النقل»[1].

---

[1] الصفقات العمومية ، مدخل عام وتعريف،المرجع السابق،ص11.

[2] المادة 01، فقرة 8، من القانون المصري لتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة 2018م.

[3] المادة 291، الفقرات 13،12،11، قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري لسنة2015م.

[4]Article L1111-4, code de la commande publique français,2019 :«Un marché de service a pour objet : la réalisation de prestations de services».

وتهدف الصفقة العمومية للخدمات المبرمة مع متعهد خدمات إلى إنجاز تقديم خدمات ، وهي صفقة عمومية تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات [2].

كما تعرَّف صفقة الخدمات بأنها:«صفقة تتناول أساسا أداء خدمات عادية أو فكرية و تتميز عن صفقتي التموين والأشغال بأنها صفقة يتم الإتفاق بشأنها دون أن ينتج عن ذلك زيادة في الذمة المالية للمصلحة المستفيدة منها فالأمر لا يتعلق هنا ببناء أو إقامة منشأة أو صناعة جسم مادي إنما تعلق بأداء خدمة لا غير» [3] .

وتُعرَّف أيضا [4]: " كل صفقة تتضمن خدمات مادية أو خدمات فكرية ، فبالنسبة للخدمات المادية يمكن أن تشتمل على: أشغال الصيانة ، التصليح، الأثاث المكتبي، تجهيزات الإعلام الآلي،التجهيزات الطبية. وبالنسبة للخدمات الفكرية تتمثل في المعارف الخصوصية ، و التي لا يمكن للمصلحة المتعاقدة تأمينها بوسائلها الخاصة".

خامسا :التمييز بين أنواع الصفقات العمومية.

يمكن التمييز بين الصفقات العمومية بحسب موضوعها وذلك من خلال:

الحالة الأولى: تحديد صفقة أشغال.

- عندما تتعلق الصفقة بالأشغال و اللَّوازم أو الخدمات، تعتبر هذه الأخيرة صفقة أشغال إذا كان موضوعها الرئيسي إنجاز الأشغال[5].
- إذا تم النص في صفقة عمومية على تقديم خدمات ، وكان الموضوع الأساسي للصفقة يتعلق بإنجاز أشغال فإن الصفقة تكون صفقة أشغال[6].

الحالة الثانية:تحديد صفقة اللوازم –التوريد–.

---

[1] المادة 01، فقرة 7، من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصرية لسنة 2018م.

[2] المادة 29، فقرة 14، قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري لسنة2015م.

[3] **خرشي النوّي**،تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية،دار الخلدونية، الجزائر،2011،ص59.

[4] الصفقات العمومية ، مدخل عام وتعريف،المرجع السابق،ص11.

[5] Article L1111-5, code français de la commande publique, 2019, alinéa 01.

- L'orsque un marché porte sur des travaux et sur des fournitures ou des services, il est un marché de travaux si sont objet pricipal est de réaliser des travaux.

[6] المادة 29،فقرة 07،القانون المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري لسنة2015م.

- إذا كانت أشغال وضع وتنصيب اللوازم مدرجة ضمن الصفقة العمومية ولا تتجاوز مبالغها قيمة هذه
- اللوازم فإن الصفقة العمومية صفقة لوازم .
- إذا كان موضوع الصفقة العمومية خدمات ولوازم و كانت قيمة اللوازم تفوق قيمة الخدمات فإن الصفقة العمومية تكون صفقة لوازم[1].

الحالة الثالثة:تحديد صفقة الخدمات.

- عندما تتعلَّق الصفقة بالخدمات واللَّوازم تعتبر هذه الأخيرة ضفقة خدمات اذا كانت قيمتها تتجاوز اللَّوازم المشتراة ، تعتبر هذه الصفقة صفقة خدمات إذا كانت قيمتها تتجاوز اللَّوازم المُشتراة[2].
- إذا كان موضوع صفقة اللوازم هو عملية الإيجار، وأرفق هذا الأخير بتقديم خدمة فإن الصفقة العمومية تكون صفقة خدمات[3].

الفرع الثاني: تعريف غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

يختلف تعريف غرامة التأخير في مجال الشراء العمومي من تعريفها لُغَوِيًا، إلى التعريف الإصطلاحي والفقهي ﴿**البند الأول**﴾، كما أنَّ الإحاطة بتعريف غرامة التأخير في مجال الطلب العمومي يستوجب ذكر أهم خصائص هذه الغرامة﴿**البند الثاني**﴾،وكذا إبراز الأساسِ الذي تستند عليه هذه التقنية في مجال الطلب العمومي﴿**البند الثالث**﴾.

البند الأول : تعريف غرامة التأخير لغة، إصطلاحا وفقها .

سنحاول من خلال هذا البند إعطاء تعريفٍ لُغَوِيٍّ لغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية﴿ **أولا**﴾، زيادة على تعريفها في إصطلاحا ﴿**ثانيا**﴾،وكذا إبراز تعريف رجال القانون خاصة القانون الإداري لغلرامة التأخير في مجال العقود الإدارية﴿ **ثالثا**﴾.

أولا:التعريف اللُّغوي لغرامة التأخير في مجال العقود الإدارية.

هي ما يلزم أداؤه كالغريم بالضمِّ وكَمغرَم و أَغرمَهُ إيَّاه ، وغرَّمته وقد غرمَ الدّيةَ كَسمعَ[4].

---

[1] المادة 29،فقرة 08، الفقرة09،القانون المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري لسنة2015م.

[2] Article L1111-alinéa 5, code français de la commande publique, 2019 :

- L'orsque un marché a pour des services et des fournitures, il est un marché de service si La valeur de ceux-ci dépasse celles des fournitures achetées.

[3] المادة 291،فقرة 07،القانون المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري لسنة 2015م.

[4] **الفيروز أبادي** ، المرجع السابق،ص123.

الغرم :فلانٌ مغرمٌ مثقلٌ بالدَّينِ وعليه غُرْمٌ ومَغرَمٌ ثقيلٌ ، وتقول :

عليك بالصِّدقِ وإن جَرَّ عليكَ المغارمَ وإيَّاك الكذبَ وإن سَاقَ إليكَ المَغَانِمَ[1].

الغرم : الدَّيْنُ ورجل غارم عليه دين وغرمَ غُرمًا وأَغرَمتُهُ وغرَّمتُهُ ، والغريم الغارم وجمعه غُرماء[2].

ثانيا:التعريف الإصطلاحيُّ الشَّرعِيُّ لغرامة التأخير في مجال العقود الإدارية.

عرَّفها البعض بأنها:

« ما يُعطى من المال على كره الضَّرر و المشقَّة ، وقيل : هي ما يلزم المرء بأدائه من المال ، من الغَرْمِ و هو الخسارةُ و النقص»[3]،و يطلق على الغرامة في غير اللغة العربية تسمية:

- **اللغة الفرنسية pénalité**[4].
- **اللغة الإنجليزية** فيطلق عليها مصطلح **penalty**[5] .
- **اللغة الإيطالية amenda, penalita, multa**[6].

ثالثا: تعريف رجال القانون لغرامة التأخير في مجال الشراء العمومي.

هي مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدَّمًا ، وتنص على توقيعها متى أخلَّ المتعاقد بإلتزام معيَّن لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التَّنفيذ ، وهذه الطريقة لا يكاد يخلو منها عقد إداري[7].

وهي جزاء مالي توقعه الإدارة على المتعاقد معها لإخلاله بمدد التنفيذ ،و لهذا الجزاء طابع تعويض و طابع تهديد ويستهدف حسن سير المرافق العامة[8].

البند الثاني :خصائص غرامة التأخير في مجال الطلب العمومي.

---

[1] **الزمخشري**، المرجع السابق،مادة –غرم–،ص701.

[2] **أحمد الشرباصي**، المعجم الإقتصادي الإسلامي،بيت الحكمة للنشر و التوزيع،سطيف،الجزائر، 2010،ص159.

[3] **نزيه حمَّاد** ، معجم المصطلحات الإقتصادية في لغة الفقهاء، المرجع السابق، ص342.

[4]**Khaled khelifa** : lexique pratique en matière des marchés publics, plus de 1000 termes juridique, économique et technique, français= arabe, édition EL-INMAA, Alger, Algérie, 2017,page64.

[5] **زايد محمد العقيله**، المرجع السابق، ص 31.

[6] **روح البعلبكي**، المرجع السابق، ص 344.

[7] **سليمان محمد الطماوي**، المرجع السابق،ص490.

[8] **منصور إبراهيم العتوم**،النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية– دراسة تحليلية مقارنة–،مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد53، 1434هـ–2013م،ص384.

تَمْتَازُ غرامة التأخير بعديد الخصائص ومن أهمها : أن غرامة التأخير إتفاقية﴿ **أولا**﴾ ، كما أنها تقنية تلقائية﴿**ثانيا**﴾،كما يمكن القول أن هذه الغرامة ذات طبيعة مختلطة﴿ **ثالثا**﴾، وتعتبر في نفس الوقت ذات أهمية خاصة﴿ **رابعا**﴾.

أولا :غرامة التأخير إتفاقية.

يمكن القول أن غرامة التأخير إتفاقية بحيث يتم الإتفاق عليها مسبقا بين طرفي الصفقة العمومية مُمَثَّلَيْنِ في الإدارة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد .

ثانيا:غرامة التأخير تلقائية.

يمكن للإدراة المتعاقدة تطبيق غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد المخل بإلتزاماته بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إعذاره أو إتخاذ أي إجراء قانوني آخر[1].

كما أن الإدارة عند تطبيقها لغرامة التأخير في مجال العقود الإدارية ليست مجبرة بأن تثبت بأنه قد أصابها ضرر نتيجة تقاعس و تماطل المتعامل المتعاقد معها في تنفيذ إلتزاماته أو تنفيذها تنفيذا غير مطابق لما تم الإتفاق حوله من قَبل ،فجهات الإدارة توقّع هذه الغرامات من تلقاء نفسها دون الإلتزام بإثبات حصول الضرر فلا يقبل من المتعاقد إثبات عدم وقوع الضرر[2].

وتحدد غرامة التأخير بقرار صادر من الإدارة المتعاقدة دون حاجة لإستصدار حكم قضائي ويلتزم المتعاقد مع الإدارة بدفع الغرامة بمجرّد وقوع التأخير في التنفيذ ودون حاجة لإثبات الضرر الذي أصاب المرفق العام نتيجة هذا التأخير[3]،فالضرر مفترض بمجرد التأخير لأن هذا التأخير يعطّل سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد[4].

---

[1] **عزت عبد القادر**، المناقصات و المزايدات ،دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى،مصر،2001 ،ص 199.

[2] **حمدي ياسين عكاشة**، العقود الإدارية في التطبيق العملي، المبادئ و الأسس العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص 378.

[3] **بوجادي عمر**، إختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، الجزائر، جويلية 2013 ، ص210.

[4] **إنصاف أحمد محمد**،غرامات التأخير كجزاء في العقد الإداري، مجلة جامعة تشرين للبحوث و الدراسات العلمية، سلسلة العلوم الإقتصادية و القانونية، سوريا ،المجلد 4، العدد 5، 2018 م، ص15.

لكن سنلاحظ من خلال الباب الثاني من هذه الأطروحة أنه حتى و إن لم تكن الإدارة مجبرة على إعذار المتعامل المتعاقد قبل تطبيق غرامة التأخير فإن هناك حالات يجب فيها إعذار المتعامل المتعاقد قبْل توقيع هذه الغرامة هذا من جهة،ومن جهة ثانية فإن القضاء الاداري وإن لم يشترط أن يصيب الإدارة المتعاقدة ضررا في مجال توقيعها لغرامة التأخير فإن هناك توجهات جديدة للقضاء الإداري خاصة القضاء الإداري الفرنسي الذي يسمح بتخفيض مبلغ الغرامة أو رفعها بحسب الضرر الذي أصاب الإدارة.

كما أن هناك من يعتمد غرامة التأخير كتعويض خاصة في **القضاء الأمريكي و القضاء الإنجليزي** وفقا لما سنراه لاحقا عند حديثنا عن إدراج غرامة التأخير في **القانونين الأمريكي والإنجليزي** للطلب العمومي خاصة في صفقات التوريد والخدمات.

وإستنادا إلى القواعد العامة للتعويض فإنه يشترط وقوع الضَّررِ لإستحقاق غرامة التأخير من طرف الإدارة المتعاقدة.

ثالثا:غرامة التأخير ذات طبيعة مختلطة.

يرى البعض أن تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية يجمع بين طابعين: الطابع التعويضي و الطابع الجزائي.

فهي بمثابة جزاء توقعه الإدارة على المتعاقد معها لإخلاله بمدد التنفيذ فلها طابع تعويضي وطابع تهديدي[1].

رابعا: غرامة التأخير ذات أهمية خاصة.

تحتلُّ غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية من الأهمية بمكان ، إذ نادرا ما نجدُ عقدًا إداريًّا يخلو منهَا خاصة في ظل عصر السرعة و التطور الإقتصادي إذ يُعطَى للزمن قيمة معتبرة في كل المشاريع الإقتصادية والتنموية.

لذا فهي عامل من العوامل المحفِّزة على تنفيذ العقود الإدارية في الوقت المناسب و بالكيفية المناسبة ، كما أنها من أنجع الوسائل للضغط على المتعامل المتعاقد لتنفيذ ما إلتزم به ذلك لأنَّها تمسُّ مباشرة الذِّمة المالية لهذا الأخير[2].

---

[1] **منصور إبراهيم العتوم**، المرجع السابق، ص 348.

[2] **خالد خليفة**،دليل إبرام العقود الإدارية في القانون الجزائري الجديد،دار الفجر للنشر و التوزيع،القاهرة،مصر،ط1،2017م ،ص45.

كما أنه وفقا لأحدثِ التوجُّهات والإجتهادات القضائية الإدارية يمكن للمشتري العمومي أن يعتمد على غرامة التأخير و يستخدمها كمعيار ثانوي لإختيار عروض المترشحين إعتمادا على مبلغ غرامة التأخير إذ أنَّ هذا المعيار ليس له علاقة بالقيمة التقنية للعرض محل التقييم من طرف الإدارة ، أي لا يَمسُّ بالجودة والمعايير التقنية للعرض الذي تختاره الإدارة[1]،كما أن غرامات التأخير هي متعددة وشاملة:

- متعددة :لأنها لا تقتصرُ فقط على إحترام الآجال التعاقدية.
- شاملة: لأنها تبرز وتُطبَّقُ في جميع أنواع الصفقات بغض النظر عن الإجراء أو مبلغ الصفقة[2].

البند الثالث: أساس غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

إختلفت الآراء حول الأساس الذي يمكن إعتماده فيما يخص غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية، فهناك من ذهب إلى أن هذا الأساس تعاقدي﴿**أولا**﴾،ومنهم من رأى أن هذا الأساس غير تعاقدي ﴿**ثانيا**﴾.

أولا : الأساسُ التعاقديُّ لغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

ويقتضي هذا الأساس : عدم فرض غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية إلا إذا كان هناك إتفاق مُسبَق بين المتعامل المتعاقد و الإدارة صاحبة الصفقة ، و بمفهوم المخالفة إذا لم يتم النَّص على الغرامة في العقد فلا يحق للإدارة تطبيقها.

وفي رأينا المتواضع أن هذا الأمر مستبعد في مجال العقود الإدارية ، فتطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية من النظام العام ولا يمكن التنازل عنه من طرف الإدارة إلا إذا سمح القانون صراحة بذلك .

فتطبيق غرامة التأخير في عقود الشراء العمومي مرهونٌ و مقيَّدٌ بسلطة القانون وليس بسلطة إرادة الطرفين المتمثِّلين في الإدارة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها .

---

[1]**CE**, **vendredi ,9-Novembre-2018,N^0 413533**: **Societé SAVOIE FRERES**,«L'acheteur public peut-il- utiliser un sous –critère de choix des offres relatif au montant des pénalités de retard,ce sous- critère est sans lien avec la valeur technique de l'offre à apprécier».

[2]**ALEXANDRE Domanico**, l'application des pénalités dans un marché publics ; Frances, Marchés.com. Cunsulté le 24-4-2019, les pénalités sont polymorphes et omniprésentes :

- ✓ Polymorphes : parce qu'elles ne se limitent pas au respect de délais contractuel.
- ✓ Omniprésentes : parce qu'elles figurent dans tous types de marchés quelle que soit la procédure, le montant du marché »

كما سنقف فيما بعد على أن تطبيق غرامة التأخير من عَدَمِهِ قد يؤدي إلى المساءلة الجزائية وإن تعلَّق الأمر بمجرد منح معلومة متعلقة بتطبيق غرامة التأخير من عدمه،وهو ما يعتبر من أحدث التوجهات في مجال تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

ثانيا : الأساس الغير تعاقدي لغرامة التأخير في مجال الطلب العمومي.

يرى البعض أن غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية تجدُ أساسها في فكرة المرفق العام ﴿1﴾، بينما يرى البعض الآخر أن هذه التقنية تستند على فكرة السُّلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة المتعاقدة﴿2﴾.

1- معيار المرفق العام كأساس لتطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية:

يعتبر **ليون ديجي** و **جيز** و**بونارد** روَّاد هذا المعيار فهم يرون أن الدولة ليست شخصا يتمتع بالسُّلطة العامة و السِّيادة أو السُّلطان.

هذه المرافق التي هي مشروعات عامة تتكون من أشخاص وأموال تهدف إلى إشباع حاجات عامة كمرفق الدفاع و السكك الحديدية و التعليم و الصحة وهذه المرافق تتميز بأنها مشروعات يعجز الأفراد عن القيام بها ولذلك يترك أمرها للدولة[1].

وعليه فإن الدولة ممثلة في الإدارة تحرِصُ كُلَّ الحِرْصِ على ضمان إستمرارية سيرورة المرفق العام وتجنب كل ما من شأنه أن يمسَّ بالسَّير الحسن لهذه المرافق ومن ثم فإن تطبيق غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية نابع من هذا الهدف و المبتغى الذي تعكف الدولة على حمايته.

فإعمالاً لنظرية سير المرافق العامة بإطراد وإنتظام و تحقيق المصلحة العامة، فإنه ينبغي توقيع الغرامة التأخيرية تلقائيا ، حيث أنه بمجرد التأخير عن التسليم يعدُّ في حدِّ ذاته ضررًا ، لإحتياج الإدارة الإنتفاع بمحل العقد الإداري، وأن كل تأخير يَحْرِمُ المصلحة العامة من الإنتفاع بموضوع العقد[2].

ويعرِّف القانون العام **للجماعات الإقليمية الفرنسي** إلتزام المرفق العام بأنه:

«عقد يعهدُ بموجبه شخص معنوي عام تحت مسؤوليته إدارة خدمة عامة لمُلتزم عام أو خاص يكون مقابلهُ المالي مرتبطا بشكل كبير من نتائج استغلال المرفق» [1] .

---

[1] **عمار بوضياف** ،الوجيز في القانون الإداري،جسور للنشر و التوزيع، المحمدية،الجزائر،ط4،2017م،ص125.

[2] **فهد بن ناصر بن سعيد المسيعد**، المرجع السابق،ص78.

أما تعريف إلتزام المرافق العامة: «هو عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة إقتصادية ويكون العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها بإستغلال المرفق فترة معينة من الزمن»[2].

و يجدُ هذا الإتجاه ما يسانده في بعض الإجتهادات القضائية في كل من مصر وفرنسا و التي قضت أن غرامات التأخير في العقود الادارية مقررة ضمانا لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد[3].

وفي ذلك يقول القضاء الإداري المصري: «ومن حيث أن قضاء المحكمة الإدارية العليا جرى على أن غرامة التأخير في العقود الإدارية مقررة ضمان لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرفق العام بإنتظام وإطراد»[4]

2- معيار السلطة العامة كأساس لغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

وُجِّهت إنتقادات كبيرة لمعيار المرفق العام خاصة في ظل النزعة الإقتصادية الجديدة ، والتي أدت إلى إتساع النشاط الفردي وظهور مرافق تخضع للقانون الخاص[5]،ومن هنا ظهرت فكرة جديدة يعتبر **موريس هوريو** رائدا لها ، وهي فكرة السلطة العامة ، ويطلق البعض على هذا التوجه من الرأي مدرسة **السلطة العامة** أو **مدرسة تولوز** ، فهم يَرَونَ أنَّ إرادة الدولة تعلو على إرادة الأفراد فلها مثلا أن تستعمل أساليب السلطة العامة كأن تنزَع مُلكية فرد أو تُغلق محلا أو طريقا أو تفرض تلقيحا أو أن تنظم حركة المرور أو تقيّد حرية[6]، ومن هذا المنطلق يرى **هوريو** أنَّه من حق الإدارة أن تستند إلى فكرة السلطة العامة في تنفيذ

---

[1]Code général des collectivités territoriales, France, du 28 décembre 2014,Article 1411-alinéa 1 :« Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ».

[2] المادة 668 ، من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل.

[3]**منصور إبراهيم العتوم**،المرجع السابق،ص356.

[4]**مجلس الدولة المصري**، ، ملف رقم 4-4-124، بتاريخ 31-ماي-2008، ص5.

[5]**جبار مليكة**،دروس في القانون الإداري،منشورات كليك، المحمدية،الجزائر،ط1،2014،ص37.

[6]**عمار بوضياف** ، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق ،ص119.

عقودها، و في نظر **فيدل** كذلك أن الإمتيازات التي تملكها الإدارة في تطبيق الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها المُقَصِّر تنتج من نظام السلطة العامة[1].

المطلب الثاني: إدراج غرامة التأخير في مختلف قوانين الطلب العمومي.

هناك العديد من القوانين بحسب دراستنا أدرجت فعليًّا تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية ، وممَّا لا شك فيه أن قانون الصفقات العمومية الفرنسي كان من القوانين السَّبَّاقة لتطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية أو ما يعرف حاليا في فرنسا بقانون الطلب العمومي، وجدير بالذكر كذلك أن مختلف دول العالم وخاصة الدول العربية إقتبست فكرة الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية من القانون الفرنسي.

لذلك سنتناول بداية إدراج غرامة التأخير في مجال الشراء العمومي في بعض القوانين الأجنبية المتعلقة بالصفقات العمومية مع الإشارة إلى بعض الخصوصيات التي تعتمدها دول القضاء المزدوج فيما يخص تطبيق غرامة التأخير مقارنة بالدول التي تعتمد نظام القضاء الموحد﴿**الفرع الأول**﴾، وفيما بعد الحديث عن إدراج غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية ضِمن العديد من القوانين العربية المنظمة لعملية التعاقد الإداري العام﴿**الفرع الثاني**﴾.

الفرع الأول : إدراج غرامة التأخير في قوانين الصفقات العمومية الأجنبية.

بداية سنتطرَّق إلى إدراج غرامة التأخير في القانون الفرنسي للطلب العمومي﴿**البند الأول**﴾، ثم الحديث عن بعض القوانين الأجنبية الخاصة بالتعاقدات الإدارية العامة التي أدرجت هي الأخرى تقنية الغرامة التأخيرية،ومن ذلك القانون الإسباني للصفقات العمومية﴿**البندالثاني**﴾،قانون الولايات المتحدة الأمريكية للشراء العمومي﴿**البند الثالث** ﴾،القانون الإنجليزي للطلب العمومي﴿**البند الرابع** ﴾.

البند الأول : إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية الفرنسي.

جديرٌ بالذِّكر أن تطبيق غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية عموما و الصفقات خصوصا لم يتم العمل به في فرنسا إلا بتاريخ 1907 فيما يُعرَفُ بقضية **Depplanque** ، حيث تعاقد هذا الأخير مع

[1] **محمد محسن مرعي**، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية- دراسة تحليلية مقارنة-، المركز العربي للنشر و التوزيع، القاهرة،مصر، ط1439،1هـ-20178 م،ص17،**هشام محمود فريجة**، الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، الإمارات العربية المتحدة، المجلد 16، العدد 2، ربيع الثاني 1441هـ-ديسمبر2019، ص415-416.

مدينة**Nouzon** على عقد إمتياز يتضمن التموين بالكهرباء للمدينة وذلك بتاريخ 11-نوفمبر-1887، غير أنه خلال مرحلة التنفيذ أخل المتعاقد بإلتزامته مع الإدارة المتعاقدة ، ومن ذلك عدم تشغيل مصابيح الإنارة في الأوقات المتَّفق عليها ونُقْصِ القوَّة الكهربائية لهذه المصابيح **Voltage** ، وهو ما يعني عدم تنفيذ العقد بالشَّكل المناسب من حيث عدم التنفيذ المناسب و التأخير في التنفيذ ، وهو ما سبَّب أضرارا للمدينة .

ونتيجة للنزاع بين المتعاقد والمدينة مانحة الإمتياز قضى مجلس المحافظة لمدينة **Ardennes** بالحكم على المتعاقد **Depplanque** بدفع مبلغ 1000 فرنك للمدينة كتعويض عن الضرر الذي تسبب فيه ، فرأى **Depplanque** أن هناك إجحاف في حقِّه ، فدفتر الشروط الخاص بعقد الإمتياز المُبرم لا يتضمَّن هذا النوع من العقوبات المالية وهو ما أدى به إلى عرض قضيته أمام مجلس الدولة الفرنسي من أجل المطالبة بالغاء العقوبة ومنحه تعويضا عن جميع المصاريف التي تكبَّدها، غير أن مجلس الدولة الفرنسي في قراره المؤرَّخ في 31-ماي-1907 قرَّر أنّه يحِقُّ للإدارة إتِّخاذ العديد من العقوبات إتِّجاه المتعاقد معها ومن أبرزها العقوبات المالية[1].

ومن هنا درج العمل على تطبيق العقوبات المالية في مجال العقود الإدارية في القانون الفرنسي بمختلف أنواعها، إلى أن تَمَّ العمل بها في مجال الصفقات العمومية أو ما يعرف حاليا بالطلب العمومي تحت تسمية غرامة التأخير من خلال مختلف دفاتر الشروط الإدارية الفرنسية.

البند الثاني: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية الإسباني.

نصَّ القانون الإسباني للشراء العمومي على غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية و ذلك من خلال المادة 212 المتعلقة بعيوب التنفيذ والتأخير فيه .

أوجب أن تكون الغرامة متناسبة مع درجة التقصير من طرف المتعاقد،إضافة إلى ذلك فقد حدَّد القانون الإسباني للشراء العمومي النسبة القصوى لحساب غرامة التأخير إذ لا ينبغي أن تتجاوز هذه الغرامة نسبة10%من المَبلغ الكُلِّي للصفقة، وأنَّ تطبيق الغرامة لا يقتضي بالضرورة قيام الإدارة بإعذار المتعاقد معها[2].

---

[1] لمزيد من التفاصيل يرجى من القارئ"ة" الكريم"ة" الإطلاع على قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Depplanque:

CE ,31-Mai-1907, Rec n°16-324, Depplanque contre Ville de Nouzon

[2] Artículo 212- **Ejecución defectuosa y demora-** BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO Núm. 276 Miércoles 16 de noviembre de 2011 Sec. I. Pág. 117729, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público : «Estas penalidades deberán ser

كما بيَّن هذا الأخير وفقا لنص المادة 212 دائما أن حساب مبلغ الغرامة يكون بواقع**0,20** لكل **1000** **أورو** من قيمة التكلفة التقديرية للمشروع مقابل كل يوم تأخير.

البند الثالث: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات للولايات المتحدة الأمريكية.

بخصوص غرامة التأخير في قانون الولايات المتحدة الأمريكية للشراء العمومي نصَّ هذا الأخيرعلى تعويض المتعاقد للإدارة في حالة التأخير في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية بدفعه مبلغا ماليا يحدده طرفا العقد ، غير أن القانون الأمريكي في هذا الخصوص بحسب رأينا المتواضع فرَّق بين صفقات الأشغال و الصفقات الأخرى على غرار صفقتي التوريد والخدمات، حيث أنه في عَقدَي التوريد والخدمات أدرَجَ عبارة التعويض عن الضرر الفعلي –**in place of actual damages**–، بينما في عَقد الأشغال لم يُدرِج تلك العبارة .

فهل هذا يعني أن القانون الأمريكي للطلب العمومي يفترِض وجود ضررٍ في صفقات الأشغال حيث يتم تطبيق شرط التعويض بمجرَّد التأخير، بينما في صفقات التوريد والخدمات يشترط حصول ضرر فعلي يصيب الإدارة المتعاقدة .

ولكي تتضح الرؤيا أكثر نعرض فيما يلي :

نص المادة 11-211-52 فقرة –أ– التي تطرَّقت إلى التعويض في صفقات التوريد والخدمات ، وفيما بعد المادة 12-211-52 فقرة –أ– التي تتحدث عن التعويض في صفقات البناء و الأشغال حيث جاء فيهما على التوالي :

المادة 11-211-52 فقرة –أ–، الخاصة بصفقتي التوريد والخدمات.

«إذا قصَّر المقاول في تسليم التوريدات أو أداء الخدمات خلال الأجل المتفق عليه في العقد يجب عليه أن يدفع **تعويضات للحكومة جبرًا للضرر الفعلي** بقيمة... مقابل كل يوم تأخير[1]».

---

proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por 100 del presupuesto del contrato.

La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración.

La Administración podrá por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato».

[1]**Article** 52.211-11, Federal Acquisition Regulation –FAR- 2019, **Liquidated Damages-Supplies, Services, or Research and Development**:

a) If the Contractor fails to deliver the supplies or perform the services within the time specified in this contract, the Contractor shall, in place of actual damages, pay to the Government liquidated damages of… per calendar day.

المادة 12-211-52 فقرة –أ-، الخاصة بصفقة الأشغال.

« إذا أخلَّ المقاول في إكمال العمل خلال الوقت المحدد في العقد ، يجب عليه دفع تعويضات للحكومة بقيمة... عن كل يوم تأخير حتى إكتمال العمل أو قبوله[1]».

ومن الأمثلة العملية في الولايات المتحدة الأمريكية التي يتم من خلالها تطبيق جزاء مالي على المتعامل المتعاقد بدفعه مبلغا ماليا في حالة تقصيره أو تأخُّرُه في التنفيذ نذكر على سبيل المثال إحدى دفاتر الشروط التي تضمنت هذا الشرط ، ففي شهر فيفري 2015 قامت وزارة الإسكان و التنمية الحضارية الأمريكية **–هيئة شيكاغو للإسكان2015**– بتحيين الشروط العامة لعقود البناء ، ومن ضمن الشروط التي تمَّ تحيينها شرط التعويضات الإتفاقية ، هذا الأخير الذي ينص على أنَّه إذا تقاعس المقاول في إنهاء العمل خلال الأجل المحدَّد في العقد ... ، يجب على المقاول ودون أي تمديد أن يدفع إلى هيئة **شيكاغو** للإسكان مبلغا قدره ...دولار عن كل يوم تأخير[2].

كما يجب التنويه إلى أن الدول الأنجلوسكسونية لا تأخذ بنظام إزدواجية القضاء وإنَّما تعتمد نظام القضاء الموحَّدِ ، وبالتالي فإن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تكون من إختصاص القضاء العادي، وهو ما يعني أن الأحكام المطبَّقة على العقود بين الأفراد قد تكون في مُجملها هي نفس الأحكام المطبَّقة على عقود الإدارة ، وهو ما يدعم الطرح القائم على أن غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية في الدول الأنجلوسكسونية عموما و الولايات المتحدة خصوصا تخضع لنفس الأحكام التي يُمكن تطبيقها في العقود بين الأفراد .

إلا إذا كان هناك نصٌّ خاص كما رأينا سابقا عندما إشترط القانون الأمريكي وجودَ ضررٍ فعليٍّ في صفقات التوريد والخدمات بينما إعتبَرَ مجرَّد التأخير في صفقة الأشغال في حد ذاته ضررا يستوجب التعويض.

---

[1] **Article** 52.211-12, Federal Acquisition Regulation –FAR- 2019, **Liquidated Damages-Construction.**
a) If the Contractor fails to complete the work within the time specified in the contract, the Contractor shall pay liquidated damages to the Government in the amount of … for each calendar day of delay until the work is completed or accepted.

[2] **Gustavo Bergantinos** and **Leticia Lorenzo**,how to apply penalties to avoid delays in projects-**ECOBAS**- , Economies and Business Administration for Society,2016, page 3:« in February 2015 the U.S. Department of Housing and Urban Development updated the General Conditions for Construction Contracts -Public Housing Programs (Chicago Housing Authority, 2015). Among these conditions there is a liquidated damages clause that states: If the Contractor fails to complete the work within the time specified in the contract, or any extension,...the Contractor shall pay to the Public Housing Agency as liquidated damages, the sum of... $ for each day of delay».

ومن ذلك مثلا إقتراح المعهد الأمريكي للمهندسين المعماريين النص على شرط التعويضات الإتفاقية في عقود البناء وفقًا لما يلي:

-يجب أن تكون المبالغ المُتَّفق على دفعها إلى صاحب العمل كتعويضات إتفاقية وليست كعقوبة[1].

البند الرابع: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية البريطاني.

و تعتبر غرامات التأخير تقدير حقيقي مسبق للضرر ، كما أَكَّدَ مجلس اللوردات **the hous of lords** أن المبلغ المنصوص عليه في العقد هو من قبيل التعويض ، و لقد أشار اللورد **Atkin** أن هذه الغرامة تبدو تعويضا مُقَدَّرًا بالوقت الذي تأخر فيه المتعاقد في تنفيذ الإلتزامات الملقاة على عاتقه[2].

ومن هنا فإن قوانين دول القضاء الموحَّد و من أهمها قانون الولايات المتحدة الأمريكية للشراء العمومي و القانون الإنجليزي قد يشترطان في معظم عقودها الإدارية ضررًا فعليا يصيب الإدارة المتعاقدة لتطبيق غرامة التأخيرأو الشرط الجزائي في مجال الصفقات العمومية ، وذلك بخلاف دول القضاء المزدوج وعلى رأسها فرنسا التي لا تشترط حاليا وقوع ضرر لتطبيق غرامة التأخير، وهو ما تعتمده معظم الدول العربية.

الفرع الثاني : إدراج غرامة التأخير في قوانين الصفقات العمومية العربية.

تضمَّنت غالبية القوانين العربية الخاصة بالعقود الإدارية تقنية غرامة التأخير ،ولقد حاولنا قدر المستطاع التطرُّق إلى معظم القوانين العربية المنظمة للشراء العمومي والتي نصت على تطبيق هذه التقنية، بإستثناء تلك القوانين التي لم نتمكن من الحصول عليها ، ومن تلك القوانين التي تطرقنا إليها:

القانون المصري للعقود الإدارية﴿**البند الأول**﴾، وكذا القانون الجزائري للصفقات العمومية﴿**البند الثاني**﴾، قانون الطلب العمومي التونسي ﴿**البند الثالث**﴾، قانون العقود الإدارية المغربي﴿**البند الرابع**﴾،قانون التعاقدات الإدارية العامة السوري﴿**البند الخامس**﴾، قانون الشراء العمومي اللُّبناني﴿**البند السادس**﴾، قانون الطلب العمومي الفلسطيني﴿**البند السابع**﴾،قانون الشراء العمومي اليَمني﴿**البند الثامن**﴾،قانون الصفقات العمومية الإماراتي﴿**البند التاسع**﴾، قانون العقود الإدارية السَّعودي﴿**البند العاشر**﴾،قانون

[1] **Gustavo Bergantinos** and Leticia **Lorenzo**,ibid,page 3:«This model could also be applied to the private sector. For example, in its Guide for Supplementary Conditions the American Institute of Architects suggests including a liquidated damages clause in construction contracts in the following terms.
The sums hereinafter stipulated as liquidated damages and not as a penalty ».

[2] **محمد العيد الدسوقي**،أحكام غرامة التأخير في عقود المشاريع الإنشائية العامة، المؤتمر الثامن عشر،عقود البناء و التشييد بين القواعد التقليدية و النظم القانونية المستحدثة، جامعة الإمارات العربية المتحدة،2010، ص107.

التعاقدات الإدارية العامة القطري﴿**البند الحادي عشر**﴾، قانون الطلب العمومي الكويتي﴿**البند الثاني عشر**﴾، قانون الطلب العمومي البحريني﴿**البند الثالث عشر**﴾، قانون الشراء العمومي العُمَّاني﴿**البند الرابع عشر**﴾،قانون الصفقات العمومية الأردني﴿**البند الخامس عشر**﴾.

البند الأول: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية المصري.

نصت المادة 48 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة على مايلي: ﴿... في حالة عدم تنفيذ الإلتزام بالتنفيذ لسبب راجع للمتعاقد يحصَّل مقابل التأخير و يحسب من بداية المهلة...﴾ [1].

وهو ما يعني أن قانون التعاقد العمومي المصري قد نصَّ صراحة على تطبيق غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية، كما تضمَّن القانون المصري كيفية وشروط تطبيق غرامة التأخير في مجال الطلب العمومي سنقِف عليها خلال الحديث عن الإطار النظري لتطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

البند الثاني: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية الجزائري.

تناولت المادة 147 من قانون الصفقات العمومية الجزائري وتفويضات المرفق العام غرامة التأخير حيث جاء فيها:

﴿يمكن أن ينجرَّ عن عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات النصوص عليها في التشريع العمول به .

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم بإعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية .

تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة﴾ [2].

---

[1] المادة 48 ،من القانون المصري رقم182 لسنة2018، المؤرخ في 23-محرم-1440هـ، الموافق لـ3-أكتوبر-2018، الجريدة الرسمية ،العدد 39 مكرر، المؤرخة في 3-أكتوبر-2018، المتضمن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة.

[2] المادة 174 من المرسوم الرئاسي الجزائري رقم 247/15 ، المؤرخ في 2-ذي الحجة-1436هـ،الموافق لـ 16-سبتمبر-2015، الجريدة الرسمية ، العدد 50، المؤرخة في 6-ذو الحجة-1436هـ، الموافق لـ 20-سبتمبر-2015، ص3، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

وهنا نلاحظ أن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد أقرَّ تطبيق غرامة التأخير سواء بسبب التأخير في التنفيذ أو بسبب عدم التنفيذ المطابق .

ويتم فرض غرامة التأخير في القانون الجزائري بواقع لا يمكن أن يتجاوز في كل الأحوال 10 %كحدٍّ أقصى من مبلغ الصفقة لتطبيق هذه الغرامة[1].

البند الثالث: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية التونسي.

إعتمد كذلك قانون الصفقات العمومية التونسي غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية وذلك من خلال المادة 171 التي جاء فيها:

تَنُصُّ كراسات الشروط على غرامات التأخير و العقوبات المالية التي توظَّف عند الإقتضاء على صاحب الصفقة وتظبط كيفية إحتسابها على أن لا يتجاوز مبلغ غرامات التأخير 5% من مبلغ الحساب النهائي للصفقة مالم تنص كراسات الشروط على خلاف ذلك»[2].

ومن هنا فإنه زيادة على إقرار قانون الصفقات العمومية التونسي لتطبيق غرامة التأخير ، فإن هذا الأخير فتحَ المجال أمام إمكانية الرفع من نسبة الغرامة للتجاوز النسبة المذكورة أعلاه ، وذلك من خلال قوله عبارة – **مالم تنص كراسات الشروط على خلاف ذلك** –.

البند الرابع : إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية المغربي.

تضمَّن دفتر الشروط الإدارية العامة المغربي فكرة تطبيق غرامة التأخير وإن كان ذلك وفق خصوصيات معينة[3].

فجاء في المادة 65:﴿في حالة معاينة تأخير في تنفيذ الأشغال يتم تطبيق غرامة عن كل يوم تأخير على المقاول إذا كان التأخير يتعلَّق بالأجل الإجمالي لتنفيذ الصفقة ما عدا إذا نص دفتر الشروط

---

[1] مراسة وزارة المالية الجزائرية، قسم الصفقات العمومية ، تحت رقم 2019/831، المؤرخة في 22-سبتمبر-2019،ص1.

[2] المادة 171، الفقرة 1، الأمر عدد 1039لسنة 2014، المؤرخ في 13-مارس-2014، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية التونسي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 22، المؤرخ في 18-مارس-2014، ص629،المعدل بالأمر الحكومي عدد416، المؤرخ في 25-شعبان-1439هـ، الموافق لـ 11-ماي-2018.

[3] المادة 65، مرسوم 394-14-2 يتعلق بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال، المؤرخ في 6-شعبان 1437هـ الموافق لـ 13-ماي-2016، الجريدة الرسمية المغربية العدد 6470 المؤرخة في26-شعبان 1437هـ الموافق لـ 2-جوان-2016 .

الخاصة على خلاف ذلك ، ويحدد مبلغ الغرامة في واحد على الألف 1000/1 من مبلغ الصفقة.

و يقصد بمبلغ الصفقة ،مبلغ الصفقة الأوليَّة يضاف إليه عند الإقتضاء المبالغ المتعلقة بالأشغال الإضافية و الزيادة في حجم الأشغال وتستحق بمجرَّد معاينة التأخير في تنفيذ الأشغال.

يحدد سقف الغرامات في 8% من مبلغ الصفقة الأصلي مغيِّرا أو متمِّمًا إن إقتضى الحال المبالغ المطبقة للأشغال الإضافية و الزيادة في حجم الأشغال﴾.

البند الخامس: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية السوري.

نصَّ هذا الأخير صراحة على تطبيق غرامة التأخير في الطلب العمومي[1]، والشيء الذي ينبغي الإشارة إليه هو تلك النسبة المرتفعة للحدِّ الأقصى لغرامة التأخير فقد تصل إلى 20 % من مبلغ الصفقة.

فنصت المادة 50 منه على مايلي:

﴿تُفرض على المتعهد الذي يتأخَّر في تقديم إحتياجات الجهة العامة عن المدَّة المحددة لذلك غرامات تأخير المنصوص عليها في العقد وفي دفتر الشروط ، ولو لم يلحق بالجهة العامة أي ضرر ، على أن لا تقلَّ الغرامة اليومية عن واحد بالألف 1000/1 من القيمة الإجمالية ولا يزيد مجموع غرامات التأخير على 20 % من القيمة الإجمالية للتَّعهد ، ويجوز أن يتم حساب غرامة التأخير اليومية على أساس قيمة الجزء المتأخر في تسليمه إذا نص دفتر الشروط الخاصة أو الإعلان على ذلك شريطة تحقق الشرطين المتلازمين الآتيين:

1- أن يتم تسليم المواد الأخرى ضمن المواعيد المحددة.

2- أن يكون الجزء المتأخر تسليمه مستقلا في الإستعمال العادي عن باقي العقود﴾.

في حين جاء في المادة 51 من نفس القانون:

﴿يجوز في بعض التعهدَّات ذات الطابع الخاص إنقاص مجموع غرامات التأخير عن النسبة في البند-أ- من المادة السابقة إذا نصَّ دفتر الشروط الخاصة والعقد على ذلك.

ويجوز الإعفاء من غرامات التأخير أو تحديدها بشكل آخر في حالات تحدد بقرار من الوزير المختص تبعًا لماهِيتها الذاتية﴾.

البند السادس: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية اللُّبناني.

[1] المادة 50، المادة 51 ، القانون 51 لسنة 2004 المتضمن نظام العقود السوري ، المؤرخ في 24- نوفمبر-2004.

يُمكِنُ إستنتاج أن غرامة التأخير مُفعَّلة في قانون الصفقات اللبناني ،وما يَدعم ذلك أن قانون المحاسبة اللبناني لسنة 1963 المعدَّل سنة 1994 المتضمن كذلك قانون الصفقات العمومية نصَّ في مادته 147 على أنه:

يمكن عقد الإتفاقات بالتَّراضي مهما كانت قيمة الصفقة إذا كانت تتعلَّق بحالات حدَّدتها المادة 147 المذكورة آنفًا ، ومن بين هذه الحالات ، الحالة رقم- 11- التي تضمَّنت إمكانية إعفاء الجهة المتعاقد معها من الشروط المتعلقة بمحلِّ الإقامة و الكفالات .

كما تضمَّنت هذه الحالة إمكانية إعفاء الجهة المتعاقد معها من غرامة التأخير ، وبالتَّالي وبمفهوم المخالفة فإن غرامة التأخير واردةُ التطبيق[1]، فقد يجد المتعاقد نفسه تحت طائلة التغريم عندما لا يفي بإلتزاماته التعاقدية أو عندما يفي بها لكن بعد المهلة المحدَّدة وذلك وفقًا للمادة 147 من القانون اللُّبناني المتعلِّق بالشراء بالشِّراء العموميِّ.

و فيما يخص بعض القوانين اللُّبنانية المتعلقة بالطلب العمومي نجد مثلا مانصَّت عليه المواد 89، 90 و93 من القانون رقم 51 لسنة 2004 الذي تضمَّن كيفية حساب غرامة التأخير ، والذي يتم وفق مايلي:

1- خلال 30 يوم الأول من التأخير : تحسب الغرامة بـ 1000/1 من القيمة الخاضعة للغرامة .

2- إبتداء من اليوم 31 إلى غاية اليوم 60: تحسل الغرامة بـ5/1 بالألف من القيمة الخاضعة للغرامة.

3- من اليوم 61 فما فوق : تحتسب الغرامة بواقع 1000/2 من القيمة الخاضعة للغرامة.

وفي كل الأحوال يجب أن لا يتجاوز الحدُّ الأقصى للغرامة نسبة 20%من أصل القيمة التي سبَّبت فرض الغرامة المالية[2].

البند السابع: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية الفلسطيني.

تضمَّن قانون الصفقات العمومية الفلسطيني تطبيق غرامة التأخير وذلك من خلال المادة 154 التي وَرَدَ فيها:﴿ يجب أن يتناول العقد وبالقَدْرِ الذي ينطبق على طبيعة عملية الشِّراء كحدٍّ أدنى أحكاما بشأن القضايا والأمور الآتية:

- الغرامات في حالات التأخير﴾[1].

---

[1] المادة 147 من قانون المحاسبة اللُّبناني المؤرخ في 30-ديسمبر-1963، المعدل في 12-فيفيري-1994.

[2] المواد 89-90-93 ، القانون 51 لسنة 2004 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة لتعهدات إدارة الجمارك اللبنانية ، 2004.

في حين حدَّدت المادة 158 من نفس القانون أن نسبة غرامة التأخير يجب وفي كل الأحوال ألا تزيد عن 10% ولا تقل عن 5%.

البند الثامن: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية اليَمني[2].

فيما يخص القانون اليمني فإنَّه نص على غرامة التأخير على المتعاقد مع الإدارة، وفي نفس الوقت تضمَّنَ هذا الأخير على غرامة التأخير على الإدارة إذا تأخرت في سداد المستحقَّات المالية للمتعاقد مع الإدارة.

وبالتَّالي فإنَّ القانون اليمني للشِّراءِ العُموميِّ لا يُفرِّق في التَّسمية بين غرامة التأخير التي تفرضها الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها ، وبَيْنَ ما يُعرف في القوانين الخاصة بالطلب العمومي بفوائد أو فوائض التأخير، فجاء في نصِّ المادة 266: « يتم إحتساب غرامات التأخير و السَّداد وفقا للآتي:

إذا تأخَّر المورِّد أو المقاول أو المتعهد في تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها في المواعيد المحددة بحسب البرنامج الزمني و الفترة المحددة في العقد ، تحسب الغرامة في الشهر الأول بنسبة7,5% من قيمة البنود التي لم يتم تنفيذها على النحو التالي:

- ✓ 1% من قيمة البنود الخاضعة للغرامة عن الأسبوع الأول أو أي جزء منه.
- ✓ 1,5% من قيمة البنود الخاضعة للغرامة عن الأسبوع الثاني أو أي جزء منه.
- ✓ 2% من قيمة البنود الخاضعة للغرامة عن الأسبوع الثالث أو أي جزء منه.
- ✓ 3% من قيمة البنود الخاضعة للغرامة عن الأسبوع الرابع أو أي جزء منه.
- ✓ إذا تأخر بعد ذلك يتم إحتساب غرامة تأخير بنسبة 4% لكل شهر أو جزء منه ، وذلك لكل فترة على ما تقدم على حدة بحيث لا يتجاوز مجموع الغرامة 10% من إجمالي قيمة العقد للتوريدات و الأشغال أو الخدمات الأخرى»[3].

---

[1] المادة 158،154،قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم 5 لسنة 2014م بشأن نظام الشراء العام ، المؤرَّخ في 22-جمادى الثانية-1435هـ، الموافق لـ22-أفريل2014م، الجريدة الرسمية، الوقائع الفلسطينية، العدد110، المؤرَّخة في 28-ماي-2014 م.

[2] المادة 266،قرار مجلس الوزراء رقم 53 لسنة2009 المعدل،المؤرخ في 12-صفر-1430هـ، الموافق لـ08-فيفري-2009 بشأن اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات و المزايدات و المخازن الحكومية اليمني رقم 23لسنة2007م .

[3] هذه واحدة من الأسباب التي جعلت الباحث يتطرق إلى تمييز غرامة التأخير عن فوائد التأخير في مجال الطلب العمومي.

البند التاسع: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية الإمارتي.

إعتمد قانون الشراء العمومي الإماراتي فكرة تطبيق غرامة التأخير وأَوْجَبَ هذا الأخير ضرورة إدراج الشروط الجزائية والغرامات والحق في المطالبة بالتعويضات، وذلك من خلال المادة 21 التي نصت على البيانات والمعلومات المتعلِّقة بطلب إستدراج العروض.

فيما نصت المادة 51 على كيفيات تطبيق غرامة التأخير وحالات التطبيق وكذا كيفية إحتساب الغرامة التي تختلف إختلاف أنواع العقد المُبْرَمِ من عقد توريد إلى عقد أشغال ... [1].

البند العاشر: غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية السعودي.

نصت المادة 72 قانون الشراء العمومي السعودي على ما يلي:

﴿إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الموعد المحدد تفرض عليه غرامة تأخير لا تتجاوز 6% من قيمة عقود التوريد، ولا تتجاوز 20% من قيمة العقود الأخرى، ويجوز زيادة تلك النسب بموافقة مسبقة من الوزير على أن توضح تلك الزيادة للمتنافسين قبل تقديم عروضهم﴾[2].

وهنا نلاحظُ كذلك النسبة المرتفعة للحدِّ الأقصى لغرامة التأخير في مجال الطلب العمومي ، حيث أن القانون السعودي للصفقات العمومية نَهَجَ نَهْجَ القانون السوري للصفقات العمومية فيما يخص نسبة الحدِّ الأقصى لغرامة التأخير والتي يُمكِنُ أن تصِلَ إلى20%من مبلغ الصفقة ويُمكن الإتفاق على نسبة أكبر من ذلك بشرط الموافقة المسبقة من الوزيروان يوضَّح ذلك للمتنافسن قبل تقديم عروضهم وفقا لنفس المادة.

البند الحادي عشر: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية القطري.

جاء في المادة 21 من قانون تنظيم المناقصات و المزايدات القطري ما مضمونهُ[3]:﴿يجب على المتعاقد تنفيذ العقد في الميعاد المحدد له ، فإذا تأخَّر عن ذلك جاز للجهة الحكومية لدواعي المصلحة العامة إعطاؤه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن توقَّع عليه غرامة عن مدة التأخير وفقًا للضوابط والأسس و النِّسب التي تحددها اللائحة ﴾، وحددت اللائحة التنفيذية شروط تطبيق الغرامة وفق مايلي:

---

[1] لتفاصيل أكثر يرجى من القارئ"ة" الكريم "ة" مراجعة نص المادة 51 من قرار مجلس الوزراء رقم 4 لسنة 2019 بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الإتحادية .

[2] المادة 72،المرسوم رقم 168المؤرَّخ في 1440هـ، 2019م ، المتعلق بنظام المنافسات و المشتريات الحكومية السعودي.

[3] المادة 21،قانون رقم24 لسنة2015 المتضمن تنظيم المناقصات و المزايدات القطري،المعدل بالقانون رقم18لسنة2018.

1- غرامة عن كل يوم أو جزء من اليوم بما لا يجاوز 10% من القيمة الإجمالية للعقد.

2- غرامة عن كل يوم تأخير وبحد أقصى 10% من قيمة الأصناف أو مقاولات الأعمال أو الخدمات التي تأخَّر المتعاقد في توريدها أو تنفيذها وذلك إذا قدَّرت الجهة الحكومية عدم إرتباط الأصناف أومقاولات الأعمال أو الخدمات المتعاقد عليها وأن الجزء المتأخر في تنفيذه أو توريده لا يمنع من الإنتفاع بباقي الأصناف ، أو مقاولات الأعمال ، أو الخدمات محل العقد ، وفي جميع الأحوال يكون توقيع الغرامة دون تنبيه أو إنذار أو إثبات وقوع ضرر[1].

البند الثاني عشر: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية الكويتي.

على الرغم ممَّا يراه البعض من حيث أنَّ القانون الكويتي ترك مسألة تقديرغرامة التأخير للجنة المناقصات المركزية[2] .

غير أن ذلك لا يمنع القول أنَّ القانون الكويتي سمح للإدارة المتعاقدة في حدِّ ذاته بتطبيق غرامة التأخير على المتعاقد معها،وما يؤيِّد ذلك نصُّ المادتين 39 و 65 من قانون المناقصات العامة حيث جاء فيهما على التوالي[3].

المادة 39 :

﴿في حالة طرح المناقصات بنمط العَرضَين الفنِّي و المالي يجب أن تشتمل المستندات على المتطلبات الفنية الكاملة و الواضحة لهذا النَّمط ، كما يجب أن تتضمن أُسس ومعايير التقيِيم التي سيتم بموجبها المفاضلة بين العروض المالية و الإجراءات الواجب إتِّباعها في تنفيذ العقد و الجزاءات التي يمكن توقيعها في حالة الإخلال بأحكام العقد أو التأخُّر في تنفيذه﴾.

المادة 65 :

---

[1] المادة80،فقرة 1و2،قرار مجلس الورزاء رقم 16 لسنة 2019، المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات القطري.

[2] **فهد بن ناصر بن سعد المسيعد**، الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية في النظام السعودي، مذكرة ماجستير،جامعة نايف للعلون الأمنية ، الرياض، السعودية، 1434هـ-2013م ، ص 156.

[3] المادة 39 فقرة 3، المادة 65 فقرة 4 ، القانون الكويتي 49 لسنة 2016 بشأن المناقصات العامة ، المؤرخ في 15- شوَّال-1437هـ الموافق لـ 20-جويلية-2016.

﴿... وعلى الجهة صاحبة الشأن موافاة الجهاز بتقرير يفيد بإنتهاء العقد وما طبِّق بناء عليه من غرامات فُرضت على المقاولين و الموردِّين إن وُجدَت﴾.

البند الثالث عشر: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية البَحرِيني.

المتتبِّع لقانون المناقصات والمشتريات الحكومية يجد صعوبة في معرفة مدى تطبيق غرامة التأخير من عدمه حيث أن هذا الأخير لم يُبَيِّنْ موقِفه من تطبيق الغرامة التأخيرية من عدمه إلا أنَّنا وَجَدْنَا في خضامه ما يُوحِي بتطبيقها، و من ذلك نصُّ هذا الأخير من خلال المادة 83 ، والمادة 88 على تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد في حالة التأخر في تنفيذ عقد التوريد أو عقد المقاولة[1].

أضف القانون البحريني على تطبيق غرامة التأخير في خاصة في عقود المزايدات ، إذ تضمنت المادة 70 من القانون مايلي:

﴿يجب على من يرسو عليه المزاد إستلام الأصناف المباعة خلال خمسة عشريوما من اليوم التالي لسداد لسداد الثَّمَنِ ، وإذا تأخَّرَ دُونَ عذرٍ مقبولٍ وَجَبَ عليه أن يدفع رسمَ أرضية بنسبة1% من قيمة الأصناف التي لم يتسلمها عن كل يوم تأخير بحدٍّ أقصى قدره 15يوما أخرى... ﴾[2].

فإن كان القانون البحريني يطبق الغرامة في عقود المزايدات فمن باب أولى تطبيقها في عقود التوريد والمقاولات نظرا لأهمية هذه العقود مقارنة بعقد المزايدة.

البند الرابع عشر: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية العُمَّاني.

خلال بحثناعن تطبيق غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية لسَلطنة عُمَّان وجدنا أن هذا الأخير لم يتضمَّن تطبيق الغرامة التأخيرية في عقود الإدارة العامة[3] ، في حين أن اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات أشارت إلى تطبيق غرامة التأخير ، إذ جاء في المادة 16 منها[4]:

﴿على الجهات المعنية التأكد من تضمين وثائق المناقصة، الآتي:

---

[1] المادة 38-88 ، اللائحة التنفيذية رقم 37لسنة 2002 لقانون المناقصات و المشتريات الحكومية البحريني.

[2] المادة 70 ، القانون البحريني رقم 29 لسنة 2010 بشأن تعديل أحكام القانون 36 لسنة 2002 بشأن تنظيم المناقصات و المشتريات الحكومية ، الجريدة الرسمية العدد 2954، المؤرخة في 01-جويلية-2010.

[3] المرسوم السلطاني العُمَّاني رقم 36 لسنة2008،المتضمن قانون المناقصات ، الجريدة الرسمية العدد 860.

[4] المادة 16 فقرة 8، قرار رقم 29 لسنة 2010 ، المؤرخ في 16-شوال-1431هـ الموافق لـ 25-سبتمبر-2010 المتضمن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العمّاني لسنة 2008 ، الجريدة الرسمية العدد 920.

- **الشروط الجزائية**[1] و الغرامات وحق المطالبة بالتعويضات في الحالات التي تقتضي ذلك و أي شروط أخرى تراها الجهة المعنية مُنَاسِبة﴾.

البند الخامس عشر: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية الأردني.

أوجبت المادة 60 فقرة 01 من تعليمات إجراءات المشتريات الحكومية الأردنية لسنة 2019 بخصوص غرامة التأخير على إتخاذ مايلي :ضرورة تحميل المتعاقد فروق الأسعار ، و النفقات الإضافية أو أية خسارة أو مصاريف أو أي عطل أو

ضرر يلحق بالجهة المستفيدة أو دائرة المشتريات الحكومية وذلك دون الحاجة إلى إتخاذ أي إنذار[2].

فإن كان التنظيم الأردني السَّاري المفعول لم ينص صراحة على فرض غرامة التأخير على المتعاقد مع الإدارة مثلما أقرَّه القانون السَّابق الذي حدَّد كيفية حساب غرامة التأخير كَمَا بيَّن حدَّها الأقصى[3]، فإن هذا الأخير –القانون السَّاري المفعول– أوجب على المتعاقد المقصِّر في تنفيذ إلتزاماته تعويض كل ضرر أو عطب أو مصاريف إضافية تتكبَّدها الإدارة نتيجة لتقاعسه أو إهماله وهو ما يعتبر بمثابة غرامة تأخير وإن كانت وفق نظام خاص من حيث عدم تبيان تطبيقها في حالة وجود ضرر فعلي أو مُفتَرض أي بمجرَّد التأخير أو عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية.

[1] نلاحظ أن القانون العُماني جمع بين الشروط الجزائية و الغرامات ، وهو ما يُدعِّمُ فكرة أن غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية تتداخل مع فكرة الشرط الجزائي في العقود الخاصة.

[2] المادة 60 فقرة 1، تعليمات تنظيم إجراءات المشتريات الحكومية لسنة 2019 ، الجريدة الرسمية العدد 6751.

[3] المادة 68، من تعليمات تنظيم العطاءات الأردنية سابقا لسنة 2008.

📖الفصل الثاني : تمييز غرامة التأخير عن فوائد التأخير و خطاب الضمان في مجال الصفقات العمومية.

قد تتشابه غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية مع بعض التطبيقات المعمول بها دائما في مجال العقود الإدارية.

وفي نفس الوقت فإن هذه الغرامة تختلف مع هذه التطبيقات،ومن ضمن أبرز هذه التطبيقات محل المقارنة مع غرامة التأخير ما يلي:

1- غرامة التأخير على السَّداد :

وهو ما يسمى كذلك بفوائد التأخير،فوائض التأخير،أو بالتعويض عن التأخير.

2- خطاب الضمان الذي له نصيب كبير من أوجه التشابه و الإحتلاف بينه وبين غرامة التأخير.

لذلك فإنه خلال الفصل الثاني سيتم الحديث عن :

- مميزات غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية عن الفوائد التأخيرية وذلك في مجال العقود الادارية دائما من خلال :

ذكر أهم أوجه التشابه و الاختلاف بينهما﴿**المبحث الأول**﴾.

وفيما يتعلَّقُ بتمييز غرامة التأخير عن فوائد التأخير:

فإن بعض القوانين المنظِّمة للشراء العمومي تسمِّي فوائد التأخير بتسمية غرامة التأخير في السَّداد ومن ذلك القانون **اليَمَنِي** كما رأينا سابقا.

كما أنَّ هذه الفوائد يستحقُّها المتعاقد مع الإدارة في حالة ما إذا تأخَّرت هذه الأخيرة في أداء دَينها المتمثِّل في المستحقَّات المالية للمتعاقد وذلك دون تدخل القضاء.

- مميزات غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية عن خطابات الضمان وذلك في مجال العقود الادارية دائما من خلال :ذكر أهم أوجه التشابه و الاختلاف بينهما﴿**المبحث الثاني**﴾.

و بخصوص تمييز غرامة التأخير عن خطاب الضمان :

فإن خطاب الضمان يعتبر هو الآخر من الجزاءات التي تُوَقِّعُهَا المصلحة المتعاقدة على المتعامل الإقتصادي دون تدخل جهات أخرى كالقضاء ودون إثبات ضرر قد أصاب المصلحة المتعاقدة ودون إعذار مسبق شأنه شأن غرامة التأخير.

المبحث الأول : تمييز غرامة التأخير عن فوائد التأخير في مجال العقود الإدارية.

من خلال هذا المبحث سنتطرَّقُ إلى نظام إدارج فوائد التأخير في القوانين المدنية ﴿**المطلب الأول**﴾، وبعدها كيف إنتقلت هذه الفوائد من القوانين المدنية إلى قوانين الشراء العمومي﴿**المطلب الثاني**﴾.

المطلب الأول : إدارج فوائد التأخير في القوانين المدنية.

من خلال هذا المطلب سيتم الحديث عن تعريف فوائد التأخير وكذا المراحل التي مرَّ بها نظام الفوائد التأخيرية في القوانين المدنية ﴿**الفرع الأول**﴾، مع ذكر أهم شروط إستحقاق هذه الفوائد﴿**الفرع الثاني**﴾، زيادة على إبراز مقدار هذه الفوائد ﴿**الفرع الثالث**﴾.

الفرع الأول : تعريف فوائد التأخير و مراحل إعتمادها في القوانين المدنية.

نجدُ العديد من التعريفات الخاصَّة بفوائد التأخير﴿**البند الأول**﴾، كما أن إعتماد فوائد التأخير في القوانين المدنية شَهِدَ العديد من المراحل سواء كانَ ذلك في القانون المدني الفرنسي﴿**البند الثاني**﴾،أو بعض القوانين المدنية الأخرى خاصة العربية منها﴿**البند الثالث**﴾.

البند الأول: التعريف اللغوي و القانوني للفائدة.

تختلف تعريفات فوائد التأخير من خلال :التعريفُ اللُّغويُّ﴿**أولا**﴾،إضافة إلى التعريفِ القانونيِّ﴿**ثانيا**﴾.

أولا: تعريف الفائدة لغةً:

بخصوص الفوائد التأخيرية هي صفة من اللاَّتينية moratus ما يؤخَّر من morari[1].

ثانيا :التعريف القانوني للفائدة.

يمكن تعريف الفائدة بأنها التعويض المترتب عن إلتزام محله مبلغ من النقود ويأخذ هذا التعويض شكلين:

- تعويض عن الإنتفاع بمبلغ القرض ولو لم يكن هناك تأخر في أداء الإلتزام وهذا النوع من الفائدة هو جوهر النظام الرأسمالي .
- تعويض عن التأخر في أداء الإلتزام الذي يكون محله دائما مبلغ من النقود ، ففي هذه الحالة نكون حقيقة أمام تأخُّر وليس كما في الحالة الأولى.

البند الثاني : إعتماد فوائد التأخير في القانون المدني الفرنسي.

لم يكن إعتماد نظام الفوائد وليد الصُّدفة، بل شهِد صراعات مختلفة بين معارض لنظام الفوائد وبين مؤيِّدٍ لها ، وتتجلى هذه الآراء المعارضة و المؤيِّدة في مرحلتين أساسيتين هما :

المرحلة السابقة لصدور القانون المدني الفرنسي لسنة1804﴿**أولا**﴾، و المرحلة اللاَّحقة لصدور القانون المدني الفرنسي لسنة 1804﴿**ثانيا**﴾.

أولا: فوائد التأخير قبل صدور القانون المدني الفرنسي لسنة1804.

كما سبق و أن بيَّنا أن موضوع الفائدة في حد ذاته كان محل جدل في مختلف القوانين القديمة[2]، ففي الوقت الذي تم الإجماع فيه على إباحة الفائدة تحت إسم سِتَارٍ شَفَّافٍ يسمَّى تعويضا يتم إشتراطه مسبقا رأى**Louis الخامس عشر** أنَّه من المناسب التَّوسُّع في تحريم الفائدة بحيث يشمل هذا التحريم الفوائد التِّجارية أيضا ، ولم يكن هناك إستثناء من ذلك إلاَّ مدينة **Lyon** التي كان مركزها بالنسبة للسُّوق لا يزال مهمًّا وأساسيا ، فقد كانت مَضرب المثل للعادات و التقاليد المالية فالتُّجار والصَّيَارِفَةُ بغرض تأمين سيولة مرتفعة كانوا يقترضون بالفائدة مقابل تأجيل السداد إلى وقت المَعَارِضِ[3].

---

[1] **جيرارد كورنو**: معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 1، 1418هـ-1998 م ، ص 517.

[2] لتفاصيل أكثر يرجى من القارئ"ة" الكريم "ة" مراجعة: نشأة الشرط الجزائي، ص 28 وما بعدها من الباب الأول.

[3] **رفيق يونس المصري**، المصرف الإسلامي للتنمية ،المرجع السابق، ص 123.

ففي هذه الفترة بالذَّات كان الوضع السائد على العُموم هو تحريم الفائدة، وفي ذلك يقول **Mirabeau** و **Pothier**.[1]

Mirabeau:« رغم كل نفع ، فإن فائدة النقود تخرِّب المجتمع لأنها توصل الدُّخول إلى أناس ليسوا مَلاَّكين عقاريِّين ولا صناعيين ولا مُنتجين، بل يجب إعتبارهم كزنابير **Frelons** تعيش على نهبِ مَؤونات النَّحلِ»

Pothier:«عندما أُقْرِضُكَ مبلغًا من المال كي تستخدمَه ، وبحيث يترتَّب عليك ردُّه – أي رد مثله–فإنك لا تتسلَّم مني إلا هذا المبلغ من المال ولا شيء آخر ،و الإستعمال الذي تمارسه على هذا المبلغ من النَّقد هو مشمول بحق الملكيَّة الذي تحصُل عليه بخصوص هذا المبلغ لا غير، وعلى هذا لا يحقُّ لي أن أطالبك بشيئ أكثر من هذا المبلغ حتى لا أجرَح العدالة التي تُريد أن لا يطلب أحدنا أكثر مما أعطَى».

غير أن هذا الوضع ما لبثَ أن تغيَّر وطبقت عليه إستثناءات عديدة منها:

- جواز حصول المقرض من المقترض على تعويض من خسارة لحقت به نتيجة القرض ، فيجوز مثلا لجمعيات القرض **الحسن** **associations sociales** أخذ فوائد قليلة على ما تَعرِضه من مال كتعويض عن المصاريف الناجمة عن إدارة العمل ودفع أجور العمال.
- جواز حصول المقرض من المقترض على تعويض عما فاته من ربح نتيجة القرض ، و ينبغي أن لا يتجاوز هذا التعويض مقدار الربح وذلك كله بعد طرح المصاريف التي كان سينُفقها قبل الحصول على ذلك الربح، ويجب علاوةً على ذلك أن يتَّضح أنَّ المُقرض لم يكن لديه سبيل آخر للحصول على هذا الربح سوى ذلك المال الذي أقرَضه.
- جواز إتِّفاق المُقرض مع المُقترض على شرط جزائي بحيث أن المقترض إذا لم يسدِّد دينه في الموعد المحدد يدفع مبلغا إضافيا عن تأخره عن الوفاء ، وإن كانت هذه الحالة جعلت رجال الدين المسيحيِّينَ يميِّزون بين شرطٍ جزائيٍّ مُبالغ فيه و شرط جزائي تهديدي، وهو ما يُعرف حاليا بالفوائد التأخيرية.
- إجازة تقاضي المُقْرض من المُقْتَرض فائدة على رأس المال في حالة تجويز القوانين المدنية أوالعادات ذلك ، وهو ما يعرف حاليا بالفوائد التعويضية.

ثانيا: فوائد التأخير في بعد صدور القانون المدني الفرنسي لسنة1804.

[1] **رفيق يونس المصري**، المصرف الإسلامي للتنمية ، نفس المرجع ، ص 126، نقلا عن

BOHM bawark : histoire critique des théories de l'intérêt du capital, traduit par **BERNARD** , tome1, édition Girard et Brière, paris, 1902, p6

وما ينبغي الإشارة إليه في إطار الحديث عن هذه المرحلة أنَّ مبدأ الفائدة أصبح له من يَدْعَمه ويَنْصُره إذ يقول **لوكرور** بشأن الفائدة:

« إن القروض الإستهلاكية يجب أن تكون مجانية أما قروض الإنتاج – قروض التجارة– فيمكن أن تنتج فائدة»[1].

أما صاحب **كتاب روح الشَّرائع Montesquieu** فيقول في ذلك:« إنَّه سلوك جدٌّ حسن بأن يُقرض أحدٌ نقودَه للغير بدون فائدة ، إلا أننا نرى أن هذا لا يُمثِّل سوى نصيحة من باب الدِّينِ وليس قانونا مدنيًّا»[2].

، وفي ذلك يقول **melon** :« إن الفائدة هي ضرورة إجتماعية ملحَّة ،ولرجال الدين أن يهتموا بتوفيق وَسَاوِسِهِم الأَخلاقية مع هذه الواقعة القاسية»[3].

ويُضِيفُ صاحب **كتاب روح الشَّرائعMontesquieu** قائلا مرَّة **ثانية** في نفس السِّياقِ: «فالشريعة المحمَّدية لا تُفَرِّقُ بين الرِّبا و القرض بفائدة ، الرِّبا يزداد في الدول الإسلامية بحسب شدَّة التحريم ، فالدائن يُعوَّضُ بقدر مخالفة هذا التحريم»[4].

وبمجيئ الثورة الفرنسية تم إباحة الفائدة للناس وإنتقلت تلك الإباحة إلى قانون نابليون 1804[5]، فنصَّ القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 صراحة على نظام الفائدة بصيغتيها القانونية والإتفاقية، إذ جاء في نص المادة 1905 :

«يسمح بإشتراط فوائد في القرض البسيط، سواء كانت – الفوائد– نقودا ، أو سلعة ،أو أشياء أخرى منقولة يجوز إشتراط الفائدة على القرض البسيط سواء من المال أو من الغذاء أو من الأشياء المنقولة»[6].

في حين نصَّت المادة 1907 على مايلي:

---

[1] **رفيق يونس المصري**،مصرف التنمية الإسلامي، المرجع السابق ، ص 124.

[2]**MONTESQUIEU** : L'esprit des lois, Edition EDOUARD Laboulaye,Garnier Frères,Paris,France ,1875, p877 : «C'est bien, une action très-bonne de prêter à un autre sont argent sans intérêt mais on sent que ce ne peut être qu'un conseil de religion et non une loi civile »

[3] **رفيق يونس المصري**، المصرف الإسلامي للتنمية ، المرجع السابق ، ص 126.

[4]**MONTESQUIEU** :op,cit, p877 : « La loi de **MAHOMET** confont l'usure avec le prêt à intérêt, l'usure augmente dans les pays **MAHOMETANTS** à proportion de le Sévérité de la défence, le prêteur s'indemnise du péril de la contravention ».

[5]**علاء الدين خروفة**،عقد القرض في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي،دراسة مقارنة،القانون الروماني،الفرنسي، المصري،مؤسسة نوفل،بيروت،لبنان،ط1، 1982، ص 211.

[6]**L'article 1905** code civil 1804 et l'article 1905 code civil francais en vigueur : « IL est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées ou autre choses mobilières».

« الفائدة قانونية أو إتفاقية ، تحدد الفائدة القانونية عن طريق القانون.

يمكن للفائدة الإتفاقية أن تتجاوز الفائدة القانونية،في كل الحالات التي لا يمنعها القانون،يجب أن تكون نسبة الفائدة الإتفاقية محددة كتابة»[1].

البند الثالث: نظام الفوائد في القوانين المدنية العربية .

وبعد إعتماد نظام الفوائد في القانون المدني الفرنسي ونتيجة للثورة الصناعية الأوروبية وما ترتَّب عنها من سياسة إستعمارية على معظم الدول العربية فتمَّ إحلال القوانين الغربية الأوروبية مكان القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية في مختلف الدول العربية سواء أثناء فترة الإستعمار المباشر أو الغير مباشر ، وبخصوص نظام الفوائد في القوانين المدنية العربية سنتطرق إلى نظام الفوائد في القانون المدني المصري﴿**أولا**﴾، وكذا نظام الفوائد في القانون المدني الجزائري﴿**ثانيا**﴾.

أولا : نظام الفوائد في القانون المدني المصري.

قد يلاحظ **القارئ** "**ة**" **الكريم** "**ة**" أن القانون المدني المصري يكون هو دائما أوَّلُ القوانين التي نتطرق إليها مقارنة بقوانين الدول العربية الأخرى .

فإن هذه الأسبقية نابعة من كون القانون المدني المصري هو في عديد المرات مصدرٌ من المصادر للعديدِ من القوانين المدنية العربية[2].

وبخصوص نظام الفوائد نصت المادة 226 من القانون المدني المصري على مايلي:

﴿إذا كان محل الإلتزام مبلغا من النقود ، وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد ...﴾[3].

ثانيا: نظام الفوائد في القانون المدني الجزائري.

الجزائر كغيرها من الدول العربية و الإسلامية كان تطبيق نظام الفوائد فيها يتميز بنوع من الكراهية، ففي

---

[1] **L'article1907**code civil 1804 et l'article 1907 code civil francais en vigueur : « L'intérêt est légal ou conventionnel, l'intérêt légal est fixé par la loi.
L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi toutes les fois que la loi ne le prohibe pas, le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit».

[2] **علية نصر الدين**،موقف القوانين المدنية من الفوائد ومدى مواءمته للشريعة الإسلامية،منشورات دحلب،حسين داي، الجزائر،دون طبعة، دون سنة الطبع،ص44.

[3] المادة 226 من القانون المدني المصري ، المعدل .

قرار للمجلس الأعلى مؤرخ في 15 جانفي 1970 تم نقض القرار المتضمن منح أحد الخصوم فوائد،لأنَّ ذلك مخالف لقواعد الفقه الإسلامي[1].

و بصدور القانون المدني الجزائري لسنة 1975 تم النَّص صراحة على نظام الفوائد على سبيل التعويض على غرار القانون المدني المصري، فجاء في المادة 186: ﴿ إذا كان محل الإلتزام بين الأفراد مبلغا من النقود عيِّن مقداره وقت رفع الدعوى ، وتأخَّر المدين في الوفاء به فيجب عليه أن يعوِّض الدائن عن الضرر اللاحق عن هذا التأخير﴾.

الفرع الثاني :شروط إستحقاق الفوائد:

الفوائد المترتبة عن الإلتزام الذي محلُّه دفع مبلغ من النقود هي إما تأخيرية أو تعويضية كما سبق بيانه خلال تعريف الفائدة، وعليه سيتم الحديث عن شروط إستحقاق الفوائد التأخيرية﴿**البند الأول**﴾، وكذا شروط إستحقاق الفوائد التعويضية﴿**البند الثاني**﴾.

البند الأول: شروط إستحقاق الفوائد التأخيرية.

حتى تتحقَّق مسؤولية المدين،يجب توافر الشروط التالية المتمثلة في الخطأ﴿**أولا**﴾، الضرر﴿**ثانيا**﴾،العلاقة السببية﴿**ثالثا**﴾،وشرط الإعذار﴿**رابعا**﴾.

أولا: شرط الخطأ لإستحقاق الفوائد التأخيرية.

خطأ المدين في هذه الحالة هو عبارة عن التأخر في ذاته، فمجرَّد التأخر في الوفاء بالمبلغ عن الميعاد المعيّن هو الخطأ، والخطأ هنا لاشيءَ غير ذلك، ومن ثم يستبدل شرط الخطأ بشرط التأخر عن الوفاء[2].

ثانيا : شرط الضرر لإستحقاق الفوائد التأخيرية.

لم يشترط القانون المدني المصري ضررا لإستحقاق الفوائد التأخيرية وذلك من خلال المادة 228 التي نصت على مايلي: ﴿لا يشترط لإستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو إتفاقية أن يثبت الدائن ضررًا لحِقَه من هذا التأخير﴾.

ومن هنا فإن مجرد تأخُّر المدين عن الوفاء بالمبلغ من النُّقود الذي في ذمَّته يُحدث ضررا، والمدين لا يستطيع أن ينفيَ وقوعه[1]، وذلك بخلاف القانون المدني الجزائري من خلال مادته 186 السالفة الذكر

---

[1] **علية نصر الدين** ، المرجع السابق، ص36.

[2] **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، ص 891.

الذي لم ينص صراحة على إستحقاق الفوائد دون تحقق شرط الضرر ،فهل هذا يعني أن شرط الضرر مفترض الوقوع دون أن يقع على عبئ الدائن إثبات تضرُّره من فعل مدِينه المتضمِّن عدم أداء مبلغ من النُّقود؟.

ثالثا: شرط العلاقة السببية لإستحقاق الفوائد التأخيرية.

يفرض القانون فرضًا غير قابل لإثبات العكس أن الضَّرر الذي وقع هو نتيجة خطأ المدين المتمثل في تأخُّره عن الوفاء بمبلغ النقود ، فعلاقة السببية مابين الخطأ والضَّرر حالها حال الضرر، فهي كذلك مفروضة فرضا غير قابل لإثبات العكس[2].

رابعا:شرط الإعذار لإستحقاق الفوائد التأخيرية.

نصت المادة 218 من القانون المدني المصري والمادة 179 من القانون المدني الجزائري على ضرورة إعذار المدين مالم ينص على خلاف ذلك .

ويتشدُّد القانون في الإعذار فيستدل به كقاعدة عامة المطالبة القضائية ،كما يرى **الأستاذ السنهوري** أن شروط تطبيق الفوائد التأخيرية أصبحت تنحصر في شرطين وهما:

- ❖ تأخر المدين في الوفاء بإلتزامه.

فيكفي أن يتأخر المدين بالوفاء بإلتزامه المتمثل في دفع مبلغ النقود الذي في ذمته حتى تستحق الفوائد التأخيرية.

وقد يؤدي تأخُّر المدين عن الوفاء بدفع مبلغ من النقد الأجنبي فنزلَت قيمتُه إلى ضرر يصيب الدائن ، فإن هذا الضرر من هذا النزول لا يعتبر ضررًا راجعًا إلى سببٍ مستقلٍّ عن التأخُّر في الوفاء ومن ثم يدخل تعويضه ضمن الفوائد التأخيرية بالسعر القانون أو الإتفاقي، وقد قضت محكمة الإستئناف المختلطة بأنه إذا إشترط الدائن أن يكون الدفع بعملة أجنبية صحَّ الشَّرط[3].

- ❖ المطالبة القضائية بالفوائد.

الشرط الثاني لإستحقاق الفوائد التأخيرية هو أن يطالب الدائن بهذه الفوائد مطالبة قضائية ، فلا يكفي أن يطالب الدائن المدين بالدَّين وحده مطالبة قضائية حتى تسري الفوائد التأخيرية من وقت هذه المطالبة ،

---

[1] **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني ، نفس المرجع ،ص891.

[2] **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني ، نفس المرجع ، ص 892.

[3] **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق ، ص 891.

فالنص صريح في وجوب المطالبة بالفوائد التأخيرية ذاتها بالإضافة إلى الدَّين ذاته ، وهو ما أكَّدته المادة 226 من القانون المدني المصري التي جاء فيها:

﴿... وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ، وإن لم يحدد الإتفاق أو العرف التجاري تاريخًا آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره﴾.

و قد تشدد القانون كذلك في تحديد مبدأ سريان الفوائد التأخيرية فيجعلها من وقت المطالبة القضائية لا من وقت الإعذار وإشترط أن تتضمَّنها هذه المطالبة وذلك تنكُّرا منه للربا كما سبق القول[1].

غير أن هذا الحكم ليس من النظام العام ،فيجوز للطرفين أن يتفقا على خلافه وعلى أن تسري هذه الفوائد التأخيرية من وقت الإعذار مثلا أو حتى حلول أجل الدَّين دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار[2].

البند الثاني: شروط إستحقاق الفوائد التعويضية.

أكثر ما تكون الفوائد التعويضية في إلتزام دفع مبلغ من النقود يكون مصدره العقد ، والمثل المألوف في ذلك هو عقد القرض.

ولإستحقاق الفوائد التعويضية يجب الإتفاق مع المدين على ذلك :

وهذا يعني أنه لا يُتصوَّر فوائد تعويضية قانونية ، فإذا لم ينص في العقد على أنَّ عقد القرض لا يتضمن فوائد تعويضية إعتبر القرض مجانا و بدون مقابل ، وقد يكون ذلك بهدف تشجيع القرض الحسن الذي لا تتبعه فائدة[3].

ويجد هذا الشرط مصدره في المادة 542 من القانون المدني المصري التي نصت : ﴿على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد إستحقاقها ، فإذا لم يكن هناك إتفاق على فوائد إعتبر القرض بغير أجر﴾.

الفرع الثالث:مقدار الفوائد التأخيرية و التعويضية.

تُحدِّد معظم القوانين المدنية مقدار الفوائد التأخيرية﴿**البند الأول**﴾ ، في حين مقدار الفوائد التعويضية لا يمكن القول بأنه محدَّدٌ غير أن مقدارها ينبغي أَنْ لا يتجاوز نسبة معيَّنة﴿**البند الثاني**﴾، بَيْدَ أنَّ هناك حالات يسمح فيها القانون بزيادة النِسَبِ المحددة في القانون أو النزول عن هذه النسب﴿**البند الثالث**﴾.

---

[1] **عبد الرزاق السنهوري**،الوسيط في شرح القانون المدني، نفس المرجع ،ص891.

[2] **عبد الرزاق السنهوري**،الوسيط في شرح القانون المدني ،نفس المرجع،ص898.

[3] **عبد الرزاق السنهوري**،الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق ،ص900.

البند الأول: مقدار الفوائد التأخيرية.

تضمنت المادة 226 من القانون المدني المصري مقدار الفوائد التأخيرية، وكذا نسبة هذه الاخيرة ،وذلك بنصِّها على مايلي :

﴿إذا كان محل الإلتزام مبلغا من النقود،وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية ، وخمسة في المائة في المسائل التجارية ، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ، وإن لم يحدد الإتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره ﴾[1].

ولقد حدَّد القانون المدني المصري مقدار الفائدة وذلك لعدَّة أسباب أهمها :الكراهية التقليدية للرِّبا لا في مصر فحسب ، ولا في البلاد الإسلامية وحدها بل في أكثر تشريعات العالم ، فالرِّبا مكروه في كل البلاد وفي كل العصور[2].

البند الثاني: مقدار الفوائد التعويضية.

كما سبق الإشارة إليه فإنه لا يتصور وجود سعر قانوني للفائدة التعويضية إذ أنَّ نسبتها متروكة لإتفاق الطرفين، ماعدا حالة الحد الأقصى للفوائد التعويضة و التي لا يجوز تجاوزها بحكم أنها من النظام العام.

ومن ذلك مثلا نصُّ المادة 227 من القانون المدني المصري الذي تضمن إمكانية الإتفاق على سعر آخر للفوائد أكان ذلك في مقابل تأخير الفوائد أو في أيَّة حالة تشترط فيه الفوائد ، بشرط أن على أن لا يزيد هذا السعر عن 7%.

ومن هنا يجب أن لا تتجاوز نسبة الفائدة حدًّا أقصى بيَّنه القانون مسبقا فكل تجاوز للسعر الأقصى للفائدة يقتضي تخفيضه إلى ما هو مسموح به قانونا،وبالتالي المعمول به في مختلف القوانين المدنية هو ردَّ ما دفع زيادة عن نسبة الفائدة المسموح بها قانونا .

وهو ما قضت محكمة **النقض السورية** التي أقرَّت:

﴿ الإجتهاد القضائي مستقِرٌّ على أن الفائدة الفاحشة من النظام العام،وبالتَّالي يُمكن إثارتها لأول مرَّة أمام محكمة النقض ﴾[1].

---

[1] المادة 226 من القانون المدني المصري،المعدَّل.

[2] **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني،المرجع السابق،ص883.

وفي حقيقة الأمر إن هذا الإجراء مستمد من القوانين القديمة خاصة القانون الروماني،حيث أنه في ظل هذا الأخير كان الفعل الذي يؤدِّي إلى الحصول على فوائد أكثر من تلك المسموح بها قانونا يشكِّل ربًا . وإعتبرت هذه الأخيرة في بداية الأمر بمثابة جريمة تستوجب عقوبات جزائية،ولقد رتَّب **قانون الألواح 12** ضد المُرابين دعوى عمومية تؤدي إلى ضرب المُرابي ضربا موحشًا وقاسيًا، وتُلزمه بدفع غرامة مالية،غير أن هذه العقوبة القاسية ما لبثت أن تم الإستغناء عنها وإستبدالها بعقوبة مدنية بسيطة وفعَّالة تبنَّاها قانون **Marcia** تتمثل في إسترداد الفوائد الغير المشروعة التي تحصل عليها الشخص المُرَابِي[2].

البند الثالث: حالات النزول والزيادة في مقدار الفوائد .

هناك حالات سمح القانون فيها بالنزول أو الزيادة سواء كانت تأخيرية﴿**أولا**﴾،أو فوائد تعويضية ﴿**ثانيا**﴾.

أولا: حالات النزول عن الحدود .

من خلال نصوص القانون المدني المصري خاصة المواد رقم 229، 230، 232، فإن هناك **أربعة حالات** يمكن فيها بالنزول عن الحدود المقررة وهي:

- ✓ تسبب الدائن بسوء نية في إطالة أمد النِّزاع.
- ✓ الفوائد التأخيرية بعد رسو المزاد.
- ✓ زيادة مجوع الفوائد على رأس المال.
- ✓ الفوائد على متجمع الفوائد – الفوائد المركبة– [3].

ثانيا: حالات الزيادة على الحدود .

---

[1]محكمة النقض السورية،غرفة أولى،قرار759،بتاريخ22–ديسمبر–1996،نقلا عن **موسى خليل متري**، المفاهيم القانونية للفائدة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية،المجلد29،العدد3،2013، ص56.

[2]**JEANE Maqueron**, op, cit,p385 : « Le fait d'exiger des intérêts supérieure à ceux que la loi autorise constitué l'usure.
L'usure fut d'abord considérée comme un délit en trainant des sanctions pénales
Les tables XII organisaient contre les usuriers une action populaires aboutisant à frapper l'usurier d'infamie et à lui faire payer une peine pécuniaire au de l'accusateur, cette peine sévère tomba assez rapidement en désuétude avec la loi **MARCIA** c'est une simple sanction civile énergique sur la personne de l'usurie pour obtenir restitution des interets illegalement percus

[3]تتضمن الحالتين الثالثة والرابعة إستثناءات يمكن من خلالها الحصول على مجموع الفوائد أكثر من رأس المال، والحصول على الأرباح المركَّبة ، لتفاصيل أكثر يرجى من القارئ"ة" الكريم"ة" مراجعة ، **عبد الرزاق السنهوري** ، الوسيط في شرح القانون المدني ،المرجع السابق، ص 918–921.

من خلال نصوص القانون المدني المصري خاصة المواد رقم 221 ، 223 ، فإن هناك **حالاتان** يُمكن فيهما الزيادة على الحدود المقرَّرة وهي:

- ✓ تسبب المدين بسوء نية إحداث ضرر يتجاوز الفوائد.
- ✓ حالة الحساب الجاري وفقا لما تقتضيه القواعد والأعراف التجارية.

المطلب الثاني: إدراج نظام الفوائد التأخيرية في العقود الإدارية.

بعد إعتماد نظام الفوائد في القوانين المدنية المختلفة لا سيما الفوائد التأخيرية ، شهدت هذه الفوائد إنتشارا واسعا لا سيما في قوانين الطلب العمومي ،وإن كانت هناك عدَّة تسميات لهذه الفوائد فإن معناها واحد، فزيادة على التسمية الأكثر تداولا وهي فوائد التأخير ومثال ذلك القانون الفرنسي، المغربي،الجزائري، فإن القانون التونسي يُطلق عليها تسمية فوائض التأخير، في حين أن القانون اليمني ينعَتُها بغرامة التأخيرعلى السداد، كما أنَّ هناك دولا تُطلق عليها تسمية التعويض نسبة إلى التعويض في القانون المدني بمعنى يشترط لإستحقاقها وجود ضرر ومن ذلك قوانين الشراء العمومي في بعض دول الخليج العربي.

ويرى البعض من المختصين في القانون الإداري خاصة في مجال العقود والصفقات العمومية أنَّ فوائد التأخير في مجال العقود الإدارية هي مظهر عدالةٍ بين طرفي العقد يُقَابلُ عقوبات التأخير التي منح التنظيم إمكانية تطبيقها على المتعامل المتعاقد في حال تأخُّرِهِ في إنجاز إلتزاماتله التعاقدية وإبتغاء إضفاء عدالةٍ بين طرفي العقد وضمان توازن في إلتزامات المتعاقدَين ، وقصد دفع المصلحة المتعاقدة لإحترام آجال التسديد والدفع ، فخوَّل التنظيم وبدون أي إجراء الحق في إستلام فوائد التأخير وذلك تعويضًا عمَّا يُمكن أن يكون قد لَحِقَهُ من ضَررٍ جرَّاء تأخُّر المصلحة المتعاقدة في تسديد ما عليها إتجاهه[1].

فمنحُ الفوائد التأخيرية بنسبة قانونية والتي ينتجها الدين الرئيسي هي ثمن الوقتpretium temporis [2].

و هو ما تبنَّاه القضاء من حيث إلزام الإدارة بدفع مبلغ مالي إلى المتعامل المتعاقد في حالة عدم قيامها بتنفيذ الإلتزامات الملقاة على عاتقها ، ففي تحديد أثر تأخر الإدارة في الوفاء بإلتزامتها بأداء المقابل المالي المستحق للمورِّد المتعاقد معها فإنه يشكِّل خطأ عقديًا من جانبها و يُوجِبُ مسؤوليتها عن تعويض المورِّد من جرَّاء هذا التأخير[1].

---

[1] **خرشي النوي**، المرجع السابق، ص 344 .

[2] **حسين بن شيخ آث ملوية**، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثالث، نظام التعويض في المسؤولية الإدارية، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر،1428هـ-2017م ،ط1،ص46.

و إذ تعكف هذه القوانين الوضعية على تجسيد أحقِّية المتعاقد مع الإدارة في حصوله على فوائد تأخيرية في حالة عدم سداد مستحقاته المالية في الوقت المحدد في العقد، وذلك إنطلاقا من مبدأ المعاملة بالمثلِ ، فإذا كان من حقِّ الإدارة المتعاقدة تطبيق غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد إذا ما خالف البنود التَّعاقدية وبالأخصِّ التأخير في تنفيذ العقد فمن بابِ العدلِ أن يكون من حقَّ المتعاقد الحصول على فوائد تأخيرية في حالة تأخر الإدارة في سداد المستحقات المالية.

و إن كان كذلك تطبيق غرامة التأخير من طرف الإدارة المتعاقدة يكون عادة دون إعذار المتعاقد معها فإن هذا الأخير يستحِقُّ فوائده التأخيرية دون إعذار الإدارة المتعاقدة التي مَاطَلَتْ في دفع مستحقاته المالية.

وكما أن تطبيق غرامة التأخير من طرف الإدارة المتعاقدة على المتعاقد يكون دون حاجة إلى تدخل القضاء فإن لهذا الأخير كذلك الحصول على فوائد تأخير في حالة التأخُّر في دفع مستحقاته المالية في الأجل المحدد دون حاجة إلى تدخل القضاء.

وللحديث عن إدراج الفوائد التأخيرية في قوانين الطلب العمومي سنعرِّجُ على إدراج هذه الأخيرة في القانون الفرنسي بإعتباره مصدرا لمعظم الدول العربية﴿**الفرع الأول**﴾، وفيما بعد نتطرق إلى نظام الفوائد التأخيرية في العديد من القوانين العربية بشأن العقود الإدارية ، ومن ذلك: قانون الشراء العمومي المصري﴿ **الفرع الثاني**﴾، زيادة على تطبيق الفوائد التأخيرية في قانون الطلب العمومي الجزائري﴿ **الفرع الثالث**﴾،مع الإشارة كذلك إلى هذه الفوائد في القانون المغربي للصفقات العمومية ﴿ **الفرع الرابع**﴾، القانون التونسي للشراء العمومي﴿ **الفرع الخامس**﴾، قانون المناقصات و المزايدات اليمني ﴿ **الفرع السادس**﴾، قانون الشراء العمومي السعودي﴿ **الفرع السابع**﴾،قانون الصفقات العمومية الإماراتي﴿ **الفرع الثامن**﴾، وأخيرا قانون الطلب العمومي الكويتي﴿ **الفرع التاسع**﴾.

الفرع الأول: الفوائد التأخيرية في القانون الفرنسي للصفقات العمومية.

سبق الحديث عن إعتماء القانون الفرنسي لنظام الفوائد بوجه عام ، وذلك عند تطرقنا إلى تطبيق نظام الفوائد في القانون المدني الفرنسي،فبعد إعتماد هذا الأخير لنظام الفوائد جاء دور قانون الصفقات العمومية الفرنسي الذي طبَّق هو الآخر الفوائد التأخيرية ، وبخصوص نظام الفوائد في القانون الفرنسي

[1]قرار رقم 1127، المؤرخ في 22-10-2008، ملف عدد 146-7-7، محكمة الإستئناف المغربية ، الرباط ، المغرب، ص2-3.

دائما يطبّق قانون الطلب العمومي الفرنسي حاليا الفوائد التأخيرية وذلك إنطلاقا من المادة R2192-31 alinéa إلى غاية الفقرة 36 من نفس المادة، على أن يتم حساب نسبة الفوائد بحسب النسبة التي يحدِّدها البنك الأوروبي[1].

الفرع الثاني:الفوائد التأخيرية في القانون المصري لتعاقدات الجهات العامة.

تضمَّن قانون الصفقات العمومية المصري هو الآخر نظام فوائد التأخير وذلك من خلال المادة 45 فقرة 3 التي جاء فيها:«إذا لم يتم الوفاء بالمبالغ المستحقة للمتعاقد في المواعيد المحددة تلتزم الجهة الإدارية بأن تؤدِّيَ للمتعاقد ما يعادل تكلفة التمويل لقيمة المطالبة أو المستخلص المعتمد عن فترة التأخير وفقا لسعر الإئتمان و الخصم المعلن من البنك المركزي وقت المحاسبة شريطة تقديم مستندات رسمية بالمبلغ المطالب به ، ويُحَالُ المتسبِّبُ للتحقيق مع تحميله بقيمة ذلك»[2].

الفرع الثالث :الفوائد التأخيرية في قانون الصفقات العمومية الجزائري.

نصَّ قانون الصفقات العمومية الجزائري على فوائد التأخير من خلال المادة 122 فقرة 4 التي تضمَّنت : «يخوِّل عدم صرف الدفعات على الحساب في الأجل المحدد أعلاه للمتعامل المتعاقد وبدون أي إجراء ، الحق في الإستفادة من فوائد التأخير محسوبة على أساس نسبة الفائدة التوجيهية لبنك الجزائر زائد نقطة واحدة، إبتداء من اليوم الذي يلي تاريخ نهاية هذا الأجل حتى اليوم الخامس عشر مدرجا ،الذي يلي تاريخ صرف الدفعات على الحساب»[3].

الفرع الرابع:الفوائد التأخيرية في قانون الصفقات العمومية المغربي.

[1] Décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique : Article 8 I. — Le taux des intérêts moratoires est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de huit points de pourcentage. Les intérêts moratoires courent à compter du jour suivant l'échéance prévue au contrat ou à l'expiration du délai de paiement jusqu'à la date de mise en paiement du principal incluse. Les intérêts moratoires appliqués aux acomptes ou au solde sont calculés sur le montant total de l'acompte ou du solde toutes taxes comprises, diminué de la retenue de garantie, et après application des clauses d'actualisation, de révision et de pénalisation. II. — En cas de désaccord sur le montant d'un acompte ou du solde, le paiement est effectué dans les délais fixés à l'article 1er sur la base provisoire des sommes admises par le pouvoir adjudicateur. Lorsque les sommes ainsi payées sont inférieures à celles qui sont finalement dues au créancier, celui-ci a droit à des intérêts moratoires calculés sur la différence.

[2] المادة 45،فقرة3 ، القانون المتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري لسنة 2018.

[3] المادة 122 فقرة 4 ، قانون الصفقات العمومية الجزائري رقم247 لسنة 2015.

في حالة عدم قيام الإدارة المتعاقدة بدفع المستحقات المالية للمتعاقد معها في الوقت المناسب فإن القانون المغربي يمنح وبدون إجراء سابق عن عدم الأمر بدفع المبالغ المستحقة وأدائها خلال الأجل المنصوص عليه المتمثل في 90 يوما لصاحب الصفقة التي تم التأشير عليها طبقا للنصوص التنظيمية الجاري بها العمل فوائد عن التأخير عندما يرجع التأخير بالأساس للإدارة[1].

زيادة على منح فوائد التأخير للمتعاقد أدرج عدة حلول أخرى وذلك ما بيَّنته المادة 67 من المرسم المتعلق بدفاتر الشروط الإدارية العامة التي جاء فيها[2]:

﴿يفتح التأخير في تسديد المبالغ المستحقة للمقاول في حصوله على فوائد عن التأخير و الحق في تأجيل الأشغال و الحق في فسخ الصفقة وفق الشروط بعده.

أ- الحق في فوائد التأخير.

في حالة التأخير في تسديد المبالغ المستحقة للمقاول تدفعه له فوائد التأخير طبقا للمقتضيات التنظيمية الجاري بها العمل.

ب-الحق في تأجيل تنفيذ الأشغال.

عندما يتجاوز تأخير تسديد المبالغ المستحقة 04 أشهر إبتداء من تاريخ توقيع المنجزات من طرف العَوْن المكلف بتتبُّع تنفيذ الصفقة أو من طرف المشرف على الأشغال عند الإقتضاء أو هما معًا يحقُّ للمقاول علاوة على فوائد التأخير ،الحصول على تأجيل تنفيذ الأشغال إذا طلبه.

وهنا نلاحظ أن القانون المغربي أقرَّ إمكانية طلب تأجيل لتنفيذ الأشغال في حالة عدم تسديد المستحقات المالية للمقاول .

وذلك من خلال عبارة:

«**إذا طلبه**».

ج- الحق في فسخ الصفقة.

---

[1] المادة 02، مرسوم رقم 703-02-2 المؤرَّخ في 18-رمضان-1424هـ، الموافق لـ13-نوفمبر-2003، المتعلق بآجال الأداء وفوائد التأخير الخاصة بصفقات الدولة، الجريدة الرسمية ، العدد 5166، المؤرَّخة في 09-شوَّال-1424.

[2] المادة 65، مرسوم 394-14-2 يتعلق بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال، المؤرخ في 6-شعبان 1437هـ الموافق لـ 13-ماي-2016، الجريدة الرسمية المغربية العدد 6470 المؤرخة في26-شعبان 1437هـ الموافق لـ 2-جوان-2016 .

عندما يتجاوز تأخير تسديد المبالغ المستحقة برسم الصفقة 08 أشهر يمكن للمقاول علاوة على الحق في الحصول على فوائد التأخير أن يطلب من صاحب المشروع القيام بفسخ الصفقة وفي هذه الحالة تقوم السلطة المختصة بفسخ الصفقة فورا دون منح المقاول أي تعويض آخر﴾.

ومن هنا فإن تطبيق فوائد التأخير في المغرب في مجال الصفقات العمومية يكون في كل الحالات التي يحتمل فيها تأخُّر الإدارة المتعاقدة في دفع المستحقات المالية للمتعامل المتعاقد معها.

وهو ما تبنَّاه القضاء المغربي ، وذلك من خلال:

ففي إحدى القضايا المعروضة على محكمة الإستئناف المغربية بين إحدى الشركات المتعهدة بصيانة أجهزة الإعلاميات لحساب الخزينة العامة للمملكة المغربية لم تقم الخزينة بأداء ما عليها ،الأمر الذي إستوجب تقديم فوائد تأخير للشركة[1].

كما تم إحتساب فوائد التأخير إلى غاية الأداء الفعلي للمستحقات إستنادا إلى المادة 6 من المرسوم 703 الصادر 13-11-2003 المتعلق بفوائد التأخير[2].

الفرع الخامس:الفوائد التأخيرية في قانون الصفقات العمومية التونسي.

يترتب وجوبا عن تأخر المشتري العمومي عن القيام بالعمليات المشار إليها بهذا الفصل في الآجال القصوى المذكورة تمكين صاحب الصفقة من فوائض التأخير تحتسب من اليوم الذي يلي إنتهاء هذه الآجال إلى تاريخ المعاينة، وتحتسب فوائض التأخير على أساس المبالغ المستحقة بعنوان الأقساط التي تدفع على الحساب أو بقيَّة الحساب بإعتماد النسبة المعمول بها في السوق النقدية و الصادرة عن البنك المركزي التونسي[3].

ومن يمكن القول أن القانون التونسي نصَّ على منح الفوائد في حالة التأخير في سداد المستحقَّات المالية للمقاول بقوة القانون-**يترتب وجوبًا**- دون أن يطلب المقاول هذه الفوائد.

الفرع السادس :الفوائد التأخيرية في قانون المناقصات و المزايدات اليمني.

[1] محكمة الإستئناف الإدارية، قرار رقم 1127، ملف رقم 146-07-7 المؤرخ في 22-10-2008، ص9.

[2] مرسوم رقم 703.03.2 صادر في 18-رمضان-1424الموافق لـ 13- نوفمبر-2003 يتعلق بآجال الأداء و فوائد التأخير الخاصة بصفقات الدولة،الجريدة الرسمية عدد 5166،الصادرة بتاريخ 9 -شوال -1424الموافق لـ 4 -ديسمبر-2003.

[3] الفصل101،من الأمر عدد 1039 لسنة 2014 ، المعدل سنة2018،المذكور سابقا.

وفقًا لما سبَقَ الإشارة إليه فإن القانون اليمني للصفقات العمومية يطلق تسمية غرامة التأخير على كلٍّ من الغرامة التي تطبِّقُها الإدارة على المتعاقد معها وذلك تحت **تسمية غرامة التأخير** ، ويطلق كذلك تسمية الغرامة على تلك المبالغ المالية التي يستحقها المتعاقد في حالة عدم قيام الإدارة المتعاقدة بتسديد مستحقاته المالية في الوقت المتفق عليه تحت **تسمية غرامة التأخير في السَّداد** .

ويتم إحتساب غرامة تأخير السَّداد في الشهر الأول بنسبة 7,5% من قيمة المستخلص المتأخر و تحسب على النحو الآتي:

- 1% من قيمة البنود الخاضعة للغرامة عن الأسبوع الأول أو أي جزء منه.
- 1,5% من قيمة البنود الخاضعة للغرامة عن الأسبوع الثاني أو أي جزء منه.
- 2% من قيمة البنود الخاضعة للغرامة عن الأسبوع الثالث أو أي جزء منه.
- 3% من قيمة البنود الخاضعة للغرامة عن الأسبوع الرابع أو أي جزء منه.

إذا تأخَّرت الجهة بعد ذلك فلا يُطبَّق ما ورد في الفقرة 1 وإنما يُطَبَّقُ الآتي:

يتم إحتساب غرامة تأخير السَّداد بنسبة4% من قيمة المستخلص المتأخر لكل شهر أو جزء منه وذلك لكل فترة مما تقدَّم على حدَة بحيث لا يتجاوز مجموع الغرامة 10% من إجمالي قيمة العقد للتوريدات أو الأشغال أو الخدمات الأخرى،ولا تتجاوز مدة تأخير السَّداد كحد أقصى03 أشهر و تَتَحَمَّلُ الجهة المسؤولة إذا تجاوزت هذه المدة[1].

الفرع السابع :الفوائد التأخيرية في قانون الشراء العمومي السَّعودي.

أوجب قانون الصفقات العمومية السابق ضرورة صرف المستحقات المالية في الوقت المحدد ، وأن أي إخلال بهذا الإلتزام من طرف الإدارة يعطي الحق للمتعاقد في الحصوص على تعويض عن تأخير سداد المستحقات المالية وذلك من خلال المادة 54 من قانون الشراء العمومي السَّعودي السابق التي جاء فيها: «يجب على الجهة الحكومية تنفيذ العقد وفقا لشروطه.

وإذا أخلت بتنفيذ إلتزاماتها بما في ذلك **تأخير سداد المستحقات** جاز للمتعاقد التقدُّم بهذه المطالبات أمام اللجنة المنصوص عليها في المادة 78 من هذا النظام»،في حين نصت المادة 78 من نفس القانون على مايلي:

[1] تعميم رقم 3 لسنة 2013، رئاسة الجمهورية اليمنية، الهيئة العليا للرقابة على المناقصات و المزايدات، ص7.

«أ)يكوّن وزير المالية لجنة من مستشارين لا يقلُّ عددهم عن ثلاثة من الوزارة والجهات الحكومية الأخرى ب) تتولى هذه اللجنة النظر في طلبات التعويض المقدمة من المقاولين و المتعهدين ...»،وقد يكون ذلك بمثابة إعتراف بالتعويض عن عدم سداد المستحقات المالية في الوقت المناسب[1].

فالتأخير في صرف المستحقَّات يُرتِّب أضرارا مركَّبة لا يُجبِرها فقط صرف المبالغ إلى المقاول دون بحث **بقِيَّة ما لحِقَه من ضرر**،وأن التعامل مع حالات التأخير من خلال تمديد مدة المشروع في نهاية العقد لا تكفي ، وأثر التأخُّر لا يقتصر على المقاول بالنسبة للمدَّة فقط أو الإعفاء من غرامة التأخير ، دون النَّظرِ في الأعباء المالية الأخرى المباشرة و غير المباشرة[2].

لكن في ظل أحكام القانون الجديد للطلب العمومي[3] لم يتبين موقف القانون السَّعودي من دفع تعويضات عن التأخير في سداد المستحقات المالية للمتعاقد مع الإدارة لكن المتتبع لهذا القانون قد يستنتج أنَّ هناك إمكانية ضِمنية و مُستترة لدفع التعويض عن التأخير في دفع المقابل المالي للمتعامل الإقتصادي مع الإدارة المتعاقدة ،وما يَدعَمُ ذلك:

ما جاءت به المادة 92 من قانون الطلب العمومي الساري المفعول[4] التي أوجبت أن تقوم الجهة الحكومية بتنفيذ إلتزاماتها في العقد وفقا لشروطه، وفي حالة ما إذا أخلَّت هذه الأخيرة بتنفيذ هذه الإلتزامات جاز للمتعاقد معها التقدُّم إلى المحكمة الإدارية للمطالبة بالتعويض .

وعليه يمكن إعتبار دفع المستحقات المالية في الوقت المتَّفق عليه هو أحد الإلتزامات التي يتم الإتفاق عليها مسبقا في العقد هذا من جهة ، وبمفهوم المخالفة يُمكن إعتبار عدم دفع المستحقات المالية في الأجل المحدد بمثابة إخلال بالإلتزامات التعاقدية ، وبمفهوم المادة 92 المذكورة آنفا والتي تركت المجال مفتوحا للتعويض بحكم أنها قررت أنَّ التعويض يُستحق للمتعاقد عن طريق المحكمة الإدارية في كل إخلال بإلتزام من الجهة الحكومية ، فإذا إعتبرنا دفع المقابل المالي إلتزاما على عاتق الإدارة وهو كذلك بلا شكٍّ، وإذا إعتبرنا كذلك عدم دفع المستحقات في التاريخ المحدد إخلال بإلتزام تعاقدي، فحينئذ حُقَّ

---

[1] لمزيد من التفاصيل ،يرجى من القارئ"ة" الكريم "ة" مراجعة المادة 54والمادة 78، نظام المنافسات و المشتريات الحكومية السعودي سابقا، رقم 58 لسنة 1427هـ–الموافق 2006م.

[2] قطاع المقاولات في ظل جائحة كورونا –دراسة قانونية–، الهيئة السعودية للمقاولين، أفريل،2020، ص14.

[3] مرسوم رقم 168 لسنة 1440هـ، 2019م،المتضمن نظام المنافسات و المشتريات الحكومية السعودي حاليا.

[4] المادة 92 المرسوم رقم 168المؤرَّخ في 1440هـ، 2019م ، المتضمن نظام المنافسات و المشتريات الحكومية السعودي حاليا.

للمتعاقد مع الإدارة أن يطلب تعويضا عن إخلال الجهة الحكومية بإلتزامها المتمثِّل في دفع المقابل المالي في التاريخ المتفق عليه في العقد.

الفرع الثامن :الفوائد التأخيرية في قانون الشراء العمومي الإمارتي.

جاء في نص المادة 13 من قانون الشراء العمومي تحت عنوان تظلم الموردين أن لجنة التظلُّملت تختص بالنَّظر في الإعتراضات المقدَّمة على قرارات الغرامات والتعويضات و الإجراءات الجزائية التي تُفرض على المورد نتيجة مخالفة المواصفات و التأخير أو عدم التوريد أو عدم الإنجاز.

لكن بالمقابل من ذلك تضمَّنت هذه الأخيرة في الفقرة 02 أنَّ هذه اللجنة تختص كذلك بالنظر في فضِّ المنازعات الإدارية التي تنشأ بين المورد و الجهة الإتحادية بشأن إجراءات الشراء العمومي منذ الإعلان عن التعاقد إلى غاية إتمام الأعمال وصرف المستحقات ، فالنِّزاع المتعلِّقُ بصرف المستحقات الذي تختص به اللجنة المذكورة آنفا قد يتعلق بالتأخير في دفع المستحقات المالية للمتعاقد ،الأمر الذي قد يتطلب تعويض هذا الأخير عن عدم سداد مستحقاته المالية في الوقت المناسب[1].

الفرع التاسع: الفوائد التأخيرية في قانون الشراء العمومي الكويتي.

جاء في المادة 77 من قانون الشراء العمومي الكويتي ما يلي[2]:

﴿ يجوز لأي مناقص لحقت به خسارة أو ضرر نتيجة لإخلال أي من الجهات العامة المختصة بالشراء أو المناقصات بأي إلتزام عليها بموجب أحكام هذا القانون أو اللائحة الصادرة بناء عليه أن يقدم وفقا لأحكام هذا القانون شكوى في أي مرحلة من مراحل إجراءات الشراء طالبا إعادة النظر في الإجراء المتضرر منه أو في عدم إتخاذ إجراء إذا كان الضرر ناتجا عنه﴾.

ومن خلال فحوى هذه المادة يمكن الإستنتاج بأن للمتعاقد مع الإدارة الحق في التعويض عن عدم دفع مستحقاته المالية في الوقت المناسب لكن بشرط الضرر .

---

[1] المادة 13 فقرة 2،قرار مجلس الوزراء رقم 04 لسنة2019 المتضمن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الإتحادية.

[2] المادة 39 فقرة 3، المادة 65 فقرة 4 ، القانون الكويتي 49 لسنة 2016 بشأن المناقصات العامة ، المؤرخ في 15-شوَّال-1437هـ الموافق لـ 20-جويلية-2016.

و ذلك من خلال عبارة– **أي إلتزام**– ، ودفع مستحقات المتعاقد في الوقت المتفق المناسب واحد من إلتزامات الادارة هذا من جهة ، ومن جهة ثانية عبارة – عدم إتخاذ إجراء إذا كان الضرر ناتجا عنه ، فعدم دفع المستحقات المالية هو بمثابة عدم إتخاذ إجراء الدفع والذي قد يُلحق بالمتعاقد ضررا .

ونتيجة لما سبق من تطبيق الفوائد التأخيرية في مجال العقود الإدارية ،يمكن القول أن هناك قوانين مُنظِّمة للعقود الإدارية تمنح هذه الفوائد بمجرد التأخير في سداد المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة ، وبالمقابل من ذلك هناك قوانين تنص على منح تعويضات عن التأخير في سداد هذه المستحقات ،فالفرق بينهما أن الأولى لا يُشترط فيها ضرر، بخلاف الثانية التي تستوجب وتتطلب تحقق الضرر.

المبحث الثاني: تمييز غرامة التأخير عن مصادرة خطاب الضمان في مجال الصفقات العمومية.

تتشابه غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية مع مصادرة خطاب الضمان في نفس المجال بالرغم من بعض الفروقات الموجودة بينهما، بل إن البعض يرى أن مصادرة خطاب الضمان في مجال الصفقات العمومية هو في حدِّ ذاته شرط جزائيٌّ، ومن ذلك :

«مصادرة التأمين النهائي لا يَخْرُجُ عن كونه شرطاً جزائيًا يقضي بتوقيع جزاء مالي على المتعاقد المقصِّر في حالة إلغاء العقد بسبب تقصيره– هو مصادرة الضمان المقدم منه–، وهذا الجزاء في حقيقته تعويض إتفاقي قدِّر في العقد بقيمة التأمين المقدَّم من المتعاقد المُقصِّر»[1].

ومن هنا إرتأيت التطرق إلى تمييز غرامة التأخير عن خطابات الضمان وذلك بإبراز ماهية خطاب الضمان في مجال العقود الإدارية من خلال تعريف خطابات الضمان و ذكر أهم أركان هذا النوع من الضمانات ﴿**المطلب الأول**﴾ ، مع تِبيان أهم أنواع هذه الخطابات ﴿**المطلب الثاني**﴾، وكذا مسألة رفض البنك تسييل قيمة خطاب الضمان ﴿**المطلب الثالث**﴾ ، إضافة إلى التكييفات المنوطة بخطابات الضمان و حالات إستردادها زيادة على أهمَّيتهافي مجال الشراء العمومي ﴿**المطلب الرابع**﴾ ، و أخيرا ذكر موقف الفقه الإسلامي من تقنية خطابات الضمان في مجال الطلب العمومي وبالخصوص مسألة تقاضي أجر على عملية إصدار خطابات الضمان﴿**المطلب الخامس**﴾.

المطلب الأول:تعريف خطابات الضمان وأنواعها في مجال الصفقات العمومية.

[1] رأي **مجلس الدولة المصري** لسنة 2008، المرجع السابق، ص7.

لخطابات الضمان العديد من التعريفات منها ما هو لُغويٌّ، شَرعيٌّ و فِقهيٌّ﴿**الفرع الأول**﴾، كما أن لهذه الخطابات عِدَّةُ أركان وآثار تُرَتِّبُهَا في ذِمة أطراف هذه الخطابات﴿**الفرع الثاني**﴾.

الفرع الأول : تعريف خطابات الضمان.

يختلف تعريف خطاب الضمان في جانبه اللغوي﴿**البند الأول**﴾عن تعريفه في الجانب الشرعي﴿**البند الثاني**﴾، كما يختلف من حيث االتعريف الفقهي ﴿**البند الثالث**﴾.

البند الأول: خطاب الضمان لغة.

أولا : الخطاب لغة من خطب يخطب خطابًا ومخاطبته وهو الكلام بين متكلِّم وسَامِعٍ كما يُطلَقُ على الكلام و الرِّسالَةِ[1].

ثانيا:الضمان لغة.

ضمن: ضمن المال منه، كفل له به ، وهو ضمينه وهم ضُمنَاؤُهُ ، وهو في ضِمنِهِ وضَمانه وضمّنتُهُ إيّاهُ. ضَمِنَ الرجل : هو بيِّن الضَّمَنِ و الضَّمَانِ والضَّمَانَةِ ، ورَجُلٌ ضمنٌ وقوم ضمنَى ، وهو من الضَّمان ومعناه لزمَ مكانَهُ كما يلزَمُ الكَفيلُ العهدةَ أو لزم علّته وكانت ضُمنَةُ فلان أعوامًا ،بالضمِّ[2] ، ويطلق الضَّمان في اللُّغة على عدَّة معاني منها الإلتزام ، الكفالة، التغريم، الحمالة[3]،وضمان المال لغة: أي إلتزامه يُقَال ضمنت المال بالمال ضمانا فأنَا ضامنُ وضمين أي إلتزمتُهُ وضمَّنتُهُ المال أَلزَمتُهُ[4].

و الضمان ، الضمانة ،الكفالة باللُّغة الإيطالية هي[5]:**Garanzia,Malleveriapegno,Cauzione**

البند الثاني :الضمان شرعا.

و الضَّمان بمعنى الكفالةِ ضمن الشيئ ضمانًا فهو ضامن وضمَّني إذا كفلني قال بعض الفقهاء الضمان مأخوذ من الضَّمِّ وهو غلط من جهة الإشتقاق لأنَّ نُونَ الضَّمَانِ أَصلِيَّةٌ والضَّمُّ لَيسَ فِيهِ نُونٌ فَهُمَا مادتَّان

---

[1] **المعجم الوسيط**، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر ، 1429هـ-2008م، ط4، ص243.

[2] **الزمخشري**، المرجع السابق، ماة –ضمن–، ص 587.

[3] **التواتي بن تواتي**، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، كتاب البيوع المعاملات ، دار الوعي للنشر و التوزيع، الرويبة ، الجزائر، ط1،المجلد الخامس ،1430هـ-2009م ،ص817.

[4] **وهبة الزحيلي** ، نظرية الضمان،دراسة مقارنة،دار الفكر،دمشق ،سوريا، 2012،ط9،ص21.

[5] **روح البعلبكي**، المرجع السابق، ص397.

مُختَلفتَانِ[1]، والضَّمان بمعنى الغرم أداء الشيئ لازم و الغرامة كالغرم، والغارم الذي يلتزم بما ضمِنَهُ وتكفَّل به ويؤدِّيه[2].

و الضَّمان بمعنى الحمالة هو:

قيل الحمل بمعنى الحمالة وجاء لفظ الحمل في الشِّعرِ العربيِّ ذَمًّا للذين يَحمِلُونَ شيئًا و لا يَفقَهُونَ مَا يَحمِلُونَ كَذَمِّ الذِينَ يحملون الحَدِيثَ ولا يَعرِفُونَ مَعَانِيهِ فَقَالَ أَحَدُهُم[3]:

إنَّ الرُّواة على جهلٍ بما حَمِلُوا مثل الجمال عليها يُحمل الوَدَعُ.

لا الوَدعُ ينفعُه حمل الجمال لَهُ ولا الجِمَال بِحمل الودعِ تنتفعُ.

والضمان بمعنى الحمالة دائما هو – بفتحتين– ما يتحمَّلُهُ الإنسان من غيره من دية أو غرامة ، مثل أن يقع حرب بين فريقَين تُسفَكُ فيها الدِّماء فَيَدخُلُ بينهم رجُلٌ يَتَحَمَّلُ دِيَّاتَ القتلى ليُصلِحَ ذات البين[4].

ولتعريف الضمان في اللغة أمرين:

- **الأمر الأول:** أنَّ الضَّمَانَ مُشتَقٌّ مِنَ التَّضمِينِ ومَعنَاهُ تَضمِينُ الدَّينِ في ذمَّة من لا دَينَ عَلَيهِ فهو مأخوذ من الضِمنِ لأنَّ المالَ يصير في ذمَّة الضَّامِنِ.
- **الأمر الثاني:** بأنَّ الضمان و الكفالة كلمتان مترادفتان لغةً، وإن إختلفتا شرعًا كما يشهد لذلك أن يُقال للضامن من ضمينٍ وزعيمٍ وكفيلٍ،غير أن العُرفَ خَصَّ الضامن بمُلتَزِمِ المالِ مطلقًا ومِثله الضَّمِينُ[5].

الضَّمِينُ[5].

ويستعمل أكثر الفقهاء كلمتي – **الضمان والكفالة**– على أنهما لفظان مترادفان يرادُ بهما ضمان المال وضمانُ النَّفس وذلك عند إلتزامهما بعقد الكفالة أو الضمان كما يستعملون إسمَ الضَّمان فيما هو أَعَمُّ من ذلك وهو ضمان المال بعقدٍ أو بغيرِ عقدٍ كإعتداءٍ[6].

وهو إلتزام تعويض مالي عن ضرر الغير، وخَراج الشيئ هو الغَلَّة التي تحصُل منه كمنافِعِ الشَّيئِ[1].

---

[1] **محمد عبد فرحات صالح الجميلي**، الغرامة المالية في الحدود و الجنايات على النفس البشرية وما دورها في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان، ط1،2006،ص23.

[2] **أحمد الشرباصي**،المرجع السابق ، ص182.

[3] **التواتي بن تواتي**، المرجع السابق،ص817.

[4] **أحمد الشرباصي**، المرجع السابق، ص65.

[5] **علي حساني**، ضمان حماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1،2017،ص56.

[6] **علي الخفيف**، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2000،ص8.

والضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل .

و المراد ثبوته فيها مطلوب أداؤه شرعا عند تحقق شرط أدائه سواء أكان مطلوب أداؤه في الحال كالدَّينِ الحال أم في الزمن المستقبل المعيَّن كالدَّين المؤجَّل إلى وقت معين إذ هو مطلوب بأدائه إذا ما تحقَّقَ شرط أدائه وكالبيع في يد من إشتراه بعقدٍ فاسدٍ فإن ضمانه على مشتريه مادام في يده يضمنه بقيمته إذا هلك لبائعه[2].

وقد شاع عند كثير من الفقهاء **كالشافعية و الحنابلة و الشِّيعة** إستعمال الضَّمان في ضمان الدَّين و الكفالة في كفالة النَّفس ، و لم يشع هذا عند **الحنفية** و يسمى الدائن بالمكفول له والمدين بالمكفول عنه و الدَّين بالمكفول[3].

و الكفيل بمعنى الحميل ، الضمين و القبيل ، والزعيم قال **أمرئ القيس**[4]:

وإني زعيم إن رجعت مملَّكًا بسيرٍ ترى منه الفُرانق أزْورَا.

و قالت **ليلى الأخيلية**[5]:

ومخرَّق عنه القميص نخَاله وسط البيوت من الحياء سقيما

حتى إذا رفع اللواء رأيتَه تحت اللواء على الخميس زعيما.

البند الثالث:التعريف الفقهي لخطابات الضمان.

ويمكن تعريفه بأنه:

﴿تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب عميله ونسمِّيه الآمر بدفع مبلغ نقدي معيَّن أو قابل للتعيين بمجرَّد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدَّة محدَّدة وجون توقُّف على شرط آخر﴾[6].

