الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الحاج لخضر باتنة 1

كلية العلوم الإسلامية

قسم: الشريعة

نيابة العمادة لما بعد التخرج

والبحث العلمي والعلاقات الخارجية

العقود المبرمة بين الدولة ومواطنيها

دراسة فقهية مقارنة مع أحكام القانون الجزائري

رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية تخصص: الفقه وأصوله

إعداد الباحث:

علي محمد بورويبة

إشراف الأستاذ الدكتور:

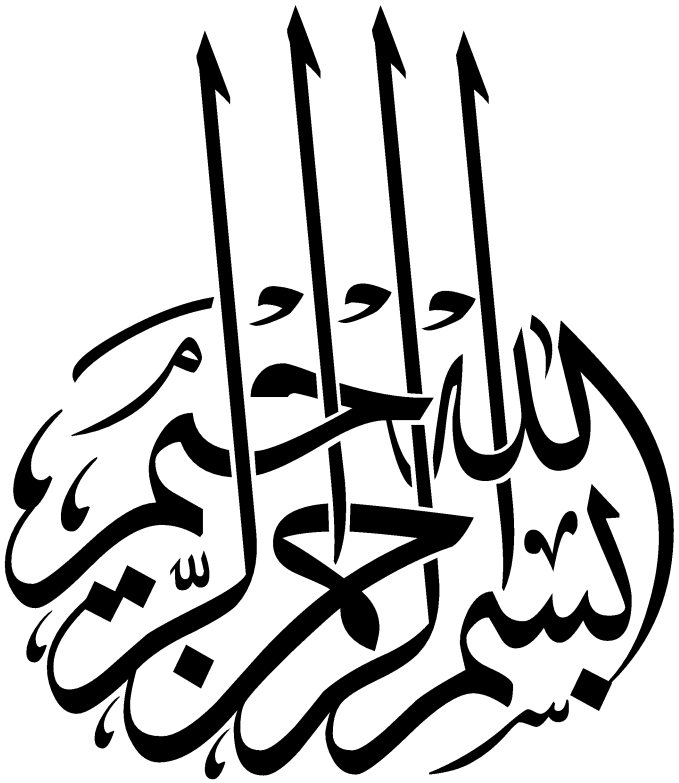
رشيد درغال

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
صليحة عاشور	أستاذ	جامعة باتنة 1	رئيسا
رشيد درغال	أستاذ	جامعة باتنة 1	مقررا
الطاهر زواقري	أستاذ	جامعة خنشلة	عضوا
سمير جاب الله	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر – قسنطينة	عضوا
محمد دمان ذبيح	أستاذ محاضر (أ)	جامعة الأمير عبد القادر – قسنطينة	عضوا
أحمد أمداح	أستاذ محاضر (أ)	جامعة باتنة 1	عضوا

السنة الجامعية:

(2020–2021 م) – (1441– 1442هـ)


بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

أهدى هذا البحث إلى:

والديّ الكريمين سببي وجودي في هذه الدنيا،

والسبب الأول في هدايتي، وبقائي على فطرة الإسلام،

وفضلهما الكبير عليّ صغيرا وكبيرا، أسأل الله أن يثيبهما خير الجزاء

وإلى شريكة حياتي زوجتي الكريمة أمّ أنس ومعاذ التي أعانتني وساعدتني ووفّرت لي ظروف إنجاز هذا البحث، وتحمّلت معي عناءه ومشاقّه

وإلى جميع إخوتي، وأقاربي، وذوي رحمي

وإلى كلّ أساتذتي وشيوخي، ومن لهم فضل في تعليمي

وإلى جميع إخواني وزملائي وكلّ من دعمني في سبيل طلب العلم.

أهدي لهم جميعا هذا العمل

شكر وتقدير

أتوجّه بجزيل الشكر ووافر التقدير إلى فضيلة الأستاذ الدكتور **رشيد درغال** -حفظه الله – على تكرّمه بقبول الإشراف والتوجيه لهذه الأطروحة، وعلى جميع ما قدّمه إليّ في سبيل إنجاز البحث وإنجاحه، بإشرافه، ونصحه، وتوجيهه، وصبره، ووقته، رغم انشغالاته الكثيرة ومسؤولياته العديدة، فله بعد الله فضل كبير عليّ في إنجاز هذه الأطروحة.

فأسأل المولى القدير أن يثيبه، ويجزيه عنّي خير الجزاء، وأن يعمّ بنفعه الإسلام والمسلمين.

كما أتقدّم بالشكر الجزيل إلى أعضاء لجنة المناقشة الموقّرين على صبرهم في قراءة هذا البحث، وموافقتهم على مناقشته، وتكرّمهم بإبداء ملاحظاتهم القيمة، وتوجيهاتهم السديدة؛ لإصلاح وتقويم هذا البحث.

كما لا يفوتني أيضا أن أتقدّم بوافر الشّكر إلى المجلس العلمي للكلية وإدارتها على تمكيني من القيام بهذا البحث ومناقشته.

كما أوجّه شكري إلى كلّ من أسهم معي في إنجاز هذا البحث من قريب أو بعيد، من إخواني، وأساتذتي.

مُقَدِّمَةٌ

مُقَدِّمَة

الحمد لله رب العالمين، حمداً كثيرا طيبا مباركاً فيه، كما يحبّ ربنا ويرضى، وأشهد أن لا إله إلاّ الله، وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، نبيه وصفيه من خلقه، اللّهم صل وسلم عليه، وعلى آله وصحبه، ومن اقتفى أثره إلى يوم الدين.

أما بعد:

لقد عرف العصر الحديث تطوّرات كثيرة ومختلفة في منظومة المعاملات المالية؛ سواء من حيث المقاصد والمضامين أو من حيث الأشكال والتطبيقات، وفُرضت على الناس صيغ تعاقدية مستحدثة؛ لكنّها لا تخرج عند التحقيق عن الأغراض الكلية للعقود، إلاّ من حيث التركيب أو التقييد.

وترجع هذه التطوّرات إلى جملة من الأسباب والعوامل المتداخلة؛ منها ما يرجع إلى العامل الخارجي المتمثّل في التّمركز المالي العالمي –والمعبّر عنه في كثير من الأحيان بـ «العولمة الاقتصادية»– بفعل التطوّر التكنولوجي المتسارع، ومنها ما يعود إلى العامل الداخلي كالتّغيّرات العميقة التي مسّت بِنية الدولة ومؤسّساتها والنسيج الاجتماعي بعد سقوط نموذج الخلافة الإسلامية؛ إثر الحملات الاستعمارية المتعاقبة، وتبنّي النموذج الحداثي الغربي في الإدارة والتشريع.

وعلى الرغم من قيام فقهائنا المحدَثين بواجب البحث والاجتهاد في كثير من هذه المعاملات ودراستها ومحاولة تكييفها وفق المنظور الفقهي، فما تزال النوازل والمستجِدَّات المالية في تزايد وانتشار. فحاولت من خلال هذه الأطروحة المقدّمة بين أيديكم دراسةَ زمرة من العقود والمعاملات المالية التي تتولّى الدولة أو إحدى مؤسّساتِها التعاقدَ فيها مع مواطنيها، وما يتعلّق بها من أحكام وشروط وضوابط نظرية، ثمّ تطبيقَها على أهمّ الصور المعاصرة، وجاءت موسومة بـ:

«العقود المبرمة بين الدولة ومواطنيها – دراسة فقهية مقارنة مع أحكام القانون الجزائري».

1. إشكالية البحث:

لقد قرّر علماؤنا الأجلاّء في مدوّناتهم الفقهية الشروطَ والضوابطَ الواجبِ توافرُها في سائر أركان العقود المالية، بيد أنّ معظم تلك الشروط تتعلّق بأطراف عاديين، أو ما يطلق عليه القانونيون "بالأشخاص الطبيعيين". ومع حصول التطوّرات المعاصرة واتّساع مفهوم "الشخصية الاعتبارية" للدولة ومؤسّساتها ودخولها في أنشطة اقتصادية واستثمارية كعنصر رئيس؛ برزت بعض الإشكالات الفقهية المتعلّقة أساساً بالسؤال التالي: "**هل للعقود المالية التي تبرمها الدولة أو مؤسّساتها بوصفها شخصية معنوية عامة مع مواطنيها –أفرادا كانوا أو مؤسّسات– أحكام خاصة متميّزة عن غيرها من العقود الأخرى؟ وما هي أوجه هذا التّمايز؟**" وينبثق عن هذا السؤال جملة من الأسئلة الفرعية الآتية:

1. ما هو التكييف الفقهي للدولة المعاصرة؟ وما علاقة الدولة بالمؤسسات التابعة لها من حيث استقلالية الذمة المالية؟
2. ما حقيقة العقود المالية التي تبرمها الدولة مع مواطنيها؟ وما هي أنواعها وأغراضها؟
3. ما هي الشروط والضوابط الشرعية التي تخضع لها الدولة وأفرادها في عمليات التعاقد المالي؟ وهل للدولة أن تشترط شروطا تحقّق من خلالها المصلحة العامة للأمّة؟
4. ما هي طرق وأشكال تعاقد الدولة مع الأفراد والمؤسّسات المحلية؟ وهل للدولة سلطان في فسخها من طرف واحد؟ وهل للقضاء الحقّ في الاعتراض عليها أو تغريمها؟
5. هل للدولة سلطان في استحداث عقود ومعاملات مالية جديدة؟ وما حكم عقود الصفقات العمومية، وامتيازات المرافق العامة، والأملاك الخاصة للدولة التي تجريها مع المستثمرين الخواص؟ وما حكم اقتراض الدولة من الشعب وفق سندات القرض الوطني؟ وما حكم عقود الإسكان والتشغيل المعاصرة التي تجريها الدولة مع أفراد الشعب؟

2. أهمية الموضوع:

تكمن أهمية هذا البحث في عدّة نقاط أهمّها:

1- تعلّقه بمقصد جليل من مقاصد الشريعة الإسلامية؛ ألا وهو «حفظ المال»؛ من حيث **تنميته** بالمعاملات الصحيحة واجتناب الفاسدة، ومن حيث **حماية** أموال الناس من أن تؤكل أو تضيع بالباطل.

2- إسهامه في ترشيد النظام المالي للدولة وتقريبه إلى مبادئ الاقتصاد الإسلامي؛ التي تحقّق العدالة والرحمة والتنمية الحقيقية.

3- تبصير المسلم المعاصر بحقيقة العقود والمعاملات المعروضة عليه من طرف مؤسّسات الدولة، ومعرفة الجائز منها والممنوع؛ بعيداً عن شدّة التحوّط، وكثرة الترخّص.

4- التعريف بالتطوّرات الكبيرة التي لحقت ببنية الدولة ومؤسّساتها، والآثار المترتّبة عنها.

3. دوافع وأسباب اختيار الموضوع:

تعود أسباب اختيار هذا الموضوع إلى عدّة أمور، أهمّها:

1- الرغبة الشخصية في خوض موضوع يتعلق بتعامل الدولة مع رعاياها من خلال بعض العقود المهمّة التي تسهم في تشييد هياكل الدولة وبناها التحتية، وتوفّر الاحتياجات الضرورية للمواطنين.

2- مواكبة التطوّرات المستمرة في شكل الدولة وبنيتها الحديثة، والإسهام في أسلمة نظمها الاقتصادية والمالية؛ من خلال إمدادها بالرؤية الإسلامية المبنية على الوحي المعصوم، والاجتهادات الجماعية المعاصرة.

3- كثرة السؤالات الفقهية حول النوازل المالية المعاصرة المتعلّقة بعقود الدولة.

4- قلّةُ الدراسات التي عنيت بجمع ودراسة العقود التي تبرمها الدولة مع مواطنيها؛ تأصيلا وتطبيقا -في حدود اطّلاعي-.

4. أهداف الموضوع:

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق جملة من الأهداف، أهمّها:

1- محاولة تأصيل أحكام التعاقد المالي مع الدولة بصفتها شخصية معنوية عامة.

2- فهم وتأصيل النوازل والمستجِدّات الفقهية المالية التي تنشئها الدولة، من خلال دراسة العقود والمعاملات التي تطرحها على الأفراد والمؤسّسات؛ سواءٌ ما تعلّق منها باحتياجات الدولة ومؤسّساتها، أو تعلّق بتوفير احتياجات الأفراد والمؤسّسات.

3- السعي إلى إيجاد بدائل إسلامية صحيحة من خلال: اقتراح تعديلات على الصيغ المعروضة، أو اقتراح صيغ أخرى أكثر مواءمة مع أحكام الشريعة.

5. الدراسات السابقة:

لم أجد في حدود ما عثرت عليه من رسائل أو أبحاث أو مؤلّفات من أفرد هذا الموضوع

بالبحث والدراسة من الناحية الفقهية، ولا يمنع ذلك من وجود بعض البحوث والدراسات التي عالجت بعضا من جزئياته، ويمكن تقسيمها إلى نوعين:

أ- كتب وأبحاث في القانون الإداري:

وقد اعتمدت عليها كثيرا في فهم وإدراك التنظيم الإداري للدولة وطبيعة التعاقد معها، وما يترتّب عليها من آثار، وما تعتريها من ظروف وأحكام، وأذكر على سبيل الأهمية:

1.سليمان محمد الطماوي (1963م)، (مبادئ القانون الإداري، ويقع في 3 كتب)

ويعتبر من أوائل الكتب العربية التي كتبت في هذا المجال.

وقد تناول في الكتاب الأوّل: (المقدمة العامة: تنظيم الإدارة العامة، الأسس العامة للتنظيم الإداري، التنظيم الإداري في مصر).

وتناول في الكتاب الثاني: (نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة).

وتناول في الكتاب الثالث: (أموال الإدارة العامة وامتيازاته والعقود الإدارية).

2. ماجد راغب الحلو (1996 م)، كتاب بعنوان: «القانون الإداري» ويقع في 656 صفحة، وتضمّن الكتاب ستة أبواب:

الباب الأوّل: مفهوم القانون الإداري، الباب الثاني: تنظيم السلطة الإدارية، الباب الثالث: العناصر السلطة الإدارية، الباب الرابع: مهام السلطة الإدارية، الباب الخامس: طبيعة أعمال السلطة الإدارية، الباب السادس: امتيازات السلطة الإدارية).

وقد تناول المؤلّف باختصار مفهوم العقود الإدارية وأنواعها وخصائصها ضمن حديثه عن أعمال السلطة الإدارية في الباب الخامس.

3. جابر جاد نصار (2006 م)، كتاب بعنوان: «العقود الإدارية»، ويقع في 452 صفحة، وتضمّن الكتاب خمسة أبواب:

الباب الأوّل: العقود الإدارية في فرنسا ومصر- النشأة والمفهوم، الباب الثاني: إبرام العقود الإدارية، الباب الثالث: التحكيم والعقود الإدارية، الباب الرابع: آثار العقد الإداري، الباب الخامس: نهاية العقود الإدارية.

وقد توسّع الكتاب في موضوع العقود الإدارية بشكل جيّد، لكن يؤخذ عليه حصره العقود الإدارية في نوعين فقط: الامتياز -بتطبيقاته الحديثة-، وعقد الأشغال العامة فقط، ولم يشر إلى الأنواع الأخرى الكثيرة، كما سنشير إليه في الخطة وأثناء الدراسة.

وهذه الدراسات وغيرها من كتب القانون لم تتعرّض إلى الجوانب الفقهية الشرعية واكتفت بما

نصّت عليه القوانين والاجتهادات القضائية، وقد حاولت من خلال هذه الدراسة استكمال الجوانب التأصيلية الشرعية للموضوع.

ب- كتب وأبحاث فقهية حول وظائف الدولة الإدارية والاقتصادية:

1.رياض المومني (1984م)، بحث بعنوان: «وظائف الدولة الاقتصادية – فترة صدر الإسلام»

وهو بحث محكّم منشور بمجلة أبحاث اليرموك «سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية» العدد 4، يقع في 23 صفحة.

حاول فيه الباحث أن يجمع أهمّ الوظائف الاقتصادية للدولة في النظام الإسلامي من خلال فترة صدر الإسلام (النبوة-الخلافة الراشدة).

وقد اتّسم البحث بشدّة الاختصار في مادة البحث من جهة، والإسهاب في الموضوعات الخارجة عن مضمون البحث من جهة أخرى. كما خلا البحث عن دراسة وظائف الدولة المعاصرة، وتكييف العقود التي تبرمها، وهو ما حاولت استدراكه في هذه الدراسة من خلال إبراز أهم الأدوار والوظائف الإدارية والاقتصادية للدولة وطبيعة شخصيتها المعنوية العامة، واستقلالية الذمة المالية لبيت مال المسلمين.

2.المستشار عمر شريف(1991 م)، كتاب بعنوان: «نظام الحكم والإدارة في الدولة الإسلامية»، ويقع في 322 صفحة.

تناول المؤلّف في القسم الأول نظام الحكم والدولة في الشريعة وقواعدها والسلطات التابعة لها، وفي القسم الثاني عن النظم الإدارية، والمبادئ العامة، وأنواع الأشخاص المعنوية، وأنواع الدواوين في الدولة الإسلامية.

وعلى الرغم من الفوائد العلمية المتوخاة من هذا البحث إلاّ أنّه لم يتطرق إلى الوظائف الاقتصادية للدولة، فضلا عن موضوع بحثنا الأساسي «التعاقد المالي مع الأفراد والمؤسّسات».

وقد حاولت استدراك ذلك في هذه الدراسة من خلال استعراض أحكام العقود وشروطها وأنواعها وتطبيقاتها المختلفة.

ج-كتب وأبحاث فقهية حول بعض أنواع عقود الإدارة:

1.أبحاث مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي:

تطرّقت بعض دورات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي إلى بحث

بعض أنواع العقود الإدارية وتطبيقاتها المعاصرة، والقضايا المتعلّقة بها، وهي على الترتيب:

أ- أبحاث الدورة الرابعة المنعقدة بجدة (1988م)، حول موضوع: **(سندات المقارضة وسندات الاستثمار)**.

ب- أبحاث الدورة السادسة المنعقدة بجدة (1990م)، حول موضوع: **(سندات القرض)**.

ج- أبحاث الدورة السابعة المنعقدة بجدة في (1992م)، حول موضوع: **(الاستصناع)**.

د- أبحاث الدورة الثامنة المنعقدة ببروناي (1993م)، حول موضوع: **(عقد المزايدة)**.

هـ- أبحاث الدورة الثانية عشرة المنعقدة بالرياض (2000م)، حول موضوعات: **(عقود المناقصات / عقود التوريد / الشرط الجزائي)**.

و- أبحاث الدورة الرابعة عشرة المنعقدة بالدوحة (2003م)، حول موضوعات: **(عقود الإذعان / عقد المقاولة والتعمير)**.

ز- أبحاث الدورة التاسعة عشرة المنعقدة في إمارة الشارقة (2009)، حول موضوع: **(نظام البناء والتشغيل والإعادة (b.o.t) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة)**.

وقد استفدت من بعض ما ورد في هذه الأبحاث المنثورة والقرارات الصادرة عنها، ضمن الفصلين الأول والثاني لوضع الإطار النظري لأحكام التعاقد المالي مع الدولة، كما استرشدت بها في الجوانب التطبيقية للعقود المعاصرة ضمن الفصل الخامس.

2. **عبد الرحمن بن عايد العايد (2004)، دراسة بعنوان: «عقد المقاولة»**، وهي رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي من كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

تناول فيها الباحث موضوع المقاولة وأحكامها وتطبيقاتها المعاصرة من خلال: تمهيد وخمسة أبواب، حيث خصّ الباب الأوّل لحقيقة عقد المقاولة وأركانها، والباب الثاني التكييف الفقهي لعقد المقاولة، والباب الثالث آثار عقد المقاولة، والباب الرابع انتهاء عقد المقاولة، والباب الخامس لصور تطبيقية لبعض عقود المقاولة، وقد قارن تلك الأحكام مع القوانين السعودية.

وبما أنّ الباحث لم يغطّ كلّ العقود التي يمكن أن تبرمها الدولة مع مواطنيها فقد استفدت من هذا البحث أثناء دراسة عقود المقاولة والتوريد وتطبيقاتهما المعاصرة، مع رجوعي إلى أحكام القانون الجزائري في الموضوع.

3. **إبراهيم بن صالح التنم (2018)، دراسة بعنوان: «الامتياز في المعاملات المالية، وأحكامه في الفقه الإسلامي»**، وهي رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي المقارن من كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

تناول فيها الباحث موضوع الامتياز وأحكامه وتطبيقاته المعاصرة من خلال: مقدّمة وبابين، حيث خصّ الباب الأوّل لحقيقة الامتياز وأركانه، والباب الثاني لأحكام حقّ الامتياز من خلال فصلين؛ الأوّل: امتياز الالتزام، والثاني: امتياز المنافع، ثمّ استعرض أهم التطبيقات المعاصرة له في الفصل الثالث ضمن تسعة مباحث. وقد قارن تلك الأحكام مع القوانين السعودية.

وبما أنّ الباحث لم يغطّ كلّ العقود التي يمكن أن تبرمها الدولة مع مواطنيها فقد استفدت من هذا البحث أثناء دراسة عقود الامتياز وتطبيقاتها المعاصرة، مع رجوعي إلى أحكام القانون الجزائري في الموضوع.

6. منهج البحث ومنهجيته:

اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج **الاستقرائي الاستقصائي** في جمع المعلومة من مظانّها، وعلى المنهج **التحليلي المقارن** في توظيفها والإفادة منها. وتبنّيت المنهج التفصيلي التالي:

1- ضبط الآيات القرآنية وفق رسم المصحف الشريف برواية حفص عن عاصم، ووضعها بين الشكلين ﴿ ﴾، وتخريج السورة ورقم الآية بين معكوفين [ ] في متن الأطروحة.

2- تخريج الأحاديث والآثار النبوية الشريفة من مصادرها الأصيلة، مع بيان درجتها من حيث الصحة والثبوت من أحكام النّقاد.

3- التوثيق العلمي؛ بنقل المعلومات من مصادرها الأصيلة ما أمكن، فإن تعذّر فمن المصادر القريبة مع الإشارة إلى ذلك.

4- كتابة اسم المؤلف ثم عنوان الكتاب **بخط غليظ** وتسطيره، ثم دار ومكان النشر، ثم رقم الطبعة وتاريخها، ثم الجزء إن وُجِدَ وأخيرًا الصفحة وذلك عند ذِكر المرجع لأوَّل مرة، وعند تكرّار المرجع يتم الإشارة إلى ذلك بذكر المرجع السابق ورقم الصفحة، وبذكر اسم المؤلف ومختصر من العنوان... مرجع سابق إذا تعلق الأمر باستخدام مرجعين أو أكثر لمؤلف واحد.

5- تحرير ملخّص عام للأطروحة باللغة العربية في نهاية البحث، وملخّص ثان باللغة الانجليزية.

6- توضيح المصطلحات الفقهية الدقيقة.

7- وضع فهارس تفصيلية:

أ- فهرس الآيات القرآنية.

ب- فهرس الأحاديث النبوية والآثار.

جـ – فهرس القواعد الأصولية والفقهية.

د- – فهرس الأعلام المترجم لهم.

7. حدود الدراسة:

لقد تناولت هذه الدراسة موضوع "عقود الدولة أو الإدارة" وفق ثلاثة محدّدات:

1– تناولت الدراسة العقود التي تبرمها الدولة مع مواطنيها أفرادا كانوا أو مؤسّسات، ولم تتناول العقود الدولية التي تبرمها الدولة مع أطراف دولية أو أجنبية.

2– كما اختارت الدراسة في جوانبها التطبيقية أن تدرس العقود المعتمدة في القوانين الجزائرية دون غيرها من القوانين الأخرى.

3– ونظرا؛ لكثرة القوانين وتجدّدها باستمرار، فقد اعتمدت الدراسة على القوانين السارية المفعول إلى حين إعداد هذه الدراسة، مع الإشارة إلى القوانين السابقة كلّما اقتضى الأمر ذلك.

8. المصادر والمراجع:

اعتمدت في إنجاز هذه الأطروحة على تشكيلة واسعة من المصادر والمراجع المتنوّعة؛ بدءً من كتب أحكام القرآن الكريم وتفسيره، وكتب الحديث النبوي الشريف وشروحه، وكتب الفقه الإسلامي من مختلف مدارسه وأطواره، وكتب الأصول والقواعد الفقهية، وكتب القانون العام والخاص، والقوانين والمراسيم الصادرة، وكتب الاقتصاد والمعاملات المالية، والرسائل والأبحاث الأكاديمية، والمقالات والمجالات، والشبكة العنكبوتية...إلخ.

9. صعوبات البحث:

اعترضت الباحث أثناء إعداد الأطروحة جملة من الصعوبات، أوجزها فيما يلي:

1– شحّ المادة العلمية الفقهية المتعلّقة بتأصيل مفهوم: "عقود الإدارة" –في حدود اطّلاعي–، فلم يستعمل الفقهاء في مدوّناتهم الفقهية هذا المصطلح ولم ينصّوا على خصوصيته بشكل مستقلّ.

2– عدم بلورة عقود الإدارة من الناحية القانونية بشكل منظّم في إطار نظرية متكاملة ومتناسقة، إنّما اكتفوا بوضع مبادئ عامة نظرية، وتناولوا كلّ عقد على حدة.

3– كثرة التطبيقات العملية لهذه العقود، والتغيّرات الحاصلة في كلّ نوع منها بفعل تغيّر القوانين والتنظيمات، وصعوبة وضع تصوّر ثابت أو مستقرّ لها.

10. خطّة البحث :

حتّى تحقّق الدراسة غايتها فقد قسّمت الدراسة إلى: مقدّمة، وبابين؛ تنضوي تحتهما ستة فصول، وخاتمة:

تحتوي المقدّمة على: بيان أهمية الموضوع، والإشكالية، والجهود السابقة، والمنهجية، والخطة.

أمّا الباب الأوّل فيتناول **حقيقة العقود التي تجريها الدولة ومقوّمات التعاقد المالي معها.**

يتطرّق الفصل الأوّل منه إلى بيان **حقيقة العقود المبرمة بين الدولة ومواطنيها،** باعتبارها مدخل القضية الرئيسة للبحث، والأرضية التي ستبنى عليها باقي أجزاء البحث، وفكّكته إلى ثلاثة مفاهيم: 1) مفهوم **العقود المالية** وأنواعها.. 2) مفهوم **الدولة** في النظام الإسلامي وما استقرّت عليه في النظم المعاصرة (المكوّنات، الخصائص، الوظائف).. 3) مفهوم **عقود الإدارة،** وأنواعها. وينتهي الفصل ببيان التكييف الفقهي المناسب **لعقود الإدارة** ومميّزاتها.

أمّا الفصل الثاني فيستقصي **مقوّمات التعاقد المالي مع الدولة،** من خلال بيان: الأركان والشروط والضوابط الشرعية المنشئة للعقد، وينتهي الفصل ببيان ضوابط العقود المالية المستحدثة وشروط صحّتها.

أمّا الفصل الثالث فيتناول الشروط الجعلية في عقود الإدارة التي يضيفها الطرفان إلى بنود العقد وأنواعها ومشروعيتها، وينتهي الفصل ببيان التكييف الفقهي للتطبيقات المعاصرة لها؛ كـ«دفتر الشروط»، و«الشرط الجزائي».

وأمّا الباب الثاني من الدراسة فيتناول **أشكال التعاقد المالي مع الدولة وطرق تعديله وإنهائه وأهمّ تطبيقاته في القانون الجزائري.**

يستقصي الفصل الأوّل منه الأشكال التي يجري التعاقد بها مع الدولة، وما يكتنفها من أحكام وشروط، وقسّمته إلى جزئين: الأوّل: **أشكال التعاقد مع الدولة،** وفيه بيان لأحكام الطرف المتعاقد مع الدولة (شخص طبيعي، معنوي)، وأحكام الطرف النائب عن الدولة. الثاني: **طرق التعاقد مع الدولة،** وفيه بيان لأساليب التعاقد مع الدولة؛ إمّا مباشرة، أو عن طريق المناقصات والمزايدات، وما يكتنف كلّ أسلوب من أحكام وشرائط.

أمّا الفصل الثاني، فيدرس الحالات التي يلجأ فيها العاقدان إلى تعديل بعض أحكام

العقود، كما يتناول حالات انتهاء التعاقد مع الدولة؛ إمّا بشكل طبيعي أو بالتراضي أو بالقوّة، وما يترتب على كلّ ذلك من آثار وتعويضات.

أمّا الفصل الثالث والأخير فهو **دراسة تطبيقية لأهم عقود الإدارة الواردة في القانون الجزائري**، على ضوء الأحكام والنتائج المستخلصة من الفصول السابقة.

وأمّا الخاتمة: فتحوي أهمّ النتائج والتوصيات.

الباب الأوّل

حقيقة العقود التي تجريها الدولة ومقوّمات التعاقد المالي معها

سنؤسّس الجانب النظري لموضوع الدارسة ضمن هذا الباب لوضع تصوّر شامل للعقود المالية التي تجريها الدولة باعتبارها شخصية اعتبارية عامة، من خلال بيان حقيقة هذه العقود وأنواعها، ثم المقوّمات والأركان التي تستند عليها هذه العقود وشروطها وضوابطها، وما يمكن أن يضفيه أحد المتعاقدين من شروط جعلية.

ويشتمل هذا الباب على ثلاثة فصول:

الفصل الأول: حقيقة العقود التي تجريها الدولة

الفصل الثاني: مقوّمات التعاقد المالي مع الدولة

الفصل الثالث: الشروط الجعلية في عقود الإدارة أنواعها ومشروعيتها

الفصل الأول

حقيقة العقود التي تجريها الدولة

يُعنى هذا الفصل بتحديد مفهوم العقود في الفقه الإسلامي وأنواعها، ثمّ بيان مفهوم الدولة وعناصرها وتشكيلاتها ووظائفها الاقتصادية باعتبارها الطرف الأهمّ في العقود التي سنبحثها في هذه الدراسة، ثمّ نختم هذا الفصل بدراسة حقيقة العقود التي تصدر عن الدولة من خلال أجهزتها الإدارية المختلفة التي تنوب عنها في إدارة مرافق الدولة، وأبرز أنواعها وأغراضها، للوصول إلى معرفة الأحكام الشرعية المتعلّقة بها، ويشتمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم العقود المالية وأنواعها

المبحث الثاني: مفهوم الدولة ومكوّناتها

المبحث الثالث: التكييف الفقهي لعقود الإدارة

المبحث الأول
مفهوم العقود المالية وأنواعها

نبدأ بحثنا بتحديد مفهوم العقود في الفقه الإسلامي من خلال تحديد تعريفه، وذكر أنواع العقود المالية من اعتبارات مختلفة نركّز فيها على ما يخدم البحث، وما يستعان به في الفصول القادمة، وذلك في ضوء المطلبين أدناه:

المطلب الأوّل: تعريف العقد لغة واصطلاحا

المطلب الثاني: أنواع العقود المالية

المطلب الأول: تعريف العقد لغة واصطلاحا

سنذكر تعريف العقد في الوضع اللغوي أوّلا، ثمّ الاصطلاح الفقهي والقانوني:

الفرع الأوّل: تعريف العقد لغة

العقد لغة: الربط، وهو جمع طرفي حبلين ونحوهما، وشد أحدهما بالآخر، حتى يتصلا فيصبحا كقطعة واحدة، والعقدة هي الموصل الذي يمسكهما ويوثقهما[1].

ومنه انتقلوا إلى إطلاقه على اليمين والعهد، وعلى الاتفاق في المبادلات؛ كالبيع ونحوه[2].

الفرع الثاني: تعريف العقد اصطلاحا

يطلق العقد ويراد به في الاصطلاح الشرعي: "ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول"[3]، أو: "ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي كعقد البيع والنكاح وغيرهما"[1].

---

(1) يراجع: الأزهري، **تهذيب اللغة**، مجموعة من المحقّقين، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ط1، 1964-1967: 199/1، ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، عبد السلام هارون، دار الفكر، دمشق، 1979/1399: 86/4، ابن منظور، **لسان العرب**، دار صادر، بيروت (د.ت): 296/3.

(2) يراجع: الفيومي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، مطبعة التقدم العلمية، مصر، ط1، 1322: (35/2)، نزيه حماد، **معجم المصطلحات المالية**، دار القلم، دمشق، ط1، 2008/1429: 320، محمود عبد المنعم، **معجم المصطلحات والألفاظ**، دار الفضيلة، مصر، ط1، 1999: 518/2.

(3) يراجع: الشريف الجرجاني، **كتاب التعريفات**، دار الكتب العلمية بيروت -لبنان، ط1، 1403 هـ، ص: 153.

كما عرفت مجلة الأحكام الشرعية العقد بأنه:

«ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محلّه»[2].

أمّا في الاصطلاح القانوني فيعرّف العقد بأنّه:

«اتفاق إرادتين على إنشاء حق، أو على نقله، أو على إنهائه»[3].

والمقصود من التعريفين الفقهي والقانوني متقارب، غير أن التعريف الأول أحكم منطقا وأدقّ تصوّرا، والثاني أوضح تصويراً وتعبيراً[4].

ولم يخرج القانون المدني الجزائري[5] عن هذا المفهوم في الجملة؛ إذ عرّف العقد ضمن المادة (54 معدّلة) بما يلي: "العقد اتّفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص نحو شخص أو عدّة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

المطلب الثاني: أنواع العقود المالية

من المناسب قبل الشروع في المقصود استعراض أنواع العقود المالية وتقسيماتها، لتصنيفها وإبراز ما لها من خصائص وما يترتب عليها من أحكام، ولا يهمّنا في هذا المقام تقصّيها كلّها، وإنّما الاقتصار على ما يفيدنا في بحثنا، وهي أربعة أنواع مهمّة، نستعرضها في الفروع التالية:

الفرع الأوّل: أنواع العقود بالنظر إلى تبادل الحقوق

يمكن تقسيم العقود المالية من حيث تبادل الحقوق إلى ثلاثة أنواع:

أ-**المعاوضات:** وهي تقوم على أساس إنشاء وجائب متقابلة بين العاقدين، يأخذ فيها كل من الطرفين شيئا ويعطي في مقابله شيئا[6]، وهي:

---

(1) يراجع: الزركشي، **المنثور في القواعد**، تيسير محمود، وزارة الأوقاف الكويتية، ط1، 1402، 1982: 403/2: 397/2.

(2) لجنة فقهاء الخلافة العثمانية، **مجلة الأحكام العدلية**، مطبعة الجوائب، الإستانة، تركيا، ط3، 1305؛ المادتين: [103]، [104]، ص: 17.

(3) يراجع: السنهوري، **نظرية العقد**، منشورا ت الحلبي، بيروت، ط2، 1998: ف77-80.

(4) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، دار القلم، دمشق، ط1، 1998: 382/1.

(5) الأمر رقم 75-58 المؤرّخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمّم.

(6) يراجع: ابن الهمام، **فتح القدير شرح الهداية**، دار الفكر، دمشق (د.ت): 203/5، الزيلعي، **تبيين الحقائق شرح**

– البيع بأنواعه (كالمقايضة، والصرف، والاستصناع، والسلم، وبيوع الأمانة – كالمرابحة، والتولية، والوضيعة–، وبيع الوفاء، وصلح عن مال بمال، والحوالة، والإقالة، وهبة الثواب).

– والإجارة بأنواعها (كالمساقاة، والكراء)، والجعالة.

– والشركة بأنواعها (كالمضاربة، والمزارعة، والمغارسة).

ب–التبرعات: وهي تقوم على أساس المنحة من أحد الطرفين، دون مقابل من الطرف الآخر بقصد البرّ والمعروف غالبا[1]، وهي:

الهبة بأنواعها، والإعارة، والإيداع، والوكالة، وعقود التوثيق؛ كالرهن، والكفالة.

ج–ذات الشبهين: وهي التي تحوي معنى التبرع ابتداءً، ثم تؤول وتنتهي إلى المعاوضة[2]، وهي: القرض، والكفالة، والحوالة بأمر المدين. فتطبّق على هذه العقود في

كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية– بولاق، القاهرة، ط1، 1313: 131/4، ابن عابدين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار**، دار الفكر، بيروت، ط2، 1386: 240/5، الباجي، **المنتقى في شرح الموطأ**، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1332: 280/4، القرافي، **الذخيرة في فروع المالكية**، محمد حجي وسعيد أعراب ومحمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994: 159/1، التسولي، **البهجة في شرح التحفة**، المكتبة العصرية، بيروت، ط1، 2005: 264/2، الماوردي، **الحاوي شرح مختصر المزني**، علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1999/1419: 232/7، الزركشي، **المنثور في القواعد**: 403/2، زكريا الأنصاري، **أسنى المطالب**، دار الكتاب الإسلامي، بيروت: 46/2، ابن رجب، **القواعد**، مشهور سلمان، دار ابن عفان، الرياض، ط1، 1424: 363/1، الرحيباني، **مطالب أولي النهى**، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1415هـ – 1994: 96/2، محمد سلام مدكور، **المدخل للفقه الإسلامي**، دار الكتاب الحديث، المصر، ط2، 1996: 598، مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 640/1.

(1) يراجع: ابن الهمام، **فتح القدير**: 204/5، ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتب العربية، مصر، 1333: 401/4، ابن عابدين، **رد المحتار**: 845/3، الباجي، **المنتقى**: 280/4، القرافي، **الذخيرة**: 159/1، ميارة، **الإتقان والإحكام شرح تحفة الحكام**، دار المعرفة، بيروت (د.ت): 135/2، الجويني، **نهاية المطلب**، عبد العظيم الديب، دار المنهاج، جدة، ط1، 2007/1428: 339/8، الرافعي، **العزيز شرح الوجيز**، علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1997/1: 305/6، النووي، **روضة الطالبين**، زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1991/1412: 51/11، ابن رجب، **القواعد**: 418/2، البهوتي، **كشّاف القناع عن متن الإقناع**، لجنة في وزارة العدل السعودية، ط1، 2000–2008: 294/9، الرحيباني، **مطالب أولي النهى**: 60/4، محمد مدكور، **المرجع السابق**: 599، مصطفى الزرقا، **المرجع السابق**: 640/1.

(2) يراجع: الكاساني، **بدائع الصنائع**، دار الكتب العلمية، بيروت ط2، 1986/1406، مصوّر عن مطبعة الخانجي، مصر، 1328: 153/5، البابرتي، **العناية شرح الهداية**، دار الفكر، بيروت، ط2، 1970: 523/6، ابن الهمام، **فتح القدير**: 215/7، الباجي، **المنتقى**: 280/4، ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، تحقيق: محمد صبحي

ابتدائها شرائط التبرع، وفي انتهائها أحكام المعاوضة.

الفرع الثاني: أنواع العقود بالنظر إلى اللزوم والجواز

ويمكن تقسيم العقود المالية من حيث اللّزوم –أي: عدم إمكان رجوع العاقد عن العقد بإرادته المنفردة–، إلى أربعة أنواع:

أ–**لازمة بحق الطرفين بمجرّد العقد،** وهي باتّفاق الفقهاء: البيوع والإجارات بأنواعهما الخالية عن الخيارات[1]. وزاد المالكية: شركة الأموال[2].

ب–لازمة بحق أحد الطرفين بمجرّد العقد، وجائزة بحقّ الطرف الآخر: وهي: بيع الخيار أيام الخيار، والكفالة[3].

حلاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط1، 1415: 280/3، المرداوي، **الإنصاف مع الشرح الكبير**، عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار هجر، مصر، ط1، 1993/1414: 90/13، مدكور، **المرجع السابق**: 599، مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 640/1.

(1) يراجع: الكاساني، **بدائع الصنائع**: 297/5، ابن نجيم، **البحر الرائق**: 282/5، ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1985/1405: 399، أبو عمران الصنهاجي، **النظائر في الفقه المالكي**، جلال الجهاني، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط2، 1431، 2010: 76، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**، محمد الشيخ محمد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، مصر (د.ت): 570، الشنقيطي، **إعداد المهج في الاستفادة من المنهج**، عبد الله الأنصاري، منشورات إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، 1983/1403: 241، النووي، **الأصول والضوابط**، محمد حسن هيتو، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 1406: (26)، الزركشي، **المنثور في القواعد**: 398/2، السيوطي، **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1983/1430: 275، ابن قدامة، **المغني في شرح الخرقي**، عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط2، 1997/1417: 48/6، ابن رجب، **القواعد**: 353/1، مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي: 639/1.
وقد نصّ المالكية على لزوم المساقاة واعتبروها من أنواع الإجارات. يراجع: ابن رشد، **المقدمات الممهدات**، محمد الحجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1988/1408: 552/2، ابن رشد، **البيان والتحصيل**، محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1988/1408: 265/10، المجّاجي، **التعريج والتبريج**، خالد بوشمة، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2005/1426: 120، عليش، **منح الجليل على مختصر خليل**، دار صادر، بيروت: 729/3، التسولي، البهجة: 360/2.

(2) وهو المعتمد من أقوالهم. يراجع: ابن يونس، **الجامع لمسائل المدونة**، مجموعة باحثين دار الفكر، بيروت، ط1، 2013: 267/16، الحطاب، **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**، دار الفكر، بيروت، ط3، 1992/1412: 122/5–123، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**: 570–578، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**، عبد الباقي بدوي، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 2004/1425: 693/2.

(3) بيع الخيار هو محلّ اتّفاق. يراجع: ابن حزم، **مراتب الإجماع**، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط3، 1982/1402: 86، ابن القطّان، **الإقناع في مسائل الإجماع**، فاروق حمادة، دار القلم، دمشق، ط1، 2003/1423: 1723/4.

وزاد المالكية: الهبة، والوقف، والرهن، والقرض، والعارية[1].

ج-لازمة بحقّ أحد الطّرفين بالفعل أو الشروع أو القبض، وجائزة بحقّ الطرف الآخر، فالأصل فيها قبل تحقّق شرطها أنّها عقود جائزة من الطرفين معا، وقد اتّفقوا على الجعالة[2].

ثمّ اختلفوا في العقود الأخرى؛ فعدّ المالكية منها:

الوصية، والقراض (المضاربة)[3]، وشركة الأبدان، والمزارعة والمغارسة[4].

وعدّ الجمهور منها: الهبة، والعارية، والرهن، والقرض[5]، وزاد الحنفية: الوصية[6].

وكذلك عقد الكفالة. يراجع: السرخسي، **المبسوط**، دار المعرفة، بيروت، 1989/1409: 28/22، ابن رشد، **بداية المجتهد**: 94/4، الماوردي، **الحاوي**: 29/5، ابن قدامة، **المغني**: 74/7.

(1) يراجع: ابن رشد، **المقدمات**: 363/2، ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**، حميد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2003/1423: 761/2، 772، التسولي، **البهجة**: 301/1، 526/2.

(2) وهو المعتمد لدى الجمهور. يراجع: ابن رشد، **المقدمات**: 179/2، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**: 571، الماوردي، **الحاوي**: 29/5، النووي، **الأصول والضوابط**: 26، ابن قدامة، **المغني**: 323/8، ابن رجب، **القواعد**: 499/1.

(3) وهو المعتمد لديهم. يراجع: أبو عمران الصنهاجي، **النظائر**: 76، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**: 571-572، السجلماسي، **شرح اليواقيت**: 693/2.

(4) وهو أشهر القولين في شركة الأبدان، وبه قال: **أبو الحسن الصغير**، و**الزرقاني**، **والخرشي**، **والدسوقي**. يراجع: الزرقاني، **شرح مختصر خليل مع حاشية البناني**، دار الفكر، بيروت، مصوّر عن طبعة محمد أفندي مصطفى، مصر، 1307: 55/3، الخرشي، **شرح مختصر خليل**، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1317: 51/6، الدسوقي، **حاشية على شرح الدردير**، دار إحياء الكتب العربية، البابي الحلبي، مصر (د.ت): 361/3.

أمّا عقد المزارعة، فقد اشترطوا للزومها البذر، قاله **ابن القاسم** في المدوّنة والعتبية، وهو المشهور الذي عليه العمل، واختاره: **ابن الحاجب** و**خليل** والشرّاح، وهناك قولان آخران: **الأوّل**: لزومها بالعقد، **لسحنون** و**ابن الماجشون** و**ابن كنانة** و**ابن القاسم** في كتاب ابن سحنون، اختاره: **ابن عبد السّلام**، **والثاني**: لزومها بالشروع بأيّ عمل، **لابن كنانة** في المبسوط (للقاضي إسماعيل)، واختاره: **ابن رشد** وجرت به الفتوى بقرطبة. يراجع: ابن رشد، **المقدمات**: 42/3، الحطاب، **مواهب الجليل**: 369/5، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**: 571، السجلماسي، **شرح اليواقيت**: 693/2.

وأمّا المغارسة فقد اختلفوا فيها، حيث اختار **ابن رشد** لزومها بالعقد كالإجارة، واعتمد كثيرون لزومها بالشروع كالجعالة. يراجع: ابن رشد، **المقدمات**: 552/2، **البيان والتحصيل**: 265/10، عليش، **منح الجليل**: 729/3.

(5) فهي عندهم لا تلزم إلا بالقبض. يراجع: الكاساني، **بدائع الصنائع**: 297/5، ابن نجيم، **البحر الرائق**: 282/5، ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**: 400، الماوردي، **الحاوي**: 29/5، النووي، **الأصول والضوابط**: 27، الزركشي، **المنثور في القواعد**: 398/2، ابن قدامة، **المغني**: 49/6، ابن رجب، **القواعد**: 353/1، مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 639/1.

(6) وهي عندهم تلزم بالقبول بعد موت الموصي، ولا تتوقّف على القبض. يراجع: السرخسي، **المبسوط**: 47/28،

د-جائزة بحق الطرفين مطلقا، وهي التي يملك كل منهما حق الرجوع والإلغاء في أيّ وقت، وهي عند المالكية: الوديعة، والوكالة[1].

وأضاف الجمهور إليها: الوكالة، والشركة بأنواعها[2].

وزاد الشافعية والحنابلة: الوصية[3].

الفرع الثالث: أنواع العقود بالنظر إلى اشتراط القبض وعدمه

وتنقسم العقود المالية من حيث اشتراط القبض وعدمه إلى أربعة أنواع أخرى:

أ-ما لا يشترط القبض في صحتها ولا استقرارها ولا لزومها، وهي:

الحوالة، والكفالة، والوكالة، والوصية، والجعالة[4]، وزاد الجمهور عدا المالكية: الوقف[5].

ب-ما يشترط القبض في صحتها: فإذا لم يقبض فيها كانت باطلة، وهي:

العقود التي يتطرّق إليها الربا؛ كالصرف، وبيع الطعام بجنسه، وبيع الطعام قبل قبضه[6].

ج-ما يشترط القبض في لزومها: فإذا لم يقبض فيها كانت جائزة غير لازمة، وهي

الحدادي، **الجوهرة النيّرة**، المطبعة الخيرية، ط1، 1322: (289/2)، ابن عابدين، **رد المحتار**: 650/6.

(1) يراجع: ابن شاس، **عقد الجواهر**: 850/2، القرافي، **الذخيرة**: 138/9، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**: 568، 571.

(2) يراجع: ابن الهمام، **فتح القدير**: 501/7، ابن نجيم، **البحر الرائق**: 282/5، النووي، **الأصول والضوابط**: 26-27، الزركشي، **المنثور في القواعد**: 398/2، ابن رجب، **القواعد**: 353/1، 505-506، البهوتي، **دقائق أولي النهى**: 514/3، مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 639/1.

(3) يراجع: الماوردي، **الحاوي**: 29/5، الزركشي، **المنثور في القواعد**: 398/2، ابن قدامة، **المغني**: 49/6، ابن رجب، **القواعد**: 354/1.

(4) يراجع: ابن نجيم، **البحر الرائق**: 271/6، ابن عابدين، **رد المحتار**: 650/6، القرافي، **الذخيرة**: 256/6، 250/9، الحطاب، **مواهب الجليل**: 381/6، السيوطي، **الأشباه والنظائر**: 280، ابن رجب، **القواعد**: 370/1، علي القره داغي، **مبدأ الرضا في العقود**، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط3، 2009/1429: (150/1).

(5) يراجع: ابن نجيم، **البحر الرائق**: 212/5، ابن عابدين، **رد المحتار**: 338/4، الزركشي، **المنثور في القواعد**: 406/2، السيوطي، **الأشباه والنظائر**: 281، ابن قدامة، **المغني**: 187/8، المرداوي، **الإنصاف مع الشرح الكبير**: 518/16-520.

(6) وهي محلّ إجماع. يراجع: ابن المنذر، **الإجماع**، أبو حماد صغير، مكتبة الفرقان، الإمارات العربية، ط2، 1999/1420: 132-133، ابن القطّان، **الإقناع**: 1752/4، 1783.

عند الجمهور –خلافا للمالكية–: سائر التبرعات، بالإضافة إلى الرهن[1].

د–ما يشترط القبض في استقرارها وتمامها: ولا يؤثّر عدم القبض في صحّتها ولا في لزومها، وإنّما لا تتمّ ولا تستقر إلاّ بقبضها[2]، وهي: البيوع والإجارات بأنواعهما اتّفاقا[3].

وزاد المالكية سبعة عشر عقدا وتصرّفا تصحّ وتلزم بمجرّد القول، ولكنها لا تتمّ إلاّ بالقبض، وهي:

الهبة، والعُمرى[4]، والعطيّةُ، والنِحلَة[5]، والعَريَّة[6]، والمِنحَة[7]، والإسكانُ[8]، والهديّة، والعارِيّة، والوقف، والإخدام[9]، والإرفاق[10]، والرّهن، والصِلة[11]، والصّدقة، والحِبا[12]، والقرض[13].

---

(1) ذكرنا رأيهم في التبرعات والرهن سابقا. ويراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 419/1.

(2) يراجع: الزركشي، **المنثور في القواعد**: 240/3، ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**: 415، البهوتي، **كشّاف القناع عن متن الإقناع**: 264/8.

(3) ومعنى الاستقرار: ما لا يحتمل السقوط بتلفه أو تلف مقابله. يراجع: الكاساني، **بدائع الصنائع**: 237/5، ابن شاس، **عقد الجواهر**: 721/2، القرافي، **الذخيرة**: 133/5، العلائي، **المجموع المذهب في قواعد المذهب**، (من البيع إلى نهاية الكتاب)، سراج بلال، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة،1415: (172/4)، الزركشي، **المنثور في القواعد**: 406/2، السيوطي، **الأشباه والنظائر**: 281، ابن قدامة، **المغني**: 286/6، علي القره داغي، **مبدأ الرضا في العقود**: 150/1.

(4) **العمرى**: «تمليك منفعة حياة المعطى بغير عوض إنشاء». يراجع: الرّصاع، **الهداية الكافية**، محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1993: 550/2، المجاجي، **التعريج والتبريج**: 353.

(5) **النّحلة**: «العطية على سبب خاص وهو النّكاح وانعقد عليها». وفيه خلاف عند المالكية في اشتراط القبض فيه، والمشهور عندهم عدمه. يراجع: المجاجي، **التعريج**: 378، التسولي، **البهجة**: 508/1.

(6) **العريّة**: «ما مُنح من ثمر ييبس». يراجع: الرصاع، **الهداية الكافية**: 389/2، المجاجي، **التعريج**: 351.

(7) **المنحة**: «هبة غلّة الحيوان؛ كاللبن والوبر والصوف». يراجع: الحطاب، **تحرير تحرير الكلام في مسائل الالتزام**، عبد السلام الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 2008: 71، المجاجي، **التعريج**: 349.

(8) **الإسكان**: «هبة الرجل سكنى داره لآخر مدة». يراجع: الحطاب، **تحرير الكلام**: 71، المجاجي، **التعريج**: 363.

(9) **الإخدام**: «هبة خدمة العبيد». يراجع: الرصاع، **الهداية الكافية**: 464/2، الحطاب، **تحرير الكلام**: 71.

(10) **الإرفاق**: «إعطاء منافع العقار».]نظر: الحطاب، **تحرير الكلام**: 72، التسولي، **البهجة**: 459/2.

(11) **الصلة**: وهو في المعنى راجع إلى الهبة، وكأنّهم يستعملونه فيما يعطى لفقير من جهة فقره، أو لذي رحم من جهة رحمه. يراجع: المجاجي، **التعريج**: 339، التسولي، **البهجة**: 438/2.

(12) **الحباء** أو **الإحباء**: «ما يعطيه الزوج لولي الزوجة بسبب النّكاح». يراجع: المجاجي، **التعريج**: 344، التسولي، **البهجة**: 438/2.

(13) يراجع: المنجور، **شرح المنهج المنتخب**: 430، السجلماسي، **شرح اليواقيت**: 694/2–699.

الفرع الرابع: أنواع العقود بالنظر إلى الفورية والاستمرار

تصنّف العقود بالنظر إلى عنصر الزمن فيها إلى صفين[1]:

أ-عقود فورية، وهي: التي لا يحتاج تنفيذها إلى زمن ممتد يشغله باستمرار، بل يتم تنفيذها فورا دفعة واحدة في الوقت الذي يختاره العاقدان؛ كالبيع ولو بثمن مؤجّل، والصلح، والقرض، والهبة. فإنّ تنفيذ هذه العقود باستيفاء كل عاقد ما يسوّغه العقد استيفاءه يتم وتنقضي به الالتزامات في آن واحد.

ب-عقود مستمرة، وهي: التي بحسب موضوعها يستغرق تنفيذها مدّة ممتدة من الزمن بحيث يكون الزمن عنصرا أساسيا في تنفيذها. ولذلك تسمى أيضا **عقودا زمنية**.

وذلك كالإجارة، والإعارة، وشركة العقد، والوكالة. فإنّ تنفيذ هذه العقود وأمثالها باستيفاء منافع المأجور والعارية، وبممارسة أعمال الشركة والوكالة، يحتاج إلى متّسع من الوقت ليسيري حكم العقد فيه باستمرار.

---

(1) يراجع: عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، ط3، 1981: 165/1، مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 644/1.

المبحث الثاني
مفهوم الدولة ومكوّناتها

سنتناول في هذا المبحث مفهوم الدولة باعتبارها الطرف الأهمّ في العقود التي سندرسها في هذا البحث، وقد شاع تناول مواضيع الدولة في كتب الأحكام السلطانية والسياسة الشرعية، وفي المباحث الفقهية المتعلّقة بالإمارة والخلافة والإمامة الكبرى، وغالبا ما يتمّ تناولها من الناحية السياسية: كشروط الإمام ومواصفاته، وطرق عقد الإمامة، وحدود طاعة الإمام، والواجبات، والولايات، والحل والعقد، والخلع والعزل ... إلخ، وهذه الموضوعات واسعة جدّا وليست ذات أثر مباشر على دراستنا، لذا سنكتفي بالجوانب الفقهية الاقتصادية المتعلّقة بالدولة باعتبارها طرفا متعاقدا.

ويندرج تحت هذا المبحث عدة فروع، ضمّنتها ثلاثة مطالب:

المطلب الأوّل: مفهوم الدولة في النظام الإسلامي

المطلب الثاني: مفهوم الدولة في القوانين والدساتير المعاصرة

المطلب الثالث: طبيعة الدولة وتنظيمها الإداري

المطلب الأول: مفهوم الدولة في النظام الإسلامي

الفرع الأول: تعريف الدولة

أ-تعريف الدولة لغة[1]:

الدّولة -بالفتح أو الضمّ- لغة حصول الشيء في يد هذا تارة وفي يد هذا أخرى، أو التعاقب في المال والحرب، والدَّولة في المال والحرب سواء، وهناك من خصّ الدولة بالضم في المال، والدولة بالفتح في الحرب. والدّول: انقلاب الدَّهْر من حَال إِلَى حَال.

من ذلك قوله تعالى: ﴿إِن يَمْسَسْكُمْ قَرْحٌ فَقَدْ مَسَّ الْقَوْمَ قَرْحٌ مِّثْلُهُ ۚ وَتِلْكَ الْأَيَّامُ نُدَاوِلُهَا بَيْنَ النَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا وَيَتَّخِذَ مِنكُمْ شُهَدَاءَ ۗ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ﴾ [سورة آل عمران، الآية: 140].

ومنه قوله تعالى: ﴿مَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنكُمْ ۚ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانتَهُوا ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۖ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ [سورة الحشر، الآية: 7]. أي يتداولون المال فيما بينهم ولا يجعلون للفقراء منه نصيبا.

ب-تعريف الدولة اصطلاحا:

أما في الاصطلاح الفقهي فلم يشتهر استعمال هذا المصطلح في كتب الفقه؛ إلاّ ما ورد استعماله في بعض كتب السياسة الشرعية والأحكام السلطانية، ولم يضعوا لهذا المصطلح تعريفا محدّدا. إلا أن المعهود أن "الدولة" هي مجموعة: "**الإيالات (السلطات) تجتمع لتحقيق السيادة على أقاليم معينة، لها حدودها، ومستوطنوها، فيكون الحاكم أو الخليفة، أو أمير المؤمنين، على رأس هذه السلطات**"[2].

والدولة من الكلمات التي خضع مدلولها للتطور عبر العصور فقد كانت يطلق في

---

(1) يراجع: ابن منظور، **لسان العرب**: 1455/2، الفيومي، **المصباح المنير**: 107، الكفوي، **الكليات**، تحقيق: عدنان درويش، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1998: 450.

(2) يراجع: وزارة الأوقاف الكويتية، **الموسوعة الفقهية**، ط2، دار السلاسل، الكويت، 1404-1427: 36/21.

اصطلاح الأقدمين على: "**سلسلة من الأمراء من أسرة واحدة**" كدولة بني أمية، ودولة بني العباس. ثمّ أصبحت تطلق في العصور الحديثة على: "**الحكومة بالإجمال، والسلطة، وكلّ ما يتعلّق بالأحوال السياسية**"[1].

ج-شخصية الدولة:

لقد قرّر الفقهاء جملة من الأحكام لتصرّف السلطان الحاكم ما لا يمكن تفسيره إلاّ باعتبار أنّ الدولة شخصية حكمية عامّة يمثّلها في التصرفات والحقوق والمصالح رئيسها ونوّابه من سائر موظّفي الدولة، كلّ بحسب اختصاصه؛ في النواحي الخارجية، والداخلية، والمالية.

فممّا يترتّب على ذلك أنّهم اعتبروا أنّ ما يبرمه الإمام أو الأمير أو القائد من الصلح والمعاهدات هو محترم وملزم للأمة لا تجوز للإمام أو الرعية مخالفته.

وعلى الصعيد الداخلي نصّوا على أنّ العمّال والموظّفين لا ينعزلون بموت السلطان الذي عيّنهم.

وفي الناحية المالية، اعتبروا مجموع الأمة أو الدولة شخصية حكمية ذات أهلية مستقلّة عن شخصيات أفرادها الذين تتألّف منهم. ولها ذمّة مالية خاصة مستقلّة عن أموالهم، وإن كانت تجبى منهم، وهي بيت المال[2].

الفرع الثاني: مكوّنات الدولة

تقوم الدولة على ثلاثة أركان[3]، وهي: الدار (الإقليم)، والرعية (الشعب)، والمنعة (السيادة والحكومة).

1. وقد عرّف الفقهاء **دار الإسلام** بأنّها: "كل دار ظهرت فيه دعوة الإسلام من أهله بلا خفير، ولا مجير، ولا بذل جزية، ونفذ فيها حكم المسلمين على أهل الذمة إن كان فيهم ذمي، ولم يقهر أهل البدعة فيها أهل السنة"[4].

---

(1) يراجع: بطرس البستاني، **دائرة المعارف**، دار المعرفة، بيروت، (د.ت): 157/8.

(2) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**، دار القلم، دمشق، ط1، 1420: 273-275.

(3) يراجع: حمدي زقزوق، **الموسوعة الإسلامية العامة** (بحث: أ.د جعفر عبد السلام)، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، ط1، 2001: 653، **الموسوعة الفقهية، المرجع السابق**: 37/21.

(4) يراجع: عبد القاهر البغدادي، **أصول الدين**، مطبعة الدولة، الإستانة، ط1، 1928: 270، الكفوي، **المرجع السابق**: 451.

فالدار هي البلاد الإسلامية وما تشمله من أقاليم داخلة تحت حكم المسلمين.

2. **والرعية** هم: المقيمون في حدود الدولة من المسلمين وأهل الذمة.

3. **والسيادة** هي ظهور حكم الإسلام ونفاذه. وعدم الخروج عن طاعة ولي الأمر، وعدم الافتيات عليه (بفعل شيء دون استئذان من يجب استئذانه)، أو على أي ولاية من ولايات الدولة؛ لأن الافتيات عليها افتيات على الإمام.

الفرع الثالث: وظائف الدولة

تتألف أجهزة الدولة عند فقهاء السياسة الشرعية من مجموعة من النظم والولايات بحيث تؤدي كل ولاية منها وظيفة خاصة من وظائف الدولة، وتعمل مجتمعة لتحقيق مقصد عام، وهو **رعاية مصالح المسلمين الدينية والدنيوية.**

وفيما يلي سأسوق بعض عبارات فقهاء السياسة الشرعية في الموضوع:

– "الإمامة موضوعة لخلافة النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا"[(1)].

– "منصب الإمام يقتضي القيام بالنظر العام في حقوق الرعايا والمستخلفين عليهم على ممر الأيام"[(2)].

– "إن حقيقة هذا الوجوب الشرعي –يعني وجوب نصب الإمام– راجعة إلى النيابة عن الشارع في حفظ الدين وسياسة الدنيا به، وسمي باعتبار هذه النيابة خلافة وإمامة، وذلك لأن الدين هو المقصود في إيجاد الخلق لا الدنيا فقط"[(3)].

وخلاصة وظيفة الخلافة: "حمل الكافة على مقتضى النظر الشرعي، في مصالحهم الأخروية، والدنيوية الراجعة إليها"[(4)].

فالإمامة عقد وكالة ونيابة عن الأمة في حراسة الدين وسياسة الدنيا، ويتولى منصبه

---

(1) يراجع: الماوردي، **الأحكام السلطانية والولايات الدينية**، تحقيق أحمد مبارك البغدادي، دار ابن قتيبة، الكويت، ط1، 1989: 3، عبد العزيز خيّاط، **النظام السياسي في الإسلام**، دار السلام، القاهرة، ط1: 1999: 203.

(2) يراجع: الجويني، **غياث الأمم والتياث الظلم**، تحقيق عبد العظيم الديب، دون ناشر، ط2، 1401: 292.

(3) يراجع: ابن الأزرق، **بدائع السلك في طبائع الملك**، تحقيق علي سامي النشار، وزارة الإعلام – العراق، ط1، 1977: 93/1.

(4) يراجع: ابن خلدون، **المقدّمة**، تحقيق عبد السلام الشدادي، خزانة ابن خلدون، الدار البيضاء، ط1، 2005: 328/1.

بموجب "عقد الإمامة"[1].

والأصل في الإمام أن يباشر إدارة الدولة بنفسه، ولكن لما كان هذا متعذرا مع اتساع الدولة وكثرة وظائفها، وتعدد السلطات فيها جاز له أن ينيب عنه من يقوم بهذه السلطات من ولاة، وأمراء، ووزراء، وقضاة، وغيرهم بموجب عقد التولية، ويكونون وكلاء عنه في إدارة ما وكل إليهم من أعمال؛ إذ "ليس من الممكن أن يتعاطى الإمام مهمات المسلمين في الخطة، وقد اتسعت أكنافها، وانتشرت أطرافها، ولا يجد بدا من أن يستنيب في أحكامها، ويستخلف في نقضها، أو في إبرامها وإحكامها"[2].

وبناءً على ذلك كانت إدارة الإمام للدولة دائرة بين أن يكون وكيلا عن الناس ونائبا عنهم، وبين أن ينيب هو ويوكل من يقوم بأعباء الحكم، "أما تفاصيل الأمور، فما تولاه الإمام بنفسه فهو الأصل، وما استخلف فيه كافيا، مستقلا، داريا، متيقظا فيما نيط به واعيا، فالاستخلاف في تفاصيل الأعمال سائغ بلا خلاف".

ويستأثر الإمام بوظيفة النظر العام في شئون الدولة، ومطالعة كليات الأمور مع البحث عن أحوال من يولّيهم؛ ليتحقّق من كفايتهم لمناصبهم، و"شغله الذي لا يخلفه فيه أحد مطالعات كليات الأمور، إذ لو وكل ذلك إلى غيره، وعمل على أن لا يبحث، ولا يخبر، ولا يفحص، ولا ينقر، وفوض ذلك إلى موثوق به، ورسم له التشمير، والبحث والتنقير، وآثر التخلي لعبادة الله، والانحجاز عن النظر في أمر الملة، واختار الرفاهية، والرغد، والدعة، فذلك غير سائغ وهو مؤاخذ بحق الأمة يوم القيامة مطالب أو معاتب معاقب"[3].

الفرع الرابع: شخصية بيت المال

1- مفهوم بيت المال:

بيت المال لغة: هو المكان المعد لحفظ المال، خاصا كان أو عاما[4].

وأما في الاصطلاح: فقد استعمل لفظ "بيت مال المسلمين"، أو "بيت مال الله" في

---

(1) يراجع: الماوردي، **المرجع السابق**: 3، عبد الرزاق أحمد السنهوري، **فقه الخلافة، وتطوّرها لتصبح عصبة أمم شرقية**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2001: 128، محمّد ضياء الدين الريس، **النظريات السياسية الإسلامية**، دار التراث، القاهرة، ط6، تاريخ الإيداع: 1976: 212.

(2) يراجع: الجويني، **المرجع السابق**: 291.

(3) **المرجع السابق**.

(4) يراجع: نزيه حمّاد، **المرجع السابق**: 97، **الموسوعة الفقهية**، **المرجع السابق**: 242/8.

صدر الإسلام للدلالة على المبنى والمكان الذي تحفظ فيه الأموال العامة للدولة الإسلامية من المنقولات، كالفيء وخمس الغنائم ونحوها، إلى أن تصرف في وجوهها. ثم اكتفي بكلمة "بيت المال" للدلالة عليه.

وقد تطور لفظ "بيت المال" لاحقا فأصبح يطلق على الجهة التي تملك المال العام للمسلمين، من النقود والعروض والأراضي.

قال الإمام الماوردي[1]: "كل مال استحقه المسلمون، ولم يتعين مالكه منهم فهو من حقوق بيت المال، فإذا قبض صار بالقبض مضافا إلى حقوق بيت المال، سواء أدخل إلى حرزه أو لم يدخل؛ لأن بيت المال عبارة عن الجهة لا عن المكان، وكل حق وجب صرفه في مصالح المسلمين فهو حق على بيت المال"[2].

أما خزائن الأموال الخاصة للخليفة أو غيره فكانت تسمى "بيت مال الخاصة"[3].

ويمكن تقسيم الأموال العامة، بحسب تخصيصها إلى ثلاثة أقسام[4]:

أ- ما هو مخصّص بذاته لمصالح العامة ومنافعهم الدينية أو الحيوية. وذلك كالمساجد، والمقابر، والطرق، والجسور، والقناطر، والمستشفيات.. وسائر المؤسّسات العامة.

ب- ما هو مخصّص للاستغلال لإحياء جهة عامة بموارده وغلّته. وهو عقارات الوقف، ومستغلات بيت المال التي تدخل في زمرة ما يسمّى اليوم: "أملاك الدولة".

ج- ما كانت عموميته، لا لأنّ مصالح العامة وحاجتهم متعلّقة بذاته، بل لأنّه في ملك جهة عامة، مع أنّه مهيّأ بذاته للتداول والتمليك. وذلك كغلاّت الأوقاف العائدة لجهات خيرية موقوف عليها، وغلاّت بيت المال بمختلف فروعه، والأراضي الموات.

وقد قسّم القانون الأموال العامة؛ فمنها ما تملكه الإدارة ملكية عادية كملكية الأفراد

---

(1) هو: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، الشهير بالماوردي، من وجوه الفقهاء الشافعيين وأعلامهم، تولّى القضاء ببدان كثيرة، وكان حافظا للمذهب متقنا له، مع التفنن التام في سائر العلوم، له مؤلفات كثيرة، منها: النكت والعيون في التفسير، الحاوي في شرح مختصر المزني. توفي: 450 هـ. تنظر ترجمته عند: تاج الدين ابن السبكي، **طبقات الشافعية الكبرى**، محمود الطناحي وعبد الفتاح الحلو، دار هجر، الجيزة، ط2، 1992/1413: (267/5)، ابن قاضي شهبة، **طبقات الشافعية**، الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1407: 230/2.

(2) يراجع: الماوردي، **الأحكام السلطانية**: 277، أبي يعلى، **الأحكام السلطانية**، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، ط1، 2000: 251.

(3) يراجع: **الموسوعة الفقهية**، **المرجع السابق**: 242/8.

(4) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**: 239.

لأموالهم، ولا يخصّص المال مباشرة للمنفعة العامة؛ ويطلق عليه "الأملاك الخاصة للإدارة"، أمّا الجزء الآخر من أموال الإدارة فيطلق عليه "الأملاك العامة للإدارة"[1].

وقد حدّد القانون المدني الجزائري في المادة (688) المال العام بقريب ممّا ذكرنا كما يلي: "تعتبر أموالا للدولة العقارات والمنقولات التي تخصص بالفعل أو بمقتضى نص قانوني لمصلحة عامة، أو لإدارة، أو لمؤسسة عمومية أو لهيئة ذات طابع إداري، أو لمؤسسة اشتراكية، أو لوحدة مسيرة ذاتيا أو لتعاونية داخلة في نطاق الثورة الزراعية".

2- ديوان بيت المال:

ويقوم على شؤون "بيت المال" ديوان مختص به، وهو الإدارة الخاصة بتسجيل الموارد والمصاريف، وهو أحد الدواوين الأربعة الأساسية في الدولة، قال الماوردي: "والذي يشتمل عليه ديوان السلطنة ينقسم أربعة أقسام: ... والرابع: ما يختص ببيت المال من دخل وخراج"[2].

3- الشخصية الاعتبارية لبيت المال:

وقد جاء الشرع بنظرية فصل بين بيت المال العام عن مال السلطان وملكه الخاص، فاعتبر أبيت المال جهة ذات قوام حقوقي مستقّل يمثّل مصالح الأمة في الأموال العامة، فهو يملك، ويملك منه وعليه.

ويمثّله في كلّ ذلك أمين بيت المال نائبا عن الخليفة، وليس لهذا الأخير حقّ شخصي فيه إلاّ كفايته لقاء عمله، وليس له أن يأمر لأحد منه بشيء إلاّ بحقّ ومسوّغ شرعي.

وقد أخذ الخليفة الراشد الأوّل أبو بكر الصديق رضي الله عنه مرتّبه من بيت المال لما ولي الأمر، وقال: "لقد علم قومي أنّ حرفتي لم تكن تعجَز عن مئونة أهلي، وشُغِلت بأمر المسلمين، فسيأكل آل أبي بكر من هذا المال، ويحترف للمسلمين فيه"[3].

---

(1) يراجع: سليمان محمد الطماوي، **مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثالث، أموال الإدارة العامة وامتيازاتها**، دار الفكر العربي، القاهرة، ط10، 1979: 8.

(2) يراجع: الماوردي، **الأحكام السلطانية**: 277، أبي يعلى، **الأحكام السلطانية**: 251.

(3) أخرجه: البخاري، **الجامع الصحيح**، تحقيق: محب الدين الخطيب، وترقيم محمد عبد الباقي، المطبعة السلفية، مصر، ط1، 1400، كتاب البيوع، باب كسب الرجل وعمله بيده: [2070].
قوله: (يحترف للمسلمين فيه) أي: يتاجر لهم به حتى يعود عليهم من ربحه بقدر ما أكل وأكثر. يراجع: ابن حجر، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، عبد القادر شيبة الحمد، الرياض، ط1، 2001/1421: 357/4.

كما اعتبر الخليفة الراشد عمر بن الخطّاب –رضي الله عنه– منصب الخليفة كمنزلة وصيّ مال اليتيم، فقال: «**إِنِّي أَنْزَلْتُ نَفْسِي مِنْ مَالِ اللَّهِ مَنْزِلَةَ مَالِ الْيَتِيمِ، إِنِ اسْتَغْنَيْتَ مِنْهُ اسْتَعْفَفْتَ، وَإِنْ افْتَقَرْتَ أَكَلْتَ بِالْمَعْرُوفِ**»[1].

وروى عليٌّ رضي الله عنه أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم– قال: "**لَا يَحِلُّ لِلْخَلِيفَةِ مِنْ مَالِ اللهِ إِلا قَصْعَتَانِ: قَصْعَةٌ يَأْكُلُهَا هُوَ وَأَهْلُهُ، وَقَصْعَةٌ يَضَعُهَا بَيْنَ يَدَيِ النَّاسِ**"[2].

وممّا نصّ عليه فقهاؤنا: "**بيت المال ملك للمسلمين يضمنه متلفه**"[3].

هذا وقد أجازت الشريعة أن يأخذ السلطان من بيت المال كفايته اللائقة بحاله وأهله وخدمه ودوابه بالمعروف من غير إسراف ولا تقتير، وكذلك الحال بالنسبة لمن يولّيهم الإمارة والمسؤولية، ويراعى في ذلك المكان والزمان، والرخص والغلاء، وعادة البلد في المطاعم والملابس الشرعية[4].

وبذلك تكون لـ"بيت المال" شخصية اعتبارية ويعامل معاملة الشخص الطبيعي من خلال ممثّليه، وذمّة مالية منفصلتين عن السلطان وأملاكه، بحيث تثبت الحقوق له وعليه، وترفع الدعوى منه وعليه، وكان يمثله سابقا إمام المسلمين أو رئيس ديوان بيت المال، وحاليا قد يمثّله وزير المالية أو من يعهد إليه[5].

---

(1) أخرجه: ابن أبي شيبة في **المصنّف**، محمد عوامة، دار قرطبة، بيروت، ط1، 2006/1427: 460/6، والبيهقي في **السنن الكبرى**، محمد عطا، دار الباز، مكة، 1414: 7/6، وصحّحه ابن حجر في **فتح الباري**: 161/13.

(2) أخرجه أحمد في **المسند**، شعيب الأرناؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط5، 1995/1416: [578]، وقال الهيثمي في **مجمع الزوائد**، عبد الله الدرويش، دار الفكر، بيروت، ط1، 1994/1414: 231/5: وفيه ابن لهيعة، وحديثه حسن، وفيه ضعف. وصحّحه الألباني كما في **السلسلة الصحيحة**، مكتبة المعارف، الرياض، 1995/1415: 1/ 703 (362)؛ لأنّ له طريقًا عن ابن وهب عن ابن لهيعة. ورواية العبادلة عنه صحيحة.

(3) يراجع: محمد بن مفلح، **الفروع**، عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2003/1424: 362/10، ابن نجار، **منتهى الإرادات**، عبد الغني عبد الخالق، عالم الكتب، بيروت، 1962/1381: 233/2.

(4) يراجع: محمد بن إبراهيم ابن جماعة الكناني، **تحرير الكلام في تدبير أهل الإسلام**، دراسة وتعليق: فؤاد عبد المنعم، دار الثقافة، قطر، ط3، 1998: 122.

(5) يراجع: علي الخفيف، **الحقّ والذمة**، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 2010: 122، مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام العامة**: 270.

المطلب الثاني: مفهوم الدولة في القوانين والدساتير المعاصرة

ذكرنا في المطلب السابق مفهوم الدولة ومكوّناتها ووظائفها وفق النظام الإسلامي باعتباره ما يجب أن يكون، وفي هذا المطلب على المفهوم القانوني والدستوري للدولة باعتباره ما هو كائن في الواقع.

الفرع الأول: تعريف الدولة في القوانين والدساتير المعاصرة

يعرّف فقهاء القانون الدستوري الدولة بتعاريف متنوّعة، منها:

– "مجموع كبير من الناس يقطن على وجه الاستقرار إقليما معيّنا ويتمتّع بالشخصية المعنوية والنظام والاستقلال السياسي"[1].

– أنّها "جماعة من الأفراد تقطن على وجه الدوام والاستقرار، إقليما جغرافيا معيّنا، وتخضع في تنظيم شؤونها لسلطة سياسية، تستقل في أساسها عن أشخاص من يمارسها"[2].

كما يعرّفها فقهاء القانون الدولي بتعاريف مقاربة، منها:

– أنّها "ذلك التجمّع من الناس، في إقليم محدّد، يخضعون لسلطة واحدة، ويلتزمون نحوها بالولاء"[3].

– أنّها "الدولة مؤسّسة سياسية وقانونية تقوم حين يقطن مجموع من الناس بصفة دائمة في إقليم معيّن ويخضعون لسلطة عليا تمارس سيادتها عليهم"[4].

الفرع الثاني: عناصر الدولة

اتّفق فقهاء القانون والمشتغلون بالدراسات الاجتماعية والسياسية عموما على أنّ الدولة هيئة سياسية مكوّنة من ثلاثة عناصر[5]، هي:

أ. العنصر البشري (السكان أو الشعب):

---

(1) يراجع: سليمان الطماوي، **النظم السياسية والقانون الدستوري**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص: 19.

(2) يراجع: محسن خليل، **النظم السياسية والقانون الدستوري**، دار النهضة العربية، بيروت، 1972، ص: 22.

(3) يراجع: عبد المجيد العبدلي، **قانون العلاقات الدولية**، دار أقواس، تونس، ط1، 1994: 60.

(4) يراجع: علي علي منصور، **الشريعة الإسلامية والقانون الدولي** العام، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، 1971: 89، محمد عزيز شكري، **الوجيز في القانون الدولي مقارنا بأحكام الفقه الإسلامي**، منشورات جامعة دمشق، ط5، 2003: 42.

(5) يراجع: نعمان أحمد الخطيب، **الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري**، دار الثقافة، عمّان الأردن، ط7، 2011: 16.

ويقصد به مجموعة من كلا الجنسين يشكّلون مجتمعا يرتبط أفراده بعضهم ببعض بعلاقات منظّمة دائمة، ينظّمها القانون، ولا يشترط وجود تجانس طبيعي فيما بينهم، من وحدة العرق أو اللغة، أو الدين، أو اللّون، بل يجوز أن يكون الشعب من أمم وأعراق مختلفة؛ ما دام ولاؤهم لدولتهم وخضوعهم لقانونها[1].

ب. العنصر الجغرافي (المكان أو الإقليم):

ويقصد به ذلك الحيّز الجغرافي الذي تستأثر به الدولة، وتمارس عليه سيادتها بصفة دائمة ومستقرّة[2].

ولا يهتمّ القانون الدولي بمساحة الأرض التي تشكّل إقليم الدولة، إنّما يهتم بتحديد هذا الإقليم، أي بكونه محصورا ضمن حدود معيّنة من الوجهة الحقوقية[3].

ت. العنصر السياسي (السيادة أو الاستقلال أو السلطة المنظّمة):

وهو أهمّ هذه العناصر للدولة، ويمثّل المعيار القانوني لها؛ إذ لا بدّ أن تكون السلطة الحاكمة في الدولة مستقلة بممارسة جميع الوظائف على الإقليم؛ من سنّ التشريعات، وممارسة السلطتين: القضائية والتنفيذية، دون أن تتدخّل أو تشترك معها في ذلك أيّ سلطة خارجية[4].

وتعرّف السيادة: بأنّها "حالة كون الحكومة في الدولة السلطة العليا المستقلة عن أي سلطة أرضية أخرى؛ سواء في تصرفاتها داخل الدولة أو خارجها دونما قيد على عذا السلطان إلاّ ما يمليه القانون الدولي"[5].

---

(1) يراجع: عبد المجيد العبدلي، **المرجع السابق**: 59، محمد سامي عبد الحميد، **أصول القانون الدولي**، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1995: 87/1، عبد الكريم علوان، **الوسيط في القانون الدولي العام**، دار الثقافة، عمان، 1997: 124/1، علي علي منصور، **المرجع السابق**: 89.

(2) يراجع: عبد المجيد العبدلي، **المرجع السابق**: 68، محمد سامي عبد الحميد، **المرجع السابق**: 126/1.

(3) يراجع: محمد عزيز شكري، **المرجع السابق**: 45.

(4) يراجع: عبد المجيد العبدلي، **المرجع السابق**: 59، 102، محمد سامي عبد الحميد، **المرجع السابق**: 87/1، 153، عبد الكريم علوان، **المرجع السابق**: 128/1.

(5) يراجع: محمد عزيز شكري، **المرجع السابق**: 46.

المطلب الثالث: طبيعة الدولة وتنظيمها الإداري

سنتناول في هذا المطلب طبيعة الدولة عند القانونيين وطرق تنظيمها وأهمّ أجهزتها في القانون الإداري الجزائري ضمن الفروع التالية:

الفرع الأوّل: طبيعة شخصية الدولة

1. الشخصية المعنوية للدولة:

تتمتّع الدولة في نظر الفقهاء والقانونيين بالشخصية المعنوية، بمعنى أنّ لها أهلية لاكتساب الحقوق وتحمّل الالتزامات على المستويين الداخلي والدولي[1].

فيعرّف الشخص المعنوي بكونه: «شخص يتكون من عناصر أشخاص أو أموال، يقدّر له التشريع كيانا قانونيا مستمدا منها مستقلا عنها قابلا للإلزام والالتزام»[2]، ويطلق عليه أيضا بالشخص الحكمي والاعتباري.

وهذه الشخصية بجميع صورها لا تتحقق إلا باجتماع عنصرين أساسيين في مفهومها:

مصلحة مشتركة مشخصة مشروعة. وذمة مالية متميزة[3].

وقد نصّ القانون المدني الجزائري في المادة (49 معدّلة) على الأشخاص الاعتبارية، وحصرها فيما يلي:

الدولة، الولاية، البلدية.

المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

الشركات المدنية والتجارية.

الجمعيات والمؤسسات.

الوقف.

---

(1) يراجع: عبد المجيد العبدلي، **المرجع السابق**: 104، مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**: 273.

(2) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**: 283، علي القره داغي، **المقدّمة في المال والاقتصاد**، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 2006/1427: 382.

(3) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**: 291-292.

كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية.

وتنقسم هذه الشخصية إلى نوعين: الأشخاص المعنوية العامة (مصادر السلطة العامة وفروعها، والمنشآت العامة)، والأشخاص المعنوية الخاصة (المؤسسات، والشركات، والجمعيات)[1].

2. أنواع الشخصية المعنوية العامة:

تحتاج الدولة في سبيل قيامها بأعبائها الوظيفية إلى مساعدة مجموعة من الأشخاص الاعتبارية العامة ينوبون عنها؛ كالولاية، والبلدية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، ويمكن تقسيم الأشخاص الاعتبارية العامة إلى نوعين رئيسيين:

أولا – الأشخاص المعنوية الإقليمية (مصادر السلطة العامة):

وهي الأشخاص الاعتبارية التي تمارس اختصاصها في مجال جغرافي معين، وتأتي الدولة في رأس قائمة الأشخاص المعنوية العامة، ثمّ تليها أجزاؤها القانونية كالولاية والبلدية[2].

أ–**الدولة:** وهي الشخص المعنوي الأم الذي تتفرع عنه باقي الأشخاص المعنوية الأخرى، فهي التي تمنح لهم الشخصية المعنوية وهي من يمارس سلطة الرقابة والإشراف عليهم.

ب–الجماعات الإقليمية أو المحلية (الولاية والبلدية): وقد نص عليها الدستور في (المادة:15) منه كونهما الجهات الإدارية المحلية، جاء تنظيمهما بموجب نصوص قانونية: قانون الولاية (رقم 12–07)[3]، وقانون البلدية (رقم 11–10)[4].

ثانيا – الأشخاص المعنوية المرفقية:

إنّ جوهر نشاط الحكومة في أي دولة من الدول يتجسّد أساسا في تشغيل المرافق

---

(1) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**: 284، عمار عوابدي، **دروس في القانون الإداري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1984: 107.

(2) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**: 284–285، عمار عوابدي، **المرجع السابق**: 112.

(3) المؤرّخ في 28 ربيع الأول عام 1433، الموافق 21 فبراير 2012.

(4) المؤرّخ في 20 رجب عام 1432، الموافق 22 يونيو سنة 2011.

العامة للبلد، فإن تنظيم المرافق العامة وإدارتها هي الوظيفة الأساسية الثانية للإدارة، أو السلطة التنفيذية بفروعها، بعد وظيفة الضبط الإداري، ولا شكّ أنّ المرافق العامة وتأمينها لأداء الحاجات المرجوة منها وظيفة خطيرة لا توجد الدولة من دونها؛ إذ إن مبادرات الأفراد الاقتصادية والاجتماعية رغم أهميتها وحيويتها ولزومها لتنمية كل دولة وضمان رخائها، إلاّ أن هناك حاجات عامة أساسية لا بدّ أن تتولاّها الدولة أو سلطتها الإدارية حتى ولو وجد بجوارها نشاطات منافسة من القطاع الخاص[1].

وتعرّف هذه المرافق بكونها: "كل نشاط أو تنشؤه الدولة وتديره الدولة، ويستهدف تحقيق منفعة عامة مباشرة، أو إشباع حاجة عامة للمواطنين"[2].

ويطلق على المرافق العامة أيضا اللامركزية المصلحية أو المرفقية لجأ المقنّن إلى إنشاءها لإدارة المرافق العامة التي تتطلب نوعا من الاستقلالية لضمان فعاليتها وحسن إدارتها.

تنقسم هذه المؤسسات إلى نوعين هما:

– **المؤسسات العامة الوطنية:** تحدثها الدولة وتشرف على تسيرها، لها نشاط يتجاوز حدود إقليم الولاية الواحدة أو البلدية الواحدة.

– **المؤسسات المحلية:** وتنشأ بقرار من الهيئات المحلية (الولاية أو البلدية) وعادة ما يرتبط نشاطها بالتنمية المحلية.

وقد استقرّ التنظيم الإداري بالجزائر على أربعة أشكال للمؤسّسات العمومية (الهيئات العمومية)[3]:

1. المؤسّسة العمومية الإدارية:

---

(1) يراجع: محمد رفعت عبد المطلب، **النظرية العامة للقانون الإداري**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012: 245.

(2) يراجع: سليمان محمد الطماوي، **مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة**، دار الفكر العربي، القاهرة، ط10، 1979: 22، ماجد الحلو، **القانون الإداري**، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1996: 404، محمد رفعت، **المرجع السابق**: 246.

(3) يراجع: بوزيد غلابي، **مفهوم المؤسسة العمومية**، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2011: 74.

وهي المؤسّسة التي تمارس نشاطا ذا طبيعة إدارية محضة، وتسمى أيضا المؤسسة العمومية التقليدية.

2. المؤسّسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري:

وهي المؤسّسة التي تتولّى إدارة المرافق الاقتصادية.

3. المؤسّسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي:

وهي المؤسّسة التي تنشأ بغرض تحقيق نشاطات البحث العلمي والتكنولوجي من خلال تنفيذ برامج البحث العلمي والتطوير التكنولوجي في الميادين المحددة في النص المتضمن إنشاءها.

4. المؤسّسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني:

وهي المؤسّسة التي تتولّى إدارة المرفق العمومي للتعليم العالي.

الفرع الثاني: التنظيم الإداري للدولة وأجهزتها

يقصد بالتنظيم الإداري: تحديد نوعية الأعمال اللازمة لتنفيذ السياسة العامة للدولة، وتوزيع هذه الأعمال بين أقسام الإدارة والعاملين فيها، وبيان كيفية إنجازها باستخدام الإمكانات المتوافرة؛ لتحقيق الأهداف المرجوّة بأقلّ كلفة وأيسر جهد[1].

وتعتبر عملية التنظيم الإداري أهمّ موضوعات علم الإدارة العامة، حتّى أطلق بعضهم على علم الإدارة: علم التنظيم.

تخضع الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة التابعة لها إلى تنظيم إداري يهدف إلى بيان الهيئات والسلطات الإدارية، وتحديد طبيعتها والعلاقات القائمة بينها؛ من خلال الدستور وقوانين الإدارة المحلية[2].

كما يحكم نشاط الدولة مجموع القواعد التي تحكم حركية الإدارة وكيفية قيامها بوظائفها ويتجسد في صورتين:

---

(1) يراجع: ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 91.

(2) يراجع: محمد رفعت، **المرجع السابق**: 93.

الصورة الأول: وتتعلق بالتصرفات والإجراءات التي تقوم بها الإدارة الرامية إلى الحفاظ على النظام العام التي ينظم من خلالها الحريات العامة في إطار ما يطلق عليه "الضبط الإداري".

الصورة الثانية: وتتمثل في مختلف أشكال تدخل الإدارة العامة المتعلقة بالخدمات المتنوعة التي تؤديها للأفراد تلبية لاحتياجاتهم في إطار ما يعرف بـ"المرفق العام" وهي فكرة أساسية في القانون الإداري[1].

(1) يعرّف القانون الإداري بأنّه "مجموعة القواعد القانونية مهما كان مصدرها التي تحكم الإدارة العامة". يراجع: حسين عثمان محمد عثمان، **أصول القانون الإداري**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010: 79.

المبحث الثالث
التكييف الفقهي لعقود الإدارة

سنتناول في المبحث التالي حقيقة العقود التي تصدر عن الدولة من خلال أجهزتها الإدارية المختلفة التي تنوب عنها في إدارة مرافق الدولة، وأبرز أنواعها وأغراضها، للوصول إلى معرفة الأحكام الشرعية المتعلّقة بها، من حيث المشروعية وعدمها، ومن حيث لزومها وجوازها، ويندرج ضمن هذا المبحث المطالب الأربعة التالية:

المطلب الأوّل: تعريف عقود الإدارة ومعيار تحديدها

المطلب الثاني: أنواع عقود الإدارة في القانون الجزائري

المطلب الثالث: مشروعية التعاقد مع الدولة

المطلب الرابع: خصائص عقود الإدارة ومميّزاتها

المطلب الأوّل: تعريف عقود الإدارة ومعيار تحديدها

الفرع الأول: تعريف عقود الإدارة وأنواعها

سنحاول في هذا الفرع استجلاء مفهوم عام للعقود التي تبرمها الدولة، واستخلاص تعريف نسير عليه أثناء البحث.

وننبّه هنا إلى أنّ فقهاءنا الأجلاء لم يخصّوا العقود والتصرفات التي تنشئها الدولة أو من ينوب عنها بتسمية خاصة، برغم كثرة تقسيماتهم للعقود والتصرفات القولية التي سبق الحديث عنها.

وقد يرجع ذلك إلى بطء تطوّر التنظيم الإداري للدولة بشكله الحديث، وما صاحبه من تفريعات وتبويبات جديدة سبقنا إليها التقنين الغربي.

ولا يعني هذا وجود فراغ تشريعي لأحكام هذه العقود، وما يترتّب عليها من آثار والتزامات كما سنحقّقه في الفصول القادمة من البحث.

أمّا رجال القانون الوضعي فقد ميّزوا العقود التي تبرمها أجهزة الدولة بتسميات مختلفة:

- فأطلقوا على التعاقدات الداخلية للدولة مصطلح: "**عقود الإدارة**"[1].
- بينما أطلقوا على التعاقدات الخارجية والدولية مصطلح: "**عقود الدولة**".

ولهذا اختارنا في بحثنا استعمل التسمية الأولى "**عقود الإدارة**" عوض الثانية "**عقود الدولة**" –مع أنّ الأخيرة أقرب دلالة من حيث اللغة–؛ نظرا لشيوعها واشتهارها في العرف القانوني، وتجنّبا للالتباس.

كما أودّ التنبيه إلى وجود فرق بين "**عقود الإدارة**" و"**العقود الإدارية**"، فالأولى أعمّ وأشمل، والثّانية جزء ونوع خاص منها، كما سيأتي بيانه في الفرع اللاحق.

ولم أعثر فيما اطّلعت عليه من الكتب والدراسات القانونية من وضع تعريفا محدّدا لـ"**عقود الإدارة**"، بل انصبّ جلّ اهتمامهم على أنواعه الفرعية لا سيّما "**العقود الإدارية**".

---

(1) يراجع: ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 560.

وبالرّجوع إلى تعريفاتهم لـ"**العقد الإداري**" –التي سيرد ذكرها في الفرع الثاني–، يمكن استخلاص تعريف عام لـ"**عقود الإدارة**" وفق معيار واحد هو "المعيار العضوي" (أي: باعتبار طبيعة عضوية العاقد)، كما يلي:

" **عقود الإدارة هي العقود التي يكون أحد طرفيها شخص معنوي عام**".

ويقصد بـ"الشخص المعنوي العام": الدولة بكلّ أجهزتها والمؤسّسات التابعة لها؛ وفق ما سبق تحريره في المبحث الثاني[1].

هذا، وقد اتّفق رجال القانون على تقسيم العقود التي تبرمها الدولة أو إحدى الأجهزة التابعة لها بالنظر إلى المعيار الموضوعي (أي: باعتبار طبيعة موضوع العقد) إلى ثلاثة أنواع من العقود:

1- **عقود عادية (مدنية، تجارية):** ويقصد بها العقود التي تبرمها الدولة وفق أحكام القانون الخاص (المدني، التجاري)، ولا تتضمّن سلطات متميّزة لها، وتخضع منازعاتها ضمن القضاء العادي[2].

2- **عقود إدارية (حكومية):** وسيأتي الحديث عنها في الفرع اللاحق.

3- **عقود الدولة:** ويقصد بها: "العقود التي تبرم بين دولة وشخص خاص أجنبي يمنح سلطات متميزة، طويلة المدة، وتتضمن شرط تحكيم وتخضع في جانب منها للقانون العام، وفي الجانب الآخر للقانون الخاص"[3].

وسيشمل بحثنا النوعين الأولين (العقود العادية والإدارية)، وسنخصّص لهما الفرعين القادمين لمزيد من التوضيح والشرح، ونستبعد النوع الثالث (عقود الدولة) لخروجه عن مقاصد بحثنا.

---

(1) يراجع: ص 18.

(2) يراجع: ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 560، رفيق يونس المصري، **مناقصات العقود الإدارية**، دار المكتبي، دمشق، ط2: 2010: 30.

(3) يراجع: بن أحمد الحاج، **دروس في عقود الدولة**، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق. الجزائر: 6. نقلا عن: هاني محمود حمزة، النظام **القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكّم الدولي**، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص: 40.

الفرع الثاني: تعريف العقود الإدارية

أوّلا: تعريف العقد الإداري

يعرّف العقد الإداري بأنّه: "**العقد المبرم بواسطة أحد اشخاص القانون العام بقصد إدارة أو تسيير مرفق عام على أن يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص**"[1].

واختار القانون العراقي تسميتها بـ "العقود الحكومية"[2].

وتعطي هذه العقود الإدارة امتيازات خاصة، وتتعلّق غالبا بمرفق عام، وتخضع للقانون العام الإداري، وتفصل منازعاته في القضاء الإداري[3].

وتلجأ الإدارة إلى هذا النوع من العقود نظرا؛ لعدم توافق أحكام القانون الخاص مع طبيعة النشاط الذي تمارسه الإدارة في كثير من الأحوال، فتقوم بوضع شروط تعاقدية خاصّة مقدّما، دون أن تعطي للمتعاقد فرصة لمناقشتها، فهي أشبه بعقود الانضمام أو الإذعان، بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة[4].

ويجب أن يتوافر في عقود الإدارة شرطان لاعتبارها من العقود الإدارية[5]:

1. أن يكون أحد طرفي العقد من أشخاص القانون العام.
2. أن تأخذ الإدارة في العقد بأساليب القانون العام.

فإذا افتقد أحد الشرطان كان عقدا عاديا يخضع لأحكامه المدنية.

أمّا شرط تعلّق العقد بأحد المرافق العامة، والذي اشترطه القضاء المصري[1]، فالحقيقة

---

(1) يراجع: السنهوري، **الوسيط**: 272/7، سليمان الطماوي، **أموال الإدارة العامة وامتيازاتها**: 305، ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 560، رفيق المصري، **المرجع السابق**: 30.

(2) يراجع: دائرة العقود الحكومية العامة، جمهورية العراق، **تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014**: 1.

(3) يراجع: السنهوري، **المرجع السابق**: 272/7، ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 560، محمد رفعت، **المرجع السابق**: 554، رفيق المصري، **المرجع السابق**: 30.

(4) يراجع: رفيق المصري، **المرجع السابق**: 31، ويرى د.المصري أنّ مصطلح "الانضمام" أوسع وأنسب؛ لأن الإذعان حالة خاصة من الانضمام لا تنطبق إلاّ في حال الاحتكار المترافق بسعر جائر (شروط تعسفية)، أمّا إذا كانت هناك منافسة بين المنشآت، أو كان هناك احتكار مع سعر عادل، فلا يكون هناك إذعان، بل انضمام.

(5) يراجع: ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 563، محمد رفعت، **المرجع السابق**: 554.

أنّه لا داعي له؛ لأنّ اشتراط أخذ الإدارة بأساليب القانون العام يكاد يتضمّنه ويغني عنه في معظم الأحوال؛ إذ أنّ الإدارة لا تلجأ إلى وسائل القانون العام، إلاّ عندما يتعلّق الأمر بالمرافق العامة[2].

ثانيا: معيار تحديد العقد الإداري

يتمّ تمييز العقود الإدارية عن العقود العادية بأحد المعيارين التاليين: المعيار القانوني، أو المعيار القضائي.

1- **المعيار القانوني:** ويقصد به العقود التي نصّ القانون على كونها إدارية، ويمكن التمثيل بما نصّ عليه القانون الجزائري بما يلي[3]:

أ- عقود الصفقات العمومة.

ب- عقود تفويضات المرفق العام.

ج- عقود تسيير وإدارة أملاك الدولة الخاصة.

2- **المعيار القضائي:** ويقصد به العقود التي استنبطها القضاء الإداري في سبيل تمييزها وتكييفها[4]، وهي كثيرة غير منحصرة.

ولمعرفة طبيعة كلّ هذه العقود يتوجّب الاطّلاع على كلّ عقد منها على حدة، ويمكن التمثيل لها بما يلي:

أ- عقد الإقراض العام.

ب- عقد التوظيف العمومي.

ج- عقد تقديم مساعدة.

---

(1) قضت بذلك المحكمة العليا الإدارية في عدّة أحكام لها (1956/12/13)، (1961/6/25)، (1961/12/31)، (1968/02/24)، وتعرّضت له المحكمة الدستورية العليا بشكل صريح عند تطرقها لتعريف للعقد الإداري في حكمها الصادر في (1981/01/19).
وممّن سار على هذا النّهج من فقهاء القانون: د.سليمان الطماوي، ود. طعيمة الجرف. يراجع: ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 570.

(2) يراجع: ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 570-571.

(3) المشار إليها في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرّخ في 2 ذي الحجة 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015، وسيأتي تفصيلها في الفصل الثالث من الباب الثاني.

(4) يراجع: عمار عوابدي، **المرجع السابق**: 245.

الفرع الثالث: عقود الإدارة العادية وضابط تمييزها

تعقد الدولة –بصفتها طرفا مدنيا– عقودا عادية كعقود الأفراد بعضهم مع بعض، وتخضع للقانون الخاص[1].

وتسمّى هذه العقود أيضا: عقودا مدنية أو عقودا تجارية.

وتخضع هذه العقود للقانون الخاص (القانون التجاري، وأصله المدني)، وتفصل منازعاته في القضاء العادي.

وقد ذكرنا في الفرع السابق أنّ ضابط تمييز العقد الإداري عن العقد العادي يتمثّل في: صدور العقد الإداري من أحد أشخاص القانون العام وبأسلوب القانون العام فيما هو متعلّق بمرفق عام. فإذا افتقد أحد هذين العنصرين كان **عقدا عاديّا**.

وعليه، فتعتبر العقود التي تبرمها الإدارة عقوداً عادية في حالتين:

1– العقود الصادرة عن الهيئات الوطنية ذات الطابع الخاص، أو المرافق الاقتصادية – الصناعية أو التجارية– التي أنشأتها الإدارة ومنحتها شخصية مستقلّة؛ فعقودها التي تبرمها مع المستفيدين بخدماتها هي خاضعة للقانون الخاص، وتفضّ منازعاتها في القضاء المدني[2].

ومن أمثلته: العقود التي تبرمها الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب مع المستثمرين المستفيدين من إعانات صندوق دعم تشغيل الشباب –كما سيأتي–.

فإن هذه الوكالة وفق المرسوم التنفيذي رقم 96–296[3]، في مادته الأولى: "هيئة ذات طابع خاص"، "توضع تحت سلطة رئيس الحكومة" وفق (المادة:2)، "يتولّى الوزير المكلّف بالتشغيل المتابعة العملية لجميع نشاطات الوكالة" وفق (المادة:3)، إلاّ أنّها "تتمتّع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي" وفق (المادة:4).

فهذه الوكالة تخضع للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقتها مع الدولة، وتعدّ تاجرة

---

(1) يراجع: ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 560، محمد رفعت، **المرجع السابق**: 554، رفيق المصري، **المرجع السابق**: 30.

(2) يراجع: ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 566.

(3) مؤرّخ في 24 ربيع الثاني عام 1417 الموافق 8 سبتمبر سنة 1996.

في علاقتها مع الغير.

2- العقود الصادرة عن الإدارة -بوصفها أحد أشخاص القانون العام- التي لا تأخذ فيها بالأسلوب العام؛ حيث لا تتعلّق بمرفق عام.

ومن أمثلتها: عقود التوريد وعقود النقل إذا لم تستخدم فيه الإدارة أساليب القانون العام؛ إذ ليس هناك ما يمنع الإدارة من إبرام عقد نقل وتوريد من القانون الخاص[1].

المطلب الثاني: أنواع عقود الإدارة في القانون الجزائري

يعسر على الباحث استقصاء جميع عقود الإدارة؛ لأنّها كثيرة متنوّعة، ولا تكاد تنحصر؛ لكونها في تجدّد وتطوّر مستمرّين بما يحقّق احتياجات الإدارة والصالح العام[2].

وبعد تتبّع ما استقرّت عليه القوانين الجزائرية في تسمية العقود وشروطها، يمكننا تصنيف عقود الإدارة بنوعيها (العادية والإدارية) إلى أربع زمر سيتمّ تفصيل الكلام فيها لاحقا في موضعه من الدراسة، وهي كالتالي:

الزمرة الأولى: عقود توفير الاحتياجات العمومية

وتشمل عقود الصفقات العمومية التي نصّ عليها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمّن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[3]، وهي:

1. **عقد إنجاز أشغال.**
2. **اقتناء اللوازم.**
3. **إنجاز الدراسات.**
4. **تقديم لخدمات.**

مع إضافة:

5. **عقد الإقراض العام:** الذي تلجأ إليه الدولة عند وجود عجز كبير في سيولتها؛

---

(1) يراجع: ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 574، الهامش (1) و (2).

(2) يراجع: حسين عثمان، **المرجع السابق**: 513.

(3) المؤرّخ في 2 ذي الحجة 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015.

مفضّلة بذلك الاستدانة الداخلية عن الاستدانة الخارجية.

الزمرة الثانية: عقود تفويضات المرافق العامة

وتشمل عقود تفويضات المرفق العام التي نصّ عليها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمّن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهي:

1. **عقد الامتياز.**
2. **عقد التأجير.**
3. **عقد الوكالة المحفّزة.**
4. **عقد التسيير.**

ويضاف إليها:

5. **عقد تقديم المساعدة أو المعونة.**

الزمرة الثالثة: عقود إدارة أملاك الدولة

وتشمل العقود المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المحدّد لشروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة[1]:

1. **عقد الاستئجار والشراء.**
2. **عقد البيع.**
3. **عقد التبادل.**

الزمرة الرابعة: عقود توفير احتياجات المواطنين

وتشمل العقود التي تتناول احتياجات المواطنين الشخصية:

1. **عقود الإسكان (الاجتماعي، الترقوي، المدعّم).**
2. **عقود التوظيف العمومي.**
3. **قروض الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب.**

---

(1) المؤرّخ في 2 صفر عام 1434 الموافق 16 ديسمبر 2012.

المطلب الثالث: مشروعية التعاقد مع الدولة

للإجابة عن السؤال العام: هل يجوز التعاقد مع الدولة؟ لا بدّ من حصر مفهوم "عقود الإدارة" وتكييفها من الناحية الفقهية، ثمّ بحث الحكم الشرعي لكلّ تكييف.

يقصد بالتكييف الفقهي "تحديد حقيقة الواقعة المستجدة لإلحاقها بأصل فقهي، خصّه الفقه بأوصاف فقهية، بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقيق من المجانسة والمشابهة بين الأصل والواقعة المستجدّة في الحقيقة"[1]، ونظرا لتنوّع عقود الإدارة، وتواردها على مواضع مختلفة، ومنها المسمّى والمستحدث، والبسيط والمركّب، والعادي والإداري، فإنّه تصعب الإحاطة بها جميعا، وتكييفها تكييفا واحدا شاملا.

والذي سأكتفي به في هذا المطلب هو وضع إطار عام لطبيعة عقود الإدارة، وسأعود بالتفصيل إلى كلّ نوع منها عند التطرّق إليها في الفصل الثالث من الباب الثاني.

أوّلا: من المقرّر سلفا اشتراك جميع أنواع هذه العقود في كونها مبرمة مع أحد أشخاص القانون العام، وهذا المعيار وحده لا يميّز هذه العقود عن غيرها من العقود المالية الأخرى، اللّهم سوى ما يتعلّق بأحكام الشخصية الاعتبارية وشروطها وأحكامها، لذا يمكن تكييف هذه العقود عموما **بعقود الشخصية الاعتبارية.**

ثانيا: من خلال المعيار الثاني للعقود الإدارية (الأخذ بأساليب القانون العام) والذي يعطي الإدارة امتيازات استثنائية، يمكن تكييف العقود الإدارية بناء على ذلك **بعقود إذعان، أو انضمام**[2].

ثالثا: ومن خلال استقراء أنواع عقود الإدارة وموضوعاتها، فإنّها لا تخرج عن كونها: إمّا عقودا بسيطة؛ كعقود البيع، والإجارة، والقرض، أو مركّبة؛ كعقدي المقاولة والتوريد. وعليه يمكن تكييف العقود البسيطة **بعقود مسمّاة**، والعقود المركّبة **بالمستحدثة.**

وسنتناول حكم التكييفات الثلاثة في الفروع التالية:

---

(1) يراجع: محمد عثمان شبير، **التكييف الفقهي للوقائع المستجدّة وتطبيقاته الفقهية**، دار القلم، دمشق، ط1، 2004: 30.

(2) يراجع: رفيق المصري، **المرجع السابق**: 31.

الفرع الأوّل: حكم التعاقد مع الشخص الاعتباري العام

ذكرنا في المبحث الثاني أنّ الدولة أو الإدارة تكتسيان شخصية اعتبارية عامّة، وبيّنّا خصائص ومميّزات هذه الشخصية، وبقي الآن أن نذكر حكم التعاقد معها.

وقبل أن نبحث عن الأدلة التفصيلية لهذه المسألة نودّ التنويه بالقاعدة العامّة في حكم التعاقد، فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، إلى أنّ الأصل في العقود الإباحة والصحة[1]، بحيث يجوز إحداث عقود جديدة لا تتنافى مع الشرع في نصوصه التفصيلية، أو قواعده العامة، أو مقاصده المرعية في أبواب المعاملات، ولا تتوقّف على وجود دليل تفصيلي للإباحة، بل يكفي انتفاء دليل المنع.

وقد استدلوا بأدلّة كثيرة أكتفي منها بما يلي:

قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [سورة المائدة، الآية: 1]، وقال أيضا: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾ [سورة الإسراء، الآية: 34]، وقال أيضا: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [سورة النساء، الآية: 29]. فهذه الآيات دالة على الإذن العام في التصرفات المالية.

قال الشافعي: «فأصل البيوع كلّها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا، إلاّ ما نهى عنه رسول الله –صلّى الله عليه وسلّم– منها»[2].

---

(1) يراجع: علاء الدين البخاري، **كشف الأسرار**، دار الكتاب العربي، بيروت، مصوّرة عن الطبعة العثمانية (د.ت): 96/3، الزيلعي، **تبيين الحقائق**: 87/4، ابن الهمام، **فتح القدير**: 3/7، عبد الوهاب البغدادي، **التلقين**، محمد ثالث الغاني، مكتبة نزار الباز، الرياض، 1415: (359)، ابن عبد البر، **الاستذكار**، عبد المعطي قلعجي، دار قتيبة، دمشق، ط1، 1993/1414: 91/20، القرافي، **الفروق**، عمر القيّام، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، ط1، 2003/1424: 254/3، المقّري، **قواعد الفقه**، محمد الدردابي، دكتوراه، جامعة القرويين، دار الحديث الحسنية، الرباط، 1400: 329، الشافعي، **الأم**، رفعت عبد المطلب، دار الوفاء، مصر، ط1، 2001/1422: 5/4، الماوردي، **الحاوي**: 217/5، محمد الرّملي، **نهاية المحتاج**، دار الفكر، بيروت، 1984/1404: 373/3، ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، عامر الجزار وأنور الباز، دار الوفاء، مصر، ط3، 2005/1426: 75/29، محمد بن مفلح، **الفروع**: 145/7، المرداوي، **الإنصاف**: 329/14.

(2) يراجع: الشافعي، **الأم**: 5/4.

وقال ابن تيمية[1]: «فقد أمر سبحانه بالوفاء بالعقود وهذا عام، وكذلك أمر بالوفاء بعهد الله وبالعهد، وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه»[2].

ولدى رجوعي إلى مصادر الفقه الإسلامي وتطبيقاته الفرعية، وجدت ما يعزّز هذه الإباحة من الناحية العملية. ويتعلّق الأمر بعقد الوظيفة العمومية –أحد العقود الإدارية–.

فقد استوظف في الدولة الإسلامية منذ فجرها عمّال يخدمون الأمّة ويتولّون مصالحها، من ذلك ما يلي:

1- عاملوا الزكاة (الجباة والسعاة).

2- خليفة المسلمين.

3- القضاة وسائر عمّال الدولة.

المسألة الأولى: عاملوا الزكاة

لقد ورد في آية مصارف الزكاة من كتاب الله تعالى عدّ عاملي الزكاة من الأصناف الثمانية الذين تصرف فيهم الزكاة، قال سبحانه: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا... الآية﴾ [سورة التوبة، الآية: 60].

قال بعض المفسّرين: "هم الذين يقدمون لتحصيلها، ويوكَّلون على جمعها؛ وهذا يدل على مسألة بديعة، وهي أن ما كان من **فروض الكفايات فالقائم به يجوز له أخذ الأجرة عليه**. ومن ذلك الإمامة؛ فإن الصلاة، وإن كانت متوجهة على جميع الخلق فإن تقدّم بعضهم بهم من فروض الكفاية، فلا جرم يجوز أخذ الأجرة عليها"[3].

---

(1) هو: أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الدمشقي المشهور بابن تيمية، والملقّب بشيخ الإسلام، من أعلام المذهب الحنبلي ومحقّقيه، مشارك في كثير من العلوم الإسلامية، من مؤلفاته: شرح عمدة الفقه، السياسة الشرعية، جمعت رسائله وفتاواه في أكثر من ثلاثين مجلدة سمّيت بـ: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية. توفي: 728 هـ. تنظر ترجمته عند: ابن رجب، **الذيل على طبقات الحنابلة**، عبد الرحمن العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 1425/ 2005: 493/4، إبراهيم بن مفلح، **المقصد الأرشد**، عبد الرحمن العثيمين، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1990/1410: 132/1.

(2) يراجع: ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**: 75/29، ابن تيمية، **القواعد النورانية**، أحمد الخليل، دار ابن الجوزي، الرياض، 1422: 266.

(3) يراجع: ابن العربي، **أحكام القرآن**، محمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2003/1424: 524/2.

كما ثبت أنّ رسول الله –صلّى الله عليه وسلّم– استعمل رجلا من الأَسْدِ على صدقات بني سُلَيم، يدعى ابن اللُّتبية، فلما جاء حاسبه[1].

المسألة الثانية: الخليفة (رئيس الدولة) وسائر عمّال الدولة كالقضاة

سبقت الإشارة إلى اعتبار الخليفة شخصية اعتبارية بوصفه أجيرا في سبيل خدمة مصالح الأمّة ورعايتها، ومن نتائج ذلك اعتبار ما يأخذه من مال مقابل وظيفته "مرتّبا" أو "أجرة".

وقد ترجم البخاري[2] في صحيحه بابا بعنوان: باب رزق الحكّام والعاملين عليها، وممّا استشهد به: "وكان شريح القاضي يأخذ على القضاء أجرا، وقالت عائشة: «يأكل الوصي بقدر عمالته» وأكل أبو بكر، وعمر".

قال ابن حجر[3] شارحا: "والرّزق ما يرتّبه الإمام من بيت المال لمن يقوم بمصالح المسلمين، قوله والعاملين عليها أي: ورزق العاملين عليها أي على الحكومات"[4].

قال الطبري: "ذهب الجمهور إلى جواز أخذ القاضي الأجرة على الحكم لكونه يشغله الحكم عن القيام بمصالحه غير أن طائفة من السلف كرهت ذلك ولم يحرموه مع ذلك"[5].

المسألة الثالثة: الأجراء الذين تتعاقد معهم الدولة

اتّفق الفقهاء على أنّ من مصارف أموال الفيء والخراج النفقة على مصالح المسلمين؛

---

(1) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الزكاة، باب قول الله تعالى: {والعاملين عليها}، ومحاسبة المصدّقين مع الإمام: [1500].

(2) هو: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم الجعفي البخاري، شيخ الإسلام وإمام الحفاظ، جمع بين فنّي الرواية والدراية، وتراجم أبواب صحيحه شاهدة بذلك، من مؤلّفاته: الجامع الصحيح، التاريخ الكبير. توفي: 256 هـ. تنظر ترجمته عند: الخطيب البغدادي، **تاريخ بغداد**، بشار عواد، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2002/1422: (322/2)، الذهبي، **سير أعلام النبلاء**، شعيب الأرناؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1985/1405: 391/12.

(3) هو: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن حجر العسقلاني المصري الكناني الشافعي، الحافظ المؤرّخ الكبير المتفنّن في العلوم، وصاحب التآليف الكثيرة المحقّقة. منها: فتح الباري شرح صحيح البخاري، تهذيب التهذيب. توفي: 852 هـ. تنظر ترجمته عند: السخاوي، **الضوء اللامع لأهل القرن التاسع**، دار الجيل، بيروت، ط1، 1992/1412: (36/2)، ابن العماد الحنبلي، **شذرات الذهب في أخبار من ذهب**، محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق، ط1، 1986/1406: 74/1.

(4) يراجع: ابن حجر العسقلاني، **فتح الباري**: 160/13 مختصرا.

(5) يراجع: ابن حجر العسقلاني، **المصدر السابق**.

ويقصد بها "المرافق العامة"؛ "كأرزاق الجيش وإعداد الكراع والسلاح، وبناء الحصون والقناطر، وأرزاق القضاة والأئمة، وما جرى هذا المجرى من وجوه المصالح"[1].

ومن البدهي أنّ الدولة ستستعين في بناء هذه المرافق وصيانتها بالحرفيّين والصنّاع، وهؤلاء ليسوا موظّفين دائمين لدى الدولة، وإنّما تستأجرهم كلّما اقتضى الأمر.

خلاصة الفرع الأوّل:

ونخلص ممّا تقدّم ذكره أنّ وصف "الشخصية الاعتبارية" للدولة ليس مانعا من التعاقد معها، ما لم يقترن بهذا التعاقد وصف مؤثّر مانع. وأنّ الأصل بقاء مشروعية التعاقد إذا استوفى جميع شرائطه وانتفت عنه موانعه.

الفرع الثاني: حكم عقود الإذعان

لقد ذكرنا في المطلب السابق تضمّن العقود الإدارية صفة "الإذعان"؛ بسبب امتياز "الدولة" بامتيازات استثنائية، تجعل الطرف الثاني المتعاقد معها خاضعا ومذعنا لها، ولا يملك حريّة التفاوض والمساومة إلاّ فيما تسمح له به.

وقبل أنّ لا بدّ أن نتعرّض إلى بيان حقيقة "عقود الإذعان" أوّلا، ثمّ أوجه تشابهها مع العقود الإدارية ثانيا.

المسألة الأولى: حقيقة عقود الإذعان أو "الانضمام" أو "القبول"

الإذعان لغة: الخضوع والانقياد والامتثال والانصياع[2].

أمّا في اصطلاح القانون المعاصر: فهي العقود التي تصدر عن شركات الاحتكار للمرافق العامة والسلع الضرورية في ظل النظم الاقتصادية المعاصرة؛ مثل شركات الماء والكهرباء والغاز والبريد والنقل العام... إلخ.

وأهمّ الأحكام القانونية المتعلّقة به إعطاء السلطة القضائية حقّ تعديل أو إلغاء الشروط التعسّفية في تلك العقود لصالح الطرف المذعن، وفقا لما تقضي به العدالة، وذلك على سبيل الاستثناء من قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين).

---

(1) يراجع: الماوردي، **الأحكام السلطانية**: 162، أبي يعلى، **الأحكام السلطانية**: 137، 205.

(2) يراجع: ابن منظور، **المصدر السابق**: 172/13.

ولعقود الإذعان أربع صفات تختصّ بها[1]:

1. أن يكون محلّ العقد سلعا أو منافع يحتاج إليها عموم الناس حاجة ماسّة، ولا يكون لهم غنى عنها؛ كالماء والكهرباء والغاز... إلخ.
2. احتكار الموجِب لتلك السلع أو المنافع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليّا.
3. انفراد الطرف الموجِب لها بوضع تفاصيل العقد وشروطه، التي تكون في الغالب لمصلحته، دون أن يكون للطرف الآخر أيّ حقّ في مناقشتها أو إلغاء شيء منها أو تعديله.
4. صدور الإيجاب (العرض) موجّها إلى الجمهور، موحدا تفاصيله، وعلى نحو مستمرّ؛ أي لمدّة غير محدودة.

المسألة الثانية: مدى التشابه بين عقود الإذعان والعقود الإدارية

تختلف العقود الإدارية عن عقود الإذعان في ثلاث خصائص:

1. فمحلّ عقود الإدارية ليس سلعا أو منافع ضرورية، بل هو متعلّق بالمرافق العمومية (إنشاءً أو توريداً أو تسييرًا)، وهذه ليست ضرورية لعموم النّاس، بل هي صفقات تجارية تختصّ بالشركات والمستثمرين.
2. محلّ عقود الإدارية بالمعنى السابق (إنشاء المرافق وتزويدها وتسييرها) هي ملك لعامة الأمّة، وتختصّ الدولة –نيابة عنها– بحسن تسييرها أو اختيار من يحسن تسييرها، فلا يتصوّر عندئذ احتكارها.
3. لا تصدر عروض العقود الإدارية على نحو مستمرّ –غير محدود المدّة–، بل يتمّ الإعلان عنها في آجال محدودة وفق إجراءات وكيفيات خاصة –سيأتي الحديث عنها في الفصل الأوّل من الباب الثاني–، كما لا تصدر إلى عموم الجمهور، بل هي مخصوصة بشريحة محدّدة وفق شروط ومتطلّبات خاصة –سيأتي الحديث عنها في الفصل الثاني–.

قد تتّفق أو تتشابه عقود الإذعان بالعقود الإدارية في الوجه الثالث فقط، وهو: انفراد

---

(1) يراجع: السنهوري، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، منشورات الحلبي، بيروت، 1998: 2/74–77، علي القره داغي، **مبدأ الرضا في العقود**: 2/1201، نزيه حمّاد، **المرجع السابق**: 326.

الطرف الموجب لها بوضع تفاصيل العقد وشروطه، التي تكون في الغالب لمصلحته، دون أن يكون للطرف الآخر أيّ حقّ في مناقشتها أو إلغاء شيء منها أو تعديله.

وبعد التأمّل في هذا الوجه وفي المناط المؤثّر فيه، نجد أنّه يتعلّق بكون "المصلحة في الغالب تكون للطرف الموجِب"، وبما أنّ الطرف الموجب في العقود الإدارية هي الدولة، وهي نائبة عن الأمّة، ووكيلة عنها في رعاية مصالحها، فإنّ هذا الإذعان يعود بالنفع على الأمّة ولا يفرّط في مصالحها.

المسألة الثالثة: الحكم الشرعي لعقود الإذعان

اختلف الفقهاء المعاصرون حول مشروعية عقود الإذعان على ثلاثة مذاهب[1]:

1. المذهب المانع منعا مطلقا: لفقدان الإرادة العقدية الباطنة في هذه العقود، بحيث ينعدم الرضا والاختيار معا، واشتماله على الاحتكار الممنوع في الشريعة[2]. والحكم لهؤلاء الفقهاء المانعين هو: تحريم هذه العقود[3].
2. المذهب المبيح مطلقا: حيث ألحق عقود الإذعان ببيع التعاطي[4]، ومفاد ذلك الاكتفاء بالإرادة الظاهرة، وهي صيغة العقد فقط، دون البحث عن الإرادة الباطنة مطلقا[5].
3. المذهب المفصّل: فإن اشتمل عقد الإذعان على الاحتكار أو الإكراه حرم تعاطيه، وإن لم يشتمل على أحدهما جاز إذا احتيج إليه وحصل حرج بتعطيله[6].

---

(1) يراجع: محمّد عبد اللطيف فرفور، **عقود الإذعان في الفقه الإسلامي**، ضمن مجلّة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: 14، سنة: 2004، الجزء:3، الصفحة: 239.

(2) الاحتكار: هو حبس مال أو منفعة أو عمل، والامتناع عن بيعه أو بذله، حتى يغلو سعره غلاء فاحشا غير معتاد، بسبب قلّته، أو انعدام وجوده في مظانّه مع شدّة حاجة الناس أو الدولة أو الحيوان إليه. يراجع: محمد فتحي الدريني، **بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1994/1414: 447/1.

(3) نقل هذا القول عن جملة من الفقهاء المعاصرين، منهم: قدري باشا، وعبد الرزاق السنهوري، محمّد أبو زهرة، وهبة الزحيلي. يراجع: **المراجع السابقة**.

(4) البيع بالتعاطي: مبادلة فعلية دالة على ارتباط الإرادتين، والتراضي دون تلفّظ بإيجاب وقبول. يراجع: نزيه حمّاد، **المرجع السابق**: 100.

(5) وهو مذهب الأستاذ مصطفى الزرقا، يراجع: **المدخل الفقهي**: 415/1.

(6) وهو اختيار محمّد عبد اللطيف فرفور، ونزيه حمّاد، ومحمّد علي القري، وعلّي الندوي، يراجع: **مجلّة مجمع الفقه**

المناقشة:

يبدو أنّ أولى الأقوال بالاختيار المذهب الثالث المفصّل؛ إذ لا يمكن قبول أو رفض طائفة من العقود توسم بـ"الإذعان" دون تمحيص وتحقيق النّظر في مضامين كلّ عقد على حدة. وقد بحث مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، في دورته الرابعة عشرة[1] عقود الإذعان، وبعد اطلاعه على البحوث الواردة إليه، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، قرّر ما يلي:

1- **عقود الإذعان:** مصطلح قانوني غربي حديث لاتفاقيات تحكمها الخصائص والشروط الآتية:

أ- تعلق العقد بسلع أو منافع يحتاج إليها الناس كافة ولا غنى لهم عنها كالماء والكهرباء والغاز والهاتف والبريد والنقل العام ... إلخ.

ب-احتكار -أي: سيطرة- الموجب لتلك السلع أو المنافع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الأقل سيطرته عليها بشكل يجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

ج-انفراد الطرف الموجب بوضع تفاصيل العقد وشروطه دون أن يكون للطرف الآخر حق في مناقشتها أو إلغاء شيء منها أو تعديله.

د- صدور الإيجاب (العرض) موجها إلى الجمهور، موحدا في تفاصيله وشروطه وعلى نحو مستمر.

2- **يبرم عقد الإذعان بتلاقي وارتباط الإيجاب والقبول الحكميين** (التقديريين) وهما كل ما يدل عرفا على تراضي طرفيه وتوافق إرادتيهما على إنشائه، وفقا للشروط والتفاصيل التي يعرضها الموجب، من غير اشتراط لفظ أو كتابة أو شكل محدد.

3- **نظرا** لاحتمال تحكم الطرف المسيطر في الأسعار والشروط التي يمليها في عقود الإذعان، وتعسفه الذي يفضي إلى الإضرار بعموم الناس، فإنه يجب شرعا خضوع جميع عقود الإذعان لرقابة الدولة ابتداء (أي قبل طرحها للتعامل بها مع الناس) من أجل إقرار

الإسلامي، العدد: 14، سنة: 2004، الجزء:3، الصفحة: 189-519.

(1) المنعقدة بالدوحة- قطر، في الفترة من: 8 إلى 13 ذي القعدة 1423 هـ، الموافق 11-16 كانون الثاني (يناير) 2003 م.

ما هو عادل منها، وتعديل أو إلغاء ما فيه ظلم بالطرف المذعن، وفقا لما تقضي به العدالة شرعا.

4- **تنقسم عقود الإذعان** في النظر الفقهي إلى قسمين:

أحدهما: ما كان الثمن فيه عادلا، ولم تتضمن شروطه ظلما بالطرف المذعن، فهو صحيح شرعا، ملزم لطرفيه، وليس للدولة أو للقضاء حق التدخل في شأنه بأي إلغاء أو تعديل، لانتفاء الموجب الشرعي لذلك، إذ الطرف المسيطر للسلعة أو المنفعة باذل لها، غير ممتنع عن بيعها لطالبها بالثمن الواجب عليه شرعا، وهو عوض المثل (أو مع غبن يسير، باعتباره معفوا عنه شرعا، لعسر التحرز عنه في عقود المعاوضات المالية، وتعارف الناس على التسامح فيه) ولأن مبايعة المضطر ببدل عادل صحيحة باتفاق أهل العلم .

والثاني: ما انطوى على ظلم بالطرف المذعن، لأن الثمن فيه غير عادل (أي: فيه غبن فاحش) أو تضمن شروطا تعسفية ضارة به، فهذا يجب تدخل الدولة في شأنه ابتداء (قبل طرحه للتعامل به) وذلك بالتسعير الجبري العادل، الذي يدفع الظلم والضرر عن الناس المضطرين إلى تلك السلعة أو المنفعة بتخفيض السعر المتغالى فيه إلى ثمن المثل، أو بإلغاء أو تعديل الشروط الجائرة، بما يحقق العدل بين طرفيه، استنادا إلى:

أ- أنه يجب على الدولة (ولي الأمر) شرعا دفع ضرر احتكار فرد أو شركة سلعة أو منفعة ضرورية لعامة الناس، عند امتناعه عن بيعها لهم بالثمن العادل (عوض المثل) بالتسعير الجبري العادل، الذي يكفل رعاية الحقين: حق الناس بدفع الضرر عنهم الناشئ عن تعدي المحتكر في الأسعار أو الشروط، وحق المحتكر بإعطائه البدل العادل .

ب-أن في هذا التسعير تقديما للمصلحة العامة -وهي مصلحة المضطرين إلى السلع أو المنافع في أن يشتروها بالثمن العادل- على المصلحة الخاصة وهي مصلحة المحتكر الظالم بامتناعه عن بيعها لهم إلا بربح فاحش أو شروط جائرة، إذ من الثابت المقرر في القواعد الفقهية أن: المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة. وأنه يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام.

خلاصة الفرع الثاني:

عند التأمّل في مناط المنع في عقود الإذعان نجد أنّه ليس لكونه منطويا على احتكار

أو سيطرة، وإنّما لمآل استغلال الطرف الموجب وتعسّفه؛ لذلك اشترط تدخّل الدولة في مراقبته وتسعيره إذا اقتضى الأمر، فيفهم منه أنّه لو كانت الدولة هي من تسيطر على العقد فلا مانع من ذلك؛ لأنّ تصرّفها منوط بالمصلحة العامة.

وعليه، يمكننا الخلوص إلى النتائج التالية:

1- جواز عقود الإذعان ابتداءً إذا كانت الدولة هي الطرف الموجب فيه.

2- ضرورة انتفاء أيّ شرط فاسد لصحّة العقد.

3- اللجوء إلى القضاء في حال وجود أيّ شرط تعسّفي مناقض للشريعة أو الأعراف القانونية العامة.

الفرع الثالث: حكم العقود المستحدثة

تصنّف العقود المالية بالنظر إلى التّسمية وعدمها إلى نوعين:

1- عقود مسمّاة: وهي التي أقرّت لها نصوص الشرع اسما يدلّ على موضوعها الخاص، وأحكاما أصلية تترتب عليها؛ كالبيع والإجارة وغيرهما.

2- عقود غير مسمّاة أو «مستحدثة»: وهي العقود التي لم يصطلح التشريع على اسم خاص لموضوعها، ولم يرتّب عليها أحكاما تخصّها؛ كبيع الوفاء والاستصناع والتحكير، وغيرها، وهي كثيرة لا تنحصر؛ لأنّها تتنوّع بحسب حاجة العاقد والموضوع المتّفق عليه، ضمن الغايات المشروعة، ويجمعها اسم «العقد» أو «الاتفاق»[1].

ولا خلاف بين الفقهاء في مشروعية العقود التي نصّ الشرع على حلّها، كما أنّه لا خلاف بينهم في عدم مشروعية ما نصّ الشرع على تحريمها، وبقي الخلاف دائراً حول العقود التي لم ينصّ الشرع على حلّها أو حرمتها، ويمكن حصره في اتّجاهين رئيسين:

أ-اتّجاه الموسّعين بما لا يتعارض مع الضوابط الشرعية:

وهو مذهب جمهور الفقهاء الذين ذكرناهم عند مطلع هذا المطلب والذين استدلّوا

---

(1) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 632/1، مدكور، **المرجع السابق**: 601، السنهوري، **مصادر الحق**: 12-3/4، محمد الزحيلي، **العقود المسمّاة**، منشورات جامعة دمشق، ط5، 1997/1417: (17-32).

بعمومات النصوص الدالة على أنّ "الأصل في العقود الإباحة".

ب-اتّجاه المضيّقين بما وردت إباحته في النصوص الشرعية:

وهو مذهب الظاهرية الذين لم يجيزوا إحداث أيّ عقد لم يرد في نصوص الشرع ما يدلّ على جوازه، واستدلوا بظاهر بعض الآيات؛ كقوله تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا﴾ [سورة المائدة، الآية: 3]، وقوله: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ [سورة البقرة، الآية: 229].

واستدلوا أيضا بما روته عائشة -رضي الله عنها- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنّه قال: «**مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ**»[1].

قالوا: «فهذه الآيات وهذا الخبر براهين قاطعة في إبطال كل عهد، وكل عقد، وكل وعد، وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به، أو النص على إباحة عقده؛ لأن العقود والعهود والأوعاد شروط، واسم الشرط يقع على جميع ذلك»[2].

ج-الترجيح:

لقد خطّأ جمهور الفقهاء ما ذهب إليه فقهاء الظاهرية من التضييق والتحجير في العقود، ولخّص الإمام ابن القيّم[3] أهمّ أوجه الاعتراضات والمؤاخذات عليهم فقال:

«اعتقادهم أنّ عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلها على البطلان، حتى يقوم دليل على الصحة، فإذا لم يقم عندهم دليل على صحة شرط أو عقد أو معاملة استصحبوا بطلانه، فأفسدوا بذلك كثيرا من معاملات الناس وعقودهم وشروطهم بلا برهان من الله بناء

---

(1) حديث متّفق عليه، واللفظ للبخاري: كتاب البيوع- باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل (2168)، مسلم **الصحيح**، نظر الفريابي، دار طيبة، الرياض، ط1، 2006/1426: كتاب العتق - باب إنما الولاء لمن أعتق (1504).

(2) يراجع: ابن حزم، **الإحكام في أصول الأحكام**، أحمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط2، 1983: (13/5).

(3) هو: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي الدمشقي، من أعيان فقهاء الحنابلة، وصاحب شيخ الإسلام ابن تيمية، لازمه وأخذ عنه، وكان متفنّنا في العلوم العقلية والنقلية، من مؤلّفاته: أعلام الموقّعين عن رب العالمين، زاد المعاد، حاشية على سنن أبي داود. توفي: 751 هـ. تنظر ترجمته في: ابن رجب، **الذيل على طبقات الحنابلة:** 170/5، إبراهيم بن مفلح، **المقصد الأرشد:** 384/2.

على هذا الأصل، وجمهور الفقهاء على خلافه، وأن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه، وهذا القول هو الصحيح؛ فإن الحكم ببطلانها حكم بالتحريم والتأثيم، ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله، ولا تأثيم إلا ما أثم الله ورسوله به فاعله، كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله ولا حرام إلا ما حرمه الله، ولا دينا إلا ما شرعه الله، فالأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر، والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم»[1].

وعليه، فإنّ مذهب الجمهور القائلين بأنّ الأصل في العقود الجواز مع مراعاة الضوابط، هو المتوافق مع نصوص الشريعة ومقاصدها الكبرى، وهو الذي سأسير عليه في البحث[2].

المطلب الرابع: خصائص ومميّزات عقود الإدارة

ذكرنا فيما مضى أنّ العقود التي تبرمها الإدارة نوعان: عقود عادية، وعقود إدارية، أمّا الأولى فهي من قبيل العقود المسمّاة وتستمدّ أحكامها من القانون الخاص (أحكام القانون المدني، والتجاري)، وأمّا العقود الإدارية فتتميّز ببعض الخصائص والمميزات سنشير إليها في الفروع التالية:

الفرع الأوّل: امتيازات الإدارة في العقود الإدارية

تتميّز العقود الإدارية بجملة من الامتيازات التي تستمدّها من الشروط والأحكام التي تضيفها الإدارة المتعاقدة، من ذلك[3]:

1- لزوم العقد بمجرد إيجاب الطرف الآخر (المدني) وحتّى قبل صدور القبول من الإدارة، بخلاف المعهود في العقود العادية الأخرى التي لا تلزم عند اقتران القبول بالإيجاب.

---

(1) يراجع: ابن القيم، **إعلام الموقعين**، طه سعد، دار الجيل، بيروت، 1973: 344/1.

(2) للاستزادة يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 537/1، مدكور، **المرجع السابق**: 601، علي القره داغي، **مبدأ الرضا في العقود**: 1148، محمد فتحي الدريني، **النظريات الفقهية**، كلية الشريعة، جامعة دمشق، ط2 (د.ت): (269)، محمد الزحيلي، **المرجع السابق**: 17.

(3) يراجع: رفيق المصري، **المرجع السابق**: 32.

2- تملك الإدارة سلطة عدم التعاقد وإلغاء (المناقصة)، بينما لا يملك الطرف المدني الرجوع عن عرضه، وإلاّ تعرّض للعقوبة.

3- تملك الإدارة سلطة التعاقد مع من تحدّده هي؛ ففي عروض المناقصة يمكنها اختيار غير صاحب العرض الأقلّ.

4- تملك الإدارة سلطة تعديل العقد بالزيادة أو النقصان (في حدوده المعقولة).

5- تملك الإدارة سلطة توقيع العقوبات (الجزاءات)؛ كسحب العمل، وفرض الغرامات مباشرة ودون الرجوع إلى القضاء، بينما لا يملك المتعاقد المدني توقيع أيّ عقوبة على الإدارة إلاّ بعد الرجوع إلى القضاء.

6- تملك الإدارة حقّ إبطال العقد من طرف واحد؛ سواءٌ قصّر الطرف المتعاقد معها أو لم يقصّر؛ إذا كان في ذلك توخّي مصلحة عامة.

ويبرّر رجال القانون الإداري هذه الامتيازات الممنوحة للإدارة بأمرين:

أ- لأنّ العقد يتّصل بمرفق عام (ذي ملكية عامة والدولة مؤتمنة عليه).

ب- ضرورة حسن سير المرفق العام باطّراد وانتظام، ومسايرة للتطوّر[1].

ويضيف الدكتور رفيق المصري ملحظا آخر مهمّا ذا حساسية خاصة، يتّصل بالأمن العام والسلام الاجتماعي؛ لأنّ اضطراب سير المرافق العامة من شأنه أن يؤدّي إلى الاستياء العام والاضطرابات الاجتماعية؛ من مثل: (الماء، الكهرباء، الصحة، التعليم ... إلخ). ممّا قد يؤدّي إلى انتشار اللامبالاة والإهمال والتخريب، بسبب فقدان الثّقة بين الحاكم والمحكوم، أو بسبب شيوع الرشوة والفساد في القطاعين العام والخاص[2].

كما يمكن توجيه هذه الامتيازات من الناحية الشرعية وفق قواعد المصالح المرعية التي تنصّ على تغليب الصالح العام على الصالح الخاص:

1. يتحمّل الضرر الخاص لدفع الضرر العام[3].

---

(1) نفس **المرجع السابق**: 32.

(2) نفس **المرجع السابق**: 33.

(3) يراجع: أحمد الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**، تصحيح وتعليق مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، ط2، 1989/1409:

2. إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفّهما[1].كما قال الناظم:

إن ضرران اجتمعا فأسقط * الأصغرَ للأكبر ثمّ أقسط[2]

وسنتناول في الفصول القادمة حكم ما تشترطه الإدارة في عقودها الإدارية.

الفرع الثاني: حقّ المتعاقد مع الإدارة في التوازن المالي للعقد

لا يعني ما سبق ذكره إهدار حقوق المتعاملين المتعاقدين مع الإدارة، فقد كفل لهم القانون حقوقهم مع الإدارة بإزاء الامتيازات الممنوحة لهم؛ إذ من المبادئ المستقرة في القضاء الإداري أنّ المتعاقد مع الإدارة له حق ضمان التوازن المالي للعقد الإداري، أي حقّه في احترام حقوقه المالية بحيث تكون مستحقات المتعاقد متوازنة ومتعادلة مع أعبائه ونفقاته، ومن ثمّ إذا طرأت بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه ظروف أو أحداث تؤدّي إلى زيادة أعباء المتعاقد أو اختلال في اقتصاديات العقد، فمن الواجب على الإدارة تعديل بعض بنود العقد وتعويضه والمساهمة في خسائره حتى يعود التوازن المالي للعقد من جديد.

ولا ترتبط فكرة حماية التوازن المالي للعقد لمصلحة المتعاقد بخطأ الإدارة، أو خطأ المتعاقد، وإنّما مبعثها ضرورة حماية المصلحة المالية الخاصة للمتعاقد إذا ما طرأت أحداث تخرج عن إرادته وتزيد من أعبائه إلى حدّ بعيد.

وحماية مصلحة المتعاقد الخاصة وحقّه في التوازن المالي للعقد تتضمّن أيضا حماية المصلحة العامة والمرافق العامة؛ لأن في إهدار مصالح المتعاقد المشروعة إضرارا بالمصلحة العامة، من حيث أنّها تنفّر الأفراد والشركات الكبيرة عن التعاقد مع الإدارة، وتصرفهم عن خدمة تلك المرافق لما تعتريهم من مخاطر إدارية جسيمة، فيصاب المرفق العام إذا ما توقّف المتعاقدون عن التنفيذ بسبب ظروف طارئة تؤثّر في اقتصاديات العقد، وتجعل تنفيذ العقد مرهقا للغاية للمتعاقد من الناحية المالية[3].

ومن أهمّ النظريات القانونية التي جاءت لتحقيق فكرة حماية التوازن المالي للعقود

.197

(1) نفس **المرجع السابق**: 201.

(2) يراجع: السجلماسي، **شرح البواقيت الثمينة**: 476.

(3) يراجع: سليمان الطماوي، **أموال الإدارة العامة وامتيازاتها**: 358، محمد رفعت، **المرجع السابق**: 610.

الإدارية، ما يلي:

أ- نظرية فعل الأمير.

ب- نظرية الظروف الطارئة.

ج- نظرية القوة القاهرة.

د- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقّعة.

وسيأتي شرح هذه النظريات في الفصل الثاني من الباب الثاني عند الحديث على مقتضيات تعديل أو إنهاء العقود الإدارية.

خلاصة الفصل الأوّل:

انتهينا خلال الفصل الأوّل إلى استعراض أهمّ تصنيفات العقود المالية التي يمكن للدولة أن تتعاقد بها مع مواطنيها، ثمّ عرّجنا على مفهوم الدولة باعتبارها الطرف التعاقدي الأهمّ في هذه العقود، وذكرنا بأنّ الدولة تتمتّع بكلّ مكوّناتها والمؤسّسات الخاضعة لإدارتها بالشخصية الاعتبارية العامة، وأنّ علاقتها مع رعيّتها علاقة نيابة ووكالة في حراسة الدين وسياسة الدنيا، ثمّ استعرضنا أنواع العقود التي تبرمها، وهي ثلاثة أنواع: (عادية، إدارية، دولية)، وتنطوي على ثلاثة أوصاف، كونها: عامة، ذات صفة الإذعان، ومستحدثة. وقد انتهى التكييف الشرعي إلى اعتبارها عقودا جائزة مشروعة إذا استوفت شرائطها الشرعية.

الفصل الثاني

مقوّمات التعاقد المالي مع الدولة

سنتناول في هذا الفصل المقوّمات الجوهرية التي تتأسّس عليها سائر العقود المالية، وهي الصيغة، والعاقدان، ومحل العقد. وشروط كلّ ركن منها.

كما ستناول بالتفصيل الضوابط المتعلّقة بعقود الإدارة، سواء منها ما تعلّق بالدولة والمؤسسات التابعة لها، أو بضوابط اختيار الجهة المتعاقدة مع الدولة.

وينتهي الفصل ببيان ضوابط العقود المالية المستحدثة وشروط صحّتها.

ويشتمل هذا الفصل على مبحثين:

المبحث الأول: أركان التعاقد المالي في عقود الإدارة وشروطها

المبحث الثاني: ضوابط التعاقد المالي في عقود الإدارة

المبحث الأول
أركان التعاقد المالي
في عقود الإدارة وشروطها

سنتناول في هذا المبحث الأركان والدعائم التي تقوم عليها سائر العقود المالية، وهي الصيغة والمتمثّلة في الإيجاب والقبول، ثمّ طرفا العقد والمتمثّلان في العاقدين، ثمّ في محل العقد والمتمثّل في موضوع العقد والتزاماته لكلّ طرف، وقد جمعها الناظم بقوله:

أركان بيع صيغة وثمن * وبائع ومشتر ومثمن[1]

كما سنتعرّض إلى الشروط الواجب توافرها في كلّ ركن بشكل عام، ثمّ ما تختص به عقود الإدارة بوجه خاص.

هذا، ولا تكاد تختلف العقود الإدارية في هذا الخصوص عن عقود القانون الخاص، فالقاضي الإداري يلجأ إلى ذات القواعد المطبّقة في القانون الخاص، والتي تحكم هذا الموضوع، ولا يخرج عنها إلاّ بالقدر الذي تستلزمه الحياة الإدارية، وأوضاع التنظيمات الإدارية[2].

ويندرج ضمن هذا المبحث المطالب التالية:

المطلب الأول: الصيغة

المطلب الثاني: المتعاقدان

المطلب الثالث: المحل

---

(1) يراجع: الحسن بن محمد الأمين الشنقيطي، **ألفية الأنظام في طرف شتى من الأحكام، (د.ت)**: 214.

(2) يراجع: سليمان الطماوي، **المرجع السابق**: 330.

المطلب الأول: الصيغة

الفرع الأول: تعريف الصيغة

تعرّف صيغة العقد في عرف الفقهاء بأنّها الألفاظ والعبارات التي يتركّب منها العقد؛ أي: العبارات المتقابلة التي تدلّ على اتّفاق الطّرفين وتراضيهما على إنشاء العقد، وهي التي تسمّى في لغة الفقهاء **بالإيجاب والقبول**، ويمكن تعريفها إجمالا بأنّها: "ما يكون به العقد، من قول أو إشارة أو كتابة؛ تبيينا لإرادة العاقد، وكشفا عن كلامه النفسي"[1].

الفرع الثاني: شروط الصيغة

يشترط لصحّة صيغة العقد ثلاثة شروط:

أوّلا: جلاء المعنى

ويقصد به أن تكون مادة اللفظ المعبّر به في الإيجاب والقبول دالة دلالة واضحة عرفا على نوع العقد المقصود للعاقدين. وذلك لاختلاف العقود بعضها عن بعض في الموضوع والأحكام، فإذا لم يتيقّن قصد المتعاقدين لعقد بعينه لم يمكن إلزامهما بأحكامه الخاصة به[2].

ثانيا: توافق الإيجاب والقبول

ويقصد به أن يوافق الإيجاب القبول من جميع الوجوه؛ فإذا خالفه لا يعتبر قبولا، فلا ينعقد العقد[3].

ويحصل القبول في عقد الإذعان "بمجرّد التسليم لشروط مقرّرة يضعها الموجب، ولا يقبل المناقشة فيها" وفق (المادة: 70) من القانون المدني الجزائري.

ثالثا: قيام الإيجاب وبقاؤه

ويقصد به بقاء الإيجاب الصّادر عن الموجب وعدم عدوله أو إعراضه عنه، أو انتهاء

---

(1) يراجع: نزيه حمّاد، **المرجع السابق**: 285-286، الفيومي، **المرجع السابق**: 416/1، مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 403/1.

(2) يراجع: مصطفى الزرقا، **المرجع السابق**: 405/1، علي القره داغي، **المقدّمة في المال**: 448.

(3) يراجع: مصطفى الزرقا، **المرجع السابق**: 407/1، علي القره داغي، **المرجع السابق**: 438.

مجلسه؛ لأنّه إذا سقط الإيجاب فلا يتمّ الاتّصال حتّى ولو تمّ القبول فيما بعد، إلاّ بتجديد الإيجاب مرّة أخرى[1].

هذا، وتجدر الإشارة إلى أنّ للموجب الرّجوع عن إيجابه أثناء مجلس العقد على مذهب جمهور الفقهاء[2].

أمّا المالكية فقد ذهبوا إلى أنّ الموجب ليس له الحقّ في الرّجوع عن إيجابه ما دام مجلس العقد قائما، حتّى لو رجع عنه لم يعتدّ برجوعه، وكذلك لو حدّد له مدّة محدّدة يلتزم بهذه المدّة[3].

هذا، وقد سارت القوانين المدنية في شروط صيغة العقود وأحكام الإيجاب والقبول على نفس الشروط السابقة[4]، ووافقت رأي المالكية جزئيا في الإيجاب الملزم، حيث نصّت المادة (63) من القانون المدني الجزائري: "إذا عُيّن أجلٌ للقبول التزَم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل".

رابعا: جزم الإرادتين

ويقصد به: أن تكون صيغة الإيجاب والقبول مفيدة للبت في العقد بصورة لا تردّد معها ولا تسويف، وإلاّ كانت نيّة الارتباط منتفية؛ لأنّ التردّد في حكم الرّفض[5].

أمّا دلالة الألفاظ المستخدمة في العقود على الجزم أو التردّد، فهي محلّ بحث عند مذاهب الفقهاء، سأوجزها فيما يلي:

1- صيغة الماضي: اتّفق الفقهاء على تمحّض صيغة الماضي للعقود والالتزامات[6].

2- صيغة المستقبل: كما اتّفقوا على تمحّض صيغة المضارع المحلّى بـ «السين»

---

(1) يراجع: السنهوري، **مصادر الحق**: 16/2، علي القره داغي، **المرجع السابق**: 437.

(2) يراجع: السنهوري، **المرجع السابق**: 17/2، علي القره داغي، **المرجع السابق**: 437.

(3) يراجع: الحطّاب، **مواهب الجليل**: 240/4، الدردير، **الشرح الكبير مع الحاشية**: 4/3، السنهوري، **المرجع السابق**: 18/2، علي القره داغي: **المرجع السابق**: 438.

(4) يراجع: السنهوري، **المرجع السابق**: 48/2، **القانون المدني الجزائري**؛ المواد من (59 إلى 66).

(5) يراجع: الزرقا، **المرجع السابق**: 408/1، علي القره داغي: **المرجع السابق**: 388.

(6) يراجع: البابرتي، **العناية**: 250/6، الكاساني، **بدائع الصنائع**: 133/5، ابن رشد، **بداية المجتهد**: 329/3، الحطاب، **مواهب الجليل**: 232/4.

و«سوف» للوعد؛ لدلالته على الاستقبال؛ ولأنّ في ذكرِهما مناقضةً لإرادة الحال، فإذا قال: «سأبيعك، سوف أبيعك» فهو وعدٌ محض، وليس عقدا حالا، فلا تقبل فيه دعوى العقد والالتزام الحال[1].

3- صيغتا المضارع والأمر: ذهب فقهاء المالكية[2]، والشافعية -في الأظهر عندهم-[3] على أن **صيغة المضارع** كناية في إرادة العقد، وهي من الصيغ المحتملة غير الصريحة في اللزوم، فتنعقد بها سائر العقود إذا قارنتها النية، أمّا **صيغة الأمر** فدلالتها صريحة في العقود، فهي كصيغة الماضي، إلاّ إذا اقترن بها ما يرجّح معنى الوعد، كقوله: «بعني غداً» فلا ينعقد؛ لأنّ المطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضا، ودلالة الأمر على الرضا أقوى من دلالة المضارع عليه؛ لأن صيغة الأمر تدل على الرضا عرفا، وإن كان في أصل اللغة محتملا بخلاف المضارع، فإنه لا يدل عليه.

بينما ذهب جمهور فقهاء الحنفية إلى صحّة إجراء العقود بصيغة المضارع إذا قارنته

---

(1) تراجع هذه المسألة عند أهل اللغة في: الزجاجي، **حروف المعاني**، علي الحمد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1986/1406: (5)، المرادي، **الجنى الداني في حروف المعاني**، فخر الدين قباوة، محمد نديم فاضل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1992/1413: (59، 458). وعند الأصوليين في: الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي، الرياض، ط1، 2003/1424: (84/1، 97)، علاء الدين البخاري، **كشف الأسرار**: 104/1، الحموي، **غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1985/1405: 79/1، تقي الدين ابن السبكي وابنه تاج الدين، **الإبهاج بشرح المنهاج**، أحمد الزمزمي ونور الدين صغيري، دار البحوث، دبي، ط1، 2004/1424: (1855/4).
وأمّا الفقهاء فمنهم من صرّح ومنهم من أجمل. يراجع: البابرتي، **العناية**: 250/6، داماد أفندي، **مجمع الأنهر**، دار الطباعة العامرة، 1316، تصوير، دار إحياء التراث العربي، بيروت: (2/4-5)، ابن نجيم، **البحر الرائق**: 285/5، ابن عابدين، **رد المحتار**: 511/4، الحطاب، **مواهب الجليل**: 231/4، الماوردي، **الحاوي**: 41/5، الروياني، **بحر المذهب**، أحمد عناية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 2002/1423: 40/6. وأما الحنابلة، فهو لازم مذهبهم وإن لم يصرّحوا به؛ لأنهم منعوا استعمال المضارع المراد به الحال، فمن باب أولى المضارع المراد به الاستقبال.

(2) يراجع: سحنون، **المدونة**، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1323: 222/4، ابن يونس، **الجامع**: 926/13، الباجي، **المنتقى**: 157/4، ابن رشد، **البيان والتحصيل**: 275/8، ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**: 614/2، الحطاب، **مواهب الجليل**: 229/4-232، الدسوقي، **حاشية على شرح الدردير**: 3/3.

(3) يراجع: الغزالي، **الوسيط في المذهب الشافعي**، أحمد إبراهيم ومحمد تامر، دار السلام، مصر، ط1، 1997/1417: 10/3، النووي، **المجموع شرح المهذب**، محمد المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، 1977/1397: 195/9-196، الشربيني، **مغني المحتاج**، دار الكتب العلمية، ط1، 1994/1415: 328/2.

نية الحال، أو قرينة عرفية أو لفظية تحمله على الحال[1]، أمّا صيغة الأمر فلا يجوز إبرام العقود بها؛ لأنّه طلب للإيجاب أو القبول، وليس دالاّ عليهما فلم يجز، واستثنوا من ذلك إذا دلّ على سابقة البيع بطريق الاقتضاء، كقوله: «خذه بكذا»، فكأنّه قال له: «بعتك فخذه بكذا».

أمّا فقهاء الحنابلة[2] فذهبوا إلى عكس ما ذهب إليه الحنفية؛ فلم يصحّحوا استعمل صيغة **المضارع** لإنشاء العقود بأيّ وجه كانت؛ سواء أريد به الحال أو الاستقبال؛ لأنه يفيد الوعد دائما، أمّا **دلالة الأمر** عند الإطلاق فهي صريحة في إرادة العقود والالتزامات.

الفرع الثالث: اشتراط الشكلية والتوثيق في عقود الإدارة

الأصل في العقود كونها رضائية[3] أي: أنّها تنعقد بمجرّد الرضا بين المتعاقدين، دون الحاجة في انعقاده إلى إفراغه في شكل معيّن، أو إلى قبض وتسليم[4].

قال سبحانه: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ [سورة النساء، الآية: 29]، فليس في الفقه الإسلامي عقود شكلية[5].

وفي مقابل ذلك توجد: عقود شكلية لا تنعقد بمجرّد التراضي، بل لا بدّ أن يتّخذ التراضي فيه شكلا معيّنا يحدّده القانون، أو ما كان الشكل الذي يحدّده القانون ركنا فيه[6].

هذا، وقد حثّ القرآن كتابة الديون، في قوله سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُ ﴾ [سورة البقرة، الآية: 282]، وفرّع عليها الفقهاء مسألة كتابة العقود والشروط، ووضعوا له علما خاصّا أطلقوا عليه: "علم الشروط"، أو "التوثيق"[7].

---

(1) يراجع: السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1984/1405: (30/2)، الكاساني، **بدائع الصنائع**: 133/5، ابن الهمام، **فتح القدير**: 250/6، ابن عابدين، **رد المحتار**: 511/4.

(2) يراجع: محمد بن مفلح، **الفروع**: 122/6، المرداوي، **الإنصاف**: 261/4، البهوتي، **كشاف القناع**: 298/7.

(3) يراجع: علي القره داغي، **مبدأ الرضا في العقود**: 18/1.

(4) يراجع: علي القره داغي، **المقدّمة في المال**: 311، السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**: 188/1.

(5) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 421/1.

(6) يراجع: علي القره داغي، **المقدّمة في المال**: 312.

(7) علم الشروط: هو علم باحث عن: كيفية ثبت الأحكام الثابتة، عند القاضي في الكتب والسجلات، على وجه يصح

إلاّ أنّ كتابة العقد ليست واجبة، ولا ركنا لصحّة العقد. قال ابن العربي[1]:

" فيها –أي الآية– أربعة أقوال:

الأول: أنه فرض على الكفاية كالجهاد والصلاة على الجنائز؛ قاله الشعبي.

الثاني: أنه فرض على الكاتب في حال فراغه؛ قاله بعض أهل الكوفة.

الثالث: أنه ندب؛ قاله مجاهد وعطاء.

الرابع: أنه منسوخ؛ قاله الضحاك.

والصحيح أنه أمر إرشاد؛ فلا يكتب حتى يأخذ حقه"[2].

وبما أنّ "الأصل في الأحكام المعقولية لا التعبّد"[3]، فقد ذكر بعض الفقهاء الحكمة من الكتابة قائلا: " قال الجمهور: الأمر بالكتب ندب إلى حفظ الأموال وإزالة الرّيب، وإذا كان الغريم تقيّا فما يضره الكتاب، وإن كان غير ذلك فالكتاب ثقَاف في دينه وحاجة صاحب الحق"[4].

❖ هذا، وقد ساير القانون المدني الفقه الإسلامي في مبدأ رضائية العقود؛ خلافا لما كان عليه الأمر في القانون الروماني المبني على الشكلية[5]، لكنه أبقى هذه الشكلية في بعض

الاحتجاج به، عند انقضاء شهود الحال. وموضوعه: تلك الأحكام من حيث الكتابة. وبعض مباديه: مأخوذ من الفقه. يراجع: حاجي خليفة، **كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون**، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، 1941: 1046/2.

(1) هو: القاضي أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعافري الإشبيلي، المشهور بابن العربي، الإمام العلاّمة من جلّة فقهاء المالكية ومحقّقيهم، مع حذق في الأصول والحديث واللغة، وغيرها، من مصنفاته: أحكام القرآن، عارضة الأحوذي في شرح جامع الترمذي. توفي: 543 هـ. تنظر ترجمته عند: ابن فرحون، **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب**، محمد أبو النور، مكتبة دار التراث، ط2، 2005/1426: 198/2، مخلوف، **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**، المطبعة السلفية، مصر، 1349: 136/1.

(2) يراجع: ابن العربي، **أحكام القرآن**: 329/1.

(3) يراجع: المقّري، **عمل من طب لمن حب**، تحقيق: أبي الفضل الطنجي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 2003: 142.

(4) يراجع: القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، عبد الله التركي وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2006/1427: 431/4. والثقاف: من الفطنة والحذق.

(5) قال عبد الرزاق السنهوري: "لمّا كان الأصل في العقد أن يكون رضائيا، فالأولى عند الشك أن تكون الكتابة للإثبات لا للانعقاد، والراجح في القضاء المصري والفرنسي يؤيّد هذا الرأي" يراجع: عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**: 189/1، سيد عبد الله حسين، **المقارنات التشريعية**، دراسة وتحقيق: محمد أحمد سراج، دار السلام، القاهرة، ط1، 2001: 1/ 134.

العقود حيثما رأى مصلحة في ذلك، وهذا ما قرّره القانون المدني الجزائري في المادة (71): "وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معيّن فهذا الشكل يطبّق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

ولا يعترض الفقهاء على اشتراط كتابة العقود إذا صدر بذلك أمر من وليّ الأمر؛ حفظا لحقوق المتعاقدين، وصيانة لها، وحسما لمادة النزاع والاختلاف[1].

ومن أمثلة ما اشترطه القانون من كتابة العقد وشكليته "عقود الصفقات العمومية"، حيث نصّت المادة (2) من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمّن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[2] على أنّ عقود الصفقات العمومية: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

المطلب الثاني: المتعاقدان

يقوم العقد على طرفين اثنين على الأقلّ، ويكون كلّ منهما إمّا ذا شخصية طبيعية أو ذا شخصية حكمية؛ وسنتحدث خلال الفروع التالية عن ضوابط كلّ منهما:

الفرع الأول: شرط الأهلية العامة

أ- الشخصية الطبيعية:

يشترط في كل من المتعاقدين أن يكونا أهلا للتعاقد، والأهلية المقصودة هنا هي أهلية الأداء، ومعناها في الاصطلاح الشرعي: «صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقّف اعتبارها الشرعي على العقل»[3].

---

(1) يراجع: سيد عبد الله حسين، **المرجع السابق**: 1/ 138.

(2) المؤرّخ في 2 ذي الحجة 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015.

(3) الأحناف هم أكثر المذاهب تأصيلا لمفهوم الأهلية وأنواعها. يراجع: السرخسي، **الأصول**، أبو الوفاء الأفغاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414/1993: (322/2)، القرافي، **الفروق**: 363/3، علاء الدين البخاري، **كشف الأسرار**: 237/4، التفتازاني، **التلويح على التوضيح**، مكتبة صبيح، مصر(د.ت): 321/2، ابن أمير، التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1403/1983: 164/2، علي الخفيف، **أحكام المعاملات الشرعية**، طبعة

وهذه الأهلية تكتسب عند الحنفية والمالكية بالعقل فقط وهو التمييز، ففاقد التمييز لصغر أو إغماء أو جنون لا تصح تصرفاته بالإجماع، وأما ناقصها كالصبي المميز والسفيه البالغ، فتصح تصرفاتهما ابتداءً ولكنها موقوفة على إجازة الولي، وانفرد أبو حنيفة بتصحيح تصرفات السفيه مطلقا، وصحّح الحنابلة –في أصح الروايتين– تصرّفهما إذا أذن لهما وليّهما[1].

وعند الشافعية والحنابلة –في الرواية الأخرى– تستفاد الأهلية من التكليف والرشد معاً، حيث يشترطون أن يكون العاقد بالغا عاقلا رشيدا، فلا تصح تصرفات الطفل ولا المجنون ولا السفيه مطلقا، ولو كانا مأذونين[2].

والذي يقوى في النفس ترجيح القول الأول؛ عملا بالآية الكريمة: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ وَلَا تَأۡكُلُوهَآ إِسۡرَافٗا وَبِدَارًا أَن يَكۡبَرُواْ﴾ [سورة النساء، الآية: 6].

وجه الاستدلال: أن الله سبحانه وتعالى أمر باختبار اليتامى –وهم الصغار–، ولا يتأتى ذلك إلا بتفويض التصرف إليهم؛ ليعلم رشدهم.

أما كون العقد موقوفا؛ فلأنّ الصبي المميز والسفيه البالغ ناقصا عقل، فيحتمل في تصرفهما الضرر، فلا ينفذ إلا بإذن الولي، لأنه أهل لمعرفة مصلحتهما.

وقد ساير القانون المدني هذه الأحكام في مجملها[3]؛ معتبرا أنّ كلّ شخص أهل

بنك البركة الإسلامي للاستثمار، البحرين (د.ت): 285، مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 786/2، مدكور، **المرجع السابق**: 445، علي القره داغي، **المقدّمة في المال**: 317.

(1) يراجع: السمرقندي، **تحفة الفقهاء**: 36/2، الكاساني، **بدائع الصنائع**: 135/5، العيني، **البناية في شرح الهداية**، دار الفكر، بيروت، ط2، 1990/1411: (202/10)، ابن عابدين، **رد المحتار**: 173/6، ابن شاس، **عقد الجواهر**: 614/2، القرافي، **الفروق**: 363/3، الحطاب، **مواهب الجليل**: 241/4، ابن قدامة، **المغني**: 347/6، المرداوي، **الإنصاف**: 19/11، البهوتي، **كشّاف القناع**: 306/7، الرحيباني، **مطالب أولي النهى**: 10/3.

(2) يراجع: الماوردي، **الحاوي**: 368/5، الرافعي، **العزيز شرح الوجيز**: 15/4، النووي، **المجموع**: 182/9، الشربيني، **مغني المحتاج**: 332/2، ابن قدامة، **المغني**: 347/6، المقدسي، **الشّرح الكبير مع الإنصاف**: 19/11، محمد بن مفلح، **الفروع**: 125/6.

(3) يراجع: **القانون المدني الجزائري**، المادتين: (78–79).

للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدا لها بحكم القانون.

ب- الشخصية الحكمية:

سبق تعريف الشخصية الحكمية أو الاعتبارية أو المعنوية في الفصل الأوّل[1]، وأنّها لا تتحقق إلا باجتماع عنصرين أساسيين في مفهومها:

1- مصلحة مشتركة مشخّصة مشروعة.

2- ذمة مالية متميزة.

الفرق بين الشخص الطبيعي والحكمي:

يمكن إجمال الفروق بين الشخصية الطبيعية والحكمية في النقاط التالية:

- الشخص الحكمي لا تتعلق به حقوق الأحوال الشخصية التي هي من خصائص الإنسان الطبيعي، كحقوق الأسرة من زواج وطلاق ونسب ونحوها.

- الشخص الحكمي لا يموت كالشخص الطبيعي بل يمتاز بالدوام (النسبي).

وكذلك لا يزول بزوال الشخص الطبيعي الذي يمثله، كما أن تبدله لا يبدل من وضعه الحقوقي شيئا.

- الشخص الطبيعي لا يتوقف وجود شخصيته على اعتبار أو اعتراف تشريعي، بل بمجرد وجوده المادي تثبت شخصيته. أما الشخص الحكمي فتتوقف شخصيته على إقرار التشريع له كما تقدم.

- أهلية الشخص الحكمي محدودة بما قرره النظام لها، اعتمادا على الغرض الذي أنشئت من أجله.

- نشأة الشخص الحكمي محدودة ببداية سماح النظام له، بخلاف الطبيعي.

- الشخص الحكمي لا تطبق عليه العقوبات البدنية كالحبس، بخلاف الطبيعي.

- يزول الشخص الاعتباري بزوال شرائطه، أو زوال العوامل التي أوجدته، أو انتهاء

---

(1) يراجع: ص 18.

الغرض الذي أنشئ من أجله، بخلاف الشخص الطبيعي فإنّه لا يزول إلا بالموت[1].

شروط اكتساب الشخصية المعنوية الخاصة في القانون:

نظّم القانون الجزائري شروط وكيفيات اكتساب الشخصية المعنوية والحقوق التي تتمتّع بها في عدد من نصوصه، أسوق فيما يلي أهمّها[2]:

1- نصّ القانون المدني الجزائري في المادة (49 معدّلة) على تحديد الأشخاص الاعتبارية، وحصرها فيما يلي:

- الدولة، الولاية، البلدية.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.
- الشركات المدنية والتجارية.
- الجمعيات والمؤسسات.
- الوقف.
- كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية.

2- كما نصّت (المادة: 50) على تمتّع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلاّ ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقرّرها القانون. ويكون لها خصوصا:

- ذمة مالية.
- أهلية في الحدود التي يعيّنها عقد إنشائها أو التي يقرّرها القانون.
- موطن، وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها.
- نائب يعبّر عن إرادتها.
- حق التقاضي.

3- كما نصّ القانون التجاري الجزائري في (المادة: 417) منه على اعتبار الشركات شخصية معنوية بمجرّد تكوينها؛ "غير أنّ هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا

---

(1) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**: 293-295.

(2) يراجع: محمدي فريدة، **المدخل للعلوم القانونية**، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1997: 103.

بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون".

4- كما اشترطت (المادة: 418) من نفس القانون اشتراط كتابة عقد الشركة، وإلاّ كان باطلا.

الفرع الثاني: شرط الأهلية الخاصة

ويقصد بشرط الأهلية الخاصة الشروط المتعلّقة بالمتعاقدين بالنّظر إلى طبيعة العقد المبرم، ويمكن تقسيمهما إلى نوعين: أهلية التبرع، وأهلية المعاوضة.

- ضابط أهلية بالتبرع:

وذلك حيث يكون العقد المبرم عقد تبرّع؛ كالهبة والصّدقة والعارية، أو تصرفا انفرادياً كالكفالة والوصية.

وفي هذه الحالة يشترط في المتعاقد الموجِب أن يكون أهلا للتبرع: وهو الرشد، فلا يصح من الصبي ولا السفيه.

أما المتعاقد القابل (المتبرّع له) فتكفي فيه أهلية التّملّك، قياسا على الوقف والهبة والوصية؛ حيث يجوز أن يكون صبيّا أو مجنونا، ويتولّى قبضها عنه وليّه[1].

- ضابط أهلية المعاوضة:

وذلك حيث يكون العقد المبرم عقد معاوضة؛ كالبيع والإجارة.

ولا تشترط في هذه الحالة إلا الضوابط العامة التي ذكرناها سابقا، فيكفي لصحتها التمييز والاختيار، ولا تكون لازمة إلا بالرشد، أو إجازة ولي الصبي المميز والسفيه[2].

---

(1) جوّز الحنفية، والمالكية –في القول المفتى به عندهم–، وبعض الحنابلة قبض الصبي المميز والسفيه، وأبطلوا قبض المجنون وغير المميز، وأمّا الشافعية، والحنابلة –في القول المفتى به عندهم– فقد أبطلوا قبض الجميع. يراجع: الكاساني، **بدائع الصنائع**: 126/6، ابن عابدين، **رد المحتار**: 695/5، الحطاب، **مواهب الجليل**: 25/6، ميّارة، **الإتقان والإحكام**: 146/2، النووي، **المجموع**: 184/9، البجيرمي، **حاشية على شرح الخطيب**، دار الفكر، دمشق، 1995/1415: (263/3)، المرداوي، **الإنصاف**: 26/17، البهوتي، **كشّاف القناع**: 124/10.

(2) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 807/2، علي القره داغي، **المقدّمة في المال**: 316.

الفرع الثالث: شرط الرضا والاختيار

ممّا يشترط لصحّة انعقاد العقود أن يكون المتعاقدان راضيين مختارين؛ لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ [سورة النساء، الآية: 29].

وفي بعض الحالات قد يتخلّف هذا الرضا، أو يصاب بإحدى العيوب القادحة في الرضا، وأهمّها ما يلي:

1. **الإكراه:** وهو تهديد القادر غيره بضرر على أمر بحيث لولا خوفه من تنفيذ ما هدّده به لما أقدم عليه[1].

وقد تفاوتت مذاهب العلماء تصحيحا وإبطالا للعقود التي تقع بالإكراه، ولكنهم متّفقون على عدم لزومها، وقدرة صاحبها على إبطالها عند زوال الإكراه[2].

ويختلف الاضطرار عن الإكراه، ويقصد به: أن تدفع حالة حرجة للإقدام على إنشاء تصرّف، مثل أن يضطر المدين حماية عرضه إلى بيع ماله لدفع دينه، وقد ذهب الجمهور إلى صحّة عقوده مع الكراهة، فقد كان الواجب على الدائن إنظاره إلى ميسرة، وقد يصل الأمر في هذه الحالة إلى التحريم إذا استغلّ المشتري اضطراره فاشتراه بثمن بخس، أو بغبن فاحش[3].

❖ وهذا، ما أخذ به القانون، فقد نصّت (المادة: 88) من القانون المدني على حقّ "إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بيّنة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حقّ". ثمّ حدّدت الفقرة الثانية منه على مفهوم الإكراه: "وتعتبر الرهبة قائمة على بيّنة إذا كانت ظروف الحال تصوّر للطرف الذي يدّعيها أنّ خطرا جسيما محدقا يهدّده هو، أو أحد

---

(1) يراجع: علي القره داغي، **المقدّمة في المال**: 452.

(2) نفس **المرجع السابق**: 453.

(3) عند الشافعية والحنابلة والظاهرية تبطل العقود التي تقع بالإكراه، وعند الحنفية تكون فاسدة، وعند المالكية تصح ولكنها غير لازمة. يراجع: الكاساني، **بدائع الصنائع**: 186/7، ابن عابدين، **رد المحتار**: 130/6، ابن رشد، **البيان والتحصيل**: 334/9، الحطاب، **مواهب الجليل**: 248/4، النووي، **المجموع**: 186/9، الشربيني، **مغني المحتاج**: 334/2، محمد بن مفلح، **الفروع**: 124/6، البهوتي، **كشّاف القناع**: 303/7.

أقاربه، في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال".

2. **الغشّ والتدليس:** وهما بمعنى واحد: "إبداء البائع ما يوهم كمالا في مبيعه كاذبا أو كتم عيبه"[1]. أو بمعنى أوسع: "أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسيلة موهمة قولية أو فعلية تحمله على الرضا في العقد بما لم يكن ليرضى به لولاها"[2].

ولهما صور كثيرة ذكرها الفقهاء في مدوّناتهم: (الخيانة، النجش، التغرير، تدليس العيب)، ويترتّب عليها منح الطرف المخدوع خيارا يمنح بمقتضاه حق إبطال العقد، وفق التفصيل التالي[3]:

1. إذا كان الهدف من الغش زيادة في السعر، يشترط عندئذ أن يصاحب ذلك غبن فاحش، وذلك كما في صور النجش، والتغرير القولي في السعر.

ويستثنى من ذلك الخيانة في عقود الأمانة (المرابحة، والتولية) فإنّها توجب للمشتري على كلّ حال حقّ إبطال العقد، أو حقّ الحطّ من الثمن بمقدار الخيانة، ولو لم يحصل للمشتري معها غبن في سعر المبيع.

2. أمّا إذا كان هدف الغش خداع العاقد في صفة المعقود عليه؛ كإيهامه بالجودة أو بأيّ وصف آخر، فإنّها تعيب الرضا وتسوّغ إبطال العقد، ولو لم يصاحبها غبن في السعر.

❖ وهذا، ما أخذ به القانون، فقد نصّت (المادة: 86) من القانون المدني على حقّ "إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

ثمّ حدّدت الفقرة الثانية منه على مفهوم الإكراه: "ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أنّ المدلّس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

---

(1) يراجع: الرصاع، **الهداية الكافية**: 370/2.

(2) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 459/1.

(3) يراجع: مصطفى الزرقا، **المرجع السابق**: 468/1، عبد الرزاق السنهوري، **مصادر الحق**: 149/2، علي القره داغي، **المقدّمة في المال**: 474.

3. **الغلط:** وهو توهّم يتصوّر فيه العاقد غير الواقع واقعا، فيحمله ذلك على إبرام عقد لولا هذا التوهّم لما أقدم عليه[1].

وللغلط صور وتطبيقات مختلفة، فقد يقع في المحلّ المعقود عليه (جنسه، أو وصفه)، أو في الشخص (العاقد)، أو القيمة، أو التعبير.

وقد تباينت مذاهب الفقهاء في آثار الغلط بين قائل بإبطال العقد، أو تصحيحه مع إعطاء الذي وقع عليه الغلط الخيار في إبطال أو إمضاء العقد[2].

❖ وهذا، ما أخذ به القانون، فقد نصّت (المادة: 81) من القانون المدني على أنّه "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله".

ثمّ بيّنت (المادة: 82) منه على مفهوم الغلط الجوهري: "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدّا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية".

---

(1) يراجع: مصطفى الزرقا، **المرجع السابق**: 473/1، محمد أبو زهرة، **الملكية ونظرية العقد**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996: 392، علي الخفيف، **أحكام المعاملات الشرعية**: 351، علي القره داغي، **المقدّمة في المال**: 501.

(2) حيث ذهب جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة إلى إبطاله في حال تعلّقه بجنس المعقود عليه، بينما ذهب المالكية وبعض الشافعية إلى تصحيحه مع خيار الإبطال. أمّا إذا تعلّق الغلط بجنس المعقود عليه، فذهب الجمهور إلى تصحيحه مع إثبات خيار الإبطال. يراجع: علي القره داغي، **المرجع السابق**: 504-505، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، **المرجع السابق**: 157/19.

المطلب الثالث: المحلّ

محلّ العقد هو المعقود عليه في أيّ عقد، و يختلف محل في كلّ عقد: ففي عقد البيع هو: المبيع، والثّمن. وفي الإجارة: المنفعة (أو العمل)، والأجرة، وفي المشاركة هو: الأموال المقدّمة من كلّ شريك، والعمل منهما أو أحدهما، وفي المضاربة هو: المال المقدّم من ربّ المال، والعمل من المضارب. وفي الاستصناع هو: الثمن، والشيء المصنوع... وهذا. وفي عقود التبرّعات فالمعقود عليه هو: المال المتبرّع به فقط؛ سواءٌ كان عينا أو منفعة[1].

ويشترط في هذا المحلّ ما يلي:

الفرع الأول: وجود المحلّ

وسنتناول هذا الشرط من خلال المسائل التالية:

المسألة الأولى: التعاقد على محلّ معيّن

يجب في حال التعاقد على محلّ معيّن أن يكون موجودا عند التعاقد[2]؛ كأن يبيعه سيارة ذات رقم تسلسلي معيّن، أو يستأجر عقارا محدّدا.

ويتفرّع عن هذا الشرّط أن يكون محلّ العقد مملوكا للمتعاقد.

ودليل هذا الشرط: ما ورد من النّصوص النبوية المانعة من بيع الإنسان ما لا يملك:

فعن حكيم بن حزام –رضي الله عنه– أنّه قال: أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق ثم أبيعه، قال: «**لا تَبِع مَا لَيسَ عِندَكَ**»[3].

---

(1) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 426/1، محمد أبو زهرة، **المرجع السابق**: 254، علي الخفيف، **أحكام المعاملات الشرعية**: 252، كامل موسى، **أحكام المعاملات**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1998: 84، علي القره داغي، **المرجع السابق**: 510.

(2) يراجع:. محمد الزحيلي، **المرجع السابق**: 93، أحمد الحجي الكردي، **فقه المعاوضات**، منشورات جامعة دمشق، ط6، 2003: 189

(3) أخرجه الأربعة: أبو داود، **السنن**، شعيب الأرناؤوط، دار الرسالة العالمية، دمشق، ط1، 1430، 2009: كتاب البيوع والإجارات – باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (3503)، و**حسّنه** الترمذي، **السنن**، بشار عواد، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1996: كتاب البيوع – باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (1232)، النسائي،

والحكمة والمقصد من المنع: هي الغرر الناشئ عن عدم قدرة البائع على التسليم وقت العقد، وما قد يترتب عليه من نزاع وخصومة؛ لأنّ المبيع لا بد أن يكون ثابتا؛ إمّا في يد المشتري أو في ذمته، وبيع ما ليس عنده ليس بواحد منهما، فإذا باع ما ليس عنده لم يكن على ثقة من حصوله، فقد يحصل له كما قد لا يحصل، فيقع الغرر وينشب النزاع[1].

المسألة الثانية: التعاقد على محلّ وارد على الذّمة

ويقصد به أن يرد التعاقد على محلّ غير موجود عند التعاقد، ولكنّه مضمون في ذمّة المتعاقد؛ كما في عقدي السلم والاستصناع. حيث يتّفق على بيع سلع موصوفة في الذّمة يتأخّر تسليمها إلى أجل معلوم[2].

ودليل جواز ذلك: ما ورد في بيع السلم: عن ابن عباس –رضي الله عنهما–، قال: قدم رسول الله –صلى الله عليه وسلم– المدينة، والناس يُسلفون في الثمر العام والعامين، أو قال: عامين أو ثلاثة، فقال: «**من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم**»[3].

وبما أنّ محلّ العقد هنا ليس عينا معيّنة وإنّما هو التزام في الذمّة، أو دين، فيشترط أن يكون من الأموال التي تقبل الثبوت في الذمّة ممّا يمكن ضبطه من جهة الصفة والمقدار، وإلاّ فلا يصحّ، وطريقة ضبطه؛ إمّا بالكيل في المكيلات، أو الوزن في الموزونات، أو العدّ

السنن الصغرى، عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط2، 1986/1406، كتاب البيوع – باب بيع ما ليس عند البائع (4613)، ابن ماجه **السنن**، شعيب الأرناؤوط، دار الرسالة العالمية، دمشق، ط1، 2009/1430، كتاب البيوع – باب النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن (2187)، و**صحّحه** ابن حبّان، **الصحيح**، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1993/1414: 361/11، و**صحّحه** ابن الملقّن، وذكره ابن دقيق من الأحاديث التي احتج برواتها الشيخان ولم يخرّجاها. يراجع: ابن الملقن، **البدر المنير في تخريج أحاديث الشرح الكبير**، مصطفى أبو الغيط وآخرون، دار الهجرة، الرياض، ط1، 2004/1425: (448/6).

(1) يراجع: الخطابي، **معالم السنن**، محمد راغب الطباخ، المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1933/1352: 140/3، ابن القيم، **حاشية على سنن أبي داود**، عبد الرحمن عثمان، المكتبة السلفية، ط2، 1969/1388: 411/9، الصديق الضرير، **الغرر وأثره في العقود**، دار الجيل، بيروت، ط2، 1990/1410: 318–320.

(2) يراجع: علي الخفيف، **أحكام المعاملات الشرعية**: 428، أحمد الحجي الكردي، **المرجع السابق**: 355، كامل موسى، **المرجع السابق**: 222.

(3) حديث متّفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم: [2240]، مسلم، صحيحه: كتاب البيوع، باب السلم: [1604].

في المعدودات[1].

ويفترق الاستصناع عن السلم في كون محلّ العقد "مطلوب صُنعه"، وقد يجوز فيه ما لا يجوز في عقد السلم[2].

فيجوز عقد الاستصناع –بناء على الاجتهاد الحنفي– في الدور والعقار، ولا يجوز في عقد السلم[3].

المسألة الثالثة: التعاقد على منفعة أو عمل

ويقصد به أن يرد التعاقد على منفعة أو عمل؛ كعقدي الإجارة والجعالة بالنسبة للمنفعة، والمضاربة والمشاركة بالنسبة للعمل.

ومن البديهي أنّ المعقود عليه في هاتين الحالتين غير موجود، وإنّما سيكون في المستقبل، ولذلك أطلق عليها بالعقود المستمرة؛ لأنّ تنفيذها يستغرق مدّة ممتدّة من الزمن بحيث يكون عنصر الزمن عنصرا أساسيا في تنفيذها، ولذلك تسمّى عقودا زمنية أيضا[4].

❖ يتّفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في مسألة وجود المحلّ عند التعاقد، وفق التفصيل المذكور سابقا؛ فإن كان محلّ العقد معيّنا وجب أن يكون الشيء الذي يتعلّق به موجودا عند نشوء الالتزام وإلاّ كان باطلا، وإن كان قصد المتعاقدين متّجها إلى شيء ممكن الوجود في المستقبل صحّ العقد[5].

وهذا ما سار عليه القانون المدني الجزائري في (المادة: 92) منه بقوله: "يجوز أن

---

(1) يراجع: مصطفى الزرقا، **عقد البيع**، دار القلم، دمشق، ط1، 1420: 148، علي الخفيف، **أحكام المعاملات الشرعية**: 429، أحمد الحجي الكردي، **المرجع السابق**: 361، كامل موسى، **المرجع السابق**: 226.

(2) عقد الاستصناع عند الحنفية عقد مستقل عن السلم. بينما هو عند الجمهور صنو السلم، وتابع له في أحكامه.
يراجع: عبد الرزاق السنهوري، **مصادر الحق**: 38/3، مصطفى الزرقا، **عقد البيع**: 153، علي الخفيف، **أحكام المعاملات الشرعية**: 430، أحمد الحجي الكردي، **المرجع السابق**: 387.

(3) وكذلك لا يجوز عند الجمهور الذين خرّجوا عقد الاستصناع على عقد السلم.
يراجع: موسى كامل، **المرجع السابق**: 227، مصطفى الزرقا، **عقد البيع**: 153، أحمد الحجي الكردي، **المرجع السابق**: 388.

(4) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 644/1.

(5) يراجع: عبد الرزاق السنهوري، **المرجع السابق**: 7/2–9، كامل موسى، **المرجع السابق**: 105.

يكون محلّ الالتزام شيئا مستقبلا ومحقّقا".

الفرع الثاني: قابلية المحل لحكم العقد

ويقصد بشرط قابلية المحلّ لحكم العقد مشروعية المعقود عليه شرعا وعقدا، ويمكن تفصيله كما يلي[1]:

أوّلا: أن يكون المال متقوّما

ومعنى ذلك: أن يكون المعقود عليه ذا قيمة مادية بين الناس، ويحلّ الشارع الانتفاع به[2].

وعليه، فلا يصحّ التعاقد على ما ليس بمال شرعا؛ كبيع ميتة أو خنزير أو خمر؛ لأنّها أموال غير متقوّمة شرعا؛ لعدم الإذن بها شرعا.

ودليل ذلك: قول الله تعالى: ﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمُ ٱلۡمَيۡتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحۡمُ ٱلۡخِنزِيرِ﴾ [سورة المائدة، الآية: 3].

وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، أنه: سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم، يقول عام الفتح وهو بمكة: «**إن الله ورسوله حرم بيع الخمر، والميتة والخنزير والأصنام**»، فقيل: يا رسول الله، أرأيت شحوم الميتة، فإنها يطلى بها السفن، ويدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس؟ فقال: «**لا، هو حرام**»، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك: «**قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها جملوه، ثم باعوه، فأكلوا ثمنه**»[3] .

ثانيا: أن يكون مناسبا ومتوافقا مع مقتضى العقد

وعليه، فلا يصحّ بيع المال الموقوف أو المغصوب أو المسروق؛ لتعلّق حقّ الغير به،

---

(1) يراجع: علي الخفيف، **أحكام المعاملات الشرعية**: 255، محمد أبو زهرة، **المرجع السابق**: 254.

(2) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**: 133، علي الخفيف، **أحكام المعاملات الشرعية**:255، محمد أبو زهرة، **المرجع السابق**: 51، أحمد الحجّي الكردي، **المرجع السابق**: 190، علي القره داغي، **المقدّمة في المال**: 510.

(3) حديث متّفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب بيع الميتة والخمر: 2236، ومسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب تحريم الخمر والميتة والخنزير والأصنام: 1581.

كما لا يصحّ السلّم في العقار؛ لأنّه لا يصلح محلاّ للسلّم[1].

ويترتّب على اختلال شرط قابلية المحل لحكم العقد، فساد العقد وبطلانه على قول جمهور الفقهاء[2]؛ إذ هم لا يفرّقون بين الفساد والبطلان في العقود، فلا يجيزون إنشاء العقد الفاسد ولا إبقاءه والاستمرار فيه، بل يجب إلغاؤه.

بينما فرّق الحنفية بين أن يحدث الخلل في المحلّ (المبيع) أو في بدله (الثمن)، فإذا كان الخلل في الأوّل فهو باطل؛ كما ذكر الجمهور، وبين أن يكون في الثاني فيكون فاسدا؛ ويمكن تصحيحه بتغييره. وعلّلوا هذا التفريق: بأنّ المقصود بالذات في عقد البيع هو المبيع، فتقوّمه شريطة انعقاده. أمّا الثمن فهو وسيلة لا يقصد لذاته، فتقوّمه شريطة صحّة لا انعقاد[3].

ويستفاد من هذا الشّرط: أنّه لا بدّ لصحّة انعقاد عقود الإدارة أن يسلم محلّها عن أيّ محرّم، وأن يتلاءم مع طبيعة العقد ونوعه ومقتضياته.

❖ حدّد القانون المدني ما لا يصلح للتعامل فيه لأحد أسباب ثلاثة:

1. إمّا لأنّ طبيعته تتعارض مع التعامل فيه.

2. وإمّا لأنّ الغرض الذي خصّص له يتنافى مع هذا التعامل.

3. وإمّا لأنّ التعامل فيه يعتبر مخالفا للنظام العام والآداب[4].

وقد حدّد القانون المدني الجزائري ما لا يصحّ التعاقد عليه في (المادة:93 معدّلة): "إذا كان محلّ الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا". وكذلك في (المادة: 682): "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلّا للحقوق المالية".

فيلاحظ أنّ القانون لم يتعرّض لفكرة التقوّم الشرعي المبني على الحلال والحرام، وإنّما أراد اعتبار التداول من أسباب انعقاد العقد وصحّته مدنيا، فالتقوّم في كلامهم إنّما هو التقوّم

---

(1) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 426/1، علي الخفيف، **أحكام المعاملات الشرعية**:255.

(2) يراجع: أحمد الحجّي الكردي، **المرجع السابق**: 250، علي القره داغي، **المقدّمة في المال**: 540.

(3) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**: 135، أحمد الحجّي الكردي، **المرجع السابق**: 191، علي القره داغي، **المقدّمة في المال**: 306.

(4) يراجع: عبد الرزاق السنهوري، **مصادر الحق**: 79/2.

بالمعنى المدني، وهو كون الشيء ذا قيمة، وليس بالمعنى الشرعي[1].

الفرع الثالث: معلومية المحل للعاقدين

يتضمّن شرط معلومية المحلّ: معلومية المعقود عليه (المبيع)، وعوضه (الثمن) والأجل، ويقصد به: معرفة الأوصاف الأساسية التي يتوقف الرضاء الحقيقي في العقد عليها، كما يتوقّف عليها العلم بملاءمة المعقود عليه لطالبه، وأنّه يحقّق له الغرض المقبول[2]. و"كلّ بيع مبني على المكايسة فشرطه معرفة القدر، ولا يجوز جهله جملة وتفصيلا"[3].

ويرى المالكية ومن وافقهم أنّ الالتزامات القائمة على التّبرع أو الإرادة المنفردة يغتفر فيها ما لا يغتفر في المعاوضات، وخالفهم في ذلك جمهور الفقهاء الآخرين[4].

وسنفصّل هذا الشّرط في أربع مسائل:

المسألة الأولى: الخلوّ عن الجهالة والغرر

والمقصود بالجهالة المرفوضة: الجهالة الفاحشة أو التي تفضي إلى نزاع مشكَل أي: يتعذّر حلّه، وهو النّزاع الذي تتساوى فيه حجّة الطّرفين بالاستناد إلى الجهالة.

والمقصود بالغرر: ما كان مستور العاقبة.

والفرق بين الغرر والجهالة: أنّ الغرر قابل للحصول وعدمه قبولا متقاربا، وإن كان معلوما. والمجهول: هو الذي لا تعلم صفته، وإن كان مقطوعا بحصوله[5].

---

(1) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**: 136.

(2) يراجع: محمد الزحيلي، **المرجع السابق**: 106.

(3) يراجع: المقّري، **عمل من طبّ لمن حبّ**: 120.

(4) وهو رأي **ابن تيمية أيضا**، وأما الجمهور فالغرر مؤثر عندهم في التبرعات كالمعاوضات. يراجع: الكاساني، بدائع الصنائع: 119/6، الحطّاب، **تحرير الكلام**: 69، النووي، **روضة الطالبين**: 373/5، ابن قدامة، **المغني**: 249/8، البعلي، **الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية**، أحمد الخليل، دار العاصمة، الرياض، ط1، 1998/1418: 265، الصديق الضرير، **المرجع السابق**: (533).

(5) يراجع: القرافي، **الذخيرة**: 355/4، نزيه حمّاد، **المرجع السابق**: 343.

وترجع الجهالة والغرر غالبا إلى ثلاث جهات[1]:

1- **المعقود عليه** (المبيع، المنفعة، العمل): جنسا أو نوعا أو قدرا بالنسبة إلى طالبها (المشتري، المستأجر).

2- **العوض** (الثمن، الأجرة): فلا يصحّ البيع بما سيستقر عليه السعر في المستقبل.

3- **الآجال**: كما في الثمن المؤجّل، أو أجل الإجارة، أو أجل السلم. ولأنّ للزمن حظّ من الثّمن.

ودليله: ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر[2].

المسألة الثانية: طرق التوصّل إلى معلومية المعقود عليه

يمكن الوصول إلى معلومية المعقود عليه وإخراجه من حيّز الجهالة والغرر بأحد طريقين[3]:

أوّلا: التعيين

وذلك بأن يكون المعقود عليه معيّنا بذاته في صلب العقد، كما لو أشير إليه، وصف بوصف أو أضيف إضافة تقطعان عنه كلّ اشتراك أو اختلاط بسواه من أمثاله، بحيث يتميّز عن كلّ ما سواه في الوجود الخارجي. كأن يبيع سيّارة بذكر رقمها التسلسلي الذي يميّزها عن غيرها، أو يستأجر عقارا محدّدا بعنوانه.

ثانيا: الوصف

وذلك بأن يعيّن نوع المعقود عليه فقط دون تعيين ذاته، وحينئذ لا بدّ من بيان مقداره أيضا، ووصفه الذي يقطع بيانه المنازعة ويمكن تنفيذ العقد.

---

(1) يراجع: علي الخفيف، **أحكام المعاملات الشرعية**: 254، محمد أبو زهرة، **المرجع السابق**: 258، الزرقا، عقد البيع: 36، أحمد الحجي الكردي، **المرجع السابق**: 194.

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة، والبيع الذي فيه غرر: [1513].

(3) يراجع: عبد الرزاق السنهوري، **المرجع السابق**: 62/3، مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**: 50، أحمد الحجي الكردي، **المرجع السابق**: 194.

ويسمّى هذا النّوع من العقود: البيع بالصّفة[1].

ومن تطبيقاته أيضا: البيع بالأنموذج (أو بالعَيِّنَة)، ويقصد به: أن يُري البائع المشتري بعض المبيع، ويتبايعا على أنّ المبيع كلَّه مماثل لذلك الأنموذج؛ كأن يريه صاعا من القمح الذي في مخزنه، ثمّ يبيعه كميّة منه على أنّها مماثلة لما رآه المشتري[2].

المسألة الثالثة: طرق التوصّل إلى معلومية العوض

يمكن الوصول إلى معلومية العوض (الثمن، الأجرة) وإخراجه من حيّز الجهالة والغرر بإحدى الطرق الثلاث التالية[3]:

أوّلا: المساومة

ويقصد بها عند الفقهاء: "أن يتفاوض المشتري مع البائع في الثمن حتّى يتّفقا عليه، من غير تعريف بكم اشتراها"[4].

ثانيا: الأمانة

والمقصود بها: أن يحدّد الثّمن بمثل رأس المال، أو أزيد، أو أنقص، وسمّي بالأمانة؛ لأنّ البائع مؤتمن فيه في إخباره برأس المال[5]، ولها ثلاثة أحوال:

أ- **المرابحة:** وهو أن يحدّد الثمن بأزيد من رأس المال.

ب- **التولية:** وهو أن يحدّد الثمن بمثل رأس المال.

ت- **الوضيعة:** وهو أن يحدّد الثمن بأنقص من رأس المال.

---

(1) يراجع: العياشي فداد، **البيع على الصفة**، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، ط1، 2000: 21، نزيه حماد، **المرجع السابق**: 101.

(2) يراجع: الدسوقي، **حاشية على الشرح الكبير**: 24/3، العياشي فداد، **المرجع السابق**: 37، نزيه حماد، **المرجع السابق**: 100.

(3) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**: 84، أحمد الحجي الكردي، **المرجع السابق**: 235، محمد الزحيلي، **المرجع السابق**: 179.

(4) يراجع: ابن جزي، **القوانين الفقهية**، تحقيق: محمد مولاي، (د،ت،ط): 415، الرصاع، **الهداية الكافية**: 383/2، الدسوقي، **حاشية على الشرح الكبير**: 157/3، نزيه حمّاد، **معجم المصطلحات، المرجع السابق**: 413.

(5) يراجع: ابن جزي، **القوانين الفقهية**: 413، الرصاع، **الهداية الكافية**: 384/2، نزيه حمّاد، **المرجع السابق**: 414.

وممّا يترتّب على الإخلال بالأمانة في هذه الحالة، حقّ خيار الأمانة للمشتري في فسخ العقد أو حطّ مقدار الخيانة، وذلك عند اكتشافه أنّ البائع قد خدعه في تحديد رأس المال[1].

ثالثا: المزايدة

ويقصد ببيع المزايدة: أن يعرض البائع سلعته في السوق، ويتزايد المشترون فيها، فتباع لمن يدفع الأكثر[2].

وذلك جائز، فعن جابر بن عبد الله –رضي الله عنهما–: أنّ رجلا أعتق غلاما له عن دُبُر، فاحتاج، فأخذه النبي –صلى الله عليه وسلم–، فقال: «**من يشتريه مني**» فاشتراه نعيم بن عبد الله بكذا وكذا فدفعه إليه[3].

وروي عن أنس بن مالك –رضي الله عنه–، أنّ رسول الله –صلى الله عليه وسلم– باع حلسا وقدحا، وقال: «**من يشتري هذا الحلس والقدح**»، فقال رجل: أخذتهما بدرهم، فقال النبي –صلى الله عليه وسلم–: «**من يزيد على درهم، من يزيد على درهم؟**»، فأعطاه رجل درهمين: فباعهما منه[4].

وقد نهى النّبي –صلى الله عليه وسلّم– عن النّجَش[5] في المزايدة، وهو أن يزيد مزايد لا يريد الشراء، بقصد خديعة المزايدين ليزيدوا فوق ثمن السلعة.

والإيجاب في عقد المزايدة هو تقدّم المزايد بعرضه، والقبول هو إرساء البائع المزاد على المزايد الأعلى.

وهذا الإيجاب مُلزم لصاحبه إلى حين صدور القبول من البائع، ولا يسقط بصدور

---

(1) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**: 89، أحمد الكردي، **المرجع السابق**: 338.

(2) يراجع: ابن جزي، **القوانين الفقهية**: 415، الرصاع، **الهداية الكافية**: 383/2، نزيه حمّاد، **المرجع السابق**: 412.

(3) متّفق عليه عن ابن عمر، أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع – باب بيع المزايدة: [2141]، مسلم في صحيحه: كتاب الزكاة، باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة: [997].

(4) أخرجه: أبو داود في سننه، كتاب الزكاة، باب ما تجوز فيه المسألة: [1641]، والترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع من يزيد: [1218]، وابن ماجه، كتاب البيوع، باب بيع المزايدة: [2198]، وأحمد في مسنده: [12134]، وحسّنه الترمذي، وصحّحه الضياء المقدسي في المختارة: [2263].

(5) متّفق عليه عن ابن عمر، أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع – باب النجش، ومن قال: «لا يجوز ذلك البيع»: [2142]، مسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وسومه على سومه، وتحريم النجش، وتحريم التصرية: [1516].

عرض أعلى، فالبائع مخيّر في إمضاء الصفقة مع من شاء من أصحاب العروض[1].

✓ وقد بحث مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة مؤتمره الثامن[2]، موضوع عقد المزايدة، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، وحيث إن عقد المزايدة من العقود الشائعة في الوقت الحاضر، وقد صاحب تنفيذه في بعض الحالات تجاوزات دعت لضبط طريقة التعامل به ضبطاً يحفظ حقوق المتعاقدين طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، كما اعتمدته المؤسسات والحكومات، وضبطته بتراتيب إدارية ومن أجل بيان الأحكام الشرعية لهذا العقد قرر ما يلي[3]:

قرر ما يلي :

1- عقد المزايدة: عقد معاوضة يعتمد دعوة الراغبين نداءً أو كتابةً للمشاركة في المزاد ويتم عند رضا البائع.

2- يتنوع عقد المزايدة بحسب موضوعه إلى بيع وإجارة وغير ذلك، وبحسب طبيعته إلى اختياري كالمزادات العادية بين الأفراد، وإلى إجباري كالمزادات التي يوجبها القضاء، وتحتاج إليه المؤسسات العامة والخاصة، والهيئات الحكومية والأفراد.

3- إن الإجراءات المتبعة في عقود المزايدات من تحرير كتابي، وتنظيم، وضوابط وشروط إدارية أو قانونية، يجب أن لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

4- طلب الضمان ممن يريد الدخول في المزايدة جائز شرعاً، ويجب أن يُرد لكل مشارك لم يرس عليه العطاء، ويحتسب الضمان المالي من الثمن لمن فاز بالصفقة.

5- لا مانع شرعاً من استيفاء رسم الدخول -قيمة دفتر الشروط بما لا يزيد عن القيمة الفعلية- لكونه ثمناً له.

6- يجوز أن يعرض المصرف الإسلامي، أو غيره، مشاريع استثمارية ليحقق لنفسه

---

(1) يراجع: ابن رشد، **البيان والتحصيل**: 8/475-478، الحطّاب، **مواهب الجليل**: 237/4، السنهوري، **مصادر الحق**: 66/2-68.

(2) المنعقدة ببندر سيري بيجوان، بروناي دار السلام من 1- 7 محرم 1414هـ الموافق 21- 27 حزيران (يونيو) 1993م.

(3) قرار رقم: 73 (8/4)، يراجع: **مجلة المجمع** (العدد: 8، الجزء: 2، ص: 25).

نسبة أعلى من الربح، سواء أكان المستثمر عاملاً في عقد مضاربة مع المصرف أم لا.

7- النجش حرام، ومن صوره:

أ- أن يزيد في ثمن السلعة من لا يريد شراءها ليغري المشتري بالزيادة.

ب- أن يتظاهر من لا يريد الشراء بإعجابه بالسلعة وخبرته بها، ويمدحها ليغرّ المشتري فيرفع ثمنها.

ج- أن يدعي صاحب السلعة، أو الوكيل، أو السمسار، ادعاء كاذباً أنه دفع فيها ثمن معين ليدلس على من يسوم.

د- ومن الصور الحديثة للنجش المحظورة شرعاً اعتماد الوسائل السمعية، والمرئية، والمقروءة، التي تذكر أوصافاً رفيعة لا تمثل الحقيقة، أو ترفع الثمن لتغر المشتري، وتحمله على التعاقد.

رابعا: المناقصة

وهي مصطلح قانوني حديث، لم يرد ذكره في مدوّنات الفقهاء، وهي عكس المزايدة، ويقصد بها: أن يعرض المشتري سلعة موصوفة بأوصاف معيّنة، فيتنافس الباعة في عرض البيع بثمن أقلّ، ويرسو البيع على من رضي بأقلّ سعر[1].

والمبيع الذي ينعقد بطريقة المزايدة أو المناقصة لا تفترق أحكامه بعد انعقاده عن البيع المطلق العادي في شيء، ولكن الذي تتميّز به المزايدة والمناقصة عن البيع العادي مستمد من عرف الناس في عملية العقد نفسها[2].

والمناقصة: عملية مركّبة، فهي عقد بين الجهة الإدارية والمناقصين، ويتخلّلها عقد مرتبط بها هو عقد الضمان، وعقد مستقلّ عنها، وإن كان له صلة بها، وهو عقد بيع أوراق المناقصة (دفتر الشروط)، ثمّ تنتهي العملية إلى عقد، وهو المستهدف من العملية: وهو أحد العقود المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية غالبا.

---

(1) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**: 166، **الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق**: 9/9، رفيق المصري، **المرجع السابق**: 35، نزيه حماد، **المرجع السابق**: 445.

(2) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**: 167.