---

[1] **أحمد مصطفى الزرقا**،المدخل الفقهي العام،دارالقلم،دمشق،سوريا،الجزء الأول،ط1425،2هـ-2004م،ص1035-1036.

[2] **علي الخفيف**، المرجع السابق،ص8.

[3] **علي الخفيف**، المرجع السابق،ص193.

[4] **ديوان إمرئ القيس**، ضبطه وصححه **مصطفى عبد الشافي**، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، ط1، 1425هـ-2004م، ، ص64.

[5] **ديوان ليلى الأخيلية**، وزارة الثقافة والإرشاد، مديرية الثقافة العامة ، بغداد ، العراق، إهتم بجمعه **خليل إبراهيم العطية، جليل العطية** ، 1386هـ-1967م، ص110.

[6] **جمال الدين عوض**،عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المكتبة القانونية،1993،ص569-570.

أو هو: ﴿ تعهد يصدر من البنك بناء على طلب عميل له – الآمر– بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص لآخر– المستفيد– دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، و يوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله﴾[1].

وهو كذلك تعهد مكتوب صادر عن البنك بناء على طلب عميله يلتزم فيه لصالح هذا العميل بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين إلى شخص ثالث هو المستفيد خلال مدة محددة في الخطاب[2].

ويمكن أن نعرِّف خطاب الضمان في مجال العقود الإدارية بأنه:﴿تعهد مكتوب يصدره البنك بطلب من العميل – **المترشح أو حائز الصفقة**– يلتزم من خلاله البنك بدفع مبلغ مالي معيَّن أو قابل للتعيين لفائدة طرف ثالث – **الإدارة المتعاقدة** – عند أول طلب بغضِّ النظر عن إعتراض هذا العميل، وذلك في حدود مدة معينة سواء تعلق الأمر بضمان مرحلة الإبرام كالضمان الإبتدائي أو خاص بمرحلة التنفيذ كالضمان النهائي مثل ضمان حسن التنفيذ أو ضمان رد التسبيقات والدفعات، أو مرحلة ما بعد التنفيذ كالضمان العشري، مع النص في الخطاب على مختلف البيانات و المعلومات المتعلقة بالصفقة ،وذلك مقابل عمولة أو أجر محدد ﴾[3].

الفرع الثاني: أركان خطابات الضمان وآثارها المترتبة على الأطراف.

لهذا النوع من الخطابات العديد من الأركان﴿**البند الأول**﴾، كما أن لهذه الأخيرة العديد من الآثار القانونية التي ترتبها في ذمة أطراف خطابات الضمان﴿**البند الثاني**﴾.

البند الأول: أركان خطابات الضمان في مجال الصفقات العمومية.

يمكن القول أن عناصر خطاب الضمان في مجال العقود الإدارية تتمثَّل في:الكفيل﴿**أولا**﴾ ،المكفول﴿**ثانيا**﴾، المستفيد﴿**ثالثا**﴾،أجل الضمان﴿**رابعا**﴾،مبلغ الضمان﴿**خامسا**﴾.

أولا: الكفيل.

وهو البنك أو المصرف الذي يُصدر خطاب الضمان بناء على طلب العميل .

ثانيا:المكفول.

[1] خطابات الضمان،إضاءات،نشرة توْعوِية،معهد الدراسات المصرفية،الكويت، العدد10،2011م،ص1.

[2] **وهبة الزحيلي**،المعاملات المالية المعاصرة،دار الفكر،دمشق،سوريا،ط8،1432هـ-2011،ص468.

[3] تعريف شخصي للباحث **خالد خليفة**.

وهو المترشح في مجال الصفقات العموية في مرحلة الإبرام الذي تتغير تسميته إلى المتعامل المتعاقد في مرحلة التنفيذ أو ما بعد التنفيذ.

ثالثا:المستفيد.

يتمثل في الإدراة أو المؤسسة المتعاقدة التي تِعكِفُ على إبرام عقد إداري.

رابعا:أجل الضمان.

وهي المدة التي ينص عليها خطاب الضمان من حيث بقاء البنك ضامنا للمتعاقد مع الإدارة ، إذ يتضح من خلال خطاب الضمان أي مرحلة معنية بالضمان سواء مرحلة الإبرام، مرحلة التنفيذ أو ما بعد التنفيذ.

خامسا: مبلغ الضمان.

وهو المقابل المالي الذي يتقاضاه البنك مقابل هذا الإصدار ، ولا تسدد قيمة خطاب الضمان للمستفيد في غالب الأحوال ولا تكلِّف البنكَ عند إصدارها إلا نفقات إدارية بسيطة إذا ما قُورنت بالعمليَّات المصرفية الأخرى مثل : تقديم القروض[1].

والأصل أن يحدد ضمان البنك بملغ معيَّن ومع ذلك فمن المتصوَّر أن يصدر الخطاب بغير تحديد مبلغ بل يتعهد البنك أن يضمن عميله في كل ما يُسَبِّبُهُ تصرُّفه من ضرر للغير أي المستفيد[2].

كما يختلف المبلغ إختلاف البنوك ،فالبنوك الإسلامية مثلا هناك من لا تأخذ سوى مصاريف الإصدار في حين أن هناك بنوكا تأخذ أجرا على الإصدار نتيجة للإختلاف الشرعي حول الأجر على إصدار خطاب الضمان[3].

في حين أن البنوك غير الإسلامية قد تأخذ أجر الإصدار وتزيد عليه الفوائد التي ترتفع كلما كان مبلغ الخطاب مرتفعا وترتفع كذلك إرتفاع مدة الضمان .لذلك جاءت بعض القوانين المنظمة للشراء العمومي واضحة في هذا الصدد ومنعت إضافة أي فائدة على خطابات الضمان.

---

[1] **منصور بختة**، مسؤولية البنوك في عقود الإئتمان، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، رسالة دكتوراه، 2014-2015، ص88.

[2] **جمال الدين عوض**، المرجع السابق،ص576.

[3] حيث أن هناك إختلاف فقهي حول مسألة الأجر على إصدار خطاب الضمان ، لمزيد من التفاصيل يرجى الإطلاع على الصفحة 143 و ما بعدها من الأطروحة.

بمعنى أنه لا يمكن للمتعاقد المطالبة بالفوائد المرتبطة بخطابات الضمان ، ومثال ذلك حالة تمديد فترة صلاحية العطاءات ، فهنا يظطر المتعاقد إلى تمديد خطاب الضمان الإبتدائي وهو الأمر الذي يكلّفه مصاريف إضافية مع البنوك المُصدرة لخطاب الضمان الإبتدائي التي تَرْبِطُ الأجر على خطاب الضمان بحسب أجل ومدة الضمان ، كما لا يمكن للمتعاقد المطالبة بالفوائد في حالة تمديد أجل التنفيذ على الرغم من أن ذلك قد يكلفه مرَّة أخرى مصاريف إضافية مع البنوك إذ يتعيَّن عليه تمديد أجل خطاب الضمان النهائي.

وهو ما أقرَّه القانون الإمارتي المتعلق بالشِّراء العمومي سابقا، من خلال المادة57 منه[1].

أما بخصوص عدم فرض البنوك لفوائد في حالة تمديد خطابات الضمان فيلاحظ عدم وجود هذه الفقرة في القانون الجديد المتعلق بالشراء العمومي.

البند الثاني:آثار إصدار خطابات الضمان في مجال الصفقات العمومية.

ينتج عن إصدار خطابات الضمان في مجال العقود الإدارية علاقات ثلاثة، تتمثل في: علاقة البنك بالعميل–المتعامل المتعاقد–﴿**أولا**﴾،علاقة المتعامل المتعاقد بالمستفيد– الإدارة المتعاقدة–﴿**ثانيا**﴾، علاقة البنك بالمستفيد –الإدارة المتعاقدة–﴿**ثالثا**﴾.

أولا:علاقة البنك بالعميل –المتعامل المتعاقد–﴿عقد خطاب الضمان﴾.

وتتحدد هذه العلاقة بناء على الإتفاق و العقد المبرم بينهما الذي على أساسه ضَمِنَ المصرف العميل وأصدر له خطاب الضمان[2].

ثانيا:علاقة المتعامل المتعاقد بالمستفيد–الإدارة المتعاقدة–﴿عقد الأساس﴾.

وتتحدد العلاقة بينهما بناء على ما وَرَدَ في خطاب الضمان الصَّادر بناء على طلب المتعامل المتعاقد لصالح الإدارة المتعاقدة.

---

[1] المادة57 فقرة –أ–،قرار مجلس الوزراء الإماراتي رقم 43لسنة2016،المؤرخ في 6–صفر–1438هـ،المرافق لـ 6–نوفمبر–2016م،المتضمن تعديل بعض أحكام قرار مجلس الوزراء رقم 32لسنة 2014،المتضمن لائحة المشتريات وادارة المخازن في الحكومة الإتحادية سابقا و الملغى بموجب قانون 2019.

[2] **أحمد حسن بن أحمد الحسين**، خطابات الضمان المصرفية وتكييفها الفقهي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1999،ص7.

ثالثا:علاقة البنك بالمستفيد–الإدارة المتعاقدة–﴿ خطاب الضمان﴾.

وهذه العلاقة تتضمن تعهد البنك مُصدِر خطاب الضمان لصالح بدفع مبلغ و قيمة الضمان في حالة عدم إلتزام المُناقص المتعامل المتعاقد بتعهداته وإلتزاماته دون أن يتحمل المُناقص له – الإدارة المتعاقدة– أي تبعات لصالح البنك[1].

المطلب الثاني:أنواع خطابات الضمان في مجال الصفقات العمومية.

تتعدد هذه الخطابات وتتنوَّعُ، ومن أهم أنواعها في مجال الصفقات العمومية نجد: خطابات الضمان من حيث التقييدِ والإطلاق﴿**الفرع الأول**﴾، خطابات الضمان من حيث الأطراف﴿**الفرع الثاني**﴾، خطابات الضمان من حيث الغرض﴿**الفرع الثالث**﴾، خطابات الضمان من حيث الغطاء﴿**الفرع الرابع**﴾.

الفرع الأول :خطابات الضمان من حيث تقييدها و إطلاقها.

وتنقسم هذه الخطابات إلى مشروطة﴿**البند الأول**﴾، وغير المشروطة ﴿**البند الثاني**﴾.

البند الأول:خطابات الضمان المشروطة.

في هذا النوع من خطابات الضمان يقوم البنك بدفع قيمة خطاب الضمان بشروط معينة من ذلك تقديم مستندات تثبت دعوى العجز و التقصير مع صرف النظر عن أية طعون مقدمة من قبَل العميل[2].

وفي مجال العقود الإدارية نجد أن مثل هذا النوع من خطابات الضمان قليل العمل به إذ أن المصلحة المتعاقدة ونتيجة للإمتيازات و الصَّلاَحيات التي تتمتع بها بِحُكمِ أَنَّها تمارس نشاطًا إداريًا وأنَّ الطرف المتعاقد معها لا يمكنه بأيِّ حال من الأحوال أن يتساوى معها في الحقوق والواجبات ،فإن قيام المصلحة المتعاقدة بمصادرة خطاب الضمان غير مرهون بأن تثبت للبنك أن المتعاقد معها الذي هو عميل للبنك قد قصَّر في واجباته أو إلتزاماته حتى يَتَسَنَّى لها الحصول على قيمة خطاب الضمان.

البند الثاني:خطابات الضمان غير المشروطة.

وهي خطابات مطلقة يستحِقُّ المستفيد قيمتها بمجرَّد تقديم الخطاب للمصرف[3]،إذ أن الجهة المتعاقدة تتقدم

---

[1] **عاطف حسن أبو هربيد**، عقود المناقصات في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر و التوزيع، عمان،الأردن، 1426هـ–ط2006،1م،ص133.

[2] **إبراهيم رحماني**، المرجع السابق، ص424.

[3] **نواف كنعان**،القانون الإداري،الكتاب الثاني،دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان،الأردن،2007،ص359.

للبنك أو المؤسسة المالية المُصدِرة لخطاب الضمان بطلب تسيِيلِ قيمة الخطاب المتعلق بالعقد المُبرم بينها وبين المتعامل المتعاقد بِغَضِّ النَّظَرِ عن المرحلة التي يكون فيها العقد الإداري من حيث التنفيذ فقد يكون هذا الخطاب مرتبطا بمرحلة تقديم العطاءات أو مرتبطا بحسن التنفيذ أو خطاب ضمان مرتبط بالضمان العشري أي عشر سنوات بعد التسليم النهائي للمشروع.

الفرع الثاني:خطابات الضمان من حيث أطراف العملية.

وتنقسم إلى خطابات ضمان داخلية ﴿**البند الأول**﴾،و خطابات ضمان خارجية﴿**البند الثاني**﴾.

البند الأول:خطابات الضمان الداخلية.

فإذا كان العميل و المستفيد مُقِيمَينِ في نفس البلد فنكون بصدد خطاب ضمان داخلي، ومثال ذلك أن يكون العميل – المتعاقد– مقيم في فرنسا والإدارة المتعاقدة كذلك مقرُّها فرنسا.

البند الثاني:خطابات الضمان الخارجية.

هذا النوع منها قد يَصدُرُ بمناسبة المعاهدات و الإتفاقيات التي تنعقد بين دولتين وتَصدُرُ إمَّا بناء على طلب عميل غير مقيم لصالح شخص مستفيد مقيم﴿ **أولا**﴾، وإما بناء على طلب مقيم لصالح مستفيد غير مقيم﴿**ثانيا**﴾.

أولا:الخطابات الخارجية التي تصدر لصالح مستفيد مقيم.

في مثل هذا النوع من خطابات الضمان قد يرجع البنك المحلي عند الإقتضاء إلى بنكه المركزي لأخذ الموافقة على إصدار خطاب الضمان إذا نص القانون على مثل هذا الإجراء من باب الرقابة على عمليَّات النقد لا سيما خروج العملة الوطنية[1] .

كما أنَّه في ظل هذا النوع من الخطابات يُطلبُ إصدارها من أجنبي غير مقيم لصالح مُقيم في مصر مثلا ، فإذا أُحيلَ العطاء على أجنبيٍّ غير مُقيم ، وكان من شروط الإدراة المتعاقدة تقديم خطاب ضمان تأمينًا لحسن تنفيذ أو ضمان للدفعة المقدمة سلفًا أو غير ذلك فإن الأجنبيَّ يلجأ إلى البنك الذي يتعامل معه في الخارج ويطلب إليه أن يقدِّم ضمانًا بإصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد في مصر وفي هذه الحالة يَصدر الخطاب و يسمى خطاب الضمان الخارجي.

---

[1] **بن بابوش فاطنة**،الكفالة البنكية كأداة للضمان في عمليات الإئتمان في ظل التشريع الجزائري،رسالة دكتوراه،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة الجيلالي ليابس،سيدي بلعباس،الجزائر،1440هـ-2019م،ص216-217.

فيُصدر البنك الأجنبي خطابا ويرسله إلى أحد البنوك المحليَّة التي يتعامل معها ويطلب إليه أن يسلِّمه إلى المستفيدِ أو يطلب البنك الأجنبيُّ من البنكِ المحليِّ الذي يتعامل معه إصدار خطاب الضمان الذي طلبه عميله لصالح المستفيد في مصر.

ويكون إصدار البنك المحلي لمثل هذا الخطاب مُلزِمًا له رغم أنَّه يقوم بذلك نيابَةً عن البنك الأجنبي، أضف إلى ذلك أن البنك المحليَّ يصدر الخطاب بعد أن يتلقَّى من البنك الأجنبِيِّ خطابًا يتعهد فيه بأن يدفع عند أول طلب كل ما يتحمله نتيجة الضمان.

وهو ما يسمى بالضمان المقابل ،وهكذا يمكن أن تُطلق على هذا النوع من خطابات الضمان الخارجية تسمية الخطابات الواردة[1].

وقد يلجأ العميل غير المقيم الذي طُلب إليه من المستفيد أن يقدم خطاب ضمان إلى أحد البنوك المحلية مباشرةً ويمثل هذه الحالة يصدر البنك المحلي خطاب ضمان لصالح مستفيد مقيم بناء على طلب عميل له غير مقيم[2].

أما عن العملة التي يصدُر بها هذا النوع من خطابات الضمان فتكون بِنَوعِهَا الذي طلبه البنك الأجنبي بحيث يتعهد البنك المحليُّ بأن يدفع بالعملة الأجنبية التي حدَّدها البنك الأجنبيُّ ،إلا أنه إذا إستحق خطاب الضمان وطالب المستفيد بقيمته فإن الوفاء يكون بالعملة الوطنية على أساس سعر التعادل الرَّسمي الذي يحدِّده البنك المركزي[3].

ثانيا:الخطابات الخارجية التي تصدر لصالح مستفيد غير مقيم.

يكون المستفيد غير مقيم إذا كان في الخارج وبهذا المعنى يكون المستفيد قد أحال عطاء على شخص مقيم في **الأردن** مثلا وطُلب منه أن يقدِّم خطاب ضمان لحُسن تنفيذ العملية أو لضمان الدفعة المقدَّمة مسبقا ،وهكذا يُصدر البنك المحلي الخطاب عكس الصورة التي قام بها عندما طلب إليه البنك الأجنبي أن يصدر خطاب ضمان أصدره أو قام نيابة عنه في إصداره .

---

[1] **محمود الكيلاني**،الموسوعة التجارية و المصرفية،عمليات البنوك،دراسة مقارنة،دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان، الأردن، المجلد4،ط1، 1430هـ-2009م،ص363.

[2] **محمود الكيلاني**، المرجع السابق ،ص363.

[3] **محمود الكيلاني**، نفس المرجع ،ص364.

وبهذه الصورة من الخطابات يطلب البنك المحلي من أحد البنوك الأجنبية في بلد المستفيد- **الإدارة المتعاقدة**-أن يصدر خطاب الضمان حسب شروط المستفيد المتفق عليها مع العميل-**المتعامل المتعاقد**-[1]،وعلى هذا الأساس لا يكون بوسع البنك الأجنبي إذا أصدر خطاب الضمان إلا الإلتزام بما تعهد به ويعود على البنك المحلي إذا وفَّى قيمة الخطاب[2].

الفرع الثالث:خطابات الضمان من حيث الغرض.

تكون الغاية من هذه الخطابات هي إلزام المُناقص بإبرام العقد إذا رست المناقصة عليه و الغاية من الضمان الإنتهائي هي إلزام المتعاقد بتنفيذ العقد دون تأخُّر و لا تخلُّفٍ ولا مخالفة [3]،وتنقسم إلى قسمين: خطابات ضمان إبتدائية﴿**البند الأول**﴾،وخطابات ضمان نهائية﴿**البند الثاني**﴾.

البند الأول:خطابات الضمان الإبتدائية.

وهذه العطاءات يُدرجها العميل بالعطاء أو العرض المقدم منه إلى الجهة المتعاقدة بهدف المشاركة في طلبات التعاقد التي أعلنت عنها الإدارة المتعاقدة﴿**أولا**﴾، كما أن لهذه الأنواع من الخطابات علاقة بالفساد في مجال الصفقات العمومية﴿**ثانيا**﴾.

أولا:الخطابات الإبتدائية المقدَّمة إلى الجهة المتعاقدة للمشاركة في طلبات التعاقد.

يدلُّ هذا النوع من الخطابات على جِدِّية المتقدم للعطاء بالإستمرار فيه وإجراء العقد وعدم الإنسحاب منه ويطلق عليه تسمية الإبتدائي لأنه يمثل نسبة ضئيلة من حجم المشروع ولأن مُقدِّمَه يستردُّه إذا أحيل العطاء على غيره ولأن الغرض منه ينتهي بمجرَّد إحالة العطاء على متعهد سواء أكان صاحب العطاء أو غيره[4] ، كما أن هذه الخطابات خاصة بالعطاءات و المناقصات كونها تمثل تعهدا يدلُّ على جِدِّية و إلتزام العميل برغبته في تنفيذ العطاء أو شراء المناقصة إذا رست عليه ووقَّع عقد العطاء مع الجهة الداعية للعطاء[5].

---

[1] تم إضافة الجملتين الإعتراضيتين من طرف الباحث **خالد خليفة** للتوضيح أكثر.

[2] **محمود الكيلاني**،المرجع السابق، ص364.

[3] **رفيق يونس المصري**،مناقصات العقود الإدارية،المرجع السابق، ص57.

[4] **محمد عثمان شبير**،المعاملات المالية المعاصرة ،دار النفائس،عمان ، الأردن،ط6، 1427هـ-2007م،ص295.

[5] **محمد محمود العجلوني**،البنوك الإسلامية،دار المسيرة للنشر و التوزيع والطباعة،عمان،الأردن،ط2،1431هـ-2010م، ص301.

ونتيجة لما سبق فإنَّه يُستبعد العرض الغير مصحوب بكفالة دخول المناقصة ويعتبر عرضا غير جِدِّيٍّ ،كما يحقُّ للجهة صاحبة المناقصة مصادرة هذا الضمان وإدخاله في خزينة الدولة إذا سحب العرض قبل ميعاد البتِّ في المناقصة وذلك دون اللجوء إلى القضاء[1].

وتسمىَّ كذلك بكفالة دخول العطاء بحيث تكون في عقود المناقصات و تدل على مصداقية المقاول و المقدِّم للعطاء وإلتزامه بشروط العطاء المعلن عنها وتُردُّ لكل شخص دخل في العطاء ولم يرسو عليه العطاء[2].

وبما أنه مرتبط بمرحلة الإبرام وتقديم الترشيحات يطلق على هذا النوع من خطابات الضمان في مجال العقود الإدارية تسمية كفالات التعهد **les cautions de soumission**.

فإذا إنسحب مقدم العطاء من العملية قبل الميعاد المحدد لجلسة فتح المظاريف الفنية يصبح التأمين المؤقت المؤدَّى حقًّا للجهة الإدارية دون حاجة إلى إنذار إو الإلتجاء إلى القضاء أو إتخاذ أي إجراءات أو إقامة الدليل على حصول ضرر[3].

ويجب رد التأمين المؤقت في الوقت المحدد وكل تأخير في ذلك يخول المتعاقد الحصول على مصاريف تجديد خطابات الضمان وتكلفة التمويل أو الفائدة المستحقة عن فترة التأخير في الرد وفقا لسعر الإئتمان و الخصم المعلن من البنك المركزي ، ويحال المتسبب في تأخير رد قيمة خطاب الضمان الإبتدائي على التحقيق مع تحميله المصاريف التي تتكبدها الإدارة إذا ما دفعت فوائد تأخيرية إلى المتعاقد الذي لم يتسلَّم قيمة خطاب ضمانه في الوقت المناسب[4].

---

[1] المادة 13 فقرة 01، قانون رقم 18 لسنة 2018 ، المؤرخ في 21-صفر-1440هـ، الموافق لـ 30-أكتوبر-2018، المتضمن تعديل قانون تنظيم المناقصات والمزايدات القطري رقم 24 لسنة 2015م،المادة 38،قانون رقم لسنة 2014 ،المعدل سنة2018.

القانون المؤرخ في12-جمادى الثانية-1435هـ،الموافق لـ 02-أفريل-2014م،المتعلق بالشراء العام الفلسطيني،الجريدة الرسمية العدد110،المؤرخة في 28-ماي-2014م الوقائع الفلسطينية،**رفيق يونس المصري**، مناقصات العقود الإدارية، المرجع السابق،ص55.

[2] **محمود فياض**،عقود البناء و المقاولات الصغيرة في فلسطين بين قصور النظرية وإشكالات التطبيق، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية لفلسطين، بدعم من برنامج الأمم المتحدة الإنمائي لفلسطين المحتلة، ص52.

[3] المادة22، فقرة 2،القانون المصري المتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة2018.

[4] المادة22،فقرة 4،القانون المصري المتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة2018.

وفي حالة عدم قيام المتعاقد بتكملة التأمين المؤقت يكون للإدارة أن تفسخ الصفقة مع مصادرة التأمين المؤقت أو تقوم بتنفيذ العقد على حساب المتعاقد[1].

ثانيا:علاقة خطاب الضمان الإبتدائي بالفساد في مجال الصفقات العمومية.

يتطرَّق العديد من المختصين إلى خطابات الضمان الإبتدائية من حيث أهميتها في جِدِّية المترشحين لابرام عقود إدراية ولكن بالمقابل من ذلك فإن لهذا النوع من الخطابات أهمية بالغة من حيث مكافحة الفساد في مجال الشراء العمومي وبالأخص فيما يتعلَّق بخرق مبدأ المساواة أثناء مرحلة الإبرام إذ يَتَحَايَلُ بعض المترشحين بتواطؤ مع بعض الموظفين في البنوك و الموظفين في الإدارات و المؤسسات العمومية فيقوم المَوظَّف المكلَّف بتسيير الطلب العمومي بتسريبِ معلومات مهمة بخصوص مبلغ خطابات الضمان الإبتدائية ،فنفرض أنَّ المتعامل المتعاقد **عمر** حسابه البنكي مفتوح لدى بنك يشتغل فيه **زيد**، فيتَّصل منافس **عمر** إسمه **أحمد** بطريقة مباشرة أو غير مباشرة مع **زيد** موظف البنك ويطلب منه معلومة إمتيازية عن نسبة خطاب الضمان الذي أصدره **عمر** ، وهو يعلم أن هذه النسبة لها علاقة وطيدة بالمبلغ الذي سيقدمه **عمر** في المناقصة، وبطريقة بسيطة يستطيع أن يستنتج المبلغ الذي سيقدِّمه **عمر** بحيث يقارنه مع قيمة خطاب الضمان ، فيخفِّضُ **زيد** من مبلغه ليكون أقل من مبلغ **عمر** ليفوز بالمناقصة.

و للتوضيح أكثر:

نفرض أن القانون يشترط أن تكون قيمة خطاب الضمان ما بيْنَ **1%** كحدٍّ أدنَى ، و **5%** كحدٍّ أقصى من العرض الذي يقدمه المترشح ، فإذا كان عرض **عمر** يساوي **20** مليون دولار، فإنه قد يطلب إصدار خطاب الضمان بالنسبة الدنيا **1%** طبقا لدفتر شروط الإدارة ، وبالتالي فإن قيمة هذا الخطاب ستكون**20.000** دولار، فيطلب **عمر** من البنك إصدار خطاب ضمان بقيمة**20.000** دولار، فيأتي **زيد** ويَستَفسِرُ كما أشرنا سابقا عن مبلغ خطاب الضمان الذي أصدره البنك لصالح **عمر**، فإذا أخبره الموظف – **أحمد**– أن قيمة خطاب الضمان الذي أصدره البنك **لعمر** هي**20.000** دولار، فيستطيع **زيد** بمعادلة بسيطة أن يَحسب قيمة عرض **عمر** ، فَيُقَدِّمُ **زيد** عرض أقل مقارنة **بعمر** كأن يقدِّم مبلغا يقدّرُ بـ: **19.999**دولار.

لذلك يَنصَحُ بعض المختصِّين في مجال الشراء العمومي أن يقوم المترشح بتضخيم قيمة خطاب الضمان ،وإذا حاولت أي شركة أن تخمِّن سِعرَكَ فهذا جدُّ صعب، فإن كان القانون مثلا يشترط أن تكون قيمة

[1] **مازن ليلو راضي**،العقود الإدارية،درا الجامعة الجديدة،مصر،2013،ص116.

خطاب الضمان كحد أدنى **3%** من قيمة العطاء ، فلا مانع أن يقدِّم المتعهد خطاب ضمان أكثر من**3%** لأنه إذا كانت هناك شركة أو مؤسسة منافسة سوف يتذبذب تخمينها في قيمة عطائك[1].

وفي نفس السِّياق المتعلِّق بأهمية خطاب الضمان في تكريس مبدأ المساواة في معاملة المترشحين في مجال الصفقات العمومية **يرى ديوان المحاسبة اللبناني** أن دفتر الشروط و الأحكام العامة يُطبَّق عادة في كل مالم ينص عليه دفتر الشروط الخاص بالصفقة بحيث أن الأولوية في التطبيق تكون لأحكام دفتر الشروط الخاص بالصفقة، وبما أنه إستنادا لما تقدَّم يمكن للإدراة حفاظا على سرية الأسعار أن تُضمِّن دفاتر الشروط الخاصة بالصفقات نصًّا يقضي إما بتحديد الكفالة المؤقتة بمبلغ مقطوع بحيث لا تُستنتج منه أسعار العارضين[2].

وفي نفس الصدد المتعلق بأهمية خطاب الضمان الإبتدائي في مكافحة الفساد في مجال العقود الإدارية لنفرض أن القانون **يشترط وجوبا** تقديم خطاب ضمان إبتدائي في العرض الخاص بالمترشح وعليه فإن كل إغفال لهذا الشرط المتمثل في ضرورة تقديم خطاب ضمان إبتدائي في مرحلة الإبرام يترتب عنه رفض العرض المقدَّم طبقا لمبدأ المساواة في معاملة المترشحين في مجال الصفقات العمومية، ذلك أن خطاب الضمان في مجال العقود الإدارية سبب في رفض عروض وعطاءات المترشحين إذا لم يقدموه خلال مرحلة إبرام العقد الإداري[3].

لكن بالرغم من هذا يقوم الموظف بقُبول العَرض وتقييمه وقد يمنح الصفقة لصاحب هذا العرض الذي لا يتضمن خطاب ضمان إبتدائي،الأمر الذي يعدُّ جريمةً في إطار قانون مكافحة الفساد في مجال الطلب العمومي ،لأن ذلك يعتبر خرقًا وعدم إحترام لمبدأ المساواة في معاملة المترشحين في مجال الصفقات العمومية ،والذي يعتبر من أهم المبادئ المنظمة للطلب العمومي.

و قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية أن قبول العرض من أحد المرشحين دون تقديم خطاب ضمان إبتدائي هو مساس بالمساواة بين المترشحين جميعا لإبرام عقد إداري حيث تقول في ذلك :

﴿... إذ في قبول عطاء غير مصحوب بالتأمين المؤقت إخلال بمبدأ المساواة بين أصحاب العطاءات﴾[4].

---

[1] **محمد الطاهر حميمي**،إدارة المناقصات العمومية والخاصة، دار هومة ، الجزائر، 2016، ص75.

[2] رأي ديوان المحاسبة اللبناني رقم 1997/49 على إرسالية المدير العام لقوى الأمن الداخلي رقم 1031/204 بتاريخ 1-جويلية-1997، ص2.

[3] رأي إستشاري لديوان المحاسبة اللبناني رقم 1997/49،نفس المرجع،ص2.

[4] أشار إليه **ماجد راغب الحلو**،العقود الإدارية،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،مصر،2013،ص114.

وهو ما أكدته كذلك محكمة الإستئناف بدولة الكويت :﴿ ... إذ في قبول عطاء غير مصحوب بالتأمين المؤقت على النحو المقرر قانونا إخلال بمبدأ المساواة بين أصحاب العطاءات ﴾[1].

وفي نظرنا المتواضع أن مثل هذه الممارسات إذا كانت وفقا لأحكام القضاء الإداري تشكل خرقا لمبدأ المساواة ،فإذا ما عُرضت مثل هكذا تصرفات على القاضي الجزائي فقد يُكَيِّفُهَا على أساس جريمة فساد بإمتياز، وبالأخص قد يعتبرها جريمة محاباة في مجال الصفقات العمومية هذا إن كانت دون مقابل أما إن كانت بمقابل فقد تؤول إلى جريمة رشوة .

البند الثاني: خطابات الضمان النهائية.

بإنتهاء المرحلة الأولى من تقديم العروض و العطاءات يتم إسناد العقد إلى أحد المترشحين ، فبذلك يكون خطاب الضمان الإبتدائي قد فقد مفعوله لأننا أصبحنا أمام وضعية قانونية جديدة وهي منح الصفقة و الإنطلاق في تنفيذها.

وهو ما يفرض على من مُنحت إليه هذه الصفقة أن يُقدِّم خطاب ضمان من نوع آخر يسمَّى بخطاب الضمان النهائي لمختلف الوضعيات المرتبطة بمرحلة التنفيذ.

سواء تعلق هذا الخطاب النهائي بحسن تنفيذ العقد﴿**أولا**﴾ ، أو بِرَدِّ الدُفعات و التسبيقات التي يمكن أن يتحصَّل عليها من مُنحت له الصفقة قبل أن ينطلق في إنجاز وتنفيذ موضع العقد المتَّفق عليه﴿**ثانيا**﴾ ،أو يكون هذا الخطاب النهائي مرتبطا بالمسؤولية العشرية التي تُلزمه بأن يبقى ضامن لكل عطب أو ضرر يمكن أن يتعرَّض له العمل الذي قام بتنفيذه وذلك لمدة 10 سنوات من تاريخ الإستلام النهائي﴿**ثالثا**﴾، كما أنه لخطابات الضمان النهائية علاقة كذلك بالفساد في مجال الصفقات العمومية﴿**رابعا**﴾.

أولا:خطابات نهائية لحسن التنفيذ les cautions de bonne exécution.

ترتبط هذه الخطابات بتعهُد المتعامل المتعاقد مع الإدارة المتعاقدة الذي مُنِحت إليه الصفقة أن يقوم بتنفيذ موضوع العقد على أكمل وجه ممكن ويعمل على أن يُحسن تنفيذه وفقًا لما تضمنه دفتر الشروط الذي أعدَّته الإدارة المتعاقدة.

[1] أشار إليه **أحمد منصور أحمد علي**،المشكلات العملية في المناقصات و المزايدات،وزارة الثقافة والفنون والتراث، الدوحة، قطر،ط1،2004،ص397.

فكلُّ إخلال بإحدى هذه الشروط يستوجب مصادرة هذا الخطاب دون المساس بالإجراءات الأخرى التي يمكن أن تتبعها الإدارة إذا كان مثلا الضرر الذي أصابها أكبر من قيمة خطاب ضمان حسن التنفيذ، لذلك يعتبر هذا الخطاب إحدى صور خطابات الضمان النهائية،لأن الكفالة النهائية هي الكفالة التي يجب تقديمها لضمان حسن قيام الملتزم بتنفيذ تعهداته[1].

كما أن هذه الكفالات خاصة بحسن تنفيذ العملاء للمشروعات التي يقومون بها وحتى تتأكد الجهة صاحبة المشروع من حسن التنفيذ حسب مواصفات العقد تطلب خطاب ضمان مصرفي بنسبة معينة من قيمة المشروع وينتهي الخطاب بإستلام المشروع من قبل أصحابه[2].

ويمكن إعفاء بض المتعاقدين من تقديمها خاصة إذا كان المورد أو المقاول من القطاع العام أو الخاص، ومن ذلك مثلا إعفاء شركة سونلغاز الجزائرية الخاصة بإنتاج وتوصيل الكهرباء والغاز [3].

وفي مصر كذلك نجد بعض الإعفاءات من تقديم خطابات الضمان النهائية بحيث يتم إعفاء المؤسسات الصغيرة و المتناهية الصِّغر من نصف المبلغ:

﴿ تعفى المؤسسات الصغيرة و متناهية الصغر من نصف التأمين الإبتدائي ومن نصف التأمين النهائي إذا كان المنتج الصناعي محل التعاقد مستوفيا نسبة المكوِّن الصناعي المصري...﴾[4].

في حين يمكن وفقا للقانون القطري الإعفاء الكلي من تقديم خطابات الضمان الإبتدائية والنهائية وذلك بموجب تعهد صادر عن بنك قطر للتنمية[5].

كما يمكن كذلك عدم المطالبة بتقديم ضمان نهائي بالنسبة لبعض صفقات الخدمات أو التزود بمواد إذا كانت ظروف إبرام الصفقة أو طبيعتها تُبَرِّرُ ذلك بعد موافقة لجنة مراقبة الصفقات العمومية ذات النظر[6].

ويمكن الإعفاء من تقديم خطاب ضمان نهائي –حسن التنفيذ– في الصفقات الآتية[1]:

---

[1] رأي ديوان المحاسبة اللبناني رقم 59 ، المؤرخ في 6-جويلية-2011،ص3.

[2] **محمد محمد العجلوني**، المرجع السابق، ص301.

[3] قرار وزاري مشترك المؤرخ في 11-جويلية-2005،الجريدة الرسمية الجزائرية،العدد65 المؤرخة في21-سبتمبر-2005 يحدد القواعد الخاصة المطبقة على التموين والربط بالغاز و الكهرباء.

[4] قرار رئيس الجمهورية المصري رقم 5 لسنة 2015 بشأن تفضيل المنتجات المصرية في العقود الحكومية.

[5] المادة 14، قانون رقم 24لسنة 2015،المتضمن قانون تنظيم المناقصات و المزايدات القطري المعدَّل.

[6] الفصل105،فقرة 2،من الأمر عدد 1039 لسنة 2014،المؤرخ في 13-مارس-2014،يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية التونسية المؤرخة في 18-مارس-2014، المعدَّل.

- ✓ صفقات الدراسات و الخدمات المتعلقة بتأجير القدرات أو الترددات الساتيلية.
- ✓ صفقات الدراسات والخدمات المتعلقة بالبث المباشر وبواسطى الساتل.
- ✓ الصفقات المتعلقة بالتوزيع و المساهمة عبر الساتل.
- ✓ صفقات الخدمات المتعلقة بالبث بواسطة الموجات القصيرة.
- ✓ صفقات الخدمات المتعلقة بالتكوين لا سيما في تقنيات الرقمنة.
- ✓ صفقات الدراسات و الخدمات المتعلقة بالتحيين الدائم للتراخيص المضادة لفيروس الإعلام الآلي التابعة للوزرات و المؤسسات تحت الوصاية.
- ✓ صفقات الدراسات و الخدمات المتعلقة بصيانة ودعم أمن شبكة الإعلام الآلي للقطاع – شبكة الأنترنات–.
- ✓ صفقات الخدمات المتعلقة بتجديد الإشتراك السنوي في نظام التدفق العالي للأنترنت **ADSL** و **SHADSL** للربط بالشبكة الداخلية و الأنترنات.
- ✓ صفقات الدراسات و الخدمات المتعلقة بتطوير البرمجيات لتلبية الإحتياجات الخاصة.

ويمكن للإدراة المتعاقدة أن تطلب من مُصدر خطاب الضمان النهائي تسييله و إستفادتها منه جزاء وعقابا لإخلال المتعامل المتعاقد معها بإلتزاماته التعاقدية،ولا يحق للبنك الإمتناع عن السداد إذا ما طلبت منه الإدارة ذلك ، فهذه الضمانات هي عمليات منفصلة عن العقد،وذلك إستناد إلى القواعد الموحدة لخطابات الضمان التي تدفع عند أول طلب الصادرة عن **الغرفة التجارية الدولية في باريس**[2].

وقضت محكمة إستئناف **باريس** بعبارات واضحة صريحة تقضي بإستقلال إلتزام البنك وقالت:

﴿...أنه في الضمان عند أول طلب لا يستطيع بنك باريس الوطني أن يرفض السَّداد أثناء مدة صلاحية العروض وليس في وِسعه الإحتجاج بالدفع المستمد من عدم صلاحية أو عدم تنفيذ العقد الذي بين الآمر والمستفيد﴾[3].

---

[1] قرار وزاري مشترك بين وزيرَي المالية و الإعلام،المؤرخ في 29–نوفمبر–2014، الجريدة الرسمية الجزائرية،العدد 05المؤرخة في 8–سبتمبر–2015 ، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من كفالة حسن التنفيذ.

[2] **أحمد غنيم**،خطابات الضمان،إطار متكامل نظريا وعمليا وقانونيا،**دار**النهضة العربية،القاهرة ،مصر،ط1،2004، ص82.

[3] **أمقران راضية** ،خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، كلية الحقوق،جامعة الجزائر–1–، الجزائر، رسالة دكتوراه، 2013–2014م،ص37.

كما يمكن للإدراة المتعاقدة إدراج بند في الصفقة العمومية ينص على إلتزام المتعاقد معها بضمان خدمة ما بعد البيع خاصة عي عقود التوريد ،فيكون المتعاقد مسئولا عن أية عيوب تظهر في الأصناف أو مقاولات الأعمال أو الخدمات موضوع العقد بعد الإستلام النهائي إذا تبيَّن للجهة الحكومية أن عدم إكتشاف هذه العيوب عند الإستلام كان نتيجة الغش من المتعاقد أو لكونها عيوبا خفيَّةً أو لعيبٍ في التصنيع[1]، وهو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي ، ومن ذلك مثلا إلزام المتعاقد بضمان العيوب الخفية تطبيقا لأحكام القانون المدني[2].

ثانيا:خطابات نهائية لإسترداد التسبيقات.

تلجأ الإدارة إلى تقديم تسبيقات ودفعات إلى المتعاملين المتعاقدين قبل البدء في تنفيذ الأشغال رغم أن هذه التسبيقات تخالف في حدِّ ذاتها مبدأ الدفع بعد الخدمة المؤدَّاة[3]، ومعنى مبدأ الخدمة المؤداة هو عدم تلقِّي المقابل المالي لأي عملية إلا بعد تنفيذها .

إلا أن جُمود هذه القاعدة سوف يؤدِّي إلى إحجام المورِّدين عن التعاقد مع الإدارة و على وجه الخصوص في المشاريع و التعاقدات الكبيرة والتي تستنفذُ أموالا طائلة لأنها تؤدي إلى تجميد جزء كبير من رأس مال المورد و لفترة زمنية طويلة .

ومن جانب آخر قد يقبَل المورد بالدَّفع اللاحق بعد تنفيذه لإلتزاماته، و لكنه لا يجد أمامه سبيل إلا اللجوء إلى الإقتراض من البنوك حتى يتمكن من الوفاء بإلتزاماته العقدية ومن ثم يُرَاعي قيمة الفوائد البنكية – أي إحتساب وإدراج قيمة الفوائد البنكية ضمن عرض المتعهد–، وبذلك تكون الإدارة قد حصلت على السِّلع و الأصناف المتعاقد عليها ولكن في ظل أسعار غير حقيقية ومن ثم تهدر أموالا طائلة على الخزينة العامة[4].

---

[1] المادة 77، قرار مجلس الوزراء رقم 16 لسنة 2019، المتضمن اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات و المزايدات القطري.

[2]**CE, Société FPT Powertrain et autres, n°416535** ,jeudi, le 07-juin-2018 : « Les régles résultant des articles 1641et 1649 du code civil relatifs à la garantie des vices cachés sont applicables à un marchés public de fourniture».

[3]Circulaire interministérielle n^{0}1006399 du 10/9/2010 portant contrôle de l'égalité des actes des collectivités territoriales et de leurrs établissement publics en matière de commande public, France :
«Les avances sont des versements éffectués aux titulaires avant le début d'exécution des marchés, elles dérogent par la même au principe du paiement àprés service-fait ».

[4]**هاني عبد الرحمن إسماعيل**، النظام القانون لعقد التوريد الإداري–دراسة مقارنة–، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،مصر 2012 ، ص1083–1084.

ويُعرَّف التَّسبيق بأنه: «المبلغ المالي المدفوع قَبلَ تنفيذ الخدمات التي يشملها العقد ودون مقابل مالي للأداء الفعلي للخدمة»[1].

ويقدَّم التَّسبيق مقابل خطابات ضمان يقدِّمها المتعامل المتعاقد إلى الإدارة المتعاقدة،والتي تسمَّى عادة بـ: **les cautions de restitution d'avances**، ولا يجوز منح هذه التسبيقات دون تقديم الخطاب وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية :﴿ إن صرف الدفعات المقدمة تحت الحساب مقابل تقديم خطاب ضمان بنكي ورد في القانون بصيغة آمرة وأثر ذلك تعلقها بالنظام العام وعدم تجاوزها الإتفاق على مخالفتها في إتفاق أو عقد منفصل﴾[2].

و تختلف عملية صرف هذه الدفعات سواء من حيث القيمة المحددة للتسبيقات أو شروط وإجراءات ذلك فيشترط مثلا القانون الفرنسي للطلب العمومي على المشتري العمومي لكي يمنح تسبيقا ماليا للمتعاقد معه أن يكون مبلغ الصفقة أكثر من 50000 أورو خارج الرسوم ، أو إذا كان أجل التنفيذ أكبر من شهرين[3].

وفي حالة ما إذا كانت فترة الصفقة أقل أو تساوي 12 شهرا يحدد مبلغ التسبيق ما بين5 % و 30 %من المبلغ الأصلي للصفقة مع إحتساب كل الرسوم.

وإذا كانت فترة الصفقة أكبر من 12 شهرا يحدَّدُ مبلغ التسبيق مابين 5% و 30% من مبلغ يساوي 12 مرة المبلغ الأصلي للصفقة مع إحتساب كل الرسوم على أن يُقسم هذا التسبيق على فترة الصفقة ويمنح شهريا[4].

في حين نجد مثلا أن القانون اللبناني نصَّ على أن قيمة السلفة يجب أن لا تتعدى 25 من قيمة الصفقة على أن لا تتجاوز في أي حال 30.000.000 ليرة لبناني ، ويمكن عند الاقتضاء النص على غير ذلك بموجب قرار من مجلس الوزراء[5].

---

[1] **مجمع كوسيدار**،إجراءات إبرام الطلبيات، الجزائر،جويلية 2013، ص58.

[2] **نقلا عن هاني عبد الرحمن إسماعيل**، المرجع السابق،ص 1106.

[3] **Article** R2191-alinéa 3, code la commande publique français,2019 :« L'acheteur accorde une avance au titulaire d'un marché lorsque le montant initial du marché est supérieur à 50 000 euros hors taxes et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois».

[4] **Article** R2191-alinéa 7, code la commande publique français,2019 :« Lorsque la durée du marché est inférieure ou égale à douze mois, le montant de l'avance est fixé entre 5 % et 30 % du montant initial toutes taxes comprises du marché. Lorsque la durée du marché est supérieure à douze mois, le montant de l'avance est fixé entre 5 % et 30 % d'une somme égale à douze fois le montant initial toutes taxes comprises du marché divisé par sa durée exprimée en mois.».

[5] المادة 136، مرسوم رقم 14969 المؤرَّخ في 30–ديسمبر–1943، المتضمن قانون المحاسبة اللبناني المعدل.

ثالثا:خطابات نهائية للضمان العشريla garantie décennale.

ومن خلال هذا النوع من خطابات الضمان في مجال العقود الإدارية يكون المقاول ملتزما بتأمين الضرر المتعلق بالمشروع ،و يغطِّي هذا التأمين الإختلالات- العيوب- ويمتدُّ هذا التأمين إلى غاية 10 سنوات[1].

وجدير بالذكر أن هذا النوع من الضمان قد تضمنه القانون المدني الفرنسي القديم والجديد، غير أنه في ظل القانون الجديد تم صياغته بشكل أفضل من خلال نص المادة1792 ، وذلك بعد أن قام المهندس **Andrieu Spinetta** المولود في 05-أكتوبر-1804 و المتوفي في 12-جوان-1998 بصياغة هذه المادة ، لذلك تم تسمية القانون المتضمن لهذه المادة بقانون Spinetta وهو القانون المتعلق بالمسؤولية والتأمين في مجال البناء[2].

ولقد إعتمد القانون المدني المصري هذا النوع من الضمان من خلال المادة 651 ، وهو ما نصَّ عليه كذلك القانون المدني الجزائري من خلال مادته 454 .

و يبدأ حساب هذه المدة من تسلُّم العمل نهائيا ،وبذلك فإن المتعامل المتعاقد مع الإدارة يضمن تلك الأشغال التي أنجزها لمدة 10 سنوات من تاريخ الإستلام النهائي للمشروع فنفرض مثلا أن مقاولا سلَّم المشروع بتاريخ 30-مارس-2020 إلى الإدارة المتعاقدة ، فإنه إلى غاية 30-أفريل-2020 نكون أمام الإستلام المؤقت للمشروع، ومن هذا التاريخ أي 30-أفريل-2020 نبدأ في حساب الضمان العشري أي إلى غاية 30-أفريل-2031" 10 سنوات" يبقى هذا الأخير ضامنا للعيوب التي يمكن أن تطرأ على هذا المشروع نتيجة لعمله، فإذا ما ظهر عيب في هذا المشروع يمكن للإدارة تطلب من المقاول إصلاحه ، أو تقوم بالإقتطاع من قيمة خطاب الضمان العشري لإصلاح الضرر الناتج عن هذه الشائبة في البناء .

ولا يقتصر العيب الذي يمكن أن يطرأ على المشروع على التهدُّم مثلاً بل يمتدُّ إلى ما يوجد في المباني و المنشآت من عيوب من شأنها أن تؤدي إلى تهديم المباني وتهدِّدُ مَتَانَةَ البناء وسلامته، وفي ذلك تقول محمكة التمييز الأردنية:﴿ إذا ثبت للمحكمة أن المخطط الذي صمَّمه المهندس كان معيبًا وأنَّ البِنَاءَ الذي شيَّده المقاول لتنفيذ المخطط المذكور كان معيبا أيضا لدرجة يتعذَّر إصلاحه فإن المهندس المصمِّم يكون مسؤولا بالتعويض ويكون المقاول مسؤولا عن التعويض أيضا﴾[3].

---

[1]Marché public de travaux ,comment répondre, sur le site www.marches publics.com ,consulté le 25- août -2020 ,p3. « L'entrepreneur a l'obligation d'être assurer par une dommage ouvrage, cette assurance covre lés désordres et elle a une durée de dix ans».

[2] La loi de **Spinetta**, jo, du 5-Janvier-1978.

[3] قرار محكمة التمييز الأردنية 454سنة 1987، نقلا عن محمود فياض، المرجع السابق ص 52.

رابعا:علاقة خطاب الضمان الإنتهائي بالفساد في مجال الصفقات العمومية.

يكتسي خطاب الضمان النهائي أهمية معتبرة هو الآخر في مجال مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية، فإذا إشترط القانون في مرحلة التنفيذ أن يقدِّم المتعاقد كفالةً أو خطاب ضمان لحسن التَّنفيذ ولم يُقدِّم المتعاقد مع الإدارة هذا الخطاب فقد يؤول الأمر إلى جريمة فساد سواء كانت جريمة محاباة أو جريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة إن كان بدون مقابل ، وإن كان بمقابل فقد يُعتبر جريمة رشوة في مجال العقود الإدارية، ونفس الحكم ينطبِقُ على خطاب الضمان المتعلق بإسترداد الدفوعات و التسبيقات، وكذا خطاب الضمان المتعلق بالضمان العشري.

الفرع الرابع:خطابات الضمان من حيث الغطاء.

تنقسم خطابات الضمان من حيث الغطاء في مجال الصفقات العمومية إلى خطابات ضمان مغطاة تغطية كاملة ﴿**البند الأول**﴾، وخطابات ضمان مغطاة تغطية جزئية﴿**البند الثاني**﴾، وخطابات ضمان غير مغطاة مطلقا﴿**البند الثالث**﴾، كما أنه يتم تغطية هذه الخطابات عن طريق التأمين النقدي أو التأمين العيني﴿**البند الرابع**﴾.

البند الأول:خطابات الضمان المغطاة تغطية كاملة.

وهي : خطابات ضمان تصدرها بعض البنوك لعملائها ممن ليس لديهم حسابات تجارية أو معاملات معروفة لدى المصرف ،ومن ثَمَّ يطلب هذا الأخير من العميل غطاءً مرتفعًا يصل إلى كامل قيمة الضمان خصوصًا إذا كان الخطاب غير محدد المدة[1].

ومثال ذلك أن يتقدم العميل إلى البنك من أجل إصدار خطاب ضمان ، ففي هاته الحالة فإن كانت قيمة هذا الخطاب تساوي مثلا 100 دولار فيتعيَّن أن يدفع العميل في حسابه البنكي لدى هذا البنك المُصدر لخطاب الضمان 100دولار كرصيد مساوي لقيمة خطاب الضمان الذي يطلبه العميل فرصيد العميل= 100 دولار، وقد يكون كذلك أكبر من 100دولار،فالمهمُّ أنَّ رصيده يغطِّي تغطيةً كاملةً لقيمة خطاب الضمان ،وتُودع هذه المبالغ في حساب خاص يسمَّى – **إحتياطي خطاب الضمان**– ولا يُمنع العميل من التصرف فيه حتى ينتهيَ إلتزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان[2].

---

[1] **إبراهيم رحماني**، المرجع السابق، ص424.

[2] **وهبة الزحيلي** ، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة ، المرجع السابق ،ص 469.

البند الثاني:خطابات الضمان المغطاة تغطية جزئية:

في هذه الحالة يطلب العميل من البنك إصدار خطاب ضمان ،لكن في المقابل من ذلك فإن رصيده أقل مقارنة بالقيمة الكلِّية لخطاب الضمان المُزمع إصداره، بمعنى أن رصيد العميل يكون وفق مايلي:

100دولار >**رصيد العميل** >0دولار.

البند الثالث:خطابات الضمان غير المغطاة مطلقا.

في هذه الحالة يطلب العميل من البنك إصدار خطاب ضمان ،لكن في المقابل من ذلك فإن رصيده معدوم مقارنة بالقيمة الكلية لخطاب الضمان.

فرصيد العميل =0 دولار.

البند الرابع:غطاء خطابات الضمان في مجال الصفقات العمومية.

يتم تغطية خطابات الضمان في مجال العقود الإدارية عادةً إمَّا عن طريق التأمين النقدي﴿**أولا**﴾ أو العيني﴿**ثانيا**﴾ [1].

أولا:التأمين النقدي:

وذلك بأن يُقَدِّمَ العميلُ للمصرف مبلغًا نقديًا يعادل قيمة خطاب الضمان الذي يصدره أو جزء من القيمة،و ومن ذلك مثلا إشتراط أن يكون التأمين النقدي لا يقل عن 15% من إجمالي مبلغ خطاب الضمان[2].

ثانيا:التأمين العيني:

وذلك بأن يَرهَن العميل لدى المصرف أصلا من الأصول المالية تغطيةً لقيمة خطاب الضمان الذي يُصدره له المصرف ومن صور الغطاء العيني مايلي:

❖تغطية خطاب الضمان عن طريق الأوراق المالية.

وقد تكون هذه الأوراق في صورة أسهم أو سَنداتٍ ويحقُّ للمصرف بيعها وإقتطاع قيمة خطاب الضمان إذا قام بدفعه للمستفيد، وذلك إذا لم يقم العميل بسداد قيمة خطاب الضمان.

❖تغطية خطاب الضمان عن طريق الأوراق التجارية.

---

[1] **أحمد حسن بن أحمد الحسين**، المرجع السابق ، ص11.

[2] قرار وزير التخطيط العراقي، رقم 2010/4، المؤرخ في 16-جانفي- 2010بشأن خطابات الضمان.

ويقوم العميل بتظهيرها تظهيرا تأمينيا ، بمعنى أنَّه يحقُّ للمصرف الحصول على قيمتها عند حلول موعدِ إستحقاقها إذا قام المصرف أيضًا بدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد ولم يقم العميل بسداد قيمة خطاب الضمان.

❖تغطية خطاب الضمان عن طريق التنازل عن الحقوق الناشئة.

في هذه الحالة يتنازل العميل عن حقوقه الناشئة من العملية المطلوب بخصوصها الضمان ، كأن يتنازل العميل عن الفوائد التأخيرية التي يمكن أن تنصب عن عدم قيام الإدارة المتعاقدة بردِّ مبلغ خطاب الضمان الذي قدمه المتعاقد.

فنجد مثلا القانون الفرنسي المنظم للصفقات العمومية يسمح للمتعاقد مع الإدارة بحصوله على تعويضات وفوائد تأخيرية في حالة ما إذا تأخرت الإدارة المتعاقدة في إرجاع مبلغ خطاب الضمان دون مبرر قانوني، وفي نفس السياق فإن القانون المصري الجديد المنظم للطلب العمومي نص صراحة على أن مثل هذه الفوائد يتم دفعها من طرف الموظف المتسبب في التأخير وقد يكون ذلك ربَّما حِفاظا على المال العام من جهة وعقابا لبعض الموظفين الذين يتسببون في خسائر مالية للدولة.

المطلب الثالث: مسألة رفض البنك تسييل قيمة خطاب الضمان.

من بين أهم الإشكالات العملية لخطابات الضمان في مجال العقود الإدارية مسألة رفض البنك تسييل قيمة خطاب الضمان لصالح الإدارة المتعاقدة.

وهو ما ترتَّب عليه منازعات بين الإدارة و البنك [1]،الأمر الذي أدَّى إلى تدخل القضاء في العديد من الأحيان لبيرز موقفه من رفض البنك تسييل قيمة خطاب الضمان، ومن ذلك: موقف القضاء الفرنسي بخصوص رفض البنك تسييل قيمة خطاب الضمان﴿**الفرع الأول**﴾، موقف القضاء الإنجليزي﴿**الفرع**

[1] مراسلة البنك المركزي العراقي، رقم9، المؤرخة في 11-جانفي-2015، المتعلقة بخطابات الضمان، ص1، بتصرف: « بالنظر إلى ورود العديد من المطالبات من قبل الجهات المستفيدة – وزارات الدولة و الدوائر الأخرى- إلى هذا البنك بمصادرة مبالغ خطابات الضمان أو تمديدها ...وعليه تقرَّر قيامكم باللُّجوء إلى السلطات القضائية المختصة لإقامة الدعاوى المتعلقة برفض المصارف تسديد الإلتزامات التي تترتب عليها من جرَّاء إصدارها لخطابات الضمان للآمرين ، وعدم إقحام هذا البنك في المطالبات والمنازعات التي تحدث بينكم وبين المصارف ،وأن دور هذا البنك هو رقابة ومتابعة وتسديد هذه الإلتزامات إستنادا إلى القانون أعلاه».

الثاني﴾، موقف القضاء الألماني﴿**الفرع الثالث**﴾، موقف القضاء السويسري﴿**الفرع الرابع**﴾، موقف القضاء الهولندي﴿**الفرع الخامس**﴾، موقف القضاء المصري﴿**الفرع السادس**﴾.

الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسي من رفض البنك دفع قيمة خطاب الضمان.

ذهب القضاء الفرنسي بعيدًا بشأن الغِشِّ عندما قرَّر أنَّه متى إتضح أن الشركة المستفيدة من الخطاب لم تُسوِّ للشركة الآمرة في خطاب الضمان المبالغ المستحقة عليها بمقتضى شهادات إنتهاء الأعمال بنسبة 100% الصادرة منها وشهادات الوفاء المصدَّق عليها من المهندس و المشرف وإدارة الحسابات ، وأن الشركة المستفيدة طلبت من الشركة الآمرة أعمالا إضافية صدرت عنها فواتير لم تدفع من جانب المستفيد ولم تنازع فيها الشركة المستفيدة فان ذلك يعني في نظر المحكمة وبحقٍّ أن طلب الوفاء بخطاب الضمان يعدُّ عملا منطويا على غشٍّ[1].

كما أنَّ القضاء الفرنسي أقرَّ للعميل التمسُّك بالدفع لِمَظَنَّةِ الغِّشِّ ولم يتطلب إثبات حالة الغش الظاهرة وكذلك عندما أكد أن تواطؤ البنك الضامِنِ في الغش يؤخذ به بمجرد علمه بغش المستفيد ، و الغش هنا كما قرره القضاء الفرنسي يفترض من مجرَّد كون البنك والمستفيد يخضعان لرقابة واحدة أي أنهما جَزَائِرِيَّانِ[2] ، وأكدت محكمة النقض الفرنسية على أن المطالبة بقيمة خطاب الضمان ظاهرة التعسُّفِ والتي تكون المطالبة فيها ناتجة عن غشٍّ يُمكن أن تعتبر سببًا لرفض مقبول لدفع المصرف لهذ القيمة[3].

وإذا تم تسييل قيمة خطاب الضمان ثم تبيَّن وجود غش من المستفيد ، فإنه يمكن للبنك أن يسترد من المستفيد ما دفعه إليه متى ثبت أن هذا الأخير –المستفيد– لم يكن له حقٌّ فيما قبضه لأنَّهُ إستوفاه بطريق الغش ومن ذلك مثلا أن المستفيد سعى إلى تحقيق شروط تنفيذ الخطاب من خلال تقديم مستند كاذب على عدم تنفيذ الصفقة[4].

لكن فيما بعد إستقر القضاء الفرنسي على إستقلالية هذه الخطابات والإلتزامات،وإتجهت المحاكم الفرنسية نحو الإبتعاد عن فكرة الغِشِّ كأساس لمنع البنك من دفع قيمة الخطاب بإعتبار أنَّه لا يُتصوَّر صدور غشٍّ من المستفيد في علاقة البنك و العميل عندما إتَّفَقَا على إصدار خطاب الضمان .

---

[1] **جمال الدين عوض** ، المرجع السابق، ص 605.

[2] **محمود الكيلاني**،المرجع السابق،ص316.

[3] **أمقران راضية**،المرجع السابق،ص39.

[4] **جمال الدين عوض**، المرجع السابق،ص609.

ولجأت المحاكم الفرنسية إلى الإستعانة بفكرة التعسُّف الظَّاهِرِ في طلب قيمة خطاب الضمان ، وتقوم هذه الفكرة على أنَّ المستفيد ليس من حقِّه المطالبة بقيمة خطاب الضمان إذا كان مدينا للعميل الأمر بما يزيد عن قيمة هذا الخطاب ، وقضت محكمة باريس التِّجارية بمنع بَنكَينِ أَجنَبِيَينِ ضَامِنَينِ وبَنكًا **فِرنسِيًّا** من دفع قيمة الضمان تَأسِيسًا على أَنَّ المستفيد متعسِّف في طلبه[1].

الفرع الثاني:موقف القضاء الإنجليزي من رفض البنك دفع قيمة خطاب الضمان.

يعترف القضاء الإنجليزي بأنَّه يمكن للبنك رفض دفع قيمة خطاب الضمان في حالة وجود غش فقط ومن ذلك يقول اللُّورد **Denning** في قَضِيَّةٍ عُرِضَت أمام القضاء:

«إنَّ ضمان التنفيذ يعتبر في الواقع كالسَّند الإذني الذي يدفع لدى طلبه ومتى طالب المستفيد – الليبيُّ– بالوفاء فإن البنك يلتزم بدفع الضَّمان و عَمَلِيًّا يكون البنك في مركز يمكِّنه من معرفة ما إذا كان طلب المستفيد يقوم أو لا يقوم على الغشِّ»[2].

ويمكن إستثناءً على مبدأ وجود الغش تطبيق مبدأ وجود تعسُّف كما أقرَّته محكمة إستئناف لندن بتأييدها مبدأ رفض السَّداد من قبَل البنك الضامن وقالت في ذلك:

« إن القاضي يستطيع منع البنك من سداد قيمة الضمان إذا إتَّضَحَ له أنَّ هذا السداد تعسفيٌّ ،ويستطيع كذلك إلغاء قرار الإمتناع عن السداد إذا ثبت أنه لا يوجد تعسف في طلب السداد»[3].

وعليه فإن إنطواء مطالبة المستفيد على غش أو تعسُّفٍ ظاهر من جانبه يجعَلُ هذه المطالبة غير قانونية وغير مشروعة[4].

الفرع الثالث:موقف القضاء الألماني من رفض البنك دفع قيمة خطاب الضمان.

إتجه هذا القضاء على نفس إتجاه القضاء الإنجليزي بحيث أكَّد على إستقلال خطاب الضمان و الإلتزام الذي نشأ عنه ،وقضت المحكمة العليا الإتحادية بذلك قائلة:

« على البنك الضَّامن السداد بمجرد طلب المستفيد نظرا لأن الضمان مستقلٌّ عن العقد الأساسيِّ ، إلا في حالة التدليس مع إحترام حسن النِّيَّةِ»[1].

---

[1] **محمود الكيلاني**،المرجع السابق،ص318.

[2] **محمود الكيلاني**، المرجع السابق ،ص319.

[3] **محمود الكيلاني**، نفس المرجع ،ص320.

[4] **بن بابوش فاطنة**،المرجع السابق،ص176.

الفرع الرابع:موقف القضاء السويسري من رفض البنك دفع قيمة خطاب الضمان.

أقرَّ القضاء السويسريُّ ضرورة السَّداد بمجرَّد طلب المستفيد وعلى الضامن أن يحترم إستقلال الضَّمان ، إلا أنَّ هذا القضاء في أحكام أخرى أوقف صرف خطاب الضمان في حالة وحيدة تقوم على تعسُّف المستفيد من خطاب الضمان ، وتتلخص وقائع هذه الدعوى في:

«إشترت المؤسسة العامة السورية بضاعة بموجب عقد من شركة **Miranos** البَنَمِيَّةُ – دولة بنما– ومركزها جنيف وأصدر البنك التجاريُّ السوري خطاب ضمان حسن التنفيذ بناء على طلب البائع وكان هناك ضمان مقابل أصدره أحد البنوك السويسرية في جنيف .

وعند تفريغ البضاعة في ميناء **طرطوس** إدَّعت المؤسسة السويسرية أنَّ البضاعة غير مطابقة للمواصفات ،وتقدمت بدعوى أمام قضاء طرطوس وطلبت تعيين خبير كما تقدم إتحاد البنوك السويسرية بدعوى كذلك ، وبتاريخ 25–فيفري–1985 طالب البنك السوري البنك الضامن– إتحاد البنوك السويسرية– بدفع قيمة الضمان .

فقامت شركة **Miranos** برفع دعوى إلى القضاء السوسري فحصلت على حكم يمنع إتحاد البنوك السوسريةUBS[2] من دفع الضمان المقابل وبعد الطَّعن في الحكم من قِبَلِ المؤسسة السورية قضت المحكمة العليا السويسرية أن الطعن مقدم على غير أساس ،وذلك لسببين:

أحدهما أنَّ تقرير الخبير القضائي أثبت أنَّ العيوب التي شابت البضاعة كانت نسبتها أقلُّ من الحَدِّ الذي يتسامح فيه و المقرَّر بالعقد ،الأمر الذي يعني أنَّ المستفيد متعسِّفٌ في طلب الضمان المقابل»[3].

الفرع الخامس:موقف القضاء الهولندي من رفض البنك دفع قيمة خطاب الضمان.

تصدَّى القضاء الهولندي إلى مناقشة طبيعة إلتزام البنك في مواجهة المستفيد من خطاب الضمان وأقرَّ بصحة الإلتزام الناشئ عن خطاب الضمان وحق المستفيد في قيمته ولقد نحى القضاء الهولندي منحى القضاء الفرنسي حيث أدرج حالة الغش وأضاف فيما بعد حالة التعسُّف التي تُمكِّن البنك من الإمتناع عن الوفاء[1]، والجدير بالذكر أن هذا الغش هو في نظر البعض واقعة مادية بحيث يُوجب على البنك الإلتزام بالإمتناع عن الوفاء بمجرَّد إرتكابه [2].

---

[1] **محمود الكيلاني**،المرجع السابق،ص320.

[2] **يقصد بهذا الإختصار : مصرف إتحاد البنوك السويسرية، Union de Banques Suisses.**

[3] **محمود الكيلاني**،المرجع السابق،ص321–322.

الفرع السادس:موقف القضاء المصري من رفض البنك دفع قيمة خطاب الضمان.

من الحالات التي عالجها القضاء المصري بشأن رفض دفع قيمة خطاب الضمان مثلا القضية الآتية[3]:

قامت إحدى الجهات بطرح مناقصة لتوريد بعض إحتياجاتها وقد تقدَّم أحد المورِّدين بعطاءه مصحوبًا بخطاب ضمان إبتدائي.

وبعد فتح المظاريف قامت الجهة الإدارية بإرساء العملية على مقدم العطاء المذكور والذي تقدَّم للبنك بطلب إصدار خطاب ضمان نهائي لصالح الجهة الطارحة وذلك وفق شروط العقد المبرم بين المورِّد و الجهة الطارحة .

وبعد قيام البنك بالدراسات اللازمة قام بإصدار خطاب الضمان النهائي في إطار تسهيلات إئتمانية وتم إسترداد خطاب الضمان الإبتدائي لإنتهاء الغرض منه ،وبعد فترة من تنفيذ برنامج التوريد من جانب العميل وبعدما قام بتوريد كافة الكميات المطلوبة وفق شروط التعاقد الأساسي طالبت الجهة الطارحة المورِّد بتوريد كميات إضافية .

فرأى المورِّد أنَّ توريد مثل هذه الكميات الإضافية يخرج عن شروط التعاقد الأساسي فضلا على أنَّ الأسعار المطروحةَ للتوريد لا تتناسب مع الأسعارِ السائدة بالأسواق مما يُلحِقُ به خسائر إذا قام بتوريد هذه الكميات الإضافية .

وعليه فقد إعتذر للجهة المستفيدة عن توريد هذه الكميات مما نتج عنه إثارة الخلافات بين المورد والجهة المستفيدة.

وفي محاولة من الجهة المستفيدة للضغط على المورِّد فإنها تقدمت للبنك بطلب تسييل خطاب الضمان وفور تلقِّي البنك بطلب التسييل قام بإخطار عميله الآمر لإستجلاء الموقف قبل التسييل .

فسارع العميل المورِّد بموافاة البنك بكافة المستندات التي تثبت وفائه بإلتزاماته إتجاه الجهة المسنفيدة من خطاب الضمان وبما يؤكد إنتهاء الغرض من خطاب الضمان.

ورغم أنَّ إلتزام البنك بخطاب الضمان هو إلتزام نهائيٌّ وباتٌّ ،وأنَّهُ يتعيَّن عليه وِفقَ شروط الخطاب القيام

---

[1] **محمود الكيلاني**،نفس المرجع ،ص320.

[2] **بن بابوش فاطنة**،المرجع السابق،ص180.

[3] **أحمد غنيم**،المرجع السابق،ص81.

بالوفاء فورَ تلقِّي المطالبة من المستفيد دون أيَّة إعتراضات ،إلا أنَّ البنك إستثناء من ذلك وفي إطار مسؤوليته عن تقدير تداعيات الموقف وما أسفر عنه فحص المُستندات التي قدَّمها عميله إثباتًا لوفائه بالغرض من خطاب الضمان ،فإن البنك قدَّر أنَّ طلب المستفيد في مثل هذه الظروف يعدُّ تعسُّفيًا من جانبه و يَنطَوِي على غِشٍّ بَيِّنٍ. **إنتهى المثال.**

المطلب الرابع:تكييف خطابات الضمان، حالات إستردادها و أهميتها في مجال الطلب العمومي.

إختلفت التكييفات المنوطة بخطاب الضمان﴿**الفرع الأول**﴾،كما أن هناك حالات عديدة يُمكن من خلالها إسترداد قيمتها﴿**الفرع الثاني**﴾،ولهذه الأخيرة أهمية بالغة في مجال الصفقات العمومية﴿**الفرع الثالث**﴾.

الفرع الأول: تكييف خطابات الضمان في مجال الشراء العمومي.

أهم هذه التكييفات الخاصة بخطابات الضمان تتمحور حول إعتبار خطاب الضمان كفالة﴿**البندالثاني**﴾، أو إعتباره وكالة﴿**البند الثاني**﴾د.

البند الأول:خطاب الضمان في مجال العقود الإدارية هي كفالة.

يرى البعض أن خطاب الضمان صورة من صور الكفالة، وبذلك تنطبق عليه أحكام الوكالة الواردة في القانون المدني[1].

و يرى البعض أن خطاب الضمان في مجال الصفقات العمومية ليس بكفالة بالرغم من المصطلح المتداول في قانون الصفقات العمومية الفرنسي بخصوص هذا الخطاب،فقانون الصفقات العمومية وإن إستخدم لفظ الكفالة**Caution**إلا أن الخصائص التي حدَّدها للكفالة المطلوب تقديمها تفيد بأنها ذات طبيعة مستقلة تجعل هذه الكفالة ذات طبيعة تختلف عن طبيعة الكفالة الواردة أحكامها في القانون المدني وهي في واقع الحال خطاب ضمان، كما أن خطاب الضمان ورد في المشروع الذي تضمنته غرفة التجارة الدولية كواحد من المصطلحات التجارية الدولية ضمن القواعد التي وضعتها هذه الغرفة وهذه القواعد تُعرَفُ بـ **Incoterms** وهي إختصار لمصطلح **International Commercial Terms** وهو ما يقابله باللغة العربية مصطلحات التجارة الدولية[2].

---

[1] **محمد عثمان شبير**، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص 298.

[2] **محمود الكيلاني** ، المرجع السابق، ص 333.

وفي ذلك يقول القضاء اللبناني:« فإن معالي وزير الدولة للشؤون المالية من خلال كتابه رقم 113الصادر بتاريخ 6-فيفري-1996 [1]، والذي يطلب بموجبه بيان الرأي في مدى جواز التفريق بين خطاب الضمان و الكفالة وما إذا كان يكمن إعتبار كتاب الضمان بمثابة الكفالة التي نص عليها قانون المحاسبة العمومية ، وبما أن الموضوع المطلوب إبداء الرأي بشأنه يتعلق بإمكانية إعتماد خطاب الضمان عوضًا عن الكفالة المصرفية من أجل الإشتراك في المناقصات العمومية ولضمان حسن قيام الملتزم لتعهداته على ضوء قانون المحاسبة العمومية».

ففي الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي أن هذا الأخير هو وسيلة جديدة إبتكرها العرف المصرفي سدًّا لحاجات التجارة الدولية بإعتبار أن الأصل في الضمانات المصرفية هو الكفالات العادية التي ينظِّمها أحكام القانون المدني .

وبما أنَّ الكفالة وفقا لأحكام هذا القانون هي عقد بمقتضاه يلتزم شخص الدائن تنفيذ موجب مديُونه إذا لم يقم هذا المديون بتنفيذه،ويدور هذا العقد حول إعتبار جوهريٍّ هو أن إلتزام الكفيل تابع لإلتزام المدين مما يؤدي إلى نتيجتين:

النتيجة الأولى:

أنه لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين أو على الأقل مطالبة الكفيل و المدين معًا في وقت واحد وإنما لا يجوز مطالبة الكفيل قَبل المدين.

النتيجة الثانية:

لا يجوز المطالبة بالدَّين إلا متى كان هذا الدَّين ثابتًا ومحدَّدًا مقداره و إستحقاقه قَبل الإدعاء على الكفيل الذي يمكن أن يُدلِيَ بالدُّفوع التي يملكها المدين لرفض الوفاء بالكفالة و المستمدة من العقد الأساسي.

وبما أنه إتجاه هذه الشروط التي تتضمنها الكفالة من حيث إرتباطها بالعقد الأساسيِّ وما يترتب على ذلك من نتائج خاصة على الصعيد الدولي بالنسبة للدائن فقد حصل تحوُّل بإتجاه شكل حديث من الضمانات يُعرف بالضمانات المستقلة-**Garanties autonomes**- يلزم الضامن بموجبه إتجاه المستفيد بصورة مستقلة عن العملية الرئيسية التي يحكمها العقد الجاري بين الفريقين وتقدَّم هذه الضمانات من قِبَلِ مصرف أو مؤسسة مالية وتُعرف بالضمانة العقدية ، ويدخل في هذه الضمانة ثلاثة أشخاص -المُصدر وهو البنك الضامن، و الآمر- المتعامل المتعاقد - ، و أخيرا المستفيد -المصلحة المتعاقدة- ، ويكون

[1] رأي إستشاري لمجلس المحاسبة اللبناني رقم 17،الصادر سنة1997، ص1.

طلبها غير مشروط ولا يستدعي إثبات عدم تنفيذ العقد أو إثبات سوء تنفيذه وليس للبنك أن يُدليَ بالدُّفُوعِ ، فالضَّمانة تدفع كاملةً ومباشرةً على إثر طلبهَا خطِّيًا.

وبما أن هذه الوسيلة قد أعتُمِدَت حديثًا فإن طبيعتها القانونية و علاقتها بالكفالة مرت بتطور دائم إذ أنها في بادئ الأمر لم تكن تُبحَثُ إلا تحت عنوان الكفالة المصرفية، إلاَّ ن القضاء اللبناني دَرَجَ على الدمج بين الوسيلتين فتعرَّض في بعض أحكامه لكتاب الضمان وإعتبره نوعا من الكفالة عند أول طلب.

وبما أن النظرة الحديثة إلى هذه الضمانات أصبحت تميِّز بصورة واضحة بين خطاب الضمان و الكفالة المصرفية وهذا التمييز ينحصر في أسباب ثلاثة مبدئيا.

- ✓ الكفالة سببية والضمانة مجرَّدة
- ✓ الكفالة إحتياطية و الضمانة مستقلة.
- ✓ الكفالة مشروطة و الضمانة غير مشروطة ، وإن كان يمكن أن يكون في بعض الحالات كفالات غير مشروطة.

و التمييز الفعلي بين الكفالة المصرفية و خطاب الضمان يظهر من خلال الآثار التي تترتب على خطاب الضمان ،وإن كانت هذه الآثار يمكن أن توجد في الكفالة إنما ليس كلها ، وهي تتلخص كالآتي:

- ❖ أنَّ خطاب الضمان يعادل إيداع النقود ويتحوَّل إلى نقود عند دفع قيمته.
- ❖ يصبح تعهد البنك نهائيا بمجرَّد صدور الخطاب عنه وإعلام المستفيد به.
- ❖ يلتزم البنك شخصيا ولا يُمَثِّلُ في إلتزامه المدين و النتائج المترتبة على إستقلال تعهده هي كالآتي:
  - ✓ ليس على البنك واجب إعلام الآمر بالمطالبة بالضمانة قبل دفعها.
  - ✓ ليس للبنك أن يُدليَ بوجه المستفيد بالدفوع الناشئة عن علاقته بالآمر.
  - ✓ ليس للآمر أن يدليَ بهذه الدفوع.
  - ✓ أنَّ الضمانة المصرفية قابلة للدفع عند أول طلب.
  - ✓ أنَّ مطالبة المستفيد بالضمانة لا يجب أن تكون قضائية.

وبما أنَّه و تأسيسا على ما تقدَّم يُمكِنُ القولُ أن هناك نَظرَيتَينِ إلى الضمانت المستقلة ، الأولى تعتبرها كفالات مصرفية ، و الثانية ترى فيها ضمانت مستقلة تختلف إختلافا جذريا عن الكفالة كما هي معروفة وفقا للقانون المدني.

وفي إمكانية إعتماد خطاب الضمان للإشتراك في الصفقات العمومية ولضمان حسن قيام الملتزم بتعهداته و بما أنَّ الغاية من المادة 127 من قانون المحاسبة العمومية التي تفرض الكفالة النَّقدية أو المصرفية إنما هي ضمان حقوق الإدارة وعدم تعرُّضها للضياع على يد ملتزم نَاكِلٍ.

وبما أنه إذا إعتبرنا خطاب الضمان كفالة مصرفية ،فإن أحكام المادة 127 من قانون المحاسبة العمومية نصت على أن تكون الكفالة إما نقدية أو مصرفية صادرة عن مصرف مقبول ،وكَلِمَةُ مصرفية إنَّما جاءت للدَّلالة على مصدر الكفالة أي أن تكون صادرة عن مصرف وبالتالي لا شيئ يمنع من تحرر الكفالة بشكل خطاب ضمان لا سيما وأن الإجتهاد اللبناني يعتبر خطابات الضمان نوعا من الكفالات المصرفية.

وبما أنه إذا نظرنا بالنظرة الحديثة إلى هذه الضمانات فإن الأحكام الواردة في قانون المحاسبة العمومية لا تحُول دون إستعمال خطابات الضمان، وذلك للأسباب التالية:

- أن خطابات الضمان المصرفية تحل محل النقود تمامًا وهي وسيلة يمكن أن تُؤَدِّيَ وظيفة الإيداع النَّقدي بحيث يحل الخطاب محل النقود، وبإعتبار أن قانون المحاسبة العمومية ينص على الكفالات النقدية فإنه يترتب على ذلك أن خطاب الضمان الذي هو بمثابة الإيداع النقدي يمكن إعتماده على ضوء الأحكام الحالية لقانون المحاسبة العمومية.
- أنه وعلى فَرَضِ إعتبار هذه الضمانات متميِّزة عن الإيداع النَّقدي فإن المبدأ القائل : ﴿ من يستطيع الأكثر يستطيع الأقل **Qui peut le plus, peut le moins**﴾، يحتِّم القبول بهذا النوع من الضمانات بحيث أن من يعطيه القانون الحقَّ في طلب الإيداع النقدي يكون له الحق أيضا في طلب خطاب ضمان مصرفي. **إنتهى رأي المجلس.**

في حين يرى القضاء الأردني وإن تردَّد هذا الأخير في الحديث عن خطابات الضمان في إستعمال لفظ خطاب الضمان بل أبقى على إستعمال الكفالة المصرفية ،فإنه لُوحِظَ توجُّه بعض المحاكم إلى التَّمييز بين خطاب الضمان و الكفالات المصرفية إلا أنَّ هذا التوجُّه لا يرقَى إلى درجة الإعتراف بوجود خصائص معيَّنة للكفالة المصرفية وهذه الخصائص هي في حقيقة الأمر تمتاز بها خطابات الضمان عن الكفالة المصرفية ، ومن صور هذا التَّوجه حكمها الصادر سنة 1989 الذي جاء فيه :

﴿ إذا كانت الكفالات التي طلب وكيل المدَّعين وقف صرفها ليست كفالات عادية وإنما خطابات ضمان غير معلَّقة على شرط وتستحق الأداء فيكون الإدعاء بأن هذه الكفالات هي كفالات عادية خاضعةلأحكام

الكفالة المنصوص عليها في القانون المدني إدعاء لا يستند إلى أساس قانوني سليم﴾[1].

البند الثاني:خطاب الضمان في مجال الطلب العمومي هي وكالة.

فخطاب الضمان في مجال العقود الإدارية يكون وكالة ، خاصة في خطابات الضمان التي تكون مغطاة تغطية كاملة فالعميل يوكِّل المصرف أن يدفع نيابة عنه قيمة خطاب الضمان للمستفيد بمجرَّد أن يطلب منه خلال مدة معينة[2].

الفرع الثاني: إسترداد خطابات الضمان في مجال العقود الإدارية.

من الحقوق الأساسية للمتعاقد مع الإدارة إسترداد قيمة خطاب الضمان إذا قام هذا الأخير بتنفيذ إلتزاماته بالطريقة والكيفية المتَّفق عليها، وبذلك يحقُّ للمتعاقد إسترداد قيمة خطاب الضمان الإبتدائي﴿**البند الأول**﴾، وكذا إسترداد قيمة خطاب الضمان الإنتهائي﴿**البند الثاني**﴾.

البند الأول:إسترداد خطاب الضمان الإبتدائي.

بطبيعة الحال فإن المترشح إلى إبرام عقد ادراي عندما يقدِّم عرضه يُرفقه بخطاب ضمان إبتدائي فإن لم يفز بالصفقة يُردُّ إليه قيمة هذا الخطاب ، أما في حالة ما إذا تراجع عن التعاقد بعد تقديمه للعرض قبل تقييم العروض الأخرى ،يفقد حقه في إسترداد خطاب الضمان، وإن فاز بالصفقة يتعيَّن عليه دفع خطاب ضمان آخر يسمَّى –خطاب الضمان الإنهائي–.

البند الثاني:إسترداد خطاب الضمان النهائي.

في البداية يجب التنويه أن إسترداد قيمة خطاب الضمان يكون عن طريق شهادة إدارية تمنحها الإدارة المتعاقدة وصاحبة الإعلان عن التعاقد هذا من جهة ، وأن لا تكون هناك إفتراضية لتطبيق غرامة التأخير فقد يتم تحصيل مبالغ الغرامة من هذه الخطابات.

ويحقُّ للمتعاقد أيضا في نفس السياق إسترداد قيمة خطاب الضمان النهائي بمختلف أشكاله و أنواعه، سواء تعلَّق الأمر بإسترداد قيمة خطاب حسن التنفيذ﴿**أولا**﴾،إسترداد قيمة خطاب ضمان الدُفُعات و التسبيقات﴿**ثانيا**﴾، وإسترداد قيمة خطاب الضمان العشري﴿**ثالثا**﴾.

أولا:إسترداد قيمة خطاب ضمان حسن التنفيذ.

[1] **أشار إليه محمود الكيلاني**،المرجع السابق،ص 328.

[2] **إبراهيم رحماني**،المرجع السابق،ص428.

بعد أن يقدِّم المقاول المشروع ويتم إستلامه من طرف الإدارة المتعاقدة عن طريق محضر ، فإن لم يكن هناك أيَّة تحفُّظات من طرف الإدارة المتعاقدة فإنه يمكن للمقاول أن يسترد قيمة الخطاب بعد أجل شهر من التسليم المؤقت، ومثال ذلك:

نفرض أن **عمر** قدَّم المشروع للإدارة من أجل الإستلام المؤقت لهذا المشروع بتاريخ 15-مارس-2021 ولم تبدي الإدارة أيَّة تحفظات حول إستلام المشروع ، فإنه إبتداء من تاريخ 15-أفريل-2021 يحقُّ **لعمر** إسترداد مبلغ قيمة خطاب الضمان المتعلق بحسن التنفيذ، إلا إذا تحوَّل خطاب ضمان حسن التنفيذ إلى ضمان عشري سواء بنفس القيمة ، أو بإضافة مبلغ تكميلي لمبلغ خطاب حسن التنفيذ ليصل إلى المبلغ المخصَّص للضمان العشري ، فنفرض أن مبلغ خطاب الضمان حُسنُ التنفيذ هو 100 دولار في حين أنَّ مبلغ الضمان العشري هو 150 دولار ، فهنا يجب إضافة 50 دولار للوصول إلى 100دولار، أو يقوم بإحضار خطاب ضمان عشري مستقلاً عن خطاب ضمان حسن التنفيذ.

ثانيا:إسترداد قيمة خطاب ضمان التسبيقات.

أثناء تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية تقوم الإدارة المتعاقدة بالإقتطاع تدريجيا من المستحقات المالية للمتعاقد إلى أن يتم إقتطاع جميع مبالغ التسبيقات و الدفوعات التي تم منحها للمتعاقد ، وبعد ذلك يمكن له أن يستردَّ قيمة خطاب الضمان المتعلِّق بالتسبيقات و الدفعات .

ثالثا:إسترداد قيمة خطاب الضمان العشري.

يستطيع المتعاقد بعد مضي 10 سنوات من تاريخ التسليم النهائي إسترداد قيمة خطاب الضمان العشري أو ما يُعرف بالمسؤولية العشرية .

ومن ذلك ما نصَّ عليه قانون الطلب العمومي المِصري، حيث بيَّن أن مبلغ خطاب الضمان يُرَدُّ أو تحرَّر الضمانة لحاله على إثر قيام الإدارة برفع اليد عن الأشغال وذلك في الشهر الذي يلي تاريخ الإستلام النهائي للأشغال إذا كان متعهد الصفقة قد أكمل لذلك التاريخ تعهداته تجاه الإدارة، وفي حالة تأخير رد التأمين تتحمل الجهة قيمة المصاريف البنكية لتجديد خطاب الضمان وتكلفة التمويل أو الفائدة المستحقة عن فترة التأخير في الرد وفقا لسعر الإئتمان و الخصم المعلن من البنك المركزي ،ويحال المتسبب للتحقيق و يحمل بقيمة ذلك.

ويتوقف سريان مفعول الضمان بإنقضاء الشهر المشار إليه أعلاه إلا إذا أشارت الإدارة برسالة مضمونة موجهة إلى الضامن بأن متعهد الصفقة لم يكمل إلتزاماته، في هذا الحال لا يجوز وضع حد لنفاذ الضمان

إلا برفع اليد الذي تجريه الإدارة[1].

الفرع الثالث:أهمية خطابات الضمان في مجال العقود الإدارية.

فيما يتعلق بادراج خطابات الضمان في مجال العقود الادارية، فلقد اعتمدت فرنسا خطاب الضمان في قانون الصفقات العمومية بعد أن إتَّسَعَ إستخدام خطابات الضمان المصرفية الذي إنحصر في بداية الأمر في مجال عمليات التجارة الدولية ليشمل مجال إستخدامه في العقود الدَّاخلية، وفي مصر فإن ظهور خطابات الضمان لأول مرة كان عام 1925 عندما أصدر وزير المالية قرارا بخصوص المناقصات و المزايدات[2]،ومع مرور الوقت أصبحت خطابات الضمان من التقنيات الضرورية و المعتمدة من طرف العديد من قوانين الصفقات العمومية ، وذلك نتيجة لأهمياتها المختلفة ،و من ذلك مثلا:

- تعتبر من الوسائل المهمة التي تساعد على تنشيط الإستثمار في مختلف قطاعات النشاط الإقتصادي الحديث[3].
- تسمح هذه الخطابات بإعطاء نوع من الديناميكية و الفعالية للمتعاقد مع الإدارة خاصة في مرحلة التنفيذ ، إذ أنه يُدرك تمامًا أنَّه في حالة إخلاه أو تقصيره سيتم مصادرة هذه الخطابات كجزاء مالي تفرضه عليه الإدارة المتعاقدة.
- تسمح هذه الخطابات بإضفاء نوع من الجودة على الطلب العمومي خاصة ما تعلق منه بعقود الأشغال إذ أن الضمان العشري فيه نوع من المسؤولية على عاتق المقاول و المهندس صاحب الدارسة و المتابعة إذا ما ظَهرت عيوب إو نقائص ، وبالتالي خطاب الضمان خاصة العشري قد يجنّبُ إزهاق أرواح بريئة ولو كان ذلك نسبيًا.
- تسمح هذه الخطابات في مجال العقود الإدارية بالحفاظ على المال العام من خلال ضمان الدفوعات و التسبيقات التي يمكن أن تمنحها الإدارة المتعاقدة للمتعاقد معها تشجيعا له ودعما لوتيرة الإنجاز.

---

[1] وزارة المالية المصرية، الأطر العامة و المفاهيم المستحدثة بقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، أكتوبر 2018، ص23، المادة 39فقرة7، قرار رقم 709لسنة2019 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة ،الوقائع المصرية العدد244 تابع –ب– ، المؤرخ في 03-ربيع الأول-1441هـ ،الموافق لـ31-أكتوبر-2019 .

[2] **محمود الكيلاني**،المرجع السابق،ص322-333.

[3] **أحمد حسن بن أحمد الحسين**،المرجع السابق،ص13.

المطلب الرابع: خطابات الضمان في الفقه الإسلامي.

تعتبر خطابات الضمان في مجال الطلب العمومي من أهم النوازل المستحدثة في الفقه الإسلامي لذلك يتعين الحديث عن موقف الفقه الإسلامي من خطابات الضمان ﴿**الفرع الأول**﴾ و الحديث فيما بعد عن التكييفُ الشَّرعي الذي صاغَهُ العلماء لخطابات الضمان في مجال الشراء العمومي﴿**الفرع الثاني**﴾،الأمر الذي تولَّد عنه إختلاف حول قبض الأجر على عملية إصدار خطابات الضمان نتيجة لإختلاف التكييفات الشرعية المنوطة بهذه الخطابات، وبذلك إنقسمت على العموم آراء الفقهاء حول مسألة تلقِّي العُمولة إلى ثلاثة آراء ﴿ **الفرع الثالث**﴾.

الفرع الأول:حكم خطابات الضمان في الفقه الإسلامي.

بخصوص الضَّمان بوجه عام في الشريعة الإسلامية لهُ ما يؤيِّده فالضمان وسيلة من وسائل حفظ الأموال وصيانتها محافظة على حقوقهم وبعدا عن ضررهم ودرأ للعُدوان عليهم وجَبْرًا لما إنتقص من أموالهم[1] ، و دلَّ على مشروعية الضمان في الإسلام ، الكتاب ، السنة و الإجماع .

فمن الكتاب قوله تعالى : «و لمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم»[2]، وقوله تعالى:« **وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيُّهم يكفل مريم وما كنت لديهم إذ يختصمون»**[3].

بمعنى أيهم يَضْمَنُهَا[4].

ومن السُّنة :قول الرسول صلى الله عليه وسلم :«الزعيم غارم»[5].

---

[1] **علي الخفيف**، المرجع السابق،ص10.

[2] **الآية 72 ، سورة يوسف.**

[3] **الآية 44 ، سورة آل عمران.**

[4] **شريط محمد**، عقود الصفقات العمومية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و التشريعات الجزائرية، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر1، كلية العلوم الإسلامية ، قسم الشريعة والقانون ،الجزائر، 1438هـ-2017م، ص270.

[5]**السنن الكبرى –البيهقي-،أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي**، تحقيق ، **محمد عبد القادر عطا**،دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، جزء6، ط3، 1424هـ-2003م، ص72.

سنن إبن ماجة-المحمد بن يزيد أبي عبد الله القزويني-،باب الكفالة،رقم الحديث **2405**،دار إبن الجوزي ،القاهرة، مصر،ط1432،1هـ-2011م،ص248.

سنن الترمذي-محمد بن عيسى بن سورة أبي عيسى الترمذي- ، باب ما جاء في أن العارية مؤداة،رقم الحديث 1265،دار إبن الجوزي ،القاهرة، مصر،ط1432،1هـ-2011م،ص243،

وقوله صلى الله عليه وسلم: « الخراج بالضمان»[1] .

ويعني الحديث أن إستحقاق الخراج سببه تحمُّل تبِعة الهلاك فمنافع الشيئ وغلَّته يستحقها من يكون هو المحتمل لخسارة هلاك ذلك الشيئ لو هَلَك فيكون إستحقاق الثمرة في مقابل تحمل الخسارة[2].

وقد ورد هذا الحديث في حادثة أن رجلا إبتاع عبدا من آخر فأقام عنده ما شاء الله تعالى أن يقيم ثم وَجَدَ بِهِ عيبًا فخاصم البائع الى النبي صلى الله عليه وسلم فردَّه فقال الرجل :

قد إستعمل غلامي .

فقال عليه الصلاة والسلام:

﴿ الخراج بالضمان﴾[3].

ومن الإجماع:

فقد أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة[4]،ومن هنا فإن طلب الضمان أمر مشروع لحث المناقص على الوفاء بإلتزاماته و لمواجهته حالات التَّعدِّي و التقصير وما ينشأ عنها من أضرار فهذه من الأسباب أو الموجبات الشرعية للضمان[5].

الفرع الثاني:التكييف الشرعي لخطابات الضمان في مجال الصفقات العمومية.

تعددت التكييفات الشرعية الخاصة بخطابات الضمان في مجال العقود الإدارية ، فمن الفقهاء من قرَّر أن هذه الخطابات هي كفالة مطلقا﴿**البند الأول**﴾،بينما يرى البعض الآخر أن هذه النَّازلة هي وكالة مطلقا﴿**البند الثاني**﴾،في حين ذهب رأيٌ آخر إلى القول أن خطابات الضمان تجمَعُ بين الكفالة والوكالة﴿**البند الثالث**﴾، وأخيرا ذهب آخرون إلى أن خطابات الضمان قد تكون قرضا أو جعالة أو حوَّالة﴿**البند الرابع**﴾.

---

[1] **سنن إبن ماجة**، المرجع السابق ،باب الخراج بالضمان،رقم الحديث **2243**،ص231.

سنن أبي داود –سليمان بن الأشعث أبي داود السجستاني، باب فيمن إشترى عبدا فاستعمله ثُمَّ وجد به عيبًا،رقم الحديث 3508،دار إبن الجوزي ، القاهرة ، مصر، ط1، 1432هـ-2011م، ص314.

[2] **أحمد مصطفى الزرقا**، المدخل الفقهي العام، الجزء 2، المرجع السابق، ص1037.

[3] **علي الخفيف**، المرجع السابق،ص7.

[4] **عمر عبد العزيز المترك**، الربا و المعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، دار العاصمة للنشر والتوزيع ، الرياض، السعودية، دون طبعة، دون سنة الطبع،ص7.

[5] **رفيق يونس المصري**،النجش، المزايدة، المناقصة والممارسة، دار المكتبي ، دمشق، سوريا، ط2، 1430هـ-2009م ،ص127-128، **رفيق يونس المصري**، مناقصات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص57.

البند الأول : خطابات الضمان كفالة.

يرى الفريق الأول أن خطابات الضمان كفالة ، غير أن فقهاء هذا الفريق إختلفوا في مسألة متى يمكن إعتبار خطاب الضمان كفالة، فمنهم من يرى أن خطاب الضمان كفالة دون تفرقة بين خطاب الضمان المغطى أو الغير مغطى﴿**أولا**﴾.

بينما يعتبر آخرون أن خطاب الضمان كفالة بشرط التغطية الجزئية من العميل﴿**ثانيا**﴾، في حين يقرُّ رأي ثالث من الفقه الإسلامي أن خطاب الضمان كفالة حتى في حالة عدم التغطية كليَّة من العميل﴿**ثالثا**﴾.

أولا: خطاب الضمان كفالة سواء كان مغطى أو دون ذلك.

يسمَّى خطاب الضمان في الإسلام بالكفالة وهي كالقرض من أعمال الإرفاق و الإحسان الذي يدعو إليه الإسلام ويحثُّ على توفيره بين المسلمين في التَّعاون و التكافل و التَّضامن كأن يقدِّم المُقرض ماله بدون فائدة أو أجر أو أن يكفل غيره كذلك بدون أجر وهذا جائز شرعًا ويدخل تَحتَ باب الكفالة التي توسَّع فيها فيها جميع الفقهاء في كُتبهم ويطلق عليه أيضا الكفالات المصرفية[1] ،فخطاب الضمان كفالة هكذا دون تفريق بين المغطَّى وغيره[2]،ويندرج ضمن الكفالة بالمال ما يجري اليوم في هذا العصر مما يسمَّى بـ-خطاب الضمان-، الذي يُستخدمُ لتوثيق التعهدات و المقاولات ، وعقود التوريد[3].

ثانيا:خطاب الضمان كفالة بشرط التغطية الجزئية من العميل.

ففي هذه الحالة نفرض أن العميل – المتعامل المتعاقد- طُلبَ منه تقديم خطاب ضمان يساوي 100 دولار ، لكن هذا الأخير لديه في رصيد البنك مبلغ أقل من 100 دولار وأكبر من 00 دولار، ففي هذه الحالة تكون التغطية جزئية أي :

100دولار >رصيد العميل >0دولار.

---

[1] **محمود عبد الكريم إرشيد**، المرجع السابق، ص174.

[2] **أحمد حسن** ،الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي ، دار الفكر، دمشق، سوريا،ط1428،2هـ-2007م ، ص312،نقلا **عن محمد عبد المنعم خفاجي**، الإسلام و نظريته الإقتصادية، دار الكتاب اللبناني، بيروت ، لبنان، 1982، ص169.

[3] **علاء الدين زعتري**، فقه المعاملات المالية المقارن، صياغة جديدة وأمثلة معاصرة، دار العصماء، دمشق، سوريا، ط1431،1هـ-2010م، ص306.

فنفرض أنَّ رصيد المتعاقد **عمر** هو 21 دولار ، وقيمة خطاب الضمان هو 100 دولار ، ففي هذه الحالة يُضِيفُ البنك مبلغ 79 دولار لرصيد **عمر** ليبلغ قيمة 100 دولار

فيعتبر المصرف ضامنا أو كفيلا في الجزء غير المغطى من قيمة خطاب الضمان وملتزما بأدائه للمضمون له – المستفيد–[1].

ثالثا:خطاب الضمان كفالة حتَّى في حالة إنعدام التغطية كلِّيةً من العميل.

ففي هذه الحالة العميل – **المتعامل المتعاقد**– يطلب إصدار خطاب ضمان بـ 100 دولار مثلا لكنَّه لا يملك بتاتًا رصيدًا في البنك، أي أن رصيده معدوم–00دولار– ،فلا يدفع أي مبلغ مالي لتغطية الخطاب فالبنك هو الذي يدفع من ذمته المالية المبلغ الإجمالي لخطاب الضمان أي أنه يدفع من عنده –**أي البنك**– 100 دولار كاملة.

فالواقع أن إصدار المصرف الضمان غير المغطى هو في الواقع كفالة واضحة المعالم فخطاب الضمان من دون غطاء كامل يعدُّ كفالة[2].

فخطاب الضمان المصرفي إذا كان بدون غطاء نقدي كامل فهو كفالة ، ويخضع لأحكامها[3].

فخطاب الضَّمان غير المغطى لا كاملا ولا جزئيًا و الذي قام العميل بالوفاء بمضمونه بنفسه و المصرف ليس له إلا الإصدار .

ففي هذه الحالة يعد خطاب الضمان عبارة عن كفالة مجرَّدة بين جميع أطرافه فالمصرف كفيل و العميل مكفول عنه و المستفيد مكفول له[4].

البند الثاني:خطاب الضمان وكالة مطلقا.

يرى بعض الفقهاء أن خطابات الضمان وكالة ، وهي وكالة في كل الأحوال سواء كان الخطاب مغطى أو غير مغطى﴿**أولا**﴾،بينما يرى آخرون أن خطاب الضمان وكالة شريطة أن يكون الخطاب مغطى كليًّا من العميل﴿**ثانيا**﴾.

أولا: خطاب الضمان وكالة سواء كان مغطى أو دون ذلك.

[1] **أحمد بن أحمد الحسين**، المرجع السابق،ص19.

[2] **وهبة الزحيلي**، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة، جزء 11، المرجع السابق، ص481.

[3] فتوى رقم3–1، تكييف خطاب الضمان ومدى جواز أخذ الأجر عليه، ندوة البركة الثالثة، 1406هـ–1985م،ص2.

[4] **إبراهميم رحماني**، المرجع السابق،ص434.

يرى **سامي حمود** أن خطاب الضمان وكالة ، فلم يُفرِّق من وجهة نَظَره بين خطاب الضمان المغطى أو غير المغطى ، ويقول في ذلك:

«...وأن تكييف خطاب الضمان على أنه وكالة لا يبدو متباينًا مع نظرة الفقه الإسلامي للموضوع في نطاق الكفالة بالأمر التي يرجع فيها الكفيل بما يدفع على من أمَره بذلك تماما كما يرجِع الوكيل ، لأن الكفالة بالأمر ما هي إلا وكالة بأداء، وهذا التكييف على أساس الوكالة هو الذي يُمكِن أن يفتح المجال للقَول بإستحقاق المصرف الأجر على قيامه بما وُكِّلَ به...» [1].

ثانيا:خطاب الضمان وكالة بشرط التغطية الكُلِّية من العميل.

ففي هذه الحالة رصيد العميل= 100 دولار، وقد يكون كذلك أكبر من 100دولار ،فالمهم أن رصيده يغطي تغطيةً كاملة لقيمة خطاب الضمان .

والتَّكيِيف الذي رجَّحه كثير من العلماء بخصوص خطاب الضمان، أن هذا الأخير إن كان مغطى تغطية كاملة فهو وكالة[2].

البند الثالث:خطاب الضمان كفالة و وكالة.

ذهب **عبد الحليم محمود** شيخ الأزهر السابق إلى أن خطاب الضَّمان يتضمن معنى الكفالة والوكالة إذ يقول في ذلك:

﴿ نرى أن خطاب الضمان المصرفي يتضمن معنى الضمان و الكفالة لأنه إلتزام من المصرف للمستفيد كما يتضمن معنى الوكالة ، حيث يقوم المصرف نيابةً عن عميله بإجراءات إتمام ما يشتمل عليه كتاب الضمان وتسهيلها ويستحق ما يدفعه المصرف على الآمر في دفعه للمستفيد﴾[3].

البد الرابع:خطاب الضمان قرض أو جعالة أو حوَّالة.

---

[1] **سامي حمود** ، تطوير الأعمال المصرفية بما يتَّفق و الشريعة الإسلامية، دون دار نشر، ط2 ، 1402هـ-1982م، ص 300-301.

[2] **عاطف أبو هربيد**، المرجع السابق، ص134.

[3] **عبد الحليم محمود**، حكم عمولة خطاب الضمان، مجلة الإقتصاد الإسلامي، بنك دبي الإسلامي، ربيع الآخر 1402هـ، ص41 ، نقلا عن **أحمد حسن**، المرجع السابق، ص312.

يُكيِّفُ بعض العلماء خطابات ضمان على أساس أنها قرض﴿**أولا**﴾،أو جعالة﴿**ثانيا**﴾،أو وكالة﴿**ثالثا**﴾.

أولا: خطاب الضمان قرض.

في الضمان غير المغطى يَعِدُ المصرفُ العميلَ بإقراضه لقيمة الجزء غير المغطَّى من قيمة خطاب الضمان فإذا طلب المضمون له – المستفيد– قيمة الخطاب وقام المصرف بدفعها له يُعتَبَرُ حِينَئِذٍ مُقرضًا للعميل بِقِيمَةِ الجزء الذي دفعه تَكمِلَةً لقيمة خطاب الضمان[1].

ثانيا:خطاب الضمان جعالة.

ففي حالة صدور خطاب ضمان نهائي يكون هناك عقد قائم بين الجهة المستفيدة من خطاب الضمان و الشَّخص الذي طلب إصدار الخطاب من البنك... ويصحُّ للبنكِ أن يأخذ عمولةً على خطاب الضمان هذا لأن التَّعهد الذي يشمل عليه هذا الخطاب يعزِّز قيمة إلتزامات الشَّخص المقاول ،وبذلك يكون عملاً محترمًا يمكن فرضُ جعالة عليه أو عمولة من قبل ذلك الشخص، أما الخطاب الإبتدائي فيجوز للبنك إصداره و الوفاء بموجبه لكنه غير ملزم لأن الشخص – العميلَ– إذا إلتزم للجهةِ التي فتحت المناقصة مثلاً بأن يدفع كذا مقدارًا إذا لم يتخذ الإجراءات اللازمة حتى تَرسُوَ العملية عليه فهو وعدٌ إبتدائيٌّ غَيرُ مُلزِمٍ ، وبالتَّالي لا يكون تعهد البنك ملزمًا لَهُ أيضًا[2].

ثالثا:خطاب الضمان حوَّالة.

إن خطاب الضمان الصادر من البنك بطلب المقاول لصالح المستفيد سواء كان مغطَّى من حساب المقاول فيكون حوَّالة أو غير مغطى فيكون ضمانا[3].

الفرع الثاني: أُجْرَةُ إصدار خطابات ضمان العقود الإدارية في الفقه الإسلامي.

بعد تمحيص هذه المعاملة المستحدثة ثارت العديد من الإختلافات حول خطاب الضمان ، فزيادة على موقف الفقه الإسلامي من مصادرة خطاب الضمان في مجال العقود الإدارية[1].

---

[1] **أحمد بن أحمد الحسين**، المرجع السابق، ص19.

[2] **محمد باقر الصدر**، البنك اللاربوي في الإسلام، دار التعارف للمطبوعات، شارع سوريا، بيروت – لبنان 1414هـ-1994م، ص130-131.

[3] **حسن الجواهري**، مناقشة موضوع المناقصات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 9، العدد 9، 1417هـ-1996م، ص 287.

فإن النقطة الأكثر والأشد خلافا ونقاشا هي مسألة مدى جواز حصول مُصدر خطاب الضمان – **البنك**– على عمولة أو أجر من الآمر – **المتعامل المتعاقد**– أم أنه يتعيَّنُ على البنك أن يقدِّم هذه الخدمة بالمجَّان ولا يتقاضى سوى المصاريف الفعلية التي يتطلبها إصدار خطاب الضمان.

فإختلفت بذلك آراء الفقهاء حول مسألة قبض البنك[2] لعمولة نتيجة لعملية إصدار خطاب الضمان ، فيرى بعض العلماء أنه لا مانع من قبض البنك الإسلامي للأجر على إصدار خطاب الضمان ﴿**البند الأول**﴾، في حين يرى علماء آخرون أنه لا يجوز مطلقا للبنك أن يقبض أية عمولة في هذه العملية﴿**البند الثاني**﴾، بينما يتَّجِهُ رأيٌ ثالث إلى أنَّه للبنك الحصول على مقابل لإصدار خطابات الضمان وذلك في حالات معيَّنة دون حالات أخرى﴿**البند الثالث**﴾.

وتكاد تتفق هذه الآراء على نقطة واحدة وهي أنه يحق للبنك أخذ المصاريف الفعلية التي ترتَّبُها عملية إصدار خطاب الضمان﴿**البند الرابع**﴾، ونتيجة للإختلافات السابقة حول قبض الأجر عند إصدار خطابات الضمان والإتفاق حول قبض المصاريف الفعلية حاول البعض إيجاد مخرج شرعي لعملية إصدار خطابات الضمان﴿**البند الخامس**﴾.

البند الأول : أخذ الأجر في إصدار خطاب الضمان جائز مطلقا.

يرى بعض أهل الإختصاص في فقه المعاملات المالية المعاصرة أن قبض البنك لعمولة أو أجر مقابل إصدار خطاب الضمان لا غُبَارَ عليه ولا شبهةَ فيه: ومن أولئك شيخ الأزهر سابقا الشيخ **عبد الحليم محمود** إلى جواز الأجر على خطاب الضمان:

«ولمَّا كان الوكيل يستحق كل ما أنفقه على موكِّله طبقا للقواعد العامة لذلك : يحِلُّ للمصرف أخذ عوض مقابل لقاء قيامه بما وكِّل إليه من إتخاذ إجراءات خطاب الضمان المصرفي ، بالإضافة إلى المصروفات

---

[1] مسألة مصادرة خطاب الضمان من المسائل التي أثارت إختلافا في الفقه الإسلامي، ولمزيد من التفاصيل يرجى من القارى"ة" الكريم"ة" مراجعة الباب الثاني من الأطروحة ، الفصل الثاني المتضمن شروط تطبيق غرامة التأخير في ظل الأحكام الفقهية ،ذلك أن العديد من الفقهاء المسلمين يروْنَ أن مصادرة خطاب الضمان تدخُلُ و تندرجُ تحت تطبيق الشرط الجزائي على الأعمال .

[2] نقصد بالبنك –البنوك الإسلامية– ، لأن البنوك الأخرى قد تقبض الأجر على عملية إصدار خطاب الضمان، و قد تأخذ فائدة على إصدار خطاب الضمان وتزداد هذه الفائدة بحسب قيمة و مدة خطابات الضمان.

لأن الكفالة بالأمر ما هي إلا وكالة بالأداء»[1].

وهذا التكييف على أساس الوكالة هو الذي يُمكِن أن يفتح المجال للقَول بإستحقاق المصرف الأجر على قيامه بما وُكِّلَ به، حيث أن الوكالة يمكن أن تكون بأجر فتأخذ أحكام الإجارة ، وذلك على عكس ما لو بقيت كفالة بمعنى الضمان ، حيث لا توجد آراء فقهية تؤيِّد حق الضامن بأخذ الأجر إلا ما قال به الإمامية من جواز أخذ أخذ الأجر فيها على أساس الجعالة» [2].

فإنه لا يوجد في أخذ الأجر على هذا الضمان المصرفي لتنفيذ أعمال مشروعة نَصٌّ مُحَرِّمٌ من كتاب وسنة ولا دليل مُحَرِّمٌ، فلا يوجد له نظير يقاس عليه في التحريم لإشتراكهما في علَّته، ثم لا يوجد عُرفٌ صَحِيحٌ يحرِّمه و يمنعه ولا توجد فيه مفسدة كما لا توجد مصلحة في تحريمه بل إن المصلحة في إباحته وحلَّه وصِحِّيَّته وفي إلزام المضمون به[3].

وإذا قيل أن بعض كتب المذاهب الفقهية قد صرَّحت بتحريمه فإن **زكريا البري** يقول:

أن الدليل الذي إستندوا إليه هو أنَّ الضمان لم يشرع إلا على سبيل التبرُّع وهو صورة من المصادرة لأن نفس الدعوى هي نفس الدليل كأنهم يقولون : أنَّ أخذ الأجر غير مشروع لأنه غير مشروع ، وإذا قيل أن الإمام **إبن تيمية** ذهب إلى أن الأصل في العقود و الشُّروط هو الإباحة و الحلُّ قد ذهب إلى عدم جواز أخذ الأجر على الضمان يضيفُ مرة ثانية **زكريا البري** قائلا :

«إني مع قاعدته العظيمة لقيام الأدلة عليها ولست معه في عدم جواز أخذ الأجر على الضمان ،فإذا كان رأيه بالمَنعِ يشمل الضمان المصرفي التجاري ... والظاهر أن هذه الفتوى المرويَّةُ عنه لا تشمل الكفالات بهذه الصورة التِّجارية الجديدة التي تعاملت بها المصارف العامة و تتعامل بها بعض المصارف الإسلامية»[4].

وعلى هذا تجوز العمولة التي يتقاضاها البنك في حالة إصدار خطاب الضمان على أنها أجر على العمل الذي يقوم به ...فهو يُصدِر خدمة لعلاقة العميل بدائنه إذ يَستَهدِف به العميل الحصول على ثقة هذا الدائن الذي لا يرضى بأيِّ ضمان آخر سوى هذه الصورة من الضمان [1].

---

[1] **عبد الحليم محمود**، حكم عمولة خطاب الضمان، مجلة الإقتصاد الإسلامي، بنك دبي الإسلامي، العدد 5،ربيع الآخر 1402هـ، ص41 ، نقلا عن **عمر عبد العزيز المترك** ، المرجع السابق، ص390.

[2] **سامي حمود**،المرجع السابق، ص301.

[3] **زكريا البري**،خطاب الضمان،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 2، العدد1407،2هـ-1986م،ص1101.

[4] **زكريا البري**،خطاب الضمان،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 2، نفس المرجع ،ص1102.

فقد كانت الكفالة في العصور الماضية تتمُّ ضمانا لمحتاج يستدين وقد لا يجد من يُسلفه إلا بضمان من مليءٍ لضعف ذمة المستدين المالية ونحو ذلك ...أمَّا الآن فإن هذه الضمانات تتم لشركات مالية كبرى ولتُّجارٍ أغنياءٍ، وهذه العطاءات التي تقدِّمها الشركات و التُّجار للإلتزام بأعمال معيَّنة يتوقف قُبولها كما قلنا على هذه الضمانات ،وهذه الأعمال تتوقَّفُ عليها تنمية المجتمع تنميةً إقتصاديةً وإجتماعيةً وعسكريةً وسياسيةً بل إن البُنيَةَ الأساسيةُ للمجتمعِ من طرقات ومواصلات ومرافق ومياه وصرفٍ صحيٍّ وكهربةٍ تَتَصَدَّرُ هذه الأعمال[2].

فلا مانع من الأجر على الضَّمان لأنَّ هناك تخريج فقهي له، وقد قُلتُ و لاَزِلتُ أعتقد أنَّ هذا الخطاب يعزِّزُ من قيمة إلتزامات المقاولين وهو أمرٌ محترم عُرفًا ويمكن المقابلة بالمال[3].

وإمتناع المصارف الإسلامية عن القيام بهذه الضمانات لأنها لا تستفيد منها ماليًا وتجاريًا يؤدِّي إلى لجوء المحتاجين إليها في البنوك الربوية في الحصول على هذه الضمانات ،وفي ذلك دعمٌ كبير لها يجرُّ المحتاجين إلى التعامل معها في هذه الضمانات ثم في غيرها، ويتعيَّن بناء على ذلك القيام بهذه الضمانت وأخذ الأجر المناسب عليها من غير وكس ولا تسلُّط ومغالاة[4].

و لقد أفتى المتقدمون من فقهاء بعض المذاهب بعدم جواز أخذ الأجر على تحفيظ القرآن الكريم وإمامة الصلاة بناء على أنهما يدخلاَن في العبادات و الطاعات التي لا يجوز أخذُ الأجرِ الماديِّ عليها في الدُّنيا، والتي يستحق فَاعِلُهَا الجزاءَ و الثوابَ في الآخرة،والآخرة خيرٌ وأبقَى ، وقد جرى المجتمع الإسلامي على ذلك حينًا من الدَّهرِ ثم إقتضت التطوُّرَاتُ الإجتماعيَّة تخصيص مسلمٍ مُؤهل للقيام بهذه الأعمال بحيث يتفرغ التفرغ اللازم و المناسب لها ، ووجد المتأخرون زمانًا من فقهاء هذه المذاهب أنَّ القول بعد جواز الأجر في ذلك وفي أمثاله يؤدِّي إلى ضياع حفظ القرآن حفظًا سليمًا و إلى ترك إمامة الصلاة لمن لا يُحسنها نظرًا لعدم التفرُّغ لهذه الأعمال الدينية إشتغالاً بكسب العَيشِ وأفتَوا بأخذ الأجر وعلى ذلك جرى العمل الآن في جميع البلاد الإسلامية [5].

---

[1] **محمد الشنقيطي**، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة ،مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، السعودية، 2001، ص329.

[2] **زكريا البري**،خطاب الضمان،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 2، المرجع السابق،ص1103.

[3] **علي التسخيري**، مناقشة موضوع المناقصات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 9 ، 1417هـ-1996م، ص303.

[4] **زكريا البري**،خطاب الضمان،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 2، المرجع السابق،ص1103.

[5] **زكريا البري**،خطاب الضمان،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 2، نفس المرجع ،ص1103.

وإذا كان مقتضى هذا الضَّمان المصرفي إلتزام المصرف بالمَغارِم التي يترتَّب على هذا الضمان تنفيذا لإلتزاماته فَلِمَا لا يكون له غنم من المضمون يؤدِّيه للمصرف الضامن نتيجة الإتفاق و الرِّضا به ، وإذا كان الأصل في منع الأجر عند بعض الفقهاء فَلِمَا لا يجوز أخذه إستحسانا و إستثناء من القواعد الأصلية إستنادا إلى المصلحة العامَّة و الخاصَّة [1].

وإذا قيل أن في إمكان الضامن – المصرف– و المضمون أن يَشْتَرِكَا في نفسِ العَمَلِ الذي يَضمَنُهُ المَصرِفُ قلت: إنَّ هذا ممكنٌ إذا رأى الطرفان مصلحتهما فيه، ولكن قد يريَانِ أو يرى أحدهما أن المصلحة في إنفراد المصرف بالضمان و إستحقاق الأجر عليه ، كما أن المجتمع الإسلامي كان يجري على أنَّ الوكالة عن الغير في عمل من الأعمال تكون مجَّانًا أو خدمة إجتماعية ثم تطوَّرت الأحوال تطوُّرًا حضاريا وَوُجِدَ المختصُّون الذين لا يقبلون الوكالة إلا بالأجر كما في توكيل المحامي وتوكيل السَّمسار وكل منهما يتفرع لهذا العمل ويكسب قوته من هذا الأجر [2].

وجاء في الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية : وبالنظر إلى هذا النوع من التعامل المصرفي – أي خطابات الضمان– وإحالته للعقود الشرعية الواردة في كتب الفقه ... فريق يرى جواز أخذ الأجر على الضمان نفسه سواء بغطاء أو بغير غطاء فهذا الفريق يرى أخذ الأجر على الكفالة بناءً على أن بعض الفقهاء أجاز أخذ الأجر في مقابل الضمان الدي يترتب عليه إستخدام الضامن جُهدًا ولو قَلَّ ، حيث دافعت الموسوعة عن هذا الرأي وجاء فيها: ﴿أمَّاإذا قلنا بجواز أخذ الأجرة على الكفالة فإن هناك من يجيزُ أخذ الأجر مقابل الضَّمان ما دام الضَّمان يترتب عليه إستخدام جهود ولو كان ذلك الجهد مجرَّد مشيٍ أو حركةٍ ، و الضَّمان شقيق الجاه، فإن تطوُّر الحياة الإقتصادية أدَّى إلى إجتهاد بعض الفقهاء في جواز أخذ الأجر مقابل الضمان ، فقد ذكر **الهيثميُّ** أنَّ المَحبُوسَ ظُلمًا إذا قال لمن يَقدِرُ على خلاصه : إن خلَّصتني فلك كذا بشرط أن يكون في ذلك كلفة تقابل بأجرة عرفا﴾ [3].

البند الثاني : أخذ الأجر في إصدار خطاب الضمان غير جائز مطلقا.

[1] **زكريا البري**،خطاب الضمان،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 2، نفس المرجع ،ص1104.

[2] **زكريا البري**،خطاب الضمان،مجلة مجمع الفقه الاسلامي،الدورة 2، المرجع السابق ،ص1104.

[3] الموسوعة العملية و العلمية للبنوك الإسلامية، المجلد الأول، ص485، نقلا عن **أحمد علي عبد الله** ، خطاب الضمان،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 2، المرجع السابق ،ص1134.

فالكفالة إلتزام محض لأداء الدين عن المكفول له بحيث إذا وقع الأداء فعلاً فإنه يصير قرضا للكفيل على الأصيل فكأنه إلتزام بالقرض في حين أن الإقراض هو الدفع فعلا، فإذا كان أخذ الأجرة على القرض – وهي فائدة– ممنوعًا فإن أخذ الأجرة على الإلتزام به أولى بالمَنعِ ، ويتَّضح هذا بمثال:

هَب أن **زيدًا** إستدان من **عمر** **100** دولار وطالبه عمر بكفيل فجاء **خالد** يقول **لزيد:** أنا أؤدِّي دَينَكَ الآن على أن تعطيني بعد ذلك **مائة وعشرة** ، و **العَشرةُ** أجرة على ما قدَّمته من خِدمَةِ الأدَاءِ، وجاء **بكر** يقول **لزيد** : أنا أكفل عنك دَينك على أن تعطيني **عشرة دولارات** أجرة الكفالة، وتكون المائة قرضا عليك إذا إظطررتُ إلى الأداء فعلا ، ويلزم القائلين بجواز أخذ الكفالة أن تكون الأجرة التي يتقضاها **بكر** جائزة ، و الأجرة التي يتقاضاها **خالد** حرامًا ، مع أن **خالد** قد بَذَلَ ماله فِعلاً ، وأنَّ **بكرًا** لم يفعل شيئًا إلا الإلتزام بالبذل عند الأداء ،فلو كانت الأجرة المطلوبة من قِبَلِ البَاذِلِ حَرَامًا، فالأجرة المطلوبة من قِبَلِ الملتزِمِ أولى بالتَّحرِيمِ .

وبعبارة أخرى فإن الكفيل نفسه لو إضطرَّ إلى أداء الدَّين من قِبَلِ الأَصِيلِ فإنه لا يجوز له أن يطالب الأصِيلَ إلا بما دفع فعلاً، ولا يجوز له الزِّيادة على ذلك لكونها ربًا مُحَرَّمًا، فكيف يجوز له أن يطالب الأصيلَ بشيئٍ فيما إذا لم يدفع شيئا وإنما إلتزم بالدفع فقط ، وبهذا يتبيَّن أنَّه لا سبيل إلى القول بجواز أجرة الكفالة[1]. **إنتهى المثال.**

وإن كان بعض المُجوِّزين لأخذ الأجر على الضَّمان يرونَ أنَّ الضمانَ عَمَلٌ مُحتَرَمٌ أو خِدمَةٌ مُحتَرَمَةٌ ومقوَّمة شرعًا فيجوز أخذ الأجر عليها.

فنقول لهم:نعم الضمان أو الكفالة عملٌ محترمٌ يُثَابُ فاعله إن شاء **الله تعالى** ،ولكن ليس كل عمل محترم يجوز أخذ الأجر عليه فالإقراض عملٌ محترمٌ و لا يَجُوزُ أخذ الأجر عليه، فكيف يجوز أخذ الأجر على الإقراض المُتَوَقَّعِ المُستَتِرِ في الضَّمَانِ[2].

إنَّ عقد الضَّمان الذي يسمَّى خطاب الضمان هو من العقود الإرفاقية للمقاول كالقرضِ ،فإذا كان الضَّمان يعزِّزُ قِيمَةَ إلتِزاماتِ المقاولِ ، فإنَّ قيام البنك بالتَّعهد بإقراض شخصٍ معيَّنٍ عند حاجته أيضًا يعزِّزُ قيمة إلتزاماته ، فهل يجوز أخذ أجرة على قيام البنك بتعهداته لعمليَّةِ الإقراضِ؟[1].