كما أنّ للمناقصة شبها بعد المسابقة؛ إذ المناقصة مسابقة بين المناقصين على الفوز بعقد من العقود[1].

✓ وقد بحث مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة[2]: موضوع (عقود المناقصات). وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول الموضوع بمشاركة أعضاء المجمع وخبرائه وعدد من الفقهاء.

قرّر ما يلي[3]:

أولا: المناقصة: طلب الوصول إلى أرخص عطاء، لشراء سلعة أو خدمة، تقدم فيها الجهة الطالبة لها الدعوة للراغبين إلى تقديم عطاءاتهم، وفق شروط ومواصفات محددة.

ثانيا: المناقصة جائزة شرعا، وهي كالمزايدة، فتطبق عليها أحكامها، سواء أكانت مناقصة عامة، أم محددة، داخلية، أم خارجية، علنية، أم سرية.

ثالثا: يجوز قصر الاشتراك في المناقصة على المصنَّفين رسميا، أو المرخص لهم حكوميا، ويجب أن يكون هذا التصنيف، أو الترخيص قائما على أسس موضوعية عادلة.

خامسا: تحديد العوض بسعر السوق

والمقصود به: أن يحدّد المتعاقدان العوض (الثمن) بما يباع به في السوق.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى المنع منه؛ لأن الثمن مجهول عند العقد، وقد يؤدي إلى النزاع[4].

ولكنّ بعض الفقهاء أجازوا بعض الصور التي قد يؤول فيها إلى تحديد الثمن ونفي الجهالة، ومن ذلك:

1. "**بيع الاستجرار**" ويقصد به: أخذ المرء الحوائج من البياع شيئا فشيئا، دون الاتفاق على الثمن أو تسليم شيء منه غالبا، ثمّ يحاسبه على أثمانها بعد استهلاكها. وقد

---

(1) يراجع: رفيق المصري، **المرجع السابق**: 42.

(2) المنعقدة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة 1421هـ . 1 رجب 1421هـ الموافق 23 – 28 أيلول (سبتمبر) 2000م.

(3) قرار رقم: 107 (12/1).

(4) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 563/1، محمد الزحيلي، **المرجع السابق**: 178.

أجازه متأخّرو الحنفية[1].

2. "**بيع المسترسل**" وهو: "أن يقول الرجل للبائع: بع منّي بسعر السوق، أو بما تبيع من الناس". وسمّي بذلك؛ لأنّ المشتري لا يماكس، فكأنّه استرسل إلى البائع.

وقد أجازه المالكية والحنابلة[2].

3. "**البيع بما ينقطع عليه السعر**"، ويقصد به: أن ويعلّلون ذلك بأنّه اتّفاق على أساس صالح لتحديد الثمن في المستقبل، وأنّه يؤول إلى معلومية الثمن، ونفي الجهالة عنه، وحسم النزاع بين الطرفين. وقد أجازه فقهاء الحنابلة[3].

❖ وقد وافق القانون الوضعي مجمل أحكام الفقه في هذه المسائل؛ حيث نصّ على وجوب تعيين محلّ العقد بالذات والنوع والمقدار، فإن لم يتمّ ذلك، ولم تذكر الأسس التي يتمّ بها تعيينه في المستقبل كان العقد باطلا بطلانا مطلقا[4].

وهذا ما ذهب إليه القانون المدني الجزائري في(المادة: 94): "إذا لم يكن محل الالتزام معيّنا بذاته، وجب معيّنا بنوعه، ومقداره، وإلاّ كان العقد باطلا.

ويكفي أن يكون المحل معيّنا بنوعه فقط إذا تضمّن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يمكن تبيّن ذلك من العرف أو من أيّ ظرف آخر، التزم المدين بتسليم صنف متوسّط".

وأكّدها مرّة أخرى في أحكام عقد البيع في (المادة: 352): "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه.

وإذا ذكر في عقد البيع أنّ المشتري عالم بالمبيع سقط حقّ هذا الأخير في طلب إبطال

---

(1) يراجع: ابن عابدين، **حاشية ردّ المحتار**: 517/4، مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 563/1، محمد الزحيلي، **المرجع السابق**: 178، نزيه حماد، **المرجع السابق**: 98.

(2) يراجع: ابن جزي، **القوانين الفقهية**: 415، نزيه حماد، **المرجع السابق**: 414.

(3) يراجع: ابن تيمية، **نظرية العقد**، مركز الكتاب للنشر، القاهرة (د، ت): 207، ابن القيم، إعلام الموقّعين: 3/4، مصطفى الزرقا، **المرجع السابق**: 563/1، محمد الزحيلي، **المرجع السابق**: 178.

(4) يراجع: عبد الرزاق السنهوري، **مصادر الحق**: 58/3، محمد الزحيلي، **المرجع السابق**: 95، 120، 175.

البيع بدعوى عدم العلم به إلاّ إذا ثبت غش البائع".

ثمّ أشار إلى البيع بالعيّنة أو الأنموذج في (المادة 353): "إذا انعقد البيع بالعيّنة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها، وإذا تلفت العيّنة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد بائعا أو مشتريا، أن يثبت أنّ الشي مطابق أو غير مطابق للعيّنة".

كما أجاز تقدير الثمن وفق أسس مستقبلية، منها: "البيع بسعر السوق" في (المادة: 356): "يجوز أن يقتصر تقدير ثمن البيع على بيان الأسس التي يحدّد بمقتضاها فيما بعد.

وإذا وقع الاتفاق على أنّ الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك الرجوع إلى سعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان والمكان، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية".

الفرع الرابع: القدرة على التسليم

يعتبر تبادل تسليم المعقود عليه وعوضه بين المتعاقدين من مقتضيات العقود وآثارها الأصلية، إذ؛ "العقود موجبة للقبوض"[(1)]. و"كلّ ما لا يقدر على تسليمه –أي تمكين المشتري منه– فلا يجوز بيعه ولا يصح"[(2)].

لذلك اشترط الفقهاء لصحّة العقود: القدرة على التسليم، ويعنون به: أنّ محلّ العقد يجب أن يكون مقدور التسليم عند العقد من غير ضرر فاحش يلحق البائع؛ كمن باع جذعا في سقف، أو حجرا في حائط[(3)].

ويتمّ تسليم المعقود عليه وفق طريقتين[(4)]:

– **التسليم والقبض الحقيقي:** وهو تمكين المشتري للمبيع؛ بالقبض الحقيقي الذي يدرك

---

(1) يراجع: ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**: 264/30.

(2) يراجع: المقّري، **عمل من طبّ لمن حبّ**: 119.

(3) يراجع: عبد الرزاق السنهوري، **المرجع السابق**: 53/3، علي الخفيف، **أحكام المعاملات الشرعية**: 405، كامل موسى، **المرجع السابق**: 242، أحمد الكردي، **المرجع السابق**: 199.

(4) يراجع: محمد الزحيلي، **المرجع السابق**: 246–250، أحمد الكردي، **المرجع السابق**: 240، علاء الدين بن عبد الرزاق الجنكو، **التقابض في الفقه الإسلامي**، دار النفائس، عمّان، ط1، 2004: 45–59.

بالحس، كما في الأخذ باليد مناولة، أو الكيل أو الوزن في الطعام، أو النقل والتحويل إلى حوزة القابض.

– **التسليم والقبض الحكمي:** وهو تمكين المشتري للمبيع؛ بالقبض التقديري الذي لا يدرك بالحسّ كالتخلية بينه وبين مشتريه، ويختلف باختلاف نوع المبيع (عقارا، أو منقولا)، فقبض كلّ شيء بحسبه، فإن كان مكيلا أو موزونا، فقبضه بكيله ووزنه.

✓ وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي حدّد فيه أنواع القبوض المعتبرة شرعا: "قبض الأموال كما يكون حسياً في حالة الأخذ باليد، أو الكيل أو الوزن في الطعام، أو النقل والتحويل إلى حوزة القابض، يتحقق اعتباراً وحكماً بالتخلية مع التمكين من التصرف ولو لم يوجد القبض حساً. وتختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضاً لها "[1].

كما يعتري تسليم المعقود عليه في مجلس العقد أحوال أربعة:

الحالة الأولى: تسليم المعقود عليه وعوضه في مجلس العقد

ويسمّى العقد في هذه الحالة (عقدا ناجزا)[2].

الحالة الثانية: تسليم المعقود عليه في مجلس العقد وتأجيل عوضه

ويسمّى العقد في هذه الحالة عقدا آجلا[3].

الحالة الثالثة: تسليم العوض عند التعاقد وتأجيل المعقود عليه

ويسمّى العقد في هذه الحالة عقدا موصوفا في الذمة؛ سلما أو استصناعا[4].

ولصحّة هذا العقد يشترط الفقهاء التعجيل بدفع رأس مال السلم في مجلس العقد، وأجاز المالكية تأخيره إلى ثلاثة أيّام[5].

---

(1) يراجع: قرار رقم: 53(6/4)، **مجلة المجمع** (العدد: 6، الجزء: 1، ص: 453).

(2) يراجع: كامل موسى، **المرجع السابق**: 278.

(3) يراجع: كامل موسى، **المرجع السابق**: 278.

(4) يراجع: أحمد الكردي، **المرجع السابق**: 230، كامل موسى، **المرجع السابق**: 222.

(5) يراجع: ابن رشد، **بداية المجتهد**: 387/3، الدسوقي، **حاشية على الشرح الكبير**: 195/3، أحمد الكردي، **المرجع السابق**: 358.

أمّا عقد الاستصناع المشهور عند الحنفية فيجوز عندهم تأجيل الثمن أيضا، ولا يجب تعجيله[1].

الحالة الرابعة: تأجيل البدلين

وفي هذه الحالة يتمّ التعاقد على تأجيل تسليم المعقود عليه وعوضه إلى وقت لاحق، وهو مثار إشكال فقهي قويّ؛ لشبهه ببيع "الدّين بالدّين"، أو "الكالئ بالكالئ".

ونظرا لوجود تطبيقات كثيرة لهذا النّوع من العقود في عصرنا؛ لا سيّما عقود الإدارة محلّ بحثنا، فسنتناوله بشيء من التفصيل في الفرع التالي:

الفرع الخامس: تأجيل البدلين في عقود الإدارة

المسألة الأولى: بيع الدين بالدين وتأجلين البدلين

أوّلا: تعريف بيع "الدين بالدين"، أو "الكالئ بالكالئ"

الكالئ في اللغة: المؤخّر، وقد جاء في الحديث: عن عبد الله بن عمر –رضي الله عنهما– أنّ النّبي –صلّى الله عليه وسلّم– نهى عن الكالئ بالكالئ[2]، يعني النسيئة بالنسيئة، أو الدّين بالدّين؛ إذ كلّ من البائع والمشتري يكلأ صاحبه، أي يحفظ عليه دَينه ويرتقب متى يحلّ[3].

ثانيا: حكمه ودليله

ورد النّهي عن الكالئ بالكالئ في حديث ابن عمر المتقدّم، وعضّده أمران:

---

(1) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**: 153، أحمد الكردي، **المرجع السابق**: 230.

(2) أخرجه: الدارقطني في **السنن**، تحقيق: شعيب الارنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت الطبعة1، 1424: 40/4، والحاكم في **المستدرك على الصحيحين**، يوسف المرعشلي، دار المعرفة، بيروت، 1406/1986: 65/2، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي. وتعقّبهم الحفّاظ ولم يروا صحّته لضعف بعض رواته ك: موسى بن عبيدة، وقال الإمام أحمد: لا تحل عندي الرواية عنه، ولا أعرف هذا الحديث عن غيره، وقال أيضا: ليس في هذا حديث يصح، لكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين. يراجع: ابن حجر، **التلخيص الحبير**، محمد الثاني بن موسى، دار أضواء السلف، الرياض، ط1، 1428/2007: 62/3.

(3) يراجع: نزيه حمّاد، **بيع الكالئ بالكالئ**، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جدة، 1986: 12، سامي إبراهيم السويلم، **قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي**، دار كنوز إشبيليا، الرياض، ط1، 2009: 112، العياشي فداد، **تأجيل البدلين في عقود المعاوضات المالية**، بحث مقدّم إلى ندوة مستقبل العمل المصرفي التاسعة، ربيع الأوّل 1438: 10.

1. عمل أهل المدينة الذي ذكره مالك في موطّئه في عدّة مواضع بقوله: "ونهي عن الكالئ بالكالئ"، وفسّره في إحداها بقوله: "والكالئ بالكالئ أن يبيع الرجل دينا له على رجل بدين على رجل آخر"[1].

2. كما عضّده الإجماع الذي نقله غير واحد من أهل العلم[2].

ثالثا: صوره وأحواله

اتّفق الفقهاء على منع الصور التالية من بيع الدين بالدين[3]:

1. أن يشتري سلعة مضمونة في الذمّة مؤجّلة التسليم (السلم)، بثمن مؤجّل التسليم كذلك، سواء اتّحد الأجلان أم اختلفا. وتسمّى هذه الصورة ابتداء الدين بالدين، وهي مطابقة لبيع السلم إذا تأجّل رأس المال.

2. أن يشتري سلعة مضمونة في الذمة مؤجّلة التسليم مقابل دين للمشتري على البائع؛ سواءً حلّ أجله أم لم يحلّ، وسواء كان الدين ثمنا مؤجّلا أم سلعة مؤجّلة من جنس آخر. وتسمّى هذه الصورة فسخ: الدّين بالدين.

3. ربا الجاهلية، حيث يقول الدائن للمدين: أتقضي أم تربي؟ فيزيد الدّين على المدين لقاء التأجيل، فهذه معاوضة بين دين ودين وكلاهما من جنس واحد.

خامسا: الصّور الجائزة من تأجيل البدلين

ممّا سبق بيانه نعلم أنّ الكالئ بالكالئ المنهيّ عنه أخصّ من "مؤجّل البدلين"، فهناك عدد من العقود التي تتضمّن تأجيل البدلين ولا تدخل في الكالئ بالكالئ، ومن ذلك[4]:

1. "**بيعة أهل المدينة**" هي نوع من البيوع اشتهرت بالمدينة المنوّرة.

---

(1) يراجع: مالك، **الموطأ برواية يحيى الليثي**، بشار عوّاد، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1997: 628/2، 659، 797.

(2) نقله: الإمام أحمد، وابن المنذر، وغيرهما. يراجع: ابن المنذر، **الإجماع**: 96، ابن القطان الفاسي، **الإقناع في مسائل الإجماع**: 1802/4، ابن قدامة، **المغني**: 106/6، السبكي، **تكملة المجموع**: 107/10.

(3) يراجع: نزيه حمّاد، **المرجع السابق**: 14-23، سامي السويلم، **المرجع السابق**: 112، العياشي فداد، **تأجيل البدلين في عقود المعاوضات المالية**: 16-18.

(4) يراجع: سامي السويلم، **المرجع السابق**: 115.

وقد صوّرها الإمام ابن القاسم[1] بقوله: "وقد كان الناس يبتاعون اللحم بسعر معلوم فيأخذ كل يوم وزنا معلوما والثمن إلى العطاء فلم ير الناس بذلك بأسا، واللحم وكل ما يباع في الأسواق مما يتبايع الناس به فهو كذلك، لا يكون إلا بأمر معروف، ويُبيّن ما يأخذ كل يوم، وإن كان الثمن إلى أجل معلوم أو إلى العطاء إذا كان ذلك العطاء معلوما مأمونا، إذا كان يشرع في أخذ ما اشترى". ولم يره مالك من الدين بالدين. وأجازه مالك استحسانا اتّباعا لعمل أهل المدينة وإن كان القياس بخلافه[2].

2. "**عقد الاستصناع**" عند الحنفية، السّالف الذّكر.

✓ وقد بحث مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السابعة[3]: موضوع (الاستصناع). وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول الموضوع بمشاركة أعضاء المجمع وخبرائه وعدد من الفقهاء.

قرّر ما يلي[4]:

أولاً: إن عقد الاستصناع –وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة– ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.

ثانياً: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

أ– بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

ب– أن يحدد فيه الأجل.

ثالثاً: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة

---

(1) هو: أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم العتقي المصري، من أشهر تلاميذ مالك، صحبه عشرين سنة لم يخلط علمه بعلم أحد، حتّى قيل إنّه أفقد النّاس بمذهبه، وروايته عن مالك في المدوّنة راجحة على غيرها، له سماع من مالك عشرون كتابا، وكتاب المسائل في بيوع الآجال. توفي: 191 هـ. تنظر ترجمته عند: عياض، **ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك**، محمد الطنجي وآخرون، وزارة الأوقاف المغربية، ط2، 1983/1403: 244/3، ابن فرحون، **الديباج المذهب**: 400/1.

(2) يراجع: سحنون، المدونة: 290/3، ابن رشد، **البيان والتحصيل**: 208/17، ابن رشد، **بداية المجتهد**: 283/3، الحطّاب، **مواهب الجليل**: 538/4.

(3) المنعقدة بجدة في المملكة العربية السعودية من 7–12 ذي القعدة 1412هـ الموافق 9–14 أيار (مايو) 1992م.

(4) قرار رقم: 65 (7/3).

لآجال محددة.

رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة.

3. "**الإجارة المضافة**" وهي إيجار معتبر من وقت معيّن مستقبلٍ.

مثالها: أن يستأجر دارا بألف دينار لمدّة سنة اعتباراً من أوّل الشهر الفلاني القادم، فإنّها تنعقد عند فقهاء الحنفية: إجارة مضافة[1].

سادسا: التطبيقات المعاصرة لتأجيل البدلين

تلتحق بالصور الجائزة للعقود مؤجّلة البدلين بعض العقود المعاصرة:

1. "عقد التوريد":

ويقصد به: "عقد على عين مباحة موجودة لا في مجلس العقد، مؤجّلة التسليم، منضبطة بصفات معيّنة بثمن مؤجّل معلوم".

وعقد التوريد يشترك مع أنواع البيوع في بعض الشروط، وينفرد عنها في أخرى.

فأمّا أوجه الاشتراك، فهي[2]:

- وصف المبيع وصفا دقيقا يميّزه عمّا عداه.
- تحديد مكان التسليم، وزمانه، وإجراءاته.
- توضيح مقدار كمية المبيع وتسليمه جملة، أو على دفعات وأقساط.
- تحديد الثمن، وتعيين وقت الدفع مستقبلا جملة، أو على أقساط.
- قدرة البائع (المورّد) على تسليم المبيع حسب الشروط والمواصفات المتّفق عليها، وفي الموعد المحدّد.

أمّا أوجه الاختلاف، فهي:

---

(1) يراجع: المادتين [408] [440] من **جلّة الأحكام العدلية**، وشروحها: علي حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام**، تعريب فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت، ط1، 1411/1991: 444/1، 479.

(2) يراجع: عبد الوهاب أبو سليمان، **فقه المعاملات الحديثة**، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 1426: 42.

- غياب المبيع عن مجلس العقد، والاكتفاء برؤية متقدّمة له، أو أنموذج عنه، أو وصفه حسبما تقدّم سابقا في الخصائص المشتركة.

- تأجيل الثمن كلّه حتى تسلّم المبيع كاملا، أو تقسيطه حسب دفعات تسليم المبيع.

- يظل العقد غير لازم حتى يوفّي البائع بكافة الصفات المشروطة في المبيع.

وقد أجاز كثير من الباحثين المعاصرين عقد التوريد بشرط خلوّه من المحظورات الشرعية فيما يتعلّق بالعاقدين، والعوضين، وصفة العقد، خاضعا في جميع مراحله للمبادئ والقوانين الشرعية، وعدم المعارضة لقاعدة أو ضابط شرعي فضلا عن نص صريح من الكتاب والسنّة[1].

✓ وقد بحث مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة[2]: موضوع (عقود التوريد). وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول الموضوع بمشاركة أعضاء المجمع وخبرائه وعدد من الفقهاء. قرّر ما يلي[3]:

أولا: عقد التوريد: عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعا معلومة، مؤجلة، بصفة دورية، خلال فترة معينة، لطرف آخر، مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه.

ثانيا: إذا كان محل عقد التوريد سلعة تتطلب صناعة، فالعقد استصناع تنطبق عليه أحكامه.

ثالثا: إذا كان محل عقد التوريد سلعة لا تتطلب صناعة، وهي موصوفة في الذمة يلتزم بتسليمها عند الأجل، فهذا يتم بإحدى طريقتين:

أ- أن يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد، فهذا عقد يأخذ حكم السلم فيجوز بشروطه المعتبرة شرعا (المبيّنة في قرار المجمع رقم 85 (9/2)).

---

(1) ممّن أجازه: مصطفى الزرقا، الصديق الضرير، عبد الوهاب أبو سليمان، رفيق المصري، وآخرون. يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**: 644/1، عبد الوهاب أبو سليمان، **فقه المعاملات الحديثة**: 103، رفيق المصري، **المرجع السابق**: 73، العياشي فداد، **تأجيل البدلين في عقود المعاوضات المالية**: 45.

(2) المنعقدة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة -1 رجب 1421هـ الموافق 23-28 أيلول (سبتمبر) 2000م.

(3) قرار رقم: 107 (12/1).

[ومن الشروط الواردة ضمن هذا القرار ما يلي:

أ/1- السلع التي يجري فيها عقد السلم تشمل كل ما يجوز بيعه ويمكن ضبط صفاته ويثبت ديناً في الذمة، سواء أكانت من المواد الخام أم المزروعات أم المصنوعات.

أ/2- يجب أن يحدد لعقد السلم أجل معلوم، إما بتاريخ معين، أو بالربط بأمر مؤكد الوقوع، ولو كان ميعاد وقوعه يختلف اختلافاً يسيراً لا يؤدي للتنازع كموسم الحصاد.

أ/3- الأصل تعجيل قبض رأس مال السلم في مجلس العقد، ويجوز تأخيره ليومين أو ثلاثة ولو بشرط، على أن لا تكون مدة التأخير مساوية أو زائدة عن الأجل المحدد للسلم.

أ/4- لا مانع شرعاً من أخذ المُسْلِم (المشتري) رهناً أو كفيلاً من المسلّم إليه (البائع).

أ/5- يجوز للمسلِم (المشتري) مبادلة المسلَم فيه بشيء آخر -غير النقد- بعد حلول الأجل، سواء كان الاستبدال بجنسه أم بغير جنسه. حيث إنه لم يرد في منع ذلك نص ثابت ولا إجماع، وذلك بشرط أن يكون البدل صالحاً لأن يجعل مسلماً فيه برأس مال السلم.

أ/6- إذا عجز المسلم إليه عن تسليم المسلم فيه عند حلول الأجل فإنَّ المسلم (المشتري) يخير بين الانتظار إلى أن يوجد المسلم فيه وفسخ العقد وأخذ رأس ماله، وإذا كان عجزه عن إعسار فنظرة إلى ميسرة.

أ/7- لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه، لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير.

أ/8- لا يجوز جعل الدين رأس مال للسلم لأنه من بيع الدين بالدين][1].

ب- إن لم يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد، فإن هذا لا يجوز لأنه مبني على المواعدة الملزمة بين الطرفين. (وقد صدر قرار المجمع رقم 40 و41 المتضمن أن المواعدة الملزمة تشبه العقد نفسه فيكون البيع هنا من بيع الكالىء بالكالىء). أما إذا

---

(1) دورة المؤتمر التاسعة بأبي ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من 1- 6 ذي القعدة 1415هـ الموافق 1- 6 نيسان (أبريل) 1995م، **مجلة المجمع** (العدد: 9، الجزء: 1، الصفحة: 371).

كانت المواعدة غير ملزمة لأحد الطرفين أو لكليهما فتكون جائزة على أن يتم البيع بعقد جديد أو بالتسليم.

❖ لقد تناول القانون الإداري عقود التوريد ضمن العقود الإدارية، وعرّفها كالتي: "هو عقد إداري يتعهّد بمقتضاه أحد المتعهّدين بأن يورّد للإدارة منقولات تلزمها مقابل ثمن معيّن"، فهذا العقد يقابل عقد البيع في القانون الخاص، وينصبّ على أيّ نوع من أنواع المنقولات كمواد الوقود وأدوات المكاتب والمواد الغذائية[1].

وتمّ تناول عقد التوريد في التقنين الجزائري ضمن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمّن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وأطلق عليه المقنّن: "اقتناء اللوازم"، وبيّن هدفه في الفقرة السابعة من المادة (29): "اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار بخيار أو بدون خيار الشراء من طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد أو مواد مهما كان شكلها موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورّد". وستأتي دراستها في الفصل الثالث من الباب الثاني.

2. "عقد المقاولة":

يعتبر عقد المقاولة من العقود الجديدة المستحدثة التي جاء بها القانون المدني، ويقصد به: "عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الاخر"[2]. وهو متطابق مع تعريف القانون المدني الجزائري في (المادة: 549).

وقد أجاز عقد المقاولة عدد من الفقهاء المعاصرين؛ بناءً على تكييفها على عقد الاستصناع إن كانت مواد العمل من طرف المقاول، أو إجارة إن كانت مواد العمل من طرف الرب العمل[3].

وتكون الإجارة في هذه الحالة من قبيل إجارة الأشخاص، وتعرّف بأنّها: "العقد الوارد

---

(1) يراجع: ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 574، حسين عثمان، **المرجع السابق**: 528.

(2) يراجع: القانون المدني الأردني – المستمد من الشريعة الإسلامية: المادة: 780. وقد كان من المساهمين في وضع مشروع القانون المدني الأردني من فقهاء الشريعة: عبد العزيز خيّاط، مصطفى الزرقا، محمد زكي عبد البر، علي الخفيف. يراجع: **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**: 1/8-12.

(3) منهم: مصطفى الزرقا، عبد الله آل محمود، غريب الجمّال، الصدّيق الضّرير، البدران، نزيه حمّاد، عبد الرحمن العايد. يراجع: رفيق المصري، **مناقصات العقود الإدارية**: 50، 73، نزيه حمّاد: **عقد الكالئ بالكالئ**: 29، عبد الرحمن العايد، **عقد المقاولة**، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ط1، 2004: 161.

على منفعة (خدمة أو عمل) شخص طبيعي أو اعتباري بأجر معلوم، معيّنة كانت المنفعة أو موصوفة في الذمّة، وذلك مثل الخدمات التعليمية، والصحية، والاستشارية ونحوها"[1].

ويشترط في المنفعة المعقود عليها ما يشترط في غيرها من أحكام: "أن تكون معلومة علما نافيا للجهالة، وأن تكون مقدورا على أدائها ومباحة شرعا"[2].

كما يشترط في الأجرة أن تكون معلومة علما ينتفي معه التنازع سواء كانت نقدا، أم سلعة، أم منفعة (خدمة)، ويجوز أن تكون بمبلغ ثابت، أو متغيّر قائم على طريقة معلومة للطرفين. كما يجوز تحديدها على جميع العمل بحيث تستحقّ كاملة بإنجاز ذلك العمل كليّا، أو تحديدها بحيث تستحقّ مقسّطة على إنجاز المراحل المختلفة من العمل. ويجوز تحديدها على أساس مدّة يعمل فيها الأجير للمستأجر بحيث يستحقّ الأجرة عند كمال المدّة، أو تحديدها مقسّطة على أجزاء المدّة[3].

وللمقاول في هذه الحالة صفة الأجير المشترك، وهو: "من يعمل لأكثر من جهة، دون التقيّد بالعمل في وقت بعينه لمستأجر معيّن، يحقّ له أن يعمل لمن يشاء"[4].

وفي هذه الحالة يتحقّق شرط المعلومية: "ببيان العمل، ونوعه، وصفته، ويجوز إضافة المدّة إليه، وحينئذ يلزم الأجير إكمال العمل فيها، وفي حال عدم ذكر المدّة في الإجارة على العمل يرجع إلى العرف"[5].

ويختلف حكم الأجير المشترك عن الأجير الخاص، من حيث أنّ يده يد ضمان، فيتحمّل تبعات عمله و"يضمن الهلاك مطلقا، إلاّ إذا كان الهلاك بشيء عام غالب بحيث لا يمكن الاحتراز عنه"[6].

✓ كما بحث مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في

---

(1) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسّسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، البحرين، إصدار 2017/1439، المعيار: (34)، ص: 851.

(2) يراجع: **المعايير الشرعية، المرجع السابق**، المعيار: (34)، ص: 853.

(3) نفس **المرجع السابق**، ص: 855-856.

(4) نفس **المرجع السابق**، ص: 852.

(5) نفس **المرجع السابق**، ص: 853.

(6) نفس **المرجع السابق**، ص: 853.

دورته الرابعة عشرة[1]: موضوع (عقد المقاولة والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره). وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول الموضوع بمشاركة أعضاء المجمع وخبرائه وعدد من الفقهاء. قرّر ما يلي[2]:

(1) عقد المقاولة: عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر، وهو عقد جائز سواء قدم المقاول العمل والمادة وهو المسمى عند الفقهاء الاستصناع، أو قدم المقاول العمل وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل.

(2) إذا قدم المقاول المادة والعمل فينطبق على العقد قرار المجمع رقم 65 (7/3) بشأن موضوع الاستصناع[3].

(3) إذا قدّم المقاول العمل فقط فيجب أن يكون الأجر معلوما.

(4) يجوز الاتفاق على تحديد الثمن بالطرق الآتية:

(أ) الاتفاق على ثمن بمبلغ إجمالي على أساس وثائق العطاءات والمخططات والمواصفات المحددة بدقة.

(ب) الاتفاق على تحديد الثمن على أساس وحدة قياسية يحدد فيها ثمن الوحدة والكمية، وطبقا للرسومات والتصميمات المتفق عليها.

(ج) الاتفاق على تحديد الثمن على أساس سعر التكلفة الحقيقية، ونسبة ربح مئوية، ويلزم في هذه الحال أن يقدم المقاول بيانات وقوائم مالية دقيقة ومفصلة، وبمواصفات محددة بالتكاليف يرفعها للجهة المحددة في العقد، ويستحق حينئذ التكلفة بالإضافة للنسبة المتفق عليها.

(5) يجوز أن يتضمن عقد المقاولة شرطا جزائيا بمقتضى مما اتفق عليه العاقدان، ما لم يكن هناك ظروف قاهرة، ويطبق في هذه الحال قرار المجمع في الشرط الجزائي رقم 109

---

(1) المنعقدة بالدوحة (دولة قطر) في الفترة من 8-13 ذو القعدة 1423 هـ الموافق 11-16 كانون الثاني (يناير) 2003 م.

(2) قرار رقم: 129 (14/1).

(3) سبق ذكره، ص: 79.

.[1](12/3)

(6) يجوز في عقد المقاولة تأجيل الثمن كله أو تقسيطه إلى أقساط لآجال معلومة أو حسب مراحل إنجاز العمل المتفق عليها.

(7) يجوز الاتفاق على التعديلات والإضافات.

(8) إذا أجرى المقاول تعديلات أو إضافات بإذن رب العمل دون الاتفاق على أجرة فللمقاول عوض مثله.

(9) إذا أجرى المقاول تعديلات أو إضافات دون اتفاق عليها فلا يستحق عوضا زائدا عن المسمى، ولا يستحق عوضا عن التعديلات أو الإضافات.

(10)يضمن المقاول إذا تعدى أو فرط أو خالف شروط العقد، كما يضمن العيوب والأخطاء التي يتسبب فيها، ولا يضمن ما كان بسبب من رب العمل أو بقوة قاهرة.

(11)إذا شرط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه فلا يجوز له أن يتفق مع مقاول آخر من الباطن.

(12)إذا لم يشرط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه جاز له أن يتفق مع مقاول من الباطن، ما لم يكن العمل بعينه مقصودا أداؤه من المقاول نفسه لوصف مميز فيه مما يختلف باختلاف الأجراء.

(13)المقاول مسؤول عن عمل مقاوليه من الباطن وتظل مسؤولية المقاول الأصلي تجاه رب العمل قائمة وفق العقد.

(14)لا يقبل في عقد المقاولة اشتراط نفي الضمان عن المقاول.

(15)يجوز اشتراط الضمان لفترة محددة.

(16)لا يقبل في عقد المقاولة اشتراط البراءة من العيوب طيلة فترة الضمان المنصوص عليها في العقد.

❖ هذا، وقد أخذ القانون المدني الجزائري بمعظم هذه الأحكام، وفرّق بين المقاولة بمعنى

---

(1) سيأتي ذكره في نهاية هذا الفصل، ص: 143.

الإجارة، والمقاولة بمعنى الاستصناع، كما في المادة (550):

"يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب على أن يقدّم ربّ العمال المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله. كما يجوز أن يتعهّد المقاول بتقديم العمل والمادة معا".

لكنّ المقنّن الجزائري عدل عن استعمال مصطلح: "المقاولة" في العقود الإدارية إلى استعمال تسمية: "عقد إنجاز الأشغال"، ضمن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمّن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وحدّد هدفه في الفقرة الرابعة من المادة (29) في: "بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها".

المبحث الثاني
ضوابط التعاقد المالي
في عقود الإدارة

سنتناول في هذا المبحث أهمّ الضوابط المتعلّقة بالتعاقد المالي في عقود الإدارة؛ بدءًا بالضوابط المتعلّقة بالدولة والمؤسسات التابعة لها، ثم ضوابط اختيار الجهة المتعاقدة مع الدولة، وأخيرا بالضوابط المتعلّقة بالعقود المستجدّة.

ويندرج تحت هذا المبحث المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول: الضوابط المتعلّقة بالدولة والمؤسّسات التابعة لها

المطلب الثاني: ضوابط اختيار الجهة المتعاقدة مع الدولة

المطلب الثالث: الضوابط المتعلقة بالعقود المالية المستحدثة

المطلب الأول: الضوابط المتعلّقة بالدولة والمؤسّسات التابعة لها

سنتناول في هذا المطلب جملة الضوابط الواجب توافرها في الدولة باعتبارها طرفا في التعاقد وبصفتها شخصية معنوية عامة، ضمن الفروع التالية:

الفرع الأول: التعاقد فيما فيه مصلحة عامة

يجب على كلّ من ولي أمرا من أمور العامة أن يلتزم في فعله أو تركه لكل ما يتعلّق بالشؤون العامة بما فيه تحقيق المصلحة الراجحة لهم؛ إذ من مقرّرات قواعد الفقه الإسلامي: "**التصرف على الرعية منوط بالمصلحة**"، ومعنى ذلك: أنّ نفاذ تصرف الراعي على الرعية ولزومه عليهم مشروط ومتوقف على وجود الثمرة والمنفعة ضمن تصرّفاته، الدينية أو الدنيوية. فإن تضمن منفعة وجب عليهم تنفيذه، وإلا أمكن دفعه وردّه، لأنّ الراعي ناظر،

وتصرفه حينئذ متردّد بين الضرر والعبث، وكلاهما ليس من النظر في شيء[1].

دليل هذه القاعدة:

تصرّفات القاضي والإمام وكلّ ذي ولاية في أموال الناس ومصالحهم مقيد بالمصلحة؛ لأن الولاية أمانة، فعن أبي ذر –رضي الله عنه– قال: قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: "**إنها أمانة، وإنها يوم القيامة خزي وندامة، إلا من أخذها بحقها، وأدى الذي عليه فيها**"[2].

قال الإمام الشافعي: "منزلة الوالي من الرعية: منزلة الولي من اليتيم"[3].

وهذا الفقه مقتبس من فقه سيّدنا عمر رضي الله عنه القائل: «**إِنِّي أَنْزَلْتُ نَفْسِي مِنْ مَالِ اللَّهِ مَنْزِلَةَ مَالِ الْيَتِيمِ، إِنِ اسْتَغْنَيْتَ مِنْهُ اسْتَعْفَفْتَ، وَإِنْ افْتَقَرْتَ أَكَلْتَ بِالْمَعْرُوفِ**»[4].

قال الإمام القرافي[5]: "اعلم أن كل من ولي ولاية الخلافة فما دونها إلى الوصية لا يحل له أن يتصرف إلا بجلب مصلحة أو درء مفسدة؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [سورة الأنعام، الآية: 152] ولقوله عليه السلام: {**من ولي من أمور أمتي شيئا ثم لم يجتهد لهم، ولم ينصح فالجنة عليه حرام**}[6]، فيكون الأئمة والولاة معزولين عما ليس فيه بذل الجهد، والمرجوح أبدا ليس بالأحسن بل الأحسن ضدّه، وليس

---

(1) يراجع: الزركشي، **المنثور في القواعد**: 309/1، السيوطي، **الأشباه والنظائر**: 121، ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**: 104، الحموي، **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**: 369/1، أحمد الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**: 309.

وهي القاعدة [58] من قواعد المجلّة العدلية. يراجع شرحها: علي حيدر، **درر الحكام**: 57/1.

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب كراهة الإمارة بغير ضرورة: [1825].

(3) يراجع: الزركشي، **المنثور في القواعد**: 309/1، السيوطي، **الأشباه والنظائر**: 121.

(4) سبق تخريجه، ص: 17.

(5) هو: أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي الصنهاجي المصري، من الأئمة المجتهدين في مذهب الإمام مالك، انتهت إليه رئاسة الفقه في المذهب، وبرع في علم الأصول والعلوم العقلية، من أهم مصنفاته: الذخيرة في فروع المالكية، أنوار البروق في أنواع الفروق. توفي 684 هـ. تنظر ترجمته عند: ابن فرحون، **الديباج المذهب**: 216/1، مخلوف، **شجرة النور الزكية**: 188/1.

(6) الثابت عن معقل بن يسار رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «ما من أمير يلي أمر المسلمين، ثم لا يجهد لهم، وينصح، إلا لم يدخل معهم الجنة». أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب استحقاق الوالي الغاش لرعيته النار: [142].

الأخذ به بذلا للاجتهاد بل الأخذ بضده، فقد حجر الله تعالى على الأوصياء التصرف فيما هو ليس بأحسن مع قلة الفائت من المصلحة في ولايتهم؛ لخسّتها بالنسبة إلى الولاة والقضاة، فأولى أن يحجر على الولاة والقضاة في ذلك، ومقتضى هذه النصوص: أن يكون الجميعُ معزولين عن المفسدة الراجحة، والمصلحة المرجوحة، والمساوية، وما لا مفسدة فيه، ولا مصلحة؛ لأن هذه الأقسام الأربعة ليست من باب ما "هو أحسن"، وتكون الولاية إنما تتناول: جلب المصلحة الخالصة، أو الراجحة، ودرء المفسدة الخالصة، أو الراجحة، فأربعة معتبرة، وأربعة ساقطة"[1].

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

عرفت هذه القاعدة تطبيقات فقهية كثيرة أوجز منها ما يلي:

- ليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف[2].
- العدل في القسمة؛ تعميما وتسوية، ويحرم عليه التفضيل مع تساوي الحاجات[3].
- إذا أراد إسقاط بعض الجند من الديوان بسبب: جاز، وبغير سبب لا يجوز[4].
- لا يصح، وقف أراضي بيت المال إلا لمصلحة عامة[5].
- "لكلّ عمل رجال"، فيقدّم في كلّ ولاية الأقوم بمصالحها[6].

حدود تصرّفات الإدارة في شؤون العامة:

ترسم هذه القاعدة حدود الإدارات العامة والسياسة الشرعية في سلطان الولاة وتصرفاتهم على الرعية، فتفيد أن أعمال الولاة النافذة على الرعية يجب أن تبنى على المصلحة للجماعة وخيرها؛ لأن الولاّة من الخليفة فمن دونه ليسوا عمالاً لأنفسهم، وإنما هم وكلاء عن الأمة في

---

(1) يراجع: القرافي، **الفروق**: 76/4، **الذخيرة**: 43/10.

(2) يراجع: أبو يوسف، **كتاب الخراج**، دار المعرفة، بيروت، 1979: 65.

(3) يراجع: الزركشي، **المنثور في القواعد**: 309/1، ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**: 105.

(4) يراجع: السيوطي، **الأشباه والنظائر**: 121.

(5) يراجع: الحموي، **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**: 369/1.

(6) يراجع: المقري، **قواعد الفقه**: 170.

القيام بأصلح التدابير لإقامة العدل، ودفع الظلم، وصيانة الحقوق والأخلاق، وضبط الأمن، ونشر العلم، وتطهير المجتمع من الفساد، وتحقيق كل خير للأمة بأفضل الوسائل، مما يعبر عنه بالمصلحة العامة، فكل عمل أو تصرف من الولاة على خلاف هذه المصلحة مما يقصد به استثمار أو استبداد، أو يؤدي إلى ضرر أو فساد، هو غير جائز[1].

الفرع الثاني: مبادئ اختيار الصفقات العمومية

من التطبيقات العملية لمبدأ حماية المال العام وحسن إدارته المبادئ التي نصّ عليها المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلّق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام في المادة (3) منه، وأقرّها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المعدّل والمتمّم له، في المادة (5) منه، حيث نصّت على ما يلي:

"لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ: حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

1- مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية:

ويقصد به فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتحقق فيهم الشروط المطلوبة التقدم بعروضهم أمام إحدى الهيئات المؤهلة قانونا لإبرام الصفقات العمومية وفق الشروط التي تضعها وتحددها مسبقا، بمعنى أن تقف المصلحة المتعاقدة موقفا حياديا إزاء المتنافسين وليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير الفئات التي تدعوها وتلك التي تستبعدها، وجاء المبدأ متماشيا مع حرية الصناعة والتجارة[2].

2- مبدأ العلانية والشفافية:

يقتضي هذا المبدأ أن تعلم المصالح المتعاقدة المتعاملين بإجراء طلب العروض،

---

(1) يراجع: محمد الزحيلي، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**، دار الفكر، دمشق، ط1، 2006: 493/1.

(2) يراجع: خلاف فاتح، **محاضرات في قانون الصفقات العمومية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى – جيجل، 2015: 30، محفوظ عبد القادر، قراءة في المرسوم الرئاسي 15-247، **مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمّقة**، مركز جيل البحث العلمي، العدد 35، سبتمبر 2019، ص: 108. نقلا عن: تياب نادية، **محاضرات في قانون الصفقات العمومية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية،2015 / 2014 ، ص7 .

وإبلاغهم بشكلها والوثائق اللازمة للمشاركة فيها، وكيفية الحصول على دفتر الشروط المتعلق بها، وأجل إيداع العروض، على أن يتم ذلك في الوقت المناسب، ويتم ذلك باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل[1].

ويتجسد مبدأ العلانية عن طريق الإشهار الصحفي الذي ورد بصيغة الإلزام ضمن أحكام المادة (61) من المرسوم 15-247 التي تلزم باللجوء إلى الإشهار الصحفي في الحالات التالية:

- طلب العروض المفتوح.
- المناقصة المحدودة.
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.
- طلب العروض المحدود.
- المسابقة.
- التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء".

فالإعلان على هذا النحو إجراء شكلي جوهري تلزم المصالح المتعاقدة بمراعاته في كل أشكال المناقصات المفتوحة أو المحدودة، الوطنية أو الدولية[2].

3- مبدأ المساواة بين المتنافسين:

يقضي هذا المبدأ بأن لكل من يملك حق المشاركة في الصفقات المعلن عنها، أن يتقدم على قدم المساواة مع باقي المتنافسين.

والنتيجة المترتبة عن هذا المبدأ أنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى وسائل للتمييز بين المتقدمين، كما لا يجوز لها أن تمنح امتيازات أو تضع عقبات عملية أمام المتنافسين سواء كانت وسائل التمييز هذه إجرائية أو واقعية[3].

---

(1) يراجع: خلاف فاتح، **المرجع السابق**: 31.

(2) يراجع: محفوظ عبد القادر، **قراءة في المرسوم الرئاسي 15-247**: 109.

(3) نفس **المرجع السابق**: 110.

الفرع الثالث: المعيار العضوي في عقود الإدارة

يقصد **بالمعيار العضوي:** تلك المواصفات المتعلّقة بشخص وطبيعة المتعاقد المخوّل بالنيابة عن الدولة أو الإدارة في إبرام عقود الإدارة.

والأصل في العقود التي يبرمها أحد الأشخاص المعنوية العامة أنّها؛ إمّا عقود عادية تخضع لأحكام القانون الخاص، أو عقود إدارية تخضع لأحكام القانون العام، وذلك إذا تعلّقت بمرفق عام أو تمّت بأسلوب القانون العام، فتأتي بعض القوانين لتقيّد وتحدّد جهات مخصوصة من أشخاص القانون العام. ونمثّل لذلك بالمثالين التاليين:

1- المعيار العضوي في الصفقات العمومية:

نصّ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلّق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام في مادته (06) على سبيل الحصر الجهات التي يتعيّن عليها إبرام عقودها عن طريق عقود الصفقات العمومية مع المتعاملين الاقتصاديين تحت طائلة البطلان، وسمّاهم بـ: "المصلحة المتعاقدة"، كما تناولت المادة: (04) ممثّلي هذه المصالح على النّحو التالي:

- **الدولة.** (ويمثّلها: الوزير)

- **الجماعات الإقليمية.** (**الولاية** ويمثّلها: الوالي. **البلدية** ويمثّلها: رئيس المجلس الشعبي البلدي).

- **المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.** (ويمثّلها: **المدير العام،** أو **مدير المؤسّسة العمومية**).

- **المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري،** عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية. (ويمثّلها: **المدير العام،** أو **مدير المؤسّسة العمومية**).

وتشمل عبارة "المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري" مجموعة من المؤسّسات التي كانت تنصّ عليها المراسيم السابقة والمنظّمة للصفقات العمومية، وكان يتمّ في كلّ مرّة تعديلها لإضافة مؤسّسة جديدة، فجاءت هذه العبارة المستحدثة شاملة لتفسح المجال أمام القاضي الإداري سلطة تقديرية واسعة لتتبع المال العام

أينما وجد وإخضاعه لتنظيم الصفقات[1].

ومن تلك المؤسّسات: مراكز البحث والتنمية، والمؤسّسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، أو العلمي والثقافي والمهني، أو العلمي والتقني، أو الصناعي والتجاري.

2- المعيار العضوي في عقود تفويض المرافق العامة:

كما حدّد ذات المرسوم الآنف الذكر في المادة (207) المعيار العضوي فيمن يتولّى إبرام عقود تفويض المرفق العام في جهتين:

- الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام.
- السلطة المفوّضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام.

الفرع الرابع: المعيار المالي في عقود الإدارة

يلتحق بالمعيار العضوي السالف الذكر معيار آخر نصّت عليه بعض القوانين، وهو المعيار المالي الذي يتمّ من خلاله أيضا تحديد طريقة اختيار المتعاقدين مع الدولة.

ويقصد **بالمعيار المالي:** العتبة المالية الدنيا التي تنصّ عليها القوانين الصادرة عن الدولة؛ لتكييف العقد الذي تبرمه الإدارة على أنّه مشمول بأحكام ذلك القانون[2].

والهدف من تحديد هذا المعيار: حصر وتقليل عقود الإدارة التي تخضع لأحكام القانون؛ نظرا للمراحل والإجراءات المعقّدة التي يمرّ بها إبرام الصفقات العمومية وتنفيذها، فلا يعقل أن تخضع كلّ عقود الإدارة لنفس التنظيم بشكليّاته المعقّدة، لذا وضع المقنّن حدّا ماليا مهمّا ومعقولا.

فقد نصّ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلّق بالصفقات العمومية في المادة (13) منه على تحديد المبالغ الدنيا للعقود المذكورة فيه بما يلي:

"كلّ صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار (**12.000.000** دج) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار

---

(1) نفس **المرجع السابق**: 104.

(2) يراجع: خلاف فاتح؛ محاضرات في قانون الصفقات العمومية: 13.

(**6.000.000** دج) للدراسات أو الخدمات، لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب".

كما استثنت المادة (21) منه على ما لا يجب أن يخضع لأحكام هذا القانون؛ إذ نصّت على أنّها: "لا تكون محل استشارة وجوبا: الطلبات التي تقل مجموع مبالغها، حسب طبيعتها أشغالا أو لوازم أو دراسات أو خدمات خلال نفس السنة المالية عن مليون دينار (**1.000.000** دج) فيما يخص الأشغال أو اللوازم، وعن خمسمائة ألف دينار (**500.000** دج) فيما يخص الدراسات أو الخدمات وتحسب هذه الطلبات بالرجوع لكل ميزانية على حدة".

ومع ذلك فقد حضّ القانون على اختيار المتعاقدين الذين لم يتحقّق فيهم المعيار المالي على نفس الأسس والمبادئ العامة القائمة على حسن الاختيار، فقد نصّت الفقرة الثانية من المادة (21) على أنّه: "ويبقى اختيار المتعاملين الاقتصاديين خاضعا للمتطلبات التي ترتبط باختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وبالإضافة إلى ذلك يجب على المصلحة المتعاقدة أن لا تلجأ لنفس المتعامل الاقتصادي عندما يمكن تلبية تلك الخدمات من طرف متعاملين اقتصاديين آخرين، إلا في الحالات الاستثنائية المبررة كما ينبغي".

المطلب الثاني: ضوابط اختيار الجهة المتعاقدة مع الدولة

الأصل أن يُفسح المجال في التعاقد مع الإدارة لكلّ من تتوافر لديهم شروط الأهلية العامة التي حدّدها القانون المدني والتجاري، وما تفرضه الإدارة من شروط معيّنة أخرى ترى وجوب توافرها في المتعاملين الذين يتقدّمون للمشاركة في المناقصات أو المزايدات العامّة.

ومع هذا فقد يقصي القانون بعض الأشخاص من حقّ المشاركة، ما يجعل ذلك استثناءً عن مبدأ "حرية المنافسة" من جهة، وتعزيزا لمبدأ "حسن الاختيار" من جهة أخرى؛ من خلال استبعاد غير المؤهّلين ماديا أو أدبيا[1].

الفرع الأول: شروط مشاركة المتعاقدين في الصفقات العمومية

❖ خصّص قانون الصفقات العمومية 15-247 القسمين: الثاني: "تأهيل المرشّحين

---

(1) يراجع: حسين عثمان، **المرجع السابق**: 601.

والمتعهّدين"، والثالث: "إجراءات الإبرام": للحديث عن شروط وكيفيات الترشّح والاختيار للصفقات العمومية في إحدى وعشرين (21) مادة، بينما خصّص القسم الرابع: لـ"حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية"، حيث نصّت المادة (75) على إقصاء مجموعة من المتعاملين الاقتصاديين بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات بسبب مخالفات ارتكبوها، وهم:

– الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية.

– الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.

– الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.

– الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية.

– الذين قاموا بتصريح كاذب.

– المسجلون في البطاقية الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة.

– الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي.

الفرع الثاني: شروط مشاركة المتعاقدين في المزايدات العامة

❖ خصّص نموذج دفتر الشروط المحدد للبنود والشروط المطبقة في بيع العقارات التابعة للأملاك الوطنية الخاصة بالمزايدات العلنية[1] في المادة (2) شروط الأشخاص المسموح لهم بالمزايدة، فيما يلي:

– يمكن أن يشارك في المزاد كلّ الأشخاص الذين يثبتون موطنا أكيدا، وقدرتهم على الوفاء ماليا، ويتمتعون بحقوقهم المدنية.

---

(1) ملحق بالقرار الوزاري المؤرخ في 5 مارس 1997.

يتم إقصاء الأشخاص الذين أثبتوا ما يلي:

– المساس بحرية المزايدة.

– عدم دفع كفالة الضمان التي تمثّل 10% من مبلغ الثمن المعروض للحصة المراد اقتناؤها.

– المزايدون المخالفون: حيث يوجد سجّل على مستوى كلّ مديرية ولائية لأملاك الدولة يقيّد فيه كلّ مزايد مخالف على مستوى التراب الوطني[1].

الفرع الثالث: شروط المستفيدين من السكنات الاجتماعية والترقوية

أوّلا: شروط المستفيدين من السكنات الاجتماعية

❖ حدّد المرسوم التنفيذيّ رقم 140–08[2] قواعد منح السكن العمومي الإيجاري، وشروط الاستفادة من السكنات الاجتماعية في المواد رقم: (3)، (4)، (5) من خلال إقصاء الفئات التالية:

1–من يملك عقارا ذا استعمال سكني ملكية تامة.

2–من يملك قطعة أرض صالحة للبناء.

3–من استفاد من سكن عمومي إيجاري أو سكن اجتماعي تساهمي أو سكن ريفي أو سكن تمّ اقتناؤه في إطار البيع بالإيجار.

4–من استفاد من إعانة الدولة في إطار شراء أو بناء سكن أو تهيئة سكن ريفي.

5–من ليست له إقامة خمس (5) سنوات على الأقل ببلدية إقامته الاعتيادية.

6–من يتجاوز دخله العائلي الشهري أربعة وعشرين ألف دينار (24.000 دج).

7–من لا تتجاوز سنّه إحدى وعشرين (21) سنة على الأقل عند تاريخ إيداع طلبه.

ثانيا: شروط المستفيدين من السكنات المدعّمة من الدولة

---

(1) يراجع: مريم بوشربي، **بيع الأملاك الوطنية الخاصة**، مجلة الباحث للدراسات الآكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة1، العدد: 10، جانفي 2017، ص: 372.

(2) المؤرّخ في 10 مايو 2008.

❖ حدّد المرسوم التنفيذي رقم 01-105[1] شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار في المادة (6) لكلّ شخص:

1- لا يملك أو لم يسبق له أن تملك عقارا ذا استعمال سكني، ملكية كاملة.

2- لم يستفد مساعدة مالية من الدولة لبناء مسكن أو لشرائه.

3- لا يتجاوز مستوى مداخيله خمس (5) مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون.

4- لا تتاح الاستفادة من البيع بالإيجار المنصوص عليه بموجب أحكام هذا المرسوم إلاّ مرّة واحدة لذات الشخص.

❖ كما حدّد المرسوم التنفيذي رقم 203-14[2] شروط وكيفيات شراء السكن الترقوي العمومي في مادته (8) لكلّ طالب:

1- لا يملك أو لم يسبق له أن ملك، هو أو زوجه ملكية تامة، عقارا ذا استعمال سكني أو قطعة أرض صالحة للبناء.

2- لم يستفد، هو أو زوجه، من مساعدة مالية من الدولة لبناء سكن أو شرائه.

3- يفوق دخله ست (6) مرات ويقل أو يساوي اثني عشر (12) مرة الدخل الوطني الأدنى المضمون.

والهدف من وضع هذه الشروط توجيه دعم الدولة إلى الفئات الاجتماعية المحتاجة فعلا إليه بشكل عادل وموضوعي، وتجنّب دعم الفئات الغنيّة، أو من سبق لها الاستفادة من أيّ دعم آخر.

وفي هذا تحقيق لمقاصد المصلحة العامة، فقد ذكرنا في المطلب السابق بأنّ "**التصرّف في الرعيّة منوط بالمصلحة**"، ومن الأوجه التي ذكرها الفقهاء لهذه القاعدة: "العدل في القسمة؛ تعميما وتسوية، ويحرم عليه التفضيل مع تساوي الحاجات"[3].

---

(1) المؤرّخ في 23 أبريل 2001.

(2) المؤرّخ في 15 جويلية 2014.

(3) يراجع، ص: 87.

الفرع الرابع: شروط التوظيف العمومي

نصّ الأمر رقم 06-03[1] المتضمّن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، في مادته (75) شروط الالتحاق بالوظائف العمومية كما يلي:

1- أن يكون جزائري الجنسية.

2- أن يكون متمتعا بحقوقه المدنية.

3- أن لا تحمل شهادة سوابقه القضائية ملاحظات تتنافى وممارسة الوظيفة المراد الالتحاق بها.

4- أن يكون في وضعية قانونية تجاه الخدمة الوطنية.

5- أن تتوفر فيه شروط السن والقدرة البدنية والذهنية وكذا المؤهلات المطلوبة للالتحاق بالوظيفة المراد الالتحاق بها".

6- كما حدّدت المادة (78) السنّ الدنيا للالتحاق بالوظيفة العمومية بثماني عشر (18) سنة كاملة.

والهدف من هذه الشروط حصر المواطنين ذوي الكفاءة والعدالة لتولّي الوظائف في مؤسّسات الدولة، وهذا من الأمانة التي تجب في حقّ صاحب الولاية العامة؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [سورة النساء، الآية: 58]، فقد ذكر بعض المفسّرين بأنّ المعنيّ بها ولاة الأمور[2].

وممّا يستأنس به في هذا الباب بما روي عن سيّدنا أبي بكر الصدّيق رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "**مَنْ وَلِيَ من أمْرِ المسلمين شيئاً، فَأَمَّرَ عليهم أحداً مُحابَاةً، فعليه لعنة الله، لا يقبل الله منه صَرْفاً، ولا عدْلاً حتى يُدخِلَهُ جهنم**"[3]، وفي رواية ابن عباس رضي الله عنهما قال: "**من استعمل رجلاً من عصابةٍ، وفيهم مَنْ هو**

---

(1) المؤرّخ في 15 يوليو سنة 2006.

(2) يراجع: الطبري، **جامع البيان عن تأويل آي القرآن**، عبد الله التركي، دار هجر، مصر، ط1، 2001/1422: 490/8.

(3) أخرجه الحاكم، في المستدرك: [7024]، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

أرْضَى لله منه، فقد خان الله ورسوله والمؤمنين"[1].

وعلى ذلك فيجب على كل من ولي شيئا من أمر المسلمين أن يستعمل فيما تحت يده في كل موضع أصلح من يقدر عليه وأمثلهم وأفضلهم، أداء للأمانة وبعدا عن الخيانة.

وقد نصّ الماوردي على اشتراط الكفاءة في تولية المناصب، فقال: "أن يكون من أهل الكفاية فيما وكل إليه من أمر الحرب والخراج خبرة بهما ومعرفة بتفصيلهما، فإنه مباشر لهما تارة ومستنيب فيهما أخرى، فلا يصل إلى استنابة الكفاية إلا أن يكون منهم، كما لا يقدر على المباشرة إذا قصر عنهم، وعلى هذا الشرط مدار الوزارة وبه تنتظم السياسة"[2].

واعتبر العلماء أنّ انتهاج سبيل اختيار الأحقّ الأصلح من خيانة الأمانة العامة، قال ابن تيمية: "فإن عدل عن الأحق الأصلح إلى غيره لأجل قرابة بينهما، أو ولاء عتاقة، أو صداقة، أو موافقة في بلد أو مذهب أو طريقة أو جنس، كالعربية والفارسية والتركية والرومية، أو لرشوة يأخذها منه من مال أو منفعة، أو غير ذلك من الأسباب، أو لضغن في قلبه على الأحق، أو عداوة بينهما، فقد خان الله ورسوله والمؤمنين، ودخل فيما نهي عنه في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَخُونُواْ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ وَتَخُونُوٓاْ أَمَٰنَٰتِكُمۡ وَأَنتُمۡ تَعۡلَمُونَ﴾ [سورة الأنفال، الآية: 27]"[3].

---

(1) أخرجه الحاكم، في المستدرك: [7023]، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.
وقد حكم النّقاد بضعف هذين الحديثين لوجود راو ضعيف، وهو: حسين بن قيس. وجعله العقيلي موقوفا من كلام عمر بن الخطّاب. الزيلعي، **نصب الراية لأحاديث الهداية**، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت، ط1، 1418هـ: 62/4، ابن حجر، **الدراية في تخريج أحاديث الهداية**، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني، دار المعرفة، بيروت: 165/2.

(2) يراجع: الماوردي، **الأحكام السلطانية**: 30.

(3) يراجع: ابن تيمية، **السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية**، تحقيق: علي العمران، دار عالم الفوائد، مكة، ط1، 1429: 9.

الفرع الخامس: شروط المستفيدين من قروض (الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب)

نصّ مرسوم تنفيذي رقم 03-290[1] على شروط الإعانة المقدّمة للشباب ذوي المشاريع في مادته (2) كما يلي:

1- أن يتراوح عمر الشاب أو الشباب ما بين 19 و35 سنة. وعندما يُحدث الاستثمار ثلاثة (3) مناصب عمل دائمة على الأقل (بما في ذلك الشباب ذوو المشاريع الشركاء في المقاولة) يمكن رفع سن مسيّر المقاولة المحدثة إلى 40 سنة كحدّ أقصى.

2- أن يكون أو يكونوا ذوي تأهيل مهني و/أو ذوي ملكات معرفية معترف بها.

3- أن يقدّم أو يقدّموا مساهمة شخصية في شكل أموال خاصة بمستوى يطابق الحد الأدنى المحدّد في المادة 3 أدناه.

4- ألا يكون أو ألا يكونوا شاغلين وظيفة مأجورة عند تقديم طلب الإعانة.

وتهدف هذ الشروط إلى تحديد الفئات المستهدفة بالإعانة، وهي أساسا: الشباب، ولذلك تمّ تحديد معيار السنّ المناسب، ثمّ اشترط معيار الحاجة؛ وهو عدم مزاولتهم لوظيفة مأجورة، كما اشترط معيار الكفاءة المعرفية (التأهيل المهني أو المعرفي)، والاستعداد للمساهمة في المشروع استشعارا بالمسؤولية والالتزام.

---

(1) المؤرّخ في 6 سبتمبر سنة 2003.

المطلب الثالث: الضوابط المتعلقة بالعقود المالية المستحدثة

لقد خلصنا في الفصل الأوّل[1] أنّ الأصل في استحداث العقود المالية الإباحة ما لم تتصادم مع القواعد الشرعية، وسنتناول في هذا المطلب القواعد والضوابط التي ينبغي مراعاتها لمشروعية هذه العقود.

الفرع الأوّل: أن لا يكون التركيب محلّ نهي شرعي

المقصود بهذا الضابط: أن لا يقع التركيب على إنشاء اتّفاقية نص على تحريمها الشرع، فإن وقع ذلك، كان العقد المركّب فاسدا وملغيا شرعا[2].

وهناك ثلاثة أحاديث نبوية جامعة –أظنّها– كفيلة لضبط عملية التركيب بنوعيها:

الأول: حديث النّهي عن بيع وسلف[3]، فقد اتّفق الفقهاء على عدم جواز اقتران عقد القرض مع البيع، ومع أيّ عقد آخر؛ سواء كان على وجه الاشتراط أو الجمع.

فأيّ تركيب بين العقود –المتقابلة أو المجتمعة– لا بدّ أن يكون خاليا عن القرض والسلف.

الثاني: حديث النّهي عن بيعتين في بيعة[4].

---

(1) يراجع، ص: 43.

(2) يراجع: نزيه حماد، **في فقه المعاملات المالية المعاصرة**، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط2، 2006/1427: 93.

(3) رواه مالك في موطئه هكذا بلاغا: كتاب البيوع –باب السلف وبيع العروض (1920)، وأخرجه الثلاثة مسندا عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما؛ سنن أبي داود: كتاب البيوع –باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (3504)، سنن النسائي: كتاب البيوع –باب بيع ما ليس عندك (4611)، سنن الترمذي: كتاب البيوع –باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (1234) وقال: حديث حسن صحيح. وقال ابن عبد البر: «وهو حديث صحيح رواه الثقات عن عمرو بن شعيب، وعمرو بن شعيب ثقة إذا حدث عنه ثقة». ابن عبد البر، التمهيد: 384/24.

(4) روي بأسانيد كثيرة عن: ابن عمر وأبي هريرة وابن مسعود رضي الله عنهم، في الموطأ: كتاب البيوع –باب النهي عن بيعتين في بيعة (1935)، أبو داود: كتاب البيوع – باب فيمن باع بيعتين في بيعة (3461)، النسائي: كتاب البيوع– باب بيعتين في بيعة (4632)، الترمذي: كتاب البيوع–باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة (1231)، وقال: حديث حسن صحيح، قال ابن عبد البر: «وهذا يتّصل ويستند... من وجوه صحاح، وهو حديث مشهور عند جماعة الفقهاء، معروف غير مدفوع عند واحد منهم». ابن عبد البر، **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والمسانيد**، مصطفى العلوي ، محمد البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387: 388/24، وجزم بصحّته أيضا ابن الملقّن. يراجع: ابن الملقّن، **البدر المنير**: 496/6.

والثالث: حديث النّهي عن صفقتين في صفقة[1].

وقد اتّفق الفقهاء على العمل بهذين الحديثين من حيث المبدأ، ولكن كلّ بحسب تفسيره لهما، فبينما فسّرهما الجمهور بالنّهي عن اشتراط أي عقد في عقود المعاوضة مطلقا[2]، ذهب المالكية إلى تفسيرهما بمعان أخَر، وقيّدوا ما ذهب إليه الجمهور بما يتضاد أو يتناقض معها في الأحكام، وأجازوا اشتراط العقود الملائمة والمتوافقة في الحكم[3].

فأي تركيب بين العقود –المتقابلة أو المجتمعة– لا بدّ أن يجتنب تضادها وتناقضها، ويحقّق تلاؤمها وتوافقها في الأحكام والشروط والضوابط.

الفرع الثاني: أن لا يكون جامعا بين عقدين متضادين

لقد نصّ المالكية في مشهور مذهبهم على عدم جواز الجمع بين عقدين متضادين وضعا، ومتناقضين حكما؛ سواء كانا مشتركين في الثمن فقط؛ كأن يبيعه الثياب ودراهم فضية بدنانير ذهبية، دون تمييز بينهما، أو كانا مشترطين فيما بينهما وهو أشد؛ كأن يقول له: أشتري منك هذا الثوب بكذا على أن تصرف لي هذا المال بكذا.

وجمعوا أسماء تلك العقود في عبارة: «جصّ مشنق»[4].

فالجيم: للجعل، والصاد: للصرف، والميم: للمساقاة، والشين: للشركة، والنون: للنكاح،

---

(1) أخرجه أحمد عن ابن مسعود رضي الله عنه في مسنده (3783) مرفوعا، والبزّار في مسنده، **البحر الزخّار**، تحقيق: محفوظ الرحمن زين الله، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط1، 1988–2009: (2017)، قال الهيثمي في **مجمع الزوائد**: (85/4): «ورجال أحمد ثقات»، إلاّ أنّ فيهم: شريك بن عبد الله النخعي وقد تفرّد برفعه، قال فيه ابن حجر في **التقريب** (266): «صدوق يخطئ»، فهو بهذا الإسناد ضعيف، وقد أخرجه موقوفا أحمد: (3725)، والبزّار: (2016)، و ابن خزيمة، **الصحيح**، محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1980/1400: (176)، وابن حبّان، **الصحيح**: (1053) بطرق أقوى من الأوّل، وعليه فإنّ الحديث بمجموع طرقه صحيح. يراجع: تعليق شعيب الأرناؤوط في مسند أحمد: 269/6، 324.

(2) يراجع: السرخسي، **المبسوط**: 18/13، الزيلعي، **تبيين الحقائق**: 58/4، ابن الهمام، **فتح القدير**: 441/6، الماوردي، **الحاوي**: 341/5، النووي، **روضة الطالبين**: 399/3، 401، الشربيني، **مغني المحتاج**: 381/2، ابن قدامة، **المغني**: 332/6–334، محمد بن مفلح، **الفروع**: 190/6–191، البهوتي، **كشّاف القناع**: 398/7.

(3) يراجع: سحنون، **المدونة**: 403/4، ابن رشد، **البيان والتحصيل**: 496/8، الحطاب، **مواهب الجليل**: 396/5–397.

(4) يراجع: القرافي، **الذخيرة**: 392/4، البرزلي، **جامع مسائل الأحكام**، محمد الهيلة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2002: 38/3، الحطاب، **مواهب الجليل**: 313/4.

والقاف: للقراض[1].

وزاد بعضهم: القرض، وهو معلوم بالأدلة الصريحة[2].

وزاد آخرون: الإقالة والسلم، وجمعوها في قولك: «جص نقش مسا»، فالسين: للسلم، والألف: للإقالة[3].

وكما لا تجتمع هذه العقود مع البيع، فكذلك لا يجتمع اثنان منها في عقد واحد لافتراق أحكامها، وكذلك كل ما كان في معنى البيع فلا يجتمع معهم؛ كالإجارة[4].

وقد نظمها بعضهم بقوله:

عقود منعنا اثنين منها بعقدة لكـــون معـــانيها معـــا تتفـــرّق
فجعل وصرف والمساقاة شركة نكـاح قـراض قـرض بيـع محقـق[5]

وقال القرافي في تعليل هذا الأصل: «إنّ العقود أسباب؛ لاشتمالها على تحصيل حكمها في مسبّباتها بطريق المناسبة، والشيء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتضادين، فكل عقدين بينهما تضاد لا يجمعهما عقد واحد»[6].

الفرع الثالث: أن لا يتّخذ من التركيب وسيلة إلى محرّم

المقصود من هذا الضابط: أنّ كلّ اتّفاق على تركيب عقود مشروعة في الأصل، يكثر القصد في التوسّل به إلى أمر محظور، فإنّه يعتبر ممنوعا شرعا[7]، ومن أمثلة ذلك:

الجمع بين السّلف والبيع: وهو وإن كان محظورا بالنّص، فإنّ القياس يوافقه أيضا؛ لأنّ في اجتماع القرض مع أيّ عقد آخر ذريعة إلى الرّبا في السّلف، قال ابن القيم: «وحرم

---

(1) يراجع: ابن شاس، **عقد الجواهر**: 641/2، القرافي، **الذخيرة**: 392/4، الحطاب، **مواهب الجليل**: 313/4.

(2) يراجع: البرزلي، **جامع مسائل الأحكام**: 38/3، الحطاب، **مواهب الجليل**: 313/4، التسولي، **البهجة**: 19/2.

(3) يراجع: البرزلي، **جامع مسائل الأحكام**: 38/3، الحطاب، **مواهب الجليل**: 314/4.

(4) يراجع: البرزلي، **جامع مسائل الأحكام**: 36/3، الحطاب، **مواهب الجليل**: 314/4، الدردير، **شرح أقرب المسالك**: 53/3.

(5) يراجع: الحطاب، **مواهب الجليل**: 313/4، ميارة، **الإتقان والإحكام**: 283/1، التسولي، **البهجة**: 19/2.

(6) يراجع: القرافي، **الفروق**: 249/3.

(7) يراجع: نزيه حماد، **العقود المركّبة**، دار القلم، دمشق، ط1، 2005/1426: 22، **في فقه المعاملات المالية**: 63، 94.

الجمع بين السّلف والبيع؛ لما فيه من الذريعة إلى الربا في السلف بأخذ أكثر مما أعطى، والتّوسل إلى ذلك بالبيع أو الإجارة كما هو الواقع»[1].

الجمع بين الصرف وعقد آخر: لقد منع المالكية من اجتماع الصرف بأيّ عقد من العقود؛ سواء كان معاوضة؛ كالبيع، أو تبرعا؛ كالهبة؛ لأنّه سيؤدي إمّا إلى ربا الفضل؛ إذا كان الصرف ممّا يشترط فيه التماثل، أو إلى صرف مستأخر –وهو ربا النسيئة–؛ لأنّ البيع أو التبرع مشروط بإتمام الصرف، فالجزء المقابل له من الصرف لم يتمّ قبضه بعد[2].

قال ابن يونس[3]: «ونهى أهل العلم عن البيع والصرف، ورأوه من الذرائع»[4].

الفرع الرابع: أن لا يؤدّي التركيب إلى حيلة ربوية

ويكمن الفرق بين الحيل وسدّ الذرائع فيما ذكره ابن تيمية: «إنّ الحيلة تكون مع قصد صاحبها ما هو محرّم في الشرع، فهذا يجب أن يمنع من قصده الفاسد، وأمّا سدّ الذرائع فيكون مع صحّة القصد خوفا من أن يفضي ذلك إلى الحيلة»[5].

والتحايل المؤثّر في منع العقود وتحريمها: هو ما قويت فيه التّهمة، وكثر القصد فيه إلى الأمر المحظور[6]، قال ابن شاس[7]: «ومتى قويت التهمة وقع المنع، ومتى فقدت

---

(1) يراجع: ابن القيم، **إغاثة اللهفان**، محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1975/1395: (363/1).

(2) يراجع: ابن يونس، **الجامع لمسائل المدونة**: 443/12، عبد الحق الصقلي، **النكت والفروق لمسائل المدونة** (ج2: النكاح الأول–بيع الخيار)، ماهر الحربي، دكتوراه، جامعة أم القرى، مكة، 2002/1422: 456/2.

(3) هو: أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، من جلّة فقهاء المالكية وأعلامهم، واشتهر بالفرائض والحساب، وهو أحد الأربعة الذين اعتمد عليهم خليل في مختصره، وخصّه بالترجيح، من مؤلفاته: الجامع لمسائل المدونة، الإعلام بالمحاضر والأحكام. توفي: 451 هـ. تنظر ترجمته في: عياض، **ترتيب المدارك**: 114/8، ابن فرحون، **الديباج المذهب**: 189/2.

(4) يراجع: ابن يونس، **الجامع لمسائل المدونة**: 433/12.

(5) يراجع: ابن تيمية، **تفسير آيات أشكلت على كثير من العلماء**، عبد العزيز خليفة، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1417، 1996: (681/2–682).

(6) يراجع: نزيه حماد، **في فقه المعاملات المالية**: 94.

(7) هو: أبو محمد عبد الله بن نجم بن شاس الجذامي السعدي، شيخ المالكية بمصر، كان فقيها فاضلا في مذهبه، عارفا بقواعده، وكان على غاية من الورع والتحري، من مؤلفاته: عقد الجواهر الثمينة، تحرير الاقتضاءات والفصول في تجريد علم الأصول. توفي: 616 هـ. تنظر ترجمته في: ابن فرحون، **الديباج المذهب**: 382/1، مخلوف، **شجرة النور الزكية**: 165/1.

فالجواز»[1].

فيدخل في معنى الحيلة **العينة** المحظورة شرعا: «وهي بيع الرجل متاعه إلى أجل، ثم يشتريه في المجلس بثمن أقلّ حالا»، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى منعها ولو لم يكن البيع الثاني مشروطا باللفظ[2]، بينما قصر الشافعية المنع في حالة الاشتراط فقط[3].

والمتأمّل في هذه المعاملة، يكتشف أنّ السلعة لغوٌ لا معنى لها في هذه المعاملة، وإنّما هي حيلة ومطية إلى قرض ربوي، قال ابن عرفة[4]: «بيع العينة هو البيع المتحيّل به إلى دفع عين في أكثر منها»[5].

الفرع الخامس: أن لا ينطوي التركيب على وصف منهي عنه

هذا الضابط عام وشامل لكلّ العقود؛ البسيطة والمركّبة، فلا بدّ أن تسلم كلّها من أيّ وصف محظور شرعا؛ كالغرر الفاحش، والجهالة المفضية، والربا بأنواعه، وغير ذلك ممّا هو مقرّر في قواعد العقود[6].

والذي يهمّنا في هذا الموضع هو التنبيه إلى أنّ بعض المحاذير قد لا تظهر في العقود حال كونها منفردة، حتّى إذا تركّبت مع غيرها تُشُدّد فيها، واشتُرط فيها ما لم يكن مشترطا عند انفرادها، وذلك راجع إلى أحد أمرين:

أ-**التغيّر والتّحول الحاصلان من تركيب العقود ببعضها**، حيث استوجبا -بعد إعادة

---

(1) يراجع: ابن شاس، **عقد الجواهر** 761/2، القرافي، **الذخيرة**: 299/5.

(2) يراجع: الكاساني، **بدائع الصنائع**: 198/5، ابن الهمام، **فتح القدير**: 212/7-213، ابن عابدين، **رد المحتار**: 273/5، المرداوي، **الإنصاف**: 191/11، البهوتي، **كشّاف القناع**: 379/7-381، الرحيباني، **مطالب أولي النهى**: 58/3.

(3) يراجع: الشافعي، **الأم**: 73/4، الماوردي، **الحاوي**: 287/5، الجويني، **نهاية المطلب**: 311/5، الرافعي، **العزيز في شرح الوجيز**: 135/4، وممّن قال بكراهته مطلقا **زكريا الأنصاري** في **أسنى المطالب**: 41/2.

(4) هو: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي المالكي، انتهت إليه رئاسة المذهب في المغرب، من كبار المحقّقين والمجدّدين فيه، جمع بين العلوم النقلية والعقلية واللغوية، من مؤلفاته: المختصر الفقهي أو المبسوط، كتاب في أصول الدين. توفي 803 هـ. تنظر ترجمته عند: ابن فرحون، **الديباج المذهب**: 263/2، مخلوف، **شجرة النور الزكية**: 227/1.

(5) يراجع: الرصاع، **الهداية الكافية**: 364/1، الحطاب، **مواهب الجليل**: 404/4.

(6) يراجع: نزيه حماد، **في فقه المعاملات المالية**: 96.

تكييف العقد المركّب- شروطا وضوابط لم تكن مشترطة في إحدى الجزئيات المنفردة، فقد أجاز الفقهاء أن تكون العارية مجهولة المدة والمنفعة؛ لأنها عقد تبرع وإرفاق، ولكنّها إذا كانت مركّبة مع عارية أخرى على وجه الشّرط تغيّر حكمهما، وصارتا معا إجارة مركّبة، قال ابن شاس: «لو قال أعنّي بغلامك أو ثورك في حرثي يوما أو يومين، وأعينك بغلامي أو ثوري يوما أو يومين؛ فليس بعارية بل ترجع إلى حكم الإجارة»[1]، فيشترط فيها أن تكون المنفعة معلومة، والزمان معلوما وقريبا.

ب- تغليب أحد العقود على الآخرين، ومعنى ذلك: أن تكون في الاتفاقية مجموعة عقود مركّبة، قد يشترط في بعضها من الضوابط ما يغتفر في الباقي، فيخضع الجميع بسبب هذا التركيب والاجتماع لنفس تلك الضوابط، حتى لا تختل المعاملة كلّها، ومن أمثلته:

1- إذا تركّبت الهبة مع البيع، صارت جزءً من الثمن أو المبيع، فيشترط فيها ما يشترط فيهما، حتّى لا يقع البيع على جهالة أو غرر فيبطل، قال الحطّاب[2]: «إذا قال له: إن بعتني سلعتك بكذا، فلك عندي كذا وكذا، أو فقد التزمت لك بكذا وكذا، فالشيء الملتزم به داخل في جملة الثمن، فيشترط فيه ما يشترط في الثمن، وكذا إن قال: إن اشتريت مني سلعة بكذا، فلك عندي كذا وكذا، فالشيء الملتزم به داخل في جملة المبيع، فيشترط فيه شروطه، وهذا هو الظاهر»[3].

2- إذا اشترط المشتري منفعة في المبيع، فإنّها تصير جزءً من المثمون، فيشترط فيها أن تكون معلومة حتّى لا توجب جهالة في الثمن أو المثمون[4]، «ولا بدّ من كون المنفعة معلومة لهما، ليصحّ اشتراطها»[5].

---

(1) يراجع: ابن شاس، **عقد الجواهر**: 858/3، القرافي، **الذخيرة**: 199/6، المواق، **التاج والإكليل**: 299/7.

(2) هو: أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب الرعيني الطرابلسي المكي، الإمام العمدة العالم الشهير، تفقه بطرابلس عن الشيخ محمَّد بن الفاسي، له مؤلفات جليلة: مواهب الجليل في شرح خليل، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، توفي سنة 945 هـ. يراجع: أحمد بابا التنبكتي، **نيل الابتهاج بتطريز الديباج**، تحقيق: عبد الحميد عبد الله الهرامة، دار الكاتب، طرابلس – ليبيا، ط2، 2000: 592/1، مخلوف، **شجرة النور الزكية**: 389/1.

(3) يراجع: الحطّاب، **تحرير الكلام**: 202.

(4) يراجع: سحنون، **المدونة**: 220/4، الحطّاب، **تحرير الكلام**: 339، ميارة، **الإتقان والإحكام**: 289/1، المرداوي، **الإنصاف**: 214/11، البهوتي، **كشّاف القناع**: 392/7، الرحيباني، **مطالب أولي النهى**: 71/3.

(5) يراجع: ابن قدامة، **المغني**: 166/6.

خلاصة الفصل الثاني:

انتهينا خلال هذا الفصل إلى استعراض أهمّ مقوّمات العقود المالية عموما، وعقود الإدارة خصوصا، وخلصنا إلى أنّه ينبغي أن تتوافر في عقود الإدارة سائر الشروط والضوابط المتعلّقة بأركان العقد (كالمشروعية، والمعلومية، والأهلية والتراضي، وتجنّب المحظورات الشرعية؛ كالربا... إلخ)، كما أنّ الأصل في سائر العقود أن تكون رضائية، إلاّ إذا اشترط وليّ الأمر كيفيات معيّنة للتعاقد، فإنّ ذلك جائز ومعتمد. كما تناولنا بعض العقود المستجدة الجائزة التي يجري عليها العمل مع الدولة؛ كعقود التوريد، والمقاولة.

كما تعرّضنا إلى ضوابط تصرّف الدولة في المال العام، وأنّه منوط بالمصلحة، ولذلك ينبغي أن يتمّ اختيار المتعاملين في الصفقات العمومية وفق مبدأ حماية المال العام وحسن إدارته.

الفصل الثالث

الشروط الجعلية في عقود الإدارة أنواعها ومشروعيتها

سنتناول في هذا الفصل الشروط التي قد يضيفها الطرفان إلى بنود عقود الإدارة وأنواعها والمشروع منها والممنوع وآثار كلّ منها، وينتهي الفصل ببيان التكييف الفقهي للتطبيقات المعاصرة لها؛ كـ«دفتر الشروط»، و«الشرط الجزائي»، و«غرامة التأخير».

ويشتمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: حقيقة الشروط الجعلية ومشروعيتها

المبحث الثاني: حقيقة «دفتر الشروط»، وأحكامه

المبحث الثالث: حقيقة الشرط الجزائي وغرامة التأخير، وأحكامهما

المبحث الأوّل
حقيقة الشروط الجعلية ومشروعيتها

غالبا ما تشترط الإدارة المتعاقدة شروطا وبنودا بناءً على مقتضيات العقود المسمّاة، وذلك في العقود المدنية العادية، أو بأسلوب القانون العام، وذلك في العقود الإدارية، وسنتطرّق في هذا المبحث إلى طبيعة تلك الشروط وصورها وأشكالها وما يتعلّق بها من أحكام.

ويندرج تحت هذا المبحث المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأوّل: مفهوم الشروط الجعلية وأنواعها

سنتناول في هذا المطلب تعريف الشروط بصفة عامة، ثمّ الشروط الجعلية ثمّ أنواعها وتقسيماتها، من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف الشرط الجعلي

جاء في لسان العرب في مادة (شرط): الشَّرْطُ –بسكون الراء–: إلزامُ الشيء والتِزامُه، والجمع شُروط وشرائط، ويقال: يَشْرِطُ ويَشْرُطُ شَرْطاً، واشْتَرَط عليه، والشَّرِيطةُ كالشَّرْطِ، وقد شارَطَه وشرَط له في ضَيْعَتِه.

وللشرط معان كثيرة في اللغة، أشهرها: «إلزام الشيء والتزامه»[1].

وفي الاصطلاح الشرعي يعرّف الشرط بأنّه: «ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم»[2].

---

(1) يراجع: الأزهري، **تهذيب اللغة**: 199/1، ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**: 86/4، ابن منظور، **لسان العرب**: 296/3.

(2) يراجع: الباجي، **الحدود في الأصول**، نزيه حماد، مؤسسة الزعبي، بيروت، ط1، 1973/1392: (60)، القرافي، **شرح تنقيح الفصول، مع حاشية محمد الطاهر بن عاشور**، مطبعة النهضة، تونس، ط1، 1341: (25/2)،

وأمّا الشرط الجعلي، فهو: "ما يكون اشتراطه بتصرف الإنسان وإرادته، فيجعل بعض عقوده أو تصرّفاته معلّقة عليه، أو مرتبطة به، بحيث إذا لم يتحقّق ذلك الأمر، لم تتحقّق تلك العقود والالتزامات"[1].

وقد بحث الفقهاء هذه الشروط ضمن أبواب فقهية مختلفة وبتسميات متنوّعة:

- فهو بيع وشرط عند الحنفية والشافعية[2].
- وهو بيع الثنيا: عند المالكية والحنابلة[3].
- وهو بيع الشروط: عند المالكية أيضا[4].
- وهو الشروط المقترنة بالبيع: عند المالكية أيضا[5].
- وهو الشرط الجعلي التقييدي: عند بعض الحنفية[6].

الفرع الثاني: أنواع الشروط الجعلية

يمكن تقسيم الشروط الجعلية باعتبارات مختلفة، سأذكر منها تقسيمين مهمّين:

الطوفي، **شرح مختصر الروضة**، عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1987/1407: (430/1)، علاء الدين البخاري، **كشف الأسرار**: 173/4، تاج الدين ابن السبكي، **رفع الحاجب**، علي معوض، عادل عبد الموجود، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1999/1419: (16/2)، الزركشي، **البحر المحيط**، عمر الأشقر وآخرون، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1992/1413: (309/1)، ابن النجار، **شرح الكوكب المنير**، محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، ط2، 1997/1418: (452/1).

(1) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 394/1، محمد مدكور، **المرجع السابق**: 648، الدريني، **بحوث مقارنة**: 414/2، **الموسوعة الفقهية، المرجع السابق**: (26/6).

(2) يراجع: الكاساني، **بدائع الصنائع**: 141/4-142، الزيلعي، **تبيين الحقائق**: 56/4-58، ابن عابدين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار**: 84/5-86، زكريا الأنصاري، **أسنى المطالب**: 31/2-33، ابن حجر الهيتمي، **تحفة المحتاج بشرح المنهاج**، المكتبة التجارية الكبرى، مصر،1983/1357: 295/4-297، الشربيني، **مغني المحتاج في شرح المنهاج**: 381/2-382.

(3) يراجع: ابن رشد، **المقدمات الممهدات**: 64/2، الرصاع، **الهداية الكافية**: 354/2، الحطاب، **تحرير الكلام في مسائل الالتزام**: 350، البهوتي، **كشاف القناع**: 190/3-192، البهوتي، **دقائق أولي النهى**: 16/2-17.

(4) **نفس المراجع السابقة**.

(5) يراجع: ابن رشد، **المقدمات الممهدات**: 67/2، المواق، **التاج والإكليل**: 451/6.

(6) يراجع: التفتازاني، **شرح التلويح على التوضيح**: 290/2، ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**: 214/3، مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 394/1-395، **الموسوعة الفقهية، المرجع السابق**: 305/4.

أ- أنواع الشروط الجعلية من حيث طبيعة الشرط:

1. **شروط تعليقية**، وهي: ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد[1].

ويقصد بها: "أمر يعتبره المكلّف ويعلّق عليه تصرّفا من تصرّفاته"[2].

وهو ما يطلق عليه في القانون الوضعي **بالشرط الواقف**، جاء في المادة (203) من القانون المدني الجزائري: "يكون الالتزام معلّقا إذا كان وجوده أو زواله مترتّبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه".

واعتبرت (المادتان: 205 و 206) أنّ الالتزام لا يكون قائما إذا علّق على شرط واقف ويجعل وجوده متوقّفا على محض إرادة الملتزم، فلا يكون نافذا إلاّ إذا تحقّق الشرط، ولا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ الجبري، ولا للتنفيذ الاختياري.

ومن تطبيقاته في عقود الإدارة: ما تشترطه الإدارة مع المتعامل المتعاقد معها من شروط وكيفيات محدّدة حتّى تعتبر التزامه معها نافذا ولازما.

ومثاله: ما نصّت عليه المادة (148) من قانون الصفقات العمومية رقم 15-247، وتحت عنوان: "**الاستلام**" ما يلي: "عند انتهاء الخدمات موضوع الصفقة **يجب** على المتعامل المتعاقد إعلام المصلحة المتعاقدة كتابيا بتاريخ انتهائها. ويتم عندئذ القيام بالعمليات القبلية للاستلام التي يحدد أجلها في دفتر الشروط والصفقة، وتدون نتائج هذه العملية في محضر. وبناء على هذا المحضر تقرر المصلحة المتعاقدة إما استلام الصفقة وإمّا عدم استلامها.

إذا قررت المصلحة المتعاقدة عدم استلام الصفقة فعليها إصدار قرار عدم الاستلام وتبليغه للمتعامل المتعاقد. وإذا قررت المصلحة المتعاقدة استلام الصفقة بدون تحفظات، فعليها إعلام المتعامل المتعاقد معها بذلك وتحديد تاريخه".

وهكذا، فقد علّقت الإدارة اعتبار الصفقة منفّذة ومُسلّمة بشكل صحيح ونهائي على جملة من الإجراءات صدّرتها بعبارة: "**يجب**"، وفي حال عدم احترام هذه الإجراءات تبقى

---

(1) يراجع: الحموي، **غمز عيون البصائر**: 4/41-42، أحمد الزرقا، **شرح القواعد**: 415، مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 1/573.

(2) يراجع: حسن بن علي الشاذلي، **نظرية الشرط في الفقه الإسلامي**، دار كنوز إشبيليا، الرياض، ط1، 2009: 60، محمد الزحيلي، **العقود المسماة**: 87.

الصفقة معلّقة، وقد يتعرّض المتعامل المتعاقد لجزاءات وعقوبات مالية، كما قد تفسخ الإدارة هذا العقد من طرف واحد (الفسخ الإداري) الذي سنذكره في الفصل الثاني من الباب الثاني.

2. **شروط تقييدية**، وهي: اشتراط أمر لم يوجد في أمر قد وجد[1].

ويقصد بها: "أن يقترن التصرف بالتزام أحد الطرفين بالوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف، وغير موجود وقت التعاقد، وذلك بكلمة: بشرط كذا، أو على أن يكون كذا وكذا".

ومن تطبيقاته في عقود الإدارة: ما تشترط الإدارة مع المتعامل المتعاقد معها القيام به لتبقي التزامها معه نافذا ولازما.

ومن صوره: ما نصّت عليه (المادة: 124) من قانون الصفقات العمومية رقم 15-247: بوجوب إيجاد ضمانات ضرورية تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة. وبيّنتها (المادة: 125): في كفالة التعهّد، وكفالة ردّ التسبيقات، وكفالة حسن التنفيذ، وكفالة الضمان.

وتردّ هذه الكفالات إلى أصحابها في حال وفائهم بالتزاماتهم، كما يمكن للمصلحة المتعاقدة مصادرتها دون اللجوء إلى القضاء، وذلك في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية[2].

3. شروط إبطال (إلغاء)، وهي: "اشتراط انتفاء أمر لم يوجد في أمر قد وجد".

ويقصد بها: "أن يقترن التصرف بالتزام أحد الطرفين بالامتناع عن أمر زائد عن أصل التصرف، وغير موجود وقت التعاقد، وذلك بكلمة: بشرط ألا، أو على أن لا يكون كذا، وكذا".

وهو ما يطلق عليه في القانون الوضعي **بالشرط الفاسخ**[3]. واعتبر القانون المدني الجزائري في (المادة: 207) الالتزام المقترن به زائلا "إذا تحقّق الشرط الفاسخ، ويكون الدائن ملزما بردّ ما أخذه، فإذا استحال الردّ لسبب هو مسؤول عنه وجب عليه تعويض الضرر".

---

(1) يراجع: الحموي، **غمز عيون البصائر**: 4/41-42، أحمد الزرقا، **شرح القواعد**: 419، مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 1/575.

(2) يراجع: حسن الشاذلي، **نظرية الشرط**: 62، محمد الزحيلي، **العقود المسماة**: 88.

(3) يراجع: خلاف فاتح، **المرجع السابق**: 71.

باستثناء " أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقّق الشرط".

ومن تطبيقاته في عقود الإدارة: ما تشترطه الإدارة على المتعامل المتعاقد معها تجنّبه حتّى تبقي التزامها معه نافذا ولازما.

ومن صوره: ما نصّت عليه (المادة 69) من قانون الصفقات العمومية 15-247، أنّه في حال اكتشفت المصلحة المتعاقدة، بعد إمضاء الصفقة، أنّ المعلومات التي قدّمها صاحب الصفقة العمومية زائفة، فإنّها تأمر بفسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد دون سواه.

4. شروط الأجل، وتختصّ بالالتزامات المقيّدة بالأجل، جاء في (المادة: 209) من القانون المدني الجزائري: "يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقّق الوقوع". وتنقسم شروط الأجل إلى نوعين: **الأجل الواقف، والأجل الفاسخ**[1].

1.4. **الأجل الواقف:** وهو الذي يترتّب عليه نفاذ الالتزام، ما دام الأجل لم يحل بعد، فإن انتهى الأجل الواقف أصبح الالتزام نافذا، ويحقّ للدائن المطالبة به. وقد نصّت على ذلك الفقرة الأولى من (المادة: 212) من القانون المدني الجزائري، كما سمحت للدائن: "حتّى قبل انقضاء الأجل، أن يتّخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه".

ومن تطبيقاته في عقود الإدارة: ما تشترطه الإدارة مع المتعامل المتعاقد معها من آجال ليكون التزامها معه نافذا ولازما.

ومن صوره: ما نصّت عليه (المادة 122) من قانون الصفقات العمومية 15-247، بأنّه يتعين على المصلحة المتعاقدة (الإدارة) أن تقوم بصرف الدفعات على الحساب أو التسوية النهائية في أجل لا يمكن أن يتجاوز ثلاثين (30) يوما، ابتداء من استلام الكشف أو الفاتورة. غير أنه يمكن تحديد أجل أطول لتسوية بعض أنواع الصفقات بقرار من الوزير المكلف بالمالية، ولا يمكن أن يتجاوز هذا الأجل شهرين.

معنى ذلك: أنّه لا يحقّ للمتعامل المتعاقد المطالبة بحقوقه بمجرّد تسليم كشف الأشغال أو الفاتورة، بل ذلك معلّق على الأجل الذي تحدّده له المصلحة المتعاقدة في أجل أقصاه

---

(1) يراجع: عبد الرزاق السنهوري، **مصادر الحق**: 101/3، حسن الشاذلي، **نظرية الشرط**: 62، محمد الزحيلي، **العقود المسماة**: 88.

شهر، أو شهرين إذا كان بقرار من وزير المالية، وخوّلت (المادة نفسها) للمتعاقد بعد ذلك الأجل "وبدون أي إجراء الحق في الاستفادة من فوائد التأخير محسوبة على أساس نسبة الفائدة التوجيهية لبنك الجزائر زائد نقطة واحدة (1)، ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ نهاية هذا الأجل حتى اليوم الخامس عشر (15) مدرجا، الذي يلي تاريخ صرف الدفعات على الحساب".

2.4. **الأجل الفاسخ:** ويسمّى أيضا "الأجل المُنهِي"، وهو الذي يقتصر على مجرّد وضع حدّ زمني ينتهي به العقد، ويكون العقد نافذا قبل انتهاء الأجل، وينتهي عند حلول الأجل الفاسخ دون أن يكون له أثر رجعي. وقد نصّت على ذلك الفقرة الثانية من (المادة: 212) من القانون المدني الجزائري.

ومن تطبيقاته في عقود الإدارة: ما تشترطه الإدارة مع المتعامل المتعاقد معها من آجال يكون التزامها معه منتهيا.

ويعتبر عنصر الزمن مهمّا جدّا في عقود الإدارة، فقد أوجبت (المادة: 95) من قانون الصفقات العمومية 15-247 أن تتضمّن كل صفقة عمومية: "أجل تنفيذ الصفقة".

"فإذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد. وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد. ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة". وفق المادة (149) من نفس القانون.

ومن صوره أيضا: ما نصّت عليه (المادة 71) من قانون الصفقات العمومية، بأنّه يتعين على المترشّحين أو المتعهّدين "استكمال عروضهم التقنية، تحت طائلة رفض عروضهم، بالوثائق الناقصة أو غير الكاملة المطلوبة، باستثناء المذكرة التقنية التبريرية، في أجل أقصاه عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ فتح الأظرفة".

ويمكن وضع **ضابط للتفريق** بين هذه الأنواع الأربعة من الشروط كما يلي:

شرط التعليق: ما يربط به نفاذ العقد من تصرّف.

شرط التقييد: ما يعدّل به العقد.

الشرط الفاسخ: ما يربط به زوال العقد من تصرّف.

شرط الأجل: ما يربط به نفاذ أو زوال العقد من زمن.

ب- أنواع الشروط التقييدية باعتبار ماهية الشرط:

يمكن تقسيم الشروط التقييدية أيضا باعتبار موضوع الشرط وماهيته إلى ثلاثة أقسام:

1. اشتراط "عقد" في عقد:

قد يكون موضوع الشرط الجعلي المقترن بالعقد عقدا آخر؛ كاشتراط بيع في بيع، بأن يقول: "بعني سيارتك على أن أبيعك سيارتي"، أو اشتراط عقد إجارة، أو كفالة، أو رهن، أو قرض[1].

2. اشتراط "منفعة" في عقد:

وقد يكون موضوع الشرط منفعة إضافية مقترنة بالعقد لفائدة أحد طرفي العقد أو لغيرهما، على النحو التالي[2]:

أ- إما لأحد المتعاقدين، سواء كانت للمشتري، وذلك: كاشتراط المشتري على البائع نقل البضاعة إلى محلّه.

أو للبائع، وذلك: كأن يبيعه الدار على أن يسكنها سنة.

ب- أو لأجنبي: كأن يبيعه الدار على أن يتصدّق بها.

ج- أو للمعقود عليه، وذلك: كأن يبيعه العبد على أن يعتقه.

3.اشتراط ما لا منفعة فيه لأحد:

كما قد لا يتضمّن الشرط المقترن بالعقد أيّ عقد أو منفعة لأحد، ويسمّى «شرط المضرة»[3]:

- كاشتراط البائع على المشتري عدم بيع المبيع، فيقول: أبيعك هذه السلعة على أن لا

---

(1) يراجع: سحنون، **المدونة**: 126/9، ابن العربي، **عارضة الأحوذي**: 240/5، ابن تيمية، **نظرية العقد**: 189.

(2) يراجع: السرخسي، **المبسوط**: 15/13، الكاساني، **بدائع الصنائع**: 170/5-171، الحدادي، **الجوهرة النيرة**: 203/1.

(3) **نفس المراجع السابقة**.

تبيعها.

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في الشروط الجعلية وأثرها في العقود

تباينت رؤى الفقهاء نحو مشروعية الاشتراط في العقود، ما بين مضيّق وموسّع؛ وأثر تلك الشروط في العقود، وسنحاول خلال هذا المطلب تلخيص مذاهب الفقهاء في الموضوع ضمن الفروع التالية:

الفرع الأوّل: مذاهب الفقهاء في الشروط التعليقية

منع أكثر الفقهاء الشرط التعليقي في معظم العقود؛ كالبيوع والإجارات والنكاح والرجعة[1].

بينما أجاز فقهاء الحنفية **شرط الأجل الواقف** في عقد الإجارة، وأطلقوا عليها: "الإجارة المضافة"[2].

الفرع الثاني: مذاهب الفقهاء في الشروط التقييدية

أمّا شروط التقييد فيمكن تقسيم الاتّجاهات الفقهية حولها إلى أربعة اتّجاهات:

1. الاتّجاه المانع من الشروط إلاّ ما جاء به نصّ أو إجماع:

وهو مذهب الشافعية والظاهرية: حيث قالوا إنّ أصل الاشتراط في العقود المنع، إلا ما دلّ عليه الدليل: من نص أو إجماع.

- والشروط عندهم نوعان: صحيح وباطل، فأما **الصحيح** فهو ما:

– ورد في حقه نص: كاشتراط الرهن في العقود الآجلة.

– أو ورد في حقه إجماع: كاشتراط البراءة من العيوب.

---

(1) يراجع: الحموي، **غمز عيون البصائر**: 41/4، القرافي، **الفروق**: 468/1، الزركشي، **المنثور في القواعد**: 374/1، البهوتي، **كشاف القناع**: 402/7، 57/9، 239/11، 413/12، حسن الشاذلي، **نظرية الشرط**: 174، محمد بن عبد العزيز اليمني، **الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة**، دار كنوز إشبيليا، الرياض، ط1، 2006: 66.

(2) سبق الحديث عنها. يراجع، ص: 79.

أما الشرط **الباطل** فهو ما عدا الصحيح، وأدخلوا فيه **الشرط الفاسخ** الذي يؤدّي إلى فسخ العقد[1].

- وحكم العقد المقترن بالشرط الصحيح: أنّه صحيح ويلزم الوفاء بالشرط، أما المقترن بالشرط الباطل: فهو باطل، ولا يلزم الوفاء بالشرط.