---

[1] **محمد تقي الدين العثماني** ، أحكام بيع التقسيط، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 7، العدد 7، الجزء 2، 1416هـ-1996م، ص41-42. -.

[2] **الصديق محمد الأمين الضرير**،خطاب الضمان،مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 2، المرجع السابق،ص 143-145.

وقد أخذ بهذا الرأي المتضمن عدم جواز الأجر على إصدار خطابات الضمان المصرفية –**باستثناء المصاريف الفعلية والحقيقية لعملية إصدار الخطابات**– العديد من الفقهاء نذكر منهم على سبيل المثال:

القره داغي ، رفيق يونس المصري، وهبة الزحيلي، كما أخذ بهذا الرأي مجمع الفقه الإسلامي الذي جاء في قراره :

«...وبعد المداولات و المناقشات المستفيضة التي تبيَّنَ منها:

أولا:

إن خطاب الضمان بأنواعه الإبتدائي و الإنتهائي لا يخلو إمَّا أن يكون بغطاء أو بدونه ، فإن كان بغطاء فهو ضَمُّ ذِمَّةِ الضَّامِنِ إلى ذمَّة غيره فيما يلزم حالاً أو مالا وهذه هي حقيقة ما يعني في الفقه الإسلامي بإسم الضَّمان أو الكفالة .

وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مُصدره هي وكالة، و الوكالة تصحُّ بأجر أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد – المكفول له–.

ثانيا:

إن الكفالة هي عقد يبرُّع يقصد به الإرفاق و الإحسان وقد قرَّر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يُشبِهُ القرضَ الذي جرَّ نفعًا على المُقرِضِ وذلك ممنوع شرعًا.

إن خطاب الضَّمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضَّمان والتِّي يُراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته سواء أكان بغطاء أو بدونه»[2].

البند الثالث : أخذ الأجر في إصدار خطاب الضمان جائز في حالات فقط.

وفقا لهذا الرأي فإن أخذ الأجر مقابل إصدار خطابات الضمان جائز في الأوضاع التالية دون غيرها:

أولا:جواز الأجر على إصدار خطاب الضمان بشرط أن يكون خطابا نهائيا.

---

[1] **حسن الجواهري**، مناقشة موضوع المناقصات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 9، العدد 9، 1417هـ–1996م، ص 287.

[2] قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 2/12/12 بتاريخ 1406هـ– الموافق لـ1985م،بشأن خطابات الضمان، متوفر في كتاب خالد خليفة ،منتقى القرارات الفقهية في مجال العقود الإدارية، دار الخلدونية،القبة،الجزائر،2017م، ص5–6.

ففي حالة صدور خطاب ضمان نهائي يَصحُّ للبنك أن يأخذ عمولةً على خطاب الضمان هذا لأنَّ التعهد الذي يشمل عليه هذا الخطاب يعزِّز قيمة إلتزامات الشَّخص المقاول وبذلك يكون عملا محترمًا يمكن فرضُ جعالة عليه أو عمولة من قبل ذلك الشخص[1].

مناقشة هذا الرأي.

إن ماقيل من تخريج أجر الضَّمان على أنه جعالة على عمل أو عقد وَجاهة أو نحو ذلك من الصِّيغ التي يراد بها إخراجه في صورة معاوضة بين الأجر وبين عمل آخر غير الكفالة وهذا دليل على إعتراف من يلجأ لذلك بأن الكفالة ليست محلاً للإعتياض عنها بمال...وهذا مسلَّم، الإدِّعاء بأنَّ خطاب الضمان هو جعالة أو وَجاهة فهو مردُودٌ لأنه يُخليه من مضمونه وهو الكفالة – شغل ذمتين بالإلتزام– فالوَجاهة ليس فيها شغل ذمَّة وكذلك الجعالة بل هي من قبيل الإلتزامات التي تنحلُّ إلى عمل له مقابل[2].

أجور خطاب الضمان بإعتبارها أجرا للإستعداد للقرض عند المطالبة بحق الكفالة أسلوب غريب عن الشَّريعة ومجافي للنِّظام الإقتصادي الإسلامي، أمَّا ما قيل بأنَّ الكفالة كانت عملاً نادرًا وليس لها من يتفرَّغ لمزاولتها والحَالُ تغيَّر حيث أصبحت وَجهًا من وجوه الكَسبِ الذي يتوقَّف عليه التعامل فهذا من قبيل إدارة الحكم الشرعي على التصرُّف الواقعي مع أنَّ الواجب دوران التصرُّف طِبقًا للحُكمِ إذ يُصبِحُ الموزون ميزانًا وهو من قَلبِ الحَقَائِقِ[3].

ثانيا:جواز الأجر على إصدار خطاب الضمان على أن يكون مغطَّى من العميل.

ذهب البعض من الفقاء المسلمين إلى جواز الأجر على إصدار خطابات الضمان في مجال الشراء العمومي شريطة أن تكون هذه الخطابات مغطاة تغطية كاملة من العميل ، أما إذا كان الخطاب غير مغطى كليا أو مغطى جزئيا فقط فلا يجوز قبض الأجر على عملية إصداره .

فإذا كان خطاب الضمان مغطى كلية فلا يظهر لي في أخذ الجعالة عليه شيئ ، لأن العمولة التي يأخذها المصرف في هذه الحالة مقابل خدماته كالعمولة التي تؤخذ من قبله في عملية التحويل بالشيكات

---

[1] محمد باقر الصدر، المرجع السابق، ص130-131.

[2] **عبد الستار أبو غدة**، خطاب الضمان،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 2،المرجع السابق،ص1108.

[3] **عبد الستار أبو غدة**، ،نفس المرجع ،ص1109-1110.

، لأن هذه العملية ليست مقابل عملية قرض ولا ما يؤول إلى قرض ، لأن المصرف لا يدفع شيئا وإنما يدفع ما إلتزمه بموجب الضمان من مال المضمون عنه الموجود لديه[1].

فخطاب الضمان المغطى هو كفالة تجاه المضمون له ووكالة تجاه المضمون و العبرة بالعلاقة مع المضمون في تكييف حكمه فهو إذن وكالة، والوكالة تجوز بأجر وبدون أجر وعليه فأخذ الأجرة عليه في هذه الحالة جائز[2].

فبخصوص الخطابات الغير مغطاة كُلِّية ،**فالحسن عبد الله الأمين** لا يرى جواز أخذ الجعالة عليه لأن هذا الضمان قد يؤدِّي إلى قرض ، فيكون قرضا جرَّ فائدة[3].

وهو ما ينطبق على خطابات الضمان المغطاة جزئيا فقط ،فإذا كان خطاب الضمان مغطى تغطية جزئية فلا يجوز قبض الأجر على إصداره ، فخطاب الضمان غير المغطى كلِّيا يُعَدُّ قرضا ويكون المبلغ الزائد عن الأجرة العادية على إصدار خطاب الضمان من قبيل الرِّبا لأنها زيادة عن القرض[4].

فيما جاء في فتوى لدار الإفتاء الأردنية[5]:

❁أما الأجرة التي يحصلها البنك من فتح خطاب الضمان و تنفيذه فيختلف حُكمها بناء على الإختلاف في طريقة تغطية خطاب الضمان من قِبلِ العَمِيلِ .

–فإذا كان خطاب الضَّمان مغطًّى من قِبَلِ العميل بالكَامِلِ صارت العمولة وكالة بأجر ،لأن العميل حينئذ قد وكَّل المصرف بإجراءات خطاب الضَّمان من ماله المدفوع ، فيجوز للوَكِيلِ أن يحصِّل أجرا من المُوَكِّلِ.

فخطاب الضمان غير المغطى كليا يعد قرضا ويكون المبلغ الزائد عن الأجرة العادية على إصدار خطاب الضمان من قبيل الرِّبا لأنها زيادة على القرض[6].

–أما إن كان خطاب الضَّمان غير مغطى من قبل العميل صارَ كفالةً وحينئذ لا يستحقُّ المصرف عليه أجرا إلا بمقدار المصاريف الإدراية الفعلية المباشرة ، وبالمعايير الشرعية المعلومة أمَّا الأجرة الزائدة فلا

---

[1] **عمر عبد العزيز المترك**، المرجع السابق ، ص391.

[2] **حسن عبد الله الأمين**، خطاب الضمان،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 2، نفس المرجع ،ص1054.

[3] **عمر عبد العزيز المترك**، المرجع السابق ، ص391.

[4] **إبراهيم رحماني** ، المرجع السابق، ص 434.

[5] **دار الإفتاء الأردنية**، رقم الفتوى 3474، آخر إطلاع 7–مارس–2019.

[6] **إبراهيم رحماني** ، المرجع السابق، ص 434.

تحلُّ في هذه الحالة كما لا يجوز أن تكون الأجرة مرتبطة بمقدار الضَّمان ومدَّته الزمنية حذرا من شبهة أخذ أجرة الضَّمان.

– ووجه عدم جواز أخذ الأجرة الزائدة على المصاريف هو أن الضامن إذا أدَّى عن المضمون عنه وجب على الأخير سداده للضامن فصار الضَّمان كالقرض فإن أخذ عليه عِوَضًا صار قرضا جرَّ نفعا،وذلك إستنادا لما قال به **الإمام الحطابي المالكي:**«ولا خلاف في منع ضمان بجعل لأن الشرع جعل الضمان و القرض و الجاه لا يفعل إلا لله بغير عِوَض ،فأخذ العِوض عنه سحت»[1].

و جاء في المعايير الشرعية **للأيوفي** المعيار الشرعي رقم5(175) ص 51، لا يجوز أخذ الأجرة على خطاب الضمان لقاء مجرد الضَمان، و التي يُرَاعَى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته سواء كان بغطاء أم بدونه﴾.

إذا كان خطاب الضمان مغطًّى كُلِّيًّا فإنَّ مُصدر الخطاب –البنك– يكون وكيلاً عن العميل في الأداء ويستحق العمولة التي تحدد بإتفاق الطرفين بإعتبارها أجرة على الوكالة ، وإذا كان مغطى جزئيا فإنه يستحق بالنسبة ،و التناسب فمثلا المغطى بـ **40%** ، يؤخذ **40%** من العمولة للغطاء الكامل بصفة ذلك وكالة .

وزيادة على الرأي القائل بجواز أخذ الأجر على إصدار خطاب الضمان المغطَّى تغطيةً كاملةً في مجال العقود الإدارية فإن هناك من يرى جوزا أخذ الأجر على خطاب الضمان ولو كان هذا الخطاب مغطى تغطية جزئية فقط ، ومن ذلك:

وبما أنه من الناحية الشرعية أخذ الأجر على الوكالة فكذلك الأجر على الضمان إذا كان بغطاء جزئي أو كلِّي ، وأعني بالأجر هنا الأجر الزائد على مجرَّد المصروفات البنكية[2].

ثالثا:جواز الأجر على إصدار خطاب الضمان بحسب حالة العميل.

أن قول جمهور الفقهاء بعدم جواز إشتراطه وأخذه مطلقا غير سديد ، لعدم سلامة الأدلة التي ساقوها والعِلَلِ التِّي قدَّموها من الإيراد عليه. كما أن القول بجواز أخذ الأجر على الكفالة مطلقا غير صحيح أيضا ، وذلك نظرا لما قد يفضي إليه من التعامل بربا النسيئة تحت سِتَارِ عقد الكفالة وذلك محرَّم شرعا و

---

[1] **أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، المعروف بالحطاب** ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، ط1، الجزء 6، 1416هـ-1995م، ص273.

[2] **أحمد علي عبد الله**، خطاب الضمان،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 2، المرجع السابق ،ص1118.

أنه لابد للمسألة من تفصيل، وبيان ذلك أن الكفالة بالمال **ثلاثة أمور**:

- ✓ إلتزام الكفيل بالدَّين أو المطالبة به.
- ✓ أداء الكفيل الدَّينَ المكفول به إلى ربِّه.
- ✓ رجوع الكفيل على المكفول بما أدَّى عنه إذا وقع ذلك، **إنتهت الأمور الثلاثة**[1].

وإشتراط الجعل فيها في التطبيق **خمسة أحوال**.

- **الحالة الأولى.**

إن إلتزام الكفيل بالدَّين إذا لم يترتب عليه أداء الكفيل الدَّين إلى المكفول له كما إذا أدَّى المكفول الدَّين إلى رَبِّهِ أو لم يطالب المكفول له الضامن بالمبلغ المكفول به مِثْلَ كثير من حالات خطاب الضمان المصرفي يجوز أخذ الأجر عليه، حيث أن مجرد الإلتزام بالدَّين فيه مصلحة مقصودة ومنفعة شرعية للمكفول ، فجازت المعاوضة عنه بمال لتعارف النَّاس على تقوُّمه بتراضي الطرفين عليه إعتبارا بمسائل منافع الآدميين و الأعيان المالية التي لا خلاف في جواز مبادلتها بالمال، وتخريجًا على أقوال كثيرة من الفقهاء بجواز المعاوضة عن مجرَّد الإلتزام بالمال وأخذ الجعل عليه وذلك في فروع و مسائل وتطبيقات عديدة في المذاهب المختلفة.

- **الحالة الثانية.**

إن إلتزام الكفيل بالدَّين – البنك– إذا قام بأدائه إلى المكفول له وكان الضامن مدينا للمكفول بمثل الدين الذي وفَّاه عنه يجوز أخذ الأجر عليه وذلك لوقوع المقاصة جبرًا بين الدَّينَين وبَرَاءَةِ ذِمَّةِ كل من الكفيل و المكفول بها وإنتهاء الكفالة و المُداينة المترتِّبة عليها حالا دون تأجيل .

- **الحالة الثالثة:**

إن إلتزام الكفيل بالدَّين إذا قام بأدائه إلى المكفول له وكان الضامن مدينا للمكفول ببعض الدَّين الذي قضاه عنه يجوز أخذ الأجر عليه إذا بادر المكفول على الفور بوفائه القدر الباقي في ذمته من المال الذي أدَّاه عنه وذلك لإنتهاء الكفالة و المداينة الناشئة عنها حالا دون تأخير.

- **الحالة الرابعة:**

إن إلتزام –الكفيل بالدَّين– إذا قام بأدائه عن المكفول دون أن يكون الضَّامن مدينا له بمثل الدَّين الذي أدَّاه

[1] **نزيه حماد**، قضايا فقهية معاصرة في المال و الإقتصاد، دار القلم، دمشق ، سوريا، 1421هـ–2001م، ص310.

عنه – يجوز أخذ الأجر عليه إذا بادر المكفول بوفائِه مِثلَ ما قضى عنه فورَ الأداء أو في يومه، وذلك لإنتهاء الكفالة و كذا المُداينة النَّاشئة عنها حالًا دون تأخير.

- الحالة الخامسة:

إن إلتزام الكفيل بالدَّين إذا قام بأدائه عن المكفول ولم يكن الضَّامن مدينًا للمكفول بمثل الدَّين الذي وفَّاه عنه قدرًا ووصفًا ولم يبادر المكفول على الفور إلى إبرَاءِ ذِمَّتِهِ مِمَّا ثبت فيها للكفيل من دَين بموجب وفائه حتى صار المبلغ المؤدَّى عليه أو جزءه دَينًا مؤجَّلاً في ذمَّته لا يجوز أخذ الأجر عليه لأن الجعل على الإلتزام حينئذ ليس إلا حيلة لأكل ربا النسيئة أو ذريعة إليه وذلك محرَّمٌ شرعًا،و لا فرق في هذه الصورة بين أن تقع الكفالة في الأصل على أن يكون الأمر فيها على هذا النَّحو و أن يؤول الحال فيها إلى ذلك بدون إتِّفاق مسبَقٍ عليه لأي سبب من الأسباب . **إنتهت الأحوال الخمسة**[1].

رابعا:جواز الأجر على إصدار خطاب الضمان بحسب الجهد من البنك.

تصح الأجرة على الكفالة ليس على ذات الكفالة وإنما على الجهد غير المتكرِّر وعلى قدر الكفالة ولا مانع من تؤخذ بنسبة حسب العرف المصرفي لأن الأجرة هنا ليست كأجرة الطِّباعة ، بل هي مقابل دراسات إئتمانية و أتعاب قانونية وغير ذلك[2].

البند الرابع:جواز حصول المصرف الإسلامي على المصاريف الإدارية الفعلية المرتبطة بإصدار خطابات الضمان.

يرى بعض الفقهاء المسلمين أنه في كل الأحوال يحقُّ للمصرف الإسلامي الحصول على مقابل للجهد المبذُول في إصدار خطابات الضمان،وعليه يجوز إصدار خطاب الضمان من قبل البنك الإسلامي نَظير أجرة فعلية للإصدار والمصاريف الإدارية وليس مقابل تسليف مبلغ الضمان ومُدَّته سواء أكان مغطًّى أو غير مغطًّى[3].

و يرى **وهبة الزحيلي** كذلك أنه : يجوز أخذ الأجرة على الجوانب الإدارية لإصدار خطاب الضمان[4]،وهو

---

[1] **نزيه حماد**، قضايا فقهية معاصرة في المال و الإقتصاد، المرجع السابق، ص310-311.

[2] **فتوى الهيئة الشرعية**، فتاوى البنك العربي الإسلامي الدولي من 2009 إلى 2015، ص166.

[3] **محمد عثمان شبير**، المعاملات المالية المعاصرة ، المرجع السابق، ص304.

[4] **وهبة الزحيلي**، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص471-472.

وهو ما يسير عليه **رفيق يونس المصري** ، حيث يقول في ذلك: فإذا دَفع الضَّامن مصاريف أُجرة الإنتقال أو غيرها لأجْلِ الضَّمان يجوز له أن يستردَّ مصاريفه المدفوعة فعلا دون زيادة لأن الزيادة تصبح من باب الأجرة الممنوعة على الضَّمان[1] .

وبهذا يجوز العمل بمنتوج خطاب الضمان لضمان الموردين و التجار المحليين و الدوليين ويجوز أخذ رسوم محددة على خطاب الضمان في مقابل الإصدار تعادل التكلفة الفعلية[2].

وعليه فإنَّه يجوز للبنك أن يتقاضى من العميل شيئين:

- الأول: النفقات الفعلية التي يتحملها في عملية إصدار خطاب الضمان.
- الثاني: الأجر على جميع الأعمال التي يباشرها بصفة الوكيل أو السمسار أو الوسيط بين المورِّد والمصدِّر ، ولكن لا يجوز له أن يطالب بالأجرة على نفس الكفالة و الضمان[3].

فيرى الفقهاء جواز الحصول على مقابل عن الخدمات المصرفية المرتبطة بالكفالة المصرفية مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل الذي يقدره الخبراء العدول الذين يوثق في تقديراتهم[4].

نعم إن المصاريف الإدارية التي يسلكها البنك تبعا لقوانين الدولة لأجل إصدار خطاب الضمان الإبتدائي و النهائي فهي جائزة شرعا[5].

فحصول البنك على رسوم نظير ما يقدِّمه لطالب خطاب الضمان من خدمات جائز شرعا ، سواء عند إصدار الخطاب ، أوعند تجديده بناء على طلب العميل[6].

و لقد جاء في قرار لمجمع الفقه الإسلامي حول خطابات الضمان ما نصه:

﴿ إن المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه جائزة شرعا ، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر

---

[1] **رفيق يونس المصري**، المصارف الإسلامية، دراسة شرعية لعدد منه، مركز أبحاث الإقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة ، السعودية، ص38.

[2] **فتاوى هيئة الفتوى و الرقابة الشرعية** لمنتجات بيت التمويل الكويتي – البحرين– ، 1ربيع الثاني 1433هـ، الموافق لـ 23 فيفري 2012م، ص1.

[3] **محمد تقي العثماني** ، أحكام بيع التقسيط، المرجع السابق، ص42.

[4] **حمدي عبد العظيم**، خطابات الضمان في البنوك الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، واشنطن ، الولايات المتحدة الأمريكية، 1981، ص151.

[5] **حمدي عبد حسن الجواهري**،مناقشة موضوع المناقصات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 9،المرجع السابق،ص287.

[6] **حمدي عبد العظيم**، المرجع السابق، ص135.

المثل ، وفي حالة تقديم غطاء كلّي أو جزئي يجب أن يُرَاعى في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ماقد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء﴾[1].

و يرى في ذلك **القره داغي** أنّ[2]:

﴿و الخلاصة أنَّ خطاب الضمان من دون غطاء كامل يعد كفالة وهي تبرع فلا يؤخذ عنها الأجر وإن كان له غطاء نقدي كامل لدى المصرف فهو وكالة عن الشخص المكفول وكفالة المكفول له، و في الحالتين يجوز للمصرف أن يأخذ أجرا على خطاب الضمان بمقدار جهده وماله وإجراءات عمله دون أن **يربط الأجر بمقدار المبلغ الذي يصدر به خطاب الضمان** ولا يجوز أخذ أجر على خطاب الضمان غير المغطىً بنسبة مبلغ الضمان ويشترط لإصدار أي خطاب ضمان شرعا أن يكون الموضوع الذي من أجله صدر الخطاب مشروعا غير ممنوع شرعا﴾

وجاء في ندوة البركة الثالثة :

«1) إن جواز إصدار خطاب الضمان مشروط بأن يكون مرتبطا بمشروعية الموضوع الذي يطلب خطاب الضمان لأجله.

2) يجوز للبنك في جميع الأحوال أن يأخذ أجرا على خطاب الضمان بقدر ما يبذله من جهد وعمل إجرائي دون أن **يربط الأجر بنسبة المبلغ** الذي يصدر به خطاب الضمان»[3].

كما جاء في فتاوى الهيئة الشرعية للبركة أنَّه يمكن أخذ العمولة **مرتبطة بالأجل و المبلغ** في خطابات الضمان المغطاة بالكامل ، أما خطاب الضمان غير المغطى جزئيا أو المغطى جزئيا فيجوز ربط عمولة إصدار الخطاب **بالمبلغ** دون إعتبار الأجل ، على أن يُقسَّم إلى شرائح–وحدات– متباعدة يراعى فيها أجرة المثل ، وذلك تجنبا لمراعاة الضمان في ربط أجرة الضمان بملبغ الضمان أو أجله، وذلك من خلال الجدول التالي: [4]

---

[1] **قرار مجمع الفقه الإسلامي**، رقم 12–12–2 بشأن خطابات الضمان،المرجع السابق،ص2.

[2] **القره داغي**، فتاوى البنوك و المصارف، موقع http://www.qaradaghi.com/chapterDetails.aspx?ID=984، آخر اطلاع 10–جوان–2020ص1.

[3] **فتوى رقم 1/3**، تكييف خطاب الضمان ومدى جواز أخذ الأجر عليه ندوة البركة الثالثة، 1406هـ–1985م، المرجع السابق ،ص2.

[4] **فتوى رقم 5/12**، فتاوى الهيئة الشرعية للبركة، مجموعة دلة البركة، ط2، 1423هـ–2003م، ص263–269.

قيمة خطاب	الضمان	العمولة
من .. دولار	إلى 500 دولار	100 دولار
من 501 دولار	إلى 1.000 دولار	150 دولار
من 1001 دولار	إلى 5.000 دولار	200 دولار
من 5001 دولار	إلى 10.000 دولار	300 دولار
من 10001 دولار	إلى 50.000 دولار	500 دولار
من 50001 دولار	إلى 100.000 دولار	1.000 دولار
من 100001 دولار	إلى 500.000 دولار	2500 دولار
من 500001 دولار	إلى 1.000.000 دولار	5.000 دولار
من 1000001 دولار	إلى 2.000.000 دولار	10.000 دولار
من 2000001 دولار	إلى 4.000.000 دولار	20.000 دولار
من 4000001 دولار	إلى أكثر من ذلك	30.000 دولار

وبخصوص خطابات الضمان دائما يرى **رفيق يونس المصري** أنه إذا كان الضمان بخطاب مصرفي ، أو ضمان بتعهد من شركة تأمين أن يكون الضمان بلا أجر لأن الأجر على الضمان لا يجوز شرعا كما يجب أن يكون الضمان بتعهد من شركة تأمين تعمل وفق قواعد التأمين الإسلامي وإن كانت شركة تأمين غير إسلامية فلا يجوز[1].

في حين يرى **محي الدين القَرَه داغي** مجيبًا في إحدى الفتاوى بشأن أخذ فائدة عن قيمة خطابات الضمان في حالة تسييلها ودفعها للمستفيد أنه:

إذا كان خطاب الضمان يتضمن أخذ فائدة في حالة ما إذا أدَّى البنك المبلغ المضمون ، وهذا الشرط في نظر الفقهاء: شرط فاسد وباطل، وهل يجعل العقد باطلا؟ فيه خلاف بين الفقهاء يذهب أكثرهم إلى أنه يجعل العقد باطلا، وبالتالي لا يجوز للإنسان أن يوقع عليه، وذهب بعض العلماء إلى: أنه يبقى العقد صحيحا، ولكن بشرط: أن يحفظ العميل **(المضمون عنه)** على ألا يدفع البنك المبلغ المضمون، أي لا يرتكب خللا ويحافظ على الإتفاقية بينه وبين الجهة الطالبة للضمان، فإذا إستطاع أن يحافظ على ذلك

[1] **رفيق يونس المصري**، عقود التوريد و المناقصات، المرجع السابق، ص56-57.

(أي ألا يدفع البنك هذا المبلغ أبدا) فإن بعض الفقهاء قد أجازوا ذلك إعتمادا على **حديث بريرة رضي الله عنها** وهو:

إجازة العقد وبطلان الشرط، وعدم تأخير الشرط الفاسد في العقد، ويمكن للسائل أن يأخذ بهذا الرأي بالنسبة للظروف التي تحدث عنها.

وحتى يتمكن هو أو مثله في تحقيق الخير والتنمية لنفسه ولأمته، وحتى لا يحرم المؤمنون الصادقون من مثل هذه المقاولات التي تتطلب مثل هذه الخطابات للضمان، ولا سيما في حالة عدم وجود بنوك إسلامية قادرة على تحقيق ذلك[1].

وفذلك ذلك يقول **وهبة الزحيلي** أن:

أن الكفالة عقد يبرُّع وطاعة يثاب عليها الكفيل لأنها تعاون على الخير وللكفيل الرجوع على المكفول عنه بما تحمَّله من مسؤولية الضمان إذا دفعه لصالح الجهة المكفول لها .

والأَولى تتمُّ تبرُّعًا بدون مقابل فذلك أبعد عن الشبهة ، ولو قام المكفول له بتقديم شيئ من المال للكفيل هبَةً أو هديَّةً جاز جزاء المعروف الذي أسداه له الكفيل .

لكن لو إشترطَ الكفيل تقديم مقابل أو أجر على كفالته وتعذَّرَ على المكفول عنه تحقيق مصلحته من طريق المحسنسن المتبرِّعين جاز دفع الأجر للضرورة أو للحاجة العامة لما يترتب على عدم الدفع من تعطيل المصالح كالسفر للخارج للدراسة أو للإرتزاق أو لتأجيل الجندية ونحوها[2] .

فذلك يتماشى مع قواعد الشريعة وأصولها القائمة على تحقيق المصالح ودفع المفاسد و لإمكان تنزيل الحاجة منزلة الضرورة بالإضافة إلى أهمية خطابات الضمان في التنمية الإقتصادية وتوفير السيولة النقدية[3].

وأساس القول بالجواز فيه ، أن الفقهاء أجازوا دفع الأجرة للحاجة لأداء القربات و الطاعة من تعليم قرآن وممارسة الشعائر الدينية ... [4].

---

[1] **علي القَره داغي**، حكم خطاب الضمان ص4، http://www.qaradaghi.com/chapterDetails.aspx?ID=1432 ، آخر إطلاع ، 28-أوت-2020.

[2] **وهبة الزحيلي**، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق سوريا، الجزء 5، ط 32 ،1431هـ-2010م ،ص 50.

[3] **عاطف أبو هربيد**، المرجع السابق،ص135.

[4] لتفاصيل أكثر يرجى من القارئ "ة" الكريم "ة" مراجعة ،**وهبة الزحيلي**، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء 6، ص51 وما بعدها.

البند الخامس: بعض الحلول الفقهية المقترحة لعملية إصدار خطابات الضمان.

نتيجة للإختلافات التي أُثيرت بخصوص قبض العمولة في عملية إصدار خطاب الضمان إجتهد البعض بهدف بلورة مخرج شرعي يمكن من خلاله للبنك الإسلامي القيام بإصدار خطابات الضمان بعيدا عن الشبهات بخصوص هذه المسألة ، ومن ذلك :

أولا: مشاركة البنك للعميل في قيمة خطاب الضمان محل الإصدار.

إذا لم يكن للعميل غطاء لخطاب الضمان فيمكن للمصرف أن يموِّل المشروع أو جزء منه مقابل المشاركة في الغرم وربما تحمَّل الغرم كله و المشاركة في الربح – المضاربة– أو أي أسلوب آخر لا يخلُّ بأحكام الشريعة[1].

في حين يرى **رفيق يونس المصري**:

فإن تقديم المال على حصة من الربح جائز و بالإجماع أما تقديم الضمان على حصة من الربح فليس هناك نصٌّ يجيزه و لا إجماع ، نعم أجازت بعض المذاهب الفقهية إستحقاق الربح بالضَّمان ولكن معنى الضمان هنا مختلف عن معناه هناك فهو هنا ملحق بمال أو ملحق بعمل فالقاعدة الكلية عندهم يستحق الربح بالمال أو العمل أو الضمان أمَّا إستحقاق الرِّبح بالضَّمان وحده منفصلا عن المال و العمل فهذا غير جائز ، ومنه يتضح أن مركز المال أفضل من مركز الضَّمان ، فلئن لم يجز في كليهما الأجر – الفائدة على المال و الأجر على الضمان– إلا أنه جاز للأول القراض ولم يجز للآخر[2].

قد سبق لفقهائنا أن أجازوا مثل ذلك الأجر للإمام و الخطيب و المؤذِّن و الشَّاهد والمعلِّم إذا إحترفوا ذلك ولم تكن لهم موارد أخرى يعيشون منها ولم يقم بها إحد تَبَرُّعًا وتَطَوُّعًا فإذا ما أخذوا عليها أجرًا أو رِزقًا توجَّب عليهم القيام بها فصارت واجبا ووظيفة بعد أن كانت ندبا و إستحسانا وصارت فرض عين بعد أن كانت فرض كفاية[3].

وبعبارة أخرى هل من فرق في الحكم الشرعي على القربات بينما إذا كان موضع إكتساب مَدين عارض أو موضع إحتراف تجاري منظم؟، ومثال ذلك[4]: لو إتفقت مع حمَّال أن يحمل لك متاعك إلى السيارة بمبلغ

---

[1] **محمود حسن الوادي، حسين محمد سمحان، سهيل أحمد سمحان**، المرجع السابق، ص207.

[2] **رفيق يونس المصري**، المصارف الإسلامية، دراسة شرعية لعدد منها، المرجع السابق، ص 39–40.

[3] **رفيق يونس المصري**، خطاب الضمان،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 2، المرجع السابق،ص1118.

[4] **رفيق يونس المصري**، خطاب الضمان،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 2، نفس المرجع ،ص1118.

معيَّن، فأمر هذا الحمَّال حمَّالا آخر صَبِيًّا مثَلاً : أن يقوم بهذه المهمة بنصف المبلغ وإقتطع النصف الآخر لنفسه، ألا ترى أنَّكَ تَجِدُ في نَفسِكَ حيث أنَّ هذا المُعلم ما قدَّم مالا و لا عملا حتَّى يستحق هذا المال ويطيب له؟.

لكن لو إتخذ هذا المعلِّم دكَّانًا وإستأجر عقَّارا و جمع عنده الأجراء أو أسَّسَ شركة صنائع أو إشترى العدد و الآلات للقيام بعمله فزادت بذلك مخاطرته ووضع نشاطه الإداري والتنظيمي و الإشراف، ألا تشعر بأنك تسخو له بهذا الفرق وأكثر منه ؟، بل أنك لا تعود تُحِسُّ بهذا الفرق أبدًا لأنه لا يأخذ منك ليعطي آخر بهذه الصورة البدائية التي يكسب فيها على الفور وعلى المضمون وبلا مخاطرة معتبرة ولا عمل محترم ولا مال مقدم. **إنتهى المثال.**

والمعلوم فقهيا أن الأجر المشروط على الضمان لا يجوز غير أن بعض الفقهاء : **الحنفية ، الحنابلة، الزيدية**، أجازوا الربح بالضمان إذ أجازوا شركة الوجوه ويتخرَّج على مذهبهم أن وجيها لو إشترك مع آخر – خامل– على الضَّمان والربح مناصفة ، ولم يشتر ولم يبع جاز لمجرد الضَّمان كذلك الأمر في عقد الإستصناع الذي أجاز فيه **الحنفية** بالمقارنة مع السَّلم عدم تحديد أجل المبيع وعدم تعجيل الثمن بل عدم تحديد الثمن ،ألا ترى أنَّهم لم يجيزوه إلا فيما جرى عليه العرف و التعامل ، نعم إنهم لم يجيزوا الإستصناع إلا بعد عموم الحاجة إليه وإحترافه في بعض البلدان في بعض السلع المصنوعة ، هل هذا يعني أن الإحتراف المنظَّم قد يُغَيِّرُ الحكم أحيانا عمَّا لو بقي الأمر في حدود الإكتساب البِدَائِيِّ لأن أهله قد إنتقلوا إلى أهل الخبرة و البصيرة بتقديم خدمات تجارية منتجة ومفيدة لمجتمع تطلبها وتعارف عليها؟، لعل هذا التخريج للضمان يكون أفضل مما ذهب إليه البعض من تجويز أجر الضمان المصرفي من طريق الوكالة التي يتضمنها هذا الضَّمان أو من طريق القول بجواز ثمن الجاه أو أجرِهِ[1]:

ثانيا: دخول البنك مع العميل في عقد مضاربة رأس ماله قيمة خطاب الضمان.

يعتمد هذا النموذج المقترح لخطاب الضمان على أساس عقد المضاربة وليس المشاركة ، فخطاب الضمان الذي يصدره البنك بناء على طلب العميل لصالح المستفيد يخضع لما يلي[2].

1) يعتبر العميل طالب خطاب الضمان شريكا للبنك بالعمل –رب العمل–.

2) يعتبر البنك الإسلامي مُصدِر خطاب الضمان شريكا بالمال–رب المال–.

---

[1] **رفيق يونس المصري**، خطاب الضمان،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 2، المرجع السابق ،ص1119.

[2] **حمدي عبد العظيم**، المرجع السابق، ص158.

3) يتولى البنك الإسلامي تحويل كافة العمليات التي يقوم بها رب العمل للمستفيد من خطال الضمان في كافة المراحل منذ بدء العمل حتى نهايته.

4) يُصدِر البنك الإسلامي خطاب ضمان لرب العمل لتقديمه إلى المستفيد دون الحصول على أي مقابل نقدي أو عيني يرتبط بالكفالة.

5) يلتزم العميل –**رب العمل**– بتوريد كافة المبالغ النقدية وأوراق القبض و الشيكات وغيرها و المرتبطة بالأعمال التي ينفِّذها رب العمل الى البنك الإسلامي أولا بأوّل وبالإتفاق مع المستفيد الذي يكون على إستعداد لسداد مستحقات العميل لديه إلى البنك في حساب خاص يفتَحُ لهذا الغرض.

6) يتفق البنك الإسلامي – **رب المال**– مع طالب خطاب الضمان – **رب العمل**– على إقتسام الأرباح التي تتحقَّق من عملية المضاربة بنسب معيَّنة يحدِّدُها الطرفان مقدَّمًا في عقد موقَّع منهما.

7) الربح الناتج هنا لا يكون من أسبابه الضمان، وإنما العمل و المال معا .

8) لا يحق للبنك تقاضي مصروفات إدارية.

غير أن هذين المخرجين الفقهيين إنتقدهما البعض من حيث:

ومن هنا كانت المحاولة الذكية لإعتبار خطاب الضمان جزء من مشاركة أو مضاربة بين المصرف وعميله ولكنها محاولة لا تفي بالغرض لما يأتي:

- ✓ أنها على خلاف قاعدة الأمور على مقاصدها.
- ✓ أنها في مضمونها تقوم على إعتبارات الربح يستحق بأسباب **ثلاثة** هي :

–**المال ، العمل، الضمان**–

علي حين أن حقيقة المسألة – **أو أن المسألة في حقيقتها**– ليست كذلك فالبنك الإسلامي يستعير من العمل المصرفي التِّجاري عمليات خطاب الضمان بفنِّياتها المنبتة الصلة عن فنِّيَّات الإلتزام الأصلي بين العميل و البنك على نحو ما سلف شرحه مع محاولة تطهيرها من الرِّبا.

وإستنادا إلى حديث : ﴿**الخراج بالضمان**﴾[1].

هل في معناه متَّسع لمقابل طاهر أو جزاء عادل إذا قلنا :

«أن من يتحمَّل تبعية ضمان شيئ أو تلف يكون من حَقِّهِ أن يحصل على منفعة من الشيئ المضمون فالمنفعة مقابل الضَّمان في هذه الحالة ويجري الإجتهاد حول الأساس العادل لتحديد ذلك المقابل أوالجزاء

[1] **حديث سبق تخريجه**، ص137 من الأطروحة.

لإشتراك البنك وعميله في المنفعة؟»ففي معنى الحديث وقواعد الفقهاء متسع للمسألة ومن ذلك:

ما أشار إليه **إبن نجيم** أن خراج الشيئ هو كل ماخرج منه ومن ثم الخراج في الحديث هو المنافع جعلها لمن عليه الضمان، وقول **الزركشي** في قواعده أن الخراج ما خرج من الشيئ من عين ومنفعة وغلة، وكذلك من قواعد الفقهاء في معنى الحديث ما قاله **شريح بن الحارث الكندي** أن من ضمن فله ربحه، وعلى هذا الأساس نقول أن البنك وقد ضمن عميله في خطاب الضمان فيكون له نصيب من الربح العائد للعميل من العملية المضمونة أو محل الضمان لشراكته مع العميل في هذه العملية – **شراكة عقد**– محله ضمان عمل العميل وضمان العمل من العمل.

كما أن إستحقاق الربح يكون تارة بالمال وتارة بالمال و العمل ويكون تارة بالضمان[1]، و لقد ساقت المادة1347 من نفس المجلة ذلك فنصَّت :

«...وَإِذَا وَضَعَ أَحَدٌ مِنْ أَرْبَابِ الصَّنَائِعِ تِلْمِيذًا عِنْدَهُ وَأَعْمَلَهُ فِيمَا تَقَبَّلَهُ وَتَعَهَّدَهُ مِنْ الْعَمَلِ بِنِصْفِ أُجْرَتِهِ جَازَ وَالْكَسْبُ أَيْ الْأُجْرَةُ الْمَأْخُوذَةُ مِنْ أَصْحَابِ الْعَمَلِ كَمَا يَسْتَحِقُّ التِّلْمِيذُ نِصْفَهَا بِعَمَلِهِ يَسْتَحِقُّ الْأُسْتَاذُ نِصْفَهَا الْآخَرَ بِضَمَانِهِ الْعَمَلَ وَتَعَهُّدِهِ إيَّاهُ»[2].

فيعني أن يُعلم أن الأجرة المأخوذة من أصحاب العمل جائزة كما يكون نصفها مستحقًّا للتِّلميذ بعمله ويكون نصفها الآخر مستحقا للأستاذ أيضا بتعهده و ضمان العمل، فالمثال المذكور قد حقَّ للمتعهد والضَّامن النصف في كسب المتعهد العامل المضمون في عمله [3].

وعلى هذا النحو يجوز أن يكون حق البنك متمثلا في نسبة من قيمة خطاب الضمان فذلك واضح الشبهة بل صريح الرِّبا فما يأخذه البنك في هذه الحالة سُحتٌ.

ومن ثم كان الأعدَل والأصوب هو أن يكون للبنك الضامن حظٌّ من كسب العميل و رِبحِهِ المأخوذ من عمله أو من العملية بالنسبة التي يتم الإتفاق عليهما بينهما ،وبذلك تخرج عمليات خطابات الضمان عن الكفالة بمعناها الدَّقيق و الضَّيِّقِ وتصير بما تحمله من مستحدثات العرف المصرفي نوعا من الأنشطة الهامة و الرئيسية في المصارف ، وإن قال قائل أن المتعاملين سيحجمون عن التعامل مع البنك الإسلامي لأن نسبة الفائدة المصرفية ستكون أقل من نسبة الربح ممَّا يغريهم بالتعامل مع البنوك الربوية

---

[1] **عبد الحميد محمود البعلي**، المرجع السابق،ص60.

[2] المادة 1347 من مجلة الأحكام العدلية،الفصل الرابع، في بعض ظوابط تتعلق بشركة العقود، المطبعة الأدبية ، بيروت ، لبنان، 1302هـ-1884م، ص189.

[3] **عبد الحميد محمود البعلي**، المرجع السابق،ص61.

فهذا القول يتجاهل أن دخول البنك الإسلامي كشريك في العملية يخفف مخاطر العميل ومن ثم تثور مسألة جواز تحمُّل البنك لنصيبه في المخاطر بنسبة الربح لمجرَّد الضَّمان و الحصول على نسبة ربحه وعلى ذلك تكون نسبة الربح أساس عادل لتحديد نسبة التحمل في الخسارة في حالة الشركة على أساس الضمان فقط[1].

و يمكن القول أنَّ خطاب الضمان لا يزال بحاجة إلى دراسات فقهية جادَّة تنظر إليه على أنه معاملة قائمة بذاتها لها شَبه –**بالكفالة و الوكالة**–،وتستخرج لها الأحكام الفقهية التي تناسبها فقد سبق أن الفقهاء وضعوا للخراج أحكاما خاصة به وإن كان له شبه بالإجارة و البيع[2].

[1] **عبد الحميد محمود البعلي**، نفس المرجع ،ص61.

[2] **محمد عثمان شبير**، المعاملات المالية المعاصرة ، المرجع السابق، ص304.

الباب الثاني.

الإطار التطبيقي لغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

ويشتمل على الفصلين التاليين:

- الفصل الأول:

تطبيق غرامة التأخير في ظل الشروط القضائية والقانونية.

- الفصل الثاني:

تطبيق غرامة التأخير في ظل الشروط الفقهية.

📖الفصل الأول: تطبيق غرامة التأخير في ظل الشروط القضائية والقانونية.

يقتضي تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية إحترام العديد من الشروط و القواعد القضائية وإلا كان قرار فرض غرامة التأخير مَشُوبًا بعيوب المشروعية، وتسبيق الشروط القضائية الإدارية لفرض غرامة التأخير يرجع إلى أنَّ القضاء الإداري هو من أهم مصادر القانون الإداري فمن باب أولى الحديث عن شروط تطبيق غرامة التأخير في مجال الطلب العمومي إعتمادا على ما أقرَّه القاضي الإداري بخصوص هذه المسألة بدرجة كبيرة مع تدعيم ذلك بمختلف القواعد التي تفرضها مختلف القوانين المنظمة لعملية الشراء العمومي﴿**المبحث الأول**﴾.

و زيادة على ما تم الإشارة إليه بخصوص الشروط العملية والتطبيقية لفرض غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية ، فإن غرامة التأخير حتى وإن خضعت لرقابة القاضي الإداري ، والتي عادت ما تكون هذه الرقابة لصالح المتعامل المتعاقد والتي يمكن تسميتها بالرقابة الإيجابية بحكم أنها وُضِعَت لصالح المتعاقد مع الإدارة ، فإن هناك رقابة أخرى يمكن تفعيلها إذا كنَّا بصدد تطبيق غرامة التأخير ، وتتمثل هذه الرقابة في رقابة القاضي الجزائي والتي يمكن تسميتها بالرقابة السلبية لأنها وُضِعت لحماية الصالح العام ومحاربة كل تواطؤ أو تسامح غير قانوني يهدف إلى التحايل على تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية وذلك بإعفاء المتعاقد من غرامة التأخير في غير الحالات التي يسمح بها القانون ، الأمر الذي يتطلب تطبيق عقوبات جزائية﴿**المبحث الثاني**﴾.

المبحث الأول:الشروط القضائية والقانونية الإدارية لتطبيق غرامة التأخير.

ما وقفنا عليه خلال هذه الدارسة المتواضعة هو أن تطبيق غرامة التأخير يكون في حالات معينة يمكن من خلالها فرض هذه الغرامة ، و أن هذه الحالات تختلف من دولة إلى أخرى ، لذلك حاولنا ذكر أهم الإحتمالات التي يمكن أن تستند عليها الإدارة المتعاقدة لتطبيق غرامة التأخير﴿**المطلب الأول**﴾، زيادة كذلك على أن هناك حالات أوجبها كلٌّ من القضاء و القانون الإداريين تستوجب إعفاء المتعاقد من تطبيق غرامة التأخير في حالة إخلاله بإلتزاماته التعاقدية﴿**المطلب الثاني**﴾، ذلك أن قرار فرض غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية يكون في كل الحالات تحت رقابة القضاء الإداري﴿**المطلب الثالث**﴾.

المطلب الأول: حالات تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

للوهلة الأولى قد يظن البعض أن تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية يكون فقط في حالة التأخير في التنفيذ ، وذلك من خلال تسمِية الغرامة ، فغرامة التأخير في نظر البعض ما هي إلا تقنية تفرضها الإدارة على المتعامل المتعاقد في حالة التأخير فقط ، غير أن هذا الطرح مردود ، فهناك حالات وإحتمالات أخرى يمكن من خلالها فرض الغرامة ، نذكر منها على سبيل المثال:

الحالة الشائعة وهي حالة التأخير في التنفيذ﴿**الفرع الأول**﴾، حالة التنفيذ الغير مطابق للصفقة ﴿ **الفرع الثاني**﴾، إحتمال عدم تسليم الوثائق الضرورية من طرف المتعامل المتعاقد﴿ **الفرع الثالث**﴾، إحتمال عدم تخصيص العتاد المناسب لتنفيذ الصفقة وعدم إحترام الشروط البيئية﴿ **الفرع الرابع**﴾، إحتمال عدم قيام المتعامل الثانوي –المتعاقد من الباطن– للمتعامل المتعاقدالرئيسي بتنفيذ إلتزاماته﴿ **الفرع الخامس**﴾، إحتمال تطبيق غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد الأجنبي﴿ **الفرع السادس**﴾، إحتمال تطبيق غرامة التأخير بسبب عدم دعم ودمج المنتوج المحلِّي﴿ **الفرع السابع**﴾.

الفرع الأول: إحتمال التأخير في التنفيذ.

في هذه الصورة يكون المتعامل المتعاقد قد تأخَّر عن المواعيد والرُزنامة المحدَّدة في الصفقة ، فنفرض مثلا أنَّه في صفقة أشغال تعَّهد المقاول بإنجاز المشروع في مدة 10 أشهر ، ولكن المقاول تجاوز هذه المدة فأتْمَمَ الإنجاز بعد مُضيِّ 12 شهرا، فنكون أمام حالة التأخير في التنفيذ بمعدل شهرين أو 60 يوما، فلا ضَيرَ أن يعاقب المتعاقد في هذه الحالة بضرب نسبة الغرامة في اليوم الواحد في 60 يوما.

فللآجال التعاقدية جانب مهم في مجال المنافسة بين المتعهدين قبل إبرام الصفقة، وقد يقول البعض كيف يكون ذلك؟.

فعندما تطرح الإدارة المتعاقدة الإعلان عن المناقصة أو طلب العروض ويتقدم المترشحون ويسحبون دفاتر الشروط فإنهم يقومون بتقديم عروضهم .

فنجد ضمن هذه العروض العرض التقني لكُلِّ مُترشح الذي يتضمن الآجال التي يقترحها المتعهد لإنجاز موضوع الصفقة ، وبطبيعة الحال فإن **للأجل حصة من منح العمل**[1]، فمن يتعهد بإنجاز المشروع في 10 أشهر مثلا ليس كمن يتعهد بإنجازه في 12 شهرا وليس كمن يتعهد بـ 14 شهرا وهكذا.

هذا لا يعني أن من يقدم أقصر أجل يتحصل على العقد ولكن يحصل على كل النقطة المخصصة للأجل لتُضافَ إلى نقاط أخرى مثل الموارد المادية و البشرية، الخبرة المهنية، مبلغ العرض المالي ...الخ.

فنفرض مثلا أن الإدارة وضعت في معايير الإنتقاء نقطة تقدر بـ 20 نقاط للمترشح الذي يقدِّم أقصر مدة أو أجل لتنفيذ العمل، فنجد أن **زيدا** قدَّم أجلا يساوي 12 شهرا، و**عمر** قدَّم أجلا بـ 10 أشهر، في حين قدَّم **أحمد** أجلا بـ 14 شهرا، فيتحصل كل من :

عمر: على المرتبة **الأولى** من ناحية آجال التنفيذ، فيتحصل على 10 نقاط كاملة لأن أجله هو الأقصر.

زيد: المرتبة **الثانية** من ناحية آجال التنفيذ ، فيتحصل على 16,66 نقطة.

وذلك من خلال المعادلة التالية: « رزنامة عمر» x « العلامة الإجمالية المخصَّصة لأقصر أجل » / « رزنامة زيد» ،أي

$$\frac{\text{10أشهر } x \text{ 20نقطة}}{\text{12شهرا}}$$

فنتحصل على مايلي : $\frac{200}{12}$ = 16,66 نقطة.

أحمد: فيتحصل على المرتبة **الثالثة** من ناحية أجال التنفيذ ، فيتحصل على 14,28 نقطة من خلال المعادلة التالية.

وذلك من خلال المعادلة التالية: « رزنامة عمر» x « العلامة الإجمالية المخصَّصة لأقصر أجل » / « رزنامة أحمد» ، أي $\frac{\text{10أشهر } x \text{ 20نقطة}}{\text{14شهرا}}$

فنتحصل على مايلي: $\frac{200}{14}$ = 14,28 نقطة.

[1] تم صياغة هذه القاعدة الجديدة في مجال الصفقات العمومية من طرف الباحث خالد خليفة.

ويشترط لتجسيد هذا الإحتمال أن لا يكون هناك سبب خارجي حال دون تنفيذ العقد في الوقت المناسب مثل أن يكون التأخير راجع إلى قوة قاهرة أو نتيجة لفعل الإدارة من خلال ممارستها لسلطة التعديل كان تطلب منه زيادة حجم الأشغال مثل أن يتم الإتفاق على بناء مساكن مساحتها 120 m^2 لكن خلال العمليات الأولى للإنجاز إرتأت الإدارة الزيادة في المساحة كأن ترفعها الى150 m^2 ، أو تعديل نوعية الأشغال مثل أن يتم الإتفاق على تزيين الأرضية بالسيراميك العادي المصنوع محليا، ثم تقرِّرُ الإدارة المتعاقدة تغييره بالرّخام من نوعية جيِّدة غير متوفرة في الوطن فالأمر يتطلب مزيدا من الوقت.

لكن يشترط القضاء الإداري في هذا الصدد أن تمديد آجال تنفيذ العقد الإداري يجب ألا يكون مرتفعا لكي لا يؤدي إلى قلب القواعد الأصلية للوضع في المنافسة – أي القواعد التي أُبرم خلالها العقد أول الأمر[1].

ففي فرنسا مثلا فإن هناك حالات معينة يشترط القانون أن يتم إعادة اجراء الوضع في المنافسة في حالة ما إذا أرادت الإدارة تعديل الصفقة الأصلية ، لأن هذا التعديل من شأنه صرف أموال إضافية ، وصرف المال العام يتطلب الخضوع لقواعد المساواة و حرية الوصول الى الطلب العمومي ، وكذا شفافية الإجراءات، كما قد يشترط القانون خاصة في فرنسا ضرورة نشر إعلان عن تعديل الصفقة في نشرة الإتحاد الأوروبي الخاصة بالصفقات العمومية.

الفرع الثاني: إحتمال التنفيذ غير المطابق للعقد.

هنا نحن أمام وضع مختلف فيُفترض أن يقوم المتعامل المتعاقد الذي نُسَمِّيه **عُمر** بتنفيذ الصفقة أو العقد الإداري وفقا للمثال السابق المتعلِّق برزنامة التنفيذ أي **10 أشهر** ،لكن بالمقابل من ذلك فإن هذا التنفيذ يكون غير مطابق للمواصفات المتفق عليها خاصة المواصفات التقنية أو الجمالية للمشروع ،فيفترض مثلا في صفقة أشغال أن يكون هناك شائبة أو عيب في الإنجاز **Malfacon**.

ففي هذه الصورة المحتملة يكون **عمر** قد أنجز العقد في الوقت المحدد ولكنه ربَّما عند مرحلة الإبرام لم يَدرُس جيِّدا عَرضه فيما يتعلق بمدة الإنجاز إذ قيَّد نفسه بمدة قصيرة ،وكان عليه أن يقوم بالتنفيذ خلال هذه المدة مما إظطره إلى الإسراع في وتيرة الإنجاز ولو على حساب جودة ونوعية المشروع، وقد يكون قد تعمَّد الإلتزام بالأجل المذكور سابقا مع علمه يقينا أن هذا الأجل غير كاف ولكن طَمَعُهُ في محاولة الفوز بالعقد جعله يتحايل في مسألة مدة الإنجاز ليأخذ العلامة الكاملة المخصصة لآجال التنفيذ، فأوقَع نفسه

[1] **CE,16 Mai2012**, commanauté de l'agglomération Rouen EL Beuf-Austreberche n^{0}345137 :«La prolongation des délais ne doit cependant pas être excessive afin de ne pas boulverser les conditions de la mise en cocurrence initiale »

في خَيارين حُلوُهما مُرٌّ،إمَّا أن يتأخر في التنفيذ وتُطبَّق عليه غرامة التأخير وفقا للإحتمال الأول أي التأخير في التنفيذ، وإما أن يتجنَّب التأخير في التنفيذ ويُنجز المشروع في الوقت المحدد لكن دون إحترام المواصفات المنصوص عليها في العقد .

ففي كلتا الحالتين تطبق عليه غرامة التأخير إلا إذا كان هناك تواطئ مع أحد الموظفين في تسيير الطلب العمومي وأعفاه من الغرامة سواء بمقابل أو دون مقابل وهو ما يشكل جريمة، وهو ما سنوضحه أكثر لاحقا في إطار تطبيق غرامة التأخير في ظل الشروط القانونية والقضائية الجزائية.

الفرع الثالث: إحتمال عدم تسليم الوثائق الضرورية للإدارة المتعاقدة.

نتيجة للإمتيازات الممنوحة للإدارة في تسيير الطلب العمومي يتعيَّن على المتعامل المتعاقد العمل على مساعدة هذه الأخيرة في عملها وإدارتها للطلب العمومي ، فينبغي عليه أن يحرِصَ كلَّ الحِرصِ على معاونة ومساعدة المصلحة المتعاقدة في ذلك حتى وإن تعلَّق الأمر بمجرَّد تسليم وثائق ، خاصة إذا كانت هذه الوثائق ضرورية ، وهو ما نصَّ عليه القانون السوري للشراء العمومي من خلال مادته رقم 52 التي جاء فيها:﴿إذا كان موضوع التعهد تقديم مواد مستوردة وكان الإعتماد المُستندي ملقى على عاتق الجهة العامة فعلى المتعهد في هذه الحالة أن يقدِّم إلى الجهة العامة الوثائق و المعلومات المطلوبة كافة للحصول على إجازة الإستيراد وفتح الإعتماد ويعتبر المتعهد مسؤولا عن كل تأخير يحصل في تقديمه لتلك الوثائق و المعلومات...وتطبَّق على هذا التأخير الغرامات التي يُنص عليها في دفتر الشروط سواء أدَّى ذلك إلى تأخير التنفيذ عن المدة المقررة أو لم يؤدِّ﴾[1].

الفرع الرابع : إحتمال عدم تخصيص العتاد المناسب وعدم إحترام الشروط البيئية.

زيادة على تطبيق هذه الغرامات و العقوبات في صورة حصول تأخير في إنجاز الصفقة، يتم ذلك أيضا في حالة عدم إحترام الإلتزامات التعاقدية المتعلقة بتخصيص الإمكانيات البشرية و المُعدَّات الضرورية لإنجاز الصفقة[2].

لذلك فإنه لا يُسمح للمتعاقد مع الإدارة سحب المعدَّات التي رَصدها لتنفيذ الصفقة من الورشات ، غير أنَّهُ

---

[1] المادة 52،القانون 51 لسنة 2004 المتضمن نظام العقود السوري المؤرخ في 26-شوال-1425هـ الموافق لـ 9-ديسمبر-2004م.

[2] الفصل 171،فقرة 3،الأمر عدد 1039 لسنة 2014، المؤرخ في 13-مارس-2014، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية التونسية المؤرخة في 18-مارس-2014، العدد 22.

إذا أراد سحب جزء من مُعدَّاته قبل نهاية الأشغال التي خُصصت لها يتعيَّن عليه أن يُخبر كتابة صاحب المشروع وأن يحدد طبيعة ومحتوى المعدَّات المُراد سحبُها وأسباب السحبِ المطلوب وأنه يلتزم بأن لا يكون لهذا السحب أي تأثير على إنجاز الأشغال ، ولا تعفي كذلك موافقة صاحب المشروع المقاول من إلتزاماته ومن التبعات المترتبة عن هذا السحب[1]، ويمكن إدراج هذه الغرامات عند الإقتضاء لمعاقبة الإخلال بالإلتزامات التعاقدية الأخرى .

فزيادة على تطبيق الغرامة بسبب مثلا :غياب المتعاقد عن إجتماعات الورشة ،عدم تسليم وثيقة مُدرجة في الصفقة ،عدم توفر العتاد،يتم تطبيق غرامة التأخير بسبب خرق البنود البيئية في مجال الصفقات العمومية إلخ[2].

الفرع الخامس : إحتمال عدم قيام المتعاقد من الباطن بتنفيذ إلتزاماته.

يمكن تطبيق غرامات التأخير في حالة الإخلال بالإلتزامات التعاقدية سواء التأخير في التنفيذ أو عدم التنفيذ المطابق أو مختلف الحالات التي يمكن من خلالها تطبيق غرامة التأخير ليس من المتعمال المتعاقد فحسب بل من كان في حُكمه أيضا، ونقصد به المتعامل الثانوي – المتعاقد من الباطن–.

فيكون بذلك المتعاقد صاحب الصفقة مسؤولا عن التأخُّرات التي يتسبَّب فيها متعامله الثانوي ، إذن فإن – المتعاقد الرئيسي– هو الذي سيعاقب عن طريق هذه الغرامات[3].

الفرع السادس: إحتمال تطبيق غرامة التأخير على المتعاقد الأجنبي.

تفرضُ بعض القوانين المنظِّمة للصفقات العمومية على المتعاملين المتعاقدين خاصة الأجانب منهم ضرورة الإستثمار في شراكة عندما يتعلق الأمر ببعض المشاريع المحدَّدة قانونا[4].

وعليه فإن عدم إحترام هذا الإلتزام من طرف المؤسسات يؤدِّي إلى تطبيق غرامات التأخير بواقع 20 %

---

[1] المادة 24 ، مرسوم 394–14–2 يتعلق بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال، المؤرخ في 6–شعبان 1437هـ، الموافق لـ 13–ماي–2016، الجريدة الرسمية المغربية العدد 6470 المؤرخة في26–شعبان 1437هـ الموافق لـ 2–جوان–2016 .

[2] **Les pénalités dans les marchés publics**, DAJ, France : «…elles peuvent néamoins être prevues pour sanctionner la néconnassance d'autre obligations contractuelles, absence aux réunions de chantier , non remise d'un document prévu au marché , indisponsibilité de materiels , violation de clauses envvirommentales...etc »

[3] **Christophe Lajoye**,droit des marchés publics,Berti édition,Alger,Algerie2007,p174: «L'entrepreneur titulaire du marché est tenu responsable des detards de son sou-traitant c'est donc lui qui sera sanctionné par ces pénalités».

[4] المادة 84، من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري لسنة 2015.

من مبلغ الصفقة[1].

الفرع السابع: إحتمال تطبيق غرامة التأخير المرتبط بدعم ودمج المنتوج المحلي.

تلزمُ العديد من القوانين المنظمة للطلب العمومي على المؤسسات و الشركات المتعاقدة الإعتماد على المنتوج المحلِّي بنسبة معينة حماية للإقتصاد الوطني من خلال تقليل فاتورة الإستيراد وتسويق المنتجات المصنَّعة محليا،الأمر الذي يساهم في نمُوِّ المؤسسات والشركات الوطنية وتوفير مناصب شغل ، ومن تلك القوانين القانون القطري ، والقانون السعودي للشراء العمومي الذي فرض على المتعاملين المتعاقدين نسبة 30% يكون المتعاقد ملزما بالإعتماد عليها خاصة في صفقات التوريد و الأشغال، ويعتبر عدم تطبيق هذه النِّسب بمثابة إخلال بإلتزام تعاقدي ، وهو ما قد يستوجب تطبيق غرامة على المخالفين لهذه التعليمات واللوائح المتعلقة بدمج المنتوج المحلي[2].

المطلب الثاني:الإعفاء من تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

أقرَّت مختلف الأحكام و القرارات القضائية الإدارية إعفاء المتعامل المتعاقد من تطبيق غرامة التأخير في حالات معيَّنة ، وهو ما سارت عليه مختلف قوانين الطلب العمومي، والجدير بالذكر فيما يخص مسألة الإعفاء من تطبيق غرامة التأخير أن هناك حالات إعفاء وجوبية تقتضي عدم تطبيق غرامة التأخير ﴿**الفرع الأول**﴾، في حين أن هناك حالات إعفاء جوازية يمكن الإتفاق من خلالها على تطبيق غرامة التأخير من عدمه﴿**الفرع الثاني** ﴾.

الفرع الأول: الإعفاء الوجوبي من تطبيق غرامة التأخير.

يتوجَّب على الإدارة المتعاقدة في العديد من الأحيان إعفاء متعاقدها من تطبيق غرامة التأخير ، وما ينبغي الإشارة إليه في هذا الصدد ، هو أن هذه الحالات القانونية التي تفرض نفسها وتُعفِي المتعاقد من غرامة التأخير حتى وإن تضمنتها ونصت عليها العديد من قوانين الصفقات العمومية ، فإن أصل نشأتها يعود إلى القضاء الإداري ليتم تقنينها فيما بعد ، ومن أهم الحالات الوجوبية التي تستوجب إعفاء المتعاقد

[1] **Nasser Saou**, guide de gestion des marchés publics, édition pages blues, Alger, Algerie, 2012p24 :«Le non respect de cette obligatoire par les entreprise étrangères entraintra l'application des pénalités financière de 20% du montant du marché».

[2] المادة 34،قرار مجلس الوزراء رقم 16 لسنة 2019 ، المتضمن اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات و المزايدات القطري، المادة 96 ، المرسوم رقم 168المؤرَّخ في 1440هـ، 2019م ، المتعلق بنظام المنافسات و المشتريات الحكومية السعودي.

من غرامة التأخير هي:نظرية القوة القاهرة ﴿**البند الأول**﴾، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة﴿**البند الثاني**﴾، وكذا نظرية فعل الأمير﴿**البند الثالث**﴾، إضافة إلى حالة الإعفاء المرتبط بمبلغ الصفقة﴿**البند الرابع**﴾.

البندالأول : نظرية القوة القاهرة كحالة وجوبية للإعفاء من غرامة التأخير.

تستوجب هذه النظرية إعفاء المتعاقد من تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية ، ونصت على ذلك العديد من قوانين الشراء العمومي ، ومن ذلك القانون الجزائري للطلب العمومي[1]،حيث جاء فيه :«وفي حالة القوة القاهرة تعلّق الآجال و لا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف و إستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة».

ففي حالة القوة القاهرة تعلّقُ الآجال ولا يمكن للتأخير أن يشكّل سببا لتطبيق غرامات التأخير[2].

و يعفى المتعهد من غرامات التأخير إذا كان ضحية خالصة لقوة قاهرة لا يد له فيها وذلك عن المدة التي تأخَّر فيها بسبب تلك القوة القاهرة[3].

ومن هنا فإن القوة القاهرة هي حالة وجوبية بإمتياز لإعفاء المتعامل المتعاقد من تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية وذلك من خلال مختلف قوانين الشراء العمومي التي نصت على ذلك .

وفيما يخص نظرية القوة القاهرة دائما فإن تطبيقها كحالة إعفاء وجوبية أوجبه القضاء الإداري قبل القانون الإداري ، فلقد حدَّد القضاء الإداري شروطا معيَّنة لتطبيق نظرية القوة القاهرة في حدِّ ذاتها ليتم إعمالها كحالةٍ وجوبية للإعفاء من غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

وكأحسن مثال على تطبيق القوه القاهرة كحالة وجوبية للاعفاء من غرامة التأخير في مجال الطلب العمومي، نجد ما يعرفه العالم اليوم من وباء عالمي تحت **إسم جائحة كورونا** التي إجتاحت مختلف دول العالم، حيث أقرَّت مختلف الدول أن جائحة كورونا هي حالة قوة قاهرة لا نقاش فيها.

وبناء عليه سنحاول أن نُبرِزَ كيف تم إعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة في العديد من الدول﴿**أولا**﴾، وفيما بعد التطرق إلى أهم الشروط الواجب توافرها لتطبيق القوة القاهرة ، وإعتبارها كحالة تتطلب إعفاء المتعاقد

---

[1] المادة147،فقرة4، قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري لسنة 2015.

[2] **BRAHIME Boulifa** marchés publics, dictionnaire thématique vollume2,Berti édition ,Alger, Algerie,2013, **page 142**:«En cas de force majeure, les délais sont suspendus et les retards ne donnent pas lieu à l'application des pénalités de retard».

[3] المادة 53، فقرة ب، القانون 51 لسنة 2004 بشأن نظام العقود السوري.

من غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية﴿**ثانيا**﴾.

أولا: إعتبار جائحة فيروس كورونا قوة قاهرة تُعفي المتعاقد من غرامة التأخير.

فيروس كورونا هو قوة قاهرة ، هذا ما وقفنا عليه خلال هذه الدراسة ، وذلك من خلال الإجراءات التي تم إعتمادها أثناء هذه الجائحة في كثير من الدول ، ومن ذلك.

1) جائحة كورونا كحالة قوة قاهرة في الصين.

بخصوص جائحة فيروس كورونا **في الصين الشعبية** التي تعتبر بؤرة الفيروس تم إتخاذ العديد من الإجراءات التي تَصبُّ في صالح المتعاملين الإقتصاديين **كالإعفاء من غرامة التأخير** بإعتبار وباء فيروس كورونا قوة قاهرة .

وهو ما يعني إستحالة تنفيذ الإلتزامات، كما قام مركز الشهادات التجارية للمجلس الصيني لترقية التجارة الدولية CCPCI بتاريخ 30-جانفي-2020 بنشر إعلان يُعلم من خلاله على قبوله لتسليم شهادات القوة القاهرة للمؤسسات الصينية التي تضرَّرت بفعل جائحة فيروس كورونا[1].

وذلك ليس بجديد على دولة الصين بخصوص الأخذِ بنظرية القوة القاهرة ،فجدير بالذكر التنويه بأن المحكمة العليا لجمهورية الصين هي الأخرى إعترفت عدة مرات بتطبيق نظرية القوة القاهرة الناجمة عن الجوائح والأوبئة .

ومن ذلك فيروس sras حيث إعتبرته المحكمة العليا لجمهورية الصين قوة قاهرة وذلك في قرار لها صادر بتاريخ 02-سبتمبر-2016[2].

2) جائحة كورونا كحالة قوة قاهرة في الولايات المتحدة الأمريكية.

بدأت أمريكا بإستصدار ما يسمَّى شهادات القوه القاهرة التي تقضي بإبراء الأطراف من مسؤوليَّاتهم التعاقدية التي يصعب الوفاء بها بسبب ظروف إستثنائية تخرج عن نطاق سيطرتهم، وذلك نتيجة لمطالبة عديد المؤسسات و الشركات العالمية بهذه الشهادات بهدف **عدم تطبيق غرامات التأخير أو التعويض عن التأخير في التنفيذ** أو عن إستحالته.

---

[1] **Laurat LANET**: Coronavirus, comment répondre à la force majeure invoquée par la CHINE dans ses relations commerciales, Village de justice , Jeudi le 27-Février-2020, page 2 : «Le 30-Janvier-2020 le centre de certificat commerciales du conseil chinois pour la prommotion du commerce international a publié un avis indiquant que le CCPCI était hablité à délivrer aux societés chinoises affectées par le coronavirus des certificats de force majeure».

[2] **Laurat LANET**:op,cit,page1 «La cour suprême du peuple chinois a déjà jugé dans un arrêt du 02-Septembre-2016 que le virus SRAS constituait un cas de force majeure».

ووافقت حكومة الولايات المتحدة الأمريكية على منح هذه الشهادات شريطة أن يتم تقديم مستندات مُوثقة لإثبات التأخير أو التعطُّل كما أن هذه الشهادات زيادة على الإعتراف بها محليا ستكون كذلك محلَّ إعتراف دوليٍّ[1].

3) جائحة كورونا كحالة قوة قاهرة في فرنسا.

نتيجة لإنتشار فيروس كورونا في فرنسا ، طالبت **Syndicat Jeunes Médecins** من مجلس الدولة الفرنسي إلزام الحكومة بإقرار حجرٍ كلِّيٍّ على المواطنين، وذلك بمنع الخروج بإستثناء الإستعجالات الصحية ، توقيف النقل الجماعي ، مع تطبيق التموين المنزلي للمواطنين.

غير أن قاضي الإستعجال لدى مجلس الدولة الفرنسي رفض هذا الطلب المتعلِّق بالحجر الكليِّ معتبرا أنَّ ذلك قد يؤدي إلى عواقب شديدة إتجاه صحة المواطنين ، إذ أن التموين المنزلي لا يمكن تنظيمه لوجِيستِيكِيًّا على مستوى كل الإقليم ، كما أن التنقل الجماعي هو مهمٌّ لتنقل أعوان الصحة أو تنقل الأشخاص المشاركين في الإنتاج و التوزيع الغذائي[2].

ليعلن فيما بعد وزير الإقتصاد والمالية الفرنسي صراحة أن الدولة تعتبر جائحة فيروس كورونا بمثابة قوَّة قاهرة ،وهو ما يترتب عليه **عدم تطبيق غرامة التأخير على الصفقات العمومية** فقط و التي تتولى تنفيذها مختلف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة و المؤسسات الأخرى في حالة التأخير في تنفيذ الخدمات و الإلتزامات المتفق عليها[3].

وفيما بعد و نتيجة للقيود التي فرضتها الحكومة وإعتمادها لنظام الحجر الصحي تراجعت نسبة و وتيرة إنجاز و تنفيذ مختلف عقود الدولة ، الأمر الذي قد يؤدي بمختلف المؤسسات و الشركاء الإقتصاديين

---

[1] **أحمد الفاضل**، الكورونا بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة ، موقع قناة العربية https://www.alarabiya.net، آخر إطلاع 04-جوان-2020،ص4.

[2] Le syndicat jeunes médecins demandé au conseil d'Etat d'enjoindre au gouvernement de prononcer un confinement total de la population (sorties interdites sauf urgence de santé, arrêt des transports en commun, ravitaillement de la population) .

-Le guge des référés de conseil d'Etat a rejete la demande de confinement total ,éstiment qu'il pourrait avoir des implications graves pour la santé de la population , que le ravitaillement à domicile ne peut être organisé logistiquement sur l'ensemble du territoire et que les transports en commun sont essentiels pour le déplacement des personnels de santé ou des personnes participent à la production et à la distribution de l'alimentation.

[3] **Déclaration de Mr Bruno le Maire**, ministre de l'économie et des finance sur l'impacte économique de l'épidémie de COVID-19 , Paris , le 28-février-2020, page 4 : «l'Etat considère le coronavirus comme un cas de force majeure pour les entreprises , ce que veut dire que pour tous les marchés publics de l'Etat si jamais il y'a un retard de livraison de la part des PME ou des entreprises nous n'appliquerons pas de pénalités car nous considérons le coronavirus comme un cas de force majeure ».

إلى التعرُّض إلى عقوبات إدارية تعاقدية خاصة منها غرامات التأخير .

وفي خضام هذه التخوُّفات قدَّم مجلس الأمة الفرنسي تقريرا إلى رئيس الدولة الفرنسي يطلب من خلاله هذا الأخير من الرئيس عدم تطبيق غرامة التأخير على المتعاملين الإقتصاديين الذين تعذَّر عليهم الوفاء بإلتزاماتهم التعاقدية بسبب جائحة فيروس كورونا سواء تعلق الأمر بعقود الطلب العام أو مختلف العقود العمومية الأخرى[1].

وهو ما إستجابت له الدولة ، حيث تمَّ إعفاء المتعامل المتعاقد من غرامة التأخير بسبب جائحة فيروس كورونا ، وتم كذلك بسبب هذه الجائحة دائما إعفاءه من كل العقوبات التعاقدية الأخرى و من كل مسؤولية تعاقدية إلتَزَمَ بها[2].

كما أن إعفاء المؤسسات **من تطبيق غرامة التأخير** في ظل الوضعيات المرتبطة بجائحة كورونا في فرنسا يكون حتى في الحالة التي لم ينص فيها العقد صراحة على حالة القوة القاهرة، بل لا يتعيَّن فرض أية عقوبات تعاقدية أخرى مهما كان نوعها [3].

وبخصوص موقف القضاء الفرنسي بشأن إعتبار جائحة فيروس كورونا كحالة قوة قاهرة ، فإن هذا الأخير لم ينتظر طويلا ليُبديَ رأيه ، حيث إعتبر صراحة أنَّ هذا الفيروس هو بمثابة قوة قاهرة ، وأنَّ كان هذا الإعتراف ليس من بوابة القضاء الإداري ، غير أن ذلك لا يمنع بالإستئناس بذلك.

فلقد قضت محكمة إستئناف **Douai** أن الأحداث الصِّحية المرتبطة بفيروس كورونا و التي أدت إلى إلغاء الرِّحلة الجوية المبرمجة بتاريخ 09-مارس-2020 من فرنسا نحو إيطاليا من طرف السلطات الإيطالية حادث يتعلق بقوة قاهرة ولا يمكن إسناده إلى خطأ عدم العناية من طرف الإدارة[4].

---

[1] Rapport au président de la république française relative à l'ordonnance n^0 2020/319 du 25-Mars-2020 portant diverses mesures d'adaptation des régles de passation , de procedure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qu'n'en relève pas pendant la crise sanitaire née de lépidémie de covid-19, Jon^0 0077 du 26-Mars-2020,Texte n^0 42 France :«Afin de ne pas pénaliser les opérateurs économiques qui empêchés d'honorer leurs engagement contractuels du fait de lépidémie ».

[2]'ordonnance n^0 2020/319 du 25-Mars-2020 portant diverses mesures d'adaptation des régles de passation , de procedure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qu'n'en relève pas pendant la crise sanitaire née de lépidémie de covid-19, Jon^0 0074 du 26-Mars-2020,Texte n^0 43, France :«Le titulaire ne peut pas être sanctionné , ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni se voir sa responsabilité contractuelle engagée pour ce motif ».

[3]La passation et l'exécution des marchés publics en situation de crise sanitaire,DAJ, direction des affaires juridiques , France: «Dans ces situations les etreprises ne doivent donc pas dans la silence de contrat sur la force majeure se voir appliquer de pénalités ni quelque autre sanction contractuelle que ce soit».

[4]**Cour d'appel DOUAI** , chambre des libertiés individuelles , le 05-Mars-2020 ; n^0 20/00400 :«Le vol prévu pour le 09-Mars-2020 vers l'Italie a été annulé par les autorités étaliannes en raison des évenements sanitaires

4) جائحة كورونا كحالة قوة قاهرة في بلجيكا.

أعلنت الحكومة الفيديرالية بتاريخ 17-مارس-2020 بأنها لن **تقوم بفرض غرامات** أو عقوبات لمتعاقدي **الصفقات العمومية** الفيديرالية إذا أثبت المتعاقد أن التأخُّر أو عدم التنفيذ للصفقة يرجع إلى الإجراءات أو الأحداث المتعلقة بمجابهة فيروس كورونا[1].

5) جائحة كورونا كحالة قوة قاهرة في الجزائر.

الجزائر هي الأخرى شهدت إنتشارا واسعا لفيروس كورونا –كوفيد19- ،وهو ما تمخَّض عنه فرضُ الحجر الصحيِّ الكلي و الجزئي في بعض الولايات ، كما أدى الفيروس لا سيما في بداية إنتشاره إلى تعطيل مختلف المشاريع و البرامج التنموية.

لتعكف الدولة فيما بعد على التخفيف من حدَّة آثار وإنعكاسات الفيروس على مختلف الأصعدة وذلك بإتخاذ العديد من الآليات لا سيما على صعيد قطاع المقاولات والبناء ومختلف الصفقات العمومية،فعمِلت على **إعفاء المؤسسات المكلَّفة بإنجاز مختلف الصفقات العمومية من تطبيق غرامة التأخير**، وذلك من خلال مراسلة الوزير الأول التي جاء فيها:

«...غير أن تطورات الوضعية الصحية المرتبطة بوباء –**كوفيد19**- و الآثار الناجمة عن تدابير الوقاية من هذا الوباء ومكافحته قد أثَّرت سِلبًا على الأداة الوطنية للإنجاز التي تعاني بشدة من وطأة تراجع نشاطها جرَّاء التأخر في تموينها بالمُعدَّات و المواد الأولية وعدم توفر اليد العاملة بسبب التعليق المؤقت لوسائل النقل.

وفي هذا السياق وحِرصًا على عدم تضرُّر المؤسسات التي وجَدَت نفسها أمام إستحالة ضمان إنجاز الأشغال و الخدمات المقررة فقد تقرَّر تطبيق أحكام المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرَّخ في 10-سبتمبر-2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[2].

وتنص المادة 147 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري على مايلي:

---

liés au coronavirus il s'agit d'une circonstance de force majeure qui n'est pas imputable au défaut de diligence de l'administration ».

[1] **ALIN Heyrman** , le Coronavirus et les marchés publics, SEEDS OF LAW, le Brussel, 21-Avril-2020, page 2 :« Le gouvernement fédéral déclaré le 17-Mars-2020 ne pa vouloir imposer de pénalités ou d'amendes aux adjudicateurs des marchés publics fédéraux si l'adjudicateur peut demontre que le retard ou la non exécution de marché est causé par les mesures ou les engendrés pour la lutte contre coronavirus».

[2] مراسلة الوزير الأول الجزائري رقم 153 المؤرَّخة في 13-أفريل-2020 بخصوص التخفيف من آثار تدابير الوقاية من وباء كورونا فيروس كوفيد 19 ومكافحته على الأداة الوطنية للإنجاز ،ص1.

«...وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف وإستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة».

ومن هنا فإن جائحة فيروس كورونا في الجزائر تمثّل قوّةً قاهرةً ، الأمر الذي يترتّب عليه وجوبًا الإعفاء من تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

وهو كذلك ما بيَّنته المراسلة الصادرة عن المديرية العامة للميزانية الجزائرية[1] حيث نصت على عدم تطبيق غرامة التأخير على جميع الصفقات الدولة، الجماعات المحلية، الهيئات والمؤسسات العمومية ، وذلك إبتداء من تاريخ نشر المرسوم التنفيذي رقم 20-69المؤرخ في 21-مارس-2020[2].

6) جائحة كورونا كحالة قوة قاهرة في المغرب.

أقرَّت المغرب **إعفاء المتعاقدين مع الإدارات والمؤسسات العمومية من تطبيق غرامات التأخير بسبب جائحة فيروس كورونا**، فيمكن للمؤسسات و المقاولات العمومية الإستناد إلى ظروف القوة القاهرة لمنح مهلة إضافية تعادل حالة الطوارئ الصحية المعلن عنها في المغرب[3] ، ولقد طالب وزير الإقتصاد و المالية وإصلاح الإدارة مختلف المؤسسات و المقاولات العمومية المغربية بإتخاذ مجموعة من الإجراءات، ومن تلك الاجراءات مايلي[4]:

- إعتبار الأثر المترتّب عن حالة الطوارئ الصحية وإجراءات الحجر الصحي المطبقة على الأفراد خارجا عن إرادة المقاولات الحاصلة على الصفقات فيما يتعلق بآجال تنفيذ الصفقات العمومية ، ويندرج بالتالي في إطار حالات القوة القاهرة.
- دعوة أصحاب المشاريع التابعين لإدارات الدولة والجماعات الترابية و المؤسسات العمومية وباقي الهيئات الخاضعة للمراقبة المالية للدولة إلى الموافقة على طلبات المقاولات التي تثير القوة القاهرة

---

[1] مراسلة رقم 2130، المؤرخة في 26-أفريل-2020، صادرة عن المديرية العامة للميزانية DGB، وزارة المالية الجزائرية.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 20-69 ،المؤرخ في 2126-رجب-1441هـ، الموافق لـ 21-مارس-2020م، يتعلق بتدابير الوقاية من إنتشار فيروس كورونا ، الجريدة الرسمية العدد15، المؤرخة في 26-رجب-1441هـ، الموافق لـ21-مارس-2020م،ص6.

[3] **أمينة رضوان، المصطفى الفوركي**، تأثير فيروس كورونا على الإلتزامات التعاقدية ،مجلة الدولة و القانون، الرباط ، المغرب، 2020م،ص277.

[4] **يوسف السباعي**، دور الفاعل السياسي المهني في زمن كورونا، وزارة الإقتصاد و المالية وإصلاح الإدارة المغربية ، غرفة التجارة و الصناعة و الخدمات لجهة مراكش، بتاريخ 13-ماي-2020، ،ص8.

بسبب إجراءات حالة الطوارئ و الحجر الصحي المتَّخذ من قبل السلطات العمومية دون الأخذ بعين

- الإعتبار أجل سبعة أيام لتقديم طلباتها في الموضوع.
- إقرار تمديد الآجال التعاقدية بواسطة عقد ملحق سواء بالنسبة لصفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات وذلك في حدود مدة الطوارئ الصحية.
- دعوة أصحاب المشاريع كذلك خلال فترة الطوارئ الصحية إلى اللجوء عند الإقتضاء إلى آليات تأجيل تنفيذ الأشغال أو التوريدات أو الخدمات أو أوامر إيقاف أو إعادة إستئناف الأشغال.
- تذكير مختلف المتدخلين في مجال الطلبيات العمومية بضرورة إعطاء الأولوية خلال فترة الطوارئ الصحية للتبادل الإلكتروني بجميع أشكاله للوثائق المثبتة و للمستندات بدلا من الدعامات الورقية.

7) جائحة كورونا كحالة قوة قاهرة في الكويت.

بخصوص فيروس كورونا في مجال التعاقدات الإدارية في الكويت قام إتحاد المكاتب الهندسية والدور الإستشارية بإصدار تعريف للقوة القاهرة يتعلق **بتأثير فيروس كورونا على المشاريع الحكومية وعدم تطبيق خصم أتعاب أو غرامة لأي من أفراد جهاز الإشراف بسبب،أو ظرف خاص بفيروس كورونا**[1].

ثانيا: شروط تطبيق القوة القاهرة في مجال الصفقات العمومية.

يشترط القضاء الإداري لتطبيق نظرية القوة القاهرة العديد من الشروط ، ولا بأس أن نذكر هذه الشروط في كل من القضاء الإداري و القضاء العادي ، إذ أن شروط تطبيق القوه القاهرة قد تكون أحيانا قاسما مشتركا بينهما ، وعلى العموم فإن شروط تطبيق القوة القاهرة تتمثل فيما يلي:

1): أن يكون الحدث الطارئ خارجا عن إرادة الطرفين.

فلتطبيق نظرية القوه القاهرة وإعتبارها بمثابة حالة إعفاء وجبية لتطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية يتعيَّن أن يكون هذا الحادث خارجا عن إرادة الطرفين ، ولم يكن أحد طرفَي العقد سببا في حدوثه .

إذ في حالة ما إذا كان للإدارة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد يَدٌ في وقوعه فلا يمكن تطبيق نظرية القوة القاهرة.

وهو ما ذهبت إليه كذلك محكمة إستئناف **COLMAR** التي إعتبرت الأحداث الناتجة عن جائحة كوفيد-

[1] **أسامة مروه** ،الحكومة تمتزج آراء أهل الإقتصاد:كيف نواجه كورونا؟،جريدة الرأي الكويتية،عدد26-مارس-2020،ص5.

19 والتي منعت شخصا من جنسية سينيغالية يطلب الجوء السياسي في فرنسا السيد VICTOR– G من حضور الجلسة يعود لطابع القوة القاهرة لهذه الجائحة ، فهي خارجة عن إرادة الأطراف ، غير متوقعة ولا يمكن دفعها[1].

2): أن يكون الحدث الطارئ غير متوقع

فلتطبيق نظرية القوة القاهرة يتعيَّن أن يكون الحادث غير متوقع أثناء إبرام العقد ، ومن الأمثلة على شرط عدم التوقع ، ما تم العمل به في إحدى الصفقات العمومية في الجزائر،حيث تمَّ رَفض الإستناد على شرط عدم التوقُّع لتطبيق نظرية القوة القاهرة.

وتتلخَّص وقائع القضية فيما يلي:

كانت الشركة الإسبانية روفر **ROVER** تعمل في مشروع الترامواي بمدينة **ورقلة الجزائرية** ، وتكبَّدت هذه الشركة وفيَّات في صفوف اليد العاملة جرَّاء إرتفاع درجات الحرارة، وهو الأمر الذي أدَّى إلى توقُّف العمل و الدخول في مفاوضات مع الحكومة .

فطلبت الشركة الإسبانية توقيف العمل مستندة في ذلك إلى وجود قوة قاهرة تتمثل في الإرتفاع المفرِط لدرجة الحرارة ، إلا أن الإدارة المتعاقدة ممثلة في مؤسسة ميترو الجزائر رفضت ذلك بحكم أن حالة جوية مثل إرتفاع مفرِط في درجة الحرارة بمدينة ورقلة هي حالة قابلة للتوقع وعليه لا يمكن إعتبار إرتفاع درجة الحرارة بمثابة قوة قاهرة[2].

أمَّا عن الأمثلة عن شرط التوقُّع في فرنسا فإن جائحة فيروس كورونا – كوفيد19– في فرنسا تعتبر حادثا غير متوقعا بالنسبة لكل مشتري عمومي[3].

في حين رَفضت إحدى المحاكم العادية الفرنسية الإعتراف بشرط عدم التوقع لجائحة فيروس إنفلونزا الطيور بحكم أن هذا الأخير كان محل إعلان موسَّع حتى قبل وضع اللوائح الطبية[4].

كما رفضت محكمة الإستئناف لباريس الأخذ بنظرية القوة القاهرة لمجرَّد توهم إنتشار جائحة حمَّى pest ،

---

[1] **Cour d'appel colmar**, chambre étrangère n^0 6, le 16-Mars-2020 n^0 20/01098,

[2] أحمد الفاضل، المرجع السابق،ص3.

[3] Communication de la commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation liée à la crise de la COVID-19 , du 01-Avril-2020, n^{0}108/2020, page 4«Ces évenements , et en particulier leur evolution spécifique doivent être considérés comme imprévisibl pour tout pouvoir adjudicateur».

[4] C A BESANÇON : le 08-Janvier-2014 ,n^0 12/02291, 2ème chambre commerciale, SARL Application Technique De Netoyage ATN25 et SARL RLD, «Le virus H1N1 avait été largement annoncé mêma avant la mise en place de reglementations sanitaires».

وذلك بمناسبة قيام زبائن إحدى الوكالات السياحة للسفر بالمطالبة بإلغاء العقد المُبرم مع هذه الوكالة وإسترداد مبالغهم المالية المدفوعة على أساس إنتشار هذه الجائحة في منطقة مجاورة لمكان الرحلة المزمع القيام بها[1].

3) إستحالة القدرة على ردِّ الحدث الطارئ.

يتعين على طرفي العقد العمل على تنفيذ الإلتزام قدر المستطاع حتى في حالة ظهور ظرف لم يكن متوقعا ، فإذا كان بالإمكان رد الحادث الغير المتوقع أو التخفيف من حدة آثاره .

فلا يمكن تطبيق نظرية القوة القاهرة ، وهو ما ذهبت إليه محكمة الإستئناف **Nancy** في فرنسا بتاريخ 22-نوفمبر-2010 .

حيث عبَّرت عن رفضها لتطبيق نظرية القوة القاهرة في قضية تتعلق بجائحة حُمَّى الضنك **épidémie de Dengue** لعدم توفر شرط عدم القدرة على مجابهة الجائحة وذلك من خلال الوثائق المقدمة للمناقشات[2]،كما رفضت محكمة الاستئناف **Basse-Terre** الإقرار بأن فيروس **Chinkugunya** لعدم توفُّر شرطَيْ عدم التوقُّع وعدم القدرة على مقاومة الفيروس[3].

غير أن هنا حالات تم الإعتراف فيها بشرط عدم التوقع ومن خلاله يمكن تطبيق نظرية القوة القاهرة ،وهو ما ذهبت إليه محكمة الإستئناف بباريس في إحدى قرارتها ، حيث أكدت أن فيروس **إيبولا** EBOLA يتمتع بطابع القوة القاهرة حيث كان غير متوقع.

البند الثاني:نظرية الصعوبات المادية كحالة وجوبية للإعفاء من غرامة التأخير.

من الحالات التي يتوجَّب فيها الإعفاء من تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية حالة ظهور صعوبات مادية أثناء تنفيذ الصفقة العمومية .

---

[1] CA PARIS, chambre 25,section B, le 25-Septembre-1998 ,n^0 1998/024244, «En effet cette annonce ne constitue pas un cas de force majeure dés lors que l'épidémie ne présentait aucun caractère de certitude ou de gravité suffisante , qu'aucune consigne n'avait été donée aux compagnies aérriennes ou aux agences de voyage pour éviter la région et qu'en tout état de cause la protection contre un risque de cotagion pouvait être assurée par la prise d'un traitement antibiotique préventive et qu'un médecin accompagnait le groupe de voyageurs .
Au surplus , l'obligation de sécurité à la charge de l'agence de voyage ne prenait naissance que pendant la déroulement de voyage».

[2] **CA Nancy, le 22-Novembre-2010** ,1^{ière} chambre civile, n^0 09/00003,Comité D'entreprise de Traumatologie et D'orthopedie : « Le caractère irrésistible de cette épidémie de DENGUE n'a pas été établir au regard des document versés aux debats ».

[3] **CA Bass-Terre** , chambre n^{0}1, le 17-Décembre-2018 ,n^{0}17/00739, « L'imprévisibilité et l'irrésistibilité n'etaient pas réunies».

وجدير بالذكر أن هذه النظرية يتم تطبيقها فقط في صفقات الأشغال،إذلا يُتصوَّر تطبيق نظرية الصعوبات المادية في غير صفقات البناء و الأشغال ، فلا يعقل أن يُطالب صاحب صفقة توريد أو خدمات بتطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقَّعة.

ومن أمثلة تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقَّعة :

أن يتفقَّ طرفا الصفقة على تحديد أن تهاطُل الكميات المقدرة بـ: 30 ملم في اليوم أو تساقط الثلوج الذي يساوي سُمكُه 20 سم تشكل سوء للأحوال الجوية[1].

غير أن هناك حالات تم فيها تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة و ليست متعلقة بظواهر وصعوابات مادية طبيعية .

ومن ذلك تطبيق هذه النظرية بسبب وجود قناة خاصة بجوار موقع العمل أو إظطرار المقاول إلى إصلاح طريق ضروري لتنفيذ الصفقة[2].

ويشترط توافر ثلاثة شروط لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[3]:

- يجب أن تكون هذه الصعوبات صادرة عن ظروف خارجة عن الطرفين.
- يجب عدم توقع حدوثها خلال مرحلة إبرام الصفقة.
- يجب أن تكون ذي طابع غير عادي، بمعنى الطابع الذي يتجاوز الإحتمالات المألوفة للصفقة.

فلا يمكن إضفاء صفة الصعوبات التقنية غير المتوقعة بمفهوم هذه الأحكام إلا على الصعوبات المادية التي تُصَادَفُ أثناء التنفيذ، تمثل طابعا إستثنائيا ، غير متوقعة خلال إبرام العقد وعلى أن يكون السبب خارجا عن الطرفين[4] .

ويتعيَّن على المتعامل المتعاقد في حالة ظهور صعوبات مادية غير متوقعة الإستمرار في التنفيذ طالما إقتصرت آثارها على جعل التنفيذ أكثر كُلفة دون أن تجعله مستحيلا ، وفي حالة توقُّفه عن التنفيذ فإن

---

[1] **Brahim Boulifa** :op,cit,p375 :«Par example les parties contractantes peuvent définir que lés précipitations de 30 mm /jour ou lrs chutes de neige de 20 cm constitueront une intempérie ».

[2] **CE 1931le5-2-1931,ANONCA,CE,LE 20JUILLET1937. VLLE DE CAREASSON**

[3] Christophe Lajoye,droit des marchés publics,Berti édition,op,cit ,p179:« Trois conditions doivent être remlies pour que la théorie des sujétions imprévues s'applique :

- La sujétion doit provenir de circonstances extérieures aux parties.
- Elle doit avoir été imprévisible lors de la conclusion du marché.
- Elle doit présenter un caractère anormal c'est à dir qui deppasse les aléas ordinaires du marché».

[4] **CE,30-Juillet-2003, n°22345**,:«Ne peuvent être regardées comme des sujetions techniques imprévues au sens de ces dispositions , que des difficultés matèrielles rencontrées lors de l'exécution d'un marchés , présentant un caractère exceptionnel ,imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extèrieure aux parties».

ذلك يعرِّضه لمُختلف الجزاءات فضلا عن فقدانه الحق في التعويض[1].

البند الثالث: نظرية فعل الأمير كحالة وجوبية للإعفاء من غرامة التأخير .

ترتبط هذه النظرية إرتباطا وثيقا بسلطات وإمتيازات الإدارة المتعاقدة ، إذ عادة ما تكون الإدارة المتعاقدة سببًا في تطبيق النظرية ، وذلك من خلال سلطاتها التي تفعِّلها أثناء تنفيذ الصفقة العمومية إذ تلجأ هذه الأخيرة في العديد من الأحوال إلى تعديل البنود التعاقدية مسايَرةً لمصلحة المرفق العام.

ويقصد بفعل الأمير :

التصرف أو العمل الصادر عن الإدارة المتعاقدة لدى ممارستها لأعمال السلطة التي تتمتع بها من خلال ممارستها لمهامها و التي تؤدي – عرضا – إلى إرهاق المتعاقد معها بصورة جديَّة ، مخاطر إدارية ، الأمر الذي يقتضي دعمه ماليا و تعويضه حتي يتمكن من الإستمرار في تنفيذ الصفقة تحقيقا للمصلحة العامة من خلال مواصلة تقديم الخدمات العامة للجمهور في شتى المجالات : الصحة، التعليم،...إلخ تبعا لموضع ومحل العقد الإداري[2].

ويمكن أن يكون هناك مجال للحق في التعويض لفائدة المقاول على أساس نظرية فعل الأمير عندما تؤدي الخدمات التي فرضتها الإدارة إلى الإخلال بالشروط الطبيعية للصفقة أو تجاوزت هذه الخدمات تقديرات الطرفين في العقد[3].

ومن ثمَّ لا يكون المتعهد مسؤولا عن التأخير الواقع بسبب من الجهة العامة أو الجهات العامة الأخرى[4].

ومن التطبيقات العملية لهذه النظرية ما أخذت به الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر بتاريخ 11–ديسمبر–1964 ،في قضية كهرباء وغاز الجزائر ضد بلدية فوكة[5].

وهو ما جاء في قرارٍ للغرفة الإدارية الجزائرية ، بتاريخ 8–مارس–1990، قضية **بـلارة توفيـق** ضد رئيس المندوبية التنفيذية لولاية سكيكدة، ، نقلا عن ناصر لباد ، القانون الإداري، النشاط الإداري، دار لباد للنشر و التوزيع ، سطيف ، الجزائر، 2004،ص 45.

[2] محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة ، الجزائر، 2005، ص91.

[3]**André de Laubadaire**, traité éléméntaire de droit administrtif, LGDG , Pris, France,1970, 9eme édition , p299 «Un droit à indemnité peut être ouvert au profit de l'entrepreneur au titre de la théorie du fait de prince , lorsque les prestations imposées par l'administration ont agravé les conditions normales du marchés ou déppassé les prévisions des parties dans le contrat ».

[4]المادة 53، فقرة أ ، القانون 51 لسنة 2004 المتضمن نظام العقود السوري.

[5]محمد صغير بعلي، ،العقود الإدارية،المرجع السابق ،ص90.

كما يجب التنويه بأن تقنية الملحق **L'avenant** هي من أهم التقنيات التي تعتمدها الإدارة فيما يخص مسألة تعديل الشروط التعاقدية.

ومن خلال الملحق ينبغي أن يتم الإتفاق صراحة على الأشغال الثانوية لإستفادة المتعاقد من التعويضات المتضمنة للأضرار الناجمة عن التأخر في التنفيذ المتعلق بإنجاز هذه الأشغال بشرط أن يكون هذا الضرر حقيقي وأن تكون هذه التأخرات سببا مباشرا في هذ الضرر.

ويتعيَّن أن يكون هناك تمديد للآجال التعاقدية في حالة إبرام ملحق بمعنى أن يتفق المتعامل المتعاقد مع الإدارة المتعاقدة على الآجال الجديدة حتى وإن كانت مجرد آجال ثانوية ، ويتم حساب الآجال من خلال أوامر الإنطلاق في الأشغال ، وأوامر توقيف الأشغال ، وأوامر إستئناف الأشغال.

ويقصد بأوامر الأشغال**ordre de service** : هي تلك الأوامر التي تمنحها الإدارة للمتعاقد لكي ينطلق في تنفيذ الصفقة ، ومن ثم تبدأ عملية حساب الآجال التي إقترحها المتعاقد خلال تقديمه للعرض في مرحلة تقييم العروض.

ويقصد بأوامر وقف الأشغال**ordre d'arret de travaux**:تلك الأوامر التي تصدرها الإدارة المتعاقدة للمتعاقد معها وتأمره بوقف تنفيذ الصفقة، فتتوقف مع هذه الأوامر عملية حساب الآجال.

أما أوامر إستئناف الأشغال**ordre de reprise de travaux**: فهي تلك الأوامر التي تأمر من خلالها الإدارة المتعاقد معها بإستناف الأشغال بعد فترة التوقف ، فيتم من خلالها إستئناف حساب الآجال التعاقدية.

وفي حالة إنجاز هذه الأشغال دون إتفاق بين الطرفين فلا يتم منح أجل تنفيذ ثانوي ، وإن تم مخالفة ذلك فإن مقاولي البناء ملزمون بإنجاز هذه الأشغال في الأجل المحدد في الصفقة فيمكن تطبيق غرامةالتأخير عليهم على أساس عدم إحترام الأجل التعاقدي[1]،غير أنه زيادة على التمديد الاتفاقي يمكن للمشتري العمومي تمديد هذه الآجال بطابع إنفرادي لا سيما في حالة صعوبة التنفيذ لسبب خارج عن إرادة الطرفين أو في إطار سلطة المشتري العمومي في التعديل الإنفرادي ،و يعفى المتعاقد في كل الحلات من تطبيق غرامات التأخير[2].

[1] **CE,16 Mai2012**,op,cit :«la réalisation des travaux suplémentaires n'offre pas un délai d'exécution suplémentaire si les parties ne l'ont pas prévu… a défaut , les constructeures sont tenus de realiser les travaux suplémentaires dans les délais prévu au marché et peuvent se voir appliquer des pénalités deretard l'instant oû ce delai n'est pas respecter».

[2] **CCA Douai, 15-Mars-2018, communne d'hafleur** n°16/DA/01392 : «Il est possible de proroger les délais d'exécution d'un marché par voi d'avenant, l'achteur public peurra également l'orsqu une clause le prévoit ou

كما ينبغي دائما في إطار تقنية الملحق أن تكون الزيادة من الإدارة المتعاقدة عن طريق الملحق غير مؤدَّية لقلب إقتصاديات الصفقةالأصلية ولا إلى تغيير موضوع الصفقة الذي يجب أن لا يؤدي فيما بعد إلى صفقة جديدة مختلفة عن العقد الأصلي[1].

فاللُّجوء إلى الملحق يجب أن يكون إستثنائيا ... فالملحق الذي تكون فيه الزيادة من من 15 الى 20% من المبلغ الأصلي للصفقة هو ملحق ذو طبيعة تقلب الاقتصاد العام للعقد أو تغيِّرُ موضوعه إلا إذا ثبت أن الأشغال التكميلية نتجت حقيقة عن صعوبات تقنية غير متوقعة مستقلة عن إرادة الطرفين[2].

وأخيرا فان التعديل في الأشغال عادة ما يكون بالزيادة ، لكن هذا لا يمنع من أن تكون هذه التعديلات بالنُقصان .

فإذا كانت الأشغال بالزيادة نكون أمام نوعين من الأشغال الإضافية ، أشغال إضافية ثانوية، وأشغال إضافية تكميلية.

أولا: إضافة أشغال ثانوية على أساس نظرية فعل الأمير .

هي تلك الأشغال الجديدة التي لم يتضمنها العقد الأصلي ليس من حيث الكمية فحسب بل من حيث أنها تُدرج لأول مرة في الصفقة.

ومثال ذلك :

بعد الإتفاق مع المقاول أرادت الإدارة إدخال تعديلات تتضمن تركيب أبواب جديدة من حيث أن الإتفاق الأول يقضي بتركيب أبواب من الخشب ، فأرادت الإدارة أن تستبدلها بأخرى من الألمنيوم .

ففي هذ الحالة فإن المقاول في الصفقة الأصلية لم يأخذ بعين الإعتبار سعر و وَقت توفير هذه الأبواب فتعهد بتركيب الأبواب الخشبية مع علمه بسهولة الحصول عليها من السوق، أو توفر مادتها الأولية ليقوم بصناعتها بنفسه إن كان يملك ورشة لذلك.

---

dans le cadre de son povoir de modification unilatérale prolonger ces délais de manière unilatéral en cas notamment de difficulté d'exécution due à une cause étrangère aux parties, dans tels cas le titulaire est exonéré de l'application des pénalités de retard».

[1] **CE,11 -Juillet-2008,** n°312354,:«Dès lors que son extention par avenant n'a pas pour effet de boulverser l'économie du marché initial ni change l'objet du marché ne saurait pas suite constituer un marché nouveau , distinc du contrat initial».

[2] **PIERRE SOUBELET**, le prêfet des cotes d'armor saint brieuc, France , circulaire du 13- janvier-2014, portant la sécurisation juridique des actes des collectivités territoriales,p5 :«L'avenant doit demeur exceptionnel …de 15-20% d'augmentation du montant initial du marchés ,l'avenant est de nature à boulverser l'économie général du marché ou à en changer l'objet , sauf à démontrer que les travaux complémentaires résultent réellement de sujétions techniques imprévues , indépandantes des parties».

في حين أن تعديل الإدارة وطلبها أبواب من مادة أخرى غير الخشب قد يتطلب وقتا ، الأمر الذي يتطلب كذلك تمديد في أجل الصفقة وبالتالي الإعفاء من غرامة التأخير إذا تم التنفيذ بعد الأجل الأصلي الذي إلتزم به المتعاقد عند إبرام الصفقة.

ثانيا: إضافة أشغال تكميلية على أساس نظرية فعل الأمير .

والأشغال الإضافية التكميلية هي تلك الأشغال التي كانت مدرجة في العقد الأصلي لكن يتم تعديلها خاصة من حيث الكمية ومثال ذلك أن يتفق الطرفان على تركيب 100 باب من الخشب العادي .

ونتيجة لتعديلات تقنية أصبح المشروع يتطلب 150بابا من نفس النوعية، هنا نلاحظ أن عدد و كمية الأبواب هي التي تغيَّرت فقط دون المساس بنوعية أو جودة هذه الأبواب.

وجدير بالذكر أنه في ظل الحالات الوجوبية للإعفاء من غرامة التأخير المذكورة سابقا يحق للمتعاقد الحصول على تعويض كامل عن الضرر الذي أصابه.

البند الرابع: الإعفاء الوجوبي المتعلق بمبلغ الصفقة محل التأخير.

في بعض الحالات تنص بعض القوانين المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية على الإعفاء من تطبيق غرامة التأخير في مجال الطلب العمومي وذلك إعتمادا على مبلغ الصفقة،فإذا كان مبلغها يساوي سقفا ماليا مُعَيَّنًا يتم الإعفاء من تطبيق غرامة التأخير.

ومن الحالات التي تضمنت إعفاء المتعاقد من تطبيق غرامة التأخير الحالتين التاليتين التي نصت عليهما بعض دفاتر الشروط الإدارية العامة الفرنسية وهما[1]:

حالة ما إذا كان مبلغ الصفقة لا يتجاوز مبلغ 1000 أورو دون إحتساب الرسوم ، وحالة ما إذا كان مبلغ الصفقة لا يتجاوز مبلغ 300 أورو دون إحتساب الرسوم.

الفرع الثاني: الإعفاء الجوازي من تطبيق غرامة التأخير.

إذا كان تطبيق غرامة التأخير هو الأصل والقاعدة ، فإنه لكلِّ قاعدة إستثناء حيث تشهد الحياة الإدارية المتعلقة بتسيير الصفقات العمومية نوعا من المُرونة،إذ يمكن إعفاء المتعاقد من تطبيق غرامة التأخير في في حالة عدم تضرر الإدارة المتعاقدة ، وهو ما ذهب إليه القضاء﴿**البند الأول**﴾، وهو كذلك ما إعتمده بعض قوانين الطلب العمومي﴿**البند الثاني**﴾.

[1] **Article 20 CCAG** travaux francais, **Article 15 CCAG-MI**-, **Article 14-3 CCAG-PI**-, prévoient une exonération des pénalités lorsque leur montant ne deppasse pas 1000 € Hors Taxe , **Article14 CCAG-FCS**-, **Article 14 CCAG-TIC**-, permettant cette exénoration dont le montant total ne déppasse pas 300 € Hors Taxe.

البند الأول: الإعفاء القضائي المتعلق بعدم تضرر الإدارة المتعاقدة من التأخير.

يمكن إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير في حالة ما إذا لم يلحق الإدارة المتعاقد ضررا ، وهو ما أشار إليه ديوان المحاسبة اللبناني ، إذ يقول في ذلك : «فيكون بذلك للجهة الإدارية التنازل عن **البند الجزائي** إذا لم يترتب عن التأخير ضرر في تنفيذ الإلتزام أما إذا ترتب ضرر فيلتزم المتعاقد مع الجهة الإدراية بتعويضها بمقدار هذا الضرر»[1].

وتأصيل ذلك أن فكرة التنفيذ المباشر تعطي الإدارة سلطة توقيع غرامة التأخير ،وإن كان هذا حتما فمن باب أولى أن تملك الإعفاء من توقيعها، وإن كان مبرر إعمال لسلطتها التقديرية في مجال الإعفاء من الغرامة يجد أساسه في كون الإدارة هي الأقدر على تقدير إحتياجات المرفق العام لضمان حسن سيره بإنتظام فإن عدم تحقق ضرر جرَّاء التأخير أو التراخي في تنفيذ العقد يصلح أن يكون مُبرِّرًا آخر للإعفاء[2].

البند الثاني:الإعفاء القانوني المتعلق بعدم تضرر الإدارة المتعاقدة من التأخير.

في ظل التوجهات الجديدة لمختلف قوانين الشراء العمومي أقرَّت هذه الأخيرة إمكانية إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير في حالة عدم تضرر الإدارة المتعاقدة، وهو ما أشارت إليه بعض القوانين العربية المتعلقة بالصفقات العمومية ، ومن ذلك على سبيل المثال **القانون المصري** و **القانون القطري**المنظِّميْن للطلب والشراء العمومين.

ففيما يخص القانون المصري تضمَّن القانون السابق المتعلق بالعقود الإدارية نوع من التقييد فيما يخص مسألة الإعفاء من تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية ، وذلك من خلال إقراره ضرورة الحصول على الموافقة المسبقة لرأي مجلس الدولة حتى يتم إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير[3].

في حين أن القانون الجديد أسقط هذا الشرط ونص صراحة على إمكانية إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير في حالة عدم تضرر الإدارة ،حيث تضمَّن القانون المصري للشراء العمومي الجديد :

---

[1] ديوان المحاسبة اللبناني،الرأي رقم 396 بتاريخ7-أوت-1961، نقلا عن **محمد العيد الدسوقي**،المرجع السابق،ص108.

[2] **منصور إبراهيم العتوم**،المرجع السابق،ص369.

[3] المادة23-فقرة3،قانون رقم89 لسنة 1998،المؤرخ في8-ماي-1998،بشأن إصدار قانون تنظيم المناقصات و المزايدات المصري سابقا.

«... ويمكن للسلطة الإدارية إعفاء المتعامل المتعاقد من غرامة التأخير سواء كان الإعفاء جزئيا أو كليا حتى وإن تسبب المتعاقد في هذا التأخير، وذلك في حالة ما إذا لم يَنتُج عن التأخير ضرر»[1].

وفي ذلك ينص القانون القطري للصفقات العمومية :

«...فللرئيس بناء على توصية مسببة من اللجنة وبعد إستطلاع رأي الإدارة المختصة إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر»[2].

وهو ما يعتبرُ بمثابة توجُّهٍ جديدٍ فيما يخص شرط الضرر لتطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية ، فهل يمكن القول أن هذا التوجُّه هو بمثابة لَبِنَةٍ أُولى لإعادة النظر في شرط الضرر لتطبيق غرامة التأخير في مجال الطلب العمومي مواكبةً لما هو معمول به في دول القضاء الموحَّد التي تشترط على العموم كما رأينا سابقا وقوع ضرر للإدراة المتعاقدة حتى يتم تعويضها من طرف المتعاقد معها بحكم أن هذه الغرامة التأخيرية بمثابة شرط جزائي في الأنظمة القانونية و القضائية لهذه الدول؟.

وبهذا تكون غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية سائرة نحو تبنِّيها ولو نسبيا في الوقت الحالي لبعض الخصائص التي يتميَّز بها الشرط الجزائي، ومن هذه الخصائص :

- عدم تطبيق غرامة التأخير في حالة عدم وقوع ضرر.
- عدم تطبيق غرامة التأخير في حالة عدم إعذار المتعاقد إذا نصَّت دفاتر الشروط على ذلك.
- إمكانية القاضي الإداري تخفيض مبلغ غرامة التأخير أو زيادته إستنادا إلى مواد القانون المدني المتعلقة بالشرط الجزائي.

وفيما يخص الخاصِّيَتين **الثانية** و **الثالثة** سنقف عليها عند الحديث عن رقابة القاضي الإداري على قرار فرض غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

المطلب الثالث:رقابة القضاء الإداري على قرار تطبيق غرامة التأخير.

تعدُّ عملية تطبيق غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية من ضمن أهم السلطات المخوَّلة للإدارة المتعاقدة إتجاه المتعاقد معها،لكن ذلك لايعني إطلاق العنان لهذه السلطات وأن ليس لها رقيب ولا حسيب بل أعيُنُ القضاء الإداري موجَّهة صوب هذه السلطة للإطِّلاَع عن كثَبٍ فيما يخصُّ مدى مشروعية القرار المتضمن تطبيق الغرامة ومن ثَمَّ كان لزاما على الإدراة أن تراعي بعض الإجراءات و الشكليات في

[1] المادة 48،فقرة 07،قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري لسنة 2018.

[2] المادة21،فقرة 02،قانون رقم 24لسنة 2015، المتضمن تنظيم المناقصات و المزايدات القطري المعدل.

إصدارها لقرار فرض غرامة التأخير ، وأن يتناسب هذا القرار مع مدة التأخير و الأسباب الداعية إلى إتِّخَاذه، و في ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا :

﴿القول بأن هذا الحق يطلق يد الإدارة في توقيع الغرامة التي تقدرها ،هذا القول مردود بأن إستعمال الإدارة حقها المخوَّل من حيث فرض الغرامة على المخالف خاضع لرقابة القضاء الإداري للتحقُّق من أنه غير مشوب بالتعسف﴾[1].

وجدير بالذك أن القرار لمتعلق بتطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية يخضع لرقابة قاضي العقد –القضاء الكامل– في حالة وجود نزاع بين المتعامل المتعاقد والإدارة المتعاقدة حول تطبيق غرامة التأخير ذلك أن القرار عن شخص عام المتضمن فرض جزاءات على المتعامل المتعاقد تطبيقا للشروط التعاقدية لم يتم إعتبارها من طرف القضاء على أنَّها قرارات منفصلة[2].

و تتجلى رقابة القضاء الإداري في مجال الصفقات العمومية الذي يقصَدُ به قضاء التعويض أو قضاء الإلغاء في أن تتناول الرقابة مشروعية الإجراء الاداري من جهة ، والرقابة على ملاءمته من جهة أخرى[3].

لذلك يتعيَّن على قاضي العقد أن يفحص مدى مشروعية هذا القرار﴿**الفرع الأول**﴾،ومدى ملائمة نسبة غرامة التأخير مع خطأ المتعاقد﴿**الفرع الثاني**﴾.

الفرع الأول: رقابة المشروعية لقرار فرض غرامة التأخير.

يتوجب على الإدارة المتعاقدة إحترام العديد من القواعد الناظمة لتطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية حتى يكون قرار فرض الغرامة مشروعا، إذ يمكن لقاضي العقد أن يَقِف على مشروعية هذا القرار سواء من حيث مشروعيته الداخلية أو الخارجية.

البند الأول: رقابة المشروعية الخارجية لقرار فرض غرامة التأخير.

[1] **أحمد منصور أحمد**، المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات،وزارة الثقافةو الفنون والتراث،الدوحة،قطر،ط1،2014، ص481.

[2] **Damien GUILLOU**,la distinction entreles actes détachables et le contrat, Revue juridique de l'Ouest, 2014-3. Les juges du contrat administratif, Actes de la journée d'études de l'A.E.D.P., 2 avril 2013, France,page26: «n'ont pas été jugés détachables … les sanctions infligées à un cocontractant par une personne publique en application des clauses contractuelles».

[3] **عباد صوفية**، الأساس القانوني لجزاء غرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة وأثرها على إمتيازات السلطة العامة في التشريع الجزائري،مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية،أدرار ، الجزائر ،مجلد17، العدد3، سبتمبر 2018،ص291.

يمكن للقاضي الإداري رقابة مدى مشروعية القرار المتضمن فرض غرامة التأخير حال الطعن فيه من قِبَل المتعامل المتعاقد الذي يرى أن هناك ظُلمٌ قد سُلِّطَ عليه من طرف الإدارة بشأن قرار تطبيق غرامة التأخير.

ومن أبرز العيوب المرتبطة بالمشروعية الخارجية لقرار تطبيق غرامة التأخير مايلي:عيب عدم الإختصاص﴿**أولا**﴾، وعيب الشكل والإجراءات ﴿**ثانيا**﴾.

أولا) عيب عدم الإختصاص

لهذا العيب عدة صور نذكر منها:

قد يكون عيب عدم الإختصاص من خلال إعتداء سلطة إدارية على سلطة إدارية موزازية ، ومثال ذلك أن يتمَّ عقد صفقة بين عدة ولايات أو محافظات، ونتيجة لإخلال المتعاقد يقوم أحد الولاة أو المحافظين بإتخاذ قرار تطبيق غرامة التأخير.

غير أنَّ الأعمال التي شهدت تأخُّرًا مثلا لا تدخل في إختصاصه الإقليمي و المكاني بل هي من إختصاص الوالي أو المحافظ في ولاية أو محافظة أخرى تسهر هي كذلك على تنفيذ الصفقة وفقا للإتفاق السابق.

أو قد يكون من خلال إعتداء سلطة عليا على سلطة أدنى،فنفرض مثلا أن المتعامل المتعاقد أبرم صفقة مع كلِّية الحقوق وتأخَّر في إنجاز المشروع وكانت هذه الكلية تتمتع بالإستقلالية المالية وكان عميدها هو من أبرم الصفقة في أوَّل الأمر،لكن المتعاقد تأخَّر في إنجاز المشروع فيُقرِّر رئيس الجامعة بإعتباره المسؤول الأول عن الجامعة أن يفرض غرامة تأخير على المتعامل المتعاقد بحكم أنَّ التأخير في الإنجاز هو مساس بسمعة هيئة الجامعة التي هي تحت سلطته.

أو قد يكون من خلال إعتداء سلطة أدنى على سلطة عليا.

فنفرض مثلا:

أن المتعامل المتعاقد أبرم صفقة مع رئاسة الجامعة وتأخَّر في إنجاز المشروع وكان رئيسها هو من أبرم الصفقة في أوَّل الأمر ، لكن المتعاقد تأخر في إنجاز المشروع.

فيُقرِّر رئيس مصلحة التجهيز ومتابعة المشاريع أن يفرض غرامة تأخير على المتعامل المتعاقد، ففي هذه الحالة حيث لا يحقُّ لرئيس المصلحة أن يفرض قرار تطبيق غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد.

ثانيا) عيب الشكل والإجراءات.

يقصد بالشكل إفصاح الإدارة عن إرادتها وفقًا أو تبعًا للشكل و التدابير التي حدَّدها القانون ، و الأصل أن الإدارة غير ملزمة بشكل أو إجراء عند إصدارها للقرار الإداري مَا لَم يُقيِّدهَا النَّص بشكل أو إجراء[1].

ففي هذه الحالة يفرض القانون صدور القرار المتضن تطبيق غرامة التأخير بصيغة معينة وتبعا لخُطوات محدَّدة مسبقا، غير أن الإدارة المتعاقدة لا تحترم ذلك، فنكون أمام عيب الشكل والإجراءات.

1) عيب الشكل:

ومثاله : أن يُوجب القانون صدور قرار فرض الغرامة تبعا لمضمون معيَّن كأن يتضمن ذكر البيانات الواجب توافرها مثل رقم الصفقة،مبلغ الصفقة،عدد أيام التأخر،ولكن الإدارة تضرب بعرض الحائط مثل هكذا أشكال ولا تبالي بها مطلقا.

ويجب التنويه على أن شكل القرار الإداري قد يكون جوهريا وقد يكون بسيطا، وعادة ما يتم إلغاء القرار إذا لم تحترم فيه الأشكال الجوهرية.

و الشكل الجوهري في نظر **المحكة الإداريا العليا المصرية** هو ذلك الشَّكل الذي يترتب على إغفاله تفويت المصلحة التي عَنَى القانون بتأمينها[2].

ويكون الشكل جوهريا إما بنصِّ القانون أو بطبيعته:

- يكون جوهريا بِنصِّ القانون إذا نصَّ القانون على إعتباره كذلك و تقرير البطلان جزاء لمخالفته.
- ويكون جوهريا بطبيعته في حالتين:

- إذا كان من شأن تخلفه التأثير في مضمون القرار.
- إذا كان الشكل مقررًا لمصلحة المخاطبين بالقرار أومن شأن تخلفه الإخلال بضماناتهم إتجاه الإدارة[3].

2) عيب الإجراءات.

في هذه الحالة يفرض القانون إتباع إجراءات معيَّنة قبل إصدار القرار الإداري كأن ينصَّ القانون على أنَّ تطبيق الغرامة في عقد الأشغال العامة يجب أن يتضمن إلى جانب إمضاء المسؤول الإداري الذي أبرم

---

[1] **عمار بوضياف**، القرار الإداري، جسور للنشر و التوزيع، المحمدية، الجزائر،ط1،2007، ص138.

[2] جلسة 1962/6/10، مجموعة أحكام السنة الثامنة، ص 6036 نقلا عن **عبد العزيز منعم خليفة**، القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، مصر 2010، ص 102.

[3] **عبد العزيز منعم خليفة**، نفس المرجع، ص 102.

الصفقة مع المتعاقد إمضاء مثلا مكتب الدرسات المكلف بمتابعة التنفيذ فهو الأقرب إلى إعتبار أن المتعاقد قد تأخَّر فعلاً في إنجاز المشروع أو قد نفَّذَهُ لكن ليس وفقا لشروط العقد المتفق عليها.

فإذا تضمن العقد أشكال التبليغ برزنامة التنفيذ أو المصادقة من قبَل الطرفين ، لا يمكن للمشتري العمومي كذلك تطبيق غرامات التأخير إلا إذا توفرت هذه الشروط[1].

أو أن يتضمَّن القانون ضرورة إعذار المتعاقد قبل تطبيق الغرامة ،فإذا كان الإتجاه السائد هو عدم ضرورة إعذار المتعاقد إستنادا إلى مختلف القوانين المنظمة للعقود الإدارية و الأحكام القضائية في هذا الصدد.

ومن ذلك مثلا ما ذهب إليه مجلس الدولة السوري أن الإدارة لا تحتاج عند فرض غرامة التأخير على المتعاقد الذي يتأخر في تنفيذ إلتزاماته إلى إعذاره[2].

فلا حاجة لأي اخطار أو إعذار لأن مجرد التأخير يعتبر قائما مقامها[3]،وهو ما نصَّ عليه قانون المناقصات الإمارتي الذي نصَّ على فرض غرامة التأخير دون حاجة إلى إثبات الضرر من جهة ودون ضرورة إعذاره من جهة أخرى ، لأن الضَّرر يعتبر واقعا حُكْمًا بمجرَّد التأخير[4].

وهو كذلك ماتضمنه القانون الجزائري بحيث أنه إذا ورد في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير فيجرى تطبيقها دون إنذار مسبق بعد التأكد العادي من تاريخ إنقضاء الأجل التعاقدي للتنفيذ وتاريخ إستلام الأشغال المؤقت[5].

وجاء في الفصل 171 فقرة 2 من قانون الصفقات التونسي: وتطبق هذه الغرامات والعقوبات دون تنبيه مستحق أو إتخاذ أي إجراء آخر[6].

---

[1] **CCA Marseille, 26-Mai-2014, communauté de haute provence** n°12/MA/01159, « Si le contrat prévoit des formalités de notification du calendrier g'exécution ou d'approbation par les parties, l'acheteur public ne peut ainsi appliquer les pénalités de retard qu'en aurant satisfait à ses conditions ».

[2] **أشار إليه إنصاف أحمد محمد** ، المرجع السابق، ص16.

[3] المادة41،مرسوم رقم 450 ،المؤرخ في 09-ديسمبر-2004، المتضمن دفتر الشروط العامة السوري.

[4] المادة ،51فقرة02، قرار مجلس الوزراء الإمارتي رقم 4 لسنة2019،المتضمن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الإتحادية.

[5] المادة 36، قرار المؤرخ في 16-رجب-1384هـ الموافق ل21-نوفمبر- 1964 ،المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل ، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 6 المؤرخة في19-جانفي-1965

[6] **الفصل 171** ، الفقرة 2، أمر عدد 1039، المعدل سنة2018 ،المرجع السابق.

كما نص القانون المصري هو الآخر على تطبيق غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية بمجرد حصول التأخير من خلال مادته 48 التي جاء فيها[1]:

« ... وفي حالة عدم الإلتزام بالتنفيذ لسبب راجع للمتعاقد يحصل مقابل للتأخير من بداية المهلة دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو إتخاذ أي إجراء آخر».

وإذا ورد في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير فيَجري تطبيقها دون إنذار مسبق بعد التأكد العادي من تاريخ إنقضاء الأجل التعاقدي للتنفيذ وتاريخ إستلام الأشغال المؤقت ... [2].

وعلى الرغم من هذا الإجماع حول عدم إشتراط الإعذار لتطبيق غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية فإن هناك حالات يجب فيها إعذار المتعاقد قبل تطبيق غرامة التأخير فإن كان إعذار المتعاقد غير مشروط في القانون و القضاء الإداري العربيين.

فإن القضاء الإداري الفرنسي أقرَّ ضرورة إعذار المتعامل المتعاقد و ذلك في حالة ما إذا كان هناك شرط أو بند في دفاتر الشروط الإدارية الخاصة بالصفقة،**CCAP** –دفاتر الشروط الإدارية الخاصة–،ذلك أن هذا النوع يختص بكل صفقة على حدة فهي تختلف من صفقة إلى أخرى، ففي هذه الحالة قد يصدق القول أن الخاص يقيِّد العام .

بمعنى أنَّ دفاتر الشروط الإدارية الخاصة يمكن أن تخالف دفاتر الشروط الإدارية العامة –**CCAG**– وذلك في بعض البنود والشروط ومن منها إعذار المتعاقد قبل تطبيق غرامة التأخير.

فمن خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي[3]نلاحظ أنه لم يتم النص صراحة على شرط الإعذار المسبق، ولكن يستنبط شرط الإعذار من تطبيق قاعدة **–مفهوم المخالفة–**، حيث أن القرار نص على أن عدم تأسيس الطلب الذي تقدمت به الشركة من ضرورة الإعذار المسبق قبل تطبيق غرامة التأخير، ونص كذلك على أن شرط الإعذار غير متفق عليه في دفاتر الشروط الإدارية الخاصة التي يمكن أن تخالف دفاتر الشروط الإدارية العامة .

---

[1] المادة 48، قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصرية لسنة 2018.

[2] المادة 36، القرار ، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري المطبق على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل.

[3] CE,15-Novembre-2012,Hopital(LISL-sur-LA-SORGUE),n^{0}350867:«…Qu' en l'espèce , le **CCAP** qui dérogeait seulment au CCAG , quand au montant des pénalités ne prévoyait pas de mise en demeure du co-contractant avant l'application des pénalités de retard , qui par suit la societé TONIN n'est pas fondée a soutenir que les pénalités infligées par,Hopital-LISL-sur-LA-SORGUE seraient irregulière faute de mise en demeure préalable ».

وهو ما يعني بمفهوم المخالفة أنه لو تم الإتفاق عليه في دفاتر الشروط الادارية الخاصة فسنكون أمام أمر آخر، وإلا لكان القضاء الإداري الفرنسي نطق صراحة بعدم إشتراط الإعذار المسبق قبل تطبيق غرامة التأخير مطلقا في مجال الصفقات العمومية.

كما يتعين على الإدارة المتعاقدة تسبيب قرارها المتضمن فرض غرامة التأخير ، فيمكن إعتبارعدم تسبيب القرار المتضمن فرض غرامة التأخير وجها من أوجه إلغاء هذا القرار .

فعيب التسبيب الذي يقصد به ذكر الأسباب التي أدت إلى إتخاذ القرار في صلب القرار الإداري هو ركن شكليٌّ يندرج ضمن ركن الشكل والإجراءات[1] ،كما قد يشترط القضاء الإداري تسبيب القرار المتضمن تطبيق غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد .

وعلى العموم فإن تسبيب القرارات الإدارية المتضمنة للعقوبات فُرض من طرف القضاء والقانون الفرنسيين ،وذلك بتاريخ 11 جولية 1979[2].

وهو ما طبَّقته كذلك الغرفة الإدارية في المحكمة العليا الجزائرية حيث إشترطت تسبيب القرار الإداري[3].

البند الثاني: رقابة المشروعية الداخلية لقرار فرض غرامة التأخير.

بعد فحص قرار فرض غرامة التأخير من ناحية المشروعية الخارجية ، ينبغي كذلك الإلمام بالعيوب الداخلية التي من الممكن أن تشوب هذا القرار. ومن أبرز العيوب الداخلية التي يمكن الإستناد عليها لِدَحر قرار فرض غرامة التأخير عيب السبب﴿**أولا**﴾ ،عيب الإنحراف بالسلطة﴿**ثانيا**﴾،عيب مخالفة القانون﴿**ثالثا**﴾،

أولا:عيب السبب.

يقتضي هذ الشرط أن يكون المتعاقد مع الإدارة هو المتسبب في تأخير تنفيذ الصفقة العمومية ،أو أنه المسؤول عن عيب في تنفيذ هذه الصفقة العمومية.

و سبب القرار الإداري هو :

الحالة الواقعية أو القانونية التي تسبق القرار وتدفع الإدارة لإصداره فالسبب عنصر خارجي موضوعي

---

[1] عمار بوضياف، القرار الإداري، المرجع السابق،ص 159.

[2]Le juge administrtif et les sanctions administrtives, les dossiers thématiques du coseil d'Etat, **coseil d'Etat francais**, 2017, p9.

[3]قرار الغرفة الإدارية،10-مارس-1991،نقلا عن محمد الصغير بعلي،المحاكم الإدارية،دار العلوم،عنابة، الجزائر،2005 ،ص80-81.

يُبرِّرُ للإدارة التدخل بإصدار القرار وليس عنصرا نفسيا داخليا لدى من أصدر القرار،وإستقر القضاء على ضرورة توفر **شرطيْن** في سبب الإدارة[1]:

1) أن يكون سبب القرار قائما وموجودا حتى تاريخ إتخاذ القرار.

2) أن يكون السبب مشروعا.

ويأخذ هذا العيب عدة صور أهمها:

- إنعدام الوجود المادي للوقائع لتطبيق غرامة التأخير.

حيث يقوم القاضي الإداري بالتأكد من صِحَّة الوجود المادِّي للوقائع التي تطلبت إتخاذ قرار تطبيق غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد .

كأن يتم تطبيق الغرامة دون وجود أصلا تأخير ، أو دون وجود عيب في التنفيذ ودون أي إخلال مسجَّل من طرف المتعامل المتعاقد.

فإذا تضمنت الصفقة العمومية شرطا ينص على تطبيق غرامة التأخير في حالة عدم حضور وغياب المتعاقد عن إجتماعات الورشة،فإن أي إخلال آخر أو تأخُّر في التنفيذ لا يعطي الحق للإدرة في تطبيق هذه الغرامة[2].

- الخطأ في الوصف والتكييف القانوني لواقعة تطبيق غرامة التأخير.

ومثال ذلك أن يكون التقصير الذي إرتكبه المتعامل المتعاقد لا يَرقى إلى وصفه بأنه خطأ يستوجب تطبيق غرامة التأخير، كأن يكون مجرَّد تنفيذ غير مطابق بسيط، أو مجرَّد عدم رفع تحفظات بسيطة أوجبتها الإدارة المتعاقدة.

ثانيا:عيب مخالفة القانون.

يأخذ هذا الأخير عدة صور نذكر منها على سبيل المثال : أن تخالف الإدارة القانون مخالفة مباشرة بحيث أن هذه الأخيرة كانت مختصة في إصدار قرار تطبيق غرامة التأخير وعبَّرت صراحة عن ذلك في شكل قرار إداري مطابق لما هو منصوص عليه قانونا وإتبعت الإجراءات اللازمة فهنا قرار تطبيق الغرامة قرار سليم 100%، لكن يتبيَّن للقاضي الإداري أن تطبيق غرامة التأخير جاء مخالفا للنسبة المحددة

[1] **علاء الدين عشي**، مدخل القانون الإداري ، الجزء 2، دار الهدى ، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 120.

[2] **CAA Nancy, 30-Septembre-2014,** n^0 13NC00041 : «Si une clause prévoit une pénalité en cas d'absence à des reunions aucun autre manquement ou retard ne poura donner lieu à l'application de la»

قانونا، فيجب مثلا أن يتم تطبيق الغرامة وفقا لنص القانون أو الإتفاق،فنجد أنه في بعض الدول القوانين المنظمة للعقود الإدارية هي التي تحدد النسب و الحدود القصوى لمبلغ الغرامة .

وتختلف طريقة حساب الغرامة من صفقة إلى أخرى،وذلك بإختلاف مقام العملية المتضمنة حساب غرامة التأخير.

ونأخذ على سبيل المثال القانون الفرنسي.

ففي صفقة أشغال يتم حساب قيمة الغرامة اليومية بواحِدٍ من الأَلْف 1000/1 من المبلغ الكُلِّيِّ للصفقة أو من القسط المتأخر فيه، وذلك مع مراعاة ما تتضمَّنه دفاتر الشروط الإدارية الخاصة[1].

وبخصوص صفقة التوريد و الخدمات فيتم حساب الغرامة وفق المعادلة التالية:

مبلغ الغرامة[2]. = $\frac{\text{قيمة الخدمات المتأخَّر فيها} x \text{عدد أيام التأخُّر}}{1.000}$.

أما بخصوص صفقات العمليات الفكرية .

فيتم حساب غرامة الغرامة وفقا لنفس المعادلة المعمول بها في صفقة الخدمات أو التوريد مع تغيير مقام الكسر من 1000 إلى 3000.

مبلغ الغرامة[3]. = $\frac{\text{قيمة الخدمات المتأخَّر فيها} x \text{عدد أيام التأخُّر}}{3.000}$.

فهنا يتعين حساب الغرامة وفقا لما نص عليه القانون دون تغيير في بسط أو مقام الكسر الخاص بكل صفقة.

أضف إلى ذلك أن هناك بعض القوانين تحدد صراحة الحد الأقصى لمبلغ للغرامة فقد يكون 20% كما

---

[1]Article n^{0}20-1,decret n^0 187/79 du 21-Janvier-1976 modifié.

[2]Article n^{0}14-1-1, arrêté du 19-Janvier-2009, portant application du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et service, JO du 30-Janvier-2009.

une pénalité calculée par application de la formule suivante : P = $\frac{V\,x\,R}{1.000}$.

Dans laquelle.

P= le montant de la pénalité.

V= la valeur des prestations.

R= le nobre de jours de retard.

[3] **Article n^{0}14-2**,arrêté du 16-Septembre-2009, portant approbation du cahier des clauses applicables aux marchés publics de prestations intellectuels.

cette pénalité est calculée par application de la formule suivante : P = $\frac{V\,x\,R}{3.000}$.

dans laquelle.

P= le montant de la pénalité.

V= la valeur des prestations.

R= le nobre de jours en retard.

هو الحال في القانون السوري[1] و السعودي[2] للطلب العمومي ، وقد يكون 10% كما هو الحال في القانون الجزائري للشراء العمومي[3].

وقد يكون 5% من المبلغ الإجمالي للصفقة كما هو الحال في القانون التونسي للصفقات العمومية[4] .

فتقوم الإدارة مثلا –وفقا للقانون التونسي والقانون الجزائري– بتطبيق غرامة تعادل 11% أو 12%،ففي هذه الحالة نكون أمام عيب مخالفة القانون.

أو قد يتجسد هذا العيب في خطأ الإدارة في تفسير الأحكام والنصوص القانونية والتنظيمية المتعلّقة بتطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية و مثال ذلك أن تقوم الإدارة بتطبيق غرامة التأخير بنسبة مرتفعة جدا كان تساوي100%من مبلغ الصفقة أو أكثر من ذلك بحكم أن القانون لا يُحدِّدُ النسبة القصوى لغرامة التأخير ومن ذلك مثلا المرسوم الفرنسي المتعلق بدفاتر الشروط الإدارية العامة لصفقات الأشغال[5].

فهنا الإدارة قد أخطأت في تفسير النَّص القانون ظنًّا منها أنه مادام القانون لا يضع سقفا معيَّنا لغرامة التأخير فيمكنها وضع نسب مرتفعة جدا أو خارجة عن المألوف عند تطبيقها لغرامة التأخير.

وقد يكون هذا العيب في صورة خطأ في تطبيق القاعدة القانونية ، ومثال ذلك أنَّ هناك قوانين تنص على عدم خضوع مبلغ غرامة التأخير إلى الرسم على القيمة المضافة ،فهنا يتعيَّن عدم تطبيق القيمة المضافة على مبلغ الصفقة عند حساب غرامة التأخير[6].

لكن الإدارة تقوم بتطبيق الغرامة وتضيف عليها الرسم على القيمة المضافة،فهنا الإدارة كانت على صوابٍ لحدٍّ ما،لكنها أخطات في تطبيق النص القانوني المتعلق بكيفية تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

---

[1] المادة 50 من قانون الصفقات العمومية السوري المذكور سابقا.

[2]المادة72ن قانون الصفقات العمومية السعودي المذكور سابقا.

[3]مراسلة رقم 831، المؤرخة في 21–سبتمبر–2019، صادرة عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية الجزائرية.

[4] الفصل 171، فقرة 2،من الأمر عدد 1039 لسنة 2014، المؤرخ في 13–مارس–2014، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية التونسي.

[5]**Article n⁰20-5**,decret n⁰ 187/79 du 21-Janvier-1976 modifie, portant application du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux,CCAG JO du 30-Janvier-1976:« Le montant dés pénalités n'est pas plafonné ».

[6] مراسلة رقم 544، المؤرخة في 19–جوان–2015،2020 عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية الجزائرية.

ثالثا:عيب الإنحراف بالسلطة.

في ظل هذه الحالة فإن تطبيق الإدارة لغرامة التأخير يجب أن يكون مبتغاه الأسمى هو سيرورة المرفق العام لتلبية حاجات الأفراد و المواطنين و السَّهر على خدمتهم ، فتقوم الإدارة بتطبيق غرامة التأخير فَيَتَبَيَّن أن قرارها يشوبه نوع من الإنحراف عن المصلحة العامة أو قد يكون نتيجة دوافع شخصية وبواعث لاموضوعية.

ولا شك أن هذه الممارسات كثيرة الوقوع، الأمر الذي ينعكس سلبا على أداء المتعاقدين مع الإدارة من جهة وعلى الأداء الوظيفي للطلب العمومي من جهة أخرى .

وهو ما دفع بالبعض إلى تقديم تساؤلات وإستفسارات للمسؤولين المكلفين بصياغة وإعداد وتطبيق القوانين المنظمة للطلب و الشراء العمومي حول اللجوء السيِّئ والمنحرف لغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية[1].

ومن ذلك مثلا قيام الإدارة بتطبيق غرامة التأخير بالرغم من قيام هذه الأخيرة بإستلام الخدمات محل التعاقد دون تحفُّظ ، وكذا قيامها بالدفع الكامل لمبلغ الفاتورة[2].

الفرع الثاني: رقابة الملاءمة على قرار تطبيق غرامة التأخير.

تمتدُّ الرقابة على قرار فرض غرامة التأخير لتشمل مدى ملائمة قرار فرض غرامة التأخير مع التقصير المرتكب من طرف المتعامل المتعاقد ،وفي ذلك قررت محكمة التمييز الكويتية :

﴿ ومن المستقر عليه أنه وإن كان من سلطة الإدارة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا قصَّر في تنفيذ إلتزاماته على أيِّ وجه من الوجوه سواء بإمتناعه عن التنفيذ أو بالتأخير فإن للقضاء مراقبة جهة الإدارة في إستعمالها لهذا الحق وسلطته في هذا الخصوص واسعة لا تقف عند مراقبة مشروعية الجزاءات التي توقعها الإدارة، بل قد تمتد في بعض الحالات إلى مراقبة مدى ملاءمتها﴾[3].

---

[1] **PAUL Maloc**,Recours abusifs aux pénalités de retard,Assemnlée National, France, question écrite n°2680 du 07-Novebre-2017 a Mr : le ministre de économie et des finances Français, journal officiel de l'assemblé national du 27-Février-2018,: « Si l'objectif premier de ces pénalités de retard est d'assurer l'exécution du marchés dans les délais contraints , cette intention est dans certains cas détournée par les acheteurs publics profitant du retard de certains cors de métier pour appliquer successivement des pénalités de retard aux opérateurs intervenant…»

[2]Cour d'appel administrative, Paris, le 19-décembre-2019, n° 17PA23495, sociéte ARM Pajani : « Les pénalités de retard ne sont pas exigible si la réception des prestations est effectuée sans réserve et la facture intégralement payée».

[3] **أحمد منصور أحمد**،المرجع السابق، ص101.

كما أنَّ رقابة الملائمة المرتبطة بغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية وُضِعت أصلا لصالح المتعاقد حماية له من تسلط الإدارة﴿**أولا**﴾، غير أنَّه وفقا للتوجُّهات الحديثة للقضاء الإداري الفرنسي فإن رقابة الملائمة يمكن أن تنحاز أحيانا ولو بطريقة غير مباشرة لصالح الإدارة المتعاقدة فيما يخص مسألة تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية﴿**ثانيا**﴾

أولا: الرقابة الملائمة المتضمنة تخفيض مبلغ غرامة التأخير.

عادة ما تكون رقابة الملائمة فيما يخص غرامة التأخير من أجل الخوض في غِمار العمل القانوني للإدارة ممثلا في قرار فرض غرامة التأخير ، ومن ذلك مثلا أن الإدارة أخطأت في تفسير المادة القانونية المتعلقة بتطبيق غرامة التأخير ، حيث نصت المادة حقيقةً على فرض غرامة التأخير لكن في المقابل من ذلك أقرَّت هذه المادة أن تطبيق الغرامة يكون فقط من الأشغال التي شهدت تأخُّرا في الإنجاز– أي فقط الجزء المتأخَّر فيه–، في حين أن تطبيق الغرامة قد تمَّ فرضه على المبلغ الكلي للصفقة ، فطبيعي أن مبلغ الغرامة إذا ما تم تحصيله من مجمل العقد سيكون مرتفعا مقارنة بمبلغ الغرامة المحصَّل من الجزء الذي تأخر المتعاقد في تنفيذه.

وتطبق الإدارة الغرامة كذلك من المبلغ الكلي أو الإجمالي للعقد مقارنة بأهمية الجزء الذي شهد تأخُّرا في الإنجاز، فنفرض أن **عمر** أبرم عقدا إداريا لإنجاز مستشفى ، فقام **عمر** بإنجاز كل الأشغال ، وتأخَّر فقط في إنجاز المبنى الخاص بالحراسة ، ففي هذه الحالة من المفروض أن تُطبق الغرامة فقط علي القيمة الموجودة في العقد الخاصة بمبنى الحراسة وليس قيمة كل المستشفى، لأن مبنى الحراسة لا يَحُولُ دون الإنتفاع بالمستشفى.

بخلاف مثلا لو تأخر في إنجاز الجناح المخصَّص للمرضى أو غرفة العمليات الجراحية، ففي هذه الحالة لا يمكن الإنتفاع بالمستشفى حتى ولو قام **عمر** ببناء وتهيئة وتزيين كل ما بقيَ من المستشفى[1].

ويتجسد كذلك رقابة الملائمة في كيفية حساب مبلغ الغرامة مقارنة بنسبة التأخر المسجَّل من الآجال التي التزم بها المتعاقد في بداية الصفقة ،فنأخذ على سبيل المثال القانون المصري المتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة ، إذ يقتضي هذ الأخير أنه في حالة صفقة أشغال تطبق الغرامة بما لا يجاوز 10% من مبلغ العقد،ولكن هذا في حالة ما إذا لم يتجاوز التأخير 10% من المدة الكلية للعملية، وكمثال

[1] تم صياغة هذه الأمثلة وفقا لما تضمنته المادة 48، قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري لسنة 2018.

بسيط:

نفرض أن **عمر** أبرم عقدا مع إدارة معينة ، وتعهد بإنجاز الصفقة في مدة 10أشهر، لكن **عمر** تأخَّر في الإنجاز لفترة تساوي شهرا أو أقل من ذلك.

فهنا الإدراة إذا أرادت تطبيق غرامة التأخير فعليها أن لا تطبق أكثر من10% من مبلغ العقد،أما إذا تأخر **عمر** لمدة أكبر من شهر فهنا الإدارة تطبق الغرامة بنسبة 15% من قيمة العقد لأن التأخر المسجَّل يتجاوز 10% من الأجل الأصلي الذي وضعه المتعاقد في مرحلة تقديم العطاءات .

وقد يتجلَّى هذا العيب كذلك في عدة حالات مختلفة ، ومن ذلك مثلا :

قيام الإدارة بتطبيق غرامة التأخير على عدة مقاولين مشتركين في صفقة واحدة ولكنها تعمِّمُ العقوبة على كل المتعاقدين وتفرض عليهم نسبة واحدة دون مراعاة عدد أيام التأخير المسجلة بالنسبة لكل متعاقد على حدة[1].

وبخصوص رقابة قاضي العقد لمدى ملائمة قرار تطبيق غرامة التأخير فما كان معمول به هو أنَّ المتعامل المتعاقد ليس بإمكانه أن ينازع في مدى إستحقاق الإدراة للغرامة، والإحتجاج بأنها لا تتناسب مع الأضرار الحقيقية التي لحقت بالإدارة من جرّاء المخالفة[2].

وهو ما سار عليه القضاء الإداري فقضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه:

﴿... ولذا فإن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بحصول ضرر﴾[3].

فمجرد التأخير يعتبر قائما مقام الضرر[4]كما أكدت ذلك محكمة التمييز الأردنية إذ تقول في ذلك:

«...من حق المدعية المطالبة بغرامة التأخير وفقا للإتفاقية المعقودة ما بين الجهة المدعية و المدعى عليها و المتضمنة موعد التسليم و مقدار الغرامة دون أن تكون هناك مكلفة بإثبات الضرر، لأن الضرر

---

[1] **CE,01-Février-2019, société EHPAD**, n°414068 établissement d'hébergement pour personne âgées dépendantes:«Lorsque le contractant n'est que partiellement responsable d'un retard dan l'exécution du contrat les pénalités applicables doivent être calculées seulment d'après le nombre de jours de retard imputable au cocontractant lui-même».

[2] **سليمان محمد الطماوي**، المرجع السابق، 493.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، بتاريخ 1970/3/21، نقلا عن منصور ابراهيم العتوم ، المرجع السابق، ص 352.

[4] المادة41،المرسوم رقم 450لسنة 2004،المؤرَّخ في 0-ديسمبر-2004،المتضمن المصادقة على دفتر الشروط العامة السوري.

متحقق وهو التأخير في التسليم»[1].

غير أنه في ظل التوجهات الحديثة للقضاء الإداري خاصة الفرنسي يحقُّ للمتعاقد مناقشة مدى تعسُّف الإدارة في تطبيق غرامة التأخير خاصَّة مسألة نسبة الغرامة إذا كانت مرتفعة بشكل بيِّن ومبالغ فيه[2] .

وما ينبغي التنويه به هو أنَّ ممارسة قاضي العقد لسلطته التقديرية في مدى ملائمة نسبة الغرامة وتخفيض مبلغها قطع عِدَّة أشواط ليصل لما هو عليه في الوقت الحاضر .

حيث أنَّه في **بداية الأمر** كان القاضي الإداري خاصة الفرنسي متردِّدًا في مسألة تعديل مبلغ غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية إذ حكم القاضي الإداري بعدم تخفيض مبلغ الغرامة ولو كان مبلغها يفوق مبلغ الأسعار[3] .

ليقوم فيما بعد **كمرحلة ثانية** بالإقرار بإمكانية تخفيض نسبة أو مبلغ غرامة التأخير التي طُبِّقَت على المتعامل المتعاقد إستنادا إلى أحكام القانون المدني الفرنسي لا سيما المادة 1152 منه[4] .

ومن الأمثلة المتعلقة بتخفيض مبلغ الغرامة تلك الغرامات التأخيرية المطبقة والتي تصل إلى 147637أورو أي ما يعادل 56,2% من المبلغ الإجمالي للصفقة .

أما الغرامات التي يساوي مبلغها 150646,63أورو خارج الرسوم والتي تمثل 14,2% من مبلغ الصفقة مع الأخذ بالحسبان كذلك التأخير المهم في مواعيد تنفيذ الأشغال هي ليست مرتفعة بشكل مبالغ فيه ،فلا حاجة إذن لتخفيض مبلغ هذه الغرامات[5].

---

[1] قرار محكمة التمييز الأردنية، رقم 2002/3271 ، المؤرخ في2- فيفري-2002 ، نقلا عن توفيق مشاوش، محمد الحسين، العقود الادارية وجزاءاتها في القضاء الاداري الأردني و القضاء المقارن، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، كلية الشريعة والقانون،2016، ص1347.

[2] سبَق و أن أشرنا أن نسبة غرامة التأخير غير مُسقَّفة في القانون الفرنسي للطلب العمومي.

[3] **CE ,14-Juin-1944, SEKOULOUNOS**,n°69167,«Lorsque le cahier des charges fuxe la pénalité par journée de retard dans le transport du matériel , le fait de ce montant serait superieur aux prix du transport ne peut motiver une réduction la dite pénalité».

[4] **CE ,13-Mai-1987**, **Societé CITA France**, n°35374,«les entreprises ne serait utilement demander au juge administratif sur la fondemant des disposition de l'article 1152 du code civil **la réduction** du taux dés pénalités de retard.

-CE ,13-Mars-1991, Entreprise LA Baudinniére, n°80846,«Une entreprise ne serait utilement demander au juge administratif sur la fondemant des disposition de l'article 1152 du code civil **la réduction** des pénalités de retard qui lui ont été infligées», CE,24-Novembre2006, Société Group 4 Falk sécurité n°275412.

[5] **CCA PARIS,8-Juin-2018**, SUCHET,n°17/PA/01124, «Des pénalités d'un montant 150646,63 euros HT qui represente 14,2% du montant compte tenu également du retard très inportant pris dans l'exécution des travaux ne sont pas manifestement excessive , el n'ya donc pas lieu d'en modérer le montant».

ويقع عبئ الإثبات على حائز الصفقة المتعاقد الذي يَعْتَرِضُ على مبلغ الغرامة والذي يُطالب بتعديلها فيجب عليه إثبات الطابع المبالغ فيه لهذه الغرامات[1].

ثانيا: رقابة الملائمة المتضمنة زيادة مبلغ غرامة التأخير.

كمرحلة ثالثة وأخيرة توجَّه القضاء الإداري الفرنسي نحو إمكانية الرَّفع من الغرامة وكان ذلك إبتداء من سنة 2006 من طرف المحاكم الإدارية[2].

وفي سنة 2008 أقر مجلس الدولة الفرنسي صراحة **تخفيض** أو **رفع قيمة غرامة التأخير** إذا كان مبلغها مبالغا فيه أو مبلغا تافها وبخسا بحسب الأحوال وذلك إستنادا إلى أحكام القانون المدني و بالأخص المادة 1152 منه[3].

وهو ما يعتبر سابقة في مجال غرامة التأخير من حيث زيادة مبلغها ورفعه من طرف القاضي، ومن هنا بدأت غرامة التأخير تتداخل مع الشرط الجزائي في القانون المدني .

وذلك من حيث **تخفيض** مبلغها أو **الزيادة** فيه.

فمنذ ديسمبر 2008 لأول مرة في تاريخ القضاء الإداري حائز الصفقة يمكنه اللجوء إلى القاضي ليطلب منه تخفيض المبلغ مادام أن التأخير لم يشكل ضررا لمهام المرفق العام لسلطة الشراء[4].

وفي نفس الوقت يمكن للقاضي الإداري الرفع من نسبة غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية على الرغم من الإتفاق المسبق بين الإدارة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد حول الحدِّ الأدنى للغرامة .

فنفرض أنهما مثلا :

إتفقا على أن مبلغ الغرامة يكون بواقع 10 من مبلغ الصفقة فإنه إستندا إلى قرار مجلس الدولة الفرنسي لسنة2008 يمكن للقاضي الإداري أن يرفع مبلغ الغرامة إلى 15% ،20 % ،25%،30% ...من مبلغ الصفقة.

---

[1]**CCA PARIS,10-Avril-2018**, Societé D'économie Mixte Paris,n°16/PA/00341, «Le titulaire du marché public qui conteste la montant des pénalités mis à sa charge et en demende modulation doit prover le caractère manifestement excessif des pénalités».

[2]**CCA PARIS23-Juin-2006** n°02/PA/03759,

[3] **CE,Lundi le 29-Decembre-2008, n029630** , Sarl SERBOIS, « le juge administratif peut moduler le montant des pénalités de retard stipulées contractuellement dans un marché public, il est loisible au juge administratif saisi de conclusion en sens de modérer ou **d'augmenter les pénalités de retard** résultant du contrat par application des principes dont s'inspire l(article 1152 du code civil si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoir eu egard mantant du marché».

[4]**ALEXANDRE Domanico**:op,cit,p3 «depuis decembre 2008 pour la première fois dans la jurisprucence administrative le titulaire peut saisir le juge pour lui demander d'en moduler le montant dés lors que le retard n'a pas porté préjudice aux missions de service public du povoir adjudicatur»

المبحث الثاني:الشروط القضائية و القانونية الجزائية لتطبيق غرامة التأخير.

إن كانت رقابة القاضي الإداري تصُبُّ عادةً في مصلحة الطرف الضعيف في العقد وهو المتعامل المتعاقد بحيث تهدف عموما إلى رفع الغبن والإجحاف المفترض في عملية تطبيق غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية ، فإن هناك رقابة أخرى على النقيض من **الرقابة الأولى**، وهي الرقابة الجزائية التي تهدف عادة إلى حماية المال العام ،فزيادة على الشروط التي أوجبها القضاء الإداري لتطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية .

وزيادة على الشروط التي أوجبتها كذلك مختلف القوانين المنظِّمة للطلب العمومي، فإن هناك قواعد وشروط أوجبتها مختلف القوانين الجزائية ،وفي حالة عدم إحترامها يُسدل السِّتار لتدخُّل القاضي الجزائي ليراقب مدى خضوع تطبيق غرامة التأخير للقانون من حيث الإعفاء الجزئي أو الكلي من تطبيق غرامة التأخير دون مبرِّر قانوني.

وقبل الحديث عن تطبيق غرامة التأخير وفقا للشروط القانونية والقضائية الجزائية ، يتعيَّن التطرُّق إلى أهم المبادئ التي تحكم عملية الشراء العمومي والتي ستقودنا إلى المناورات التي يمكن أن يقوم بها الموظف المكلَّف بتسيير الصفقات العمومية بهدف إعفاء المتعاقد من تطبيق غرامة التأخير﴿**المطلب الأول**﴾، حيث أصبح الفساد في الصفقات العمومية عالة على كل الدول و المجتمعات﴿**المطلب الثاني**﴾.

الأمر الذي يتطلب التَّصدي لهذه الظاهرة وتجريم مثل هذه الأفعال خاصة تلك الممارسات الفاسدة المرتبطة بتطبيق غرامة التأخير في مجال الطلب العمومي﴿**المطلب الثالث**﴾.

دون إهمال الجانب الأخلاقي الذي يمكن أن يُساهم إلى حدٍّ بعيدٍ في التقليل من الفساد المرتبط بتطبيق غرامة التأخير في ميدان الصفقات العمومية﴿**المطلب الرابع**﴾.

المطلب الأول: مبادئ إدارة الشراء العمومي.

تقتضي عملية إدارة الشراء العمومي إحترام أسس ومبادئ تقوم عليها عملية تسيير الطلب العمومي ، إذ تسمح هذه المبادئء بضمان فعالية الطلب العمومي و الإستعمال الحسن للأموال العمومية[1] .

فقد لجأت العديد من الدول إلى إصلاح منظومتها القانونية الخاصة بالطلب العمومي بهدف إرساء قواعد جديدة في تدبير الصفقات العمومية ترتكز بالأساس على الحكامة الجيِّدة وترسيخ المزيد من الشفافية و

[1]« Rapport du présedent de la République française , 24-Juillet-2015 relative a l'ordonnance n^{0}899-2015 du 23-Juillet-2015, relative aux marchés publics, p2».

المنافسة وتحسين مناخ الأعمال[1]،ويحتج بهذ المبادئ أمام كل مشتري عمومي بغضِّ النظر عن مبلغ الصفقة أو الإجراء المعتمد[2].

لذلك يتعين أن تحترم الصفقات العمومية كل من :مبدأ حرية الوصول إلى الطلب العمومي﴿**الفرع الأول**﴾،المساواة في معاملة المترشحين﴿**الفرع الثاني**﴾، وشفافية الإجراءات﴿**الفرع الثالث**﴾.

الفرع الأول: مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية.

ينبغي على المصلحة المتعاقدة فتح المجال أمام وصول جميع المتعاملين الإقتصاديين إلى الطلبات العمومية والذين تتوفر فيهم الشروط المؤهلة و التي تحدَّدُ مسبقا ، و وهو ما يتطلب ضرورة التطرق إلى مفهوم وتعريف مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية﴿**البند الأول**﴾، كما أنَّ هذه الحرية للوصول إلى الطلبات العمومية تحكمها بعض الإستثناءات﴿**البند الأول**﴾.

البند الأول:مفهوم مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية.

يقتضي هذا المبدأ ضرورة إمكانية ترشح من تتوفر فيه الشروط الموضوعية المحددة التي يجب أن توضع بعيدا عن كل إعتبارات من شأنها التمييز بين المتعاملين على أي أساس كان للوصول إلى هذه الطلبات، ومعنى ذلك أن تمنح الإدارة الفرصة لكل مترشح مهلة قانونية للتقدم من أجل الإشتراك في التعهد من أجل الحصول على الصفقة[3].

ومبدأ حرية الوصول الى الطلب العمومي هو إحدى صور مبدأ حرية المنافسة ، من خلال حرية تقديم العروض من قبل جميع المعنيين بموضوع الصفقة وحق الأفراد في التقدم للمناقصة العامة دون منع المصلحة المتعاقدة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس[4].

البند الثاني:الإستثناءات الواردة على مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية.

هناك حالات يمكن إستبعاد العديد من المترشحين وذلك لأسباب عادة ما تكون مرتبطة بجودة الخدمات

---

[1]المرسوم الجديد حول الصفقات العمومية،مجلة المالية ،وزارة الاقتصاد و المالية المغربية ، العدد 23، أفريل2014،ص4.

[2]**PREFET dE L'EURE**,France,la Définition de la commande publique,op,cit,p1:« les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, ces principes sont opposables à tous les acheteurs publics, quel que soit le montant du marché et quelle que soit la procédure utilisée».

[3]**خرشي النوي** ،المرجع السابق ،ص 491.

[4] **بلجيلالي بلعيد**، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، النشر الجامعي الجديد، تلمسان ، الجزائر، 2019،ص22.

المقدَّمة من طرف المترشح فيمكن مثلا إقصاء صاحب العرض المنخفض المقدم من المتعامل الإقتصادي المختار وذلك على أساس السعر المرجعي الذي أعدَّته الإدارة أو إستنادا إلى سعر السوق في فترة الإبرام ، و يمكن تعريف العرض المنخفض بصفة غير عادية بأنَّه :

"العرض المقترح من المؤسسة الذي لا يعكس المبلغ فيه بوضوح القيمة الحقيقية للعمل المراد إنجازه"[1]

،فنجد مثلا القانون المغربي نص على أن العرض يكون منخفض بكيفية غير عادية إذا كان يقل عن:

-**25** $^{0}/_{0}$ بالنسبة للثمن التقديري الذي وضعه صاحب المشروع بالنسبة لصفقات الأشغال.

- **35** $^{0}/_{0}$ بالنسبة للثمن التقديري الذي وضعه صاحب المشروع بالنسبة لصفقات التوريدات والخدمات غير صفقات الدراسات وفقا لما نص عليه قانون الصفقات العمومية المغربي[2] .

غير أنَّ أن هذا المعيار المتَّبع الذي أورده قانون الصفقات العمومية المغربي هو جزء من الكل،إذ يمكن الإعتماد على معايير أخرى للحُكمِ على العرض بأنه منخفض بصفة غير عادية.

فزيادة على مقارنة العرض الذي ترى الإدارة أنه منخفض بالثمن التقديري للمشروع ، يمكن مقارنة هذا الأخير كذلك بالعروض الأخرى المقدَّمة، أو من خلال تقييم الخصائص الذاتية للعرض في حد ذاته[3].

الفرع الثاني : مبدأ المساواة في معاملة المترشحين.

سيتم من خلال هذا الفرع إعطاء مفهوم لمبدأ السماواة في مجال الصفقات العمومية﴿**البند الأول**﴾، وكذا أهم الإستثناءات التي يمكن أن يخضع لها﴿**البند الثاني**﴾.

البند الأول : تعريف مبدأ المساواة في معاملة المترشحين.

لا طالما كانت المساواة مطلب الشعوب قاطبة، وهي قاعدة جاءت بها الأديان السَّماوية ونص عليها القانون الدولي والداخلي بعد تضحيات أجيال عديدة[4].

---

[1] **Catherine Prebessy- shnall**:la pénalisation du droit des marchés publics,LGDj,paris -France 2003, p 90 « l'offre anormalment basse peut se définir comme une offre proposé par l'entreprise dont le montant ne refléte pas le cout réel de l'ouvrage à réaliser ».

[2] المادة 41 من قانون الصفقات العمومية المغربي المعدل و المتمم.

[3] **Nicolas- Basselier,** Préfet de Loir-et-Cher, France, choix de l'ofrre économique le plus avantageuses dans les marchés publics et la problématique des offres anormalement basses , circulaire du 41/2011,p4 : «Plusieures méthodes peuvent être mise enouvre pour détecter parmis les offres présentées , celles qui étant particulièrement basses, sont suspectes :

- L'estimation prélable.
- Comparaison avec les autres offres présentées.
- Les caractéristiques intriséques».

[4] أعمر يحياوي، نظرية المال العام،دار هومة ،الطبعة03 ،2005، ص 75 .

ومبدأ المساولة هو أحد المبادئ المتعلقة بالمساواة أمام القانون وكذا المساواة في تكافئ الفرص ،و هو مبدأ دستوري، وتتضمن مختلف القوانين هذا المبدأ سواء تلك المتعلقة بالعقود الإدارية أو غيرها ومن ذلك وتشكّل المساواة في معاملة المترشحين لإبرام الصفقات العمومية إحدى صور المساواة أمام المرافق العامة ، ومفاد مبدأ المساواة في معاملة المترشحين أنّه يجب التعامل مع جميع المتنافسين على قدم المساواة من حيث الشّروط المطلوبة و المواعيد والإجراءات المقررة دون تفرقة بينهم وكذا لنفس قواعد المتناقصين[1] .

وإذا كان مبدأ المساواة أمام القانون بشكل عام مكرَّس في مواثيق دولية ونصوص دستورية وقانونية كثيرة فإن هذا المبدأ يظل مجرَّد شعار وأحرف ميِّتة إذا لم يُتوَّج بضمانات من شأنها أن تُجسِّدَه في أرض الواقع[2].

وتجسيد لذلك تم تحديد قواعد على مستويات مختلفة للسلطة لضمان الإستعمال الحسن للأموال العامة في إطار المشتريات العمومية[3].

البند الثاني : الإستثناءات الواردة على مبدأ المساواة في معاملة المترشحين.

لكل قاعدة إستثناء ، ومن بين الإستثناءات الواردة على هذا المبدأ دعم وحماية المنتوج المحلي من خلال إعطاء الأولوية في منح العقود الإدارية إلى مؤسسات التي تعتمد أساسا على المنتوج المحلي ، حتى وإن كان هذا التفضيل أو التمييز في حدود ضيِّقة[4] .

الفرع الثالث: مبدأ شفافية الإجراءات.

لهذا المبدأ تعريف خاص به﴿**البند الأول**﴾، كما أن هذا المبدأ له العديد من الصور التي يمكن تجسيدها ميدانيا﴿**البند الثاني**﴾.

---

[1] محمد أنور حمادة، قواعد إجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي،2003 ص29 .

[2] عمار بوضياف، المحاكمة العادلة في النظام الجنائي الاسلامي و المواثيق الدولية، – دراسة مقارنة – ، جسور للنشر و التوزيع ، المحمدية ، الجزائر، ط1، 1432هـ-2010م، ص39.

[3] La cour des comptes européenne : les poblèmes liés aux marchés publics dans le cadre des dépences de L'UE, Rapport spécial,2015,n^{0}10;«Des règles ont été fixées à diférents nivaux de povoir afin d'assurer l'utilisation optimale des fonds publics dans le cadre d'achats publics »

[4] لمزيد من التفاصيل، يرجى مراجعة قرار رئيس الجمهورية المصري، رقم 05لسنة2015، المتضمن تفضيل المنتجات المصرية في العقود الحكومية، الجريدة الرسمية العدد 03مكرر، المؤرخ في 17-جانفي-2015.

البند الأول : تعريف مبدأ شفافية الإجراءات.

يعتبر مبدأ شفافية الإجراءات من ضمن أهم المبادئ التي تحكم إبرام الصفقات العمومية ذلك أنه بمثابة المبدأ الجامع لمبدأي حرية الوصول إلى الطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين، كما أن هذا المبدأ هو إحدى آليات الحكم الراشد[1].

ويقصد به وضوح الإجراءات والإعلام المسبق للمتنافسين بشأن معايير الإختيار وضرورة الإعلان عنها بالطرق المحدَّدة،وتمكين المترشحين من إيصال عروضهم وحضور جلسات فتح الأظرفة و الإطلاع على نتائج التقييم والإختيار وفتح مجالات الطعن في القرارات المتخذة و الأعمال المتعلقة بإجراءات الطلبية العمومية[2].

و يقتضي هذا المبدأ أن إجراء إبرام الصفقات العمومية لا يجب أن يكون غامضاعبر مختلف المراحل ويجب تجنّب أي تمييز ويفسح المجال للإعلام والمنافسة الشريفة بين مختلف المترشحين[3].

البند الثاني:تجسيد مبدأ شفافية الإجراءات في ظل قانون الصفقات العمومية الجديد.

إن المتمعن في القوانين المنظمة للشراء العمومي يجد أنَّ هذه القوانين تضفي على إجراءات إبرام الصفقات العمومية نوعا من الوضوح و الشفافية وذلك من خلال الإطلاع على مسار الصفقة من نقطة الإنطلاق إلى نقطة الوصول عن طريق تبيَان الإجراءات المتبعة في إبرام العقود الادارية ومن أهم هذه الإجراءات:

أولا : الإعداد الجيد للحاجات:

ينبغي على المشتري العمومي القيام بحساب إحتياجاته حساب دقيقا وشاملا قبل الإعلان عن التعاقد ، و يتعيَّن عليه كذلك التعبير عن حسن نيَّته في إضفاء الشفافية والنزاهة إبتداء من أول المراحل التي تمر بها

---

[1] عمروش حليم ،مداخلة ألقيت ضمن فعاليات الملتقى الدولي " مكافحة الفساد في الصفقات العمومية" ، المنظم من قبل جامعة الجيلالي اليابس،سيدي بلعباس، كلية الحقوق و العلوم الساسية ، ،يومي 24-25 أفريل-2013 ،ص 30 .

[2] خرشي النوي ،المرجع السابق،ص493 .

[3] **C-LAJOYE**, droit des marchés publics, mémontos, lexetenso-editions, France, 2008, 3eme edition,p77 : « Ce principe signifie que la procedure de passation des marchés publics ne doit pas être opaque, que les différentes phase de la procdure doivent bannir toute discrimination et donner lieu à une information et à une concurrence loyale entre les divers candidats »

الصفقات العمومية .

ومن ذلك مثلا :

ما نص عليه قانون الطلب العمومي الجزائري الذي أوجب ضرورة نشر البرنامج التقديري[1] للمشاريع الذي يتعين الإنطلاق فيها خلال السنة المالية المعنية في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الموقع الإلكتروني للمصلحة المتعاقدة .

وإن كان القانون الجزائري أقرّ إمكانية إعفاء المصلحة من هذا النشر في حالة الصفقات العمومية التي تكتسي طابعا خصوصيا[2]، إلا أن الواقع العملي يبيِّن في جلِّ الحالات إن لم نقل كلَّها عدم قيام الإدارة المتعاقدة بنشر التقديرات السابقة للمشروع .

وهو كذلك ما تضمَّنه قانون الصفقات المغربي لكن بصفة أدق و أكثر تجسيدا لها المبدأ ففي ظل قانون الصفقات العمومية المغربي يتعيَّن على المشتري العمومي نشر الثمن التقديري الذي وضعه في إعلان طلب المنافسة[3]، ففي نشر القيمة التقديرية للمشروع في إعلان المنافسة أهمية كبرى مقارنة بنشره في المواقع الإلكترونية .

فليس كل متعاقد متصفح للمواقع الإلكترونية خاصة في الدول العربية ، بخلاف إعلان المنافسة إذ لا يتصوَّر إلا نادرا أن يقوم شخص بالتعاقد دون الإطِّلاع على المعلومات المبيَّنة في إعلان المنافسة.

ثانيا: الإعلان والإشهار .

ويكون هذا الإعلان أو الإشهار من خلال البوابات المختلفة للنشر خاصة تلك المِنصَّات الإلكترونية من أجل تخفيف الإجراءات التعاقدية التقليدية .

ففي في المملكة المتحدة – بريطانيا– مثلا تم وضع حيز التنفيذ سنة 2013 شبكة داخلية مكلفة بفحص المخالفات المتزايدة في مجال الصفقات العمومية و كذا معالجة العرائض المتعلقة بهذه الأخيرة[4].

---

[1] البرنامج التقديري للمشروع هومرجع أسعار تضعه الإدارة مسبقا تقدَّر فيه التكلفة الفعلية للمشروع ، وقد يطلق عليه تسمية "التقدير الإداري L'estimation administrative"،لمزيد من التفاصيل يرجى من القارئ"ة" الكريم"ة"مراجعة، **خالد خليفة**،طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري الجديد،دار الخلدونية،القبة،الجزائر،2017، ص25.

[2] المادة 158 من قانون الصفقات العمومية الجزائري الجديد لسنة 2015.

[3] وزارة الاقتصاد والمالية المغربية، مجلة المالية ، أفريل 2014، العدد 3،ص14.

[4] La cour des comptes européenne : op, cit, «Au Royaume-Uni l'autorité de gastion des FEDER pour l'angleterre a mise en place en 2013 un réseau interne chargé d'examiner les irrégularités relevées en matièr de marchés publics et de traiter les demandes relatives à ces derniers », p12.

ومن البوابات التي تعكف بعض الدول على النهوض بها البوابة الاكترونية الجزائرية من خلال مشروع المشتريات الإلكترونية: وهي أرضية إلكترونية تهدف إلى تبسيط و إدماج كيفيات الصفة اللامادية لإجراءات إبرام الصفقات العمومية ، هذا المشروع الذي أُجريَ في ظل إستراتيجية التنمية الوطنية يهدف إلى عصرنة إجراءات إبرام الصفقات العمومية تطبيق لقانون الصفقات العمومية الجديد 15-247 ...[1].

ومن الميكانيزمات التي أثبتت نجاعتها في مجال الشراء العمومي الإلكتروني نظام **koneps** الخاص بدولة **كوبا** حيث مكَّن هذا النظام **كوبا** من تحقيق منافع حقيقية مثل : ففي ظل النظام السابق كان العطاء الفائز يستغرق في المتوسط **30 ساعة يدويا**، ولكن هذه المدة تقلَّصت إلى **ساعتين فقط**، أضف إلى ذلك ما وفَّره النِّظام من مبالغ مالية معتبرة قاربت 8 مليون دولار من تكاليف المستندات الورقية التي لم تعد تُطبع نظرا للتعامل معها إلكترونيا[2] .

كما إعتمدت **البحرين** على نظام المعلوماتية في مجال الشراء العمومي وتتوجه حاليا إلى الإعتماد على نظام **الجيل الرابع** من النُّظم الذكية للمشتريات **procurement4** لضمان تعزيز قيَم التنافسية و تحقيق أعلى مستويات الشفافية[3].

غير أنه يمكن كذلك الإعتماد نسبيا على الطرق التقليدية لتكريس الشفافية والإشهار من خلال الصحف والجرائد وغيرها.

ثالثا: تحديد أجل تحضير العروض .

يتطلب أجل تحضير العروض أن تأخذ الإدارة المتعاقدة بعين الإعتبار ما يحتاجه إعداد ملف المترشح للتعاقد من أجَل مناسب .

و تراعي الإدارة المتعاقدة في هذا الأجل ضرورة أن يتيح هذا الأخير المجال الواسع لإستقطاب أكبر عدد من المترشحين وذلك تبعا الخدمات محل الإعلان عن التعاقد.

---

[1]Organe National de Prévention et de Lutte Contre la Corruption, Algerie,(7eme réunion intersessions , VIENNE, du 22 au 24 Août -2016, Rapport Anaytique :« Le projet e-procurement est une plat-forme électronique qui vise à simplifier et a intégrer les modalités de dématérialisation des procedures de passation des marchés publics , ce proget qui procéde de la stratégie de developpement national vise la modernisation des procedures de passtion des marchés publics conformement au nouveau code des marchés publics 15-247 … », p12.

[2]المُرشد الى شفافية الموارد، تقرير صندوق النقد الدولي، جوان 2005،ص15.

[3]التقرير السنوي لعام 2019، لمجلس المناقصات و المزايدات البحريني ، الجريدة الرسمية ، العدد 3469، المؤرَّخة في 30-أفريل-2019،ص 46.

رابعا : تحديد مكان ويوم فتح الأظرفة .

تكريسا لشفافية الإجراءات فإن الادارة المتعاقدة ملزمة بتحديد يوم فتح الأظرفة و مكان ذلك الفتح وكل تعديل في مكان وتاريخ فتح الأظرفة يستوجب ضرورة إخطار المترشحين الذي سحبوا دفاتر الشروط. وتعمل الإدرات عادة أن يكون آخر يوم لتحضير العروض هو تاريخ فتح الأظرفة تجنُّبًا لأي شبهة .

إذ أن مرحلة إيداع العروض – **بطاقة الزيارة**– يُمكن أن تُستغل من بعض المترشحين للقيام بمناورات على حساب مبادئ إبرام العقود الإدارية من خلال تبادل المعلومات بين المؤسسات المتنافسة المتعهدة الأمر الذي يؤدي إلى تسليط عقوبات بسبب هذه المرحلة[1].

خامسا: نشر المنح المؤقت.

بعد أن تقوم المصلحة المتعاقدة بالإجراءات القانونية في إختيار المتعاقد معها يتعين عليها أن تخرج إلى العلن منحها المؤقت للصفقة العمومية .

وسُمِّيَ بالمنح المؤقت ذلك أنه إلى غاية هذه المرحلة لم يتم المنح النهائي لهذه الصفقة التي يمكن إلغاء منحها المؤقت أو إلغاء جميع إجراءاتها لعدم إحترام أحكام قانون الصفقات العمومية ،ولا تبلغ فيه إلا نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لمن منح الصفقة مؤقتا.

وبخصوص المتعهدين الآخرين فيتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في نفس إعلان المنح المؤقت أولئك الراغبين منهم في الإطلاع على النتائج المفصلة لتقييم عروضهم التقنية والمالية[2].

المطلب الثاني:الجرائم المرتبطة بتطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

الفساد في مجال الصفقات العمومية ظاهرة مرضِية تنخر إقتصاديات العالم ، ويَعرِف هذا الأخير إنتشارا رهيبا في مختلف الدول ﴿**الفرع الأول**﴾، ولغرامة التأخير في مجال الطلب العمومي نصيب من العلاقة والإرتباط بالفساد حيث يفترض وجود علاقة وطيدة بين تقنية غرامة التأخير وظاهرة الفساد في مجال الشراء العمومي﴿**الفرع الثاني**﴾.

---

[1] **JEAN-Christophe, ERWAN Morhedec**, op, cit, p19, :
«Le depôt des offres – **carte de visite** – sera toutefois sanctioné s'il est consécutif à un échange d'information entre les societés cocurrentes soumissionnaires».

[2] **المادة 125** فقرة 15من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم السالف الذكر.

الفرع الأول : ظاهرة الفساد في مجال الصفقات العمومية .

نظام الصفقات العمومية هو الإطار القانوني الذي يحكم كيفية إنفاق الميزانية المخصصة للتجهيز و بالتالي يجب أن يكون مُحكما بحيث يضمن الرقابة على إنفاق المال العام وتحصينه من الفساد ، فإن فعالية أداء الحكومة وأداء المؤسسات – المتعاملين الإقتصاديين –، من جهة ، وحماية المال العام من جهة أخرى مقرون بفعالية نظام الصفقات العمومية[1].

فإبرام الصفقات العمومية يمثل جزء جد معتبر من إقتصاد الكثير من الدول[2]، كما يشكّل الفساد عائقا للتنمية الإقتصادية و الإجتماعية ويتيح المساس بالحقوق الأساسية للمواطنين كما يضر بمصداقية المؤسسات و سيادة دولة الحق[3].

ويؤدي الفساد كذلك إلى زيادة الشعور باللاَّمبالة و السّلبية لدى أفراد المجتمع ويقتُل الدَّافع و الرَّغبة في الإنجاز وأداء الواجب ويزيد الأنانية لدى الأفراد [4].

ومما لا يختلف فيه إثنان أن الفساد بمختلف أشكاله و ألوانه يمثّل خطورة بالغة على الدول و الشعوب،وهو وباء يهدد المجتمعات البشرية بالإكتساح على نطاق واسع[5].

ومن ضمن أهم مجالات الفساد ميدان الصفقات العمومية ، لذلك يخضع ممثّلوا المشتري العمومي و الهياكل المكلفة بالرقابة و الحوكمة في الصفقات العمومية وبصفة عامة كافة المتدخلين مهما كانت صفتهم في إبرام الصفقات العمومية وتنفيذها لحساب المشتري العمومي أو الجهات المكلفة بالمصادقة أو

---

[1] **حططاش عبد الحكيم، زيتوني هند**، مدى ملائمة نظام الصفقات العمومية في الكزائر لتجسيد برامد الاستثمارات العامة للفترة 2001-2014، المؤتمر الدولي تقييم آثار الاستثمارات العامة و انعكاساتها على التشغيل والاستثمار والنمو الاقتصادي خلال الفترة 2001-2014، يومي 11-12 مارس 2013، كلية العلومن الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة سطيف 1، الجزائر، ص2.

[2] **Nations Unies** : Bonne pratique de prévention de la corruption dans les procédures de passation des marchés publics, conference des Etats parties à la convention des Nations Unies contre le corruption, VIENNE, 13-15 decembre 2010, p4: « la passation des marchés publics représente une part très inportante de l'economie de la plus part des Etats ».

[3] **AHMED Yassine Foukara**, l'integrete et la lutte contre la corruption dans les marchés publics, Instance Central de Prévention de la Corruption, RABAT, MAROC, jeudi 20 novembre 2017, p5:«La corruption constitue un frein au dévelopement économique et social aux droits fondamentaux des citoyens et affecte la crédibilité des institutions et la suprémentie de l'Etat de droit».

[4] أولويات العمل وآلياته،لجنة الشفافية والنزاهة،التقرير الثاني، وزارة الدولة للتنمية الإدارية،مصر،10-أوت-2008،ص5.

[5] **محمد شريط**،ظاهرة غسيل الأموال في نظر الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري، مذكرة ماجستير،جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية،قسم الشريعة و القانون،1431هـ-2010م،ص160.

المراقبة إلى الأحكام التشريعية و الترتيبية المتعلقة بمقاومة الفساد وتضارب المصالح في الصفقات العمومية[1]،فهي أداةً أساسيةً للتنمية وتظطَلَعُ بوظيفة إعادة توزيع الموارد الوطنية و المحلية ولها مساهمة إقتصادية مهمَّة[2]،ذلك أنَّ الأموال التي تُصرَف لتغطية هذه الصفقات العمومية أموال عمومية ولكوْن الصفقات أيضا أكبر القنوات المستهلكة لهذه الأموال تعتبر الصفقات العمومية شكلا مميزا من كتلة النفقات العمومية[3]،و التعاقدات الحكومية أحد المحاور الرئيسية التي تؤثِّر في التقارير الإقتصادية الدولية المؤثرة في جذب الإستثمارات وترتيب الدول من حيث التنافسية و مكافحة الفساد و النزاهة[4].

أضف إلى ذلك أن إبرام الصفقات العمومية يفرضُ الإستجابة للأهداف المسطَّرة مسبقًا و التي تدور حول التسيير الجيد للأموال العمومية ومن ذلك : تفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، المحافظة على توازن مصالح الطرفين و لتحقيق ذلك إستخدمت المنافسة كفكرة لتدارك التصرفات الشخصية في عملية إبرام الصفقات العمومية[5].

وفي سياق موضوع البحث دائما لا يمكن الحديث عن إحترام الإطارالتطبيقي لغرامة التأخير في مجال العقود الإدارية دون وجود عقوبات ردعِية في حقِّ كلِّ من لم يحترم الإجراءات القانونية الخاصة بتطبيق الغرامة،فينبغي فرض عقوبات صارمة وفورية لكل من يسهم في الفساد أو يشجِّعه لا تمييز فيه بين صغير وكبير[6]، وذلك من خلال تكريس المحافظة على المال العام لتجسيد الجهود الرامية إلى محاربة كل كل أنواع التبذير و هدر المال العام[7].

فلم يعد الفساد في مجال الصفقات يفرِّق بين دولة وأخرى ، حيث أن هذه الظاهرة لا وطن لها يأويها ولا

---

[1] الفصل 173،من الأمر عدد 1039 لسنة 2014، المؤرخ في 13-مارس-2014، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .

[2] جريدة التجديد المغربية، الثلاثاء 8-أفريل-2014، العدد 3371،ص9.

[3] **دنديني يحي** ، المالية العمومية، دار الخلدونية، القبة القديمة ، الجزائر، ط2، 1435هـ-2014م،ص120-120.

[4] وزارة المالية المصرية، الأطر العامة و المفاهيم المستحدثة بقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، اكتوبر 2018، ص 4.

[5] **قدوج حمامة** ، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية ،بن عكنون، الجزائر، 2008م، ط3،ص5.

[6] **رفيق يونس المصري**، الفساد لماذا نحاربه؟، دار المكتبي ، دمشق، سوريا، 1433هـ-2010م، ط1،ص11.

[7] **خالد خليفة** ، إبرام الصفقات العمومية عن طريق طلب العروض، مجلة الإقتصاد الإسلامي العالمية، المنامة، البحرين، 1437هـ-2016م، العدد 50،ص112.

جنسية لها تتمتع بها ، سواء على المستوى العالمي ، المستوى القارِّي،أوعلى المستوى المحلي.

أولا: الفساد في الصفقات العمومية – حالة الولايات المتحدة الأمريكية–.

من ضمن أهم جرائم الصفقات العمومية في الولايات المتحدة الأمريكية جريمة الرشوة ، والتي تجسدت خاصة في ممارسات فاسدة في خارج إقليم هذه الدولة.

الأمر الذي حتَّم بدأ تجريم رشوة الموظف العمومي الأجنبي سنة 1977 إثر صدور قانون حول ممارسات الفساد في الخارج ، وجاء إقرار هذا القانون من طرف الكونغرس الأمريكي على خلفية التحقيقات التي قامت بها هيئة الأوراق و الأوساط المالية حول ممارسات الشركات الأمريكية خارج الولايات المتحدة فقد إعترفت في تلك التحقيقات أكثر من 400 شركة بأنها قامت بدفع مبالغ بصفة مخالفة للقانون أو مثيرة للمسؤولين الأجانب أو سياسيين أو منظمات سياسية وغير سياسية بهدف التأثير في قراراتهم .

وكان الهدف من القانون هو وقف تلك الممارسات وإعادة الثقة في نزاهة الشركات الأمريكية على الخصوص في أمريكا اللاتينية إذ إشتهرت الشركات الأمريكية بتلاعبها بالمسؤولين الحكوميين وتعيينهم إن دعت الحاجة ، بل وإستبدال حكومات بأكملها .

وتعبِيرُ –**جمهوريات الموز**–هو تعبير لوصف علاقة بعض دول أمريكا اللاَّتينية بالشَّركات الأمريكية العملاقة[1].

وفيما يخص جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية داخل الدول العربية والتي تورطت فيها شركات أمريكية نجد مثلا :

شركة **لوكيهد الأمريكية** التي قدمت رِشوة إلى أحد موظفي شركة طيران عربية لترتيب شراء طائرات في عام 1989م وقد غرَّمت المحكمة الأمريكية عام 1995 بناء على نصوص قانون مكافحة الرشوة الأجنبية الصادر عام 1977م بغرامة مقدارها 24,8 مليون دولار لدفعها للرشوة[2].

ثانيا:الفساد في الصفقات العمومية– حالة ألمانيا–.

---

[1] **بوزيد عبد الرحمن**، مكافحة الفساد وفق قواعد القانون الدولي، مذكرة ماجستير ، جامعة يحي فارس ، المدية ، الجزائر، 2013–2014، ص15.

[2] **علي الجريدي** ، مقدمة كتاب أخلاق سلوك العاملين في الخدمة العامة و الرقابة من منظور إسلامي، البنك الإسلامي للتنمية،1419هـ – 1999م،ص13.

القارَّة الأوروبية على العموم تعرِف هي كذلك إنتشارا لهذه الظاهرة ، فالأثر الإقتصادي لإبرام الصفقات العمومية هو مبلغ معتبر ففي سنة 2010مثلا بلغ ما مجموعه **2046 مليار دولار أورو** حوالي**20% من PIB** للإتحاد الأوروبي[1].

وبخصوص ألمانيا ،نجد مثلا :منطقة **فرانكفورت** وحدها أقام فيها المدعي العام **1560**قضية رشوة ضد موظفي الدولة كلَّفت 7بلايين دولار على شكل تضخيم في أسعار العقود والمناقصات.

وفي عام 1995 تمت إحالة 7 من كبار موظفي شركة المقاولات إلى المحكمة بتهمة التزوير في فواتير العقود أو التلاعب في المناقصات[2].

ثالثا:الفساد في الصفقات العمومية –حالة فرنسا–.

تعاني فرنسا هي الأخرى من الفساد في مجال الصفقات الأمر الذي إستوجب محاربة هذه الظاهرة خاصة عن طريق قانون العقوبات وهو ما سنقِف عليه عند الحديث عن جرائم الصفقات العمومية المرتبطة بغرامة التأخير في مجال الطلب العمومي.

رابعا:الفساد في الصفقات العمومية– حالة إفريقيا–.

الفساد في الصفقات العمومية هو السبب الرئيسي للفقر في إفريقيا وهو مدعَّم من طرف حكومة رديئة و تشريع ضعيف،وحسب دراسات للبنك الدولي والإتحاد الإفريقي فإن الفساد بلغ 184 مليار دولار في إفريقيا[3].

خامسا: الفساد في الصفقات العمومية – حالة الدول الإسلامية و العربية–.

ظاهرة الفساد في مجال الصفقات العمومية في الدول العربية والاسلامية قد تكون منتشرة بشكل أوسع مقارنة بالدول الأخرى ،و الذي أؤكده أنه في عصرنا الحاضر 90% من المناقصات تتم بالغِش و الإحتيال و الرشوة و التواطئ و الذي يدفع أكثر رشوة هو الذي يرسو عليه العطاء[4].

---

[1] **Marchés publics, le cout de la coruption**, université D'UTRECHT, mars 2010 et juin 2013,page4:«L'impact economique des passations de marchés publics en EUROPE est consédérable:en 2010 un total de 2046 milliards d'euros soit environ 20%du PIB de L' UE ».

[2] **علي الجريدي** ، المرجع السابق،ص15.

[3] **Awadi Sadiki Mawenya**, Empêche la corruption dans les marchés publics en Afrique, Institut Sud-Africain Des Affaires Internationales, numéro 9, Août 2008, p4:«La corruption dans les marchés publics est la principale cause de pauvreté en Afrique, elle est encouragée par une gouvernance médiore et une ligislatiuon faible, selon des études de al Banque Mondiale et de l'union afraicaine la corruption coût148 Milliads de Dollars à L'Afrique».

[4] **وهبة الزحيلي**، مناقشة موضوع عقود التوريد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، الجزء 2، المرجع السابق، 41.

إذ أن ثلث الفساد المالي مركزه الوطن العربي ونصفه في العالم الإسلامي ، إن حجم الفساد المالي في العام يقدر بـ 1000 بليون دولار منها 300 بليون دولار في الوطن العربي لوحده ، ومن هنا فإن الفساد الإقتصادي أصبح مشكلة خطيرة وظاهرة سَرطانية تهدد الدول العربية و الإسلامية[1].

1) الفساد في الصفقات العمومية – دراسة حالة مصر–.

تعتبر مصر كغيرها من الدول العربية التي تعاني من ظاهرة الفساد خاصة في مجال العقود الإدارية ، لذلك تم إتخاذ العديد من الإجراءات و الميكانيزمات بهدف التقليل من جُموح هذه الآفة ،وزيادة على مصادقة مصر على الإتفاقية الدولية لمكافحة الفساد .

فقد تم تخصيص موقع إلكتروني رسمي لتقديم الشكاوى والتبليغ عن الفسالد المالي والإداري على الرابط التالي shakwa@ap.gov.eg ، وكذا تخصيص رقم أخضر 16117.

2) الفساد في الصفقات العمومية – دراسة حالة الجزائر–.

الفساد في مجال الصفقات العمومية في الجزائر إنتشر في كل القطاعات وجميع مؤسسات الدولة[2]،فعَقْلِيَةُ5%و10% من المشاريع عرقلت الإستثمار و الشراكة مع الأجانب[3]،وخلال سنة 2005 تمَّ توقيف 1174 منتخب في قضايا فساد لها علاقة بالصفقات العمومية منهم 612 رئيس بلدية[4].

وتكريسا لذلك فإن القانون **06–01** نص على العديد من الجرائم و الجزاءات في مجال الصفقات العمومية وذلك بتجريمه لبعض التصرفات والأفعال المنافية لمبادئ إدارة الصفقات العمومية.

3) الفساد في الصفقات العمومية – دراسة حالة المغرب–.

يعاني المغرب هو الآخر من الفساد في مجال الصفقات العمومية ، وهي متداولة على صعيد المرافق

---

[1] **شيبوط سليمان، شيخاوي محمد**، الإقتصاد الإسلامي واقع ورهانات المستقبل، الملتقى الدولي الأول، 23–24 فيفري 2011، معهد العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير ، غرداية، الجزائر،ص5.

[2] **محفوظ بدروني ، حليم فدال**، أجهزة مراقبة الصفقات العمومية غير فعالة ، تقرير الجمعية الوطنية لمكافحة الفساد، جريدة الخبر الجزائرية، الاربعاء 15–جمادى الثانية–1440هـ الموافق لـ 20–فيفري–2019.

[3] فارس مسدور، حصة الواقع الإقتصادي، القناة التلفزيونية BEUR TV ، الجزائر، بتاريخ 11–نوفمبر–2019.

[4] **فريد خلاطو**، الوقاية من الفساد في الصفقات العمومية مساهمة من أجل تجاوز العقبات العالقة، مجلة العلوم الانسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد34، مارس2014، نقلا عن:

BENNADJI Cherif : marchés publics et corruption en Algerie, revue NAQD, n°25 Page152.

العامة والصفقات الدولية[1].

الفرع الثاني : علاقة غرامة التأخير بجرائم الصفقات العمومية.

كما سَبَقَ وأن أشرنا فإن لغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية علاقة وطيدة مع مختلف جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية .

ذلك أن الموظف المكلف بإدارة الطلب العمومي قد يقوم بتصرف يصنَّف في خانة الفساد ، ومن ذلك مثلا منح معلومة بعدم تطبيق غرامة التأخير في مجال صفقة عمومية في طريق الإبرام، و ذلك دون مقابل وهو ما يعتبر جريمة محاباة .

وقد يمنح هذه المعلومة بمقابل وهو ما يشكل جريمة رشوة في مجال الصفقات العمومية .

ومن ثم يتعين كذلك معاقبة المتعامل المتعاقد الذي يستغلُّ نفوذ الأعوان المكلفين بتسيير العقود الإدارية من أجل إعفائه من تطبيق غرامة التأخير .

لذلك سنحاول تسليط الضوء على أهم هذه الجرائم ، وذلك في القانون الجنائي الفرنسي،المصري والجزائري.

وذلك من خلال تعريف الموظفَّ العام﴿**البند الأول**﴾ الذي يمكن أن يُتَّهمَ بجريمة من إحدى الجرائم المذكرة أعلاه لها علاقة بتطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية﴿**البند الثاني**﴾.

البند الأول:مفهوم الموظف العمومي في ظل قوانين مكافحة الفساد.

على الرغم من وجود بعض الإختلافات الطفيفة حول تعريف الموظَّف العام ، فإن مختلف القوانين تتَّجه إتجاها واحدا وذلك بتوسيع مفهوم الموظف، والخروج عن المفهوم التَّقليدي للموظف المرتبط بقوانين الوظيفة العامة .

فتيجة لإنتشار الفساد عملت مختلف القوانين الجنائية على إعطاء مفهوم للموظف العام مستعملة في ذلك نظرة شمولية لمحاولة توسيع دائرة العقاب و التجريم قدر المستطاع .

ومن التعريفات الأساسية للموظف العام تعريف القانون الفرنسي﴿**أولا**﴾،القانون المصري﴿**ثانيا**﴾، و القانون الجزائري ﴿**ثالثا**﴾.

---

[1] **رشيد الفيلالي المكناسي**، مشروع الحكامة المحلية في المدن المتوسطية، ندوة الشفافية وتقديم الحساب، المغرب، 28-29- ماي-2011،ص13.

أولا:تعريف الموظف العام على ضوء القانون الفرنسي .

يمكن تعريف الموظف في القانون الفرنسي بأنَّه:

«كل شخص موضوع تحت تصرُّف السلطة العامة أو مكلَّف بمهمة الخدمة العمومية أو يتولَّى عهدة إنتخابية عمومية أو يمارس وظائف الإنابة ، متصرِّف إداري أو عون للدولة ، الجماعات الإقليمية ، المؤسسات العمومية، شركات الإقتصاد المختلط للمصلحة الوطنية المكلَّفة بمهمة المرفق العام ، شركات الإقتصاد المختلط المحلية ، أو كل شخص يعمل لحساب واحدة من الهيئات والمؤسسات المذكورة سابقا»[1].

ومن خلال قرارات و أحكام القضاء الجنائي الفرنسي نجده نصَّ على عبارة موظَّف عمومي ينبغي فهمها على أوسع معانيها ، ففي حكم صادر عن القضاء الجنائي الفرنسي أكَّد أنَّ صفة الموظف العمومي لا تشمل فقط الأشخاص الذين بأيْدِيهم جزء من السلطة العمومية بل أيضا الذين يُكلَّفون بنيابة عامة سواء بواسطة إنتخاب قانوني أو بواسطة الإنابة عن السلطة التنفيذية ليساعدوا على إدارة أمور الدولة أو الولاية أو الدائرة أو البلدية[2].

ثانيا:تعريف الموظف العام على ضوء القانون المصري .

صادقت مصر على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد[3] فقامت على إثرها بتعريف الفساد في مجال الطلب العمومي الدي يتمثَّل في أيِّ عَرْضٍ أو إعطاءٍ أو إستلامٍ أو طلبُ شيئٍ ذي قيمةٍ ، أو الحثُّ على إرتكاب أفعال غير مناسبة سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة للتأثير بشكل غير مشروع على أداء طرف آخر في العملية المطروحة أو تنفيذ العقود[4].

كما يعرِّف القانون المصري الموظف العام على أنَّه: ﴿ يقصد بالموظف العام:

---

[1] **Article 432-14 ,c p f** : «une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées»

[2] عبد الله بخباز،جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية–دراسةمقارنة–،دار الفجر للنشر و التوزيع،القاهرة،مصر،ط1، 2017،ص151.

[3] قرار رئيس الجمهورية المصري، رقم 307لسنة 2004، الجريدة الرسمية العدد 6، المؤرخة في 8–فيفري–2007، ص3.

[4] المادة 01، فقرة13،من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصرية لسنة 2018.

أ) القائمون بأعباء السلطة العامة والعاملون فى الدولة ووحدات الإدارة المحلية.

ب) رؤساء وأعضاء المجالس والوحدات والتنظيمات الشعبية وغيرهم ممن لهم صفة نيابية عامة سواء كانوا منتجين أو معيَّنين.

جـ) أفراد القوات المسلَّحة.

د) كل من فوضته إحدى السلطات العامة فى القيام بعمل معيَّن وذلك فى حدود العمل المفوض فيه.

هـ) رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة والمديرون وسائر العاملين فى الجهات التي إعتبرت أموالها أموالاًعامة طبقًا للمادة السابقة.

و) كل من يقوم بأداء عمل يتَّصل بالخدمة العامة بناء على تكليف صادر إليه بمقتضى القوانين أو من موظف عام فى حكم الفقرات السابقة متى كان يملك هذا التكليف بمقتضى القوانين أو النُّظم المقررة وذلك بالنسبة للعمل الذي يتمُّ التكليف به.

ويستوي أن تكون الوظيفة أو الخدمة دائمة أو مؤقتة بأجر أو بغير أجر طواعية أو جبرًا ، ولا يحول إنتهاء الخدمة أو زوال الصفة دون تطبيق أحكام هذا الباب متى وقع العمل أثناء الخدمة أو توافر الصفة﴾.

ثالثا:تعريف الموظف العام على ضوء القانون الجزائري .

وسّع القانون **06-01** من مفهوم الموظف العمومي ليشمل[1] :

- كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا،إداريا ، قضائيا ، أوفي أحد المجالس الشعبية المنتخبة سواء أ كان معينا أو منتخبا، دائما أومؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

- كل شخص آخر يتولى ولومؤقتا،وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر،ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها ،أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية.

- كل شخص آخر معرَّف بأنّه موظف عمومي أومن في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

البند الثاني: الجرائم المرتبطة بتطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.

تعتبر مسألة تطبيق غرامة التأخير مسألة جدُّ حسَّاسة ، حيث أنَّ عدم تطبيق غرامة التأخير بشكل كلِّي أو

[1] **المادة 02**فقرة ب من القانون 06 -01 المعدل والمتمم السالف الذكر.

جزئي وبدون مبرِّرقانوني يمكن أن يؤدِّيَ بالموظَّف المكلَّف بتسيير الطلب العمومي إلى المساءلة الجزائية

وفيم يتعلق بالجرائم المرتبط بتطبيق غرامة التأخير،تتمحور هذه الجرائم وتركز على جريمة المحاباة ﴿**أولا**﴾، جريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبرَّرة ﴿**ثانيا**﴾، جريمة الرشوة ﴿**ثالثا**﴾ .

أولا: جريمة المحاباة.

تعتبر جريمة المحاباة من أهم الجرائم المرتبطة بمسألة تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية ،ويختلف تعريف جريمة المحاباة من حيث تعريفها في القانون، وتعريفها فقهًا.

وخلال دراستنا لهذه الجريمة وقفنا على أنَّ هذه الجريمة تم إعتمادها في كلٍّ من القانون الفرنسي و القانون الجزائري دون القانون المصري.

1) تعريف جريمة المحاباة.

أ)المحاباة في القانون :

وتعني تفضيل جهة على أخرى في الخدمة بغير حق للحصول على مصالح معينة[1].

ب)المحاباة في الفقه :

عرفها **ميَّارة المالكي** «المحاباة مفاعلة من حابى إذا أعطى ، ويطلقه الفقهاء على البيع بأقل من القيمة بكثير قصدا لنفع المشتري، وعلى الشراء بأكثر من ذلك قصدا لنفع البائع فهو عطية و هِبَةٌ من المحابي للمشتري أو البائع ... »[2].

2) أركان جريمة المحاباة.

قبل الحديث عن أركان جريمة المحاباة يتعيَّن التنويه أنَّ هذه الجريمة تم تأسيسها في فرنسا بموجب القانون 3-جانفي -1991 المتعلق بشفافية وتسوية إجراءات السوق .

ليتم فيم بعد تكملتها بموجب قانون 29جانفي1993 المتعلق بالوقاية من الفساد و شفافية الحياة الإقتصادية و الإجراءات العامة.

---

[1] **بوزيد عبد الرحمن**، المرجع السابق، ص2.

[2] نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية، المرجع السابق، ص 404.

وفيما بعد تضمنها قانون 8 فيفري 1995 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إذ في ظل النص القديم كات محل تطبيق جريمة المحاباة وفق البعض يكون فقط في الصفقات العمومية أو إلتزام المرافق العامة دون غيرها من العقود .

و عليه إلتمست الحكومة الفرنسية عن طرق مشروع قانون SAPIN 2 الموافقة على تعديل المادة 432 فقرة 14من قانون العقوبات الفرنسي،وتتميز هذه الجريمة بكونها مرتبطة فقط بالصفقات العمومية ،إذ لا يمكن تصور وجود هذه الجريمة فيما عدا الصفقات العمومية .

كما يتم تطبيق أحكام هذه الجريمة على مختلف الصفقات والعقود الإدارية بغضَّ النَّظر عن مبلغها حتى ولو كان المبلغ بسيطا ومنخفضا[1].

فالمبادئ العامة لحريَّة الوصول إلى الطلب العمومي و المساواة في معاملة المترشِّحين ، وشفافية الإجراءات تُطبَّق على جميع الصفقات بما فيها الصفقات بدون شكليات مسبقة[2].

ومن بين جرائم المحاباة التقليدية جريمة خرق المساواة في معاملة المترشحين[3]،وقد يكون هذا الخرْقُ لمجرَّدِ معلومةٍ إمتيازية يتم تسرِيبُها بشأن تطبيق غرامة التأخير من عدَمِه وذلك بخصوص صفقة عمومية مُزمَع إبرامُها.

أ) أركان الجريمة.

جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية هي تلك الجريمة المعاقب عليها في المادة 432 فقرة 14 من قانون العقوبات الفرنسي.

وفي الجزائر :

جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية هي تلك الجريمة المنصوص والمعاقب عليها بموجب المادة **26** فقرة **01** من قانون مكافحة الفساد ، وتتمثل أركان هذه الجريمة فيما يلي:

- صفة الجاني [4].

---

[1]Cassation criminel , le 14-Janvier-2007, n^0 06-81924 :«Le délit de favoritisme s'applique pour les mrchés de faible montant ».

[2]C E , le 29-Juillet-2002,Blanchisserie de PARRTIN, n^0 2002-755 :«Les principes généraux de liberté d'accés à la commande publique ,d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures sont applicables à tous les marchés publics y compris les marchés sans formalités préalables ».

[3] **NICOLAS CHARREL**, marché et délégation de service public, le risque pénal, le moniteur, paris, p114.
« Parmi les classique du délit de favoritisme, le cas de violation de l'egalité de traitement des candidats »

[4] ويقصد به الموظف العام بالمفهوم الجنائي.

وفقا لما سبق ذكره فقد تمَّ توسيع مفهوم الموظف العام ، ومن ذلك مثلا أن يكون الجاني رئيس لنقابة ما بين البلديات لتوزيع الماء[1].

- الركن المادي.

ويتمثل في منح إمتيازا للغير عمدا وذلك عند إبرام أو تأشير عقد أو إتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات[2].

ويتحلل هذا الركن إلى عنصرين النَّشاط الإجرامي والغرض منه.

- النشاط أو السلوك الإجرامي.

يتمثل في إبرام أو تأشير عقد أو إتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية، ومن ذلك مثلا إبرام صفقة عمومية تمَّ خلال مرحلة الإبرام منح معلومة إمتيازية حول تطبيق غرامة التأخير من عدَمِه .

فيعاقب القانون على منح هذه المعلومة بشأن عدم تطبيق غرامة التأخير في عقد إداري مزمع إبرامه بحيث يقوم مثلا موظف بإخطار أحد المترشحين بعدم تطبيق غرامة التأخير في هذه الصفقة ليقوم المترشح بإعداد عرضه وتخفيضه مقارنة بالعروض الأخرى بناء على المعلومة الإمتيازية التي تحصَّل عليها من قبل الموظف.

وهو ما إعتبرته وزيرة الإقتصاد والمالية الفرنسية سلوكًا يمكن أن يؤدي إلى جريمة محاباة يعاقب عليها الموظف ،ويعاقب المترشح الذي إستفاد من هذه المعلومة وحصل على الصفقة بإخفاء المحاباة [3].

---

[1] **Cassation criminel, le 24-Novembre-1999**, n^0 004850: «Laqualité d'auteur de délit de favoritisme est étendu au présedent d'un syndicat intercommunal de distribution d'eau».

[2] المادة 26 المعدلة بموجب القانون 11-14، المؤرخ في02-أوت-2011، ج ر،العدد 44 المؤرخة في 20-أوت-2011 يعدل ويتمم القانون06-01 السالف الذكر .

[3] **Égalité d'accès à la concurrence dans les marchés publics - pénalités de retard**, Réponse du Ministère de l'économie, des finances et de l'emploi, Paris, France, publiée dans le JO Sénat du 21/02/2008 - page 340 au Question écrite n° 01248 de M. Jean Louis Masson du 02/08/2007 : «…Un acheteur qui indiquerait à un candidat, par quelque moyen que ce soit, que les pénalités de retard prévues par le marché ne lui seraient pas appliquées, lui permettant, ce faisant, de présenter une offre ou de proposer un prix plus faible dans son offre, pourrait être poursuivi pour délit de favoritisme, en application des dispositions de l'article L. 432-14 du code pénal. Ce délit est en effet constitué par le fait de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire à la réglementation de la commande publique. L'entreprise qui se verrait attribuer des marchés publics par le biais de telles manoeuvres pourrait, quant à elle, être poursuivie pour recel de favoritisme…».

كام قد يتمثل السلوك الإجرامي في إعداد دفتر شروط على المقاس من خلال إدراج بنود أو شروط لا يمكن تلبيتها إلا من طرف مؤسسة وحيدة .

وهو ما يعتبر جريمة محاباة[1]،و من النشاط الإجرامي أيضا منح معلومة إمتيازية بشأن حجم أو تكاليف العملية إلى أحد المترشحين الأمر الذي يمكن إعتباره جنحة محاباة[2].وقد عاقب مثلا مجلس المحاسبة الفرنسي مؤسسات لتبادلها معلومات سابقة لإيداع العروض في إستجابة إلى دعوات للمنافسة متعلقة بمنح صفقات عمومية و خاصة في قطاع رمي النفايات[3].

- الغرض من النشاط الإجرامي.

ينبغي أن يكون الغرض من النشاط **إعطاء إمتيازات غير مبررة للغير**، ويعدُّ إفادة الغير عنصرا أساسيا في الجريمة ،فلا تقوم الجريمة لمجرَّد خرق الأحكام القانونية و اللوائح التنظيمية الذي لا يعدو أن يكون مجرَّد خطأ يسأل عنه مرتكبه تأديبيا .

وإنما يشترط زيادة على ذلك أن يكون الهدف من خرق النصوص التي تحكم الصفقات العمومية تمييز أحد المتنافسين وتفضيله على غيره وأن يكون زيادة على ذلك هذا الإمتياز غير مبرر[4].

فينبغي أن يكون الغرض من السلوك الإجرامي هو إستفادة الغير،وإذا إستفاد الجاني من هذه الإمتيازات جاز أن يكون العمل رشوة[5].

- الركن المعنوي.

جريمة المحاباة هي جريمة عمدية[6]، ومن خلال المادة **26** فقرة **01** تعتبر جنحة المحاباة جريمة قصدية تتطلب توافر القصد الجنائي العام والخاص المتمثل في إعطاء إمتيازات للغير.

---

[1] **Cassation criminel , le 30-Juin-2004**, n^0 03-85946: «ASSOCIATION APROCHE, Le fait d'introduire dans le cahier des charges des clauses ou des condition ne poivant être replies que par une seule entreprise est constitif d'un délit de favoritisme».

[2] **Cassation criminel , le 10-Mars-2004**, n0 02-85-285: «fournir à l'un des candidats une information priviligiée sur la consistance ou le coût d'une opération constitue la délit de favoritisme ».

[3]Décision n^0 07 /D/02 du 23-janvier-2007 relative à des pratiques ayant-affecté l'attribution de marchés publics dans le secteur de l'élimination des des déchets en SEIN-MARITIME : « Le conseil de la concurrence a sanctionné des entreprises pour avoir échangé des informations préalable au depôt des offres ,en réponce à des appels à la concurrence relatifs à l'attribution de marchés publics et privés dans le secteur de l'élimination des déchets »

[4]**أحسن بوسقيعة**،المرجع السابق،ص142 .

[5]**أحسن بوسقيعة**،نفس المرجع ،ص142 .

[6]**Aricle 121-3 ,c p f** : «Le délit de favoritisme est nécessairement un délit intentionnel ».

مع العلم أن هذه الإمتيازات غير مبررة[1]، والركن العمدي لجريمة المحاباة مميَّزٌ بمدى تحقُّق معرفة سبب عقد مُخالف للأحكام التشريعة أوالتنظيمية التي تهدف إلى ضمان حرية الوصول و المساواة بين المترشحين في مجال الصفقات العمومية[2]،وبذلك تنتفي الجريمة بإنعدام الغرض ،و تشدِّد المحكمة العليا الجزائرية على إبرازه في حكم الإدانة ، إذ نَقَضَت في مناسبات عديدة أحكاما لا لسبب إلا لعدم إبراز الغرض من عدم مراعاة الأحكام القانونية و اللوائح التنظيمية التي تحكم الصفقات العمومية [3].

ب) الجزاء المقرر لجريمة المحاباة:

يتم معاقبة الجاني في جريمة المحاباة سواء كان شخصا طبيعيا أم معنويًّا.

1) الجزاء المقرر للشخص الطبيعي.

يختلف الجزاء المقرر لجريمة المحاباة بين القانون الجنائي الفرنسي و القانون الجنائي الجزائري، سواء تعلَّق الأمر بالعقوبات الأصلية ، التكميلية، وذلك من خلال :

➢ العقوبات الأصلية للمحاباة –الخاصة بالشخص الطبيعي–في القانون الفرنسي.

العقوبة في القانون الفرنسي هي : الحبس لمدة سنتين و التغريم بـ: 3000 أورو[4].

ولا يفرّق القضاء بين الفاعل الأصلي و الشريك ،فلقد رفض القضاء الجزائي الفرنسي النظر بطابع مختلف بين وضعية الفاعل الأصلي و الشريك ، فالظروف المشددة الخاصة بصفة الفاعل الرئيسي تُطَبَّقُ كذلك على شريكه[5].

---

[1] **أحسن بوسقيعة**،المرجع السابق ،ص143 .

[2] **Cassation criminel , le 14-Décembre**-2005 ,n°5-83205:« L'élément intentionnel du délit de favoritisme est caractérisé par l'accomplissement en connaissance de cause d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et legalité des candidats dans les marchés publicsé ».

[3] قرار المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 17–ديسمبر–2002،ملف رقم 304276، الغرفة الجزائية،نقلا عن **أحسن بوسقيعة** ،المرجع السابق،ص142 .

[4] **Article 432alinéa14 c p f** :« Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende le fait par une personne **...**de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public».

[5] **Cassation criminel ,le 07-Sepembre-2005**, n° 0484235 : «Les sirconstance aggravantes propre à la qualité de l'auteur principal sont applicables à son complice ».

ويمكن أن يعدَّ بمثابة جريمة إخفاء محاباة كل فعل تم من خلاله إختيار مؤسسة إمتياز غير مبرَّر يسمحُ لها بالإستفادة منح من خدمات مرتبطة بالصفقة العمومية مخالفةً لأحكام قانون الصفقات العمومية[1].

وبخصوص جريمة المحاباة دائما فإنه تم رفض تطبيق القانون بأثر رجعي ، فلا يمكن معاقبة الموظف على جريمة المحاباة بمخالفته أحكام قانون الصفقات العمومية خاصة ما تعلق بالإجراء المتَّبع والمرتبط بمبلغ الصفقة العمومية ، فالأحكام التنظيمية الجديدة لا سيما تلك المتعلقة بالأسقف المالية الجديدة لقانون الصفقات العمومية[2] لا تطبق على المخالفات المرتكبة قبل دخول هذه الأسقف حيِّز لتنفيذ[3].

➢ العقوبات الأصلية للمحاباة –الخاصة بالشخص الطبيعي–في القانون الجزائري.

نصت المادة **26**المعدلة فقرة **01** على أن الجزاء المقرر لجنحة المحاباة هو:

« يعاقب بالحبس من **سنتين** إلى **10** سنوات وبغرامة من **200.000** دج إلى **1.000.000**دج .

– كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير إمتيازا غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو إتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات»[4].

➢ العقوبات التكميلية للمحاباة –الخاصة بالشخص الطبيعي–في القانون الفرنسي.

نصت المادة 432 في فقرتها 17 على العقوبات التكميلية لجريمة المحاباة والتي تتمثل في[5]:

---

[1]**Cour de cassation, chambre criminelle**, 15 mai 2008, n° 07-88369, M. Jacques X...,commune de Theoule-sur-Mer Recel de délit de favoritisme:« Le choix d'une entreprise attributaire, contraire aux dispositions du code des marchés publics qui procure à cette dernière, un avantage injustifié lui permettant de bénéficier des prestations liées au marché, est constitutif recel du délit de favoritisme».

[2]السقف المالي:هو العَتَبَة أو المبلَغُ الأقصى الذي تختلِف بموجِبه طُرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية وكذا الرقابة الخاصة بها فإن كُنَّا أمام مبلغ بسيط كانت الإجراءات بسيطة وكلما إرتفع مبلغ العقد الإداري زادت صرامة الإجراءات.

[3]**Cassation criminel, le 28-Janvier-2004**, n002-86597 :« Les dispositions reglementaires nouvelles du code des marchés publics ne s'appliquent pas aux infractions commises avant leur entée en vigeur ».

[4]المادة 26–فقرة1، القانون الجزائري رقم11–15، المؤرخ في 02 –رمضان–1432هـ الموافق لـ 20 –أوت–2011م الجريدة الرسمية العدد 44 ، المؤرخة في 10–رمضان–1432هـ، الموافق لـ10–أوت–2011م ، يعدِّل ويُتمِّم القانون رقم 06–01 المتعلق الوقاية من الفساد ومكافحته.

[5]**Article 432alinéa17,c p f** :« Dans les cas prévus par le présent chapitre, peuvent être prononcées, à titre complémentaire, les peines suivantes : 1º L'interdiction des droits civils, civiques et de famille, suivant les modalités prévues par l'article 131-26 ; 2º L'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131-27, d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ; 3º La confiscation, suivant les modalités prévues par l'article 131-21, des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets

- المنع من الحقوق المدنية، حقوق المواطنة، الحقوق العائلية.
- المنع من ممارسة وظيفة عامة أو ممارسة نشاط مهني أو إجتماعي التي إرتكب الفعل المجرَّم بسببها أو بمناسبتها.
- مصادرة المبالغ أو الأشياء المتحصل عليها من طرف مرتكب الجريمة[1]، بإستثناء الأشياء الغير قابلة للإسترداد.
- إعلان أو نشر حكم الإدانة.
- الحرمان من المشاركة في الصفقات العمومية وذلك بمنعه من المشاركة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة
- في كل صفقة تبرمها الدولة ومؤسساتها العمومية ،جماعاتها الإقليمية و مجموعاتها و مؤسساتها
- العمومية، وكذا الشركات المراقبة من طرف الدولة أو من طرف الجماعات الإقليمية أو مجموعاتها[2].

➢ العقوبات التكميلية للمحاباة –الخاصة بالشخص الطبيعي–في القانون الجزائري.

ففي حالة الإدانة بجريمة المحاباة يسمح للجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات وذلك إستنادا إلى المادة 50 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وقد تكون هذه العقوبات إلزامية أو إختيارية.

➢ العقوبات التكميلية الإلزامية لجريمة المحاباة في القانون الجزائري.

تتمثل في **ثلاثة عقوبات** وهي:

- ✓ الحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الوطنية والمدنية و العائلية المنصوص عليها في المادة 9مكرر المستحدثة.
- ✓ الحجر القانوني.
- ✓ المصادرة الجزئية للأموال.

---

susceptibles de restitution. 4º Dans le cas prévu par l'article 432-7, l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues par l'article 131-35».

[1] لا يفترض فيما يخص الفاعل الأصلي وجود عقوبة تكميلية ممثلة في المصادرة لأن قيام الجاني بجريمة المحاباة يكون دون مقابل ، فلا وجْهَ للمصادرة في هذه الحالة.

[2] **Article 131alinéa34**, **c p f** :«La peine d'exclusion des marchés publics emporte l'interdiction de participer, directement ou indirectement, à tout marché conclu par l'Etat et ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics, ainsi que par les entreprises concédées ou contrôlées par l'Etat ou par les collectivités territoriales ou leurs groupements».

➢ العقوبات التكميلية الإختيارية لجريمة المحاباة في القانون الجزائري.

تتمثل هذه العقوبات فيما يلي:

تحديد الإقامة أو المنع منها ، الحظر من ممارسة مهنة أو نشاط، غلق المؤسة بشكل نهائي أو مؤقت ، المنع من إستخدام بطاقات الدفع الإلكتروني أو إصدار الشيكات، سحب أو تعليق رخصة السياقة أو إلغاء هذه الرخصة مع المنع من إستصدار رخصة جديدة، سحب جواز السفر.

مع الإشارة إلى أنَّ هذه العقوبات لا تتجاوز مدة 10 سنوات عدا تعليق أو سحب رخصة السياقة و سحب جواز السفر التي مدتها لا تتجاوز 05 سنوات[1].

ومن بين العقوبات التكميلية للشخص الطبيعي : الإقصاء من الصفقات العمومية ، وذلك وفق نص المادة 16مكرر3من قانون العقوبات : يترتب على عقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية منع المحكوم عليه من المشاركة بصفة مباشرة أو غير مباشرة في أية صفقة عمومية إما نهائيا وإما لمدة لا تزيد عن 05 سنوات في حالة الإدانة بجنحة طبقا للمادة 16مكرر2.

2) الجزاء المقرر للشخص المعنوي.

تختلف الجزاءات المقررة لجريمة المحاباة على الشخص المعنوي بين القانون الفرنسي و القانون الجزائري ، وذلك من خلال:

➢ الجزاء المقرر لجريمة المحاباة للشخص المعنوي في القانون الفرنسي.

نصَّ القانون الفرنسي على عديد الجزاءات الخاصة بجريمة المحاباة و المطبقة على الشخص الإعتباري ، سوء كانت عقوبات أصلية أو تكميلية.

- العقوبات الأصلية للشخص المعنوي عن جريمة المحاباة في القانون الفرنسي.

يتم معاقبة الشخص المعنوي في جريمة المحاباة في قانون العقوبات الفرنسي بتطبيق غرامة تساوي أو تعادل خمس مرَّات قيمة الغرامة المطبقة على الشخص الطبيعي ، وهو ما يعني أنَّ الغرامة المطبقة على الشخص الاعتباراي تساوي 3.000أورو ، أو 15.000 أورو[2].

[1] **أحسن بوسقيعة**،المرجع السابق،ص49.

[2] **Article 131alinéa41**, **c p f** :«Le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal auquintuple de celui prévu pour les personnes physiques par le règlement qui réprime l'infraction».

- العقوبات التكميلية للشخص المعنوي عن جريمة المحاباة في القانون الفرنسي.

من العقوبات التكميلية التي نص عليها القانون الجنائي الفرنسي و المتعلقة بجريمة المحاباة ما يلي:

- الحل.
- حظر مماسة النشاط المهني.
- وضع الشخص المعنوي تحت رقابة القضاء.
- غلق المؤسسة بصفة نهائية أو مؤقتة.
- الاقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.
- حظر الدعوة للاستثمار.
- حظر اصدار الشيكات.
- المصادرة.

مع الإشارة إلى أنَّه لا يُمكن تفعيل العقوبتين **الأولى والثانية** المذكورتين أعلاه على الأشخاص المعنوية العامة .

كما لا يتم تطبيقهما على الأحزاب والمجموعات السياسية ولا على النقابات المهنية ، كما أنه لا يتم تطبيق **العقوبة الأولى** كذلك على المؤسسات الممثلة للأفراد[1].

وعلى العموم ، يمكن حرمان المتعاملين المتعاقدين من الصفقات و العقود المستقبلية وإقصائهم نهائيا أو

[1]**Article 131-39,c p f**:« Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs des peines suivantes : 1º La dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ; 2º L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ; 3º Le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ; 4º La fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ; 5º L'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ; 6º L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de faire appel public à l'épargne ; 7º L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement ; 8º La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ; 9º L'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique. Les peines définies aux 1º et 3º ci-dessus ne sont pas applicables aux personnes morales de droit public dont la responsabilité pénale est susceptible d'être engagée. Elles ne sont pas non plus applicables aux partis ou groupements politiques ni aux syndicats professionnels. La peine définie au 1º n'est pas applicable aux institutions représentatives du personnel».

مؤقتا من المشاركة في الطلب **العمومي**[1].

- **الجزاء المقرر لجريمة المحاباة للشخص المعنوي في القانون الجزائري.**

يكون الشخص الإعتباري مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد وفقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات[2].

وبالرُّجوع إلى قانون العقوبات نجد أنَّ المادة 18 مكرر 01[3] تنصُّ على أنَّه: ﴿أنه يعاقب بغرامة من **مرة** إلى **خمس** مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة﴾.

كما نصت المادة 18 مكرر من قانون العقوبات على العقوبات التكميلية للشخص المعنوي ، ومن ذلك:

الاقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.

ثانيا:جريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة.

إستغلال النفوذ بجميع صوره وأشكاله يقسِّم المجتمع إلى منتفعين بنفوذهم وغير منتفعين مما يخلُّ بتوازن المجتمع[4].

وسيتم التطرق إلى دراستها في **القانون الجزائري فقط** بحكم أنَّنا لم نقف على هذه الجريمة في القوانين الجنائية الأخرى خاصة القانون الفرنسي والقانون المصري .

وتعتبر هذه النقطة أي عدم تطبيق غرامة التأخير هي المجال الخصب لجريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميين [5].

---

[1] **Article L2141- ,code de la commande public francais 2019**,1Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40,225-4-1,225-4-7,313-1,313-3,314-1,324-1,324-5,324-6,421-1 à 421-2-4,421-5,432-10,432-11,432-12 à 432-16,433-1,433-2,434-9,434-9-1,435-3,435-4,435-9,435-10,441-1 à 441-7,441-9,445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du code pénal, aux articles 1741 à 1743,1746 ou 1747 du code général des impôts, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne.

[2] المادة 53 من القانون 06-01 ، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المذكور سابقا.

[3] المادة 18 مكرر 01 من الأمر 66-156 ، المؤرخ في 08-جوان-1966 ، ج رالعدد49 ، المؤرخة في 11-جوان-1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

[4] **علي يوسف رضا مطاوع**، تكافئ الفرص بين الإسلام والنظم الوضعية، دار اليقين ، المنصورة، مصر، 1431هـ-2010م، ص27.

[5] **عمراني مصطفى**، جريمة إستغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية –دراسة مقارنة– ، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، الجيزة، مصر،1437هـ-2016م،ط1،ص290.

وهو ما أكدته عديد الهيئات المكلفة بالرقابة على الصفقات العمومية ، ومن ذلك:

تقرير **مجلس المحاسبة الجزائري الصادر بتاريخ 28-فيفيري-1999** المتضمن التقرير السنوي 1996-1997 في الرقابة على **تجهيزات ولاية قسنطينة** .

إذ أشار التقرير بخصوص صفقات الأشغال و التسيير أن هناك العديد من العيوب التي تم تسجيلها أثناء الرقابة خاصة عدم تطبيق غرامات التأخير[1].

وذلك من خلال الحديث عن أركان الجريمة، وكذا الجزاء المقرر لها.

1: أركان الجريمة.

أ- صفة الجاني.

إقتضت المادة **26 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته الجزائري** أن يكون الجاني تاجرا أوصناعيا أو حرفيا أو مقاولا من القطاع الخاص ،أو بصفة عامة كل شخص خاص طبيعي أو معنوي.

ب- الركن المادي.

ينعقد هذا الركن بقيام الجاني ولو بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الإقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري مستفيدا من سلطة أو تأثير أعوان المؤسسات أو الهيئات المذكورة للحصول على إمتيازات غير مبررة .

ويقوم الركن المادي على عنصرين أساسيين هما:

النشاط الإجرامي والغرض منه.

- النشاط والسلوك الإجرامي.

يتمثل في إستغلال الجاني سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة أثناء إبرام عقد أو صفقة مع الدولة ، أو الهيئات الخاضعة للقانون العام ، أو المؤسسات العمومية الإقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ولو كان ذلك بصفة عرضية[2].

---

[1] **عمراني مصطفى** ، نفس المرجع ،ص 291نقلا عن فرقان فاطة الزهراء ، رقابة الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجزائر، 2007/2006م،ص20.

[2] لمادة 32 فقرة 01م القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته،المعدَّل والمُتمَّم المذكور سابقا.

➢ الغرض من إستغلال نفوذ الأعوان العموميين.

نصت المادة **26** فقرة**02** أن إستغلال الجاني للسلطات للنفوذ يكون في **ثلاث** حالات تتمثل في :

- حالة التعديل في الأسعار.

كأن يكون مثلا في صفقة أشغال سعر الخزف مقدر بـ**1000** دج،ويتم إدراج سعر آخر وهو **1500** دج أو أن يتم الإتفاق في صفقة اللوازم سعر الكمبيوتر مقدر **30.000** دج في حين يتم إدراج سعر آخر وهو **40.000** دج.

- حالة التعديل في نوعية المواد و الخدمات.

ومثال ذلك إبرام عقد يتضمن تنظيف المكاتب ، هذا العقد ينص على أن التنظيف يكون كاملا ويوميا بتحويل كلِّ مكتب على حدة ، وبعد التفاوض تم تنظيف فقط سلاَّت المهملات و منفَضَات السَّجائر بصفة يومية ، إذن التنظيف اليومي للمكاتب المتَّفق عليه تم إستبداله وتعديله بتنظيف أسبوعي للمكاتب[1].

أو أن يتم الإتفاق على تقديم خدمات فَندقية رفيعة في حين أن تنفيذ موضوع صفقة الخدمات لم يتم وفقا للإتفاق السابق.

فنفرض مثلا أن:متعاقدا مع الإدارة يملك فندقًا بسعة **20 غرفة**، وتحتاج الإدارة في هذا الإتفاق إلى **15 غرفة** ،وكان السعر المتَّفق عليه في العقد هو **بـ100دولار** لكل غرفة،على أن يبِيت في كل غرفة موظَّفيْنِ إثنيْنِ،فعدد الموظفين المعنيين بالمبيتِ هو **30 موظفا**، فيقوم صاحب الفندق بالإتفاق مع الموظَّف المكلَّف بإدارة الصفقات العمومية بتخصيص غرفة لكل **03 موظفين** ، فيصبح عدد الغرف التي سيتم إستعمالها هو **10 غرف**، ويبقى المبلغ الخاص بـ **05 الغرف** التي تم تحيِيدها وأخذ مبالغها المالية المقدر **بـ500دولار** –**100 دولار x 5غرف** –، ففي هذه الحالة يستفيد صاحب الفندق من كراء غرفه **مرَّتين** ، في المرة **الأولى** عندما إتفق على كراء 15 غرفة ، وعندما يأخذ نصيبه من **500 دولار** الخاصة من – **05غرف**– التي تم تحييدها، وقد يستفيد مرة **ثالثة** إذا قام بكراء –**05غرف**– لجهة أو إدارة أخرى.

✓ حالة التعديل في آجال التسليم.

هذه الحالة تهمُّنا أكثر من الحالتين السابقتين لأنها تتعلق عموما بعملية تطبيق غرامة التأخير في مجال

[1]Jean PIERRE , op, cit, page 34 : « Exemple : un contrat a été passé pour l'entretien des bureaux , ce contrat prévoyait un nettoyage complet et quotidien du mobilier de chaque bureau , après negotiation seuls les poubelles et les cendriers seront vidés chaque jour, alors que le nettoyage quotidien des bureaux est remplacer par un nettoyage hebdomadaire ».

الصفقات العمومية ، ففي تقرير صادر عن مجلس المحاسبة الجزائري بتاريخ 28-فيفري-1999 المتضمن التقرير السنوي 1996-1997 في الرَّقابة على صفقات الأشغال و تسيير تجهيزات ولاية قسنطينة أكَّد هذا التقرير أنه من بينِ أهم العيوب المسجَّلة أثناء هذه الرَّقابة هو عيب عدم تطبيق غرامات التأخير.

هذه النقطة بالذات **-عدم تطبيق غرامات التأخير-** هي مجال خصب لجريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية ، لأنه بهذا النشاط الإجرامي يستفيد الجاني من سلطة وتأثير مسؤول المصلحة المتعاقدة[1].

ففي المجال العملي يتم اللُّجوء إلى العديد من الحِيَلِ لتفادي تطبيق غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد في حالة تأخُّره في تنفيذ الصفقة العمومية ،كأن يتم إبرام ملحق متعلق بتعديل الآجال التعاقدية في إطار محاباة للمتعامل المتعاقد ، فقد يتأخر هذا الأخير في التنفيذ ويقوم الموظف بإبرام ملحق لتغطية هذا التأخير، كتغيير تواريخ أوامر الإنطلاق في الاشغال، أو أوامر توقف الأشغال، أو أوامر إستئناف الأشغال.

فليس هناك مشكل في هذه التعديلات مادام أن حائز الصفقة لم يتسبَّب في هذه التأخُّرات، لكن إذا تعلق الأمر بمحاباة ومفاضلة ممنوحة للمتعاقد العاجز والمتأخر ، في حين أنَّ الآجال كانت مِيزةً لإختيار المتعاقد في مرحلة الإبرام .

فإن مصداقية الملحق وصلاحيته قد تكون محل إعتراض ومساءلة لأن هذا التصرف أهمَل الهدف المنوط بقواعد الوضع في المنافسة[2].

فنجد مثلا أن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري نص من خلال مادته147 فقرة 01 نص على :

أن تطبيق غرامة التأخير يكون في حالة التأخير أو عدم التنفيذ المطابق، ولكن عندما تعلق الأمر بالإعفاء من هذه الغرامة نتيجة للتأخير حمَّل الإدارة المتعاقدة مسؤولية كاملةً لتبرير هذا الإعفاء من خلال نفس المادة في فقرتها رقم 04.

---

[1] **عمراني مصطفى**، المرجع السابق،ص290.

[2]**La modification des délais** , journal des maires, France, Fevrier 2013 ,p49:«Pas de problème lorsque les retards ne sont pas imputable au titulaire mais s'il sagit d'une faveur accordée au titulaire défaillant alors que les délaits étaient un carectère de choix , la validité de l'avenant peut se discuter car cela remet en cause les conditions de la mise en cocurrence».

فكل إخلال المتعامل المتعاقد بإلتزاماته وتأخُّره في تسليم ما هو مطلوب منه يعرِّضه للجزاءات التي تفرضها عليه الإدارة في هذه الأحوال كالغرامة على التأخير .

فعادةً ما يقوم الجاني بالتأخير في آجال التسليم أو التموين دون أن يتم توقيع الجزاء عليه بإستغلاله سلطة أو تأثير أحد مسؤولي الهيئة أو المؤسسة[1].

ج – الركن المعنوي.

تتطلب هذه الجريمة توافر القصد الجنائي العام المتمثل في علم الجاني بنفوذ أعوان الدولة وإستغلال هذا النفوذ لفائدته ، وكذا القصد الجنائي الخاص المتمثل في نيّة الحصول على إمتيازات مع العلم أنها غير مبررة[2].

2– الجزاء المقرر لجريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميين.

الجزاء المقرر لهذه الجريمة هو نفسه المقرر لجريمة المحاباة.

ثالثا: جريمة قبض العمولات في مجال الصفقات العمومية.

تعتبر الرشوة كذلك من أهم الجرائم في مجال الصفقات العمومية ، ويتم إرتكاب هذه الجريمة في مختلف الصفقات والعقود الإدارية .

غير أنَّ هناك إختلاف بين التشريعات المقارنة في تجريم الرشوة ، فأخذت بعض الدول بالمعيار الأحادي للرشوة ومن ذلك التشريع المصري المادة 103،103 مكرر من قانون العقوبات[3].

في حين أخذت تشريعات أخرى بمعيار إزواجية الرشوة فتقسِّم هذه التشريعات الرشوة إلى رشوة سلبية ورشوة إيجابية، فأما نظام وحدة الرشوة فلا يرى فيها إلا جريمة واحدة يرتكبها الموظف العمومي بإعتباره الفاعل الأصلي لها، أما الراشي فهو مجرَّد شريك متى توافرت فيه شروط الإشتراك في شأنه، وأما نظام

---

[1] زوزو زوليخة ،جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر،2011–2012،ص89 .

[2] **أحسن بوسقيعة**،المرجع السابق،ص153 .

[3] **قانون العقوبات المصري، المعدل سنة 2020م.**

ثنائية الرشوة فهو يقوم على أن الرشوة تشمل جريمتين **الأولى سلبية** و **الثانية إيجابية**[1]،فالعرض من جانب الراشي يكوّن الرشوة الإيجابية، والقبول من جانب المرتشي يكوّن الرشوة السلبية[2].

و في ظل التقسيم الثنائي لجريمة الرشوة ، فإن الجريمتان السلبية و الإيجابية مستقلّتان عن بعضهما في التجريم و العقاب .

إذ لا يعتبر سلوك الراشي إشتراكا في جريمة المرتشي وإنما سلوك كل منهما مستقلٌ في جريمته، كما يُتصوَّر أن يكون لكل من الراشي و المرتشي شركاء في جريمته غير شركاء الآخر ،كما يتصور كذلك أن تتوافر إحدى الجريمتين دون الأخرى أو أن يكون لكل منهما صُور شروع خاصة بها[3].

وللحديث عن هذه الجريمة سنتطرق إلى تعريف الرشوة ، وفيما التطرق إلى هذه الجريمة القانون الفرنسي، القانون الجزائري، دون القانون المصري.

1)مفهوم الرشوة:

تتعدد التعريفات الخاصة بالرشوة ، ومن أبرز هذه التعريفات : "وعد موظف عمومي بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها بشكل مباشر أو غير مباشر سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية"[4].

ويعتبر الإتّجار بالوظيفة جوهر جريمة الرشوة[5]، وللرشوة في العقود الإدارية أثر سلبيٌ على هذه العقود وعلى التنمية الإقتصادية والإجتماعية.

فزيادة على مخالفة أحكام الجودة نتيجة منح الصفقات لمؤسسات تدفع أكثر وليس إلى مؤسسات ذات تقنيات وفنيات في مجال الصفقات العمومية .فإن الرشوة إذا دفعها التجار أضافوها للأسعار[6]،وبذلك تتضاعف النفقات العمومية للدولة وتزيد من إهدار المال العام،وقد تؤدي إلى لجوء المتعاملين من تعويض

---

[1] **أحسن بوسقيعة**،المرجع السابق،ص70 .

[2] **جندي عبد المالك** ،الموسوعة الجنائية ،الجزء الرابع،الطبعة الثانية،بيروت،لبنان،ص 06 .

[3] **أحسن بوسقيعة**،المرجع السابق،ص70.

[4] **مختار شبيلي** ،الإجرام الإقتصادي و المالي الدولي وسبل مكافحته،دار هومه،الطبعة الثانية،2012،ص50.

[5] **خالف عقيلة**،الحماية الجنائية للوظيفة الإدارية من مخاطر الفساد ،مجلة الفكر البرلماني،العدد13،جويلية 2006،ص 69 .

[6] **رفيق يونس المصري**، بحوث في فقه المعاملات المالية، دار المكتبي، دمشق،سوريا، 1430هـ-2009م،ط2،230.

عمُولاتهم التي دفعوها للحصول على عقد إداري من خلال الغشِّ في النَّوعية أو في الكميَّة وهو ما يضرُّ الأفراد والمواطنين في أموالهم أوحتَّى في أرواحهم،فإن الرشوة من كبائر الذنوب[1].

ونتيجة لإتساع دائرة هذه الجريمة في الحياة عموما ، وفي الحياة الإقتصادية والمالية خصوصا، وفي الطلب العمومي على وجه الخصوص من حيث لجوء العديد من مسؤولي الشراء العمومي إلى مساومة المتعامل المتعاقد في مختلف مراحل الصفقات العمومية ، ومن ذلك مرحلة التنفيذ إذ أنَّ هناك حالات عديدة يُطلبُ منه دفع منفعةٍ عادةً ما تكون مبلغا من المال لإعفاءه من تطبيق غرامة التأخير.

فنفرض مثلا أن متعاملا متعاقدًا تأخَّر في تنفيذ صفقة عمومية ، وبعد قيامه بعملية حسابية تبيَّن له أن نسبة الغرامة المستحقَّة هو **10.000 دولار** .

فيقوم هذا الأخير –أو بناء على طلب الموظَّف– بالسَّعي من أجل الإعفاء من الغرامة على أن يُقدِّم مبلغا يقدر **بـ1.000 دولار** للموظف العمومي ، فيتم إعفاءه من غرامة التأخير في التزوير في أوامر الأشغال .

فيستفيد بذلك المتعامل المتعاقد من مبلغ **9.000 دولار من خلال –10.000دولار مبلغ الغرامة – 1.000دولار مبلغ العمولة أو الرشوة–** .

كما يستفيد كذلك من شهادات حسن التنفيذ التي تسمح له بالمشاركة مستقبلاً من عقود أخرى بخلاف لم تمَّ تطبيق غرامة التأخير عليه فلا يستفيد من هذه الشهادات.

فيزيد ذلك الألمَ ألَميْنِ–**في نظر من له مصلحة و لو على حساب المصلحة العامة** –،ألمُ فُقدانِ **مبلغ 10.000دولار**،وألَمُ الحرمانِ من المشاركة في عقود أخرى،أو المشاركة فيها لكن دون شهادات حسن التنفيذ ، الأمر الذي يقلِّل من فُرَص نجاحه وفوزِه بالصفقة مقارنةً بالمتعهدين الآخرين الذين يحوزون على هذه الشهادات .

2)جريمة الرشوة في القانون الفرنسي.

تضمَّن قانون العقوبات الفرنسي جريمة الرشوة في مجال الصفقات العموية وذلك من خلال المادة 432 فقرة 11، تحت عنوان غياب النزاهة ، الفقرة الثانية المتعلقة بالرشوة السلبية وإستغلال نفوذ ممنوح لأشخاص يمارسون وظيفة عامة .

[1] **الصادق بن عبد الرحمن الغرياني**، دار الافتاء الليبية، 22 ربيع الآخر 1434هـ–2013م، رقم الفتوى979 ، ص1.

والتي جاء فيها على أن عقوبة الرشوة السلبية هي السجن لمدة 10سنوات و الغرامة المقدرة بـ150.000 أورو[1]،في حين أن جريمة الشخص المعنوي ، وكذا العقوبات التكميلية للشخص الطبيع و المعنوي تخضع لنفس التطبيقات المتعلقة بجريمة المحاباة.

3)جريمة الرشوة في القانون الجزائري.

زيادة على تخصيص أحكام جديدة مدرجة في نص قانون الصفقات العمومية تهدف إلى تعزيز نظام مكافحة الرشوة[2]، نصَّ قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم **06-01** المعدل و المتمم على جريمة الرشوة في المادة**27** منه تحت عنوان الرشوة في مجال الصفقات العمومية،

➢ أركان جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري.

- **صفة الجاني:**

تتمثل في الموظف العمومي الذي عرَّفته المادة **02** فقرة ب من القانون **06-01**المعدل والمتمم، بالنسبة للرشوة السلبية .

أما بالنسبة للرشوة الإيجابية لا يتم إشتراط صفقة معينة في الجاني[3].

- **الركن المادي:**

يتحقق هذا الركن وفقا للمادة**27** السابقة الذكر بطلب الجاني أو قبوله أجرة أو منفعة مهما كان نوعها وذلك بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات بقصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق بإسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الإقتصادية .

أما بالنسبة للرشوة الإيجابية يتحقق بوعد الموظف العمومي بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إيَّاها مقابل قيامه بأداء عمل من أعمال وظيفته أو الإمتناع عنه[4].

---

[1]**Article 432alinéa11, c p f** :« Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150000 euros d'amende le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques».

[2] **علي معطا الله**، تقنين الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، دار هومة، الجزائر، 2016، ص4.

[3] **أحسن بوسقيعة**، المرجع السابق، ص80.

[4] **أحسن بوسقيعة**، المرجع السابق، ص82.

ويقوم هذا الركن على عنصرين وهما النشاط أو السلوك الإجرامي والمناسبة.

➢ النشاط أو السلوك الإجرامي.

يتجلى في قبول أو طلب أجرة أو منفعة.

فالطلب :

هو تعبير يصدر عن الإرادة المنفردة للموظف العمومي يطلب فيه مقابلا لأداء وظيفته أو خدمته ويكفي الطلب لقيام الجريمة متى توافرت باقي أركانها ولو لم يصدُر قبول من صاحب الحاجة أوالمصلحة ،ويفترض القبول من جانب الموظف العمومي المرتشي أن يكون هناك عرض من صاحب الحاجة يعبِّر فيه عن إرادته بتعهده بتقديم الهدية أو المنفعة إذا ما إقتضى له مصلحة [1].

➢ محل الإرتشاء.

وهي كل منفعة مهما يكن نوعها، سواء أكانت مادية أو معنوية، وبخصوص الأجرة المادية نجد أنها في أوروبا ما يعرف بتقنية – كؤوس الخمر – ففي العالم بأسره مبلغها في مجال الصفقات العمومية ما بين 390و 400 مليار دولار في السنة[2].

وهي تعادل 3/1 من العمولات المقدَّمة التي يتقاضاها الموظف المتدخل في مجال الصفقات العمومية ،والتي إتشرت بسرعة في كل القطاعات وهي من بين أكثر أشكال الرشوة إنتشارا خاصة في إسبانيا ورومانيا[3].

- **المناسبة :**

تتطلب جريمة الرشوة في الصفقات العمومية أن يقوم الموظف بقبض أو محاولة أجرة أو منفعة بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق بإسم الدولة أو الهيئات المذكورة في نص المادة **27**.

➢ الجزاء المقرَّر لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري

---

[1] **أحسن بوسقيعة**، المرجع السابق، ص72.

[2] **Awadi Sadiki Mawenya**,op, cit, p4:«Dans le monde entier , le montant de Pots-De-Vin échangés lors de marchés publics varierait entre 390 et 400 Milliards de Dollars par an».

[3] **Marchés publics, le cout de la coruption**, op, cit, p 12 :«Les pots de vin sont présentes dans 1/3,cette pratique est repartie de manière égale dans tous les secteurs , les pots de vin représentent la forme de corruption la plus fréquente en Espagne, et en Roumanie ».

الجزاء المقرر وفقا لنص المادة 25 من قانون مكافحة الفساد فإن الجزاء المقرر لهذه الجريمة هو:

﴿الحبس من سنتين إلى 20 سنة و بغرامة من1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج ، وبخصوص الشخص المعنوي فإنه يعاقب بغرامة من2.000.000 دج إلى 10.000.000 دج﴾ .

ويتم تشديد العقوبة من 10 سنوات الى 20 سنة في حالات على سبيل الحصر[1].

وتطبق على الشخص المعنوي غرامة تقدر من 2.000.000 دج الى 10.000.000 دج وذلك إستنادا إلى أحكام المادة 53من قانون مكافحة الفساد التي أحالت إلى أحكام المادة 18مكرر1 من قانون العقوبات .

ويتم تطبيق كافة الأحكام المطبقة على جريمة المحاباة بشأن العقوبات التكميلية.

المطلب الثالث : مبادئ إدارة الطلب العمومي في ظل أخلاقيات المهنة.

إن العقود الإدارية بمختلف المراحل التي تمرُّ بها يحكمها أولا وقبل كل شيء أخلاق الموظف الذي ينبغي أن يسخّر جهده ونيَّته من أجل أن يكون الإبرام والتنفيذ موافقا للمبادئ التي تحكم هاتين المرحلتين وذلك في سبيل الحفاظ على المال العام من جهة، و فعالية الطلب العمومي من جهة ثانية.

و للحديث أكثر عن مبادئ تسيير العقود الإدارية في ظل قانون أخلاقيات المهنة يرى الباحث أنه ينبغي التطرق إلى تطور فكرة أخلاقيات المهنة في مجال الصفقات العمومية "**الفرع الأول** "،وفي مرحلة **ثانية** تبيان أهم مبادئ إبرام الصفقات العمومية في ظل هذه الأخلاقيات "**الفرع الثاني**".

الفرع الأول: تطور فكرة أخلاقيات المهنة في مجال العقود الإدارية.

حتى تكتمل الغاية المتمثلة في مكافحة الفساد في إدارة الطلب العمومي ينبغي بلورة جانب مهم ألا وهو الإهتمام بميدان الأخلاق وذلك من خلال غرس بعض القيم لدى مختلف المتدخلين في مجال الصفقات العمومية[2]، لذلك سنتطرق إلى تطور المنظومة الأخلاقية في الصفقات العمومية﴿**الفرع الأول**﴾، ومن ثم الحديث عن أهم المبادئ الأخلاقية التي تحكم عملية إدارة الشراء العمومي﴿**الفرع الثاني**﴾.

الفرع الأول :تطور الجانب الأخلاقي في مجال الصفقات العمومية:

[1] **المادة 48 من القانون 06-01 السالف الذكر.**

[2] **خالد خليفة**، مبادئ إبرام الصفقات العمومية في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، دار الخلدونية ، القبة ، الجزائر، 2017،ص30.

تطور التفكير الأخلاقي في المجتمعات حول العالم وتم العثور على القاسم المشترك في كيفية تناول معظم الثقافات تفصيلا لها كما هو الأفضل و المعروف بإسم – القاعدة الذهبية– هذه القاعدة تحدد جوهر الشخص الأخلاقي[1]".

إن عدم الإلتزام بأخلاقيات الوظيفة العامة سوف يؤدي إلى ضعف دور الحكومة لأنه يقلّل من مصداقية وصورة الحكومة في أذهان الجمهور فضلا عن الآثار السلبية الناشئة عن فقدان الثقة من الحكومة و التي تنعكس بشكل مباشر في عدم الإستقرار السياسي[2]".

إن المقولة الشائعة عند كثير من الإقتصاديين أنه لا علاقة بين الإقتصاد و الأخلاق ويطلقون على علم الإقتصاد Amoral بمعنى أن علم الإقتصاد في واد والأخلاق في واد آخر[3]".

ففي مقال لجريدة Le Monde الفرنسية بعنوان Pour une économie bien comprise بتاريخ 9-أفريل-1980 نوَّه صاحب المقال أن :

الإقتصاد الحديث يعاني من أزمة كبيرة ذلك لأن واضعيه قد فكَّروا بأن الربح وحده كاف لتحقيق سعادة الإنسان وتحرير شخصيته وإطلاق طاقاته وراحوا يحتقرون كل ما لا يشكِّل في نظرهم البشري القاصر دخلا ماديا مباشرا ،فكانت النتيجة مخيِّبة للآمال لأن الأرباح المباشرة لم تعد تغطي أبدا الخسائر غير المباشرة لذلك يطرح اليوم المفكِّرون الجدد أسسًا جديدة لإعادة بناء التنمية الإقتصادية على توازنات إجتماعية وإقتصادية أكثر شمولية و أقل كلفة[4]".

ولقد كان الإعتقاد السائد لدى علماء الإقتصاد أنَّه لا علاقة تربط بين الإقتصاد و الأخلاق ومن ثم الدِّين ، فهناك حسبهم إنفصال بين دائرة الأخلاق ودائرة الإقتصاد بإعتبار أن هذه الأخيرة موضوعية لا تحكمها العواطف وإنما تحرِّكها المصلحة وتعظيم المنافع و الأرباح ، بل غالَى البعضُ إلى درجة إعتبار الإقتصاد مثله مثل الفيزياء ، الرياضيات تخضع لقوانين جامدة[5]".