واستثنى الشافعية من الشروط الباطلة: الشرط الذي لا منفعة فيه لأحد، وهو «شرط المضرة»، فيصحّ العقد ويلغى الشرط.

- ولم يفرّق الشافعية بين عقود المعاوضات، وعقود التبرع، فكل منها يبطل بسبب الشرط الفاسد، باستثناء هبة الثواب: وهي أن يهبه شيئا ويشترط ثوابا لنفسه من الموهوب له؛ لأنّهم أجروا عليه أحكام عقد البيع[2].

وأدلّة هذا المذهب ما يلي:

استدلّ المانعون من اشتراط الشروط التي لم يأت بها نصّ شرعي بجملة من الأدلّة أبرزها ما يلي:

أ- عن عائشة رضي الله عنها أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: "**مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ وَإِنْ اشْتَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ**"[3].

ب- عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما أنّ النبي صلى الله عليه وسلّم نهى عن بيع وشرط[4].

---

(1) يراجع: حسن الشاذلي، **نظرية الشرط**: 661.

(2) يراجع: زكريا الأنصاري، **أسنى المطالب مع حاشية الرملي**: 2/47-48، الرملي، **نهاية المحتاج**: 5/423-424، ابن حجر الهيتمي، **تحفة المحتاج**: 6/315-316، ابن حزم، **المحلّى**، محمد منير الدمشقي، المطبعة المنيرية، مصر، ط1، 1352: 7/319-320.

(3) متفق عليه: البخاري: كتاب الصلاة -باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد: (456)، مسلم: كتاب العتق -باب الولاء لمن أعتق: (1504).

(4) أخرجه: الطبراني، **المعجم الأوسط**، تحقيق: طارق بن عوض الله، دار الحرمين، القاهرة، ط1، 1995: 4/335، وأبو حنيفة، **المسند**، جمع أبي نعيم الأصبهاني، مكتبة الكوثر، الرياض، ط1، 1415: (160)، وابن حزم، **المحلى**: 8/415، وهو ضعيف الإسناد. يراجع: ابن الملقّن، **البدر المنير**: 6/497، ابن حجر، **التخليص الحبير**،

ج- الأحاديث المتضمّنة النهي عن: "صفقتين في صفقة"، و"بيعتين في بيعة"[1].

وجه الاستدلال منها: منع اشتراط أيّ شرط لم ينصّ الشارع عليه، ومنع كلّ شرط يتضمّن معنى العقد.

2. الاتّجاه المانع من الشروط إلاّ ما جاء به نصّ أو إجماع أو عرف:

وهو مذهب السادة الأحناف: حيث قالوا إن أصل الاشتراط في عقود المعاوضات المالية المنع، إلا ما دلّ عليه الدليل: من نص أو عرف.

- والشروط عندهم على ثلاثة أنواع: صحيح وفاسد وباطل[2].

أما **الصحيح** فهو ما:

- ورد في حقه نص: كاشتراط الخيار.

- أو جرى به عرف التعامل: كاشتراط المشتري على البائع أن يقوم بإصلاح المبيع لمدة معينة.

وأما الشرط **الفاسد** فهو: ما لم يرد به نص، ولا مما جرى به العرف، وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين، أو لغيرهما وأدخلوا فيه **الشرط الفاسخ** الذي يؤدّي إلى فسخ العقد[3].

وأما الشرط **الباطل** فهو كالفاسد ويزيد عنه أنه: ليس فيه مصلحة لأحد المتعاقدين، أو لغيرهما. (وهو شرط المضرة).

- وحكم العقد المقترن بالشرط الصحيح: أنّه صحيح ويلزم الوفاء بالشرط، أما المقترن بالشرط الفاسد فالعقد والشرط باطلان، وأما المقترن بالشرط الباطل: فيصحّ العقد ويلغى الشرط.

- وقد فرّق الحنفية بين الشروط في المعاوضات، والشروط في التبرعات، فأبطلوا

دار أضواء السلف، الرياض، ط1، 2007/1428: (1752/5).

(1) سبق تخريج هذين الحديث. يراجع: ص: 101.

(2) يراجع: ابن نجيم، **الأشباه والنظائر مع شرحه غمز عيون البصائر**: 281/2-284، ابن عابدين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار**: 591/4-592.

(3) يراجع: حسن الشاذلي، **نظرية الشرط**: 661.

المعاوضات في حال اقترانها بالشروط الفاسدة، واستثنوا عقود التبرعات من هذا الحكم، فتصحّ ويبطل الشرط وحده؛ لأن الشرط الفاسد يعمل في المعاوضات دون التبرعات[1].

وأدلّة هذا المذهب ما يلي:

استدلّ فقهاء الحنفية بنفس ما استدل به الشافعية من النصوص لمنع اشتراط ما لم ينصّ الشرع عليه، واستدلّوا على مشروعية الشرط العرفي بدليل الاستحسان: فقد كان الأصل والقياس عدم جواز أي شرط في العقود، لكنّهم أجازوا الشرط الذي جرى عليه عرف الناس؛ رفعا للحرج والمشقة عنهم[2].

3. الاتّجاه الموسّع للشروط ما لم تخالف نصّا أو مقتضى العقد:

وهو مذهب المالكية واختيار ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة، حيث قالوا: بجواز الاشتراط في العقود المالية: معاوضة كانت أو تبرعا، كان الشرط: منفعة أو عقدا، ما لم ينه عنه الشرع بخصوصه، أو نافى مقتضى العقد، أو أخلّ بالثمن فأورثه جهالة[3].

- والشروط عندهم نوعان: صحيح، وباطل، أما الباطل فهو ما يتضمّن أحد الأوصاف الثلاثة التالية:

– ما ورد فيه نهي شرعي، كتضمّن الإلزام بالإقراض في البيع.

– ما كان منافيا لمقتضى العقد: وهي الشروط التي تقتضي التحجير على المشتري في السلعة، ويسمّى عندهم (بيوع الثنيا)، ويشمل أيضا **الشرط الفاسخ** الذي يؤدّي إلى فسخ العقد[4].

– ما كان مخلا بالثمن، بأن يورثه جهالة، إلا أن يكون الغرر يسيراً.

وأمّا الشرط الصحيح: فهو ما انتفت عنه سائر الأوصاف السابقة.

- وحكم العقد المقترن بالشرط الصحيح: أنّه صحيح، ويلزم الوفاء بالشرط مطلقا، أمّا

---

(1) يراجع: ابن الهمام، **فتح القدير**: 52/9–53، النسفي، **كنز الدقائق مع شرحه تبيين الحقائق**: 133/4–135.

(2) يراجع: السرخسي، **المبسوط**: 14/13، الزيلعي، **تبيين الحقائق**: 131/4، ابن نجيم، **البحر الرائق**: 194/6.

(3) يراجع: ابن رشد، **المقدمات الممهدات**: 64/2–68، المواق، **التاج والإكليل**: 241/6–243، الحطاب، **تحرير الكلام في مسائل الالتزام**: 339–413.

(4) يراجع: حسن الشاذلي، **نظرية الشرط**: 661.

المقترن بالشرط الباطل فله ثلاثة مآلات:

أ- يفسد العقد على كل حال إذا: آل البيع به إلى الإخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة العقد؛ كعدم الربا والغرر في المبيع وما أشبه ذلك.

ب- يفسد العقد ما دام مشترط الشرط متمسّكا بشرطه، فإن رضي بترك الشرط صحّ البيع إن لم يفت، وهذا في: بيوع الثنيا (شرط المضرة).

ج- يصح العقد ويبطل الشرط: وذلك إذا كان خفيفا لم تقع عليه حصة من الثمن، مثل: الذي يبتاع الحائط بشرط البراءة من الجائحة.

- وأجاز المالكية أيضا اقتران عقد المعاوضة بشرط متضمّن لعقد آخر؛ معاوضة كان أو تبرّع[1]، باستثناء ما يؤول إلى صورة منهية؛ كقرض جرّ نفعا[2]، أو صرف مستأخر[3]، أو كان من العقود المتضادة مع البيع المجموعة في عبارة "**جص مشنّق**"، وقد سبق الحديث عنها في هذه الدراسة[4].

- ولم يفرّق المالكية بين التبرّعات والمعاوضات في حكم اقتران الشروط بها، فهم يجيزون فيها من الشروط ما يجيزون في المعاوضات:

أ- فيصح اجتماع عقد تبرع بعقد تبرع مثله أو غيره، كمن قال: أعني بغلامك أو ثورك في حرثي يوماً أو يومين، وأعينك بغلامي أو ثوري يوماً أو يومين[5]، أو يقول: هب لي سيارتك وأهب لك سيارتي.

وتنقلب الصورتان إلى معاوضة: فالأولى إجارة مجهولة لكنّهم أجازوها للرفق. والثانية:

---

(1) يراجع: القرافي، **الذخيرة**: 70/9، الرهوني، **حاشية على شرح الزرقاني**، المطبعة الأميرية بولاق، مصر، ط1، 1306: 103/5، الحطاب، **تحرير الكلام**: 202، ابن حسين المكي، **تهذيب الفروق والقواعد السنية**، خليل منصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1998/1418: 179/3.

(2) يراجع: الحطاب، **مواهب الجليل**: 314/4، عليش، **منح الجليل**: 513/2.

(3) يراجع: الزرقاني، **شرح مختصر خليل**: 45/5، الرهوني، **حاشية على شرح الزرقاني**: 103/5، التسولي، **البهجة**: 19/2.

(4) يراجع، ص: 102.

(5) يراجع: ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**: 858/3، المواق، **التاج والإكليل**: 299/7، الخرشي، **شرح خليل**: 6/ 123.

تسمّى هبة الثواب، وتأخذ حكم البيع[1].

ب- كما يصح عندهم أيضا اجتماع عقد تبرع بمعاوضة، كأن يقول: أشتري منك هذه السلعة على أن تهب لي كذا وكذا. وتصير الهبة المتبرع بها جزءً من المعاوضة؛ لأنّ البيع وقع على السلعة وعلى ما اشترط من الهبة[2].

ج- لا يصح على القول المعتمد عند المالكية اشتراط الشرط المخالف لمقتضى العقد في عقود التبرعات. كأن يهبه بشرط أن لا يبيع ولا يهب[3].

وخالف ابن تيمية وابن القيم مذهب المالكية في الصور التي تتضمّن الجمع بين المعاوضة والتبرع على وجه المشارطة، فلم يجيزا ذلك[4].

وأدلّة هذا المذهب ما يلي:

استدلّ أصحاب هذا الاتّجاه بأدلّة كثيرة من الكتاب والسنّة تحثّ على الوفاء بالعقود والعهود والوعود، من أبرزها ما يلي:

أ- من القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [سورة المائدة، الآية: 1]، وقال أيضا: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾ [سورة الإسراء، الآية: 34]، وقال أيضا: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾[سورة النساء، الآية: 29]. فهذه الآيات دالة على الإذن العام في التصرفات المالية.

ب- من السنة النبوية:

- عن أبي هريرة -رضي الله عنه- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: «**آيَةُ**

---

(1) يراجع: ابن رشد، **المقدمات الممهدات**: 441/2-454، ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**: 987/3، الحطاب، **مواهب الجليل**: 66/6-67.

(2) يراجع: سحنون، **المدونة**: 210/4، ابن حسين المكي، **تهذيب الفروق والقواعد**: 177/3-180.

(3) يراجع: سحنون، **المدونة**: 406/4، الحطاب، **مواهب الجليل**: 50/6.

(4) يراجع: ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**: 62/29، **القواعد النورانية**: 142/1، ابن القيم، **حاشية على سنن أبي داود**: 294/9-296، **إعلام الموقعين**: 259/1-261.

الْمُنَافِقِ ثَلَاثٌ: إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ، وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ، وَإِذَا اؤْتُمِنَ خَانَ»[1].

في هذا الحديث إنذار وتحذير من ارتكاب إحدى هذه الخصال، فكل واحدة من هذه الثّلاث علامة مستقلّة بذاتها، وذكرها في سياق الذم دليل التحريم[2].

قال ابن تيمية: «فقد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود، وبأداء الأمانة ورعاية ذلك، والنهي عن الغدر، ونقض العهود والخيانة، والتشديد على من يفعل ذلك، ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع، لم يجز أن يؤمر بها مطلقا، ويذم من نقضها وغدر مطلقا»[3].

– وعن عمرو بن عوف المزني أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ –صلى الله عليه وسلم– قَالَ: «**الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا، وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا**»[4].

قال ابن تيمية: «وهذا المعنى هو الذي يشهد له الكتاب والسنة، وهو حقيقة المذهب، فإن المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله، ولا يحرم ما أباحه الله، فإن شرطه يكون حينئذ إبطالا لحكم الله، وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله، وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجبا بدونه، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجبا ولا حراما، وعدم الإيجاب ليس نفيا للإيجاب حتى يكون المشترط مناقضا للشرع، وكل شرط صحيح فلا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجبا، ويباح أيضا لكل منهما ما لم يكن مباحا، ويحرم على كل منهما ما لم يكن حراما»[5].

– وعن جَابِرٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ كَانَ يَسِيرُ عَلَى جَمَلٍ لَهُ قَدْ أَعْيَا فَمَرَّ النَّبِيُّ صلى الله

---

(1) متفق عليه: البخاري، كتاب الإيمان – باب علامة المنافق (33)، مسلم، كتاب الإيمان – باب بيان خصال المنافق (59).

(2) يراجع: القرافي، **الفروق:** 42/4، ابن حجر، **فتح الباري**: 112/1.

(3) يراجع: ابن تيمية، **الفتاوى الكبرى**: 86/4.

(4) رواه الترمذي، في سننه: كتاب الأحكام عن رسول الله –باب: ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس: (1352)، وقال الترمذي: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ، ورواه أبو داود عن أبي هريرة دون زيادة «إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما»: كتاب الأقضية –باب في الصلح: (3594)، وقد ذكر البخاري جزء «المسلمون عند شروطهم» معلقا في تراجمه: كتاب الإجارة –باب السمسرة.

(5) يراجع: ابن تيمية، **الفتاوى الكبرى**: 86/4.

عليه وسلم فَضَرَبَهُ فَدَعَا لَهُ فَسَارَ بِسَيْرٍ لَيْسَ يَسِيرُ مِثْلَهُ، ثُمَّ قَالَ: «**بِعْنِيهِ بِوَقِيَّةٍ**» قُلْتُ: لا، ثُمَّ قَالَ: «**بِعْنِيهِ بِوَقِيَّةٍ**»، فَبِعْتُهُ فَاسْتَثْنَيْتُ حُمْلَانَهُ إِلَى أَهْلِي[1].

ويفيد هذا الحديث جواز استثناء المنفعة المعلومة للمشتري، وهذه المنفعة: إما بدون مقابل وتبرع مطلق فتكون عارية، أو بمقابل إما من الثمن المبيع به، أو بثمن جديد فتكون إجارة.

4. الاتّجاه الموسّع للشروط ما لم تخالف نصّا أو مقتضى أو تضمّنت عقودا:

وهو مذهب جمهور الحنابلة، حيث قالوا: بجواز الاشتراط في العقود المالية، ما لم ينه عنه الشرع، أو ينافي مقتضى العقد، أو تضمّن معنى العقد، أو أكان أكثر من شرط واحد[2].

- والشروط عندهم نوعان: صحيح، وباطل، أما **الباطل** فهو ما تضمّن أحد الأوصاف الأربعة التالية:

– ما ورد فيه نهي شرعي، كتضمّن الإلزام بالإقراض في البيع.

– ما كان منافيا لمقتضى العقد، ويشمل أيضا **الشرط الفاسخ** الذي يؤدّي إلى فسخ العقد[3].

– ما تضمّن عقدا؛ تبرعا أو معاوضة.

– ما زاد عن الشرط الواحد.

وأمّا الشرط الصحيح: فهو ما انتفت عنه سائر الأوصاف السابقة.

- وحكم العقد المقترن بالشرط الصحيح: أنّه صحيح، ويلزم الوفاء بالشرط مطلقا، أمّا المقترن بالشرط الباطل فله حكمان:

أ– يبطل الشرط والعقد معاً؛ إذا تضمّن الشرط عقدا.

ب– يبطل الشرط ويصح العقد؛ إذا كان الشرط منهيا عنه، أو منافيا لمقتضى العقد.

---

(1) متفق عليه: البخاري: كتاب الشروط –باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز: (2718)، مسلم: كتاب المساقاة – باب بيع البعير واستثناء ركوبه: (715).

(2) يراجع: ابن قدامة، **المغني:** 332/6–334، المرداوي، **الإنصاف:** 214/11، البهوتي، **كشاف القناع:** 398/7.

(3) يراجع: حسن الشاذلي، **نظرية الشرط**: 661.

وأدلّة هذا المذهب ما يلي:

وقد جمع الحنابلة بين أدلّة المالكية في جواز اشتراط ما لم يرد به نصّ خاصّ، وبين أدلّة المانعين من الشرط المتضمّن للعقد كحديث النهي عن بيعتين في بيعة، والصفقتين في صفقة.

كما استدلّوا على منع اشتراط أكثر من شرط بما رواه عبد الله بن عمرو –رضي الله عنهما– قال: قال رسول الله –صلّى الله عليه وسلم–: «**لا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبيعٌ، ولا شَرْطَانِ في بيعٍ، ولا رِبْحُ ما لَم يضْمَن، ولا بَيعُ مَا لَيسَ عِندَكَ**»[1].

فدلّ بمنطوقه النهي عن شرطين في عقد واحد، وبمفهومه جواز الشرط الواحد.

مناقشة وترجيح:

الذي بدا لي من خلال استعراض المذاهب الفقهية السابقة وأدلّتهم رجحان مذهب القائلين بأنّ الأصل في الشروط الجواز والصحة ما لم تتعارض مع نصّ شرعي صريح، أو تنافي أحد مقتضيات العقود، أو تتسبّب في اختلالات تعاقدية أخرى، وذلك ما دفع بفقهاء الحنفية إلى توسيع مساحة هذه الشروط بالعرف والعمل حتّى أوصلها ابن نجيم في قواعده إلى (32) شرطا صحيحا، وقال الشارح: بأنّها عند كمال التقصّي أزيد من ذلك[2].

أمّا الشرط الفاسخ، فقد رأينا موقف جمهور العلماء في عدّه من الشروط الفاسدة أو الباطلة، لكنّهم استثنوا من هذه القاعدة ما إذا كان الشرط يترتّب عليه الوفاء بموجبات العقد؛ أي: ما يؤكّد موجب العقد، أو لا يؤدّي إلى تحجير السلعة، أو لا يضر ضررا بالغا بالمشترط عليه، فإن الفقهاء في هذه الحالة يرون صحة هذا النوع من الشرط، وصحة العقد

---

(1) رواه بجميع هذا اللفظ أصحاب السنن إلا ابن ماجه: الترمذي: كتاب البيوع –باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك: (1234)، أبو داود: كتاب البيوع –باب في الرجل يبيع ما ليس عنده: (3504)، النسائي: كتاب البيوع – باب يسع ما ليس عندك: (4611)، وابن حبّان في صحيحه: (4321). وروى الجملتين الأخيرتين أيضا: ابن ماجه: كتاب البيوع – باب النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن (2188). وقال الترمذي: حديث حسن صحيح. وقال الحاكم في مستدركه (21/2): هذا حديث صحيح على شرط جملة من أئمة المسلمين. ووافقه الذهبي.

(2) يراجع: الحموي، **غمز عيون البصائر**: 284/2.

الذي اقترن به، ويجب حينئذ الوفاء به على النحو المشروط، ومن أمثلة ذلك[1]:

- أن يقول للمشتري، بعتك على أن تؤدّي الثمن ليوم كذا، وإلاّ فلا بيع بيننا.

- أن يبيعه على أن يرهنه المبيع بثمنه، وإن لم يفعل فلا بيع بينهما.

ويلاحظ في هذين المثالين وغيرهما أنّ هذا الشرط متضمَّن في أنواع أخرى من الخيارات، فهو في المثال الأوّل من قبيل خيار النقد (حقّ الفسخ إن لم ينقد الثمن)، وفي المثال الثاني من قبيل اشتراط الرهن، وكلّ ذلك جائز.

هذا، وقد أخذ المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بجواز الشرط الفاسخ إذا كان في حالات معيّنة يتفق عليها في العقد ولا تخالف أحكام الشرع، وخصّ له المعيار رقم (54) المعنون بـ"فسخ العقود بالشرط".

وجاء في تعريفه: "هو إنهاء العقد الصحيح اللازم بمقتضى شرط في العقد يعطي أحد الطرفين حق الفسخ"[2].

المطلب الثالث: الشروط الجعلية الصحيحة

بعد استعراض مختلف الآراء الفقهية في حكم الاشتراط ضمن العقود يمكن تلخيص الشروط الجعلية الصحيحة فيما يلي[3]:

1- **الشرط الذي فيه مصلحة العقد**، ويتضمّن ذلك ما يلي[4]:

أ- اشتراط الخيار.

ب- اشتراط الأجل.

---

(1) يراجع: حسن الشاذلي، **نظرية الشرط**: 689.

(2) يراجع: **المعايير الشرعية**، **المرجع السابق**: 1271.

(3) يراجع: السرخسي، **المبسوط**: (13/13-18)، الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**: (5/168-175)، ابن رشد، **المقدمات**: 2/64-68، الحطاب، **مواهب الجليل**: 4/373، الماوردي، **الحاوي**: 5/312، النووي، **روضة الطالبين**: 3/400، ابن قدامة، **المغني**: 6/321-330، البهوتي، **كشاف القناع**: 7/389-409، حسن الشاذلي، **نظرية الشرط**: 494.

(4) يراجع: حسن الشاذلي، **المرجع السابق**: 513.

ج- اشتراط الكفيل في بيع الأجل.

د- اشتراط الرهن في بيع الأجل.

هـ- اشتراط وصف للمبيع.

و- اشتراط الإشهاد على العقد.

ز- اشتراط خيار الرؤية.

2-**الشرط الذي يحقّق منفعة مشروعة،** (بناء على ترجيح مذهب الموسّعين) ويتضمّن ذلك ما يلي:

أ- اشتراط ما يؤدّي إلى استثناء بعض منافع العين المنتقل ملكها لنقالها أو غيره؛ كاشتراط بيع العقار واستثناء سكناه مدّة.

ب- اشتراط يؤدّي إلى الالتزام بعمل في محلّ العقد، أو في غيره.

ج- اشتراط يؤدّي إلى الالتزام بعقد فيه معنى من معاني البر.

د- اشتراط يؤدّي إلى الالتزام بعقد ليس فيه معنى من معاني البر.

هـ- اشتراط يؤدّي إلى الالتزام بتصرف فيه مصلحة لأجنبي عن العقد.

و- اشتراط يؤدّي إلى المنع من التصرف في محلّ العقد لمدّة معيّنة.

ز- اشتراط يؤدّي إلى فسخ الالتزام بتصرف يؤكّد موجب العقد، أو لا يؤدّي إلى تحجير السلعة، أو لا يضر ضررا بالغا بالمشترط عليه.

المطلب الرابع: الشروط الجعلية الباطلة

بناء على الآراء الفقهية المختلفة في ماهية الشروط الجعلية الباطلة يمكننا تلخيصها عموما في كونها: الشروط المنافية لمقتضى العقد، "وهي كلّ شرط يقيّد، أو يمنع ترتّب الأحكام والآثار التي أوجبها العقد"[1]، كما يمكن تفصيلها كما يلي[2]:

---

(1) نفس **المرجع السابق**: 679.

(2) نفس **المرجع السابق**: 649.

1-شرط يترتّب عليه إسقاط حقّ قبل وجوبه:

مثاله: اشتراط البراءة من جميع عيوب المبيع.

2-شرط يترتّب عليه تحمّل الناقل للملكية نتائج ما خرج عن ملكه:

مثاله: اشترى أرضا على أنّ خراجها (ضريبتها) على البائع.

3-شرط يؤدّي إلى مخالفة نصّ شرعي:

مثاله: اشتراط القرض مع البيع (بيع وسلف).

4-شرط غير المقدور (الشرط المستحيل):

مثاله: اشتراط حمل الدابة إلى مكان بعيد لا يتيّسر لمثلها بلوغه.

5-شرط يؤدّي إلى محظور:

مثاله: اشتراط غرامة عند تأخير سداد الدين (وسيأتي تفصيله في المطلب الأخير).

6-شرط يؤدّي إلى غرر:

مثاله: باع سلعة، واستثنى بعض منافعها مدّة غير معلومة.

7-شرط لا يتعلّق به غرض، ولا مالية فيه:

مثاله: كما لو باعه طعاما بشرط أن يأكله.

❖ وقد أبطل القانون المدني الجزائري في (المادة: 204): الشرط الفاسخ إذا كان غير ممكن، أو مخالف للآداب أو النظام العام واعتبره غير قائم. كما أبطل الالتزام المعلّق عليه، إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام.

المبحث الثاني
حقيقة «دفتر الشروط» وأحكامه

من جملة التطبيقات المعاصرة للشروط الجعلية في عقود الإدارة، "دفتر الشروط"، وسنحاول خلال هذا المبحث استجلاء حقيقته وتكييفه من الناحية الفقهية، وذلك في ضوء المطلبين التاليين:

المطلب الأول: حقيقة دفتر الشروط ومكوّناته

سنتناول في هذا المطلب تعريف دفتر الشروط وأهم مكوناته، ضمن الفروع التالية:

الفرع الأوّل: تعريف دفتر الشروط

يعرّف دفتر الشروط بأنّه: "الكراسة التي تضعها اللجنة المختصة والتي تتضمن الشروط العامة والشروط الخاصة للعقد أو الصفقة المراد إبرامها، زيادة على الشروط والمواصفات الفنية المتمثلة في قوائم الأعمال المراد انجازها، أو الأصناف المراد توريدها، ونسخة من مشروع العقد المزمع إبرامه والمعايير التي يتم الاستناد عليها في إرساء الصفقة، زيادة على بيان الحقوق والالتزامات التي ترتبها على كلا طرفي العقد بعد إبرامها[1].

ومن خلال هذا التعريف يمكن تقسيم مضمون هذه الوثيقة إلى ثلاثة محاور أساسية:

المحور الأول: يتضمن قائمة الأعمال المراد انجازها، أو الأصناف المراد توريدها.

المحور الثاني: الشروط العامة والخاصة للعملية موضوع الصفقة.

المحور الثالث الحقوق والالتزامات التي ترتبها الصفقة بعد إبرامها بما في ذلك المعايير

---

(1) يراجع: حسن عبد الله حسن، **عقود مقاولات الأعمال**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015: 8.

التي تستند عليها المصلحة المتعاقدة في إرساء الصفقة.

الفرع الثاني: مضامين دفتر الشروط

❖ وقد اشترط المقنّن الجزائري هذه الوثيقة ضمن بعض عقوده الإدارية؛ كعقود الصفقات العمومية، حيث تناولت المادة (26) من قانون الصفقات العمومية 15-247 دفاتر الشروط وعرّفتها كما يلي: "**الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية**"، ثمّ حدّدت مضامين هذه الشروط كما يأتي:

– دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

– دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.

– دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية.

❖ كما نصّت الفقرة الثالثة من المادة (90) من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المحدّد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية[1]، على أنّ المزايدات العلنية تتمّ على أساس دفتر شروط، تعده مصلحة أملاك الدولة ومطابق للنموذج الذي يقره الوزير المكلف بالمالية.

وقد صدر بمقتضى القرار الوزاري المؤرخ في 5 مارس 1997: "نموذج دفتر الشروط المحدد للبنود والشروط المطبقة في بيع العقارات التابعة للأملاك الوطنية الخاصة بالمزايدات العلنية" في اثنين وعشرين (22) مادة.

يعتبر دفتر الشروط من السمات الأساسية المميزة للصفقات العمومية، وإحدى تجلّيات الأساليب غير المألوفة في القانون الخاص التي سبقت الإشارة إليها عند معرض الحديث عن معايير التمييز بين العقود المدنية والإدارية[2]، حيث تنفرد الإدارة المتعاقدة بتحديد الشروط التي تحكم الصفقة مسبقا، دون إشراك المتعاملين الاقتصاديين في وضعها، بإرادتها

---

(1) المؤرّخ في 16 ديسمبر 2012.

(2) يراجع: عمار عوابدي، **القانون الإداري**، ج 2 (النشاط الإداري)، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008: 5.

المنفردة مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة، كما تحدّد من خلالها الشروط المتعلّقة بالمنافسة بمختلف جوانبها، وشروط المشاركة فيها وكيفية اختيار المتعاقد معها[1].

ويعدّ دفتر الشروط من العناصر المكوّنة للصفقات العمومية وجزءً لا يتجزّأ منها، حيث تلتزم الإدارة ببنودها كما يلتزم المتعاملون الاقتصاديون بمضمونها متى وقّعوا على العقد المتعلّق بها[2].

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لدفتر الشروط وحكم الوفاء به

انطلاقا من التعريفات القانونية السابقة لدفتر الشروط، سنحاول تكييف هذه الوثيقة من خلال مضامينها الثلاثة السابقة:

الفرع الأوّل: البنود الإدارية العامة

تستمد دفاتر البنود الإدارية العامة مرجعيتها القانونية من القرار الوزاري الصادر بتاريخ 1964/11/21[3] والمتضمن تنظيم دفاتر الشروط الإدارية العامة الخاص بالصفقات العمومية التي تبرمها وزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، المعدل والمتمم بكل القوانين والتنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية التي صدرت منذ الاستقلال إلى يومنا هذا.

وقد تضمّن هذا القرار ثلاثة وخمسين (53) مادة موزّعة على توطئة وخمسة عناوين، على النحو التالي:

– **التوطئة:** وتناولت المادتين (1 و2): بيان طرق إبرام الصفقات العمومية، والمتمثّلة في المزايد المفتوحة أو المحدودة، وطلب العروض عن طريق المناقصة المفتوحة والمحدودة، والتراضي، كما تضمّنت تصنيف الصفقات بناء على معيار السعر، حيث يجوز إبرام الصفقات بسعر إجمالي شامل أو بأسعار الوحدات، أو بصورة استثنائية على أساس النفقات المراقبة، كما تناولت تنظيم آجال إبرام الصفقات العمومية في خمس فقرات تتعلّق بالقواعد العامة المنظّمة لها، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة (2) أنّ كلّ أجل يجري تحديده

---

(1) يراجع: سليمان الطماوي، **أموال الإدارة العامة وامتيازاتها**: 348، عمّار بوضياف، **شرح تنظيم الصفقات العمومية**، دار جسور، الجزائر، 2011: 142، خلاف فاتح، **المرجع السابق**: 26.

(2) يراجع: خلاف فاتح، **المرجع السابق**: 27.

(3) يراجع: الجريدة الرسمية، عدد 06 لسنة 1965 المؤرخة في 19 جانفي 1965 ، ص 46.

في الصفقة سواء كان للإدارة أو المقاول، يبدأ سريانه في غداة اليوم الذي أبرم فيه العقد، أو نص عليه فيه بداية سريان ذلك الأجل.

-**العنوان الأول** "**إبرام الصفقات**": وتناولت المواد (3 إلى 8) الشروط الواجب توافرها للمشاركة، وطلب القبول للمشاركة والوثائق الواجب تقديمها، وتفصيل الأحكام المتعلّقة بأنواع الإبرام؛ سواء تعلّق الأمر بالمزايدة العامة أو المقيّدة أو المناقصة المفتوحة والمقيّدة، وكذا التراضي، كما تناول الضمانات التي يلزم المقاول بتقديمها، والمستندات التي تسلم للمقاول.

- **العنوان الثاني** "**تنفيذ الأشغال**": وتناولت المواد (9 إلى 37) تفصيلا للأحكام الخاصة بتمثيل المقاولات المسيرة ذاتيا، أو الشركات التعاونية العمالية للإنتاج، وشركات الصناع التقليديين والشركات التعاونية للفنيين، كما بين فيه الالتزامات الواقعة على عاتق المتعامل المتعاقد كإلزامية التواجد في أماكن العمل وتحضير وتنفيذ الأشغال والأوامر المصلحية، وحظر التنازل للغير أو المشاركة معهم في تنفيذ الأشغال بدون إذن، وإلزامية اختيار المعاونين ورؤساء الورشات، وبيان كيفيات تشغيل العمال وتحديد النظام القانوني الذين يخضعون إليه، وغيرها من الأحكام المتعلقة بتنفيذ الأشغال وتوقيفها أو تأجيلها، ثمّ التدابير القسرية في حال عدم تقيّد المقاول بشروط الصفقة، ثمّ العقوبات على التأخير، ثمّ فسخ العقد بحكم القانون في حال وفاة المقاول أو إفلاسه أو تسوية إفلاسه القضائية.

-**العنوان الثالث** "**تسديد النفقات**": تناولت المواد (38 إلى 43) قواعد تسديد الحسابات واللوائح والبيانات وكشوف الحسابات وتنظيم المسائل المتعلقة بالحسابات المؤقتة والسنوية والنهائية، والصفة الأولية والنهائية للأسعار وتنظيم حالات الفسخ، التي قسمها إلى حالات الفسخ المنصوص عليها.

-**العنوان الرابع** "**التأديات**": وتناولت المواد (44 إلى 49) التسبيقات الجزافية وكيفيات الدفع وبيان أنواع الاستلام، فقسمه إلى استلام مؤقت واستلام نهائي، كما حدد في هذا العنوان حالات الضمان وآجال دفع الحقوق الواجبة التأدية.

-**العنوان الخامس** "**المنازعات**": وتناولت المواد (50 إلى 53) طرق حلّ النزاعات والجهة المكلفة بتسويتها حسب الحالة بداية من تحديد مجال التدخل المهندس الرئيس ثم الوزير، ثمّ اختصاص المحكمة الإدارية بتسوية الخلافات المتعلّقة بمفهوم تنفيذ شروط الصفقة، وختمت القرار بتقسيم نفقات الخبرة المحتمل صرفها أمام اللجنة الاستشارية للجنة

الودية المتعلق بالصفقات تقسمه مناصفة بين الدولة والمقاولة.

❖ يعتبر هذا الدفتر بمثابة اتّفاقية إطار عامة ذات صبغة قانونية، ويعتبر توقيع المتعامل المتعاقد عليها موافقة على الشروط والأحكام المنصوص عليها بالإضافة إلى أحكام قانون الصفقات العمومية 15-247 -الذي سنتناوله في الفصل الثالث من الباب الثاني-.

يمكن تكييف مجمل ما ورد في أحكام هذا القرار من شروط على أنّها من الشروط الصحيحة التي فيها مصلحة العقد بناء على ما انتهينا إليه في المطلب السابق، حيث إنّها لم تخرج عن كونها من إحدى الأنواع التالية:

أ- اشتراط الأجل: كما في المادة (2) "الآجال" من القرار.

ب- اشتراط الكفيل: كما في المادة (8) "الضمانات" من القرار.

ج- اشتراط وصف للمعقود عليه: كما في المواد (12، 14، 20، 22 .. وغيرها).

د- اشتراط خيار الرؤية: كما في المادتين (46، 47) معاينة مهندس الدائرة، أو المهندس المعماري.

باستثناء ما ورد في المادة (36) المعنونة بـ"العقوبات"، حيث جاء فيها: "إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمّن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكّد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدي للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقّت، ودون إخلال بتطبيق المادة 35 أعلاه".

ويقصد بها توقيع الجزاءات المالية في حال ورود شروط جزائية في عقد الصفقة، وسنرجئ الحديث عن الشروط الجزائية إلى المطلب القادم.

الفرع الثاني: التعليمات التقنية المشتركة

يقصد بدفاتر التعليمات الإدارية المشتركة مجموع الوثائق التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني، ويقصد هنا بالترتيبات التقنية ما تعلق بطبيعة السلع المستعملة، والأساليب التكنولوجية المنتهجة والإجراءات التأمينية والأمنية

الواجب اتخاذها والخاصة بكل قطاع معيّن ينطوي ضمن أحد مجالات الصفقات العمومية، ومعنى ذلك أن هذا النوع من الدفاتر هو عبارة عن دفاتر قطاعية تتعلق بنوع واحد من الصفقات كتلك المتعلقة على سبيل المثال باللوازم أو الدراسات أو الأشغال أو الخدمات[1].

❖ يعتبر هذا الدفتر بمثابة وثيقة واصفة للمحلّ المعقود عليه؛ تزيل عنه الجهالة المفضية إلى النزاع بين أطراف العقد؛ لذا وجب على المتعامل المتعاقد الالتزام بتلك المواصفات، والاحتكام إليها عند النزاع.

الفرع الثالث: التعليمات الخاصة

وهي الدفاتر التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة، وتأتي في شكل عناوين وملحق، تتضمّن بنودا في شكل نموذج تعاقدي يتضمن فراغات يتم ملؤها ببيانات الأطراف المتعاقدة، وسأسوق هنا نموذج لدفتر التعليمات الخاصة لصفقات الأشغال العمومية الصادر منذ سنة 1979، وما يزال عليه العمل، وقد أدخلت عليه مجموعة من التعديلات من طرف المركز الوطني للمساعدة التقنية[2]، وتضمّن ما يلي:

- البيانات المتعلقة بالتعريف الدقيق بالأطراف المتعاقدة وهويتهم.
- البند المتعلق بتحديد موضوع الصفقة العمومية.
- البند المتعلق بتحديد آجال التنفيذ.
- البند المتعلق بالرهن الحيازي.
- البند المتعلق بتحيين الأسعار.
- البند المتعلق بوسائل الدفع.
- البند المتعلق بالتسبيقات.
- البند المتعلق بتاريخ دخول الصفقة حيز النفاذ.

❖ يعتبر دفتر التعليمات الخاصة بصفقات الأشغال بمثابة نموذج لصفقات الأشغال التي

---

(1) يراجع: سليم جبلاحي، **دفاتر الشروط في مجال الصفقات العمومية**، مذكّرة مكمّلة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، السنة الجامعية: 2015/2014: 22.

(2) يراجع: سليم جبلاحي، **المرجع السابق**: 25.

تبرمها الهيئات التي تخضع في إبرام عقودها إلى تنظيم الصفقات العمومية، وذلك بالنظر إلى تطابق البيانات الواردة في دفتر التعليمات الخاصة بصفقات الأشغال الصادر عن المركز الوطني للمساعدة التقنية، مع بيان الصفقات الواردة في الفصل الرابع المتعلق بتنفيذ الصفقات والأحكام التعاقدية، والمقسمة إلى بيانات إلزامية وأخرى تكميلية (المادة: 95)، حيث تتمثل البيانات الإلزامية في فيما يلي:

- التعريف الدقيق بالأطراف المتعاقدة.
- هوية الأشخاص المؤهلين قانونا لإمضاء الصفقة وصفتهم.
- موضوع الصفقة محددا وموصوفا وصفا دقيقا.
- المبلغ المفصل والموزع بالعملة الصعبة والدينار الجزائري حسب الحالة.
- شروط التسديد.
- أجل تنفيذ الصفقة.
- بنك محل الوفاء.
- شروط منح الصفقة.
- تاريخ توقيع الصفقة ومكانه.

أمّا البيانات التكميلية فتتمثل فيما يلي:

- كيفية إبرام الصفقة.
- الإشارة إلى دفاتر البنود العامة ودفاتر التعليمات المشتركة المطبقة على الصفقات التي تشكل جزء لا يتجزأ منها.
- شروط عمل المناولين واعتمادهم إن وجدوا.
- بند التحيين ومراجعة الأسعار.
- بند الرهن الحيازي إن كان مطلوبا.
- نسبة العقوبات المالية وكيفيات حسابها، وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها.

– كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة.

– شروط دخول الصفقة حيز التنفيذ.

– النص في عقود المساعدة التقنية على أنماط مناصب العمل، وقائمة المستخدمين الأجانب ومستوى تأهيلهم، وكذا نسب الأجور والمنافع الأخرى التي تمنح لهم.

– شروط استلام الصفقة.

– القانون المطبق وشرط تسوية الخلافات.

– بنود السرية والكتمان.

– بنود التأمينات.

– بنود العمل التي تضمن احترام قانون العمل.

– البنود المتعلقة بحماية البيئة، والتنمية المستدامة.

– البنود المتعلقة باستعمال اليد العاملة المحليّة، والإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل والمعوقين.

❖ يعتبر هذا الدفتر بالنظر إلى احتوائه على جميع بيانات العقد **إيجابا كاملا** من المتعامل المترشّح في انتظار قبول أو رفض المصلحة الإدارية المتعاقدة.

ويحقّ لهذا المترشّح بعد إصدار هذا الإيجاب التراجع عنه قبل صدور قرار المصلحة المتعاقدة، أمّا إذا تنازل عن الصفقة بعد صدور المنح المؤقّت، فقد يعرّضه ذلك إلى مصادرة كفالة التعهّد وإقصائه بشكل مؤقّت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية[1].

الفرع الرابع: شروط إضافية في دفاتر الشروط

أوجبت المادة (42) من قانون الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة إعداد دفتر شروط خاص بالمسابقة في حال إبرام الصفقة العمومية عن طريق المسابقة، وأن يشتمل على البنود التالية:

– برنامج ونظام للمسابقة.

---

(1) يراجع: المادتين (74، 75)، من قانون الصفقات العمومية 15–247.

– كيفيات الانتقاء الأولي، عند الاقتضاء، وتنظيم المسابقة.

– الغلاف المالي التقديري للأشغال في حال تعلّق المسابقة بمشروع إنجاز أشغال.

كما تجدر الإشارة إلى أنّ المادة (124) من ذات القانون قد منحت المصلحة المتعاقدة إمكانية إضافة شروط أخرى متعلّقة بالضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و/ أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة بشرط أن تحدّد في دفاتر الشروط أو في الأحكام التعاقدية للصفقة استنادا إلى الأحكام القانونية أو التنظيمية المعمول بها. ومن جملة تلك الشروط:

أ– الكفالات بأنواعها:

– كفالة التعهّد.

– كفالة ردّ التسبيقات.

– كفالة حسن التنفيذ.

ب– ضمان صلاحية المعقود عليه: (وفق المادة 386) من القانون المدني.

– وكفالة ضمان. (وفق المادة 131) من قانون الصفقات العمومية.

ج– العقوبات المالية:

– الشرط الجزائي (غرامات التأخير).

✓ أمّا **الكفالات،** فقد ذكرنا في المطلب السابق كونها من الشروط الصحيحة التي يلزم الوفاء بها.

✓ وأمّا **العقوبات المالية،** فسنتناولها في المطلب القادم.

✓ وأمّا **ضمان صلاحية المعقود عليه، وكفالة الضمان،** فسنتناولهما بشيء من التفصيل:

1. شرط ضمان صلاحية المعقود عليه:

البيع من عقود الضمان، ومعنى ذلك أنّ المبيع قبل البيع في ضمان البائع، وينتقل هذا الضمان إلى المشتري بمجرّد تسليم المبيع إلى المشتري، باستثناء العيوب القديمة التي لا يعلمها المتعاقدان قبل التسليم، أمّا العيوب الجديدة الحادثة بعد ذلك فهي في ضمان

المشتري[1].

وهذا هو الأصل كذلك في القانون؛ إلاّ أنّ القانون المدني أجاز أن يضمن البائع صلاحية المبيع لمدّة من الزمن بعد تنفيذ العقد وتسليم المبيع إلى المشتري، جاء في (المادة: 386): "إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدّة معلومة ثمّ ظهر خلل فيها فعلى المشتري أن يعلم البائع في أجل شهر من يوم ظهوره، وأن يرفع دعواه في مدّة ستة (6) أشهر من يوم الإعلام، كل هذا ما لم يتّفق الطرفان على خلافه".

كما أتاح قانون الصفقات العمومية اشتراط هذا الضمان، وأخذ كفالة عليه إلى حين انتهاء أجله، جاء في المادة (131) منه: "عندما تنص الصفقة على أجل ضمان تتحول كفالة حسن التنفيذ عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان".

2. حكم شرط ضمان صلاحية المعقود عليه:

يعتبر الضمان في اصطلاح التسويقيين: هو تعهد يلتزم فيه المنتج أو وكيله بسلامة المبيع من العيوب المصنعية والفنية، ويلتزم بصلاحيته للعمل خلال مدة متفق عليها[2].

ويطلق على هذا النوع من الضمان بـ"**الضمان الترغيبي**" الذي تستعمله الشركات والمؤسّسات التجارية لإقناع المستهلكين بسلامة السلع وصلاحيتها، وينقسم إلى نوعين:

ضمان الأداء: وهو ضمان صلاحية المبيع وقيامه بالعمل سليما مدّة معيّنة، بحيث إذا ثبت صلاحه وسلامته فيها غلب على الظن صلاحه فيما بعد.

وبموجب هذا الضمان يتعهّد البائع بإصلاح الخلل المصنعي والفني الطارئ على المبيع، أو تبديل غيره إذا اقتضى الأمر ذلك.

ويتميّز هذا الضمان بأنّه شامل لأيّ خلل فنّي أو مصنعي في المبيع، حتى لو لم يكن هذا الخلل عيبا، فيكفي لثبوته كون المبيع غير صالح للعمل.

ضمان معايير الجودة: وهو ضمان يتعهّد فيه المنتج بأنّ سلعته تتمشّى من حيث

---

(1) يراجع: ابن حزم، **مراتب الإجماع**: 85، ابن رشد، **بداية المجتهد**: 356/3.

(2) يراجع: خالد المصلح، **الحوافز التسويقية التجارية وأحكامها في الفقه الإسلامي**، دار ابن الجوزي، الرياض، ط2، 2005: 304.

الجودة والمواصفات مع الخصائص والقياسات التي وضعتها هيئات حكومية أو صناعية واعترف بها.

وليس لهذا النوع من الضمان نصّ خاص في الفقه الإسلامي، وقد حاول بعض الباحثين المعاصرين تخريجه على إحدى الأصول التالية:

أ- أنّه خاضع لسلطان الإرادة العقدية، ونظرية الشروط عند الفقهاء؛ لأنّه شرط يحقّق مصلحة ومنفعة لطرف على حساب آخر، فيجوز على المذهبين المالكي والحنبلي بناء على أصولهما، كما يمكن تخريجه أيضا على المذهب الحنفي، باعتباره شرطا فاسدا، لكن إن جرى التعامل عليه صار صحيحا[1].

ب- أنّه شرط مزيل للجهالة التي يعاني منها المشتري عند شراء السلعة ويحقق الرضا، وفيه مصلحة للطرفين: مصلحة للمشتري، من حيث إن المبيع قد يكون شيئًا معقدًا، وفيه خفايا، فيتردد المشتري في شرائه، ما لم يطمئن إلى سلامته وحسن أدائه. ومصلحة للبائع، من حيث زيادة ترغيب الناس في شراء سلعة. ومن البديهي أن هذا الضمان يشمل عيوب الصنع والتركيب، ولا يشمل الأعطال التي يتسبب المشتري في حدوثها، نتيجة إهماله أو تقصيره أو سوء استخدامه، وعدم مراعاته لقواعد الاستخدام والتشغيل، المتعارف عليها، أو المبينة في النشرة المقترنة بالمبيع[2].

ج- أنّه يخرّج على ضمان العيب الذي لا يُعلم إلا بالتجربة والاستعلام والاختبار، ويجري على ذلك الخلاف الفقهي بين جمهور الفقهاء (الحنفية، والشافعية والحنابلة) الذين يرون أنّ الضمان على البائع، وبين مذهب المالكية الذين يرون الضمان على المشتري[3].

❖وبناء على ما سبق، يمكن اعتبار شرط ضمان صلاحية المبيع شرطا صحيحا يجوز اشتراطه، ويلزم الوفاء به، ويجوز للطرف المشترط له أن يشترط كفالة بذلك.

---

(1) يراجع: محمد الزحيلي، **العقود المسمّاة**: 363.

(2) يراجع: رفيق المصري، **عقود التوريد والمناقصات**، مجلّة مجمع الفقه الإسلامي، العدد:12، ص: 795.

(3) يراجع: خالد المصلح، **الحوافز التسويقية التجارية وأحكامها في الفقه الإسلامي**: 317.

الفرع الخامس: لزوم الوفاء بأحكام دفتر الشروط وآثار الإخلال به

أشارت المادة (95) من قانون الصفقات العمومية 15-247 إلى أنّ مجموع دفاتر الشروط الثلاثة تشكّل جزء لا يتجزأ من الصفقة، وتلتزم الإدارة ببنودها -بعد موافقتها النهائية عليها-، كما يلتزم المتعاملون الاقتصاديون بمضمونها متى وقّعوا على العقد المتعلّق بها.

وقد انتهينا سابقا إلى اعتبار مجمل الشروط الواردة ضمن هذه الدفاتر من قبيل الشروط الصحيحة التي يلزم الوفاء بها، باستثناء الشرط الجزائي الذي سنتناوله في المطلب القادم.

المبحث الثالث
حقيقة الشرط الجزائي وغرامة التأخير وأحكامهما

قد يلجأ بعض الدائنين أحيانا إلى اشتراط بعض الشروط التي تضمن لهم تنفيذ أحكام العقد وعدم الإخلال بموجبه، وتدرأ عنهم تهاون المدينين في أداء واجباتهم وتماطلهم في أداء حقوق الطرف الدائن، ويتحقّق كلّ ذلك دون: اللجوء إلى القضاء، وإجراءاته الطويلة، ومصاريفه الباهظة، كما يعفى الدائن من عبء إثبات الضرر الذي يصيبه عند إخلال المدين بالتزامه[1].

المطلب الأول: حقيقة الشرط الجزائي

عرّف القانون المدني الفرنسي الشّرط الجزائي بأنّه: "الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ"، وعرّفه في مادة أخرى بأنّه "تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي"[2].

وسمّي بالشرط الجزائي؛ لأنّه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه، كما يطلق عليه "التعويض الاتّفاقي"[3].

وقد تعرّض له القانون المدني الجزائري في (المادة 183): "يجوز للمتعاقدين أن يحدّدا مقدّما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتّفاق لاحق".

وبيّن أحكامه في المادتين (184، 185) كما يلي:

- لا يكون التعويض المحدّد في الاتّفاق مستحقّا إذا أثبت المدين أنّ الدائن لم يلحقه

---

(1) يراجع: سلمان الدخيل، **المماطلة في الديون**، دار كنوز إشبيليا، الرياض، ط1، 2012: 490.

(2) يراجع: المادتين (1226، 1229).

(3) يراجع: السنهوري، **الوسيط**: 851/2، علي محيي الدين القره داغي، **بحوث في فقه البنوك الإسلامية**، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 2007: 110، محمد بن عبد العزيز الميمني، **الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة**: 29.

أي ضرر.

– يجوز للقاضي أن يخفّض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أنّ التقدير كان مفرّطا أو أنّ الالتزام الأصلي قد نفّذ في جزء منه.

– إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدّد في الاتّفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلاّ إذا أثبت أنّ المدين قد ارتكب غشّا أو خطأ جسيما.

وقد نّصت المادة (147) من قانون الصفقات العمومية على إمكانية فرض عقوبات مالية على المتعاقد لأحد أمرين:

إمّا لعدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الآجال المقرّرة. أو تنفيذها غير المطابق.

ويجب تحديد نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط باعتبارها عناصر مكوّنة للصفقات العمومية.

وتقتطع هذه العقوبات بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة.

وذكرت المادة الحالات التي يعفى منها المتعاقد من العقوبات المالية، وهي:

– عندما لا يكون التأخير بسبب من المصلحة المتعاقدة في حال أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها.

– في حالة القوة القاهرة التي تعلّق فيها الآجال.

المطلب الثاني: حقيقة غرامة التأخير

تعرّف غرامة التأخير بأنّها: "جزاءات مالية تقدّر مقدّما في العقد أو في النظام، وتفرضها الإدارة في حالة التأخير في التنفيذ".

تتّفق غرامات التأخير مع الشروط الجزائية في كونهما محدّدين مقدّما في العقد، ويختلفان في الأوجه التالية:

– أنّ الهدف من الشرط الجزائي التعويض عن الضرر فطبيعته تعويضية. أمّا الغرامة فطبيعتها تهديدية عقابية.

– أنّ شرط استحقاق الشرط الجزائي وقوع الضرر، أمّا الغرامة فتستحقّ ولو لم يقع أيّ ضرر.

– أنّ للقاضي سلطة في تعديل الشرط الجزائي إذا زاد زيادة فاحشة عن مقدار الضرر، أو نقص نقصانا كبيرا. أمّا الغرامة فتستحقّ كاملة كما نصّ عليها العقد أو النظام.

– أنّ من شروط استحقاق الشرط الجزائي إنذار المتعاقد، أمّا الغرامة فلا يشترط فيها الإنذار[1].

المطلب الثالث: مشروعية الشرط الجزائي وغرامة التأخير

سنتناول الحكم الشرعي للشرط الجزائي وغرامة التأخير على وفق ما جاء به القانون، بناءً على نوع الالتزام المتعلّق به؛ دينا أو غير دين (عمل)، ضمن الفروع التالية:

الفرع الأوّل: حكم الشرط الجزائي وغرامة التأخير في الديون

أ– قد يتضمّن الشرط الجزائي زيادة مالية على أصل الدين، **وصورته:** اشتراط زيادة معيّنة في العقد على أصل الدين عند عدم السداد، أو التأخر في سداد الدين في الوقت المحدّد.

وحكمه: عدم جواز هذا الشرط؛ لأنّه في معنى ربا الجاهلية: "إمّا أن تقضي أو تربي"[2]، وقد ورد تحريمه في قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [سورة البقرة، الآية: 275].

وقد أجمع العلماء على أنّ الزيادة على أصل الدين مقابل التأجيل محرّم وباطل؛ سواء كان مشروطا في العقد، أو عند حلول الأجل[3].

---

(1) يراجع: رفيق المصري، **مناقصات العقود الإدارية**: 58، علي القره داغي، **بحوث في فقه البنوك الإسلامية**: 107، محمد بن عبد العزيز الميمني، **الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة**: 354.

(2) يراجع: الطبري، **جامع البيان في تأويل القرآن**: 38/5، ابن العربي، **أحكام القرآن**: 320/1، القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**: 382/4.

(3) يراجع: ابن المنذر، **الإجماع**: 94، ابن رشد، **بداية المجتهد**: 245/3، علي القره داغي، **بحوث في فقه البنوك الإسلامية**: 125، محمد بن عبد العزيز الميمني، **الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة**: 224، سلمان الدخيل،

وقد تعرّض بعض الفقهاء القدامى إلى مثل هذا الشّرط منهم الإمام الحطّاب من المالكية، حيث قال: "وأما إذا التزم المدعي عليه للمدعي أنّه إن لم يوفّه حقّه في وقت كذا فله عليه كذا وكذا، فهذا لا يختلف في بطلانه؛ لأنه صريح الربا، وسواء كان الشيء الملتزم به من جنس الدين أو غيره، وسواء كان شيئاً معيناً أو منفعة"[1].

وتجدر الإشارة إلى إجازة بعض الفقهاء المعاصرين[2] مبدأ التعويض المالي عن الضرر الناشئ عن تماطل القادرين والأغنياء في أداء حقوق الدائنين، وإمكان التنصيص عليه في صلب العقد لكن دون تحديد مقداره لئلا يتخذ ذلك ذريعة بينهما إلى المراباة بسعر الفائدة، وإنّما ذلك من اختصاص القضاء بمعرفة أهل الخبرة تبعا لطرق الاستثمار المقبولة في الشريعة الإسلامية.

وقد اعتمد هذا الفريق على جملة من الاستدلالات أهمّها:

– أنّ تأخير الدين مطلا يلحق ضررا بالدائن بحرمانه من منافع ماله مدّة التأخير، ويعدّ ظلما ممّا يوجب مسؤولية المدين عنه، ويشفع لهذا حديث رسول الله –صلّى الله عليه وسلّم–: "**مَطلُ الغنيّ ظُلم**"[3]، وقوله أيضا: "**ليُّ الواجِد يُحِلُّ عقوبته وعرضه**"[4]. و"الأصل

المماطلة في الديون: 507.

(1) يراجع: الحطّاب، **تحرير الكلام في مسائل الالتزام**: 176.

(2) كالأستاذ مصطفى الزرقا، والبروفيسور محمد الصديق الضرير، والشيخ عبد الله بن منيع، وبعض هيئات الفتوى لبعض البنوك الإسلامية، وندوة البركة الثالثة للاقتصاد الإسلامي (فتوى 2/3). يراجع: مصطفى الزرقا، **حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض الدائن**، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، جدّة، ع:2، رجب 1417: 9، علي القره داغي، **بحوث في فقه البنوك الإسلامية**: 137، سلمان الدخيل، **المماطلة في الديون**: 511.

(3) متّفق عليه عن أبي هريرة –رضي الله عنه–، البخاري، كتاب الحوالات، باب الحوالة، وهل يرجع في الحوالة: (2287)، مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني، وصحة الحوالة، واستحباب قبولها إذا أحيل على ملي: (1564).

(4) أخرجه: أحمد في مسنده عن الشريد بن سويد الثقفي –رضي الله عنه–: (17946)، وأبو داود، كتاب الأقضية، باب في الحبس في الدين وغيره: (3628)، والنسائي، كتاب البيوع، باب مطل الغني: (4689)، وابن ماجه، كتاب الصدقات، باب الحبس في الدين والملازمة: (2427) ، وابن حبان في صحيحه: (5089)، والحاكم في المستدرك: (7065)، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي، وقد علّقه البخاري في صحيحه قبل الحديث (2401)، ووصل الحافظ ابن حجر وحسّنه في **تغليق التعلق**، المكتب الإسلامي ، بيروت، ط1: 1405هـ: 319/3.

في المضار المنع"[1].

– أنّ تأخير أداء الدين عن موعده بلا عذر شرعي أكل لمنفعة المال بلا إذن صاحبه مدّة التأخير، ممّا يوجب مسؤولية الأكل؛ قياسا على ضمان منافع المغصوب على الغاصب كعين المال المغصوب عند فقهاء الشافعية والحنابلة[2].

– أنّ معاقبة المدين المماطل لا تزيل الضرر الذي لحق الدائن، ولذلك يبقى له الحق في التعويض المالي، وفقا لقاعدة: "**الضرر يزال**"[3].

مناقشة وترجيح: لقد ردّ جمهور الفقهاء على لوازم هذه الاستدلالات مع موافقتهم على صحّة بعض مقدّماتها، فقالوا:

– إزالة ضرر التماطل عن الدائن بالتعويض المالي يعترض عليها بأمرين: الأوّل: أنّ الضرر المتحدّث عنه احتمالي وليس واقعا بالضرورة، وشرط الضرر المعتبر هو المحقّق وليس المتوقّع، الثاني: سدّ ذريعة الربا؛ إذ إقرار مبدأ التعويض المالي مقدّمة للتوسّل إلى ربا الجاهلية[4].

– قياس تعويض المماطلة على منافع المغصوب لا يستقيم؛ لأنّ المغصوب الذي يضمن الغاصب قيمته للمغصوب منه هو ما له أجر، أمّا إذا لم يكن يؤجّر فلا يضمن، ومحلّ المماطلة هنا هي النقود، ولا يصح تأجير النقود إجماعا، كما أنّ حكم النقود والدراهم المغصوبة أن تردّ مثلها بلا خلاف، فلا تزيد ولا تنقص، وهو محلّ إجماع أيضا، فضلا عن أنّ هذا القياس مخالف للنص المانع من مطلق الزيادة في الدَّين[5].

وعليه، يترجّح لدينا القول الأوّل المانع من مطلق التعويض المالي عن المماطلة في أداء الدين؛ سواء تمّ التنصيص عليه في صلب العقد؛ أو كان بالتقاضي؛ لانتفاء الفرق بينه وبين غرامة التأخير المحدّدة ضمن العقد وهي ممنوعة عند الجميع.

---

(1) يراجع: المقّري، **عمل من طب لمن حب**: 142.

(2) يراجع: مصطفى الزرقا، **حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض الدائن**: 17.

(3) يراجع: ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**: 94، السيوطي، **الأشباه والنظائر**: 83.

(4) يراجع: حسن عبد الله الأمين، تعقيب على مقال مصطفى الزرقا، **المرجع السابق**: 42.

(5) يراجع: عبد الله بن بيّه، تعقيب على مقال مصطفى الزرقا، **المرجع السابق**: 50.

أثره: شرط غرامة التأخير مفسد للعقد؛ لأنّه شرط ربا، وشرط الربا متّفق على فساده وإفساده للعقد.

ب- أمّا إذا لم يتضمّن الشرط الجزائي زيادة على أصل الدّين؛ كاشتراط حلول الأقساط قبل مواعيدها، عند تأخر المدين عن أداء بعضها، فلا إشكال فيه[1]؛ لأنّه لا يدخل في مسمّى الرّبا، ويدخل ضمن الشروط الجعلية الصحيحة الملزمة.

الفرع الثاني: حكم الشرط الجزائي وغرامة التأخير في غير الديون

صورته: اشتراط زيادة معيّنة في العقد عند عدم القيام بالعمل المتّفق عليه من توريد سلعة، أو إنشاء مبنى، أو تسليم مبيع.

وحكمه: وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم الشرط الجزائي في غير الديون على ثلاثة أقوال:

القول الأوّل: الجواز مطلقا، وإليه ذهب جمهور المعاصرين، وعليه قرار مجمع الفقه الإسلامي الآتي ذكره، ومعظم هيئات الفتوى الشرعية[2].

وقد استدل هؤلاء بأنّ الأصل في الشروط الجواز -كما ذكرنا سابقا- إلاّ ما دلّ دليل على حرمته، وهذا الشرط يكفله الشرع الذي نهى عن إيقاع الضرر وأمر برفعه؛ لحديث: "**لا ضرر ولا ضرار**"[3]، ووفق القاعدة الفقهية المتفرّعة عنه: "**الضرر يزال**"[4].

كما أنّه لا تترتّب عليه ذريعة ربوية؛ لعدم حصول زيادة على الدين الأصلي.

---

(1) يراجع: مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السادسة، المنعقدة بجدة في 17- 23 شعبان 1410 هـ الموافق 14 - 20 آذار (مارس) 1990م، بشأن البيع بالتقسيط، القرار رقم: 51 (6/2).

(2) يراجع: علي القره داغي، **بحوث في فقه البنوك الإسلامية**: 115، محمد بن عبد العزيز الميمني، **الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة**: 230.

(3) روي هذا الحديث من طرق كثيرة؛ كأبي هريرة، وابن عبّاس، ويحيى المازني وغيرهم، أخرجها: أحمد في **مسنده**: (2865)، ابن ماجه في **سننه**، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره: (2341)، وحسّنه كثير من المحدّثين كالنووي، وابن رجب، وقال ابن الصّلاح: هذا الحديث أسنده الدارقطني من وجوه ومجموعها ويقوي الحديث ويحسنه، وقد تقبله جماهير أهل العلم واحتجوا به، وقول أبي داود: إنه من الأحاديث التي يدور الفقه عليها يشعر بكونه غير ضعيف. يراجع تخريج شعيب الأرناؤوط، **مسند** الإمام أحمد: 56/5.

(4) يراجع: ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**: 94، السيوطي، **الأشباه والنظائر**: 83.

القول الثاني: الجواز في حال عدم التنفيذ، والمنع في حالة تأخير التنفيذ[1].

ووجه التفرقة لديهم بين عدم التنفيذ وتأخير التنفيذ: هو أنّ تسليم المبيع في أجل محدّد ضرب من الالتزام (الدين)، والشرط الجزائي في الدين مظنّة ربا النسيئة.

القول الثالث: عدم جواز وصحّة الشرط الجزائي مطلقا[2].

ودليلهم في ذلك: أنّ الضرر الحاصل نتيجة عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ لا يوجبان التعويض في الفقه الإسلامي، كما أنّ التقدير الجزافي للتعويض عن الضرر قبل وقوعه لا يجوز؛ لما قد يترتّب عليه من جهالة وغرر ورهان وأكل أمل الناس بالباطل؛ لأنّ الشرط الجزائي قد يكون أكثر من الضرر الواقع.

الترجيح:

بعد الاستعراض الموجز لأقوال العلماء والباحثين المعاصرين وأبرز حججهم واستدلالاتهم، فإنّني أميل إلى ما ذهب إليه الفريق الأوّل من العلماء، وهو **صحّة ولزوم** الشرط الجزائي في غير الديون؛ للشواهد الكثيرة عليه، وعدم قوّة أدلّة المانعين.

وأختم هذه المسألة بنصّ قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي الذي سنسير على اختياره في هذه الدراسة.

✓ فقد بحث مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة[3]: موضوع (الشرط الجزائي). وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول الموضوع بمشاركة أعضاء المجمع وخبرائه وعدد من الفقهاء.

قرّر ما يلي[4]:

---

(1) وهو رأي رفيق المصري وحسن الجواهري. يراجع: رفيق المصري، **مناقصات العقود الإدارية**: 65، محمد بن عبد العزيز الميمني، **الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة**: 235.

(2) من بينهم: عبد الله آل محمود، عبد الله بن حسين، عبد الرزاق السنهوري، علي الخفيف، شفيق شحاتة. يراجع: السنهوري، **مصادر الحق**: 168/6، محمد بن عبد العزيز الميمني، **الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة**: 236.

(3) المنعقدة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة –1 رجب 1421هـ الموافق 23–28 أيلول (سبتمبر) 2000م.

(4) قرار رقم: 109 (12/3).

أولا: الشرط الجزائي في القانون هو "اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به أو تأخر في تنفيذه".

ثانيا: يؤكد المجلس قرارته السابقة بالنسبة للشرط الجزائي الواردة في:

قراره في السلم رقم 85 (9/2) ونصه: لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه؛ لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير.

وقراره في الاستصناع رقم 65 (7/3) ونصه: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطا جزائيا بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة.

وقراره في البيع بالتقسيط رقم 51 (6/2) ونصّه: إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط بعد الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط؛ لأن ذلك ربا محرم. [وأجاز ذات القرار: شرط حلول الأقساط قبل مواعيدها، عند تأخر المدين عن أداء بعضها].

ثالثا: يجوز أن يكون الشرط الجزائي مقترنا بالعقد الأصلي كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحق قبل حدوث الضرر.

رابعا: يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينا فإن هذا من الربا الصريح.

وبناء على هذا فيجوز هذا الشرط –مثلا– في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه.

ولا يجوز –مثلا– في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية سواء كان بسبب الإعسار أو المماطلة، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه.

خامسا: الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي.

سادسا: لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد.

سابعا: يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبررا لذلك، أو كان مبالغا فيه.

خلاصة الفصل الثالث:

تناولنا خلال هذا الفصل الشروط الجعلية وما يصحّ منها وما لا يصحّ، وانتهينا إلى ترجيح مذهب القائلين بأنّ الأصل فيها الجواز والصحة ما لم تتعارض مع نصّ شرعي صريح، أو تنافي أحد مقتضيات العقود، أو تتسبّب في اختلالات تعاقدية أخرى. ثمّ تناولنا أهمّ تطبيقات الشروط؛ كالشرط الجزائي، وغرامة التأخير، ودفتر الشروط.

وانتهينا إلى سلامة بنود دفتر الشروط وأنّها من قبيل الشروط الملاءمة للعقد، أمّا الشرط الجزائي فإذا تعلّق بغير الديون فهو صحيح ولازم، وإذا تعلّق بالديون فهو غير جائز ومفسد للعقد، ويلتحق به شرط غرامة التأخير إذا تعلّق بتأخّر السداد.

الباب الثاني

أشكال التعاقد المالي مع الدولة
وطرق تعديله وإنهائه
وأهمّ تطبيقاته في القانون الجزائري

سنتناول موضوع التعاقد المالي مع الدولة في الجزء التطبيقي من الدراسة؛ من أجل استجلاء أهمّ أشكال التعاقد المالي مع الدولة وطرقه وأساليبه، ثمّ العوارض الطارئة عليه تعديلا أو إنهاءً وآثار كلّ منها في حقّ الدولة أو الجهة المتعاقدة معها، ثمّ أهمّ التطبيقات المعاصرة لعقود الإدارة؛ كلّ ذلك وفق أحكام القانون الجزائري.

ويشتمل هذا الباب على ثلاثة فصول:

الفصل الأول: أشكال التعاقد مع الدولة وطرقه

الفصل الثاني: تعديل التعاقد المالي مع الدولة وانتهاؤه وآثارهما

الفصل الثالث: تطبيقات عقود الإدارة في القانون الجزائري

الفصل الأوّل

أشكال التعاقد مع الدولة وطرقه

سنتناول خلال هذا الفصل أهمّ الأشكال والأساليب التي يتمّ التعاقد فيها مع الدولة؛ إمّا بالطرق المباشرة كالتراضي المباشر، أو بالطرق غير المباشرة- وهي الأصل-؛ كالمناقصات والمزايدات والمسابقات. وما يتعلّق بكلّ طريقة من هذه الطرق من شروط ينصّ عليها القانون، والأحكام الشرعية المتعلّقة بها.

ويشتمل هذا الفصل على المبحثين التاليين:

المبحث الأول: أشكال التعاقد المالي مع الدولة

المبحث الثاني: التعاقد المالي مع الدولة مباشرة

المبحث الثالث: التعاقد المالي غير المباشر مع الدولة

المبحث الأول
أشكال التعاقد المالي مع الدولة

يتّخذ التعاقد المالي مع الدولة ومؤسّساتها أشكالا متنوّعة، ويختلف بحسب موضوعه واحتياجات كلّ طرف من الآخر، ويعسر حصر جميع هذه الأشكال من خلال التطبيقات العملية لكثرتها؛ لذا ستكتفي الدراسة في هذا المبحث بحصر الأشكال العامة لهذا التعاقد والتمثيل لكلّ نوع منها، وسيعين هذا الحصر على فهم وإدراك طبيعة هذا النوع من العقود، وسنتعرّض لكلّ ذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأوّل: تعاقد الدولة مع الأشخاص الطبيعيين

المطلب الثاني: تعاقد الدولة مع الأشخاص التجاريين

المطلب الأوّل : تعاقد الدولة مع الأشخاص العاديين

يمكن للدولة أو من ينوب عنها من أشخاص القانون العام، أو المؤسّسات التابعة لها ممّا سبق ذكرهم، أن يتعاقدوا مباشرة مع أحد الأشخاص العاديين؛ ويقصد بهم من ليست لهم صفتا التجّارة (شركات أو مؤسّسات) أو الشخصية المعنوية الخاصة (الجمعيات، والهيئات).

ويهدف هؤلاء الأشخاص من خلال التعاقد مع مؤسّسات الدولة تحقيق جملة من الأهداف والاحتياجات الضرورية التالية:

- السكن.
- العمل.
- الخدمات الضرورية.

ويمكن أن نمثّل لذلك بالأمثلة التالية:

1- عقود الإسكان:

وهي اتّفاق بين الإدارة المحلية (البلدية،...)، أو مؤسّسة اقتصادية عمومية (الديوان الوطني للترقية العقارية، المؤسّسة الوطنية للترقية العقارية...) وأحد الأفراد، يستفيد بمقتضاه

هذا الأخير من عقار سكني وفق إحدى صيغ التعاقد المعروفة (البيع على المخطّط، البيع الإيجاري، الإيجار العمومي)، وسيأتي تفصيلها في الفصل الثالث من هذا الباب.

2- عقد التوظيف العمومي:

يعرّف عقد التوظيف العمومي، بأنّه: اتّفاق بين الإدارة وأحد الأفراد، يتولّى بمقتضاه هذا الأخير –تحت إشرافها– أمر وظيفة عامة معيّنة، فيحصل منها على عدد من الحقوق أهمّها المرتّب، مقابل التزامه بأعباء هذه الوظيفة ومقتضياتها. ويتّصف هذا العقد في العادة بالصفة الإدارية[1].

ولا يعتبر الشخص موظفاً عاماً إلاّ إذا كان عمله هذا في خدمة مرفق عام يعمل على أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة.

3- عقود الإذعان:

تناولنا في الباب الأوّل مفهوم عقود الإذعان بأنّها: "العقود التي تصدر عن شركات الاحتكار للمرافق العامة والسلع الضرورية في ظل النظم الاقتصادية المعاصرة"[2]؛ مثل:

- شركات الماء والصرف الصحي.
- شركات الكهرباء والغاز.
- شركات البريد والاتصالات.
- شركات النقل العام، والشحن.

ويعتبر تعاقد الأفراد مع الدولة في هذا النوع من العقود عندما يتولّى إدارة وتسيير تلك المرافق العامة إحدى المؤسّسات العمومية ذات الطابع التجاري والاقتصادي، ويكتسي العقد في هذه الحالة طابعا تجاريا عاديا وليس عقدا إداريا.

المطلب الثاني : تعاقد الدولة مع الأشخاص التجاريين

يمكن للدولة أو من ينوب عنها من أشخاص القانون العام، أو المؤسّسات التابعة لها أيضا أن يتعاقدوا مع أحد الأشخاص التجاريين؛ ذوي الشخصية الطبيعية أو المعنوية، لتحقيق جملة من الاحتياجات المتبادلة.

---

(1) يراجع: ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 575.

(2) يراجع: ص 34.

يتمحور احتياج الإدارة عموما على فكرة "إنشاء المرفق العام وحسن تسييره"، ومع ذلك يختلف شكل التعاقد ويتنوّع بحسب طبيعة الاحتياج ونوعه:

- بناء المرافق وتشييدها.
- تجهيز المرافق وتزويدها.
- تسيير المرافق وإدارتها.
- استثمار المرافق والأملاك العامة.

تقوم الإدارة بتوفير احتياجاتها من خلال صيغ تعاقدية مختلفة، نمثّل لها بما يلي:

1- عقود الصفقات العمومية:

أشرنا في الباب الأوّل[1] إلى هذا النوع من العقود الإدارية، والذي تتّفق بموجبه الإدارة (بأنواعها) مع أحد الأشخاص التجاريين سواءٌ كانوا من ذوي الشخصية الطبيعية أو من ذوي الشخصية المعنوية بحسب التنظيم الساري المفعول.

وتشمل هذه العقود: إنجاز الأشغال، أو اقتناء اللوازم، أو إنجاز الدراسات، أو تقديم الخدمات. وسيأتي تفصيل ذلك في الفصل الخامس.

2- عقود تفويض المرافق العامة:

جمع المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بين عقود الصفقات العمومية وعقود تفويض المرفق العام في قانون واحد؛ باعتبارهما متكاملين؛ حيث تهدف العقود الأولى إلى إنشاء وتزويد المرفق العام بمتطلباته، وتهدف العقود الأخرى إلى تحديد طرق تسيير تلك المرافق واستغلالها الاستغلال الأمثل.

وتشمل هذه العقود: عقد الامتياز، وعقد التأجير، وعقد الوكالة المحفّزة، وعقد التسيير.

3- قروض دعم تشغيل الشباب:

وهي تلك القروض والمعونات التي تقدّمها الدولة –من خلال الصندوق الوطني لدعم تشغيل الشباب، الذي تشرف عليه الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب– وسيأتي تفصيلها في الفصل الثالث من الباب الثاني.

---

(1) يراجع: ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 575.

المبحث الثاني
التعاقد المالي مع الدولة مباشرة

تلجأ الإدارة في إبرام تعاقداتها إلى أسلوبين رئيسين؛ أسلوب مباشر، وأسلوب غير مباشر، وينطوي كلّ واحد منهما على أشكال متنوّعة، وتهدف جميعها إلى حسن اختيار المتعاقد الكفء والنزيه، ومراعاة التوازن بين: حماية المال العام، وتخفيف التعقيدات الإدارية.

وسنتناول في هذا المبحث طرق التعاقد المباشرة، أو "الاتفاق المباشر" أو "طريقة الممارسة"[1]، التي أجازها القانون الجزائري من خلال المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول: التعاقد عن طريق التراضي البسيط

المطلب الثاني: التعاقد عن طريق التراضي بعد الاستشارة

المطلب الثالث: التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر

المطلب الأوّل: التعاقد عن طريق التراضي البسيط

ونفصّل الحديث عن هذا الأسلوب من التعاقد في الفروع التالية:

الفرع الأوّل: تعريف التعاقد عن طريق التراضي البسيط

عرّفت المادة (41) من قانون الصفقات العمومية التعاقد بالتراضي بأنّه: "إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة".

ويتّخذ هذا التراضي شكلين: التراضي البسيط، والتراضي بعد الاستشارة.

تسمح طريقة التعاقد بالتراضي البسيط للإدارة بالقيام بمفاوضات مع المؤسسات أو

---

(1) يراجع: ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 586-587.

الممولين الذين تختارهم دون دعوة شكلية للمنافسة، ومنح الصفقة بكل حرية للمترشح الذي تختاره، وميزته أنه سريع و يسمح باقتصاد تكاليف منافسة لا مبرر لها، لكنّه إجراء استثنائي لا يجوز اعتماده إلاّ في الحالات الواردة في القانون.

الفرع الثاني: حالات التعاقد عن طريق التراضي البسيط

حدّدت المادة (49) من قانون الصفقات العمومية حالات التعاقد عن طريق التراضي البسيط في ست حالات:

1- حالة الاحتكار:

وذلك عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية.

وتحدّد الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.

وفي هذا توسعة لمحلّ إجراء التراضي في مجال الخدمات، وعدم قصره في انفراد المتعامل بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة كما كان عليه الأمر في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمّن قانون الصفقات العمومية[1].

2- حالة الاستعجال الملحّ المعلّل بوجود خطر:

وذلك عندما يهدّد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

3- حالة تموين مستعجل مخصّص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية:

واشترط أن تكون الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

---

(1) المادة (43) من المرسوم الرئاسي 10-236. المؤرّخ في 10 أكتوبر 2010.
يراجع: خلاف فاتح، **المرجع السابق**: 38.

ويبدو أنّ المقنّن قد استبعد حالات التموين المخصّص لسير الاقتصاد من ضمن هذه الحالات كما كان عليه الأمر في القانون السابق[1].

4- حالة مشروع مستعجل ذي أولوية وأهمية وطنية:

واشترط أن تكون الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايير دينار (10.000.000.000 دج)، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

5- عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج، أو الأداة الوطنية العمومية للإنتاج:

وفي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايير دينار (10.000.000.000 دج)، وإلى الموافقة المسبقة اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

6- حالة وجود نص تشريعي أو تنظيمي:

يمنح مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقّا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

الفرع الثالث: شروط التعاقد عن طريق التراضي البسيط

حدّد قانون الصفقات العمومية الأخير 15-247 في (المادة: 50) جملة من الشروط يتعيّن على المصلحة المتعاقدة أخذها بعين الاعتبار في حالة اللجوء إلى هذا الإجراء؛ حتّى لا يؤدّي إلى هدم مبدئي الشفافية والمساواة بين المتعاملين الاقتصاديين، وتتمثّل فيما يلي:

---

(1) حيث نصّت المادة (43) من المرسوم الرئاسي 10-236 على اعتبار "حالة تموين مستعجل مخصّص لضمان سير الاقتصاد". يراجع: خلاف فاتح، **المرجع السابق**: 38.

1- وجوب تحديد المصلحة المتعاقدة حاجاتها في ظل احترام أحكام المادة (27):

وذلك من حيث وجوب إعداد الحاجات مسبقا، واستنادا إلى تقدير إداري صادق وعقلاني، كما يتمّ تحديد طبيعتها ومداها بدقة استنادا إلى مواصفات تقنية مفصّلة تعدّ على أساس مقاييس ونجاعة يتعيّن بلوغها، أو وفق متطلبات وظيفية، كما يجب ألا تكون هذه المواصفات التقنية موجّهة نحو منتوج أو متعامل اقتصادي محدّد.

2- وجوب التأكّد من قدرات المتعامل الاقتصادي كما هي محددة في المادة (54) من هذا المرسوم، من النواحي: التقنية والمهنية والمالية قبل القيام بتقييم العروض التنقية.

3- وجوب اختيار متعامل اقتصادي يقدّم عرضا ذا مزايا اقتصادية، تكون محلاّ للرقابة الإدارية الداخلية من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض كما هي محدّدة في المادة (72) من هذا المرسوم:

أ- **الأقل ثمنا** عندما يسمح موضوع الصفقة بذلك. وفي هذه الحالة، يستند تقييم العروض إلى معيار السعر فقط.

ب- **الأقل ثمنا من بين العروض المؤهلة تقنيا**، إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية وفي هذه الحالة، يستند تقييم العروض إلى عدة معايير من بينها معيار السعر.

ج- **الأعلى نقطة** استنادا إلى ترجيح عدة معايير من بينها معيار السعر، إذا كان الاختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات.

4- وجوب تنظيم مفاوضات حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة (6) من المادة (52) من هذا المرسوم، من خلال إجراء المفاوضات من طرف لجنة تعيّنها وترأسها المصلحة المتعاقدة، في ظلّ احترام مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، وفي هذا الإطار يجب على المصلحة المتعاقدة السهر على ضمان إمكانية تتبّع أطوار المفاوضات في محضر.

5- وجوب تأسيس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية.

يتيح هذا الإجراء للمصلحة المتعاقدة استدعاء متعاملين اقتصاديين مباشرة بقصد التفاوض معهم من بين المتعاملين المسجّلين لديها في قوائمها الخاصة، قصد التفاوض حول الجوانب التقنية والمهنية والمالية المتعلّقة بموضوع العقد المراد إبرامه، وقد يتمّ ذلك عن

طريق مماثل لأسلوب المناقصة؛ بتقديم عطاءات من جانب المتقدّمين، ولكن دون التزام من جانب الإدارة باختيار متعهّد بعينه بل تختار المتعامل الذي تقدّر أنّ لعرضه مزايا من الناحية الاقتصادية[1].

الفرع الرابع: التقويم الشرعي للتعاقد عن طريق التراضي البسيط

بعد استعراض تفاصيل التعاقد عن طريق التراضي البسيط يمكن تكييفه على المساومة التي ذكرنها في الفصل الثاني من الباب الأوّل؛ وهي "أن يتفاوض المشتري مع البائع في الثمن حتّى يتّفقا عليه، من غير تعريف بكم اشتراها"[2].

ويترتّب على ذلك عدم التزام المتعامل المتعاقد مع الإدارة أن يفصح عن تكاليف السلع والخدمات التي يقدّمها في عرضه، ولا يحقّ للإدارة الرجوع عليه في حال اكتشاف زيادة كبيرة في الثمن، أو حصول المتعامل على خصومات أو تخفيضات من مورّديه.

المطلب الثاني: التراضي بعد الاستشارة

ونفصّل الحديث عن هذا الأسلوب من التعاقد في الفروع التالية:

الفرع الأوّل: مفهوم التعاقد عن طريق التراضي بعد الاستشارة

يتّفق مفهوم التراضي بعد الاستشارة مع التراضي البسيط في كونهما: "إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة"، ويختلف عنه في موضوع "الاستشارة".

حيث يتمّ إبرام الصفقة في هذه الطريقة بعد إجراء استشارة محدودة بسيطة بالوسائل المكتوبة الكافية والمناسبة دون أي شكلية أخرى، ولا تستشار إلا المؤسسات المؤهلة والمعتمدة التي تستجيب لشروط تحقيق هذه الصفقة.

وتتميز هذه الطريقة بحرية المفاوضة، لكنها تحمل بذور خطر تعطيل مبادئ الشفافية والمساواة وفتح باب التعسف، ولذلك لا يمكن اللجوء إليها إلا في الحالات المنصوص عليها

---

(1) يراجع: خلاف فاتح، **المرجع السابق**: 40.

(2) يراجع: ابن جزي، **القوانين الفقهية**: 415، الرصاع، **الهداية الكافية**: 383/2، الدسوقي، **حاشية على الشرح الكبير**: 157/3، نزيه حمّاد، **معجم المصطلحات**: 413.

في القانون.

الفرع الثاني: حالات التعاقد عن طريق التراضي بعد الاستشارة

حدّدت المادة (51) من قانون الصفقات العمومية حالات التعاقد عن طريق التراضي بعد الاستشارة في خمس حالات:

1- حالة عدم جوى طلب العروض للمرة الثانية:

وذلك إذا تمّ استلام عرض واحد فقط، أو إذا تمّ التأهيل الأوّلي التقني لعرض واحد فقط بعد تقييم العروض المستلمة.

2- حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة:

وذلك عندما لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض، وقد حدّد المقنّن معايير خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات.

3- حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.

4- حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ: وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد.

5- حالة العمليات المنجزة، في إطار استراتيجية التعاون الحكومي: أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية، وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك.

وفي هذه الحالة يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى.

الفرع الثالث: كيفيات التعاقد عن طريق التراضي بعد الاستشارة

تقوم المصلحة المتعاقدة باستشارة المؤسسات بموجب رسالة استشارة في كلّ حالة من الحالات الخمس السابقة، مع مراعاة ما يلي:

1. حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية:

تتم استشارة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض بموجب رسالة استشارة وبنفس دفتر الشروط، باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض، وفي هذا الإطار يمكن للمصلحة المتعاقدة تقليص مدّة تحضير العروض ولا يخضع دفتر الشروط لدراسة لجنة الصفقات العمومية.

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة استشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض، عن طريق نشر إعلان عن الاستشارة، وبنفس دفتر الشروط كأصل عام.

2. الحالات الأخرى:

في الحالات الأربع الأخرى (2، 3، 4، 5) التي يجوز إبرامها عن طريق التراضي بعد الاستشارة؛ تتم استشارة المؤسسات برسالة استشارة على أساس دفتر شروط، يخضع قبل الشروع في الإجراء لتأشيرة لجنة الصفقات المختصة[1].

الفرع الرابع: التقويم الشرعي للتعاقد عن طريق التراضي بعد الاستشارة

بعد استعراض تفاصيل التعاقد عن طريق التراضي بعد الاستشارة يمكن تكييفه على أساس المساومة –في حقّ المتعامل–، كما يمكن تكييفها على أساس "المناقصة" في حقّ المصلحة المتعاقدة في حال استشارة أكثر من جهة؛ لأنّها غالبا ما ترسي عطاءها لأقلّ الأثمان المعروضة.

ويبدو أنّ الأسس التي سار عليها القانون "الاستشارة" موضوعية وعادلة، وذلك من شروط صحّة أسلوب "المناقصة".

ويترتّب على ذلك عدم التزام المتعامل المتعاقد مع الإدارة أن يفصح عن تكاليف السلع والخدمات التي يقدّمها في عرضه، ولا يتصوّر في هذه الحالة رجوع الإدارة على المتعامل في ثمن السلع والخدمات، أو لحصوله على خصومات أو تخفيضات من مورّديه؛ لأنّها قبلت بعرضه من بين كلّ العروض الأخرى وفق مبدأ المناقصة "الأقلّ ثمنا".

---

(1) يراجع: خلاف فاتح، **المرجع السابق**: 41.

المطلب الثالث : التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر

ونفصّل الحديث عن هذا الأسلوب من التعاقد في الفروع التالية:

الفرع الأوّل: مفهوم التعاقد بالاتفاق المباشر

سمحت قوانين الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة للإدارات المتعاقدة استثناء عدم التقيّد بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها، واللجوء إلى إجراءات داخلية لإبرامها، أو بالتعاقد المباشر مع المتعاملين الاقتصاديين بناء على الفواتير والمذكّرات[1].

ويهدف هذا الاستثناء إلى تحقيق هدفين:

– حصر وتقليل العقود الإدارية التي تخضع لأحكام القانون العام؛ نظرا للمراحل والإجراءات المعقّدة التي يمرّ بها إبرام الصفقات العمومية وتنفيذها، فلا يعقل أن تخضع كلّ عقود الإدارة لنفس التنظيم بشكليّاته المعقّدة.

– عدم تحقّق الغرض العملي من تلك الإجراءات في بعض الأحوال الخاصة؛ خاصة إذا كانت قيمتها المالية زهيدة.

الفرع الثاني: صور التعاقد بالاتفاق المباشر

استثنى المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المتعلّق بالصفقات العمومية بعض الحالات التي لا يجب إخضاعها لأحكام هذا القانون، اعتمادا على معيار مالي يحدّد المبالغ الدنيا لقيمة الصفقات، ويمكن حصرها في أربع حالات:

1– صفقات الأشغال أو اللوازم التي تساوي أو تقلّ عن (12) مليون دينار:

حيث حدّدت المادة (13) منه المبالغ الدنيا التقديرية لقيمة صفقات الأشغال أو اللوازم التي يجب أن تبرم وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون، بمبلغ يساوي أو يقلّ عن: اثني عشر مليون دينار (**12.000.000** دج).

2– صفقات الدراسات أو الخدمات التي تساوي أو تقلّ عن (6) مليون دينار:

كما حدّدت المادة (13) أيضا المبالغ الدنيا التقديرية لقيمة صفقات الدراسات أو

---

(1) يراجع: ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 587، حسين عثمان، **المرجع السابق**: 619.

الخدمات التي يجب أن تبرم وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون، بمبلغ يساوي أو يقلّ عن: ستة مليون دينار (**6.000.000** دج).

وقد ترك القانون للمصلحة المتعاقدة في هاتين الحالتين الحرية في إعداد "إجراءات داخلية لإبرام هذه الطلبات".

وبيّنت المادة (20) منه أنّ تنفيذ "الطلبات المبرمة طبقا للإجراءات المكيّفة" يجب أن يتمّ وفق سندات طلب أو عقود في حالة الضرورة، أمّا خدمات الدراسات فيتعيّن إبرامها وفق عقد مهما يكن مبلغ الطلب.

3- طلبات الأشغال أو اللوازم التي تساوي أو تقلّ عن مليون دينار سنويا:

حيث حدّدت المادة (21) منه المبالغ الدنيا التقديرية لقيمة طلبات الأشغال أو اللوازم خلال نفس السنة المالية التي يجب أن تخضع لإجراءات الاستشارة المنصوص عليها في القانون، بمبلغ يساوي أو يقلّ عن: مليون دينار (**1.000.000** دج)، وتحسب هذه الطلبات بالرجوع لكل ميزانية على حدة.

4- طلبات الدراسات أو الخدمات التي تساوي أو تقلّ عن مليون دينار سنويا:

حيث حدّدت المادة (21) منه المبالغ الدنيا التقديرية لقيمة طلبات الدراسات أو الخدمات خلال نفس السنة المالية التي يجب أن تخضع لإجراءات الاستشارة المنصوص عليها في القانون، بمبلغ يساوي أو يقلّ عن: خمسمائة ألف دينار (**500.000** دج)، وتحسب هذه الطلبات بالرجوع لكل ميزانية على حدة.

ويتمّ التعاقد في هاتين الحالتين أيضا وفق سندات طلب وفواتير، ومع ذلك فقد حضّ القانون على اختيار المتعاملين وفق نفس الأسس والمبادئ العامة القائمة على حسن الاختيار، فقد نصّت الفقرة الثانية من المادة (21) على أنّه: "ويبقى اختيار المتعاملين الاقتصاديين خاضعا للمتطلبات التي ترتبط باختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وبالإضافة إلى ذلك يجب على المصلحة المتعاقدة أن لا تلجأ لنفس المتعامل الاقتصادي عندما يمكن تلبية تلك الخدمات من طرف متعاملين اقتصاديين آخرين، إلا في الحالات الاستثنائية المبررة كما ينبغي".

الفرع الثالث: التقويم الشرعي للتعاقد عن طريق الاتّفاق المباشر

بعد استعراض تفاصيل التعاقد عن طريق الاتّفاق المباشر يمكن تكييفه على أساس المساومة –في حقّ المتعامل–، كما يمكن تكييفها على أساس "المناقصة" في حقّ المصلحة المتعاقدة في حال استشارة أكثر من جهة؛ لأنّها غالبا ما ترسي عطاءها لأقلّ الأثمان المعروضة.

ويبدو أنّ الأسس التي سار عليها القانون "الاستشارة" موضوعية وعادلة، وذلك من شروط صحّة أسلوب "المناقصة".

ويترتّب على ذلك عدم التزام المتعامل المتعاقد مع الإدارة أن يفصح عن تكاليف السلع والخدمات التي يقدّمها في عرضه، ولا يتصوّر في حالة استشارة الإدارة لأكثر من متعامل الرجوع على المتعامل في ثمن السلع والخدمات، أو لحصوله على خصومات أو تخفيضات من مورّديه؛ لأنّها قبلت بعرضه من بين كلّ العروض الأخرى وفق مبدأ المناقصة "الأقلّ ثمنا".

المبحث الثالث
التعاقد المالي غير المباشر مع الدولة

سنتناول في هذا المبحث الطرق غير المباشرة التي يتمّ من خلالها التعاقد مع الدولة؛ وهي الطرق التي ينبغي أن تخضع لها الصفقات العمومية في الأصل، فقد نصّت المادة (39) من قانون الصفقات العمومية على أن "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكّل القاعدة العامة، أو إجراء التراضي"، وذلك لتحقيق المبادئ المشار إليها سابقا[1].

ويندرج ضمن هذا المبحث المطالب الأربعة التالية:

المطلب الأول: التعاقد عن طريق المناقصة

المطلب الثاني: التعاقد عن طريق المزايدة

المطلب الثالث: التعاقد عن طريق المسابقة

المطلب الرابع: التعاقد عن طريق الاستشارة الانتقائية

المطلب الأوّل: التعاقد عن طريق المناقصة

ونفصّل الحديث عن هذا الأسلوب من التعاقد في الفروع التالية:

الفرع الأوّل: مفهوم المناقصة

تناولنا المناقصة في الفصل الثاني من الباب الأوّل، وذكرنا بأنّها: "عرض المشتري سلعة موصوفة بأوصاف معيّنة، يتنافس الباعة في عرض البيع بثمن أقلّ، ويرسو البيع على من رضي بأقلّ سعر"[2].

---

(1) يراجع ص: 90.

(2) يراجع: مصطفى الزرقا، **عقد البيع**: 166، **الموسوعة الفقهية، المرجع السابق**: 9/9، رفيق المصري، **مناقصات**

كما ذكرنا بأنّ المناقصة عملية مركّبة من عقد بين الجهة الإدارية والمناقصين، ويتخلّلها عقد مرتبط بها هو عقد الضمان، وعقد مستقلّ عنها، وإن كان له صلة بها، وهو عقد بيع أوراق المناقصة (دفتر الشروط)، ثمّ تنتهي العملية إلى عقد، وهو المستهدف من العملية: وهو أحد العقود المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية غالبا.

وقد اعتمد قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 أسلوب المناقصات بأشكال مختلفة، لكن تحت مسمّى جديد "طلب العروض"، بينما كان في المرسوم الرئاسي السابق 10-236 "المناقصات".

وقام بتعريفه في المادة (40) كما يلي: "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدّة متعهّدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهّد الذي يقدّم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعدّ قبل إطلاق الإجراء".

الفرع الثاني: أشكال التعاقد عن طريق المناقصة

حدّد قانون الصفقات العمومية بموجب المادة (42) الأشكال التي يمكن أن يأخذها التعاقد بأسلوب "طلب العروض" فيما يلي:

- طلب العرض المفتوح.
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.
- طلب العروض المحدود.
- المسابقة.

وتشمل المناقصة الأسلوبين الأوّلين من الأساليب الأربعة (وفق التسمية القديمة في الإصدارات السابقة لقانون الصفقات العمومية)، وسنقوم بشرحهما في المسائل التالية، أمّا أسلوبي "طلب العروض المحدود" (الاستشارة الانتقائية –سابقا) و"المسابقة" فقد أفردنا لهما مطلبين خاصين بهما نظرا؛ لتميّزهما عن طريقة المناقصات.

العقود الإدارية: 35، نزيه حماد، **معجم المصطلحات**: 445.

1- طلب العروض المفتوح:

لقد كان تسمية هذه الطريقة في ظل قانون الصفقات العمومية السابق رقم 10-236: "**المناقصة المفتوحة**".

وقد عرّفت المادة (43) من قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 هذه الطريقة بما يلي: "هو إجراء يمكن من خلاله أيّ مترشّح مؤهّل أن يقدّم تعهّدا".

ويفهم من هذا التعريف: أنّه لا يشترط للمشاركة طلب العروض حيازة المتعامل الاقتصادي لمؤهّلات محدّدة، الأمر الذي يتيح لكل المتعاملين تقديم عروضهم.

وعادة ما يخصّ هذا الإجراء المشاريع التي لا تتطلّب إمكانيات مادية وبشرية أو مالية كبيرة، كما أنّ هذا الإجراء يسمح بتقديم عدد كبير من المتعاملين لعروضهم، ممّا يكرّس مبدأ المنافسة[1].

2- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا:

لقد كان تسمية هذه الطريقة في ظل قانون الصفقات العمومية السابق رقم 10-236: "**المناقصة المحدودة**".

وقد عرّفت المادة (44) من قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 هذه الطريقة بما يلي: "هو إجراء يمكن من خلاله أيّ مترشّح مؤهّل أن يقدّم تعهّدا".

يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء بتقديم تعهد. ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة.

تخص الشروط المؤهلة: القدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة. وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع.

وعادة ما يخصّ هذا الإجراء المشاريع الضخمة التي تتطلّب إمكانيات مادية وفنية عالية؛ كإنجاز الموانئ والمطارات، أو تتطلب السرعة في الإنجاز[2].

---

(1) يراجع: خلاف فاتح، **المرجع السابق**: 34.

(2) يراجع: خلاف فاتح، **المرجع السابق**: 35.

الفرع الثالث: إجراءات التعاقد عن طريق المناقصة

لقد أحاط القانون الجزائري إجراء "طلب العروض" أو "المناقصة" بجملة من الإجراءات التي تكفل تحقيق مبادئ الشفافية والمساواة والمنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين، وذلك في جميع المراحل التي تمرّ بها عملية إبرام الصفقات العمومية، بدءً بمرحلة الإعلان عن طلب العروض، وإلى غاية تحرير مضمون الاتّفاق في شكل محدّد يوقّع عليه الطرفان[1].

وفيما يلي استعراض المراحل الخمسة الأساسية لإبرام التعاقد عبر المناقصات:

المرحلة الأولى: الإعلان عن طلب العرض "المناقصة"

يعدّ الإعلان عن طلب العروض الإجراء الأوّل الذي تتّخذه المصلحة المتعاقدة بعد الانتهاء مباشرة من الإجراءات التمهيدية المتمثّلة أساسا في دراسة مضوع الصفقة وإعداد دفتر الشروط المتعلّق به من طرف لجنة الصفقات العمومية المختصة، فتحقيق مبدأ علانية الصفقات العمومية يقتضي وجوبا إشهارها من أجل إعلام أكبر عدد ممكن من المتعاملين الاقتصاديين برغبة المصلحة المتعاقدة في التعاقد، الأمر الذي يتيح لها اختيار المتعامل الذي يقدّم أفضل عرض.

وقد ألزمت المادة (61) المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى الإشهار الصحفي في جميع أساليب التعاقد عن طريق المناقصة تحت طائلة البطلان، وقد تناولت المواد (من 62 إلى 69) تفاصيل الإعلان، ونظرا لأهميّتها فسأقوم باختصار أهمّ شروطها وأحكامها في النقاط التالية:

1- بيانات الإعلان عن "المناقصة"

حرصا على تجسيد مبادئ المساواة والشفافية والمنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين أوجبت المادة (62) من قانون الصفقات على المصلحة المتعاقدة التقيّد بجملة من البيانات الإلزامية التي يجب عليها تضمينها في إعلان طلب العروض "المناقصات"، وهي:

1- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي.

2- كيفية طلب العروض "نوع المناقصة".

---

(1) يراجع: خلاف فاتح، **المرجع السابق**: 43.

3- شروط التأهيل أو الانتقاء الأوّلي.

4- موضوع العملية.

5- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصّلة إلى دفتر الشروط.

6- مدّة تحضير العروض وكان إيداعها.

7- مدّة صلاحية العروض.

8- إلزامية كفالة التعهّد إذا اقتضى الأمر.

9- تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام.

10- ثمن الوثائق عند الاقتضاء، لا سيّما ثمن تكلفة دفتر الشروط.

2- كيفيات الإعلان عن طلب العروض:

تولّت المادة (65) بيان الوسائل التي يتحقّق من خلالها مبدأ العلانية، وتتمثّل فيما يلي:

أ- **الإعلان الوطني:** يتم نشر إعلان طلب العروض "المناقصات" إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي BOMOP، كما يتمّ الإعلان وجوبا في جريدتين يوميتين موزّعتين على المستوى الوطني، تكون واحدة منهما على الأقل باللغة العربية.

ب- الإعلان المحلّي: يتم الإشهار المحلي في بعض الحالات بنشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين، وإلصاقه بمقر الولاية والبلديات التابعة لها.

ج- الإعلان الالكتروني: مكّنت المادة (66) المصلحة المتعاقدة من اللجوء إلى الإعلان الالكتروني لطلب العروض عن طريق بوابة الصفقات العمومية، كما تنص المادة (204) منه على ما يلي: "تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهّدين أو المرشحين للصفقات العمومية، بالطريقة الالكترونية".

المرحلة الثانية تحضير وتقديم العروض

بعد الإعلان عن طلب العروض يتعيّن على المتعاملين الراغبين في تقديم عروضهم تحضير جميع مشتملات العروض المقرّرة قانونا خلال الآجال المحدّدة لتحضيرها وإيصالها، والمتضمّنة ما يلي:

1- مشتملات العروض: دعت المادة (63) المصلحة المتعاقدة إلى وضع ملف طلب العروض في متناول المتعاملين الاقتصاديين، لتمكينهم من الاطلاع على جميع الوثائق والمعلومات التي تمكّنهم من تقديم تعهّدات مقبولة، وأهمّ تلك الوثائق:

- دفتر شروط طلب العروض، حيث يمكن سحبه من طرف المرشّح أو المتعهّد أو ممثليهما، أو وكيله، كما يمكن للمصلحة المتعاقدة إرساله إلى من يطلبه.

- الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة، وجميع المواصفات التقنية، والمقاييس الواجبة في المنتوجات أو الخدمات، وكذا التصميم والرسوم والتعليمات الضرورية.

- الشروط ذات الطابع الاقتصادي والتقني والضمانات المالية عند الاقتضاء.

- المعلومات أو الوثائق التكميلية المطلوبة من المتعهّدين.

- اللغة أو اللغات الواجب استعمالها في تقديم التعهدات والوثائق المصاحبة لها.

- كيفيات التسديد وعملة العرض.

- كل الكيفيات والشروط الخاصة التي تحددها المصلحة المتعاقدة للصفقة.

- تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض، والشكلية الحجية المتعمدة فيه.

- تاريخ وساعة فتح الأظرفة.

- العنوان الدقيق الذي يجب أن تودع فيه التعهّدات.

كما أوجبت المادة (67) "أن تشتمل العروض على ملف الترشح، وعرض تقني، وعرض مالي"، ما يفيد أن مشتملات العروض تنصبّ على ملف الترشّح من جهة (أ)، والعرض التقني من جهة ثانية (ب)، والعرض المالي من جهة ثالثة (ج)، وتفصيلها كما يلي:

أ- ملف الترشّح للمناقصة:

بيّنت الفقرة الأولى من المادة (67) الوثائق التي يتكوّن منها ملف الترشّح للمشاركة في المناقصة، وتتمثّل إجمالا في:

- تصريح بالترشّح.

- تصريح بالنزاهة.

- القانون الأساسي للشركات.
- الوثائق التي تتعلق بالتفويضات التي تسمح للأشخاص بإلزام المؤسسة.
- كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المتعهّدين؛ المهنية، والمالية، والتقنية.

ب- ملف العرض التقني:

حدّدت الفقرة الثانية من المادة (67) الوثائق التي يتضمنها ملف العرض التقني، ومن أهمّها:

- التصريح بالنزاهة.
- التصريح بالاكتتاب.
- كفالة التعهّد التي أصبحت ضرورية بالنسبة لصفقات الأشغال التي تتجاوز مبالغها مليار دينار (1.000.000.000 دج)، وبالنسبة لصفقات اللوازم التي تتجاوز مبالغها (300.000.000 دج). وتقدّر قيمة كفالة التعهّد بما يفوق واحدا بالمائة (1%) من مبلغ العرض (المادة: 125).
- كفالة حسن التنفيذ في حالة عدم استفادة المتعامل من إعفاء.
- كل وثيقة تسمح بتقديم العرض التقني.
- دفتر الشروط يكتب المتعهّد بخط اليد في آخر صفحته عبارة "قرئ وقبل".

ج- ملف العرض المالي:

حدّدت الفقرة الثالثة من المادة (67) الوثائق التي يتضمنها ملف العرض المالي، ومن أهمّها:

- رسالة تعهّد.
- جدول الأسعار بالوحدة.
- تفصيل كمّي وتقديري.
- تحليل السعر الإجمالي والجزافي.

وعليه، يتبيّن أنّ قبول التعهّدات متوقّف على مدى توافر الملفات الثلاثة السابقة (ملف

الترشّح، وملف العرض التقني، وملف العرض المالي).

2- آجال تحضير وإيداع العروض:

تناولت المادة (66) طرق تحديد آجال تحضير وإيداع العروض "تبعا لعناصر معيّنة مثل؛ تعقيد موضوع الصفقة المعتزم طرحها والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصالها"، ومع ذلك "يمكن المصلحة المتعاقدة أن تمدّد الأجل المحدّد لتحضير العروض، إذا اقتضت الظروف ذلك". وفي هذه الحالة يجب إخبار المتعهّدين بذلك بكلّ الوسائل.

ويبدأ احتساب "أجل تحضير العروض بالاستناد إلى تاريخ أول نشر لإعلان المنافسة"، "ويدرج تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض وتاريخ وساعة فتح الأظرفة في دفتر الشروط، قبل تسليمه".

المرحلة الثالثة: فتح الأظرفة وتقييم العروض

بعد انتهاء الآجال التي حدّدتها المصلحة للمتعاملين لتحضير وتقديم العروض، يتمّ فتح أظرفة المتعهّدين، وفي التاريخ والساعة المحدّدتين في إعلان المنافسة.

1- مرحلة فتح الأظرفة:

يتمّ فتح أظرفة المتعهّدين المتقدّمين للمشاركة في المناقصة من طرف الجهة الإدارية التي تحدثها المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية بموجب المادة (160): "لجنة دائمة واحدة أو أكثر؛ مكلّفة بفتح الأظرفة، وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية، عند الاقتضاء، تدعى في صلب النص "لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض". وتتشكّل هذه اللجنة من موظّفين مؤهّلين تابعين للمصلحة المتعاقدة، يختارون لكفاءتهم...".

وقد بيّنت المادة (162) كيفية تعيين أعضاء هذه اللجنة.

كما حدّدت المادة (71) المهام المنوطة باللجنة في مرحلة فتح الأظرفة.

2- مرحلة تقييم العروض:

تولّت المادة (72) بيان مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في مرحلة تقييم عروض المتعاملين الاقتصاديين، وانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، المتمثّل في العرض:

أ- **الأقل ثمنا** عندما يسمح موضوع الصفقة بذلك. وفي هذه الحالة، يستند تقييم العروض إلى معيار السعر فقط.

ب- **الأقل ثمنا من بين العروض المؤهلة تقنيا**، إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية وفي هذه الحالة، يستند تقييم العروض إلى عدة معايير من بينها معيار السعر.

ج- **الأعلى نقطة** استنادا إلى ترجيح عدة معايير من بينها معيار السعر، إذا كان الاختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات.

المرحلة الرابعة: المنح المؤقّت للصفقة

تعود للمصلحة المتعاقدة وحدها سلطة قرار "الإرساء المؤقّت للصفقة" على أحد المتعهّدين المقبولين من طرف "لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض"، كما منحت المادة (73) للمصلحة المتعاقدة إمكانية إلغاء إجراء المناقصة وجوبيا عندما يتعلّق الأمر بالصالح العام بالاستغناء عن الإجراء نهائيا أثناء كل مراحل إبرام الصفقة العمومية؛ بناء على ظهور مستجدات تغيّر من احتياجات المصلحة المتعاقدة.

1- الإعلان عن المنح المؤقّت للصفقة:

نصّت الفقرة الثانية من المادة (65) على أن: "يدرج إعلان المنح المؤقّت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك ممكنا".

وقد أوجبت الفقرة الثانية من المادة (82) على المصلحة المتعاقدة "أن تبلّغ في إعلان منح المؤقّت للصفقة عن نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة العمومية مؤقّتا ورقم تعريفه الجبائي عند الاقتضاء"، وذلك "للسماح للمتعهّدين بممارسة حقّهم في الطعن لدى لجنة الصفقات العمومية المختصّة"، كما أوجبت الفقرة الرابعة من ذات المادة، على المصلحة المتعاقدة دعوة "المترشّحين والمتعهّدين الراغبين في الاطلاع على النتائج المفصّلة لتقييم ترشيحاتهم وعروضهم التقنية والمالية، الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (3) أيام ابتداء من اليوم الأوّل لنشر إعلان المنح المؤقّت للصفقة لتبليغهم هذه النتائج كتابيا"، ويترتّب على ذلك احتمالان:

الاحتمال الأوّل: ويتمثّل في عدم تقديم المتعاملين الاقتصاديين المنافسين طعونا ضد إعلان المنح المؤقّت للصفقة، فتتمكّن المصلحة المتعاقدة بعد انقضاء الآجال القانونية

للطعن باتخاذ قرار المنح النهائي.

الاحتمال الثاني: ويتمثّل في تقديم بعض المتعاملين الاقتصاديين المنافسين طعنا ضد إعلان المنح المؤقّت للصفقة لدى لجنة الصفقات العمومية المختصّة، التي يجب على المصلحة المتعاقدة أن تشير إليها في إعلان المنح المؤقّت.

2- حالة الطعن في إعلان المنح المؤقّت للصفقة:

حدّدت الفقرة الثالثة من المادة (82) أجل رفع الطعن في عشرة (10) أيّام، ابتداء من تاريخ أوّل نشر لإعلان المنح المؤقّت للصفقة.

تأخذ لجنة الصفقات المختصة قرارا في أجل خمسة عشر (15) يوما، ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة (10) أيام المذكورة، ويبلّغ هذا القرار للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.

المرحلة الخامسة: المنح النهائي للصفقة

يتم الإعلان عن المنح النهائي للصفقة في الجرائد التي نشر بها الإعلان عن المناقصة، وإعلان المنح المؤقّت، الأمر الذي يتيح للمصلحة المتعاقدة إبرام عقد الصفقة العمومية مع المتعامل الاقتصادي الحائز على الصفقة بصفة نهائية، من خلال تحرير عقد إداري يوقّع عليه أطرافه.

الفرع الرابع: التقويم الشرعي لإجراءات التعاقد عن طريق المناقصة

بعد استعراض تفاصيل التعاقد عن طريق المناقصة بدا للباحث استيفاؤها للشروط والضوابط الشرعية التي ذكرناها في الباب الأوّل، وأخصّ منها بالذكر النقاط الثلاثة التالية:

1- اعتماد المناقصة على أسس موضوعية وعادلة ومعلومة لدى كلّ من أراد المشاركة في الترشّح لنيل الصفقة (شروط الترشّح، لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، حقّ الطعن ...).

2- طلب كفالة التعهّد: ممن يريد الدخول في المناقصة جائزة شرعاً، وقد نصّ القانون على ردّها لمن لم يفز بالعطاء، أو تحويلها إلى كفالة حسن التنفيذ حال اشتراطها في الصفقة.

3- ثمن الوثائق –دفتر الشروط- لا مانع شرعاً منه بما لا يزيد عن القيمة الفعلية.

المطلب الثاني: التعاقد عن طريق المزايدة

ونفصّل الحديث عن هذا الأسلوب من التعاقد في الفروع التالية:

الفرع الأوّل: مفهوم المزايدة

تناولنا المزايدة في الفصل الثاني من الباب الأوّل، وذكرنا بأنّها: عرض البائع سلعته في السوق، ويتزايد المشترون فيها، فتباع لمن يدفع الأكثر[1].

وقد ذكر قانون الصفقات العمومية في المراسيم السابقة إلى غاية المرسوم الرئاسي رقم 10-236 "المزايدة" كشكل من أشكال التعاقد، ليتمّ إلغاؤه في المرسوم الأخير رقم 15-247.

إلاّ أنّ المرسوم الرئاسي رقم 10-236 قام بتعريف المزايدة في المادة (33) كما يلي: "المزايدة هي الإجراء الذي تمنح الصفقة بموجبه للمتعهّد الذي يقدّم العرض **الأقل ثمنا**، وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادة، ولا تخصّ إلاّ المؤسّسات الخاضعة للقانون الجزائري".

وهذا التعريف مطابق لمعنى المناقصة ومناقض لمعنى المزايدة الذي ذكرناه سابقا، ولذلك حذفه المقنّن الجزائري من المرسوم الرئاسي الأخير تفاديا للخلط والالتباس بين مفهوم المزايدة (وهي البيع بأعلى ثمن)، والمناقصة (وهي البيع بأقلّ ثمن).

ويمكن تفسير هذا التناقض في أنّ قانون الصفقات العمومية ينظّم نفقات الدولة وليس إيراداتها، ويستلزم ذلك ترشيد النفقات وتخفيفها وتوجيهها نحو العروض الأقل كلفة، وذلك منطق المناقصة، أمّا المزايدة فينبغي أن تُبحث في مجال إيرادات الدولة، وذلك ما سنبحثه في الفرع الآتي.

الفرع الثاني: مجال تطبيق المزايدة في عقود الإدارة

تناول المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المحدّد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك

---

(1) يراجع: ابن جزي، **القوانين الفقهية**: 415، الرصاع، **الهداية الكافية**: 383/2، نزيه حمّاد، **معجم المصطلحات**: 412.

العمومية[1]، الحالات التي يجب اعتماد صيغة المزاد العلني المادتين (90، و130)، وتتمثّل فيما يلي:

– عندما "يكون بيع الممتلكات العقارية التابعة للأملاك الخاصة للدولة غير المخصصة، أو التي ألغي تخصيصها، وفيما إذا لم تعد صالحة للمصالح والمؤسسات العمومية".

– عندما "يكون تأجير العقارات، غير المحلات ذات الاستعمال السكني".

الفرع الثالث: إجراءات تطبيق المزايدة في بيع وإيجار أملاك الدولة

حدّد المرسوم التنفيذي رقم 12–427 إجراءات تطبيق المزاد العلني، من خلال الإجراءات التالية:

1– تشكيل لجنة المزاد العلني:

نصّت الفقرة الثانية من المادة (90) على تشكيل "لجنة مختصة بالبيع عن طريق المزاد العلني" بموجب قرار من الوالي.

2– إعداد دفتر شروط:

نصّت الفقرة الثالثة من المادة (90) على أنّ المزايدات العلنية تتمّ على أساس دفتر شروط، تعده مصلحة أملاك الدولة ومطابق للنموذج الذي يقره الوزير المكلف بالمالية. ويعلن عليها بواسطة ملصقات وإعلانات في الصحافة على الأقل عشرين (20) يوما قبل تاريخ إجراء البيع بالمزاد وتحدد مصلحة أملاك الدولة السعر الأدنى لهذه العقارات حسب قيمتها التجارية.

وقد صدر بمقتضى القرار الوزاري المؤرخ في 5 مارس 1997: "نموذج دفتر الشروط المحدد للبنود والشروط المطبقة في بيع العقارات التابعة للأملاك الوطنية الخاصة بالمزايدات العلنية" في اثنين وعشرين (22) مادة.

كما نصّت الفقرة الثانية من المادّة (150) من المرسوم التنفيذي على أن "يبيّن دفتر

---

(1) المؤرّخ في 16 ديسمبر 2012.

الشروط العامة، على الخصوص، الكيفيات والإجراءات المتعلقة بالعروض المختومة والمزايدات والحالات التي لا يمكن إجراء المزاد فيها بسبب نقص العروض أو انعدامها".

3- إعلان المزاد العلني:

على غرار أسلوب التعاقد بالمناقصات، يتوجّب أيضا الإعلان عن المزايدات العامة، وقد حدّدت المادة (151) من المرسوم التنفيذي آجاله وكيفياته كما يلي: "يعلن المزاد قبل خمسة عشر (15) يوما على الأقل من تاريخ البيع، عن طريق الملصقات وإن اقتضى الأمر، عن طريق الإعلانات الصحفية أو بأية وسيلة أخرى يمكن أن تثير المنافسة، ما عدا الأشياء والأملاك القابلة للتلف أو الأشياء التي يتحتم رفعها فورا أو الأشياء ضئيلة القيمة".

4- أشكال المزايدة:

تتّخذ المزايدات أشكالا مختلفة بيّنتها المادة (152) كما يلي:

- المزايدة الشفوية.
- العروض المختومة.
- أي طريقة أخرى تحفّز على المنافسة.

5- تحديد السعر الأدنى:

المزايدة مبنية على إرساء العطاء لمن يعرض أكثر من السعر الأدنى الذي تبدأ به المزايدة، والذي "تحدده مصلحة أملاك الدولة بناء على تقدير المصلحة أو الهيئة التي وردت منها الأشياء المطلوب بيعها، بعد خبرة يقوم بها الخبراء الفنيون، إن اقتضى الأمر ذلك"، وقد منعت المادة (153) "أن يكون سعر المزايدة أقل من السعر الأدنى المحدد مقدما، ويجب أن يبقى هذا السعر المحدد سريا، سواء نجحت عملية البيع أو فشلت".

"وإذا لم يمكن الوصول إلى السعر الأدنى، من خلال المزايدات أو العروض، فإن عون مصلحة أملاك الدولة يعلن تأجيل البيع، ويحرر محضرا بذلك، ويتخذ الإجراء حينئذ وفق ما ينص عليه دفتر الشروط العامة".

6- مكان وزمان عقد المزايدة

نصّت المادّة (155) على أنّ مصلحة أملاك الدولة هي من تحدّد "تاريخ المزايدة

ومكانها، وتأخذ بعين الاعتبار خاصة، طبيعة الأشياء والمعدات والمواد والبضائع المختلفة المطلوب بيعها، وكمياتها وموقعها.

وتجرى المزايدة سواء في عين المكان الذي توجد فيه الأشياء المذكورة والمعدات والمواد والبضائع المختلفة، أو في مراكز تختارها مصلحة أملاك الدولة خصيصا لذلك بحسب الموقع الجغرافي والأهمية الاقتصادية في الناحية، وتباع الأملاك، في هذه الحالة الأخيرة، دون أن تنقل، أو بعد أن تنقل فعلا، أو استنادا إلى عينات منها".

كما يتم "تفرز الأملاك المطلوب بيعها مبدئيا وتجمّع حسب أصناف متشابهة أو متطابقة.

"ويجب على ممثل المصلحة أو الهيئة المسلمة أن يحضر بيع الأملاك المذكورة أعلاه".

7- كفالة الضمان:

نصّت المادة (3) من نموذج دفتر شروط بيع العقارات التابعة للأملاك الوطنية الخاصة بالمزايدات العلنية على أنّه "يجب على الأشخاص الذين يريدون المشاركة في المزاد أن يدفعوا كفالة الضمان تمثّل 10% من مبلغ الثمن المعروض للجزء الذي يرغبون أن يكونوا مزايدين فيه".

الفرع الرابع: التقويم الشرعي لإجراءات المزايدة

بعد استعراض تفاصيل التعاقد عن طريق المزايدة بدا للباحث استيفاءها للشروط والضوابط الشرعية التي ذكرناها في الباب الأوّل.

1- اعتمادها: على أسس موضوعية وعادلة ومعلومة لدى كلّ من أراد المشاركة في الترشّح لنيل الصفقة (شروط الترشّح، لجنة المزاد العلني ...).

2- استبعاد من يمس بحرية المزايدة، أو من ثبتت مخالفتهم لها سابقا؛ حماية للمزاد من صور النجش الممنوعة شرعا.

3- طلب كفالة الضمان: ممن يريد الدخول في المزايدة جائزة شرعاً، وقد نصّ القانون على ردّها لمن لم يفز بالعطاء، أو احتسابها من الثمن لمن فاز بالصفقة.

المطلب الثالث: التعاقد عن طريق المسابقة

ونفصّل الحديث عن هذا الأسلوب من التعاقد في الفروع التالية:

الفرع الأوّل: مفهوم المسابقة

المسابقة –بضم الميم مصدر سابق– هي: الإسراع إلى الشيء ليحصل التقدم على الغير في الوصول إليه[1].

وقد عرّفت المادة (47) من قانون الصفقات العمومية المسابقة بأنّها: "إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار، بعد رأي لجنة التحكيم، مخطط مشروع أو مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة. وتمنح الصفقة بعد المفاوضات، للفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية".

الفرع الثاني: مجال تطبيق المسابقة في عقود الإدارة

اعتمد القانين الإداري إجراء المسابقة في بعض حالات العقود الإدارية؛ كطريقة للتعاقد مع المترشّحين في إطار مبدأ حرية المنافسة، وسنذكر مثالين ممّا عثرنا عليه:

1- المسابقة في الصفقات العمومية:

أقرّ قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 في المادة (42) المسابقة كإحدى طرق للتعاقد، ثمّ حدّدت الفقرة الثالثة من المادة (47) المجالات التي يمكن أن تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة إلى إجراء المسابقة، وتتمثّل فيما يلي:

– مجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة المعمارية والهندسة، أو معالجة المعلومات.

كما منعت الفقرة الرابعة من المادة (47) إبرام "صفقة الإشراف على إنجاز أشغال وجوبا عن طريق المسابقة إذا:

– لم يتجاوز مبلغها الحد المنصوص عليه في هذا المرسوم.

---

(1) يراجع: محمد رواس قلعه جي، **معجم لغة الفقهاء**، دار النفائس، بيروت، ط2، 1988: 394.

– يتعلق موضوعها بالتدخل في مبنى قائم، أو منشأة بنية تحتية، أو التي لا تحتوي على مهام تصميم.

كما حدّدت المادة (48) من قانون الصفقات العمومية أشكال المسابقات كالآتي:

– المسابقة المحدودة (وهي واجبة في حال: مسابقة الإشراف على الإنجاز).

–المسابقة المفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا.

2– المسابقة في التوظيف العمومي:

اعتمد الأمر رقم 06–03 المتضمّن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية[1]، في المادة (80) المسابقة كإحدى طرق الالتحاق بالوظائف العمومية، وفق الشكلين التاليين:

– المسابقة على أساس الاختبارات.

– المسابقة على أساس الشهادات بالنسبة لبعض أسلاك الموظفين.

الفرع الثالث: إجراءات تطبيق المسابقة في الصفقات العمومية

1– المسابقة في الصفقات العمومية:

حدّدت المادة (42) من قانون الصفقات العمومية إجراءات المسابقة وفق المراحل التالية:

المرحلة الأولى: دعوة المرشّحين

في إطار مسابقة محدودة، يدعى المرشحون في مرحلة أولى إلى تقديم أظرفة ملفات الترشيحات فقط. وبعد فتح أظرفة ملفات الترشيحات وتقييمها، لا يدعى إلى تقديم أظرفة العرض التقني والخدمات والعرض المالي إلاّ المرشحون الذين جرى انتقاؤهم الأولي.

يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستتم دعوتهم لتقديم تعهد بعد انتقاء أولي، بخمسة (5) منهم.

المرحلة الثانية: تقييم خدمات المسابقة

نصّت الفقرة السادسة من المادة (48) على أن: "يتم تقييم خدمات المسابقة من طرف

---

(1) المؤرّخ في 15 يوليو سنة 2006.

"لجنة تحكيم" تتكون من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني ومستقلين عن المرشحين".

كما حدّدت الفقرة السابعة من نفس المادة: "تشكيلة "لجنة التحكيم" بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني".

وأوجبت الفقرة الثامنة منها: "على المصلحة المتعاقدة ضمان إغفال أظرفة خدمات المسابقة قبل إرسالها إلى رئيس لجنة التحكيم ويجب ضمان إغفال هذه الأظرفة إلى غاية التوقيع على محضر لجنة التحكيم".

وينتهي عمل "لجنة التحكيم" بإرسال "محضر الجلسة مرفقا، برأي معلّل يبرز عند الاحتمال ضرورة توضيح بعض الجوانب المرتبطة بالخدمات، إلى المصلحة المتعاقدة".

المرحلة الثالثة: قرار منح الصفقة

بيّنت الفقرة الثالثة عشرة من المادة (48) كيفية إصدار قرار منح الصفقة في المسابقات بناء على نوع الصفقة كما يلي:

– بالنسبة لمشاريع إنجاز المباني "يمكن أن تدفع المصلحة المتعاقدة منحا للفائز أو الفائزين في المسابقة طبقا لاقتراحات لجنة التحكيم، حسب نسب وكيفيات تحدّد بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالسكن والوزير المكلف بالمالية".

– أما بالنسبة للمشاريع الأخرى "فتحدد نسب وكيفيات دفع المنح بموجب قرار مشترك بين مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية".

2–المسابقة في التوظيف العمومي:

نصّت المادة (82) من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية على أنّه يتم تحديد "كيفيات المسابقات وإجرائها عن طريق التنظيم".

إلاّ أنّ المادة (81) قد حدّدت من يتولّى إعلان "نجاح المترشحين في مسابقة على أساس الاختبارات أو مسابقة على أساس الشهادات أو اختبار مهني" وذلك "من طرف لجنة تضع قائمة ترتيبية على أساس الاستحقاق".

الفرع الرابع: التقويم الشرعي لإجراءات المسابقة

بعد استعراض تفاصيل التعاقد عن طريق المسابقة بدا للباحث تكييفها على أساس

"المناقصة" بالنسبة لمسابقات الصفقات العمومية، أمّا مسابقات التوظيف العمومي فتكييفها على أساس "اختبار الكفاءة والأهلية" الذي هو أحد شرطي تولية المناصب.

1- وقد استوفت أحكام المسابقة المكيّفة على أساس "المناقصة" الشروط والضوابط الشرعية التي ذكرناها في الباب الأوّل، واعتمادها أسس موضوعية وعادلة ومعلومة لدى كلّ من أراد المشاركة في الترشّح لنيل الصفقة (شروط الترشّح، لجنة التحكيم...).

2- أمّا مسابقات التوظيف العمومي فيبدو أنّ القانون حريص على توخّي مبدأ اختيار الأكفأ من خلال التدابير والإجراءات التي نصّ عليها (لجنة التقييم، الترتيب على أساس الاستحقاق ...).

المطلب الرابع: التعاقد عن طريق الاستشارة الانتقائية

ونفصّل الحديث عن هذا الأسلوب من التعاقد في الفروع التالية:

الفرع الأوّل: مفهوم الاستشارة الانتقائية

عرّفت المادة (45) من قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 هذه الطريقة بما يلي: "هي إجراء لاستشارة انتقائية يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعوين وحدهم لتقديم تعهد".

يمكن أن تحدد المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستتم دعوتهم لتقديم تعهد بعد انتقاء أولي بخمسة (5) منهم.

وقد اعتمدت تسمية "**الاستشارة الانتقائية**" في ظل قوانين الصفقات العمومية السابقة إلى غاية القانون رقم 10-236، ليتمّ تحويلها في القانون رقم 15-247 إلى "**طلب العروض المحدود**".

الفرع الثاني: مجال تطبيق الاستشارة الانتقائية

بيّنت الفقرة الثالثة من المادة (45) من قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 مجال تطبيق "الاستشارة الانتقائية" و"الانتقاء الأولي لاختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر: بالدراسات أو بالعمليات المعقدة و/ أو ذات الأهمية الخاصة".

الفرع الثالث: إجراءات الاستشارة الانتقائية

تتّخذ "الاستشارة الانتقائية" عند التطبيق ثلاثة أشكال:

1- الاستشارة الانتقائية على مرحلة واحدة:

وذلك "عندما يطلق الإجراء على أساس مواصفات تقنية مفصّلة معدّة بالرجوع لمقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية.

2- الاستشارة الانتقائية على مرحلتين:

يكون ذلك "استثناء عندما يطلق الإجراء على أساس برنامج وظيفي، إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها، حتى بصفقة دراسات".

وقد فصّلت المادة (46) إجراءاتها: بدءً من دعوة المترشّحين الذين جرى انتقاؤهم الأولي برسالة استشارة إلى تقديم عرض تقني أوّلي دون عرض مالي.

ثمّ بيّنت مهام "لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض" فيما يخص العروض التي تراها مطابقة لدفتر الشروط، وتقترح اللجنة على المصلحة المتعاقدة إقصاء عروض المترشّحين الذين لا يستوفون متطلّبات البرنامج الوظيفي أو المواصفات المنصوص عليها في دفتر الشروط.

ولا يدعى في المرحلة الثانية سوى المرشّحون الذين جرى إعلان مطابقة عروضهم التقنية الأولية؛ لتقديم عرض تقني نهائي، وعرض مالي على أساس دفتر شروط معدّل عند الضرورة.

3- الاستشارة الانتقائية المباشرة:

سمحت الفقرة التاسعة من المادة (45) "للمصلحة المتعاقدة القيام باستشارة مباشرة للمتعاملين الاقتصاديين المؤهلين والمسجلين في قائمة مفتوحة تعدها المصلحة المتعاقدة على أساس انتقاء أوّلي بمناسبة إنجاز عمليات دراسات أو هندسة مركبة أو ذات أهمية خاصة و/أو عمليات اقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري. وفي هذه الحالة، يجب تجديد الانتقاء الأوّلي كل ثلاث (3) سنوات.

ويجب أن يتم النصّ على كيفيات الانتقاء الأولي والاستشارة في إطار "طلب العروض

المحدود" في دفتر الشروط.

تحدد قائمة المشاريع التي يمكن أن تكون موضوع طلب العروض المحدود بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات، حسب الحالة.

الفرع الرابع: التقويم الشرعي للاستشارة الانتقائية

بعد استعراض تفاصيل التعاقد عن طريق الاستشارة الانتقائية بدا للباحث وجود تشابه كبير مع طريقة المناقصات.

ويظهر –بحسب ما اطّلع عليه الباحث من وثائق– استيفاء هذه الطريقة للشروط والضوابط الشرعية المتعلّقة بها، ولا يضرّ كون الاستشارة محدودة وانتقائية، فقد أجاز قرار مجمع الفقه الإسلامي "قصر الاشتراك في المناقصة على المصنَّفين رسميا، أو المرخص لهم حكوميا، ويجب أن يكون هذا التصنيف، أو الترخيص قائما على أسس موضوعية عادلة"، وهذا ما شدّد عليه القانون من خلال الشروط والإجراءات والآليات التي فرضها: (شروط الترشّح، لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ...).

خلاصة الفصل الأوّل:

انتهينا خلال هذا الفصل إلى استعراض أهمّ أشكال التعاقد مع الدولة؛ إمّا بتعاقدها مع أشخاص طبيعيين؛ لتوفير احتياجات: السكن، والعمل، والخدمات الضرورية، أو مع أشخاص تجاريين؛ لبناء المرافق العامة وتشييدها، أو تجهيزها وتزويدها، أو تسييرها وإدارتها، أو استثمار أملاك الدولة واستغلالها.

كما تعرّضنا إلى أهمّ أساليب التعاقد مع الدولة، ويمكن تقسيمهما إلى نوعين رئيسين: أسلوب مباشر، وأسلوب غير مباشر، وينطوي كلّ واحد منهما على أشكال متنوّعة، ومن أهمّ أساليب التعاقد المباشر: التعاقد عن طريق التراضي البسيط، والتعاقد عن طريق التراضي بعد الاستشارة، والتعاقد عن طريق الاتفاق المباشر.

أمّا أشكال التعاقد غير المباشر فمنها: التعاقد عن طريق المناقصة، والتعاقد عن طريق

المزايدة، والتعاقد عن طريق المسابقة، والتعاقد عن طريق الاستشارة الانتقائية.

وتخضع جميع هذه الأساليب إلى مبادئ حرية المنافسة والشفافية وتهدف جمعيها إلى ترشيد اختيار المتعاملين الذين تتوافر فيهم شروط الملاءة الأدبية والكفاءة العملية.

كما تعرّضنا إلى شروط كلّ أسلوب من هذه الأساليب وتكييفه الفقهي.

الفصل الثاني

تعديل التعاقد المالي مع الدولة وانتهاؤه وآثارهما

سنتناول خلال هذا الفصل ما يعتري عقود الإدارة من ظروف ملجئة تستدعي إدخال تعديلات على بعض بنودها أو إنهائها بشكل تام، سواء تمّ ذلك بشكل طبيعي بحسب مقتضى العقد أو بالتراضي بين الطرفين، أو كان بالقوّة؛ قوّة القضاء، أو القانون أو الظروف الطارئة.

كما سنتناول الآثار المترتبة على تعديل العقود أو إنهائها بشكل طبيعي أو بالقوة.

ويشتمل هذا الفصل على أربعة مباحث:

المبحث الأوّل: تعديل عقود الإدارة

المبحث الثاني: انتهاء التعاقد مع الدولة طبيعيا أو بالتراضي

المبحث الثالث: انتهاء التعاقد مع الدولة بالقوة

المبحث الرابع: آثار انتهاء التعاقد مع الدولة

المبحث الأول
تعديل عقود الإدارة

وسنتطرّق في هذا المبحث إلى مآلات عقود الإدارة وآثارها بعد الانعقاد، فقد تعتري هذه العقود أثناء تنفيذها بعض الظروف والأحداث الطارئة التي تستدعي إدخال تعديلات على بنودها والتزاماتها إعمالا للمصلحة العامة، لكن دون إهدار مصالح المتعاملين مع الإدارة وتحقيق التوازن المالي في اقتصاديات تلك العقود.

سنبحث هذه المسائل ضمن المطالب الأربعة التالية:

المطلب الأوّل: تعديل عقود الإدارة وفق سلطة الإدارة

المطلب الثاني: تعديل عقود الإدارة وفق نظرية فعل الأمير

المطلب الثالث: تعديل عقود الإدارة وفق نظرية الظروف الطارئة

المطلب الرابع: تعديل عقود الإدارة وفق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقّعة

المطلب الأوّل: تعديل عقود الإدارة وفق سلطة الإدارة

وسنبحث هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

الفرع الأوّل: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

تعدّ سلطة تعديل العقود الإدارية أحد أهمّ السمات المميّزة للصفقات العمومية والعقود الإدارية عموما عن عقود القانون الخاص، فهي تتقرّر للمصلحة المتعاقدة دون الحاجة إلى النص عليها[1]، ومقتضى هذه السلطة أنّ "جهة الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة –وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم –حقّ تعديل العقد أثناء

(1) يراجع: سليمان الطماوي، **أموال الإدارة العامة وامتيازاتها**: 354، ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 593، محمد رفعت، **المرجع السبق**: 601.

تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد"[1].

وفي هذا الإطار يمكن للمصلحة المتعاقدة تغيير كمية المواد والأعمال أو الأشياء محلّ العقد، أو وسائل وطرق التنفيذ المتفق عليها، كما يحق لها أيضا تغيير مدّة تنفيذ العقد، وذلك دون حاجتها إلى موافقة المتعاقد معها، ولا يحق له الاحتجاج أو الاعتراض طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للصفقة وفرضته مقتضيات المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام[2].

الفرع الثاني: حدود ومجالات تعديل العقد الإداري

وتتنوّع صور تعديل شروط العقد وتختلف حسب الظروف، فيمكن أن تتناول على سبيل المثال ما يلي[3]:

1- تعديل كمّي بزيادة التزامات المتعاقد، مثل: زيادة مقدار أو كمية الأدوات والأصناف الموردة بنسبة معينة، أو إضافة حجرات أو ملحقات جديدة بالمبنى أو المباني التي تقرّر إنشاؤها في عقد الأشغال العامة.

2- تعديل كمّي بإنقاص التزامات المتعاقد؛ مثل خفض مقدار أو كمية المواد المورّدة بنسبة معيّنة في عقد التوريد، أو إلغاء أجزاء أو حجرات معيّنة في المباني بالنسبة لعقد الأشغال العامة.

3- تعديل في البرنامج الزمني للتوريدات أو تنفيذ الأعمال؛ سواء بالإسراع أو الإبطاء، أو وضع نظام أولويات في تنفيذ بعض التوريدات وبعض الأعمال قبل غيرها.

وإذا كان لجهة الإدارة سلطة استثنائية في إحداث تعديلات في شروط العقد الإداري على هذا النحو لمصلحة واحتياجات المرافق العامة، إلاّ أنّه من الضروري في نفس الوقت وضع الضوابط أو الحدود على سلطتها في التعديل لحماية المتعاقد الآخر، وفيما يلي الضوابط والحدود التي تقيّد الإدارة في سلطتها في التعديل:

---

(1) يراجع: محمود حلمي، **العقد الإداري**، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1977، ص: 51.

(2) يراجع: خلاف فاتح، **المرجع السابق**: 68.

(3) يراجع: محمد رفعت، **المرجع السابق**: 602.

1- نظرا؛ لأن حق الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري معلّل باحتياجات المرافق العامة التي تتصل بها العقود الإدارية، فمن المستقر أنّ حقّ الإدارة في التعديل ينحصر فقط في شروط العقد التي تتعلق مباشرة بسير المرافق العامة وحاجاته ولظروف طرأت بعد توقيع العقد تبرّر التعديل.

أمّا الشروط المالية في العقد التي لا تتعلق بعمل وسير المرفق، وإنّما تتّصل بالمزايا والحقوق المالية للمتعاقد مع الإدارة، فلا يجوز أن تعدّلها الإدارة، ومن ثمّ إذا جاز للإدارة تعديل في حجم التوريدات أو الأعمال بالزيادة أو النقصان مثلا، فلا يجوز لها خفض الأسعار المتّفق عليها في عقد التوريد أو عقد الأشغال العامة؛ لأنّ فئات ونسب الأسعار حقوق مالية خالصة للمتعاقد، ولا يحقّ للإدارة المساس بها.

2- التعديل في شروط العقد الخاصة بسير ونشاط المرفق له أيضا حدود معقولة لا يجوز تعدّيها.

- فإذا كان التعديل كميّا بالزيادة أو النقصان، فلا يجوز أن يزيد عن نسبة معيّنة من التزامات المتعاقد. وقد يُنصّ على هذه النسبة المسموح بها في القوانين واللوائح، منا قد ينص عليها في نفس العقد. وإذا لم ينص عليها فيهما، فإنّ القضاء الإداري هو من يضع هذه النسبة.

- إذا كان التعديل نوعيا، فيجب ألا يغيّر موضوع العقد أو جوهر التزامات المتعاقد. ففي عقود التوريد مثلا، لا يجوز للإدارة المطالبة بتوريد أصناف من نوعية مختلفة عن المنصوص عليها في العقد الأصلي.

كما أنّه في عقد الأشغال العامة لا يجوز للإدارة أن تغيّر نوعية المشروع وطبيعته فتطلب منه إنشاء مشروع آخر مختلف تماما أو إلى حدّ كبير.

ويراقب القضاء الإداري المصلحة المتعاقدة في ممارسة سلطتها في التعديل بحيث لا تخرج عن موضوع العقد.

3- إذا قامت الإدارة بتعديل شروط العقد على خلاف الضوابط السابقة. أي إذا مسّت الشروط المالية، أو إذا عدّلت شروط أخرى متّصلة بالمرفق ولكن بنسبة كبيرة تتجاوز المسموح به، أو عدّلتها نوعيا بما يلزم المتعاقد بأشياء تخرج تماما عن موضوع العقد، ففي

هذه الحالات يحقّ للمتعامل المتعاقد مع الإدارة أن يطلب من القاضي فسخ العقد وإنهاءه تماما مع حقّه في مطالبة الإدارة بالتعويض عمّا لحق المتعاقد من خسارة أو فاته من كسب.

الفرع الثالث: إجراءات تعديل العقد الإداري

تتجلّى سلطة الإدارة في تعديل الصفقة من خلال إصدار "الملحق"، وقد قيّد قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 هذه السلطة ضمن إطار محدّد ودقيق حدّدتها الفقرة الثامنة من المادة (136): "ومهما يكن من أمر، فإنّه لا يمكن أن يؤثّر الملحق بصفة أساسية على توازن الصفقة، ما عدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقّعة وخارجة عن إرادة أطراف الصفقة، وزيادة على ذلك، لا يمكن أن يغيّر الملحق موضوع الصفقة أو مداها".

ويستشفّ ممّا سبق أنّ تعديل الصفقة العمومية مقيّد بثلاثة شروط:

1- كتابة التعديل في ملحق: وهو وثيقة تعاقد تابعة للصفقة الأصلية أقرها القسم الخامس المعنون بـ"الملحق" من الفصل الرابع من قانون الصفقات العمومية، وتناولها في خمس مواد (135 إلى 139)، ويفهم من ذلك وجوب التزام المصلحة المتعاقدة بكتابته في حالة ممارستها سلطة تعديل الصفقة العمومية.

2- عدم تأثير التعديل على توازن الصفقة العمومية: إلاّ في حال طروء تبعات تقنية لم تكن متوقّعة وخارجة عن إرادة الأطراف.

3- عدم تغيير موضوع الصفقة أو مداها: بمعنى أنّه يجب ألاّ يؤدّي تعديل الصفقة العمومية إلى المساس الجوهري بالصفقة العمومية[1].

هذا، وقد نصّت المادة (137) أيضا على خضوع الملحق "للشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة. وفي حالة تعذر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة، بالنسبة للخدمات التكميلية الواردة في ملحق، فإنه يمكن أن تحدد أسعار جديدة، عند الاقتضاء".

الفرع الرابع: التوصيف الشرعي لسلطة الإدارة في تعديل عقودها

المسألة الأولى: الأصل في العقود اللزوم

---

(1) يراجع: خلاف فاتح، **المرجع السابق**: 69.

من المقرّر في الفقه الإسلامي أنّ "الأصل في العقود اللزوم"[1]، أي: أنّه لا يستطيع أحد الطرفين بعد العقد التحلّل من قيده ما لم يتّفقا على الإقالة، فإن العقد رابطة تقيّد المتعاقدين، وإنّ إرادة أحد الطرفين لا تستطيع هدم العقد ولا تعديله[2].

المسألة الثانية: استثناءات القاعدة

ويستثنى من هذا الأصل أمران[3]:

– العقود غير اللازمة ابتداءً؛ بالنظر إلى طبيعتها العقدية غير الملزمة (كالوديعة، والوكالة وغيرهما).

– سلب اللزوم عن العقد في بعض الحالات: (الفساد، الإكراه، الخيارات).

وقد ذكرنا في الباب الأوّل آثار الإكراه والفساد في سلب العقد لزومه أو صحّته.

أمّا الخيارات فسنتناول بعض قضاياها في المسألة التالية ونؤجّل بعضها الآخر إلى موضعه من الدراسة.

المسألة الثالثة: أثر الخيارات في عدم لزوم العقود

ويعرّف الفقهاء الخيار بأنّه: "أن يكون لأحد العاقدين الحقّ في فسخ العقد، أو إجازته؛ سواء ثبت هذا الحقّ بسبب إرادة أحد العاقدين، أو كليهما، أو بسبب الشرع"[4].

وينقسم هذا الخيار إلى نوعين: خيار شرط، وخيار حكمي.

أمّا **خيار الشرط**، فهو: "حقّ يثبت بالاشتراط لأحد المتعاقدين أو كليهما يخوّل مشترطه فسخ العقد خلال مدّة معلومة"[5]. ويسمّى كذلك (خيار التروّي)؛ لأنّه ناشئ بإرادة العاقد بعد نظر وتفكّر في الأمر وتبصّر فيه، وتتدرج تحته خيارات فرعية أخرى، منها:

1- خيار النقد: "حقّ يشترطه العاقد للتمكّن من الفسخ عند عدم النقد من الطرف الآخر".

---

(1) يراجع: القرافي، **الفروق:** 413/3.

(2) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 521/1.

(3) يراجع: مصطفى الزرقا، **المرجع السابق**: 524/1-533.

(4) يراجع: نزيه حمّاد، **معجم المصطلحات**: 202، علي القره داغي، **المقدّمة في المال**: 533.

(5) يراجع: نزيه حمّاد، **المرجع السابق**: 204، علي القره داغي، **المرجع السابق**: 535.

2- خيار التعيين: "حقّ العاقد في تعيين أحد الأشياء التي وقع العقد على أحدهما مبهما خلال مدّة معيّنة"، ويسمّى أيضا: "خيار التمييز".

وصورته: أن يقول البائع للمشتري: بعتك أحد الأثواب الثلاثة، ولك الخيار في أيّها شئت.

أمّا **الخيار الحكمي**، فهو: "الخيار الذي يثبت بمجرّد حكم الشارع، وينشأ عند توافر السبب الموجِب له، دون احتياج إلى اشتراط في العقد"[1]. ويسمّى أيضا: (خيار النقيصة)، أو (خيار السلامة)، أو (خيار الأمانة) بحسب الحالة؛ وقد أثبت الشارع هذا الخيار رعاية لمصلحة العاقد المحتاج إليه دون أن يسعى للحصول عليه. وتندرج تحته خيارات فرعية أخرى، منها:

1- خيار العيب: "خيار ردّ المبيع بسبب وجود وصف مذموم فيه؛ ينقص القيمة، أو العين نقصانا يفوت به غرض صحيح، ويغلب في جنسه عدمه".

2- خيار الرؤية: "حق يثبت به للمتملّك الفسخ أو الإمضاء عند رؤية محلّ العقد المعيّن الذي عقد عليه ولم يره".

3- خيار الأمانة: وهو حقّ يثبت للمشتري في فسخ العقد أو إمضائه؛ إذا اكتشف أنّ البائع لم يكن أمينا في الثمن بالنسبة لبيوع الأمانة، أو في صفات المبيع. ويشمل أنواعا فرعية[2]:

- **خيار التغرير** (حق المشتري في فسخ العقد لقيام البائع، أو من يتواطأ معه بتدبير منه في وصف المبيع بما ليس فيه لشرائه بأكثر من ثمن المثل).

- **خيار التدليس** (حق المشتري في فسخ العقد لظهور ما قام به البائع، أو من يتواطأ معه، من أفعال تظهر المبيع على غير حالته الحقيقية؛ ليظنّ المشتري كمال المبيع ويشتريه).

- **خيار الغبن** (حق المشتري في فسخ العقد أو إمضائه، في حال ظهور زيادة في الثمن عن أكثر تقويم من أهل الخبرة. والغبن المؤثّر هو: الذي يعتبر فاحشا في عرف

---

(1) يراجع: **المعايير الشرعية**، **المرجع السابق**: 1175.

(2) يراجع: نزيه حمّاد، **المرجع السابق**: 202، عبد الوهاب أبو سليمان، **فقه المعاملات الحديثة**: 63.

التجار في كل زمان ومكان بحسب تقويم المقوّمين).

4- خيار فوات الوصف: وهو "حقّ الفسخ لتخلّف وصف مرغوب اشترطه العاقد في المعقود عليه".

5- خيار الكشف: وهو "حقّ الفسخ لمن ظهر له المبيع على غير ما ظنّه".

ويجري هذا الخيار في بيع الأعيان التي تعرف مقاديرها بالوحدات القياسية كـ(الكيل، والوزن) عندما تباع بوحدات قياسية خاصة بدلا من المقاييس المتعارف عليها.

6- خيار الكميّة: وهو "حقّ البائع في فسخ العقد لخفاء مقدر الثمن عند التعاقد".

7- خيار المجلس: "حقّ العاقد في إمضاء العقد أو ردّه في مجلس العقد، منذ التعاقد إلى التفرّق أو التخاير".

المسألة الرابعة: أدلّة مشروعية الخيارات

دلّت على مشروعية الخيارات أدلّة شرعية مختلفة، نذكر منها:

1- عن عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما-، عن النّبي -صلّى الله عليه وسلّم-، قال: «**إنّ المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا، أو يكون البيع خيارا**»[1].

استدلّ به الفقهاء على مشروعية خيار الشرط، وخيار المجلس، وكلّ خيار يشترطه أحد العاقدين.

2- عن أبي هريرة -رضي الله عنه-، أنّ رسول الله -صلّى الله عليه وسلّم- قال: «**من ابتاع شاة مُصَرَّاةً فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها، ورد معها صاعا من تمر**»[2].

استدل به الفقهاء على مشروعية خيار العيب، وخرّج عليه الفقهاء باقي الخيارات المتعلّقة بفوات وصف أو خيانة.

---

(1) متّفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع - باب كم يجوز الخيار: 2107، ومسلم في صحيحه: كتاب البيوع - باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين: 1531.

(2) متّفق عليه، واللفظ لمسلم، أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع - باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل، والبقر والغنم وكل محفلة: 2148، ومسلم في صحيحه: كتاب البيوع - باب حكم بيع المصراة: 1524.

المسألة الخامسة: تكييف سلطة الإدارة بناء على الخيارات

بناء على ما سبق، فإنّ للعاقد الحقّ في إمضاء أو فسخ أو تعديل العقد إذا ثبتت له إحدى الخيارات السابقة، ويتمّ ذلك بإحدى طريقتين:

- الخيار الثابت شرعا؛ بناء على تحقّق إحدى الأوصاف السابقة (الوصف، العيب..).
- الخيار الثابت باشتراط العاقد (خيار الشرط).

فيبدو أنّ حق الإدارة في تعديل العقود يقترب كثيرا إلى حقيقة (خيار الشرط)؛ لأمرين:

- **الأوّل:** أنّ الإرادة العقدية للطرفين انبرمت وفق أحكام القانون الذي كفل للإدارة حقّ التعديل.

- **الثاني:** أنّ العرف الجاري في العقود الإدارية قد استقرّ على منح الإدارة هذا الحقّ، والشروط المعتبرة شرعا إمّا أن تكون مكتوبة، أو ملفوظة، أو ملحوظة، وأنّ "**المعروف عرفا كالمشروط شرطا**"، و"**المعروف بين التجار، كالمشروط بينهم**"[1].

المطلب الثاني: تعديل عقود الإدارة وفق نظرية فعل الأمير

تعتبر نظرية فعل الأمير، أو ما يطلق عليها البعض "نظرية المخاطر الإدارية" من أبرز النظريات التي يمكن أن يستند عليها المتعامل المتعاقد في المطالبة بالتعويض، جرّاء الأعباء المالية الإضافية التي يتحمّلها في سبيل الاستمرار في تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، لكن استفادته من هذا التعويض تتوقّف على مدى توافر شروط تطبيق نظرية فعل الأمير.

الفرع الأوّل: مضمون نظرية فعل الأمير

يقصد بفعل الأمير أو (المخاطر الإدارية): كلّ الأعمال والإجراءات الإدارية المشروعة التي تتخذها وتصدرها السلطة الإدارية المتعاقدة، ويكون من شأنها زيادة الأعباء المالية بالنسبة للطرف المتعاقد مع الإدارة أو زيادة الامتيازات المنصوص عليها في العقد الذي

---

(1) يراجع: الحموي، **غمز عيون البصائر**: 307/1، أحمد الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**: 237-239.

يشكّل مخاطر إدارية استثنائية، وغير مألوفة[1].

وذلك كما في حالة رفع أسعار السلع التي يستعملها المتعاقد في تنفيذ العقد، أو رفع أجور العمال، أو زيادة الضرائب.

وبناء على هذه المخاطر فإنّه يحقّ للمتعامل المتعاقد المطالبة بالتعويض من أجل إعادة التوازن لاقتصاديات العقد.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

حتّى يعتبر تصرّف الإدارة داخلا في نطاق نظرية فعل الأمير لا بدّ من توافر الشروط التالية[2]:

1- أن يتعلّق الأمر بعقد إداري، فالنظرية لا تنطبق على عقود القانون الخاص، ولو كانت الإدارة طرفا فيه.

2- أن تتّخذ السلطة الإدارية التي أبرمت العقد إجراء من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد معها، أمّا إذا صدر هذا الإجراء من سلطة أخرى من سلطات الدولة؛ كالسلطة التشريعية مثلا، فإنّ القضاء الإداري لم يطبّق النظرية إلاّ في حالات استثنائية ترتّب عن هذا الإجراء ضرر خاص للمتعاقد.

3- أن يكون الإجراء المتّخذ مشروعا؛ إذ أنّ الأمر هنا لا يتعلّق بمسؤولية تقوم على أساس الخطأ.

4- أن يكون الإجراء أو العمل الذي اتّخذته المصلحة المتعاقدة غير متوقّع من طرف المتعامل المتعاقد وقت التعاقد، فإذا كان متوقّعا، فإنّه يفترض فيه أنّه قدّر تلك الظروف.

5- أن يسبّب الإجراء للمتعاقد ضررا حقيقيا من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد؛ إمّا بزيادة الأعباء المالية، أو إنقاص الأرباح بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

---

(1) يراجع: سليمان الطماوي، **أموال الإدارة العامة وامتيازاتها**: 360، ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 597، حسين عثمان، **المرجع السابق**: 648، محمد رفعت، **المرجع السابق**: 614.

(2) يراجع: ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 598، حسين عثمان، **المرجع السابق**: 649، محمد رفعت، **المرجع السابق**: 615.

الفرع الثالث: آثار تطبيق نظرية فعل الأمير

يترتّب على وجود فعل الأمير –بتوافر الشروط السابقة– حقّ المتعاقد مع الإدارة في التعويض الكامل الذي يشمل الخسائر التي تحمّلها والمكاسب التي فاتته.

كما يحقّ للمتعاقد أيضا أن يطلب فسخ العقد إذا قدّر صعوبة الاستمرار في تنفيذه، ولا يستطيع تحمّل الأعباء المالية الإضافية المترتبة عنها.

الفرع الرابع: التقويم الشرعي لنظرية فعل الأمير

يختلف مجال تطبيق نظرية "فعل الأمير" عن نظرية "سلطة الإدارة في تعديل العقد"، في كون الأولى متعلّقة بآثار قرارات الإدارة خارج مضمون العقد، بينما تنحصر الثانية في آثار قرارات الإدارة داخل مضمون العقد.

وإذا كان الأصل في تصرّفات الإدارة داخل العقد مشروعا إذا كان منوطا بتحقيق مصلحة عامة، فإنّ تصرّفاتها خارج نطاق العقد مشروعة من باب أولى، والأصل أن لا تتحمّل أي أثر على تلك القرارات عملا بالقاعدة الفقهية: "**الجواز الشرعي ينافي الضمان**"[(1)]، إلاّ أنّ ذلك مقيّد بشرط السلامة، وأن لا يترتّب عليه إتلاف مال الغير، وإلاّ وجب الضمان؛ عملا بالقاعدة الفقهية: "**الاضطرار لا يبطل حقّ الغير**"[(2)].

فاضطرار الإدارة إلى اتّخاذ مثل تلك القرارات المشروعة ابتداءً ينبغي ألاّ يترتّب عليه إضرار بالغير لا سيّما إذا كانت تربطهما رابطة تعاقدية.

وقد عالج أهل الشريعة والقانون مثل هذه الحالات ضمن نظرية: "التعسّف في استعمال الحقّ"، ومفادها: "لا يجوز استعمال الحق إلاّ فيما شرع له، وفي الحد المعتاد"، أو بتعبير الشرعيين: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"[(3)].

---

(1) يراجع: **مجلة الأحكام العدلية**: المادة [91]، أحمد الزرقا، **المرجع السابق**: 450، محمد الزحيلي، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**: 539/1.

(2) يراجع: **مجلة الأحكام العدلية**: المادة [33]، أحمد الزرقا، **المرجع السابق**: 213، محمد الزحيلي، **المرجع السابق**: 286/1.

(3) يراجع: محمد فتحي الدريني، **نظرية التعسف في استعمال الحق**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1988: 91.

المطلب الثالث: تعديل عقود الإدارة وفق نظرية الظروف الطارئة

وسنبحث هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

الفرع الأوّل: مضمون نظرية الظروف الطارئة

يقصد بنظرية الظروف الطائرة أنّه إذا استجدّت أثناء تنفيذ العقد أمور خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة؛ كحوادث طبيعية أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر، ولم تكن متوقّعة عند التعاقد، ولا يملك دفعها، فترتّب عليها أن أصبح تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد مع الإدارة، فإنّ الإدارة تلتزم إمّا بتعويضه جزئيا وبصفة مؤقّتة، وإمّا بتعديل شروط العقد للتلطيف من أثر هذه الظروف بما يسمح للمتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد دون إرهاق[1].

وذلك كما في حالة ارتفاع أسعار السلع التي يستعملها المتعاقد في تنفيذ العقد في السوق العالمية، أو حدوث تضخّم وكساد للعملة الوطنية.

وبناء على هذه المخاطر فإنّه يحقّ للمتعامل المتعاقد المطالبة بالتعويض من أجل إعادة التوازن لاقتصاديات العقد.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

حتّى يعتبر الظرف الطارئ على العقد الإداري داخلا في نطاق نظرية الظروف لا بدّ من توافر الشروط التالية[2]:

1- وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة، ومن غير الممكن دفعها، بعد إبرام العقد، وقبل انتهاء المتعامل من تنفيذ موضوع الصفقة، ومن أمثلتها: الارتفاع الفاحش لأسعار المواد الأولية، واندلاع الحروب والكوارث الطبيعية.

2- أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن إرادة المتعاقدين، فإذا كان المتعامل هو

---

(1) يراجع: ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 599، حسين عثمان، **المرجع السابق**: 652، محمد رفعت، **المرجع السابق**: 611.

(2) يراجع: ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 600، حسين عثمان، **المرجع السابق**: 654، محمد رفعت، **المرجع السابق**: 611.

المتسبب في حصوله لم يستحق أيّ تعويض، وإذا كان للمصلحة المتعاقدة يد فيه؛ كان التعويض في هذه الحالة على أساس نظرية فعل الأمير.

3- أن يخلّ الظرف الطاري بالتوازن المالي للعقد إخلالا من شأنه أن يجعل تنفيذ العقد مرهقا بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة، وليس مجرّد الانتقاص من مقدار الربح فذلك لا يكفي، وإنّما يجب أن يتعلّق الأمر بخسارة غير يسيرة تهدّد بالتوقّف عن تنفيذ العقد.

مع ملاحظة عدم استحالة تنفيذها، وإلاّ دخلت في نطاق نظرية "القوّة القاهرة" التي يستحيل معها تنفيذ العقد -وسيأتي الحديث عنها في المبحث الثاني-.

الفرع الثالث: آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة

تترتّب على التزامات المتعامل عند حدوث الظروف الطارئة جملة من الآثار:

1- استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية رغم حدوث الاختلال المالي، وذلك تطبيقا لمبدأ ضرورة انتظام واضطراد سير المرافق العامة، تحت طائلة التعرّض للعقوبات المقرّرة في حال انقطاعه عن تنفيذ تلك الالتزامات.

2- حصول المتعامل على تعويض جزئي من الإدارة المتعاقدة بقصد إعادة التوازن المالي للصفقة في الحدود التي تسمح بإعادة التوزان لاقتصاديات الصفقة.

وليس للقاضي أن يعدّل من شروط العقد الإداري بنفسه لإعادة هذا التوازن، وكلّ ما يستطيعه في هذا الشأن هو دعوة طرفي العقد إلى التفاوض لإجراء مثل هذا التعديل.

الفرع الرابع: التقويم الشرعي لنظرية الظروف الطارئة

يختلف مجال تطبيق نظرية "الظروف الطارئة" عن نظريتي "فعل الأمير" و"سلطة الإدارة في تعديل العقد"، في الفروق التالية:

- نظرية "سلطة الإدارة في تعديل العقود": متعلّقة بآثار قرارات الإدارة داخل إطار مضمون العقد.

- نظرية "فعل الأمير": متعلّقة بآثار قرارات الإدارة خارج مضمون العقد.

- نظرية "الظروف الطارئة": متعلّقة على آثار حوادث لا علاقة لها بأطراف العقد.

وقد تصدّى بعض الفقهاء المعاصرين لتكييف "نظرية الظروف الطارئة" وتأصيلها فقهيا، وانتهى إلى ما يلي:

1- التكييف الفقهي "لنظرية الظروف الطارئة" في ضوء حلولها، هو أنّها: "صورة من صور تعديل التزام العقد، أو فسخه، أو انفساخه تلقائيا بحكم الشرع"[1].

2- تأصيل "نظرية الظروف الطارئة": يمكن تخريج النظرية بناء على مجموع القواعد والمسائل التالية:

أ- فسخ عقد الإجارة بالعذر: حيث أجاز فقهاء الحنفية والمالكية فسخ عقد الإجارة في حال حدوث أيّ عذر مانع؛ كاندلاع حرب، أو أمر السلطان بغلق الحوانيت... إلخ[2].

ب- أحكام خيار العيب في المعقود عليه. وقد سبقت الإشارة إليه ضمن "خيار العيب".

ج - وضع الجوائح في الزروع والثمار في المذهبين المالكي والحنبلي، جمعها الناظم بقوله[3]:

قد قيل ما لا يستطاع ردُّهُ * جائحةٌ وبعضهم يعُدُّه

نارٌ وريحٌ غَرَقٌ وبردٌ * غَيثٌ ولصٌّ ثمّ جيش يرد

طيرٌ ودودٌ وجرادٌ يرسل * وعفنٌ قحطٌ وثلجٌ ينزل

والتي تدور بين فسخ العقد وبين الحطّ من الثمن عن المشتري بقدر التالف، وهي صورة من صور تعديل العقد[4].

---

(1) يراجع: محمد فتحي الدريني، **النظريات الفقهية**: 153.

(2) يراجع: الكاساني، **بدائع الصنائع**: 197/4، علي حيدر، **درر الحكام**: 486/1، ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**: 940/3، الدردير، **الشرح الكبير**: 31/4.

(3) يراجع: السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**: 579.

(4) يراجع: ابن رشد، **بداية المجتهد**: 358/3، ابن جزي، **القوانين الفقهية**: 412، ابن قدامة، **المغني**: 177/6، البهوتي، **كشاف القناع**: 76/8.

المطلب الرابع: تعديل عقود الإدارة وفق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقّعة

وسنبحث هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

الفرع الأوّل: مضمون نظرية "الصعوبات المادية غير المتوقّعة"

يقصد بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة: كافة العوائق المادية التي تظهر أثناء تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، بحيث تكون ذات طابع استثنائي، ولم يتوقعه المتعامل ولا المصلحة المتعاقدة أثناء إبرام العقد وتؤدّي إلى اختلال التوازن المالي للصفقة بزيادة الأعباء المالية التي يتحمّلها المتعامل المتعاقد، الأمر الذي يتيح له المطالبة بالتعويض الكامل[1].

وبناء على هذه الصعوبات فإنّه يحقّ للمتعامل المتعاقد المطالبة بالتعويض من أجل إعادة التوازن لاقتصاديات العقد.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية "الصعوبات المادية غير المتوقّعة"

حتّى تعتبر الصعوبات المادية داخلة في نطاق "نظرية الصعوبات المادية غير المتوقّعة" لا بدّ من توافر الشروط التالية[2]:

1- أن تكون الصعوبات راجعة إلى ظواهر طبيعية: على اعتبار أنّ الصعوبات المادية تتعلّق بظواهر طبيعية؛ كأن تكون الأرض محلّ الأشغال العامة غير صالحة للبناء عليها، أو تحتاج أعمال وتجهيزات أكثر تكلفة ممّا قدّره المتعاقدان عند إبرام العقد.

2- أن لا تكون للإدارة يد في هذه الصعوبات: فإذا كانت الصعوبات ناتجة بسبب الإدارة، استحقّ المتعامل التعويضات بناء على نظرية فعل الأمير، أو الظروف الطارئة بحسب الحالة.

3- أن تكون الصعوبات المادية ذات طابع استثنائي غير عادي: لأنّ الصعوبات المادية لا تعني الصعوبات العادية التي يتوقّعها المتعامل عند التعاقد أو التنفيذ.

4- أن تؤدّي الصعوبات المادية إلى ضرر لا يسع المتعاقد تحمّله؛ بزيادة الأعباء

---

(1) يراجع: حسين عثمان، **المرجع السابق**: 656.

(2) يراجع: حسين عثمان، **المرجع السابق**: 656-657.

المالية لتنفيذ موضوع الصفقة بشكل يجعل استمراره في تنفيذ التزاماته التعاقدية من الأمور المرهقة والمكلفة له.

الفرع الثالث: آثار تطبيق نظرية "الصعوبات المادية غير المتوقّعة"

تترتّب على التزامات المتعامل المتعاقد عند حدوث صعوبات مادية غير متوقّعة جملة من الآثار:

1- استمرار المتعامل المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية رغم اعتراض الصعوبات المادية المؤدّية إلى اختلال مالي، وذلك تطبيقا لمبدأ ضرورة انتظام واضطراد سير المرافق العامة، تحت طائلة التعرّض للعقوبات المقرّرة في حال انقطاعه عن تنفيذ تلك الالتزامات.

2- استحقاق المتعامل المتعاقد على تعويض كامل من الإدارة المتعاقدة بقصد إعادة التوازن المالي للصفقة، بمعنى أنّه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدخل تعديلا على الصفقة بأن تغطّي كافة النفقات الإضافية التي تحمّلها المتعاقد معها في سبيل مواجهة الصعوبات التي اعترضت تنفيذ العقد بصورة طبيعية، بما يعيد التوزان لاقتصاديات العقد من جديد.

الفرع الرابع: التقويم الشرعي لنظرية "الصعوبات المادية غير المتوقّعة"

يختلف مجال تطبيق نظرية "الصعوبات المادية غير المتوقّعة" عن النظريات الثلاث السابقة، في الفروق التالية:

- تتعلّق نظرية "سلطة الإدارة في تعديل العقود": بآثار قرارات الإدارة داخل إطار مضمون العقد.

- تتعلّق نظرية "فعل الأمير": بآثار قرارات الإدارة خارج مضمون العقد.

- تتعلّق نظرية "الظروف الطارئة": بآثار حوادث عارضة خارجة عن أطراف العقد.

- بينما نظرية "الصعوبات المادية غير المتوقّعة": بآثار العوائق الطبيعية غير المتوقّعة التي تعترض تنفيذ العقد.

وقد بدا للباحث تكييف هذه النظرية على إحدى المسائل التالية:

1- خيار الرؤية، وهو: "حق يثبت به للمتملّك الفسخ أو الإمضاء عند رؤية محلّ العقد المعيّن الذي عقد عليه ولم يره"[1].

ووجه ذلك: أنّ محلّ العقد غائب أو تكتنفه بعض الجهالة في حقّ المتعامل المتعاقد عند تقديره للعوض المقابل له؛ فجاز له أن يفسخ أو يمضي أو يعدّل العقد بناء على المعطيات الجديدة.

2- حدوث غلط في إرادة أحد العاقدين، وهو: "توهّم يتصوّر فيه العاقد غير الواقع واقعا، فيحمله ذلك على إبرام عقد لولا هذا التوهّم لما أقدم عليه"[2].

ووجه ذلك: حدوث غلط أو خطأ في التقدير مردّه جهالة بعض أوصاف محلّ العقد؛ فجاز له أن يفسخ أو يمضي أو يعدّل العقد بناء على المعطيات الجديدة.

---

(1) يراجع: ص : 177.

(2) يراجع: ص : 56.

المبحث الثاني
انتهاء التعاقد مع الدولة طبيعيا أو بالتراضي

بعد أن رأينا في المبحث السابق أبرز الأسباب والعوارض التي قد ينجم عنها تعديل في بنود عقود الإدارة والتزاماتها والأسس القانونية والشرعية التي بنيت عليها، وأهمّ الآثار والتبعات المترتبة عليها، وكيفية معالجتها للحفاظ على مبدأ التوازن المالي للعقود، سنتطرّق في هذا المبحث إلى المآلات النهائية لعقود الإدارة، والصور الطبيعية لانقضائها على أرض الواقع.

ذلك أنّ عقود الإدارة؛ كغيرها من العقود المالية الأخرى تنتهي في أغلب الحالات العادية؛ إمّا بتنفيذ مقتضيات العقد على النحو المطلوب، أو بانتهاء مدّة سريان العقد، أو باتّفاق مبكّر من الطرفين على إيقاف العقد وإلغائه. وسنحاول خلال هذا المبحث دراسة هذه الحالات الثلاث، وما يكتنفها من شروط وتفاصيل قانونية، وتقويمها من الوجهة الشرعية؛ وفق أحكام الفقه الإسلامي وقواعده؛ من خلال المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأوّل: انتهاء التعاقد بتنفيذ التزامات العقد

المطلب الثاني: انتهاء التعاقد بانتهاء مدّة العقد

المطلب الثالث: انتهاء التعاقد مع الدولة بالتراضي

المطلب الأوّل: انتهاء التعاقد بتنفيذ التزامات العقد

وسنبحث هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

الفرع الأوّل: انتهاء التعاقد من الناحية القانونية

تنتهي عقود الإدارة عادة بتنفيذ الالتزامات المتّفق عليها بين الطرفين؛ فإذا قام المتعاقد بتنفيذ العمل المنوط به في عقد الأشغال العامة وفق الشروط والمواصفات المنصوص عليها، أو قام المتعهّد بتسليم البضاعة التي تعهّد بتوريدها، وقامت الإدارة بدورها في تنفيذ التزاماتها التعاقدية يكون العقد قد انتهى وانقضى انقضاء عاديا[1].

هذا وقد يشترط القانون كيفيات معيّنة للتأكّد من سلامة التنفيذ، فقد تناول المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمّن تنظيم الصفقات العمومية في مادّته (148)، وتحت عنوان: "الاستلام" ما يلي:

"عند انتهاء الخدمات موضوع الصفقة يجب على المتعامل المتعاقد إعلام المصلحة المتعاقدة كتابيا بتاريخ انتهائها. ويتم عندئذ القيام بالعمليات القبلية للاستلام التي يحدد أجلها في دفتر الشروط والصفقة، وتدون نتائج هذه العملية في محضر. وبناء على هذا المحضر تقرر المصلحة المتعاقدة إما استلام الصفقة وإمّا عدم استلامها.

إذا قررت المصلحة المتعاقدة عدم استلام الصفقة فعليها إصدار قرار عدم الاستلام وتبليغه للمتعامل المتعاقد. وإذا قررت المصلحة المتعاقدة استلام الصفقة بدون تحفظات، فعليها إعلام المتعامل المتعاقد معها بذلك وتحديد تاريخه.

وإذا قرّرت المصلحة المتعاقدة استلام الصفقة بتحفظات فإن محضر الاستلام يجب أن يتضمن جميع التحفظات مرفقا بأجل لرفعها، ويبلغ للمتعامل المتعاقد، ويعلم هذا الأخير كتابيا المصلحة المتعاقدة بالتاريخ الذي سيتم فيه رفع التحفظات، ويتم عندئذ استلام الصفقة.

وتقوم المصلحة المتعاقدة بالتأكد من رفع التحفظات، وتعلم المتعامل المتعاقد معها بذلك، وتعد المصلحة المتعاقدة مقرر رفع التحفظات أو إبقائها وتبلغه للمتعامل المتعاقد معها".

---

(1) يراجع: سليمان الطماوي، **أموال الإدارة العامة وامتيازاتها**: 366، حسين عثمان، **المرجع السابق**: 682، محمد رضا جنيح، **القانون الإداري**، مركز النشر الجامعي، تونس، ط2، 2008: 259.

الفرع الثاني: انتهاء التعاقد من الناحية الشرعية

تتّفق أحكام الفقه الإسلامي مع القانون على انقضاء العقود الفورية؛ كالبيع والاستصناع بمجرّد تسليم محلّ العقد[1].

أمّا ما اشترطه القانون من تدابير احترازية الهادفة إلى التأكّد من حسن تنفيذ العقد ومطابقته لدفتر الشروط، فقد عالجه الفقه الإسلامي في أبواب الخيارات التي ذكرناها في المبحث الأول، ويمكن التمثيل للحالات التي تتحفّظ فيها الإدارة من تسلّم الصفقة بإحدى الخيارات التالية:

1- خيار العيب: وهو "خيار ردّ المبيع بسبب وجود وصف مذموم فيه؛ ينقص القيمة، أو العين نقصانا يفوت به غرض صحيح، ويغلب في جنسه عدمه".

- وجه تطبيقه أن: تعثر الإدارة على عيوب جوهرية في السلع المورّدة لها، فيحقّ لها فسخه.

2- خيار الخيانة: وهو حقّ يثبت للمشتري في فسخ العقد أو إمضائه؛ إذا اكتشف أنّ البائع لم يكن أمينا في الثمن بالنسبة لبيوع الأمانة، أو في صفات المبيع.

- وجه تطبيقه أن: تعثر الإدارة على إفصاحات كاذبة متعلّقة بقيمة الصفقة أو اختلال بعض مواصفاتها.

3- خيار فوات الوصف: وهو حقّ الفسخ لتخلّف وصف مرغوب اشترطه العاقد في المعقود عليه.

- وجه تطبيقه أن: تعثر الإدارة على عدم مطابقة محلّ الصفقة لإحدى المواصفات المنصوص عليها ضمن دفاتر الشروط.

---

(1) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**: 601/1، علي القره داغي، **المقدّمة في المال**: 541.

المطلب الثاني: انتهاء التعاقد بانتهاء مدّة العقد

وسنبحث هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

الفرع الأوّل: انتهاء التعاقد من الناحية القانونية

ينقضي العقد أيضا بشكل طبيعي عند نهاية مدّته المحدّدة لبقائه؛ ذلك أنّ من العقود الإدارية ما يرتبط بقاؤه بمدى زمني محدّد. ومثال ذلك عقود الالتزام، والتي يجب ألا تزيد مدّتها على ثلاثين سنة، وعقود الأشغال العامة المتعلّقة بصيانة بعض المنشآت لمدى زمني محدّد، وعقود التوريد لمدّة محدودة، وعقود الإيجار ... إلخ، ففي كلّ هذه الحالات ينتهي العقد بانقضاء المدّة الزمنية المتّفق عليها فيه.

غير أنّه يجب التمييز في هذا الخصوص بين العقود الفورية (كالتوريد، والأشغال)، وبين العقود الزمنية أو المستمرة (كالإيجار، والصيانة).

أمّا العقود الفورية فتنقضي بالتنفيذ إلى غير رجعة بانتهاء المدّة المحدّدة لها ضمن العقد، ويضع ذلك حدّا لآثار العقد بالنسبة للمستقبل، فلا تنشأ عليه بعد انقضاء مدّته التزامات جديدة.

وأمّا العقود المستمرّة؛ فقد تتولّد عنها بعض الآثار رغم انقضاء المدة، بحيث يكون للمتعاقد الذي يستمر في تنفيذ التزاماته التعاقدية بعد مرور المدة، الحق في مطالبة الإدارة بالمقابل، وسنذكر ذلك في المبحث القادم عند الحديث عن آثار انتهاء العقد طبيعيا[1].

وقد نصّت المادة (469 مكرر1) من القانون المدني على انتهاء "الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء".

وهذا ما يستفاد أيضا من المادة (208) من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام: "تصبح كل استثمارات وممتلكات المرفق العام عند نهاية عقد تفويض المرفق العام ملكا للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المعني".

كما يستفاد من المادة (12) من قانون علاقات العمل 90-11، التي أجازت إبرام عقد

---

(1) يراجع: سليمان الطماوي، **أموال الإدارة العامة وامتيازاتها**: 366، حسين عثمان، **المرجع السابق**: 682.

عمل لمدّة محدّدة على إنجاز أعمال ذات طبيعة مؤقّتة أو موسمية، بالتالي ينتهي العقد أصلا وطبقا للمبادئ العامة للعقود المحدّدة بانتهاء المدة المتفق عليها.

الفرع الثاني: انتهاء التعاقد من الناحية الشرعية

يتّفق الفقه الإسلامي أيضا مع القانون في انقضاء العقود المستمرة؛ كالإجارة والشركة عند انتهاء أجلها المحدّد[1].

ففي عقد الإجارة؛ إذا كانت الإجارة محددة المدة وانتهت مدّتها، فإن الإجارة تنتهي بلا خلاف؛ إلاّ إذا وجد عذر يقتضي امتداد المدة، كأن تكون أرضا زراعية، وفي الأرض زرع لم يستحصد، أو كانت سفينة في البحر وانقضت المدّة قبل الوصول إلى البرّ[2].

وعلى ذلك سار المعيار الشرعي رقم (9) الصّادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسّسات المالية الإسلامية: "يجوز تجديد الإجارة لمدّة أخرى؛ سواء حصل التجديد قبل انتهاء المدّة الأصلية أم تلقائيّا، وذلك بوضع نصّ في العقد بالتجديد عند دخول فترة جديدة إذا لم يتمّ الإشعار برغبة أحد الطّرفين في عدم التجديد"[3].

المطلب الثالث: حالات انتهاء التعاقد مع الدولة بالتراضي

وسنبحث هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

الفرع الأوّل: مفهوم الفسخ الاتفاقي أو التعاقدي

قد ينتهي التعاقد مع الإدارة أيضا باتّفاق الطرفين، إذا توافقا على ذلك قبل أن يتمّ التنفيذ العيني لكلّ بنود العقد، أو قبل انتهاء المدّة المحدّدة، ويطلق عليه "الفسخ الاتّفاقي" أو "الفسخ التعاقدي".

والفسخ في العرف القانوني هو رجوع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فقد نصّت المادة (122) من القانوني المدني الجزائري على أنّه: "إذا فسخ العقد أعيد

---

(1) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 601/1، علي القره داغي، **المقدّمة في المال**: 541.

(2) يراجع: الكاساني، **المرجع السابق**: 223/4، ابن عبد البر، **الكافي في فقه أهل المدينة**، محمد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، ط2، 1980/1400: 745/2، الشربيني، **المرجع السابق**: 332/2، ابن قدامة، المغني: 8/8، **الموسوعة الفقهية، المرجع السابق**: 271/1.

(3) يراجع: **المعايير الشرعية**، **المرجع السابق**، المعيار: (34)، ص: 859.

المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد".

والعقد الإداري –مثله في ذلك مثل العقد المدني– يستند في إلزامه إلى رضاء طرفيه، وبالتالي فإنّه يزول برضائهما أيضا[1].

الفرع الثاني: مجالات الفسخ الاتفاقي في العقود الإدارية

وقد صرّحت بعض القوانين بمنح المتعامل حقّ طلب الفسخ التعاقدي مع الإدارة المتعاقدة معه وفق شروط شكلية متنوّعة، نذكر منها بعض الأمثلة:

❖ نصّ المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المتضمّن تنظيم الصفقات العمومية في المادة (151)، وتحت عنوان: "الفسخ" على ما يلي:

"يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة العمومية عندما يكون مبرّرا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض".

❖ كما نصّ الأمر رقم 06–03 المتضمّن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، في الباب العاشر "إنهاء الخدمة" في المادة (217) على أنّ:

"الاستقالة حق معترف به للموظف يمارس ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون الأساسي"، لكنّه عاد وقيّد أثرها في المادة (220) باشتراط قبول الإدارة لها: "لا ترتب الاستقالة أي أثر إلا بعد قبولها الصريح من السلطة المخولة صلاحيات التعيين التي يتعين عليها اتخاذ قرار بشأنها في أجل أقصاه شهران (2) ابتداء من تاريخ إيداع الطلب".

❖ كما نصّت المادة (15) من عقد الإيجار النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذيّ رقم 140–08 الذي يحدد قواعد منح السكن العمومي الإيجاري[2] على: "أنّه يمكن المستأجر أن يطلب الفسخ المسبق للعقد".

الفرع الثالث: التوصيف الشرعي للفسخ الاتفاقي

تناول الفقه الإسلامي صور "الفسخ الاتّفاقي" ضمن أحكام الإقالة التي سنتناولها ضمن المسائل التالية، وقبل ذلك سنحرّر بعض المصطلحات الفقهية التي سترد معنا في جلّ المباحث القادمة.

---

(1) يراجع: حسين عثمان، **المرجع السابق**: 683.

(2) المؤرّخ في 10 مايو سنة 2008.

المسألة الأولى: تعريف الفسخ وأنواعه[1]

1.الفسخ: "هو حل ارتباط العقد"، و"قلب كل واحد من العوضين لصاحبه". ويستعمل غالبا عندما يقع بإرادة أحد العاقدين، أو بحكم القاضي.

2. التفاسخ: ويستعمل غالبا عندما يقع بإرادة الطرفين معا، وقد يطلق عليه الإقالة أيضا، –وستأتي–.

3.الانفساخ: هو أثر الفسخ: "انحلال ارتباط العقد"، و"انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه "، وسواء أكان أثرا للفسخ من إرادة واحدة، أو إرادتين متوافقتين، أو نتيجة لعوامل غير اختيارية.

المسألة الثانية: مفهوم الإقالة

للإقالة مفهوما؛ عام وخاص، أمّا الإقالة بالمفهوم العام، فهي: "رفع العقد، وإلغاء حكمه، وآثاره بتراضي الطرفين"[2]. وهي بهذا المعنى تقترب من معنى التفاسخ سابقا.

أمّا الإقالة بالمفهوم الخاص، فهي: "ترك المبيع لبائعه بثمنه"[3]. وهي بهذا المعنى تقترب من معنى بيع التولية، وهو أحد أنواع بيوع الأمانة، ويراد به المعروف وليس المكايسة. ومن المعاني المشتقّة في هذا السياق: مصطلح "الاستقالة"، وهو: "طلب أحد العاقدين من الآخر رفع العقد وإلغاء حكمه وآثاره بالتراضي"[4].

المسألة الثالثة: حكم الإقالة

وبناءً على معنى المعروف الذي تتضمّنه الإقالة، فقد رغّبت نصوص الشريعة على قبول طلب إنهاء العقد إذا تعسّر على أحدهما الوفاء به، فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلَّى الله عليه وسلم: "**من أقال مسلماً أقاله اللهُ عَثْرَتَهُ**"[5]، وفي رواية: "**مَنْ**

---

(1) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**: 593/1، نزيه حمّاد، **معجم المصطلحات**: 88، 353، **الموسوعة الفقهية، المرجع السابق**: 26/7.

(2) يراجع: نزيه حماد، **معجم المصطلحات**: 72.

(3) يراجع: الرصاع، **الهداية الكافية**: 379/2.

(4) يراجع: نزيه حماد، **معجم المصطلحات**: 56.

(5) أخرجه: أبوداود في **سننه**: كتاب البيوع، باب في فضل الإقالة: (3460)، وابن ماجه في **سننه**، كتاب التجارات، باب الإقالة: (2199)، وأحمد في **مسنده**: (7431)، وابن حبان في **صحيحه**: (5029) و(5030)، والحاكم في **مستدركه**: (2291)، وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. يراجع: الزيلعي، **نصب الراية**:

أَقَالَ نَادِمًا بَيْعَتَهُ، أَقَالَ الله عثرته يوم القيامة".

المسألة الرابعة: تكييف الإقالة

للفقهاء في تكييف الإقالة في حقّ العاقدين اتجاهان، كما قال النّاظم:

هل الإقالة ابتداءُ بيع * أو حلُّ أوّل خلافٌ مرعي[1]

الأول: أنها فسخ ينحل به العقد في حق العاقدين[2].

وجه هذا القول أنّ الإقالة لغة: الرفع، كما يقال في الدعاء: اللهم أقلني عثراتي، أي ارفعها. فرفع العقد فسخه، ولأن البيع والإقالة اختلفا اسما، فتخالفا حكما، فإذا كانت الإقالة رفعا فلا تكون بيعا؛ لأن البيع إثبات والرفع نفي، وبينهما تناف، فكانت الإقالة على هذا التقدير فسخا محضا.

الثاني: أنها بيع في حقّ العاقدين، إلا إذا تعذر جعلها بيعا فإنها تكون فسخا[3].

وجه هذا القول أنّ: معنى البيع هو مبادلة المال بالمال، وهو أخذ بدل وإعطاء بدل، وقد وجد هنا، فكانت الإقالة بيعا لوجود معنى البيع فيها، والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني.

وقد سارت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسّسات المالية الإسلامية على التّفريق بين الأمرين، فنصّت على الفسخ الاتّفاقي كما في معيار الإجارة: "يجوز فسخ عقد الإجارة باتّفاق الطرفين"، ثمّ أشارت إلى الإقالة بعدها: "يجوز برضا الطرفين إقالة عقد الإجارة قبل سريانها". ويكمن وجه التّفرقة في اعتبار الفسخ بعد سريان العقد، والإقالة قبله[4].

.30/4

(1) يراجع: السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**: 549.

(2) وهو قول أبي حنيفة والشيباني والشافعية والحنابلة. يراجع: ابن الهمام، **فتح القدير**: 487/6، ابن عابدين، **حاشية رد المحتار**: 120/5، الشافعي، **الأم**: 77/3، الماوردي، **الحاوي**: 235/7، ابن قدامة، **المغني**: 199/6، البهوتي، **كشاف القناع**: 506/7، **الموسوعة الفقهية، المرجع السابق**: 326/5.

(3) وهو قول المالكية وأبي يوسف من الحنفية. يراجع: ابن الهمام، **المرجع السابق**: 487/6، ابن عابدين، **المرجع السابق**: 120/5، سحنون، **المدونة**: 761/9، الخرشي، **شرح خليل**: 166/5، **الموسوعة الفقهية، المرجع السابق**: 327/5.

(4) يراجع: **المعايير الشرعية، المرجع السابق**، المعيار: (34)، ص: 859-860.

المبحث الثالث
انتهاء التعاقد مع الدولة بالقوة

بعد أن رأينا في المبحث السابق الطرق العادية لانتهاء عقود الإدارة؛ إمّا بتنفيذ مقتضيات العقد على النحو المطلوب، أو بانتهاء مدّة سريان العقد، أو باتّفاق مبكّر من الطرفين على إيقاف العقد وإلغائه، ومستنداتها القانونية والشرعية، سنحاول خلال هذا المبحث دراسة أبرز الأسباب والعوارض الاستثنائية التي قد يلجأ إليها أحد طرفي العقد لإنهاء الرابطة التعاقدية بينهما.

وتعود هذه الأسباب؛ إمّا إلى السلطة الاستثنائية التي تتمتّع بها الإدارة في تعديل وفسخ العقد الإداري، أو إلى سلطة القضاء التي تفصل بين المنازعات الناشئة بين الطرفين، أو إلى قوّة القانون.

سنبحث هذه الأسباب ومؤيّداتها القانونية التي بنيت عليها، ونقارنها بالمنظومة الفقهية الإسلامية؛ لنحدّد مواطن الاتفاق والاختلاف بينهما؛ من خلال المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول: انتهاء التعاقد بالفسخ الإداري

المطلب الثاني: انتهاء التعاقد بالفسخ القضائي

المطلب الثالث: انتهاء التعاقد بقوّة القانون

المطلب الأول: انتهاء التعاقد بالفسخ الإداري

وسنبحث هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

الفرع الأوّل: سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري منفردة

استقرّت مبادئ القانون الإداري على منح الإدارة حقّ إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، ويطلق عليه "الفسخ الإداري"، وهو أحد مظاهر سلطة الإدارة في العقود الإدارية، وبإمكان الإدارة اللجوء إليه تحقيقا للمصلحة العامة مع أو دون خطأ أو تقصير من جانب المتعاقد الآخر، ولا يلزم النص على هذا الحق في العقد[1].

الفرع الثاني: حالات الفسخ الإداري

قد يرد النص القانوني على حق الإدارة في الفسخ في العقد الإداري ذاته، وقد تنصّ عليه القوانين واللوائح، ذلك أنّ المعتاد أن يتضمّن العقد الإداري نصا يعترف للإدارة بحقّها في فسخه كجزاء يوقع على المتعاقد معها لعدم قيامه بالوفاء بالتزاماته المنصوص عليها في العقد، أو لأسباب أخرى لا صلة لها بخطأ المتعاقد، كوفاة هذا الأخير، أو فقده لأهليته المدنية أو البدنية.

وعلى كلّ حال، يجب التنبيه إلى أن النص على سلطة الإدارة في الفسخ –إذا ما ارتكب الطرف الآخر في العقد مخالفات معيّنة–لا يسلبها حقّها في اللجوء إلى هذا الإجراء في حالة ارتكاب المتعاقد معها مخالفات أخرى غير تلك التي نصّ عليها في هذا العقد؛ لأن مصدر سلطة الإدارة في فسخ العقد يعود إلى طبيعة العقد كعقد إداري يخضع لمبادئ وأحكام مختلفة اختلافا جوهريا عن تلك التي تحكم عقود القانون الخاص[2].

وفيما يلي بعض الأمثلة على حالات الفسخ الإداري في القانون الجزائري:

❖ نصّ المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المتضمّن تنظيم الصفقات العمومية في المادتين (149 و150)، وتحت عنوان: "الفسخ" ما يلي:

---

(1) يراجع: ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 595، حسين عثمان، **المرجع السابق**: 684.

(2) يراجع: حسين عثمان، **المرجع السابق**: 685.

"إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد. ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة.

يحدد الوزير المكلف بالمالية، بموجب قرار، البيانات الواجب إدراجها في الإعذار وكذلك آجال نشره في شكل إعلانات قانونية.

يمكن المصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد".

❖ كما أتاح المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المحدّد لشروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية، للإدارة الحق في فسخ إيجار الأملاك العامة في الحالات التي تفرضها المصلحة العامة، ويكون ذلك بعد إشعار قبلي يرسل إلى المستأجر قبل ستة أشهر (المادة: 107).

❖ كما نصّ الأمر رقم 06-03 المتضمّن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، في الباب العاشر "إنهاء الخدمة" على حالات إنهاء الخدمة، وفقدان صفة الموظّف منها: "العزل والتسريح" (المادة: 216)؛ وهما صورتان من صور الفسخ الإداري.

حيث نصّت المادة (184) أنّه "إذا تغيب الموظف لمدة خمسة عشر (15) يوما متتالية على الأقل، دون مبرر مقبول، تتخذ السلطة التي لها صلاحيات التعيين إجراء العزل بسبب إهمال المنصب، بعد الإعذار، وفق كيفيات تحدد عن طريق التنظيم".

كما نصّت المادة (163) من العقوبات التأديبية للدرجة الرابعة: "التنزيل إلى الرتبة السفلى مباشرة، أو التسريح".

الفرع الثالث: التوصيف الشرعي للفسخ الإداري

المسألة الأولى: أنواع العقود باعتبار اللزوم

من المقرّر في الفقه الإسلامي أنّ "الأصل في العقود اللزوم"، ومع ذلك توجد عقود الأصل فيها عدم اللزوم من جانب واحد أو من الجانبين، وقد ذكرنا في الباب الأوّل تقسيم العقود المالية باعتبار لزوم العقد أو عدمه، ونتج عن ذلك التقسيم أربعة أنواع؛ لا بأس من إعادة الإشارة إليها في هذا المقام للأهميّة:

أ-**عقود لازمة بحق الطرفين بمجرّد العقد**، وهي باتّفاق الفقهاء: البيوع والإجارات بأنواعهما الخالية عن الخيارات. وزاد المالكية: شركة الأموال.

ب-**عقود لازمة بحق أحد الطرفين بمجرّد العقد، وجائزة بحقّ الطرف الآخر**: وهي: بيع الخيار أيام الخيار، والكفالة.

وزاد المالكية: الهبة، والوقف، والرهن، والقرض، والعارية.

ج-**عقود لازمة بحقّ أحد الطّرفين بالفعل أو الشروع أو القبض، وجائزة بحقّ الطرف الآخر**، فالأصل فيها قبل تحقّق شرطها أنّها عقود جائزة من الطرفين معا، وقد اتّفقوا على الجعالة.

وعدّ المالكية منها: الوصية، والمضاربة، وشركات الأبدان.

وعدّ الجمهور منها: الهبة، والعارية، والرهن، والقرض، وزاد الحنفية: الوصية.

د-**عقود جائزة بحق الطرفين مطلقا**، وهي التي يملك كل منهما حق الرجوع والإلغاء في أيّ وقت، وهي عند المالكية: الوديعة، والوكالة.

وأضاف الجمهور إليها: الوكالة، والشركة بأنواعها.

المسألة الثاني: أثر اللزوم في خيار الفسخ

وفائدة هذا التقسيم تكمن في منح طرفي العقد حقّ فسخ وإنهاء العقد بإرادته المنفردة في العقود الجائزة، ومنح الطرف غير الملَزم كالمكفول عنه أو الموهوب له حقّ فسخ العقد بإرادته المنفردة دون الطرف الآخر.

وكذلك الحال في الحالات التي يسلب اللزوم فيها عن العقد: (الفساد، الإكراه،

الخيارات)، فإنّ للمستفيد من عدم لزوم العقد في جهته حقّ إبطاله وفسخه قضاءً.

أمّا العقود اللازمة من الطرفين فلا يمكن إنهاؤها بإرادة أحد الطرفين منفردا عن الآخر، وكذا الحال بالنسبة للعقود اللازمة من طرف واحد في حقّ الطرف الملَزم به؛ كالواهب والكفيل.

المسألة الثالثة: تكييف سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية

إنّ ما ذهب إليه القانون من منح الإدارة سلطة فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة؛ مبني على تغليب الصالح العام على الصالح الخاص، ومن ثمّ إعطاء أحد الطرفين (الإدارة) سلطات ليست للطرف الآخر؛ نظرا لاتّصال العقد بمرفق عام تجب حمايته والحرص على حسن سيره باطّراد وانتظام[1].

وقد انتهينا سابقا إلى مشروعية الشرط الفاسخ: إذا كان فيه تأكيد لموجب العقد، ولا يؤدّي إلى تحجير السلعة، ولا الإضرار البالغ بالمشترط عليه[2]، كما ذكرنا حقّ الفسخ الانفرادي في باب الخيارات، والذي لخّصه المعيار الشرعي للإجارة (9): "يحقّ للمستأجر الفسخ بسبب العيب الحادث في العين المخلّ بالانتفاع، ويحقّ الفسخ بخيار الشرط لمن اشترطه خلال المدّة المحدّدة"[3]. فيبدو أنّ حق الإدارة في إنهاء العقود لا يبعد كثيرا عن حقيقة (الخيارات)؛ لأمرين:

– **الأوّل:** أنّ الإرادة العقدية للطرفين انبرمت وفق أحكام العقد أو القانون الذي نصّ على حقّ الإدارة في إنهاء العقد؛ إمّا من خلال:

– خيار الشرط المبني على مراعاة المصلحة العامة.

– أو الخيار الحكمي المبني على جبر النقص والتقصير الذي يتسبّب فيه المتعامل.

وقد ثبت في الشريعة مبدأ تضمين المقصّر إذا خالف أو فرّط، قال الناظم[4]:

وكـلّ مـن فـرّط أو مـن خالفـا * ضـمِّنه ثـمّ متعـدّ أُلفـا

كمثـل مـن خـالف مرعـىً شُـرطا * أو غـرّ بالفعـل كمـا أن ربطـا

---

(1) يراجع: رفيق المصري، **مناقصات العقود الإدارية**: 33.

(2) يراجع: ص: 122.

(3) يراجع: **المعايير الشرعية**، **المرجع السابق**، المعيار: (09)، ص: 252.

(4) يراجع: السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**: 687.

– **الثاني:** أنّ العرف الجاري في العقود الإدارية قد استقرّ على منح الإدارة هذا الحقّ، والشروط المعتبرة شرعا إمّا أن تكون مكتوبة، أو ملفوظة، أو ملحوظة، وأنّ "**المعروف عرفا كالمشروط شرطا**"، و"**المعروف بين التجار، كالمشروط بينهم**".

المطلب الثاني: انتهاء التعاقد بالفسخ القضائي

وسنبحث هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم الفسخ القضائي

قد يلجأ أحد العاقدين إلى القضاء المختصّ –بحسب طبيعة عقد الإدارة؛ إداريا أو عاديا– لإنهاء التعاقد بينهما، فيصدر القاضي قراره بإنهاء العقد لأحد الأسباب التي سنذكرها[1].

هذا، ويفضّل أن تتم تسوية النزاعات الناشئة بين المتعاقدين بشكل ودّي قبل اللجوء إلى التقاضي، فقد خصّص المرسوم التنفيذي 15–247 المتعلّق بالصفقات العمومية في القسم الحادي عشر: التسوية الوديّة للنزاعات، في المواد (153 إلى 155).

فممّا ورد في المادة (153): "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.
- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

وفي حالة عدم اتفاق الطرفين يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة المنشأة.

وسنذكر فيما يلي أسباب الفسخ القضائي على ضوء النظريات التي تمّ التطرّق إليها سابقا.

---

(1) يراجع: حسين عثمان، **المرجع السابق**: 688.

الفرع الثاني: فسخ العقد بناء على نظرية فعل الأمير

إذا أقدمت الإدارة المتعاقدة على إدخال تعديلات تسبّبت في زيادة أعباء إضافية على المتعامل؛ فمن حقّ هذا الأخير –بعد استيفاء جميع شروط نظرية "فعل الأمير"– طلب فسخ العقد لدى القضاء إذا قدّر صعوبة الاستمرار في تنفيذه، وعدم استطاعته تحمّل الأعباء المالية الإضافية المترتبة عنها.

الفرع الثالث: فسخ العقد بناء على نظرية الظروف الطارئة

إذا طرأت ظروف خارجة عن إرادة الإدارة المتعاقدة وتسبّبت في زيادة أعباء إضافية على المتعامل؛ فمن حقّ هذا الأخير –بعد استيفاء جميع شروط نظرية "الظروف الطارئة"– طلب فسخ العقد لدى القضاء إذا قدّر صعوبة الاستمرار في تنفيذه، وعدم استطاعته تحمّل الأعباء المالية الإضافية المترتبة عنها.

الفرع الرابع: فسخ العقد بناء على نظرية القوة القاهرة

تعرّف نظرية القوة القاهرة بأنّها: حدث غير متوقّع مستقل عن إرادة المتعاقدين يجعل تنفيذ العقد مستحيلا، فيؤدّي إلى إعفاء المتعاقد مع الإدارة من التزاماته التعاقدية، ويجعل له حقّ طلب فسخ العقد، ويحرم الإدارة من حقّها في توقيع الجزاءات عليه لعدم تنفيذ العقد[1].

فإذا طرأ ذلك الحدث واستحال معه تنفيذ المتعامل التزاماته التعاقدية؛ فمن حقّه طلب فسخ العقد لدى القضاء.

الفرع الخامس: فسخ العقد بناء على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقّعة

إذا واجهت المتعامل صعوبات مادية غير متوقّعة أثناء تنفيذ العقد وترتّب عنها زيادة أعباء إضافية على المتعامل؛ فمن حقّ هذا الأخير –بعد استيفاء جميع شروط نظرية "الصعوبات المادية غير المتوقّعة"– طلب فسخ العقد لدى القضاء إذا قدّر صعوبة الاستمرار في تنفيذه، وعدم استطاعته تحمّل الأعباء المالية الإضافية المترتبة عنها.

الفرع السادس: التوصيف الشرعي للفسخ القضائي

إنّ ما ذهب إليه القانون من منح المتعاقد حقّ فسخ العقد الإداري قضاءً؛ مبني على

---

(1) يراجع: ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 600، حسين عثمان، **المرجع السابق**: 689.

مراعاة حقّ المتعامل في "التوازن المالي للعقد" وعدم إهدار حقوقه، لذلك خوّل القانون القضاء للنظر بعين العدل والإنصاف.

ويمكن جمع الأسباب الداعية إلى الفسخ الإداري في الأوصاف التالية:

1- حقّ فسخ العقد بموجب العذر في عدم الاستمرار.

2- حقّ فسخ العقد بموجب التعيّب الحاصل في محلّ العقد.

3- حقّ فسخ العقد بموجب الجائحة (الهلاك الجزئي، أو الكلّي).

4- حقّ فسخ العقد بموجب الغلط في تقدير محلّ العقد.

وينظم جميع هذه الأوصاف الجزئية وصف كلّي شامل، وهو "حصول الضرر" بأحد العاقدين، ولا بدّ من رفع هذا الضرر وإزالته، فإنّ الشريعة الإسلامية جاءت لحماية المصالح ودرء المفاسد بميزان العدل والإنصاف.

فقد تضمنت القاعدة الفقهية الكلية: «**الضرر يزال**»[1] جملة من القواعد والضوابط الجزئية التي تحقّق ميزان العدل بين الناس، من ذلك:

- الضرر لا يزال بضرر مثله[2].

- الضّرر الأشد يزال بالضرر الأخف[3].

- إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما[4].

- الضرر يدفع بقدر الإمكان[5].

والقضاء هو الوحيد المخوّل لتحقيق الموازنة بين المفاسد والمصالح وتقدير الضرر وتعويضه، وليس ادّعاء كل طرف؛ بلحوق الضرر وفوات المصالح.

---

(1) يراجع: ابن نجيم، **الأشباه والنظائر مع غمز عيون البصائر**: 274/1، السيوطي، **الأشباه والنظائر**: 83.