---

[1] **جين فرمان**،أخلاقيات الصحافة– ترجمة محمد صفوت حسن–، دار الفجر للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر،الدار الجزائرية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ط1،ص48.

[2] **مريزق عدمان**، التسيير العمومي بين الإتجاهات الكلاسيكية و الإتجاهات الحديثة، دار جسور للنشر و التوزيع ، المحمدية، الجزائر، 1436هـ-2015م، ط1،ص119.

[3] **علي الدراجي**، المرجع السابق، ص12.

[4] **رفيق يونس المصري**، بحوث إقتصادية، دار المكتبي، دمشق، سوريا، 1431هـ-2010م، ط2، ص7.

[5] **عبد المجيد قدي**، قضايا وتأملات في الإقتصاد الإسلامي، درا الخلدونية ،القبة، الجزائر، 1439هـ-2018م، ص21.

و لمجابهة ظاهرة الفساد ينبغي تفعيل المؤسسات الدينية في نشر الوعي بخطورة الفساد وآثاره السلبية[1]، ومن الدول التي تعمل على بلورة أخلاقيات المهنة دولة مصر.

ففي خضام رؤية مصر 2030 يعكف مركز الحوكمة بالمعهد القومي للادارة التابع لوزارة التخطيط و المتابعة و الاصلاح الاداري على تنميط الجهاز الاداري للدولة من حيث المعايير و القيم التي تضمن السلوك الاخلاقي للموظف العام في سبيل تحسين اطار موارد الدولة و الاستجابة لتطلعات المواطن[2].

كما قامت تونس بالنص على أخلاقيات العون العمومي وما يجب أن يتحلى به أثناء ممارسته لوظيفته[3]".

والجزائر على غرار باقي دول العالم أعطت حيِّزا مهما لفكرة أخلاقيات المهنة وأصبحت هذه الأخيرة موضوع نقاشات وملتقيات ليتم في الأخير إعتمادها على شكل مدوّنات و مواثيق.

وهو ما تضمنته المادة 88 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الساري المفعول إذ جاء فيها:

« تعدُّ سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مدوَّنة أدبيات وأخلاقيات المهنة للأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، يوافق عليها وزير المالية»[4].

وبإعتبار الأخلاق صمَّام الأمان ضد كل إنحراف أو فساد في كل المجالات و لاسيما في مجال التعاملات المالية وبالأخص في مجال الصفقات العمومية فهي:" زينة الإنسان وتاج العلوم وبها تسعد الأمم وترتقي[5]".

---

[1] الاستراتيجية الوطنية لمكافحة الفساد، ملتقى وطني، الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد الجزائرية بمشاركة وزارة الشؤون الدينية الجزائرية ،ص43.

[2] أخلاقيات المهنة في مصر، وزارة التخطيط و المتابعة والاصلاح الاداري، مدونة السلوك وأخلاقيات الوظيفة العامة،2019،ص4.

[3] الأمر 4030 المؤرخ في 03-أكتوبر-2014 يتعلق بالمصادقة على مدونة سلوك وأخلاقيات العون العمومي، الرائد للجمهورية التونسية، 7-نوفمبر-2014،عدد 90.

[4] المادة88، من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لسنة2015.

[5] **عبد الله بن حمد السعدان** ،أثر التطبيقات العربية لمفهوم الوظيفة العامة والموظف العام على أخلاقيات الوظيفة العامة،ورقة عمل مقدمة في ندوة "قيم وأخلاقيات الوظيفة العامة في الإدارة الحديثة" ،المنعقد بالقاهرة ،مصر بين21 و 24 أوت 2005 ،ص 350 .

لذلك تم الفرض على كل المترشحين و العارضين في الصفقات العمومية الإلتزام بأخلاقيات المهنة وذلك خلال إبرام الصفقات العمومية وتنفيذها[1].

وبخصوص تعريف أخلاقيات الوظيفة فهي تعني:

"قيام الموظف بأداء واجباته الوظيفية بأمانة ونزاهة وموضوعية والعمل بإستمرار على تحقيق أهداف الجهة التي يعمل بها، وأن تكون ممارسته في حدود الصلاحيات المخولة له،وأن يؤدي عمله بحسن نيّة متجردا من سوء القصد أو الإهمال أو مخالفة القانون أو الضرر بالمصلحة العامة لتحقيق مصلحة خاصة له أو للغير"[2].

ونجد أيضا التعريف الذي أوردته منظمة **الأنتوساي** في إصدارها لسنة **1998** .

و ذلك بخصوص أخلاقيات مدققي الحسابات والذي جاء فيه بأن أخلاقيات المهنة هي[3]:

" بيان شامل للقيم والمبادئ التي ينبغي أن توجّه العمل اليومي الذي يقوم به المدقق".

وتطرّق الميثاق الإفريقي إلى أخلاقيات الإدارة العامة وعرّفها بأنها:" الأخلاق التي يسترشد بها سلوك أعوان الخدمة العامة وتدابيرها[4]".

في حين يعرفه البعض الآخر بأنها:

" الأحكام الرسمية العامة للتنظيمات السياسية والمهنية بخصوص السلوك المقبول والسلوك غير المقبول"[5].

أو هي[1]:" المبادئ و القيم والمعايير التي تعتبر أساسا لسلوكات العاملين المحمود المستحب التي يجب عليهم الإلتزام بها وعدم الخروج عليها ".

---

[1] من ذلك مثلا الفصل 177،من الأمر عدد 1039 لسنة 2014، المؤرخ في 13-مارس-2014، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية ..

[2] قرار مجلس الوزراء رقم15 –2010 الصادر بتاريخ 13–جوان –2010 يتضمن إصدار وثيقة مبادئ السلوك المهني وأخلاقيات الوظيفة العامة دولة الإمارات العربية المتحدة،نقلا عن موقع www.fahre.gov.ae.

[3] أخلاقيات المهنة،إصدار لجنة المعايير الرقابية في مؤتمر الأنتوساي،1998،الأورغواي،ص08، نقلا عن www.issai.org

[4] مرسوم رئاسي رقم 12–415 ،المؤرخ في 11–12–2011 ،ج رالعدد 68، المؤرخة في 16–12–2012 يتضمن التصديق على الميثاق الإفريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والإدارة ،المعتمد بأديس أبابا بتاريخ 31–01 –2011 .

[5] **عبد الله بن حمد السعدان** ، المرجع السابق ،ص354 ، نقلا عن تيري آل كوبر ، الإداري المسؤول ، مدخل أخلاقي للدور الإداري ،ص274

الفرع الثاني : مبادئ إدارة الطلب العمومي في ظل أخلاقيات المهنة .

أصبح الحديث عن أخلاقيات المهنة في المجال المالي و الإقتصادي موضوع العصر، إذ لا طالما تغنَّى البعض بأنه لا مكانة للأخلاق وسط الإقتصاد، ولكن مع مرور الوقت تبين أن هذا الطرح خاطئ، ومن ثم راحت المنظمات و الهيئات الدولية و الإقليمية و الوطنية تطالب بإعادة النظر في مجال أخلقة الإقتصاد و المعاملات المالية ، ومن هذه المعاملات العقود الإدارية التي تعتبر حاضنة للسلوكات الماسة بالمال و الإقتصاد ، وعليه فإن الصفقات العمومية تستوجب أن يتحلَّى مسيِّروها بنوع من الأخلاق النبيلة.

فيجب على الموظف التقيُّد بعديد المبادئ و القواعد السلوكية والوظيفية في مجال العقود الإدارية ، من لتجسيد الجهود الرامية إلى محاربة كل إنواع الفساد[2] ، ومن بين المبادئ الأساسية التي ينبغي العمل على إحترامها المبادئ الثلاثة التالية على سبيل المثال لا الحصر: **الحفاظ على الأموال العامة للدولة، التَّحلي بروح المسؤولية في إدارة الشراء العمومي ،التفكير المستدام للمشتري العمومي خدمةً للأجيال القادمة.**

البند الأول: الحفاظ على الأموال العامة للدولة.

سيتم من خلاله إعطاء تعريف للمال العام ، وفيما بعد الحديث عن واجب الحفاظ على هذه الأموال التي أصبحت تهدر دون أدنى تأنيب ضميري .

أولا : تعريف المال العام.

ويعرّف المال العام في القانون بأنه :

مجموعة من الأموال التي تعود إلى السلطة العامة فهو المال المملوك للدولة سواء كان ملكية عامة تمارس عليه صاحبته سلطتها بصفتها صاحبة السلطة العامة أو مملوكا لها ملكية خاصة ويخضع لقواعد القانون الخاص[3].

والأموال العامة في الفقه الإسلامي هي :

---

[1] **عبد الله بن حمد السعدان**، نفس المرجع ، ص354.

[2] **خليفة خالد**، إبرام الصفقات العمومية عن طريق طلب العروض، المرجع السابق، ص112.

[3] **مباركي ميلود**، التجريم في قانون الصفقات العمومية ، مذكرة ماجيستير ، جامعة سيدي بلعباس ، كلية الحقوق 2006-2007 ص217 .

أموال مخصصة للإنتفاع المباشر لإفراد الأمة كالطرق و الأنهار وغيرها أو للمنفعة العامة المباشرة كالحصون أو غير مباشرة كالمعدات اللازمة لها[1].

ثانيا:حرمة المال العام .

يقتضي تسيير الصفقات العمومية العمل قدر المستطاع على صون المال العام وذلك بإتباع أساليب و إجراءات معينة.

فعلى الموظف المكلف بإبرام وتنفيذ ومراقبة العقود الإدارية الإلتزام بالصدق و النزاهة لأن هذا المال المكلف بتسييره هو أمانة في عنقه يسأل عنه لا محالة يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم .

فذلك الموظف المسلم يعلم يقينا أن دين الإسلام أعطى حماية لا مثيل لها في مجال المال العام إذ لا فرْق بين مسؤول مهما كان منصبه وبين مواطن عادي في تحريم نهب المال العام ، ومن هنا كان على الموظف قبل أي رقابة أو محاسبة أن يسشعر مضغته السليمة، و ضميره الحي، فلا رقابة بعد الله عز وجل من رقابة الضمير الحيِّ .

ومن ظلم العبد لغيره من عباد الله ومخلوقاته أذيتهم في أعراضهم أو أبدانهم أو أموالهم بغير حق[2].

و المعاملات محكٌّ يختبر به دين المسلم و وَرعه ووُقوفه عند حدود الله تعالى فالمال شقيق الروح وفيه إغراء وإغواء يصعب معه على ضعيف الدِّين النَّصفة وترك ما ليس يقدر عليه.

فالدِّينار و الدِّينار يقفُك على حقيقة الرجال ولذلك كانوا يقولون إختبروهم **بالمَفروش و المَنقوش** ، فقد تجدُ الرجل يصلِّي ويصوم ويحجُّ ويُعجبك مظهره وسِمته وإذا ما خالطته في المال رأيت عجبًا فإنه إنسان آخر يخاصم بهتانا ويأكل أموال الناس بالباطل[3].

فعلى الموظف المكلف بإدارة الطلب العمومي أن يكون قدوة لغيره من الناس فإن فِعلَ رجل في ألف رجل أقوى من قول ألف رجل لرجل ، نعم فبالأعمال لا بالأقوال يكون تأثير الرجل في الرجال[1].

---

[1] **نذير بن محمد الطيب أوهاب** ،حماية المال العام في الفقه الإسلامي،أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض،2001،ص09.

[2] **أبو بكر جابر الجزائري**، منهاج المسلم، دار ابن الجوزي، القاهرة،مصر،1434هـ-2013م،ط4،ص140.

[3] **الصادق بن عبد الرحمن الغرياني**، المعاملات المالية في الفقه المالكي، أحكام وأدلة، دار ابن حزم، بيروت ،لبنان،2008 ،ط1،ص8.

فالأموال هي نعمة من نعم الله عزَّ وجلَّ فمن حمد الله على نعمه زاده من فضله ، و الحمد يكون بإلتزام حدود الشرع في اكتساب هذا المال[2]..

وإن كان القانون الوضعي لا يستطيع ملاحقة الأفراد إذا إحتالوا على ترك القانون أو تطاولوا عليه أو تملَّصوا منه بالرشوة وغيرها من الوسائل المساعدة على الفرار من العقاب بخلاف القانون الإلهي فإنه إحتاط لهذه الثغرة بتشريع الجزاء الأخروي الذي لا يفلت منه أحد[3].

وفي ذلك يذكر **محمد أبو زهرة** مثاليْن يتضح من خلالهما صحْوَة الضَّمير و ردُّ المظالم لأهلها[4].

---

[1] **عبد الشافي محمد أبو العينين أبو الفضل، عبد الشامي محمد أبو الفضل**، القيادة الإدارية في الاسلام، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا ، الولايات المتحدة الأمريكية، 1417هـ-1996م،ط1،ص208.

[2] **بلحاج العربي**، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر،2001،ص91.

[3] **عبد الكرين حامدي** ،مقاصد القرآن من تشريع الأحكام، دار إبن حزم،بيروت،لبنان،1429هـ-2008م،ط1،ص540.

[4] رُوِي أن رجلا وجد في خربة بيده سكين متلطِّخة بالدَّم وبيْن يديه رجل يتشحط في دمه ،فسأله عَليٌّ فقال : أنا قتلته ، فقال علي:

إذهبوا به فاقتلوه، فلما ذهب به جاء رجل مسرعا .

فقال ياقوم:

لا تعجلوا به ردُّوه إلى عليٍّ ، فرَدُّوه .

فقال : يا أمير المؤمنين ماهذا بصاحبه أنا قتلته، فقال عليٌّ للأوَّلِ: ما حَملك على أن قُلت أنا قتلته ولم تقتله؟.

قال : يا أمير المؤمنين وما أستطيع أن أفعل وقد وقف العسَس على الرَّجل يتشحط في دمِه وأنا واقف

وفي يدِي سكِّين وفيها أثر الدَّم، وقد أخذت في خربة فخِفت أن لا يُقبل منِّي فإعترفت بما لم أصْنَع ، وإحتسبت نفسي عند الله .

فقال:

بئسما صنعت ، فكيف كان حديثك؟.

قال: إني رجل قصَّاب خرجت إلى حانوتي في الغلس فذبحت بقرةً وسَلَختها فَبَينَما أنا أسلخها و السِّكِّين في يدي أَخَذَنِي البَوْلُ فَأَتيت خربة كانت فدخلتها ، فَقَضيتُ حاجتي وَ عُدتُ أُرِيدُ حَانوتي فإذا أنا بهذا المقتول يتشحَّط في دَمِهِ فراعني أمره فوقفت أَنظُرُ والسِّكِّينُ في يدِي فلم أشعر إلا بأصحابك قد وقفوا عَليَّ فأخذوني ، فقال النَّاس هذا قاتل هذا مَالَهُ قاتلٌ سِواهُ ، فأيقنت أنَّك لا تترك قَولَهم لِقولي ، فإعترفت بما لم أَجنِهِ.

فقال **عليٌّ** للمتهم الثاني:

فأنت كيف كانت قصَّتك؟ ،

فقال:

ذلك سلطان الضمير يجعل القاتل يقدِّم رقَبَتَهُ و الأب يقد فَلِذَةَ كَبِدِهِ وما ذاك إلا أن الأَثِيمَ يَحُسُّ بسلطان الله تعالى لأن القانون الذي يطبِّقه هو قانونه وهو أمره ونهيُه[1].

أغوَاني إبليسُ فقتلت الرَّجل طمَعًا في ماله ثم سَمِعتُ حِسَّ العسَسِ فَخرجت من الخربة و إستقبلت هذا القصَّاب على الحال التي وصَفَ فإستترت منه ببعض الخربة حتى إذا أتى العسَسُ فأخذوه، وأتَوك به، فأمرتَ بقتله ، وعَلِمتُ أنِّي سأبوء بِدَمِهِ أيضًا فإعترفت بالحقِّ.

فقال أمير المؤمنين عليٌّ لإبنه **الحسين** ما الحكم في هذا؟.

قال :

يا أمير المؤمنين إن كان قد قتل نفسا فقد أحيا نفسا ، وقد قالى تعالى :﴿ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا﴾.

فخلَّى **عليٌّ** عنهما ودفع ديَّة المقتُولِ من بيتِ المالِ.**إنتهى المثال الأول**.

ونقف هنا وقفة للضمير قصيرة نلاحظ فيها أمرين:

- أحدهما:
- أن **الإمام عليَّ** عوَّض أولياء القتيل من بيت المال فلم يحمل عائلته الدية ، ولعله ثبت أنَّه كان هو وعائلته فقراء، والدِّيات التي تجب على الفقراء تكون من بيت المال.
- الأمر الثاني:
- أنه لم يذكر في القصة أنه أنزل عقاب بالجاني ، وهذا لا يدل على أنه ترك تعزيره ونستبعد أن إمام الهدي **عَلِيًّا** يترك ذلك العمل الاجرامي من غير تعزير وإن كانت التوبة قد بدت من عباراته فهو إن كان قد خلط عملا صالحا بجريمته لا يمحوها: ولكنه يخففها اللهم إلا أن يُقال أنَّ تقديم رقبَته دليل قاطع على توبة طهرت نفسه من رجس الجريمة فلا حاجة إلى التعزير وفوق هذا لم يوجد مد للقصاص ولا للسرقة، **محمد أبو زهرة** ، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي،القاهرة ، مصر ص 21-22 .

و في مثال ثان:

أن رجلا كان يأخذ ولدَه ليقيم الحدَّ إذا قام سببُه ، فقد روى **البخاري ومسلم** أن رجلين إختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم ،فقال أحدهما: إقض بيننا يا رسول الله بكتاب الله فقال صاحبه:

نعم يا رسول الله إقض بيننا بكتاب الله وأذن لي، فقال الرسول عليه السلام : قل .

فقال: إبني كان عسيفا في أهل هذا الرجل – أي أجيرا– فزنَى بامرأته فافتديت بمائة شاة ، وأن رجالاً أخبَروني أنَّ عَلَى ابني جَلدُ مائة وتغريبُ عامٍ **فقال عليه الصلاة و السلام** :

﴿والذي نفسي بيده لأقضيَنَّ بينكما بكتاب الله : المائة و الخادم رد عليك، وعَلَى إبنك جلد مائة وتغريب عام﴾.**إنتهى المثال الثاني**.

[1] **محمد أبو زهرة** ، المرجع السابق، ص22.

البند الثاني: التحلّي بروح المسؤولية في إدارة الطلب العمومي.

فعلى الموظف النَّزيه و السليم والأمين أن يضع نُصب عيْنيه المصلحة العامة للدولة قبل كل المصالح الفردية والشخصية وذلك بالعمل جاهدًا قصد توفير أكبر قدر مستطاع من حماية للمال العام فالموظف الملتزم و ذو السّلوك الأخلاقي الحميد يصدق في حقّه القول بأنّه القويُّ الأمين[1].

وذلك مصداقا لقوله تعالى: "**يا أبت إستأجره، إن خير من إستأجرت القوي الأمين**"[2].

فحفظ الأمانة شرط أساسيٌّ في تسيير الصفقات العمومية، فقيام الملك –**الريان بن الوليد**– باستخلاصه لنفسه سيدنا **يوسف عليه السلام** ، وجعله من أهل خاصته ومشورته كانت الأمانة سببًا في تلك المكانة التي مُنحت لسيدنا **يوسف عليه السلام**[3].

فليس هناك أحسن من المساءلة الذاتية، هاته الأخيرة التي تتجلى فيما تزرعه العقائد الدينية و المبادئ و الأخلاق الفاضلة من تجنُّب الفساد بكل صوره وتوسيع دائرتي الثواب و العقاب ممَّا يجعل هذه العقيدة قُوةً رادعةً للفساد ورقابةً ذاتيةً .

فهذا المستوى من المساءلة الذاتية النابِعة من الخَوف من الله و الرغبةُ في ثوابه هي أرقى صيغة للمساءلة وأقل تكلفة[4]، فإن هذا المال هو مال غيره ، وهو حق أولئك الذين يبيتون في العراء "[5] .

ففي هذه الحالة فإن الموظف عند إبرامه و تنفيذ لعقد إداري يتوجب أن يعلم بأنه مسؤول عن هذه العقود .

فنجد مثلا في صفقة الأشغال أن المسؤولية ملقاة على عاتقه حال وقوع بناء آو عمارة أو نفق وكان هذا الأخير مساهما في ذلك سواء بطريقة مباشرة أوغير مباشرة كإتباعه طريقة المناقصة المفتوحة رغم

---

[1] **خرشي النوي** ،المرجع السابق،صـ 509،نقلا عن محمد بن راشد آل مكتوم،كتاب رؤيتي،التحديات في سباق التميز، مطبعة الإمارات،دبي .

[2] سورة القصص، الآية26.

[3] الإمام الحافظ **عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي**، تفسير إبن كثير، علَّق عليه وخرَّج أحاديثه **هاني الحاج**،المكتبة التوفيقية،القاهرة،مصر ط1،2013م،ص 230.

[4] **بوزيد سايح**، سبل تعزيز المساءلة و الشفافية لمكافحة الفساد وتمكين الحكم الراشد في الدول العربية، مجلة الباحث، 2012،عدد 10، ص59.

[5] **خرشي النوي**، القناة التلفزيونية الحياة ، الجزائر، الجمعة 25 –أكتوبر–2019، عدد خاص ،الساعة 14:00.

أن موضوع الصفقة يتطلب إتباع إجراءات المناقصة المحدودة التي تتطلب مشاركة فقط مؤسسات ذات كفاءة وخبرات مهنية معينة .

وذلك نتيجة محاباة إتجاه الأقارب أو الأصدقاء ،مم يعتبر من السلوكات الإنتهازية في العمل، كما قد يلحق بهذا النوع من السلوك الإنتهازي سلوك آخر يتمثل في مساعدة المقاول أو المورد في إتمام عمله بشكل غير قانوني مثل أن:

يغطي أخطاءه فيشطب مخالفاته في التنفيذ أو غرامة معينة بموجب شروط عقد التنفيذ[1] ،أو أن يقوم الموظف بأفعال دنيئة نتيجة عمولة يتلقاها فيقوم بإستبدال الخدمات المتفق عليها بخدمات متدنية مقارنة مع الخدمات الأصلية وبنفس السعرفهنا الموظف مسؤول على تبعات عمله ، مسؤول عن سقوط بناية معينة أو جسر أو إهتراء طريق، خاصة إذا تسببت هذه الأفعال في حصد أرواح فإنه قد يتحمل وِزر ذلك ،وعليه يتعين على الموظف قبل كل شيئ التَّحلي بروح المسؤولية وتحكيم ضميره عند كل خطوة فيم يخص العقود الإدارية والعمل على أن يكون إبرام وتنفيذ هذه الصفقات في خدمة المنفعة العامة، هذا من جهة الوقت الحاضر أما بالنسبة لوقت المسقبل فالحديث يأخذ مجرًا آخر.

البند الثالث : مبدأ الذهنية المستدامة في مجال العقود الإدارية.

فإن كان الغرب يعمل على حماية حقوق الإنسان في الحاضر و المستقبل من خلال شعار التنمية المستدامة فنقول للموظف المكلف بإدارة الطلب العمومي له : فالتنمية المستدامة التي يمكن أن تكون الصفقات العمومية أحد أهم دعائمها من خلال أبعادها المختلفة التي تتمحور حول الجانب الإجتماعي و الإقتصادي و البيئي وغيره وإن كان الفساد بكل أنواعه تعدٍّ على حقوق الأجيال القادمة[2]،فإن وجهة نظرنا حول التنمية المستدامة خاصة في الدول الإسلامية والعربية تكمن في:

فكرة الذهنية المستدامة للمسؤول الإداري المكلف بإدارة هذه العقود فإن كان مثلا مسؤول العقود الإدارية يمارس الفساد ويهدِم إقتصاد البلاد ويستغل منصبه في قضاء حوائجه فمِن غَيرِ المعقول أن يتمنى هذا الشخص مستقبلا قطف الثِّمار وهو الذي كان يُفسد الأشجار.

وفي ذلك يقول **إبن سيرين:**

---

[1] **أيمن أحمد الدويك**،السلوك الإنتهازي في العمل، دار الخلدونية، القبة ، الجزائر،2007،ص 85 .

[2] **عز الدين زغماتي**، وزير العدل الجزائري، تصريح بتاريخ22-أفريل-2020، وكالة الأنباء الجزائرية، آخر إطلاع 30-أكتوبر-2020.

من يزرع خيرا يحصد غيطة ومن يزرع شرا يحصد ندامة

إذا أنت لم تزرع وأبصرت حاصدا ندمت على التفريط في زمن البذر

ومرَّ رجل على أبي الدرداء الصحابي الزاهد رضي الله عنه فوجده يغرس جوزة وهو في شيخوخته وهرَمه فقال له:

أتغرسُ هذه الجوزة وأنت شيخ كبير وهي لا تُثمر إلا بعد كذا وكذا عاما؟! .

فقال أبو الدرداء:

وما عليَّ أن يكون لي أجرها ويأكل منها غيري[1]،فمن أجل ذلك يجب أن يكون عمل الموظف المكلف بالعقود الإدارية من أجل الاصلاح ومحاربة الفساد .

ويتعين كذلك ضرورة العمل على إصلاح الفرد العربي و المسلم حتى يصلح المجتمع ،فالمجتمع الذي يرى أن الشخص الفاسد والجامع للأموال بالطرق الملتوية له مقام كريم بالرغم من أن جُلَّ الأفراد من هذا المجتمع يُدركون يقينا أن هذا الشخص مَالُهُ من سُحتٍ فأفراده بحاجة إلى إصلاح في أفكارهم.

إذن يجب على المسلم أن يضطلع برسالته ،أن يفكر في إعجازه وهو تغيِير ما بنفسه وتغيير ما في محيطه ، ولا يمكنه أن يغيِّر شيئًا في الخارج إن لم يغيِّر شيئا في نفسه .

وحينما نقول هذه الكلمة نقولها بإعتبارها علما ولا نقولها فقط تبرُّكا بآية[2]،نقولها علما ونعلم مقدارها من الصحة العلمية ،لا يستطيع مسلم أو غير مسلم أن يغيِّر ما حوله إن لم يغيِّر أولا ما بنفسه .

فهذه حقيقةعلمية يجب أن نتصورَها قانونا إنسانيا وضعه **الله عزَّ وجلَّ** في القرآن سُنَّةً من سنن الله التي تسير عليها حياة البشر[3].

ولكي يتسنى كأمَّة إسلامية التموْقع في مكانة مرموقة في العالم ومعالجة هذه المشكلات الإقتصادية و الإجتماعية في ظل العولمة فلا بد من التغيير ،وأن يكون هذا التغيير هادفا[4].

---

[1] **يوسف القرضاوي**، دور القيم و الأخلاق في الإقتصاد الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة،مصر، 1415هـ-1995،المرجع السابق،ص148.

[2] **قوله تعالى:**﴿لا يغير الله ما بقوم حتَّى يغيروا ما بأنفسهم﴾.

[3] **مالك بن نبي**، دور المسلم ورسالته، دار الوعي ،الرويبة، الجزائر، ط1434،1هـ-2013م، ص42.

[4] **كمال رزيق، فريد كورتل، حسن توفيق**، دور الزكاة والوقف في علاج المشكلات الإقتصادية و التنموية، المؤتمر العلمي الدولي الثامن حول التمويل الإسلامي غير الربحي -الزكاة والوقف- في التنمية المستدامة، يومي20،21-ماي-2013، جامعة سعد دحلب، البليدة، الجزائر،ص356.

فلا يجوز لنا أن نغفل الحقائق فالحكومة مهما كانت ما هي إلا آلة إجتماعية تتغيَّر تبعًا للوسط الذي نعيش فيه وتتنوَّع معه ،فإذا كان الوسط نظيفا حرًّا فما تستطيع الحكومة أن تواجهه بما ليس فيه، فَغَيِّر نَفسَكَ تُغَيِّر التاريخ[1].

وقد يقول البعض أن ذلك صعب في ظلِّ ما تشهده المجتمعات العربية من ذهنيات سلبية وأن أخلاقيات المهنة هي قضية عقليات وذهنيات، و تغيّر الذهنيات لا يأتي إلا مع مرور الوقت[2].

وفي معنى المثل القديم أن تغير الأحوال المادية أسهل من تغير الأحوال الفكرية والذهنية ،ولكن ذلك ليس بمستحيل إذا توفَّرت النيَّة والإرادة .

وكانت هناك رغبة جامحة وإيجابية في كل فرد من أفراد المجتمع من أجل صَونِ الأمانة وحُبِّ العمل ، عن طريق محاربة الفساد عموما والفساد في العقود الإدارية خصوصا.

فما ينقصُ الأفراد اليوم هو الإيجابية والرغبة في التغيير ، ولا بأس أن نَذكرَ في ذلك مثالا في الإيجابية والدافعية في النجاح للدكتور و الخبير في التنمية البشرية **إبراهيم الفقى** أحد روَّاد التنمية البشرية في العالم[3] :

---

[1] **مالك بن نبي**، شروط النهضة،ترجمة عمر كمال مسقاري وعبد الصبور شاهين،دار بن مرابط، الجزائر،2017،ص35.

[2] **سعيد مقدم** ،المرجع السابق.ص31.

[3]**إبراهيم الفقي**، المفاتيح العشرة للنجاح ،المركز الكندي للتنمية البشرية، كندا،1999،ص29. والمثال هو ذهب شاب إلى أحد حكماء الصِّين ليعلِّمهُ سر النجاح وسأله: هل تستطيع أن تذكُر لي ما هو سرُّ النَّجاح؟ .

فرد عليه الحكيم الصيني بهدوء قائلا: سر النجاح هو الدوافع .

فسأله الشاب: ومن أين تاتي هذه الدوافع ؟ ، فردَّ عليه الرجل: من رَغباتك المشتعلة ، وباستغراب سأله الشاب : وكيف تكون عندنا رغبات مشتعلة؟، وهنا إستأذن الرجل الصِّينيُّ لعدَّةِ دقائق وعاد ومعه وعاء كبير مليئ بالماء وسأل الشاب : هل أنت متأكد أنك تريد معرفة مصدر الرغبات المشتعلة؟، فأجابه الشاب بلهفة : طبعا .

فطلب منه أن يقترب من وعاء الماء وينظر فيه ، ونظر الشاب إلى الماء عن قرب وفجأة ضغط الرَّجل بكلتَا يَديهِ على رأس الشاب ووضعه داخل وعاء المياه ، ومرَّت عدة ثواني ولم يتحرك الشاب ، ثم بدأ يُخرج رأسه من الماء ببطئٍ ولما بدأ يشعر بالإختناق بدأ يقاوم بشدة حتى نجح في تخليص نفسه وأخرج رأسه من الماء ثم نظر إلى الرجل الصينيِّ وسأله بغضب :ما هذا الذي فعلته؟، فردَّ عليه وهو ما زال محتفظا بهدوئه و إبتسامته قائلا: مالذي تعلمته من هذه التجربة ؟ فقال الشاب: لم أتعلم شيئا، فنظر إليه الرجل الصينيُّ قائلا:

لا يا بنيَّ لقد تعلمتَ الكثير ففي خلال الثواني الأُولَى أَردتَ أن تخلِّص نفسك من الماء ولكن دوافعك لم

فالرسول صلى الله عليه وسلم كان يهيبُ بالمسلم أن يكون إيجابيا طالبا للتغيير و لا يرضَخُ للأمر الواقع مهما كان – الواقع– قويًّا أو صلبا .

فيجب أن نُدرك جيدا أن جميع إنجازات البشرية ما كانت لتُصبح واقعا ملموسًا إلا بجرأة وشجاعةٍ في التغيِير ونهوضٍ بالهِمَّة وكَسرٍ للنمطِيَّة و التقليد السائدين[1].

فلا شك أن أموال العقود و الصفقات العمومية هي أموال الشعب الحاضر و القادم فإن كان غيرُ المسلمين يفكِّرون في مستقبل أبنائهم من خلال النظرة الإستشرافية لتطوير وإزدهار حياة أجيالهم القادمة مستقبلا .

فما بَالُنَا نحن نعمل على هدم حاضر هذه الأمة ومستقبلها من خلال أكل أموال الناس بالباطل وخيانة الأمانة .

ولن ينفعك ذلك المال، فكم من رجل يملك كنوز قارون وهو محروم منها معذَّب بها وهي بين يديه لقد إتخذها له ربًّا فاتخذته لها عبدًا أضناه التعب في جمعها ويزداد تعبا في حفظها ويزداد في تنميتها ، إنه أصبح ويمسي مهموما حريصا خانعا طامعا لا يقتنع بقليل ولا يشبع من كثير أصبحت أموالهم أداة تعذيب لهم وقد طلبوها لتكون أداة هناءة ونعيم[2].

– طريقة إختيار الموظف المكلف بتسيير الصفقات العمومية.

فطالما يُنظر وظائف المشتريات العامة عى انها وظائف نسخية فقط فانها لن تستطيع استقطاب افضل الكوادر و الكفاءات[3] .

وللإشارة فإن تكريس أخلاقيات المهنة ليس مرتبط بالموظف لوحده إنما يتعين تكاثف الجهود من مختلف الفئات سواء تعلق الأمر بالموظفين المكلفين بالصفقات العمومية أو بقية أفراد المجتمع حتى يتم تنشأة موظف ذو سلوك وظيفي متخلق.

تكن كافية لعمل ذلك، وبعد ذلك كنت دائمًا راغبًا في تخليص نفسك فبدأت بالتحرُّك و المقاومة ولكن ببطئ حيث أن دوافعك لم تكن قد وصلت بَعد لأَعلى درجاتها وأخيرًا أصبحت عندك الرغبة المشتعلة لتُخلِّص نفسك وعندئذ فقد نجَحتَ لأنَّه لم تكن هناك أي قوة باستطاعتها أن تُوقِفَكَ. إنتهى المثال.

[1] **إبراهيم الفقي**، الطريق إلى النجاح،دار اليقين للنشر و التوزيع، الراية للنشر و التوزيع، الجيزة، مصر، 2010،ص52.

[2] **يوسف القرضاوي**، ،دور القيم و الأخلاق في الإقتصاد الإسلامي، المرجع السابق،ص78.

[3] **شيلا وايت**، رئيسة قسم المعهد الدولي للمشتريات و التوريدات ، مداخلة ضمن فعاليات المؤتمر الإقليمي للمشتريات العامة في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا ، 03–ديسمبر–2013،تونس، ص19.

وهو ما تسعى مختلف الدول إلى تحقيقه بما فيها الدول المتطورة والمتقدمة نتيجة لما لهذه الأخلاق من آثار إيجابية على الدولة بأكملها .

📖الفصل الثاني: الشروط الفقهية لتطبيق غرامة التأخير.

أثارت مسألة الشرط الجزائي على العموم نقاشات فقهية حادة ، حيث تم إعطاء هذه المعاملة المستحدثة الكثير من التنظيرات و التعليقات و الأحكام والأراء الشرعية ، و في خضام هذه الآراء عموما يكادُ يُجمَعُ على أن الشرط الجزائي هو كل تعويض عن التأخير أو عدم تنفيذ الإلتزام بغض النظر عن موضوع الإلتزام سواء في مجال العقود الخاصة أو العامة ، فالعبرة في العقود للمقاصد و المعاني وليست للألفاظ و المباني.

لذلك حاولت تسليط الضوء على موقف الفقه الإسلامي من تطبيق غرامة التأخير في مختلف المعاملات المالية المعاصرة بما في ذلك تطبيق الغرامة التأخيرية في عقود الطلب العام ، والحديث عن تطبيق الشرط الجزائي على الأعمال ومن بينها العقود الإدارية لا يُؤتي ثمارَه إلا إذا تطرَّقنا إلى تطبيق الشرط الجزائي على الديون، فبالأضداد تتضِّح المعاني ، فالشرط الجزائي في مجال الدُّيون هو ضدٌّ للشرط الجزائي في مجال الأعمال ، وعلى العموم فإن هذه الدراسة الفقهية تهدف إلى[1]:

- تثمين إعتماد الجامعة الجزائرية تخصص المعاملات المالية في الفقه الإسلامي والدعوة إلى تعزيز هذا الإتجاه من خلال فِرق البحث و المخابر ومختلف الوسائل البيداغوجية.
- توسيع الشراكة بين المختصين في الصناعتين الفقهية المالية و تشجيع الباحثين في الإقتصاد و العلوم المالية على مزيد الإستفادة من التراث الفقهي و نظرياته في هذا المجال.
- دعوة مؤسسات صناعة الرأي في المجتمع لتوعية المجتمع بأهمية فقه المعاملات المالية.
- تشجيع القائمين على الخطاب المسجدي و الفتوى على مزيد من العناية بالتراث الفقهي و التأليف العلمي في مجال المعاملات المالية و مواكبة المستجدات.
- الدعوة إلى الإستفادة من مخرجات هذه الملتقيات الرائدة و تنفيذ توصياتها .

و في ذلك يقول الأستاذ **مصطفى الزرقا** : في الثاني من تموز-جولية- 1951 عقدت شعبة الحقوق الشرقية من المجمع الدولي للحقوق المقارنة مؤتمرا في كلية الحقوق من جامعة باريس برئاسة السيد **MILLIOT** أستاذ التشريع الإسلامي في كلية الحقوق بجامعة باريس ، وفي خلال بعض المناقشات وقف أحد الأعضاء وهو نقيب محاماة سابق في باريس فقال : أنا لا أعرف كيف أوفِّق بين ما كان يحكى لنا

[1] **البيان الختامي و التوصيات** ، الدورة الخامسة عشر للملتقى الدولي للمذهب المالكي﴿**المعاملات المالية في الفقه المالكي**﴾ ، ولاية عين الدفلى ، الجزائر، 10 ربيع الأول 1441هـ- الموافق لـ 7 نوفمبر 2019.

عن جمود الفقه الإسلامي وعدم صلوحه أساسا تشريعيا يفي بحاجات المجتمع العصري المتطور، وبين ما نسمعه في المحاضرات ومناقشاتها مما يثبت خلاف ذلك تماما ببراهين النصوص والمبادئ ، ويضيف الفقيه **مصطفى الزرقا** قائلا: وفي ختام المؤتمر وضع المؤتمرون بالإجماع هذا التقرير الذي يتضمن ما يلي[1].

- أن مبادئ الفقه الإسلامي لها قيمة حقوقية تشريعية لا يمارى فيها.
- أن إختلاف المذاهب الفقهية في هذه المجموعات الحقوقية العظمى ينطوي على ثروة من المفاهيم والمعلومات ومن الأصول الحقوقية هي مناط الإعجاب ، وبها يستطيع الفقه الإسلامي أن يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة والتوفيق بين حاجاتها.
- إعلان الرغبة في أن يظل أسبوع الفقه الإسلامي يتابع أعمالة سنة فسنة مع تكليف مكتب المؤتمر بوضع قائمة للموضوعات التي أظهرت المناقشات ضرورة جعلها أساسا للبحث في الدورة القادمة، مع أمل أن يتم تأليف لجنة لوضع معجم الفقه الإسلامي يسهّل الرجوع إلى مؤلفات هذا الفقه، فيكون موسوعة فقهيةً تُعرْضُ فيها المعلومات الحقوقية الإسلامية وفقا للأساليب الحديثة.

فلا مانع من أن نستفيد نحن مما هو موجود في الساحة العالمية أو الإقتصادية فنبحث عن حلول لها في الشريعة الإسلامية لأن هذه من المستجدات فلا عيب فينا حينما نتحدث عن هذه الأمور المستجدة أو القضايا الطارئة ونحاول أن نوجد البديل الإسلامي لها و نقرر ما يتفق مع مصادرنا و أصولنا وأدلة هذه الشريعة[2].

... إذ ليس كل ما في القانون الوضعي مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية وفقهها بل أن المتفق فيه مع

---

[1] **أحمد مصطفى الزرقا**، المدخل الفقهي العام ، المرجع السابق،ص 25،26.

LES CONGRESSISTES : «Etant donné l'intérêt suscité par les problèmes évoqués au cours de la SEMAINE DROIT MUSULMAN, et par discussion ils ont donné lieu dont il est résulte clairement que :

- Les principes du droit musulman ont une valeur indiscutable.
- Que la variété des écoles à l'intérieur de ce grand système juridique implique une richesse de notions juridiques et de technique remarquable qui permet à ce droit de répondre à tous les besoins d'adaptation exigés par la vie moderne.
- Emettant le vœu que la semaine poursuive ses travaux d'année en année, chargement le bureau de la semaine d'établir la liste ses sujets qui à la suite des discussions ayant en lieu au cours de la semaine devront faire l'objet d'un examen au cours de la session prochaine, souhaitent qu'un comité soit formé pour établir un dictionnaire de droit musulman destiné à facilité l'accès aux ouvrages de droit musulman et constituant un répertoire des connaissances juridiques exposées les méthodes modernes »

[2] **وهبة الزحيلي**، عقود التوريد والمناقصات مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 12، العدد 12، الجزء 2،1421هـ-2000م،ص266.

أحكام الشريعة أكثر كثيرا من المختلف ، فما كان مع أحكام الشريعة يمكن تبنِّيه وتخريجه تخريجا جديدا على قواعدها وتفريعه على مبادئها الحكيمة الثابتة بنصوص عامة أو بشواهد فقهية تُؤيِّده ، ونضيفه إلى فقهنا الجليل الذي نشأ كثير من أحكامه بمثل هذه الطريقة التخريجية لحاجات زمنية دعت فقهائنا إلى تلبيتها أصبحت من طلب الفقه[1].

محاولة دعم **الهيئة الشرعية الوطنية الجزائرية خاصة للإفتاء للصناعة المالية الاسلامية** بمختلف الآراء الفقهية في مجال المعاملات المالية المعاصرة وهو ما طلبته هذه الهيئة و تُشجِّعته وتُدعِّمه[2].

محاولة بلورة الفكر الإقتصادي الإسلامي مقارنة بالإقتصاد الغربي،لأن كلا الإقتصاد الغربي يشكل عائقا أمام الفرد المسلم الذي لا يستطيع التأقلم مع هذا الأخير سواء كان رأسماليا أو إشتراكيا ، فإن حاول ذلك نراه في محاولة تركيب روح إسلامية على جسم أجنبي يرفضها وترفضه[3].

فنجد مثلا أنه خلال القرن العشرين شهد العالم إنتشارا واسعا للبنوك الإسلامية في العالمين العربي و الإسلامي بل إن الأمر تعدَّى الحدود العربية و الإسلامية إلى العالم الغربي وهناك من يرى أن أسباب الإنتشار السريع للبنوك الإسلامية يرجع إلى الأسس النظرية السليمة وكذا الإعتبارات الإقتصادية و الإجتماعية بالإضافة إلى السبب العام وهو الإعتبار الديني[4].

وتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين ، حيث سنقف على الشروط الفقهية لتطبيق غرامة التأخير في الإلتزامات المتعلقة بالدَّينِ﴿**المبحث الأول**﴾، ثمَّ نعرِّجُ على الشروط الفقهية لتطبيق غرامة التأخير على الأعمال﴿**المبحث الثاني**﴾.

المبحث الأول : شروط تطبيق غرامة التأخير في الإلتزامات المتعلقة بالدَّين :

من أهم المؤسسات التي كانت سببا في التطرق إلى الشرط الجزائي في الديون هي المؤسسات المالية والمصرفية الإسلامية بحكم إعتمادها لتقنيات وفنِّيات من المفترض أن تُبعِد كل شكل من أشكال الفائدة أو

---

[1] **أحمد مصطفى الزرقا**، مقطع من تعليقه على نظرية الظروف الطارئة في القانون و الفقه الإسلامي، من مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدروة 9، العدد 9، الجزء 1417،2هـ-1996م،ص 360-361.

[2] مقرر رقم20-01 المؤرخ في 07-شعبان-1441هـ، الموافق لـ 01-أفريل-2020م، الصادر عن المجلس الإسلامي الأعلى الجزائري المتضمن إنشاء الهيئة الشرعية الوطنية الجزائرية للإفتاء للصناعة المالية.

[3] مالك بن نبي، المسلم في عالم الإقتصاد، دار الوعي للنشر و التوزيع، الرويبة ، الجزائر، 1434هـ-2013م،ط 1، ص45.

[4] **فارس مسدور**، التمويل الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2007، ص79.

الزيادة على الديون، لكن في ظل إنعدام الوازع الديني لدى عديد المتعاملين مع هذه المصارف والذي نتج عنه تماطل العملاء في أداء ماعليهم خاصة أولئك القادرين على ذلك ممَّا سبَّب خسائر معتبرة لهذه المؤسسات ،الأمر الذي يُحتِّم البحث عن آليات كفيلة بمحاربة هذه التصرفات.

ففي ظل المصارف التجارية التقليدية كلما تأخَّر المدين عن الإيفاء زادت الفائدة وزادت أرباح البنك ، أما في المصارف الإسلامية فإن تأخُّره يشكِّل عائقا أمام حركة هذه البنوك إذ يستغل المدين المُوسر المُماطل الفرصة نظرا لعِلمه وتأكُّده من أن المصارف الإسلامية لا تُضيف فوائد على مديونية عملائها في حالة التأخير في السداد.

ومن هذا المنطلق حاول العديد من الفقهاء المسلمين معالجة الظاهرة بعد تشخيصها غير أنه يجب التنويه بأنه خلال هذه الدراسة المتواضعة وقفنا على أن التطرق إلى هذا الموضوع يقتضي الكثير من التأني و التدقيق و التمحيص حتى لا تختلط الآراء الفقهية المتعلقة بهذه النازلة، وذلك بحكم أن العديد ممن تطرقوا إلى هذا الموضوع لم يُميِّزوا في عديد المرَّات بين موقف الفقهاء بخصوص هذه المسألة[1] .

حيث تجد فقيها هو ضِمن إتجاه معين يتم إدراجه ضمن إتجاه آخر، لذلك سأعمل على تبسيط عملية ذكر الآراء الفقهية وذلك من خلال ذكر الفريق الذي ينتمي إليه الفقيه ، في كل مرة أذكر فيها هذا الفقيه.

إنتهى التنويه.

ذهب البعض من الفقهاء إلى جواز فرض غرامة مالية على المُدين الموسر المماطل ، غير أنَّ هذا الرأي وإن أجاز غرامة التأخير في مماطلة سداد الدُّيون.

فإنَّ أنصاره قد إختلفوا في عديد المسائل الفرعية و التقنية خاصة مسألة الجهة المستفيدة من الغرامات المفروضة على المدين المماطل، هل يستحقها الدائن﴿**المطلب الأول**﴾،أو يتِمُّ التصدق بها لصالح جهات أخرى كصناديق خاصة و وجوه البرِّ والإحسان﴿**المطلب الثاني**﴾.

في حين ذهب رأي آخر إلى عدم جاوز فرض غرامة مالية مطلقا على المدين الموسر المماطل﴿**المطلب الثالث**﴾.

كما ناقش كل إتجاه أدلة الإتجاه الآخر﴿**المطلب الرابع**﴾، أضف الى ذلك أن تسمية القانون اليمني للشراء العمومي إستحقاق فوائد التأخير في مجال العقود الإدارية **بتسمية غرامة التأخير على السَّداد** قد يُدخل هذه الغرامة تحت باب غرامة التأخير على الدُّيون﴿**المطلب الخامس**﴾.

---

[1] فادي محمد الرفاعي ، المصارف الإسلامية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،لبنان، 2007، ط 2، ص 82.

المطلب الأول:جواز فرض غرامة التأخير مع إستفادة الدائن منها.

جوَّز العديد من العلماء ، وفقهاء الإقتصاد الإسلامي و الشريعة والقانون ،والهيئات الشرعية و دُورُ الفتوى تطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل مع السَّماح بِضمِّ عائدات هذه الغرامات إلى الذِّمة المالية للدَّائن، ونذكر من ذلك على سبيل المثال[1].

[1] نذكر على سبيل المثال من الفقهاء الذين أجازوا غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل مع إمكانية إستفادة الدائن من عائدات هذه الغرامة:

1)أحمد مصطفى الزرقا،هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن ، مجلة أبحاث الإقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز،جدة، السعودية،المجلد 2،العدد1405،2هـ-1985م،ص105.

2)الشيخ يوسف القرضاوي، بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تُجريه المصارف الإسلامية،دراسة في ضوء النصوص و القراعد الشرعية،مؤسسة الرسالة،بيروت،لبنان،ط1422،1هـ-2001م،ص 32، مع الإشارة إلى أنَّ الشيخ **يوسف القرضاوي** و إن أفتى بجواز تعويض ضرر المماطلة فلم يُنكر كذلك تطبيق غرامة التأخير والتَّصدُّق بها،لمزيد من التفاصيل يرجى من القارئ"ة" الكريم"ة" زيارة موقعه،**على الرابط https://www.al-qaradawi.net/mode/3651، آخر اطلاع 08-سبتمبر-2020**.

3) عبد الله بن منيع،مطل الغني ظلم يحلُّ عرضه وعقوبته مجلة مجمع الفقه الإسلامي،السنة الثانية،العدد الثاني،ص95.

-**عبد الله بن منيع**،بحوث في الإقتصاد الإسلامي،المكتب الإسلامي،مكة المكرمة،السعودية، الطبعة الأولى، 1416هـ-1996م،ص 398

-**عبد الله بن منيع** ،بحوث وفتاوى في الإقتصاد الإسلامي،دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، الرياض ،السعودية،الطبعة الأولى ،1437هـ-2016م ص90،88.

4)الصديق محمد الأمين الضرير، الإتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة ، المجلد 3، العدد3، مجلة أبحاث الإقتصاد الإسلامي،جدة، السعودية،1405هـ-1985م، ص 118.

- **الصديق محمد الأمين الضرير**، تعليقه على مقال **-محمد زكي عبد البر-**، وَرَدَ هذا التعليق في مجلة أبحاث الإقتصاد الإسلامي، جدَّة،السعودية، المجلد3، 1411هـ-1991م ،ص61-62 .

-**الصديق محمد الأمين الضرير**: تعليقه على مقال **-زكي الدِّين شعبان-**، وَرَدَ هذا التعليق في مجلة أبحاث الإقتصاد الإسلامي، جدَّة،السعودية، المجلد5، 1413هـ-1995م، ص63،67.

- **الصديق محمد الأمين الضرير**: تعليقه على مقال -**محمد أنس الزرقا ومحمد علي القري** : التعويض عن ضرر المماطلة في الدَّين بين الفقه والإقتصاد-، وَرَدَ هذا التعليق في مجلة أبحاث الإقتصاد الإسلامي، جدَّة،السعودية، المجلد5، 1413هـ-1995م، ص69،77.

وللإشارة فقط أنَّ المعالجة الفقهية حول مسألة تطبيق غرامة التأخير في مجال الديون تقتصر على حالة المدين الموسر – الذي له قدرة مالية على السَّداد–. أما إن كان ذا عسرة فلا يكلف الله نفسا إلا وُسْعَها[1]، ولقد بيَّن الله حُكمه في قوله تعالى:

﴿**وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة**﴾[2].

ولقد وضع هذا الرأي العديد من الشروط والقواعد الواجبة الإحترام لتطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل«**الفرع الأول**»، مستندين في إباحتهم لهذه الغرامة على العديد من الأدلة الشرعية «**الفرع الثاني**».

الفرع الأول :شروط تطبيق غرامة التأخير مع إستفادة الدائن منه

أوجب هذه الإتجاه ضرورة توفر شروط معيَّنة لتطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل مع منحها للدائن ،ونجد أنَّ هذه الشروط منها ماهي متعلِّقة بالمدين والدائن "**البند الأول**" ،ومنها ما هي مرتبطة بالمدين "**البند الثاني**" ،ومنها ماهي متعلقة بالضرر"**البند الثالث**"، ومنها ما هي مرتبطة بكيفية حساب التعويض"**البند الرابع**".

البندالأول:الشروط المرتبطة بالمدين والدائن لتطبيق غرامة التأخير على الديون.

ونقصد بهذه الشروط الإتفاق المسبق على تطبيق غرامة التأخير في حالة مماطلة سداد الديون من طرف

---

5)زكي الدين شعبان، تعليقه على مقال–**مصطفى أحمد الزرقا**:هل يُقبلُ شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن–،وَرَدَ هذال التعليق في مجلة أبحاث الإقتصاد الإسلامي،جدَّة،السعودية،1409هـ–1989م،العدد1،ص215.

6)محمد زكي عبد البر،رأي آخر في مطل المدين،هل يُلزم بالتعويض،تعليقه على مقال **مصطفى أحمد الزرقا**:–هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟–،مجلة الإقتصاد الإسلامي،جدَّة،السعودية المجلد1410،2هـ–1990م، ص 165،171.

– **محمد زكي عبد البر**، تعليقه على مقال –**الصديق محمد الأمين الضرير**:الإتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة–،وَرَدَهذا التعليق في مجلة أبحاث الإقتصاد الإسلامي،جدة،السعودية،المجلد1411،3هـ–1991م، ص111،112.

7)عبد الله السائح:رئيس هيئة الرقابة الشرعية للبنك الإسلامي الأردني، مجلة البنوك في الأردن، الشرط الجزائي،ص11،

8)دار الإفتاء المصرية آخر إطلاع 8–مارس–2020.

[1]**عبد الله بن منيع** ،مطل الغني ظلم يحلُّ عرضه وعقوبته ،المرجع السابق،ص95.

[2]الآية 280من سورة البقرة .

العميل الموسر.

بحيث أن فقهاء هذا الإتجاه إختلفوا في مدى جواز الإتفاق المسبق بين البنك الدائن و العميل المدين على تطبيق الغرامة ، أم يترك ذلك إلى جهات أخرى ، وذلك من خلال:

أولا: موقف أحمد مصطفى الزرقا من الإتفاق المسبق بين البنك والعميل.

يرى **أحمد مصطفى الزرقا** عدم جواز الإتفاق المسبق بين البنك و العميل حول التعويض عن المماطلة من المدين الموسر .

ثانيا: موقف عبد الله بن منيع من الإتفاق المسبق بين البنك والعميل.

يسمح **عبد الله بن منيع** بالإتفاق على تطبيق عقوبة على المدين المماطل غير أنه لا يرى في ذلك تعويضا وإنما تقريريا.

ثانيا:موقف الصديق محمد الأمين الضرير من الإتفاق المسبق بين البنك والعميل.

من وجهة نظر **الصديق محمد الأمين الضرير** أنه لا مانع من الإتفاق بين البنك والعميل حول التعويض عن المطل من المدين الموسر، على أن يكون الضرر الذي أصاب البنك هو ضرر حقيقي.

البندالثاني:الشروط المرتبطة بالمدين لتطبيق غرامة التأخير على مماطلة الديون.

وضع أنصار الإتجاه المؤيِّد لفكرة غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل مع أحقِّية الدائن في تحصيلها عِدَّة شروط متعلقة بالمدين واجبة الإحترام حتى يمكن تطبيق هذا النوع من العقوبات المالية، ومن أهم تلك الشروط.

أولا:أن يكون المدين المتخلف عن الوفاء **موسرًا**.

يعتبر موضوع اليُسر من أهم الشُّروط الواجب توافُرها لتطبيق الشرط الجزائي،و يعرَّف اليسر بأنه: اليسار و الميسرة ، الغنى ، وأيسر الرجل صار ذا يسر ، واليسر ضد العسر[1].

واليسار لغة : الغنى والثروة، إسم من أيسر الرجل إيسارا ، إذا كثر ماله وإستغنى ، وقال أبو الهلال العسكري : الفرق بين بين الغنى والجدة واليسار ، أن الجدة كثرة المال فقط ورجل واجد أي كثير المال ، والغنى يكون بالمال وغيره من القوة و المنعة وكل ما ينافي الحاجة ، أما اليسار فهو : المقدار الذي يتيسر منه المطلوب معه المطلوب من المعاش فليس ينبئ عن الكثرة ، ألا ترى أك تقول فلان تاجر

[1] **أحمد الشرباصي**،المرجع السابق،ص 60.

موسر ولا تقول ملِك موسر لأن أكثر ما يملكه التاجر قليل في جنب ما يملكه الملِكُ ، ولا يخرج الإستعمال الفقهي للكلمة في الجملة عن مدلولها اللُّغوي[1].

العسر ضد اليسر،والمُعْسَرُ خلاف الموسر، والمعسرة و العسر خلاف الميسرة ، وعسُرَ،عسرا صار ذا عسر ، وعسر الغريم وعسَرتُه، وإستعسرته طلب معسوره ولم أرفق به إلى ميسوره[2].

والإعسار هو: وصف عارض يلحق بالشخص يكون معه عاجزا عن القيام بنفقاته الواجبة وسداد ديونه ، والمعسر هو من لحق به هذا الوصف [3].

ثانيا:أن يكون المدين الموسر المتخلف عن الوفاء **مُمَاطلا.**

المطل لغة هو:

إطالة المدافعة عن أداء الحق ، يقال مطله بالدين إذا سوّفه بوعد الوفاء مرة بعد مرة ، ولا يخرج إستعمال الفقهاء للكلمة عن معناها اللغوي، ومطل المدين بالدين الحال في الشريعة نوعان[4]:

1) المطل بحق.

فهو مطل المدين المعسر الذي لا يجد وفاء لدَينه فإنه يُمهَل حتى يُوسر، ويُترَك يطلب الرزق لنفسه وعياله ودائنيه.

2)المطل بالباطل.

فهو مطل الموسر القادر على قضاء الدين بلا عذر وهو من كبائر الإثم ، ومن الظلم الموجب للعقوبة الحاملة على الوفاء.

---

[1] **نزيه حمّاد**–رفض تطبيق غرامة التأخير مع إستفادة الدائن منها،لكن لم يبيِّن موقفه من تطبيق هذه الغرامة والتصدُّق **بعائداتها**–،معجم المصطلحات المالية والإقتصادية في لغة الفقهاء،المرجع السابق،ص484.

[2] **أحمد الشرباصي**، المرجع السابق، ص 61.

[3] قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 186–1–20 بشأن حكم الإعسار و الإفلاس في الشريعة الإسلامية، المؤرخ في 2–ذي القعدة–1433هـ، الموافق لـ 18–سبتمبر–2012،متوفر في كتابنا، منتقى القرارات الفقهية في مجال العقود الإدارية ، المرجع السابق،ص62،

[4] **نزيه حمّاد**– رفض تطبيق غرامة التأخير مع إستفادة الدائن منها،لكن لم يبيِّن موقفه من تطبيق هذه الغرامة والتصدُّق **بعائداتها**–المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي، مجلة أبحاث الإقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، السعودية،العدد1405،1هـ–1985م، ص425.

فيشترط لتطبيق غرامة التأخير أن يتماطلَ المَدينُ الموسر أو المليئُ أو الواجد في أداء دَيْنه بعد حلول آجال إستحقاق الدَّين، فالوفاء في الميعاد هو مهمٌّ جدًّا بل قد يكون ميعادُ الوفاء لا يقلُّ أهمية عن أصل الوفاء[1]،

في حين يرى الأستاذ **محمد زكي عبد البر** أنه ليس بالضرورة أن يكون المدين **موسرا مماطلا** حتى يستحق التعويض في الصورة المعروضة ، ذلك لأن التعويض هو جَبْرُ الضَّرر الذي وقع بالبنكِ وليس عقابا ، فالتعويض يُستحقُّ جبرا للضرر ولو كان المدين موسرا غير مماطل ، كما يستحق الأرش على الجاني ولو كان فقيرا[2].

ويردُّ عليه الدكتور **الصديق محمد الأمين الضرير** بقوله : إن قول الأستاذ **عبد البر** أن التعويض يستحقُّ جبرا للضرر ولو كان العميل موسرا –هكذا–، ولعلَّ الصواب هو معسرا وغير مماطل ، فهذه مخالفة لي ولكل من كتب في الموضوع ومنهم **الدكتور زكي** نفسه ، فقد جاء في خلاصة رأيه الذي نقله الدكتوران **الزرقا** و**القري**[3] مايلي:

﴿لا يجوز شرعا تعويض الدائن على مطل مدينه القادر على الوفاء لمجرد المطل...ويجوز هذا التعويض إذا أثبت الدائن حصوله على ضرر له نتيجة هذا المطل ... إنه يجوز قضاء جبر المدين المماطل على قضاء الدين﴾، فكيف يأتي المطل من مدين معسر ؟ وفوق كل هذا فإن هذه مخالفة لقوله تعالى ﴿وإن

---

[1] **أحمد مصطفى الزرقا–من فقهاء الإتجاه الثالث–**،هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن،المرجع السابق،ص105.

[2] **محمد زكي عبد البر–من فقهاء الإتجاه الأول–**، تعليقه على مقال:الإتفاق على الزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة **للصديق محمد الأمين الضرير–من فقهاء الإتجاه الأول–**،المرجع السابق،ص62.

[3] **الصديق محمد الأمين الضرير–من فقهاء الإتجاه الأول–**،تعليقا على مقال: **محمد أنس الزرقا** في بحثه المشترك مع **محمد علي القري** تحت عنوان التعويض عن ضرر المماطلة في الدَّين بين الفقه و الإقتصاد،مجلة الإقتصاد الإسلامي، جدة، السعودية،المجلد3 ،1411هـ–1991م،حيث يرى الأستاذان أنه من الحلول الممكنة لمواجهة المطل إلزام المدين قضائيا بأداء الدَّين إبراءً لذمَّته كما يلزم فوق ذلك بتقديم قرض حسن للدَّائن يساوي مقدار الدَّين الأصلي ، ويكون مؤجَّلا لمدة زمنية تساوي مدَّة المماطلة، ص44،45،46،47،غير أن هذه الإقتراحات لقِيت مناقشات عديدة، خاصة من الفقيه **الصديق محمد الأمين الضرير**، ولتفاصيل أكثر حول هذه المناقشات يرجى من القارئ"ة" الكريم"ة" مراجعة **الصديق محمد الأمين الضرير–من فقهاء الإتجاه الأول–**، تعليقه على مقال –**محمد أنس الزرقا** و**محمد علي القري** ،وَرَدَ هذا التعليق في مجلة أبحاث الإقتصاد الإسلامي، المجلد5، المرجع السابق، ص69،77.

كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾[1]، فكيف نطالب المدين المعسر بالتعويض والقرآن يأمرنا بألا نطالبه بأصل الدين و أن ننتظره إلى أن يوسر[2].

البند الثالث:الشروط المتعلقة بالضرر لتطبيق غرامة التأخيرعلى مماطلة الديون.

أوجب فقهاء الفريق عدة شروط متعلقة بالضَّرر التي يُمكن من خلالها تطبيق غرامة التأخير ومنح عائداتها إلى الدائن، فحتَّى نكون أمام مسألة تقتضي إعمال غرامة التأخير لا بد من من تحقق ضرر يصيبُ الدائنَ جرَّاء مطل المدين الموسر، ولقد إختلف فقهاء هذا الإتجاه حول هذه النقطة ، وذلك من خلال:

أولا: شرط الضرر عند أحمد مصطفى الزرقا.

قرَّر **أحمد مصطفى الزرقا** بخصوص مسألة الضرر ما يلي[3]:

- ✓ مبدأ تعويض الدائن عن ضرر نتيجة لتأخير المدين عن وفاء الدين في موعده هو مبدأ مقبول فقها ،ولا يوجد في نصوص الشريعة وأصولها ومقاصدها العامة ما يتنافى معه ، بل بالعكس وَجَدَ هذا المبدأ ما يُؤيِّده ويُوجبه.
- ✓ إستحقاق هذا التعويض على المدين مشروطا بأن لا يكون له معذرة شرعية في هذا التأخير، ومثل ذلك لو وقع المدين تحت ظروف طارئة مرهقة أو معوِّقة، بل يكون مليئا ظالما مماطلا يستحق الوصف بأنه ظالم كالغاصب.
- ✓ مرجع تقدير معذرة المدين من عدمها وتقدير ضرر الدائن يعود إلى القاضي في جميع الأحوال ولا يجوز الإتفاق مسبقا بين الدائن والمدين على تحديد ضرر الدائن من تأخير الوفاء.
- ✓ تحدد المحكمة مقدار الضرر و التعويض عنه بما فات الدائن من ربح معتاد في الطرق التجارية العامة بأدنى حدوده العادية لو أنه قبض دينه في موعده وإستثمره بالطرق المشروعة الحلال في الإسلام كالمضاربة و المزارعة ونحوهما ، ولا عبرة لسعر الفوائد المصرفية.

---

[1] الآية 280من سورة البقرة.

[2] **الصديق محمد الأمين الضرير–من فقهاء الإتجاه الأول–**، تعليقه على مقال **محمد زكي عبد البر–من فقهاء الإتجاه الأول–**، المرجع السابق، ص 65.

[3] **أحمد مصطفى الزرقا–من فقهاء الإتجاه الأول–**،هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن،المرجع السابق، ص 112.

✓ تعتمد المحكمة في هذا التقدير رأي أهل الخبرة في هذا الشأن.

ثانيا: شرط الضرر عند عبد الله بن منيع.

بخصوص مسألة الضرر فإنَّ الفقيه **عبد الله بن منيع** لا يرى في تطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل مع إستفادة الدائن منها **تعويضا** ، لأنَّه إذا إعتبرنا ما يأخذه الدَّائن من المدين **تعويضا فقط** ، فهذا الإعتبار قد يحيل الأمر إلى شبهة الرِّبا ، وإن إعتبرنا ما يغرمه المدين من مال لقاءَ مَطلِه عقوبة ليس لها إرتباط أو علاقة بحجم الضَّرر الواقع على الدَّائن من المَطْلِ ،وإنَّما تكييفها وتقديرها راجع إلى ما يُوجِبُ الرَّدع والزَّجرَ فهذا الإعتبار **صحيح**، فالمماطل ظالم مستوجب للعقوبة[1].

والصحيح أن هذه العقوبة المالية لقاء المطل في أداء الحق **ليست تعويضا**، ولكنَّها عقوبة على جريمة المطل ، سواء **تضرَّر الدائن من تأخيره أو لم يتضرَّر**[2].

ويقول في مقام آخر :

﴿ وكلٌّ يؤخذ من قوله ويترَك **إلا رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم** ، والحق في ذلك أن يؤخذ من المماطل لقاء مطله وتضَرُّرِ دائنه بمطله تعويض مماثل للضَّرر الذي لحِقَ الدَّائن من المطل ، ولا يقال بأنَّ أخذ هذه الغرامة المالية ثمن للزَّمن الذي ماطل المدين دائنه فحبس حقَّه عنده تزيد على أجل السَّداد فهذا ليس عقوبة وإنَّما هو معاوضة ، فقد إستفاد المدين زيادة في أجل السَّداد وإستفاد الدَّائن زيادة على دينه لقاء تمديد أجل السَّداد ، ولكنها إستفادة ربوية محرَّمة﴾[3].

لا يقال ذلك فإن الغرامة المالية عقوبة يعيِّنها القاضي بإجتهاده لا علاقة لها بمقدار الضرر فقد تكون هذه العقوبة أكثر من الضَّرر كحالِ السَّارق من غير حرز لإعادة ما سرق للمسروق منه ومثله معه، حيث أنَّ العقوبة تهدف إلى الرَّدع و الزَّجر كعقوبة منع الزكاة تؤخذ منه وشطر ماله وقد تكون أقل من ذلك[4].

ثالثا: شرط الضرر عند زكي الدين شعبان.

يرى الأستاذ **زكي الدين شعبان** أنه لا مانع من عقاب المدين المماطل القادر على الوفاء بإلزامه بتعويض الدائن عن الضرر الذي يلحقه بسبب تأخره عن الوفاء بما عليه .

---

[1] **عبد الله بن منيع–من فقهاء الإتجاه الأول–**، بحوث وفتاوى في الإقتصاد الإسلامي،المرجع السابق،ص88،89.

[2] **عبد الله بن منيع –من فقهاء الإتجاه الأول–**،بحوث و فتاوى في الإقتصاد الإسلامي،المرجع السابق،ص 69–70.

[3] **عبد الله بن منيع –من فقهاء الإتجاه الأول–**،بحوث و فتاوى في الإقتصاد الإسلامي،المرجع السابق،ص 88.

[4] **عبد الله بن منيع –من فقهاء الإتجاه الأول–**، بحوث و فتاوى في الإقتصاد الإسلامي ، المرجع السابق،ص88.

إذ يقول[1]:«ولقد عُرِضَ هذا الموضوع – **أي موضوع التعويض عن المماطلة في الديون**- ، للبحث في اللجنة التي وكِّل إليها وضع مشروع مدوَّنة متكاملة للقانون المدني **للكويت** مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية وكنتُ العضوَ الشرعي فيها ، فوُجِّه السؤال التالي إلى أعضاء اللجنة : **ما رأي الشريعة الإسلامية في المدين الذي يُماطل ولا يدفع الدَّينَ لصاحبه رغم مطالبته مرورا بالدفع ؟ فهل نتركُه يتمتَّع بالدَّينِ وصاحبُه في أشدِّ الحاجة إليه؟ أم نلزمه بدفع فائدة عنه للدائن نظير هذا التأخير حتى يكون حاملا له على أداء الدَّينِ ودافعا للضرر عن الدائن بقدر الإمكان كما هو مقرر في القانون وتُطبِّقه المحاكم؟** وكان جوابي:

إن الشريعة الإسلامية لا تجيز الفائدة سواء كانت إتفاقية أم قانونية في مقابل إنتفاع المدين بمبلغ النقود أو جزاء التأخير في الوفاء في كل موضع يكون فيه محل الإلتزام مبلغا من النقود .

ولقد رأى أئمة الفقه السابقين أن تكون هذه العقوبة هي الحبس حتى يَفِيَ بالدَّين جزاءً له على المماطلة و التأخُّر في أداء الواجب عليه، وهو أداء الدَّين لصاحبه مع قدرته على هذا الأداء وهذا لا يمنع من عقاب المدين المُماطل القادر على الوفاء بإلزامه بتعويض الدائن عن الضرر الذي يلحقه بسبب تأخره في الوفاء ،وقد أخذت اللجنة بوجهة نظر الشرعية التي عرضتُها في الموضوع .

وبناء على ذلك وُضعت المادتان 305-306» ، وتنص المادتان 305، 306 من القانون المدني الكويتي على مايلي[2]:

المادة 305:

﴿ يقع باطلا كل إتفاق على تقاضي فوائد مقابل الإنتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالإلتزام به ، ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة أو عمولة أيًّا كان نوعها إشترطها الدائن إذا ما ثبت أن ذلك لا يقابله خدمة حقيقية متناسبة يكون الدائن قد أدَّاها فعلا﴾.

المادة 306:

﴿إذا كان محل الإلتزام مبلغا من النقود ولم يقم المدين بالوفاء به بعد إعذاره مع قُدرته على الوفاء وأثبت

---

[1] **زكي الدين شعبان-من فقهاء الإتجاه الأول-**، تعليقه على مقال:هل يُقبلُ شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن **لأحمد مصطفى الزرقا-من فقهاء الإتجاه الأول-**،المرجع السابق،ص215-219.

[2] المادة 305،المادة306،من المرسوم رقم 97لسنة1980،المتعلق بإصدار القانون المدني الكويتي المعدَّل،المؤرخ في 22-ذي القعدة1400هـ،الموافق لـ01-أكتوبر-1980م،الجريدة الرسمية، الكويت اليوم، العدد1335،المؤرخة في 29-صفر-1401هـ،الموافق لـ05-جانفي-1981.

الدائن أنه قد لحِقه بسبب ذلك **ضرر غير مألوف** جاز للمحكمة أن تحكُم على المدين بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة﴾.

أما جواز تعويض الدائن عن الربح الفائت بالتأخير وعدم الإكتفاء بالتعويض عمّا لحقه من ضرر الخسارة بتأخير المدين عن الدَّفع كما جاء في البحث- **بحث مصطفى الزرقا** – فهو حُكْمٌ لا نوافق عليه لأن الرِّبح الذي يفُوت الدائن غير مؤكَّد الحصول فقد يربح الدَّائن من الدَّين الذي يأخذه من المدين وقد لا يربح ، ولأن إباحة التعويض عن الرِّبح الذي يفُوت الدَّائن من جرَّاء تأخُّر المدين في الدَّفع قد يؤدِّي إلى الرِّبا المعروف في القوانين الوضعية بإسم الفوائد التأخيرية .

ولو كان التعويض عن الربح الفائت على صاحب الدين جائزا لأَبَاحَ الشَّارع الفائدة على الدَّين الذي يؤخذ للإستثمار في التجارة و الصناعة أو غيرهما،لأن هذه الفائدة تعويض للدائن عما ربِحه دينه في المدة التي بقيَ فيها عند المدين ، لكن الشَّارع لم يبح هذه الفائدة[1].

رابعا: شرط الضرر عند محمد زكي عبد البر.

وافق الأستاذ**محمد زكي عبد البر** على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة وذهب كذلك إلى أنَّ الضَّرر المُوجِب للتَّعويض هو الضَّرر المادي الفِعلي بل ذهب إلى أكثر من ذلك إذ أقرَّ أنَّ هذا الضَّرر المادِّي و الفِعلي ليس في حاجة إلى إتفاق بل أنَّه يجب شرعا[2] .

وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم ﴿لا ضرر ولا ضرار﴾[3].

خامسا:شرط الضرر عند الصديق محمد الأمين الضرير.

من خلال إجابته على سؤال حول إمكانية دفع عميل البنك مبلغا محددا أو نسبة من الدَّين في حال تأخُّره عن الوفاء أجاز تعويض العميل للبنك و لكن بشرط أن يكون الضرر الذي أصاب البنك هو ضرر مادي

---

[1] **زكي الدين شعبان-من فقهاء الإتجاه الأول-**، تعليقه على مقال:هل يُقبلُ شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدَّائن **لأحمد مصطفى الزرقا-من فقهاء الإتجاه الأول-**،المرجع السابق ،ص-219.

[2] **محمد زكي عبد البر-من فقهاء الإتجاه الأول-**،تعليقه على مقال:الإتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة – **للصديق محمد الأمين الضرير-من فقهاء الإتجاه الأول-**،المرجع السابق، ص61.

[3] **مالك بن أنس**، الموطأ، باب القضاء في المَرفِق ، دار الحديث ، القاهرة،مصر، 1425هـ-2004م،ص386 ، **إبن ماجة -محمد بن يزيد أبي عبد الله القزويني-**، دار إبن الجوزي، ط1، 1432هـ-2011م، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ، رقم الحديث 2341، ص 400.

فعلي ، وقرَّر بخصوص المسألة مايلي:

✓ يجوز أن يتفق البنك مع العميل المدين على أن يدفع له تعويضا عن الضرر الذي يصيبه بسبب تأخُّره عن الوفاء شريطة أن يكون الضرر الذي أصاب البنك هو ضررا ماديا وفعليا وأن يكون المدين موسرا ومماطلا[1].

وأقصد بالفعلي الضرر المادي الذي وقع فعلا على المدين بسبب المماطلة ولا أقصد منه الضرر المفترض وقوعه سواء وقع بالفعل أم لم يقع ولا أقول بالتعويض بمجرد المطل ، وهذا موضع إختلاف بيني وبين الأستاذ **مصطفى الزرقا** يجعل رأيي بعيدا عن رأيه.

فَرَأْيُ **مصطفى الزرقا** لا يُتصوَّر فيه وجود مماطلة من غير تعويض أما رأيي فيمكن أن توجدَ فيه المماطلة ولا يجوز الحكم بالتعويض وهذا سبب إشتراطي في الضرر أن يكون فعليا .

وأتَّفق مع رأي الأستاذين **شعبان** و**عبد البر** في أن الضرر لا بد أن يكون واقعا على الدائن بالفعل وليس مفترضا غير أن **الأستاذين** ضيَّقا في مفهوم الضرر الفعلي من غير دليل .

وأغرب الدكتور **شعبان** بإشتراطه أن يكون الضرر غير مألوف و لا يجوز التعويض عن المماطلة ذاتها ولا يجوز التعويض عن فوات فرصة الربح وإنَّما يجوز التعويض عن الضرر المادي الفعلي الذي أصاب الدائن بسبب المماطلة .

وأقصد من الضرر المادي إخراج الضرر الأدبي أو المعنوي وهذا لا خلاف فيه بيننا وإن لم يصرِّح به غيري[2].

سادسا:شرط الضرر وفق رأي هيئة الإفتاء المصرية.

وفق رأي هيئة الإفتاء المصرية فإنَّه من المقرَّر أن عوض التأخير يكون بمقدار الضرر الفعلي ، ...وإذا تأخَّر العميل من غير عذر شرعيٍّ يمكن أيضا إحتساب عوض تأخير بآخر بناء على الضرر الفعلي مثله مثل فرض التعويض الأول[3].

---

[1] **الصديق محمد الأمين الضرير–من فقهاء الإتجاه الأول–** ، الإتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة ، المرجع السابق، ص 118.

[2] **الصديق محمد الأمين الضرير –من فقهاء الإتجاه الأول–**، تعليقه على مقال– **محمد أنس الزرقا ومحمد علي القري** ،التعويض عن ضرر المماطلة في الدَّين بين الفقه والإقتصاد،المرجع السابق، ص71– 72.

[3] هيئة الإفتاء المصري، فتوى بتاريخ 03–ماي–2020.

البندالرابع:الشروط المتعلقةبتقديرالتعويض لتطبيق غرامة التأخيرعلى مماطلة الديون

يرى فقهاء هذا الإتجاه أنه يجبُ إحتساب الضرر الذي يؤدِّي إلى تطبيق غرامة التأخير وفق طريقةحسابية معيَّنة«**أولا**»هذا من جهة،ومن جهة ثانية يجب أن يتم تقدير هذا التعويض من طرف القضاء«**ثانيا**».

أولا: الشرط المتعلق بطريقة إحتساب التعويض لتطبيق غرامة التأخير.

طريقة إحتساب التعويض لتطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل مع إمكانية إستفادة الدائن منها لم تكن محل إجماع من فقهاء هذا الإتجاه، وبذلك فإن حسابه يكون وفق مايلي:

1) طريقة إحتساب التعويض وفق رأي أحمد مصطفى الزرقا.

يرى **أحمد مصطفى الزرقا** أن تحديد مقدار الضرر و التعويض يكون بما فات الدائن من ربح معتاد في طرق التِّجارة العامة بأدنى حُدوده لو أنه قبض دَيْنَهُ في مَوْعِده وإستثمره بالطُّرق المشروعة الحلال في الإسلام كالمضاربة والمزارعة ونحوهما ولا عبرة لسعر الفوائد المصرفية[1].

2) طريقة إحتساب التعويض وفق رأي عبد الله بن منيع.

سبق وأن أشرنا فيما يخص مسألة شرط الضرر لتطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل أنَّ **عبد الله بن منيع** يرى أنَّ تطبيق هذه الغرامة هو عقوبة تقريرية وليست تعويضا .

وما يدعَم ذلك قولهُ في مرَّة أخرى:

﴿ وصدر من هيئة الرقابة والفتوى بدار المال الاسلامي فتوى بجواز الأخذ بالعقوبة المالية على المماطل الواجد ، وعلى هذه الفتوى عمل المال الإسلامي من جميع مجموعاتها، كما بحث هذا الموضوع الأستاذ الكبير **مصطفى الزرقا**، وأعدَّ بحثا فيه بعنوان:

هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدَّائن، إنتهى فيه إلى جواز ذلك واعتباره تعويضا للدَّائن عمَّا أصابه من ضرر لقاء مطل حقه بلا عذر.

ومع إتفاقي مع فضيلته –يقصد **أحمد مصطفى الزرقا**– إلا أنني أرى أن العقوبة المالية تقريرية وليست تعويضا﴾[2].

---

[1] **أحمد مصطفى الزرقا –من فقهاء الإتجاه الأول–**،هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن ، المرجع السابق، ص 112.

[2] **عبد الله بن منيع –من فقهاء الإتجاه الأول–**،بحوث في الإقتصاد الإسلامي ، المرجع السابق،ص427.

كما يرى **عبد الله بن منيع** أن من حل عقوبة المدين الموسر المماطل التقدُّم للقضاء بطلب **التعويض** الذي سبَّبته المماطلة في أدائه الحق وضمان منفعة يغلبُ الظَّنُّ على حصولها للدائن في حال إستلامه لِمَالِهِ في وقته﴾[1] .

فهل هذا يعني أنَّ **الفقيه عبد الله بن منيع** يرى أن إستحقاق الدَّائن الممطول للتَّعويض يكون حتى في حالة عدم تحقُّق ضرر، لأنَّ مسألة تحقق الضَّرر هي مسألة متوقَّعة ومُحتملة الوُقوع بمجرَّد مماطلة سداد الدَّيْن في وقته مع القدرة على ذلك؟.

3)طريقة إحتساب التعويض وفق رأي محمد زكي عبد البر.

لا يوافق **محمد زكي عبد البر** على طريقة حساب التعويض على أساس الربح الفعلي الذي حققه البنك في المدة التي تأخر فيها المدين عن الوفاء.

فذلك ليس الضرر المادي الفعلي بل هذا ما فاته من ربح ، ويمكن أن نتصوَّر الضرر المادي الفعلي الذي يقع بالبنك نتيجة عدم وفاء المدين بالدَّين في ميعاده أن يعجز البنك نتيجة –بسبب عدم الوفاء من المدين الموسر المماطل– عن الوفاء هو الآخر بإلتزام له نشأ عن عقد أو غيره فينشأ عن ذلك ضرر للغير فيلزم البنك بدفع التعويض عنه فتلك خسارة فعلية[2].

5) طريقة إحتساب التعويض وفق رأي الصديق محمد الأمين الضرير.

من وجهة نظر **الصديق محمد الأمين الضرير** فإن خير وسيلة لحساب التعويض هو أن يُحسب على أساس الربح الفعلي الذي حقَّقه البنك في المدة التي تأخَّر فيها المدين عن الوفاء ، فإذا أخَّر المدين **ثلاثة أشهر** مثلا ينظر البنك ما حققه من ربح في **ثلاثة أشهر** ويطالب المدين بتعويض يعادل نسبة الربح الذي حققه وإذا لم يحقق البنك ربحا في تلك المدة لا يطالب بشيئ[3].

ثانيا: الشرط المتعلق بالهيئة المختصة بتقدير التعويض لتطبيق غرامة التأخير.

إشترط الفقهاء والدكاترة الذين أجازوا غرامة التأخير لحساب الدائن على العموم أن يتم حساب التعويض

---

[1] **عبد الله بن منيع –من فقهاء الإتجاه الأول–**: مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته، المرجع السابق ، ص 96.

[2] **محمد زكي عبد البر–من فقهاء الإتجاه الأول–**،تعليقه على مقال **الصديق محمد الأمين الضرير–من فقهاء الإتجاه الأول–**،الإتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة–، المرجع السابق، ص 62 .

[3] **الصديق محمد الأمين الضرير –من فقهاء الإتجاه الأول–**،الإتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة ، المرجع السابق، ص 118.

من طرف القضاء غير أن هناك من يرى أنه لا مانع من أن يقوم البنك الإسلامي بنفسه بها التقدير و هو ما سنقف عليه ، وذلك من من خلال.

1)رأي مصطفى الزرقا في الجهة المختصة بحساب التعويض.

يرى **أحمد مصطفى الزرقا** من ناحية واقعية يمكن أن يقدر ما فات الدائن من ربح أو مالحقه من ضرر بتأخُّر المدين عن الدفع إما بطريق الإتفاق و إما بطريق القضاء .

لكن طريق الإتفاق على مقدار ضرر الدائن من تأخير الوفاء له محذور كبير هو أنه قد يصبح ذريعة لربا مستور بتواطئ بين الدائن والمدين بأن يتفقا في القرض على فوائد زمنية ربوية ثم يعقد القرض لمدة قصيرة وهما متفاهمان على أن لا يدفع المدين القرض في ميعاده لكي يستحق عليه الدائن تعويض متفق عليه مسبقا يعادل سعر الفائدة .

بل يجب أن يناط تقدير التعويض بالقضاء تقدِّره المحكمة عن طريق لجنة خبراء محلَّفين لكي لا يُتَّخذ تقدير التعويض بالإتفاق المسبق ذريعة لفوائد ربوية مستورة، فهذه الثغرة أخوفُ ما أخشاه في هذا الموضوع أن يستغل الحكم المنطقي العادل في تعويض التأخير بسوء نية للنفاذ تحت ستاره إلى فوائد ربوية[1] .

فمرجع تقدير معذرة المدين وتقدير ضرر الدائن يعود إلى القضاء في جميع الأحوال ولا يجوز الإتفاق المسبق بين الدائن والمدين على تحديد ضرر الدائن من تأخير الوفاء ، وتعتمد المحكمة في هذا التقدير رأي أهل الخبرة في هذا الشأن[2].

2) رأي عبد الله بن منيع في الجهة المختصة بتقدير التعويض.

يرى أنه من حل عقوبة المدين الموسر المماطل التقدُّم **للقضاء** بطلب التعويض الذي سبَّبته المماطلة في أدائه الحق وضمان منفعة يغلبُ الظَّنُّ على حصولها للدائن في حال إستلامه لِمَالِهِ في وقته[3].

---

[1] **أحمد مصطفى الزرقا–من فقهاء الإتجاه الأول–** ، هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن ، المرجع السابق، ص 111.

[2] **أحمد مصطفى الزرقا –من فقهاء الإتجاه الأول–**، هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن ، نفس المرجع، ص 112.

[3] **عبد الله بن منيع–من فقهاء الإتجاه الأول–**،مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته، المرجع السابق،ص 96،وقد سبق أن بيَّنا أن **عبد الله بن منيع** يرى أن تطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل هو عقوبة تقريرية وليست تعويضية ،

3)رأي الصديق الضرير في الجهة المختصة بتقدير التعويض.

في رأيه فإنه يجوز أن يتفق **البنك مع العميل المدين** على أن يدفع له تعويضا عن الضرر الذي يصيبه بسبب تأخره عن الوفاء ...، وهو بمثابة مخالفة لرأي **أحمد مصطفى الزرقا** في هذ المسألة ،كما أنه وفقا لرأي **الصديق محمد الأمين الضرير** دائما فإن التعويض وحده لا يكفي لمنع المدين من المماطلة بل قد يُغرِي بعض المَدِينِينَ بالإستمرار في المماطلة ودفع التعويض طائعا مختارا لأن الرِّبح الذي يأتيه من الإحتفاظ بالمبلغ أكثر من التعويض الذي يدفعه للبنك .

ولهذا أضاف الفقيه **الصديق محمد الأمين الضرير** إلى جواز الحكم بالتعويض جواز إعلان البنك في الصُّحف بأن عميله فلان مماطل[1].

4)رأي محمد زكي عبد البر في الجهة المختصة لتقدير التعويض.

ذهب **محمد زكي عبد البر**إلى أن الذي يقدِّر التعويض القاضي وليس البنك إذ البنك خصم ، ويجوز أن يتفق البنك مع العميل على أن يكون حكم القاضي الجزئي نهائيا تفاديا لطول المنازعة و طُولُ الإجراءات القضائية عيب في النظام القضائي لا يؤثِّر في نقل تقدير الضرر من القاضي إلى البنك لأن البنك خصم للعميل كما تقدم هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن نشر البنك في الصحف بأن عميله الفلاني مماطل أمر لا نوافق عليه لأن ذلك حكمٌ عليه بالمطلِ من الخصم وقد لا يكون ، فضلا على أن هذا ضرر إضافي على التعويض غير مستحق وفيه إشاعة للفاحشة وقد نهى الله على ذلك ، ويترك ذلك للقاضي إن رأى فيه مصلحة عامة[2]

ويردُّ **الصديق محمد الأمين الضرير** على ذلك بالقول: إن الضَّرر أو التعويض لا يقدِّره البنك وإنما وَضَعتُ ضابطا لتقدير التعويض يتم الإتفاق عليه بين الطرفين ويكتب في العقد ، فإذا نفَّذه الطرفان عند

وقمنا بذكر رأيه في الجهة المختصة بتحديد التعويض فقط من أجل التنوير والتوضيح أكثر، ولتفاصيل أكثر يرجى من القارئ"ة" الكريم"ة" ،مراجعة موقف **الفقيه عبد الله بن منيع** من شرط الضرر لتطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل،ص256 من الأطروحة.

[1] **الصديق محمد الأمين الضرير –من فقهاء الإتجاه الأول–**، الإتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة ، المرجع السابق، ص 118.

[2] **محمد زكي عبد البر–من فقهاء الإتجاه الأول–**،تعليقه على مقال **الصديق محمد الأمين الضرير–من فقهاء الإتجاه الأول–** –الإتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة–، المرجع السابق ص 62 .

حصول المماطلة فلا حاجة إلى اللجوء إلى القضاء وإذا إختلف الطرفان في حدوث المماطلة أو حدوث الضرر أو في مقداره ، فالحكم في هذه الحالة يكون للجنة التحكيم المنصوص عليها في كل عقود البنوك الإسلامية التي أعرفها وليس للمحاكم[1].

كما أنَّ البنك لا ينشر في الصحف أن عميله مماطل إلا بعد أن يثْبُتَ عليه المَطْلُ وهذا الإعلان في الصحف حكم – وليس ضررا – إضافي على التعويض المستحق – وليس غير المستحق – على المدين لأنه منصوص عليه في العقد الذي وافق عليه المدين .

ويضيف **الضرير** قائلا: عجِبتُ لقول **الدكتور زكي** أن في هذا الإعلان إشاعة للفاحشة التي نهى الله عنها فهل قول الممطول فلان مطلني بفاحشة وقد جوَّز الرسول صلى الله عليه وسلم صراحة في **الحديثين الثاني و الثالث** سابقا [2]،وجوَّزه القرآن أيضا في قوله تعالى :

﴿**لا يحب الله الجهر بالسُّوء إلا من ظلم**﴾[3].

وفي ذلك يقول **الطبري** في تفسيره لهذه الآية: – **إلا من ظلم**– بمعنى:

﴿إلا من ظلم فيدعو على ظالمه ، فإن الله لا يكره ذلك ، لأنَّه قد رخَّص له في ذلك ، فلا حرج عليه في الجهر به﴾[4].

---

[1] **الصديق محمد الأمين الضرير–من فقهاء الإتجاه الأول–**، تعليقه على مقال **محمد زكي عبد البر**، المرجع السابق، ص 66.

[2] يقصد بالحديث **الثاني** حديث :﴿**مطل الغني ظلم**﴾.

صحيح مسلم، الامام أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، ترقيم وترتيب ، محمد فؤاد عبد الباقي، دار اليقين للنشر و التوزيع، المنصورة، مصر، 1432هـ–2011م، باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة وإستحباب قبولها إذا أحيل على مليٍّ، رقم الحديث 1564،ص409.

سنن إبن ماجة ، باب الحوالة، رقم الحديث 2403،ص248 .

سنن أبي داود، باب في المطل، رقم الحديث 3345 ،ص398.

سنن الترمذي باب ما جاء في مطل الغني أنه ظلم ،رقم الحديث1308،ص 250.

ويقصد بالحديث **الثالث** حديث ﴿ليُّ الواحد يحل عرضه وعقوبته﴾،**سنن إبن ماجة** ،باب الحبس في الدَّين و الملازمة، رقم الحديث 2427 ،ص250 .

[3] **سورة النساء، الآية148**.

[4] **أبي جعفر محمد بن جيري الطبري**، تفسير الطبري– جامع البيان عن تأويل أي القرآن–، تحقيق **عبد الله بن عبد المحسن التركي**، دون دار نشر، ط1،الجزء 7، 1442هـ–2003م،ص625،626.

ويقول **القرطبي**: ﴿فالموسر المتمكِّنُ إذا طُولِبَ بالأداء ، ومَطَلَ ظَلَمَ ، وذلك يُبيح من عرضه أن يقال فيه: فلان يَمطُلُ النَّاسَ ويحبِسُ حقوقَهم ....،أي لكن من ظُلِم فَلَهُ أن يقول: ظلمني فلان﴾[1].

الفرع الثاني :أدلة فريق جواز تطبيق غرامة التأخير مع إستفادة الدائن منها.

قبل الحديث عن الأدلة الشَّرعية التي إستند عليها الفريق المُؤيِّد لفرض غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل ،لا بأس أن نذكر في هذا المقام ما نوَّه به الفقيه **أحمد مصطفى الزرقا** بهذا الخصوص إذ يقول في ذلك:

أن المسألة المتعلقة بتعويض الدائن عن تأخير الوفاء المستحق في المداينات لم تعالج ولم تبحث من قبل من طرف فقهاء المذاهب ومردُّ ذلك إلى **ثلاثة** أمور ،وهي[2]:

أولا: أنه لم يكن لهذا الأمر من الأهمية و التأثير في حركة التعامل و التجارة ما أصبح له في العصر الحاضر.

ثانيا:

أن وصول الدائن إلى حقِّه عن طريق القضاء عند تأخُّر المَدين ومماطلته كان ميسورًا وسريعًا ، إذ كان القاضي في العصور الفقهية الأولى يجلب الخصم –بناء على مراجعة شفهية من المدَّعي– برُقعة صغيرة أو إشارة يعطيها لجواز المحكمة – المحضر – تشعره بأنه مطلوب إلى مجلس القاضي ، ويقضي في المسألة في الجلسة نفسها أو يمهل المدَّعي إلى اليوم الثاني لإقامة البيِّنة إن أنكر الخصم ولم تكن البيِّنة حاضرة، أما في عصرنا وفي ظل نظام المرافعات وأصول المحاكمات ومجالات التأجيل وبطء السير في القضايا وفن المجادلة و المماطلة و المراوغة التي برع فيها كثير من المحامين ، حتى إن بعضهم قد يأخذ الوكالة في القضية الميئوس منها قضاء،لا لِيَربَح الحكم فيها للمدَّعى عليه،بل للتأجيل بشتَّى الوسائل التي فتح فيها القانون أبوابا لحماية المدَّعى عليه،وإستخدمها لتأخير الحكم في القضية إلى أقصى أجل ممكن مما جعل في الواقع المشهود بعض القضايا المعقَّدة يطول النَّظر فيها لدى المحكمة سنوات عديدة

---

[1] **أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي**، تفسير القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وأي القرآن، **تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، محمد رضوان عرق سوس**، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان، ط1، الجزء 7، 1427هـ–2006م،ص199،200،201.

[2] **أحمد مصطفى الزرقا–من فقهاء الإتجاه الأول–** ،هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، المرجع السابق،ص104 .

إلى أن تستب وسائل صدور الحكم البدائي، ثم تأتي مراحل الإستئناف والتمييز – الطعن بطلب النقض لدى محكمة التمييز أو النقض – التي قد تبقى فيها القضية سنوات أخرى ليأتي دورها ويبت فيها تصديقا،أوتعاد إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه منقوضة لإستكمال بعض النواقص، أو تعديل الحكم أو تغييره فتعود القضية جذعة !،مما جعل ضرر الدائن أو خسارته من تأخير الوفاء جسيما.

ثالثا:

إن هذه المسألة فيها من الحساسية الشرعية ما يمكن أن يكون من جملة العوامل في عدم بحثها،وهي خَوْفُ الوقوع في الرِّبا من حيث أن فكرة إلزام المدين في المداينات بالتعويض على الدَّائن فوق أصل الدَّين مقابل ضَرَرِه من تأخير الوفاء و المماطلة فيه تشبيه أن تكون فضلا بلا عوض أوزيادة في الدَّين مقابل الأجل ، فكان الخوف من هذا المحذور دافعا إلى البعد عن بحثها.

كما أن بعض المدينين لا يؤدِّي دَيْنه في ميعاده أو يحاول أكله بشتَّى الأساليب والوسائل وحِرمان صاحبه الذي وَثِقَ به من حقِّه فَكَثُر فساد الذِّمم لدى بعض الناس .

ومن أمثال ذلك القائل:

إني وجدت لا أقضي الغريم وإن حان القضاء ومارقت له كبدي.

إلا عصا أرزن طارت برايتها تنوء ضربتها بالكف و العضد[1].

و بعودتنا عن الحديث عن أدلة هذا الفريق ، فإن من أهم الأدلة التي ساقها هذا الإتجاه،الأدلة التالية:

البند الأول: الإستدلال بالقرآن الكريم.

إستدلَّ هذا الفريق بعديد الآيات القرآنية الكريمة لتجويز تطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل، ومن ذلك:

أولا : الإستدلال بقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[2].

ووجه الإستدلال أن هذا نص يجعل الوفاء بما أنشأه العقد الصحيح من آثار حقوقية بين العاقدين أمرا واجبا بمقتضى القاعدة الأصولية– **أن الأمر التشريعي يفيد الوجوب ما لم تقم قرينة أو دليل آخر تصرفه عن الوجوب**–، والوفاء بالعقد يدخل في لزوم التقيُّد بمواعيد العقد إذ كثيرا ما يكون ميعاد الوفاء لا يقل

---

[1] إبن منظور ، المرجع السابق ، مادة رزن ، ص 12.

[2] **سورة المائدة** ، الآية 1.

أهمية عن أصل الوفاء[1].

فيجوز الحكم على المماطل – وهو قادر على الوفاء– بضمان ما ينقص على الدائن بسبب مماطلته وليِّه ، وإن ضمن عقد الإلتزام ...شرطا جزائيا لقاء المماطلة و الليُّ بقدر فوات المنفعة فهو شرط محترم واجب

الوفاء[2].

ثانيا: الإستدلال بقوله تعالى﴿إنَّ الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾[3].

ثالثا: الإستدلال بقوله تعالى﴿والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون﴾[4].

والعدل هنا يشمل عدل الحكَّام في سلطتهم على الرعيَّة وعدل الأفراد من أنفسهم بينهم وبين ذوي العلاقة في الحقوق والمعاملات .

ولا شكَّ أن أول خطورة في العدل هي أن يؤدِّيَ الإنسان ما عليه من حقوق لأربابها في مواعيدها وإلا كان غير عادل مقسط .

ومن تجنَّب العدل كان ظالما ومن ثمَّ وَصفَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم الغني المماطل بأنه ظالم ، ولا شكَّ أن كل ظالم إذا أدَّى ظُلمُه إلى إلحاق ضرر بغيره كان مسؤولا عن ذلك الضر[5].

رابعا: الإستدلال بقوله تعالى﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾[6].

و المال يشمل المنافع فقها ولا يقتصر مفهومه على الأعيان في نظر جمهور الفقهاء ، ولا شكَّ أن تأخير أداء الحق المستحق عن موعده الواجب بلا عذر شرعي ، هو أكل لمنفعة الحق أو المال بلا إذن صاحبه

---

[1] **أحمد نصطفى الزرقا–من فقهاء الإتجاه الأول–**، هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، المرجع السابق،ص105.

[2] **عبد الله بن منيع–من فقهاء الإتجاه الأول–**،مطل الغني ظلم يحلُّ عرضه وعقوبته،المرجع السابق،ص104.

[3] **سورة النساء**،الآية 58.

[4] **سورة المؤمنون**،الآية 8.

[5] **أحمد مصطفى الزرقا،–من فقهاء الإتجاه الأول–** هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن،المرجع السابق،ص106.

[6] **سورة البقرة**،الآية 188.

مدة التأخير يوجب مسؤولية الآكل[1].

ولم يوافق البعض ممن أجاز فرض غرامة على المدين المماطل **أحمد مصطفى الزرقا** على هذا الإستدلال الإستدلال،وفي ذلك يقول **محمد زكي عبد البر** وهو من الفقهاء الذين أجازوا فرض غرامة التأخير لحساب الدائن:ومع التسليم بأن هذه الآيات الكريمة تأمر بأداء الحقوق بأنواعها كافَّة إلى ذويها ومن لم يفعل فهو مقصِّر في أداء واجبه لا نرى فيها مع إستبعاد– التعسُّف–ما يؤدِّي إلى رأي **الزرقا** فيما نحن فيه[2]

وقد لا يوافق **محمد زكي عبد البر** قولَ **مصطفى الزرقا** في هذه النقطة من باب أن **مصطفى الزرقا** إستدل بهذه الآيات لفرض غرامة التأخير على المدين المماطل وإن لم يحصل ضرر–الضرر مفترض –.

في حين أن **محمد زكي عبد البر** يشترط وقوع الضرر، فالمبدأ العام عند هذا الفريق هو جواز التعويض كما سبق الإشارة إليه ، لكن الإختلاف في شروط التعويض وبالأخص شرط وقوع الضرر.

خامسا:الإستدلال بقوله تعالى﴿و من يظلم منكم نذقه عذابا كبيرا ﴾[3].

ولا شك أن الظلم بإعتباره عدوانا وبغيا محرَّمًا، وأن إنتهاك المحرم موجب للعقوبة الزاجرة والرادعة[4].

البند الثاني: الإستدلال بالسنة النبوية.

إستدل هذا الإتجاه بالأحاديث النبوية الشريفة التالية :

أولا : الإستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم ﴿لا ضرر ولا ضرار﴾[5].

ووجه الاستلال أنَّ هذا الحديث يُوجب تعويض المضرور عن ضرره على حساب من سبَّب هذا الضرر و أحدثه لغيره لأنه مسؤول عنه[1] . فمن حقِّ المصرف الإسلامي أن يطالبه بالتعويض عن الضرر الفعلي قلَّ أو كَثُرَ عملا بالقاعدة الشرعية التي عبَّر عنها الحديث السابق والتي تقول«**الضرر يزال**»[2].

---

[1]**أحمد مصطفى الزرقا–من فقهاء الإتجاه الأول–**، هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، المرجع السابق،ص106.

[2]**محمد زكي عبد البر–من فقهاء الإتجاه الأول–**،تعليقه على مقال **أحمد مصطفى الزرقا –من فقهاء الإتجاه الأول–**، ، هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، المرجع السابق،ص 168.

[3]**سورة الفرقان** ، الآية 19.

[4]**عبد الله بن منيع–من فقهاء الإتجاه الأول–**،مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته،المرجع السابق،ص 95.

[5]سبق تخريجه ،الصفحة 262 من الأطروحة.

ولا إزالة لهذا الضرر عمن لحقه بغير مسوِّغٍ شرعيٍّ إلا بالتعويض عليه ، حتى إن معاقبة المسبِّب لا تفيد المتضرَّر شيئا دون التعويض عليه فهو وحده – **أي التعويض** – الذي يزيل الضرر عنه[3].

ثانيا: قوله صلى الله عليه وسلم ﴿مطل الغنيِّ ظلم﴾[4].

فالحديث إعتبر المطل ظلما والمماطل ظالما، والمُمَاطَلُ مظلوم بمَطلِ حَقِّهِ [5]، فإن تأَخَّرَّ لغير عذر، فهو حينئذ ظالم يستحق العقوبة[6].

ثالثا :قوله صلى الله عليه وسلم﴿ليُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته﴾[7].

واللَيُّ بتشديد اليَاءِ مصدر الفعل لوَى يلوِي ، بمعنى مَاطل في الوفاء ، والوَاجِدُ هو الذي يجد ما يفي به أي القادر على الوفاء وإحلال عِرضه معناه جواز ذمِّه لأن العِرض من الإنسان كل ما يذمُّ به ويقدح فيه[8].

فوجه الإستدلال أن هذا الحديث قد بيَّن أنَّ المدين الذي يجد ما يفي بالدَّين الذي عليه ويقدر على الوفاء به ثم يماطل في الأداء يكون ظالما فيحل عرضه يعني ذمِّه و الطعن فيه و تحل عقوبته ، وقد رأى أئمة الفقه السابقون أن تكون هذه العقوبة هي الحبس حتى يفيَ بالدَّين جزاءً له على المماطلة ، و التأخُّر في

---

[1] **أحمد مصطفى الزرقا–من فقهاء الإتجاه الأول**–،هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، المرجع السابق،ص107.

[2] **يوسف القرضاوي** أفتى بجواز تعويض ضرر المماطلة، كما أفتى كذلك بتطبيق غرامة التأخير والتَّصدُّق بها–،بيع المرابحة للآمر بالشِّراء كما تُجريه المصارف الإسلامية،المرجع السابق،ص 32.

[3] **أحمد مصطفى الزرقا–من فقهاء الإتجاه الأول**–،هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، المرجع السابق،ص107.

[4] حديث سبق تخريجه ص 268 م.

[5] **عبد الله بن منيع –من فقهاء الإتجاه الأول**–،بحوث في الإقتصاد الإسلامي،المرجع السابق،ص398.

[6] **يوسف القرضاوي**–أفتى بجواز تعويض ضرر المماطلة، كما أفتى كذلك بتطبيق غرامة التأخير والتَّصدُّق بها–،بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تُجريه المصارف الإسلامية ،المرجع السابق،ص 32.

[7] حديث سبق تخريجه ص 268 م.

[8] **أحمد مصطفى الزرقا–من فقهاء الإتجاه الأول**–،هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، المرجع السابق،ص107.

أداء الواجب عليه وهو أداء الدَّين لِصَاحبه مع قُدرته على هذا الأداء وهذا لا يَمنَعُ من عقاب المَدين المُمَاطل القادر على الوفاء بإلزامه بتعويض الدائن عن الضَّرر الذي يلحقه بسبب تأخُّره في الوفاء بما عليه[1].

ومن حلِّ عقوبته التقدم لولاة الأمور بشكايته على مسلكه الذميم في الليِّ و المماطلة لإلزامه بدفع الحقِّ الذي عليه، وتقرير ما يَستحقُّه من عقوبة رادعة وزاجرة بالحبس و الجَلد و الغرامة المالية أو واحد منها على ما يقتضيه النظر المَصْلَحي، ومن حل عقوبته التقدم للقضاء بطلب التعويض الذي سبَّبته المماطلة في أدائه الحق ، وضمان منفعة يغلب على الظَّن حصولها للدائن في حال إستلامه حقه في وقته [2].

وفي النص عن شيخ الإسلام **إبن تيمية** في **الإختيارات** أن الحاكم إذا رأى منعه من فضول الطعام و النِّكاح فله ذلك ، **إذ التعزير لا يختصُّ بنوعٍ معيَّن** ، وإنَّما يرجع إلى إجتهاد الحاكم في نوعه وقدره وله أن يبيع ماله ويقضي دينه بدون حضوره في سبيل المطالبة بحقِّهِ[3].

ونذكر أننا طرحنا سؤالا كتابة في هذ الصدد على الأستاذ **محمد الغزالي** رئيس المجلس العلمي للجامعة الإسلامية **بقسنطينة – الجزائر–**[4]، فأجابنا بقوله:

﴿للقاضي أن يحكم بعقوبة المدين إذا كان مماطلا﴾، وقد تكون العقوبة بدنية أو **مالية** للحديث الشريف﴿ليُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته﴾[5].

فيم ذهب **محمد زكي عبد البر** أن الإستدلال بحديث المطل وإعتبار غرامة التأخير صورة من صور حل العرض و العقوبة محل نظر، إذ يرى أن الجزاء في الحديث محصور في صورتين **إثنتين** لا **ثالثة** لهما وهما على التوالي:

- عرضه – بجواز ذمِّه وقدحه– .
- عقوبته.
- فليس في الحديث أن يحلَّ ماله، ولو أراد الرسول صلى الله عليه وسلم لذكره كما ذكر عرضه وعقوبته

---

[1] **زكي الدين شعبان–من فقهاء الإتجاه الأول–**،تعليقه على مقال **أحمد مصطفى الزرقا–من فقهاء الإتجاه الأول–** ، هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، المرجع السابق، ص 217.

[2] **عبد الله بن منيع –من فقهاء الإتجاه الأول–**، مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته،المرجع السابق ، ص 96.

[3] **عبد الله بن منيع –من فقهاء الإتجاه الأول–**، بحوث وفتاى في الإقتصاد الإسلامي،المرجع السابق ، ص 96.

[4] كان ذلك سابقا ،حيث كان الفقيه **محمد الغزالي** رئيسا للجامعة الإسلامية ، جامعة **الأمير عبد القادر** بقسنطينة، الجزائر.

[5] جواب تحريري عن سؤال مؤرخ في 19–جانفي–1985،مقدَّم من طرف **علية نصر الدين**،المرجع السابق، ص67–68.

بإضافة كلمة واحدة وهي – **ماله**–[1].

البند الثالث: الإستدلال بالقياس.

إستدل فريق جواز تطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل مع إستفادة الدائن من عائداتها على قياس تطبيق الغرامة على الغصب﴿**أولا**﴾، كما إستدلوا كذلك على قياس الغرامة على العربون﴿**ثانيا**﴾.

أولا: الإستدلال بالقياس على الغصب.

إن تأخير أداء الحق عن ميعاده من المدين المماطل القادر على الوفاء – غير المعسر– يشبه الغصب فيجب أن يأخذ حكمه لسببين[2]:

1)السبب الأول للإستدلال على الغصب:

لأن هذه المماطلة منه و التأخير ظلم بنص الحديث النبوي الآنف الذكر.

2)السبب الثاني للإستدلال على الغصب:

لأن الديون مقرها الذمة فتأخيرها ظلما وعمدا هو حجب لها عن صاحبها الدائن ، و التعدي عليها إنما يكون بهذا الحجب لأنها ليست أعيانا يأتي فيها السطو المادي ، فحَجبُها عن صاحبها هو كالسطو على الأشياء المادية بالغصب ، ويؤيِّد ذلك ما نص عليه الفقهاء في الوديعة إنها إذا طلبها صاحبها المودع فمنعها عنه الوديع بلا عذر أصبح كالغاصب ضامنا لها إذا هلكت بعد ما كانت أمانة عنده غير مضمونة.

وهو ما ذهب إليه **عبد الله بن منيع** إذ يقول: فمطل المدين القادر دائنه عن أداء حقه نوع من الإستيلاء على ماله بدون حق أشبه بالغصب إن لم يكن من صوره[3].

ويُبرِّر ذلك **أحمد مصطفى الزرقا** بالقول:

---

[1] **محمد زكي عبد البر –من فقهاء الإتجاه الأول–**، تعليقه على مقال مقاله **مصطفى أحمد الزرقا–من فقهاء الإتجاه الأول–**،هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، المرجع السابق،ص 168.

[2] **مصطفى الزرقا–من فقهاء الإتجاه الأول–**،هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، المرجع السابق،ص109.

[3] **عبد الله بن منيع –من فقهاء الإتجاه الأول–**،مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته، المرجع السابق ، ص 95.

إن كان الإجتهاد **الحنفي** قد ذهب إلى أن المنافع ليست ذات قيمة في نفسها وإنما ورد تقويمها في الشرع بعقد الإجارة للحاجة على خلاف القياس فلا تقوم في غير عقد الإجارة ، وبالتالي قرَّر **الحنفية** أن منافع المغصوب لا يضمنها الغاصب عن مدة الغصب بل يلتزم برد العين المغصوبة دون أجرتها لأن منافعها غير متقومة [1].

بينما قرر **الشافعية و الحنابلة** ومن على رأيهم أن منافع المغصوب على الغاصب كعين المال المغصوب سواء إستوفى الغاصب هذه المنافع بأن إستعمل المغصوب أو عطَّلها ، وإذا هلك المال المغصوب عند الغاصب يضمن لصاحبه قيمة المال المغصوب وأجرة المثل للمنافع عن مدة الغصب[2].

ومثال ذلك: **زيد** من الناس إلتزم **لعمرو بمائة ألف دولار أمريكي** يحل أجلها في غرَّة محرم عام 1407هـ ، وكان سعر الدولار بالينِّ **الياباني** وقت الإلتزام مائتين وخمسين ينًّا ، وفي أول شهر محرم عام 1407 هـ إنخفض سعره إلى مائتين وعشرين ينًّا فطالب صاحب الحق من مدينه زيد فماطله إلى وقت إنخفض سعر الدولار إلى مائة وخمسين ينًّا فما بين سعر الدولار وقت الإلتزام بالحق وبين سعره وقت حلول السداد و نقص مقداره ثلاثون ينًّا في الدولار ،فهذا النقص الذي يجب أن يضمنه المدين للدائن هو الفرق بين سعره وقت حلول السداد 220 ينًّا، وبين سعره بعد المماطلة 150 ينًّا، وهو سبعون ينًّا لكل دولار[3].

لكن في المقابل من ذلك فلقد **رأى بعض الفقهاء** وهم ممن أجازوا فرض غرامة تأخير على المدين المماطل لصالح الدائن أن هذا القياس غير مسلَّم به ، إذ أن الغاصب في نظر **محمد زكي عبد البر** – لا يلزم بالتعويض عما فات المغصوب منه من منفعة المال المغصوب فلا يلزم إلا به وبما فات من مادته وبما زاد فيه[4] .

وما يبرر ذلك بعض نصوص المجلة ومن ذلك [5]:

---

[1] **مصطفى الزرقا–من فقهاء الإتجاه الأول–**، ، هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، المرجع السابق،ص108.

[2]**مصطفى الزرقا–من فقهاء الإتجاه الأول–**،هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن ،نفس المرجع، ص109.

[3]**عبد الله بن منيع–من فقهاء الإتجاه الأول–**،مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته، المرجع السابق، ص 99.

[4]**محمد زكي عبد البر–من فقهاء الإتجاه الأول–**،تعليقه على مقال مقال–**أحمد مصطفى الزرقا–من فقهاء الإتجاه الأول–** ،هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن–، المرجع السابق،ص 169.

[5] لتفاصيل أكثر يرجى من القارئ "ة" الكريم"ة" مراجعة **مجلة الأحكام العدلية** المواد من 890 إلى 911 .

المادة 897:﴿إذا كان المغصوب فاكهة فتغيَّرت عند الغاصب كأن يَبِست فصاحبه بالخيار إن شاء إسترد المغصوب عيناً وإن شاء ضمنه قيمته﴾.

المادة 898 : ﴿ إذا غير الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله فالمغصوب منه مخير إن شاء أعطى قيمة الزيادة وإسترد المغصوب عيناً وإن شاء ضمنه قيمته مثلاً لو كان المغصوب ثوباً وكان صبغه الغاصب فالمغصوب منه مخيَّر إن شاء ضمن الغاصب قيمة الثوب وإن شاء أعطى قيمة الصبغ وإسترد الثوب عيناً﴾.

المادة 900 : ﴿ إذا تناقص سعر المغصوب وقيمته بعد الغصب فليس لصاحبه أن لا يقبله وأن يطالب بقيمته التي كانت في زمان الغصب ولكن إذا طرأ على قيمة المغصوب نقصان بسبب إستعمال الغاصب يلزم الضمان.

مثلاً إذا ضعف الحيوان الذي غصب ورده الغاصب إلى صاحبه بلزم ضمان نقصان قيمته كذلك إذا شق الثوب الذي غصب تطرأ بذلك على قيمته نقصان فإن كان النقصان يسيراً يعني لم يكن بالغاً ربع قيمة المغصوب فعلى الغاصب ضمان نقصان قيمته وإن كان فاحشاً أعني إن كان النقصان مساوياً لربع قيمته أو أزيد فالمغصوب منه مخير إن شاء ضمنه نقصان القيمة وإن شاء تركه للغاصب وأخذ منه تمام قيمته﴾.

المادة 903 :

﴿زوائد المغصوب لصاحبه وإذا استهلكها الغاصب يضمنها...كذلك لو إغتصب أحد خلية العسل مع نحلها وإستردها المغصوب منه يأخذ أيضا العسل الذي حصل عند الغصب﴾.

المادة 905:

﴿المغصوب إن كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه بدون تغييره وتنقيصه وإذا طرأ على قيمة ذلك العقار نقصان بصنع الغاصب وفعله يضمن نقصان قيمته مثلاً لو هدم أحد محلاً من الدار التي غصبها أو إنهدم بسبب سكناه وطرأ على قيمتها نقصان يضمن مقدار النقصان كذلك لو إحترقت الدَّار من النَّار التي أوقدها الغاصب يضمن قيمتها مبنية﴾.

في حين يقرر **زكي الدين شعبان** وهو كذلك أحد الذين أجازوا تطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل مع منح هذه الغرامات إلى الدائن – **غير أنه يشترط أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن نتيجة المطل غير مألوف**–أن المنافع المادية من عقار ومنقول أموال متقوّمة في ذاتها يصح أخذ العوض عنها

بإتفاق الفقهاء أما النقود فإن منافعها غير متقوِّمة بلا خلاف بين العلماء ، ولهذا لا يحل أخذ شيئ في مقابل حيازتها وبقائها عند من يأخذها مدة من الزمان ، حتى ولو إنتفع بها وكسب من وراء ذلك المال الكثير فتشبيه النقود بالأعيان المغصوبة في أن تأخير أدائها من المدين المماطل القادر على الوفاء يستوجب الضمان عليه كالسَّطو على الأشياء المادية بالغصب قياس مع الفارق بين المقِيس و المقِيس عليه ، و القياس مع الفارق لا يصح بالإتفاق[1].

ثانيا: الإستدلال بالقياس على تفويت منافع الأعضاء.

فقد بحث العلماء رحمهم الله حكم التعويض عن المنافع الفائتة ، وعن المنافع المتوقع فواتها ، فقالوا بضمان كل منفعة محقَّق ضَياعها كمنافع **الأعضاء** في حال الجناية عليها[2].

ومن تسبَّبت جنايته على عضو انسان ففاتت منفعة ذلك العضو فلا نعلم خلافا بين أهل العلم في حال تعذر القصاص في ضمان ديَّة هذه المنفعة[3].

ثالثا: الإستدلال بالقياس على العربون

ومما يؤكِّد ما ذكرنا من أنَّ المنفعة مضمونة على من تسبَّب في ضياعها مسألة العربون ، ومسألة الشرط الجزائي، وكلتا المسألتين ضمان لمنفعة مظنونة الوجود غير محققة ، ومع هذا فقد إعتبر الضمان لتلك المنفعة المظنونة[4].

البند الرابع: الإستدلال بمقاصد الشريعة وسياستها الحكيمة.

إنَّ من أُسس الشريعة في تقرير الأحكام ومن مقاصدها العامة وسياستها الحكيمة عدم المساواة بين الأمين والخائن، وبين المطيع والعاصي لأوامرها وبين العادل والظالم وبين المنصف و الجائر ، ولا بين من يؤدي الحقوق إلى أصحابها في مواقيتها ومن يجحدها أو يمنعها أو يؤخرها وهذا من البديهيات الشرعية المسلَّمة لدى أهل العلم وشواهده من نصوص الكتاب و السنة كثيرة وشهيرة و لا يعقل في منطق التشريع وسياسته خلافه ،ولا شك أن تأخير الحق عن صاحبه عمدًا ومطلاً وبدون عذر شرعي هو ظلم و جُورٌ

---

[1] **زكي الدين شعبان–من فقهاء الإتجاه الأول–**،تعليقه على مقال هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن **لأحمد مصطفى الزرقا–من فقهاء الإتجاه الأول–**،المرجع السابق، ص 217.

[2] **عبد الله بن منيع–من فقهاء الإتجاه الأول–**،مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته،المرجع السابق،ص96.

[3] **عبد الله بن منيع–من فقهاء الإتجاه الأول–**،مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته،نفس المرجع ،ص105.

[4] **عبد الله بن منيع–من فقهاء الإتجاه الأول–**،مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته،المرجع السابق،ص 105.

بشهادة الأحاديث النبوية الآنفة الذكر ، وفيه ضرر لصاحب الحق بحرمانه من منافع حقه أو ماله مدة التأخير ، فهذا المدين الظالم بالتأخير و المماطل في الوفاء رغم قدرته إذا لم يلتزم بتعويض صاحب الحق عن ضرره من هذا التأخير كانت النتيجة أن هذا الظالم العاصي يتساوى في النتيجة مع الأمين العادل المطيع الذي لا يؤخر حقا عليه ولا يسبب ضررا[1].

والجزاء الأخروي بمعاقبة هذا الظالم لا يفيد صاحب الحق المهضوم المحروم شيئا في هذه الدنيا ، والحقوق المالية الثابتة في نظام المعاملات الشرعي جعلت لها حماية و ضوامن قضائية في هذه الدنيا قبل الجزاء الأخروي ، هذه هي سياسة الشريعة الحكيمة[2].

فإذا تساوى مُعطِي الحق ومانعه أو معجِّلُهُ ومؤخِّره كان هذا مستحقا لكل مدين أن يؤخر الحقوق ويماطل فيها بقدر ما يستطيع ليستفيد من هذا الظلم أكبر قدر ممكن دون أن يخشى طائلة أو محذور، ما دام لن يؤديَّ في النهاية إلا أَصلَ الحَقِّ وهذا خلاف مقاصد الشريعة وسياستها الحكيمة قطعا[3].

البند الخامس: الإستدلال بالفروق الموجودة بين غرامة التأخير وفوائد التأخير.

فالفرق واضح ،جليٌّ بين تعويض الدائن عن الضرر الذي يلحقه بمماطلة المدين وتأخيره الوفاء ظلما بلا عذر و بين الفوائد[4]:

- الفوائد الربوية في حقيقتها إستغلال من الدائن المُرابي لجهود المدين ونشاطاته الإكتسابية بصورة تجعل الإحتمالات السيئة جميعا على حساب المدين وتضمن للدائن أصل دينه وربحا ثابتا دون نظر إلى مصير الطرف الآخر الذي يتحمل وحده جميع الإحتمالات السيِّئة إذا وقعت فهي إستغلال لئيم لجهود الآخرين بلا عمل ولا رفق يمتص ثمرات نشاطاتهم إمتصاصا بطيئا ولكنه إستنزاف يختلُّ به التوازن الإقتصادي بين موقف الطرفين.

---

[1] **أحمد مصطفى الزرقا–من فقهاء الإتجاه الأول–**،هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، المرجع السابق،ص107.

[2] **أحمد مصطفى الزرقا–من فقهاء الإتجاه الأول–**هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن،نفس المرجع،ص107.

[3] **أحمد مصطفى الزرقا–من فقهاء الإتجاه الأول–**،هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن نفس المرجع ،ص107.

[4] **أحمد مصطفى الزرقا–من فقهاء الإتجاه الأول–**،هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، نفس المرجع ،ص111.

- أما تعويض ضرر التأخير فيبعد كل البعد عن كل هذه المعاني فهو إقامة عدل يزيل ضررا ألحقه إنسان متهاون بواجبه طامع بحقوق غيره التي تحت يده فحَجَبَهَا عنه بلا عذر ليستَبِيحَهَا بأكبر قدر ممكن أو يأكلها إذا ملَّ صاحبها من ملاحقته فيها ، فوَجَبَ إنقاذ المظلوم من الظالم وتعويض الأول ما فوَّته عليه الثاني من منافع لو وفَّاه إليه في حينه ،ولذلك وصفه الرسول صلى الله عليه وسلم بالظلم وأباح ذمه وعقوبته ،فأين هذا العدل من ذلك الجور؟.