(2) يراجع: ابن نجيم، **المرجع السابق**: 278/1، السيوطي، **المرجع السابق**: 86.

(3) يراجع: ابن نجيم، **المرجع السابق**: 287/1، السيوطي، **المرجع السابق**: 87، المادة [26] من **مجلة الأحكام العدلية**، أحمد الزرقا، **المرجع السابق**: 197.

(4) يراجع: المادة [28] **المرجع السابق**: 201.

(5) يراجع: المادة [31] **المرجع السابق**: 207.

المطلب الثالث: انتهاء التعاقد بقوّة القانون

وسنبحث هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

الفرع الأوّل: حالات الفسخ بقوّة القانون

هناك حالات أخرى ينفسخ التعاقد فيها بنصّ القانون ولو لم تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى القضاء؛ إذ بمجرّد حدوثها يكون العقد منفسخا[1]، وسنستعرض بعض الحالات:

الحالة الأولى: فسخ العقد لعدم القدرة على تنفيذ العقد

❖ فقد نصّ القانون المدني الجزائري على الحالات التي تنقضي فيها المقاولة من ذلك:

– انقضاء المقاولة باستحالة تنفيذ المعقود عليه (المادة: 567). وهي تجسيد للقاعدة العامة في الالتزامات: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته" (المادة: 307).

– انقضاء المقاولة بهلاك محلّ العقد بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل (المادة: 568).

– انقضاء المقاولة بموت المقاول إذا أخذت بعين الاعتبار مؤهّلاته الشخصية وقت التعاقد، وإن كان الأمر خلاف ذلك فإن العقد لا ينتهي تلقائيا (المادة: 569).

❖ كما نصّ تنظيم دفاتر الشروط الإدارية العامة الخاص بالصفقات العمومية الصادر بالقرار الوزاري المؤرّخ في 1964/11/21 في المادة (37) على أنّ العقد يفسخ بحكم القانون وبدون تعويض في ثلاث حالات:

1– وفاة المقاول؛ باستثناء الحالة التي تقبل بها الإدارة العروض التي قد يتقدم بها إليها ورثته لتكميل الأشغال.

2– إفلاس المقاول؛ باستثناء الحالة التي تقبل بها الإدارة العروض التي قد يتقدم بها وكيل دائني التفليسة لمتابعة المقاولة.

3– التسوية القضائية التي لا يسمح فيها للمقاول بمتابعة استغلال مشغله.

---

(1) يراجع: سليمان الطماوي، **أموال الإدارة العامة وامتيازاتها**: 368.

الحالة الثانية: فسخ العقد لتحقّق شرط فاسخ بالعقد

ومن تطبيقاته في عقود الإدارة: ما تشترطه الإدارة على المتعامل المتعاقد معها تجنّبه حتّى تبقي التزامها معه نافذا ولازما، وإلاّ كان لها الحقّ في فسخه.

❖ فقد نصّت المادة (15) من عقد الإيجار النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذيّ رقم 140-08 الذي يحدد قواعد منح السكن العمومي الإيجاري على أنّه "في حالة عدم خضوع المستأجر لإحدى التزاماته كما هي مبينة في أحكام هذا المرسوم التنفيذي، وفي دفتر الشروط المرفق بالملحق الثاني لنفس المرسوم، يمكن فسخ العقد بقوة القانون مع تظليم المستأجر".

الحالة الثانية: فسخ العقد لتحقّق أسباب منصوص عليها في القانون

❖ نصّ الأمر رقم 06-03 المتضمّن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، في الباب العاشر "إنهاء الخدمة" ضمن المادة (216) على حالات إنهاء الخدمة، وفقدان صفة الموظّف منها: "فقدان الجنسية الجزائرية أو التجريد منها؛ فقدان الحقوق المدنية؛ الوفاة"؛ وهي من صور الفسخ بقوّة القانون.

❖ كما نصّ المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المحدّد لشروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية، في المادة (107): "أنّ كل تقصير من صاحب الرخصة في الالتزامات الواردة في دفتر الشروط، ينجر عنه الفسخ بقوة القانون لعقد الإيجار من طرف الهيئة القضائية المختصة، بطلب من مدير أملاك الدولة".

الفرع الثاني: التوصيف الشرعي لفسخ العقد بقوّة القانون

يمكن تكييف الحالات السابقة التي يحقّ فيها للإدارة المتعاقدة فسخ تعاقدها مع المتعاملين تحت مسمّى "قوّة القانون" كما يلي:

1-هلاك المعقود عليه قبل التسليم[1]:

يفرّق الفقهاء بين نوعين من المعقود عليه: المعيّن، والموصوف في الذمّة.

---

(1) يراجع: أحمد الكردي، **المرجع السابق**: 236، محمد الزحيلي، **العقود المسماة**: 268، علي القره داغي، **المقدّمة في المال**: 541، **الموسوعة الفقهية، المرجع السابق**: 28/7.

مثال المعيّن: بيع سيّارة أو أجهزة ذات أرقام تسلسلية معيّنة.

ومثال الموصوف في الذمّة: بيع سلع ذات مواصفات محدّدة لكنها لم تعيّن بعد.

ويختلف حكم العقد عند هلاك المعقود عليه قبل تسليمه إلى الطرف المستفيد منه في هذين النوعين:

– فأمّا المبيع المعيّن فإن كان ممّا فيه حقّ توفية وهو المال المثلي من مكيل أو موزون أو معدود، فإنّ العقد ينفسخ بالتلف؛ لأنّ الضمان ما يزال في ذمّة البائع. وإن كان المبيع عقارا، أو من الأموال القيمية التي ليس لمشتريها حق توفية فلا ينفسخ العقد بالتلف عند فقهاء المالكية والحنابلة؛ لأنّ الضمان ينتقل إلى المشتري بمجرّد العقد دون اشتراط التسليم، بينما يرى الأحناف والشافعية أنّ البيع ينفسخ أيضا؛ لأنّ الضمان لا ينتقل إلاّ بالقبض[1].

وكذلك الأمر بالنسبة للإجارة المعيّنة فتنفسخ بهلاك العين المؤجرة اتّفاقا بين الفقهاء[2].

– وأمّا إذا كان المعقود عليه موصوفا في الذمة؛ كالسلم والاستصناع والإجارة الموصوفة في الذمة، فيبقى الالتزام بتسليم السلع، أو توفير عين مؤجرة بنفس المواصفات قائما[3].

2–هلاك العاقد[4]:

اختلف الفقهاء في تأثير وفاة أحد العاقدين في استمرار العقد أو إبطاله؛ بناء على نوع العقد وحكمه:

– أمّا **العقود الجائزة؛** كالوكالة والإعارة والوديعة فتفسخ بموت أحدهما قبل التنفيذ

---

(1) يراجع: الكاساني، **بدائع الصنائع**: 238/5، ابن عابدين، **حاشية رد المحتار**: 149/5، الرافعي، **العزيز شرح الوجيز**: 286/4، الشربيني، **مغني المحتاج**: 456/2، ابن قدامة، **المغني**: 181/6، المرداوي، **الإنصاف**: 501/11، محمد الزحيلي، **العقود المسماة**: 270.

(2) يراجع: السرخسي، **المبسوط**: 3/16، الكاساني، **بدائع الصنائع**: 223/4، ابن شاس، **عقد الجواهر**: 940/3، الدردير، **شرح أقرب المسالك**: 49/4، الرافعي، **العزيز شرح الوجيز**: 164/6، الشربيني، **مغني المحتاج**: 484/3، ابن قدامة، **المغني**: 50/8، البهوتي، **كشاف القناع**: 113/9.

(3) يراجع: ابن رشد، **بداية المجتهد**: 439/3.

(4) يراجع: علي الخفيف، **الحق والذمة**: 235، علي القره داغي، **المقدّمة في المال**: 541، **الموسوعة الفقهية، المرجع السابق**: 30/7.

وبعده. وقد نُقل الإجماع على فسخ الشركة بموت أحد الشريكين[1].

– وأمّا **العقود الملزمة**؛ كالبيع والإجارة، فقد ذهب الجمهور إلى استمرار حكمها بعد وفاة العاقد وتوريث أحكام العقد وآثاره إلى ورثته، بينما ذهب الحنفية إلى فسخ الإجارة بموت أحد العاقدين؛ بناء على مذهبهم في عدم توريث المنافع؛ لأنّ المنفعة لا تدخل في تعريف المال عندهم[2].

أمّا **عقد المقاولة** الذي ورد بشأنه نصّ القانون سابقا؛ فهو وإن كان من العقود الملزمة إلاّ أنّ طبيعته متردّدة بين الإجارة والاستصناع، ولا يخرج حكمه عن الحالات التالية:

الحالة الأولى: على اعتبار أنّه أجير (أي أنّ مواد الأشغال من صاحب المشروع)، فإن كان المقاول ممّا يقصد بعينه لمؤهّلاته الشخصية، فإذا مات انتهى عقد المقاولة باتفاق الفقهاء[3].

الحالة الثانية: على اعتبار أنّه أجير أيضا، لكن المقاول لا يقصد بعينه لمؤهّلات شخصية معيّنة؛ إذ لم يشترط رب العمل على المقاول أن يعمل بنفسه، وكان العمل المعقود عليه مما لا يختلف باختلاف المقاولين، فهنا يكون العمل المطلوب موصوفا في الذمة يراد إنجازه بغض النظر عن منجزه، فإذا مات المقاول في هذه الحالة، فإنّ للفقهاء فيه قولان[4]:

القول الأوّل: لجمهور الفقهاء (المالكية، والشافعية، والحنابلة) باستمرار العقد؛ لأنّه عقد ملزم؛ كالبيع.

القول الثاني: وهو قول فقهاء الحنفية بانفساخ العقد؛ بناء على مذهبهم في عدم توريث المنافع؛ لعدم ماليتها.

وقد سارت المعايير الشرعية على قول الجمهور في التفريق بين تعلّق الإجارة بشخص

---

(1) يراجع: ابن المنذر، **الإجماع**: 100، ابن حزم، **مراتب الإجماع**: 91.

(2) يراجع: الكاساني، **بدائع الصنائع**: 222/4، ابن عابدين، **حاشية رد المحتار**: 83/6.

(3) يراجع: الكاساني، **بدائع الصنائع**: 223/4، ابن عابدين، **حاشية رد المحتار**: 84/6، ابن رشد، **بداية المجتهد**: 439/3، التسولي، **البهجة**: 2/ 336–343، قليوبي وعميرة، **حاشيتان على شرح المحلّي**، مطبعة بابي الحلبي، مصر، ط3، 1956/1375: 84/3، الرملي، **نهاية المحتاج**: 317/5، ابن قدامة، **المغني**: 36/8، البهوتي، **كشاف القناع**: 114/9.

(4) **المراجع السابقة**.

الأجير أم لا، وردّت ذلك إلى ملفوظ العقد وملحوظ العرف، حيث جاء فيها: "إذا مات الأجير الخاص أو المشترك، أو فقد أهليته بالكامل، أو أصابه تلف أو مرض منعه من العمل كليّا أو لفترة زمنية طويلة لا يصبر عليها المستأجر عادة، أو تمّ تصفية المؤسّسة الأجيرة، أو تفليسها، أو تجميد نشاطها، انفسخ عقد الإجارة على الأشخاص ما دامت الإجارة خاصة بشخص الأجير حسب العقد أو العرف"[1].

الحالة الثالثة: على اعتبار أنّه استصناع (أي أنّ مواد الأشغال من المقاول)، فإذا مات المقاول في هذه الحالة، فإنّ للفقهاء فيه قولان:

القول الأوّل: لجمهور الحنفية القائلين بأنّ عقد الاستصناع ليس ملزما للطرفين قبل التسليم؛ لشبهه بعقد الإجارة، والإجارة عندهم تنتهي بالموت[2].

القول الثاني: لأبي يوسف من فقهاء الحنفية بأن عقد الاستصناع ملزم للطرفين، وقد أخذت بهذا الرأي لجنة مجلة الأحكام العدلية في المادة [392]: "وإذا انعقد الاستصناع؛ فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبيّنة كان المستصنع مخيّرا"، كما أخذ به مجمع الفقه الإسلامي الدولي[3].

3-إفلاس العاقد:

الإفلاس اصطلاحا: هو أن يكون الدَّين الذي على الشخص أكثر من ماله؛ سواء أكان غير ذي مال أصلا، أم كان له مال؛ إلاّ أنّه أقلّ من دَينه[4].

أمّا التفليس، فهو: منع الحاكم المدين من التصرفات المالية لتعلّق الدين بها. ويطلق عليه أيضا الحجر[5].

فإذا أحاط الدين بمال المدين وطلب دائنوه الحجر عليه وجب الحاكم تفليسه عند جمهور الفقهاء سوى الإمام أبي حنيفة. وقاسوا ذلك على الحجر على المريض مرض الموت

---

(1) يراجع: **المعايير الشرعية**، **المرجع السابق**، المعيار: (34)، ص: 859.

(2) يراجع: ابن الهمام، **فتح القدير**: 244/6، ابن عابدين، **المرجع السبق**: 224/5.

(3) قرار رقم: 65 (7/3).

(4) يراجع: نزيه حمّاد، **معجم المصطلحات**: 71.

(5) يراجع: نزيه حمّاد، **معجم المصطلحات**: 145.

فيما زاد على الثلث لحق الورثة، وهو محلّ اتّفاق عند الجميع، فالحجر عليه ومنعه من التصرف في أمواله لحق الغرماء أولى.

أمّا الإمام أبو حنيفة فلا يرى تفليسه؛ لأنّه كامل الأهلية، وفي الحجر عليه إهدار لآدميته[1].

ويترتّب على التفليس أو حجر القاضي على المفلس مجموعة من الآثار أهمّها:

أ – تعلق حقوق الغرماء بماله، ومنعه من الإقرار على ذلك المال والتصرف فيه.

ب – انقطاع الطلب عنه بدين جديد بعد الحكم بالإفلاس.

ج – حلول الدين المؤجل في ذمة المدين.

د – استحقاق من وجد عين ماله عند المدين استرجاعه.

هـ – استحقاق بيع مال المفلس وقسمه بين الغرماء[2].

أمّا تأثير التفليس في العقود فيمكن دراسته وفق تقسيم العقود إلى فورية ومستمرة:

الحالة الأولى: أثر التفليس على العقود الفورية

إذا انعقد البيع وتمّ تبادل المبيع والثمن بين طرفي العقد ثمّ طرأ الإفلاس على أحدهما، فلا أثر له في إبطال العقد وفسخه، وكذلك الأمر لو طرأ الإفلاس بعد تسليم أحدهما عِوضه قبل أن يسلّمه الطرف الآخر عوضه، فلا أثر لهذا التفليس في لزوم تصرّف المفلس، ولا يمكن إبطال التزامه بدعوى الإفلاس.

إنّما النظر عند عجز أحد الطرفين عن أداء التزامه بسبب طروء الإفلاس عليه، ويمكن تصوّره في هاتين الحالتين:

الحالة الأولى: إذا سلّم البائع المبيع ثمّ طرأ الإفلاس على المشتري قبل أداء الثمن؛ فقد ذهب جمهور الفقهاء –المالكية والشافعية والحنابلة– إلى منح البائع حقّ الرجوع في عين ماله، ويكون أحق به من سائر الغرماء، ولا يسقط حقه بقبض المشتري للمبيع، وذلك لحديث أبي هريرة –رضي الله عنه– أنّ النّبي –صلّى الله عليه وسلم– قال: "**مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ**

---

(1) يراجع: علي الخفيف، **أحكام المعاملات الشرعية**: 270، **الموسوعة الفقهية، المرجع السابق**: 301/5.

(2) يراجع: **الموسوعة الفقهية، المرجع السابق**: 301/5.

عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ – أَوْ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ – فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ"[1]. وهذا مع مراعاة شروط الرجوع التي حددها الفقهاء ككون السلعة باقية في ملك المشتري، ولم تتغير صورتها كالحنطة إذا طحنت، ولم يتعلق بها حق كرهن، وأن يكون الرجوع في عين ماله في المعاوضات المحضة[2].

وعند الحنفية: لا يكون البائع أحق بعين ماله الذي وجده عند المفلس، وإنما يكون أسوة الغرماء فيباع ويقسم ثمنه بالحصص؛ لأن ملك البائع قد زال عن المبيع وخرج من ضمانه إلى ملك المشتري وضمانه، فساوى باقي الغرماء في سبب الاستحقاق[3]، واستدلوا بما روى أبو هريرة –رضي الله عنه– عن النّبي –صلى الله عليه وسلم– أنّه قال: "**أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ سِلْعَةً، فَأَدْرَكَ سِلْعَتَهُ بِعَيْنِهَا عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ، وَلَمْ يَكُنْ قَبَضَ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا، فَهِيَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ قَبَضَ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا، فَهُوَ أُسْوَةٌ الْغُرَمَاءِ**"[4].

الحالة الثانية: إذا سلّم المشتري الثمن ثمّ طرأ الإفلاس على البائع قبل تسليم المبيع؛ كما في عقد السلم، فقد نصّ المالكية والشافعية على أنّ للمشتري حقّ الرجوع في ثمنه؛ قياسا للثمن على المثمن[5].

– أمّا تأثير الإفلاس في عقد الاستصناع عند الحنفية؛ فبناء على قول جمهورهم بعدم لزومه أصلا، فطروء الإفلاس على أحد العاقدين ليس له أثر إضافي في إنهاء العقد، وأمّا على قول أبي يوسف بلزومه –وهو اختيار مجلّة الأحكام العدلية، ومجمع الفقه الإسلامي

---

(1) متّفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب: إذا وجد ماله عند مفلس في البيع، والقرض والوديعة، فهو أحق به: 2402، وأخرجه مسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه: [1559].

(2) يراجع: الدسوقي، **حاشية على الشرح الكبير**: 282/3– 283، المواق، **التاج والإكليل**: 50/5، الماوردي، **الحاوي**: 294/6، الشربيني، **مغني المحتاج**: 158/2، ابن قدامة، **المغني**: 541/6، البهوتي، **كشاف القناع**: 341/8.

(3) يراجع: الكاساني، **بدائع الصنائع**: 252/5، ابن عابدين، **حاشية رد المحتار**: 96/5.

(4) أخرجه ابن ماجه في سننه: كتاب أبواب الأحكام، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس: 2359، والدارقطني في سننه: 2930، وقال بإثره: إسماعيل بن عياش مضطرب الحديث، ولا يثبت هذا عن الزهري مسندا وإنما هو مرسل. وقد رواه مرسلا: مالك في موطّئه: كتاب البيوع، باب إفلاس الغريم: 2497، أبو داود في سننه: كتاب البيوع، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل ماله بعينه عنده: 3520.

(5) يراجع: الزرقاني، **شرح خليل**: 282/5، الدسوقي، **حاشية على الشرح الكبير**: 83/3، زكريا الأنصاري، **أسنى المطالب**: 196/2، الرملي، **نهاية المحتاج**: 327/4.

الدولي–؛ فينبغي أن يتخرّج على المسألتين السابقتين؛ حال طروء الإفلاس على المشتري قبل تسليم الثمن، وحال طروء الإفلاس على البائع قبل تسليم المبيع.

ويبدو للباحث أنّ طروء الإفلاس على أحد طرفي عقد البيع قبل الوفاء بالتزاماته يعطي الحقّ للطرف الثاني في فسخ العقد واسترداد ماله منه؛ لأنّه أولى من جميع غرماء المفلس.

الحالة الثانية: أثر التفليس على العقود المستمرة

إذا انعقدت الإجارة ثمّ طرأ الإفلاس على المستأجر قبل دفع الأجرة، فللمؤجر فسخ الإجارة عند جمهور الفقهاء؛ قياسا على عقد البيع، ولأنّ إبقاء الإجارة إضرار بالمؤجر[1].

وأمّا إذا أفلس المؤجر، فالإجارة ماضية ولا تنفسخ بفلسه للزومها، فإن اضطر إلى بيعها في الحال؛ فذهب جمهور الفقهاء إلى جواز بيعها مؤجرة، وذهب الحنفية إلى جواز فسخ الإجارة بعذر الإفلاس[2].

أثر إفلاس المقاول:

إذا كان المقاول متعهّدا بتقديم المواد والأدوات؛ كان صانعا وتنطبق عليه أحكام عقد الاستصناع، وفي هذه الحالة إذا طرأ عليه إفلاس قبل استكمال المشروع؛ فإنّ لرب العمل حقّ الفسخ؛ لأنّ المقاول عاجز عن تسليم ما تبقّى من محلّ العقد.

وإذا كان المقاول متعهّدا بالعمل دون المواد والأدوات؛ كان في حكم الأجير المشترك فتنطبق عليه أحكام عقد الإجارة، وفي هذه الحالة إذا طرأ عليه إفلاس قبل استكمال المشروع؛ فيفرّق الأمر بين حالتين:

حال كون المقاول شخصا طبيعيا، والأصل فيه أن يبقى العقد ما دام قادرا على تحمّل التزاماته التعاقدية؛ كما لو كان حرفيا أو صانعا يعتمد على قدراته ومهاراته الذاتية فقط.

أمّا في حال كونه شخصية معنوية؛ شركة أو مؤسّسة، فإفلاسه وتصفيته بمثابة إنهاء

---

(1) يراجع: الكاساني، **بدائع الصنائع**: 197/4، السرخسي، **المبسوط**: 4/16، الخرشي، **شرح مختصر خليل**: 266/5، الدسوقي، **حاشية على الشرح الكبير**: 265/3، عميرة وقليوبي، **حاشيتان على شرح المنهاج** : 365/2، الرملي، **نهاية المحتاج**: 338/4، ابن قدامة، **المغني**: 541/6، البهوتي، **كشاف القناع**: 341/8.

(2) يراجع: السرخسي، **المبسوط**: 3/16، الكاساني، **بدائع الصنائع**: 198/4، سحنون، المدونة: 474/3، الدردير، **الشرح الكبير**: 289/3، زكريا الأنصاري، **أسنى المطالب**: 197/2، الشرواني، **حاشية على تحفة المحتاج**: 146/5، البهوتي، **كشاف القناع**: 363/8، الرحيباني، **مطالب أولي النهى**: 393/3.

لهذه الشخصية المعنوية؛ فقد ذكرنا في الباب الأوّل أنّ "الشخص الاعتباري يزول بزوال شرائطه، أو زوال العوامل التي أوجدته، أو انتهاء الغرض الذي أنشئ من أجله، بخلاف الشخص الطبيعي فإنّه لا يزول إلا بالموت"، وبذلك تنفسخ المقاولة وتبطل.

وعلى هذا سارت المعايير الشرعية حيث جاء فيها: "إذا مات الأجير الخاص أو المشترك... أو تمّ تصفية المؤسّسة الأجيرة، أو تفليسها، أو تجميد نشاطها، انفسخ عقد الإجارة على الأشخاص ما دامت الإجارة خاصة بشخص الأجير حسب العقد أو العرف"[1].

4- تحقّق الشرط الفاسخ:

ذكرنا في الباب الأوّل من الدراسة حكم الشرط الفاسخ، وخلصنا إلى جوازه بشرط إجمالي يتمثّل في "ألاّ يخالف أحكام الشرع"، ويقصد بذلك أن يكون الشرط مؤكّدا لموجب العقد، ولا يؤدّي إلى تحجير السلعة، ولا إضرارا بالغا بالمشترط عليه. وبناء على ذلك يلزم الوفاء به، ويتحقّق الفسخ بمخالفته.

ومثال الشرط الفاسخ الصحيح ما ذكرناه بخصوص فسخ عقد الإجارة إذا أخلّ المستأجر ببعض التزاماته المنصوص عليها في العقد؛ فإنّ هذا العقد من شأنه توكيد مقتضيات عقد الإجارة، ولا يترتّب عليه تحجير ولا إضرار بالمستأجر، فلزم الوفاء به، واكتسب المؤجر حقّ إبطاله عند الإخلال بأحكام العقد.

وقد نصّ مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحّد (القانون المدني الموحّد على أساس الفقه الإسلامي)[2] على هذا الحقّ في المادة (257): "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد منفسخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. وهذا الاّفاق لا يعفي من الإعذار إلاّ إذا اتّفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه".

وقد سارت على ذلك المعايير الشرعية، حيث جاء فيها: "يجوز اشتراط المؤجر فسخ العقد لعدم سداد المستأجر الأجرة أو تأخيرها"[3]. وجاء أيضا: "يجوز في الأجير المشترك تحديد مدّة لإنجاز العمل، فإذا لم ينجز العمل في المدّة المحدّدة يكون للمستأجر الحقّ في

---

(1) يراجع: **المعايير الشرعية**، **المرجع السابق**، المعيار: (34)، ص: 859.

(2) مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**: 330.

(3) يراجع: **المعايير الشرعية**، **المرجع السابق**، المعيار: (09)، ص: 252.

الفسخ، أو الاتّفاق على مدّة أخرى"[1].

5-تنصيص القانون على حقّ الفسخ:

للقانون سلطة عرفية ملزمة تجعله في حكم الشرط الملفوظ أو المكتوب، فإقدام المتعاقدين على إبرام عقد وفق أحكام قانون أو لوائح معيّنة تجعل هذه الأخيرة جزءً لا يتجزّأ من بنود العقد المبرم؛ وفق القاعدتين الفقهيتين: "**المعروف عرفا كالمشروط شرطا**"، و"**المعروف بين التجار، كالمشروط بينهم**".

وعليه، فإنّ تنصيص القانون على ترتيب الفسخ في حالات معيّنة -وإن لم تكن في الأصل أسبابا للفسخ- يأخذ حكم الشرط الفاسخ المذكور في صلب العقد؛ من حيث الصحة والفساد والإلزام.

وقد نصّ مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحّد[2] على هذا الحقّ في المادتين التاليتين: (258): "في العقود الملزمة للجانبين إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بسبب لا يد للمدين فيه، انقضى التزامه هذا، والالتزام المقابل له، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه".

(259): "إذا كانت الاستحالة جزئية انقضى الجزء المستحيل وما يقابله فقط. ويجوز للدائن فسخ العقد بشرط إعلام المدين. وكذلك الحكم في الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة".

---

(1) يراجع: **المعايير الشرعية**، **المرجع السابق**، المعيار: (34)، ص: 854.

(2) مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**: 330.

المبحث الرابع
آثار انتهاء التعاقد مع الدولة

تناولنا في المبحثين السابقين الحالات التي تنتهي فيها العلاقة التعاقدية مع الإدارة سواء بشكل طبيعي؛ بإيفاء جميع التزامات العقد، أو بانتهاء المدّة المقرّرة فيه، أو من خلال التراضي بين الطرفين ومراعاة رغبة أحدهما أو كليهما في إنهاء التعاقد قبل أوانه، أو انتهاء التعاقد بشكل مبتسر وخاضع للقوّة؛ قوّة الإدارة وسلطتها في إنهاء التعاقد من طرف واحد، أو قوّة القضاء المؤهّل للفصل بين المنازعات الناشئة بين الطرفين في حالات استثنائية، أو قوّة القانون التي تعلو جميع الأطراف، وتقيّد صلاحياتهم.

وسنتعرّض في هذا المبحث إلى الآثار المترتّبة عن انتهاء عقود الإدارة في كلّ حالة من الحالات الثلاث التي تعرّضنا إليها سابقا (الطبيعية، بالتراضي، بالقوّة)، وما ينشأ في ذمّة كلّ طرف بمقتضى ذلك، سنتناول كلّ ذلك ضمن المطالب الثلاث التالية:

المطلب الأول: آثار انتهاء التعاقد طبيعيا

المطلب الثاني: آثار انتهاء التعاقد بالتراضي

المطلب الثالث: آثار انتهاء التعاقد بالقوة

المطلب الأول: آثار انتهاء التعاقد طبيعيا

الأصل في العقود التي تنتهي بالشكل الطبيعي سواء بتسليم الصفقة، أو بانتهاء مدّتها المحدّدة أن تنقطع جميع الآثار التعاقدية باستثناء حالات الغش والتدليس التي قد يمكن اكتشافها لاحقا، ومع ذلك فقد تتولّد آثار أخرى متّصلة بالتعاقد الأوّل؛ سواء كانت منصوصة في بنوده، أو بناء على استمرار الوفاء بالتزامات العقود الزمنية، وفيما يلي تفصيل لهاتين الحالتين:

الفرع الأوّل: اشتراط ضمان المبيع بعد العقد

تنتهي آثار العقود الفورية عادة عند استكمال إجراءات استلام الصفقة بدون أيّ تحفّظ -كما ذكرنا في المبحث السابق-، لكن قد يتضمّن العقد اشتراط ضمان صلاحية المبيع بعد العقد لمدّة محدّدة، وقد أشارت المادة (131) من المرسوم رقم 15-247 المتعلّق بالصفقات العمومية إلى إمكانية ذلك: "عندما تنص الصفقة على أجل ضمان تتحول كفالة حسن التنفيذ عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان".

❖ وقد تناولنا في الباب الأوّل الحكم الشرعي لاشتراط ضمان هلاك المبيع أو تعرّضه لعطب أو خلل على ذمّة المتعاقد بعد تسليمه إيّاه إلى الإدارة خلال مدّة محدّدة، وانتهينا إلى جوازه ولزوم الوفاء به.

وبناء على ذلك، يبدأ التزام المتعاقد بالضمان مع الإدارة المتعاقدة فور تسلّمها محلّ العقد، ويبقى مستمرّا إلى غاية انتهاء أجله، وفق شروط الاستعمال المتّفق عليه.

الفرع الثاني: المطالبة بالتعويض عن الإجارة بعد انقضاء مدّتها

إذا استمرّ المتعاقد مع الإدارة في تقديم خدماته بعد انتهاء مدّة العقد الأولى، فقد أجاز القانون مطالبته للإدارة بتعويضه عن تلك الخدمات في حالتين[1]:

1. حالة الموافقة على تجديد الالتزام صراحة أو ضمنا.

2. حالة استمرار ملتزم المرفق العام بأداء الخدمة المنوطة به بشرط حسن النية من

---

(1) يراجع: سليمان الطماوي، **أموال الإدارة وامتيازاتها**: 367، جابر جاد نصار، **العقود الإدارية**، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، تاريخ الإيداع 2008: 360.

جانبه، وثبوت فائدة ذلك الاستمرار، حينئذ يكون تعويض المتعاقد على أساس العقد أيضا بصرف النظر عن التجديد الضمني.

❖ ويتّفق الفقه الإسلامي مع القانون في حكم تجديد العقود المستمرة كالإجارة والشركة بالموافقة الصريحة أو الضمنية أو الواقعية.

فقد نصّ الفقهاء على إمكانية عقد الإجارة بأيّ لفظ أو غيره[1]، قال الصاوي مبيّنا طرق التعاقد: "أي كالإشارة والكتابة والمعاطاة والعرف الجاري بين الناس، وذلك في الأعمال التي يعملها الشخص لغيره ومثله يأخذ عليها أجرة كتخليص دين؛ لأن من قواعد الفقه أن العرف كالشرط والعادة محكّمة"[2].

وعلى ذلك سارت المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة بقولها: "يجوز تجديد الإجارة لمدّة أخرى؛ سواء حصل التجديد قبل انتهاء المدّة الأصلية أم تلقائيّا، وذلك بوضع نصّ في العقد بالتجديد عند دخول فترة جديدة إذا لم يتمّ الإشعار برغبة أحد الطّرفين في عدم التجديد"[3].

المطلب الثاني: آثار انتهاء التعاقد بالتراضي

الأصل في العقود التي تنتهي بالتفاسخ أو الفسخ الرضائي أن تعود إلى الحالة التي كانت عليها قبل التعاقد، فقد ورد في نصّ المادة (122) من القانون المدني الجزائري: "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".

إذا اتّفق المتعاقدان على إنهاء عقدهما بالتراضي، فإنّ آثار العقد الأوّل تنتهي أيضا، وقد يتّفق الطرفان على تعويض أحد طرفي العقد عمّا فاته من كسب، وقد لا يشير إلى ذلك، فلا يستحقّ أيّ منهما التعويض[4].

---

(1) يراجع: ابن عابدين، **حاشية رد المحتار**: 4/6، الحطاب، **مواهب الجليل**: 390/5، الرملي، **نهاية المحتاج**: 261/5، البهوتي، **كشاف القناع**: 33/9.

(2) يراجع: الصاوي، **بلغة السالك على أقرب المسالك**: 7/4.

(3) يراجع: **المعايير الشرعية**، **المرجع السابق**، المعيار: (34)، ص: 859.

(4) يراجع: سليمان الطماوي، **أموال الإدارة وامتيازاتها**: 368.

فقد نصّت المادة (15) من عقد الإيجار النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذيّ رقم 140-08 المحدّد لقواعد منح السكن العمومي الإيجاري على أنّه في حال تمّ التفاسخ المسبق مع المستأجر فإنّه "يسترجع السكن ويعاد منحه من جديد وفق أحكام المرسوم التنفيذي".

كما قد نصّت الفقرة الثانية من المادة (152) من المرسوم 15-247 المتعلّق بالصفقات العمومية، على ما يلي:

"وفي حالة فسخ صفقة عمومية جارية التنفيذ باتفاق مشترك يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والأشغال الباقي تنفيذها وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة".

❖ المبدأ العام في نتائج انحلال العقد فسخا أو انفساخا أنّه: يجب إعادة العاقدين إلى سابق وضعهما قبل التعاقد، وفق القاعدة الفقهية: "الفسخ يجعل العقد كأنّه لم يكن"[1].

فإن أمكن نقض التنفيذ والتراد في جزء من محل العقد دون آخر جاز الفسخ فيما يمكن فيه النقض والتراد دون ما لا يمكن (الفسخ الجزئي)[2].

وهذا ما نصّ عليه مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحّد[3] في "آثار انحلال العقد" ضمن (المادة 260): "إذا انفسخ العقد أو فُسخ عاد المتعاقدان إلى حالهما قبل التعاقد، فإذا استحال ذلك يُقضى بالتعويض".

كما يفرّق الفقه الإسلامي بين العقود الفورية والمستمرة في ترتيب آثار الإقالة على النحو التالي:

1. ففي العقود الفورية يشترط قيام محلّ العقد إذا كان عينا لتمكّن إقالته. فإذا كان هالكا أو مستهلكا بعد التنفيذ لا تمكن إقالة البيع لعدم إمكان التراد، وإذا كان بعضه هالكا جازت الإقالة في الباقي فقط.

---

(1) يراجع: الكاساني، **بدائع الصنائع**: 196/4، ابن الملقن، **الأشباه والنظائر**، تحقيق: مصطفى الأزهري، دار ابن القيم، الرياض، ط1، 2010: 429/1، المقدسي، **الشرح الكبير**: 523/14.

(2) يراجع: محمد الزحيلي، **العقود المسمّاة**: 239.

(3) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**: 329-330.

2. أمّا العقود المستمرة قبل تمام تنفيذها؛ كالإجارة التي مضى من مدّتها قسم وبقي قسم، فإنّها تقبل الفسخ فيما بقي من مدّتها دون ما مضى. فيكون للمؤجر حصّة الزمن الماضي من الأجرة المتّفق عليها[1].

المطلب الثالث: آثار انتهاء التعاقد بالقوة

وسنبحث هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: آثار انتهاء التعاقد بالفسخ الإداري

إذا لجأت الإدارة إلى استخدام سلطتها في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة بناء على تقصير المتعاقد وبعد استيفاء جميع إجراءات الإعذار المنصوص عليها، لم يكن للمتعاقد الاعتراض على قرارها، بل ربّما حمّل القانون المتعاقد المقصّر تبعة التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة العمومية الجديدة.

فقد نصّ المرسوم 15-247 المتعلّق بالصفقات العمومية في الفقرة الأولى من المادة152، على ما يلي:

"لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها، وزيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير: التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة".

أمّا إذا استخدمت الإدارة سلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة دون خطأ من المتعاقد معها، فإنّ لهذا الأخير الحقّ في مطالبتها بالتعويض عمّا أصابه من ضرر نتيجة إنهاء الصفقة، وعلاوة على ذلك يستطيع المطالبة بالتعويض عمّا فاته من كسب[2].

❖ يتوافق الفقه الإسلامي مع التفصيل المذكور أعلاه إلى حدّ قريب:

1. فإذا قصّر المتعاقد وأخلّ بالتزاماته، فإنّ الواجب شرعا إجباره على تنفيذ التزامه عينا

---

(1) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 596/1.

(2) يراجع: سليمان الطماوي، **أموال الإدارة العامة وامتيازاتها**: 378، حسين عثمان، **المرجع السابق**: 686، خلاف فاتح، **المرجع السابق**: 78.

بقوّة القضاء؛ لأنّ مهمّة القاضي هي إيصال ذوي الحقوق إلى حقوقهم، فلا موجب للفسخ.

أمّا حجّة علماء القانون في منح المتعاقد حقّ طلب الفسخ بطريق القضاء؛ حتى لا تفوت مصلحة العاقد في التنفيذ العيني المتأخّر عن وقته، بسبب تخلّف العاقد الآخر أو امتناعه عن التنفيذ في حينه، فيجب أن يسوّغ لرفيقه المتعاقد معه حقّ التحلّل من الرابطة العقدية إذا وجد مصلحته في ذلك[1].

وممّا يشهد لهذا من القواعد الفقهية: "لا ضرر ولا ضرار"، فإنّ تنفيذ العقد في غير حينه المتّفق عليه بسبب تخلّف أحد عاقديه أو تمرّده عن التنفيذ قد يلحق ضررا كبيرا بالعاقد الآخر، والضرر منفي بالنص، والقضاء لا يستطيع إعادة الزمن[2].

وقد انتهى مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحّد إلى قريب من هذا في المادة (257):

"يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد منفسخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار إلاّ إذا اتّفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه[3].

2. أمّا إذا لم يقصّر المتعاقد في التزاماته، وأقدمت الإدارة على فسخ العقد؛ بناءً على مصلحة عامة مرجوّة؛ فإنّ من حقّ المتعاقد اللّجوء إلى القضاء لتعويضه عمّا لحقه من ضرر، وفق القاعدة الفقهية: "**الاضطرار لا يبطل حقّ الغير**"[4].

الفرع الثاني: آثار انتهاء التعاقد بالفسخ القضائي

إذا تمّ اللّجوء إلى القضاء لفسخ العقد، فإنّ القاضي يبحث في مبرّرات الفسخ:

الحالة الأولى: الحكم بالفسخ للعذر

---

(1) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 599/1، ويرى الأستاذ مصطفى الزرقا أنّ النظر القانوني هنا وجيه، وأنّ قواعد الشريعة ومبادئها الفقهية تتّسع له وتتقبّله، كما أنّ بعض المذاهب الفقهية الأربعة نفسها قد أقرّته في بعض العقود صراحة، ولم تنفه في سواها.

(2) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**: 600/1.

(3) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**: 330.

(4) يراجع: **مجلة الأحكام العدلية**: المادة [33]، أحمد الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**: 213، محمد الزحيلي، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**: 286/1.

إذا قام الفسخ على أسباب مبرّرة، فإنّ القاضي يمكنه –فضلا عن إعفاء المتعاقد من تكاليف العقد ونتائجه– أن يمنحه تعويضا شاملا لما لحقه من خسارة مؤكّدة وما فاته من ربح؛ إذا أثبت أنّه كان بإمكانه تحقيقه لو قام بتنفيذ الصفقة.

وأبرز تلك الحالات ما ذكرناه في المبحث الثالث:

1. فسخ العقد بناء على نظرية فعل الأمير:

إذا أقدمت الإدارة المتعاقدة على إدخال تعديلات تسبّبت في زيادة أعباء إضافية على المتعامل تعذّر معها استمراره في تنفيذها كان له طلب فسخ العقد لدى القضاء والمطالبة بتعويضه عمّا تكبّده من خسائر أو فاته من أرباح.

2. فسخ العقد بناء على نظرية الظروف الطارئة

إذا طرأت ظروف خارجة عن إرادة الإدارة المتعاقدة وتسبّبت في زيادة أعباء إضافية على المتعامل تعذّر معها استمراره في تنفيذها كان له طلب فسخ العقد لدى القضاء والمطالبة بتعويضه عمّا تكبّده من خسائر أو فاته من أرباح.

3. فسخ العقد بناء على نظرية القوة القاهرة

إذا طرأت ظروف خارجة عن إرادة الإدارة المتعاقدة واستحال معها تنفيذ المتعامل لها كان له طلب فسخ العقد لدى القضاء والمطالبة بتعويضه عمّا تكبّده من خسائر أو فاته من أرباح.

4. فسخ العقد بناء على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقّعة

إذا واجهت المتعامل صعوبات مادية غير متوقّعة أثناء تنفيذ العقد وترتّب عنها زيادة أعباء إضافية على المتعامل تعذّر معها استمراره في تنفيذها كان له طلب فسخ العقد لدى القضاء والمطالبة بتعويضه عمّا تكبّده من خسائر أو فاته من أرباح.

الحالة الثاني: إيقاع الفسخ الجزائي

أمّا في حالة الفسخ الجزائي القائم على أساس صحيح، فإنّه لا يمكن للقاضي منح المتعاقد المفسوخ عقده أي تعويض مقابل هذا الفسخ. بل يمكن للقاضي في هذه الحالة أن يحكم عليه بتعويض ما تسبّب فيه المتعاقد من عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخير في تنفيذه، أو

تنفيذه على غير مراد الإدارة المتعاقدة معه.

❖ يتوافق الفقه الإسلامي مع التفصيل المذكور أعلاه إلى حدّ قريب، وفق التأصيل المذكور سابقا للنظريات المبنية على تعذّر الوفاء بالعقود.

أمّا الفسخ الجزائي فيستند إلى "الإخلال بالوفاء"، وقد نصّ عليه مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحّد[1] تحت نفس المسمّى ضمن (المادة: 256): "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يفِ أحد العاقدين بما أوجبه عليه العقد، جاز للعاقد الآخر –بعد إعذاره– أن يطلب من المحكمة فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتض".

كما نصّ على "آثار انحلال العقد" به ضمن (المادة 260): "إذا انفسخ العقد أو فُسخ عاد المتعاقدان إلى حالهما قبل التعاقد، فإذا استحال ذلك يُقضى بالتعويض".

خلاصة الفصل الثاني:

انتهينا خلال هذا الفصل إلى استعراض أهمّ العوامل التي يمكن اللجوء إليها لإدخال تعديلات على بنود عقود الإدارة وتكمن أساسا في: سلطة الإدارة على تعديل العقود الإدارية، ونظرية فعل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقّعة، وتسمح هذه الأسباب بمراجعة بعض بنود العقود لكن مع المحافظة على مبدأ توازن الصفقة مع المتعاملين.

كما تعرّضنا إلى أسباب انتهاء العقود إمّا بالطريقة الطبيعية أو بالتراضي أو بالقوّة، ومن صوره: الفسخ الإداري، والفسخ القضائي، وقوّة القانون.

كما تعرّضنا إلى آثار انتهاء عقود الإدارة بحسب طريقة انتهائه؛ ومن أهم تلك الآثار: انتهاء جميع الآثار التعاقدية، ووجوب تعويض الطرف المتضرّر.

---

(1) يراجع: مصطفى الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**: 329–330.

الفصل الثالث

عقود الإدارة في القانون الجزائري

نصل في ختام هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على أهمّ العقود التي تبرمها الدولة الجزائرية أو إحدى المؤسسات التابعة لها مع مواطنيها بحسب القوانين والمراسيم السارية المفعول، ونظرا لكثرتها وصعوبة إحصاء جميع ما في الواقع، فقد اخترنا أهمّ العقود التي يجري العمل بها، مرتّبة ضمن ثلاث زمر رئيسة.

ويشتمل هذا الفصل على المباحث التالية:

المبحث الأول: عقود توفير الاحتياجات العمومية

المبحث الثاني: عقود تفويض المرافق العامة وإدارة أملاك الدولة

المبحث الثالث: عقود توفير احتياجات المواطنين

المبحث الأول
عقود توفير الاحتياجات العمومية

تمهيد:

سنتناول في هذا المبحث مجموع العقود التي تبرمها الإدارة لتوفير احتياجات ذات طابع عمومي، وقد اصطلح القانون الجزائري على تسميتها بـ"الصفقات العمومية"، وقد وضع لها تشريعات مختلفة؛ منذ المرسوم رقم 103-64 المؤرّخ في 26 مارس 1964 إلى آخر تنظيم صادر في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرّخ في 16 سبتمبر 2015، والذي سنعوّل عليه في بحثنا.

وقد شمل هذا المرسوم أربعة أنماط من العقود، وهي:

1- **عقد إنجاز أشغال.**
2- **اقتناء اللوازم.**
3- **إنجاز الدراسات.**
4- **تقديم الخدمات.**

وقد أضفت إلى هذه العقود الأربعة: **عقد القرض العام**؛ لأنّه يحقّق نفس المقصد: وهو توفير احتياج عمومي متمثّل في السيولة اللازمة لبعض مؤسّسات الدولة لمعالجة الأزمات الاقتصادية وعجز السيولة لديها.

وتتقيّد عقود الصفقات العمومية الأربعة بمعيارين: عضوي ومالي، وقد سبقت الإشارة إليهما في الفصل الثاني من الباب الأوّل.

فإذا افتقد أحدهما لم يعتبر العقد "صفقة عمومية"، وخرج عن حكم العقود الإدارية، وصار عقدا مدنيا خاصا ولو كان صادرا عن أحد أشخاص القانون العام[1].

---

(1) يراجع: سليمان الطماوي، **أموال الإدارة العامة وامتيازاتها**: 306.

المطلب الأوّل: إنجاز الأشغال والمنشآت

سنتناول في هذا المطلب عقود إنجاز الأشغال التي تناولها المرسوم رقم 15-247 المتعلّق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، وقد تناول المرسوم نوعين من هذه العقود: أحدهما مشمول بأحكام قانون الصفقات العمومية، والثاني من مستثنياته التي تبقى خاضعة لأحكام القانون العام.

الفرع الأوّل: عقود إنجاز الأشغال والمنشآت

أوّلا: مفهوم عقود إنجاز الأشغال وموضوعاته

هو عبارة عن "اتّفاق بين الإدارة وأحد الأفراد (مقاول عادة) بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة مباني أو منشآت عقارية لحساب أحد الاشخاص الإدارية، ولمنفعة عامة"[1].

وقد حدّدت المادة (29) من المرسوم 15-247 الغاية من عقود إنجاز الأشغال، فيما يلي: "تهدف الصفقة العمومية للأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع وتعتبر المنشأة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي نتيجتها وظيفة اقتصادية أو تقنية".

ويتناول موضوع هذه العقود ما يلي: "تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها"[2].

وقد يصاحب صفقة إنجاز الأشغال تقديم "خدمات أخرى"، ومع ذلك فقد اعتبرها القانون صفقة إنجاز[3].

ويعتبر عقد المقاولة الشكل التعاقدي لعقود الأشغال بين الإدارة (المصلحة المتعاقدة)

---

(1) يراجع: سليمان الطماوي، **المرجع السابق**: 314، ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 573، محمد رفعت، **المرجع السابق**: 567، حسين عثمان، **المرجع السابق**: 523.

(2) يراجع: الفقرة الرابعة من المادة (29).

(3) يراجع: الفقرة الخامسة من المادة السابقة.

و"المتعامل المتعاقد"، وإن كانت خاضعة للقانون العام (الإداري) بحكم الشروط المنصوص عليها في القانون الخاص بها، ودفتر الشروط، واتّفاقية الصفقة.

ويتم إبرام عقد إنجاز الأشغال وفق إحدى طرق التعاقد التي حدّدها القانون، وسبق لنا الحديث عنها في الفصل الأوّل من هذا الباب: التعاقد غير المباشر (المسابقة..) أو المباشر (التراضي البسيط أو بالاستشارة).

كما يسبق إبرام عقد إنجاز الأشغال التوقيع على دفتر الشروط الذي فصّلنا الحديث عنه في نهاية الباب الأوّل.

هذا، وتجدر الإشارة إلى أنّ صفقات إنجاز الأشغال إذا لم تبلغ السقف المالي المنصوص عليه ضمن المرسوم، والمحدّد في المادة (13) منه بمبلغ يساوي أو يقلّ عن: اثني عشر مليون دينار (**12.000.000** دج)، فإنّ القانون قد ترك للمصلحة المتعاقدة حرية إعداد "إجراءات داخلية لإبرام هذه الطلبات"، والتي تتمّ وفق سندات طلب أو عقود في حالة الضرورة.

كما حدّدت المادة (21) منه المبالغ الدنيا التقديرية لقيمة طلبات الأشغال خلال نفس السنة المالية التي يجب أن تخضع لإجراءات الاستشارة المنصوص عليها في القانون، بمبلغ يساوي أو يقلّ عن: مليون دينار (**1.000.000** دج)، وتحسب هذه الطلبات بالرجوع لكل ميزانية على حدة. ويتمّ التعاقد في هذه الحالة وفق سندات طلب وفواتير، على أن يتمّ اختيار المتعاملين وفق نفس الأسس والمبادئ العامة القائمة على حسن الاختيار.

ثانيا: التكييف الشرعي لعقود إنجاز الأشغال

تخضع عقود إنجاز الأشغال لأحكام عقد المقاولة الذي سبق الحديث عنه ضمن العقود المستحدثة، وقد انتهى التكييف الفقهي إلى اعتبارها نوعين بحسب محلّ التعاقد، فهي إمّا:

-إجارة إذا انصبّت على العمل دون أدوات المشروع ومواده.

-أو استصناع إذا كانت مواد المشروع وأدواته من المقاول.

وكلا العقدين جائز ومشروع بشروطه المذكورة.

كما تتحدّد طبيعته أيضا بحسب طريقة إبرامه: فيتمّ التعاقد بإحدى الأساليب المباشرة مساومة.

وأمّا إذا تمّ التعاقد بإحدى الأساليب غير المباشرة؛ كالمناقصة، فتطبّق عليه أحكامها.

أمّا الشروط الواردة ضمن دفتر الشروط فهي من قبيل الشروط الجعلية الصحيحة التي يلزم الوفاء بها، ولا تتعارض مع أحكام عقدي الإجارة أو الاستصناع.

وكذلك يشرع الشرط الجزائي في عقود المقاولات في حال تقصير المقاول أو تأخّره في تنفيذ التزاماته، جاء في المعايير الشرعية في حقّ تغريم الصانع: "يجوز أن يتضمّن عقد الاستصناع شرطا جزائيّا غير مجحف لتعويض المستصنع عن تأخير التسليم بمبلغ يتّفق عليه الطرفان إذا لم يكن التأخير نتيجة لظروف قاهرة أو طارئة، ولا يجوز الشرط الجزائي بالنسبة للمستصنع إذا تأخّر في أداء الثمن"[1]. وجاء في حقّ تغريم الأجير أيضا: "يجوز في إجارة الأشخاص الشرط الجزائي باشتراط مبلغ للمستأجر على تأخير الأجير إنجاز العمل (تقديم الخدمة) عن وقتها المحدّد، على أن يراعى في تحديد المبلغ العرف والعدالة"[2].

وبذلك يمكن اعتبار عقود إنجاز الأشغال المنصوص عليها صحيحة مشروعة.

الفرع الثاني: عقود توصيل الماء والغاز والكهرباء

أوّلا: الإجراءات المتعلّقة بتكاليف أشغال توصيل الماء والغاز والكهرباء

استثنت المادة (25) من المرسوم رقم 15-247 من جملة صفقات إنجاز الأشغال: الإجراءات المتعلقة بتكاليف أشغال توصيل الماء والكهرباء والغاز والهاتف والانترنت، وأخضعتها للمادة (34) المنظّمة لصفقة الطلبات، والتي تتضمّن ما يلي:

- تشتمل صفقة الطلبات على إنجاز الأشغال ذات النمط العادي والطابع المتكرر.

تكون مدة صفقة الطلبات سنة واحدة قابلة للتجديد، ويمكن أن تتداخل في سنتين ماليتين أو أكثر. ولا يمكن أن تتجاوز خمس (5) سنوات.

- يجب أن تبين صفقة الطلبات كمية و/ أو قيمة الحدود الدنيا والقصوى للأشغال التي هي موضوع الصفقة، وتحدد صفقة الطلبات إما: السعر، وإما آلياته، وإما كيفيات تحديده المطبق على عمليات التسليم المتعاقبة، ويشرع في تنفيذ صفقة الطلبات بمجرد تبليغ الطلبات

---

(1) يراجع: **المعايير الشرعية**، **المرجع السابق**، المعيار: (11)، ص: 306.

(2) يراجع: **المعايير الشرعية**، **المرجع السابق**، المعيار: (34)، ص: 859.

الجزئية التي تحدد كيفيات التسليم.

– توضّح كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عند الحاجة بموجب قرار من الوزير المكلّف بالمالية.

ثانيا: التكييف الشرعي لعقود توصيل الماء والغاز والكهرباء

يلتحق هذا النوع من العقود بالنوع السابق من حيث كونه مشمولا بأحكام المقاولة، وربّما يختلف عنها في طريقة إبرامه؛ إذ لا تشترط فيه الإجراءات الشكلية المتعلّقة بالصفقات العمومية الأخرى، فيتمّ غالبا بأسلوب التراضي البسيط أو بعد الاستشارة، ويتم تحديد السعر بإحدى الطرق المزيلة للجهالة عنه.

المطلب الثاني: اقتناء اللوازم

وسنبحث هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

الفرع الأوّل: مجالات عقود اقتناء اللوازم

حدّدت المادة (29) من المرسوم 15–247 مجالات عقود اقتناء اللوازم، فيما يلي: "تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار بخيار أو بدون خيار الشراء من طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد أو مواد مهما كان شكلها موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورّد".

ويمكن تلخيص أشكال التعاقد في عقود اقتناء اللوازم إلى أربعة أنواع:

1– الاقتناء، ويتم بعقد التوريد.

2– الإيجار، (العادي).

3– البيع بالإيجار بخيار الشراء.

4– البيع بالإيجار بدون خيار الشراء.

هذا، وتجدر الإشارة إلى أنّ صفقات اقتناء اللوازم إذا لم تبلغ السقف المالي المنصوص عليه ضمن المرسوم، والمحدّد في المادة (13) منه بمبلغ يساوي أو يقلّ عن: اثني عشر مليون دينار (**12.000.000** دج)، فإنّ القانون قد ترك للمصلحة المتعاقدة حرية إعداد

"إجراءات داخلية لإبرام هذه الطلبات"، والتي تتمّ وفق سندات طلب أو عقود في حالة الضرورة.

كما حدّدت المادة (21) منه المبالغ الدنيا التقديرية لقيمة طلبات اقتناء اللوازم خلال نفس السنة المالية التي يجب أن تخضع لإجراءات الاستشارة المنصوص عليها في القانون، بمبلغ يساوي أو يقلّ عن: مليون دينار (**1.000.000** دج)، وتحسب هذه الطلبات بالرجوع لكل ميزانية على حدة. ويتمّ التعاقد في هذه الحالة وفق سندات طلب وفواتير، على أن يتمّ اختيار المتعاملين وفق نفس الأسس والمبادئ العامة القائمة على حسن الاختيار.

الفرع الثاني: التكييف الشرعي لعقود اقتناء اللوازم

أوّلا: عقد التوريد

هو عبارة عن "اتّفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهّد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معيّنة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معيّن"[(1)].

وقد انتهينا في الفصل الثاني من الباب الأوّل إلى جواز هذا العقد بشروطه المذكورة.

كما تتحدّد طبيعته أيضا بحسب طريقة إبرامه: فيتمّ التعاقد بإحدى الأساليب المباشرة مساومة.

وأمّا إذا تمّ التعاقد بإحدى الأساليب غير المباشرة؛ كالمناقصة، فتطبّق عليه أحكامها.

أمّا الشروط الواردة ضمن دفتر الشروط فهي من قبيل الشروط الجعلية الصحيحة التي يلزم الوفاء بها، ولا تتعارض مع أحكام عقد التوريد بما في ذلك الشرط الجزائي المشروع فيها[(2)].

وبذلك يمكن اعتبار عقود التوريد المنصوص عليها ضمن هذا القانون صحيحة مشروعة.

---

(1) يراجع: سليمان الطماوي، **المرجع السابق**: 317، ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 574، محمد رفعت، **المرجع السابق**: 569، حسين عثمان، **المرجع السابق**: 528.

(2) يراجع: ص:143.

ثانيا: عقد الإجارة

قد تلجأ الإدارة إلى استئجار اللوازم بدلا من اقتنائها، وتعتمد في تعاقدها مع المتعامل على أحكام عقد الإجارة المنصوص عليها في القانون المدني.

وقد عرّفت المادة (467 معدّلة) منه الإيجار بأنّه "عقد يمكّن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدّة محدّدة مقابل بدل إيجار معلوم".

وهو تعريف قريب من الاصطلاح الشرعي: "تمليك المنافع بعوض".

وتنقسم الإجارة باعتبار محلّ تعلّق المنفعة المعقود عليها إلى قسمين:

– إجارة واردة على العين: تكون المنفعة المعقود عليها متعلّقة بتلك العين، كما إذا استأجر شخص دار أو سيارة معيّنة.

– إجارة واردة على الذّمّة: وتكون المنفعة المعقود عليها متعلّقة بذمّة المؤجّر، كما إذا استأجر سيارة موصوفة للركوب أو الحمل[1].

ويغلب عند تطبيق هذه الصيغة في صفقات اقتناء اللوازم اعتماد النوع الثاني من الإجارة؛ أي الإجارة الواردة على الذمة؛ لأن المصلحة المتعاقد تصدر دفتر شروط بالمواصفات المطلوبة؛ فيتعهّد المتعامل المتعاقد معها بتوفيرها وتسليمها.

ومن آثار هذه الصيغة أنّ هلاك المعقود عليه قبل تسليمه إلى الإدارة لا تبطل معه الصفقة، فتبقى ذمّة المتعامل مشغولة بأداء الأعيان الموصوفة بنفس المواصفات.

والشروط الواردة ضمن دفتر الشروط هي من قبيل الشروط الجعلية الصحيحة التي يلزم الوفاء بها، ولا تتعارض مع أحكام عقد الإجارة على الذمة بما في ذلك الشرط الجزائي عند تأخّر المتعامل في تسليم الأعيان المؤجرة؛ لأنّه التزام وليس دين، وقد ذكرنا نصّ المعيار الشرعي: "يجوز في إجارة الأشخاص الشرط الجزائي باشتراط مبلغ للمستأجر على تأخير الأجير إنجاز العمل (تقديم الخدمة) عن وقتها المحدّد، على أن يراعى في تحديد المبلغ العرف والعدالة"[2].

وبذلك يمكن اعتبار عقود الإجارة المنصوص عليها ضمن هذا القانون صحيحة

---

(1) يراجع: نزيه حمّاد، **معجم المصطلحات**: 20–22.

(2) يراجع: **المعايير الشرعية**، **المرجع السابق**، المعيار: (34)، ص: 859.

مشروعة.

ثالثا: البيع بالإيجار

نظام البيع بالإيجار نظام حديث نظّمه المقنّن الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المحدّد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك[1].

ويتّسم هذا النظام بأنّه يجمع بين خصائص عقدي البيع والإجارة.

وقد عرّفته المادة (2) منه بأنّه: "صيغة تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة بعد انقضاء مدّة الإيجار المحدّد في إطار عقد مكتوب".

ويطلق على هذا النوع من الإيجار بالإيجار الساتر للبيع، والإيجار المنتهي بالتمليك، أو الإجارة التمويلية، وهو: اشتراط عدم نقل ملكية المبيع إلاّ بأداء القسط الأخير، وأنّ كلّ قسط يعتبر أجرة، وإذا فسخ العقد لا يردّ البائع شيئا من الأقساط، وتعتبر أجرة باتّفاق الطرفين[2].

وبالنظر إلى كون هذه الصيغة من العقود المعاصرة التي ظهر التعامل بها حديثا، فسنطبّق عليها الشروط المتعلّقة بها التي ذكرناها في الفصل الثاني من الباب الأوّل.

وبالرجوع إلى تلك الشروط نجد أنّ هذه الصيغة نظرا لطبيعتها التركيبية بين البيع والإجارة في آن واحد؛ قد انطوى عليها وصف منهيّ عنه وهو حصول التضادّ في الأحكام، وتفصيل ذلك كما يلي:

إنّ من أحكام عقد الإجارة: بقاء ضمان العين المؤجرة في ذمّة المؤجر؛ لأنّ ملكيتها ما تزال في حقّ المالك المؤجر، بخلاف عقد البيع الذي ينتقل ضمان المبيع فيه من البائع إلى المشتري، ففي حال المزج بين العقدين، ماذا سنطبّق أحكام البيع أم أحكام الإجارة؟

إن طبّقنا أحكام عقد البيع ونقلنا الضمان إلى المشتري –وهو الحاصل في هذه العقود–

---

(1) المؤرّخ في 2001/04/23.

(2) يراجع: محمد الزحيلي، **العقود المسمّاة**: 508، حسن الشاذلي، **الإيجار المنتهي بالتمليك** (ضمن مجلة المجمع: ع5/ج2612/4)، علي القره داغي، **الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة**، مجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع، الدورة، 12، المملكة العربية السعودية، جمادى الآخرة 1421/(سبتمبر) 2000: (ج477/1).

سنكون قد أبرأنا المؤجر من تبعات هلاك العين، ووقعنا في "**ربح ما لم يضمن**" الممنوع شرعا[1].

وإن طبّقنا أحكم الإجارة وأبقينا الضمان في ذمّة المؤجر، كان من حقّه استرجاع العين المؤجرة عند انتهاء عقد الإجارة، وحصل تضادّ بينها وبين حكم البيع المفيد لنقل الملكية.

✓ وقد عُرض هذا الموضوع على مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة[2]، وأصدر جملة من القرارات[3]:

«أوّلا: ضابط الصورة الجائزة والممنوعة ما يلي:

(أ) **ضابط المنع:** أن يرد عقدان مختلفان في وقت واحد على عين واحدة في زمن واحد.

(ب) ضابط الجواز:

1- وجود عقدين منفصلين يستقل كل منهما عن الآخر، زمانًا بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتمليك في نهاية مدة الإجارة، والخيار يوازي الوعد في الأحكام.

2- أن تكون الإجارة فعلية وليست ساترة للبيع.

3- أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر، وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من ضرر غير ناشئ من تعد المستأجر أو تفريطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فاتت المنفعة.

4- إذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة، فيجب أن يكون التأمين تعاونياً إسلامياً لا تجارياً، ويتحمله المالك المؤجر وليس المستأجر.

5- يجب أن تطبق على عقد الإجارة المنتهية بالتمليك أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة، وأحكام البيع عند تملك العين.

---

(1) سبق تخريج الحديث ص: 122.

(2) المنعقدة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة -1 رجب 1421هـ الموافق 23-28 أيلول (سبتمبر) 2000م.

(3) قرار رقم: 110 (12/4).

6- تكون نفقات الصيانة غير التشغيلية على المؤجر لا على المستأجر طوال مدة الإجارة».

وانتهى قرار المجمع إلى إجازة أربع صور للإيجار المنتهي بالتمليك، وهي:

«أ- عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، مقابل أجرة معلومة في مدة معلومة، واقترن به عقد هبة العين للمستأجر، معلقاً على سداد كامل الأجرة وذلك بعقد مستقل، أو وعد بالهبة بعد سداد كامل الأجرة.

ب- عقد إجارة مع إعطاء المالك الخيار للمستأجر بعد الانتهاء من وفاء جميع الأقساط الإيجارية المستحقة خلال المدة في شراء العين المأجورة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة.

ج- عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، مقابل أجرة معلومة في مدة معلومة، واقترن به وعد ببيع العين المؤجرة للمستأجر بعد سداد كامل الأجرة بثمن يتفق عليه الطرفان.

د- عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل أجرة معلومة في مدة معلومة ويعطي المؤجر للمستأجر حق الخيار في تملك العين المؤجرة في أي وقت شاء ، على أن يتم البيع في وقته بعقد جديد بسعر السوق»[1].

وبناء على ما سبق، فقد انتهى رأي الباحث إلى منع صورة البيع بالإيجار على وفق ما جاء به القانون المشار إليه سابقا؛ لتحقّق ضابط المنع، وهو اجتماع عقدين مختلفين، وهما البيع والإجارة على محلّ واحد في زمن واحد.

---

(1) وممّن اختار هذا القول: **عبد الله بن بيّه**، و**الصديق الضرير**، و**محمد مختار السلامي**، وغيرهم. يراجع: عبد الله بن بيّه، **الإيجار الذي ينتهي بالتمليك** (ضمن مجلة المجمع: ع5/ج4/ 2670-2674)، مختار السلامي، **الإيجار المنتهي بالتمليك** (ضمن مجلة المجمع: ع12/ج1/323-351)، الصديق الضرير، **مناقشة الأبحاث** (ضمن مجلة المجمع: ع12/ج1/640).

المطلب الثالث: تقديم الخدمات

وسنبحث عقود تقديم الخدمات من خلال الفروع التالية:

الفرع الأوّل: مجالات عقود تقديم الخدمات

تعرّف صفقة تقديم الخدمات بأنّها "اتّفاق بمقتضاه يقدّم أحد الأشخاص خدماته لشخص من أشخاص القانون العام في مقابل عوض يتفق عليه"[1].

وقد تناولت المادة (29) من المرسوم 15-247 صفقات تقديم الخدمات، ولكنّها لم تحدّد هدفها بشكل دقيق كما فعلت مع العمليات الأخرى، وإنّما اعتبرت أنّ كلّ صفقة تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات، فهي صفقة عمومية للخدمات، فقد جاء في نصّ المادة ما يلي: "تهدف الصفقة العمومية للخدمات المبرمة مع متعهد خدمات إلى إنجاز تقديم خدمات وهي صفقة عمومية تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات".

ويعتبر عقد المقاولة الشكل التعاقدي لعقود تقديم الخدمات بين الإدارة والمتعاقد معها، على اعتبار أنّه "عقد وارد على العمل مقابل أجر"، وإن كان خاضعا في هذه الحالة للقانون العام بحكم الشروط المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية، ودفتر الشروط، واتّفاقية الصفقة.

ويتم إبرام عقد تقديم الخدمات كسائر عقود الصفقات العمومية وفق إحدى طرق التعاقد التي حدّدها القانون؛ إمّا بالتعاقد غير المباشر (المسابقة..) أو المباشر (التراضي البسيط أو بالاستشارة).

وتجدر الإشارة إلى أنّ قانون الصفقات قد ترك للمصلحة المتعاقدة حرية إعداد "إجراءات داخلية لإبرام هذه الطلبات" إذا لم تبلغ السقف المالي المنصوص عليه ضمن المرسوم، والمحدّد في المادة (13) منه بمبلغ يساوي أو يقلّ عن: وستة ملايين دينار (**6.000.000** دج). ويتمّ التعاقد في هذه الحالة وفق سندات طلب أو عقود في حالة الضرورة.

---

(1) يراجع: سليمان الطماوي، **أموال الإدارة العامة وامتيازاتها**: 321، ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 574.

كما حدّدت المادة (21) منه المبالغ الدنيا التقديرية لقيمة طلبات تقديم خدمات خلال نفس السنة المالية التي يجب أن تخضع لإجراءات الاستشارة المنصوص عليها في القانون، بمبلغ يساوي أو يقلّ عن: خمسمائة ألف دينار (**500.000** دج)، وتحسب هذه الطلبات بالرجوع لكل ميزانية على حدة. ويتمّ التعاقد في هذه الحالة وفق سندات طلب وفواتير، على أن يتمّ اختيار المتعاملين وفق نفس الأسس والمبادئ العامة القائمة على حسن الاختيار.

كما استثنت المادة (24) بعض الخدمات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أيضا اللجوء فيها إلى "الإجراءات المكيّفة عندما يتعلق الأمر بالخدمات المتعلقة: بالنقل والفندقة والإطعام والخدمات القانونية، مهما كانت مبالغها". وإذا تجاوز مبلغ الطلب مبلغ تقديم الخدمات المذكورة سابقا في المادة (13) تقدم الصفقة لرقابة لجنة الصفقات المختصة التي تدرس قبل ذلك الطعون التي قد يقدمها لها المتعاملون الاقتصاديون الذين تمت استشارتهم عند الاقتضاء.

الفرع الثاني: التكييف الشرعي لعقود تقديم الخدمات

ذكرنا في الفرع السابق أنّ عقود تقديم الخدمات خاضعة لأحكام عقد المقاولة، وبما أنّ المقاول ملتزم بتوفير خدمات فإنّ العقد من قبيل إجارة الأعمال، والمقاول في حكم الأجير المشترك؛ كاستئجار أرباب الحرف، والصنائع والعمّال وغيرهم[1]، وهو عقد جائز ومشروع بشروطه المذكورة[2].

كما تتحدّد طبيعته أيضا بحسب طريقة إبرامه: فيتمّ التعاقد بإحدى الأساليب المباشرة مساومة.

وأمّا إذا تمّ التعاقد بإحدى الأساليب غير المباشرة؛ كالمناقصة، فتطبّق عليه أحكامها.

أمّا الشروط الواردة ضمن دفتر الشروط فهي من قبيل الشروط الجعلية الصحيحة التي يلزم الوفاء بها، ولا تتعارض مع أحكام الإجارة بما في ذلك الشرط الجزائي المشروع في عقود المقاولات في حال تقصير المقاول أو تأخّره في تنفيذ التزاماته.

وبذلك يمكن اعتبار عقود تقديم الخدمات المنصوص عليها صحيحة مشروعة إذا

---

(1) يراجع: نزيه حمّاد، **معجم المصطلحات**: 20.

(2) يراجع: ص: 83.

استوفت باقي الشروط المذكورة في الفصل الثاني من الباب الأوّل؛ كمشروعية الخدمات المتعاقد عليها مثلا.

المطلب الرابع: إنجاز الدراسات

وسنبحث عقود إنجاز الدراسات من خلال الفروع التالية:

الفرع الأوّل: مجالات عقود إنجاز الدراسات

تعرّف صفقة إنجاز الدراسات بأنّها "اتّفاق بين الإدارة ومتعاقد يلتزم بإنجاز دراسات محدّدة في بنود العقد لقاء مقابل مالي تلتزم المصلحة المتعاقدة بدفعه له تحقيقا للمصلحة العامة"[1].

وقد حدّدت المادة (29) من المرسوم 15-247 مجالات عقود إنجاز الدراسات، فيما يلي: إنجاز خدمات فكرية، أو مهمات المراقبة التقنية أو الجيوتقنية، أو الإشراف على إنجاز الأشغال ومساعدة صاحب المشروع المرتبطة بصفقات الأشغال العامة.

كما تحتوي 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 ومفصلة.
- دراسات المشروع.
- دراسات التنفيذ أو عندما يقوم بها المقاول، تأشيرتها.
- مساعدة صاحب المشروع في إبرام وإدارة تنفيذ صفقة، الأشغال وتنظيم وتنسيق وتوجيه الورشة، واستلام الأشغال.

تعتبر عقود إنجاز الدراسات نوعا خاصّا من عقود تقديم الخدمات السالفة الذكر من حيث الموضوع، وإن كان بينهما تشابه من حيث الشكل، وقد كانت منطوية ضمن عقود

---

(1) يراجع: خلاف فاتح، **المرجع السابق**: 12.

الخدمات في التشريعات السابقة إلى غاية المرسوم الرئاسي 02-250 الذي فصل بينهما؛ نظرا لأهميّتها واشتراطها في مجال عقود الأشغال العامة؛ لتوفير دراسات عميقة وناجعة خلال كلّ مراحلها وانتهاءً بمنح تأشيرة المطابقة.

وتعتبر المقاولة الشكل التعاقدي لعقود إنجاز الدراسات بين الإدارة والمتعاقد معها، على اعتبار أنّه "عقد وارد على العمل مقابل أجر"، وإن كان خاضعا في هذه الحالة للقانون العام بحكم الشروط المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية، ودفتر الشروط، واتّفاقية الصفقة.

ويتم إبرام عقد إنجاز الدراسات كسائر عقود الصفقات العمومية وفق إحدى طرق التعاقد التي حدّدها القانون؛ إمّا بالتعاقد غير المباشر (المسابقة..) أو المباشر (التراضي البسيط أو بالاستشارة).

كما يسبق إبرام عقد إنجاز الدراسات التوقيع على دفتر الشروط الذي فصّلنا الحديث عنه في نهاية الباب الأوّل من الدراسة.

كما ترك القانون للمصلحة المتعاقدة حرية إعداد "إجراءات داخلية لإبرام هذه الطلبات" إذا لم تبلغ السقف المالي المنصوص عليه بما يساوي أو يقلّ عن: وستة ملايين دينار (**6.000.000** دج). وأوجبت المادة (20) منه على المصلحة المتعاقدة إبرام عقد مهما يكن مبلغ الطلب.

كما أعفت المادة (21) منه من إجراءات الاستشارة المنصوص عليها في القانون، إذا كانت قيمة طلبات إنجاز الدراسات تساوي أو تقلّ عن: خمسمائة ألف دينار (**500.000** دج)، وتحسب هذه الطلبات بالرجوع لكل ميزانية على حدة. ويتمّ التعاقد في هذه الحالة وفق سندات طلب وفواتير، على أن يتمّ اختيار المتعاملين وفق نفس الأسس والمبادئ العامة القائمة على حسن الاختيار.

الفرع الثاني: التكييف الشرعي لعقود إنجاز الدراسات

لا يختلف حكم عقود إنجاز الدراسات عن حكم عقود تقديم الخدمات، على اعتبار أنّ إنجاز الدراسات نوع من الخدمات، ولا يوجد فرق جوهري بينهما إلاّ فيما بعض الإجراءات الشكلية في التعاقد، وعليه فيرى الباحث مشروعية هذه العقود وفق ما جاء به قانون

الصفقات العمومية إذا استوفت باقي الشروط المذكورة سابقا؛ كمشروعية المشروع محلّ الدراسة مثلا.

المطلب الخامس: عقد الإقراض العام

وسنبحث عقد الإقراض العام من خلال الفروع التالية:

الفرع الأوّل: مفهوم الإقراض العام

يعرّف عقد الإقراض العام بأنّه: "عقد بمقتضاه يقرض أحد الأفراد (أو البنوك) مبلغا من المال للدولة أو لشخص آخر من أشخاص القانون العام، مقابل التزامها برد المبلغ بعد نهاية أجل القرض بالإضافة إلى دفع فوائد سنوية محدّدة"[1].

تلجأ الدولة إلى هذا العقد من أجل معالجة أزمة اقتصادية تمرّ بها، أو عجزا في السيولة النقدية، فتقوم الدولة بطرح سندات قرض إلى عموم الأفراد والمؤسسات.

ويطلق السند على: كلّ صكّ أو وثيقة تثبت حقّا، وله معنيان:

– إمّا أن يكون أحد أنواع الأوراق التجارية التي تعتبر صكوكا تمثّل النقود، وتقوم مقامها في وفاء الديون؛ كالسند الإذني والشيك والكمبيالة.

– وإمّا أن يكون أحد أنواع الأوراق المالية –يقابل معنى السهم– ويعرّف بأنّه: "ورقة مالية قابلة للتداول، ذات فائدة دورية ثابتة أو متغيّرة، تصدرها الدول أو المؤسّسات المالية أو الشركات، مقابل قروض طويلة الأجل يقدّمها صاحب الورقة –الدائن–، عن طريق الاكتتاب العام[2].

ويطلق على السندات التي تصدرها الحكومة أو إحدى أجهزتها: سندات حكومية، أو سندات الخزينة، شهادات الخزينة، سندات البلدية، السندات الادخارية، وشهادات الاستثمار بأنواعها.

---

(1) يراجع: سليمان الطماوي، **أموال الإدارة العامة وامتيازاتها**: 320، ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 578، عمار عوابدي، **دروس في القانون الإداري**: 254.

(2) يراجع: عمر مصطفى جبر إسماعيل، **سندات المقارضة وأحكامها في الفقه الإسلامي**، دار النفائس، الأردن، ط1، 2006: 38.

وتمتاز هذه السندات بقدر إضافي من الأمان؛ لضمان الدولة لها، لذلك تكون معدّلات فوائدها منخفضة مقارنة بغيرها من السندات، كما تمتاز ببعض التسهيلات للاكتتاب؛ كالإعفاء الضريبي وغيره[1].

وقد كيّف القانون التجاري الجزائري[2] السند المالي بأنواعه على أنّه سندات دين قابلة للتداول.

كما اعتبر القانون المدني الجزائري في المادة (598) منه الوديعة النقدية المأذون في استعمالها في حكم القرض، وسمح للدائن أخذ فائدة عليها.

الفرع الثاني: تنظيم سندات القرض الوطني

صدرت "سندات القرض الوطني للنمو الاقتصادي" بموجب قرار وزير المالية[3] المتضمّن تحديد الشروط والكيفيات التي تصدر الخزينة العمومية وفقها تلك السندات.

– **طبيعة السند:** تصدر السندات المجسدة للقرض في شكل سندات اسمية، أو سندات لحاملها حسب اختيار المكتتب لمدّة ثلاث (3) سنوات، وخمس (5) سنوات بقيمة 50.000 دج لكل واحدة منهما. (المادة: 2).

– **فوائد السندات:** تكون نسبة فائدة السندات التي تصدر لمدة ثلاث (3) سنوات 5,00 % سنويا، و 5,75 % سنويا بالنسبة للسندات التي تصدر لمدة خمس (5) سنوات، ويتم دفع الفوائد الناتجة عن هذه السندات سنويا وفي تاريخ يوافق تاريخ الاكتتاب، وتكون معفاة من الضرائب. (المادة: 3).

– **قابلية التداول:** سندات القرض الوطني للنمو الاقتصادي قابلة للتداول الحر، و يمكن على الخصوص:

أ– شراؤها و/أو التنازل عنها للأشخاص الطبيعي، أو المعنوي، إمّا عن طريق صفقة مباشرة أو بتظهير السند أو عن طريق وسطاء مختص.

---

(1) يراجع: عمر مصطفى إسماعيل، **المرجع السابق**: 42.

(2) يراجع: المواد (715) مكرر 73، 74، 75، 81، 82، 83.

(3) المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1437 الموافق 28 مارس سنة 2016.

ب- رهنها لقرض مصرفي. (المادة: 5).

الفرع الثالث: التكييف الفقهي لعقود الإقراض العام

يعرّف القرض في الاصطلاح الفقهي بأنّه: "دفع المال لمن ينتفع به على أن يردّ بدله"[1].

ومن شروط صحّة القرض أن: يرد المقترض مثل المال الذي اقترضه، فقد أجمع الفقهاء على أنّ أيّ زيادة على القرض إذا كانت بالشرط، فهي في حكم الرّبا[2]؛ عملا بالقاعدة الفقهية: "كلّ قرض جرّ نفعا فهو ربا"[3].

وقد ثبت أنّ النّبي صلّى الله عليه وسلّم كان يقترض بصور، منها أن يتعجّل قبض الزكاة لعام أو لعامين أو لثلاثة؛ كما فعل مع عمّه العباّس -رضي الله عنه-[4]، وهذا يعني أنّه كان يقترض من أهل الزكاة، ليسدّد إليهم القروض من حصائل الزكاة من المقرضين أو من سواهم.

وربّما استقرض لبعض المحتاجين، ليسدّد قروضهم من استحقاقاتهم المقبلة من الزكاة[5].

قال الجويني مبيّنا هذه الحقيقة، ومضيّقا لبابها: "وما ذكره الأوّلون من استسلاف رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عند مسيس الحاجات، واستعجاله الزكوات، فلست أنكر جواز

---

(1) يراجع: نزيه حمّاد، **معجم المصطلحات**: 360.

(2) يراجع: ابن المنذر، **الإجماع**: 109، ابن القطّان، **الإقناع في مسائل الإجماع**: 1668/4.

(3) يراجع: ابن نجيم، **الأشباه والنظائر مع شرح غمز عيون البصائر**: 98/3، ابن عابدين، **رد المحتار**: 166/5، القرافي، الذخيرة: 289/5، المقّري، **الكليات الفقهية**، تحقيق: محمد أبو الأجفان، الدار العربية للكتاب، تونس، ط1: 1997: 157، الماوردي، **الحاوي**: 352/5، النووي، **روضة الطالبين**: 34/4، ابن قدامة، **المغني**: 436/6، البهوتي، **كشّاف القناع**: 142/8.

(4) أخرجه أحمد في **مسنده**: (822)، أبو داود: كتاب الزكاة، باب في تعجيل الزكاة: (1624)، الترمذي: كتاب الزكاة، باب ما جاء في تعجيل الزكاة: (678)، ابن ماجه: كتاب الزكاة، باب تعجيل الزكاة قبل محلها: (1795)، وابن خزيمة، في **صحيحه**: (2331). وصحّحه الحاكم في **المستدرك**: 332/3، ووافقه الذهبي، وحسّنه البغوي، **شرح السنّة**، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1983: (1577).

(5) يراجع: ابن حجر، **فتح الباري**: 57/5-58، رفيق المصري، **الجامع في أصول الربا**، دار القلم، دمشق، ط2، 2001: 295.

ذلك، ولكنّي أجوّز الاستقراض عند اقتضاء الحال، وانقطاع الأموال، ومصير الأمر إلى منتهى يغلب الظن فيه استيعاب الحوادث لما يتجدّد في الاستقبال"[1].

وقال الشاطبي مؤكّدا هذا التضييق: "والاستقراض في الأزمات إنّما يكون حيث يرجى لبيت المال دخل ينتظر أو يرتجى، وأمّا إذا لم ينتظر شيء وضعفت وجوه الدخل بحيث لا يغنى كبير شيء فلا بد من جريان حكم التوظيف.

وهذه المسألة نص عليها الغزالي[2] في مواضع من كتبه وتلاه في تصحيحها ابن العربي في أحكام القرآن له، وشرط جواز ذلك كلّه عندهم عدالة الإمام وإيقاع التّصرف في أخذ المال وإعطائه على الوجه المشروع"[3].

فجميع السندات المتعلّقة بالدّين؛ حكمها حكم القرض، فلا يجوز أن يشترط على زيادة أيّ فائدة على قيمتها الاسمية عند ردّها.

وقد ادّعى البعض جواز أخذ فوائد من السندات الحكومية على اعتبار أنّ الربا لا يجري بين الراعي ورعيّته، ولا بين العبد وسيّده[4].

وقالوا: إنّ الدولة أو الحكومة شخص معنوي عام ينوب عن الأمّة في رعاية مصالحها العامة، وهي مختلفة عن الأشخاص الخواص الذين يتعاملون بالربا ويستغلّون حاجة النّاس وفقرهم. فالدولة إنّما تقترض من الأمّة لتحقيق مصلحة الأمّة من خلال إنجاز المشاريع والمرافق العامة؛ ثمّ تقتسم جزءً من الأرباح المحقّقة منها مع الأمّة مرّة أخرى تشجيعا لهم على ذلك، وهذه الفوائد لا يتحمّلها آحاد النّاس بل يشترك في تحمّلها كلّ النّاس، ما دامت القروض مقدّمة إلى الدولة فانتفى وجه الاستغلال أو الإضرار الموجودين في الربا بين أفراد المجتمع.

لقد ردّ جمهور الفقهاء المعاصرين هذه الدعوى؛ إذ لا وجه شرعي للتّفريق بين الدولة وأفرادها، كما أنّ الدولة وكيلة عن الأمّة ونائبة عنها، ولا بدّ أن تكون قدوة لغيرها، وتسنّ من

---

(1) يراجع: الجويني، **غياث الأمم**: 279.

(2) يراجع: الغزالي، **شفاء الغليل**، تحقيق: حمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد – بغداد، ط1، 1971: 241.

(3) يراجع: الشاطبي، **الاعتصام**، تحقيق ودراسة هشام الصيني، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 2008.: 24/3.

(4) يراجع: رفيق المصري، **الجامع في أصول الربا**: 202.

القوانين واللوائح والتنظيمات ما يكفل تنفيذ الأحكام الشرعية[1].

وقد يستأنس في هذا المقام بما قاله الإمام الجويني في مسألة شبيهة بهذه: "المسلمون هم المخاطبون، والإمام في التزام أحكام الإسلام كواحد من الأنام، ولكنه مستناب في تنفيذ الأحكام"[2].

وتواترت قرارات المجامع الفقهية على تحريم فوائد القروض؛ ابتداء من الفتوى التي أصدرها المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية بالجامع الأزهر سنة 1965م[3]، ونصّت على ما يلي:

أ. الفائدة على أنواع القروض كلها ربا محرم، لا فرق في ذلك بين ما يسمى بالقرض الاستهلاكي وما يسمى بالقرض الإنتاجي، لأن نصوص الكتاب والسنة في مجموعها قاطعة في تحريم النوعين.

جـ. الإقراض بالربا المحرم لا تبيحه حاجة ولا ضرورة، والاقتراض بالربا محرم كذلك، لا يرتفع إثمه إلا إذا دعت إليه الضرورة، وكل امرئ متروك لدينه في تقدير ضرورته.

✓ كما بحث مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة مؤتمره الثاني[4]، حكم التعامل المصرفي بالفوائد وحكم التعامل بالمصارف الإسلامية، وقرّر ما يلي[5]:

– "أوّلا: إنّ كلّ زيادة أو فائدة على الدين الذي حل أجله وعجز المدين عن الوفاء به مقابل تأجيله، وكذلك الزيادة أو الفائدة على القرض منذ بداية العقد. هاتان الصورتان ربا محرم شرعاً.

– ثانياً: إنّ البديل الذي يضمن السيولة المالية والمساعدة على النشاط الاقتصادي حسب الصورة التي يرتضيها الإسلام هو التعامل وفقاً للأحكام الشرعية".

---

(1) يراجع: رفيق المصري، **الجامع في أصول الربا**: 203.

(2) يراجع: الجويني، **غياث الأمم**: 276.

(3) يراجع: علي السالوس، **الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة**، دار الثقافة، الدوحة، ط7، 2002: 208.

(4) المنعقدة بجدة من 10–16 ربيع الآخر 1406هـ / الموافق 22 –28 كانون الأول (ديسمبر) 1985م.

(5) قرار رقم: 10 (2/10)، يراجع: **مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي** (العدد: 2، الجزء: 2، ص: 735–813).

✓ كما بحث مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورة مؤتمره السادس[1] سندات القرض، وبعد الاطلاع على أنّ السند شهادة يلتزم المصدر بموجبها أن يدفع لحاملها القيمة الاسمية عند الاستحقاق، مع دفع فائدة متفق عليها منسوبة إلى القيمة الاسمية للسند، أو ترتيب نفع مشروط سواء أكان جوائز توزّع بالقرعة أم مبلغاً مقطوعاً أم حسماً، قرّر ما يلي[2]:

أ. إنّ السندات التي تمثّل التزاماً بدفع مبلغ مع فائدة منسوبة إليه أو نفع مشروط محرّمة شرعاً من حيث؛ الإصدار أو الشراء أو التداول؛ لأنّها قروض ربوية، سواء أكانت الجهة المصدرة لها خاصة أو عامة ترتبط بالدولة. ولا أثر لتسميتها شهادات أو صكوكاً استثمارية أو ادخارية أو تسمية الفائدة الربوية الملتزم بها ربحاً أو ريعاً أو عمولة أو عائداً.

د. من البدائل للسندات المحرمة –إصداراً أو شراءً أو تداولاً– السندات أو الصكوك القائمة على أساس المضاربة لمشروع أو نشاط استثماري معين ، بحيث لا يكون لمالكيها فائدة أو نفع مقطوع ، وإنما تكون لهم نسبة من ربح هذا المشروع بقدر ما يملكون من هذه السندات أو الصكوك ولا ينالون هذا الربح إلا إذا تحقق فعلاً. ويمكن الاستفادة في هذا من الصيغة التي تم اعتمادها بالقرار رقم 30 (4/5) لهذا المجمع بشأن سندات المقارضة.

✓ وفيما يلي: نصّ القرار 30 (4/5) الصادر في دورة مؤتمره الرابع[3]، بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار[4]؛ المشار إليه:

أولاً: من حيث الصيغة المقبولة شرعاً لصكوك المقارضة:

1– سندات المقارضة هي أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال القراض (المضاربة) بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة، ومسجّلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس مال المضاربة وما يتحول إليه، بنسبة ملكية كل منهم فيه. ويفضّل تسمية هذه الأداة الاستثمارية صكوك المقارضة.

---

(1) المنعقدة بجدة في 17–23 شعبان 1410هـ الموافق 14–20آزار (مارس) 1990م.

(2) قرار رقم: 60 (6/11)، يراجع: **مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي** (العدد: 6، الجزء: 2، ص: 1273).

(3) المنعقدة بجدة في 18–23 جمادى الآخر 1408هـ الموافق6–11 شباط (فبراير) 1988م.

(4) يراجع: **مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي** (العدد: 4، الجزء: 3، ص: 1809).

2- الصورة المقبولة شرعاً لسندات المقارضة بوجه عام لا بد أن تتوافر فيها العناصر التالية:

العنصر الأول: أنَّ يمثل الصك ملكية حصة شائعة في المشروع الذي أصدرت الصكوك لإنشائه أو تمويله، وتستمر هذه الملكية طيلة المشروع من بدايته، وترتب عليها جميع الحقوق والتصرفات المقررة شرعاً للمالك في ملكه من بيع وهبة ورهن وإرث وغيرها، مع ملاحظة أنَّ الصكوك تمثل رأس مال المضاربة.

العنصر الثاني: يقوم العقد في صكوك المقارضة على أساس أنَّ شروط التعاقد تحددها نشرة الإصدار وأنَّ الإيجاب يعبر عنه الاكتتاب في هذه الصكوك، وأن القبول تعبر عنه موافقة الجهة المصدرة.

ولا بد أن تشتمل نشرة الإصدار على جميع البيانات المطلوبة شرعاً في عقد القراض (المضاربة) من حيث بيان معلومية رأس المال وتوزيع الربح مع بيان الشروط الخاصة بذلك الإصدار على أن تتفق جميع الشروط مع الأحكام الشرعية.

العنصر الثالث: أن تكون صكوك المقارضة قابلة للتداول بع انتهاء الفترة المحددة للاكتتاب باعتبار ذلك مأذوناً فيه من المضارب عند نشوء السندات مع مراعاة الضوابط التالية:

أ- إذا كان مال القراض المجتمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقوداً فإنَّ تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتُطبق عليه أحكام الصرف.

ب- إذا أصبح مال القراض ديوناً تطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام التعامل بالديون.

ج- إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع. أما إذا كان الغالب نقوداً أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة.

وفي جميع الأحوال يتعين تسجيل التداول أصولياً في سجلات الجهة المصدرة.

العنصر الرابع: أنَّ من يتلقى حصيلة الاكتتاب في الصكوك لاستثمارها وإقامة المشروع

بها هو المضارب، أي عامل المضاربة، ولا يملك من المشروع إلا بمقدار ما قد يسهم به بشراء بعض الصكوك، فهو رب مال بما أسهم به، بالإضافة إلى أنَّ المضارب شريك في الربح بعد تحققه بنسبة الحصة المحددة له في نشرة الإصدار، وتكون ملكيته في المشروع على هذا الأساس.

وأنَّ يد المضارب على حصيلة الاكتتاب في الصكوك وعلى موجودات المشروع هي يد أمانة لا يضمن إلا بسبب من أسباب الضمان الشرعية.

3- مع مراعاة الضوابط السابقة في التداول: يجوز تداول صكوك المقارضة في أسواق الأوراق المالية، إن وجدت، بالضوابط الشرعية، وذلك وفقاً لظروف العرض والطلب ويخضع لإرادة العاقدين. كما يجوز أن يتم التداول بقيام الجهة المصدرة في فترات دورية معينة بإعلان أو إيجاب يوجه إلى الجمهور تلتزم بمقتضاه خلال مدة محددة بشراء هذه الصكوك من ربح مال المضاربة بسعر معين، ويحسن أن تستعين في تحديد السعر بأهل الخبرة، وفقاً لظروف السوق والمركز المالي للمشروع. كما يجوز الإعلان عن الالتزام بالشراء من غير الجهة المصدرة من مالها الخاص، على النحو المشار إليه.

4- لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال، فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً بَطَلَ شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل.

5- لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار ولا صك المقارضة الصادر بناء عليها على نص يلزم بالبيع ولو كان معلقاً أو مضافاً للمستقبل. وإنما يجوز أن يتضمن صك المقارضة وعداً بالبيع وفي هذه الحالة لا يتم البيع إلا بعقد بالقيمة المقدرة من الخبراء وبرضا الطرفين.

6- لا يجوز أن تتضمن نشرة الإصدار ولا الصكوك المصدرة على أساسها نصاً يؤدي إلى احتمال قطع الشركة في الربح فإن وقع كان العقد باطلاً.

ويترتب على ذلك:

أ- عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لحملة الصكوك أو صاحب المشروع في نشرة الإصدار وصكوك المقارضة الصادرة بناء عليها.

ب - أن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي، وهو الزائد عن رأس المال وليس

الإيراد أو الغلة. ويعرف مقدار الربح، إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد، وما زاد عن رأس المال عند النقيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة، وفقاً لشروط العقد.

ج- أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع وأن يكون معلناً وتحت تصرف حملة الصكوك.

7- يستحق الربح بالظهور، ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة. وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيراداً أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته، وما يوزع على طرفي العقد قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب.

8- ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة، إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال.

9- ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به، بحجة أنَّ هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد.

النتيجة:

وعليه، فإنّ الذي انتهى إليه الباحث في عقد الإقراض العام وفق صيغة: سندات القروض بفائدة؛ أنّه عقد قرض مقترن بشرط باطل، وهو اشتراط الزيادة على أصل الدين، وهو شرط لا يجوز الاتّفاق عليه ابتداء، ولا يقرّ العقد عليه انتهاء؛ إذ هو مُبطل له، ومستوجب للفسخ عند عامّة الفقهاء.

ويمكن الاستيعاض عن هذه الآلية بالآليات الشرعية الأخرى القائمة على مبدأ المشاركة في الربح والخسارة؛ من مثل: سندات المضاربة، والصكوك الإسلامية بأنواعها.

المبحث الثاني
عقود تفويض المرافق العامة وإدارة أملاك الدولة

استعرضنا خلال المبحث السابق العقود التي تستعين بها الدولة من أجل إنشاء المرافق العامة وتجهيزها بما يحقّق النفع العام، وبما أنّ الدولة قد لا تستطيع تسيير جميع المرافق وإدارتها بالشكل الجيّد، فقد لا تتوافر لديها الإمكانات أو الخبرات الكافية، فتلجأ إلى التعاقد مع من يتولّى ذلك، وتفوّضه بتسييرها وإدارتها بموجب اتفاقية، مقابل انتفاعه بجزء من عوائد استغلال المرفق، وقد تضمّن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 إلى جانب "عقود الصفقات العمومية" عقودا أخرى أطلق عليها "عقود تفويضات المرفق العام"؛ وقد شمل المرسوم أربعة أنماط من العقود، تمّ تناولها في أربع مواد فقط، وهي من (المادة: 207 إلى المادة 210)، وقد تضمّنت المواد الثلاث الأولى المبادئ والأحكام العامة لإدارة وتسيير المرفق العام، يحسن بنا التقديم بها قبل بيان أحكام عقود التفويض.

أوّلا: مبادئ تسيير المرافق العامّة

تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام، لإبرامها إلى نفس المبادئ المنصوص عليها لاختيار الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة (5) من المرسوم[1]، ويمكن إيجازها فيما يلي:

4- مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.

5- مبدأ العلانية والشفافية.

6- مبدأ المساواة بين المتنافسين.

---

(1) شرحنا هذه المبادئ في الفصل الثاني من الباب الأوّل: يراجع: ص: 93.

بالإضافة إلى[1]:

7- **مبدأ الاستمرارية:** فأولى القواعد الأساسية التي تحكم سير جميع المرافق العامة؛ انتظامها في سيرها بدون انقطاع، بحيث يجد المنتفع الخدمة التي يؤدّيها المرفق ميسّرة في الميعاد والمكان المتعارف عليه لأدائها فيه، وممّا يترتّب عليه: تنظيم حقّ الإضراب بالنسبة لموظّفي المرافق العامة، وتنظيم استقالاتهم، وعدم الحجز على أموال المرفق العام[2].

8- **مبدأ قابلية التكيّف:** ويقصد به قابلية المرفق العام للتغيّر في أيّ وقت، ومقتاه أنّ للسلطة العامة أن تتدخّل في أيّ وقت؛ لتعدّل من قواعد سير المرافق العامة دون أن يؤثّر في استعمالها لهذا الحقّ اعتبار غير مراعاة المصلحة العامة. فإذا ما ظهر لها في أيّ وقت من الأوقات أنّ هذا التنظيم لم يعد يتّفق مع المنفعة المرجوّة من المرفق، أو أنّ هناك تنظيما يكفل أداءها على وجه أفضل، كان لها أن تلجأ إلى تنظيم المرفق، فتجعل إدارته عن طريق الهيأة العامة بدلا من الإدارة المباشرة، أو تختار نظام شركة الاقتصاد المختلط، ولها أن تفرض رسوما على الانتفاع أو تخفّض الرسوم الموجودة... إلخ، وحقّ الإدارة في هذا الشّأن لا يقيّده إلاّ مراعاة المصلحة العامة[3].

ثانيا: أشكال تفويض المرفق العام

يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام، حسب مستوى التفويض، والخطر الذي يتحمله المفوض له ورقابة السلطة المفوضة، الأشكال التالية[4]:

أ- الامتياز.

ب-الإيجار.

ج- الوكالة المحفزة.

د- التسيير.

كما يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أشكالا أخرى غير تلك المبنية فيما يأتي، وفق

---

(1) المادة (209) من المرسوم 12-247.

(2) يراجع: سليمان الطماوي، **نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة**: 146.

(3) يراجع: سليمان الطماوي، **المرجع السابق**: 183.

(4) المادة (210) من المرسوم 12-247.

الشروط والكيفيات المحددة عن طريق التنظيم.

ثالثا: آثار انتهاء التفويض

تصبح كل استثمارات وممتلكات المرفق العام، عند نهاية عقد تفويض المرفق العام، ملكا للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام، المعني[1].

ونظرا؛ لاقتراب مفهوم "المرفق العام" من "أملاك الدولة"، وتشابه العقود المتعلّقة بهما، أضفنا في نهاية هذا المبحث دراسة العقود المتعلّقة بأملاك الدولة، لتصبح مطالب هذا المبحث خمسة، كما يلي:

المطلب الأوّل: عقد الامتياز

المطلب الثاني: عقد التأجير

المطلب الثالث: عقد الوكالة المحفّزة

المطلب الرابع: عقد التسيير

المطلب الخامس: عقود أملاك الدولة

المطلب الأول: عقد الامتياز

وسنبحث عقد الامتياز من خلال الفروع التالية:

الفرع الأوّل: مفهوم عقد الامتياز

عرّفت المادة (210) من المرسوم 15-247 امتياز المرفق العام كما يلي: "أن تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام"[2].

يموّل المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام عن طريق عمّاله، باسمه وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام.

---

(1) المادة (208) من المرسوم 12-247.

(2) المادة (210) من المرسوم 12-247. ويراجع تعريف الامتياز أيضا عند: سليمان الطماوي، **المرجع السابق**: 90.

الفرع الثاني: الإطار القانوني لعقد الامتياز

يتمثّل الإطار القانوني الساري المفعول بالنسبة لعقد الامتياز في:

1- الأمر رقم 08-04[1] المحدّد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، في ستة عشر (16) مادة.

2- المرسوم التنفيذيّ رقم 09-152[2] المحدّد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، في خمسة وعشرين (25) مادة.

3- نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة على منح الامتياز عن طريق المزاد العلني للقطع الأرضية التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية. ملحق بالمرسوم رقم 09-152 السالف الذكر. ويتضمّن إحدى وثلاثين (31) مادة.

4- دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد البنود والشروط التي تطبق على منح الامتياز بالتراضي للأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية. ملحق بالمرسوم رقم 09-152 السالف الذكر. ويتضمّن ثلاثة وعشرين (23) مادة.

5- المرسوم التنفيذيّ رقم 09-153[3] المحدّد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة وغير المستقلة المحلة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها، في سبعة وعشرين (27) مادة.

6- دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد البنود والشروط التي تطبق على منح الامتياز عن طريق المزاد العلني للأصول العقارية المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة وغير المستقلة المحلة والأصول العقارية الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية. ملحق بالمرسوم رقم 09-153 السالف الذكر. ويتضمّن تسعة وعشرين (29) مادة.

6- دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد البنود والشروط التي تطبق على منح الامتياز

---

(1) المؤرّخ في أوّل رمضان عام 1429 الموافق أوّل سبتمبر سنة 2008.

(2) المؤرّخ في 7 جمادى الأولى عام 1430 الموافق 2 مايو سنة 2009.

(3) المؤرّخ في 7 جمادى الأولى عام 1430 الموافق 2 مايو سنة 2009.

بالتراضي للأصول العقارية المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة وغير المستقلة المحلة والأصول العقارية الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية. ملحق بالمرسوم رقم 09-153 السالف الذكر. ويتضمّن إحدى وعشرين (21) مادة.

وسنحاول تلخيص أهمّ الشروط والأحكام الناظمة لحقّ الامتياز في النقاط التالية:

1-طرق منح الامتياز:

يمنح الامتياز على أساس دفتر أعباء، عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المقيد، أو بالتراضي (المادة 3 من الأمر).

- يقصد **بالمزاد العلني المفتوح:** عرض الامتياز، عن طريق المنافسة، لكل شخص طبيعي أو معنوي يرغب في الاستفادة من الامتياز على الأرضية المعنية وذلك لإنجاز مشروع استثماري وفقا لقواعد التهيئة والتعمير المطبقة (المادة 2 من المرسوم).

- يقصد **بالمزاد العلني المحدود:** عرض الامتياز، عن طريق المنافسة، على أرضية موجهة لمشروع استثماري ذي طبيعة محددة مسبقا والذي يشارك فيه المستثمرون الذين تتوفر فيهم بعض شروط التأهيل فقط (المادة 3 من المرسوم).

- يرخص منح الامتياز **بالتراضي** من مجلس الوزراء وباقتراح من المجلس الوطني للاستثمار (المادة 6 من الأمر). وفي المشاريع الاستثمارية التالية -حصرا-:

- يكون لها طابع الأولوية والأهمية الوطنية.
- تشارك في تلبية الطلب الوطني على السكن.
- محدثة بقوة لمناصب الشغل أو القيمة المضافة.
- تساهم في تنمية المناطق المحرومة أو المعزولة (المادة 7 من الأمر).

2-مدّة الامتياز:

يمنح الامتياز لمدة أدناها ثلاث وثلاثون (33) سنة قابلة للتجديد مرتين وأقصاها تسع وتسعون (99) سنة.

وفي حالة عدم تجديد الامتياز، يتعيّن على مالك البنايات دفع إتاوة إيجارية سنوية لفائدة الدولة المالكة للأرض تحددها إدارة أملاك الدولة بالاستناد إلى السوق العقاري (المادة

4 من الأمر).

3-بدل الامتياز:

يمنح الامتياز على أرض تابعة للدولة مقابل دفع إتاوة إيجارية سنوية محددة كما يأتي:

- عندما يمنح الامتياز عن طريق المزاد العلني، فإن مبلغ الإتاوة السنوية يمثل ناتج عملية المزاد العلني.

- عندما يمنح الامتياز بالتراضي، فإن مبلغ الإتاوة السنوية كما هو محدد من إدارة أملاك الدولة.

يتم تحيين الإتاوة الإيجارية السنوية عند انقضاء كل فترة إحدى عشرة (11) سنة بناء على تقييم تعده مصالح أملاك الدولة استنادا إلى السوق العقاري (المادّة 9 من الأمر، 15 من المرسوم 09-152).

4-شكل التعاقد:

يكرّس الامتياز بعقد إداري تعدّه إدارة أملاك الدولة مرفقا بدفتر أعباء يحدد بدقة برنامج الاستثمار، وكذا بنود وشروط منح الامتياز (المادة 10 من الأمر).

يجب أن يتضمن عقد الامتياز، تحت طائلة البطلان، شروط منع التنازل أو الإيجار من الباطن للامتياز قبل إتمام المشروع (المادة 17 من المرسوم 09-152).

5-آثار عقد الامتياز:

عند إتمام مشروع الاستثمار -المعاين قانونا بناء على شهادة المطابقة-، تكرّس إجباريا ملكية البنايات المنجزة من المستثمر على الأرض الممنوح امتيازها وجوبا بمبادرة من هذا الأخير وبعقد موثّق (المادة 13 من الأمر، المادة 18 من المرسوم 09-152).

ويمكن التنازل عن ملكية البنايات والحق العيني العقاري الناتج عن الامتياز بالنسبة للمدة المتبقية بشرط:

- إنجاز البنايات المقررة في المشروع الاستثماري.

- بدء النشاط المعاين قانونا، أو من الهيئة المكلفة بذلك (المادة 14 من الأمر، المادّة 19 من المرسوم 09-152).

6-فسخ الامتياز وآثاره:

نصّت المادة (16) من دفتر الشروط النموذجي للامتياز عن طريق المزاد العلني للأصول العقارية المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية على الحالات التي يفسخ فيها الامتياز كما يلي:

- في أي وقت وباتفاق الطرفين.

- بمبادرة الإدارة إذا لم يحترم المستفيد من الامتياز بنود دفتر الشروط.

في حالة عدم احترام المستفيد من الامتياز بنود دفتر الشروط وبعد توجيه إعذارين له برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام ولكن بدون جدوى، تباشر الجهات القضائية المختصة في إجراء إسقاط الحق.

- عند عدم انتهاء صاحب الامتياز من المشروع الاستثماري في الأجل المحدد في عقد الامتياز مع احترام طبيعة المشروع والبرنامج المحدد في دفتر الشروط ورخصة البناء، يكن منح صاحب الامتياز أجلا إضافيا يتراوح من سنة إلى ثلاث (3) سنوات حسب طبيعة وأهمية المشروع. (وبموجب المادّة 21 من المرسوم 09-152 أيضا).

في حالة عدم إتمام المشروع عند انتهاء الأجل الإضافي، فإن إسقاط الحق يؤدي إلى دفع الدولة تعويضا مقابل فائض القيمة التي أتى بها المستثمر على القطعة الأرضية من خلال الأشغال المنجزة بصفة نظامية دون أن يتجاوز هذا المبلغ قيمة المواد وسعر اليد العاملة المستعملة مع اقتطاع نسبة 10 % على سبيل التعويض.

يترتّب على كلّ إخلال من المستفيد من الامتياز للتشريع الساري المفعول وللالتزامات التي يتضمنها دفتر الأعباء اتخاذ إجراءات من أجل إسقاط حق الامتياز، لدى الجهات القضائية المختصة، بمبادرة من مدير أملاك الدولة المختص إقليميا.

في حالة نطق بهدم البنايات من طرف الجهة القضائية المختصة، يتعيّن، على المستفيد من حق الامتياز القيام على عاتقه بإعادة القطعة الأرضية إلى حالتها الأصلية (المادة 12 من الأمر، المادّة 20 من المرسوم).

7-غرامة التأخير:

نصّت المادة (26) من دفتر الشروط النموذجي للامتياز عن طريق المزاد العلني

للقطع الأرضية التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، تحت عنوان: "مكان دفع ثمن المزايدة وطريقته": يجب على الراسي عليه المزاد أن يدفع ثمن مزايدته والمصاريف المذكورة إلى صندوق مفتش أملاك الدولة في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما ابتداء من تاريخ المزاد.

وبعد انقضاء هذا الأجل، يتم إعذار الراسي عليه المزاد من أجل تسديد مبلغ الإتاوة السنوية في أجل لا يتعدى أسبوعا مضافا إليه غرامة تمثل 2 % من المبلغ المستحق.

الفرع الثالث: عقد الامتياز ونظام البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T)

تمثّل عقود البوت (B.O.T) بأنواعها الكثيرة طورا جديدا ومستحدثا من عقود الامتياز الإدارية، وقد تكون بعض هذه الصور قد عرفت قديما، إلاّ أنّ هذه العقود قد تعدّدت صورها فضلا عن كثرة اللجوء إليها، وهو أمر فرضه الواقع.

1- تعريف نظام البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T):

يقصد بها تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات وطنية كانت أو أجنبية، سواء من القطاع العام أو الخاص لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدّة من الزمن، ثمّ نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية.

واصطلاح البوت (B.O.T) هو اختصار لكلمات انجليزية ثلاث: البناء Build، والتشغيل Operate، ونقل الملكية Transfer [1].

2- أنواع عقود البوت:

عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ليست شكلا واحد، وإنّما تتعدّد صورها بحسب حاجة الجهة الإدارية، ومن أهمّها يلي[2]:

1- البناء والتشغيل وتحويل الملكية (Build.Opertate.Transfer):

وفيها تتولّى شركة القطاع الخاص تمويل وتشييد المرفق لجهة حكومية تملكه منذ

---

(1) يراجع: جابر نصار، **عقود البوت**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص: 38.

(2) يراجع: جابر نصار، **المرجع السابق**: 46، إبراهيم الشهاوي، **عقد امتياز المرفق العام B.O.T**، (دون ناشر)، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة 2003، ص: 44، مي محمد عزت شرباش، **النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.T**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010، ص: 15.

البداية، ثمّ تقوم الشركة بتشغيله على أساس تجاري لفترة معيّنة وتحصل على عائد في مقابل ذلك، ثمّ تحوّل أصوله إلى الجهة المالكة.

2- **البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (Build.Owen.Opertate.Transfer):**

وفقا لهذا النظام تقوم الدولة بمنح أحد الأشخاص الخاصة ترخيصا لإقامة مرفق عام وتملّك أصوله وتشغيله وصيانته، ويتحمّل المستثمر كافة المخاطر التجارية للمشروع طوال مدّة الترخيص، ويحصّل خلالها عوائد ربحية، وعند نهاية مدّة الترخيص يلتزم المستثمر بتحويل ملكية المرفق إلى الدولة.

3- **البناء والإيجار ونقل الملكية (Build.Lease.Transfer):**

وفي هذه الصورة تقوم شركة المشروع ببناء المشروع وتملّكه مدّة العقد، ثمّ تؤجّره إلى الجهة الحكومية التي تقوم إمّا بتشغيله بنفسها، وإمّا بتشغيله عن طريق آخرين.

4- **الإيجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية (Lease.Renwal.Opertate.Transfer):**

وفي هذه الصورة تقوم شركة المشروع باستئجار مشروع قائم من الجهة الحكومية، ثمّ تجدّده وتحدّثه وتشغّله فترة العقد، ثمّ تعيده مرّة أخرى إلى الجهة الحكومية بصورته الحديثة دون مقابل.

5- **البناء ونقل الملكية والتشغيل (Build.Transfer.Opertate):**

في هذه الصورة تقوم الدولة ببناء المشروع بنفسها وتتكفّل بتمويلهن ثمّ تعهد بتشغيله إلى القطاع الخاص، وهي صورة من صور إدارة المشروعات العامة، وأهمّ مجالاتها: الفنادق والمشروعات السياحية، وتعتبر عقدا من عقود الخدمات.

3- **العلاقة بين عقد الامتياز وعقود البوت:**

من خلال مقارنة عقد الامتياز بنظام البوت وصوره المتنوّعة، يلاحظ وجود بعض الاختلافات الشكلية والتطبيقية، لكنّها لا تؤثّر في جوهر عقد الامتياز ومآلاته، فما هي إلاّ تطوّر لعقد الامتياز في معناه التقليدي[1].

---

(1) يراجع: جابر نصار، **المرجع السابق**: 53، إبراهيم بن صالح التنم، **الامتياز في المعاملات المالية، وأحكامه في الفقه الإسلامي**، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 1430: 511، 514.

الفرع الرابع: التوصيف الشرعي لعقد الامتياز

يعتبر عقد الامتياز من العقود الحديثة، ويمكن تلخيص مضمونه القانوني في كونه: "منح خاص، أو إذن بتشغيل، أو استئجار مشروع معيّن تقوم به حكومة أو شركة خاصة"[1]، ويمكن تعريفه شرعا بأنّه: "أولوية مستحقّة شرعا لحقّ معيّن مراعاة منه لصفته تمنع غيره منه"[2].

وقد وضعت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسّسات المالية الإسلامية معيارا شرعيا خاصة بالامتياز؛ حدّدت فيه المفاهيم والأحكام الشرعية الأساسية المتعلّقة به، سنحاول الاسترشاد بها ومقارنتها بنصوص المواد القانونية التي تمّ استعراضها آنفا[3].

1- **تعريف الامتياز:** عرّف المعيار الامتياز بأنّه: "منح طرف لآخر حق الاستغلال أو الإنشاء أو الإدارة ممن يملك هذا الحق بمقابل يتفق عليه".

2- **حكم عقود الامتياز:** الأصل في عقود الامتياز الجواز والمشروعية ما دامت تلك العقود لا تشتمل على ما يخالف أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، فهي من الوسائل التي بها تتحقق المصالح العامة المنوطة بولي الأمر، أو المصالح المستهدفة للمتعاقدين.

3- **حكم رسوم إجراءات الامتياز:** لا مانع شرعا من تنظيم الاجراءات اللازمة لمنح الامتيازات وفرض الرسوم عليها، أو اشتراط المقابل على النحو المتعاقد عليه، إذا خلت عن الربا والغرر وغيرهما من المحظورات.

4- **مبادئ منح الامتياز:** يراعى في منح الامتياز العدالة وتكافؤ الفرص وتحقيق المصالح العامة.

5- **أنواع امتيازات العقود:** تناول المعيار ثلاثة أنواع من الامتيازات:

- امتياز استغلال المعادن أو المياه وما في حكمها (امتياز الاستغلال).
- امتياز إنشاء المشروعات.
- امتياز إدارة المشروعات.

---

(1) يراجع: نزيه حمّاد، **معجم المصطلحات**: 81.

(2) يراجع: إبراهيم التَّتم، **الامتياز في المعاملات المالية وأحكامه في الفقه الإسلامي**: 62.

(3) يراجع: **المعايير الشرعية**، **المرجع السابق**، المعيار: (22)، ص: 593-604.

والذي يهمّنا في هذا المطلب هو امتياز إنشاء المشروعات، وسنرجئ الحديث عن امتياز الإدارة إلى المطلبين القادمين لتعلّقهما به.

6- **عقد امتياز الإنشاء:** هو عقد بين الدولة وطرف آخر لإقامة مشروع يتعلق غالبا بالمرافق العامة يتمّ إنشاؤه بمواصفات معينة.

7- **صور امتياز الإنشاء:** يمكن أن يتمّ الاتّفاق على إنشاء مشروع بمواصفات معيّنة على ثلاث صور:

1 المشروع مملوك للدولة وعلى أرضها، وتكون منافعه مملوكة لصاحب الامتياز مدّة معينة تعود بعدها للدولة.

2 المشروع مملوك لصاحب الامتياز لكن على أرض للدولة، وينتفع به مدة معيّنة، ثمّ يملّك إنشاءات المشروع إلى الدولة.

3 المشروع مشترك بين الدولة وصاحب الامتياز، يتمّ على أرض للدولة، وتكون إنشاءات المشروع أيضا ملكا لها، ويشتركان في إيرادات المشروع حسب الاتفاق، وذلك طوال مدة محددة يتم بعدها تمليك المشروع إلى الحاصل على الامتياز.

8- **حقّ تحصيل إيرادات المشروع:** يترتب على الحالات الثلاث السابقة منح الحاصل على الامتياز الحق في تحصيل الرسوم أو الأجور عن تقديم خدمات المشروع للجمهور.

9- التكييف الشرعي لعقود امتياز الإنشاء:

بحثت ندوة البركة الثالثة عشرة للاقتصاد الإسلامي[1] موضوع عقد الامتياز وانتهت إلى أنّ التكييف الشرعي لعقود الامتياز يختلف تبعا لمحل العقد، فقد يكون؛ إمّا استصناعا، أو إجارة للأرض بما يخرج منها (الإقطاع)، أو مشاركة، على النحو التالي:

1- إذا كان التزام الحاصل على امتياز الإنشاء شاملا للعمل الإنشائي وتقديم المواد، فالعقد استصناع، وهذه هي الصورة الغالبة، وثمنه انتفاع صاحب الامتياز بالمشروع لمدّة محدّدة قبل تسليمه للدولة.

2- إذا كان المشروع منشأ على أرض مستأجرة من الدولة، والأجرة تسليم المشروع

---

(1) المنعقدة بجدّة في 6-7 رمضان 1417 الموافق 15-16 يناير 1998.

إليها بعد مدة معيّنة فإنّها إجارة للأرض، والأجرة هي المشروع نفسه المسلّم في الأجل المتّفق عليه.

3- المشاركة: يمكن في عقود امتياز الإنشاء تطبيق المشاركة سواء أكانت مشاركة ثابتة أم متناقصة على النحو الاتي:

أ- في المشاركة الثابتة تسهم المؤسسة مع الدولة أو مع الجهة المنفذة للامتياز بحصة من رأس المال اللازم، وتبقى المشاركة إلى انتهاء المدة المحددة لها.

ب- في المشاركة المتناقصة تسهم المؤسسة بحصة من رأس المال اللازم، وتتعهّد المؤسسة (أو الشركة المنفذة) ببيع حصتها تدريجيا إلى الدولة[1].

10- **مراعاة الاشتراطات:** يحقّ للجهة المانحة للامتياز أو من تنيبه القيام بالمراقبة والتفتيش للتثبت من مراعاة الاشتراطات والمواصفات المبيّنة في عقد الامتياز مع توقيع الجزاءات الرادعة عند أيّ إخلال بها.

تبيّن لنا من خلال مقارنة المضامين القانونية لعقود الامتياز مع الأحكام والضوابط الشرعية مدى التطابق الكبير بينهما، ويمكننا اعتبار عقود الامتياز صحيحة مشروعة إذا استوفت باقي الشروط المذكورة سابقا، ولا يعكّر صفو هذه العقود سوى إشكال واحد متمثّل في اقتران العقد بشرط باطل، وهو اشتراط دفع غرامة عند التأخّر في سداد إتاوة الامتياز (وهي في حكم الدين)، وهذا الشرط لا يجوز الاتّفاق عليه ابتداء، ولا يقرّ عليه العقد انتهاء؛ إذ هو مُبطل له، ومستوجب للفسخ عند عامّة الفقهاء.

11- **التكييف الفقهي لنظام البناء والتشغيل والإعادة:**

لا يختلف حكم صور عقود البوت عمّا ذكرناه عن حكم عقد الامتياز باعتبار أنّ حقيقتها متّفقة في الجوهر مع الامتياز وما هي إلاّ صور مطوّرة عنه؛ لا تخرج في نظرنا عن كونها إمّا (استصناعا، أو إجارة، أو مشاركة) ولم نلحظ وجود أوصاف جديدة مؤثّرة في مشروعيتها.

هذا، وقد اتّجه مجمع الفقه الإسلامي الدولي إلى تكييف عقود البوت على أنّها من

---

(1) يراجع: **قرارات وتوصيات ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي**، إعداد: عبد الستار أبو غدة، ط1، 2010: 97، 98.

العقود المستحدثة، وليست من العقود المسمّاة، ومع ذلك نحا نحو المشروعية والجواز في مجال تعمير الأوقاف والمرافق العامة.

✓ فقد بحث المجمع الفقهي الدولي في دورته التاسعة عشرة[1] موضوع تطبيق نظام البناء والتشغيل والإعادة (b.o.t) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، قرر ما يأتي[2]:

(1) يقصد بعقد البناء والتشغيل والإعادة: اتفاق مالك أو من يمثله مع ممول (شركة المشروع) على إقامة منشأة وإدارتها، وقبض العائد منها، كاملاً أو حسب الاتفاق، خلال فترة متفق عليها بقصد استرداد رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول، ثم تسليم المنشأة صالحة للأداء المرجو منها.

(2) عقد البناء والتشغيل والإعادة عقد مستحدث، فهو وإن شابه في بعض صوره التعاقدات وأدوات الاستثمار المعهودة فقها، فإنّه قد لا يتطابق مع أي منها.

(3) يجوز الأخذ بعقد البناء والتشغيل والإعادة في تعمير الأوقاف والمرافق العامة.

---

(1) المنعقدة في إمارة الشارقة (دولة الإمارات العربية المتحدة) من 1 إلى 5 جمادى الأولى 1430هـ، الموافق 26 – 30 نيسان (إبريل) 2009م.

(2) قرار رقم 182 (19/8).

المطلب الثاني: عقد إيجار المرفق العام

وسنبحث عقد إيجار المرفق العام من خلال الفروع التالية:

الفرع الأوّل: مفهوم عقد إيجار المرفق العام

عرّفت المادة (210) من المرسوم 15-247 إيجار المرفق العام كما يلي: "أن تعهد السّلطة المفوّضة للمفوّض له بتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها ويتصرف المفوض له، حينئذ، لحسابه وعلى مسؤوليته".

يفهم من ذلك أنّ الإدارة المفوّضة تموّل بنفسها إقامة المرفق العام، ثمّ تسلّمه إلى المتعامل المتعاقد معها ليستثمر فيه من خلال "تسييره وصيانته" وتحصيل أجور الاستغلال من مستعمليه، مقابل أن يدفع للإدارة أجرة معلومة.

وهذا العقد يعتبر نوعا من أنواع عقود الامتياز، يطلق عليه: "امتياز الإدارة".

ولم يفصّل المرسوم 15-247 أحكام هذا العقد، وهي راجعة في الأساس إلى مبادئ عقد الإجارة في القانون المدني، وإلى الخصوصيات المنصوص عليها في عقد الامتياز السالف الذكر؛ وإلى الأحكام الآتي ذكرها في قانون الأملاك العامة رقم 90-30، والمرسوم التنفيذي رقم 12-427 المحدّد لشروط وكيفيات إدارتها، باعتباره عقدا إداريا تتمتّع فيه الدولة بامتيازات استثنائية.

الفرع الثاني: التوصيف الشرعي لعقد إيجار المرفق العام

1- تعريف عقد إيجار المرفق العام:

تطرّق المعيار الشرعي للامتياز -الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسّسات المالية الإسلامية- إلى امتياز الإدارة، وهو متطابق مع مفهوم عقد تأجير المرفق العام، فقد عرّفه بأنّه: "عقد بين الدولة وأشخاص آخرين يتم بموجبها منح حق إدارة مرافق أو منشآت عامة بمقابل محدّد لغرض تقديم خدماتها للجمهور بما يحقّق المصلحة العامة"[1].

2- التكييف الشرعي لعقود إيجار المرفق العام:

---

(1) يراجع: **المعايير الشرعية**، **المرجع السابق**، المعيار: (22)، ص: 598-604.

إذا حدّد المقابل عن منح امتياز الادارة بمبلغ مقطوع، فإنّ العقد بين الدولة وصاحب الامتياز عقد إجارة، وفي هذه الحالة يحقّ للجهة المانحة لامتياز الإدارة تحصيل رسوم عن منح الامتياز، وتكون من قبيل الأجرة المقدّمة، بالإضافة إلى المقابل المستحق عن مدّة الامتياز.

3- تحديد أسعار خدمات المرفق العام:

يحق للجهة المانحة لامتياز الإدارة تحديد أسعار الحصول على الخدمات محل الامتياز، وتعديل الأسعار على نحو يحقّق العدالة والمصلحة المشتركة لصاحب الامتياز والمستفيدين من خدمات المرافق أو المنشآت.

4- إنهاء عقد إيجار المرفق العام:

عقد إيجار المرفق العام أو "امتياز الإدارة" عقد مؤقّت بالمدّة المحدّدة في منحه، وهو قابل للفسخ من قبل الدولة بمخالفة صاحب الامتياز للشروط، أو إخلاله بالالتزامات المحدّدة في العقد، ويحق لصاحب الامتياز التخلي عنه بشرط اتخاذ الإجراءات التي يتحقق بها عدم الاخلال بأداء الخدمات للجمهور.

مراعاة الاشتراطات: يحقّ للجهة المانحة لامتياز الإدارة أو من تنيبه القيام بالمراقبة والتفتيش للتثبت من مراعاة الاشتراطات والمواصفات المبينة في عقد الامتياز مع توقيع الجزاءات الرادعة عن الاخلال بها والمحددة في العقد.

5- واجبات وحقوق عقد إيجار المرفق العام:

لا تختلف أحكام إجارة الدولة للمرفق العام عن أيّ عقد إجارة أعيان معيّنة أخرى؛ إذ يشترط فيها ما يلي[1]:

- يجب على المستأجر التقيّد بالاستعمال الملائم للعين المؤجرة أو بالمتعارف عليه، والتقيّد بالشروط المتّفق عليها المقبولة شرعا. كما يجب تجنّب إلحاق ضرر بالعين بسوء الاستعمال أو بالتعدّي أو بالإهمال.
- لا يجوز أن يشترط المؤجر على المستأجر الصيانة الأساسية للعين التي يتوقّف

---

(1) يراجع: **المعايير الشرعية**، **المرجع السابق**، المعيار: (09)، ص: 244-253.

عليها بقاء المنفعة. ويجوز توكيل المؤجر للمستأجر بإجراءات الصيانة على حساب المؤجر. وعلى المستأجر الصيانة التشغيلية أو الدورية (العادية).

- العين المؤجرة تكون على ضمان المؤجر طيلة مدّة الإجارة ما لم يقع من المستأجر تعدّ أو تقصير.
- يجوز أن تكون الأجرة نقودا أو عينا (سلعة) أو منفعة (خدمة). ويجب أن تكون الأجرة معلومة، ويجوز تحديدها بمبلغ للمدّة كلّها، أو بأقساط لأجزاء المدّة. ويجوز أن تكون بمبلغ ثابت، أو متغيّر قائم على طريقة معلومة للطرفين.
- تجب الأجرة بالعقد، وتستحقّ باستيفاء المنفعة أو بالتمكين من استيفائها لا بمجرّد توقيع العقد. ويجوز أن تدفع الأجرة عند إبرام العقد دفعة واحدة أو على دفعات خلال مدّة تساوي أو تزيد أو تقلّ عن مدّة الإجارة، فإذا تأخّر تسليم العين المؤجرة عن المدّة المحدّدة مدّة تزيد عن المتعارف عليه لم يجب الدّفع.
- يجوز باتّفاق الطرفين تعديل أجرة الفترات المستقبلية أي المدّة التي لم يحصل الانتفاع فيها بالعين المؤجرة، أمّا أجرة الفترات السابقة التي لم تدفع فتصبح دينا على المستأجر، ولا يجوز اشتراط زيادتها.
- لا يجوز اشتراط زيادة على الأجرة يستحقّها المؤجر في حال التأخّر في السداد.
- في حالة الهلاك الكلّي للعين ينفسخ عقد الإجارة إذا كانت الإجارة لعين معيّنة.
- العين المؤجرة أمانة عند المستأجر، فلا يضمنها إلاّ إذا حصل الهلاك بالتعدّي أو التقصير منه.
- في حالة الهلاك الجزئي للعين المخلّ بالمنفعة يحقّ للمستأجر فسخ الإجارة، ويجوز أن يتّفقا في حينه على تعديل الأجرة في حالة الهلاك الجزئي للعين إذا تخلّى المستأجر عن حقّه في فسخ العقد.
- يجوز فسخ عقد الإجارة باتّفاق الطرفين، ولا يحقّ لأحدهما فسخه إلاّ بالعذر الطارئ؛ كما يحقّ للمستأجر الفسخ بسبب العيب الحادث في العين المخلّ بالانتفاع، ويحقّ الفسخ بخيار الشرط لمن اشترطه خلال المدّة المحدّدة.
- يجوز اشتراط المؤجر فسخ العقد لعدم سداد المستأجر الأجرة أو تأخيرها.

- تنتهي الإجارة بالهلاك الكلّي للعين في إجارة العين المعيّنة أو بتعذّر استيفاء المنفعة؛ وذلك لفوات المنفعة المقصودة.
- يجوز برضا الطرفين إقالة عقد الإجارة قبل سريانه.
- تنتهي الإجارة بانتهاء مدّتها، ولكنّها تبقى للعذر درءً للضرر. ويجوز تجديد الإجارة لمدّة أخرى بعدها، سواء حصل التجديد قبل انتهاء المدّة الأصلية أم تلقائيا بوضع نصّ في العقد بالتجديد عند دخول فترة جديدة إذا لم يتمّ الإشعار برغبة أحد الطرفين في عدم التجديد.

هذا، ولم يتسنّ لنا الوقوف على نموذج العقد الإيجاري أو دفتر شروطه الملحق به، وعلى كلّ حال فإنّ الأصل في هذا العقد الجواز والصحّة، ما لم يتضمّن عقد الإيجار أو دفتر شروطه أيّ شرط باطل؛ من مثل ما ذكرناه سابقا؛ كاشتراط غرامة التأخير، فإنّ العقد يصير بذلك فاسدا؛ لا يجوز الإقدام فيه، ولا الاستمرار عليه.

المطلب الثالث: عقد الوكالة المحفّزة

وسنبحث عقد الوكالة المحفّزة من خلال الفروع التالية:

الفرع الأوّل: مفهوم عقد الوكالة المحفزة

عرّفت المادة (210) من المرسوم 15-247 عقد الوكالة المحفّزة كما يلي: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام، ويقوم المفوّض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوّضة التي تموّل بنفسها إقامة المرفق العام وتحتفظ بإدارته".

تدفع السلطة المفوّضة أجر المفوّض له مباشرة بواسطة منحة تحدّد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية، وحصّة من الأرباح، عند الاقتضاء.

تحدّد السلطة المفوّضة، بالاشتراك مع المفوّض له، التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام. ويحصّل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوّضة المعنيّة.

وهذا العقد يعتبر نوعا آخر من أنواع عقود "امتياز الإدارة".

ولم يفصّل المرسوم 15-247 أحكام هذا العقد، وهي راجعة في الأساس إلى مبادئ عقد الإجارة في القانون المدني، وإلى الخصوصيات المنصوص عليها في عقدي الامتياز وإيجار المرفق العام سالفي الذكر، باعتباره عقدا إداريا تتمتّع فيه الدولة بامتيازات استثنائية.

الفرع الثاني: التوصيف الشرعي لعقد الوكالة المحفّزة

1- تعريف عقد الوكالة:

هي "إقامة الغير مقام النّفس فيما يقبل النيابة من التصرفات"، فهي عبارة عن تفويض تصرّف إلى الغير ليفعله في حياته بشرائط خاصة[1].

والأصل في الوكالة أنّها عقد تبرّع، أي بدون مقابل، فإذا كانت بمقابل صارت "إجارة تلزمهما جميعا"[2]، وتسمّى «إجارة على النيابة».

2- التكييف الشرعي لعقد الوكالة المحفّزة للمرفق العام:

بناء على التوصيف السابق؛ بكون "الوكالة المحفّزة" من صور "امتياز الإدارة"، فإذا حدّد المقابل عن منح الوكالة المحفّزة بنسبة من إجمالي الإيراد، فإنّ العقد بين الدولة وصاحب الامتياز عقد إجارة، وفي هذه الحالة يحقّ للجهة المانحة لامتياز الإدارة تحصيل رسوم عن منح الامتياز، وتكون من قبيل الأجرة المقدّمة، بالإضافة إلى المقابل المستحق عن مدّة الامتياز[3].

3- أجرة الوكيل أو المفوّض له:

من المقرّر في أحكام الإجارة ضرورة معلومية الأجرة بشكل ينفي الجهالة والنزاع بين الطرفين، وقد أجاز المعيار الشرعي لإجارة الأشخاص رقم (34) أن: "تكون الأجرة بجزء شائع مثل 10% من الإنتاج، أو من الشيء المكلّف بصنعه"[4].

---

(1) يراجع: نزيه حمّاد، **معجم المصطلحات**: 477.

(2) يراجع: ابن رشد، **المقدمات**: 58/3-59، ابن شاس، **عقد الجواهر**: 832/2، القرافي، **الذخيرة**: 9/8، الحطاب، **مواهب الجليل**: 188/5، الماوردي، **الحاوي**: 511/6، النووي، **روضة الطالبين**: 332/4، الشربيني، **مغني المحتاج**: 257/3.

(3) يراجع: **المعايير الشرعية**، **المرجع السابق**، المعيار: (22)، ص: 603.

(4) يراجع: **المعايير الشرعية**، **المرجع السابق**، المعيار: (34)، ص: 857.

4- تحديد أسعار خدمات المرفق العام:

يحق للجهة المانحة لامتياز الإدارة تحديد أسعار الحصول على الخدمات محلّ الامتياز، وتعديل الأسعار على نحو يحقّق العدالة والمصلحة المشتركة لصاحب الامتياز والمستفيدين من خدمات المرافق أو المنشآت.

5- إنهاء عقد الوكالة المحفّزة للمرفق العام:

عقد "الوكالة المحفّزة" للمرفق العام أو "امتياز الإدارة" عقد مؤقّت بالمدّة المحدّدة في منحه، وهو قابل للفسخ من قبل الدولة بمخالفة صاحب الامتياز للشروط، أو إخلاله بالالتزامات المحدّدة في العقد، ويحق لصاحب الامتياز التخلي عنه بشرط اتخاذ الإجراءات التي يتحقق بها عدم الاخلال بأداء الخدمات للجمهور.

6- **مراعاة الاشتراطات:** يحقّ للجهة المانحة لامتياز الإدارة أو من تنيبه القيام بالمراقبة والتفتيش للتثبت من مراعاة الاشتراطات والمواصفات المبينة في عقد الامتياز مع توقيع الجزاءات الرادعة عن الاخلال بها والمحددة في العقد.

7- واجبات وحقوق عقد الوكالة المحفّزة للمرفق العام:

لا تختلف أحكام "الوكالة المحفّزة" عن أيّ عقد إجارة أعيان معيّنة أخرى؛ فتنطبق عليها نفس الأحكام التي ذكرناها سابقا[1].

هذا، ولم يتسنّ لنا الوقوف على نموذج عقد الوكالة المحفّزة أو دفتر شروطه الملحق به، وعلى كلّ حال فإنّ الأصل في هذا العقد الجواز والصحّة، ما لم يتضمّن عقد الوكالة المحفّزة أو دفتر شروطه أيّ شرط باطل؛ من مثل ما ذكرناه سابقا؛ كاشتراط غرامة التأخير، فإنّ العقد يصير بذلك فاسدا؛ لا يجوز الإقدام فيه، ولا الاستمرار عليه.

---

(1) يراجع: ص: 267.

المطلب الرابع: عقد تسيير المرفق العام

وسنبحث عقد تسيير المرفق العام من خلال الفروع التالية:

الفرع الأوّل: مفهوم عقد تسيير المرفق العام

عرّفت المادة (210) من المرسوم 15-247 عقد التسيير كما يلي: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام، ويستغل المفوَّض له المرفق العام لحساب السلطة المفوّضة التي تموّل بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته".

ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدّد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية.

تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام وتحتفظ بالأرباح، وفي حالة العجز فإنّ السلطة المفوّضة تعوّض ذلك للمسيّر الذي يتقاضى أجرا جزافيا، ويحصّل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية.

وهذا العقد يعتبر نوعا آخر من أنواع عقود "امتياز الإدارة".

ولم يفصّل المرسوم 15-247 أحكام هذا العقد، وهي راجعة في الأساس إلى مبادئ عقد الإجارة في القانون المدني، وإلى الخصوصيات المنصوص عليها في عقدي إيجار المرفق العام، والوكالة المحفّزة سالفي الذكر، باعتباره عقدا إداريا تتمتّع فيه الدولة بامتيازات استثنائية.

الفرع الثاني: التوصيف الشرعي لعقد التسيير

يتّفق عقد تسيير المرفق العام مع عقد الوكالة المحفّزة في موضوع العقد وجوهره، فهما صورتان من صور «الإجارة على النيابة»، ولا يختلفان إلاّ في طريقة تحديد الأجرة من ناحيتين:

- الأولى: أنّ أجرة "الوكالة المحفّزة" تتمثّل في: نسبة من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية، وحصّة من الأرباح، وكذلك الأمر بالنسبة لأجرة "التسيير" باستثناء "حصّة الأرباح"، حيث تحتفظ الإدارة بكلّ الأرباح ولا تشاركها مع المسيّر.

– الثانية: أنّه إذا سجّل المرفق عجزا (خسارة) في النتائج، فإنّ الإدارة تضمن في عقد التسيير "أجرا جزافيا" للمسيّر.

أمّا باقي أحكام "عقد التسيير" فهي مشابهة لما ذكرناه في عقد "الوكالة المحفّزة"، ولا تختلف أحكامهما عن أيّ عقد إجارة أعيان معيّنة أخرى؛ فتنطبق عليهما نفس الأحكام التي ذكرناها سابقا[1].

هذا، ولم يتسنّ لنا الوقوف على نموذج عقد التسيير أو دفتر شروطه الملحق به، وعلى كلّ حال فإنّ الأصل في هذا العقد الجواز والصحّة، ما لم يتضمّن عقد التسيير أو دفتر شروطه أيّ شرط باطل؛ من مثل ما ذكرناه سابقا؛ كاشتراط غرامة التأخير، فإنّ العقد يصير بذلك فاسدا؛ لا يجوز الإقدام فيه، ولا الاستمرار عليه.

المطلب الخامس: عقود إدارة أملاك الدولة

وسنبحث عقود إدارة أملاك الدولة من خلال الفروع التالية:

الفرع الأوّل: مفهوم أملاك الدولة

حدّد قانون الأملاك العامة رقم 90-30[2] والتعديل رقم 08-14[3]، مكوّنات الأملاك الوطنية، والقواعد الخاصة بتكوينها وتسييرها ومراقبة استعمالها، كما نظّم المرسوم التنفيذي رقم 12-427 شروط وكيفيات إدارتها.

وقد حصرت المادة (2) من القانون 90-30 مشتملات الأملاك العامة على وجه الإجمال في: "مجموع الأملاك والحقوق المنقولة والعقارية التي تحوزه الدولة وجماعاتها الإقليمية في شكل ملكية عمومية أو خاصة، وتتكوّن من:

– الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة.

– الأملاك العمومية والخاصة التابعة للولاية.

---

(1) يراجع: ص: 267.

(2) المؤرّخ في: 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق 1 ديسمبر 1990.

(3) المؤرّخ في: 17 رجب عام 1429 الموافق 20 يوليو 2008.

– الأملاك العمومية والخاصة التابعة للبلدية"[1].

وتتكوّن الأملاك الوطنية العمومية من: الأملاك العمومية الطبيعية والأملاك العمومية الاصطناعية، وقد تولّت المادتين (15 و16) من القانون 90–30 تفصيلهما.

أمّا الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة والولاية والبلدية، فتشتمل عموما على: العقارات والمنقولات والحقوق والقيم المنقولة ... إلخ، وقد تولّت المواد (من 17 إلى 20) من القانون 90–30 استقصاءها.

وتعتبر هذه الأملاك "غير قابلة للتصرف فيها ولا للتقادم ولا للحجز" (المادة: 4 معدّلة)، ويتولّى مهمّة تسييرها واستغلالها واستصلاحها بحكم طبيعتها وغرضها أو استعمالها لتحقيق الأهداف المسطرة لها "إما مباشرة من قبل هيئات الدولة والجماعات العمومية الأخرى المالكة، وإما بموجب رخصة أو عقد، من قبل أشخاص معنوي؛ تابع؛ للقانون العام أو القانون الخاص أو أشخاص طبيعيين" (المادة: 5 معدّلة).

ويجوز للجمهور استعمال الأملاك الوطنية العمومية "استعمالا مباشرا أو عن طريق مصلحة عمومية، في شكل تسيير بالوكالات أو استغلال بامتياز على أن تكون هذه المصلحة العمومية قد اختصّت بتلك الأملاك (المادة: 61).

أمّا الأملاك الوطنية الخاصة فقد أتاح القانون التصرّف فيها وفق شروط وأحكام خاصة (المادة: 89).

وسنبحث خلال هذا المطلب صيغ تعاقد الإدارة مع المتعاملين الخواص لإدارة الأملاك الوطنية وتسييرها واستغلالها، والمتمثّلة في:

1- **الإيجار.**
2- **الامتياز.**
3- **البيع.**
4- **التبادل.**

---

(1) المادة (2) من القانون 90–30.

الفرع الثاني: عقد الإيجار

أوّلا: الإطار القانوني لعقود إيجار الأملاك الوطنية الخاصة

1- سلطة التعاقد:

نصّت المادة (100) من المرسوم التنفيذي 12-427 على اختصاص إدارة أملاك الدولة وحدها بتأجير العقارات التابعة للأملاك الخاصة للدولة، التي تسيرها مباشرة، سواء كانت مخصصة أم غير مخصصة لمصلحة عمومية، ومهما تكن المصلحة التي تحوزها أو تستعملها، كما تختص وحدها بتحديد الشروط الملية لهذا التأجير.

2- شروط المستأجر:

لا يجوز لعمال الإدارات العمومية أن يشغلوا، بحكم وظيفتهم مسكنا في عمارة تابعة لأملاك الدولة مخصّصة لمصلحة عمومية، أو في عمارة تحوزها الدولة بأيّ صفة كانت، إلاّ إذا كان لهم حق الاستفادة من امتياز السكن، وفقا للشروط والأشكال المحددة في التنظيم المعمول به (المادة: 112 من المرسوم).

3- الإطار التعاقدي:

طبقا لأحكام المادة (90) من القانون 30-90: يتمّ تأجير "الأملاك العقارية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ذات الاستعمال السكني أساسا والمسيرة بتفويض، في إطار تعاقدي من طرف الهيئات العمومية أو الخاصة المختصة، طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما في هذا المجال".

وفوّضت المادة (104) من المرسوم 12-427: وزير المالية في تحديد الشكل النموذجي لعقد الإيجار، وبيان "حقوق وواجبات الأطراف وكيفيات دفع مستحقات الإيجار وشروط الفسخ وكيفيات تحويل الإيجار إلى تنازل، عند الاقتضاء، وكذلك كيفيات حساب سعر التنازل".

4- مدّة الإيجار:

حدّدت المادة (102) من المرسوم 12-427 المدّة القصوى للتأجير بخمس وستين (65) سنة؛ محددة وفقا لطبيعة الاستثمار. وتحدّد المدّة والحقوق والواجبات وكذا كيفيات

الفسخ في عقد الإيجار.

5- **بدل الإيجار:**

لم تحدّد القوانين طريقة معيّنة لتحديد قيمة بدل الإيجار، ولكنّها أوجبت أن يكون ثمن الإيجار "بالقيمة الإيجارية الحقيقية" (المادة: 90 معدّلة من القانون 90-30) و(المادة: 109 من المرسوم 12-427).

6- **الحقوق والواجبات:**

منحت المادة (106) من المرسوم 12-427 المستأجرين حقوق وواجبات الملاك، ويمكنهم على الخصوص:

- إنشاء بنايات وإنجاز كل عملية توسعة بنايات الاستغلال المرتبطة بالنشاط، بالتطابق مع دفتر الشروط ومع قواعد التهيئة والتعمير المنصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها.
- ممارسة النشاطات المذكورة في عقد الإيجار.
- القيام بصيانة المنشآت والتجهيزات.
- منح إيجارات لآخرين، لديهم علاقة بنشاطه.
- منح سند الإيجار، عند الاقتضاء طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.
- الحق في طلب رخصة التجزئة ورخصة البناء ورخصة الهدم.

7- **فسخ الإجارة:**

نصّت المادّة (107) من المرسوم 12-427 على أنّ كل تقصير من صاحب الرخصة في الالتزامات الواردة في دفتر الشروط، ينجر عنه الفسخ بقوة القانون لعقد الإيجار من طرف الهيئة القضائية المختصة، بطلب من مدير أملاك الدولة.

ويرسل إشعار قبلي إلى المستأجرين قبل ستة (6) أشهر، إذا تعلق الأمر بعقارات غير مخصصة ترغب الدولة في استرجاعها للوفاء باحتياجات مصالحها الخاصة.

وينتج عن الفسخ من طرف الإدارة لأسباب المنفعة العامة، تعويض وفقا للمدة المتبقية ولاهتلاك التجهيزات.

ثانيا: التوصيف الشرعي لعقود إيجار الأملاك الوطنية الخاصة

لا تختلف أحكام عقود إيجار الأملاك العمومية عمّا ذكرناه في عقود تأجير المرافق العامة، ولا نرى في هذا العقد بناء على الأحكام الواردة في القانون 90-30 مع تعديلاته أو المرسوم 12-427 أيّ شرط مخالف للضوابط الشرعية.

هذا، ولم يتسنّ لنا الوقوف على نموذج العقد الإيجاري أو دفتر شروطه الملحق به؛ لأنّ القوانين فوّضت وزير المالية في وضعه بحسب الحالة المعروضة عليه، وعلى كلّ حال؛ فإنّ الأصل في هذا العقد الجواز والصحّة، ما دام محلّ الإيجار وغرضه مشروعين، ولم يتضمّن عقد الإيجار أو دفتر شروطه أيّ شرط باطل؛ من مثل ما ذكرناه سابقا؛ كاشتراط غرامة التأخير، فإنّ العقد يصير بذلك فاسدا؛ لا يجوز الإقدام فيه، ولا الاستمرار عليه.

الفرع الثالث: عقد الامتياز

أوّلا: الإطار القانوني لعقود الامتياز على الأملاك الوطنية العامة

أجاز القانون 30-90 للجمهور استعمال الأملاك الوطنية العمومية "استعمالا مباشرا أو عن طريق مصلحة عمومية، في شكل تسيير بالوكالات أو استغلال بامتياز على أن تكون هذه المصلحة العمومية قد اختصّت بتلك الأملاك" (المادة: 61).

كما تناولت المادتين (75 و76) من المرسوم التنفيذي 12-427 بعض أحكام الامتياز؛ كوجوب إبرام عقد الامتياز وتحديد محتوياته، واتّساع مجاله، وحقوق الأطراف وواجباتها، وكيفيات التصفية المالية عند انتهاء منح الامتياز أو فسخه مطابقة للأحكام المنصوص عليها في الاتفاقية النموذجية التي تحدد بمرسوم بناء على اقتراح من الوزير المختص في هذا المجال. بالإضافة إلى مدّته التي ينبغي ألاّ تتجاوز خمسا وستين (65) سنة.

وتعتبر تلك المواد قليلة وغير كافية لضبط وتحديد الإطار القانوني لعقد الامتياز، إلى أن صدر القانونان التاليان:

1- الأمر رقم 08-04[1] المحدّد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة

(1) المؤرّخ في أوّل رمضان عام 1429 الموافق أوّل سبتمبر سنة 2008.

للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، في ستة عشر (16) مادة.

2- المرسوم التنفيذيّ رقم 09-152[1] المحدّد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، في خمسة وعشرين (25) مادة.

وقد تناولنا بالشّرح والتفصيل الأحكام الواردة في عقد الامتياز في عقود تفويض المرفق العام، ونكتفي بالإحالة عليه[2].

ثانيا: التوصيف الشرعي لعقود الامتياز على الأملاك الوطنية العامة

لقد انتهينا في صيغة "امتياز المرفق العام" إلى تكييفه بأحد ثلاثة أمور:

1- إمّا عقد استصناع، وهذه هي الصورة الغالبة، وثمنه انتفاع صاحب الامتياز بالمشروع لمدّة محدّدة قبل تسليمه للدولة.

2- أو إجارة للأرض، والأجرة هي المشروع نفسه المسلّم في الأجل المتّفق عليه.

3- أو مشاركة بحيث تسهم المؤسسة مع الدولة أو مع الجهة المنفذة للامتياز بحصة من رأس المال اللازم.

وتبيّن لنا من خلال مقارنة المضامين القانونية لعقود الامتياز مع الأحكام والضوابط الشرعية مدى التطابق الكبير بينهما، بالتالي لم نلحظ وجود أيّ مخالفة شرعية ضمن القوانين السالفة الذكر، ويمكننا اعتبار عقود الامتياز صحيحة مشروعة إذا استوفت باقي الشروط المذكورة سابقا؛ كمشروعية المشاريع المتعاقد عليها مثلا، وخلوّها عن الشروط الباطلة كغرامات التأخير.

الفرع الرابع: عقود بيع الأملاك الوطنية الخاصة

أوّلا: الإطار القانوني لعقود بيع الأملاك الوطنية الخاصة

1- شكل التعاقد:

نصّت المادة (90) من المرسوم التنفيذي 12-427 على أنّ بيع الممتلكات العقارية

---

(1) المؤرّخ في 7 جمادى الأولى عام 1430 الموافق 2 مايو سنة 2009.

(2) يراجع: ص: 256.

التابعة للأملاك الخاصة للدولة غير المخصّصة أو التي ألغي تخصيصها وفيما إذا لم تعد صالحة للمصالح والمؤسسات العمومية، عن طريق **المزاد العلني**.

وسمحت المادّة (91) "أن تباع العقارات التابعة لأملاك الدولة، **بالتراضي** استنادا لرخصة من الوزير المكلف بالمالية، بثمن لا يقل عن قيمتها التجارية وذلك لفائدة:

1-الولايات والبلديات والهيئات العمومية والمؤسسات العمومية الاقتصادية والجمعيات.

2-للخواص، في حالات:

- الشيوع، أو الأراضي المحصورة، أو الشفعة القانونية.

- الجوار عندما تكون مساحة قطعة الأرض المحاذية موضوع البيع لا تشّكل وحدة عقارية قابلة للبناء، أو إذا كان لا يمكن استعمال هذه الأخيرة بصفة عادية بمفهوم قواعد التعمير والبناء.

- ضرورة إعادة إسكان الملاك المنزوعة ملكيتهم.

- أو في حالة ما إذا لم يتأت بيع العقار بعد عمليتين للبيع بالمزاد.

3-الهيئات الدولية، التي تكون الجزائر عضوا فيها، وللبعثات الدبلوماسية والقنصلية المعتمدة بالجزائر، بشرط مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل.

2- شروط وأحكام التعاقد:

تناول المرسوم التنفيذي 12-427 شروط وكيفيات البيع بالمزاد العلني، وقد استوفينا الحديث عنها في الفصل الأوّل من هذا الباب.

ثانيا: التوصيف الشرعي لعقود بيع الأملاك الوطنية الخاصة

يتم بيع الأملاك الوطنية الخاصة بموجب الأحكام الواردة في القانون 90-30 مع تعديلاته والمرسوم 12-427 بإحدى بصيغتين: "المزايدة"، أو "المساومة"، ولم أجد فيما اطّلعت عليه من القوانين والمراسيم المشار إليها سابقا ما يخالف الأحكام والضوابط الشرعية المقرّرة في كلّ من البيع بالمزايدة، أو المساومة.

وعليه؛ فإنّ الأصل في هذا العقد الجواز والصحّة، ما دام محلّ البيع وغرضه مشروعين، ولم يتضمّن عقد البيع أيّ شرط باطل.

الفرع الخامس: عقد تبادل الأملاك الوطنية الخاصة

أوّلا: الإطار القانوني لعقود تبادل الأملاك الوطنية الخاصة

1- تبادل أملاك الدولة مع أملاك الخواص:

أتاح القانون 90-30 في الفقرة الثانية من المادة (92) تبادل الأملاك العقارية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، مقابل أملاك عقارية يملكها الخواص، ويكون هذا التبادل طبقا للقواعد المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل؛ لا سيّما القانون المدني، وحدّد المرسوم 12-247 شروطه وكيفياته في المواد (من117 إلى 120).

2- طبيعة عقد التبادل:

لقد تناول القانون المدني الجزائري أحكام هذا العقد ضمن "عقد المقايضة"، وقد عرّفه كما يلي: "المقايضة عقد يلتزم به كلّ من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود" "المادة: 413).

3- طالب التبادل:

يكون طلب التبادل، إما بمبادرة من المصلحة العمومية المعنية، أو من مالك العقار المتبادل معه (المادة: 117).

أ- إذا كان الطلب صادرا عن المصلحة العمومية فإنّ الجهاز المختص، هو الذي يقدّمه حسب الكيفيات المعمول بها إلى السلطة الوصية مصحوبا بالأوراق الثبوتية المتعلقة به.

وبعد الموافقة عليه، يرسل الملف إلى الوزير المكلف بالمالية مرفوقا بمذكرة توضيحية تبرّر عملية المبادلة.

ب- إذا كان الطلب صادرا عن مالك من الخواص، فإنّه يرسل إلى الوزير المكلّف بالمالية مصحوبا بمستندات الملكية وبالمقترحات الخاصة بالعقار موضوع المبادلة، وكذا كل وثيقة تثبت الموافقة المبدئية للمصلحة العمومية المعنية.

وقبل أن يتخذ الوزير المكلف بالمالية مقرر المبادلة، يأمر المصالح المختصة في أملاك الدولة، بدراسة الملف قصد التحقق من وضعية الملك الخاص وتحديد حقيقة تقييم

العقارات، ومعدّل فارق القيمة اللاحق عند الاقتضاء.

يبيّن في مقرر المبادلة، الذي يصدره الوزير المكلف بالمالية على الخصوص، ما يأتي:

- وصف الأملاك العقارية، موضوع المبادلة وقيمة كل منها،
- معدّل فارق القيمة، الذي يترتب على أحد الطرفين المتبادلين للطرف الآخر،
- الأجل الذي يمكن تحقيق عملية التبادل خلاله،
- الأجل لتصفية الرهون المحتملة، التي قد تثقل العقار الخاص.

4- شكل التعاقد:

يمكن أن يأخذ عقد التبادل، الذي يعد على أساس مقرر الوزير المكلف بالمالية، شكل عقد إداري أو شكل عقد توثيقي (المادة: 119):

أ-إذا كان في شكل عقد إداري، فإن إدارة أملاك الدولة المختصة إقليميا، هي التي تحرره طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، إلا إذا نص على خلاف ذلك، ويوقع هذا العقد والي الولاية، الموجود فيها الملك العقاري الخاص.

ب- إذا كان في شكل عقد توثيقي، فإنه يحرر حسب الأشكال والشروط المنصوص عليها في التشريع المعمول به، ويمثّل الوزير المكلف بالمالية لدى تحرير العقد، مسؤول إدارة أملاك الدولة المختص إقليميا، المعيّن لهذا الغرض ويتحمل المتبادل مع الدولة مصاريف التوثيق.

5- آثار التبادل:

تسري على التبادل "أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كلّ المتقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايض عليه" (المادة: 415 مدني).

وأهمّ أثر لعقد البيع هو تحويل الملكية، وقد نصّ على ذلك المرسوم 12-247 في المادة (120): يُثبت عقد التبادل، الذي يسجل ويشهر في المحافظة العقارية، تحويل الملكية فعلا، وتنجر عنه الآثار القانونية المرتبطة به، ويمنح الملك الذي تحصل عليه الدولة عن طريق التبادل، صفة الأملاك الخاصة للدولة.

6- معدّل فارق قيمة التبادل:

أجازت المادة (414 مدني): إذا كانت الأشياء المتقايض فيها مختلفة القيم في تقدير المتعاقدين تعويض الفرق بمبلغ من النقود.

وذلك ما أكّدته المادة (94) من القانون 90-30: "إذا تبيّن من التبادل أنّ قيمة الملك الذي تعرضه الدولة تفوق قيمة ذلك الملك المقابل، تخوّل هذه العملية الدولة الحقّ في تحصيل الفارق ويدفعه لها الطرف المبادل، وإذا كانت قيمة الملك الذي تتلقّاه الدولة بمقتضى التبادل تفوق قيمة الملك الذي تعرضه، فإنّ هذه العملية تخوّل الطرف المبادل الحق في أخذ فارق القيمة الذي تدفعه الدولة من الأموال العمومية".

وبناء على ذلك "يدفع معدّل فارق القيمة الطرف المطلوب به، وفقا للشروط والأشكال والإجراءات المحددة في قوانين المالية" (المادة: 21 من المرسوم 12-247).

ثانيا: التوصيف الشرعي لعقود تبادل الأملاك الوطنية الخاصة

التكييف الفقهي لتبادل العقارات هو "عقد المناقلة" والذي يعرّف شرعا بأنّه: "مبادلة عقار – أو حصّة شائعة منه- بعقار أو شقص من عقار آخر"[1]، وهو مشابه لعقد المقايضة "مبادلة الأعيان بالأعيان"[2]، وهو عقد مشروع باتّفاق الأمّة بل هو غالب أنواع البيوع في زمن النبي –صلّى الله عليه وسلّم-؛ قبل سكّ النقود وانتشارها في أيدي النّاس.

وأمّا إضافة الفارق بين قيمتي العقارين المتبادلين فلا إشكال فيه؛ لأنّ العقار ليس من الأصناف الربوية التي يلزم فيها التماثل ويحرم فيها التفاضل.

وعليه؛ فإنّ الأصل في هذا العقد الجواز والصحّة، ما دام محلّ البيع وغرضه مشروعين، ولم يتضمّن عقد البيع أيّ شرط باطل.

---

(1) يراجع: نزيه، **معجم المصطلحات**: 445.

(2) يراجع: مصطفى الزرقا، **عقد البيع**: 16، نزيه، **معجم المصطلحات**: 434.

المبحث الثالث
عقود توفير احتياجات المواطنين

استعرضنا خلال المبحثين السابقين العقود التي تبرمها الإدارة بناء على احتياجاتها المتعلّقة أساسا بإنشاء أو تسيير أو إدارة أو استغلال المرافق أو الأملاك العامة، وسنخصّص هذا المبحث الأخير للحديث عن جملة من العقود التي تنشؤها الإدارة مع عموم المواطنين؛ لتلبية جملة من الاحتياجات الاجتماعية الأساسية.

سنتناول في هذا المبحث أهمّ الصيغ التعاقدية التي توفّرها الإدارة لتلبية حاجة السكن والعمل، وهما من ضرورات الحياة، وقد كفلهما الدستور الجزائري:

– فقد نصّت المادة (67) منه على: "تشجع الدولة على إنجاز المساكن.

تعمل الدولة على تسهيل حصول الفئات المحرومة على سكن".

– كما نصّت المادة (69) منه على أنّه: "لكل المواطنين الحقّ في العمل".

ويتضمّن هذا المبحث جملة من الفروع ضمّنتها في المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأوّل: عقود الإسكان

المطلب الثاني: التوظيف العمومي

المطلب الثالث: قروض الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب

المطلب الأوّل: عقود الإسكان

انتهجت الدولة الجزائرية في سبيل توفير المساكن للفئات المحرومة أو متوسّطة الدخل عدّة برامج إسكان وصيغ تعاقدية تمسّ مختلف فئات المجتمع، من خلال المراسيم القانونية الصادرة في هذا الخصوص، ويمثّل المصلحة المتعاقدة في ذلك "مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري.

وتلعب المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة دور الوساطة بين شركات المقاولة التي تتعهّد بإنجاز المشاريع ضمن صفقة عمومية "لإنجاز أشغال" وفق ما ذكرناه في المبحث الأوّل من هذا الفصل، ثمّ تتعاقد مرّة أخرى مع المستفيدين من تلك السكنات وفق ما سنذكره في الفروع القادمة.

وأبرز الصيغ التعاقدية المعمول بها إلى غاية الآن ثلاث صيغ:

1- عقود السكنات الاجتماعية.

2- عقود السكنات الترقوية العمومية.

3- عقود السكنات الترقوية المدعّمة.

4- عقود السكن المنجزة بأموال عمومية بصيغة "البيع بالإيجار".

الفرع الأوّل: عقود السكنات الاجتماعية

1- الإطار القانوني لصيغة السكنات الاجتماعية:

حدّد المرسوم التنفيذيّ رقم 140-08[1] قواعد منح السكن العمومي الإيجاري، في خمس وستين (65) مادة، وملحقين (ملحق1: ملحق عقد إيجار نموذجي، ملحق2: دفتر شروط يحدّد حقوق وواجبات الهيئة المؤجرة والمستأجرة).

وقد جاء تعريف السكن العمومي الإيجاري في المادة (2) منه بأنّه: "السكن المموّل من طرف الدولة أو الجماعات المحلية، والموجّه فقط للأشخاص الذين تمّ تصنيفهم حسب مداخيلهم ضمن الفئات الاجتماعية المعوزة والمحرومة التي لا تملك سكنا أو تقطن في

(1) المؤرّخ في 4 جمادى الأولى عام 1429 الموافق 10 مايو سنة 2008.

سكنات غير لائقة و /أو لا تتوفر لأدنى شروط النظافة.

كما يمكن استعمال السكن العمومي الإيجاري لتلبية حاجيات محلية ناتجة عن ظروف استثنائية أو ذات منفعة عامة مؤكدة".

يقوم الصندوق الوطني للسكن بصفته الأداة المميزة لتنفيذ سياسة تمويل السكن، المحددة من طرف السلطات العمومية[1] بالتمويل لحساب الدولة بدفع مستحقات مكاتب الدراسات ومؤسسات الإنجاز المتعاقدة مع دواوين الترقية والتسيير العقاري[2]، وقد أشار (الملحق1: عقد الإيجار النموذجي) في ديباجته إلى الجهة المتعاقدة كما يلي: "بين الهيئة المؤجرة التي تتصرّف لحساب الدولة، ممثّلة من طرف (لقب واسم ووظيفة الشخص المؤهل للتعاقد لصالح الهيئة المؤجرة".

2- طبيعة الصيغة التعاقدية مع المستفيد من السكن:

تقوم عقود السكن العمومي الإيجاري على صيغة الإجارة، وقد تولّى هذا المرسوم بيان بعض أحكامها، ثمّ ختمه بوضع "عقد إيجار نموذجي"؛ مكوّن من خمسة عشر (15) مادة، وقد تضمّنت المادة الأولى منه بيان موضوع العقد كما يلي: "يؤجر المؤجر وفق الشروط المعينة في المرسوم التنفيذيّ رقم 140-08، وطبقا للأحكام المبينة في هذا العقد للمستأجر الذي يقبل المحل المخصص للسكن المبين في المادة 3 أدناه مقابل دفع قيمة الإيجار والأعباء الإيجارية المتعلقة به".

3- شروط التعاقد بصيغة الإيجار العمومي:

يشترط في المستأجر أن تتوافر فيه شروط خاصة يتم التأكد منها عند إعداد قائمة المستفيدين؛ لأن السكنات الاجتماعية لا تؤجر إلا للأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم ضمن المواد رقم: (3)، (4)، (5) ويمكن تلخيصها فيما

---

(1) الصندوق الوطني للسكن (CNL) مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري (EPIC) تم انشائه في 1991 بعد إعادة هيكلة الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط. تم انشائه بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 91-144 المؤرخ في 12 ماي 1991 المتضمن إعادة هيكلة الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط.

(2) دواوين الترقية والتسيير العقاري (OPGI) مؤسّسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، وتعدّ تاجرة في علاقتها مع الغير وتخضع لقواعد القانون التجاري لها الشخصية المعنوية والاستقلال المالي. يراجع المادة (2) من المرسوم التنفيذي رقم 91-147 المؤرّخ في 12 ماي سنة 1991.

يلي:

8-ألا يملك عقارا ذا استعمال سكني ملكية تامة، أو قطعة أرض صالحة للبناء.

9-ألا يكون قد استفاد من سكن عمومي إيجاري، أو سكن اجتماعي تساهمي، أو سكن ريفي، أو سكن تمّ اقتناؤه في إطار البيع بالإيجار، أو إعانة الدولة في إطار شراء، أو بناء سكن، أو تهيئة سكن ريفي.

10- أن تكون له إقامة خمس (5) سنوات على الأقل ببلدية إقامته الاعتيادية.

11- أن يكون دخله العائلي الشهري أقلّ من أربعة وعشرين ألف دينار (24.000 دج).

12- أن يتجاوز سنّه إحدى وعشرين (21) سنة على الأقل عند تاريخ إيداع طلبه.

ثمّ حدّدت المادتين (6، 7) الوثائق الواجب توافرها في ملف الطلّب، ليودع لدى لجنة الدائرة المعنية مقابل تسليم وصل يحمل رقم وتاريخ التسجيل.

يسجل الطلب حسب النظام التسلسلي لتاريخ استلامه في سجل خاص يرقمه رئيس المحكمة المختص إقليميا ويؤشر عليه.

وتتم معالجة الطلبات المقدّمة من طرف لجنة منح السكنات التي يترأسها رئيس الدائرة، والأعضاء المنصوص عليهم في المادة (13) من هذا المرسوم، ويناط بها المهام الآتية:

- البت في كلّ طلب.
- التأكد من تطابق كلّ طلب مع الشروط المنصوص عليها.
- الفصل في صحة الطابع الاجتماعي للطلبات.
- الترتيب حسب الأولوية للطلبات الواردة على أساس المقاييس وسلم التنقيط المبيّن في الفرع الثالث من المرسوم.

وينصّ الفرع الرابع من المرسوم على كيفيات الطعن في القوائم المؤقتة المنشورة بأسماء المستفيدين من السكنات العمومية.

4- أحكام عقد الإيجار العمومي:

يخضع عقد الإيجار العمومي إلى أحكام هذا العقد المنصوص عليها في هذا المرسوم،

وإلى البنود المنصوص عليها في "عقد الإيجار النموذجي"، و"دفتر شروط المحدّد لحقوق وواجبات الهيئة المؤجرة والمستأجرة".

وفيما يلي بيان لأهمّ الأحكام الواردة ضمن "نموذج عقد الإيجار" مع الإشارة إلى الإضافات الواردة ضمن مواد المرسوم أو "ملحق دفتر الشروط":

1.4- حدّدت المادة الثانية (2) من "عقد الإيجار النموذجي" مدّة العقد بثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد ويسري مفعوله ابتداء من تاريخ إمضائه. كما يمكن تجديد عقد الإيجار بصفة ضمنية بموجب المادة (14)[1]. باستثناء المخالفين للقواعد المحددة في هذا المرسوم، أو الشروط المحددة في عقد الإيجار، أو في دفتر الشروط المتعلق به[2].

2.4- وخُصّت المادة (3) بتحديد محلّ السكن المؤجر ومكوّناته ومساحته وعنوانه.

3.4- كما ألزمت المادة (12) المستأجر بشغل المسكن موضوع هذا العقد بصفة شخصية ومستمرة[3] ومنعته من إيجار المسكن من الباطن كليا أو جزئيا أو ترك شغله من طرف الغير ولو بصفة مؤقتة، كما قيّدت المادة (4) استعمال المحل المؤجر بالإسكان فقط، وعدم ممارسة أي تجارة فيه، أو تخصيصه لأي نشاط آخر. واعتبرته شرطا فاسخا؛ حيث رتّبت على مخالفته فسخ عقد الإيجار مع تظليم المستأجر[4].

4.4- أوجبت المادة (6) على المؤجر القيام بجميع الإصلاحات الضرورية بالمسكن، باستثناء الإصلاحات التي تقع على عاتق المستأجر، وفي حالة عدم احترام هذا الالتزام، يلزم المؤجر بدفع تعويض لإصلاح الضرر الذي يكون قد أصاب المستأجر، نتيجة عدم القيام بالأشغال المفروضة عليه والتي تؤدي إلى عرقلة الانتفاع بالسكن المؤجر[5].

5.4- كما يلتزم المؤجر بموجب المادة (7) بالتكفل بصيانة الأجزاء المشتركة للعمارة مقابل دفع الأعباء الإيجارية من طرف المستأجر[6].

---

(1) المادة (44) من المرسوم التنفيذي.

(2) المادة (45) من المرسوم التنفيذي.

(3) أوجبت المادة (47) من المرسوم التنفيذي في حال عدم الشغل الفعلي للسكن العمومي الإيجاري المثبت قانونا ولأسباب غير مبرّرة لمدة ستة (6) أشهر دون انقطاع؛ فسخ عقد الإيجار، وإعادة منحه لمن يستحقّه.

(4) المادة (06) من دفتر الشروط.

(5) المادة (03) من دفتر الشروط.

(6) المادة (52) من المرسوم التنفيذي، والمادة (4) من دفتر الشروط.

6.4- أوجبت المادة (9) على المستأجر قبل استغلال السكن المؤجر له دفع مبلغ الضمان الذي يحدد مبلغه الوزير المكلف بالسكن، ويرد إليه عند إخلاء الأماكن بعد خصم: مصاريف التصليحات إن كانت، ومبلغ الإيجار، والأعباء الإيجارية المتعلقة به التي لم يدفعها[1].

7.4- تناولت المادة (10) تحديد قيمة إيجار المسكن، وهو عبارة عن مبلغ إيجار شهري متكوّن من قيمة إيجار رئيسي[2]، وقيمة الأعباء والرسوم القانونية طبقا للوصل النموذجي المصادق عليه بقرار من الوزير المكلف بالسكن. ويستحقّ دفعه في اليوم الخامس من الشهر الموالي كآخر أجل[3].

8.4- وقد تضمّنت هذه المادة غرامة تأخير عند الإخلال في دفع الأجرة بعد شهرين من تاريخ استحقاقها، حيث: تضاف نسبة 5 % على كل شهر تأخير[4].

9.4- كما تضمّنت شرطا فاسخا عند حدوث تأخير في دفع مبالغ الإيجار لمدّة ستة (6) أشهر متتالية، وبعد إصدار ثلاثة (3) إعذارات بقيت بدون جدوى. فيكون للمؤجر حق فسخ عقد الإيجار فضلا عن المتابعات القضائية التي تُرفع ضد المستأجر من أجل تحصيل المبالغ غير المدفوعة وطرده[5].

10.4- مبلغ الإيجار قابل للمراجعة -بموجب المادة (11)- كلّ سنة في حالة التعديل الكلي أو الجزئي للمعايير التي اعتمدت؛ كقاعدة لحساب مبلغ الإيجار والأعباء الإيجارية المتصلة بها، ويبدأ سريانها ابتداء من تاريخ صدور مقرر التعديل[6].

11.4- منحت المادة (15) للمؤجر حقّ فسخ عقد الإيجار بقوّة القانون مع تظليم المستأجر في حالة عدم خضوع المستأجر لإحدى التزاماته. كما منحت المستأجر حقّ طلب

---

(1) المادة (54) من المرسوم التنفيذي.

(2) "يحدد مبلغ القيمة الإيجارية المرجعية الوطنية للمتر المربع المتوازنة سنويا لحساب الإيجار بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالسكن والوزير المكلف بالتجارة والوزير المكلف بالمالية". المادة (51) من المرسوم التنفيذي.

(3) المادتين (48، 49) من المرسوم التنفيذي .

(4) المادة (56) من المرسوم التنفيذي .

(5) المادة (56) من المرسوم التنفيذي .

(6) المادة (58) من المرسوم التنفيذي .

الفسخ المسبق للعقد. وفي كلتا الحالتين يسترجع السكن ويعاد منحه من جديد[1] وفق أحكام المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه.

12.4- أوجبت المادتين (8، 13) من دفتر الشروط على المستأجر والأشخاص الذين يعيشون في منزله الامتناع عن كل ما من شأنه الإخلال بهدوء أو أمن العمارة أو المساس بحسن هيئتها، ويتعهد باحترام كل التعليمات التي يرى المؤجر أنها ضرورية للمنفعة العامة، وأحكام النظام الداخلي للعمارة وكذا بكافة التعليمات التي يراها المؤجر مفيدة للمصلحة العامة.

13.4- علاوة على التكاليف والأعباء السابقة التي يلتزم بها المستأجر، فقد حمّل دفتر الشروط في المواد (من 9 إلى 17) التزامات أخرى نوجزها فيما يلي:

- الفواتير الناجمة عن التمويل بالغاز والماء والكهرباء وكل الخدمات.
- إفراغ القنوات المسدودة التي تخدم الأماكن المؤجرة وذلك إلى حد القناة المشتركة.
- عدم إحداث أي تغيير في السكن المؤجر دون موافقة محررة من طرف المؤجر.
- عدم المطالبة بأي تجهيز أو تحسين من طرفه للعقار المؤجر.
- تحمّل كل المصاريف الناجمة عن الأضرار التي أحدثها المستأجر أو أحدثها شخص تحت مسؤوليته والتكفل بها.
- عدم الاعتراض لأشغال الصيانة وتحسين الأجزاء المشتركة أو الأجزاء الخاصة لنفس العمارة، وكذا الأشغال الضرورية لإبقاء الأماكن المؤجرة في حالة قابلة للإسكان وهذا مهما كانت أهمية ومدة هذه الأشغال.
- التكفل بالأشغال الخاصة والمتعلقة بالصيانة العادية للأماكن وكل التجهيزات التي يستغلها وهذا من أجل إبقائها في حالة جيدة.
- التكفل بالنفقات المتعلقة بإعادة الأماكن على الحالة التي كانت عليها في حالة ما إذا تم القيام بهذه الأشغال دون موافقته المبدئية.

5- التوصيف الشرعي لعقد الإيجار العمومي:

بعد استعراض أحكام وشروط عقد إيجار السكن العمومي من خلال المرسوم التنفيذي

---

(1) المادة (46) من المرسوم التنفيذي.

140-08 وملحقيه، تبيّن لنا أنّ الصيغة المعتمدة في "السكن العمومي" هي صيغة: إجارة الأعيان إجارة بسيطة؛ أي لا تتضمّن سوى أحكام الإجارة العادية. ولا تتضمّن تلك الأحكام والشروط في الغالب مخالفات شرعية، باستثناء ما يتعلّق بغرامات التأخير المنصوص عليها في المادة (56) من المرسوم التنفيذي، والمؤكّدة في المادة (10) من "عقد الإيجار النموذجي"، فقد انتهينا سابقا إلى عدم جواز اشتراط غرامات التأخير على الديون، وأنّ ذلك من قبيل ربا النسيئة[1]، فضلا عن أنّه لا يفرّق بين المعسر والموسر.

جاء في المعايير الشرعية: "لا يجوز اشتراط زيادة على الأجرة يستحقّها المؤجر في حال التأخّر في السداد"[2].

واقترحت المعايير الشرعية حلاّ آخر من خلال إعادة مراجعة مبلغ الأجرة للفترات القادمة: "يجوز باتّفاق الطرفين تعديل أجرة الفترات المستقبلية أي المدّة التي لم يحصل الانتفاع فيها بالعين المؤجرة، أمّا أجرة الفترات السابقة التي لم تدفع فتصبح دينا على المستأجر، ولا يجوز اشتراط زيادتها"[3].

أمّا باقي الشروط والتكاليف فهي من قبيل الشروط الجعلية التقييدية الصحيحة، التي تتوافق مع مقتضيات عقد الإجارة؛ كتحديد مدّة العقد، وتقييد شكل الانتفاع بما لا يضرّ العين المؤجرة، وإلزام المستأجر بدفع مستحقّات الماء والكهرباء لكونه مستهلكا ومستفيدا منها، وإلزامه أيضا بكلّ ما يحافظ على المسكن ويبقيه على حالة جيّدة، وتحميله تبعات الأضرار التي يتسبّب.

ممّا ورد في المعايير الشرعية ممّا يدعّم ما سبق[4]:

- يجب على المستأجر التقيّد بالاستعمال الملائم للعين المؤجرة أو بالمتعارف عليه، والتقيّد بالشروط المتّفق عليها المقبولة شرعا. كما يجب تجنّب إلحاق ضرر بالعين بسوء الاستعمال أو بالتعدّي أو بالإهمال.
- لا يجوز أن يشترط المؤجر على المستأجر الصيانة الأساسية للعين التي يتوقّف

---

(1) يراجع: ص: 138.

(2) يراجع: **المعايير الشرعية**، **المرجع السابق**، المعيار: (09)، ص: 250.

(3) نفس **المرجع السابق**: 249.

(4) نفس **المرجع السابق**: 245-249.

عليها بقاء المنفعة. ويجوز توكيل المؤجر للمستأجر بإجراءات الصيانة على حساب المؤجر. وعلى المستأجر الصيانة التشغيلية أو الدورية (العادية).

- العين المؤجرة تكون على ضمان المؤجر طيلة مدّة الإجارة ما لم يقع من المستأجر تعدّ أو تقصير.
- يجوز الاتفاق على أن تكون الأجرة مكوّنة من جزءين محدّدين: أحدهما يسلّم للمؤجر، والآخر يبقى لدى المستأجر لتغطية أيّ مصروفات أو نفقات يقرّها المؤجر؛ مثل التي تتعلّق بتكاليف الصيانة الأساسية والتأمين وغيرها. ويكون الفائض من الجزء الثاني من الأجرة تحت الحساب حقّا للمؤجر، وما نقص فعلى المؤجر تحمّله.

وبناء على ما سبق، فإنّ صيغة "إجارة المسكن العمومي" يشوبها إشكال شرعي متمثّل في اقتران عقد الإجارة بشرط باطل، وهو اشتراط دفع غرامة عند التأخّر في سداد أجرة قسطين أو أكثر، وهذا الشرط لا يجوز الاتّفاق عليه ابتداء، ولا يقرّ العقد عليه انتهاء؛ إذ هو مُبطل له، ومستوجب للفسخ عند عامّة الفقهاء.

الفرع الثاني: عقود السكنات الترقوية العمومية

1- الإطار القانوني لصيغة السكن الترقوي العمومي:

حدّد المرسوم التنفيذيّ رقم 203-14[1] شروط وكيفيات شراء السكن الترقوي العمومي في ستة عشر (16) مادة، ثمّ تمّ تعديله وتتميه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 18-311[2].

وقد جاء تعريف السكن الترقوي العمومي في المادة (2) منه بأنّه: "مشروع عقاري ذو صالح عام ويستفيد من إعانة الدولة، ويخصّص للأشخاص الذين حدد دخلهم في المادة 8 أدناه، وتتكفل الدولة بإنجازه وتضمن الاستفادة من هذه الصيغة من السكن لكل طالب مؤهل".

وبهذه الصفة، لا يخضع السكن لكيفيات البيع كما هو منصوص عليها في أحكام

---

(1) المؤرّخ في 17 رمضان عام 1435 الموافق 15 يوليو سنة 2014.

(2) المؤرّخ في 2 ربيع الثاني عام 1440 الموافق 10 ديسمبر سنة 2018.

المادتين (27، 28) من القانون رقم 04-11[1]".

ويقصد بالمادة (27): "عقد حفظ الحق الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء، لصاحب حفظ الحق، فور إنهائه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير".

ويقصد بالمادّة (28): "عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، والذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال. وفي المقابل، يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز".

وتشرف المؤسسة الوطنية للترقية العقارية[2] على إنشاء هذه السكنات من خلال تعاقدها مع المقاولين ضمن "صفقة إنجاز أشغال" ثمّ مع طالبي السكن.

2- طبيعة الصيغة التعاقدية مع المستفيد من السكن:

تقوم عقود السكن الترقوي العمومي على صيغة البيع بعد الإنجاز، ويعرّف هذا النّوع من البيوع بأنّه: "كلّ عقد رسمي يحوّل بموجبه المرقي العقاري مقابل تسديد السعر من طرف المقتني الملكية التامة والكاملة للعقار المبني موضوع الصفقة"[3]، وقد تولّى هذا المرسوم بيان بعض أحكامه.

3- شروط التعاقد بصيغة شراء السكن الترقوي العمومي:

يشترط في طالب السكن الترقوي العمومي أن تتوافر فيه شروط خاصة يتم التأكد منها عند إعداد قائمة المستفيدين، وفق الشروط المنصوص عليها في المادة (8) المعدّلة والمتمّمة

---

(1) المؤرّخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011.

(2) المؤسّسة الوطنية للترقية العقارية (ENPI) شركة ذات أسهم، تأسست في 06 ماي 2009، بموجب محضر مجلس مساهمات الدولة المؤرخ في 22 جانفي 2009، تمّ ضمّ مؤسّسات ترقية السكن العائلي، وإعادة تنظيم ذمتها، وأصبحت تسمى بالمؤسسة الوطنية للترقية العقارية عملا بنص المادة (05) من الأمر رقم 01-04 المؤرّخ في 20 أوت 2001. يراجع: الموقع الالكتروني للمؤسّسة:

http://www.enpi.dz/index.php?page=presentation.

(3) يراجع: المادة (26) من القانون رقم 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011.

من هذا المرسوم، ويمكن تلخيصها فيما يلي:

1-ألا يملك عقارا ذا استعمال سكني ملكية تامة، أو قطعة أرض صالحة للبناء.

2-لا يملك أو لم يسبق له أن ملك، هو أو زوجه ملكية تامة، عقارا ذا استعمال سكني أو قطعة أرض صالحة للبناء.

3-لم يستفد، هو أو زوجه، من مساعدة مالية من الدولة لبناء سكن أو شرائه.

4-يفوق دخله ست (6) مرات ويقل أو يساوي ثلاثين (30) مرة الدخل الوطني الأدنى المضمون.

كما نصّت المادتين (10، 11) على كيفية تقديم طلب شراء السكن الترقوي العمومي بناء على مطبوع نموذجي لدى المرقي العقاري المعين.

تعالج طلبات شراء سكن ترقوي عمومي حسب الشروط والكيفيات التي يتم تحديدها بموجب قرار من الوزير المكلف بالسكن. ويتم تسليم مقرر منح السكن للطالبين المؤهلين الذين تم اعتمادهم.

4- أحكام عقد شراء السكن الترقوي العمومي:

يخضع عقد شراء السكن الترقوي العمومي إلى الأحكام المنصوص عليها في هذا المرسوم، وفيما يلي بيان لأهمّ الأحكام الواردة ضمن مواده:

1.4- نصّت المادة (5) على أنّ تحديد ثمن التنازل عن السكن الترقوي العمومي يكون على أساس الكلفة النهائية لإنجازه بما تتضمنه من نفقات شراء الأرض وهامش الربح الخاص بالمرقي العقاري.

2.4- حدّدت المادة (12) موعد تحرير عقد البيع عند تاريخ إتمام أشغال البناء ودفع المبالغ المستحقة من المستفيد، طبقا للتشريع المعمول به، غير أنه، يتم منح السكنات الترقوية العمومية عند تاريخ نشر هذا المرسوم، على أساس عقد البيع الذي يجب إعداده لدى موثق حسب كيفيات بيع الأملاك العقارية طبقا لأحكام القانون 11-04.

3.4- يرتبط تحويل ملكية السكن الممنوح في إطار السكن الترقوي العمومي بتسديد

ثمن السكن بكامله، بموجب المادة (14).

4.4- حدّدت المادة (6) شكل الإعانة التي تقدّمها الدولة في إطار السكن الترقوي العمومي في ثلاثة أمور:

- تخفيضات في نسبة الفائدة على القروض.

- تخفيضات في قيمة الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة، والموجهة لإقامة السكنات التابعة لهذه الصيغة.

- تكفل ميزانية الدولة بأشغال الطرق والشبكات المختلفة الأولية والثانوية.

5- التوصيف الشرعي لعقد شراء السكن الترقوي العمومي:

بعد استعراض أحكام وشروط عقد شراء السكن الترقوي العمومي من خلال المرسوم التنفيذي 203-14، تبيّن لنا أنّ الصيغة المعتمدة في "السكن الترقوي العمومي" هي صيغة: بيع عقار معيّن ناجزا؛ لأنّ المرقّي العقاري يعيّن العقار في العقد، ويتمّ دفع الثمن عند التعاقد، وبهذا لا يكون في هذا العقد أيّ إشكال شرعي.

لكن قد يلجأ كثير من المستفيدين من هذه السكنات بحكم عجزهم عن سداد كامل الثمن عند الشراء إلى الاقتراض من البنوك لاستكمال ما ينقصهم، وفي هذه الحالة تمنحهم الدولة إعانة متمثّلة في تخفيض نسبة الفائدة على القروض.

وقد ذكرنا في المبحث الأوّل أنّ الاقتراض بالفائدة هو من ربا النسيئة المتّفق على تحريمه، ولا يجوز الإقدام عليه أو الاستمرار فيه؛ إلاّ لعذر.

وبديل ذلك أن يلجأ المستفيد إلى الاقتراض الحسن أو التموّل بالطرق المشروعة لدى المصارف الإسلامية؛ بالمرابحة أو الإجارة المنتهية بالتمليك.

الفرع الثالث: عقود السكنات الترقوية المدعّمة

1- الإطار القانوني لصيغة السكن الترقوي المدعّم:

حدّد القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 26 جمادى الثانية عام 1439 الموافق 14 مارس سنة 2018، الشروط والكيفيات المالية وكذا آليات تمويل إنجاز السكن الترقوي المدعم، في ستة عشر (16) مادة.

وقد جاء تعريف السكن الترقوي المدعّم في المادة (2) من المرسوم التنفيذي رقم 10-235[1] بأنّه: "كل سكن جديد ينجزه متعهد بالترقية العقارية وموجه للطالبين المؤهلين للحصول على المساعدة المباشرة".

يتم انجاز السكن الترقوي المدعم من طرف مرقي عقاري يستوفي الشروط المنصوص عليها في القانون رقم 11-04[2].

يكلّف الصندوق الوطني للسكن بجمع مجمل الموارد المالية لمشاريع إنجاز السكن الترقوي المدعم، المكونة من إعانات الدولة، ومساهمات المستفيدين، وقروض عقارية محتملة أو موارد مالية أخرى[3].

كما يعد الصندوق الوطني للسكن اتفاقية تتضمن شروط وكيفيات تمويل ومتابعة إنجاز مشروع السكن الترقوي المدعم ويصادق عليها كل من مدير الولاية المكلف بالسكن والمرقي العقاري[4].

ويجب أن يصادق الوالي أو ممثله على قائمة طالبي السكن الترقوي المدعّم، وترسل إلى الصندوق الوطني للسكن وإلى المرقي العقاري لمشروع السكن الترقوي المدعم[5].

يقوم الصندوق الوطني للسكن بتسديد المبالغ المستحقة للمرقي العقاري حسب تقدم الأشغال ووفقا لآجال الاستحقاق المحددة في الاتفاقية[6]. ويتقاضى الصندوق الوطني للسكن مكافأة، كمصاريف تسيير، بنسبة 1.5 % من سعر التنازل عن السكن، دون حساب النسبة التي يتقاضاها والمقتطعة من مبلغ الإعانة التي تبقى خاضعة للأحكام المطبقة عليه[7].

كما يقدّم الصندوق الوطني للسكن بموجب المادة (3) من المرسوم التنفيذي رقم 10-235 إعانة من الدولة تقدر بسبعمائة ألف دينار جزائري (700.000 دج) إذا كان الدخل

---

(1) المؤرخ في 26 شوال عام 1431 الموافق 5 أكتوبر سنة 2010.
(2) المادة (2) من القرار الوزاري المشترك.
(3) المادة (3) من القرار الوزاري المشترك.
(4) المادة (8) من القرار الوزاري المشترك.
(5) المادة (10) من القرار الوزاري المشترك.
(6) المادة (14) من القرار الوزاري المشترك.
(7) المادة (15) من القرار الوزاري المشترك.

يتراوح بين مرّة (1) إلى أربع (4) مرّات الدخل الوطني الأدنى المضمون، وأربعمائة ألف دينار جزائري (400.000 دج) إذا كان الدخل يتراوح بين أربع (4) إلى ست (6) مرّات الدخل الوطني الأدنى المضمون.

2- طبيعة الصيغة التعاقدية مع المستفيد من السكن الترقوي المدعّم:

بيّنت المادة (7) من القرار الوزاري المشترك أنّ التنازل عن السكن الترقوي المدعم يتمّ على أساس صيغة "عقد بيع على التصاميم"، طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

وقد عرّفت المادّة (28) من القانون رقم 04-11 عقد البيع على التصاميم بأنّه عقد "يتضمن تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال. وفي المقابل، يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز".

3- شروط التعاقد بصيغة شراء السكن الترقوي المدعّم:

يشترط في طالب السكن الترقوي المدعّم أن تتوافر فيه شروط خاصة يتم التأكد منها عند إعداد قائمة المستفيدين، وفق الشروط المنصوص عليها في المادة (3) من المرسوم التنفيذي رقم 10-235، ويمكن تلخيصها فيما يلي:

1-ألاّ يتعدّى الدخل (الزوجين) ست 06 مرات الدخل الوطني الأدنى المضمون.

2-عدم ملكية مسكن.

3-عدم ملكية قطعة أرض صالحة للبناء.

4-عدم الاستفادة من اعانة الدولة للسكن.

5-عدم استئجار مسكن عمومي ايجاري الا في حالة اعادته للمؤجر.

4- أحكام عقد شراء السكن الترقوي المدعّم:

يخضع عقد شراء السكن الترقوي المدعّم إلى الأحكام المنصوص عليها في هذا المرسوم، وفيما يلي بيان لأهمّ الأحكام الواردة ضمن مواده:

1.4- حدّدت المادة (13) من القرار الوزاري المشترك الأسقف التي يجب ألاّ يتعدّاها سعر بيع السكن الترقوي المدعم، حسب كلّ منطقة مع احتساب كل الرسوم، دون

تكلفة الأرضية.

2.4- أشارت المادة (5) من القرار الوزاري المشترك إلى أنّ تحديد كيفيات رصد القروض العقارية يكون على أساس اتفاقية بين الصندوق الوطني للسكن والبنوك.

5- التوصيف الشرعي لعقد شراء السكن الترقوي المدعّم:

بعد استعراض أحكام وشروط عقد شراء السكن الترقوي المدعّم من خلال القرار الوزاري المشترك، تبيّن لنا أنّ الصيغة المعتمدة في "السكن الترقوي المدعّم" هي صيغة: بيع عقار موصوف في الذمّة، أو "الاستصناع" بتعبير الأحناف؛ لأنّ المؤسّسة العقارية تبيع مسكنا لم ينجز بعد؛ بناءً على تصاميمه فقط، ويدفع المشتري أقساط الثمن تدريجيا مع تقدّم الأشغال.

وهذا العقد بهذه الكيفية لا إشكال فيه من الناحية الشرعية، لكن إذا لجأ المستفيدون من هذه السكنات بحكم عجزهم عن سداد كامل الثمن إلى الاقتراض من البنوك والاستفادة من تخفيض الدولة لنسبة الفائدة عليها، فإنّ ذلك يفسد العقد؛ لأنّ الاقتراض بالفائدة هو من ربا النسيئة المتّفق على تحريمه، ولا يجوز الإقدام عليه أو الاستمرار فيه؛ إلاّ لعذر.

وبديل ذلك أن يلجأ المستفيد إلى الاقتراض الحسن أو التموّل بالطرق المشروعة لدى المصارف الإسلامية؛ بصيغ البيوع والإجارات.

الفرع الرابع: عقود السكن المنجزة بأموال عمومية بصيغة "البيع بالإيجار"

1- الإطار القانوني لصيغة البيع بالإيجار:

حدّد المرسوم التنفيذي رقم 01-105[1] المعدّل والمتمّم، شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، في إحدى وعشرين (21) مادة.

وقد حدّدت المادة (4) منه نطاق تطبيق هذه الأحكام على المساكن المنجزة من ميزانية الدولة أو الجماعات المحلية وفقا لمعايير المساحة والرفاهية المحدّدة سلفا.

يتم إنجاز هذه السكنات من طرف الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره[2] التي

---

(1) المؤرّخ في 29 محرّم عام 1422 الموافق 23 أبريل سنة 2001.

(2) الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره (AADL): مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري تحت وصاية وزارة السكن و العمران. تقوم الوكالة بخدمة المرفق العمومي و تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 91-148 المؤرخ في 12 ماي 1991.

تتعاقد مع المقاولين لإنجازها، ثمّ تتعاقد مع المستفيدين.

كما يقدّم الصندوق الوطني للسكن بموجب المادة (3) من المرسوم التنفيذي رقم 10-235 إعانة من الدولة تقدر بسبعمائة ألف دينار جزائري (700000.00 دج) لكل مستفيد.

2- طبيعة الصيغة التعاقدية للبيع بالإيجار:

جاء تعريف البيع بالإيجار في المادة (2) من المرسوم بأنّه: "صيغة تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة بعد انقضاء مدّة الإيجار المحدّد في إطار عقد مكتوب".

تبقى ملكية العقار لدى المؤسّسة العقارية طيلة مدّة العقد، ولا تنتقل إلى المستفيد إلاّ بعد تسديد ثمن المسكن بكامله؛ كما نصّت على ذلك المادة (19) من المرسوم.

3- شروط التعاقد بصيغة البيع بالإيجار:

يشترط في طالب السكن بصيغة البيع بالإيجار أن تتوافر فيه شروط خاصة يتم التأكد منها عند إعداد قائمة المستفيدين، وفق الشروط المنصوص عليها في المادة (6) من المرسوم، ويمكن تلخيصها فيما يلي:

- ألّا يملك أو لم يسبق له أن تملّك عقارا ذا استعمال سكني، ملكية كاملة.
- لم يستفد مساعدة مالية من الدولة لبناء مسكن أو لشرائه.
- ألّا يتجاوز مستوى مداخيله خمس (5) مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون.

ولا تتاح الاستفادة من البيع بالإيجار المنصوص عليه بموجب أحكام هذا المرسوم إلاّ مرّة واحدة لذات الشخص.

وقد بيّنت المادتان (15، 16) كيفية تقديم الطلبات ومعالجتها، والتي تتم لدى المؤسسة الوطنية لتحسين السكن وتطويره.

4- أحكام عقد شراء السكن بصيغة البيع بالإيجار:

يخضع عقد شراء السكن بصيغة البيع بالإيجار إلى الأحكام المنصوص عليها في هذا المرسوم، وفيما يلي بيان لأهمّ الأحكام الواردة ضمن مواده:

1.4- نصّت المادة (17) من المرسوم على وجوب تحرير عقد البيع بالإيجار لدى

مكتب موثّق، وأن يحدّد العقد الطابع الموقف للبيع بالإيجار في حالة عدم احترام المستفيد أحد الشروط التي يتضمّنها.

2.4- نصّت المواد (5، 7، 8، 9) على طريقة تحديد ثمن المسكن وسداده، نوجزها فيما يلي:

- يحدّد ثمن المسكن على أساس الكلفة النهائية لإنجازه بما تتضمنه من نفقات شراء الأرض وكذلك مصاريف التسيير التقني والإداري التي تحتسب على المدة التي تسبق نقل الملكية.

- يجب أن يسدّد المستفيد دفعة أولى لا تقلّ عن 25% من ثمن المسكن، ويمكن تقسيطه على النحو التالي [1]: (10 % عند الإقرار الثابت بالشراء، 5 % عند استلام المستفيد المسكن، 5 % أثناء السنة الأولى من شغل المسكن، 5 % أثناء السنة الثانية).

- يجب أن يسدّد المستفيد ثمن المسكن في مدّة لا تتجاوز عشرين (20) سنة.

- يتم تسديد المؤجّل وفق أقساط شهرية موزّعة على المدّة المتفق عليها.

- يجب أن يسدّد المستفيد ثمن المسكن قبل أن يتجاوز عمره خمسا وستين (65) سنة، مبلغ آخر قسط من ثمن بيع المسكن.

3.4- نصّت المادة (11) من المرسوم على إعداد عقد البيع بالإيجار عند تسديد المستفيد الدفعة الأولى -بمقدار نسبة 5%[2]- والتزامه بشروط تسديد ثمن المسكن كما هي محدّدة في رزنامة استحقاق الأقساط.

4.4- تضمّنت المادة (12) من المرسوم تطبيق غرامة تأخير عند عدم تسديد المستفيد ثلاث (3) أقساط متتالية بنسبة 5% من مبلغ القسط الشهري.

5.4- كما تضمّنت نفس المادة السابقة شرطا فاسخا عند حدوث تأخير في دفع ستة (6) أقساط شهرية، فيفسخ العقد على حساب المستفيد، ويحتفظ المتعهّد بالترقية العقارية بحقّ رفع دعوى لدى الجهات القضائية المختصّة لطرد المقيم من المسكن

---

(1) المادة (2) من المرسوم التنفيذي رقم 04-137 المؤرّخ في 01 ربيع الأوّل عام 1425 الموافق 21 أفريل 2004 المعدّل والمتمّم للمرسوم التنفيذي رقم 01-105.

(2) المادة (3) من المرسوم التنفيذي رقم 04-137 المعدّل والمتمّم للمرسوم التنفيذي رقم 01-105.

المعني، ويردّ إليه الدفعة الأولى، بعد خصم الأقساط التي لم يسدّدها شاغل المسكن، وكذلك مبلغ نفقات إصلاح الإتلافات التي يحتمل أن تكون قد ألحقت بالمسكن.

5- التوصيف الشرعي لعقد البيع بالإيجار:

بعد استعراض أحكام وشروط عقد البيع بالإيجار من خلال المرسوم التنفيذي رقم 01-105، تبيّن لنا أنّ الصيغة المعتمدة فيه هي: الإيجار الساتر للبيع، أو الإيجار المنتهي بالتمليك، أو الإجارة التمويلية، وهو: اشتراط عدم نقل ملكية المبيع إلاّ بأداء القسط الأخير، وأنّ كلّ قسط يعتبر أجرة، وإذا فسخ العقد لا يردّ البائع شيئا من الأقساط، وتعتبر أجرة باتّفاق الطرفين.

وتنطوي هذه الصيغة على وصف منهيّ عنه وهو حصول التضادّ بين أحكام البيع والإجارة، كما بيّنّا ذلك سابقا[1]، وانتهينا فيه إلى منع صورة البيع بالإيجار على وفق ما جاء به القانون المشار إليه سابقا؛ لتحقّق ضابط المنع، وهو اجتماع عقدين مختلفين، وهما البيع والإجارة على محلّ واحد في زمن واحد.

فضلا عن ذلك، فقد تضمّن هذا العقد شرط غرامة التأخير المنصوص، وكنّا قد انتهينا في الفصل الثاني من الباب الأوّل إلى عدم جواز اشتراط غرامات التأخير على الديون، وأنّ ذلك من قبيل ربا النسيئة[2].

وبناء على ما سبق، فإنّ صيغة "البيع بالإيجار" كما جاء بها المرسوم التنفيذي رقم 01-105، يشوبها إشكالان شرعيّان متمثّلان في توارد عقدي البيع والإجارة على محلّ واحد، واقترانهما بشرط باطل، وهو اشتراط دفع غرامة التأخير، وهو الشرط لا يجوز الاتّفاق عليه ابتداء، ولا يقرّ العقد عليه انتهاء؛ إذ هو مُبطل له، ومستوجب للفسخ عند عامّة الفقهاء.

---

(1) يراجع: ص: 105.

(2) يراجع: ص: 148.

المطلب الثاني: التوظيف العمومي

وسنبحث عقد التوظيف العمومي من خلال الفروع التالية:

الفرع الأوّل: مفهوم عقد التوظيف العمومي

يعرّف عقد التوظيف بأنّه: "اتّفاق بين الإدارة وأحد الأفراد؛ يتولّى بمقتضاه هذا الأخير –تحت إشرافها– أمر وظيفة عامّة معيّنة، فيحصل منها على عدد من الحقوق أهمّها المرتّب، مقابل التزامه بأعباء هذه الوظيفة ومقتضياتها"[1].

وقد وقع خلاف بين الاتّجاهات القانونية في تكييف العلاقة الوظيفية بين الموظّف والإدارة، هل هي علاقة تعاقدية تحكمها القواعد العقدية في القانون المدني على أساس "العقد شريعة المتعاقدين"، أم هي علاقة تعاقدية تحكمها قواعد القانون العام على أساس "عقد إداري"؛ نظرا للتعاقد مع أحد أشخاص القانون العام، أم هي علاقة لائحية تنظيمية؛ حيث يخضع الموظّف في علاقته بالإدارة لأحكام الوظيفة العامة بما تتضمّنه من حقوق وتفرضه من التزامات مستمدّة من القوانين واللوائح المنظّمة لها[2].

ومن أبرز سمات نظرية العلاقة اللائحية بين الموظّف والإدارة:

– أنّ الإدارة حرة في تعديل أحكام الوظيفة بإرادتها المنفردة دون حاجة لاستشارة الموظف، ولو كان في هذا التعديل إنقاص في الامتيازات المادية والأدبية؛ وذلك ما يسلب الصفة التعاقدية عن علاقة الموظف بالدولة في هذه الحالة.

– يتمّ التعديل بإجراء عام؛ بناءً على تعديل في قوانين التوظيف.

– تعتبر قرارات التعيين والنقل والترقية والعزل قرارات إدارية تصدر من الإدارة وحدها، بإرادتها المنفردة دون مشاركة من الموظف.

– لا تنقطع صلة الموظف بالوظيفة بمجرد تقديم استقالته من العمل، وإنما تظل قائمة إلى يتم قبول استقالته من السلطة المختصة.

وخلاصة ذلك أنّ الوظائف تنشئها القوانين، فتحدّد حقوقها وواجباتها بصرف النظر عن

---

(1) يراجع: ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 575.