كما أن غرامة التأخير لا تشبه الفوائد الربوية لأن البنوك الربوية تأخذ المبلغ المقترض و الفائدة الربوية المقرَّرة على كل حال من المعسر والموسر سواء حدث ضرر أم لم يحدث ، سواء كان الضرر قليلا أو كثيرا ويضرب **الشيخ يوسف القرضاوي** في هذا الشأن مثالا فيقول:

﴿إن حادثة وقعت في **قطر** تبيِّن لنا بوضوح الفرق بين المصرف الإسلامي و البنوك الربوية وهي أن باخرةً تتبع شركة كبيرة كانت تحمل بضاعة لعدد من الشركات و التجار القطريين وتصادف أن الشركة التي تتبعها الباخرة أعلنت إفلاسها وحُجز على الباخرة وهي في ميناء **بور سعيد** وكان لمصرف **قطر** الإسلامي بضاعة على الباخرة إشتراها ليبيعها بطريق المرابحة لأحد عملائه –**مفروشات الخليج بالدَّوحة**– فما كان من المصرف إلا أن تحمل المسؤولية الكاملة وقام بمخاطبة الجهات ذات العلاقة للعمل على حفظ البضاعة بعد تفريغها من الباخرة المحجوز عليها ونقلها إلى باخرة أخرى لتوصيلها إلى الدوحة، والعميل لا علاقة له بهذه الإجراءات و التكاليف لأن البضاعة ملك للمصرف وفي ضمانه حتى يتسلمها العميل في ميناء الوصول المتفق عليه ، وكان لنفس العميل – **مفروشات الخليج**– بضاعة على نفس الباخرة إشتراها بضمان أحد البنوك الربوية – **تشالز بنك**– فما كان منه إلا أن طالبه بالسَّداد وتحميله أيَّة فوائد نتيجة أي تأخير﴾[1].

المطلب الثاني: جواز تطبيق غرامة التأخير بشرط التصدُّق بعائداتها.

تطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل جائز لكن يجب أن يتم منحُ عائدات هذه الغرامات إلى صندوق خاص أو صرفها في وجوه البِّر و الإحسان[2]، هذا ما أقرَّه العديد من الفقهاء«**الفرع الأول**»،

---

[1] **يوسف القرضاوي**–أفتى بجواز تعويض ضرر المماطلة، –،بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تُجريه المصارف الإسلامية، المرجع سابق، ص32. ولم يُنكر كذلك تطبيق غرامة التأخير والتَّصدُّق بها

[2] نذكر على سبيل المثال من الفقهاء و الهيئات الذين أجازوا فرض غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل شريطة أن يتم صرف عائدات هذه الغرامات في أوجه البرِّ و الإحسان:

1) **يوسف القرضاوي،موقع السيخ القرضاوي**، آخر إطلاع 17-سبتمبر-2019 ، كما وسبق وأن أشرنا فإن **الشيخ يوسف القرضاوي** أفتى بجواز تطبيق غرامة التأخير ومنحها للدائن كتعويض، كما أفتى مرة أخرى بتطبيق غرامة التأخير و التَّصدُّق بعائداتها،

2) **علي محي الدين القَره داغي** ،مشكلة الديون المتأخِّرات وكيفية ضمانها في البنوك الإسلامية، دراسة فقهية لغرامات التأخير و البدائل،ص49.

- **علي محي الدين القَره داغي:** فتاوى معاصرة على ضوء فقه الميزان، بتاريخ09-سبتمبر-2020 على الساعة 18:40د.

3) **وهبة الزحيلي**،المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص178، وهبة الزحيلي ، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء11، المرجع السابق،ص340.

4)**رفيق يونس المصري**، قوله«هذا الحل من الحلول التي يمكن أن تكون مقبولة ولها سند من أقوال بعض الفقهاء القدامى» ،مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد2، الدورة2، الجزء2، 1421هـ-2000م،ص502.

6)**محمد الزحيلي**،موسوعة قضايا إسلامية معاصرة،دار المكتبي، دمشق، سوريا،ط1430،1هـ-2009م،ص221،222.

7) **عثمان شبير**،إشتراط إخراج مبلغ من المال كصدقة للفقراء إذا تأخر المدين عن أداء الدين في الوقت المحدد، مجلة كلية الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، العدد10، جمادى الأولى1417هـ-نوفمبر1996م، ص 59.

8)**محمد تقي الدِّين العثماني**،بحوث فقهية معاصرة، دار القلم ، دمشق، سوريا، الجزء الأول، 1434هـ-2013م، ص 40.

- **محمد تقي الدين العثماني** ، أحكام بيع التقسيط ،مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة7، العدد7، الجزء4، 1416هـ-1996م،ص62.

10) **محمود عبد الكريم إرشيد** ،الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية ، دار النفائس، الأردن، ط 2، 1427هـ - 2007 م ، ص 62.

11) **محمد القري بن عبيد**، عرض لبعض مشكلات البنوك الإسلامية ومقترحات لمواجهتها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد2، الجزء 3،1415هـ-1994م،ص681.

12) **محمد المختار السلامي**،مناقشة الشرط الجزائي في بيع التقسيط، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 9، العدد9، الجزء1، 1410هـ-1990م،ص411،412.

13)**هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية**، المعيار الشرعي رقم 3 ،تحت عنوان المدين المماطل بتاريخ 27-صفر-1421هـ، الموافق لـ31-ماي-2000،، ص 26.

14) **البنك العربي الإسلامي الدولي**، فتاوى هيئة الرقابة الشرعية ،من سنة 2009إلى غاية سنة2015، ص55.

15) **بنك البركة**، فتاوى الهيئة الشرعية ،مجموعة دلة البركة، الطبعة الثانية،1423هـ-2003م،ص322.

وهو ماإعتمدته كذلك بعض الهيئات و المؤسسات المالية الإسلامية«**الفرع الثاني**»، وذلك إستنادا إلى العديد من الأدلة الشَّرعية«**الفرع الثالث**».

الفرع الأول: إجازة تطبيق غرامة التأخير والتَّصدُّق بها من طرف الفقهاء.

كما سبق وأن أشرنا فإن العديد من علماء وفقهاء الشريعة والإقتصاد الإسلامي أيَّدوا تِقنية تطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل على أن يتمَّ التبرُّع و التصدُّق بهذه الغرامات، ونذكر على سبيل المثال.

البند الأول:رأي الشيخ يوسف القرضاوي في تطبيق غرامة التأخير والتَّصدُّق بها.

أجاب الشيخ **يوسف القرضاوي** على مسألة فرض غرامة التأخير على المدين فذهب إلى عدم جوازها إذا كان المدين معسرا، أما إذا كان المدين موسرا مماطلا فقد أشار إلى الرأي المعاصر الذي أجاز أخذ مبلغ ماليٍّ يعتبر صدقة فيوضع في صندوق الطلاب الفقراء أو نحو ذلك بناء على ما قاله العلامة **الحطاب من المالكية**[1].

البند الثاني:رأي مَحْي الدِّين القره داغي في تطبيق غرامة التأخير والتَّصدُّق بها.

ما لَفَتَ إنتباهنا من خلال هذا البحث المتواضع أنَّ هناك العديد مما تطرَّقوا إلى موضوع غرامة التأخير على التأخير في سداد الديون ذهبوا إلى أن **علي محي الدين القره داغي** يرفض تطبيق غرامة التاخير على المدين الموسر مطلقا ، بمعنى أنَّه من أنصار–**الإتجاه الأول**– ، ولكن من خلال الإطلاع على عديد المراجع الخاصة بالفقيه **علي محي الدين القره داغي** إستنتجنا أنَّه يمكن القول أن رأيَه يَصُبُّ في صالح تطبيق غرامة التأخير و التصدُّق به –**الإتجاه الثاني**–، وهنا راودنا وإنتابنا شَكٌّ في مسألة أي الفريقين إختار الفقيه **علي محي الدين القره داغي**، وتجنُّبا لأي لُبسٍ حاولنا التواصل معه، وبعد مجهودات معتبرة إستطعنا –**ولله الحمد**– التواصل معه ، فتمَّ طرح السؤال على فضيلته حول موقفه من تطبيق غرامة التأخير على الدُّيون وعلى الأعمال، وكان جوابه فيما يخص تطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل:

---

16)المجلس الإسلامي للإفتاء، بيت المقدس، فلسطين المحتلة، فتوى رقم 490، بتاريخ 15–جمادى الأول–1431هـ، الموافق لـ 29–أفريل–2010م، ص1.

17)بيت التمويل الكويتي،أعمال الندوة الفقهية الرابعة ،ص244.

[1] **يوسف القرضاوي**، غرامة التأخير، موقع الشيخ يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص2.

﴿ أولا أشكر جدًّا الطالب من الجزائر على هذا السؤال الإستِتَاري...أن تطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل مع شرط التَّصدُّق بها جائز ،لأن الأغنياء يقدِّمون الأقساط في البنوك الربوية ولكنَّهم يمتنعون عن ذلك في البنوك الإسلامية، فلو إتَّفق البنك الإسلامي على إلتزام العميل بالتبرع بنسبة 1% مثلا من الأقساط المتأخرة لصالح وجوه الخير إذا لم يُثبت أنَّه معسر فتطبيق غرامة التأخير و التبرُّع بها في هذه الحالة جائز إستنادا إلى قول **الحطاب من المالكية**﴾[1].

بل وأضاف الفقيه **علي محي الدين القره داغي دليلا جديدا** على ذلك لم نقف عليه من قَبل لدى مختلف الفقهاء والعلماء الذين عالجوا مسألة الشرط الجزائي وغرامة التأخير في مماطلة سداد الديون ،وهو الإستدلال **بقول الشافعي في النَّذر** ، فإذا تأخرت أنذر لله تعالى أن أدفع 10، أو 1000 ريال، فهنا البنك لا يستفيد من هذه الغرامات ، وإنما يتم تطبيق هذه الغرامات من أجل دفع الديون في أوقاتها[2].

البند الثالث: رأي وهبة الزحيلي في تطبيق غرامة التأخير والتصدُّق بها.

بخصوص هذه المسألة يقول **وهبة الزحيلي**:

«والعلاج عند الفقهاء ليس بفرض غرامة مالية لأنهم قرَّروا أنه لا يجوز تغريم المتأخر بغرامة مالية» ...ولكن يجوز فرض غرامة مالية يتصدَّق بها على المحتاجين و لا يأخذها الدائن... [3]

البند الرابع: رأي رفيق يونس المصري في تطبيق غرامة التأخير والتَّصدُّق بها.

يرى **رفيق يونس المصري** أن هذا الحل يمكن أن يكون من الحلول المُمكنة التطبيق[4].

البند الخامس: رأي علي السالوس في تطبيق غرامة التأخير والتَّصدُّق بها.

يرى **علي السالوس** أنه :

يجوز أن تتضمن العقود التي تنطوي على مداينة شرطا جزائيا ماليا يلتزم بأدائه ليس لحساب الدائن لأن هذا يؤول إلى الرِّبا المحرم ، بل لحساب جهة خيرية يحددها العقد .

---

[1] **علي محي الدين القره داغي،–من فقهاء الإتجاه الثاني**، إجابة عن سؤالنا بخصوص تطبيق غرامة التأخير على الديون والأعمال، حصة فتاوى معاصرة في ضوء فقه الميزان، عن طريق مواقع التواصل الإجتماعي.

[2] **علي محي الدين القره داغي،–من فقهاء الإتجاه الثاني**، إجابة عن سؤالنا بخصوص تطبيق غرامة التأخير على الديون والأعمال، حصة فتاوى معاصرة في ضوء فقه الميزان،نفس المرجع.

[3] **وهبة الزحيلي، –من فقهاء الإتجاه الثاني**–،المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق،ص 340.

[4] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد2، الدورة2، الجزء2، ص502

ومن مزايا هذا الرأي سهولة تطبيقه في بلدان كثيرة إسلامية وغير إسلامية لأن النظم التي تجيز الشروط الجزائية التعاقدية هي واسعة الإنتشار دوليا[1].

البند السادس: رأي محمد الزحيلي في تطبيق غرامة التأخير والتَّصدق بها.

أرى ترجيح قول الإلتزام بالتَّصدُّق،لأن ما يدفعُه المدين يعتبر تأديبا عن ضرر فعلي وليس ربًا ...بدليل أن الدائن لا يستفيد من الناحية المادية من التعويض ، وهذا مجرد إستنتاج وغير مقصد للعاقدين ...فقد إتفقا على دفعه لجهات البرِّ ولا يشبه ما قيل عن الإستثمار الربَوي لجهة البر، ولأن الأصل في الشُّروط الجواز واللُّزوم إلا ما خالف الشَّرع، ولا أرى في هذا الشرط بالتعويض مخالفة للشرع مع ما فيه من منافع متعدِّدة ومصالح جمَّة ، ولذلك شاع وانتشر وحقَّق كثيرا من اغراضه وقرار المجمع العام ليس فيه نصٌّ على المنع عند التَّبرُّعِ[2].

البند السابع: رأي محمد عثمان شبير في تطبيق غرامة التأخير والتَّصدق بها.

في هذا الصدد يشير **عثمان شبير** أن المالكية ذهبوا في المشهور عندهم إلى عدم جواز هذا الشرط كما قال **إبن رشد** في المدوَّنة ، وهو المشهور في المذهب من أن الصدقة بيمين لا يحكم بها، وهو مقتضى قول **الحنفية والشافعية** في قول لأنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائم موجبه لأن فيه منفعة لأجنبي ،كما أن فيه ضررا على أحد العاقدين ولأن الجبر على التطوُّع غير مشروع، وذهب **أبو عبد الله بن نافع ،وأبو عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن دينار** من المالكية إلى جواز هذا الشرط وأن الصدقة تلزم المدين...وما ذهب اليه **أبو عبد الله بن نافع ،وأبو عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن دينار** هو مقتضى قول **الحنابلة والشافعية** في قول ، فأصول الإمام **أحمد ابن حنبل** لا تمنع من إشتراط هذا الشرط لأنه شرط تضمن مقصودا صحيحا وهو التصدق[3].

قال **إبن القاسم** قيل **لأحمد** الرجل يبيع الجارية على أن يعتقها فأجازه ،فقيل له فإن هؤلاء- يعني **أصحاب أبي حنيفة**- يقولون لا يجوز البيع على هذا الشرط ،قال : لم لا يجوز ؟ فقد إشترى النبي صلى الله عليه

---

[1] نقلا عن :**داودي مخلوف من فقهاء الإتجاه الثاني** ، المرجع السابق،ص 138 ، **محمد أنس الزرقا، محمد على القري**، المرجع السابق، ص36.

[2] **محمد الزحيلي** ،-**من فقهاء الإتجاه الثاني**-، المرجع السابق،ص221.

[3] **محمد عثمان شبير**،-**من فقهاء الإتجاه الثاني**-، إشتراط إخراج مبلغ من المال كصدقة للفقراء إذا تأخر المدين عن أداء الدين في الوقت المحدد، المرجع السابق، ص 59.

وسلَّم بعير **جابر** وإشترط ظهره إلى المدينة، واشترت **عائشة بريرة** على أن تعتقها ، فلم لا يجوز هذا؟، وقال **أحمد بن الحسين ابن حسان** :سألت **عبد الله** عمن إشترى مملوكا واشترط هو هو حرٌّ بعد موتي؟ قال :

هذا مدبر ، فجوَّز إشتراط التدبير كالعتق ،ولأصحاب الشافعي في شرط التدبير خلاف[1].

وإن قيل:

إن قياس الصدقة على العتق قياس مع الفارق ،فالعتق أفضل من الصدقة لأن الشارع يتشوَّق إلى تحرير العبيد وعتقهم وتفتح له الأبواب بخلاف الصدقة ، فيجاب على هذا:

بأن الفرق ضعيف لأن بعض التبرُّعات أفضل من العتق فإن صلة الرحم المحتاج أفضل منه كما نص عليه **الإمام أحمد** ،فإن **ميمونة** زوج النبي صلَّى الله عليه وسلَّم أعتقت جارية لها فقال : لو تركتها لأخوالك لكان خيرا لك .

ولهذا لو كان للميِّت أقارب لا يرثون كانت كانت الوصيَّة لهم أولى من الوصية بالعتق ... والذي أراه ما ذهب إليه **إبن نافع وإبن دينار و الحنابلة والشافعية** في قول أن إشتراط دفع الصدقة للفقراء إذا تأخَّر عن الوفاء بدينه جائز ،و يجب على المدين الوفاء به ،لأنه شرط تضمَّن مقصودا صحيحا من الشرع وهو تحقيق النفع للفقراء وحفز المدين على الوفاء بالدَّين في الوقت المحدد وتوفير الإطمئنان للدَّائن على دينه[2].

البند الثامن:رأي محمد تقي الدين العثماني في تطبيق غرامة التأخيروالتَّصدق بها.

فإن قصَّر المديون في أداء واجبه فإنه سوف يتبرَّع بمبلغ معلوم النسبة من الدَّين إلى بعض الجهات الخيرية ويسلِّم ذلك المبلغ إلى المصرف ليُصرف بالنِّيابة عنه إلى تلك الجهات ، فإن قصَّر في الأداء لزِمه أداء هذا المبلغ إلى المصرف .

ولكن هذه المبالغ لا تكون مملوكة للمصرف ولا تكون جزءا من دَخله أو رِبحه وإنَّما تكون أمانةً عِندَه للصَّرف إلى الجهات الخيرية....

---

[1] **محمد عثمان شبير،–من فقهاء الإتجاه الثاني–**، إشتراط إخراج مبلغ من المال كصدقة للفقراء إذا تأخر المدين عن أداء الدين في الوقت المحدد، نفس المرجع ، ص 60.

[2] **محمد عثمان شبير،–من فقهاء الإتجاه الثاني–**، إشتراط إخراج مبلغ من المال كصدقة للفقراء إذا تأخر المدين عن أداء الدين في الوقت المحدد، نفس المرجع، ص 60–61.

فعلى هذا الأساس أرجوا أن يكون مجالا للقول بلزوم هذا التبرُّع المقترح سدًّا لباب المماطلة ، وصيانةً لحقوق النَّاس عن إعتداء المعتدين[1].

البند التاسع:رأي نجاة الله صديقي في تطبيق غرامة التأخيروالتَّصدق بها.

يرى **نجاة الله الصديقي** ضرورة إستبعاد الحلول التي تجعل الرابطة بين المماطلة و التعويض عنها رابطة مباشرة .

ويرى أنه بالإضافة إلى الأخذ بالحل الجزائي الذي يعاقب المماطل يحسن الأخذ أيضا بالحل المؤسس التالي[2]:

- ✓ يجوز للدائنين المتضررين من المماطلة أن يتقدَّموا إلى وليِّ الأمر لهذا الغرض ويمكن أن يتفاوت مقدار العقوبة بحسب ظروف القضية.
- ✓ يجوز للدائنين المتضررين من المماطلة أن يتقدَّموا إلى وليِّ الأمر بِطلبِ معُونةٍ مالية تعطى لكل منهم بحسب ضرره وحاجته ، وتموَّل هذه المعونات من الصندوق الخاص السابق.
- ✓ وهذا الحل الإداري – المؤسسي– يحقق في نظر **نجاة الله صديقي** الإنفصال الضروري شرعا بين غرامات المماطلة التي يؤديها المماطلون و التعويضات عن الأضرار التي يتقاضاها الدائنون.

الفرع الثاني: إجازة تطبيق غرامة التأخير والتَّصدُّق بها من طرف الهيئات المالية.

بطبيعة الحال فإنه في حالة وجود آراء فقهية تجيز تطبيق غرامة التأخير على أن يتم التصدُّق بها ، فإنَّ ذلك سيتجسَّد ميدانيا و تطبيقيا .

لذلك إعتمدت العديد من الهيئات والمؤسسات المالية والمصرفية والبنكية الإسلامية هذه التقنية بحيث تقوم بفرض غرامة مالية على المدين الموسر المماطل على أن لا تضيفها إلى عائداتها المالية ، بل يتوجَّب عليها صرفها في وجوه البرِّ و الإحسان ومن المؤسسات المالية والمصرفية التي إعتمدت هذه الطريقة في تطبيق غرامة التأخير نذكر على سبيل المثال:

البندالأول:تطبيق غرامة التأخير و التصدق بها من طرف هيئة الأيوفي.

جاء في أحد المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية أنه : يجوز أن

---

[1] **محمد تقي الدين العثماني–من فقهاء الإتجاه الثاني**–،بحوث في قضايا فقهية معاصرة، المرجع السابق،ص44،46.

[2] **نجاة الله الصديقي** –من فقهاء الإتجاه الثاني–،المرجع السابق،ص233.

يُنَصَّ في عقود المداينة مثل المرابحة على إلتزام المدين عند المماطلة بالتَّصدُّق بمبلغ أو نسبة بشرط أن يُصرَف ذلك في وجوه البر بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة[1].

البندالثاني:تطبيق غرامة التأخير و التصدق بها من طرف البنك العربي الإسلامي الدولي.

يجوز فرض غرامات التأخير وتوزيعها على أصحاب الودائع ولا توزَّع على المساهمين سدًّا للذريعة التي قد تنشأ عن محاباة البنك للمساهمين فيه[2].

البندالثالث:تطبيق غرامة التأخير و التصدق بها من طرف بنك التمويل الكويتي.

أجاز بيت التمويل الكويت الحل المتضمن تطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل مع ضرورة التصدق بهذه الغرامات، وذلك من خلال ندوته **الرابعة** .

البند الرابع: تطبيق غرامة التأخير والتصدق بها من طرف بنك البركة الإسلامي.

وهذا الحل هو المعتمد من طرف ندوة البركة للإقتصاد الإسلامي **الثانية عشر**[3] ، التي نصت على أنه : ﴿يجوز إشتراط غرامة مقطوعة أو بنسبة محددة على المبلغ في حال تأخر عميل البطاقة عن السداد دون عذر شرعي ، وذلك على أساس صرف هذه الغرامة في وجوه البر ولا يمتلكها مستحق المبلغ ﴾،و أن صرف الغرامة مستند إلى إلتزام العميل بالتصديق تطبيقا للرأي الشرعي المستند إلى ما ذكرَهُ **الحطَّاب** في إلتزام التبرُّعات وهو إلتزام التصديق لتأكيد التعهد.

وتطبيق هذه الفكرة لصرف عائدات غرامة التأخير تنمُّ عن رفض فكرة التعويض ،وتعليقي على هذا ،أن هذا الموضوع بحث في ثلاث ندوات آخرها الندوة السادسة التي إنعقدت في **الجزائر** في الفترة 2-6-مارس-1990.

وأصدر المجتمعون ولم أكن معهم الفتوى التالية :

---

[1] المعيار الشرعي رقم03،-المدين المماطل-،المعايير الشرعية التي إعتمادها حتى سنة2017،المنامة، البحرين،1439هـ-2017م، ص94.

[2] البنك العربي الإسلامي الدولي، فتاوى هيئة الرقابة الشرعية، المرجع السابق،ص55.

[3] فتوى رقم 13-26، فتوى غرامات التأخير، الهيئة الشرعية للبركة، مجموعة دلة البركة، جمع وتنيسق **عبد الستار أبو غدة**،**عز الدِّين محمد خوجة**، الطبعة الثانية، 1423هـ-2003م،ص322.

بعد الإطلاع على التوصية الخاصة بموضوع غرامة التأخير التي نوقشت في ندوتي البركة الثالثة و الخامسة في كل من **إسطنبول و القاهرة** و الفتاوى الأخرى المتعلقة بذات الموضوع إتفق المشاركون على جواز هذه الغرامة كرادع للمماطلين رغم قدرتهم على السداد على أن تكون حصيلة هذه الغرامات المستوفاة على الدُّيون المتأخرة مخصصة للإنفاق على وجوه الخير .

وفي حالة تحقق ضرائب مباشرة على الدَّخل المُتأتِّي من هذه الغرامات يحق للبنك أن يحملها بها ، وهذا يعني أن المشاركين لا يوافقون على مبدأ التعويض[1].

وبذلك يجوز الصَّرف من وجوه الخير في إنتاج مسلسلات تيلفزيونية دينية هادفة أو بعض حلقات من برامج إسلامية مع ضرورة الإشارة إلى أنَّ مساهمة الإنتاج من صندوق البِّر في الشَّركة وليس من الشَّركة ، وعلى أن لا يكون ذلك في مقابل دعاية للشركة ، ولكن لابدَّ من مراعاة أن الحلقات المُمُوَّلة من صناديق الخيرات تكون مملوكة لتلك الصناديق[2].

ولا يجوز تقييد غرامات التأخير ضِمْنَ أرباح الفترة لأنها ليست ربحًا للمصرف وإنَّما هي موجودات يجب تجنيبها وصرفها في وجوه الخير[3].

...ولا للبنكِ ولا المُودِعيين الإنتفاع بشيئ منه ، وهذه لا تعتبر أرباحا يُشارك فيها المودعيين ،وبناء على ذلك فإنَّه لا يجوز توزيع هذه الغرامات بين البنك و المودعيين ولا يجوز لهم الإنتفاع بها أصلا[4].

ويجوز للدَّائن أن يرفع قضيةً على المدين، وإن حَكم القاضي بعقوبة مالية على المدين زائدة عن الدَّيْن فإن ذلك يصرفه في المصارف العامة ، ولا ينتفع منه البنك بشيئ ، وذلك إستحقاق البنك المصاريف الفعلية .

وقد بحثت الهيئة مدى جواز مطالبة المدين المماطِل قضائيا بتعويض البنك في القضية المدَّعاة ، وبناء على هذا فليس هناك تفويت فرصة الرِّبح ولا يُستأنَس بمعدَّل الفائدة السائد في السوق لتحديد مبلغ الضَّرر لأن ذلك ربا ، أي زيادة في مقابل الأجل-ربا الجاهلية- [5].

---

[1] وَرَدَت هذه المعلومات لدى **الصديق محمد الأمين الضرير**-حيث أجاز **هذا الأخير** تطبيق غرامة التأخير مع إمكانية إستفادة الدائن منها-، تعليقه على مقال **محمد أنس الزرقا** و**محمد علي القري** ، المرجع السابق، ص69.

[2] فتوى رقم 13-03، فتوى الصرف في حسابات الخيرات في البرامج الدِّينية،فتاوى دلة البركة،المرجع السابق،ص291.

[3] فتوى رقم 13-05، فتوى تجنيب غرامات التأخير لحساب الخيرات،فتاوى دلة البركة،نفس المرجع ،ص292.

[4]فتوى رقم13-29،فتوى إستيفاءالأرباح على المستندات التي لا تُدفع في مواعيدها،فتاوى دلة البركة،نفس المرجع،ص325.

[5]فتوى رقم13-31،فتوى مطالبة المدين المماطل قضائيا بالتعويض،فتاوى دلة البركة،نفس المرجع،ص327.

الفرع الثالث :أدلة أنصار جواز غرامة التأخير بشرط عدم إستفادة الدائن من هذه الغرامات.

إستند هذا الفريق على عديد الأدلة الشرعية نذكر منها.

البند الأول : الإستدلال بالقرآن الكريم.

وذلك إستنادا إلى قوله تعالى:

﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[1].

البند الثاني: الإستدلال بالسنة النبوية الشريفة.

وذلك إستنادا الى قوله صلى الله عليه وسلم:

قوله:﴿ مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته﴾[2].

البند الثالث: الإستدلال ببعض أقوال الحطاب من المالكية.

إستدل بعض الفقهاء الذين أجازوا فرض غرامة التأخير على المدين المماطل ونخص بالذكر أولئك الذين إشترطوا أن تكون عائدات هذه الغرامة إلى ذمة مالية غير ذمة المدين– صندوق خاص أو وجوه البر و الإحسان– إستدلوا بـــ: بما نقل **إبن الحطاب** عن فضلاء المالكية : إذا إلتزم أنه إذا لم يوفِّه حقه في وقت كذا فعليه كذا وكذا لفلان أو صدقة للمساكين ، فقد قال **إبن دينار** يقضي به ، ثم نقل عن **ابن نافع** قريباً من ذلك[3].

و الأصل عند **المالكية** أن الإلتزام إن كان على وجه القُربة فإنه يلزم الملتزم في القضاء بإتفاق علمائهم ، أمَّا إن كان الإلتزام على وجه بمعنى أن يكون معلقا على أمر يريد الملتزم الإمتناع عنه ، ففي لزومه في القضاء خلاف فذهب بعضهم إلى أنه لا يقضي به في الحكم ، وخالفهم آخرون فجعلوه لازما في القضاء ، وقد تكلم **الحطاب في تحرير الكلام عن مسائل الإلتزام** .

---

[1] سورة المائدة،الآية1.

[2] حديث سبق تخريجه ،ص268.

[3] **الحطاب محمد بن محمد الحطاب** ، تحرير الكلام في مسائل الإلتزام ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى ، 1984 ، ص 170 .

هذا على قول **المالكية** أما على أصل **الحنفية** فإن الوعد غير لازم في القضاء ولكن صرَّح **فقهاء الحنفية** بأنَّ بعض المواعيد قد تجعل لازمة لحاجة الناس[1].

فالشرط الجزائي لا يجوز شرعا إذا كان متعلقا بالديون وآلت الزيادة إلى الدائن نفسه لأنه لا يخرج عن كونه ربا نسيئة .

والذي أراه ماذهب إليه **إبن نافع وإبن دينار** و **الحنابلة** و **الشافعية** في قول من أن إشتراط دفع صدقة للفقراء إذا تأخَّر المدين عن الوفاء بدينه جائز ، ويجب على المدين الوفاء به لأنه شرط تضمَّن مقصودا صحيحًا من الشَّرع وهو تحقيق النفع للفقراء وجبر المدين على الوفاء بالدَّين في الوقت المحدد وتوفير الإطمئنان للدَّائن على ماله ، فإذا صُرفت تلك الزيادة إلى جهة البِّر والخير كدفعها للفقراء فيجوز إشتراط ذلك .

كما يجوز للدائن إشتراط حلول باقي الأقساط إذا تأخَّر المدينُ عن سداد قسط منها ، ويجوز للدائن أن يشترط على المدين الإشتراك في صندوق التأمين التبادلي لحماية حقِّه عند العجز عن السداد[2].

ولذلك كان القرار الذي توصَّلنا إليه في **ندوة البركة** هو أنَّ الزيادة تقرر ولكن لا لفائدة البنك وإنَّما لفائدة المصالح العامة ، وهكذاتصبح هذه الزيادة عقوبة فعلا لأنه لا يستفيد منها البنك ولا صاحب رأس المال وإنَّما تستفيد منه المجموعة العامة شأن العقوبات التي تُسلَّط على الإنسان والعقوبة المالية فيها خلاف، فهذا الحل الذي أعرضه على المجمع لينظُر فيه[3].

وأفضل عقوبة مالية في زماننا هي الغرامة المالية ، وتُصْرَفُ في وجوه البِرِّ وليس لصاحب الدَّين لأنَّه يعتبر من الرِّبا في هذه الحالة[4].

المطلب الثالث: عدم جواز فرض غرامة مالية مطلقاعلى المدين الموسر المماطل.

ما ينبغي التنويه به هو أنه:

---

[1] **محمد تقي الدين العثماني ، المرجع السابق،ص 45.**

[2] **محمد عثمان شبير–من فقهاء الإتجاه الثاني–**،بحوث فقهية في قضايا إقتصادية معاصرة،دار النفائس للنشر والتزريع،عمان،الأردن،المجلد الأول،1418هـ– 1998م،ص835، 879.

[3] **محمد مختار السلامي–من فقهاء الإتجاه الثاني–**،مناقسة موضوع الشرط الجزائي في بيع التقسيط،مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 6، العدد 6، الجزء الأول، 1410هـ–1990م، ص412.

[4] المجلس الإسلامي للإفتاء، بيت المقدس ، فلسطين المحتلة، المرجع السابق،ص1.

خلال هذا البحث المتواضع وقفت على أن هناك العديد من الفقهاء المسلمين رفضوا فكرة تطبيق غرامة التأخير وإستفادة الدائن منها ، بمعنى أنهم يعارضون ما ذهب إليه **الفريق الأول** من جواز فرض الغرامة على المدين الموسر المماطل مع إستفادة الدائن منها، ولكن مع ذلك فإن بعض هؤلاء الفقهاء–**أي الذين يعارضون الفريق الأول**–،لم يُعبِّروا ولم يبيِّنوا موقِفهم من تطبيق غرامة التأخير مع شرط التَّصدُّق والتَّبرُّع، فرغم أنَّهم تطرقوا إليه ولكن لم يُبرزوا رأيَهم في هذه المسألة من حيث جواز إشتراط الغرامة مع شرط التصدق و التبرُّع بها من عدمه.

وأذكر من أولئك على سبيل المثال [1].

و بعودتنا إلى الحديث عن الإتِّجاه الرافض مطلقا لتطبيق غرامة التأخير سواء تمَّ منح عائدات هذه الغرامة إلى الدائن أو إلى جهات أخرى ، فإنَّ العديد من الفقهاء والهيئات الشرعية و المالية يرون عدم جواز فرض الغرامة المالية على المدين مطلقا ولو كان مدينا موسرا ومماطلا في أداء الدَّين الذي في ذمته، سواء يستفيد منها الدَّائن أو يتمُّ التَّصدُّق والتبرُّع بها[2]، وذلك إستنادا إلى أدلة شرعية عديدة.

---

[1] **الصادق بن عبد الرحمن الغرياني ،نزيه حماد ، بلحاج العربي، ،قرار مجمع الفقه الاسلامي، يزيد بن إبراهيم بن صالح المزيد،أحمد الجزار محمد بشناق. علي محمد الحسين الصوا.**

[2]نذكر على سبيل المثال من الذين رفضوا جواز تطبيق غرامة التأخير على المدين المماطل، سواء كانت هذه الغرامة لصالح الدائن أو غيره.

2)دار الإفتاء الأردنية،فتوى الشرط الجزائي، بتاريخ 13–ربيع الآخر–1437هـ، الموافق لـ23–جانفي–2016م ،ص1،فتوى حكم الزيادة على القرض لصرفِها في وجوه الخير، رقم الفتوى 3540، بتاريخ 30–أكتوبر–2019 ،ص1، على الرابط http://ww.aliftaa.jo آخر إطلاع 12–سبتمبر–2020م.

3) فتوى الأزهر الشريف ،مصر.

4)عيادي بن عساف بن مقبل العنزي ، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الامام محمد بن سعود، السعودية،1427–2006م، ص340، غير أنَّ العنزي يُخرج من النِّزاع ما يحكم به الحاكم من عقوبة تعزيرية مالية إذا رأى المصلحة من ذلك موردِها بيت المال ومصرفها مصالح المسلمين لأن المال المأخوذ من باب الزواجر لا من باب الجوابر، وقد يكون هذا التوجه بناء على ما هو معمول به من حيث المادة 52 من المرسوم الملكي رقم 15/1 المؤرخ في 1433هـ، الموافق لـ2011م، التي جاء فيها: ﴿يعاقب كا من يثبت مماطلته في الوفاء بدينه بغرامة مالية على أن لا تتجاوز تلك الغرامة ضعف ربح الالتزام محل المماطلة لمدَّتها وتتكرر الاعقوبة بتكرار المماطلة وتُودَعُ الغرامة في حساب الجهة المشرفة على الجمعيات الأهلية وتخصَّصُ لدعم جمعيات النفع العام﴾.

5) قرار مجلس الإفتاء الأردني رقم 11 لسنة2008.

الفرع الأول: الإستدلال بالقرآن الكريم.

إستدل هذا الإتجاه بعديد الآيات القرآنية الكريمة، من ذلك:

أولا: قوله تعالى ﴿وأحل الله البيع وحرَّم الرِّبا ﴾[1].

فالرِّبا الجليُّ ربا النسيئة وهو الذي كانوا يفعلونه في الجاهلية مثل أن يؤخِّر دينه ويزيده في المال وكلَّما أخَّره زاد في المال حتى تصير المئة عنده آلافا مؤلَّفة[2].

فشرط الغرامة عن السَّداد في الموعد المحدد بينهما هو شرط أو قرض باطل ولا يجب الوفاء به بل ولا يحل ، سواء كان الشارط هو المصرف أو غيره لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه[3]فأخذ التعويض عن التأخير في دفع نقد ترتب في الذِّمة لا يجوز شرعا لأنه زيادة على الدَّين بعد ثبوته وترتبه في الذمة وهو ربا، ولأن التعويض عقوبة بمال زائدة على العقوبة المقدرة شرعًا وهي وجوب رد المال في حينه[4].

كما أن الشرط الجزائي في المداينات و المتضمن زيادة مشروطة على أصل الدين المترتب في الذمة حال إخلال المدين بوفائه إنما هو من قبيل ربا النسيئة. فهو شرط محرم يفسد العقد سواء أكان المدين مماطلا قد الحق الضرر بالدَّائن أم لا[5].

ثانيا: قوله تعالى:﴿وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾[6].

فوجه الإستدلال:

---

6)سعد بن عبد العزيز الشويرخ،مجلة العدل،السعودية،العدد56،السنة 1433هـ،الموافق لـ2011،ص331.

[1] **سورة البقرة** ، الآية 275.

[2] **محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية**، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار إبن الجوزي ، القاهرة، مصر،ط1، 1432هـ-2011م،ج 2، ص 154.

[3] **الشرط الجزائي** ، قرار مجمع الفقه الإسلامي ، رابطة العالم الإسلامي، المرجع السابق ،ص266 من المجلة.

[4] دار الإفتاء الليبية –رفضت تطبيق الغرامة للتعويض عن التأخير في سداد الدُّيون،لكن لم تُبيِّن موقفها من تطبيق غرامة التأخير على مماطلة الديون والتَّصدُّق بعائداتها، 22 ماي 2017، رقم الفتوى 3309، ص1.

[5]**أحمد الجزار محمد بشناق،–رفض تطبيق غرامة التأخير لصالح الدئن غير أنَّه لم يُبيِّن موقفه من تطبيق غرامة التأخير والتصدُّق بعائداتها**–الشرط الجزائي في الديون والبدائل الشرعية له في التطبيقات المصرفية ، مجلة المعارف ، كلية العلوم الإجتماعية والإنسانية ، الأردن ، السنة الثامنة، أكتوبر 2013، ص 14 .

[6] **سورة البقرة** ، الآية 279.

أنَّ الله عز وجل لما أبْطَل الرِّبا الذي كانوا يتعاملون به لم يقر للدائنين تعويضا عما فاتهم من نفع أموالهم مدة بقائها في أيدي المدينين .

فدلَّ ذلك على أن الدائن لا يستحق الإنتفاع بالمال ولو كان صاحب الحق يستحق تعويضا عما فاته من نفع ماله لفرض لهم تعويضا عنه لأنهم إنما أبقوها في أيدي المدينين بناء على الفوائد المتحصلة لهم من الرِّبا[1].

﴿**فلكم رؤوس أموالكم**﴾ يدل على تحريم أخذ الدائن أكثر من رأس ماله ، ويدل بمفهومه على أنه لا يُلزم المدين إلا أداء رأس المال فقط، فإلزامه بدفع زيادة مالية تُدفَعُ لغير الدَّائن مخالف لهذا المفهوم[2].

﴿**لا تظلمون ولا تظلمون**﴾فلا يجوز أن يُظلم الدَّائن بعدم رجوع رأس ماله إليه، كما لا يجوز أن يُظلم المدين بدفع زيادة على رأس المال الواجب عليه ، وفرض زيادة على المدين مقابل تأخيره في السَّداد تدفع لغير المدين كجهات الخير مخالف لمقتضى الآية فيمنع منه ، دفعا لظُلمِ المدين[3].

الفرع الثاني : الإستدلال بالسُّنَّة النبوية الشريفة.

أن العقوبة المنصوص عليها في حديث ﴿ **ليُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته**﴾، هي العقوبة الزاجرة ولم يتناولوا في ذلك العقوبة الجابرة لصاحب الحق فهذا مفهوم السَّلف للعقوبة الواردة في الحديث[4]،والحديث قال –العقوبة– عقوبة السجن كما أجمع عليه علماء المسلمين في تقسيم هذا الحديث[5].

وأنَّ المماطلة في الدُّيون لا توجب غرامة مالية تُؤخَذُ من المماطل ، وليس للدَّائن إلا ما وَرَدَ بِهِ الشَّرعُ من

---

[1] **يزيد بن إبراهيم بن صالح المزيد**، إستيفاء الديون في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة ، دار ابن الجوزي ، الطبعة الأولى ،الرياض، المملكة العربية السعودية ، 1431هـ 2010م،ص 182–183، مع الإشارة إلى أن **يزيد بن إبراهيم بن صالح المزيد** إستند في بعض أقواله إلى رأي **محمد تقي الدين العثماني**، غير أنَّ **محمد تقي الدين العثماني** كما رأينا سابقا ذهب إلى جواز فرض غرامة التأخير على المدين المماطل على أن لا يستفيد منها الدائن بل يتم التصدق بها.

[2] عيادي بن عساف بن مقبل العنزي ، –**من فقهاء الفريق الثالث**–،المرجع السابق،ص511.

[3] عيادي بن عساف بن مقبل العنزي ، –**من فقهاء الفريق الثالث**–،نفس المرجع ،ص511.

[4] **علي محمد الحسين الصوا–رفض رأي الاتجاه الأول لكن لم يُبيِّن موقفه من الرأي الثاني المتضمِّن الإلتزام بالتصدُّق**– الشرط الجزائي في الديون، مؤتمر :دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية ،كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 7،8 –ماي– 2002،ص 34.

[5] **عبد الله محفوظ بن بيه** ،–**من فقهاء الفريق الثالث**–، مناقشة الشرط الجزائي ، مجلة المجمع الفقه الإسلامي ، الدورة 12 ، العدد 12، الجزء الأول، 1421هـ– 2000م، ص 296.

إباحة عرضه وعقوبته، فحل العرض يشمل الشِّكاية و الفضيحة ونحوهما ، وحل العقوبة ما يزجر المماطل عن فعله كالحبس و التَّضيِيق و الضرب،وبيع المال جبرا ونحوه[1].

الفرع الثالث : الإستدلال بأن الشرط الجزائي يتضمن معنى الربا.

فالشرط الجزائي هو شرط صحيح يجب الوفاء به في المعاملات المالية إعمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، لأن أدلة الأحكام الشرعية لا تحظر وجود هذا الشرط، إلا إذا كان مُفضيا إلى الرِّبا.

أو كان يُراد به مُجرَّد التهديد المالي لا غير بعيدا عن مقتضيات القواعد الشَّرعية ومبادئ العدل و الإنصاف ، فيتم الرجوع عندئذ إلى رأي الحاكم الشرعيِّ عن طريق أهل الخبرة و النَّظر،وقد أجاز بعض **الأحناف و الحنابلة** الشرط الجزائي .

غير أن **المالكية** حرَّموا الشرط الجزائي الذي يفضي إلى الربا بأن يكون محل الإلتزام مبلغا نقديا وإلتزم المدين بأن يدفع للدَّائن تعويضا عن التأخُّر في الوفاء،مما يؤدِّي إلى حصول هذا الأخير–الدائن– على مبلغٍ يزيد على أصل الدَّين ،أي أكثر مما يستحق[2].

وذلك إستنادا إلى قول **الإمام مالك** الذي كان ينكر العقوبة المالية ويقول:

إنما أعرفه حبسا أو ضربا في بدنه، وهناك تأليف لعلَّ من إطَّلع عليه قليل وهو﴿**حادثة السؤال عن نفي العقوبة بالمال**﴾، أظهر صاحبه أن الإجماع إنعقد على أن هذه العقوبة نسخت، وإذا لم تنسخ فيجوز العمل بها حيث إنعدمت الأحكام الشرعية كما قال صاحب النوازل[3]:

وجوّزا العقوبة المالية إن عُدمت أحكامنا الشرعية.

و إستنادا كذلك على قول **الحطاب من المالكية** ، حيث يقول:

إذا إلتزم المدعى عليه المدعى أنه إذا لم يوفِّه حقَّه في وقت كذا وكذا ،فله كذا وكذا ، فها لا يختلف في بطلانه لأنه صريح الرِّبا ، وسواء كان الشيئ الملتزم به من جنس الدَّيْنِ أو غيره[4].

---

[1] عيادي بن عساف بن مقبل العنزي ، –**من فقهاء الفريق الثالث**–،المرجع السابق،ص511.

[2] **بلحاج العربي**، – لم يبين موقفه صراحة من تطبيق الغرامة والتصدق بعائداتها– النظرية العامة للإلتزامات ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص274.

[3] **عبد الله محفوظ بن بيه** ،–**من فقهاء الفريق الثالث**–،مناقشة الشرط الجزائي ضمن بيع التقسيط، مجلة المجمع الفقه الإسلامي ، الدورة 9 ، العدد 9، الجزء الأول، 1410هـ– 1990م، ص 417.

[4] تحرير الكلام في مسائل الإلتزام ، المرجع السابق ،ص176 .

أما إن وجدت الأحكام الشرعية فلا يُلجأ إلى هذه العقوبة المالية، تعويض الضرر أعتقد أنه مقصد قد نفاه الشارع بمعنى أن هذه المصلحة ليست مصلحة مرسلة[1].

الفرع الرابع : الإستدلال بالأثر.

فلقد حبس **عمر رضي الله عنه أسيفع جهينة قال:** لأن **أسيفع جهينة** أدان معرضا ، أي تحمَّل الدَّين وكان معرضا عن قضائه فالحبس هو عقوبة مهمة جدا[2].

الفرع الخامس : الإستدلال بسد الذرائع

فتح باب التعويض التأخيري قد يصبح ذريعة للربا المحرم، كما حدث مع الكنيسة إذ أن إجازة الفائدة حاليا جاء نتيجة تطورات تاريخية وإن إختلفت التسمية من حقبة زمنية إلى أخرى فبدأت بالتعويض ثم الشرط الجزائي ووصل بها المطاف إلى ماهي عليه الآن[3].

فالشارع حرَّم الرِّبا وسدَّ ذرائعه وضيَّق مسالكه،والنَّظر في مآلات الأفعال مقصود شرعا، وذلك أن المجتهد لا يحكم على تصرف من التصرُّفات الصَّادرة عن المكلَّفين بالجواز أو المنع إلا بعد النَّظر إلى ما يؤول إليه التَّصرف من مصلحة تستجلب أو مفسدة تدرأ[4].

فالأصل هو أن الزيادة على الدَّين للتأخير في سداده ممنوعة مطلقا سواء أخذها الدائن أوغيره[5].

فالشرط الجزائي أو التعويض التأخيري يعدَّان من الممنوعات إمَّا لأنَّهما :

كالرِّبا حقيقةً أو أنَّهما ذريعة إليه[6].

فأمَّا إشتراط مبلغ معيَّن عند التأخُّر في السَّداد،فهو شرط محرَّم ولو ذهب المبلغ إلى جهة أخرى... .

---

[1] **عبد الله محفوظ بن بيه ، –من فقهاء الفريق الثالث–**،المرجع السابق، ص 417.

[2] **عبد الله محفوظ بن بيه ، –من فقهاء الفريق الثالث–**، نفس المرجع ، ص 416 ،417.

[3] **علي محمد الحسين الصوا –رفض تطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل مع إمكانية إستفادة الدائن منها لكنَّه لم يُبيِّن موقفه من تطبيق غرامة التأخير والتصدُّق بعائداتها** ،الشرط الجزائي في الديون ، بحث مقدم إلى مؤتمر الصيرفة الإسلامية في الإستثمار والتنمية ، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات، 2002، ، ص 416 ،417.

[4] الشاطبي أبي اسحاق، الموافقات في أصول الشريعة،دار الكتب العلمية، لبنان،دون سنة طبع، ، الجزء4،ص140–141.

[5] **سعد بن عبد العزيز الشويرخ، –من فقهاء الفريق الثالث–،المرجع السابق،ص331، 332.**

[6] **علي محمد الحسين الصوا،–رفض تطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل مع إمكانية إستفادة الدائن منها لكنَّه لم يُبيِّن موقفه من تطبيق غرامة التأخير والتصدُّق بعائداتها ،المرجع السابق** ،ص 170.

وبهذا يتبيَّن أنَّه لا يجوز إلزام المدين إذا تأخَّر بصدقة أو تبرُّع في وجوه الخير[1].

أن هذا الإلتزام بالتَّبرع إن لم يكن رِبا فهو وسيلة إليه ، فينبغي منه سدًّا للذَّريعة وصَوْنًا للشريعة[2].

المطلب الرابع: مناقشة أدلة الإتجاهات الثلاثة .

قبل الحديث عن مختلف المناقشات التي أوردها فقهاء الإتجاهات الثلاثة ، يجب الإشارة إلى أنَّه تمَّ إعتماد طريقة ذكر مناقشة أدلة إتجاه بإتجاهين في **كل الدراسة** ، بمعنى أن مناقشة أدلة **الإتجاه الأول** مثلا تكون بعرض المناقشات التي ذكرها الإتجاهين **الثاني** و**الثالث** في آن واحد ،وذلك لما وقفنا عليه من خلال هذا البحث أن هناك العديد ممن تطرَّقوا إلى موضوع غرامة التأخير في الدُّيون والأعمال–**وهذا لا ينقص شيئا من أعمالهم التي ساعدتني كثيرا في إنجاز الدراسة**– لم يميِّزوا في أكثر من مرَّة بين مختلف الأدلة و المناقشات التي أثارها فقهاء الإتجاهات **الثلاثة** ، فتجد مثلا فقيها ينتمي إلى الفريق **الثاني** يتم ذِكر إسمه في الفريق **الثالث** ، فقد يتخيَّل لك من الوهلة الأولى أن هذا الفقيه ينتمي إلى الفريق الثالث، غير أنَّ التَّمعن والتَّعمُّق في البحث يُوصِلك إلى أنَّ هذه الفقيه ينتمي إلى الفريق **الثاني** وهكذا ، ونعود للحديث عن مناقشة أدلة الفريق الأول ، وبعد أن ذكرنا الآراء الفقهية **الثلاثة** بخصوص مسألة تطبيق غرامة التأخير على مماطلة سداد الديون ، فبطبيعة الحال فإنَّ كل فريق سيدافع عن رأيه ويعمل على مناقشة أدلة الفريق الآخر.

وعليه سنتطرق إلى مناقشة أدلة **الإتجاه الأول** المتمثل في فريق جواز تطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل مع إمكانية إستفادة الدائن منها«**الفرع الأول**»، وفيما بعد التطرُّق إلى مناقشة أدلة الفريق الثاني الذي يرى جواز تطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل بشرط عدم إستفادة الدائن من هذه الغرامات بل يجبُ صرفها و التَّصدُّق بها في وجوه البِّر والخير«**الفرع الثاني**»، وفي الأخير مناقشة أدلة **الفريق الثالث** الذي يرى عدم جواز فرض غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل مطلقا سواء

---

[1] نقلا عن موقع: **http/ :www.islamweb.net/ar130981**، آخر إطلاع 12–سبتمبر–2020م، وإستند أصحاب هذا الموقع على الفتوى الصادرة عن مجمع الفقه الإسلامي بشأن الشرط الجزائي، غير أن هناك من يرى أن قرار المجمع ليس عاما ولم ينص على عدام جواز الإلتزام بالتصدق ومن أولئك **محمد الزحيلي** ، المرجع السابق، ص202، كما إستندوا كذلك على فتوى **علي السالوس** في بحثه المقدَّم إلى مجمع الفقه الإسلامي حول موضوع الشرط الجزائي، فإنَّ **علي السالوس** وإن أفتى حقيقةً بعدم جواز التعويض عن مماطلة سداد الديون لكنه يرى جواز تطبيق غرامة التأخير والتصدُّق بعائداتها من خلال بحثه حول بيع التقسيط .

[2] **عياد بن عساف بن مقبل العنزي–من فقهاء الفريق الثالث**–،المرجع السابق،ص515.

كانت عائدات هذه الغرامة إلى الدائن أو إلى جهات أخرى ولو كانت جهاتَ برٍّ ،خيرٍ وإحسانٍ«**الفرع الثالث**».

الفرع الأول: مناقشة أدلة الفريق الأول.

فيما يخص مناقشة أدلة **الفريق الأول** ، فإن مختلف الأدلة التي إستند عليها هذا الإتجاه كانت محلَّ مناقشة علمية .

مع الإشارة إلى أن هذه الأدلة كما بيَّنا سابقا تمت مناقشتها من طرف **الفريق الثاني** الذي يرى جواز تطبيق غرامة التأخير بشرط التَّصدُّق بها،وفي نفس الوقت تمَّ مناقشة أدلة **الفريق الأول** من طرف **الفريق الثالث** الرافض مطلقا لتطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل.

البند الأول:مناقشة الإستدلال بالقرآن الكريم.

يرى **رفيق يونس المصري** وهو من الفقهاء الذين أخذوا بالراي القائل بفرض غرامة لكن ليس لصالح الدائن أن التعويض عن التأخير بوجه عام تقف أمامه **أربعة** عقبات ،إذ يقول ردًّا على **مصطفى الزرقا**[1]:

﴿الأستاذ **الزرقا** ليس أستاذي فحسب بل هو أستاذ أساتذتي،أستأذنه في التعقيب على إقتراحه فإن كان حقًّا فأرجو منه التأييد والتشجيع ، وإن كان خطأ فأسأله التصحيح و التعليم .

إن هذا الاقتراح لا بدَّ له أن يجتاز **أربعة** عقبات حتى يكون له القبول في نظري وهو مالم يتعرض له الأستاذ **الزرقا** في إقتراحه:

العقبة الأولى :

كثير من الفقهاء الكبار لا يسلِّم بمبدأ العقوبة المالية أصلا.

العقبة الثانية :

فكيف إن كانت هذه العقوبة في سياق الربا.

العقبة الثالثة :ثم أنَّ هذه العقوبة إذا ما أقرَّت لا بد أن تتأثر بحجم المبلغ ومدة المماطلة وهو ما يعرف في القانون الوضعي و الأعراف النافذة بفوائد التأخير.

ولو أُضيف إلى هذا الإقتراح إقراح آخر كإقتراح رشيد رضا وهو جواز الزيادة الأولى عند عقد القرض ، كجوازها عند عقد البيع المؤجل لصارت جائزة أيضا الفوائد التعويضية.

---

[1] **رفيق يونس المصري–من فقهاء الفريق الثاني**–بحوث في فقه المعاملات المالية ، دار المكتبي، دمشق ، سوريا ، ط 2، 1430هـ–2009 م، ص 322.

العقبة الرابعة :لماذا أختيرت هذه العقوبة على سواها من العقوبات كالحبس وبيع ماله عليه...؟.

إن ماجاء في أدلة الفريق المجيز لغرامة التأخير من إستدلال من نص القرآن الكريم على الوفاء بالعقود و أداء الأمانات إلى أهلها وإن كان فيهما من الأمر بالوفاء بالعقود وما يستلزمه من التقيِّد وأداء الأمانات إلى أهلها إلا أنَّه لا دلالة فيهما على محل النزاع وهو تعويض الدائن عن التأخير في وفاء الدين[1].

كماأن إستدلال فريق جواز التعويض عن التأخير يناقَشُ بأنَّ:مع ما في الدليلين السابقين[2] من الأمر بالوفاء بالعقود وما يستلزمه الوفاء من التقيِّد وأداء الأمانات إلى أهلها إلا أنه لا دلالة فيهما على محل النِّزاع وهو تعويض الدائن عن التأخير في وفاء الدين و القول الراجح هو عدم صحة إشتراط التعويض عن التأخير في وفاء الدين وذلك لقوَّة أدلته في مقابل عدم نهوض القول الأول بالإحتجاج بما ورد عليه من مناقشات[3].

أعني أن هذه الإقتراحات أخشى أن تُتَّخَذَ ذريعة في التطبيق العملي إلى الربا ، فتصبح الفائدة الممنوعة نظريا تمارس عمليا بإسم العقوبة – جزاء التأخير – وينتهي الفرق إلى فرق في الصور والتخريجات . وأرى أن هذه الإقتراحات من جنس إقتراحات أخرى عصرية تَحُومُ حول الحِمَى وربما تؤول إلى الدخول من النوافذ بعد أن أُقفل الباب حتى إذا ما كثرت النوافذ الشرعية رجا بعضنا على الأقل العودة إلى الدخول من الباب الرسمي﴾[4].

---

[1] **مزيد بن إبراهيم بن صالح المزيد ، رفض تطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل مع إمكانية إستفادة الدائن منها لكنَّه لم يُبيِّن موقفه من تطبيق غرامة التأخير والتصدُّق بعائداتها ،المرجع السابق** ، ص 179.

[2]يقصد الآيتتين اللتين إستدل بهما الفريق الذي أجاز الغرامة كتعويض للدائن عن المطل وهما:

قوله تعالى:﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾، سورة النساء، الآية58.

قوله تعالى :﴿ و الذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون﴾ ، سورة المؤمنون، الآية 8.

[3]**يزيد بن إبراهيم بن صالح المزيد، رفض تطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل مع إمكانية إستفادة الدائن منها لكنَّه لم يُبيِّن موقفه من تطبيق غرامة التأخير والتصدُّق بعائداتها** ،المرجع السابق،ص179 ، 193.

[4] يتخوَّف بعض الفقهاء المسلمين من مسألة تطبيق غرامة التأخير على الديون، بحيث أنَّ عدم وجود فقهاء وعلماء ثقات وثقات في الهيئات الشرعية للمصارف الإسلامية قد يؤدِّي إلى إنحرافات شرعية في هذه المسألة ، ويقول **علي محي الدين القَرَه داغي** أحد الذين أجازوا غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل على أن يتم التصدُّق بعائداتها وعدم إستفادة الدائن منها في سياق الحديث عن هذا التخوُّف:«...وهذا الرأي الذي خِيفَ منه قد تحقَّق فعلا ، فقد إستطاع أحد البنوك بعد تَركي مراقبا شرعيا له تحصيل الموافقة من الهيئة الشرعية على إشتراط التعويض عن التأخير وعلى غرامة التأخير

البند الثاني: مناقشة الإستدلال بالأحاديث النبوية الشريفة.

لَقِيت الأحاديث الثلاثة التي إستدلَّ بها فقهاء جواز غرامة التاخير مع إمكانية إستفادة الدائن منها عدَّة مناقشات من **الفريق الثاني**،ومن **الفريق الثالث**.

أولا: مناقشة الإستدلال بحديث﴿لا ضرر ولا ضرار﴾.

نوقش الإستدلال بهذا الحديث[1] ، أنَّ الحديث وإن كان يدل على رفع الضرر فليس فيه دلالة على فرض العقوبات المالية من قِبَلِ الأفراد أو الشركات لتحقيق مصالحها بل أن الضرر لا يزال بضرر مثله ، ثم إن الدَّين له ميزانه الخاص الحسَّاس القائم على عدم الزيادة فيه لأي سبب كان وإلا كانت هذه الزيادة ربًا ، بل جعل الفقهاء بعض العقود التابعة له في نفس الدائرة ولذلك لم يجيزوا الكفالة[2].

فلا شك أن إضرار الغير حرام بهذا النص وكذلك يدل هذا النص على إزلة الضرر بطريق مشروع ،ولكن لا يجب أن يزال كل ضرر بالتعويض المالي – ولا يدل النص صراحة أو إشارة – على أن إزالة ضرر المطل يكون بالتعويض ولو كان هذا النص يدل على إزالة ضرر المماطل يزال بفرض المال لكان ذلك واجبا ولوجب على كل قاض أن يقضيَ بذلك، وعلى كل مفتٍ أن يفتيَ بذلك مع كثرة قضايا المطل في كل عصر ومصر[3].

ثانيا:مناقشة الإستدلال بحديث﴿مطل الغني ظلم﴾[4].

يمكن مناقشته أن : **الرسول صلى الله عليه وسلم** إعتبر أن المماطلة في أداء الدين ظُلْمٌ يستحق فيه

فوافقت الهيئة على أن تُصرَف في وجوه الخَير، ولكن الإدارة كانت ذَكيَّة فأخذت موافقة أخرى من الهيئة على إقتطاع جزء هذه الغرامة في مقابل الإجراءات الإدارية ، وحينئذ كلَّفت الإدارة أحد موظفيها بإحتساب مِقدار التكلفة الإدارية حيث بلغت قريبا من الغرامة المحصَّلة ، وبالتالي دخلت في جَيبِ البنكِ»، لمزيد من التفاصيل يرجى من القارئ"ة" الكريم"ة مراجعة **،علي محي الدين القره داغي، ،–من فقهاء الفريق الثاني**–مشكلة الدُّيون المتأخِّرات وكيفية ضمانها في البنوك الاسلامية ، المرجع السابق،ص50.

[1] حديث سبق تخريجه، ص 262.

[2] **محي الدين القره داغي،–من فقهاء الفريق الثاني**–بحوث في فقه البنوك الإسلامية، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية القطرية،إدارة الشؤون الإسلامية، قطر ، الكتاب السادس، الجزء الأول ، ط 1، 1431هـ – 2010 م، ص 104.

[3] **محمد تقي العثماني، ،–من فقهاء الفريق الثاني**–بحوث في قضايا فقهية معاصرة ، المرجع السابق، ص 40 .

[4] حديث سبق تخريجه، ص 268.

المماطل العقوبة ، فمطل القادر ظلم،هذا محلُّ إتفاق ولكنَّه لا يلزم منه أبدا جواز إشتراط التعويض المالي لصالح الدَّائن بسبب المطل[1].

ثالثا:مناقشة الإستدلال بحديث﴿ليُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته﴾.

فالعقوبة هي الحبس وبيعُ ماله عليه لوفاء دينه[2] ، كما ذهب **كمال نزيه حماد** إلى أن ما عَناه الحديث هو الدَّرء بواسطة العقوبات الزواجر هذا ما سعت إليه الشريعة الإسلامية فالتعويضات الجوابر إنما تبنى على أساس إستدراك المصالح الغائبة بردِّها بعينها أو بالمثل المساوي و التعويض المالي المفترض هاهنا مُبَاين للفائت وليس مستدركا له بالمساوي العادل فلا يصح الحكم به وحيث لم تكن التسوية بين الفائت وبَدَله متحققة في التعويضات كان التعويض المالي ظلم لا يصح إرتكابه شرعا[3].

يرى **رفيق يونس المصري** بخصوص الإستدلال بالحديث الثالث[4]أن أحدا من العلماء لم يقل أن العقوبة تعويض مالي أو غرامة مالية[5].

فلا يوجد من الفقهاء و المحدثين من فسَّر العقوبة هنا بعقوبة مالية على إختلاف بينهم في جواز التعزير بالمال ، ولو فسَّرها أحد بذلك فإن العقوبة إنما يَحكُم بها الحاكم لا الدائن نفسه بدون حكم أي حاكم ، ولو فوّض تنفيذ العقوبة الشرعية إلى أحاد الناس بدون حكم الحاكم لأدى ذلك إلى فوضوية لا يقبلها شرع ولا عقل[6].

فالحديث لا يدل على ماذهبوا إليه ، لأن قول **النبي صلى الله عليه وسلم:** ﴿ وعقوبته﴾ ، الحق لا يُسمَّى

---

[1] علي محي الدين القره داغي،–**من فقهاء الفريق الثاني**–، مشكلة الدُّيون المتأخرات وكيفية ضمانها في البنوك الإسلامية،المرجع السابق،ص21.

[2] **رفيق يونس المصري**، ،–**من فقهاء الفريق الثاني**–الرِّبا والحزم الزمني في الإقتصاد الإسلامي ، دار المكتبي ، دمشق ، سوريا، الطبعة الثانية ، 1430هـ – 2009م ، ص 35.

[3] **كمال نزيه حماد**، ،–**رفض تطبيق غرامة التأخير مع استفادة الدائن منها، لكن لم يبيِّن موقفه من تطبيق هذه الغرامة والتَّصدُّق بها**–،المؤيِّدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة ،المرجع السابق، ص 110.

[4] حديث ﴿**ليُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته**﴾، سبق تخريجه، ص 268.

[5] **رفيق يونس المصري** ،–**من فقهاء الفريق الثاني**– المصارف الإسلامية ، دراسة شرعية ، دار المكتبي، دمشق ، سوريا، الطبعة الثانية ، 1430هـ– 2009م ، ص 66.

[6] **محمد تقي العثماني**،–**من فقهاء الفريق الثاني**–بحوث في قضايا فقهية معاصرة ، المرجع السابق، ص41–42.

عقوبة فلو كانت هذه الزيادة حقا فهي لا تدخل تحت الحديث لأنه ينص على العقوبة[1].

كما نوقش إستدلال **الفريق الأول** بحديث النبي صلى الله عليه وسلم :

﴿ **ليُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته** ﴾، أن لفظ العقوبة لم يجد أحد من الفقهاء المحدثين من فسَّر العقوبة هنا بأنها العقوبة المالية[2]، والعقوبة المالية على القول بجوازها موردها بيت المال لأن المال المأخوذ حينئذ – على القول بجوازه– وقد قال به **أبو يوسف و المالكية** في المفتى عندهم و **الشافعي في أحد قوليه وإبن تيمية و إبن القيم** إنما هو من باب الزواجر لا الجوابر بينما التعويض عن التأخير – على القول بجوازه – إنما هو من باب الجوابر جبرا لصاحب الحق عما فاته من إنتفاع أو لحقه من ضرر بسبب المماطلة[3].

فالحديث لا يدل على ما ذهبوا إليه ، لأن قوله **صلَّى الله عليه وسلَّم:**

﴿**ليُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته**﴾ .

فالحقُّ لا يسمّى عقوبة ، فلو كانت هذه الزيادة حقًّا فهي لا تدخُل تحت الحديث ، لأنه لا ينصُّ على العقوبة[4].

---

[1] **محمد مختار السلامي** ، مناقشة بيع التقسيط ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة ، العدد السادس، الجزء الاول 1410هـ–1990م ، ص 412.

[2] **مزيد بن إبراهيم بن صالح المزيد، رفض تطبيق غرامة التأخير مع استفادة الدائن منها، لكن لم يبيِّن موقفه من تطبيق هذه الغرامة والتَّصدُّق بها**–المرجع السابق، ص183 غير أنه يُخرج من هذا البحث ما يحكُم به القاضي على المدين المليِّ المُماطل من عقوبة تعزيرية مالية موردها بيت المال، لأن المال المأخوذ حينئذ –على القول بجوازه– وقد قال **به أبو يوسف ، والمالكية** في المفتى به عندهم، **والشافعي** في أحد قوليه ، **وإبن تيمية وإبن القيم** إنَّما هو مِن باب الزَّواجر لا الجوابر، بينما التعويض عن التأخير –على القول بجوازه– إنما هو من باب الجوابر ، جبر لصاحب الحقِّ عمَّا فاته من إنتفاع أو لحِقه من ضرر بسبب المماطلة ص183– تكييفه للغرامة التي يتمُّ تطبيقها من الحاكم على المَدين المُماطل يُشبه التَّكييف الذي جاء به **عيَّاد بن عساف بن مقبل العنزي– من فقهاء الفريق الثالث**–، ومن الآراء التي إستند عليها **مزيد بن إبراهيم بن صالح المزيد رأيُ محمد تقي الدِّين العثماني** في أحكام البيع بالتقسيط ، غير أن **محمد تقي الدِّين العثماني** يرى أنَّ فرض غرامة على المدين المماطل دون إستفادة الدائن منها من الأمور المقبولة فهل أنَّ **مزيد بن ابراهيم بن صالح المزيد** لا يدرك **محمد تقي الدِّين العثماني** في هذا الصدد؟.

[3] **مزيد بن ابراهيم بن صالح المزيد**، نفس المرجع ، ص176، 182 .

[4] **محمد المختار السلامي**، –**من فقهاء الفريق الثاني**–مناقشة الشرط الجزائي في بيع التقسيط، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 9، العدد9، الجزء1، المرجع السابق،ص411.

في حين أن **القره داغي** أحد الذين أجازوا فرض غرامة تأخير على المدين المماطل بشرط أن تؤول عائدات الغرامة إلى جهات أخرى يرى أن :

الحديثين الشريفين ﴿**مطل الغنيِّ ظلم**﴾ و﴿**ليُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته**﴾ ،لم يحدِّدا العقوبة وتفسيرها بالغرامة المالية على التأخير يحتاج إلى دليل ، ثم إن سُلطة فرض العقوبات وتنفيذها ليست للأفراد والشركات .

وإلا كان بإمكان البنك أن يقوم بجَلد المدين وضربه وحبسه ، ولم يقل أحد من العلماء السابقين بذلك[1].

وعلى الرَّغم من الإختلاف حول التعزير بالمال ومع ذلك لا يلزم منه جواز إشتراط التعويض المالي لصالح الدَّائن لأن العقوبات –ومنها التعزير– تعود صلاحية فرضها وتقديرها إلى الدولة ومؤسَّساتها القضائية وأنَّ الغرامة المالية النَّاتجة منها لا يكون لصالح الأفراد ،بل لصالح الدولة[2].

البند الثالث: مناقشة الإستدلال بالقياس.

هذا القياس لم يسلَم من مختلف المناقشات التي جاء بها فقهاء الفريقين الآخرين.

أولا : مناقشة الإستدلال بقياس غرامة التأخير في سداد الديون على الغصب.

نوقش هذا الدليل بأن حق الإنتفاع بالنقود إذا فوَّته المدين المماطل على الدائن فإنه لا تصحُّ مقابلته بضمان مالي في قول أحد من الفقهاء بل إن نصوصهم صريحة في مَنعِه ، كما يتضح أن قياس الإنتفاع و الإرتفاق بالنقود المستحقة للدائن في حالة مطل المدين على المنفعة المملوكة ملكا تاما للمغصوب و المتقومة شرعا والمقدرة بأجرة المثل قياس مع الفارق[3].

فمسألة تعويض منافع الأعيان المغصوبة مسألة خلافية وليست مجمعا عليها، حيث ذهب **الشافعية** و **الحنابلة** إلى أنَّ : الغاصب يضمن منفعة العين المغصوبة بأجر المثل سواء إستوفى المنافع أم تركها ،

---

[1] **علي محي الدين القره داغي ،–من فقهاء الفريق الثاني–**، بحوث في فقه البنوك الإسلامية، المرجع السابق ،ص 104.

[2] **علي محي الدين القره داغي،–من فقهاء الفريق الثاني–**،مشكلة الديون المتأخرات وكيفية ضمانها في البنوك الإسلامية، المرجع السابق،ص 22.

[3] **كمال نزيه حماد–رفض تطبيق غرامة التأخير مع استفادة الدائن منها، لكن لم يبيِّن موقفه من تطبيق هذه الغرامة والتَّصدُّق بها–**،المؤيِّدات الشرعية على حمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة، المرجع السابق ، ص109.

وذهب **متقدِّموا الحنفية** إلى أنَّ الغاصب لا يضمن إذا كان الغاصب قد إستعمله أو أجَّره[1].

وفي ذلك يقول **كمال نزيه حماد**[2]:

إذ الأول ﴿**يقصد الإنتفاع بالنقود**﴾ عبارة عن مجرد إنتفاع غير متقوِّم بمال بالإجماع ولذلك لا يجوز أخذ العوض عنه بحال لأن النقود مال قابل للنماء بعمليات الإستثمار و الإتِّجار بصورة غير محققة فمنافعها محتملة مظنونة.

إذ كثيرا ما تخسر أو لا تربح عند دفعها لشريك مضارب أو التعامل بها في التجارات فَمِن أجل ذلك لم تصح مبادلتها بمال ورفض جميع الفقهاء إجارة النقود أما منافع المغصوب المتقوّمة المعدَّة للإستغلال التي يصح وُرُودِ عقد الإجارة عليها فهي منافع محققة لها أجرة المثل ويجوز نقلها بعوض ومبادلتها بمال لأنها في نظر جمهور الفقهاء أموال متقوّمة.

ومن هنا وجب ضمانها على الغاصب بناء على قاعدة الجوابر التي تقضي بوجوب إحلال مال مماثل معوض به بدل مال محقق فائت ، فشتَّان بين منافع الأعيان المعدة للإستغلال المحققة وقابلية الزيادة بالنسبة للنقود فافترقا.

فنصت المادة 1397 من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب **الإمام أحمد** على:﴿لا يضمن الغاصب ما فوَّته على المالك من الربح بحبسه مال التجارة﴾[3].

إن القياس هنا مع الفارق فالأعيان كالعقَّار و السيَّارات ونحوهما لها منافع مُتقوِّمة محققة ولذلك لا يجوز تأجيرها أمَّا الدُّيون فليست كذلك.

بل النُّقود كلها كذلك،ولذلك لا يجوز تأجيرها،فالفرق واضح بين الدَّين الموجود في الذِّمة والعين الموجودة التي لها منفعة معلومة وذلك إضافة إلى خصوصية الدَّين بشأن الرِّبا[4] ،فإذا كان المغصوب من النقود

---

[1] **علي محي الدين القَره داغي–من فقهاء الفريق الثاني**– مشكلة الديون المتأخرات وكيفية ضمانها في البنوك الإسلامية، المرجع السابق.**المرجع السابق**، ص109.

[2] **كمال نزيه حماد–رفض تطبيق غرامة التأخير مع استفادة الدائن منها، لكن لم يبيِّن موقفه من تطبيق هذه الغرامة والتَّصدُّق بها**–،المؤيِّدات المؤيِّدات الشرعية على حمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة، المرجع السابق ، ص109،110.

[3] **المادة 1397** ، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب **الإمام أحمد بن حنبل**.

[4] **علي محي الدين القَره داغي–من فقهاء الفريق الثاني**– مشكلة الديون المتأخرات وكيفية ضمانها في البنوك الإسلامية، المرجع السابق ، ص27.

وهي أموال لا يصح إجارتها بالإجماع فلا يضمن الغاصب زيادة على مقدار المبلغ المغصوب مهما طالت مدة غصبه[1].

كما أن منافع المغصوب إنما تُضمن **–عند من يقول بالضمان–** في الأعيان المغصوبة لا في النقود حتى ولو إتَّجر بالنُّقود المغصوبة وربح فيها ، فالربح لا يقضى به للمغصوب في أصح القولين عند **الشافعية** كما ورد في كتاب **المهذب للشيرازي** ، وهذا في الربح الذي تحقق فعلا فما بالك بالربح المتوقع فقط؟![2].

نوقش بأن هذا القول مبني على إعتبار الربح المتوقَّع من النقود ربحا حقيقيا ، وعلى أن النقود مدرَّةٌ للربح بنفسها بحساب كل يوم وهذا المبدأ إنما أقرَّته النظريات الربوية ولا عهد للفقه الإسلامي به .

ولو كان هذا المبتدأ معتبرا في الفقه الإسلامي لكان الغاصب أو السارق أولى بتطبيقه عليه ولكن لم يقل أحد بِفَرضِ أيِّ تعويض مالي غاصب النقود أو سارقها لكونه فوَّت ربحَها على المغصوب منه في مدة الغصب وإنَّما فرضت الشريعة الإسلامية عقوبة القطع على السارق دون أيِّ تعويض مالي يضاف إلى النقود المسروقة[3].

ويرى **كمال نزيه حماد** أن إعتبار المدين المماطل بغير عذر شرعي ظالما أمر مسلَّم لا خلاف فيه لنص الحديث على ذلك ، ومنشأة ظلمه إلحاقه الضرر بالدائن نتيجة تأخر الوفاء .

ولكن ليس كل ضرر ألحقه الإنسان بغيره ظلما يعدُّ موجبا للتعويض المالي وهذا أصل لا مراء فيه[4].

ولكن ذلك في نظر **كمال نزيه حماد** :

لا يبرر التعويض عن ضرر المدين ، بالرغم من المشاكل التي يعاني منها الدائن في إستيفاء حقِّه من المدين المماطل، فالفقه الإسلامي ليس وظيفته ليست ترقيع الخروق أو إيجاد حلول أفرزتها تقنينات ونظم

---

[1] **كمال نزيه حماد–رفض تطبيق غرامة التأخير مع إستفادة الدائن منها، لكن لم يبيِّن موقفه من تطبيق هذه الغرامة والتَّصدُّق بها–**، المؤيِّدات الشرعية على حمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة، المرجع السابق، المرجع السابق ، ص 109.

[2] **محمد تقي الدين العثماني،–من فقهاء الفريق الثاني–** بحوث في قضايا فقهية معاصرة ،المرجع السابق، ص41 .

[3] **مزيد بن ابراهيم بن صالح المزيد**، المرجع السابق ، ص181.

[4] **كمال نزيه حماد–رفض تطبيق غرامة التأخير مع استفادة الدائن منها، لكن لم يبيِّن موقفه من تطبيق هذه الغرامة والتَّصدُّق بها–**،المؤيِّدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة ، المرجع السابق، ص 110.

وضعية غريبة عن الإسلام[1].

كما أنه وإن كان تشبيه المماطل بالغاصب أمر وارد ولكن مطالبته بالتعويض عن الربح الفائت أو الضرر على أساس ربح المثل أو ربح المغصوب أمر غير وارد لأنه يضارع الرِّبا ... [2].

كما أنَّ قول **إبن تيمية** في الإختيارات :﴿ومَن مطل صاحب الحقِّ حتى أحوَجَه إلى الشِّكاية فما غرمه بسبب ذلك فهو على الظالم المماطل إذا كان غرمه على الوجه المعتاد﴾، وقوله﴿لو غرم بسبب كذب عليه عند وليِّ الأمر رجع به على الكاذب﴾، وعند التَّدبُّرِ في هذه النقول نجد أنَّها لا تدلُّ على على المقصود ، فهذه من المصاريف التي تكبَّدها الدَّائن فعلا ، وكلامنا في إشتراط التعويض عن الأرباح المتوقَّعة التي فاتت الدَّائن بسبب المماطلة ، وشتَّان الفرق بين الحالتين[3].

ثانيا:مناقشة الإستدلال بقياس غرامة التأخير على منافع الأعضاء .

هذا القياس أيضا مع الفارق لأنَّ منفعة العضو متحقِّقة وقد قام المعتدي بإزالتها فيجب أن يعوض عنها المجني عليه ، أمَّا منفعة الدَّين للدَّائن فليست متحققة ، فلا يجوز تعويضها، إضافة إلى حساسية الدَّين بخصوص الخوف من الوقوع في الرِّبا، ومن جهة أخرى فإن تعويض منافع الإنسان جاء بتحديد من الشَّرع في الدِّية ، وبنصوص دالة عليه في غيرها، أمَّا تعويض الدَّائن بسبب تاخُّر دَيْنِه فجاء بسبب شرطٍ في العقد[4].

ثالثا:مناقشة الإستدلال بقياس تطبيق غرامة التأخير على مصادرة العربون.

العربون يختلف عن الشرط الجزائي لأن العربون يكون جائزا إذا دفعه المشتري على أنه إذا مضى البيع حسب من الثمن ، وإن لم يتم البيع رد عربونه لأنه لا ضرر فيه ولا غرر، فلو دفعت عربونا لصانع على

---

[1] **كمال نزيه حماد-رفض تطبيق غرامة التأخير مع استفادة الدائن منها، لكن لم يبيِّن موقفه من تطبيق هذه الغرامة والتَّصدُّق بها**-،المؤيِّدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة ، المرجع السابق، ص 113.

[2] **محمود عبد الكريم إرشيد ،-من فقهاء الفريق الثاني**-المرجع السابق، ص 393 .

[3] **علي محي الدين القَره داغي-من فقهاء الفريق الثاني**- مشكلة الديون المتأخرات وكيفية ضمانها في البنوك الإسلامية، المرجع السابق،ص26.

[4] **علي محي الدين القَره داغي-من فقهاء الفريق الثاني**-،مشكلة الديون المتأخرات وكيفية ضمانها في البنوك الإسلامية، المرجع السابق،ص27،28.

أن يصنع لك بَابًا من حديد أو خشب بمقاس معلوم ، ثم تركته بعد أن صنعه لك على الصفة المتفق عليها كان له الحق في بيعه فإذا لم يوفَّ له بحقِّه كان له أن يستكمله من العربون الذي دفعته له ، ولا إعتداد بالضرر الواقع على البائع إذا لم يتم البيع في نهاية العقد حتى لو تغيَّرت السوق وإنخفض السعر، لأنه إختار البيع على هذه الصفة من أول الأمر برضاه و إختياره ينفي ضرره وتغيُّر السوق لا يمكن التحرُّز منه فقد يبيع الرجل سلعته وفي اليوم التالي يرتفع ثمنها إرتفاعا باهضا وعليه أن يقبل ذلك ولا يعدُّ هذا ضررا يخوِّل له مراجعة المشتري[1].

أما بخصوص قياس الغرامة على العربون ففيه نظر:

وهذا القياس مع الفارق لعدة وجوه من أهمها:

1- أن المشتري في بيع العربون قد تنازل عن حقه وماله برضائه التام ، وهو يملك هذا الحق بدءاً ونهاية ، أما العوض الذي يفرض عند تأخير الدَّين فليس من باب التنازل عن حق ثابت ، وإنما هو فرض لتعويض مستقبلي عن منفعة موهومة أو غير متحققة يقبله المدين دون رضاه التام ، لأنه لو وجد بدون هذا الشرط لما أقدم عليه.

2- إن أحكام الدَّين تختلف عن أحكام البيع ، فما جاز في البيع قد لا يجوز في الدَّين ، حيث إحتاط الإسلام إحتياطاً شديداً في الدَّين حتى لا يترتب عليه الربا المحرم ، وقد ذكرنا في المبحث السابق أقوال السلف في أن أيَّة زيادة على أصل الدين ناتجة عن الشرط حرام لا يجوز الإقدام عليها .

3- أن مبلغ العربون محدد واضح معلوم في حين أن التعويض عن الضرر الناتج عن التأخير في السداد مجهول غرر وجهالة من حيث الوجود ، والتحصيل والمقدار والزمن ، فجميع أنواع الغرر الفاحش متحقق فيه فكيف يجوز أن يكون مضمناً في العقد[2]،كما أن فقد العربون في حالة العدول ليس على سبيل التعويض ، ولكن ثمن لحقِّ العدول[3].

---

[1] **الصادق بن عبد الرحمن الغرياني ،-يرفض تطبيق غرامة التأخير على المدين غير أنَّه لم يبيِّن موقفه من تطبيق الغرامة والتصدق بها**-المعاملات في الفقه المالكي ، أحكام وأدلة، دار إبن حزم ، بيروت ، لبنان ،طبعة1 ، 1428هـ-2007م، ص 269، 270.

[2] **علي محي الدين القره داغي -من فقهاء الإتجاه الثاني**-،مشكلة الديون المتأخرات وكيفية ضمانها في البنوك الإسلامية،المرجع السابق،ص11.

[3] **بلحاج العربي ،-رفض تطبيق الغرامة على المدين المماطل لكن لم يُبَيِّن موقفه من تطبيق هذه الغرامة والتَّصدق بها**- ، النظرية العام للإلتزامات،المرجع السابق،ص274.

كما أن إختلاف القائلين بالتعويض هل هو تعزير أو تعويض؟ وفي كيفية تقديره ،دليل على ضعف القول بالتعويض[1].

البند الرابع: مناقشة الإستدلال بمقاصد الشريعة وسياستها الحكيمة.

ونوقش هذا الإستدلال بعدم صحته من طرف **كمال نزيه حماد** لسببين إثنين هما:

أولا : لأن الشريعة إذا قضت بعدم جواز التعويض المالي على المدين المماطل لم تسوِّ بينه وبين مؤدِّي الدَّين في وقته دنويا وأخرويا لأن الأول في نظر الشارع ظالم ﴿**مطل الغني ظلم**﴾ .

والمسلِمُ الذي آمن بالإسلام وجعل الشريعة الإسلامية نظام حياته يخاف كل الخوف ويخشى عظيم الخشية من الوقوع في الظلم بعدما حذَّرت منه الآيات القرآنية و الأحاديث النبوية وبيَّنت أنَّه ظلمات يوم القيامة وسبب لسخط الله ونقمته على الظالم وأوضحت كَونِه موجبًا لأشد العقوبات وأعظمها وفاتحا أبواب السماء لإستجابة دعوة المظلوم على ظالمه.

وهذا أمر عظيم هائل يكفي في زَجرِ المسلم و إبعاده عن الظلم ولم يكن هناك غرامة مالية ، وهذا هو المؤيِّد الشرعي لرفع الجور و الضرر عن الدائن.

ثانيا: فإن خبَا الوازع الديني عند المَدِينِ ، وضَعُفُت خشية الله في قلبه فأخَّر الدَّين بغير حق فعندئذ تعتبره الشريعة مُسيئًا مستحقا للعقوبة الزاجرة .

والعقوبات الزواجر كفيلة بردع العاصي وكفِّه عن المخالفة بقوَّة لا تعدِلها أيُّة غرامة مالية[2].

نوقش الإستدلال بأن في تطبيق غرامة التأخير على المدين المماطل تحقيق للعدل وعدم المساواة بين الأمين والخائن والمطيع والعاصي وبين العادل والظالم .

فهل هذا يعني بأنه إذا لم يعوِّض المدين المماطل الدائن عن الضرر الذي لحق به أن الشريعة الإسلامية تسوِّي بين الظالم والعادل؟![3].

---

[1] **عياد بن عساف بن مقبل العنزي-من فقهاء الفريق الثالث-**، المرجع السابق، ص361.

[2] **كمال نزيه حماد -رفض تطبيق الغرامة على المدين المماطل لكن لم يُبَيِّن موقفه من تطبيق هذه الغرامة والتَّصدق بها-**، المؤيِّدات الشرعية على حمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة،المرجع السابق ، ص112.

[3] **أحمد الجزار محمد بشناق-رفض تطبيق الغرامة على المدين المماطل لكن لم يُبَيِّن موقفه من تطبيق هذه الغرامة والتَّصدق بها-، المرجع السابق** ، ص 164.

إن هذا الكلام لا يسلَّم به لأن الشريعة أوجبت من العقوبات الكفيلة بردعه، وهذا ظاهر حديث يحل عرضه وعقوبته.

وذلك إستنادا إلى ما قاله **الإمام النووي** في روضة الطالبين إذ يقول: ﴿ وأما الذي له مال وعليه دين فيجب أداؤه إذا طلب ، فإن إمتنع أمره الحاكم به، فإن إمتنع باع الحاكم ماله وقسمه بين غرمائه، قلت : قال القاضي **أبو الطيب** و **الأصحاب** ، إذا إمتنع فالحاكم بالخيار إن شاء باع ماله عليه بغير إذنه ، وإن شاء أكرهه على البيع وعزَّره بالحبس **وغيره**، حتى يبيعه﴾[1].

فالتأخر في سداد الأقساط فلا نعلم عند الفقهاء السابقين أن أحدا منهم أجاز فيه تغريم المتأخِّر بغرامة أو معاقبته عقوبة مالية[2].

البند الخامس:مناقشة الإستدلال بالفروق الموجودة بين الغرامة وفوائد التأخير.

وبعض المصارف رأت أنَّ المتعاملين معها الذين لا يؤدُّون الأقساط في مواعيدها بلغوا من الكثرة حدًّا يصعب معه النظر في كل حالة ، والتفرقة بين مطل الغنيِّ وعجز الفقير-كما توجد عوامل أخرى تزيد الأمر صعوبة- ولذلك عند تأخُّر أيِّ مدين عن الأداء يضاف على دينه ما يقابل الربح الذي يعلنه المصرف في حينه ولا يستطيع أن يفرق بين هذه وبين الرِّبا المحرَّم ، وقد يقال أنَّ هذا خطأ في التطبيق لا في الفتوى ، ولكن على المفتي أن ينظُرَ إلى ما يمكن تطبِيقُه[3].

كما أنَّه و إن كان في ربَا الدُّيون تكون الزيادة على أصل الدَّين مشروطة في عقد المداينة ، بينما الزيادة المفروضة مقابل تأخير الوفاء غير مشروطة وهذا فرق غير مؤثر في الحكم لأن الأخذ بما ذهب إليه القائلون بلزوم التعويض على الدائن من المدين المماطل يكون التعويض معروفا للمتداينين ولازما ضمنا فوفقا لقاعدة: «**المعروف عرفا كالمشروط شرطا**» ، ليس هناك فرقٌ إذًا بينَ أن يكون مشروطا نصًّا أو مشروطا عُرفًا إذ هو في كلا الحالتين مشروط [4].

---

[1] **النووي** ، روضة الطالبين ، تحقيق زهير شاويش، المكتب الإسلامي، بيروت ،لبنان ،ط 3،الجزء 4، 199م،ص137.

[2] . **علي أحمد السالوس** ،-**من فقهاء الفريق الثاني**-البيع بالتقسيط ، نظرات في التطبيق العملي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السادسة ، العدد السادس ، الجزء الأول، 1410هـ-1990م، ص 334.

[3]**علي أحمد السالوس-من فقهاء الفريق الثاني**-،الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي،السنة12،الدورة14، ص 130.

[4]**يزيد بن إبراهيم بن صالح المزيد،- رفض تطبيق الغرامة على المدين المماطل لكن لم يُبَيِّن موقفه من تطبيق هذه الغرامة والتَّصدق بها**- -المرجع السابق، ص 184.

ولقد تمسَّكت بعض المصارف الأخرى بنصِّ الفتوى فكانت تُرسل للعميل أولا حتى تتأكَّد من المطل قبل إنزال العقوبة، ويلاحظ هنا أن الأرباح التي تحقِّقها المصارف الإسلامية أقل من الفوائد الربوية في أوقات كثيرة،فالذين يستحلُّون هذه الفوائد إستمرُّوا في مَطلهم غير عابئين بما يُضيفه المصرف الإسلامي ، وبذلك تحوَّلت العقوبة التعزيرية إلى زيادة ترتبط بربح المصرف و الزمن ورضي بهذا الطرفان،فهل تحقَّقَ الهدف من العقوبة التعزيرية؟أم تحوَّلت العقوبة إلى نوع جديد من الرِّبا؟[1].

مناقشة الاستدلال بالمصالح المرسلة

يناقش هذا الدليل بأنَّ من شروط المصالح المرسلة أن لا تصطدم مع نصٍّ شرعيٍّ ، وهذه المصلحة تصطدم مع النُّصوص الخاصة بمنع الزِّيادة في الدُّيون لا في البدء ولا في الإنتهاء[2].

الفرع الثاني: مناقشة أدلة الفريق الثاني.

بخصوص الأدلة التي إستند عليها **الفريق الثاني** الذي يرى أنه لا مانع شرعا من تغريم المدين المماطل الموسر على أن يتم التصدق بهذه الغرامات، فإن هذه الأدلة كانت محلَّ مناقشة من **الفريق الأول** الذي يرى جواز تطبيق غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل مع إستفادة الدائن منها، وبطبيعة الحال فإن أدلة **الفريق الثاني** تم مناقشتها كذلك من طرف **الفريق الثالث** الذي يرى عدم جواز فرض الغرامة على المدين الموسر المماطل مطلقا.

أولا: مناقشة من طرف عبد الله بن منيع.

على الرغم من أن **عبد الله بن منيع** من فقهاء **الإتجاه الأول** الذي يرى إمكانية تطبيق غرامة تأخير على المدين الموسر والمماطل مع إستفادة الدائن منها على إن يكون ذلك التطبيق وفق شروط معينة إلا أنَّه يرى عدم جواز ما ذهب إليه **الإتجاه الثاني** من حيث تطبيق غرامة تأخير على المدين الموسرر المماطل مع عدم إستفادة الدائن منها بل يتعيَّن صرفها في وجوه البِّر والإحسان وذلك بقوله : ﴿إن القول بأنَّ مبلغ الدَّين للدَّائن لا يزيد بذلك، وأنَّ التعويض المُشترط في العقد سيُصرَف في وجوه البِّر، ولن يستفيد من هذا الشرط إلا في إعتباره عنصر إلحَاح على المدين في الوفاء بالسَّداد في وقته غير مقبول، لأنَّه يشبه الرِّبا ،

---

[1] **علي أحمد السالوس–من فقهاء الفريق الثاني–**،الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة، المرجع السابق،ص131.

[2] **علي محي الدين القره داغي،–من فقهاء الفريق الثاني–**،مشكلة الديون المتأخرات وكيفية ضمانها في البنوك الإسلامي،المرجع السابق،ص19.

فالقولُ بمنعِه قويٌّ لأنَّ إشتراط دفع هذه الزيادة في حال الإخلال بالسَّداد في وقته يعني التراضي عن التأخير بالزِّيادة في مقابلة ذلك كتراضي الدَّائن والمدين على التأجيلِ بِربا ، فالقول بمنعه أكثر ورعا وأقرب إلى الصواب لأن المدين سيدفع زيادة ربوية يقتضيها العقد المبني على تراضي طرفيْهِ بالتعاقد بموجبه وهو الشرط الجزائي، ولا تأثير في الحكم على أيلولة هذه الزيادة على جهات البِّر، فالشارع في الغالب يلحظ حال المدين المتحمل ، والنَّظر في التخفيف عنه، وإلا فإنَّه يشبه حالة رجل قدَّم لبنك وديعةً من المال لغرض إستثمارها رِبويا على أن تكون عوائد هذه الوديعة لجهة البِّر كمدرسةٍ أو مسجدٍ أو مستشفى، وهذا لا يُجيزه أحدٌ من أهل العلم المعتد بقوله ، وهذا يخالف صرف الفوائد البنكية في أعمال البِّر من كان لديه وديعة في البنوك الربوية، و لم يكن غرضه الإستثمار الرِّبوي، وإنما غرضه الحفظ أو التَّرصد لفرصة تجارية لصرفها فيها... ﴾[1].

ثانيا:مناقشة الإستدلال بالقرآن الكريم:

هذا الشرط يفضي إلى محظور لأنها زيادة مقابل تأخر في وفاء الدين فيمنع منه كما لو كان يأخذها الدائن نفسه[2].

ثالثا:مناقشة الإستدلال بالأحاديث النبوية الشريف.

نوقش **الحديث الأول** بأنَّ هذا الشرط يفضي إلى محظور،أما **الحديث الثاني** : يمكن مناقشة الإستدلال بهذا الحديث من **ثلاثة أوجه**[3]:

الوجه الأول:

أنَّ ولاية التعزير بالمال ليست للدائن بل للحاكم ، وقيام الدائن بتطبيق العقوبة على المدين وتنفيذها يؤدِّي إلى فوضى ونزاع لا يقبله شرع ولا عقل.

الوجه الثاني:

أنَّ الحديث أحلَّ أمريْنِ من المماطل هما :

العرض و العقوبة، ولم يقل –ويحل ماله–.

---

[1] **عبد الله بن منيع، –من فقهاء الفريق الأول–**، مطل الغني ظلم، بحث مقدم لأعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي، ص244، نقلا عن **محمد الزحيلي–من فقهاء الفريق الثاني–**، المرجع السابق، ص219.

[2] **عياد بن عساف بن مقبل العنزي، –من فقهاء الفريق الثالث–**، المرجع السابق،ص513.

[3] **عياد بن عساف بن مقبل العنزي، –من فقهاء الفريق الثالث**–المرجع السابق،ص513.

فالعرض يعني جواز شكايته وذمه ، وذِكرُهُ بسوء المعاملة و العقوبة معناه ، الحبس، والضرب، وبيع المال جبرا ونحو ذلك.

الوجه الثالث:

عدم التسليم بأن العقوبة المالية فيما دلَّ عليه الحديث من مشروعية عقوبة المماطل بناء على فهم أهل العلم لها، إذ قَصَروا العقوبة على الحبس، والضرب وبيع المال ونحو ذلك .

ولم ينقل أحد منهم تفسير العقوبة في الحديث بتغريم المماطل مالا عوضًا عن تأخُّره في الوفاء يُدفع للمدين أو غيره.

انتهت الأوجه الثلاثة.

ففرض غرامات مالية على تأخير سداد الدُّيون محرَّم بإتفاق العلماء ، حيث جاءت بعض هيئات الرقابة الشرعية وسمحت بفرضها على أن تصرف هذه الغرامات في وجه الخير و الناظر لهذه المسألة من الناحية الإجتماعية فضلا عن الناحية الشرعية يجد أنها تهزُّ ثقة عامة الناس بقرارات الهيئة الشرعية[1].

فإشتراط غرامة التأخير على المدين المماطل وإن كان لا يستفيد منها الدائن و أن الحكم الذي قضى به بعض قضاة المالكية يجوِّز مثل هذه الشروط إعتبره الإمام الحطاب من قبيل الغفلة و السهو عن الحكم الشرعي المتفق عليه في هذه المسألة ، وهو بطلان مثل هذا الإلتزام.

وعلى أي حال فالشرط الجزائي للتأخير في الدَّفع لا يمكن القبول به ، وقد رفضه المجمع ، وحتى ولو دُفِعت التأخيرات المالية إلى جهة **ثالثة** ففيها بلا ريب شبهة الرِّبا الصريح الجاهلي الذي تشير إليه النُّصوص ، فعلى أي حال لا أعتقد أن هذا أمر يُمكِن القبول به[2].

إذًا إشتراط شرط جزائي يفرِضُ على المدين زيادة على ما تقرَّر في ذِمَّتِه مقابل تأخُّرِه يعتبر معاوضة محضة–ولو كانت تدفع لجهة البرِّ– .

أمَّا ما نُقِل عن **المالكية** من خلاف بالوعد ، فهو خاص بالوعد المعروف الإلتزام[3]،

قال الحطاب:

---

[1] **داود بن عيسى ، داود سليمان بن عيسى** ، حوكمة الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية بين التنظير و التطبيق ، ص 408.

[2] **محمد علي التسخيري، –من فقهاء الفريق الأول–**،مناقشة موضوع الشرط الجزائي،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة12، العدد12، الجزء2، 1421هـ–2000م،ص222.

[3] **عياد بن عساف بن مقبل العنزي–من فقهاء الفريق الثالث–**، المرجع السابق، ص514.

«وأمَّا الإلتزام في عرف الفقهاء فهو إلزام الشَّخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا ، أو معلقا على شيئ،...وقد يطلق على ما هو أخص من ذلك ، وهو إلتزام المعروف بلفظ الإلتزام وهو الغالب في عرف الناس اليوم»[1].

ولا يعدُّ صرفُ الرُّسوم في وجوه الخير مسوِّغًا لفرضها مطلقا على الصحيح من أقوال الفقهاء[2]، قال الإمام **الحطَّاب المالكي** : «السلف إذا جرَّ منفعة لغير المُقترِض فإنه لا يجوز، سواء جرَّ منفعةً للمقرِض أو غيره»[3] ،و الشرط الجزائي هنا إلزام من الغير به ، وليس تَبُرُّعًا من المدين نفسه بإلتزام ، وما نقِل عن **الحطَّاب** وارد في إلتزام التبرُّع من جهة الملتزم **بمحض إرادته وتبرُّعه** دون شرط يُفرض عليه، فلا يصحُّ تخريجه على إلتزام التبرُّع[4].

كما أن حقيقة هذا الشرط الجزائي هي أنه شرط زيادة ربوية يأخذه المصرف الدائن وإلتزام من المصرف نفسه بصرف المال في جهة البرِّ بدليل :

أن من يَشترط ذلك لا يُفوِّض المدين بإخراجِ هذه الزيادة ، أو يُديِّنُه بل يطلبها منه مقابل مَطْلِه ، ويتولَّى إخراجها بمعرفته أو بمعرفة الهيئة الشرعية لدَيْه ، فيتبيَّن أنَّ هذا الشرط شرط ربوي ليس إلا[5].

ولو كان الحديث يجيز عقوبته بأخذ زيادة على دينه تصرف في جهات الخير **لبيَّنه النبيُّ صلى الله عليه وسلَّم**، لأن المقام مقام بيانٍ لما يزجر المماطل عن مطله،ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة،...وكونها تُصرَف للفقراء لا يؤثر في إخراجها عن كونها ربا[6].

... ففي هذا الحل-يقصد التصدق بعائدات غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل- إلزام للمدين بأموال لا تلزمه شرعا، إما أن يكونَ مُوسرًا فيجب أن تلزمه البنوك بقضاء الدَّين ، وإما أن يكون معسرا فلا شيئ عليه[7].

---

[1] **محمد بن محمد المعروف بالحطاب** ، تحرير الكلام في مسائل الإلتزام ، المرجع السابق، ص68.

[2] دار الإفتاء الأردنية فتوى حكم الزيادة على القرض لصرفِها في وجوه الخير، المرجع السابق،ص1.

[3] **محمد بن محمد المغربي المعروف بالحطاب** ،مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الكتب العمية، بيروت ،لبنان،دون طبعة، دون سنة الطبع، ج4، ص546.

[4] **عياد بن عساف بن مقبل العنزي- من فقهاء الفريق الثالث-**، المرجع السابق، ص514.

[5] **عياد بن عساف بن مقبل العنزي- من فقهاء الفريق الثالث-**، نفس المرجع ، ص514.

[6] سعد بن عبد العزيز الشويرخ،-**من فقهاء الفريق الثالث**-المرجع السابق،331-332.

[7] **عبد الله بن بيه، -من فقهاء الفريق الثالث-** مناقشة موضوع الشرط الجزائي، المرجع السابق،ص296.

الفرع الثالث: مناقشة أدلة الفريق الثالث.

كانت أدلة الرأي الثالث محل مناقشة ، سواء من طرف الرأي الأول المتضمن تطبيق غرامة التأخير على المدين المماطل مع إمكانية استفادة الدائن منها، أو من طرف الرأي الثاني المتضمن تطبيق غرامة التأخير على المدين المماطل بشرط التصدق بعائدات هذه الغرامات

البند الأول:مناقشة الإستدلال بأن غرامة التأخير هي من ربا الجاهلية:

نوقش هذا الإستدلال أن هذه النصوص لا تدل على إنكار العقوبات المالية إذ هي نصوص صريحة في إنكار الكسب عن طريق الربا بالتراضي على أخذ به ، والقول بأن هذه النصوص تتعارض مع العقوبات المالية قول يحتاج إلى تأمل ، **فرسول الله صلى الله عليه وسلم** حكم على السَّارق من غير حرز بإعادة ما سرقه ومثله معه للمسروق منه ، فهذه عقوبة مالية[1].

و لقد كان من حكم **رسول الله صلى الله عليه وسلم** قضاء وحكم على السارق من غير حرز بمضاعفة الغرم عليه على سبيل العقوبة المالية وتسليمه للمسروق منه علاوة على الجلد ولم يكن ذلك نوعا من جزئيات ربا الجاهلية، وكذلك حكم **رسول الله صلى الله عليه وسلم** على مانع الزكاة بأخذها منه وشطر ماله ، وإذا كان الدائن المَمطُول يأخذ أكثر من حقِّه فما زاد عن حقه فهو في مقابلة ردِّ العدوان عليه بمطل حقه ، ولا يخفى أن الظالم المعتدي يستحق عقوبة عامة وعقوبة خاصة ، والتعويض عن الضرر يأخذ من حكم الرسول صلى الله عليه وسلم على السارق من غير حرز وذلك بردِّ المسروق ومثله معه إلى المسروق منه مع الجلد[2].

البند الثاني:مناقشة الإستدلال بأن حديث﴿ليُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته﴾، لم يَنص على أن العقوبة هي عقوبة مالية .

إن المماطل ظالم مستوجب للعقوبة والعقوبة التعزيرية أعمُّ من أن تحصر في أمور معينة ولم يأت بحصرها نص من **الصادق المصدوق صلى الله عليه وسلم** بأن العقوبة محصورة في الحبس وإنما جاء التعميم، وإن قيل بأن أحدا من أهل العلم عمومًا لم يرِد عنهم أن أحدا منهم قال بتضمين المماطل لقاء مطله ، وإنَّما ذكروا أن عقوبته الحبس وحلّ عرضه بشكايته يجاب عن ذلك بأنه كذلك لم يرِد عن أحد من

---

[1] **عبد الله بن منيع –من فقهاء الفريق الأول–** ،بحوث وفتاوى في الإقتصاد الإسلامي، المرجع السابق ،ص 80.

[2] **عبد الله بن منيع،–من فقهاء الفريق الأول–**،بحوث وفتاوى في الإقتصاد الإسلامي،المرجع السابق،ص 77.

أهل العلم حصر العقوبة في الجلد و الحبس ،والنصوص العامة في إعتبار العقوبة المالية ضربا من التعزير صريحة واضحة وهذا منها فالعقوبة التعزيرية أعمُّ مِن أن تخصَّ بنوعٍ معينٍ[1].

فكلمة عقوبته الواردة في الحديث :مطلقة والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم الدليل على تقييده وهي باطلاقها تتناول الحبس وغيره من كل ما يؤدي إلى زجر المتلاعبين بالإلتزامات التي يلتزمون بها ويحمي المتعاملين معهم من التلاعب[2].

فالعقوبات أكثر مِن أن تُحصر في أنواع معينة فمنها الحبس و الجلد والتغريم والمصادرة و الإحراق والإتلاف و الهجر ومنع المماطل من فضول الطعام والنكاح والبيع عليه.

وغير ذلك من أنواع العقوبات التعزيرية الراجعُ أمرُ الحُكم بها وتقديرها وإختيار نوعها إلى الإجتهاد القضائي من الحاكم الشرعي أو من جهة تحكيم شرعية[3] .

كما أنَّ العقوبات التعزيرية أعمُّ مِن أن تُحْصَرَ في أمور معيَّنة ولم يأت بِحَصْرها نصٌّ من **الصَّادق المصدوق صلَّى الله عليه وسلَّم** :بأنَّ العقوبة محصورة في الحبس أو الجلد ، وإنَّما جاء التعميم[4].

البند الثالث:مناقشة الإستدلال بأن إشتراط الغرامة في بداية العقد لا يؤثر في الحكم .

إن الفوائد الربوية في المداينات تعقد المداينة على أساسها من البداية فتكون طريقة إستثمارية أصلية يلجأ إليها المرابون وهم قاعدون يختل بها التوازن الإقتصادي، أما تعويض ضرر التأخير فليس طريقا إستثماريا وإنما هو إعادة عادلة لتوازن أخلَّ به طرف طامعٌ ظالمٌ متهاونٌ ولا تكون المداينة قائمة عليها من البداية وقد يتحقق سببها وهو التأخير أو لا يتحقق[5].

---

[1] **عبد الله بن منيع–من فقهاء الفريق الأول–**، بحوث وفتاوى في الإقتصاد الإسلامي ، نفس المرجع ،89.

[2] **زكي الدين شعبان–من فقهاء الفريق الأول–**،تعليقه على مقال:هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن **لأحمد مصطفى الزرقا–من فقهاء الفريق الأول–**،المرجع السابق، ص 217.

[3] **عبد الله بن منيع –من فقهاء الفريق الأول–**،بحوث و فتاوى في الإقتصاد الإسلامي،المرجع السابق،ص77.

[4] **عبد الله بن منيع –من فقهاء الفريق الأول–**،بحوث و فتاوى في الإقتصاد الإسلامي،نفس المرجع،ص89.

[5] **أحمد مصطفى الزرقا، –من فقهاء الفريق الأول–**، هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، المرجع السابق،ص111.

البند الرابع:مناقشة الإستدلال بأن تطبيق الغرامة لم يرد في الأثر.

فلقد ذكر شيخ الإسلام **إبن تيمية** العقوبة المالية من صنوف التعزير وردَّ على القائلين بِنَسخِها وإنتهى إلى أن حكمها ثابت محكم، وأنها تنقسم كالعقوبة البدنية إلى :

إتلاف، تغيير و تمليك الغير.

كما أن **عمر بن الخطاب رضي الله عنه** قضى في الضالة المكتومة أنه ضاعف غرمها وبذلك كله قال طائفة من العلماء مثل **أحمد وغيره** وأضعف **عمر وغيره** الغرم في ناقة **أعرابي** أخذها مماليك جيَّاع ، فأضعف الغرم على **سيِّدهم** ودرأ عنهم القطع.

وأضعف **عثمان بن عفان** على المسلم إذا قتل الذمي عمدا أنَّه يضاعف عليه الديَّة ،لأن ديَّة الذميِّ نصف ديَّة المسلم وأخذ بذلك **أحمد بن حنبل**[1].

البند الخامس:مناقشة الإستدلال بأن تطبيق الغرامة طريق إلى الرِّبا المحرَّم.

القول بأن العقوبة المالية تفضي إلى الربا وإنتشاره فيه سُوءُ أدبٍ مع **رسول الله صلى الله عليه وسلم** فقد حكم على السَّارق بعقوبة مالية وحكم على مانع الزكاة بعقوبة مالية وفيه سُوءُ أدبٍ **مع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم** فقد حكموا بالعقوبة المالية على المجرمين بالإتلاف والحَرقِ ومضاعفة الديَّة وقد ذكر **إبن القيم رحمه الله** مجموعة من الأمثلة على العقوبة المالية[2].

ومع القول بأن العقوبة المالية مآلها إنتشار الربا وليس لها مستند شرعي ، هذا القول يحتاج إلى التعقيب عليه بأمرين:

الأمر الأول: كيف يقول طالب علم أن العقوبة المالية لا تستند إلى شيئ وهي مستندة إلى كتاب الله تعالى ، فقد قال الله تعالى:﴿**ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فبإذن الله وليخزي الفاسقين**﴾[3]

الأمر الثاني: هل يجوز لنا أن نترك حكما شرعيًا ثابتًا بالكتاب و البيِّنة وعمل الصحابة لتَوَّهُمِ الخطأ في التطبيق؟.

---

[1] **عبد الله بن منيع،-من فقهاء الفريق الأول-**، بحوث وفتاوى الإقتصاد الإسلامي ، المرجع السابق ،ص 84-85.

[2] **عبد الله بن منيع-من فقهاء الفريق الأول-**،بحوث وفتاوى في الإقتصاد الإسلامي ، نفس المرجع ،ص 82.

[3] **سورة الحشر** ، الآية 5.

أيجوز أن نقول **أن الرسول صلى الله عليه وسلم** حينما ضاعَفَ الغرم على السارق وأعطاه للمسروق أباح الربا وأخذ به؟[1].

ونوقش هذا الإستدلال بأن :

مايدفعه المدين يعتبر تأديبًا عن ضررٍ فعليٍّ وليس ربًا وأنَّ ذلك يحمِله على المماطلة ، وفيه مصلحة لكل من الطرفين المدين والدائن ، مع مصلحة الفقراء ،... وفيه حثٌّ على عدمِ التأخير بدليل أن الدائن لا يستفيد من الناحية المادية من التَّعويض وهذا مجرَّدُ إستنتاج وغير مقصود للعاقدَين .

والتعويض تأديبٌ عن ضررٍ فعليٍّ دفعًا لكل إلتباس أو شبهة للربا فقد إتَّفقا على دفعه لجهات البِرِّ ولا يشبه ما قيل عن الإستثمار الرِّبَوي لجهة البرِّ ولأنَّ الأصل في الشروط الجواز واللُّزوم إلا ما خالف الشرع ، ولا أرى في هذا الشرط بالتعويض من مخالفةٍ للشَّرع مع مافيه من منافع متعدِّدة ومصالح جمَّة ، ولذلك شاع وإنتشر وحقَّق كثيرا من أغراضه[2].

الإقتراح المتضمن إلتزام المدين عند توقيعه على إتفاقية المرابحة أو الإجارة بأنّه إذا قصَّر في أداء واجبه المالي فإنَّه سوف يتبرع بمبلغ معلوم النسبة من الدين إلى بعض الجهات الخيرية ويسلم ذلك المبلغ إلى المصرف ليصرفه بالنيابة عنه إلى الجهات ولكن هذه المبالغ لا تكون مملوكة للمصرف ولا تكون جزءا من دخله أو ربحه و إنما تكون أمانة عنده للصرف إلى الجهات الخيرية.

ومن المرجوِّ أن هذا الضغط يؤثِّر في سدِّ باب المماطلة أكثر مما يؤثر فيه إقتراح التعويض ، فعلى هذا الأساس أرجو أن هناك مجالا للقول بلزوم هذا التبرع المقترح سدًّا لباب المماطلة وصيانة حقوق الناس عن إعتداء المعتدين[3].

فتعزير المماطل لصالح جهات خيرية لا لصالح المدين من الحلول التي هي محل نقاش أو ربما من الحلول المقبولة[4].

---

[1] **عبد الله بن منيع–من فقهاء الفريق الأول–**،بحوث وفتاوى في الإقتصاد الإسلامي ، نفس المرجع ،ص 82.

[2] **محمد الزحيلي، –من فقهاء الفريق الثاني–**،المرجع السابق،ص221.

[3] **محمد تقي الدين العثماني–من فقهاء الفريق الثاني–**،أحكام بيع التقسيط،المرجع السابق ص44 – 45.

[4] **محمود عبد الكريم إرشيد، –من فقهاء الفريق الثاني–**، المرجع السابق ، ص 393 ،**رفيق يونس المصري، –من فقهاء الفريق الثاني–**، عقود التوريد والمناقصات ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد 12، الدورة 12 ، الجزء 2، 1421هـ–2000م، ص 502.

البند السادس:مناقشة الإستدلال بأن تطبيق الغرامة قياسا على الغصب و العربون هو قياس مع الفارق:

إن الغاصب ظالم ومعتد وظلمه وعدوانه مبيح عقوبته فكلا الإثنين ظالم ، وكل واحد منهما متصف بالظلم والعدوان .

وكل واحد منهما حبس حق أخيه المسلم بغير حق وحال بينه وبين الإنتفاع به ، وكل واحد منهما معترفٌ بظلمه وظلم كل واحد منهما كبيرة من الكبائر يستحقُّ عليها عقوبة تعزيرية تقتضي الردع والزجر،فقياس المطل على الغصب قياس صحيح بجامع الظلم في كلٍّ .

وكل واحد من الغاصب و المماطل مستحق للعقوبة التعزيرية التي يراها القاضي ولايلزم أن تكون العقوبة التعزيرية للمماطل كالعقوبة التعزيرية للغاصب لا من حيث النوع ولا من حيث المقدار إنما يجتمعان في وصف كل واحد منهما بالظلم والفسق وإرتكاب كبيرة من كبائر الذنوب والإعتداء من كل واحد منهما على حق مسلم بغير حق و إستحقاق كل واحد منهما عقوبة تتَّفق مع ظلمه وعدوانه،وأمر تقدير هذه العقوبة راجع للإجتهاد القضائي[1].

و القياس ممنوع مع النص إذ لا قياس مع نص يتنافى معه ،وأما قياس المطل على الغاصب فالنص يؤيِّد القياس و لا يعارضه[2].

وبخصوص رفض قياس غرامة التأخير على العربون يقول **عبد الله بن منيع** أن قرار هيئة الإفتاء[3] بخصوص الشرط الجزائي الخاص بالأعمال وليس كما كيَّفه البعض بالشرط الجزائي على الديون ،**فَبِصِفَتِي أحد الأعضاء** الذين أصدروا هذا القرار لم يكن يتصوَّر المجلس إقرار شرط جزائيٍّ في العقود في حال التخلُّف في سداد الديون ونحن نبحث هذا الموضوع لم يكن في خلدنا أن يكون الشرط الجزائي خاصا أو شاملا لسداد الديون المتأخرة[4].

---

[1] **عبد الله بن منيع–من فقهاء الفريق الأول**–،بحوث وفتاوى في الإقتصاد الإسلامي،المرجع السابق،ص 78–79 **بتصرف**.

[2] **عبد الله بن منيع–من فقهاء الفريق الأول**–،بحوث وفتاوى في الإقتصاد الإسلامي،نفس المرجع ،ص 82.

[3] يقصد هيئة الإفتاء بالسعودية.

[4] **عبد الله بن منيع–من فقهاء الفريق الأول**–،مناقشة موضوع الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق،ص 292.

وبالتأمّل في هذا القرار يتضح أنه في مقابلة فوات منفعة غير محقق وقوعها ، ولكن نظرا إلى أن المخالفة المترتّبة على تفويت فرصة إكتساب المنفعة صارت أهم عائق لتفويتها إتَّجه القول بضمان هذه المنفعة .

ومثال ذلك مسألة العربون فإن المشتري يبذل مبلغا من المال مقدَّما عند تمام عقد الشراء على أن يكون له الخيار مدة معلومة ، فإن قرَّر الشراء صار العربون جزءا من الثمن وإن قرَّر عدم الشراء صار العربون مستحقا للبائع في مقابلة عدم تمكنه من عرض بضاعته للبيع بعد إرتباطه مع المشتري بعقد البيع المعلَّق ، ووجه إستحقاق البائع للعربون في حال عدول المشتري عن الشراء أنه في مقابل تفويت فرص بيع هذه السلعة بثمن أكبر من ثمن بيعها على المشتري بيعا معلَّقا يحتمل العدول عنه[1].

البند السابع:مناقشة الإستدلال بأن تطبيق الغرامة ليس فيه مصلحة:

الواقع أن إنكار المصلحة في الأخذ بالعقوبة المالية كإنكار النَّهار وطلب الدليل على وجوده ولعلَّ ممَّا يُيَسِّر أمر العجب ويهوِّن أمره أن يكون هذا القول من رجل فاضل منشغل بعلمه وكتبه بعيد عن واقع الحياة العملية في ميدان التجارة و التعامل مع أخلاط الناس وأجناس من الناس، فلو وجد من صاحب هذا القول مزيد من النظر وإختلاط بمزاولي التجارة و الإطلاع على ميزانيات الشركات و المؤسسات المالية التجارية لوجد أن حقل الديون المشكوك في تحصيلها يحتوي على أرقام مخيفة ، وهي ديون ليست على معسرين وإنما هي نتيجة المماطلة و الإنفلات من الأحكام القضائية والوازع الديني و الوازع السلطاني أليس من المصلحة أن[2]:

- يقضى على أسباب تعثُّر التجارة الإسلامية والنُّمو الإقتصادي بالمحافظة على هذه الأموال والأخذ بأسباب عودتها لأهلها لتصرف في مجالات تجارية لتؤتيَ أكلها من حيث نمو الحياة الإقتصادية في البلاد والقدرة على الربا والمعاملات المحظورة شرعا؟.
- كيف تُنكر المصلحة من إقامة عقوبة تعزيرية على ظالم مستحق للعقوبة بنص **كلام رسول الله صلى الله عليه وسلَّم** ، أليست مصلحة في إقامة الحدود و التعزيرات على أهل البغي والعدوان والفساد؟وأن الله ينزع بالسلطان ما لا ينزع بالقرآن؟.
- أليست المصلحة في ضرب على أيديهم وأطرهم على الحق أطرا ؟ ،أليست المصلحة في المحافظة

[1] **عبد الله بن منيع –من فقهاء الفريق الأول–**،مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته، المرجع السابق، ص 102.

[2] **عبد الله بن منيع–من فقهاء الفريق الأول–**،بحوث و فتاوى في الإقتصاد الإسلامي،المرجع السابق،ص 86–87.

على أموال **عباد الله** وإيقاع العقوبات على من يستهوي إستباحة العدوان عليها؟

- أليس في العقوبة المالية تشفٍّ عمن ظَلَمَ بِمَطل حقوق **عباد الله** كتَشفِّي أولياء القصاص من قاتل مورِّثهم وتشفِّي صاحب الحق بأخذ حقِّه من حقِّ السَّارق ومثله معه؟، فضلا عما في العقوبة المالية من إيلام لمن يمطل الحق حينما يعاقب بتغريمه.

فيما يرى **وهبة الزحيلي-من فقهاء الفريق الثاني-** أن هذا الحل يدخل في مسائل التعزير بالغرامات المالية أو أخذ المال للضغط على المدين المماطل بفرض عقوبة مالية ، وقد رضي المدين وتعهد سلفا بذلك أو يحكم بها محكِّمان ولا تدخل هذه الغرامة في ذمة الدائن أو المصرف بل تُصرف في وجوه الخير العامة ، ولا يعدُّ ذلك من قبيل الإستسقام بالأزلام على بعير يتصدق به بعد المقامرة أو الميسر الذي كان عليه العرب في الجاهلية لأن تحريم ذلك بسبب القمار وإن وزِّع البعير على الفقراء[1].

وقد يعترض البعض ويقول : إن الفقه الإسلامي قد حمَى الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين للإلتزام، بكونه شرع التنفيذ الجبري وحده لا يكفي لرفع الضرر عن الدائن في جميع الظروف المختلفة وذلك كما لو ترك الأجير الزرع وتلف فإنَّ إجباره على السقي أو إستئجار غَيره على نفقته لن يُفيد في رفع الضَّرر في هذه الحالة بل يتعيَّن التعويض لإزالة الضرر عندئذ[2].

وإشتراط صرف تلك الزيادة إلى جهة البر والخير كدفعها للفقراء جائز وهو ما ذهب إليه **ابن نافع وابن دينار و الحنابلة والشافعية** ، ويجب على المدين الوفاء به لأنه شرط تضمَّن مقصودا صحيحا من الشَّرع وهو تحقيق النفع للفقراء و حفز المدين على الوفاء بالدَّين في الوقت المحدد وتوفير الإطمئنان للدائن[3].

في الأخير وبعد عرض مختلف الآراء الفقهية في مسألة غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل يمكن القول أن هذا الموضوع أسال الكثير من الحِبر من أهل الإختصاص وإنقسم أهل العلم فيه على ثلاثة آراء.

---

[1] **وهبة الزحيلي ، -من فقهاء الفريق الثاني-**،المعاملات المالية المعاصرة ،المرجع السابق، ص 178.

[2] **أسامة الحموي، -من فقهاء الفريق الأول-**الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله،دار النوادر، دمشق، سوريا،ط1 ،1433هـ-2012م،ص209.

[3] **محمد عثمان شبير وآخرون،-من فقهاء الفريق الثاني-**،بحوث فقهية في قضايا إقتصادية معاصرة ، دار النفائس للنشر و التوزيع، عمان ، الأردن،1418هـ-1998م،المجلد الاول ،ص 835،879.

الرأي الأول: أجاز غرامة التأخير للتعويض عن الضرر بشروط معينة، **الرأي الثاني:** يرى كذلك جواز هذه الغرامة بشرط عدم إستفادة الدائن من عائدات هذه الغرامة، **ورأي ثالث** يرى عدم جواز هذه الغرامة مطلقا،ومع ذلك يرى البعض أن هذا الحل المتعلق بفرض الغرمة على المدين الموسر المماطل والتصدُّق بها ربَّما يكون مقبولا ولكنه ليس بجديد وما زالت المسألة أمام العلماء للدراسة والتفكير لإيجاد بدائل مشروعة وعلى قائمة المجامع الفقهية لم تُحسم بعد[1].

المطلب الخامس :غرامة التأخير على السداد في مجال العقود الإدارية.

سبق وأن أشرنا إلى إن القانون اليمني للشراء العمومي نص على أنه يمكن للمتعاقد إن يفرضَ على الإدارة المتعاقدة غرامة التأخير على السداد في حالة تقاعسها في دفع مستحقاته المالية ، مع الإشارة مرة أخرى أن هذه الغرامة التي يسمِّيها القانون اليمني للطلب العمومي بغرامة التأخير على السداد يطلق عليها في القانون الفرنسي مصطلحintérêts moratoires وهو تم إعتماده في عديد قوانين الصفقات العربية تحت تسميات مختلفة منها فوائد أو فوائض التأخير ومثال ذلك القانون المصري ، الجزائري ،المغربي، التونسي ، أوتحت تسمية التعويض عن التأخير في بعض قوانين الصفقات العمومية الخليجية.

فهل تعتبر الإدارة المتعاقدة مدينا مماطلا في سداد مستحقات المتعامل المتعاقد معها ذلك أنها تتوفر مسبقا على الإعتماد المالي إذ جاء في المادة 15 من اللائحة التنفيذية المصرية ما يلي :

﴿ يحظر على الجهات الخاضعة لأحكام القانون وهذه اللائحة النشر على بوابة التعاقدات العامة و الإعلان أو توجيه الدعوات بحسب الأحوال لأي عملية للتعاقد على شراء أو إستئجار المنقولات أو العقارات أو التعاقد على مقاولات الأعمال أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية أو الدراسات الإستشارية ما لم يكن لها إعتماد مالي.

و يجوز للجهة الإدارية في الحالات الطارئة أو العاجلة أو التكليفات التي تقتضيها المصلحة العامة أن تجري التعاقدات ذات الصلة بالتنسيق أولا مع وزارة المالية أو التخطيط بحسب الأحوال والتأكد من توافر التمويل اللازم﴾.

ثم إن الفوائد التأخيرية **ضرب من الشرط الجزائي**، ويراعى فيها أن تكون أعلى من الفوائد التعويضية لما في التأخيرية من معنى الجزاء – العقوبة–[2].

---

[1] **محمود عبد الكريم إرشيد** ،المرجع السابق، ص 994.

[2] **رفيق يونس المصري**، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة12، المرجع السابق، ص297.

فهل بذلك تكون الإدارة موسرة ومليئة لكنها تتماطل في دفع دَينها لصالح دائنها وهو المتعاقد معها ومن ثم يجوز تعويض المتعاقد عن تأخُّر الإدارة في صرف مستحقاته ؟.

لكن التَّمعن في مختلف القوانين المنظمة للعقود الإدارية والطلب و الشراء العمومي نصت على أحقِّية المتعاقد في هذه الفوائد دون إعذار ودون ضرر.

ويتم الإتفاق عليها مسبقا بين الإدارة والمتعامل المتعاقد ، وعليه فوفقا للرأي الذي رفض مطلقا التعويض التأخيري فلا محل لها من الإعراب لدى هذا الرأي.

ووفقا للرأي الذي أجاز فرض غرامة تأخير على المدين المماطل سواء لصالح الدائن أو لصالح جمعيات أو صناديق خيرية فإن هذه الغرامة التأخيرية التعويضية يجب أن لا تكون محل إتفاقٍ مسبقٍ ولا يجب تحديد نسبتها وإنما يترك تقدير التعويض للقاضي بينما أن الفوائد التأخيرية أو الفوائض التأخيرية أو غرامة التأخير على التأخُّر في سداد الديون والمستحقات والمستخلصات المالية في مجال العقود الإدارية تكون بإتفاق مسبق بين الإدارة والمتعاقد معها ، وتستحقُّ دون شرط الضرر ، ومرتبطة بسعر الفائدة لدى البنك المركزي[1].

إلا أن هناك قولا لأحد الفقهاء المعاصرين يجيز هذه الفوائد ولو كانت بإتفاق مسبق بين المتعاقدين : ﴿إن موضوع الشرط الجزائي في العقود كان ولا يزال من الموضوعات التي حظيت بإختلاف المعاصرين في مدى مشروعيته وعدم مشروعيته ، ويقصد به في نطاق عقد المقاولة **إتفاق العاقدان:**

﴿ المقاول و المستفيد﴾ على أن يعوِّض الطرف الذي يتأخر في تنفيذ ما يجب عليه تنفيذه في فترة زمنية محددة، فإذا تأخَّر المقاول عن إنجاز العمل في حينه فإنه يجب عليه تعويض المستفيد عمَّا لحق به من ضرر ، وإذا تأخَّر المستفيد عن دفع الثمن أو الأجرة إلى العامل بعد إنجازه العمل وفق الشروط المتفق عليها فإنه يجب عليه كذلك دفع **تعويض للعامل مقابل الضرر** الذي لحق به نتيجة تأخُّر المستفيد عن الإلتزام بما يجب عليه الإلتزام به ....

لذلك نرى أنه لا مانع شرعا في أن يتفق العاقدان على هذا الشرط الجزائي عند إنعقاد العقد ولا يتناقض هذا الشرط مع مقتضى العقد وفيه مصلحة لأحد الطرفين ولا يحلُّ هذا الشرط حراما و لا يحرِّم حلالاً ،ولذلك فلا محظور في إشتراطه في هذا العقد صيانة له وحفاظا على الحقوق من التضييع فأيُّ طرف يخلُّ بما يجب عليه الوفاء به يجب عليه تعويض **الطرف المتضرِّر** من جرَّاء تأخُّره عن إنجاز ما يجب

[1] المادة 15 من اللائحة التنفيذية المصرية للقانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة

عليه إنجازه[1].

ويضيف أستاذ الفقه الإسلامي بالجامعة الإسلامية بماليزيا **مصطفى سانو** أنه يجب أن يتناسب التعويض الذي يلتزم به الطرف المتأخر مع **حجم الخسارة** التي يكبدها الطرف المتضرر منه ، مما يعني أنه إذا لم يكن ثمّة ضرر حقيقي كبير ناجم عن التأخر فلا وجه لإلزامه بالتعويض إلا إذا كان القصد من ذلك تعزيره أو تأديبه.

ويختم الأستاذ **سانو** قوله في مسألة الشرط الجزائي على الأعمال و الديون بقوله: ﴿ و صفوة القول أن ثمة أهميَّة كبرى في ضرورة ربط هذا العقد– يقصد عقد المقاولة– بالشرط الجزائي في هذا العصر لأن عقد المقاولة بطبيعته عرضة للخلف و المماطلة إمَّا من المقاول على مستوى إنجاز العمل في الفترة الزمنية المحدد أو **من المستفيد على سداد الثمن والأجرة في التاريخ المتفق عليه في العقد** ، ورجَّحَت الدراسة مشروعية ربط عقد المقاولة بالشرط الجزائي بوصفه وسيلة هامة من وسائل حماية هذا العقد، وصيانة الحقوق لا ينافي مقتضى العقد ولا يُصادم نصًّا وفيه مصلحة لأحد الأطراف و لخصلة الوفاء بالوعد الذي حثَّ عليه شرعنا في كثير من آيات الذكر الحكيم وأحاديث **المصطفى صلى الله عليه وسلم** ، ﴾[2].

ونرى أن الصَّواب إستبعاد مصطلح الفوائد التأخيرية ، والقول بفرض عقوبة مالية عن المماطلة أو التأخُّر في دفع الحقِّ المالي،ولتسويغ هذه العقوبة المالية ، يمكنا الإستناد إلى الحديث النبوي الشريف الذي يجيز للحاكم على الزَّكاة بالقوة من الممتنع عن دفعها بالإضافة إلى نِصفها كعقوبة مالية توقع عليه عن تأخُّره[3]،وذلك إستنادا إلى **قوله صلى الله عليه وسلم : ﴿في كل إبل سائمة ، في كل أربعين إبنة لبون لا يفرق إبل عن حسابها من أعطاها مؤتجرا فله أجرها، ومن منعها فأنا آخذها وشطر ماله كغرمة من غرمات ربنا تبارك وتعالى لا يحل لآل محمد منها شيئ﴾**[4].

فالفوائد التأخيرية هي في حقيقتها ديون مترتبة على عاتق الإدارة لم تُسدَّد بعد وهذه هي التي تشبه ربا النَّسيئة ... فيعتبر **الحق في التعويض** جبرا للخسارة التي ألمَّت بالمتعاقد و الكسب الذي فاتَهُ جرَّاء خطأ

---

[1] **قطب مصطفى سانو**، عقد المقاولة حقيقته ، تكييفه وصوره ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 14، المرجع السابق ، ص 201-202.

[2] **قطب مصطفى سانو**، نفس المرجع ، ص 202-204.

[3] **علية نصر الدين**، المرجع السابق، ص67.

[4] ، سنن ابي داود،المرجع السابق، كتاب اللقطة، رقم الحديث1718،ص207.

المصلحة المتعاقدة ،وعليه **فالتعويض** الذي يستفيد منه المتعامل **المضرور** هو تعويض عمَّا أصابه من ضرر، ويمكن أن يستدل لما سبق بما عرفته الشريعة الإسلامية في مثل هذا النوع من العقوبات ، وإن كانت في هذه الحالة على الطرف الأقوى ألا وهو المصلحة المتعاقدة[1]،فقد رُويَ عن النبيِّ صلى الله عليه وسلم:﴿**في كل إبل سائمة ، في كل أربعين إبنة لبون لا يفرق إبل عن حسابها من أعطاها مؤتجرا فله أجرها، ومن منعها فأنا آخذها وشطر ماله كغرمة من غرمات ربنا تبارك وتعالى لا يحل لآل محمد منها شيئ**﴾[2].

ففي واقعة الحال العقوبة المالية تكون على الإدارة لفائدة المتعامل معها ، إستنادا إلى الحديث المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم:

﴿**لا ضرر ولا ضرار**﴾[3]، وهذا الحديث أفاد منع الضرر ورفعِهِ ولا سيما في حقِّ الطرف الضعيف كالمتعامل المتعاقد في مقابل المصلحة المتعاقدة المتمثلة في الإدارة لِما تتميَّز به من السلطة وأيضا لما يُفترض فيها من الملاءة والقدرة على السَّداد ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم:﴿**مطل الغني ظلم واذا أحلت على مليئ فاتبعه**﴾[4].

وبالمقابل من ذلك يرى البعض أنَّ تضمين عقد المناقصة شرطا جزائيا ينص على غرامة مالية على المشتري إذا تأخَّر عن سداد الثمن فإنه غير جائز لأن هذا من مثل غرامة التأخير من الرِّبا المحرَّم...[5].

ولقد إطلعت على فتوى **لدائرة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بدُبي** من خلال إدارة الفتوى و البحوث في الكتاب السادس ط 2001 حيث تقول هذه الفتوى:

﴿ وردنا سؤال يقول فيه صاحبه : تلتزم وزارة بتعويض المقاول عن التأخير عن صرف أي دفعة مستحقَّة له عند الميعاد المحدد، وذلك بنسبة 50% في السنة من صافي قيمة الدفعة المتأخرة وفي مقابل ذلك ليس للمقاول الحق في المطالبة بأية تعويضات أمام أيَّة جهة عن التأخير في صرف الدفعات المستحقة له أو

---

[1] **محمد شريط**، عقود الصفقات العامة في ضوء الشريعة الإسلامية و التشريعات الجزائرية، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، ، قسم الشريعة والقانون،1438هـ-2017م،ص265.

[2] سنن النسائي ، كتاب الزكاة ، باب عقوبة مانع الزكاة ، رقم4111.

[3] حديث سبق تخريجه ص262من الأطروحة.

[4] حديث سبق تخريجه ص268 من الأطروحة، وقد إستند عليهما **محمد شريط** في إجازته لتعويض المتعاقد مع الإدارة عن الضرر الذي أصابه نتيجة لمماطلت الإدارة و تأخُّرِهافي دفع مستحقَّاته المالية، ص265 من مرجعه السابق.

[5] **أحمد علي السالوس**، الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 12، المرجع السابق، ص 164-165.

الإدعاء بحدوث أضرار له نتيجة ذلك ، يرجى التكرم بالإفادة عن رأي الشرع في النص الوارد أعلاه حيث من المتوقع إدراجه في عقد المقاولات للمشاريع بالوزارة وجزاكم الله خير﴾.

الجواب: هذا الشرط هو ما يسمَّى في إصطلاح الفقهاء و القانونيين بالشرط الجزائي ، وقد ناقش مجمع الفقه الاسلامي هذه المسألة نقاشا مستفيضا وتوصَّل في دورته المنعقدة في **الأردن** إلى قرار رقم 65 جاء فيه: يجوز أن يتضمن عقد الإستصناع شرطا جزائيا بمقتضى ما إتفق عليه العاقدان مالم تكن هناك ظروف قاهرة ، وقد تم إعادة مناقشته في **الدورة الثانية عشر** وجاء فيه ما نصه: يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود ماعدا العقود التي يكون الإلتزام الأصلي فيها دينا فإن هذا من الربا الصريح وبناء على ما ذكر فإن الشرط الجزائي الذي يتضمنه عقد الإستصناع بين الشركة المنفِّذة – المقاول– و الوزارة شرط صحيح بقيود السابقة[1].

ويضيف أستاذ قانون المعاملات المدنية في كلية الشريعة و القانون **في جامعة الإمارات** ما يلي:

والحقيقة أن لِي تحفظًا على الفتوى حيث أن مُصدر الفتوى لم يتابع بنود قرارات **مجلس الفقه الإسلامي في ذات المؤتمر** الذي إستقى منه الفتوى حيث نصَّ في **رابع** –يقصد رابعا في قرار المجمع– :

ولا يجوز في عقد الإستصناع بالنسبة للمستصنع أذا تأخَّر في أداء ما عليه ، ولو رجعنا إلى السؤال سنجد أن المدَّعي والمطالب بالتعويض ليس صاحب العمل – أي الوزارة– وإنما المقاول بناء على التأخر في صرف مستحقاته المالية – التي هي نقود– ، وبالتالي هو يطلب ويتفق مقدما على التأخير في صرف نقوده أن يأخذ عليها فوائد نقدية ، وهذا هو عين الرِّبا وبالتالي نرى مراجعة هذه الفتوى خاصة أنها ستوضع في عقود الوزارة كما تم الإشارة إليه[2].

وإلى أولئك الذين الذين إستندوا إلى قرار هيئة كبار العلماء في تجويز الشرط الجزائي في الدُّيون، و التعليق على هذا القرار المبارك أن ما بحثناه وقررنا وجاهته و إعتباره لا يتعارض مع هذا القرار فهذا القرار خاص فيما إذا إتفق الدائن و المدين في عقد الإلتزام على الغرامة وتقديرها وذلك في حال الأخذ بتأخير السداد عن الميعاد المتفق عليه ولا شكَّ أن هذا هو رِبا الجاهلية لأنه إتفاق بين طرفين بمحض إرادتهما و إختيارهما على فائدة رِبوية معينة معروفة المقدار في حال التخلف عن السداد ، وإن سمَّياها

---

[1] **جاسم علي الشامسي** ، عقد المقاولة و الإنشاء و التعمير ، حقيقته، تكييفه، صوره، مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 14، المرجع السابق، ص 125.

[2] **جاسم علي الشامسي**، نفس المرجع، ص 126.

غرامة[1].

المبحث الثاني: تطبيق غرامة التأخير إذا كان أصل الإلتزام أداء عمل.

تطبيق غرامة التأخير على الأعمال شهدَ هو الآخر نقاشات حادة ، فذهب **الرأي الأول** إلى جوازها مطلقا، وذهب **الرأي الثاني** إلى عدم جوازه مطلقا ، فيما ذهب **الرأي الثالث** إلى جوازه في حالات معينة دون حالات أخرى.

المطلب الأول: جواز غرامة التأخير في مجال عقود الأعمال الإدارية.

ذهب أنصار هذا الرأي إلى جواز غرامة التأخير في مجال ومنهم[2]:

فالجائز أن يكون الشرط الجزائي مثلا في الإستصناع و في المقاولات و في عقود التوريد ، وكذلك الإلتزامات التي يفرضها منظِّم المناقصة على المتقدِّمين لها فيما لا يخل بالتنفيذ وإنما فيم يتعلق بسداد بعض الإلتزامات[3]، إذ لا مانع شرعا في خصم جزاء مالي محدد عن كل يوم تأخير في عقد مع مقاول على القيام ببناء عقار أو مشروع وحددت مدة لإنجاز العمل لتفويت المنفعة المقصودة إذا كان ذلك بغير عذر قهري ذلك لأن الجزاء المالي إشترط على التأخير في العمل وليس نظير دين على المقاول[4].

---

[1] **عبد الله بن منيع**، بحوث في الإقصاد الإسلامي، المرجع السابق ،ص426.

[2] نذكر على سبيل المثال

– **أحمد مصطفى الزرقا – مع أن مصطفى الزرقا لا يجيز التعويض عن الضرر المعنوي**–، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، الجزء2، ص760.

– **وهبة الزحيلي**، مناقشة موضوع الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، المرجع السابق ، ص 256–266.

– **علي أحمد السالوس**:–مع إشتراطه للتعويض عن الضرر الفعلي– الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة 12، العدد14، ص132 ،136.

– **عثمان شبير،داودي مخلوف**، قرار اللجنة الدائمة للإفتاء، ندوة البركة، دار الإفتاء الأردنية، بيت التمويل الكويتي، دار الإفتاء المصرية، دار الإفتاء الإماراتية.

[3] **وهبة الزحيلي**، مناقشة موضوع الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، المرجع السابق ، ص 256–266.

[4] **فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك البحرين الإسلامي** من عام 1979الى 2011، الطبعة الأولى، 1434هـ–2013 م، المنامة، البحرين، ص 148.

ولقد استدلوا على جوازها بالأدلة التالية:

الدليل الأول: القرآن الكريم.

قوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين منوا أوفوا بالعقود**﴾[1].

فوجه الدلالة أن هذ الآية توجب الوفاء بالعقود والعهود ، وأن الشرط الجزائي حافز على الوفاء بالعهود وهو ما يحقق مرام الآية، كما تفيد أن الأصل في العقود و الشروط الوضعية التي يشترطها المكلف في المعاملات المالية الإباحة لا الحظر[2].

الدليل الثاني: السنة النبوية الشريفة.

1) قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿**الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا ،والمسلمون على شروطهم**﴾[3].

فأفاد الحديث أن المسلمين ملتزمون بشروطهم و الوفاء بمقتضاها ، كما دلَّ الحديث على صحة جميع الشروط التي يبرمها المتعاقدان ولا يستثنى منها إلا ماحرَّم حلالاً أو أحلَّ حرامًا[4].

فهو شرط مستحدث تطبق عليه القاعدة التي تقول أن الأصل في العقود و الشروط الجواز و الصحة ولا يحرَّم منها ولا يبطل إلا ما دلَّ الشرع على تحريمه وبطلانه[5].

2) قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿ **أحق الشروط أن توفوا بها ما إستحللتم به الفروج**﴾[6].

فالحديث يؤكد ان الشرط التي يبرمها العاقدان يجب الوفاء بها بصفة عامة، وبخاصة في عقد النكاح، طالما أنها لا تتعارض مع نصٍّ من نصوص الشريعة ، وبما أن الشرط الجزائي المقرر لعدم تنفيذ الأعمال مما يقتضيه العقد و يحقق مصلحة العاقدين فيطبَّق عليه الحديث[7].

---

[1] **سورة المائدة** ، الآية 1.

[2] **قرار اللجنة الدائمة للإفتاء الشرط الجزائي**، المرجع السابق، ص75.

[3] **سنن ابن ماجة، المرجع السابق**،باب الصلح ، رقم الحديث 2353، ص 248.

[4] **علي محمد قاسم** ، عقد التوريد في ميزان الفقه الإسلامي، د ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005 ، ص 117.

[5] **عاطف أبو هربيد**، المرجع السابق،ص207.

[6] **رواه البخاري: البخاري–أبي عبد الله بن إسماعيل إبراهيم البخاري–**، دار اليقين للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 1432هـ–2011م ، كتاب الشروط ،باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، رقم الحديث 2721، ص327.

[7] **علي محمد قاسم** ، المرجع السابق، ص 116.

الدليل الثالث: الآثار.

1) عن إبن سيرين أن رجلا قال لكريِّه:

أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم ، فلم يخرج فقال **القاضي شريح** : من شَرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه [1].

2) عن إبن سيرين أن رجلا باع طعاما وقال : إن لم آتك **الأربعاء** فليس بيني وبينك بيع ، فلم يجئ فقال **شريح** للمشتري أنت أخلفت فقضى [2] عليه [3].

3) أن **نافع بن عبد الحارث** إشترى من **صفوان بن أمية** دارا للسجن بأربعة آلاف درهم ، فإن رضي عمر فالبيع بَيعُه وإن لم يرض **عمر** بالبيع ،فـ**لِصفوان** أربعمائة.

فيظهر جليًّا من خلال هذه الآثار أنه لا مانع من إشتراط تعويض الضرر الذي يقع نتيجة تأخر أحد المتعاقدين أو إمتناعه عن تنفيذ إلتزاماته في مواعيدها، ففيهما أساس لطريقة التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطُّل و الإنتظار [4].

وعليه فإذا إلتزم أحد طرفي العقد عند التعاقد أن يدفع للطرف الآخر مقدارا معيَّنًا من المال إن لم يَقُم بتنفيذ العقد وكان صادرًا عن رضا وإختيار فإن إلتزامه يكون صحيحًا ويجب العمل بمقتضاه [5].

الدليل الرابع: القياس.

أن الشرط الجزائي أو غرامات التأخير في مناقصات التوريد و المقاولات يتعلق بتأخير السلع أو الأعمال، فهي متعلقة بالبيوع و الإجارات وليس بالقروض [6].

---

[1] **رواه البخاري**،المرجع السابق، باب ما يجوز من الإشتراط و الثُّنيا في الإقرار والشروط التي يتعارفها الناس بينهم وإذا قال مائة إلا واحدة أو ثِنتيْنِ، ص 331.

[2] قضى عليه ، بمعنى حَكَمَ ضدَّه ، ليس لصالحه.

[3] **رواه البخاري** ، باب ما يجوز من الإشتراط و الثُّنيا في الإقرار والشروط التي يتعارفها الناس بينهم وإذا قال مائة إلا واحدة أو ثِنتيْنِ ، ص 331.

[4] **عبد الله المطلق** ، عقد التوريد ، مجلة جامعة الإمام محمد السعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، العدد 10، 1414 هـ-1993م، ص 62".

[5] داودي مخلوفي، المرجع السابق، ص 152

[6] **عاطف أبو هربيد** ، المرجع السابق ص 207، 208 .

إن الشرط الجزائي يشبه بيع العربون في أن كلاً منهما يُوجب على من أخلَّ بالشرط عقوبة مالية يجري تعيينها قبل حصول ذلك[1]، كما أن طريقة العربون هي أساس لطريقة التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطيل و الإنتظار[2].

إن الشرط الجزائي شبيه بالعربون ، والعربون يكون في البيع و قد يكون في غيره فمثلا : أن يشتري رجل الرجل السلعة ويدفع للبائع مبلغا من المال على أنه إذا أخذ السلعة يكون ذلك المبلغ جزء من الثمن وإن ترك المشتري السلعة فالمبلغ للبائع[3] ، فالشرط الجزائي جائز وهذا شبه بالعربون[4].

فيم يرى الصديق الضرير أحد الذين أجازوا غرامة التأخير التعويضية في الديون بشرط الضرر الفعلي، أن غرامة التأخير في العقود الإدارية هي من باب العقوبة المالية ،وعليه فإن قياس الشرط الجزائي على العربون قياس مع الفارق وذلك من وجوه[5]:

- أن العربون جزء من الثمن متى إختار دافعه المُضيَّ في العقد ، أما الشرط الجزائي فلا علاقة له بالثمن فهو تعويض عن الضرر.
- تحقق الشرط الجزائي لا يؤدي بالضرورة إلى فسخ العقد أمَّا العدول بموجب العربون فإنه يؤدِّي إلى فسخ العقد.
- العربون يُقبَضُ عند إبرام العقد و المضيِّ فيه أما الشرط الجزائي فلا يكون إلا متأخِّرا عن العقد عند حصول شرطه وهو الضرر.
- دافع العربون بالخيار بين تنفيذ العقد أو ترك العُربون للطرف الآخر أمَّا الملتزم بالشرط الجزائي فليس بالخيار وعليه تنفيذ إلتزامه الأصلي ما دام ذلك ممكنا.
- الإلتزام بدفع العربون عند نكول عدول المشتري قائم ولو لم يترتب ضرر لأنه مقابل العدول ، أما الشرط الجزائي فلا يستحق إلا إذا وقع الضرر.

---

[1] قرار اللجنة الدائمة للإفتاء، المرجع السابق، ص75.

[2] **أحمد مصطفى الزرقا**،المدخل الفقهي العام ، فقرة 234،المرجع السابق ،ص 535.

[3] **ناجي شفيق عجم**، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 12، المرجع السابق، ص 205.

[4] **جاسم علي سالم شامسي** ، أستاذ قانون المعاملات المدنية ، كلية الشريعة و القانون ، الإمارات العربية المتحدة، عقد المقاولة ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة12، المرجع السابق،ص 123.

[5] **الصديق محمد الأمين الضرير** ، الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، المرجع السابق، ص 56.

وعليه فالشرط الجزائي والذي يجري العمل به في البلاد الإسلامية هو معاملة مستحدثة تحكمها قاعدة يكاد الفقهاء المعاصرون يجمعون على الأخذ بها هي : الأصل في العقود و الشروط الجواز و الصحة ولا يحرَّم منها ويُبطَلُ إلا ما دلَّ الشرعُ على تحريمه و إبطاله نصًّا وقياسًا[1].

الدليل الخامس: المصلحة المرسلة و الحاجة الماسة إلى غرامة التأخير.

فإعتبارا للمصالح المتعلقة بالشرط الجزائي المقرر لتنفيذ الأعمال يتضح أنه يمكن القول على جوازه حيث لا يوجد نص خاص من الشريعة الإسلامية بإلغائه أو إعتباره، كما أن القول بتصحيحه سدٌّ لأبواب الفوضى و التلاعب بحقوق عباد الله ، وفي هذا ما فيه من صالح عام وصالح خاص[2].

فالشرط الجزائي على المقاول المخل بالإلتزام جائز يجب الوفاء به لأنه حافز لإكمال العقد في وقته المحدد[3].

إن الضرَّرَ الناشئ عن ضياع المصلحة من جرَّاء التأخير في تنفيذ الإلتزامات و العقود كضياع مصلحة محققة لعدم قيام المتعهد بتوريد السلعة في الوقت المحدد أو عدم الوفاء بالإلتزام بشحن وتصدير البضاعة في وقت معيَّنٍ[4] ، كما أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة، فبعض العقود في الشريعة الإسلامية رخِّص فيها وأبيحت خلافا للقياس لحاجة الناس إليها ورفعا للضرر عنهم كالسَّلَم والإجارة مع أن الأصل فيها التحريم لأنها عقود على معدوم، فأُبِيحَ السَّلَمُ لحاجة الناس إليه ، و الإجارة شُرِعت لحاجة الناس مع أنها وردت على منافع معدومة، فالشرط الجزائي كذلك مباح للحاجة الماسة إليه[5].

فوجه الإستدلال أن الحاجة أدخلت إستثناءات على القواعد الشرعية العامة وفتحت الباب أمام الجواز الشرعي لها وذلك لسدِّ حاجة الناس ، بل أن المحظور قد يباح دفعًا للحَرَجِ، وعلى هذا الأساس يمكن القول بصحة الشرط الجزائي لحاجة الناس إليه ضمانا لتنفيذ العقد، ومنعِ المنازعات التي يمكن أن تحدث من جرَّاء هذا الموضوع[6].

---

[1] **الصديق محمد الأمين الضرير**، الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد12، المرجع السابق، ص 49.

[2] **داودي مخلوفي**، المرجع السابق،ص 152 ، 153 .

[3] قرار الجنة الدائمة للإفتاء ،المرجع السابق، ص76.

[4] **أسامة الحموي، المرجع السابق، ص 172-173.**

[5] **داودي مخلوف**، المرجع السابق،ص 153 -154،

[6] **علي محمد قاسم**، المرجع السابق ،ص 123-124.

فلقد ثبت أنَّ الشرط الجزائي من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد فمن الفوائد المقصودة من أشتراطه تفعيل موجبات العقد وتوكيد لزومه و التوثق به لحفظ الحقوق و التوقي به من وقوع الضرر بالإخلال وتغطيته إذا وقع ويقطع دابر الخلاف حوله، وكل هذه الفوائد تدخل في سياق تحقيق المقصد الشرعي في الأموال والمقصد الشرعي في الأموال كلها خمسة أمور:رواجها، وضوحها، حفظها، ثباتها، و العدل فيها[1].

الدليل السادس: العرف.

فلقد تعارف الناس على وضع شروط جزائية في كثير من عقودهم هذه الأيام خصوصا عقود المقاولات والتوريد والإستصناع، وعُرفُ التعامل بالشرط الجزائي عرفٌ صحيح شرعا لأنه لا يعارض دليلا شرعيا و لا يُبطل واجبا فهو جائز وصحيح[2]، ومن تتبع الشرط الجزائي لوجده كثير الوقوع في الحياة العملية فأصبح من النادر أن تجد عقدا يتَّسم بالأهمية لا يكون الشرط الجزائي بندا من بنوده وعندما يبلغ الأمر هذه الدرجة من التعامل فإنه يسبغ الجواز على ما لم يرد النص بالنهي عنه كالشرط الجزائي[3]،فالظروف المحيطة بالمعاملات اليوم تستدعي نظرا جديدا لمواجهة المماطلة والإخلال بالإلتزامات تحقيقا للمقاصد العامة للشريعة الإسلامية في الوصول بإلتزاماتهم إلى غاياتها وحفظ حقوقهم وتحقيق العدل في معاملاتهم.

الدليل السابع: مبدأ السياسة الشرعية.

فالعمل بمبدأ السياسة الشرعية يؤدي إلى القول بشرعية الشرط الجزائي لأن الشرط الجزائي وإن لم يرد في مشروعيته نصوص صريحة خاصة بجوازه .

إلا أننا لو نظرنا إلى الشرط الجزائي من خلال مبدأ السياسة الشرعية فإننا نستطيع القول بأن الحكم بجَوَازه يدخل في إطار هذا المبدأ وإن لم يدل عليه دليل خاص ولكنه لا يصادم دليلا معيَّنًا ويحقق مصلحةً ملائمةً ولا يصادم قواعد الشريعة ولذلك فإن القاضي يستطيع الحكم بالتعويض عن ضياع المصلحة المتوقعة و الضرر الواقع من عدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه و التعويض عن الأضرار التي لحقت بالدائن من جرَّاء ذلك بمقتضى السلطة التقديرية الممنوحة له فيما لا نص فيه عملا بمبدأ السياسة الشرعية من إقامة العدل و إحقاق الحقِّ ودفع الضرر.

---

[1] **داودي مخلوفي**، المرجع السابق،ص 160.

[2] **أسامة الحموي** ، المرجع السابق، ص 177.

[3] علي محمد قاسم، المرجع السابق ،ص 110.

فللقاضي أن يفعل ذلك إذا رأى فيه حاجة ومصلحة أخذًا بمشروعية التعزيرات و الغرامات المالية[1].

المطلب الثاني: عدم جواز غرامة التأخير في مجال عقود الأعمال الإدارية[2].

وإستدل فقهاء الفريق على الأدلة التالية:

الدليل الأول: السنّة النبوية الشريفة.

1) قوله صلى الله عليه وسلم في حديث بريرة ﴿ **مابال أناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ؟ من إشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مائة مرة، شرط الله أحق وأوثق**﴾[3].

2) أن النبي صلى الله عليه وسلم ﴿ **نهى عن بيعتين في بيعة**﴾[4].

3) الدليل الثاني: : تطبيق غرامة التأخير أكل لأموال الناس بالباطل.

ففي غرامة التأخير أكل لأموال الناس بالباطل لأن الشرط الجزائي قد يكون أكثر من الضرر الواقع وأكثر القوانين تجيز هذه الزيادة، كما أن الشرط الجزائي ينطوي على مخاطرة وغرر وجهالة ورهان محرم ومقامرة، كما أن الشرط الجزائي يستحق عن الأضرار الأدبية والمعنوية وتفويت الفرصة المتوهمة والكسب المظنون عند مجرد الإخلال بالإلتزام .

---

[1] **أسامة الحموي**، المرجع السابق، ص 178-179 .

[2] من الفقهاء الذين يرون عدم جواز الشرط الجزائي حتى وإن كان على الأعمال **نزيه حماد** ،عقوبة المدين المماطل ،مجلة البحوث الفقهية المعاصرة عدد 14 ص 22-23 ، **الصادق الغرياني**: فتاوى وتحقيقات في مسائل فقهية تكثر الحاجة إليها ، ص 214-215 ، نقلا عن **داودي مخلوفي**، المرجع السابق،ص160.

شفيق شحاتة، النظرية العامة للإلتزامات في الفقه،ص 91،**عبد الله بن زايد آل محمود**: أحكام عقود التأمين ص 15. **محمد حافظ صبري**، المقارنات و المقابلات ،ص22، **عبد الرزاق السنهوري**، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، الجزء6،ص 168، علي الخفيف، كتاب الضمان، ص17-159 ، وذلك نقلا عن **محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني- رفض تطبيق الشرط الجزائي في كل الأحوال** - ، حيث يرى أن هؤلاء الفقهاء يرفضون التعويض عن الضرر المعنوي ، وتطبيق الشرط الجزائي في الصفقات العمومية هو تعويض عن ضرر معنوي محتمل الوقوع وبالتالي فهي غير جائزة في نظره، ولمزيد من التفاصيل يرجى من القارئ"ة" الكريم"ة" مراجعت كتاب الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، كنوز إشبيليا للنشر و التوزيع، الرياض، السعودية،ط1، 1428هـ-2006م، ص236 .

[3] **رواه البخاري**: ، المرجع السابق،باب إذا اشترط شرط في البيع لا تحل، رقم الحديث، 2168،ص256 ،رواه مسلم ، المرجع السابق،كتاب العتق ، باب أنَّ الولاء لمن أعتق، رقم الحديث 1504، ص382.

[4] **سنن أبي داود**، المرجع السابق، باب فيمن باع بيعتين في بيعة،رقم الحديث 3461،ص409.

وهذه ترجِّح أنه لا يجوز التعويض المالي عنها و بالتالي لا يجوز الشرط الجزائي لأنه ما يستحق لأجله باطل فهو باطل[1].

الدليل الثالث : أن غرامة التأخير من الشروط الغير لازمة.

فالإلتزام إنما يلزم الوفاء به إذا كان على وجه المعروف والبرِّ لا على وجه المخاطرة والغرر، لأن القول بالغرم عند الإخلال بالشرط يجعل هذا الغرم حقا ثابتا لمن إشترطه، والشروط الجزائية لا تثبت الحقوق إذا لم تكن ثابتة في نفس الأمر[2].

الدليل الرابع : أن غرامة التأخير تؤدي إلى المحظور شرعا.

فأخذ التعويض مثلا عن تأخر رد المال أو من **عدم التعجيل في إحضار السيارة** لا يجوز شرعا لأنه زيادة على الدين وهو ربا محرم ، ولأنه عقوبة بالمال زائدة على العقوبة المقدرة شرعا وهي وجوب رد المال ،فليس لك إلا المطالبة بمالك الذي دفعته إو بالسيارة المتعاقد عليها[3].

وذلك مصداقا لقوله تعالى:

﴿**فمن إعتدى عليكم فإعتدوا عليه بمثل ماإعتدى عليكم**﴾[4].

وجاء في حاشية الدسوقي:

﴿أما العقوبة بالمال فقد نص الفقهاء على أنها لا تجوز﴾، فإشتراطها ذريعة الى الربا، وفيها نفع لأحد الأطراف على حساب الآخر وتؤدي إلى إختلال التوازن بين المتعاقدين[5].

---

[1] **محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني**، المرجع السابق ، ص237،240.

[2] **محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني**، نفس المرجع ، ص237،240.

[3] **الصادق عبد الرحمن الغرياني**، دار الإفتاء الليبية، **4جمادى الآخرة 1434هـ-2013م**، رقم الفتوى1142، ص 1، ، غير أن هناك فتوى أخرى للفقيه **الصادق عبد الرحمن الغرياني** بتاريخ **8-شعبان-1437هـ، الموافق لـ 15-ماي-2016** أجاز فيها الشرط الجزائي في مجال الأعمال، وذلك بقوله: ﴿...فيجوز إبرام عقد يحوي شرطا جزائيا في حال حدوث تقصير أو تفريط ظاهر من العامل...و يجب الوفاء به للأدلة الكثيرة الدالة على الوفاء بالعقود و العهود والشروط ، ويضمن فقط ما نَجَمَ من تلفٍ بسبب الافراط والتعدِّي﴾، رقم الفتوى 2947، فهل تعتبر الفتوى الثانية بمثابة تراجع عن الفتوى الأولى؟،آخر إطلاع 12-أفريل-2020م.

[4] **سورة البقرة**، الآية 194.

[5] **محمد الزحيلي**، المرجع السابق، ص 222.

الدليل الخامس : أن غرامة التأخير تعويض عن ضرر غير مالي.

فالشرط الجزائي في غير الديون غير جائز لأنهم أنكروا جواز جوهره وأصله الذي يعتمد عليه و هو التعويض عن مجرد التأخير وعدم الوفاء ولكنهم تحرِّيا للدقَّة في النقل لم ينصوا على الشرط الجزائي إسمًا، كما أن تأخير تنفيذ الإلتزام لا يقابل بالتعويض المالي في الفقه الإسلامي إذ التعويض المالي المالي شرعا إنما يعني قيام مال بدل مال أُتلف ،وتأخير التنفيذ ليس بمال فلا تعويض فيه[1].

المطلب الثالث: جواز غرامة التأخير في حالات معينة دون حالات أخرى.

يرى بعض الفقهاء أن غرامة التأخير في مجال عقود المقاولات والتوريدات تجوز في بعض الحالات و لا تجوز في حالات أخرى معينة.

الفرع الأول: جواز غرامة التأخير في حالة عدم التنفيذ وعدم جوازها في حالة التأخير التنفيذ.

فغرامات التأخير في مناقصات التوريد و المقاولة فتتعلق بتأخير تسليم السلع أو الأعمال عن موعدها المحدد ، أي هي متعلقة بالبيوع و الإجارات لا بالقروض، لكن إذا إعتبرنا أن المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضربٌ من إلتزام الدَّين، فإن في غرامة التأخير شبهة ربا النسيئة أتقضي أم تربى؟[2].

وغرامة التأخير ليست في نظر البعض إلا صورة من صور الشرط الجزائي فلا بد في الشرط الجزائي من التمييز بين التخلف و التأخير فالرأي في الشرط الجزائي إن كان لعدم التنفيذ فهو جائز.

وعليه فان فالشرط الجزائي جائزة في مناقصات التوريد والمقاولة إذا كان متعلقا بعدم التنفيذ وذلك قياسا على العربون، وإذا كان الشرط الجزائي لأجل التأخير في التنفيذ فإنه غير جائز لأنه يكون عندئذ في حكم ربا النسيئة[3].

ففرض عقوبة مالية للإعتبار الزَّمنيِّ هو الذي يمنع تَسويغها ، كما أن التأخير ليس دائما سببُه التَّماطل و التهاون .

---

[1] **محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني** ، المرجع السابق، ص 238،

[2] **رفيق يونس المصري**، مناقصات العقود الادارية، المرجع السابق،ص.61

[3] **محمود عبد الكريم إرشيد**، المرجع السابق ص 382-383.

فأحيانا قد يسوغه معيار الجودة في الإنجاز الذي يتطلب حتما مراعاة عامل الزمن ، وأحيانا أخرى يمكن أن يكون سببه بيروقراطية الإدارة في إجراءاتها أو في الدفوع المالية المستحقة عليها للمتعامل المتعاقد أو تضارب المصالح بين الجهات الإدارية المختلفة المكلفة بالإشراف أو التنفيذ في الصفقات العامة ، ممَّا يؤدِّي حتما إلى التأخُّر الزماني و الإخلال بميعاد إنجاز الصفقة و بالتالي فرض عقوبة مالية يعني تعسُّفًا في الحق، وحتى وإن أباح له التشريع ساعة تضرُّرِهِ مقاضاة المصلحة المتعاقدة ، ولكن إجراءات القضاء الطويلة و المعقدة تجعل من النزاع يطول ويفقد المتعاقد الكثير من الحقوق[1].

ففي البيوع المؤجلة ﴿النسيئة ، السَّلم﴾ أجاز جمهور الفقهاء نقصان البدَل المعجَّل لقاء التأجيل في البدل المؤجل بعد أن يترتب المؤجل في الذمة أن يؤجِّل هذا البدَلُ المؤجل تأجيلا آخر مقابل مبلغ من المال، لأن هذا يصير ربا نسيئة كقول المدين لدائنه : أَنظِرنِي أَزِدك، أو الدائن لمدينه: تَقضِي أم تربى؟ ، كما يصير هذا داخلا في بيع الكالئ بالكالئ في صورة منه مجمع عليها[2].

ويذهب **رفيق يونس المصري** في هذا الصدد أن مثل هذه الغرامة في هذه الحالة تدخل ضمن مايسمِّيه المالكية فسخ الدَّين بالدَّين ويعتبرونها بحق من أشد صوره ، وذلك إستنادا لما جاء في **حاشية الدسوقي** على الشرح الكبير[3].

فلقد أجاز بعض العلماء خياطة الثوب اليوم بدرهم، وخياطته غدا بنصف درهم ، فهذه الصيغة جائزة إذا إنعقجت الإجارة على أحد الموعدين ﴿وفي هذا تستوي مع البيع ، فهي جائزة في الإجارة والبيع ﴾، وغير جائزة إذا ترك الخيار للأجير، إن خاط الثوب اليوم أُعطِيَ درهمًا، وإن خاطه غدا أُعطِيَ نصف درهم[4].

هل من فرق في الحكم بين بيع ثوب بدرهم نقدا ودرهمين نسيئة و خياطة ثوب بدرهمين ليوم ودرهم ليومين؟ ، قد أجاز بعض العلماء الصورة الأولى، إذا إنعقد المبيع على أحد الثمنين، وإني أرى رَأيَ هؤلاء العلماء، وعليه أَرى أَنَّ خياطة الثوب بدرهمين اليوم وبدرهم غدا جائزة أيضا إذا إنعقدت الخياطة على احدى الأجرتين أو أحد الموعدين، ولا تجوز إذا لم تنعقد كذلك، فإن خَاطَهُ اليوم أُعطيَ دِرهَمَينِ وإذا

---

[1] **محمد شريط**، عقود الصفقات العامة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و التشريعات الجزائرية، المرجع السابق ،ص 236.

[2] **رفيق يونس المصري**، مناقصات العقود الإدارية ،المرجع السابق،ص62.

[3] **رفيق يونس المصري**، مناقصات العقود الإدارية ، نفس المرجع ، ص 62 .

[4] **رفيق يونس المصري**، مناقصات العقود الإدارية، نفس المرجع ، ص 63.

خاطه غدا أُعطيَ دِرهمًا واحدا[1] ،ويجوز للجهة صاحبة المناقصة فرض غرامات تخلُّف على المورِّدين الذين يتخلَّفون عن تنفيذ إلتزاماتهم بدون عذر مقبول ، ولا يجوز لها فرض غرامات تأخير لأنها تضارع فوائد التأخير في القروض الربوية[2]، و الشرط الجزائي الذي يذكر في متن العقد له صورتان صحيحتان :

- الصورة الأولى:
- أن يكون على نحو النتيجة فإن إشترط المشتري لبضاعة السلَّم أيَّ تأخير يحصل في

تسليم البضاعة يستوجب نقصان قيمة البضاعة بمقدار10% من الثمن الأصلي، وأن البضاعة السَّلمية إذا تأَخَّرَت شهرًا عن الأجل المحدد نقصت قيمة البضاعة10% من الثمن الأصلي ، فإن تأخرت شهرين نقصت 20% إذ يكون المشروط له ﴿ على تقدير مخالفة الشرط﴾ قد ملك مقدار النقصان على ذمة المشروط عليه.

- الصورة الثانية:

أن يكون على نحو شرط الفعل وهو أن يقول له : إذا تخلفت عن تسليم البضاعة في وقتها المحدد إلى شهر فعليك أن تدفع لي مقدار عشرة دنانير ، فإذا تخلَّفت إلى شهر فعليك أن تدفع عشرة دينار ، ففي هذه الصورة لا يوجد إشتغال ذمة المشروط عليه عند التخلف، بل يجب عليه تمليك المقدار المعيَّن حسب الشرط ، فإن لم يفعل فقد فعل حراما مطلقا[3].

فقد ذكرنا في بحثنا المقدم لهذه الدورة صحة ذلك ولكن نعلن تراجعنا عن صحة الشرط الجزائي في حالة التأخير بالنسبة للتوريد وبيع السَّلم لما ثبت لدينا من كَونِ الشرط الجزائي في خصوص السلم والتوريد مخالف للسنَّة، إذ لا فرق بين المثمن إذا كان مؤجلا و الثمن إذا كان نسيئة والزيادة في أجل الثمن في مقابل المال محرَّمة لأنها ربا ،فكذا الزيادة في أجل المثمن في السلم والتوريد في مقابل المال تكون محرمة لأنها من مصاديق: أتقضي أم تربى ؟ .

نعم يمكن للمشتري لأَجلِ ضبط البائع عن تخلفه في عقود السَّلَم والتوريد عن العمل بالعقد يعني أن يشترط شرطا جزائيا فيكون كالعربون الذي أُجيز في دورة سابقة في حالة عدم التنجيز لا التأخير لكن هذا

---

[1] **رفيق يونس المصري**، مناقصات العقود الإدارية ، نفس المرجع، ص 63-64.

[2] **رفيق يونس المصري**، عقود التوريد و المناقصات ،مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد 12، المرجع السابق، ص 506.

[3] **حسن الجواهري** ، السلم وتطبيقاته المعاصرة ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة 9، العدد 9،الجزء الاول، 1417هـ-1996م، ص 536.

لا يكون بديلا للشرط الجزائي في صورة التأخير عن تسليم البضاعة السَّلَمية و التوريد ،إذن الخلاصة أن الشرط الجزائي في صورة التأخير في تسليم البضاعة مخالف للسنة فهو باطل[1].

وعلى هذا فإن الرأيَ في الشرط الجزائي إن كان لعدم التنفيذ فهو جائز ويأخذ حكم العربون، وإن كان الشرط الجزائي لأجل التأخير في التنفيذ فإنه غير جائز لأنه يكون عندئذ في ربا النسيئة.

فنكون قد ميَّزنا بين التَّخَلُّف ﴿عدم التنفيذ﴾ و التأخير ، وبهذا تمتنع غرامة التأخير في عقود التوريد وعقود الأشغال، ويخطئ من جوَّزها في عقود الأشغال على أساس أن هذه العقود من باب الإجارة، والإجارة لا يدخلها الربا، ونستدل مما تقدم أن من الشرط الجزائي صورًا جائزةً وأُخرى غير جائزة ، فليست الصور الداخلة تحته قانونا مطابقة للصور الداخلة تحته شرعا .

والعلماء الذين أجازوا الشرط الجزائي ﴿غرامات التأخير﴾ مثل: مصطفى الزرقا، وهيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية لم أجدهم ناقشوا مثل هذا في البحث الذي إستندوا إليه في إصدار فتواهم[2].

كما أن هناك عقوبات أخرى كسحب العمل ووقفه فعلام اللجوء إلى الغرامة التأخيرية ، وبما أن المصلحة المتعاقدة في عقود الصفقات العامة لها من السلطات الإستثنائية ما يخول لها إلزام المتعاقد بأداء العمل في وقته المحدد فمن هنا كان الأجدرُ عدم النص على هذه العقوبة المالية وإستبدالها بعقوبات إدارية أخرى كالتنقيط و التصنيف على سبيل المثال ولا سيما في الأشغال العامة[3].

الفرع الثاني: جواز غرامة التأخير فيما عدا عقد التوريد الذي لا يتطلب صناعة.

للإشارة فقط أن قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي عندما نصَّ على حكم الشرط الجزائي أجاز هذا الشرط في جميع العقود المالية ماعدا العقود التي يكون أصل الإلتزام فيها دينًا، سواء في حالة عدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذهم.

ولقد أعطى أمثلة عن جواز الشرط الجزائي من ذلك عقود المقاولات بالنسبة للمقاول ، وعقد التوريد بالنسبة للمورد ، وعقد الإستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفِّذ ما إلتزم به أو تأخَّر في تنفيذه ولم يبين

---

[1] **حسن الجواهري** ، مناقشة موضوع المناقصات ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة 9، العدد 9، الجزء الثاني، 1417هـ-1996م، ص 310.

[2] رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص 62،65 .

[3] **محمد شريط**، عقود الصفقات العامة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و التشريعات الجزائرية، المرجع السابق ،ص 237.

بوضوح مسألة عقد التوريد الذي يكون محله سلعة لا تتطلب صناعة وهي موصوفة في الذمة يلتزم بتسليمها عند الأجل وقام المستورد بتعجيل الثمن بكامله عند العقد [1].

إذ في قراره بشأن موضوع عقود التوريد والمناقصات أكدَّ على جواز غرامة التأخير سواء في حالة التأخير في التنفيذ وفي حالة عدم التنفيذ في عقود المقاولة أو الإستصناع أو التوريد لكنها لا تكون جائزة في حالة واحدة وهي حالة ما إذا كان عقد التوريد المُبرَم موضُوعه سلعة لا تتطلب صناعة، وهي موصوفة في الذمة يلتزم بتسليمها عند الأجل وقام المستورد بتعجيل الثمن بكامله عند العقد ، لأننا في هذه الحالة أمام بيع السَّلم إذ جاء في القرار:

- إذا كان محل عقد التوريد سلعة لا تتطلب صناعة وهي موصوفة في الذمة فهذا يتم بإحدى الطريقتين:

➢ أن يعجِّل المستورد الثمن بكامله عند العقد فهذا عقد يأخذ حكم السَّلم فيجوز بشروطه المعتبرة شرعا المبينة في قرار المجمع رقم 85-92 .

➢ إن لم يعجِّل المستورد الثمن بكامله عند العقد فإن هذا العقد لا يجوز لأنه مبنيٌّ على المواعدة الملزمة بين الطرفين ، وقد صدر قرار المجمع رقم 40 و 41 المتضمن أن المواعدة الملزمة تشبه العقد نفسه فيكون البيع هنا من بيع الكالئ بالكالئ ، أما إذا كانت المواعدة غير ملزمة لأحد الطرفين أو لِكِلَيهِمَا فتكون جائزة على أن يتم البيع بعقد جديد أو بالتَّسليم [2].

وإذا عدنا إلى قرار المجمع حول بيع السَّلم نجده يمنع الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلَّم فيه لأنه عبارة عن دين ولا يجوز إشتراط الزيادة في الديون عند التأخير [3].

---

[1] لتفاصيل أكثر يرجى من القارئ"ة" الكريم"ة" مراجعة القرار رقم 109-3-12 لمجمع الفقه الإسلامي بشأن موضوع الشرط الجزائي ، متوفر في كتابنا، منتقى القرارات الفقهية في مجال العقود الإدارية ، المرجع السابق،،ص 29.

[2] لتفاصيل أكثر يرجى من القارئ"ة" الكريم"ة" مراجعة القرار رقم 85-2-9 لمجمع الفقه الاسلامي الدولي بشأن السَّلم وتطبيقاته المعاصرة ، متوفر في كتابنا، منتقى القرارات الفقهية في مجال العقود الإدارية ، نفس المرجع ، ص 19-20.

[3] لتفاصيل أكثر يرجى من القارئ"ة" الكريم"ة" مراجعة القرار رقم 85-2-9 لمجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن بيع السَّلم وتطبيقاته المعاصرة و قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 12/1/107 بشأن موضوع عقود التوريد والمناقصات في كتاب ، **خليفة خالد** ، منتقى القرارات الفقهية في مجال العقود الإدارية ، المرجع السابق،ص 19-31.

ومن هنا تطرقنا إلى هذه الحالة بإعتبارها إحدى الحالات التي تمنع فيها غرامة التأخير ، مع ذكر مناقشة هذا الإستدلال والتنويه بمسألتي بيع الكالئ بالكالئ و المواعدة الملزمة المذكورتين في قرار المجمع بشأن عقود المناقصات والتوريد.

المطلب الرابع: مناقشة أدلة الآراء الثلاثة.

كانت الأدلة التي ساقها الفقهاء للآراء **الثلاثة** بخصوص تطبيق غرامة التأخير في مجال الأعمال ومن ضمن هذه الأعمال عقود المقاولات و التوريد محل مناقشة.

الفرع الأول: مناقشة أدلة فريق جواز غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية سواء للتأخير في التنفيذ أو عدم التنفيذ.

نوقشت أدلة فريق جواز غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية بما يلي:

1)مناقشة الإستدلال بالقرآن الكريم.

نوقش إستدلالهم بالأدلة العامة بوجوب الوفاء بالعقود وأن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الإباحة أنه غير مسلَّم به فالأدلة متوافرة و متظافرة على حرمته فلا دخل لهذا الأصل هنا [1].

2)مناقشة الإستدلال بالسنة النبوية الشريفة.

نوقش إستدلالهم بالحديثين الشريفين أنَّ قوله صلى الله عليه وسلم في حديث بريرة ﴿ **مابال أناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ؟ من إشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مائة مرة، شرط الله أحق وأوثق**﴾[2]، هو واحد من الأدلة التي تحرم الشرط الجزائي[3].

4) مناقشة الإستدلال بالآثار الواردة في مسالة الشرط الجزائي.

فالشريعة الإسلامية كفلت تعويض المتضرر بعد وقوع الضرر تحريّا للعدل و الحق والإنصاف و المساواة بين التعويض و الضرر ومراعاة الجانبين وليس بالنظر إلى مصلحة المشترط فقط دون الطرف الثاني[4].

---

[1] **محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني** ، المرجع السابق،ص 231.

[2] **حديث سبق تخريجه**، ص 331 من الأطروحة.

[3] **محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني** ، المرجع السابق،ص 231.

[4] **محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني** ، نفس المرجع ،ص232.

كما أن تأخير تنفيذ الالتزام لا يقابل بالتعويض في الفقه الإسلامي، إذ التعويض المالي شرعا إنما يعني قيام بدل ما اتلف وتأخير التنفيذ ليس بمال فلا تعويض فيه.

5) مناقشة الإستدلال بالقياس و المصلحة المرسلة في تطبيق غرامة التأخير.

إن السلم والإجارة جاءت الأدلة باباحتهما ،وفي ذلك يقول **إبن تيمية** : ﴿فليس في كتاب الله ولا سنة رسوله بل ولا عن أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز لا لفظ عام ولا معنى عام وإنما في النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي موجودة، وليس العلَّة في المنع لا الوجود ولا العدم بل الذي ثبت في الصحيح **عن النبي صلى الله عليه وسلم** أنه نهى عن بيع الغرر ، والغرر لا يقدر على تسليمه سواء كان موجودا أو معدوما﴾، فقياس الشرط الجزائي على السلم والإجارة قياس مع الفارق لأن السلم والإجارة وردت الأدلة بإباحتهما ، بينما الشرط الجزائي جاءت الأدلة بتحريمه ،ولا يسلم بوجود حاجة ماسة إلى الشرط الجزائي ففي التعويض بعد وقوع الضرر غنية عن تقدير التعويض بالشرط الجزائي مسبقا وجزافا قبل وقوع الضرر، وأن هذه المعاملة وإن كان فيها مصلحة فقد قامت الأدلة على إلغائها فهي مصالح ملغاة [1].

6) مناقشة الإستدلال بالعرف.

العرف الذي إستدل به فريق جواز فرض غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية عرف فاسدٌ لمخالفته للأدلة ، والعرف الذي يبنى عليه في تطبيق الأحكام وفهم المراد من ألفاظ النُّصوص ومن عبارات النَّاس وتداعيهم وأخبارهم وسائر ما يحتاج إلى تحديد المقصود منه من الأفعال و الأقوال فلا تأثير له فيما تبين أمره بالدَّليل وتعيَّن المقصود منه[2].

7) مناقشة الإستدلال بالسِّياسة الشرعية.

فالدليل يردُّ على نفسه إذ فيه أن السياسة الشرعية هنا للقاضي يقرر فيها التعويض عملا بالسياسة الشرعية وأخذا بمشروعية التعزيرات ، وبناء عليه فلا دلالة في الدليل على مشروعية الشرط الجزائي مادام الأمر منوط بالقاضي لأنه من باب التعزير[3].

---

[1] **محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني** ،نفس المرجع ،ص233.

[2] **محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني** ، نفس المرجع ،ص233.

[3] **محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني**، المرجع السابق،ص234.

الفرع الثاني: مناقشة أدلة فريق عدم جواز غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية سواء للتأخير في التنفيذ أو عدم التنفيذ.

نوقشت أدلة فريق عدم جواز غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية بما يلي:

1) مناقشة الإستدلال بالسنة النبوية الشريفة.

نوقش إستدلالهم **بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث بريرة ﴿ مابال أناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ؟من إشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مائة مرة، شرط الله أحق وأوثق﴾**[1].

بأنه ليس المراد به القرآن قطعا فإن أكثر الشُّروط الصحيحة ليست في القرآن بل علمت من السنة، فعُلم أنَّ المُراد بكتاب الله حكمه،وعليه فالمُراد﴿ **ليس في كتاب الله** ﴾ أي ليس في حكم الله جوازه أو وجوبه لا أن كل من شرط شرطا لم ينطق به الكتاب يبطل، لأنه قد يشترط في البيع الكفيل فلا يبطل الشرط ويشترط في الثَّمن شروط من أوصافه أو من نجومه ونحو ذلك فلا يبطل[2].

ونوقش إستدلالهم **أن النبي صلى الله عليه وسلم ﴿ نهى عن بيعتين في بيعة**[3] ،أن هذا الحديث لا يتنافى مع الخصائص الأساسية للشرط الجزائي .

فالشَّرط الجزائي لا يتمتع بالإستقالية عن العقد الأصلي ، وإنما هو تابع له فهو إلتزام إحتياطي يحفِّز على الوفاء بالعقد و التَّعويض عن الضَّرر الذي يترتَّب عن عدم التنفيذ وليس من قبيل بيعتين في بيعة بل هو مرتبط بالعقد الأصلي وجودا وعدما.

2) مناقشة الإستدلال أن في تطبيق غرامة التأخير أكل لأموال الناس بالباطل.

نوقش إستدلالهم بأن تطبيق الغرامة فيه أكل لأموال الناس بالباطل أنه في عصرنا الحاضر حيث نظمت شؤون الدولة ورُوقبت أموالها ، وحيث تقرر الهيئة التشريعية الحد الأدنى و الحد الأعلى للغرامة ، وحيث ترك توقيع العقوبات للحاكم لم يعد هناك محل للمتخوفين من مصادرة أموال الناس بالباطل وبذلك يسقط أحد الاعتراضات التي أُعترض بها على الغرامة.

---

[1] **حديث سبق تخريجه**، ص 331 من الأطروحة.

[2] **داودي مخلوف** ، المرجع السابق، ص 156.

[3] **حديث سبق تخريجه**، ص 331 من الأطروحة.

أما بخصوص كون الشرط الجزائي قد يطبق بنسبة أكثر من الضَّرر الحاصل فإن البعض ممن أجاز هذه الغرامة التأخيرية و إشترط حصول الضرر الفعلي[1] فرض ضرورة الرُّجوع إلى القاضي الذي يستعين في حكمه بأهل الخبرة و النظر ليوافق مع مقتضى القواعد الشرعية[2].

وفي حالة ما إذا كان التعويض المتفق عليه في الشرط أكبر من الضرر فلا يُعمَل به حيث خالف مقتضى القاعدة الشرعية الضرر يزال بالضرر ولأن **النبي صلى الله عليه وسلم** قال :﴿**لا ضرر ولا ضرار**﴾[3]،ويرجع في تقدير الضرر إلى القاضي الشرعي حيث يعتمد في ذلك على تقدير أهل الخبرة مالحق به من ضرر من فوات منفعة أو وقوع مضرة [4].

3)مناقشة الإستدلال بأن غرامة التأخير ليست من الشروط اللازمة.

نوقش إستدلالهم بأن الشرط الجزائي في الأعمال من الشروط غير اللازمة لأنها تنطوي على مخاطرة وغرر بأن ذلك يمكن علاجه من خلال العودة إلى القاضي الذي يمكنه تعديل الشرط الجزائي في حالة المغالاة وعند الإختلاف[5].

3)مناقشة الإستدلال بأن غرامة التأخير تؤدي إلى المحظور شرعا.

نوقش إستدلال الفريق المانع لغرامة التأخير في مجال الأعمال بأن تطبيقها يؤدي إلى المحظور بأن : فقولهم إن الشرط الجزائي قد يكون وسيلة إلى الرِّبا لذا يتعيَّن إبطاله أمر يصعب الأخذ به لأنه لا يصحُّ القول برفض الشيء لأن هناك إحتمالا لأن يؤدي إلى محظور وإغفال مهمته الرئيسية التي جاء من أجل تحقيقها فالإنحراف بالشيء يمكن أن يصبِغ الحرمة على كثير من الأمور بحسب المقصد فالإحتيال له

---

[1] حيث أن هناك مسألة الضرر تعتبر من المسائل الخلافية لدى فقهاء جواز غرامة التأخير على الأعمال حيث هناك من يشترط ضررا فعليا ، في أنَّ هناك من لا يشترط ضررا فعليا وإنَّما مجرَّد ضرر معنوي أو متوقَّع الوقوع ، وهو ما سنشير إليه لاحقا بعد الإنتهاء من عرض مناقشة **الآراء الثلاثة** التي تطرقت إلى موضوع غرامة التأخير في مجال الأعمال.

[2] **قرار اللجنة الدائمة للإفتاء**، المرجع السابق، ص 119.

[3] **حديث سبق تخريجه**، ص 262 من الأطروحة.

[4] **عبد الله المطلق**، المرجع السابق، ص 33،38.

[5] **قرار اللجنة الدائمة للإفتاء**، المرجع السابق، ص 119.

نطاق واسع ففي مجال العقد نجد أن الحيَل الشرعية واسعة النطاق كالمالك للحصة الشائعة في عقار قد يبيع حصته من آخر ويخفي البيع تحت ستار الهبة ليمنع شريكه من ممارسة حق الشفعة وهكذا[1].

الفرع الثاني: مناقشة أدلة جواز غرامة التأخير في حالات معينة دون حالات أخرى.

تم مناقشة أدلة هذا الإتجاه ، وذلك من خلال الماقشات التالية.

البند الأول: مناقشة أدلة جواز غرامة التأخير فيما عدا حالة التأخير في التنفيذ.

نوقشت أدلة هذا الفريق الذي يرى جواز غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية إذا كانت متعلقة بعدم التنفيذ ، وعدم جوازها إذا تعلقت بالتأخير في التنفيذ لأنها في حكم ربا النسيئة ،ومن ثم لا يجوز فرضها على المتعاقد لأن المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضربٌ من الإلتزام، بمعنى أنه ديْن ،وبالتَّالي لا يجوز فرض غرامة التأخير على الديون، نوقشت من خلال :

نوَّه **الصديق الضرير** إلى ضرورة عدم الخلط بين غرامات التأخير و الشرط الجزائي وعدم إعتبارهما شيئا واحدا لأن هذا غير صحيح ، فغرامات التأخير تفرضها الحكومة على المتعامل معها في المناقصات الحكومية وهي **أقرب إلى العقوبة المالية** ، أما الشرط الجزائي فهو تقدير إتفق عليه المتعاقدان لقيمة التعويض عن الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بالعقد[2]،ومع ذلك فَيَرُدُّ **الصديق الضرير** على **رفيق يونس المصري** بخصوص عدم جواز غرامة التأخير إذا كانت متعلقة بالتأخير في التنفيذ بقوله[3]:

إن عقد المقاولة وعقد التوريد هما العقدان اللذان يكثر فيهما الشرط الجزائي في حالة عدم التنفيذ وفي حالة التأخير في التنفيذ ، ولا خلاف بين الفقهاء المعاصرين في جواز الشرط الجزائي فيهما في حالة عدم التنفيذ، ولكن بعض الباحثين نَازَعَ في جواز الشرط الجزائي فيهما في حالة التأخير في التنفيذ وأنا مشيت في بحثي على أنه لا فرق بين غرامات حالة التأخير أو حالة عدم التنفيذ ،وهذا ما مَشَت عليه كل القوانين وأقرَّه مجمع الفقه ، لكن الدكتور رفيق يرفضه ، ما حجتُّه؟ يقول **الدكتور رفيق** :﴿ إذا إعتبرنا أن المبيع المستحق التسليم في أجل محدَّد ضربٌ من الإلتزام يساوي الدين فإن في غرامة التأخير شُبهة ربا

---

[1] **داودي مخلوف** ، المرجع السابق،ص157.

[2] مع الإشارة إلى أنَّ **الصديق محمد الأمين الضرير** يرى أن غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية هي أقرب إلى التعزير بالمال.

[3] ، **الصديق محمد الضرير**، الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 12،المرجع السابق، ص 73.

النسيئة أتقضي أو تربى، هذه هي عبارته ووافق **الدكتور رفيق** كل من **الشيخ حسن الجواهري** و **الدكتور علي محي الدين قره داغي**[1]، **ثلاثتهم** فرَّقوا بين عدم التنفيذ و بين التأخير ،أَجَازُوهُ في حالة عدم التنفيذ ومَنَعُوهُ في حالة التأخير للعلَّة التي ذكرها **الدكتور رفيق**﴾ ،ولست معهم في هذا الرأي: لأن ما إستدل به **الدكتور رفيق** غَيرُ مقبولٍ عندِي و إستدلال **الدكتور رفيق** هو أن المبيع المُستَحَق التَّسليم في أَجلٍ مُحَدَّدٍ ضَربٌ من الإلتزام ﴿دَين﴾ .

أقول:

وإن كان الإستدلال بأن كَونَ المبيع المستحق التَّسليم في أجل محدد ضرب من الإلتزام فَلاَ خلاف في ذلك أما كون هذا الإلتزام مساويا للدين فغير مسلَّم لأن الإلتزام أَعَمُّ من الدَّين ، فكل دَين إلتزام وليس كل إلتزام دَين ، والإلتزام في عقد المقاولة ليس دَينًا و إنما هو إلتزام بأداء عمل و المقاول قد يكون دائنًا لا مدينًا في كثير من الحالات فالبنوك العقارية تقوم ببناء المساكن مقاولة و تتقاضى المقابل على أقساط بعد تسليم المبنى وكذلك يفعل كبار المقاولين ، والفرق كبير جدًّا بين إلتزام المقاول و المورِّد وإلتزام المقترض و المشتري بثمن مؤجل ، والمسلَّم إليه، فإلتزام **هؤلاء الثلاثة** دين حقيقي ثبت في ذمتهم وأخذوا مقابله إشتراط تعجيل الثمن ، أما إلتزام المقاول و المورِّد فهو إلتزام بأداء عمل لا يستحقون مقابله إلا بعد أدائه[2].

وبهذا الصدد دائما حاول **رفيق المصري** الدفاع عن رأيه إذ يقول معلِّقًا على **الصديق الضرير**: أَلَيسَ ثمَّة تقارب بين الإلتزام والدَّين ؟ ، أليس الدَّين نوعا من الإلتزام؟ ، ثم لماذا رأى **الشيخ الضرير** جواز الشَّرط الجزائي عند التأخُّر في التوريد ولم يرَ جوازه عند التأخُّر في السَّلم؟ فأيُّ فرق هاهنا بين التوريد والسَّلم؟

---

[1] كان هذا سابقا حيث ذهب **علي محي الدين القره داغي** إلى ما ذهب إليه الدكتور **رفيق يونس المصري** من حيث عدم جواز غرامة التأخير إذا كانت في **حالة التأخير في التنفيذ** ، غير أنه حاليا وجدنا رأيا آخر **لعلي محي الدين القره داغي** يجيز من خلاله تطبيق غرامة التأخير حتى في حالة التأخير عن التنفيذ ، وذلك من خلال تواصل شخصي مع الفقيه، عبَّر من خلاله عن جواز غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية، كما يُجيز **علي محي الدين القره داغي** التعويض عن الضرر المعنوي ، من خلال فتوى له على موقه الإلكتروني المذكور سابقا.

[2] **الصديق محمد الضرير**، الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 73.

أليس المسلَّم إليه كالمورِّد كلاهما يلتزمُ بتسليم كميَّة محدودة من السِّلع ؟ فأيُّ هذا الفرق الكبير جدا؟، قال **السنهوري:** ﴿ شروط المقاولة قد تتضمن شرطا جزائيا يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم تأخير أو أسبوع يتأخَّر فيه المقاول عن تسليم العمل﴾، أليست هذه غرامات تأخير أو شرطا جزائيا عن التأخير؟[1].

كما أن قرار مجمع الفقه الإسلامي الذي أجاز الشرط الجزائي في مجال عقود المقاولات و التوريد في **حالات معينة دون حالات أخرى** لم يفرِّق بين التأخير في التنفيذ أو عدم التنفيذ إذا كان أصل الإلتزام أداء عمل ما عدا حالة واحدة وهي حالة ما إذا كان عقد التوريد المبرم بين الإدارة والمتعاقد لا يتطلب صناعة ،بمعنى أنه لا يأخذ بمعيار التأخير في التنفيذ كأساس لعدم جواز غرامة التأخير في العقود الإدارية[2].

ويجوز إشتراط الشرط الجزائي في جميع العقود ما عدا العقود التي يكون الإلتزام الأصلي فيها دينا، ويجوز سواء كان إشتراطه في حالة عدم التنفيذ أو في حالة التأخير في التنفيذ فيجوز إشتراطه في عقد الاستصناع ، ومَثل الإستصناع عقد المقاولة، يجوز إشتراطه على الصانع إذا لم ينفِّذ ماإلتزم بِصُنعِهِ كما يجوز إشتراطه عليه إذا تأخَّر في التنفيذ حسب قرار مجمع الفقه الإسلامي بلزوم عقد الإستصناع[3].

كما أن بعض الفقهاء ممن أيَّد **رفيق المصري** في هذا الطرح بدايةً يكون قد تراجع عن هذا التأييد و بالتَّالي عن الفتوى المتضمِّنة عدم جواز غرامة التأخير في عقود المقاولات والتوريدات حالة التأخير في التنفيذ و من ذلك علي **محي الدين قره داغي** إذ يقول في ذلك: ﴿وبخصوص غرامات التأخير أنا مع سعادة **الدكتور المصري** في أن غرامات التأخير إنما تكون جائزة على العمل وليس على الدَّين لأنه إذا أصبح الشيئ دينا حينئذ ندخل في قضية الفوائد الربوية﴾[4].

فلقد كانت هذه الموافقة من الفقيه **علي محي الدين القره داغي** سنة 1996 لما ذهب إليه **رفيق يونس المصري** كذلك سنة 1996 من جواز غرامة التأخير في العقود الإدارية إذا كانت متعلِّقة بعدم التنفيذ ، وعدم جوازها إذا كانت متعلِّقة بتأخير التنفيذ ،لأن إلتزام المتعاقد مع الإدارة حسب رأي **رفيق المصري** صار دينا ولا تجوز الزيادة على الدَّين، لكن بالرجوع مرة **ثانية** إلى الفقيه **علي محي الدِّين قره داغي**

---

[1] **رفيق يونس المصري**، تعقيبه على الصديق محمد الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 12، المرجع السابق، ص 297-298.

[2] قرار مجمع الفقه الاسلامي حول الشرط الجزائي، المرجع السابق، ص.02.

[3] **الصديق محمد الضرير**، الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 12، المرجع السابق، ص 72.

[4] **علي محي الدين القره داغي**، مناقشة موضوع المناقصات، ، مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، الدورة 9، العدد 9، الجزء الثاني، 1417هـ-1996م، ص 327.

نجده قد أجاز فرض الشرط الجزائي المتضمن تعويضا على **التأخير** في تنفيذ الأعمال أو عدم تنفيذه مطلقا بدفع مبلغ محدد عن كل يوم أو شهر من **التأخير** عن الموعد المحدد للتنفيذ و التسليم ، وجوَّز الشرط الجزائي في هذا المجال بل أوجب الوفاء به للأدلة الكثيرة الدَّالة على الوفاء بالعقود و العهود و الشروط إستنادا إلى قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن الشرط الجزائي[1].

وهو ما يعتبر بمثابة تراجع عن عدم تجويز الشرط الجزائي إذا كانت متعلقا بالتأخير التنفيذ في عقود المقاولات والتوريد، وبالتالي جوازه حتى في حالة التأخير في التنفيذ[2].

كما أنه لا فرق في ثبوت الشرط الجزائي عند عدم قيام المتعهد بإجراء ما تعهَّد به بين إخلاله بأصل النفع المستهدف للشَّارط و بين تأخيره في ذلك، فلو إشترطت إمرأة على رجل في ضمن عقد لازم أن يتزوَّج بها في زمان معيَّن وإلا كان عليه كذا من المبلغ ، فسواء لم يتزوج المشرُوط عليه بها أصلا أو تأخَّر في الزواج منها عن الزَّمان المُعيَّن فإنه لم يكن مجرَّد الزَّواج بل كان هو الزواج في زمان معيَّن وقد تخلَّف عنه فيثبت عليه الجزاء المقرَّر[3]، وإنما جازت الغرامة في المقاولة لأنها في مقابل عمل قصَّر صاحبه عن الوفاء به ، وليست غرامة عن دين في الذمة تأخَّر المدين في سداده فهذا من الربا المتفق على منعه وحرمته ... [4]، أضف الى ذلك أن هناك العديد من الهيئات أيَّدت غرامة التأخير في العقد الإداري إذا كانت مرتبطة بأداء عمل سواء تعلق الأمر بالتأخير في التنفيذ أو عدم التنفيذ[5] ، ففي عقود المناقصة يجوز الشرط الجزائي مع ربطه بالضرر الفعلي فإذا كان الشرط الجزائي في غير الإلتزام الذي محلُّه نقود يكون لازما لأنه يكون تعويضا عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه بل فيه مصلحة للعقد و للعاقد الدائن فهو يدفع المتعاقد على تنفيذ العقد و القيام بما إلتزم به على الوجه الكامل[6].

---

[1] **علي محي الدين القره داغي**، غرامة التأخير، مشكلة الديون المتأخرات وكيفية ضمانها في البنوك الإسلامية ، المرجع السابق،ص5.

[2] **علي محي الدين القره داغي**،من خلال سؤال مباشر،حصة فقه الميزان،عن طريق مواقع التواصل الإجتماعي.

[3] **محمد علي التسخيري**، الشرط الجزائي في العقود، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 12، المرجع السابق، ص 184.

[4] **عجيل جاسم النشمي** ، الأمين العام للهيئة العالمية للزكاة، الكويت، عقد المقاولة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة 14، العدد14، الجزء 2، 1425هـ-2004م، ص 49.

[5] لمزيد من التفاصيل يرجى من القارئ"ة" الكريم"ة" مراجعة الرأي الأول المتعلق بجواز غرامة التأخير على الأعمال.

[6] **ناجي شفيق عجم**، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 12، المرجع السابق، ص 205.

البند الثاني: مناقشة أدلة جواز غرامة التأخير فيما عدا حالة عقد التوريد الذي لا يتطلب صناعة.

كانت الآراء التي تضمَّنت أن تطبيق غرامة التأخير يأخذ حُكم الغرامة والشَّرط الجزائيِّ في بيع السَّلم محلَّ مناقشة ﴿**أولا**﴾، كما كانت الآراء التي تضمَّنت أن عقد التوريد هو بيع الكالئ بالكالئ﴿**ثانيا**﴾.

أولا: مناقشة الإستدلال بأن تطبيق غرامة التأخير في عقد التوريد يأخذ حكم تطبيق الغرامة في بيع السَّلم .

نوقشت أدلة الفريق الذي لا يرى جواز غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية إذا كانت متعلقة بعقد توريد لا يتطلب صناعة وهي موصوفة في الذمة يلتزم بتسليمها عند الأجل فإن تم تعجيل الثمن بكامله فهو عقد سلم ولا يجوز فرض غرامة تأخير على تسليم المسلم فيه لأنه عبارة عن دين ولا يجوز إشتراط الزيادة في الديون عند التأخير بأن:

عقد التوريد مختلف في تكييفه الفقهي وليس بالضرورة أن يأخذ حكم السَّلم، فعقد التوريد في نظر الفقيه **أحمد مصطفى الزرقا** من عقود الإستجرار، فعقد التوريد هو في الواقع من البيوع المتعارف عليها و المتفق على مضمونها ولا إشكال فيه من الناحية الشرعية وقرره الفقهاء تحت ستار ما يسمى بيع الإستجرار[1].

الآن أغلب الموظفين الذين لا يستطيعون أن يدفعوا من السِّلعة على الفور يتفقون مع البقَّاليات ومع الجزَّارين ومع باعة الخُضار و الفواكه في أن يقدِّم لهم يوميا أو في كل فترة زمنية أشياء معيَّنة وفي نهاية الشهر يتم الحساب[2]،ويمكن أن ينظر إلى مشروعية هذا العقد من عدمها بتنزيله على عقد هو أكثر شبها به و إتفاقا معه في حقيقته وأخص صفاته وهو عقد البيع على الصفة أو ما يسمى بيع الصفات وهو نفسه فيما يسمى اليوم بعقد الإعاشة و التغذية وهو عقد توريد في مدلوله و مضمونه ولا يخرج في أحكامه عما يجري تقريره في البيع على الصفة[3]، وكذا بيع الإسترسال الذي يتمثل في الشراء من دائم العمل كالخبَّاز واللَّحام والبقَّال شيئا معيَّنا جملة على أن يكون إستلام السِّلعة على التقسيط في أوقات متفرِّقة

---

[1] **وهبة الزحيلي**، مناقشة عقد التوريد، مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، العدد 12، المرجع السابق ص401

[2] **وهبة الزحيلي**، مناقشة عقد التوريد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، نفس المرجع ،ص401

[3] **عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان** ، عقود التوريد دراسة فقهية تحليلية ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة 12، المرجع السابق ، ص 338-340، 412.

على الأيام بثمن يحدَّد مسبقًا سواء دفع المشتري القيمة دفعة واحدة أو على التقسيط ، كأن يتعاقد شخص أو هيئة إجتماعية مثل المستشفيات و المطاعم الجامعية ومراكز العجزة ... إلخ مع جهة تموين لتورِّد لها سِلعَةً معيَّنة كاللَّحم أو الخُبز أو الخُضار أو غير ذلك مع تحديد كميَّة السِّلعة وكيفية دفعها مع تحديد قيمتها الإجمالية وكيفية دفع الثمن أيضا هل يقدَّم أم يوخَّر أو يُدفع هو أيضًا بالتقسيط كان يجرى به العمل في المدينة المنورة في الصدر الأول من الإسلام من غير نكير لكن في صورتها البسيطة[1]، فهو أشبه ما يكون بما هو معروف **في المذهب المالكي بـ﴿بيع أهل المدينة﴾** ورد النص عليها في المُدوَّنة وإعتمد صحتها فقهاء المذهب[2].

وتسمى ببيعة أهل المدينة لإشتهارتها بينهم[3].

جاء في **مواهب الجليل** :" و الشراء من دائم العمل كالخبَّاز وهو بيع وإن لم يدم فسَلم" قال : هذه تسمى بيعة أهل المدينة لإشتهارتها بينهم ثم نقل عن **المدونة** مايلي : وقد كان الناس يتبايعون اللَّحم بسعرٍ معلومٍ يأخذ كل يوم شيئا معلوما ويَشْرَعُ في الأخذِ ويتأخَّر الثمن إلى العطاء، وكذلك كل ما يُباع في الأسواق ولا يكون إلا بأمرٍ معلومٍ يسمَّى ما يأخذ كل يوم ، وكان العطاء يومئذ ولم يروه دَيْنًا بدينٍ وإستخفوه، ثم ذكر السند لذلك عن **إبن القاسم عن الامام مالك عن عبد الرحمان بن المجمر عن سالم إبن عبد الله** قال :

كنا نبتاع اللَّحم من الجزَّارين بسعرٍ معلومٍ نأخذ منه كل يومٍ رطلا أو رطلين أو ثلاثة ويشترط عليهم أن يدفعوا الثمن من العطاء قال :

–**أي سالم بن عبد الله**– وأنا أرى ذلك حسنا ، قال **مالك:** ولا أرى به بأسا إذا كان العطاء مأمونا وكان الثَّمن إلى إجل فلا أرى به بأسا[4].

---

[1] **عبد المومن بلباقي**،أصول المعاملات المالية على مذهب المالكية،عقد البيع، السَّلم، المُرابحة،دار الهدى،عين مليلة ، الجزائر، 2004، ص 116.

[2] **عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان**،المرجع السابق،ص 338–340، 412.

[3] **عبد المومن بلباقي**، المرجع السابق، ص 116.

[4] **محمد بن محمد الحطاب المالكي**، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الكتب العليمة ، بيروت، لبنان، ط1، جزء 4، 1416هـ–1995م، ص 538.

وجاء في المصدر نفسه نقلا عن **إبن رشد** قوله: يدل " أي المنقول السابق الذكر" على أنه معلوم عندهم مشهور، ولإشتهار ذلك من فعلهم سُمِّيت بيعة **أهل المدينة** وهذا أجازه **مالك وأصحابه** إتِّباعا لما جرَى عَلَيْهِ العملُ بالمدينة **بشرطيْن**:

- **الأول**: أن يشرع في اخذ ما أسلم فيه.
- **الثاني**: أن يكون أصله عند المسلم إليه.

لكن النقل عن **الإمام مالك** بذكر هذين القيدين السابقين لم يكن من طريق **إبن القاسم** الناقل عن **الإمام مالك ما روي عن سالم بين عبد الله**[1].

وجاء في الشرح الصغير ذكر وجه الفرق بين السلم وبيع الإسترسال ما مُجمله:يجوز الشراء من بائع دائم العمل كالخبَّاز و اللَّحام و البقَّال شيئا جملة تدفع مفرَّقة على الأيام كقنطار لحم دفعة واحدة كل يوم رطلا حتى تفرغ الجملة المعينة سواء دفع المبلغ جملة أو يدفعه بالتقسيط بما يساوي ما يأخذ كل يوم مما إشتراه ، وهذا من باب البيع لا السَّلم فلا يشترط حينئذ تعجيل رأس المال ولا تأجيل المثمن، لأن البائع لما نصب نفسه للعمل أشبه ما باعه بالشيئ المعيَّن فإن لم يكن البائع هذا مداوما على عمله ذلك فالعقد معه سَلم لا بيع وحينئذ يشترط له ما يشترط في السلم كقِنطار خبز من دقيق كذا صفته كذا مع تعجيل رأس المال على ما تقدَّم[2].

وهناك مسائل فقهية تشبه صورا من عقود التوريد وهي[3]:

- بيع موصوف في الذمة غير معين على غير وجه السلم.
- الشراء المستمر.
- الجمع بين البيع و الإجارة.
- بيع ما يتكرر قطفه.
- الإستصناع.

[1] **محمد بن محمد الحطاب المالكي**، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، جزء 4، المرجع السابق،ص538.

[2] عبد المومن بلباقي، المرجع السابق،ص 118.

[3] **عبد الله المطلق**، المرجع السابق، ص 33،38.

وإن إشترط في بيع السلم أن يكون رأس المال مدفوعا كله عند العقد وبإعتبار أن هذه العقود بما إشترطه الفقهاء في عصرهم ضمانا للقواعد العامة في التشريع فإشتراطهم أن يكون رأس المال مدفوعا كاملا هذا كان متناسبا مع وضعهم.

وشرط رأس المال أن لا في ذاك دفعه وأن يعجل[1].

هذا الشرط أن يكون معجَّلا وهو ما كان متناسبا مع أوضاعهم أما اليوم فالدولة بما لها من إمكانيات كبيرة عاجزة عن دفع رأس مال السَّلم كله ،لأن الضرائب أو موارد الدولة تأتيها شيئًا فشيئًا وتنظيمها يقتضي إلتزاما كاملا في كامل العقد ، فإذن لا بد من تجاوز الأوضاع الإقتصادية التي كانت موجودة في عصر من العصور والتي تجاوزناها في الواقع إما في نماءِ الثَّروة أو في قُدرتها أو في طُرقِ التَّعامل ، ويصبح أخذ كل الإحتياطات لتكون المعاملات معاملات إسلامية لا يوجد فيها ضرر ولا ضرار وليس فيها عبث في الأسواق، لهذا أدعو إلى أن الموضوع يجب أن يُنظَر فيه على هذا الأساس من أن حاجة الأمة إلى هذه العقود يجب أن تكيَّف تكييفا يضمن العدالة ويضمن الحق دون أن يكون مقيَّدا بما ذهب إليه الفقهاء سابقا في العقود السابقة إذا كانت لا تتلائم مع الأوضاع الحاضرة[2].

كما أن عقد التوريد قد يأخذ طبيعة إزدواجية فيأخذ جانبا من جوانب عقد السلم ، وفي ذلك يقول صاحب التنحفة[3].

فيما عدا الوصول جوز السلم وصح في المال وليس في الذمم

والشرح لذمة **وصف تام يقبل الإلتزام و الإلزام**

وهو بالإشتراط عند العقد ولا يجوز فيه شرط النفذ

كشرط ما يسلم فيه أن يرى متصفا، مؤجلا ، مقدارا.

ثم أن عقد التوريد يأخذ طبيعة أخرى من بيع الخيار:

بيع الخيار جائز الوقوع لأجل أن يليق في المبيع

---

[1] **محمد مختار السلامي**، مناقشة موضوع المناقصات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 9، المرجع السابق، ص 324-325.

[2] **محمد مختار السلامي**، مناقشة موضوع المناقصات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 9، المرجع السابق ،324-325.

[3] **عبد الستار أبو غدة**، مناقشة عقود التوريد و المناقصات، مجلة المجمع الفقهي ، الدورة12 ، العدد 12، المرجع السابق، ص 557.

كالشهر في الأصل و الأيام **في غيره كالعرض والطعام.**

ولا أعلم الآن أحدا من العلماء يشترط تسليم الثَّمن مقدَّما في عقود الخدمات المستمرة من الماء و الكهرباء و الغاز و الهاتف ولا يجعل ذلك من باب السَّلم[1].

فعقد التوريد جائز على الصحيح من أقوال أهل العلم وأما المحظورات التي قد يتوهم إشتمال العقد عليها فهي غير مؤثرة فكَونُ العوضين – **الثمن و المثمَّن**– مؤجَّلين في عقد التوريد لا يؤثِّر في صحَّة العقد فالنَّهي عن بيع المؤجل بالمؤجل إنما ثبُت بالإجماع دون النَّص ،والإجماع لم يقع على كل صور بيع المؤجل بالمؤجل بل وقع على بعض الصور دون بعض فإن التحريم يثبت في الصور التي وقع الإتفاق عليها دون التي وقع الخلاف فيها ، وهذا العقد مما وقع فيه الخلاف فلا يثبت له بالتحريم ، كما أن أهل العلم جوَّزوا عقودا متعددة يكون فيها العوضان مؤجلين ومنها عقد الإستصناع وبيعة أهل المدينة[2].

فلا حرج في تأخير الثمن في عقد التوريد إذا كان وِفق إتفاق مسبق بين المورد والجهة المورد إليها، ولا مانع أن يشترط أحد الطرفين على الآخر شرطا جزائيا في حالة قيام الطرف الآخر بفسخ العقد أو الإخلال به دون مبرر مقبول، ولكن إذا إشترطت الغرامة في حال تأخر المستحقات المالية للمورد فهذا هو الحرام ، لأن المستحقات المالية صارت دَيْنًا في ذمَّة صاحب العمل لصالح المورِّد لا تحل الزيادة عليه تحت أيِّ مسمى فذلك من الرِّبا الصريح[3].

و المهم هنا بيان حكم عقد التوريد المتداول الآن بين الدول و الشركات بل أصبح من ضرورة المعاملات حيث أن الدولة المحتاجة إلى كمية من النفط لفصل الشتاء وتشتري هذه الكمية لا تكون مستعدة لقبولها مرة واحدة حيث لا توجد عندها المخازن الكافية لحفظها .

كما أن الدولة نفسها لا تملك تلك الكمية الهائلة من الثمن لتقدِّمه إلى الدولة المصدِّرة وكذا الأمر في الدول المحتاجة إلى تأمين غذاء جيشها في حالة الحرب لمدة 06 أشهر ، فهي ليست بحاجة إلى الخبز الكثير مرة واحدة بل تحتاج إلى قسم منه كل يوم وليس لديها المال الكافي لتقديمه مرة واحدة بل يقدَّم الثمن على أقساط تشابه إستلام الخبز مثلا وهكذا صار عقد التوريد حاجة ماسة في هذا العالم[4].

---

[1] **عبد الله المطلق**، المرجع السابق ،ص 31.

[2] **يوسف الشبيلي**، عقود التوريد هل لها مخرج في الفقه الإسلامي ، جريدة الإقتصادية، الرياض، السعودية، عدد 1 ماي 2009، ص 2.

[3] **دار الافتاء الأردنية**، رقم الفتوى 58560، بتاريخ 7 –ديسمبر– 2019، ص1.

[4] **حسن الجواهري**، عقود التوريد والمناقصات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة12 ، المرجع السابق، ص 432.

فإذا كان محل التوريد شيئ لا يقتضي صناعة فإنه لا يكون عقدا باتا وإنما يكون مواعدة لإنجاز العقد في تاريخ لا حق ثم يتم العقد في حينه بإيجاب وقبول ويوجد عند بعض الفقهاء القول بلزوم المواعدة عند الحاجة ولذلك نظائر في الفقه .

ويجوز إن تجعل هذه المواعدة ملزمة للطرفين للحاجة العامة، وأن أثر إلزام هذه المواعدة أن يجبر كل واحد من الطرفين على إنجاز وعده من قبل الحاكم، وإن إمتنع أحد منهما عن الوفاء بوعده وتضرر به الآخر ضررا فعليا فإن المتخلف يعوِّضه عن الضرر الفعلي الحقيقي[1].

إن عقد التوريد من العقود الجديدة التي بات الناس في حاجة ماسة إليها في إستمرار تجارتهم ونُموِّها وقيام مشاريعهم الإنشائية والإقتصادية والعسكرية والطبِّية وهو والحمد لله مما تشمله قاعدة التفرقة بين العبادات و المعاملات[2].

وإن فقهائنا الأفاضل من علماء **المذاهب الأربعة** قد بحثوا في كتبهم مسائل تشبه صور من عقود التوريد كمسائل الشراء المستمر من الخبَّاز واللَّحام و بيع المقاثي حتى تقطع ، وقد أجازها **المالكية وبعض الحنابلة** وكمسائل من الإستصناع الذي يجيزه **الحنفية**[3].

فيجوز الشرط الجزائي في عقود المناقصة ، وعقود التعهدات و التوريدات بتقديم المواد الأولية للمصانع كالحبوب للمصانع الغذائية و البلاستيك لمصانع البلاستيك و لوازم الدوائر الحكومية و الشركات و الملابس العسكرية للثكنات...،يجوز الشرط الجزائي على المشروط عليه إذا لحق الشارط ضررا فعليا بسبب إخلال أو إهمال المشروط عليه ما لم يكن الإلتزام الأصلي فيها من المثليات – الدُّيون– [4].

وحتى وإن كان عقد التوريد سَلما فإن عقد السَّلم كما قُلنا فيما تقدم قِسم من أقسام البيع ،و الشرط فيه مشروع مع رعاية الأمور المتقدمة فيجوز فيه الشرط الجزائي عن تأخير تسليم البضاعة ... [5].

ثانيا: مسألة عقد التوريد و بيع الكالئ بالكالئ:

[1] **محمد تقي الدين عثماني**، بحوث في قضايا فقهية معاصرة ، المرجع السابق، ص 107-114.

[2] **عبد الله المطلق**، المرجع السابق، ص29.

[3] **عبد الله المطلق**، نفس المرجع ، ص67.

[4] **ناجي شفيق عجيم**، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد 12، المرجع السابق، ص 213.

[5] **محمد علي التسخيري، علي نظري منفرد**، السَّلم وتطبيقاته المعاصرة ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة ، العدد التاسع، الجزء الأول، 1417هـ-1996م، ص 479.

بخصوص مسألة عقد التوريد وبيع الكالئ بالكالئ فإن هذا الحديث ليس حديثا ثابتا، كما أن الصُّور التي تدخل فيه ليست مَوضِعَ إتفاق العلماء[1].

و الصورة التي نحن بصددها لا يدخلها الرِّبا لأنها مبادلة سلعة بنقد أو خدمة بنقد فالبَدَلاَنِ فيها مختلفان لا يدخلهما الرِّبا المحرَّم وليس مُسَلَّما أنَّها شغل لذمتين من غير فائدة فلو لم تكن هناك فائدة لما عقد عليهما أحد.

وذهب **رفيق يونس المصري** في هذا الصدد إلى أن الإجماع هنا غير وارد على معنى واحد فبعض العلماء " **إبن تيمية**" يقولون أن المُجمع على تحريمه هو البيع المؤجل البدلين"كلاهما دَيْن" ، وبعضهم " **السبكي**" يقولون أن المُجمع على تحريمه هو البيع المؤجل البدل الواحد" السلم، النسيئة"، وقال بعض العلماء أن عقد السَّلم إذا إنعقد بلفظ السَّلم أو السلف وجب فيه قبض رأس المال في المجلس، وإذا إنعقد بلفظ البيع فلا يشترط فيه قبض رأس المال في المجلس[2].

كما أن : حديث الكالئ بالكالئ لا يصح فلم أجد ما يمنع من صورة عقد التوريد و هي على إحدى صور الإستجرار المعروفة لدى فقهائنا أو عمل أهل المدينة أو غيرهما من المصطلحات الواردة فما المانع من جواز عقد التوريد إذا ما ضبط بعدة ضوابط وهي[3]:

1) أن يحدد ما يأخذ المشتري مقدارا، وله أن يقدِّره على أقساط بكميات معلومة مؤجلة إلى وقت معلوم.
2) أن يكون الثمن مؤجل كله أو بعضه إلى أجل معلوم وقدر معلوم.
3) أن يكون تحصيل الثمن مأمونا غالبا.
4) أن يكون المبيع و الثمن موصوفا في الذمة معين أو غير معين.

فنخلص من هذا إلى أن حديث النهي عن بيع الكالئ بالكالئ لا يقفُ حائلاً دون جواز مناقصات التوريد و المقاولة التي عمَّت بها البلوى في القوانين والأعراف ولا بديل لها أفضل منها حتى الآن وصارت

---

[1] **كمال نزيه حماد**، بيع الكالئ بالكالئ-بيع الدين بالدَّينِ-، مركز أبحاث الاقتصاد الاسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1406هـ-1986م، ص 10.

[2] لمزيد من التفاصيل يرجى مراجعة مؤلفه ،مناقصات العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص43 ،74.

[3] **أبي أياد طارق بن فكري الطرابلي**، رسالة فقهية معاصرة في بيع المزاد، المناقصات، عقود التوريد، طبعة 1، 1432هـ-2001م، مكتبة العلوم والحكم، دون ذكر البلد، ص 164.

الحاجة إليها عامة، والحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة وإذا بدا فيها مخالفة لبعض القواعد فإن فيها والله أعلم مصلحة يجب تحصيلها ولو خولفت فيها القواعد أي إستحسانا كما ذكر بعض العلماء المحققين[1].

المطلب الخامس موقف الفقه الإسلامي من مصادرة خطاب الضمان في مجال العقود الإدارية.

يرى البعض جواز مصادرة خطاب الضمان﴿**الفرع الأول**﴾، فيما يرى البعض الآخير أنَّ مصادرة خطاب الضمان ليس بجائز﴿**الفرع الثاني**﴾.

الفرع الأول :جواز مصادرة خطاب الضمان في مجال العقود الإدارية.

ففي نظر هذا الرأي أن مصادرة خطاب الضمان في مجال العقود الإدارية لا مانع منه شرعا﴿**البند الأول** ﴾، وكان هذا الرأي كان محل مناقشة﴿**البند الثاني** ﴾.

البند الأول: مصادرة خطاب الضمان شرط جائز.

فالمقاول إذا إلتزم بدفع مبلغ معين عند عدم القيام بالإجراءات اللازمة عند رسوِّ العملية عليه يكون متعهدا وملتزما بذلك[2] .

وذلك إستنادا إلى قوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود** ﴾[3].

وفي إشتراط الضمان الإبتدائي التأكد من جدية المتقدم للمناقصة ، وهو يشبه العربون في الفقه الإسلامي ولم أجد في الفقه الإسلامي عند من يجيز العربون ما يمنع أخذه من أكثر من واحد، ولأن البيع إذا تم لأحدهم ردَّ على الباقين ما دفعوه ولأنه إنما يؤخذ من أكثر من واحد إذا إختلف عرض كل واحد منهم للقيمة فلو أن وكيلا لشخص عرض سيارة موكِّله للبيع فَسَامَهَا **محمد** بعشرة آلاف حاله، وسامها **زيد** بخمسة آلاف مؤجَّلة ، وسامها **سعيد** بإثني عشر ألف حال منها سبعة وخمسة مؤجلة فقال هذا الوكيل : ﴿ لا أخبر موكِّلي بسوم من لم يدفع عربونا فدفع كل واحد عربونا يؤكِّد رغبته في الشراء جاز ذلك ومن أمضى له البائع تم له البيع ومن لم يمض يرد له عربونه﴾[4].

---

[1] رفيق يونس المصري ، مناقصات العقود الإدارية المرجع السابق 43-74.

[2] حسن الجواهري، موضوع المناقصات ،مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة 9، المرجع السابق، ص 336.

[3] سورة المائدة، الآية 1.

[4] **عبد الله المطلق**، المرجع السابق،ص 38.

فمصادرة الضمان الإبتدائي أو النهائي في هذه الحالة يشبه مصادرة العربون إذا نكل دافعه وقد سبق بحث العربون وقرر المجمع في دروة ببروناي 1141هـ جوازه بشرط تقييد بمدة محددة وتعتبر المدة هنا في حالة المناقصة هي المدة المنقضية بين تاريخ الدخول في المناقصة وتاريخ رسوّها ، ويصادر الضمان الإبتدائي كله إذا سُحِبَ العَرضُ قبل ميعاد البت في العروض أو إذا لم يقم المورد أو المتعهد بإبرام العقد حَالَ رُسُوِّ المناقصة عليه[1].

كما أن إشتراط فقدانُ المناقِصِ حقَّه في إسترداد مبلغ الضمان النهائي في حال تخلّفه عن الإستمرار في المناقصة أو في حال تخلّفه عن الوفاء بإلتزاماته بعد إبرام العقد فهذا يَستندُ حكمه إلى مسألة أخذ العربون عند الفقهاء[2].

فهذا الضمان من قبل البنك لمن إشتركَ في المناقصة يمكن أن يكون عربونًا وهو لا يحقُّ أخذه في جميع الأحوال بل يؤخذ في صورة عدم إلتزام من رَسَت عليه العملية بالمقررات اللازمة[3].

وخطاب الضمان النهائي شرط صحيح و لازم مادام واقعا في عقد صحيح كعقد الإيجار مثلا أو البيع وحينئذ يصحُّ لمن أَعلَنَ عن المناقصة الحق في تملّك هذه النسبة من قيمة العملية في حالة التخلّفِ[4].

فالضمان الإبتدائي الذي يردُّ في النهاية إلى صاحبه هو بيع العربون وهو نموذج عادل حيث لا يحق أخذه من قبل صاحب المناقصة أو المزايدة في جميع الأحوال، ظَفَرَ المُزَايِدُ بالعطاء أو لم يَظفِر به، والضمان النهائي معتبر للمزايد أو المناقص إذا وفَّى بسمؤولياته ويُخصم لحسابه وهو بيع العربون الجائز صورة وحقيقة ولا يُخالف في صحَّته المعارضون لصحة بيع العربون[5].

وبخصوص الضمان النهائي ،فيصادر الضمان الإنتهائي كله إذا لم يقم المتعاقد بتنفيذ العقد بل وينفَّذُ العقد عندئذ على حسابه ويحمَّل بفروق الأسعار و بالتَّعويض عن الضرر، وحكم مصادرة الضمان

---

[1] رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص57.

[2] إبراهيم أحمد شاشو ، أحكام المناقصة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد4، 2011، ص453.

[3] حسن الجواهري،موضوع المناقصات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 9، المرجع السابق، ص 280.

[4] حسن الجواهري،موضوع المناقصات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 9، نفس المرجع ، ص 280.

[5] عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، عقد المزايدة بين الشريعة الإسلامية و القانون –دراسة مقارنة–، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 8، العدد8، 1415هـ–1994م، ص 124.

الإنتهائي هنا كحكم مصادرة الضمان الإبتدائي هناك وتصادر أجزاء من الضمان الإنتهائي إذا ترتَّبَ على المورد غرامات تأخير...[1].

في حين أن هناك من كيَّف مسألة مصادرة الضمان في مجال الصفقات العمومية على أساس الاثراء بلا سبب أو على أساس مسألة الشرط الجزائي ، لو توقف حفظ الوديعة على بذل مال لا يساوي قيمتها ، ودفعه من هي في يده لأجل حفظها كان للباذل الحق في الرجوع على صاحب الوديعة بما بذل[2].

أمَّا مصادرة الضمان الإبتدائي الذي يكون الغرض منه ضمان جدِّية المناقص في الإشتراك بالمناقصة و التأكُّد من إلتزاماته بالتعاقد في حال رسوِّ المناقصة عليه فالمناقص يتعهد بهذا الضمان قبل مرحلة التعاقد لذا يُمكن تكييفه على أساس الشرط الجزائي[3].

البند الثاني :مناقشة رأي جواز مصادرة الضمان في العقود الإدارية.

،سواء تعلَّق الأمر بمصادرة خطاب الضمان الإبتدائي﴿**أولا**﴾،أو مصادرة خطاب الضمان النهائي﴿**ثانيا**﴾.

أولا:مناقشة رأي جواز مصادرة الضمان الإبتدائي.

وما يعمل به من عموما من مصادرة هذا المبلغ إذا سحب العارض عرضه قبل موعد إرساء العطاء غير مقبول من الناحية الشرعية إطلاقا وهو من قبيل أكل أموال الناس بالباطل لأنَّ التقدُّمَ بالعرض إيجابٌ من قِبَلِ العارضِ ويحقُّ شرعًا لكلِّ من يتقدَّمُ بالإيجابِ أن يَرجِعَ عن إيجابه قبل قبول الآخر، فلا وجه لمصادرة ما تقدَّم به من الضَّمَانِ الإبتدائيِّ[4].

حتى لو أخذنا بقول **المالكية** الذين يرون التقدم بالعرض في المزايدة ملزمًا على الموجب العارض ولا يعترفون بحقه بالرجوع فإن غاية هذا الإلزام أن يجبر على العقد او يحمَّل الضرر المالي الذي تضررت به الجهة صاحبة المناقصة فِعلاً ، و إلا صارت هذه المصادرة عقوبة مالية لا يجوز لأحدٍ أن ينفِّذها إلا على قول من يجوِّز الغرامة المالية كعقوبة مشروعة وخاصة في حين أن **المالكية** إنما ألزموا صاحب

---

[1] **رفيق يونس المصري**، مناقصات العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص57.

[2] **وهبة الزحيلي**، نظرية الضمان– دراسة مقارنة–، المرجع السابق، ص81.

[3] **إبراهيم أحمد شاشو** ، المرجع السابق ،453.

[4] **محمد تقي الدين عثماني**،عقود التوريد و المناقصات،مجلة مجمع الفقه الاسلامي،الدورة 12،المرجع السابق، ص332.

الإيجاب على العارض في المزاد العلني الذي يرسو فيه العطاء في مجلس المزاد ولا ينطبق ذلك تماما على المناقصات السِّرية التي يتم البتُّ فيها بعد مدة تحتمل تقلُّبات الأسعار بصفة غير متوقعة[1].

ثانيا: مناقشة جواز مصادرة الضمان النهائي.

وقد يزعم بعض الناس أنه من قبيل العربون وليس الأمر كذلك لأن العربون الذي أجازه **الحنابلة** إنما يقدِّمه المشتري ، وصاحب العرض في المناقصات هو البائع إذا كان موضوع المناقصة توريدا أو إستصناعا و المؤجر إذا كانت المناقصة موضوعها تقديم بعض الخدمات، و الواقع أنه لا يوجد هناك نظير في الفقه الاسلامي بمطالبة شيئ من البائع أو المؤجِّر إلا مطالبة الرهن من المسلَّم إليه الذي جوزه الفقهاء ومنعه آخرون ، ولكن ذلك إنما يمكن إذا كان البيع باتًّا كما في السَّلم أو الإستصناع أمَّا عقود التوريد فلا [2].

و ذلك إستنادا إلى قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن الضمان في بيوع المزايدة و نصُّه[3]: ﴿ طلب الضمان ممن يريد الدخول في المزايدة جائزة شرعا ويجب أن يُرَدَّ لكل مشارك لم يرس عليه العطاء ويحتسب الضمان المالي من الثمن لمن فاز بالصفقة﴾.

وبما أن هذا القرار كان موضوعه المزايدة ويطلب فيه الضمان من المشتري فيمكن تخريجه على أساس العربون وليس الأمر كذلك في المناقصات التي يطلب فيها الضمان من البائع أو المقاول[4].

الفريق الثاني: مصادرة خطاب الضمان شرط غير جائز.

فلا يجوز شرعا مصادرة الضمان الإبتدائي إذا سحب العارضُ عَرضَهُ قبل إرساء العطاء وقد يستشكل هذا بأنه لا تظهر هناك فائدة لهذا الضمان إذا وجب ردُّ مبلغه إلى العارض في جميع الحالات، و الجواب عن هذا الإشكال: إن هذا المبلغ ليس إلا للتأكُّد من جدِّية صاحب العرض وليس ضمان في مفهومه الفقهي ،فإن الضمان إنَّما تسبقه مديونية وأنَّ مجرَّد التقدُّم بالعرض لا ينشئ دينًا على صاحب العرض ولا شكَّ

---

[1] **محمد تقي الدين عثماني**،عقود التوريد و المناقصات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 12،نفس المرجع ، ص332.

[2] **محمد تقي الدين عثماني**،عقود التوريد والمناقصات،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 12،نفس المرجع،ص333-334.

[3] قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي حول بيع المزايدة ، رقم 73-4-8، بتاريخ7-محرم،1414هـ، الموافق لـ27-جوان-1993م، متوفر في كتابنا منتقى القرارات الفقهية في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 14-16.

[4] **محمد تقي الدين عثماني**،عقود التوريد و المناقصات،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 12،المرجع السابق،ص333-334.

أنَّ من يتقدم بهذا المبلغ عند تقديم عرضه فإنَّه يُنبئُ عن جدِّيته في الإشتراك لأنه لا يتنازل أحدٌ عن سُيُولَتِهِ ولو لمدَّةٍ قصيرةٍ إلا من يريد أن يدخلَ في العقد حقيقة وهذه الفائدةُ حَاصِلَةٌ[1].

وغاية ما يمكن أن يبرَّر به هذا الضمان هو أساس الجدية فينطبق عليه ما ذكرنا في الضمان الإبتدائي من أنَّه أمانة إبتداءً وإن خُلط بمال آخر فإنه مضمون على صاحب المناقصة مصادرته إلا إذا تخلَّف صاحبه من أداء واجبه وحصل بالتخلُّف ضرر مالي لصاحب المناقصة فعلاً فيمكن أن تقع المقاصة بين هذا المبلغ وبين ما يجب على المتعاقد من تعويض مالي[2].

البند الثاني :مناقشة رأي عدم جواز مصادرة خطاب في مجال العقود الإدارية.

إن الضمان الإبتدائي ما جُعل إلا لهذا وإلا كان صوريًا لا معنى له، كما أن إعطاء الحق للعارض بالإنسحاب يتعارض مع مقتضيات المناقصة بل أنَّه يؤدِّي إلى إنهيارها من أساسها[3].

فالمعاملة إذا رست على أحد فهي لازمة و لا يحقُّ فسخها إلا إذا دُفع المقدار المعيَّن من المال المتمثِّل في خطاب الضمان الإبتدائي ،وبهذا يكون أخذه من قبَل الجهة الدَاعية إلى المناقصة عند عدم القيام بالإجراءات اللازمة لمن رست عليه العملية جائزا[4].

وبخصوص تشبيه مصادرة الضمان بمصادرة العربون فقد سبق بحث العربون وقرر المجمع في دروة ببروناي 1141هـ جوازه بشرط تقييد بمدة محددة وتعتبر المدة هنا في حالة المناقصة هي المدة المنقضية بين تاريخ الدخول في المناقصة وتاريخ رسوِّها ، ويصادر الضمان الإبتدائي كله إذا سحب العرض قبل ميعاد البت في العروض أو إذا لم يقم المورد أو المتعهد بإبرام العقد حال رسو المناقصة عليه[5].

و بخصوص تكييف مصادرة الضمان بأنه من نوع العربون ، حتى وإن كان هذا في الواقع غير صحيح، لأن العربون لا يكون إلا في بيع تام بإيجاب وقبول وفيه خيار الشرط ،وعقود المناقصات و المزايدات إنَّما

---

[1] **محمد تقي الدين عثماني**،عقود التوريد و المناقصات،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 12 ،نفس المرجع،ص333.

[2] **محمد تقي الدين عثماني**،عقود التوريد و المناقصات،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 12،نفس المرجع، ص333-334.

[3] **رفيق يونس المصري**،مناقشة عقود التوريد و المناقصات،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 12،المرجع السابق، ص 565.

[4] **حسن الجواهري**،موضوع المناقصات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 9، المرجع السابق،ص281.

[5] **رفيق يونس المصري**، مناقصات العقود الإدارية ،المرجع السابق، ص57.

سُمِّيت عقودًا على سبيل التجاوز وإنما هي إجراءات لعقود، فإن كان كذلك فما قُدِّمَ من ضمانٍ ليس عربونًا وإنَّما هو ممكن أن يسمى هامش لجدِّية العطاء أو الرغبة ، وإذا كان النظر أو مصادرة هذا الضمان فممكن أن يكون تكييفه على سبيل مقابلة الضرر الذي يناله من تضرر بعدم الوفاء بالوعد لأنه وعد باجراء هذه المناقصة وقُدّمَ له الضمان فيمكن أن يكون هذا مصادرة الضمان من هذا القبيل[1].

وإن كان بعض الكاتبين يقولون أنَّنَا شبَّهنا الضمان الإبتدائي بالعربون هذا التشبيه ليس من كل الأوجه فنحن نشبِّه بأن العربون يدفع و الخسارة يتملكها مقدِّم العربون لضمان الجِدِّية ، فالجِدِّيةُ هنا أيضا متوافرة وهو حلال شرعا ولنا قرار سابق ببروناي من إنجاز بيع العربون ، فنحن لا نشبِّه هذا الضمان بالعربون من كل جوانبه، صحيح أن العربون لا يكون إلا بعد عقد بيع أو عقد من العقود لكن نشبِّهه في أن العربون إذا خَسِرَهُ مقدِّمه فإنَّما يخسره بسبب إلحاقه ضررًا بالبائع فالشَّبه في هذه الزاوية فقط شبه إستحلال و إستحقاق مبلغ العربون أو مبلغ الضمان في هذا الموضوع[2].

فشرط خطاب الضمان النهائي شرط صحيح و لازم مادام واقعا في عقد صحيح كعقد الإيجار مثلا أو البيع ،وحينئذ يصبح لمن أعلن عن المناقصة الحق في تملِّك هذه النسبة من قيمة العملية في حالة التخلُّف[3].

ويجوز للداعي إلى المناقصة أن يأخذ تأمينات نقدية أو غير نقدية كغرامة يستحقها إذا لم يقم العميل بالوفاء بالإلتزامات المنصوص عليها في العقد ، وجواز أخذ التأمينات النَّقدية في صورة عدم القيام بالشرط – إلا شرط تأخُّر التسليم[4]– إستناد إلى كونه شرطا ضمن عقد لازم[5].

كما أنه إستنادا كذلك إلى رأي مجمع الفقه الإسلامي حول موضوع عقود التوريد والمناقصات أكدَّ أن المناقصة جائزة شرعا وهي كالمزايدة فتُطبَّق عليها أحكامها سواء كانت مناقصة عامة أم محددة، داخلية

---

[1] عبد الله بن منيع، موضوع المناقصات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 9، المرجع السابق، ص 336.

[2] وهبة الزحيلي،عقود التوريد والمناقصات ،مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 12، المرجع السابق، ص537-538.

[3] حسن الجواهري،موضوع المناقصات،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 9،المرجع السابق،ص 280.

[4] مع الإشارة إلى أن إستثناء **حسن الجواهري** لتأخر التسليم كسبب لمصادرة التأمين لأنه –كما بيَّنا سابقا– يرى عدم جواز تطبيق الغرامة على التأخير في التنفيذ.

[5] حسن الجواهري، عقود التوريد و المناقصات ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 12، المرجع السابق، ص 468-469.

أم خارجية ،علنية أم سرية ،وقد صدر بشأن المزايدة قرار المجمع رقم 73-4-8 في دورته الثامنة ، ولم يتضمَّن هذه الفروقات[1].

وبخصوص تناسب مصادرة خطاب الضمان مع الضرر يرى **عبد الله بن منيع** أنه إذا كان ضمانا كبيرا فينبغي أن يؤخذ من قدر الضرر و الباقي يُرجع اليه انفاذا واتباعا لما قرره المجمع في اعتبار الوعد الملزم قضاء وديانة وان يكون تنيجة التخلف في الوفاء به احد اكمري ناما الزامه بالوفاء ا وان يقدّمَ الضرر الناتج عن التخلّف عن الوفاء[2].

أما **وهبة الزحيلي** فيرى أنه: يقدَّر التعويض أو الغرامة في ضمان العقد حسبما جرى إتفاق أو التراضي عليه لأن المقصود من العقود هو الإسترباح، ...فيجوز في العقود الإتفاق على التَّنازل عن الحق في التعويض عن الأموال المادية أو التخفيف من المسؤولية أو التشديد فيها، إذ لا مانع شرعا من الإتفاق على مضاعفة الغرامة بسبب الإخلال بإلتزام تعاقدي ويجب الوفاء بالشرط المتفق عليه[3].

[1] قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن عقد المزايدة، المرجع السابق،ص1،2.

[2] عبد الله بن منيع،موضوع المناقصات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 9، المرجع السابق، ص 336.

[3] وهبة الزحيلي، نظرية الضمان – دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص75،99.

الخاتمة

بعد الإنتهاء من موضوع البحث الذي تناول فيه الباحث الموضوع الموسوم ب: **غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية –دراسة مقارنة–**، تختتم هذه الدراسة بأهم الإستنتاجات و الدراسات التي توصلت إليها.

الإستنتاجات :

1) المقصود بنظام تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية هو كل ما يحيط بغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية ، وذلك من مختلف الزوايا و الجوانب، سواء تعلق بالجانب القانوني الإداري، الجزائي، الإقتصادي .
2) غرامة التأخير هي جزاء تمارسه الإدارة المتعاقدة في حالات عديدة وليس فقط ما يتصوَّره البعض من أن تطبيقها مقتصرٌ على التأخير في التنفيذ .
3) نشأت غرامة التأخير نتيجة للتحرُّر العقدي في خضام التطور الذي شهدته المعاملات المالية و الإقتصادية ، هذا التطور الذي يرتكز أساسا على عامل الوقت –للزمن ثمن– ، فكل تأخير قد يُكلِّفُ خسارة مباشرة أو غير مباشرة للإدارة المتعاقدة أو للمجتمع ككل ،بحكم أن الإدارة المتعاقدة تسهر على تلبية حاجات الأفراد والمواطنين الأساسية والضرورية.
4) ساهم الشرط الجزائي إلى حدٍّ بعيد في بلورة فكرة غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية ، فهي إن لم تكن إحدى صوَرِه فهي تشبهه.
5) يتعين مراعاة بعض القواعد والشروط لتطبيق غرامة التأخير في مجال الشراء العمومي.
6) يمكن إعتماد غرامة التأخير كمعيار لإنتقاء المتعاقد مع الإدارة .
7) في بعض القوانين المنظمة للعقود الإدارية يتم تطبيق غرامة التأخير على مجمل الخدمات بالرغم من التنفيذ الجزئي للخدمات المتفق عليها ، وهي بذلك تختلف عن الشرط الجزائي في القانون المدني الذي يستوجب تخفيض مبلغ الشرط الجزائي إذا كان الإلتزام قد نفِّذ في جزء منه.
8) تطبيق الشرط الجزائي في العقود المدنية يتطلب تحقق الضرر ، بخلاف غرامة التأخير التي تطبَّق كقاعدة عامة بمجرد التأخير أو الإخلال بالإلتزامات التعاقدية بصرف النَّظر من تحقُّق الضَّرر من عدمه مع مراعاة بعض الإستثناءات التي يتم فيها تطبيق غرامة التأخير كتعويض وهو الأمر الذي قد يتطلب تحقق شرط الضرر تطبيقا للقواعد العامة في مسألة التعويض ومن ذلك ما نصَّ عليه قانون الولايات المتحدة الأمريكية في بعض الصفقات والقانون الإنجليزي للشراء العمومي.

9) تطبيق الشرط الجزائي كقاعدة عامة يتطلب إعذار المدين ، والإستثناء هو عدم ذلك كأن يكون هذا الإستثناء مترتِّبا على إتفاق يقضي بأن يكون المدين مُعذرا بمجرَّد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر ، في حين أن تطبيق غرامة التأخير في العقود الإدارية خلافُ ذلك إذْ أنَّ القاعدة العامة هي عدم إعذار المتعاقد ولكن الإستثناء هو إعذاره إذا نصَّ على ذلك دفتر الشروط الإدارية الخاصة وفقا لإتجاه القضاء الإداري الفرنسي .

10) كل من غرامة التأخير وفوائد التأخير وخطاب الضمان مرتبط بالعقود الإدارية.

12) كلٌّ من غرامة التأخير وفوائد التأخير وخطاب الضمان يخضع لرقابة القاضي الإداري ، وكذا رقابة القاضي الجزائي في حالة الإعفاء من غرامة التأخير أو الإعفاء من مصادرة خطاب الضمان أو منح معلومة إمتيازية مرتبطة بتطبيق غرامة التأخير أو مبلغ العرض للمترشحين الآخرين الذي يمكن حسابه من خلال خطابات الضمان الإدارية، أو الإتفاق بين الموظف و المتعامل على تأخير السداد للحصول على فوائد تأخيرية ،الأمر الذي حاول معالجته القانون المصري للطلب العمومي بتحميل الموظف المتسبب هذه الفوائد في حالة التأخير في السَّداد.

13) غرامة التأخير وخطاب الضمان يمكن أن يشكِّلا جزاء توقِّعه الإدارة ، بخلاف فوائد التأخير هي بيد المتعاقد وليست بيد الإدارة.

-14) غرامة التأخير و خطاب الضمان يتم تحصيلهما لصالح خزينة الدولة بخلاف فوائد التأخير التي يستفيد منها المتعامل المتعاقد .

15) تطبيق غرامة التأخير يتم دون تدخل طرف ثالث وكذلك فوائد التأخير-نظريا وليس عمليا- ، أما مصادرة خطاب الضمان لا يتم إلا بتدخُّل طرف ثالث وهو البنك .

16)لا يمكن تعديل مبلغ الفوائد التأخيرية و خطاب الضمان بخلاف الغرامة التي يمكن تخفيض مقدارها أو رفعه.

17) مصادرة الغرامة يمكن أن يتم حتى قبل الصفقة مثل الإسحاب من المناقصة، في حين أن الغرامة و الفوائد لا تطبَّقان إلا بعد إبرام الصفقة.

18) تمتاز غرامة التأخير بالتلقائية إذ يتم تطبيقها بمجرد الإخلال بإحدى الإلتزامات التعاقدية.

19) تختلف شروط وكيفيات تطبيق غرامة التأخير في مجال الطلب العمومي من قانون لآخر ، خاصة ما تعلق بالحد الاقصى للغرامة الذي يمكن ان يصل الى 20% من مبلغ العقد الأصلي.

21) يخضع الإعفاء من غرامة التأخير جزئيا أو كليا كذلك إلى رقابة القاضي الجزائي ، و يتم معاقبة الموظف من طرف القاضي الجزائي لمجرد منح معلومة بعدم تطبيق هذه الغرامة في صفقة عمومية مزمع إبرامها.

التوصيات :

1) ضرورة تطبيق غرامة التأخير في حالة عدم دمج المنتوج المحلي.
2) ضرورة تطبيق غرامة التأخير في حالة عدم تشغيل اليد العاملة المحلية خاصة المؤهلة منها ، أو في تلك المهام التي لا تتطلب درجة عالية من الخبرة و الإحترافية ، سائق، حارس... إلخ.
3) ضرورة تطبيق غرامة التأخير في حالة عمد إحترام المعايير البيئية .
4) ضرورة تطبيق غرامة تأخير في حالة تورط المتعامل المتعاقد أو من يمثّله في جرائم الفساد المرتبطة بالصفقات العمومية.
5) تخصيص هامش أفضلية في المعايير التقنية للصفقات المستقبلية للمؤسسات التي تقوم بإنجاز الصفقات وفقا للمواصفات المتفق عليها وقبل الوقت المحدد في الصفقة من حيث إعطائهم نقاط إضافية في الصفقات المزمع إبرامها مستقبلا، أو تخصيص مِنَح وتعويضات مالية لهذه المؤسات لتشجيعها على إحترام الآجال التعاقدية و مثال ذلك ما نص عليه **القانون التونسي للصفقات العمومية** ، وكذا **مجلس الدولة الفرنسي**، وفي حالة تخلف المؤسسات عن الآجال المتفق عليها أو تنفيذها للعقود الإدارية دون إحترام المواصفات يمكن اللجوء إلى الخصم من النقاط التقنية في الصفقات المزمع ابرامها مستقبلا، مع تِبيان طرق الطعن أو الاعفاء من مثل هكذا عقوبات والهيئات المخصصة لدراسة الطعون و التظلمات في حالة التعسف.
6) منح المتعاقد مهلة إضافية مثل مدة 15 يوم أو أكثر أو أقل بحسب نوع الصفقة وحسب القطاع الخاص بالصفقة .
7) ضرورة العمل على تبسيط إجراءات الإعفاء من غرامة التأخير عندما يكون ذلك مُمكنا، وتِبيان حالات هذا الإعفاء بوضوح تجنبا لأيِّ متابعة قضائية للموظف المكلف بإدارة الطلب العمومي.
8) ترسيخ ثقافة أخلاقيات المهنة لدى موظفي الصفقات العمومية .
9) إمكانية إعفاء المتعاقدين مع الإدارة من غرامة التأخير خاصة في الصفقات العمومية العمومية التي تكون مبالغها منخفضة وبسيطة .

10) ضرورة الإعتماد على العقود الإدارية الإلكترونية على غرار دول العالم ، ودمج كل ما يتعلق بالعقود الإدارية في هذه البوابة من خلال وضع بطاقية وطنية ، جهوية، محلية لمراقبة إبرام وتنفيذ العقود الإدارية وكل ما يتعلق بهذه العقود حتى و إن تعلق الأمر بمكافحة الفساد في العقود الإدارية.

فنجد مثلا أن **تونس** قامت بوضع بوابة إلكترونية تعنى بالإبلاغ عن حالات الفساد الإداري التي دخلت التنفيذ بتاريخ 28-أفريل- 2012www.anticorruptionidara.gov.tn، وتمكِّنُ هذه البوابة من الإبلاغ عن التجاوزات ، الرشوة، محسوبية ، إختلاس ، إخلال بالواجب المهني، تضارب المصالح ، ويتعهد المَوْقع بإحترام السِّرية وبعدم الكشف عن هويَّة المُبلِّغ ، كما تم إسحداث موقع **-واب إعلامي-** حول مقاومة الفساد www.anticor.tn في شهر نوفمبر 2012 يخوِّل النَّفاذ إلى جميع المعلومات و البيانات القانونية و الإحصائية و الفنية المتعلقة بمقاومة الفساد و المشاريع و البرامج ذات العلاقة .

تطوير منظومة – الشراءات العمومية- على الخط**TUNEPS** و التي تهدف إلى تألية مختلف الإجراءات المتعلقة بالصفقات العمومية المتمثلة في المنافسة وتقديم العروض.

كما تم التنصيص بالفصل 77 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014 في 13-مارس-2014، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية على إحداث وحدة للشراء العمومي على الخط تكلف بتسيير مختلف عمليات الشراء العمومي على الخط وبذلك تكون تونس أول بلد إفريقي و عربي قام بتطوير هذا النوع من المنظومات.

11) تطبيق أساليب الإدارة الحديثة و الإنتقال مرحليا إلى إستخدام تكنولوجي المعلومات في الإجراءات.

ويكون مجابهة الفساد في مجال الطلب العمومي و ذلك من خلال العديد من الآليات و الميكانيزمات يذكر منها الباحث مايلي:

- إعتماد الرقمنة في مجال العقود الإدارية وهو ما يشبه نظام لا مادية الصفقات العمومية في القانون الفرنسي، بحيث يتم إبرام العقود الإدارية عن طريق العقود الإلكترونية تماشيا ومقتضيات الإدارة الإلكترونية، من خلال البوبة الإلكترونية أو وضع logiciel.

ففي البداية يتم إعطاء مثلا شهادة ميلاد أو رقم معيَّن لكل عقد إداري مهما كان مبلغه ، بحيث يُدرج فيه إسم العملية وموضوعها وكل الإجراءات الخاصة بها.. إلخ ، ولا يفتح مجال للتدخل البشري إلا في حدود معينة، وكل تعديل أو تغيير أو توقيف أو تمديد وغيره من الإجراءات المرتبطة بالعقود الإدارية يجب أن

يدرج في **هذا البرنامج** ،فيمكن تفريد لكل عملية رقم ولائي أو بلدي بحسب المحافظة أو المقاطعة، وتمنح صلاحيات واسعة أو ضيقة لمختلف المسؤولين عن إبرام وتنفيذ ومكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، فمثلا فيم يخص الصفقات البلدية تعطى الأولوية لرئيس البلدية أو الوالي أو المحافظ أو الأجهزة الأمنية و القضائية التي تراقب مثل هكذا أعمال ، وبخصوص المقاطعات أو المحافظات تمنح هذه الصلاحيات للمحافظ أو الوالي أو رئيس المقاطعة أو غيره حسب الحالة ، وهكذا دواليك على أن تكون هناك **أيقونات في هذه البرامج** بحيث تُخطر هؤلاء المسؤولين عن الإجراءات والإنتهاكات المحتمَلة لأيِّ عقدٍ إداريٍّ ، وهذا ما سيسمح بالرقابة على المال العام وفعالية الطلب العمومي، وكذا معالجة مختلف الإنشغالات الخاصة بالمتعاملين المتعاقدين مع الإدارة .

- إشتراط حد أدنى من الكفاءة المالية للمترشحين في مجال التعاقد مع الإدارة لعدم عجز المتعاقد في حالة تأخر الإدارة في سداد المستحقات المالية ،فالأصل أن يتحمل المتعاقد مع الإدارة نفقات الإنجاز فلا يُقدِم على المناقصة إلا إذا أدرك يقينًا أنه يملك السُّيولة المالية الكافية لإنجاز المشروع، كما أن للكفاءة المالية للمتعاقد مع الادارة نقطة تقييمية تمنحه الإدارة عند إبرام العقد وتُعطَى أكبر نقطة لمن يملك الكفاءة المالية المعتبرة فمن غير المعقول أن يتقدم المتعاقد إلى المناقصة ويقدِّم بيانات وإثباتات تدلُّ على يُسره و كفاءته المالية ثم توقف عن اتمام المشروع عند أول عثرة ، كما أن العديد من الشركات و المقاولين يكون هدفهم الرئيسي هو تحقيق الربح فيُشتِّتون أنفسهم بين مختلف الصفقات و العقود الإدارية التي تُعلنها الإدارة على الرغم من أنَّ إمكانياتهم ضئيلة وغير كافية لإنجاز كل هذه المشاريع ،وطبيعي في مثل هكذا حالات أن يقع المتعاقد في ضَيْق و في أزمة مالية.
- وضع برنامج الرقمنة عن طريق الشبكة المعلوماتية يسجِّل بدقَّة متنهاية كل المشاريع و العقود الإدارية المُعلن عنها مع إعطاء رقم أو شهادة ميلاد لكل عقد إداري من الوَهلة الأولى إلى غاية الإنتهاء من العقد الإداري ، ويكون هذا البرنامج محليا وجهويا و وطنيا ولما لا حتى دوليا ، إذ يتعيَّن قَبل منحِ المتعاقد عقدا إداريا الإطلاع على سيرورة العقود الممنوحة للمتعاقد والتي مازالت في طور التنفيذ ، فيتم وضع أيقونات تنبِّه مباشرة بأيِّ عقد قد حاز عليه المتعامل المتعاقد فيتم رفض عَرضه بداية في مرحلة تقديم الترشيحات ، فنفرض مثلا أن الإدارة أعلنت عن نِيَّتها في إبرام عقد ،فيقوم المترشحون بتقديم عروضهم إلى الإدارة ، فتضع الإدارة ضِمن شروط الترشح أن لا يكون المترشح يحوز على عدد من الصفقات وهي ما زالت في مرحلة التنفيذ، وذلك بحسب الكفاءة المالية والخبرة

لهذا المؤسسات ، فقد تضع 10 صفقات أو أكثر ، وقد تضع نسبة معينة من التقدم في الأشغال لنفرض أنَّ مقاولا لديه 5 عقود إدارية ، ولديه كفاءة مالية وخبرة متوسطة ، فيقوم **جهاز الكمبيوتر logiciel** بحساب مُجمل نسبة التَّقدم في الأشغال مثلا **50%**، ومُجمل المستحقات المالية التي تلقَّاها من إنجاز هذه الأشغال، فإن كان مثلا مُجمل المستحقات المالية التي تلقاه يساوي 30% مثلا فطبيعي أن يقع مستقبلا في ضيْق ماليٍّ وهو ما ينعكس عليه سلبا عليه و على المشاريع التنموية للدولة.

- إستحداث صناديق تضامن بين المتعاملين الإقتصاديين عن طريق دفع إشتراكات سنوية على سبيل التبرُّع و التَّضامن يقوم بمنح مبالغ مالية مالية دون فوائد في حالة تعرض أحد مشتركي الصندوق إلى أزمة مالية أثناء تنفيذ العقود الإدارية ،على أن يدير هذا الصندوق أعضاء يتلقون رواتبهم من هذه الإشتراكات أو عن طريق موظفين سابقين **يقدمون خدمات مجانية وخيرية** ، ولا مانع من أن يستثمر الصندوق أموال المشتركين في طرق مشروعة مما يوفر له سيولة مالية معتبرة ويمكن تقاسم الأرباح بين المشتركين بعد خصم أجور ورواتب الموظفين وكل المصاريف المالية المتعلقة بإدارة الصندوق .
- إنشاء لجان وهيئات محلية ، جهوية ووطنية تكون من مهامها دراسة الشكاوى المقدمة من المتعاقدين محل تأخر سداد مستحقاتهم ويكون اللجوء إلى هذه الهيئات من قبيل **التظلم الإستعجالي** ، بحيث تدرس هذه اللجان شكاوى المتعاقدين وإذا رأت أنَّ هناك إجحافا في حقِّ المتعاقدين يُمكن أن تُصدِر قرارات نافذة ضد الإدارة لتسديد المستحقات المالية للمتعاقد.
- رغم تطبيق نظام الفوائد التأخيرية إلا أن العديد من الشركات تعاني من الإفلاس و الضِيق المالي حتى في الدول المتقدمة مثل فرنسا مثلا، أو في الدول العربية ، ومثال ذلك المغرب التي لديها قانون خاص حول نظام الفوائد التاخيرية في مجال الطلب العمومي إلا أن أكثر من **8 آلاف شركة مغربية** أعلنت إفلاسها في سنة **2017** وفقا لنتائج دراسات أعدَّها مكتب الدراسات **أنفوريسك** المتخصص في جمع ومعالجة المعلومات القانونية حول النشاط التجاري للمقاولات المغربية ، ففي سنة 2017 تم تسجيل زيادة قدرها 7,9 % من حيث عدد الشركات المفلسة وحمَّل خُبراء المكتب بحسب **صحيفة المساء** الدولة المسؤولية بالوقوف وراء إرتفاع عدد الشركات المفاسة بالمغرب نتيجة التأخر في أداء مستحقات المقاولات المستفيدة من الصفقات العمومية.

الأمر الذي أدى **بوزارة الإقتصاد والمالية المغربية** إلى إطلاق مِنَصَّة إلكترونية خاصة بإستقبال و معالجة شِكايات المورِّدين المتعلِّقة بآجال دفع مسحقاتهم من قبل المؤسسات و الشركات العمومية ، فضرورة أداء المستحقات المالية دون تجاوز الآجال التعاقدية يتطلب تظافر جهود جميع الأطراف المعنية من وزارات وصية وهيئات الحكامة ومصالح المراقبة ومسؤولي المؤسسات و المقاولات العمومية[1].

وإن كان **القانون المصري** الأخير حول الشراء العمومي قد نصَّ صراحة على أنَّ المُتسبب في عدم دفع المستحقات المالية في وقتها هو من يدفع فوائد التأخير ،ولعلَّ ذلك يرجع إلى محاربة البيروقراطية أو هدر المال العام من خلال صرف هذه الفوائد، إلا أن المسلك الذي إقترحناه سيكون مُحَفِّزًا للموظفين من جهة كما لو تم منح المبالغ المالية التي كانت ستدفعها الإدارة كفوائد تأخيرية للمتعاقد معها إلى الموظفين المكلفين بالشراء العمومي كتعويضات عن حسن التسيير إذا ما قام الموظفون كل حسب تدخُّله بسداد مستحقات المتعاقد في الوقت المناسب ، فإن هذا سيشجِّع الموظفَ على العمل بأحسن طريقة ممكنة وسيزيد من أُجرته ، كما سيتم التقليل من الفساد وإعطاء نفس آخر للمؤسسات وتجنُّب إفلاسها إذا قَبِضت مستحقاتها المالية في الوقت المناسب .

[1] **جريدة مغرس المغربية**، آخر إطلاع: 2018/10/5.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

كتب الحديث.

1. سنن**إبن ماجة –محمد بن يزيد أبي عبد الله القزويني–**، دار إبن الجوزي، ط1، 1432هـ–2011م.
2. **سنن أبي داود –**سليمان بن الأشعث أبي داود السجستاني، دار إبن الجوزي ، القاهرة ، مصر، ط1، 1432هـ–2011م.
3. **سنن الترمذي–محمد بن عيسى بن سورة أبي عيسى الترمذي–** ،دار إبن الجوزي ،القاهرة، مصر ،ط1432،1هـ–2011م.
4. **السنن الكبرى–البيهقي–،أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي**، تحقيق ، **محمد عبد القادر عطا**،دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، جزء6، ط3، 1424هـ–2003م.
5. صحييح **البخاري–أبي عبد الله بن إسماعيل إبراهيم البخاري–**، دار اليقين للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر ، 1432هـ–2011م.
6. الموطأ ،**مالك بن أنس**،، دار الحديث ، القاهرة،مصر، 1425هـ–2004م.

أولا: المراجع بالغة العربية .

أ) **كتب القواميس واللغة.**

1. **إبن منظور**، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان.
2. **أبي نصر بن حمَّاد الجوهري**، الصِّحاح، دار الحديث ، القاهرة ،مصر، حرف –الجيم–، 1430هـ–2009م.
3. **أحمد الشرباصي**، المعجم الإقتصادي الإسلامي،بيت الحكمة للنشر و التوزيع،سطيف،الجزائر، 2010.
4. **الإمام شيهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي**، معجم البلدان، تحقيق **فريد عبد العزيز الجندي**، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان.
5. **جيرارد كورنو:** معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 1، 1418هـ–1998 م.
6. **روح البعلبكي:** المورد ، قاموس عربي إيطالي ، دار العلم للملايين ، بيروت ،لبنان، ط 2، 2000 .

7. **زايد محمد العقيلة**، المصطلحات القانونية، إنجليزي = عربي ، دار الثقافة، عمان ، الأردن، ط 4، 2011، ص23.

8. **الزمخشري** : أساس البلاغة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، الجزء 1، ط 1 ،1419هـ-1998م.

9. **الفيروز آبادي**، القاموس المحيط، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان، 1431هـ /2010 م .

10. **محمد مرتضى الحسين الزبيدي**، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق **نوَّاف الجرَّاح**، دار الأبحاث، الجزائر، ط 1، 2011.

11. **المعجم الوسيط**، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، ط4، 1429هـ-2008م.

12. **نزيه حماد** ، معجم المصطلحات المالية و الإقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم ، دمشق سوريا، دار الشامية ، بيروت ، لبنان، ط 1، 1429 هـ/ 2008 م.

13. **يوسف شلالة**، المعجم العملي للمصطلحات القانونية و التجارية و المالية، دار المعارف ، الإسكندرية، مصر، ص17.

ب) المراجع العامة

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7. **إبراهيم الفقي**، الطريق إلى النجاح ،دار اليقين للنشر و التوزيع، الراية للنشر و التوزيع، الجيزة، مصر، 2010.

8. **إبراهيم الفقي**، المفاتيح العشرة للنجاح، المركز الكندي للتنمية البشرية، كندا،1999.

9. إبراهيم رحماني، حماية الديون في الفقه الإسلامي– دراسة مقارنة–،دار البشائر الإسلامية ،

10. **أبو بكر جابر الجزائري**، منهاج المسلم، دار ابن الجوزي، القاهرة،مصر،ط1434،4هـ–2013م

11. أبي جعفر محمد بن جيري الطبري، تفسير الطبري– جامع البيان عن تأويل أي القرآن–، تحقيق **عبد الله بن عبد المحسن التركي**، دون دار نشر، ط1،الجزء 7، 1442هـ–2003م.

12. **أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي**، تفسير القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وأي القرآن، **تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، محمد رضوان عرق سوس**، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان.

13. **أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي**، المعروف بالحطاب المرغنيني، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، دار الكتل العلمية، بيروت ، لبنان، ط1، الجزء 6، 1416هـ–1995م، ص273.

14. **أحمد إبراهيم حسن** ، الأصول الرومانية لفكرة الشرط الجزائي، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، مصر.

15. **أحمد حسن** ،الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي ، دار الفكر، دمشق، سوريا،ط1428،2هـ–2007.

16. **أحمد حسن بن أحمد الحسين**، خطابات الضمان المصرفية وتكييفها الفقهي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1999.

17. **أحمد غنيم** ،خطابات الضمان ،إطار متكامل نظريا وعمليا وقانونيا،دار **دار**النهضة العربية, القاهرة ،مصر،ط1 ،2004.

18. **أحمد مصطفى الزرقا**، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، دمشق ، سوريا، الجزء الأول،ط 2، 1425هـ 2004م .

19. **أعمر يحياوي**، نظرية المال العام،دار هومة ،الطبعة03 ،2005.

20. **أيمن أحمد الدويك**،السلوك الإنتهازي في العمل، دار الخلدونية، القبة ، الجزائر،2007.

21. **بلحاج العربي**، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر،2001.

بيروت،لبنان ،ط1432،1هـ-2011م.

22. **التواتي بن تواتي**، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، كتاب البيوع المعاملات ، دار الوعي للنشر و التوزيع، الرويبة ، الجزائر، ط1،المجلد الخامس ،1430هـ-2009م .

23. **جبار مليكة**،دروس في القانون الإداري ، منشورات كليك، المحمدية، الجزائر ، ط1، 2014.

24. **جمال الدين عوض** ، عمليان البنوك من الوجهة القانونية، المكتبة القانونية ، 1993.

25. **جندي عبد المالك** ،الموسوعة الجنائية ،الجزء الرابع،الطبعة الثانية،بيروت،لبنان.

26. **جين فرمان**،أخلاقيات الصحافة- ترجمة محمد صفوت حسن-، دار الفجر للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر،الدار الجزائرية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ط1.

27. **حسين بن شيخ آث ملوية**، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثالث، نظام التعويض في المسؤولية الإدارية، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر،ط1428،1هـ-2017م .

28. **خالف عقيلة**،الحماية الجنائية للوظيفة الإدارية من مخاطر الفساد ،مجلة الفكر البرلماني،العدد13،جويلية2006 .

29. **دنديني يحي** ، المالية العمومية، دار الخلدونية، القبة القديمة ، الجزائر، ط2، 1435هـ-2014م.

30. **ديوان إمرئ القيس**، ضبطه وصححه **مصطفى عبد الشافي**، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، ط1، 1425هـ-2004م.

31. **ديوان ليلى الأخيلية**، وزارة الثقافة والإرشاد، مديرية الثقافة العامة ، بغداد ، العراق، إهتم بجمعه **خليل إبراهيم العطية، جليل العطية** ، 1386هـ-1967م.

32. **رفيق يونس المصري**، الفساد لماذا نحاربه؟، دار المكتبي ، دمشق، سوريا، 1433هـ-2010م

33. **رفيق يونس المصري**، المصارف الإسلامية، دراسة شرعية لعدد منه، مركز أبحاث الإقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة ، السعودية.

34. **رفيق يونس المصري**، بحوث إقتصادية، دار المكتبي، دمشق، سوريا، 1431هـ-2010م.

35. **رفيق يونس المصري**، بحوث في فقه المعاملات المالية، دار المكتبي، دمشق،سوريا، 1430هـ-2009م.

36. **رفيق يونس المصري**، مصرف التنمية الإسلامي،مؤسسة الرسالة،بيروت ، لبنان ، ط 1، 1397هـ/1977 م.

37. **رفيق يونس المصري**،الرِّبا والحزم الزمني في الإقتصاد الإسلامي ، دار المكتبي ، دمشق ، سوريا، الطبعة الثانية ، 1430هـ – 2009م.

38. **سامي حمود** ، تطوير الأعمال المصرفية بما يتَّفق و الشريعة الإسلامية، دون دار نشر، ط2 ، 1402هـ-1982م.

39. **الشاطبي أبي إسحاق**، الموافقات في أصول الشريعة،دار الكتب العلمية، لبنان،دون سنة طبع، ، الجزء4،ص140-141.

40. **الصادق بن عبد الرحمن الغرياني** ، المعاملات في الفقه المالكي ، أحكام وأدلة، دار إبن حزم ، بيروت ، لبنان ،طبعة1 ، 1428هـ-2007م، ص 269، 270.

41. **الصادق بن عبد الرحمن الغرياني**، المعاملات المالية في الفقه المالكي، أحكام وأدلة، دار ابن حزم، بيروت ،لبنان،ط2008،1.

42. **صالح فركوس**، تاريخ النظم القانونية والإسلامية، دار العلوم،للنشر والتوزيع، عنابة ، الجزائر، 2001.

43. **عبد الرزاق السنهوري** ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام ،آثارالإلتزام،المجلد السادس، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،لبنان، 1998.

44. **عبد الرزاق السنهوري**، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، لبنان، محل العقد، 1954.

45. **عبد العزيز منعم خليفة**، القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، مصر 2010، ص 102.

46. **عبد الكريم حامدي** ،مقاصد القرآن من تشريع الأحكام، دار إبن حزم،بيروت،لبنان،1429هـ-2008م،ط1.

47. **عبد الله بخباز**،جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية-دراسةمقارنة-،دار الفجر للنشر و التوزيع،القاهرة،مصر،ط1، 2017.

48. **عبد المجيد قدي**، قضايا وتأملات في الإقتصاد الإسلامي، درا الخلدونية ،القبة، الجزائر، 1439هـ-2018م.

49. **عبد المومن بلباقي**،أصول المعاملات المالية على مذهب المالكية،عقد البيع، السَّلم، المُرابحة،دار الهدى،عين مليلة ، الجزائر، 2004.

50. **عجة الجيلالي** ، مدخل للعلوم القانونية ، دار **BERTI** للنشر ، الجزء 2 ، الجزائر،2009 .

51. **عجة الجيلالي**، عقد المضاربة في المصارف الإسلامية ، دار الخلدونية، القبَّة ، الجزائر، 2006.

52. **علاء الدين خروفة**،عقد القرض في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، دراسة مقارنة، القانون الروماني، الفرنسي ، المصري، مؤسسة نوفل ، بيروت ، لبنان، ط 1، 1982.

53. **علاء الدين زعتري**، فقه المعاملات المالية المقارن، صياغة جديدة وأمثلة معاصرة، دار العصماء، دمشق، سوريا، ط1431،1هـ-2010م.

54. **علاء الدين عشي**، مدخل القانون الإداري ، الجزء 2، دار الهدى ، عين مليلة، الجزائر، 2010.

55. **علي الخفيف**، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2000

56. **علي حساني**، ضمان حماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،ط1،2017.

57. **علي محمد قاسم** ، عقد التوريد في ميزان الفقه الإسلامي، د ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005 ، ص 117.

58. **علي يوسف رضا مطاوع**، تكافئ الفرص بين الإسلام والنظم الوضعية، دار اليقين ، المنصورة، مصر، 1431هـ-2010م.

59. **علية نصر الدين**،موقف القوانين المدنية من الفوائد ومدى مواءمته للشريعة الإسلامية،منشورات دحلب،حسين داي، الجزائر،دون طبعة، دون سنة الطبع.

60. **عمار بوضياف** ، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر و التوزيع، المحمدية ، الجزائر،ط4، 2017 ، ص125.

61. **عمار بوضياف**، القرار الإداري، جسور للنشر و التوزيع، المحمدية، الجزائر،ط1،2007، ص138.

62. **عمار بوضياف**، المحاكمة العادلة في النظام الجنائي الاسلامي و المواثيق الدولية، – دراسة مقارنة – ، جسور للنشر و التوزيع ، المحمدية ، الجزائر، ط1، 1432هـ-2010م.

63. **عمر عبد العزيز المترك**، الربا و المعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، دار العاصمة للنشر والتوزيع ، الرياض، السعودية، دون طبعة، دون سنة الطبع.

64. **عمراني مصطفى**، جريمة إستغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية –دراسة مقارنة– ، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، الجيزة، مصر،1437هـ-2016م.

65. فادي محمد الرفاعي ، المصارف الإسلامية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،لبنان، 2007، ط 2.

66. **فارس مسدور**، التمويل الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2007.

67. **كمال نزيه حماد**، بيع الكالئ بالكالئ–بيع الدين بالدَّينِ–، مركز أبحاث الاقتصاد الاسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1406هـ-1986م.

68. **ماجد راغب الحلو**، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013.

69. **مازن ليلو راضي** ، العقود الإدارية، درا الجامعة الجديدة، مصر، 2013.

70. **مالك بن نبي**، القضايا الكبرى ، دار الوعي للنشر والتوزيع، الرويبة ، الجزائر، ط 1، 1434هـ-2013م،

71. **مالك بن نبي**، المسلم في عالم الإقتصاد، دار الوعي للنشر و التوزيع، الرويبة ، الجزائر، 1434هـ-2013م،ط 1.

72. **مالك بن نبي**، دور المسلم ورسالته، دار الوعي ،الرويبة، الجزائر،1434هـ-2013م،ط1.

73. **مالك بن نبي**، شروط النهضة،ترجمة عمر كمال مسقاوي وعبد الصبور شاهين،دار بن مرابط، الجزائر،2017.

74. **محمد الزحيلي**،موسوعة قضايا إسلامية معاصرة،دار المكتبي، دمشق، سوريا،ط1،1430هـ-2009م،ص221،222.

75. **محمد الشنقيطي**، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة ،مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، السعودية، 2001.

76. **محمد الصغير بعلي**، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة ، الجزائر، 2005.

77. **محمد الصغير بعلي**،المحاكم الإدارية،دار العلوم،عنابة، الجزائر،2005 .

78. **محمد باقر الصدر**، البنك اللاربوي في الإسلام، دار التعارف للمطبوعات، شارع سوريا، بيروت – لبنان 1414هـ-1994م.

79. **محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية**، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار إبن الجوزي ، القاهرة، مصر،ط1، 1432هـ-2011م.

80. **محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني- رفض تطبيق الشرط الجزائي في كل الأحوال –** ، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، كنوز إشبيليا للنشر و التوزيع، الرياض، السعودية،ط1، 1428هـ-2006م، ص236 .

81. **محمد بن محمد المغربي المعروف بالحطاب** ،مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الكتب العمية، بيروت ،لبنان،دون طبعة، دون سنة الطبع، ج4، ص546.

82. محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر،2010 ، ط2.

83. **محمد شريط**، ظاهرة غسيل الأموال في نظر الشريعة الاسلامية و القانون الجزائري، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاسلامية ، قسم الشريعة و القانون، 1431هـ-2010م،ص160.

84. **محمد عبد فرحات صالح الجميلي**، الغرامة المالية في الحدود و الجنايات على النفس البشرية وما دورها في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان ،ط1، 2006.

85. **محمد عثمان شبير** ، المعاملات المالية المعاصرة ،دار النفائس،عمان ، الأردن، ط6، 1427هـ-2007م.

86. **محمد عثمان شبير وآخرون**بحوث فقهية في قضايا إقتصادية معاصرة ، دار النفائس للنشر و التوزيع، عمان ، الأردن،1418هـ-1998م.

87. **محمد محمود العجلوني**، البنوك الإسلامية، دار المسيرة للنشر و التوزيع والطباعة، عمان ، الأردن ط 2،، 1431هـ-2010م.

88. **محمود الكيلاني** ، الموسوعة التجارية و المصرفية،عمليات البنوك، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن، المجلد4،ط1، 1430هـ-2009م.

89. **محمود حسين الوادي، حسين محمد سمحان، سهيل أحمد سمحان**، النقود والمصارف، دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة، عمان ، الأردن، 1431هـ-2010م.

90. **محمود عبد الكريم إرشيد** ،الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية ، دار النفائس، الأردن، ط 2، 1427هـ – 2007 م .

91. **محمود عبد الكريم إرشيد**، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، دار النفائس، عمان ، الأردن، 1427هـ-2007م .

92. **محي الدين القره داغي**،بحوث في فقه البنوك الإسلامية، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية القطرية،إدارة الشؤون الإسلامية، قطر ، الكتاب السادس، الجزء الأول ، ط 1، 1431هـ – 2010 م، ص 104.

93. **مختار شبيلي** ،الإجرام الإقتصادي و المالي الدولي وسبل مكافحته،دار هومه،الطبعة الثانية،2012.

94. **مريزق عدمان**، التسيير العمومي بين الإتجاهات الكلاسيكية و الإتجاهات الحديثة، دار جسور للنشر و التوزيع ، المحمدية، الجزائر، 1436هـ-2015م، ط1.

95. **ناصر لباد** ، القانون الإداري، النشاط الإداري، دار لباد للنشر و التوزيع ، سطيف ، الجزائر، 2004.

96. **نذير بن محمد الطيب أوهاب** ،حماية المال العام في الفقه الإسلامي،أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض،2001.

97. **نزيه حماد**، قضايا فقهية معاصرة في المال و الإقتصاد، دار القلم، دمشق ، سوريا، 1421هـ-2001م.

98. **نواف كنعان** ، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان، الأردن، 2007.

99. **يحيى بن شرف النووي** ، روضة الطالبين و عمدة المفتين ، تحقيق زهير شاويش، المكتب الإسلامي، بيروت ،لبنان، 1991م، ط 3، الجزء 4، ص 137.

100. **هاني عبد الرحمن إسماعيل**، النظام القانون لعقد التوريد الإداري-دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،مصر 2012 .

101. **وهبة الزحيلي** ، نظرية الضمان،دراسة مقارنة،دار الفكر،دمشق ،سوري، ط9، 2012.

102. **وهبة الزحيلي**، المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 1432،8هـ-2011.

103. **وهبة الزحيلي**،موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر، سوريا،2010.

104. **يزيد بن إبراهيم بن صالح المزيد**، إستيفاء الديون في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة ، دار ابن الجوزي ، الطبعة الأولى ،الرياض، المملكة العربية السعودية ، 1431هـ 2010م..

105. **يوسف القرضاوي**، دور القيم و الأخلاق في الإقتصاد الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة،مصر، 1415هـ-1995.

ج) المراجع المتخصصة

1. **إبراهيم محمد شاشو**: أحكام المناقصة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 4، 2011.
2. **أبي أياد طارق بن فكري الطرابلي**، رسالة فقهية معاصرة في بيع المزاد، المناقصات، عقود التوريد، طبعة 1، 1432هـ-2001م، مكتبة العلوم والحكم، دون ذكر البلد.
3. **أحمد منصور أحمد علي**، المشكلات العملية في المناقصات و المزايدات، وزارة الثقافة والفنون والتراث، الدوحة، قطر، ط2004،1.
4. **أحمد منصور أحمد**، المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات،وزارة الثقافةو الفنون والتراث،الدوحة،قطر،.2014
5. **بلجيلالي بلعيد**، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، النشر الجامعي الجديد، تلمسان ، الجزائر، 2019
6. **حمدي ياسين عكاشة**، العقود الإدارية في التطبيق العملي، المبادئ و الأسس العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.
7. **خالد خليفة** ، دليل إبرام العقود الإدارية في القانون الجزائري الجديد، دار الفجر للنشر و التوزيع ، القاهرة ، مصر، ط1، 2017.
8. **خالد خليفة** ، منتقى القرارات الفقهية في مجال العقود الإدارية، دار الخلدونية ، القبة ، الجزائر، 2017.

9. **خالد خليفة**، مبادئ إبرام الصفقات العمومية في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، دار الخلدونية ، القبة ، الجزائر، 2017.

10. خالد خليفة،طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري الجديد،دار الخلدونية،القبة،الجزائر،2017،

11. **خرشي النوي**،تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر،2011.

12. **رفيق يونس المصري**، مناقصات العقود الإدارية، دار المكتبي، دمشق ، سوريا ،ط1،1420هـ-1999م.

13. **رفيق يونس المصري**،النجش، المزايدة، المناقصة والممارسة، دار المكتبي ، دمشق، سوريا، ط2، 1430هـ-2009م .

14. **سليمان محمد الطماوي**:الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة،دارالفكرالعربي، مصر، 2005.

15. **عاطف حسن أبو هربيد**، عقود المناقصات في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر و التوزيع، عمان،الأردن، ط 1، 1426هـ-2006م،

16. **عزت عبد القادر**، المناقصات و المزايدات ، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، 2001.

17. **عمار بوضياف** ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، جسور للنشر و التوزيع، المحمدية ، الجزائر،ط4،2014 .

18. **قدوج حمامة** ، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية ،بن عكنون، الجزائر، 2008م،

19. **محمد الطاهر حميمي**، إدارة المناقصات العمومية والخاصة، دار هومة ، الجزائر، 2016.

20. **محمد أنور حمادة**، قواعد إجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي،2003.

د)المذكرات والأطروحات.

رسائل الدكتوراه:

1. **أمقران راضية** ،خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق،جامعة الجزائر-1-، الجزائر، 2013-2014م.
2. **بن بابوش فاطنة**، الكفالة البنكية كأداة للضمان في عمليات الإئتمان في ظل التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجيلالي ليابس ، سيدي بلعباس، الجزائر، 1440هـ-2019م.
3. **بن بابوش فاطنة**، الكفالة البنكية كأداة للضمان في عمليات الإئتمان في ظل التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجيلالي ليابس ، سيدي بلعباس، الجزائر، 1440هـ-2019م.
4. **بوجادي عمر**، إختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، الجزائر، جويلية 2013.
5. عيادي بن عساف بن مقبل العنزي ، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الامام محمد بن سعود، السعودية،1427-2006م.
6. **محمد شريط**، عقود الصفقات العامة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و التشريعات الجزائرية، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة و القانون، 1438هـ-2017م.
7. **منصور بختة**، مسؤولية البنوك في عقود الإئتمان، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، رسالة دكتوراه، 2014-2015.

مذكرات الماجستير:

8. **بورنان العيد**،دورالقاضي في التعويض الإتفاقي،مذكرة ماجستير،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة الجزائر1،2014-2015 م.
9. **بوزيد عبد الرحمن**، مكافحة الفساد وفق قواعد القانون الدولي، مذكرة ماجستير ، جامعة يحي فارس ، المدية ، الجزائر، 2013-2014
10. **داودي مخلوف**، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة- جامعة الجزائر1 ، كلية العلوم الإسلامية ، ،الخروبة ، الجزائر ، مذكرة ماجستير 1432هـ-2011 م .

11. **زوزو زوليخة** ،جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر،2011-2012.

12. **علاق عبد الوهاب:** الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري،مذكرة ماجستسر، جامعة بسكرة،2004.

13. **فهد بن ناصر بن سعد المسيعد**، الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية في النظام السعودي، مذكرة ماجستير،جامعة نايف للعلون الأمنية ، الرياض، السعودية، 1434هـ-2013م.

14. **مباركي ميلود**، التجريم في قانون الصفقات العمومية ، مذكرة ماجيستير ، جامعة سيدي بلعباس ، كلية الحقوق 2006-2007.

15. **نجاري عبد الله** ، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري- دراسة مقارنة- كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجزائر، مذكرة ماجستير،1983.

هـ)الملتقيات والأيام الدراسية.

1. الإستراتيجية الوطنية لمكافحة الفساد، ملتقى وطني، الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد الجزائرية بمشاركة وزارة الشؤون الدينية الجزائرية.

2. **البيان الختامي و التوصيات** ، الدورة الخامسة عشر للملتقى الدولي للمذهب المالكي﴿**المعاملات المالية في الفقه المالكي**﴾ ، ولاية عين الدفلى ، الجزائر، 10 ربيع الأول 1441هـ- الموافق لـ 7 نوفمبر 2019.

3. **شيبوط سليمان، شيخاوي محمد**، الإقتصاد الإسلامي واقع ورهانات المستقبل، الملتقى الدولي الأول، 23-24 فيفري 2011، معهد العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير ، غرداية، الجزائر..

4. **شيلا وايت**، رئيسة قسم المعهد الدولي للمشتريات و التوريدات ، مداخلة ضمن فعاليات المؤتمر الإقليمي للمشتريات العامة في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا ، 03-ديسمبر-2013،تونس.

5. **عبد الله بن حمد السعدان** ،أثر التطبيقات العربية لمفهوم الوظيفة العامة والموظف العام على أخلاقيات الوظيفة العامة،ورقة عمل مقدمة في ندوة "قيم وأخلاقيات الوظيفة العامة في الإدارة الحديثة" ،المنعقد بالقاهرة ،مصر بين21 و 24 أوت 2005 .

6. **علي محمد الحسين الصوا** ،الشرط الجزائي في الديون ، بحث مقدم إلى مؤتمر الصيرفة الإسلامية في الإستثمار والتنمية ، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات، 2002.
7. **عمروش حليم** ، " مكافحة الفساد في الصفقات العمومية" ، مداخلة ألقيت ضمن فعاليات الملتقى الدولي المنظم من قبل جامعة الجيلالي اليابس،سيدي بلعباس، كلية الحقوق و العلوم الساسية ، ،يومي 24-25 أفريل-2013 .
8. **كمال رزيق، فريد كورتل، حسن توفيق**، دور الزكاة والوقف في علاج المشكلات الإقتصادية و التنموية، المؤتمر العلمي الدولي الثامن حول التمويل الإسلامي غير الربحي –الزكاة والوقف– في التنمية المستدامة، يومي20،21-ماي-2013، جامعة سعد دحلب، البليدة، الجزائر.

د) الندوات والدورات التكوينية

1. دليل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة إلى المشاركة في الصفقات العمومية، وزارة المالية اللبنانية ،معهد **باسل فليحان** المالي و الإقتصادي ، بيروت، لبنان، 2016،ط1.
2. الصفقات العمومية ، مدخل عام وتعريف، المديرية العامة للبرمجة **DGB** ،الجزائر،دورة تكوينية، 2012

ن) المجلات و الدوريات.

1. فتاوى البنك العربي الإسلامي الدولي من 2009 إلى 2015،.
2. **فتاوى هيئة الفتوى و الرقابة الشرعية** لمنتجات بيت التمويل الكويتي – البحرين– ، 1ربيع الثاني 1433هـ، الموافق لـ 23 فيفري 2012م.
3. **قرار مجمع الفقه الإسلامي**
4. ندوة البركة الثالثة، 1406هـ-1985م.
5. فتاوى الهيئة الشرعية للبركة، مجموعة دلة البركة، ط2، 1423هـ-2003م.
6. ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 7، العدد 7، الجزء 2، 1416هـ-1996م.
7. ، فتاوى ندوة البركة الثالثة، 1406هـ-1985م،ص2.
8. مجلة الإقتصاد الإسلامي، بنك دبي الإسلامي، العدد 5،ربيع الآخر .
9. ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 9، العدد 9، 1417هـ-1996م.

10. **أحمد مصطفى الزرقا**،هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن ، مجلة أبحاث الإقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز،جدة، السعودية،المجلد 2،العدد2،1405هـ-1985م.

11. **خالد خليفة** ، إبرام الصفقات العمومية عن طريق طلب العروض، مجلة الإقتصاد الإسلامي العالمية، المنامة، البحرين، 1437هـ-2016م، العدد 50.

12. وزارة الاقتصاد والمالية المغربية، مجلة المالية ، أفريل 2014، العدد 3.

13. مرسوم الجديد حول الصفقات العمومية،مجلة المالية ،وزارة الاقتصاد و المالية المغربية ، العدد 23، أفريل2014..

14. **توفيق مشاوش، محمد الحسين**، العقود الادارية وجزاءاتها في القضاء الاداري الأردني و القضاء المقارن، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، كلية الشريعة والقانون،2016

15. **عبد الله بن منيع**،مطل الغني ظلم يحلُّ عرضه وعقوبته مجلة مجمع الفقه الإسلامي،السنة الثانية،العدد الثاني.

16. **عبد الله بن منيع**،بحوث في الإقتصاد الإسلامي،المكتب الإسلامي،مكة المكرمة،السعودية، الطبعة الأولى، 1416هـ-1996م.

17. **عبد الله بن منيع** ،بحوث وفتاوى في الإقتصاد الإسلامي،دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، الرياض ،السعودية،الطبعة الأولى ،1437هـ-2016م.

18. **الصديق محمد الأمين الضرير**، الإتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة ، المجلد 3، العدد3، مجلة أبحاث الإقتصاد الإسلامي،جدة، السعودية،1405هـ-1985م.

19. -**الصديق محمد الأمين الضرير**، تعليقه على مقال -**محمد زكي عبد البر**-، وَرَدَ هذا التعليق في مجلة أبحاث الإقتصاد الإسلامي، جدَّة،السعودية، المجلد3، 1411هـ-1991م .

20. **الصديق محمد الأمين الضرير**: تعليقه على مقال -**زكي الدِّين شعبان**-، وَرَدَ هذا التعليق في مجلة أبحاث الإقتصاد الإسلامي، جدَّة،السعودية، المجلد5، 1413هـ-1995م.

21. **الصديق محمد الأمين الضرير**: تعليقه على مقال -**محمد أنس الزرقا** و**محمد علي القري** : التعويض عن ضرر المماطلة في الدَّين بين الفقه والإقتصاد-، وَرَدَ هذا التعليق في مجلة أبحاث الإقتصاد الإسلامي، جدَّة،السعودية، المجلد5، 1413هـ-1995م.

22. **زكي الدين شعبان**، تعليقه على مقال-**مصطفى أحمد الزرقا**:هل يُقبلُ شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن-،وَرَدَ هذال التعليق في مجلة أبحاث الإقتصاد الإسلامي،جدَّة،السعودية،1409هـ-1989م،العدد1.

23. **محمد زكي عبد البر**،رأي آخر في مطل المدين،هل يُلزم بالتعويض،تعليقه على مقال **مصطفى أحمد الزرقا**:-هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟-،مجلة الإقتصاد الإسلامي،جدَّة،السعودية المجلد1410،2هـ-1990م.

24. **محمد زكي عبد البر**، تعليقه على مقال -**الصديق محمد الأمين الضرير**:الإتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة-،وَرَدَهذا التعليق في مجلة أبحاث الإقتصاد الإسلامي،جدة،السعودية،المجلد1411،3هـ-1991م،

25. **نزيه حمَّاد**- المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي، مجلة أبحاث الإقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، السعودية،العدد1405،1هـ-1985م، ص425.

26. **الصديق محمد الأمين الضرير**- تعليقا على مقال: **محمد أنس الزرقا** في بحثه المشترك مع **محمد علي القري** تحت عنوان التعويض عن ضرر المماطلة في الدَّين بين الفقه و الإقتصاد،مجلة الإقتصاد الإسلامي، جدة، السعودية،المجلد3 ،1411هـ-1991م.

27. هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي رقم 3 ،تحت عنوان المدين المماطل بتاريخ 27-صفر-1421هـ، الموافق لـ31-ماي-2000.

28. **البنك العربي الإسلامي الدولي**، فتاوى هيئة الرقابة الشرعية ،من سنة 2009إلى غاية سنة2015، ص55.

29. بيت التمويل الكويتي،أعمال الندوة الفقهية الرابعة .

30. الهيئة الشرعية للبركة، مجموعة دلة البركة، جمع وتنيسق **عبد الستار أبو غدة،عز الدِّين محمد خوجة**، الطبعة الثانية، 1423هـ-2003م.

31. **سعد بن عبد العزيز الشويرخ**،مجلة العدل،السعودية،العدد56،السنة 14 شوال1433هـ،الموافق لـ2012م،ص331.

32. **عبد الله المطلق** ، عقد التوريد ، مجلة جامعة الإمام محمد السعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، العدد 10، 1414 هـ-1993م، ص 62.

33. **إبراهيم أحمد شاشو** ، أحكام المناقصة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد4، 2011.

34. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 8.

35. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 12.

36. مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 9.

37. **مجمع كوسيدار** ، إجراءات إبرام الطلبيات، الجزائر ،جويلية 2013.

38. **عبد الحليم محمود**، حكم عمولة خطاب الضمان، مجلة الإقتصاد الإسلامي، بنك دبي الإسلامي، ربيع الآخر 1402.

39. **حمدي عبد العظيم**، خطابات الضمان في البنوك الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، واشنطن ، الولايات المتحدة الأمريكية، 1981.

40. **إنصاف أحمد محمد**،غرامات التأخير كجزاء في العقد الإداري، مجلة جامعة تشرين للبحوث و الدراسات العلمية، سلسلة العلوم الإقتصادية و القانونية، سوريا ،المجلد 4، العدد 5، 2018 م.

41. ،مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة 2، العدد1407،2هـ-1986م.

42. ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة12 ، العدد 12 ، 1421هـ-2000م .

43. **منصور إبراهيم العتوم**،النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية- دراسة تحليلية مقارنة- ،مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد53، 1434هـ-2013م.

44. **موسى خليل متري**، المفاهيم القانونية للفائدة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 29 ، العدد 3، 2013.

45. ،**هشام محمود فريجة**، الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، الإمارات العربية المتحدة، المجلد 16، العدد 2، ربيع الثاني 1441هـ-ديسمبر 2019.

46. محمد العيد الدسوقي، أحكام غرامة التأخير في عقود المشاريع الإنشائية العامة، المؤتمر الثامن عشر ، عقود البناء و التشييد بين القواعد التقليدية و النظم القانونية المستحدثة، جامعة الإمارات العربية المتحدة،2010.

47. مجلة الأحكام العدلية،الفصل الرابع، في بعض ظوابط تتعلق بشركة العقود، المطبعة الأدبية ، بيروت ، لبنان، 1302هـ-1884م.

48. **فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك البحرين الإسلامي** من عام 1979الى 2011، الطبعة الأولى، 1434هـ-2013 م، المنامة، البحرين.

49. **أحمد الجزار محمد بشناق**الشرط الجزائي في الديون والبدائل الشرعية له في التطبيقات المصرفية ، مجلة المعارف ، كلية العلوم الإجتماعية والإنسانية ، الأردن ، السنة الثامنة، أكتوبر 2013.

50. **عثمان شبير**،إشتراط إخراج مبلغ من المال كصدقة للفقراء إذا تأخر المدين عن أداء الدين في الوقت المحدد، مجلة كلية

51. الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، العدد10، جمادى الأولى1417هـ-نوفمبر1996م، ص 59.

52. **بوزيد سايح**، سبل تعزيز المساءلة و الشفافية لمكافحة الفساد وتمكين الحكم الراشد في الدول العربية، مجلة الباحث، 2012 ،عدد 10.

53. **عباد صوفية**، الأساس القانوني لجزاء غرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة وأثرها على إمتيازات السلطة العامة في التشريع الجزائري،مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراي ، أدرار ،مجلد17، العدد3، سبتمبر2018

54. **أمينة رضوان، المصطفى الفوركي**، تأثير فيروس كورونا على الإلتزامات التعاقدية ،مجلة الدولة و القانون، الرباط ، المغرب، 2020م.

55. دليل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة إلى المشاركة في الصفقات العمومية، وزارة المالية اللبنانية ،معهد **باسل فليحان** المالي و الإقتصادي ، بيروت، لبنان، 2016،ط1.

56. الصفقات العمومية ، مدخل عام وتعريف، المديرية العامة للبرمجة **DGB** ،الجزائر،دورة تكوينية، 2012

57. قطاع المقاولات في ظل جائحة كورونا –دراسة قانونية–، الهيئة السعودية للمقاولين، أفريل،2020.

هـ) القرارات القضائية

1. قرار محكمة الإستئناف الإدارية رقم 1127، ملف رقم 146–07–7 المؤرخ في 22–10–2008،
2. رأي ديوان المحاسبة اللبناني رقم 1997/49 على إرسالية المدير العام لقوى الأمن الداخلي رقم 1031/204 بتاريخ 1–جويلية–1997.
3. ديوان المحاسبة اللبناني، الرأي رقم 396 بتاريخ 7–أوت–1961.
4. رأي إستشاري لمجلس المحاسبة اللبناني رقم 17،الصادر سنة1997.
5. **قرار مجلس الدولة المصري**، ملف رقم 4–4–124، بتاريخ 31–ماي–2008.
6. قرار رقم 1127، المؤرخ في 22–10–2008، ملف عدد 146–7–7، محكمة الإستئناف المغربية ، الرباط ، المغرب.
7. رأي ديوان المحاسبة اللبناني رقم 59 ، المؤرخ في 6–جويلية–2011.

و) الدراسات والتقارير

1. التقرير السنوي لعام 2019، لمجلس المناقصات و المزايدات البحريني ، الجريدة الرسمية ، العدد 3469، المؤرَّخة في 30–أفريل–2019.
2. وزارة المالية المصرية، الأطر العامة و المفاهيم المستحدثة بقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، اكتوبر2018، ص 4.
3. المُرشد الى شفافية الموارد، تقرير صندوق النقد الدولي، جوان 2005.
4. . **علي الجريدي** ، مقدمة كتاب أخلاق سلوك العاملين في الخدمة العامة و الرقابة من منظور اسلامي، البنك الاسلامي للتنمية، العدد،1419 هـ – 1999م
5. أولويات العمل وآلياته،لجنة الشفافية والنزاهة،التقرير الثاني، وزارة الدولة للتنمية الإدارية،مصر،10–أوت–2008.
6. **حططاش عبد الحكيم، زيتوني هند**، مدى ملائمة نظام الصفقات العمومية في الجزائر لتجسيد برامج الإستثمارات العامة للفترة 2001–2014، المؤتمر الدولي تقييم آثار الإستثمارات العامة و إنعكاساتها

على التشغيل والاستثمار والنمو الاقتصادي خلال الفترة 2001-2014، يومي 11-12 مارس 2013، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة سطيف 1، الجزائر.

7. قطاع المقاولات في ظل جائحة كورونا –دراسة قانونية–، الهيئة السعودية للمقاولين، أفريل،2020.
8. **محمد محسن مرعي**، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية– دراسة تحليلية مقارنة–، المركز العربي للنشر و التوزيع، القاهرة،مصر، ط1439،1هـ-2018.
9. وزارة المالية المصرية، الأطر العامة و المفاهيم المستحدثة بقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، أكتوبر2018، ص23، المادة 39فقرة7، قرار رقم 709لسنة2019 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة ،الوقائع المصرية العدد244 تابع –ب– ، المؤرخ في 03-ربيع الأول-1441هـ ،الموافق لـ31-أكتوبر-2019 .
10. **محمود فياض**، عقود البناء و المقاولات الصغيرة في فلسطين بين قصور النظرية وإشكالات التطبيق، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية لفلسطين، بدعم من برنامج الأمم المتحدة الإنمائي لفلسطين المحتلة.
11. خطابات الضمان، إضاءات ، نشرة توعوية، معهد الدراسات المصرفية، الكويت، العدد10، 2011.
12. **عبد الشافي محمد أبو العينين أبو الفضل، عبد الشامي محمد أبو الفضل**، القيادة الإدارية في الاسلام، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا ، الولايات المتحدة الأمريكية، 1417هـ-1996م،ط1،ص208.
13. أخلاقيات المهنة في مصر، وزارة التخطيط و المتابعة والإصلاح الإداري، مدونة السلوك وأخلاقيات الوظيفة العامة،2019.

ي) وسائل الإعلام والاتصال

1. **أسامة مروه** ،الحكومة تمتزج آراء أهل الإقتصاد:كيف نواجه كورونا؟،جريدة الرأي الكويتية،عدد26-مارس-2020
2. جريدة التجديد المغربية، الثلاثاء 8-افريل-2014، العدد 3371.
3. **فارس مسدور**، حصة الواقع الإقتصادي، القناة التلفزيونية BEUR TV ، الجزائر، بتاريخ 11-نوفمبر-2019.

4. **يوسف الشبيلي**، عقود التوريد هل لها مخرج في الفقه الإسلامي ، جريدة الإقتصادية، الرياض، السعودية، عدد 1 ماي 2009.
5. **خرشي النوي**، القناة التلفزيونية الحياة ، الجزائر، الجمعة 25 -أكتوبر-2019، عدد خاص ،الساعة 14:00.
6. **محفوظ بدروني ، حليم فدال**، أجهزة مراقبة الصفقات العمومية غير فعالة ، تقرير الجمعية الوطنية لمكافحة الفساد، جريدة الخبر الجزائرية، الاربعاء 15-جمادى الثانية-1440هـ الموافق لـ 20-فيفري-2019.

ت) النصوص القانونية.

،القوانين والأوامر الرئاسية:

1. قانون الموجبات و العقود اللبناني المؤرخ في 09-مارس-1932 الجريدة الرسمية العدد 2642 ،المؤرَّخة في 11-أفريل-1932.
2. مرسوم رقم 14969 المؤرَّخ في 30-ديسمبر-1943، المتضمن قانون المحاسبة اللبناني المعدل.
3. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل ،المؤرخ في 29-جويلية-1948 ، الوقائع المصرية ، العدد108مكرر« أ ».
4. القانون المدني الليبي لسنة 1954 المعدل ،الجريدة الرسمية بتاريخ 20 فبراير 1954م، هذا النص معدل بالقانون رقم 74 لسنة 1972م، المتضمن تحريم ربا النسيئة بين الأشخاص الطبيعيين المنشور بالجريدة الرسمية العدد 37 بتاريخ في 5 أوت 1972م ، أما بالنسبة للمعاملات بين الأشخاص المعنوية فيطبَّق بشأنها نص المادة 226 المتضِّمن إمكانية تحديد قيمة التعويض في العقد
5. قانون المحاسبة اللُّبناني المؤرخ في 30-ديسمبر-1963، المعدل في 12-فيفيري-1994.
6. الأمر 66-156 ، المؤرخ في 08-جوان-1966 ، ج رالعدد49 ، المؤرخة في 11-جوان-1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .
7. الأمر 75-58 المؤرخ في 20-رمضان-1395هـ الموافق لـ 26-سبتمبر-1975، الجريدة الرسمية العدد 78، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، ج ر العدد 44 ص 24.

8. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 ،المنشور على الصفحة 2 من عدد الجريدة الرسمية رقم 2645 بتاريخ 1-أوت-1976 .
9. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة1976.
10. المرسوم رقم 97لسنة1980،المتعلق بإصدار القانون المدني الكويتي المعدَّل،المؤرخ في 22-ذي القعدة1400هـ،الموافق لـ01-أكتوبر-1980م،الجريدة الرسمية، الكويت اليوم، العدد1335،المؤرخة في 29-صفر-1401هـ،الموافق لـ05-جانفي-1981.
11. القانون الإتحادي الإمارتي رقم 05 لسنة1985المتضمن قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، المعدل بالقانون الإتحادي رقم01 لسنة1987م.
12. قانون رقم89 لسنة 1998،المؤرخ في8-ماي-1998،بشأن إصدار قانون تنظيم المناقصات و المزايدات المصري سابقا.
13. القانون رقم 19 لسنة 2001 المتضمن القانون المدني البحريني.
14. مرسوم رقم 703-02-2 المؤرَّخ في 18-رمضان-1424هـ، الموافق لـ13-نوفمبر-2003، المتعلق بآجال الأداء وفوائد التأخير الخاصة بصفقات الدولة، الجريدة الرسمية ، العدد 5166، المؤرَّخة في 09-شوَّال-1424.
15. القانون المدني القطري رقم 22لسنة2004 ،الجريدة الرسمية العدد 11 بتاريخ في 8 أوت 2004م .
16. القانون 51 لسنة 2004 المؤرخ في 24- نوفمبر-2004المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة لتعهدات إدارة الجمارك اللبنانية ، 2004.
17. القانون 51 لسنة 2004 المتضمن نظام العقود السوري المؤرخ في 26-شوال-1425هـ الموافق لـ 9-ديسمبر-2004م.
18. القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته،المعدَّل والمُتمَّم .
19. المرسوم السلطاني العُمَّاني رقم 36 لسنة2008،المتضمن قانون المناقصات ، الجريدة الرسمية العدد 860.

20. القانون البحريني رقم 29 لسنة 2010 بشأن تعديل أحكام القانون 36 لسنة 2002 بشأن تنظيم المناقصات و المشتريات الحكومية ، الجريدة الرسمية العدد 2954، المؤرخة في 01-جويلية-2010.

21. القانون الجزائري رقم11-15، المؤرخ في 02 -رمضان-1432هـ الموافق لـ 20 -أوت-2011م الجريدة الرسمية العدد 44 ، المؤرخة في 10-رمضان-1432هـ، الموافق لـ10-أوت-2011م ، يعدّل ويُتمِّم القانون رقم 06-01 المتعلق الوقاية من الفساد ومكافحته.

22. القانون 11-14، المؤرخ في02-أوت-2011، ج ر،العدد 44 المؤرخة في 20-أوت-2011 يعدل ويتمم القانون06-01.

23. الأمر 4030 المؤرخ في 03-أكتوبر-2014 يتعلق بالمصادقة على مدونة سلوك وأخلاقيات العون العمومي، الرائد للجمهورية التونسية، 7-نوفمبر-2014.

24. الأمر عدد 1039لسنة 2014، المؤرخ في 13-مارس-2014، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية التونسي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 22، المؤرخ في 18-مارس-2014، ص629.

25. قانون رقم لسنة 2014 ، المؤرخ في 12-جمادى الثانية-1435هـ، الموافق لـ 02-أفريل-2014م ،المتعلق بالشراء العام الفلسطيني، الجريدة الرسمية العدد 107، المؤرخة في 28-ماي-2014م الوقائع الفلسطينية.

26. قانون رقم24 لسنة2015 المتضمن تنظيم المناقصات و المزايدات القطري،المعدل بالقانون رقم18لسنة2018.

27. المرسوم الرئاسي الجزائري رقم 247/15 ، المؤرخ في 2-ذي الحجة-1436هـ،الموافق لـ 16-سبتمبر-2015، الجريدة الرسمية ، العدد 50، المؤرخة في 6-ذو الحجة-1436هـ، الموافق لـ 20-سبتمبر-2015، ص3، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

28. القانون الكويتي 49 لسنة 2016 بشأن المناقصات العامة ، المؤرخ في 15-شوّال-1437هـ الموافق لـ 20-جويلية-2016.

29. مرسوم 394-14-2 يتعلق بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال، المؤرخ في 6-شعبان 1437هـ، الموافق لـ 13-ماي-2016، الجريدة الرسمية المغربية العدد 6470 المؤرخة في26-شعبان 1437هـ الموافق لـ 2-جوان-2016 .

30. القانون المصري رقم182 لسنة2018، المؤرخ في 23-محرم-1440هـ، الموافق لـ3-أكتوبر-2018، الجريدة الرسمية ،العدد 39 مكرر، المؤرخة في 3-أكتوبر-2018، المتضمن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة.

31. قانون رقم 18 لسنة 2018 ، المؤرخ في 21-صفر-1440هـ، الموافق لـ 30-أكتوبر-2018، المتضمن تعديل قانون تنظيم المناقصات والمزايدات القطري رقم 24 لسنة 2015م.

32. قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصرية لسنة 2018.

33. ،المرسوم رقم 168المؤرَّخ في 1440هـ، 2019م ، المتعلق بنظام المنافسات و المشتريات الحكومية السعودي.

34. المرسوم رقم 168المؤرَّخ في 1440هـ، 2019م ، المتعلق بنظام المنافسات و المشتريات الحكومية السعودي.

35. المرسوم رقم 168المؤرَّخ في 1440هـ، 2019م ، المتعلق بنظام المنافسات و المشتريات الحكومية السعودي.

36. قرار رئيس الجمهورية المصري، رقم 05لسنة2015، المتضمن تفضيل المنتجات المصرية في العقود الحكومية، الجريدة الرسمية العدد 03مكرر، المؤرخ في 17-جانفي-2015.

37. تعميم رقم 3 لسنة 2013، رئاسة الجمهورية اليمنية، الهيئة العليا للرقابة على المناقصات و المزايدات، ص7.

المراسيم التنفيذية و القرارات الوزارية:

38. القرار المؤرخ في 16-رجب-1384هـ الموافق لـ21-نوفمبر- 1964 ،المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل ، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 6 المؤرخة في19-جانفي-1965.

39. اللائحة التنفيذية رقم 37لسنة 2002 لقانون المناقصات و المشتريات الحكومية البحريني.

40. قرار مجلس الوزراء رقم 53 لسنة2009 المعدل،المؤرخ في 12-صفر-1430هـ، الموافق لـ08-فيفري-2009 بشأن اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات و المزايدات و المخازن الحكومية اليمني رقم 23لسنة2007م .

41. قرار رقم 29 لسنة 2010 ، المؤرخ في 16-شوال-1431هـ الموافق لـ 25-سبتمبر-2010 المتضمن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العُمّاني لسنة 2008 ، الجريدة الرسمية العدد 920.

42. قرار مجلس الوزراء رقم15 -2010 الصادر بتاريخ 13-جوان -2010 يتضمن إصدار وثيقة مبادئ السلوك المهني وأخلاقيات الوظيفة العامة دولة الإمارات العربية المتحدة

43. قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم 5 لسنة 2014م بشأن نظام الشراء العام ، المؤرَّخ في 22-جمادى الثانية-1435هـ، الموافق لـ22-أفريل2014م، الجريدة الرسمية، الوقائع الفلسطينية، العدد110، المؤرَّخة في 28-ماي-2014 م.

44. قرار مجلس الوزراء الإماراتي رقم 43لسنة2016 ، المؤرخ في 6-صفر-1438هـ، المرافق لـ 6-نوفمبر-2016م، المتضمن تعديل بعض أحكام قرار مجلس الوزراء رقم 32لسنة 2014 ، المتضمن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الإتحادية الملغى بموجب القانون رقم 2019.

45. قرار مجلس الوزراء رقم 16 لسنة 2019 ، المتضمن اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات و المزايدات القطري، المادة 96 ، المرسوم رقم 168المؤرَّخ في 1440هـ، 2019م ، المتعلق بنظام المنافسات و المشتريات الحكومية السعودي.

46. قرار مجلس الوزراء رقم 4 لسنة 2019 بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الإتحادية

47. قرار مجلس الورزاء رقم 16 لسنة 2019، المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات القطري.

48. المرسوم التنفيذي رقم 20-69 ،المؤرخ في 2126-رجب-1441هـ، الموافق لـ 21-مارس-2020م، يتعلق بتدابير الوقاية من إنتشار فيروس كورونا ، الجريدة الرسمية العدد15، المؤرخة في 26-رجب-1441هـ، الموافق لـ21-مارس-2020م.

49. مراسلة الوزير الأول الجزائري رقم 153 المؤرَّخة في 13-أفريل-2020 بخصوص التخفيف من آثار تدابير الوقاية من وباء كورونا فيروس كوفيد 19 ومكافحته على الأداة الوطنية للإنجاز .

50. تعليمات تنظيم إجراءات المشتريات الحكومية لسنة 2019 ، الجريدة الرسمية العدد 6751.

51. تعليمات تنظيم العطاءات الأردنية سابقا لسنة 2008.

52. قرار وزاري مشترك بين وزيرَي المالية و الإعلام ،المؤرخ في 29-نوفمبر-2014، الجريدة الرسمية الجزائرية،العدد 05 المؤرخة في 8-سبتمبر-2015 ، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من كفالة حسن التنفيذ.

53. قرار وزير التخطيط العراقي، رقم 2010/4، المؤرخ في 16-جانفي- 2010بشأن خطابات الضمان.

54. مقرر رقم20-01 المؤرخ في 07-شعبان-1441هـ، الموافق لـ 01-أفريل-2020م، الصادر عن المجلس الإسلامي الأعلى الجزائري المتضمن إنشاء الهيئة الشرعية الوطنية الجزائرية للإفتاء للصناعة المالية.

55. نظام رقم 20-02 المؤرَّخ في 20-رجب-1441هـ ، الموافق لـ 15-مارس-2020 ، الجريدة الرسمية العدد16 ، المؤرَّخة في 29-رجب-1441هـ ، الموافق لـ 24-مارس-2020، يحدِّد العمليات البنكية المتعلِّقة بالصيرفة الاسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك و المؤسسات المالية.

56. مراسلة رقم 544، المؤرخة في 19-جوان-2015،2020 عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية الجزائرية.

57. مراسة وزارة المالية الجزائرية، قسم الصفقات العمومية ، تحت رقم 2019/831، المؤرخة في 22-سبتمبر-2019.

58. مراسلة رقم 831، المؤرخة في 21-سبتمبر-2019، صادرة عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية الجزائرية.

59. مراسلة البنك المركزي العراقي، رقم9، المؤرخة في 11-جانفي-2015، المتعلقة بخطابات الضمان.

60. مراسة وزارة المالية الجزائرية، قسم الصفقات العمومية ، تحت رقم 2019/831، المؤرخة في 22-سبتمبر-2019.

61. مراسلة رقم 2130، المؤرخة في 26-أفريل-2020، صادرة عن المديرية العامة للميزانية DGB، وزارة المالية الجزائرية.

62. تعميم رقم 3 لسنة 2013، رئاسة الجمهورية اليمنية، الهيئة العليا للرقابة على المناقصات و المزايدات.

ثانيا: المراجع بالغة الفرنسية

A :ouvrages généraux

1. **André de Laubadaire**, traité élémentaire de droit administratif, LGDG , Pris, France, 9eme édition, 1970
2. **FRANCOIS Terré, PHILIP Simler, YVES Lequette**,droit civil , les obligations , DALLOZ, 7eme édition ,1999.
3. **JEAN Maqueron** , histoire des obligations , le droit romain , centre d'histoire institutionnelle et économique de l'antiquité romaine , 1971.
4. **MONTESQUIEU** : L'esprit des lois, Edition EDOUARD Laboulaye, Garnier Frères, paris, France 1875
5. André de laubadère,Yves gaudmet,droit administratif des biens,LGDG, Paris,France, 1998, tome 2, 11eme édition.
6. **PIERRE SOUBELET**, le prêfet des cotes d'armor saint brieuc, France , circulaire du 13- janvier-2014, portant la sécurisation juridique des actes des collectivités territoriales,
7. **Damien GUILLOU**,la distinction entreles actes détachables et le contrat, Revue juridique de l'Ouest, 2014-3.
8. Les juges du contrat administratif, Actes de la journée d'études de l'A.E.D.P., 2 avril 2013, France
9. **PAUL Maloc**,Recours abusifs aux pénalités de retard,Assemnlée National, France, question écrite n0 2680 du 07-Novebre-2017 a Mr : le ministre de économie et des finances Français, journal officiel de l'assemblé national du 27-Février-2018.
10. Rapport du présedent de la République française du 24-Juillet-2015 relative a l'ordonnance n0 899-2015 du 23- Juillet-2015, relative aux marchés publics
11. **PREFET dE L'EURE**,France,la Définition de la commande publique,

B :Ouvrages spéciaux :

1. **BRAHIME Boulifa** marchés publics, dictionnaire thématique vollume2,Berti édition ,Alger, Algerie,2013**,**
2. **Christophe Lajoye**,droit des marchés publics,Berti édition,Alger,Algerie2007,p174: «
3. **Nasser Saou**, guide de gestion des marchés publics, édition pages blues, Alger, Algerie, 2012p24

4. **Catherine Prebessy- shnall**:la pénalisation du droit des marchés publics,LGDj,paris - France 2003
5. **C-LAJOYE**, droit des marchés publics, mémontos, lexetenso-editions, France, 2008.
6. **NICOLAS CHARREL**, marché et délégation de service public, le risque pénal, le moniteur, paris..
7. **Christophe Lajoye**,droit des marchés publics,Berti édition,Alger,Algerie2007.
8. **Khaled khelifa** : lexique pratique en matière des marchés publics, plus de 1000 terme juridique, économique et technique, français= arabe, édition EL-INMAA, Alger, Algérie, 2017.
9. **Nasser Saou**, guide de gestion des marchés publics, édition pages blues, Alger, Algerie, 2012

C :LA JURISPRDENCE ADMINISTRATIVE.

1. CE ,31-Mai-1907, Rec n^{0}16-324, Depplanque contre Ville de Nouzon
2. CE 1931le5-2-1931,ANONCA,CE,LE 20JUILLET1937. VLLE DE CAREASSON
3. CE ,14-Juin-1944, SEKOULOUNOS,n^{0}69167
4. CE ,13-Mai-1987, société CITA France, , n^{0}35374
5. CE ,13-Mars-1991, Entreprise LA Baudinniére, n^{0}80846.
6. C E , le 29-Juillet-2002,Blanchisserie de PARRTIN, n^0 2002-755.
7. CE,30-Juillet-2003, n^{0}22345
8. CE,24-Novembre2006, Société Group 4 Falk sécurité n^{0}275412.
9. CE,11 -Juillet-2008, n^{0}312354.
10. CE,Lundi le 29-Decembre-2008, n029630 , Sarl SERBOIS,
11. CE,15-Novembre-2012,Hopital(LISL-sur-LA-SORGUE),n^{0}350867
12. CE,16 Mai2012, commanauté de l'agglomération Rouen EL Beuf-Austreberche n^{0}345137
13. CE, Société FPT Powertrain et autres, n°416535 ,jeudi, le 07-juin-2018.
14. CE, vendredi ,9-Novembre-2018,N^{0}413533: Societé SAVOIE FRERES.
15. CE,01-Février-2019, société EHPAD.
16. CCA PARIS23-Juin-2006 n^{0}02/PA/03759.
17. CAA Nancy, 30-Septembre-2014, n^0 13NC00041 .
18. CCA Marseille, 26-Mai-2014, communauté de haute provence n^{0}12/MA/01159.
19. CCA Douai, 15-Mars-2018, commune d'hafleur n^{0}16/DA/01392.
20. CCA PARIS,10-Avril-2018, Societé D'économie Mixte Paris,n^{0}16/PA/00341.
21. CCA PARIS,8-Juin-2018, SUCHET,n^{0}17/PA/01124,
22. CA PARIS, chambre 25,section B, le 25-Septembre-1998 ,n^0 1998/024244
23. CA Nancy, le 22-Novembre-2010 ,1^{ière} chambre civile, n^0 09/00003,
24. C A BESANÇON : le 08-Janvier-2014 ,n^0 12/02291, 2ème chambre commerciale,
25. CA PARIS, pole6, chambre 12, le 17-Mars-2016, n015/04263, SARL HOLDING SAVANA
26. CA Bass-Terre , chambre n^{0}1, le 17-Décembre-2018 ,n^{0}17/00739,

LA JURISPRDENCE Pénale :

1. Cassation criminel, le 24-Novembre-1999, n^0 004850.

2. Cassation criminel , le 14-Janvier-2007, n^0 06-81924.
3. Cassation criminel , le 10-Mars-2004, n0 02-85-285
4. Cassation criminel , le 30-Juin-2004, n^0 03-85946.
5. Cassation criminel ,le 07-Sepembre-2005, n^0 0484235
6. Cassation criminel , le 14-Décembre-2005 ,n^{0}5-83205
7. Cassation criminel, le 28-Janvier-2004, n002-86597.
8. Cour de cassation, chambre criminelle, 15 mai 2008, n^o 07-88369,

LA JURISPRDENCE Civil :

1. Cour d'appel **Colmar**, chambre étrangère n^0 6, le 16-Mars-2020 n^0 20/01098.
2. Cour d'appel **DOUAI**, chambre des libertés individuelles , le 05-Mars-2020 ; n^0 20/00400.

Revues et périodiques

1. CYRIL Laroche, Docteur en Droit, qu'est ce qui une clause pénale dans un marché public de travaux?, le MONITEUR, le 25-Février-2011.
2. **Jean Thilmany,** des clauses penales en droit comparé, revue international de droit comparé, volume 32, janvier 1980.
3. **Denis MAZEAUD** : la reforme du droit des obligations en France, 5 ^{emme} journées FRANCO-ALLEMANDES, revue droit comparé et européen, volume 20, 2015.
4. **Laurat LANET**: Coronavirus, comment répondre à la force majeure invoquée par la CHINE dans ses relations commerciales, Village de justice , Jeudi le 27-Février-2020
5. **Laurat LANET**: Coronavirus, comment répondre à la force majeure invoquée par la CHINE dans ses relations commerciales, Village de justice , Jeudi le 27-Février-2020.
6. journal des maires, France, Février 2013
7. **ALIN Heyrman** , le Coronavirus et les marchés publics, SEEDS OF LAW, le Brussel, 21-Avril-2020

Thèses et mémoires

1. **ALEXANDRE Demeyer**: étude comparative de la clause pénale en droit civil français et en comman Law,thèse, bibliothèque nationale,Canada, 1999.

Etude et rapport

1. **Jean PIERRE** , la lutte contre la fraude et la corruption dans les marchés publics, ,Forum mondial de L' OCDE sur l'agouvernance , partager les enseignements de la promotion de la bonne gouvernance et de l'intégrité dans les marchés publics, le 30-Novembre-2006.
2. la réglementation des marches publics, formation des subdivisionnaires d'urbanisme, ministère de l'habitat et de l'urbanisme, **ISGP**, Alger, Algerie, février 200.7
3. **Awadi Sadiki Mawenya**, Empêche la corruption dans les marchés publics en Afrique, Institut Sud-Africain Des Affaires Internationales, numéro 9, Août 2008.
4. **CHRISTINE Biquet Mathieu** : les clauses pénales , rapport Belge , journée trilatérales ,Espagne ,Québec, Belgique, « questions choisies de droit privé » , organisée par Association HENRI Capitant ,Barcelone,Espagne , le28-29 octobre 2010.

5. **Bonne pratiques de prévention de la corruption dans les procédures de passation des marchés publics**, conférence des Etats parties à la convention des nations unies contre la corruption,Nation Unies, Vienne , ….., 13-15-Décembre-2010.
6. **Nations Unies** : Bonne pratique de prévention de la corruption dans les procédures de passation des marchés publics, conference des Etats parties à la convention des Nations Unies contre le corruption, VIENNE, 13-15 decembre 2010.
7. **Marchés publics, le cout de la coruption**, université D'UTRECHT, mars 2010 et juin 2013.
8. **La cour des comptes européenne** : les poblèmes liés aux marchés publics dans le cadre des dépences de L'UE, Rapport spécial n^{0}10,2015 .
9. **Organe National de Prévention et de Lutte Contre la Corruption**, Algerie,(7eme réunion intersessions , VIENNE, du 22 au 24 Auôt -2016, Rapport Analytique.
10. **Le juge administrtif et les sanctions administrtives**, les dossiers thématiques du coseil d'Etat, coseil d'Etat francais, 2017.
11. **AHMED Yassine Foukara**, l'integrete et la lutte contre la corruption dans les marchés publics, Instance Central de Prévention de la Corruption, RABAT, MAROC, jeudi 20 novembre 2017
12. **Bruno le Maire**, ministre de l'économie et des finance sur l'impacte économique de l'épidémie **Déclaration de déclaration sur** de COVID-19 , Paris , le 28-février-2020
13. Communication de la commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation liée à la crise de la COVID-19 , du 01-Avril-2020, n^{0}108/2020.

Textes juridiques.

1. Convention beneluxe relative à la clause pénale du 26-Novembre-1973,**La HAYE, Pays-Bas**.
2. du code civil français1804modifié .
3. Code Civil Belge .
4. Code civil du Québec
5. code de la commande publique français,2019
6. Code pénal français
7. Rapport au président de la république française relative à l'ordonnance n^{0} 2020/319 du 25-Mars-2020 portant diverses mesures d'adaptation des régles de passation , de procedure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qu'n'en relève pas pendant la crise sanitaire née de lépidémie de covid-19, Jon^{0} 0077 du 26-Mars-2020,Texte n^{0} 42 France

8. **decret n^{0} 187/79 du 21-Janvier-1976 modifie, portant application du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux,CCAG JO du 30-Janvier-1976**.
9. Code général des collectivités territoriales, France, du 28 décembre 2014.
10. **Nicolas- Basselier,** Préfet de Loir-et-Cher, France, choix de l'ofrre économique le plus avantageuses dans les marchés publics et la problématique des offres anormalement basses , circulaire du 41/2011.

11. **Égalité d'accès à la concurrence dans les marchés publics - pénalités de retard**, Réponse du Ministère de l'économie, des finances et de l'emploi, Paris, France, publiée dans le JO Sénat du 21/02/2008 - page 340 au Question écrite n° 01248 de M. Jean Louis Masson du 02/08/2007
12. Décision n^0 07 /D/02 du 23-janvier-2007 relative à des pratiques ayant-affecté l'attribution de marchés publics dans le secteur de l'élimination des des déchets en SEIN-MARITIME.
13. PREFET de L'EURE,la Définition de la commande publique.
14. Décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique ,France.
15. Circulaire interministérielle n^{0}1006399 du 10/9/2010 portant contrôle de l'égalité des actes des collectivités territoriales et de leurs établissement publics en matière de commande public, France.
16. ordonnance n^0 2020/319 du 25-Mars-2020 portant diverses mesures d'adaptation des régles de passation , de procedure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qu'n'en relève pas pendant la crise sanitaire née de lépidémie de covid-19, Jon^0 0074 du 26-Mars-2020
17. La passation et l'exécution des marchés publics en situation de crise sanitaire,DAJ, direction des affaires juridiques , France:
18. Rapport au président de la république française relative à l'ordonnance n^0 2020/319 du 25-Mars-2020 portant diverses mesures d'adaptation des régles de passation , de procedure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qu'n'en relève pas pendant la crise sanitaire née de lépidémie de covid-19, Jon^0 0077 du 26-Mars-2020,Texte n^0 42 France

Cites d'internet.

1. **ALEXANDRE Domanico**, l'application des pénalités dans un marché publics ; Frances, Marchés.com. Cunsulté le 24-4-2019.

ثالثا: المراجع باللغة الإنجليزية.

1. **Gustavo Bergantinos** and **Leticia Lorenzo**,how to apply penalties to avoid delays in projects-**ECOBAS**- , Economies and Business Administration for Society,2016
2. Federal Acquisition Regulation –FAR- 2019 ..
3. German Civil code:**B G B -Bürgerliches Gesetzbuch-**
4. Italien Civil Code

رابعا: المراجع باللغة الإسبانية.

1. **Ejecución defectuosa y demora-** BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO Núm. 276 Miércoles 16 de noviembre de 2011 Sec. I. Pág. 117729, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público .

مواقع الأنترنت

1. دار الإفتاء المصرية آخر إطلاع 8-مارس-2020.
2. حصة فقه الميزان،عن طريق مواقع التواصل الإجتماعي.

3. موقع الشيخ يوسف القرضاوي.
4. موقع الشيخ علي محي الدين القره داغي.
5. **موقع وكالة الأنباء الجزائرية.**
6. موقع دار الافتاء الليبية.
7. موقع مجلس الإفتاء الأردني .
8. **موقع دار الإفتاء الأردنية.**
9. http://www.qaradaghi.com/*chapterDetails*.aspx?ID=984 ،
10. Marché public de travaux ,comment répondre, sur le site www.marchespublics.com ,consulté le 25/08/2020.
11. https://www.alarabiya.net.
12. **http/ :www.islamweb.net/ar130981 ،**
13. www.issai.org

فهرس

الموضوعات

الفهرس

الشكر.....02
الإهداء.....03
قائمة أهم المختصرات.....04
المقدمة.....05
الباب الأول:الإطار النظري لغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.....19
الفصل الأول :مفهوم غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.....20
المبحث الأول: الشرط الجزائي كأساس لنشأة غرامة التأخير في الطلب العمومي.....21
المطلب الأول : تعريف الشرط الجزائي.....21
الفرع الأول:التعريف اللُّغوي للشرط الجزائي.....22
البند الأول: تعريف الشرط لغة.....22
أولا : الشرط في اللغة العربية.....22
ثانيا :الشرط في اللغة الإيطالية..... 23
البند الثاني: تعريف الجزاء لغة.....23
أولا :الجزاء في اللغة العربية.....23
ثانيا: الجزاء في اللغة الإيطالية.....24
ثالثا: الجزاء في اللغة الإنجليزية.....24
الفرع الثاني: تعريف الشرط الجزائي إصطلاحا.....24
البند الأول: تعريف الشرط إصطلاحا.....24
البند الثاني: تعريف الجزاء إصطلاحا.....24
الفرع الثالث: التعريف القانوني للشرط الجزائي.....25
البند الأول:تعريف إتفاقية benulux للشرط الجزائي.....25
البند الثاني:تعريف القانون المدني الفرنسي للشرط الجزائي.....26

البند الثالث: تعريف القانون المدني الإيطالي للشرط الجزائي.....26
البند الرابع: تعريف القانون المدني البلجيكي للشرط الجزائي.....26
البند الخامس: تعريف القانون المدني الكَنَدِي للشرط الجزائي.....26
الفرع الرابع: التعريف الفقهي للشرط الجزائي.....26
البند الأول: التعريف الفقهي الغربي للشرط الجزائي.....27
البند الثاني: التعريف الفقهي العربي للشرط الجزائي.....27
المطلب الثاني: نشأة الشرط الجزائي.....28
الفرع الأول: الشرط الجزائي في القوانين القديمة.....28
البند الأول : الشرط الجزائي في القانون البابلي.....29
البند الثاني : الشرط الجزائي في النظم المصرية القديمة.....29
البند الثالث : الشرط الجزائي في القانون الفينيقي.....29
البند الرابع : الشرط الجزائي في القانون اليوناني.....30
البند الخامس : الشرط الجزائي في القانون الروماني.....32
أولا : الشكل الأول للشرط الجزائي في ظل القانون الروماني.....33
ثانيا: الشكل الثاني للشرط الجزائي في ظل القانون الروماني.....34
البند السادس : الشرط الجزائي في القانون الكنسي.....34
أولا: تحريم الفائدة على رجال الدين " الإكليروس" في القانون الروماني.....35
ثانيا: تحريم الفائدة على العموم في القانون الروماني.....35
ثالثا: تطبيق الشرط الجزائي كوسيلة للتحايل على تحريم الفائدة.....36
1: نظرية نِيَّة الدائن.....37
2: نظرية Raymond de Penfort 38
أ- القرينة الأولى لتطبيق نظرية Raymond de Penfort.....38
ب- القرينة الثانية لتطبيق نظرية Raymond de Penfort.....38
3: نظرية الحاشية الكبرى.....38

رابعا: نظرية التعويض لتطبيق الشرط الجزائي.....38
البند السابع : الشرط الجزائي في القانون المدني الفرنسي القديم لسنة1804 40
الفرع الثاني: الشرط الجزائي في القوانين المدنية المعاصرة.....40
البند الأول: الشرط الجزائي في القانون المدني الفرنسي الجديد.....40
البند الثاني:الشرط الجزائي في القانون المدني البلجيكي.....40
البند الثالث : الشرط الجزائي في القانون المدني المصري.....41
البند الرابع: الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري.....41
البند الخامس : الشرط الجزائي في القانون المدني اللبناني.....41
البند السادس : الشرط الجزائي في القانون المدني الإماراتي.....42
البند السابع : الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني.....42
البند الثامن : الشرط الجزائي في القانون المدني الليبي.....42
البند التاسع: الشرط الجزائي في القانون المدني البحريني.....43
البند العاشر: الشرط الجزائي في القانون المدني القطري.....43
المطلب الثالث: شروط إستحقاق الشرط الجزائي.....43
الفرع الأول : شرط الخطأ لإعمال الشرط الجزائي.....44
البند الأول: مضمون الخطأ.....44
البند الثاني : إثبات الخطأ.....44
البند الثالث: إنتفاء الخطأ.....44
الفرع الثاني : شرط الضرر لإعمال الشرط الجزائي.....44
البند الأول : تعريف الضرر.....45
أولا: الضرر لغة.....45
ثانيا: الضرر إصطلاحا.....45
ثالثا: الضرر في لغة القانون.....45
أ :الضرر المادي.....45

ب: الضرر المعنوي.....45
البند الثاني : حتمية تحقق الضرر لأعمال الشرط الجزائي.....46
الفرع الثالث : شرط الإعذار لتطبيق الشرط الجزائي.....46
البند الأول : تعريف الإعذار.....46
البند الثاني : الأساس القانوني لشرط الإعذار.....47
البند الثالث : شكل الإعذار.....47
أولا: إنذار المدين أو ما يقوم مقام الإنذار.....48
ثاني: الإعذار عن طريق البريد المبيَّن في القانون.....48
ثالثا:الإتفاق المسبق على أن مجرَّد حلول الأجل هو بمثابة إعذار دون حاجة إلى إجراء آخر.....48
البند الرابع : الإعفاء من الإعذار.....48
أولا: إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن أو غير مجد بفعله.....48
ثانيا:إذا كان محل الإلتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع.....48
ثالثا:إذا كان محل الإلتزام رد شيئ يعلم المدين أنه مسروق أو شيئ تسلَّمه دون حق وهو عالم بذلك..48
رابعا:إذا صرَّح المدين كتابة أنَّه لا يريد القيام بإلتزامه.....48
الفرع الرابع: شرط العلاقة السببية لتطبيق الشرط الجزائي.....48
المطلب الرابع: خصائص الشرط الجزائي.....48
الفرع الأول: الشرط الجزائيُّ مَرَدُّهُ إرادة الطرفينِ وهو إتفاق مُسبقٌ بينهما.....49
البند الأول : الشرط الجزائيُّ مَرَدُّهُ إرادة الطرفينِ.....49
البند الثاني : الشرط الجزائي إتفاق مسبق بين طرفي العقد.....49
الفرع الثاني : الشرط الجزائيَّ تابعٌ للإلتزامِ الأصليِّ وهو كذلك طريقٌ إحتياطيٌّ.....49
البند الأول: الشرط الجزائيَّ تابعٌ للإلتزامِ الأصليِّ.....49
أولا: بطلان الإلتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي.....50
ثانيا: بطلان الشرط الجزائي لا يقتضي بطلان الإلتزام الأصلي.....50
البند الثاني: الشرط الجزائيَّ طريق إحتياطي.....50

أولا : عدم الخيار بين التنفيذ العيني و الشرط الجزائي.....51
ثانيا : عدم الجمع بين التنفيذ العيني و التعويض.....51
الفرع الثالث: الشرط الجزائي قابل للتعديل.....52
البند الأول : تعديل الشرط الجزائي في القانون الفرنسي وبعض القوانين الغربية.....52
أولا: تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الفرنسي.....52
ثانيا : تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الألماني.....54
ثالثا: تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الإيطالي.....54
رابعا : تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني البلجيكي.....54
البند الثاني:تعديل الشرط الجزائي في بعض القوانين المدنية العربية.....55
أولا:تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني المصري.....55
2:تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري.....55
ثاثا: تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الإماراتي.....56
رابعا:تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني.....56
المبحث الثاني: تعريف غرامة التأخير وإعتمادها من طرف العديد من القوانين الأجنبية والعربية الخاصَّةُ بالشِّراءِ العُمُومِيِّ.....57
المطلب الأول:تعريف غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.....57
الفرع الأول: تعريف الصفقات العمومية.....57
البند الأول : التعريف اللُّغوي للصفقات العمومية.....57
البند الثاني : التعريف القضائي للصفقات العمومية.....58
البند الثالث: التعريف القانوني للصفقات العمومية.....58
البند الرابع :تعريف الصفقات العمومية بحسب موضوعها ومعيار تمييزها.....59
أولا : تعريف صفقة الأشغال العمومية.....59
«ثانيا : تعريف صفقة التوريد.....61
ثالثا: تعريف صفقة الدراسات.....62

رابعا: تعريف صفقة خدمات..... 63
خامسا :التمييز بين أنواع الصفقات العمومية.....64
الحالة الأولى: تحديد صفقة أشغال.....64
الحالة الثانية:تحديد صفقة اللوازم –التوريد–.....64
الحالة الثالثة:تحديد صفقة الخدمات.....65
الفرع الثاني: تعريف غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.....65
البند الأول : تعريف غرامة التأخير لغة، إصطلاحا وفقها.....65
أولا:التعريف اللُّغوي لغرامة التأخير في مجال العقود الإدارية.....65
– تعريف غرامة التأخير باللغة العربية.....66
– تعريف غرامة التأخير باللغة الفرنسية.....66
–تعريف غرامة التأخير باللغة الإنجليزية.....66
–تعريف غرامة التأخير باللغة الإيطالية.....66
ثانيا:التعريف الإصطلاحيُّ لغرامة التأخير في مجال العقود الإدارية.....66
ثالثا: تعريف رجال القانون لغرامة التأخير في مجال الشراء العمومي.....66
البند الثاني :خصائص غرامة التأخير في مجال الطلب العمومي.....66
أولا :غرامة التأخير إتفاقية.....67
ثانيا:غرامة التأخير تلقائية..... 67
ثاثا:غرامة التأخير ذات طبيعة مختلطة.....68
رابعا: غرامة التأخير ذات أهمية خاصة.....68
البند الثالث: أساس غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.....69
أولا : الأساسُ التعاقديُّ لغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.....69
ثانيا : الأساس الغير تعاقدي لغرامة التأخير في مجال الطلب العمومي.....70
1–معيار المرفق العام كأساس لتطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.....70
2–معيار السلطة العامة كأساس لغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومي.....71

المطلب الثاني: إدراج غرامة التأخير في مختلف قوانين الطلب العمومي.....72
الفرع الأول : إدراج غرامة التأخير في قوانين الصفقات العمومية الأجنبية.....72
البند الأول : إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية الفرنسي.....72
البند الثاني: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية الإسباني.....73
البند الثالث: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات للولايات المتحدة الأمريكية.....74
المادة 52.211-12 فقرة –أ–من القانون الأمريكي الخاصة بصفقتي التوريد والخدمات.....74
المادة 52.212-12 فقرة –أ–من القانون الأمريكي الخاصة بصفقة الأشغال.....75
البند الرابع: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية البريطاني.....76
الفرع الثاني : إدراج غرامة التأخير في قوانين الصفقات العمومية العربية.....76
البند الأول: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية المصري.....77
البند الثاني: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية الجزائري.....77
البند الثالث: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية التونسي.....78
البند الرابع : إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية المغربي.....78
البند الخامس: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية السوري.....79
البند السادس: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية اللبناني.....79
البند السابع: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية الفلسطيني.....80
البند الثامن: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية اليَمني.....81
البند التاسع: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية الإماراتي.....82
البند العاشر: غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية السعودي.....82
البند الحادي عشر: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية القطري.....82
البند الثاني عشر: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية الكويتي.....83
البند الثالث عشر: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية البَحرِيني.....84
البند الرابع عشر: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية العُمَّاني.....84
البند الخامس عشر: إدراج غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية الأردني.....85

الفصل الثاني : تمييز غرامة التأخير عن فوائد التأخير و خطاب الضمان في مجال الصفقات العمومية.....86
المبحث الأول : تمييز غرامة التأخير عن فوائد التأخير في مجال العقود الإداري.....87
المطلب الأول : إدراج فوائد التأخير في القوانين المدنية.....87
الفرع الأول : تعريف فوائد التأخير و مراحل إعتمادها في القوانين المدنية.....87
البند الأول: التعريف اللغوي و القانوني للفائدة.....87
أولا: تعريف الفائدة لغةً.....87
ثانيا :التعريف القانوني للفائدة.....88
البند الثاني : إعتماد فوائد التأخير في القانون المدني الفرنسي.....88
أولا: فوائد التأخير قبل صدور القانون المدني الفرنسي لسنة1804 88
ثانيا: فوائد التأخير بعد صدور القانون المدني الفرنسي لسنة1804.....89
البند الثالث: نظام الفوائد في القوانين المدنية العربية.....91
أولا : نظام الفوائد في القانون المدني المصري.....91
ثانيا: نظام الفوائد في القانون المدني الجزائري.....91
الفرع الثاني :شروط إستحقاق الفوائد.....91
البند الأول: شروط إستحقاق الفوائد التأخيرية.....92
أولا: شرط الخطأ لإستحقاق الفوائد التأخيرية.....92
ثانيا : شرط الضرر لإستحقاق الفوائد التأخيرية.....92
ثالثا: شرط العلاقة السببية لإستحقاق الفوائد التأخيرية.....93
رابعا:شرط الإعذار لإستحقاق الفوائد التأخيرية.....93
البند الثاني: شروط إستحقاق الفوائد التعويضية.....94
الفرع الثالث:مقدار الفوائد التأخيرية و التعويضية.....94
البند الأول: مقدار الفوائد التأخيرية. 95
البند الثاني: مقدار الفوائد التعويضية.....95

البند الثالث: حالات النزول والزيادة في مقدار الفوائد.....96
أولا: حالات النزول عن الحدود.....96
ثانيا: حالات الزيادة على الحدود.....96
المطلب الثاني: إدراج نظام الفوائد التأخيرية في العقود الإدارية.....97
الفرع الأول: الفوائد التأخيرية في القانون الفرنسي للصفقات العمومية.....98
الفرع الثاني:الفوائد التأخيرية في القانون المصري لتعاقدات الجهات العامة.....99
الفرع الثالث :الفوائد التأخيرية في قانون الصفقات العمومية الجزائري.....99
الفرع الرابع:الفوائد التأخيرية في قانون الصفقات العمومية المغربي.....99
الفرع الخامس:الفوائد التأخيرية في قانون الصفقات العمومية التونسي.....101
الفرع السادس :الفوائد التأخيرية في قانون المناقصات و المزايدات اليمني.....101
الفرع السابع :الفوائد التأخيرية في قانون الشراء العمومي السَّعودي.....102
الفرع الثامن :الفوائد التأخيرية في قانون الشراء العمومي الإمارتي.....104
الفرع التاسع: الفوائد التأخيرية في قانون الشراء العمومي الكويتي.....104
المبحث الثاني:تمييز غرامة التأخير عن مصادرة خطاب الضمان في مجال الصفقات العمومية.105
المطلب الأول:تعريف خطابات الضمان وأنواعها في مجال الصفقات العمومية.....105
الفرع الأول : تعريف خطابات الضمان..... 106
البند الأول: خطاب الضمان لغة.....106
أولا: الخطاب لغة.....106
ثانيا:الضمان لغة.....106
البند الثاني :الضمان شرعا.....106
البند الثالث:التعريف الفقهي لخطابات الضمان.....108
الفرع الثاني: أركان خطابات الضمان وآثارها المترتبة على الأطراف.....109
البند الأول: أركان خطابات الضمان في مجال الصفقات العمومية.....109
أولا: الكفيل. 109

ثانيا:المكفول.....109
ثالثا:المستفيد.....110
رابعا:أجل الضمان.....110
خامسا: مبلغ الضمان.....110
البند الثاني:آثار إصدار خطابات الضمان في مجال الصفقات العمومية.....111
أولا:علاقة البنك بالعميل –المتعامل المتعاقد–﴿عقد خطاب الضمان﴾.....111
ثانيا:علاقة المتعامل المتعاقد بالمستفيد–الإدارة المتعاقدة–﴿عقد الأساس﴾.....111
ثالثا:علاقة البنك بالإدارة المتعاقدة﴿ خطاب الضمان﴾.....112
المطلب الثاني:أنواع خطابات الضمان في مجال الصفقات العمومية.....112
الفرع الأول :خطابات الضمان من حيث تقييدها و إطلاقها.....112
البند الأول:خطابات الضمان المشروطة.....112
البند الثاني:خطابات الضمان غير المشروطة.....112
الفرع الثاني:خطابات الضمان من حيث أطراف العملية..... 113
البند الأول:خطابات الضمان الداخلية.....113
البند الثاني:خطابات الضمان الخارجية.....113
أولا:الخطابات الخارجية التي تصدر لصالح مستفيد مقيم.....113
ثانيا:الخطابات الخارجية التي تصدر لصالح مستفيد غير مقيم.....114
الفرع الثالث:خطابات الضمان من حيث الغرض.....115
البند الأول:خطابات الضمان الإبتدائية.....115
أولا:الخطابات الإبتدائية المقدَّمة إلى الجهة المتعاقدة للمشاركة في طلبات التعاقد.....115
ثانيا:علاقة خطاب الضمان الإبتدائي بالفساد في مجال الصفقات العمومية.....117
البند الثاني: خطابات الضمان النهائية.....119
أولا:خطابات نهائية لحسن التنفيذ.....119
ثانيا:خطابات نهائية لإسترداد التسبيقات.....122

ثالثا:خطابات نهائية للضمان العشري.....124
رابعا:علاقة خطاب الضمان الإنتهائي بالفساد في مجال الصفقات العمومية.....125
الفرع الرابع:خطابات الضمان من حيث الغطاء..... 125
البند الأول:خطابات الضمان المغطاة تغطية كاملة.....125
البند الثاني:خطابات الضمان المغطاة تغطية جزئية.....126
البند الثالث:خطابات الضمان غير المغطاة مطلقا.....126
البند الرابع:غطاء خطابات الضمان في مجال الصفقات العمومية.....126
أولا:التأمين النقدي.....126
ثانيا:التأمين العيني.....126
❖ تغطية خطاب الضمان عن طريق الأوراق المالية.....126
❖ تغطية خطاب الضمان عن طريق الأوراق التجارية.....126
❖ تغطية خطاب الضمان عن طريق التنازل عن الحقوق الناشئة.....127
المطلب الثالث: مسألة رفض البنك تسييل قيمة خطاب الضمان.....127
الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسي من رفض البنك دفع قيمة خطاب الضمان.....128
الفرع الثاني:موقف القضاء الإنجليزي من رفض البنك دفع قيمة خطاب الضمان.....129
الفرع الثالث:موقف القضاء الألماني من رفض البنك دفع قيمة خطاب الضمان.....129
الفرع الرابع:موقف القضاء السويسري من رفض البنك دفع قيمة خطاب الضمان.....130
الفرع الخامس:موقف القضاء الهولندي من رفض البنك دفع قيمة خطاب الضمان.....130
الفرع السادس:موقف القضاء المصري من رفض البنك دفع قيمة خطاب الضمان.....131
المطلب الرابع:تكييف خطابات الضمان، حالات إستردادها و أهميتها في مجال الطلب العمومي.....132
الفرع الأول: تكييف خطابات الضمان في مجال الشراء العمومي.....132
البند الأول:خطاب الضمان في مجال العقود الإدارية كفالة.....132
البند الثاني:خطاب الضمان وكالة.....136
الفرع الثاني: إسترداد خطابات الضمان في مجال العقود الإدارية.....136

البند الأول:إسترداد خطاب الضمان الإبتدائي.....136
البند الثاني:إسترداد خطاب الضمان النهائي.....136
أولا:إسترداد قيمة خطاب ضمان حسن التنفيذ.....136
ثانيا:إسترداد قيمة خطاب ضمان التسبيقات.....137
ثالثا:إسترداد قيمة خطاب الضمان العشري.....137
الفرع الثالث:أهمية خطابات الضمان في مجال العقود الإدارية.....138
المطلب الرابع: خطابات الضمان ضمان في الفقه الإسلامي.....139
الفرع الأول:حكم خطابات الضمان ضمان في الفقه الإسلامي.....139
الفرع الثاني:التكييف الشرعي لخطابات الضمان في مجال الصفقات العمومية.....140
البند الأول : خطابات الضمان كفالة.....141
أولا: خطاب الضمان كفالة سواء كان مغطى أو دون ذلك.....141
ثانيا:خطاب الضمان كفالة بشرط التغطية الجزئية من العميل.....141
ثالثا:خطاب الضمان كفالة حتَّى في حالة إنعدام التغطية كلِّيةً من العميل.....142
البند الثاني:خطاب الضمان وكالة مطلقا.....142
أولا: خطاب الضمان وكالة سواء كان مغطى أو دون ذلك.....142
ثانيا:خطاب الضمان وكالة بشرط التغطية الكُلِّية من العميل.....143
البند الثالث:خطاب الضمان كفالة و وكالة.....143
البد الرابع:خطاب الضمان قرض أو جعالة أو حوَّالة.....143
أولا: خطاب الضمان قرض.....144
ثانيا:خطاب الضمان جعالة.....144
ثالثا:خطاب الضمان حوَّالة.....144
الفرع الثاني: أُجْرَةُ إصدار خطابات ضمان العقود الإدارية في الفقه الإسلامي.....144
البند الأول : أخذ الأجر في إصدار خطاب الضمان جائز مطلقا.....145
البند الثاني : أخذ الأجر في إصدار خطاب الضمان غير جائز مطلقا.....148

البند الثالث : أخذ الأجر في إصدار خطاب الضمان جائز في حالات فقط.....150
أولا:جواز الأجر على إصدار خطاب الضمان بشرط أن يكون خطابا نهائيا.....150
ثانيا:جواز الأجر على إصدار خطاب الضمان على أن يكون مغطًّى من العميل.....151
ثالثا:جواز الأجر على إصدار خطاب الضمان بحسب حالة العميل.....153
- الحالة الأولى لإشتراط الجعل.....154
- الحالة الثانية لإشتراط الجعل.....154
- الحالة الثالثة لإشتراط الجعل. 154
- الحالة الرابعة لإشتراط الجعل..... 154
- الحالة الخامسة لإشتراط الجعل.....155
رابعا:جواز الأجر على إصدار خطاب الضمان بحسب الجهد من البنك.....155
البند الرابع:جواز حصول المصرف الإسلامي على المصاريف الإدارية الفعلية المرتبطة بإصدار خطابات الضمان.....155
البند الخامس: بعض الحلول الفقهية المقترحة لعميلة إصدار خطابات الضمان.....160
أولا: مشاركة البنك للعميل في قيمة خطاب الضمان محل الإصدار.....160
ثانيا: دخول البنك مع العميل في عقد مضاربة رأس ماله قيمة خطاب الضمان.....161

الباب الثاني:الإطار التطبيقي لغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.....165
الفصل الأول: تطبيق غرامة التأخير في ظل الشروط القضائية والقانونية.....166
المبحث الأول:الشروط القضائية والقانونية الإدارية لتطبيق غرامة التأخير.....167
المطلب الأول: حالات تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.....167
الفرع الأول: إحتمال التأخير في التنفيذ.....167
الفرع الثاني: إحتمال التنفيذ غير المطابق للعقد.....169
الفرع الثالث: إحتمال عدم تسليم الوثائق الضرورية للإدارة المتعاقدة.....170
الفرع الرابع : إحتمال عدم تخصيص العتاد المناسب وعدم إحترام الشروط البيئية.....170
الفرع الخامس : إحتمال عدم قيام المتعاقد من الباطن بتنفيذ إلتزاماته.....171
الفرع السادس: إحتمال تطبيق غرامة التأخير على المتعاقد الأجنبي.....171
الفرع السابع: إحتمال تطبيق غرامة التأخير المرتبط بدعم ودمج المنتوج المحلي.....172
المطلب الثاني:الإعفاء من تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.....172
الفرع الأول: الإعفاء الوجوبي من تطبيق غرامة التأخير.....172
البندالأول : نظرية القوة القاهرة كحالة وجوبية للإعفاء من غرامة التأخير.....173
أولا: جائحة فيروس كورونا قوة قاهرة تُعفي المتعاقد من غرامة التأخير.....174
1) جائحة كورونا كحالة قوة قاهرة في الصين.....174
2) جائحة كورونا كحالة قوة قاهرة في الولايات المتحدة الأمريكية.....174
3) جائحة كورونا كحالة قوة قاهرة في فرنسا.....175
4) جائحة كورونا كحالة قوة قاهرة في بلجيكا.....177
5) جائحة كورونا كحالة قوة قاهرة في الجزائر.....177
6) جائحة كورونا كحالة قوة قاهرة في المغرب.....178
7) جائحة كورونا كحالة قوة قاهرة في الكويت.....179
ثانيا: شروط تطبيق القوة القاهرة في مجال الصفقات العمومية.....179

1): أن يكون الحدث الطارئ خارجا عن إرادة الطرفين.....179
2): أن يكون الحدث الطارئ غير متوقع..... 180
3) إستحالة القدرة على ردِّ الحدث الطارئ. 181
البند الثاني:نظرية الصعوبات المادية كحالة وجوبية للإعفاء من غرامة التأخير.....181
البند الثالث: نظرية فعل الأمير كحالة وجوبية للإعفاء من غرامة التأخير.....183
أولا: إضافة أشغال ثانوية على أساس نظرية فعل الأمير.....185
ثانيا: إضافة أشغال تكميلية على أساس نظرية فعل الأمير.....186
البند الرابع: الإعفاء الوجوبي المتعلق بمبلغ الصفقة محل التأخير.....186
الفرع الثاني: الإعفاء الجوازي من تطبيق غرامة التأخير.....186
البند الأول: الإعفاء القضائي المتعلق بعدم تضرر الإدارة المتعاقدة من التأخير.....187
البند الثاني:الإعفاء القانوني المتعلق بعدم تضرر الإدارة المتعاقدة من التأخير.....187
المطلب الثالث:رقابة القضاء الإداري على قرار تطبيق غرامة التأخير.....188
الفرع الأول: رقابة المشروعية على قرار فرض غرامة التأخير.....189
البند الأول: رقابة المشروعية الخارجية لقرار فرض غرامة التأخير.....189
أولا) عيب عدم الإختصاص.....190
ثانيا) عيب الشكل والإجراءات.....190
1) عيب الشكل: 191
2) عيب الإجراءات. 191
البند الثاني: رقابة المشروعية الداخلية لقرار فرض غرامة التأخير.....194
أولا:عيب السبب.....194
- إنعدام الوجود المادي للوقائع لتطبيق غرامة التأخير.....195
- الخطأ في الوصف والتكييف القانوني لواقعة تطبيق غرامة التأخير.....195
ثانيا:عيب مخالفة القانون.....195
ثالثا:عيب الإنحراف بالسلطة.....198

الفرع الثاني: رقابة الملاءمة على قرار تطبيق غرامة التأخير.....198
أولا: الرقابة الملائمة المتضمنة تخفيض مبلغ غرامة التأخير.....199
ثانيا: رقابة الملائمة المتضمنة زيادة مبلغ غرامة التأخير.....202
المبحث الثاني: الشروط القضائيةوالقانونية الجزائية لتطبيق غرامة التأخير.....203
المطلب الأول: مبادئ إدارة الشراء العمومي في ظل قانون الصفقات العمومية.....203
الفرع الأول: مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية.....204
البند الأول:مفهوم مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية.....204
البند الثاني:الإستثناءات الواردة على مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية.....204
الفرع الثاني : مبدأ المساواة في معاملة المترشحين.....205
البند الأول : تعريف مبدأ المساواة في معاملة المترشحين.....205
البند الثاني : الإستثناءات الواردة على مبدأ المساواة في معاملة المترشحين.....206
الفرع الثالث: مبدأ شفافية الإجراءات.....206
البند الأول : تعريف مبدأ شفافية الإجراءات.....207
البند الثاني:تجسيد مبدأ شفافية الإجراءات في ظل قانون الصفقات العمومية الجديد.....207
أولا : الإعداد الجيد للحاجات.....207
ثانيا: الإعلان والإشهار.....208
ثالثا: تحديد أجل تحضير العروض.....209
رابعا : تحديد مكان ويوم فتح الأظرفة.....210
خامسا : نشر المنح المؤقت.....210
المطلب الثاني:الجرائم المرتبطة بتطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.....210
الفرع الأول : ظاهرة الفساد في مجال الصفقات العمومية.....211
أولا: الفساد في الصفقات العمومية – حالة الولايات المتحدة الأمريكية–.....213
ثانيا:الفساد في الصفقات العمومية – حالة ألمانيا–.....213
ثالثا:الفساد في الصفقات العمومية –حالة فرنسا–.....214

رابعا:الفساد في الصفقات العمومية – حالة إفريقيا-.....214
خامسا: الفساد في الصفقات العمومية – حالة الدول الإسلامية و العربية-.....215
1) الفساد في الصفقات العمومية – دراسة حالة مصر-.....215
2) الفساد في الصفقات العمومية – دراسة حالة الجزائر-.....215
3) الفساد في الصفقات العمومية – دراسة حالة المغرب-.....215
الفرع الثاني : علاقة غرامة التأخير بجرائم الصفقات العمومية.....216
البند الأول:مفهوم الموظف العمومي في ظل قوانين مكافحة الفساد.....216
أولا:تعريف الموظف العام على ضوء القانون الفرنسي.....217
ثانيا:تعريف الموظف العام على ضوء القانون المصري.....217
ثالثا:تعريف الموظف العام على ضوء القانون الجزائري.....218
البند الثاني: الجرائم المرتبطة بتطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية.....219
أولا: جريمة المحاباة.....219
1) تعريف جريمة المحاباة.....219
أ)المحاباة في القانون.....219
ب)المحاباة في الفقه 219
2) أركان جريمة المحاباة. 219
أ) أركان الجريمة. 220
- صفة الجاني. 220
- الركن المادي. 221
– النشاط أو السلوك الإجرامي.....221
– الغرض من النشاط الإجرامي.....222
- الركن المعنوي.....222
ب) الجزاء المقرر لجريمة المحاباة.....223
1) الجزاء المقرر للشخص الطبيعي.....223

- العقوبات الأصلية للمحاباة –الخاصة بالشخص الطبيعي–في القانون الفرنسي.....223
- العقوبات الأصلية للمحاباة –الخاصة بالشخص الطبيعي–في القانون الجزائري.....224
- العقوبات التكميلية للمحاباة –الخاصة بالشخص الطبيعي–في القانون الفرنسي.....224
- العقوبات التكميلية للمحاباة –الخاصة بالشخص الطبيعي–في القانون الجزائري.....225
- العقوبات التكميلية الإلزامية لجريمة المحاباة في القانون الجزائري.....225
- العقوبات التكميلية الإختيارية لجريمة المحاباة في القانون الجزائري.....226

2) الجزاء المقرر للشخص المعنوي.....226

- الجزاء المقرر لجريمة المحاباة للشخص المعنوي في القانون الفرنسي.....226
  - العقوبات الأصلية للشخص المعنوي عن جريمة المحاباة في القانون الفرنسي.....226
  - العقوبات التكميلية للشخص المعنوي عن جريمة المحاباة في القانون الفرنسي.....227
- الجزاء المقرر لجريمة المحاباة للشخص المعنوي في القانون الجزائري.....228

ثانيا:جريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة. 228

1: أركان الجريمة.....229

أ– صفة الجاني. 229

ب– الركن المادي. 229

- النشاط والسلوك الإجرامي.....229
- الغرض من إستغلال نفوذ الأعوان العموميين.....230
  - حالة التعديل في الأسعار.....230
  - حالة التعديل في نوعية المواد و الخدمات.....230
  - ✓ حالة التعديل في آجال التسليم.....230

ج – الركن المعنوي.....232

2– الجزاء المقرر لجريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميين. 232

ثالثا: جريمة قبض العمولات في مجال الصفقات العمومية. 232

1)مفهوم الرشوة.....233

2)جريمة الرشوة في القانون الفرنسي. 234
2)جريمة الرشوة في القانون الجزائري..... 235
- أركان جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري..... 235
  - صفة الجاني..... 235
  - الركن المادي..... 235
- النشاط أو السلوك الإجرامي. 236
- محل الإرتشاء. 236
  - المناسبة 236
- الجزاء المقرَّر لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري..... 236
المطلب الثالث : مبادئ إدارة الطلب العمومي في ظل أخلاقيات المهنة. 237
الفرع الأول: تطور فكرة أخلاقيات المهنة في مجال العقود الإدارية. 237
الفرع الثاني : مبادئ إدارة الطلب العمومي في ظل أخلاقيات المهنة..... 241
البند الأول: الحفاظ على الأموال العامة للدولة..... 241
أولا : تعريف المال العام. 241
ثانيا:حرمة المال العام 242
البند الثاني: التحلّي بروح المسؤولية في إدارة الطلب العمومي. 245
البند الثالث : مبدأ الذهنية المستدامة في مجال العقود الإدارية..... 246
– طريقة إختيار الموظف المكلف بتسيير الصفقات العمومية..... 249
الفصل الثاني: الشروط الفقهية لتطبيق غرامة التأخير..... 251
المبحث الأول : شروط تطبيق غرامة التأخير في الإلتزامات المتعلقة بالدَّين 253
المطلب الأول:جواز فرض غرامة التأخير مع إستفادة الدائن منها..... 255
الفرع الأول :شروط تطبيق غرامة التأخير مع إستفادة الدائن منه..... 256
البندالأول:الشروط المرتبطة بالمدين والدائن لتطبيق غرامة التأخير على الديون..... 256
أولا: موقف أحمد مصطفى الزرقا من الإتفاق المسبق بين البنك والعميل..... 257

ثانيا: موقف عبد الله بن منيع من الإتفاق المسبق بين البنك والعميل.....257
ثانلثا:موقف الصديق محمد الأمين الضرير من الإتفاق المسبق بين البنك والعميل.....257
البندالثاني:الشروط المرتبطة بالمدين لتطبيق غرامة التأخير على مماطلة الديون.....257
أولا:أن يكون المدين المتخلف عن الوفاء موسرًا.....257
ثانيا:أن يكون المدين الموسر المتخلف عن الوفاء مُمَاطلا.....258
1) المطل بحق.....258
2)المطل بالباطل.....258
البند الثالث:الشروط المتعلقة بالضرر لتطبيق غرامة التأخير على مماطلة الديون.....260
أولا: شرط الضرر عند أحمد مصطفى الزرقا.....260
ثانيا: شرط الضرر عند عبد الله بن منيع.....261
ثالثا: شرط الضرر عند زكي الدين شعبان.....261
رابعا: شرط الضرر عند محمد زكي عبد البر.....263
خامسا:شرط الضرر عند الصديق محمد الأمين الضرير.....263
سادسا:شرط الضرر وفق رأي هيئة الإفتاء المصرية.....264
البندالرابع:الشروط المتعلقةبتقديرالتعويض لتطبيق غرامة التأخيرعلى مماطلة الديون.....265
أولا: الشرط المتعلق بطريقة إحتساب التعويض لتطبيق غرامة التأخير.....265
1) طريقة إحتساب التعويض وفق رأي أحمد مصطفى الزرقا.....265
2) طريقة إحتساب التعويض وفق رأي عبد الله بن منيع. 265
3)طريقة إحتساب التعويض وفق رأي محمد زكي عبد البر. 266
5) طريقة إحتساب التعويض وفق رأي الصديق محمد الأمين الضرير.....266
ثانيا: الشرط المتعلق بالهيئة المختصة بتقدير التعويض لتطبيق غرامة التأخير.....266
1)رأي مصطفى الزرقا في الجهة المختصة بحساب التعويض.....267
2) رأي عبد الله بن منيع في الجهة المختصة بتقدير التعويض.....267
3)رأي الصديق الضرير في الجهة المختصة بتقدير التعويض.....268

4)رأي محمد زكي عبد البر في الجهة المختصة لتقدير التعويض.....268
الفرع الثاني :أدلة فريق جواز تطبيق غرامة التأخير مع إستفادة الدائن منها.....270
البند الأول: الإستدلال بالقرآن الكريم.....271
أولا : الإستدلال بقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾.....271
ثانيا: الإستدلال بقوله تعالى﴿إنَّ الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾.....272
ثالثا: الإستدلال بقوله تعالى﴿والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون﴾.....272
رابعا: الإستدلال بقوله تعالى﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾.....272
خامسا:الإستدلال بقوله تعالى﴿و من يظلم منكم نذقه عذابا كبيرا ﴾.....273
البند الثاني: الإستدلال بالسنة النبوية.....273
أولا : الإستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم ﴿لا ضرر ولا ضرار﴾.....273
ثالثا :قوله صلى الله عليه وسلم﴿ليُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته﴾.....274
البند الثالث: الإستدلال بالقياس.....276
أولا: الإستدلال بالقياس على الغصب.....276
1)السبب الأول للإستدلال على الغصب.....276
2)السبب الثاني للإستدلال على الغصب.....276
ثانيا: الإستدلال بالقياس على تفويت منافع الأعضاء.....279
ثالثا: الإستدلال بالقياس على العربون.....279
البند الرابع: الإستدلال بمقاصد الشريعة وسياستها الحكيمة.....279
البند الخامس: الإستدلال بالفروق الموجودة بين غرامة التأخير وفوائد التأخير.....280
المطلب الثاني: الإتجاه المؤيد لتطبيق غرامة التأخير بشرط التصدُّق بعائداتها.....281
الفرع الأول: إجازة تطبيق غرامة التأخير والتَّصدُّق بها من طرف الفقهاء.....283
البند الأول:رأي الشيخ يوسف القرضاوي في تطبيق غرامة التأخير والتَّصدُّق بها.....283
البند الثاني:رأي مَحْي الدِّين القره داغي في تطبيق غرامة التأخير والتَّصدُّق بها.....283

البند الثالث: رأي وهبة الزحيلي في تطبيق غرامة التأخير والتصدُّق بها.....284
البند الرابع: رأي رفيق يونس المصري في تطبيق غرامة التأخير والتَّصدُّق بها.....284
البند الخامس: رأي علي السالوس في تطبيق غرامة التأخير والتَّصدُّق بها.....284
البند السادس: رأي محمد الزحيلي في تطبيق غرامة التأخير والتَّصدق بها.....285
البند السابع: رأي محمد عثمان شبير في تطبيق غرامة التأخير والتَّصدق بها.....285
البند الثامن:رأي محمد تقي الدين العثماني في تطبيق غرامة التأخيروالتَّصدق بها.....286
البند التاسع:رأي نجاة الله صديقي في تطبيق غرامة التأخيروالتَّصدق بها.....287
الفرع الثاني: إجازة تطبيق غرامة التأخير والتَّصدُّق بها من طرف الهيئات المالية.....287
البندالأول:تطبيق غرامة التأخير و التصدق بها من طرف هيئة الأيوفي.....287
البندالثاني:تطبيق غرامة التأخير و التصدق بها من طرف البنك العربي الإسلامي الدولي.....288
البندالثالث:تطبيق غرامة التأخير و التصدق بها من طرف بنك التمويل الكويتي.....288
البند الرابع: تطبيق غرامة التأخير والتصدق بها من طرف بنك البركة الإسلامي.....288
الفرع الثالث :أدلة أنصار جواز غرامة التأخير بشرط عدم إستفادة الدائن من هذه الغرامات.....290
البند الأول : الإستدلال بالقرآن الكريم.....290
البند الثاني: الاستدلال بالسنة النبوية الشريفة.....290
البند الثالث: الاستدلال ببعض أقوال المالكية.....290
المطلب الثالث: عدم جواز فرض غرامة مالية مطلقا على المدين الموسر المماطل.....291
الفرع الأول: الإستدلال بالقرآن الكريم.....293
أولا: الإستدلال بقوله تعالى ﴿وأحل الله البيع وحرَّم الرِّبا ﴾.....293
ثانيا:الإستدلال بقوله تعالى:﴿وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾.....293
الفرع الثاني : الإستدلال بالسُّنَّة النبوية الشريفة.....294
الفرع الثالث : الإستدلال بأن الشرط الجزائي يتضمن معنى الربا. 295
الفرع الرابع : الإستدلال بالأثر.....296
الفرع الخامس : الإستدلال بسد الذرائع.....296

المطلب الرابع: مناقشة أدلة الإتجاهات الثلاثة.....297
الفرع الأول: مناقشة أدلة الفريق الأول.....298
البند الأول:مناقشة الإستدلال بالقرآن الكريم.....298
البند الثاني: مناقشة الإستدلال بالأحاديث النبوية الشريفة.....300
أولا: مناقشة الإستدلال بحديث﴿لا ضرر ولا ضرار﴾.....300
ثانيا:مناقشة الإستدلال بحديث﴿مطل الغني ظلم﴾.....300
ثالثا:مناقشة الإستدلال بحديث﴿ليُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته﴾.....301
البند الثالث: مناقشة الإستدلال بالقياس.....303
أولا : مناقشة الإستدلال بقياس غرامة التأخير في سداد الديون على الغصب.....303
ثانيا:مناقشة الإستدلال بقياس غرامة التأخير على منافع الأعضاء 306
ثالثا:مناقشة الإستدلال بقياس تطبيق غرامة التأخير على مصادرة العربون.....306
البند الرابع: مناقشة الإستدلال بمقاصد الشريعة وسياستها الحكيمة.....308
البند الخامس: مناقشة الإستدلال بالفروق الموجودة بين غرامة التأخير وفوائد التأخير.....309
البند السادس :مناقشة الاستدلال بالمصالح المرسلة.....310
الفرع الثاني: مناقشة أدلة الفريق الثاني.....310
أولا: مناقشة من طرف عبد الله بن منيع.....310
ثانيا:مناقشة الإستدلال بالقرآن الكريم.....311
ثالثا:مناقشة الإستدلال بالأحاديث النبوية الشريف. 311
الفرع الثالث: مناقشة أدلة الفريق الثالث.....314
البند الأول:مناقشة الإستدلال بأن غرامة التأخير هي من ربا الجاهلية 314
البند الثاني:مناقشة الإستدلال بأن حديث﴿ليُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته﴾، لم يَنص على أن العقوبة هي عقوبة مالية 314
البند الثالث:مناقشة الإستدلال بأن إشتراط الغرامة في بداية العقد لا تؤثر في الحكم.....315
البند الرابع:مناقشة الإستدلال بأن تطبيق الغرامة لم يرد في الأثر.....316

البند الخامس:مناقشة الإستدلال بأن تطبيق الغرامة طريق إلى الرِّبا المحرَّم.....316
البند السادس:مناقشة الإستدلال بأن تطبيق الغرامة قياسا على الغصب و العربون هو قياس مع الفارق.....318
البند السابع:مناقشة الإستدلال بأن تطبيق الغرامة ليس فيه مصلحة.....319
المطلب الخامس :غرامة التأخير على السداد في مجال العقود الإدارية.....321
المبحث الثاني: تطبيق غرامة التأخير إذا كان أصل الإلتزام أداء عمل.....326
المطلب الأول: جواز غرامة التأخير في مجال عقود الأعمال الإدارية.....326
الدليل الأول: القرآن الكريم.....327
الدليل الثاني: السنة النبوية الشريفة.....327
1) قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا ،والمسلمون على شروطهم﴾.....327
2) قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿ أحق الشروط أن توفوا بها ما إستحللتم به الفروج﴾.....327
الدليل الثالث: الآثار.....328
الدليل الرابع: القياس.....328
الدليل الخامس: المصلحة المرسلة و الحاجة الماسة إلى غرامة التأخير.....330
الدليل السادس: العرف.....331
الدليل السابع: مبدأ السياسة الشرعية.....331
المطلب الثاني: عدم جواز غرامة التأخير في مجال عقود الأعمال الإدارية.....332
الدليل الأول: السنّة النبوية الشريفة.....332
الدليل الثاني: : تطبيق غرامة التأخير أكل لأموال الناس بالباطل.....332
الدليل الثالث : أن غرامة التأخير من الشروط الغير لازمة.....333
الدليل الرابع : أن غرامة التأخير تؤدي إلى المحظور شرعا.....333
الدليل الخامس : أن غرامة التأخير تعويض عن ضرر غير مالي.....334
المطلب الثالث: جواز غرامة التأخير في حالات معينة دون حالات أخرى.....334

الفرع الأول: جواز غرامة التأخير في حالة عدم التنفيذ وعدم جوازها في حالة التأخير التنفيذ.....334
الفرع الثاني: جواز غرامة التأخير فيما عدا عقد التوريد الذي لا يتطلب صناعة.....337
المطلب الرابع: مناقشة أدلة الآراء الثلاثة.....339
الفرع الأول: مناقشة أدلة فريق جواز غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية سواء للتأخير في التنفيذ أو عدم التنفيذ.....339
1)مناقشة الاستدلال بالقرآن الكريم.....339
2)مناقشة الإستدلال بالسنة النبوية الشريفة.....339
3)مناقشة الإستدلال بالآثار الواردة في مسالة الشرط الجزائي.....339
4)مناقشة الإستدلال بالقياس و المصلحة المرسلة في تطبيق غرامة التأخير.....340
5) مناقشة الإستدلال بالعرف.....340
6) مناقشة الاستدلال بالسياسة الشرعية.....340
الفرع الثاني: مناقشة أدلة فريق عدم جواز غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية سواء للتأخير في التنفيذ أو عدم التنفيذ.....341
1) مناقشة الإستدلال بالسنة النبوية الشريفة.....341
2) مناقشة الإستدلال أن في تطبيق غرامة التأخير أكل لأموال الناس بالباطل.....341
3)مناقشة الإستدلال بأن غرامة التأخير ليست من الشروط اللازمة.....342
4) مناقشة الإستدلال بأن غرامة التأخير تؤدي إلى المحظور شرعا.....342
الفرع الثاني:مناقشة أدلة جواز غرامة التأخير في حالات معينة فقط.....343
البند الأول: مناقشة أدلة جواز غرامة التأخير فيما عدا حالة التأخير في التنفيذ.....343
البند الثاني: مناقشة أدلة جواز غرامة التأخير فيما عدا حالة عقد التوريد الذي لا يتطلب صناعة....347
أولا: مناقشة الإستدلال بأن تطبيق غرامة التأخير في عقد التوريد يأخذ حكم تطبيق الغرامة في بيع السَّلم 347
ثانيا: مسألة عقد التوريد و بيع الكالئ بالكالئ.....352
المطلب الخامس: موقف الفقه الإسلامي من مصادرة خطاب الضمان في مجال العقود الإدارية.....354

الفرع الأول :جواز مصادرة خطاب الضمان في مجال العقود الإدارية.....354
البند الأول: جواز مصادرة خطاب الضمان.....354
البند الثاني :مناقشة رأي جواز مصادرة الضمان في الصفقات العمومية.....356
أولا: مناقشة رأي جواز مصادرة الضمان الإبتدائي.....356
ثانيا: مناقشة جواز مصادرة الضمان النهائي.....357
الفرع الثاني:عدم جواز مصادرة خطاب الضمان في مجال العقود الإدارية.....357
البند الأول : عدم جواز مصادرة خطابات الضمان في مجال الطلب العمومي.....357
البند الثاني: مناقشة رأي عدم جواز مصادرة خطاب في مجال الطلب العمومي.....358
الخاتمة.....361
قائمة المراجع.....369
فهرس المواضيع.....402