(2) يراجع: سليمان الطماوي، **نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة**: 269، ماجد الحلو، **المرجع السابق**: 575.

شاغلها، وما قبول الموظّف إلاّ مجرّد خضوع لأحكام الوظيفة بحقوقها وواجباتها.

وقد صرّح الأمر رقم 06-03[1]، المتضمّن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية على تبنّي نظرية العلاقة اللائحية التنظيمية، حيث جاء فيها: "يكون الموظف تجاه الإدارة في وضعية قانونية أساسية وتنظيمية" (المادة: 7).

واستثنى القانون بعض الحالات التي نصّ على إلزامية التعاقد في التوظيف في بعض مناصب الشغل التي تتضمّن نشاطات: الحفظ أو الصيانة أو الخدمات في المؤسسات العمومية الإدارية (المادة: 19)، أو بصفة استثنائية توظيف أعوان متعاقدين بالنسبة لمناصب الشغل المخصّصة للموظفين في حالات انتظار تنظيم مسابقة توظيف، أو سلك جديد، أو لتعويض الشغور المؤقت لمنصب العمل (المادة: 20)، وكذلك في حالة التكفّل بأعمال تكتسي طابعا مؤقتا (المادة: 21).

الفرع الثاني: شروط وأحكام عقد التوظيف العمومي

1-شروط الالتحاق بالوظائف العمومية:

نصّت المادة (75) من الأمر 06-03 على شروط الالتحاق بالوظائف العمومية، وهي:

1- أن يكون جزائري الجنسية.

2- أن يكون متمتعا بحقوقه المدنية.

3- أن لا تحمل شهادة سوابقه القضائية ملاحظات تتنافى وممارسة الوظيفة المراد الالتحاق بها.

4- أن يكون في وضعية قانونية تجاه الخدمة الوطنية.

5- أن تتوفر فيه شروط السن والقدرة البدنية والذهنية وكذا المؤهلات المطلوبة للالتحاق بالوظيفة المراد الالتحاق بها".

6- كما حدّدت المادة (78) السنّ الدنيا للالتحاق بالوظيفة العمومية بثماني عشر (18)

---

(1) المؤرّخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006.

سنة كاملة.

2-طرق الالتحاق بالوظائف العمومية:

نصّت المادة (80) على طرق الالتحاق بالوظائف العمومية كما يلي:

1- المسابقة على أساس الاختبارات.

2- المسابقة على أساس الشهادات بالنسبة لبعض أسلاك الموظفين.

3- الفحص المهني.

4- التوظيف المباشر من بين المترشحين الذين تابعوا تكوينا متخصصا منصوصا عليه في القوانين الأساسية، لدى مؤسسات التكوين المؤهلة.

3-حقوق والتزامات الموظّف العمومي:

❖ خصّص الباب الثاني من الأمر 06-03 "للضمانات وحقوق الموظف وواجباته"، حيث نصّ الفصل الأوّل منه على الضمانات والحقوق الأدبية والمادية في أربعة عشر (14) مادّة، أهمّها: الرّاتب، والحماية الاجتماعية، والتقاعد، والخدمات الاجتماعية، وظروف عمل تضمن له الكرامة والصحة والسلامة البدنية والمعنوية، والحق في التكوين وتحسين المستوى والترقية في الرتبة خلال حياته المهنية، والحق في العطل المنصوص عليها في هذا الأمر.

❖ أمّا الفصل الثاني فقد تمّ تخصيصه لواجبات الموظّف في خمسة عشر (15) مادّة، أهمّها ما يلي:

1- احترام سلطة الدولة وفرض احترامها وفقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها.

2- ممارسة المهام بكل أمانة وبدون تحيّز، والالتزام بالسر المهني، وحماية الوثائق الإدارية وأمنها، والمحافظة على ممتلكات الإدارة في إطار ممارسة مهامه.

3- الاتّسام بالسلوك اللائق والمحترم في علاقاته مع رؤسائه وزملائه ومرؤوسيه، والتعامل بلياقة ودون مماطلة مع مستعملي المرفق العام.

4- كل موظف مسؤول عن تنفيذ المهام الموكلة إليه.

5- عدم ممارسة أي نشاط مربح في إطار خاص مهما كان نوعه، إلاّ ما استثناه القانون، أو استعمال محلات وتجهيزات ووسائل الإدارة؛ لأغراض شخصية أو

لأغراض خارجة عن المصلحة.

6- يمنع على الموظف تحت طائلة المتابعات الجزائية، طلب أو اشتراط أو استلام، هدايا أو هبات أو أية امتيازات من أي نوع كانت، بطريقة مباشرة أو بواسطة شخص آخر، مقابل تأدية خدمة في إطار مهامه.

❖ تحدّد المدّة القانونية للعمل في المؤسسات والإدارات العمومية طبقا للتشريع المعمول به (المادة: 186).

❖ تناول الباب العاشر من الأمر 06-03 حالات إنهاء الخدمة، وفقدان صفة الموظّف ضمن المادة (216) كما يلي:

1- فقدان الجنسية الجزائرية أو التجريد منها.

2- فقدان الحقوق المدنية.

3- الاستقالة المقبولة بصفة قانونية.

4- العزل.

5- التسريح.

6- الإحالة على التقاعد.

7- الوفاة.

ويشترط في الاستقالة أن تتمّ بطلب كتابي من الموظف (المادة: 218)، يرسلها إلى السلطة المخولة صلاحيات التعيين عن طريق السلم الإداري (المادة: 219)، ولا يترتب عليها أي أثر إلا بعد قبولها الصريح من السلطة المخولة التي يتعين عليها اتخاذ قرار بشأنها في أجل أقصاه شهران (2) ابتداء من تاريخ إيداع الطلب، ويمكن تأجيل الموافقة عليها لمدة شهرين من تاريخ انقضاء الأجل الأول؛ للضرورة القصوى للمصلحة (المادة: 220).

الفرع الثالث: التوصيف الشرعي لعقود التوظيف العمومي

يعتبر عقد التوظيف العمومي من عقود الإجارة الواردة على الأشخاص، بصرف النّظر عن طبيعة العلاقة من الناحية القانونية، فلا أثر لكونها تعاقدا خاصا أو عاما أو تنظيما

لائحيا؛ إذ العبرة في كون الموظّف يؤدّي خدماته للشخص الإداري العام في مقابل مزايا مادية وأدبية تحقّقها له الإدارة؛ كرابطة الأجير برب العمل.

الإجارة على الأشخاص: "هي العقد الوارد على منفعة (خدمة أو عمل) شخص طبيعي أو اعتباري بأجر معلوم، معيّنة كانت المنفعة أو موصوفة في الذمّة، وذلك مثل الخدمات التعليمية، والصحية، والاستشارية ونحوها"[1].

ويشترط في منفعة الشخص المعقود عليها ما يشترط في غيرها: "أن تكون معلومة علما نافيا للجهالة، وأن تكون مقدورا على أدائها ومباحة شرعا"[2].

ويعتبر الموظّف العمومي من قبيل الأجير الخاص، وهو: "من يعمل لجهة واحدة وتحت إشرافها، لا يحقّ له في الوقت المستأجر عليه أن يعمل لغيرها إلاّ بإذنها"، ويتحقّق العلم في إجارة الأجير الخاصّ "ببيان مدّة الإجارة، ونوعيّة العمل المكلّف به إجمالا"[3].

والأصل في الإجارة أنّها "عقد لازم لا يملك أحد الطرفين أن ينفرد بفسخه، أو تعديله دون موافقة الآخر، إلاّ عند الإخلال بشروط العقد، أو لعذر طارئ، أو لظروف قاهرة"[4].

ومن أسباب فسخ الإجارة: موت الأجير الخاص، أو فقد أهليته بالكامل، أو إصابته بتلف أو مرض يمنعه من العمل كليّا، أو لفترة زمنية طويلة لا يصبر عليها المستأجر عادة؛ ما دامت الإجارة خاصة بشخص الأجير حسب العقد أو العرف.

كما أنّ امتناع الأجير عن تقديم الخدمة على وجهها المطلوب يتيح للمستأجر، فسخ العقد ومطالبة الأجير بالتعويض عن الأضرار الفعلية التي أصابته بسبب هذا التعذّر.

فضلا عن إمكان فسخ الإجارة باتّفاق الطرفين، وكذلك يحقّ الفسخ بخيار الشرط لمن اشترطه خلال المدّة المحدّدة[5].

ويمكن تلخيص واجبات الموظّف المذكورة آنفا في النقطتين الآتيتين الواردتين بشأن

---

(1) يراجع: **المعايير الشرعية**، **المرجع السابق**، المعيار (34)، ص: 851.

(2) نفس **المرجع السابق**: 853.

(3) نفس **المرجع السابق**: 852.

(4) نفس **المرجع السابق**: 853.

(5) نفس **المرجع السابق**: 860.

"واجبات الأجير" ضمن المعايير الشرعية[1]:

– يجب على الأجير الخاص بذل منفعته إلى المستأجر والتزامه بالمدّة، وعدم غيابه إلاّ بإذنه، أو لأداء واجب معتبر.

– الأصل أن يقوم الأجير بالعمل بنفسه ما دامت الإجارة على عمل معيّن مطلوب من الأجير إلاّ إذا نصّ على خلاف ذلك.

كما يمكن تلخيص الحقوق المادية للأجير وفق ما ورد في المعايير الشرعية فيما يلي[2]:

أ– دفع الأجرة معجّلة أو مؤجّلة أو مقسّطة حسب الاتّفاق، وفي حالة عدم الاتّفاق فإنّ دفع الأجرة المستحقّة يجب بعد إنجاز الخدمة وتمكين المستأجر منها أو انقضاء المدّة في حالة الأجير الخاص، وفي حالة عدم دفعها في الوقت المحدّد مع المطالبة بها يجوز للأجير الامتناع عن العمل، أو منع المستأجر من الاستفادة من المنفعة (الخدمة).

ب– تزويد الأجير بمستلزمات عمله إذا كان العمل يقتضي تزويد الأجير بها.

وعليه، فلا تظهر للباحث أيّة مخالفات شرعية متعلّقة بعقد الوظيفة العمومية، ما دام محلّ العقد (نوع العمل، ونوع الأجرة) صالحا للتعاقد عليه شرعا.

المطلب الثالث: قروض الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب

وسنبحث قروض الوكالة الوطنية لدعم وتشغيل الشباب من خلال الفروع التالية:

الفرع الأوّل: الإطار القانوني لقروض الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب

بدأ مشروع دعم تشغيل الشباب مع صدور المرسوم الرئاسي رقم 96–234[3]، وتعلّق الأمر في البداية بمنح: شروط نفعية، امتيازات أراض تابعة لأملاك الدولة، للاستثمارات التي ينجزها الشباب ذوو المشاريع، وتكون محلّ متابعة خلال فترة الاستفادة من هيئة وطنية.

---

(1) نفس **المرجع السابق**: 858.

(2) نفس **المرجع السابق**: 859.

(3) المؤرّخ في 16 صفر عام 1417 الموافق 2 جويلية سنة 1996.

ثمّ صدر المرسوم التنفيذي رقم 96-296[1]، متضمّنا إنشاء الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب وتحديد قانونها الأساسي.

وقد عرّفها المرسوم بأنّها: هيئة ذات طابع خاص، تسمّى الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب، تتمتّع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتوضع الوكالة تحت سلطة رئيس الحكومة، ويتولّى الوزير المكلّف بالتشغيل المتابعة العملية لجميع نشاطات الوكالة[2].

ثمّ صدر المرسوم التنفيذي رقم 03-290[3] المعدّل والمتمّم، ليحدّد شروط الإعانة المقدّمة للشباب ذوي المشاريع ومستواها، في سبعة عشر (17) مادة.

يضاف إلى ما سبق وجود اتّفاقية قرض متوسّط المدى صادر عن الوكالة الوطنية، يتضمّن: تسعة عشر (19) مادة، بالإضافة إلى دفتر شروط يتضمّن: اثني عشر (12) مادّة.

الفرع الثاني: طبيعة إعانات الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب

أشارت المادة الأولى من المرسوم رقم 03-290 إلى إمكانية استفادة الشباب ذوي المشاريع الاستثمارية من إعانة يمنحها "الصندوق الوطني لدعم تشغيل الشباب".

وتتمثّل هذه الإعانات فيما يلي:

1- قروض غير مكافأة من "الصندوق الوطني لدعم تشغيل الشباب" في حال التمويل الثنائي، وتتراوح مبالغها حسب كلفة الاستثمار على مستويين:

- المستوى الأوّل: قرض بنسبة 29% من الكلفة الإجمالية للاستثمار إذا كانت تساوي أو أقلّ من خمسة (5) ملايين دينار جزائري.

- المستوى الثاني: قرض بنسبة 28% من الكلفة الإجمالية للاستثمار، عندما تتراوح بين خمسة (5) وعشرة ملايين دينار جزائري.

2- قروض بنكية مخفّضة الفوائد في حال التمويل الثلاثي، وتبلغ نسبة هذه القروض

---

(1) المؤرّخ في 24 ربيع الثاني عام 1417 الموافق 8 سبتمبر سنة 1996.

(2) المواد (1 إلى 4) من المرسوم التنفيذي رقم 96-296.

(3) المؤرّخ في 9 رجب عام 1424 الموافق 6 سبتمبر سنة 2003.

من الكلفة الإجمالية للاستثمار 70% مع الاحتفاظ بنسب قروض الوكالة كما في الحالة الأولى.

3- تكفّل بالمصاريف المحتملة المرتبطة بالدراسات والخبرات التي تنجزها وتطلبها الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب في إطار مساعدة الشباب ذوي المشاريع.

الفرع الثالث: شروط الاستفادة من إعانات صندوق الدعم

نصّت المادة (2) على شروط الإعانة المقدّمة للشباب ذوي المشاريع كما يلي:

5- أن يتراوح عمر الشاب أو الشباب ما بين 19 و35 سنة. وعندما يُحدث الاستثمار ثلاثة (3) مناصب عمل دائمة على الأقل (بما في ذلك الشباب ذوو المشاريع الشركاء في المقاولة) يمكن رفع سن مسيّر المقاولة المحدثة إلى 40 سنة كحدّ أقصى.

6- أن يكون أو يكونوا ذوي تأهيل مهني و/أو ذوي ملكات معرفية معترف بها.

7- ألا يكون أو ألا يكونوا شاغلين وظيفة مأجورة عند تقديم طلب الإعانة.

الفرع الرابع: أحكام القروض والإعانات

تخضع القروض الممنوحة في إطار "دعم تشغيل الشباب" لأحكام هذا القانون واتفاقية القرض ودفتر الشروط الموقّعين بين الوكالة الوطنية والشاب المستثمر.

1- أمّا القروض التي يمنحها "الصندوق الوطني لدعم تشغيل الشباب" فهي قروض غير مكافأة أي لا تترتّب عليها أيّة فوائد.

2- وأمّا القروض التي يستفيد منها الشباب من البنوك والمؤسّسات، فقد نصّت المادة (12) على تخفيض نسب فوائدها، على النحو الآتي:

75% من المعدّل المدين الذي تطبّقه مؤسّسات القرض بعنوان الاستثمارات المنجزة في قطاع الفلاحة والريّ والصيد البحري.

50% من المعدّل المدين الذي تطبّقه مؤسّسات القرض بعنوان الاستثمارات المنجزة في كلّ قطاعات النشاط الأخرى.

وعندما تكون استثمارات الشاب أو الشباب ذوي المشاريع في المناطق الخاصة، ترفع

معدّلات التخفيض المبيّنة أعلاه تباعا إلى 90% و75% من المعدّل المدين الذي تطبّقه مؤسّسات القرض. ولا يتحمّل المستفيد أو المستفيدين من القرض سوى فارق نسبة الفائدة غير الخاضع للتخفيض.

وقد تحمّلت الدولة منذ إقرار قانون المالية لسنة 2014[1] جميع الفوائد البنكية بموجب نصّ المادة (50) من القانون كما يلي: "يرخّص للخزينة بالتكفل بتخفيض معدل الفائدة بنسبة 100% على القروض التي تمنحها البنوك والمؤسسات المالية، لصالح المستثمرين المؤهلين للاستفادة من إعانة "الصندوق الوطني لدعم تشغيل الشباب" أو "الصندوق الوطني للتأمين على البطالة" أو "الصندوق الوطني لدعم القرض المصغّر"".

وبناء على ذلك تنصّ المادة (3) من اتفاقية التمويل الثلاثية على سعر الفائدة الأصلية، ثمّ تتبعها بعبارة: "مخفّضة بنسبة 100%".

3- نصّت المادة (14) من اتفاقية التمويل والبند (3) من دفتر الشروط على أنواع الضمانات المطلوب تحصيلها من المقترض، وتتمثّل في:

- رهن العتاد المنقول من الدرجة الأولى لصالح البنك، ومن الدرجة الثانية لصالح الوكالة.

- رهن حيازي للتجهيزات من الدرجة الأولى لصالح البنك، ومن الدرجة الثانية لصالح الوكالة.

- السندات لأمر.

- تأمين متعدّد الأخطار والأدوات من الدرجة الأولى لصالح البنك، ومن الدرجة الثانية لصالح الوكالة.

4- نصّت المواد: (7، 8، 13) من اتفاقية التمويل على شروط جزائية في حال التأخير في سداد المستحقّات:

- حلول جميع الأقساط والمطالبة بتسديدها فوريا.

---

(1) القانون رقم 13-08 المؤرخ في 27 صفر عام 1435 الموافق 30 ديسمبر سنة 2013 يتضمن قانون المالية لسنة 2014.

- الحجز على الضمانات المقدّمة.

- غرامة تأخير بنسبة 1%.

- السحب الجزئي أو الكلّي للامتيازات الممنوحة، ضمن نفس الأشكال التي تمّ منحها بموجبها، باستثناء حالة القوّة القاهرة[1].

- إذا اقتضى من المقرض استصدار أمر أو رفع دعوى قضائية أو أي إجراء لتحصيل دينه، فله الحقّ في تعويض جزافي بنسبة 3% من المبلغ المتبقي الواجب الدفع.

5- نصّت المادة (10) من اتفاقية التمويل على شروط فاسخة بقوة القانون، أهمّها:

- عدم احترام أو خرق أحد الالتزامات التي تعهّد بها المقترض.

- تغيير موضوع القرض الممنوح.

- تصريح بحالة إفلاس، أو تسوية قضائية، أو تصفية، أو فقدان الأهلية القانونية.

- في حالة المتابعة القضائية ما عدا المخالفات البسيطة.

- إبلاغ المقرض بتصريحات أو مستندات خاطئة.

- لا يستطيع أو لا يريد تعبئة الضمانات المتفق عليها لصالح الدائن.

وفي هذه الحالة تصبح المبالغ واجبة الأداء فورا، ومنتجة لنسبة الفوائد المحدّدة أعلاه، إضافة إلى الرسوم، العمولات، والتوابع القانونية، وسيتم رسملتها كل ثلاثة أشهر بقوّة القانون.

ويفهم ممّا سبق أنّه في حال حصول الشرط الفاسخ والجزائي ترتفع عن المقترض الامتيازات الأولى، ومن بينها: تخفيض الفوائد، فتحتسب عليه الفوائد الأولى مضافا إليها غرامة التأخير.

الفرع الخامس: التوصيف الشرعي لقروض صندوق دعم تشغيل الشباب

بعد استعراض كافّة القوانين والمستندات المتعلّقة بالقروض التي يمنحها "صندوق دعم تشغيل الشباب"، يمكن تسجيل التحفّظين الشرعيين التاليين:

---

(1) المادة (10) من المرسوم الرئاسي رقم 03-300 المؤرخ في 14 رجب عام 1424 الموافق11 سبتمبر سنة 2003 المعدّل والمتمّم للمرسوم الرئاسي رقم 96-234 المتعلق بدعم تشغيل الشباب.

1- التنصيص على سعر الفائدة بالنسبة للقرض البنكي ضمن اتّفاقية التمويل الثلاثية، وتحمّل الدولة له طيلة مدّة الاتّفاقية، بما يعفي المقترض عن أيّ زيادة في الدين، وهذا الأمر وإن كان مزيلا للحرج الشرعي بالنسبة للمقترض، لكنّه لا يعفي ذمّة الوكالة الوطنية عن تعاطيها بالفوائد البنكية التي هي في حكم ربا النسيئة المحرّم.

كما أنّ وجود شرط جزائي أو فاسخ لسبب من الأسباب التي ذكرناها سابقا يلغي هذا التخفيض، ويعيد احتساب نسبة الفوائد مرّة أخرى يجعله شرطا يؤول إلى محظور شرعي.

2- كافة الشروط الجزائية والفاسخة تضمّنت تحميل المقترض غرامة تأخير، علاوة على تعويضات جزافية أخرى، وهي شروط متضمّنة لنفس المحظور الشرعي السابق.

خلاصة الفصل الثالث:

انتهينا خلال هذا الفصل إلى استعراض أهمّ عقود الإدارة الواردة في القانون الجزائري بحسب أنواعها؛ عقود احتياجات الدولة، وعقود احتياجات المواطنين.

وتشمل عقود احتياجات الدولة: عقود الصفقات العمومية، وعقد الإقراض العام، وعقود تفويض المرفق العام، وعقود أملاك الدولة، بينما تشمل عقود احتياجات الموطنين: عقود الإسكان، والتوظيف العمومي، وقروض دعم تشغيل الشباب.

والأصل في غالبية هذه العقود الجواز إلاّ ما تضمّن منها أحد ثلاثة أمور: تركيب عقود متضادة (البيع الإيجاري)، أو تضمّن شرط غرامة التأخير في السداد، أو اشتراط ردّ الزيادة في القرض.

الخاتمة والنتائج

خلص البحث إلى جملة من النتائج يمكن تلخيصها فيما يلي:

1- يشترط لصحة عقود الإدارة ما يشترط في سائر العقود المسمّاة شرعا، أو المستحدثة بفعل التركيب بين جملة من العقود، أو التقييد بجملة من الشروط.

2- تكمن الميزة الجوهرية في العقود الإدارية في صفة الإذعان وتتجلّى في استبداد الدولة في اشتراط الشروط وإدخال التعديلات وإنهاء التعاقدات بإرادتها المنفردة، ومع ذلك فلا تقدح هذه الصفة في مشروعية هذه العقود ما دامت تراعي الصالح العام للأمّة، وما دامت حقوق الطرّف الثاني في تعويضه عن أيّ ضرر مكفولة.

3- إنّ أغلب عقود الإدارة التي تجريها الدولة مع مواطنيها وفق أحكام القانون الجزائري صحيحة ومشروعة، ولا حرج فيمن تعاقد معها إذا تمّ اختياره وفق مبدأ حسن الاختيار ومراعاة المصلحة العامة، وليس بناء على المحسوبية أو الرشوة.

4- إنّ بعض عقود الإدارة الواردة في القوانين الجزائرية تشتمل على بعض المخالفات الشرعية التي أدّت إلى عزوف كثير من النّاس عنها؛ اتّقاء للحرام، وتتمثّل هذه المخالفات في إحدى المحظورات الثلاثة التالية:

أ- **الفائدة الربوية على القرض:** وذلك بالنسبة لسندات القرض الوطني، وقروض الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب.

ب- **شرط غرامة التأخير عند سداد الدين:** وذلك بالنسبة لعقد الامتياز، عقد الإيجار العمومي، عقد الإسكان بصيغة البيع بالإيجار، قروض الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب.

ج- **تركيب عقدين متضادين في عقد واحد؛** كما في صيغة البيع بالإيجار: وذلك بالنسبة لعقد اقتناء اللوازم، عقود الإسكان بصيغة البيع بالإيجار مع وكالة عدل.

5- إنّ وجود إحدى هذه المخالفات الشرعية أو غيرها ممّا لم ترصده هذه الدراسة يستوجب من الدولة إدخال التصحيحات القانونية اللازمة لمواءمتها مع أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها إحدى ثوابت الهوية الوطنية الجزائرية؛ التي نصّت عليها المادة الثانية من دستور البلاد، وباعتبارها أيضا أحد مصادر التشريع في

القانون؛ لا سيّما أحكام المذهب المالكي المعتمد رسميا لدى وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، والمعتمد أيضا في قانون الأسرة، والمعتمد أيضا في النظام رقم 20-02 المحدّد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية.

6- إنّ وجود أيّة مخالفة شرعية في عقود الإدارة يستوجب على المواطنين المعنيّين بها التوقّف وعدم الدخول فيها ابتداءً؛ إلاّ بعد التحرّي واستشارة أهل الفتوى -في حال عدم توافر بدائل شرعية أخرى-؛ لمعرفة إمكانية الترخّص أو لا؛ إمّا بمراعاة مناط الحاجة العامة، أو بمراعاة الضرورة الخاصة.

7- إنّ تصحيحَ عقود الإسكان، ودعم تشغيل الشباب، وسائر الاستثمارات التي تقدّمها الدولة إلى شعبها، ومواءمتَها مع أحكام الشريعة الإسلامية؛ سيتيحان لشرائح كبيرة من المجتمع الجزائري الاندماج في خطط الدولة التنموية، ومعالجة أزماتها الاقتصادية، وعليه فإنّ الدراسة توصي بجملة من المقترحات التالية.

المقترحات

أوّلا: مقترحات تعديل العقود:

1- بالنسبة لعقد الإقراض العام:

- الاعتماد على آلية سندات المضاربة أو الصكوك الإسلامية بمختلف أنواعها القائمة على مبدأ المشاركة في الربح والخسارة، عوض آلية: سندات القرض بالفائدة، وحتّى يتحقّق ذلك لا بدّ من إصدار قانون للصكوك الإسلامية -على غرار نظام الصيرفة الإسلامية-؛ ينظّم كلّ الجوانب المحاسبية والقانونية والحوكمية، وإدماجها ضمن السوق المالية (البورصة).

2- بالنسبة لقروض الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب:

أ- فيما يتعلّق بتحمّل الخزينة لفوائد القروض البنكية نيابة عن المقترضين، فإنّنا نقترح ابتداءً: تعديل طبيعة التمويل البنكي الممنوح بما يتواءم مع أحكام النظام رقم 20-02 المحدّد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسّسات المالية، وفق إحدى الصيغ التمويلية الواردة ضمنه.

وفي هذه الحالة فلا داعي لتحمّل الخزينة لجميع الأرباح البنكية في حقّ جميع

المستفيدين من تمويل بنكي بصيغة إسلامية الوارد في المادة (50) من قانون المالية لسنة 2014؛ إلاّ استثناءً وإرفاقا بالفئات التي قد تتعرّض للخسارة بسبب ظرف استثنائي لا دخل لهم فيه.

- وعليه نقترح تعديل نصّ المادة (6) الواردة في المرسوم رقم 03-290:

"في الحالات التي يطلب فيها الشاب أو الشباب ذوي المشاريع تمويلا بنكيا، فإنّ طلبات التمويل البنكية المحتمل إقامتها ... يدرسها النظام البنكي وفق القواعد والمقاييس الخاصة بمنح القروض".

التعديل:

"... بمنح التمويلات الواردة في أحكام النظام 20-02 المحدّد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها".

- كما نقترح تعديل نصّ المادة (12) الواردة في ذات المرسوم:

"يحدّد معدّل تخفيض نسب فائدة قروض الاستثمارات الخاصة بإحداث أو بتوسيع الأنشطة التي تمنحها البنوك والمؤسسات المالية للشباب ...".

"ولا يتحمّل المستفيد أو المستفيدون من القرض سوى فارق نسبة الفائدة غير الخاضع للتخفيض".

التعديل:

"يحدّد معدّل تخفيض نسب أرباح العمليات البنكية وفق إحدى صيغ الصيرفة الإسلامية الخاصة بإحداث أو بتوسيع الأنشطة التي تمنحها البنوك والمؤسسات المالية للشباب ...".

"ولا يتحمّل المستفيد أو المستفيدون من التمويل البنكي سوى فارق نسبة الربح غير الخاضع للتخفيض".

ب- فيما يتعلّق بشرط غرامة التأخير في سداد المستحقّات الوارد في المواد (7، 8، 13) من اتفاقية التمويل، فإنّنا نقترح تعويض هذا الشرط بآليات ردع أخرى؛ من مثل آلية "الالتزام بالتبرع لوجوه الخير في حال التأخير عن السداد"، وهي من مفردات المذهب المالكي.

- وعليه نقترح تعديل نصوص المواد (7، 8، 13) من اتفاقية التمويل:

" في حال التأخير في سداد المستحقّات:

- غرامة تأخير بنسبة 1%.".

التعديل:

"يلتزم المستفيد من التمويل في حال التأخير في سداد المستحقّات:

- التبرع إلى حساب خيري وقفي أو اجتماعي أو صندوق الزكاة؛ ليصرف على وجوه الخير والإحسان بنسبة 1%.".

3- بالنسبة لعقد الامتياز:

فيما يتعلّق بشرط غرامة التأخير في تسديد مبلغ الإتاوة السنوية الوارد في المادة (26) من دفتر الشروط النموذجي للامتياز عن طريق المزاد العلني، فإنّنا نقترح تعويض هذا الشرط بآليات ردع أخرى؛ من مثل آلية "الالتزام بالتبرع لوجوه الخير في حال التأخير عن السداد".

- وعليه نقترح تعديل نصّ المادة (26) من دفتر الشروط النموذجي للامتياز عن طريق المزاد العلني الملحق بالمرسوم التنفيذيّ رقم 09-152 المحدّد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية:

"وبعد انقضاء هذا الأجل، يتم إعذار الراسي عليه المزاد من أجل تسديد مبلغ الإتاوة السنوية في أجل لا يتعدى أسبوعا مضافا إليه غرامة تمثل 2 % من المبلغ المستحق".

التعديل:

"وبعد انقضاء هذا الأجل، يتم إعذار الراسي عليه المزاد من أجل تسديد مبلغ الإتاوة السنوية في أجل لا يتعدى أسبوعا؛ كما يلتزم المستفيد من الامتياز بالتبرع إلى حساب خيري وقفي أو اجتماعي أو صندوق الزكاة بنسبة تمثل 2 % من المبلغ المستحق؛ ليصرف على وجوه الخير والإحسان".

4- بالنسبة لعقد الإيجار العمومي:

فيما يتعلّق بشرط غرامة التأخير في تسديد غرامة تأخير عند الإخلال في دفع الأجرة بعد شهرين من تاريخ استحقاقها الوارد في المادة (56) من المرسوم التنفيذيّ المحدّد

قواعد منح السكن العمومي الإيجاري، والمادة (10) من عقد الإيجار النموذجي الملحق به، فإنّنا نقترح تعويض هذا الشرط بآليات ردع أخرى؛ من مثل آلية "الالتزام بالتبرع لوجوه الخير في حال التأخير عن السداد".

- وعليه نقترح تعديل نصّ المادة (56) من المرسوم التنفيذيّ رقم (140-08) المحدّد قواعد منح السكن العمومي الإيجاري، والمادة (10) من عقد الإيجار النموذجي الملحق به:

"تضاف لمبالغ الإيجار التي لا تدفع بعد شهرين (2) من حلول أجل استحقاقها نسبة 5 % عن كل شهر تأخير".

التعديل:

"يلتزم المستفيد من السكن إضافة إلى دفع مبالغ الإيجار التي لا تدفع بعد شهرين (2) من حلول أجل استحقاقها بالتبرع إلى حساب خيري وقفي أو اجتماعي أو صندوق الزكاة بنسبة 5 % عن كل شهر تأخير؛ يصرف على وجوه الخير والإحسان".

5- بالنسبة لعقد الإسكان بصيغة البيع بالإيجار مع وكالة:

أ- فيما يتعلّق بصيغة البيع بالإيجار وكونها مركّبة من عقدين متضادين (وهما البيع والإجارة) في آن واحد، فنقترح تعديل المادة (2) من المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المعدّل والمتمّم، شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك:

"البيع بالإيجار صيغة تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة بعد انقضاء مدّة الإيجار المحدّد في إطار عقد مكتوب".

إلى إحدى صيغتين:

الأولى صيغة البيع بالتقسيط: حيث يتمّ نقل ملكية العقار إلى المستفيد بمجرّد توقيع عقد البيع، ويلتزم المستفيد بدفع أقساط البيع طيلة المدّة المتّفق عليها في العقد، وللوكالة أن ترهن العقار لفائدتها طيلة مدّة السداد على سبيل الضمان. ويشترط في هذه الصيغة ألاّ تزيد الأقساط في المستقبل عمّا تمّ الاتّفاق عليه في العقد؛ لأيّ مبرّر كان.

تعديل:

"البيع بالتقسيط صيغة تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة بمجرّد التوقيع على عقد مكتوب مقابل دفع الثمن مقسّطا في مواعيد محدّدة مستقبلا".

الثانية صيغة الإيجار مع الوعد بالتمليك: حيث تؤجّر الوكالة العقار للمستفيد إجارة عادية حيث تبقى ملكية العقار لديها وتتحمّل بذلك جميع تبعات الملكية، مع وعد المستفيد بالتنازل عن ملكية العقار لفائدته عند انقضاء أجل الإجارة.

تعديل:

"الإيجار مع الوعد بالتمليك صيغة تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار استئجاره ووعده بتملّكه بعد انقضاء مدّة الإيجار المحدّدين في إطار عقد ووعد مكتوبين".

ب- فيما يتعلّق بشرط غرامة التأخير في تسديد غرامة تأخير عند الإخلال في دفع ثلاثة أقساط متتالية الوارد في المادة (12) من المرسوم التنفيذي رقم 01-105، فإنّنا نقترح تعويض هذا الشرط بآليات ردع أخرى؛ من مثل آلية "الالتزام بالتبرع لوجوه الخير في حال التأخير عن السداد".

- وعليه نقترح تعديل نصّ المادة (12):

"يترتّب على عدم تسديد المستفيد ثلاثة (3) أقساط متتالية تطبيق زيادة 5% في مبلغ القسط الشهري".

التعديل:

" يلتزم المستفيد من السكن حال عدم تسديده ثلاثة (3) أقساط متتالية بالتبرع إلى حساب خيري وقفي أو اجتماعي أو صندوق الزكاة بنسبة 5% في مبلغ القسط الشهري؛ يصرف على وجوه الخير والإحسان ".

6- بالنسبة لعقد اقتناء اللوازم:

فيما يتعلّق بصيغة البيع بالإيجار مع خيار الشراء، وكونها مركّبة من عقدين متضادين (وهما البيع والإجارة) في آن واحد، فنقترح تعديل المادة (29) من المرسوم 15-247 المتعلّق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام:

"تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار بخيار أو بدون

خيار الشراء من طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد أو مواد مهما كان شكلها موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورّد".

إلى إحدى صيغتين:

الأولى صيغة البيع بالتقسيط: حيث يتمّ نقل ملكية العتاد إلى المصلحة المتعاقدة بمجرّد توقيع عقد البيع، وتلتزم المصلحة المتعاقدة بدفع أقساط البيع طيلة المدّة المتّفق عليها في العقد. ويشترط في هذه الصيغة ألاّ تزيد الأقساط في المستقبل عمّا تمّ الاتّفاق عليه في العقد؛ لأيّ مبرّر كان.

الثانية صيغة الإيجار مع الوعد بالتمليك: حيث يؤجّر المتعامل المتعاقد العتاد للمصلحة المتعاقدة إجارة عادية حيث تبقى ملكية العتاد لدى المتعامل ويتحمّل بذلك جميع تبعات الملكية، مع وعد المصلحة بالتنازل عن ملكية العتاد لفائدتها عند انقضاء أجل الإجارة؛ على سبيل الهبة أو البيع.

تعديل:

"تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالتقسيط، أو الإيجار مع أو دون الوعد بالشراء من طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد أو مواد مهما كان شكلها موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورّد".

ثانيا: مقترحات علمية وبحثية

1- ينبغي مراجعة جميع التنظيمات القانونية على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، ليس على مذهب فقهي واحد، وإنّما على ضوء الاجتهاد الفقهي المقارن، ومقاصد الشريعة الإسلامية المطهّرة.

2- ينبغي الإفادة من الثروة الفقهية في باب المعاملات المالية؛ لإيجاد حلول اقتصادية للدولة والأمّة، من خلال استخدام صيغ التمويل الخيري والربحي على حدّ سواء.

3- ينبغي الإفادة من الاجتهادات الفقهية الجماعية التي تصدر عن المجامع والمجالس والمراكز الفقهية والبحثية، التي جمعت بين فقه النص وفقه الواقع، والاستعانة بها على ما استجدّ من نوازل.

4- ينبغي مراجعة التنظيمات القانونية على ضوء الاجتهادات الفقهية الجماعية

المعاصرة؛ لاستبعاد الربا والغرر والجهالة وسائر المحرّمات من اقتصاديات الدولة والشعب، وتعويضها بالتعاملات المشروعة المناسبة.

5- توصي الدراسة بتنقية سائر العقود من الشروط الجزائية الآيلة إلى الربا؛ كغرامات التأخير، والتعويضات الجزافية، وتعويضها بإجراءات ردعية أخرى في حقّ المماطلين فقط.

6- كما توصي الدراسة أيضا الباحثين الجامعيين بإنجاز الدراسات والبحوث العلمية المتعلقة بدور الدولة ومؤسّساتها في تحقيق التنمية الاقتصادية المستدامة وإشراك كافة طاقات المجتمع وفعالياته؛ من خلال اعتماد المنتجات المالية الإسلامية وأدواتها، وبالتعاون بين الفقهاء والاقتصاديين ورجال القانون، للتوصل إلى صيغ ومنتجات مالية جديدة تتسم بالمصداقية الشرعية والكفاءة الاقتصادية.

وفي الأخير أحمد الله وأشكره أن وّفقني لإتمام هذا البحث، وأسأله القبول والرضى، فإن أصبت فمن الله وحده، فله الحمد والمنّة، وأسأله أن يكون خالصا لوجهه
وإن أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان، وأستغفر الله منه.

الفهارس العلمية

- فهرس الآيات القرآنية
- فهرس الأحاديث والآثار
- فهرس القواعد الفقهية
- فهرس الأعلام المترجم لهم
- فهرس المصادر والمراجع
- فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

الآية	السورة	الرقم	الصفحة
تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَاۚ ...	البقرة	229	44
وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ...	البقرة	275	145
يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ...	البقرة	282	54
إِن يَمْسَسْكُمْ قَرْحٌ فَقَدْ مَسَّ ٱلْقَوْمَ قَرْحٌ مِّثْلُهُۥۚ ...	آل عمران	140	12
وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْۖ وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ ...	النساء	6	57
يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ...	النساء	29	35، 54، 61، 124
إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ...	النساء	58	101
يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ ...	المائدة	1	35، 124
ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى ...	المائدة	3	44، 67
وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ...	الأنعام	152	91
إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْعَٰمِلِينَ عَلَيْهَا ...	التوبة	60	36
يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَخُونُواْ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ وَتَخُونُوٓاْ أَمَٰنَٰتِكُمْ ...	الأنفال	27	102
وَأَوْفُواْ بِٱلْعَهْدِۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا ...	الإسراء	34	35، 124
مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ ...	الحشر	7	12

فهرس الأحاديث والآثار

الحديث	الصفحة
إن الله ورسوله حرم بيع الخمر، والميتة والخنزير والأصنام	67
إنّ المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا	195
إنها أمانة، وإنها يوم القيامة خزي وندامة، إلا من أخذها بحقها	91
أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ سِلْعَةً، فَأَدْرَكَ سِلْعَتَهُ بِعَيْنِهَا عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ	227
لا تَبِع مَا لَيسَ عِندَكَ	64
لا ضرر ولا ضرار	148
لا يَحِلُّ لِلْخَلِيفَةِ مِنْ مَالِ اللهِ إلا قَصْعَتَانِ: قَصْعَةٌ يَأْكُلُهَا هُوَ وَأَهْلُهُ	18
ليُّ الواجِد يُحِلُّ عقوبته وعرضه	146
مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ	120
مَطلُ الغنيّ ظُلم	146
من ابتاع شاة مُصَرَّاةً فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام	195
مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ	226
من استعمل رجلاً من عصابةٍ، وفيهم مَنْ هو أرْضَى لله منه	101
من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم	65
من أقال مسلماً أقاله اللهُ عَثْرَتَهُ	211
مَنْ أَقَالَ نَادِمًا بَيْعَتَهُ، أَقَالَ الله عثرته يوم القيامة	211
مَنْ وَلِيَ من أمْرِ المسلمين شيئاً، فَأَمَّرَ عليهم أحداً مُحابَاةً، فعليه لعنة الله،	101
من ولي من أمور أمتي شيئا ثم لم يجتهد لهم، ولم ينصح فالجنة عليه حرام	91
من يزيد على درهم، من يزيد على درهم	72
من يشتري هذا الحلس والقدح	72
من يشتريه مني	72

الأثر	الصفحة
استعمل رسول الله صلّى الله عليه وسلّم رجلا من الأَسْدِ على صدقات بني سُلَيم	37
أنّ النّبي صلّى الله عليه وسلّم كان يتعجّل قبض الزكاة لعام أو لعامين أو لثلاثة	256
أنّ النّبي –صلّى الله عليه وسلّم– نهى عن الكالئ بالكالئ	79
إِنِّي أَنْزَلْتُ نَفْسِي مِنْ مَالِ اللَّهِ مَنْزِلَةَ مَالِ الْيَتِيمِ	91
لقد علم قومي أنّ حرفتي لم تكن تعجَز عن مئونة أهلي	17
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر	70
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف	104
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة	104
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة	105
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط	120

فهرس القواعد الفقهية

القاعدة الفقهية	الصفحة
إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما	47، 220
الأصل في الأحكام المعقولية لا التعبّد	55
الأصل في العقود الإباحة والصحة	35
الأصل في العقود اللزوم	193
الأصل في المضار المنع	147
الاضطرار لا يبطل حقّ الغير	198، 236
التصرف على الرعية منوط بالمصلحة	90
الجواز الشرعي ينافي الضمان	198
الضّرر الأشد يزال بالضرر الأخف	220
الضرر لا يزال بضرر مثله	220
الضرر يدفع بقدر الإمكان	220
الضرر يزال	220
العقد شريعة المتعاقدين	38، 311
الفسخ يجعل العقد كأنّه لم يكن	234
كلّ بيع مبني على المكايسة فشرطه معرفة القدر، ولا يجوز جهله جملة	69
كلّ قرض جرّ نفعا فهو ربا	256
كلّ ما لا يقدر على تسليمه –أي تمكين المشتري منه– فلا يجوز بيعه	77
لا ضرر ولا ضرار	220
لكلّ عمل رجال	92
ليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف	92
ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه	221

فهرس الأعلام المترجم لهم

الاسم	الصفحة
أحمد بن إدريس الصنهاجي؛ القرافي	91
أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الدمشقي؛ ابن تيمية	36
أحمد بن علي بن محمد بن محمد؛ بن حجر العسقلاني	37
عبد الرحمن بن القاسم العتقي المصري	81
عبد الله بن نجم الجذامي؛ ابن شاس	107
علي بن محمد بن حبيب البصري؛ الماوردي	16
محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي؛ ابن القيم الدمشقي	44
محمد بن إسماعيل بن إبراهيم الجعفي؛ البخاري	37
محمد بن عبد الله بن محمد المعافري الإشبيلي، بابن العربي	55
محمد بن عبد الله بن يونس التميمي؛ الصقلي	107
محمد بن محمد الحطاب الرعيني الطرابلسي	109
محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي	108

فهرس المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

أ- التفاسير وأحكام القرآن:

أحمد بن عبد الحليم (ابن تيمية) المتوفى سنة 728هـ:

1. تفسير آيات أشكلت، عبد العزيز خليفة، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1417، 1996.

محمد بن أحمد (أبو عبد الله القرطبي) المتوفى سنة 671 هـ:

2. الجامع لأحكام القرآن، عبد الله التركي وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2006/1427.

محمد بن جرير الطبري المتوفى سنة 310 هـ:

3. جامع البيان عن تأويل آي القرآن، عبد الله التركي، دار هجر، مصر، ط1، 2001/1422.

محمد بن عبدالله (ابن العربي) المتوفى سنة 543هـ:

4. أحكام القرآن، محمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2003/1424.

ب- الحديث النبوي الشريف وشروحه:

أحمد بن الحسين (البيهقي) المتوفى سنة 458 هـ:

5. السنن الكبرى، محمد عطا، دار الباز، مكة، 1994/1414.

أحمد بن حنبل الشيباني المتوفى سنة 241 هـ:

6. المسند، شعيب الأرناؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط5، 1995/1416.

أحمد بن شعيب (النسائي) المتوفى سنة 303 هـ:

7. السنن الصغرى، عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط2، 1986/1406.

أحمد بن علي (ابن حجر العَسْقلاني) المتوفى سنة 852هـ:

8. التخليص الحبير، محمد الثاني بن موسى، دار أضواء السلف، الرياض، ط1، 2007/1428.
9. فتح الباري، عبد القادر شيبة الحمد، الرياض، ط1، 2001/1421.
10. تغليق التعلق، المكتب الإسلامي ، بيروت، ط1: 1405هـ.

أحمد بن عمرو البزّار المتوفى سنة 292 هـ:

11. المسند، محفوظ زين الله وعادل بن سعد، مكتبة العلوم والحكم، ط1، 2003/1424.

حمد بن محمد الخطابي المتوفى سنة 388 هـ:

12. معالم السنن، محمد راغب الطباخ، المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1933/1352.

سليمان بن أحمد الطبراني المتوفى سنة 360 هـ:

13. المعجم الأوسط، طارق محمد، عبد المحسن الحسيني، دار الحرمين، مصر، 1995/1415.

سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني المتوفى سنة 275هـ:

14. السنن، شعيب الأرناؤوط، دار الرسالة العالمية، دمشق، ط1، 1430، 2009.

سليمان بن خلف الباجي المتوفى سنة 474 هـ:

15. المنتقى في شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1332.

عبد الله بن محمد (البغوي) المتوفّى سنة 317 هـ:

16. شرح السنّة، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1983.

علي بن عمر الدارقطني المتوفى سنة 385هـ:

17. السنن، تحقيق: شعيب الارنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت الطبعة1، 1424.

عمر بن علي ابن الملقن المتوفى سنة 804 هـ:

18. البدر المنير في تخريج أحاديث وآثار الشرح الكبير، مصطفى أبو الغيط وعبدالله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة، الرياض، ط1، 2004/1425.

مالك بن أنس المتوفى سنة 179 هـ:

19. الموطأ برواية يحيى الليثي، بشار عوّاد، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1997.

محمد بن إسحاق ابن خزيمة المتوفى سنة 311هـ:

20. الصحيح، محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1980/1400.

محمد بن إسماعيل البخاري المتوفى سنة 256هـ:

21. الجامع الصحيح، محب الدين الخطيب، وترقيم محمد عبد الباقي، المطبعة السلفية، مصر، ط1، 1400.

عثمان بن علي الزيلعي المتوفى سنة 743 هـ:

22. نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت، ط1، 1418.

محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية المتوفى سنة 751هـ:

23. حاشية على سنن أبي داود، عبد الرحمن عثمان، المكتبة السلفية، ط2، 1969/1388.

علي بن أبي بكر الهيثمي المتوفى سنة 807 هـ:

24. مجمع الزوائد، عبد الله الدرويش، دار الفكر، بيروت، ط1، 1994/1414.

محمد بن حبّان المتوفى سنة 354 هـ:

25. الصحيح، شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1993/1414.

محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري المتوفى سنة 405هـ:

26. المستدرك على الصحيحين، يوسف المرعشلي، دار المعرفة، بيروت، 1986/1406.

محمد بن عبدالله (ابن العربي) المتوفى سنة 543هـ:

27. عارضة الأحوذي شرح سنن الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت (د.ت).

محمد بن عثمان (ابن أبي شيبة) المتوفى سنة 297 هـ:

28. المصنّف، محمد عوامة، دار قرطبة، بيروت، ط1، 2006/1427.

محمد بن عيسى الترمذي المتوفى سنة 279هـ:

29. السنن، بشار عواد، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1996.

محمد بن يزيد القزويني (ابن ماجه) المتوفى سنة 273هـ:

30. السنن، شعيب الأرناؤوط، دار الرسالة العالمية، دمشق، ط1، 2009/1430.

محمد ناصر الدين (الألباني):

31. السلسلة الصحيحة، مكتبة المعارف، الرياض، 1995/1415.

مسلم بن الحجاج النيسابوري المتوفى سنة 261 هـ:

32. الصحيح، نظر الفريابي، دار طيبة، الرياض، ط1، 2006/1426.

النعمان بن ثابت أبو حنيفة المتوفى سنة 150هـ:

33. المسند، جمع، أبي نعيم الأصبهاني، نظر الفريابي، مكتبة الكوثر، الرياض، ط1، 1415.

يوسف بن عبد الله ابن عبد البر المتوفى سنة 463 هـ:

34. الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، عبد المعطي قلعجي، دار قتيبة، دمشق، ط1، 1993/1414.

35. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، مصطفى العلوي ، محمد البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387.

ج- الفقه الحنفي:

أبو بكر بن علي (الحدادي) المتوفى سنة 800 هـ :

36. الجوهرة النيّرة، المطبعة الخيرية، ط1، 1322.

أبو بكر بن مسعود (الكاساني) المتوفى سنة 587 هـ:

37. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت ط2، 1986/1406، مصوّر عن مطبعة الخانجي، مصر، 1328.

أحمد بن محمد القدوري المتوفى سنة 428 هـ:

38. التجريد، محمد سراج وعلي جمعة، دار السلام، مصر، ط1، 2004/1425.

أحمد بن محمود الادرنوي قاضي زاده المتوفى سنة 988 هـ:

39. تكملة فتح القدير، دار الفكر، دمشق.

زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم المتوفى سنة 970 هـ:

40. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العربية، مصر، 1333.

عبد الرحمن بن محمد داماد أفندي المتوفى سنة 1078 هـ:

41.مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار الطباعة العامرة، 1316، تصوير، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

عثمان بن علي الزيلعي المتوفى سنة 743 هـ:

42. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية– بولاق، القاهرة، ط1، 1313.

علي حيدر:

43. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت، ط1، 1991/1411.

لجنة علماء وفقهاء الخلافة العثمانية:

44. مجلة الأحكام العدلية، مطبعة الجوائب، الإستانة، تركيا، ط3، 1305.

محمد بن أحمد السرخسي المتوفى سنة 483هـ:

45. المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1989/1409.

محمد أمين بن عمر ابن عابدين المتوفى سنة 1252 هـ:

46. حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1386.

محمد بن أحمد السمرقندي المتوفى سنة 539 هـ:

47. تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1984/1405.

محمد بن عبد الواحد ابن الهمام المتوفى سنة 861 هـ:

48. فتح القدير، دار الفكر، دمشق (د.ت).

محمد بن محمد البابرتي المتوفى سنة 786 هـ:

49. العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ط2، 1970.

محمود بن أحمد بدر الدين العيني المتوفى سنة 855 هـ:

50. البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ط2، 1990/1411.

د– الفقه المالكي:

أبو القاسم بن أحمد (البرزلي) المتوفى سنة 844 هـ :

51. جامع مسائل الأحكام، محمد الهيلة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2002.

أحمد بن أحمد (الدردير) المتوفى سنة 1201 هـ:

52. الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، البابي الحلبي، مصر.

53. شرح أقرب المسالك، دار المعارف، مصر (د.ت).

أحمد بن إدريس (القرافي) المتوفى سنة 684 هـ:

54. الذخيرة في فروع المالكية، محمد حجي وسعيد أعراب ومحمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994.

أحمد بن محمد الصاوي المتوفى سنة 1241 هـ:

55. بلغة السالك على أقرب المسالك، دار المعارف، مصر (د.ت).

عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المتوفى سنة 1099 هـ:

56. شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، مصوّر عن طبعة محمد أفندي مصطفى، مصر، 1307.

عبد الرحمن بن عبد القادر المجّاجي المتوفى سنة 1069 هـ:

57. التعريج والتبريج، خالد بوشمة، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2005/1426.

عبد الحق بن محمد الصقلي المتوفى سنة 466 هـ:

58. النكت والفروق لمسائل المدونة (ج2: النكاح الأول–بيع الخيار)، ماهر الحربي، دكتوراه، جامعة أم القرى، مكة، 2002/1422.

عبد الوهاب بن نصر البغدادي المتوفى سنة 422 هـ:

59. التلقين في الفقه المالكي، محمد ثالث الغاني، مكتبة نزار الباز، الرياض، 1415.

عبد السلام بن سعيد (سحنون) المتوفى سنة 240 هـ:

60. المدونة، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1323.

عبد الله بن نجم (ابن شاس) المتوفى سنة 616 هـ:

61. عقد الجواهر الثمينة، حميد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2003/1423.

محمد بن أحمد (ابن جزي الغرناطي) المتوفى سنة 741 هـ:

62. القوانين الفقهية، محمد مولاي، (د.ت).

محمد بن أحمد (ابن رشد القرطبي الجد) المتوفى سنة 520 هـ:

63.البيان والتحصيل، محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1988/1408.

64. المقدمات الممهدات، محمد الحجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1988/1408.

محمد بن أحمد (ابن رشد القرطبي الحفيد) المتوفى سنة 595 هـ:

65. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: محمد صبحي حلاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط1، 1415.

محمد بن أحمد الرهوني المتوفى سنة 1230 هـ:

66. حاشية على شرح الزرقاني، المطبعة الأميرية بولاق، مصر، ط1، 1306.

محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المتوفى سنة 1230 هـ:

67. حاشية على شرح الدردير، دار إحياء الكتب العربية، البابي الحلبي، مصر (د.ت).

محمد بن أحمد عليش المتوفى سنة 1299 هـ:

68. منح الجليل على مختصر خليل، دار صادر، بيروت.

محمد بن الحسن البناني المتوفى سنة 1194 هـ:

69. حاشية على شرح الزرقاني، دار الفكر، بيروت، مصوّر عن طبعة محمد أفندي مصطفى، مصر، 1307.

محمد بن عبد الله الخرشي المتوفى سنة 1101 هـ:

70. شرح مختصر خليل، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1317.

محمد بن عبد الله بن يونس الصقلي المتوفى سنة 451 هـ:

71. الجامع لمسائل المدونة، مجموعة باحثين دار الفكر، بيروت، ط1، 2013.

محمد بن محمد الحطّاب المتوفى سنة 954 هـ:

72. تحرير الكلام في مسائل الالتزام، عبد السلام الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 2008.

73. مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط3، 1992/1412.

محمد بن يوسف المواق المتوفى سنة 897 هـ:

74. التاج والإكليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط2، 1398.

يوسف بن عبد الله ابن عبد البر المتوفى سنة 463 هـ:

75. الكافي في فقه أهل المدينة، محمد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط2، 1980/1400.

هـ- الفقه الشافعي:

أحمد بن أحمد (قليوبي) المتوفى سنة 1069 هـ و أحمد البرلسي (عميرة) 957 هـ:

76. حاشيتان على شرح المحلّي، مطبعة بابي الحلبي، مصر، ط3، 1956/1375.

أحمد بن حمزة (الرّملي) المتوفى سنة 957 هـ:

77. حواشي على أسنى المطالب، دار الكتاب الإسلامي، بيروت (د.ت).

أحمد بن قاسم العبادي المتوفى سنة 992 هـ:

78. حواشي تحفة المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى، مصر،1983/1357.

أحمد بن محمد الهيتمي المتوفى سنة 974 هـ:

79. تحفة المحتاج بشرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى، مصر،1983/1357.

زكريا بن محمد الأنصاري المتوفى سنة 926 هـ:

80. أسنى المطالب شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، بيروت.

سليمان بن محمد البجيرمي المتوفى سنة 1221 هـ:

81. حاشية على شرح الخطيب، دار الفكر، دمشق، 1995/1415.

عبد الكريم بن محمد الرافعي المتوفى سنة 623 هـ:

82. العزيز شرح الوجيز، علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1/1997.

عبد الملك بن عبد الله الجويني المتوفى سنة 478 هـ:

83. نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد العظيم الديب، دار المنهاج، جدة، ط1، 2007/1428.

عبد الواحد بن إسماعيل الروياني المتوفى سنة 502 هـ:

84. بحر المذهب، أحمد عناية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 2002/1423.

علي بن عبد الكافي (تقي الدين ابن السبكي) المتوفى سنة 756هـ وابنه عبد الوهاب:

85. تكملة المجموع شرح المهذب، محمد المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة (د.ت)

علي بن محمد الماوردي المتوفى سنة 450 هـ:

86. الحاوي شرح مختصر المزني، علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1999/1419.

محمد بن أحمد (ابن الرملي) المتوفى سنة 1004 هـ:

87. نهاية المحتاج شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 1984/1404.

محمد بن أحمد الشربيني المتوفى سنة 977 هـ:

88. مغني المحتاج، دار الكتب العلمية،ط1، 1994/1415.

محمد بن أحمد المحلّي المتوفى سنة 864 هـ:

89. شرح منهاج الطالبين، مطبعة بابي الحلبي، مصر، ط3، 1956/1375.

محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة 204 هـ:

90. الأم، رفعت عبد المطلب، دار الوفاء، مصر، ط1، 2001/1422.

محمد بن محمد (أبو حامد الغزالي) المتوفى سنة 505 هـ:

91.الوسيط في المذهب الشافعي، أحمد إبراهيم ومحمد تامر، دار السلام، مصر، ط1، 1997/1417.

يحيى بن شرف (النووي) المتوفى سنة 676 هـ:

92. روضة الطالبين، زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1991/1412.

93. المجموع شرح المهذب، محمد المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، 1977/1397.

و-الفقه الحنبلي:

أحمد بن عبد الحليم (ابن تيمية) المتوفى سنة 728هـ:

94. مجموع الفتاوى، عامر الجزار وأنور الباز، دار الوفاء، مصر، ط3، 2005/1426.

95. السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، تحقيق: علي العمران، دار عالم الفوائد، مكة، ط1، 1429.

96. نظرية العقد، مركز الكتاب للنشر، القاهرة (د، ت).

عبد الرحمن بن محمد المقدسي المتوفى سنة 682 هـ:

97.الشرح الكبير على المقنع، عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار هجر، مصر، ط1، 1993/1414.

عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة 620هـ:

98. المغني، عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط2، 1997/1417.

علي بن سليمان المرداوي المتوفى سنة 885 هـ:

99. الإنصاف مع الشرح الكبير، عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار هجر، مصر، ط1، 1993/1414.

علي بن محمد البعلي المتوفى سنة 803 هـ:

100. الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية، أحمد الخليل، دار العاصمة، الرياض، ط1، 1998/1418.

محمد بن أحمد ابن النجار الفتوحي المتوفى سنة 972هـ:

101. منتهى الإرادات، عبد الغني عبد الخالق، عالم الكتب، بيروت، 1962/1381.

محمد بن مفلح المتوفى سنة 763هـ:

102. الفروع، عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2003/1424.

مصطفى بن سعد الرحيباني المتوفى سنة 1243 هـ:

103. مطالب أولي النهى، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1415هـ – 1994.

منصور بن يونس البهوتي المتوفى سنة 1051 هـ:

104. كشّاف القناع عن متن الإقناع، لجنة في وزارة العدل السعودية، ط1، 2000–2008.

ز–الفقه العام:

عبد الملك بن عبد الله الجويني المتوفى سنة 478 هـ:

105. غياث الأمم والتياث الظلم، تحقيق عبد العظيم الديب، دون ناشر، ط2، 1401.

علي بن أحمد (ابن حزم) المتوفى سنة 456 هـ:

106. المحلّى شرح المجلّى، محمد منير الدمشقي، المطبعة المنيرية، مصر، ط1، 1352.

107. مراتب الإجماع، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط3، 1982/1402.

علي بن عبد السلام التسولي المتوفى سنة 1258 هـ:

108. البهجة في شرح التحفة، المكتبة العصرية، بيروت، ط1، 2005/1425.

علي بن محمد (ابن القطّان الفاسي) المتوفى سنة 628 هـ:

109. الإقناع في مسائل الإجماع، فاروق حمادة، دار القلم، دمشق، ط1، 2003/1423.

علي بن محمد الماوردي المتوفى سنة 450 هـ:

110. الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق أحمد مبارك البغدادي، دار ابن قتيبة، الكويت، ط1، 1989.

محمد بن إبراهيم ابن جماعة الكناني المتوفى سنة 733 هـ:

111. تحرير الكلام في تدبير أهل الإسلام، دراسة وتعليق: فؤاد عبد المنعم، دار الثقافة، قطر، ط3، 1998.

محمد بن إبراهيم ابن المنذر المتوفى سنة 319 هـ:

112. الإجماع، أبو حماد صغير، مكتبة الفرقان، عجمان، الإمارات العربية، ط2، 1999/1420.

محمد بن أحمد ميّارة المتوفى سنة 1072 هـ:

113. الإتقان والإحكام شرح تحفة الحكام، دار المعرفة، بيروت (د.ت).

محمد بن الحسين (أبو يعلى الفراء) المتوفّى سنة 458 هـ:

114. الأحكام السلطانية، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، ط1، 2000.

محمد بن علي (ابن الأزرق) المتوفّى سنة 896 هـ:

115. بدائع السلك في طبائع الملك، تحقيق علي سامي النشار، وزارة الإعلام – العراق، ط1، 1977.

يعقوب بن إبراهيم (أبو يوسف) المتوفّى سنة 182 هـ:

116. كتاب الخراج، دار المعرفة، بيروت، 1979.

ح- الأصول والقواعد الفقهية:

إبراهيم بن موسى (الشاطبي) المتوفى سنة 790 هـ:

117. الاعتصام، تحقيق ودراسة هشام الصيني، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 2008.

أحمد بن أحمد المختار الشنقيطي:

118. إعداد المهج في الاستفادة من المنهج، عبد الله الأنصاري، منشورات إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، 1983/1403.

أحمد بن إدريس (القرافي) المتوفى سنة 684 هـ:

119. الفروق، عمر القيّام، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، ط1، 2003/1424.

120. شرح تنقيح الفصول، مع حاشية محمد الطاهر بن عاشور، مطبعة النهضة، تونس، ط1، 1341.

أحمد بن عبد الحليم (ابن تيمية) المتوفى سنة 728هـ:

121. القواعد النورانية، أحمد الخليل، دار ابن الجوزي، الرياض، 1422.

أحمد بن علي المنجور المتوفى سنة 995 هـ:

122. شرح المنهج المنتخب، محمد الشيخ محمد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، مصر (د.ت).

أحمد بن محمد الحموي المتوفى سنة 1098 هـ:

123. غمز عيون البصائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1985/1405.

أحمد بن محمد الزرقا المتوفى سنة 1357 هـ:

124. شرح القواعد الفقهية، تصحيح وتعليق مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، ط2، 1989/1409.

الحسن بن محمد الأمين الشنقيطي:

125. ألفية الأنظام في طرف شتى من الأحكام، (د.ت).

خليل بن كيكلدي العلائي المتوفى سنة 761 هـ:

126. المجموع المذهب في قواعد المذهب،(من البيع إلى نهاية الكتاب)، سراج بلال، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، 1414-1415.

زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم المتوفى سنة 970 هـ:

127. الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1985/1405.

سليمان بن خلف الباجي المتوفى سنة 474 هـ:

128. الحدود في الأصول، نزيه حماد، مؤسسة الزعبي، بيروت، ط1، 1973/1392.

سليمان بن عبد القوي الطوفي المتوفى سنة 716 هـ:

129. شرح مختصر الروضة، عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1987/1407.

عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي المتوفى سنة 911 هـ:

130. الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1983/1430.

عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب المتوفى سنة 795هـ:

131. القواعد، مشهور سلمان، دار ابن عفان، الرياض، ط1، 1424.

عبد العزيز بن أحمد البخاري المتوفى سنة 730 هـ:

132. كشف الأسرار، دار الكتاب العربي، بيروت، مصوّرة عن الطبعة العثمانية (د.ت).

عبد القاهر بن طاهر البغدادي المتوفّى سنة 429 هـ:

133. أصول الدين، مطبعة الدولة، الإستانة، ط1، 1928.

عبد الوهاب بن علي ابن السبكي المتوفى سنة 771 هـ:

134. رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب ، علي معوض، عادل عبد الموجود، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1999/1419.

عبيد بن محمد أبو عمران الصنهاجي مجهول الوفاة:

135. النظائر في الفقه المالكي، جلال الجهاني، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط2، 1431، 2010.

علي بن أبي علي (الآمدي) المتوفّى سنة 631 هـ:

136. الإحكام في أصول الأحكام، عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي، الرياض، ط1، 2003/1424.

علي بن أحمد (ابن حزم) المتوفى سنة 456 هـ:

137. الإحكام في أصول الأحكام، أحمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط2، 1983.

علي بن عبد الكافي (تقي الدين ابن السبكي) المتوفى سنة 756هـ وابنه عبد الوهاب:

138. الإبهاج بشرح المنهاج، أحمد الزمزمي ونور الدين صغيري، دار البحوث، دبي، ط1، 2004/1424.

عمر بن علي ابن الملقن المتوفى سنة 804 هـ:

139. الأشباه والنظائر، تحقيق: مصطفى الأزهري، دار ابن القيم، الرياض، ط1، 2010.

قاسم بن عبد الله ابن الشاط المتوفى سنة 723 هـ:

140. حاشية إدرار الشروق، خليل منصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1998/1418.

محمد بن أبي القاسم الفلالي السجلماسي المتوفى سنة 1214 هـ:

141. شرح اليواقيت الثمينة، عبد الباقي بدوي، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 2004/1425.

محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية المتوفى سنة 751هـ:

142. إعلام الموقعين عن رب العالمين، طه سعد، دار الجيل، بيروت، 1973.

143. إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1975/1395.

محمد بن أحمد ابن النجار الفتوحي المتوفى سنة 972هـ:

144. شرح الكوكب المنير، محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، ط2، 1997/1418.

محمد بن أحمد السرخسي المتوفى سنة 483هـ:

145. أصول الفقه، أبو الوفاء الأفغاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1993/1414.

محمد بن بهادر الزركشي المتوفى سنة 794 هـ:

146. البحر المحيط في أصول الفقه، عمر الأشقر وآخرون، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1992/1413.

147. المنثور في القواعد، تيسير محمود، وزارة الأوقاف الكويتية، ط1، 1402، 1982.

محمد بن محمد ابن أمير حاج المتوفى سنة 879 هـ:

148. التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1983/1403.

محمد بن محمد (أبو حامد الغزالي) المتوفى سنة 505 هـ:

149. شفاء الغليل، تحقيق: حمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد – بغداد، ط1، 1971.

محمد بن محمد المقّري المتوفى سنة 758 هـ:

150. قواعد الفقه، محمد الدردابي، دكتوراه، جامعة القرويين، دار الحديث الحسنية، الرباط، 1400.

151. عمل من طبّ لمن حبّ، تحقيق: أبي الفضل الطنجي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 2003.

152. الكليات الفقهية، تحقيق: محمد أبو الأجفان، الدار العربية للكتاب، تونس، ط1: 1997.

محمد علي بن حسين المكي المتوفى سنة 1367 هـ:

153. تهذيب الفروق والقواعد السنية، خليل منصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1998/1418.

مسعود بن عمر التفتازاني المتوفى سنة 793 هـ:

154. التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح، مصر(د.ت).

يحيى بن شرف (النووي) المتوفى سنة 676 هـ:

155. الأصول والضوابط، محمد هيتو، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 1406.

ط- الدراسات الفقهية والاقتصادية:

إبراهيم الشهاوي:

156. عقد امتياز المرفق العام B.O.T، (دون ناشر)، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة 2003.

إبراهيم بن صالح التنم:

157. الامتياز في المعاملات المالية، وأحكامه في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 1430.

أحمد الحجي الكردي:

158. فقه المعاوضات، منشورات جامعة دمشق، ط6، 2003.

حسن الشاذلي:

159. نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيليا، الرياض، ط1، 2009.

خالد المصلح:

160. الحوافز التسويقية التجارية وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، الرياض، ط2، 2005.

رفيق يونس المصري:

161. الجامع في أصول الربا، دار القلم، دمشق، ط2، 2001.

162. مناقصات العقود الإدارية، دار المكتبي، دمشق، ط2: 2010.

سامي إبراهيم السويلم:

163. قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي، دار كنوز إشبيليا، الرياض، ط1، 2009.

سيد عبد الله حسين:

164. المقارنات التشريعية، دراسة وتحقيق: محمد أحمد سراج، دار السلام، القاهرة، ط1، 2001.

الصديق محمد الأمين الضرير:

165. الغرر وأثره في العقود، دار الجيل، بيروت، ط2، 1990/1410.

عبد الرحمن العايد:

166. عقد المقاولة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ط1، 2004.

عبد الوهاب أبو سليمان:

167. فقه المعاملات الحديثة، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 1426.

علاء الدين بن عبد الرزاق الجنكو:

168. التقابض في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمّان، ط1، 2004.

علي الخفيف:

169. أحكام المعاملات الشرعية، طبعة بنك البركة الإسلامي للاستثمار، البحرين (د.ت).

170. الحقّ والذمة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 2010.

علي السالوس:

171. الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، دار الثقافة، الدوحة، ط7، 2002.

علي محيي الدين القره داغي:

172. المقدّمة في المال والاقتصاد، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 2006/1427.

173. بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط2، 2006/1427.

174. مبدأ الرضا في العقود، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط3، 2009/1429.

175. بحوث في فقه البنوك الإسلامية، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 2007.

عمر مصطفى جبر إسماعيل:

176. سندات المقارضة وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط1، 2006.

العياشي فداد:

177. البيع على الصفة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، ط1، 2000.

كامل موسى:

178. أحكام المعاملات، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1998.

محمد أبو زهرة:

179. الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.

محمد بن عبد العزيز اليمني:

180. الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، دار كنوز إشبيليا، الرياض، ط1، 2006.

محمد سلام مدكور:

181. المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، المصر، ط2، 1996.

محمد عثمان شبير:

182. التكييف الفقهي للوقائع المستجدّة وتطبيقاته الفقهية، دار القلم، دمشق، ط1، 2004.

محمد فتحي الدريني:

183. بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1994/1414.

184. النظريات الفقهية، كلية الشريعة، جامعة دمشق، ط2.

185. نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1988.

محمد مصطفى الزحيلي:

186. العقود المسمّاة، كلية الشريعة، جامعة دمشق، ط5، 1997/1417.

187. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ط1، 2006.

مصطفى الزرقا:

188. عقد البيع، دار القلم، دمشق، ط1، 1420.

189. حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض الدائن، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، جدّة، ع:2، رجب 1417.

190. المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1998.

191. المدخل إلى نظرية الالتزام، دار القلم، دمشق، ط1، 1420.

نزيه كمال حماد:

192. العقود المركّبة، دار القلم، دمشق، ط1، 2005/1426.

193. بيع الكالئ بالكالئ، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جدة، 1986.

194. في فقه المعاملات المالية والمصرفية، دار القلم، دمشق، ط1، 2007/1428.

هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية:

195. المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين، إصدار 2017/1439.

ي- التراجم والتاريخ:

إبراهيم بن علي (ابن فرحون) المتوفى سنة 799 هـ :

196. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، محمد أبو النور، مكتبة دار التراث، ط2، 2005/1426.

إبراهيم بن مفلح المتوفى سنة 884 هـ:

197. المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد، عبد الرحمن العثيمين، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1990/1410.

أبو بكر بن أحمد (ابن قاضي شهبة) المتوفى سنة 851 هـ:

198. طبقات الشافعية، الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1407.

أحمد بابا التنبكتي المتوفى سنة 1036 هـ:

199. نيل الابتهاج بتطريز الديباج، تحقيق: عبد الحميد عبد الله الهرامة، دار الكاتب، طرابلس – ليبيا، ط2، 2000.

أحمد بن علي الخطيب البغدادي المتوفى سنة 463 هـ:

200. تاريخ بغداد، بشار عواد، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2002/1422.

عبد الحي بن أحمد ابن العماد الحنبلي المتوفى سنة 1089 هـ:

201. شذرات الذهب في أخبار من ذهب، محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق، ط1، 1986/1406.

عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب المتوفى سنة 795هـ:

202. الذيل على طبقات الحنابلة، عبد الرحمن العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 1425/ 2005.

عبد الرحمن بن محمد (ابن خلدون) المتوفّى سنة 808 هـ:

203. المقدّمة، تحقيق عبد السلام الشدادي، خزانة ابن خلدون، الدار البيضاء، ط1، 2005.

عبد الوهاب بن علي ابن السبكي المتوفى سنة 771 هـ:

204. طبقات الشافعية الكبرى، محمود الطناحي وعبد الفتاح الحلو، دار هجر، الجيزة، ط2، 1992/1413.

عياض بن موسى اليحصبي المتوفى سنة 544 هـ:

205. ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، محمد الطنجي وآخرون، وزارة الأوقاف المغربية، ط2، 1983/1403.

محمد بن أحمد (الذهبي) المتوفى سنة 748هـ:

206. سير أعلام النبلاء، شعيب الأرناؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1985/1405.

محمد بن عبد الرحمن السخاوي المتوفى سنة 902هـ:

207. الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، دار الجيل، بيروت، ط1، 1992/1412.

محمد بن محمد مخلوف المتوفى سنة 1360 هـ:

208. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، المطبعة السلفية، مصر، 1349.

ك- اللغة والمعاجم:

أحمد بن فارس المتوفى سنة 395 هـ:

209. معجم مقاييس اللغة، عبد السلام هارون، دار الفكر، دمشق، 1979/1399.

أحمد بن محمد الفيومي المتوفى نحو سنة 770 هـ:

210. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مطبعة التقدم العلمية، مصر، ط1، 1322.

إسماعيل بن حماد الجوهري المتوفى سنة 393 هـ:

211. الصحاح، أحمد عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 1987/1407.

أيوب بن موسى الكفوي المتوفّى سنة 1094 هـ:

212. الكليات، تحقيق: عدنان درويش، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1998.

بطرس البستاني:

213. دائرة المعارف، دار المعرفة، بيروت، (د.ت).

الحسن بن قاسم المرادي المتوفى سنة 749 هـ:

214. الجنى الداني في حروف المعاني، فخر الدين قباوة، محمد نديم فاضل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1992/1413.

حمدي زقزوق:

215. الموسوعة الإسلامية العامة، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، ط1، 2001.

عبد الرحمن بن إسحاق الزجاجي المتوفى سنة 337 هـ:

216. حروف المعاني، علي الحمد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1986/1406.

علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني المتوفى سنة 816 هـ:

217. كتاب التعريفات.

محمد بن أحمد الأزهري المتوفى سنة 370 هـ:

218. تهذيب اللغة، مجموعة من المحقّقين، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ط1964،1-1967.

محمد بن قاسم الرّصاع المتوفى سنة 894 هـ:

219. الهداية الكافية شرح الحدود الفقهية، محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1993.

محمد بن مكرم (ابن منظور) المتوفى سنة 711 هـ:

220. لسان العرب، دار صادر، بيروت (د.ت).

محمد رواس قلعه جي:

221. معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، ط2، 1988.

محمود عبد المنعم:

222. معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، دار الفضيلة، مصر، ط1، 1999.

مصطفى بن عبد الله (حاجي خليفة) المتوفّى سنة 1067 هـ:

223. كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، 1941.

نزيه كمال حماد:

224.معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، دمشق، ط1، 2008/1429.

وزارة الأوقاف الكويتية:

225. الموسوعة الفقهية، ط2، دار السلاسل، الكويت، 1404–1427.

ل–الدراسات القانونية:

بن أحمد الحاج:

226. دروس في عقود الدولة، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق. الجزائر.

بوزيد غلابي:

227. مفهوم المؤسسة العمومية، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2011.

تياب نادية:

228. محاضرات في قانون الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2014 / 2015.

جابر جاد نصار:

229. العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، تاريخ الإيداع 2008.

230. عقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

حسن عبد الله حسن:

231. عقود مقاولات الأعمال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2015.

حسين عثمان محمد عثمان:

232. أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

خلاف فاتح:

233. محاضرات في قانون الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى – جيجل، 2015.

سليم جبلاحي:

234. دفاتر الشروط في مجال الصفقات العمومية، مذكّرة مكمّلة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، السنة الجامعية: 2015/2014.

سليمان محمد الطماوي:

235. مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط10، 1979.

236. مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثالث، أموال الإدارة العامة وامتيازاتها، دار الفكر العربي، القاهرة، ط10، 1979.

237. النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988.

عبد الرزاق السنهوري:

238. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث العربي، ط3، 1981.

239. مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي، بيروت، 1998.

240. نظرية العقد، منشورا ت الحلبي، بيروت ، ط2، 1998.

241. فقه الخلافة، وتطوّرها لتصبح عصبة أمم شرقية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2001.

عبد الكريم علوان:

242. الوسيط في القانون الدولي العام، دار الثقافة، عمان، 1997.

عبد العزيز خيّاط:

243. النظام السياسي في الإسلام، دار السلام، القاهرة، ط1: 1999.

عبد المجيد العبدلي:

244. قانون العلاقات الدولية، دار أقواس، تونس، ط1، 1994.

علي علي منصور:

245. الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، 1971.

عمّار بوضياف:

246. شرح تنظيم الصفقات العمومية، دار جسور، الجزائر، 2011.

عمار عوابدي:

247. دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1984.

248. القانون الإداري، ج 2 (النشاط الإداري)، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008.

ماجد راغب الحلو:

249. القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1996.

محسن خليل:

250. النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، بيروت، 1972.

محمد رضا جنيح:

251. القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، تونس، ط2، 2008.

محمد رفعت عبد المطلب:

252. النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012.

محمد سامي عبد الحميد:

253. أصول القانون الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1995.

محمّد ضياء الدين الريس:

254. النظريات السياسية الإسلامية، دار التراث، القاهرة، ط6، تاريخ الإيداع: 1976.

محمد عزيز شكري:

255. الوجيز في القانون الدولي مقارنا بأحكام الفقه الإسلامي، منشورات جامعة دمشق، ط5، 2003.

محمدي فريدة:

256. المدخل للعلوم القانونية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1997.

محمود حلمي:

257. العقد الإداري، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1977.

مي محمد عزت شرباش:

258. النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.T، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010.

نعمان أحمد الخطيب:

259. الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة، عمّان الأردن، ط7، 2011.

هاني محمود حمزة:

260. النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكّم الدولي، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.

م-مقالات وأبحاث علمية:

حسن الشاذلي:

261. الإيجار المنتهي بالتمليك، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 5، الكويت، جمادى الأولى 1409/ديسمبر 1988.

رفيق يونس المصري:

262. عقود التوريد والمناقصات، مجلّة مجمع الفقه الإسلامي، العدد:12.

الصديق محمد الأمين الضرير:

263. مناقشة الأبحاث (ضمن مجلة المجمع: ع12/ج1/640).

عبد الستار أبو غدة:

264. قرارات وتوصيات ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي، إعداد: ، ط1، 2010.

عبد الله بن بيّه:

265. الإيجار الذي ينتهي بالتمليك، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 5، الكويت، جمادى الأولى 1409/ديسمبر 1988.

علي محيي الدين القره داغي:

266. الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة، 12، المملكة العربية السعودية، جمادى الآخرة 1421/(سبتمبر) 2000.

العياشي فداد:

267. تأجيل البدلين في عقود المعاوضات المالية، بحث مقدّم إلى ندوة مستقبل العمل المصرفي التاسعة، ربيع الأوّل 1438.

مصطفى الزرقا:

268. حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض الدائن، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، جدّة، ع:2، رجب 1417.

محفوظ عبد القادر:

269. قراءة في المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمّقة، مركز جيل البحث العلمي، العدد 35، سبتمبر 2019.

محمّد عبد اللطيف فرفور:

270. عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، ضمن مجلّة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: 14، سنة: 2004.

مختار السلامي:

271. الإيجار المنتهي بالتمليك (ضمن مجلة المجمع: ع12/ج1/323-351).

مريم بوشربي:

272. بيع الأملاك الوطنية الخاصة، مجلة الباحث للدراسات الآكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة1، العدد: 10، جانفي 2017.

ن- قوانين ومراسيم وأوامر:

273. الأمر رقم 01-04 المؤرّخ في 20 أوت 2001.

274. الأمر رقم 75-58 المؤرّخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمّن **القانون المدني**، المعدّل والمتمّم.

275. القانون رقم 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011.

276. القانون رقم 13-08 المؤرخ في 27 صفر عام 1435 الموافق 30 ديسمبر سنة 2013 يتضمن قانون المالية لسنة 2014.

277. المرسوم التنفيذي رقم 03-290 المؤرّخ في 9 رجب عام 1424 الموافق 6 سبتمبر سنة 2003.

278. المرسوم التنفيذي رقم 04-137 المؤرّخ في 01 ربيع الأوّل عام 1425 الموافق 21 أفريل 2004 المعدّل والمتمّم للمرسوم التنفيذي رقم 01-105.

279. المرسوم التنفيذي رقم 91-147 المؤرّخ في 12 ماي سنة 1991.

280. المرسوم التنفيذي رقم 91-148 المؤرخ في 12 ماي سنة 1991.

281. المرسوم التنفيذي رقم 96-296 المؤرّخ في 24 ربيع الثاني عام 1417 الموافق 8 سبتمبر سنة 1996.

282. المرسوم التنفيذيّ رقم 09-152 المؤرّخ في 7 جمادى الأولى عام 1430 الموافق 2 مايو سنة 2009، المحدّد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية.

283. المرسوم التنفيذيّ رقم 09-153 المؤرّخ في 7 جمادى الأولى عام 1430 الموافق 2 مايو سنة 2009، المحدّد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة وغير المستقلة المحلة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها.
284. المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرّخ في 10 أكتوبر 2010.
285. المرسوم الرئاسي رقم 03-300 المؤرخ في 14 رجب عام 1424 الموافق11 سبتمبر سنة 2003 المعدّل والمتمّم للمرسوم الرئاسي رقم 96-234 المتعلق بدعم تشغيل الشباب.
286. المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرّخ في 2 ذي الحجة 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015.
287. المرسوم الرئاسي رقم 96-234 المؤرّخ في 16 صفر عام 1417 الموافق 2 جويلية سنة 1996.
288. المرسوم رقم 103-64 المؤرّخ في 26 مارس 1964.
289. دائرة العقود الحكومية العامة، جمهورية العراق، تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014.
290. الجريدة الرسمية، عدد 06 لسنة 1965 المؤرخة في 19 جانفي 1965.
291. القانون المدني الأردني.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
* المقدمة	أ
الباب الأوّل: حقيقة العقود التي تجريها الدولة ومقوّمات التعاقد المالي معها	1
الفصل الأول: حقيقة العقود التي تجريها الدولة	2
المبحث الأول: مفهوم العقود المالية وأنواعها	3
المطلب الأول: تعريف العقد لغة واصطلاحا	3
الفرع الأوّل: تعريف العقد لغة	3
الفرع الثاني: تعريف العقد اصطلاحا	3
المطلب الثاني: أنواع العقود المالية	4
الفرع الأوّل: أنواع العقود بالنظر إلى تبادل الحقوق	4
الفرع الثاني: أنواع العقود بالنظر إلى اللزوم والجواز	6
الفرع الثالث: أنواع العقود بالنظر إلى اشتراط القبض وعدمه	8
الفرع الرابع: أنواع العقود بالنظر إلى الفورية والاستمرار	10
المبحث الثاني: مفهوم الدولة ومكوّناتها	11
المطلب الأول: مفهوم الدولة في النظام الإسلامي	12
الفرع الأول: تعريف الدولة	12
الفرع الثاني: مكوّنات الدولة	13
الفرع الثالث: وظائف الدولة	14
الفرع الرابع: شخصية بيت المال	15
المطلب الثاني: مفهوم الدولة في القوانين والدساتير المعاصرة	19

الفرع الأول: تعريف الدولة في القوانين والدساتير المعاصرة 19
الفرع الثاني: عناصر الدولة 19
المطلب الثالث: طبيعة الدولة وتنظيمها الإداري 20
الفرع الأوّل: طبيعة شخصية الدولة 20
الفرع الثاني: التنظيم الإداري للدولة وأجهزتها 24
المبحث الثالث: التكييف الفقهي لعقود الإدارة 26
المطلب الأوّل: تعريف عقود الإدارة ومعيار تحديدها 27
الفرع الأول: تعريف عقود الإدارة وأنواعها 27
الفرع الثاني: تعريف العقود الإدارية 29
الفرع الثالث: عقود الإدارة العادية وضابط تمييزها 31
المطلب الثاني: أنواع عقود الإدارة في القانون الجزائري 32
المطلب الثالث: مشروعية التعاقد مع الدولة 34
الفرع الأوّل: حكم التعاقد مع الشخص الاعتباري العام 35
الفرع الثاني: حكم عقود الإذعان 38
الفرع الثالث: حكم العقود المستحدثة 43
المطلب الرابع: خصائص عقود الإدارة ومميّزاتها 45
الفرع الأوّل: امتيازات الإدارة في العقود الإدارية 45
الفرع الثاني: حقّ المتعاقد مع الإدارة في التوازن المالي للعقد 47
الفصل الثاني: مقوّمات التعاقد المالي مع الدولة 49
المبحث الأوّل: أركان التعاقد المالي مع الدولة وشروطها 50
المطلب الأول: الصيغة 51
الفرع الأول: تعريف الصيغة 51
الفرع الثاني: شروط الصيغة 51
الفرع الثالث: اشتراط الشكلية والتوثيق في عقود الإدارة 54
المطلب الثاني: المتعاقدان 56
الفرع الأول: شرط الأهلية العامة 56

الفرع الثاني: شرط الأهلية الخاصة 60
الفرع الثالث: شرط الرضا والاختيار 61
المطلب الثالث: المحل 64
الفرع الأول: وجود المحلّ 64
الفرع الثاني: قابلية المحل لحكم العقد 66
الفرع الثالث: معلومية المحل للعاقدين 69
الفرع الرابع: القدرة على التسليم 77
الفرع الخامس: تأجيل البدلين في عقود الإدارة 79
المبحث الثاني : ضوابط التعاقد المالي مع الدولة 90
المطلب الأول: الضوابط المتعلّقة بالدولة أو المؤسّسات التابعة لها 90
الفرع الأول: التعاقد فيما فيه المصلحة العامة 90
الفرع الثاني: مبادئ اختيار الصفقات العمومية 93
الفرع الثالث: المعيار العضوي في عقود الإدارة 94
الفرع الرابع: المعيار المالي في عقود الإدارة 96
المطلب الثاني: ضوابط اختيار الجهة المتعاقدة مع الدولة 97
الفرع الأول: شروط مشاركة المتعاقدين في الصفقات العمومية 97
الفرع الثاني: شروط مشاركة المتعاقدين في المزايدات العامة 98
الفرع الثالث: شروط المستفيدين من السكنات الاجتماعية والترقوية 99
الفرع الرابع: شروط التوظيف العمومي 101
الفرع الخامس: شروط المستفيدين من قروض (الوكالة الوطنية لدعم تشغيل 103
المطلب الثالث: الضوابط المتعلقة بالعقود المالية المستحدثة 104
الفرع الأوّل: أن لا يكون التركيب محلّ نهي شرعي 104
الفرع الثاني: أن لا يكون جامعا بين عقدين متضادين 105
الفرع الثالث: أن لا يتّخذ من التركيب وسيلة إلى محرّم 106
الفرع الرابع: أن لا يؤدّي التركيب إلى حيلة ربوية 107
الفرع الخامس: أن لا ينطوي التركيب على وصف منهي عنه 108

الفصل الثالث: الشروط الجعلية في عقود الإدارة أنواعها ومشروعيتها 111
المبحث الأوّل: حقيقة الشروط الجعلية ومشروعيتها 112
المطلب الأول: تعريف الشرط الجعلي وأنواعه 112
الفرع الأوّل: تعريف الشرط الجعلي 112
الفرع الثاني: أنواع الشروط الجعلية 113
المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في الشروط الجعلية وأثرها في العقود 119
الفرع الأوّل: مذاهب الفقهاء في الشروط التعليقية 119
الفرع الثاني: مذاهب الفقهاء في الشروط التقييدية 119
المطلب الثالث: الشروط الجعلية الصحيحة 128
المطلب الرابع: الشروط الجعلية الباطلة 129
المبحث الثاني: حقيقة «دفتر الشروط»، وأحكامه 131
المطلب الأول: حقيقة دفتر الشروط ومكوّناته 131
الفرع الأوّل: تعريف دفتر الشروط 131
الفرع الثاني: مضامين دفتر الشروط 132
المطلب الثاني: التكييف الفقهي لدفتر الشروط وحكم الوفاء به 133
الفرع الأوّل: البنود الإدارية العامة 133
الفرع الثاني: التعليمات التقنية المشتركة 135
الفرع الثالث: التعليمات الخاصة 136
الفرع الرابع: شروط إضافية في دفاتر الشروط 138
الفرع الخامس: لزوم الوفاء بأحكام دفتر الشروط وآثار الإخلال به 142
المبحث الثالث: حقيقة الشرط الجزائي وغرامة التأخير، وأحكامهما 142
المطلب الأول: حقيقة الشرط الجزائي 142
المطلب الثاني: حقيقة غرامة التأخير 144
المطلب الثالث: مشروعية الشرط الجزائي وغرامة التأخير 145
الفرع الأوّل: حكم الشرط الجزائي وغرامة التأخير في الديون 145

الفرع الثاني: حكم الشرط الجزائي وغرامة التأخير في غير الديون 148

الباب الثاني: أشكال التعاقد المالي مع الدولة وطرق تعديله وإنهائه وأهمّ تطبيقاته في القانون الجزائري 152

الفصل الأوّل: أشكال التعاقد مع الدولة وطرقه 153

المبحث الأوّل: أشكال التعاقد المالي مع الدولة 154

المطلب الأوّل: تعاقد الدولة مع الأشخاص الطبيعيين 154

المطلب الثاني: تعاقد الدولة مع الأشخاص المعنويين (مؤسّسات القطاع العام 155

المبحث الثاني: التعاقد المالي مع الدولة مباشرة 157

المطلب الأول: التعاقد عن طريق التراضي البسيط 157

الفرع الأوّل: تعريف التعاقد عن طريق التراضي البسيط 157

الفرع الثاني: حالات التعاقد عن طريق التراضي البسيط 158

الفرع الثالث: شروط التعاقد عن طريق التراضي البسيط 159

الفرع الرابع: التقويم الشرعي للتعاقد عن طريق التراضي البسيط 161

المطلب الثاني: التعاقد عن طريق التراضي بعد الاستشارة 161

الفرع الأوّل: مفهوم التعاقد عن طريق التراضي بعد الاستشارة 161

الفرع الثاني: حالات التعاقد عن طريق التراضي بعد الاستشارة 162

الفرع الثالث: كيفيات التعاقد عن طريق التراضي بعد الاستشارة 162

الفرع الرابع: التقويم الشرعي للتعاقد عن طريق التراضي بعد الاستشارة 163

المطلب الثالث: التعاقد عن طريق الطلبية 164

الفرع الأوّل: مفهوم التعاقد بالاتفاق المباشر 164

الفرع الثاني: صور التعاقد بالاتفاق المباشر 164

الفرع الثالث: التقويم الشرعي للتعاقد عن طريق الاتّفاق المباشر 166

المبحث الثالث: التعاقد المالي غير المباشر مع الدولة 167

المطلب الأول: التعاقد عن طريق المناقصة 167

الفرع الأوّل: مفهوم المناقصة 167

الفرع الثاني: أشكال التعاقد عن طريق المناقصة 168
الفرع الثالث: إجراءات التعاقد عن طريق المناقصة 169
الفرع الرابع: التقويم الشرعي لإجراءات التعاقد عن طريق المناقصة 176
المطلب الثاني: التعاقد عن طريق المزايدة 177
الفرع الأوّل: مفهوم المزايدة 177
الفرع الثاني: مجال تطبيق المزايدة في عقود الإدارة 177
الفرع الثالث: إجراءات تطبيق المزايدة في بيع وإيجار أملاك الدولة 178
الفرع الرابع: التقويم الشرعي لإجراءات المزايدة 180
المطلب الثالث: التعاقد عن طريق المسابقة 181
الفرع الأوّل: مفهوم المسابقة 181
الفرع الثاني: مجال تطبيق المسابقة في عقود الإدارة 181
الفرع الثالث: إجراءات تطبيق المسابقة في الصفقات العمومية 182
الفرع الرابع: التقويم الشرعي لإجراءات المسابقة 183
المطلب الرابع: التعاقد عن طريق الاستشارة الانتقائية 184
الفرع الأوّل: مفهوم الاستشارة الانتقائية 184
الفرع الثاني: مجال تطبيق الاستشارة الانتقائية 184
الفرع الثالث: إجراءات الاستشارة الانتقائية 185
الفرع الرابع: التقويم الشرعي للاستشارة الانتقائية 186
الفصل الثاني: تعديل التعاقد المالي مع الدولة وانتهاؤه وآثارهما 188
المبحث الأوّل: تعديل عقود الإدارة 189
المطلب الأوّل: تعديل عقود الإدارة وفق سلطة الإدارة 189
الفرع الأوّل: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري 189
الفرع الثاني: حدود ومجالات تعديل العقد الإداري 190
الفرع الثالث: إجراءات تعديل العقد الإداري 192
الفرع الرابع: التوصيف الشرعي لسلطة الإدارة في تعديل عقودها 192
المطلب الثاني: تعديل عقود الإدارة وفق نظرية فعل الأمير 196

الفرع الأوّل: مضمون نظرية فعل الأمير 196
الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير 197
الفرع الثالث: آثار تطبيق نظرية فعل الأمير 198
الفرع الرابع: التقويم الشرعي لنظرية فعل الأمير 198
المطلب الثالث: تعديل عقود الإدارة وفق نظرية الظروف الطارئة 199
الفرع الأوّل: مضمون نظرية الظروف الطارئة 199
الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة 199
الفرع الثالث: آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة 199
الفرع الرابع: التقويم الشرعي لنظرية الظروف الطارئة 199
المطلب الرابع: تعديل عقود الإدارة وفق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقّعة 202
الفرع الأوّل: مضمون نظرية "الصعوبات المادية غير المتوقّعة" 202
الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية "الصعوبات المادية غير المتوقّعة" 202
الفرع الثالث: آثار تطبيق نظرية "الصعوبات المادية غير المتوقّعة" 203
الفرع الرابع: التقويم الشرعي لنظرية "الصعوبات المادية غير المتوقّعة" 203
المبحث الثاني: انتهاء التعاقد مع الدولة طبيعيا أو بالتراضي 205
المطلب الأوّل: انتهاء التعاقد بتنفيذ التزامات العقد 206
الفرع الأوّل: انتهاء التعاقد من الناحية القانونية 206
الفرع الثاني: انتهاء التعاقد من الناحية الشرعية 207
المطلب الثاني: انتهاء التعاقد بانتهاء مدّة العقد 208
الفرع الأوّل: انتهاء التعاقد من الناحية القانونية 208
الفرع الثاني: انتهاء التعاقد من الناحية الشرعية 209
المطلب الثالث: انتهاء التعاقد مع الدولة بالتراضي 209
الفرع الأوّل: مفهوم الفسخ الاتفاقي أو التعاقدي 209
الفرع الثاني: مجالات الفسخ الاتفاقي في العقود الإدارية 210
الفرع الثالث: التوصيف الشرعي للفسخ الاتفاقي 210
المبحث الثالث: انتهاء التعاقد مع الدولة بالقوة 213

المطلب الأول: انتهاء التعاقد بالفسخ الإداري 214
الفرع الأوّل: سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري منفردة 214
الفرع الثاني: حالات الفسخ الإداري 214
الفرع الثالث: التوصيف الشرعي للفسخ الإداري 215
المطلب الثاني: انتهاء التعاقد بالفسخ القضائي 218
الفرع الأول: مفهوم الفسخ القضائي 218
الفرع الثاني: فسخ العقد بناء على نظرية فعل الأمير 219
الفرع الثالث: فسخ العقد بناء على نظرية الظروف الطارئة 219
الفرع الرابع: فسخ العقد بناء على نظرية القوة القاهرة 219
الفرع الخامس: فسخ العقد بناء على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقّعة 219
الفرع السادس: التوصيف الشرعي للفسخ القضائي 219
المطلب الثالث: انتهاء التعاقد بقوّة القانون 221
الفرع الأوّل: حالات الفسخ بقوّة القانون 221
الفرع الثاني: التوصيف الشرعي لفسخ العقد بقوّة القانون 222
المبحث الرابع: آثار انتهاء التعاقد مع الدولة 231
المطلب الأول: آثار انتهاء التعاقد طبيعيا 232
الفرع الأوّل: اشتراط ضمان المبيع بعد العقد 232
الفرع الثاني: المطالبة بالتعويض عن الإجارة بعد انقضاء مدّتها 232
المطلب الثاني: آثار انتهاء التعاقد بالتراضي 233
المطلب الثالث: آثار انتهاء التعاقد بالقوة 235
الفرع الأول: آثار انتهاء التعاقد بالفسخ الإداري 235
الفرع الثاني: آثار انتهاء التعاقد بالفسخ القضائي 236
الفصل الثالث: تطبيقات عقود الإدارة في القانون الجزائري 239
المبحث الأول: عقود توفير الاحتياجات العمومية 240
المطلب الأوّل: إنجاز الأشغال 241
الفرع الأوّل: عقود إنجاز الأشغال والمنشآت 241

الفرع الثاني: عقود توصيل الماء والغاز والكهرباء 243
المطلب الثاني: اقتناء اللوازم 244
الفرع الأوّل: مجالات عقود اقتناء اللوازم 244
الفرع الثاني: التكييف الشرعي لعقود اقتناء اللوازم 245
المطلب الثالث: تقديم الخدمات 250
الفرع الأوّل: مجالات عقود تقديم الخدمات 250
الفرع الثاني: التكييف الشرعي لعقود تقديم الخدمات 251
المطلب الرابع: إنجاز الدراسات 252
الفرع الأوّل: مجالات عقود إنجاز الدراسات 252
الفرع الثاني: التكييف الشرعي لعقود إنجاز الدراسات 254
المطلب الخامس: عقد الإقراض العام 254
الفرع الأوّل: مفهوم الإقراض العام 254
الفرع الثاني: تنظيم سندات القرض الوطني 255
الفرع الثالث: التكييف الفقهي لعقود الإقراض العام 256
المبحث الثاني: عقود تفويض المرافق العامة وإدارة أملاك الدولة 263
المطلب الأول: عقد الامتياز 265
الفرع الأوّل: مفهوم عقد الامتياز 265
الفرع الثاني: الإطار القانوني لعقد الامتياز 266
الفرع الثالث: عقد الامتياز ونظام البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) 270
الفرع الرابع: التوصيف الشرعي لعقد الامتياز 272
المطلب الثاني: عقد إيجار المرفق العام 276
الفرع الأوّل: مفهوم عقد إيجار المرفق العام 276
الفرع الثاني: التوصيف الشرعي لعقد إيجار المرفق العام 276
المطلب الثالث: عقد الوكالة المحفّزة 279
الفرع الأوّل: مفهوم عقد الوكالة المحفزة 279

الفرع الثاني: التوصيف الشرعي لعقد الوكالة المحفّزة 280
المطلب الرابع: عقد التسيير 282
الفرع الأوّل: مفهوم عقد تسيير المرفق العام 282
الفرع الثاني: التوصيف الشرعي لعقد التسيير 282
المطلب الخامس: عقود إدارة أملاك الدولة 283
الفرع الأوّل: مفهوم أملاك الدولة 283
الفرع الثاني: عقد الإيجار 285
الفرع الثالث: عقد الامتياز 287
الفرع الرابع: عقود بيع الأملاك الوطنية الخاصة 288
الفرع الخامس: عقد تبادل الأملاك الوطنية الخاصة 290
المبحث الثالث: عقود توفير احتياجات المواطنين 293
المطلب الأوّل: عقود الإسكان 294
الفرع الأوّل: عقود السكنات الاجتماعية 294
الفرع الثاني: عقود السكنات الترقوية العمومية 301
الفرع الثالث: عقود السكنات الترقوية المدعّمة 304
الفرع الرابع: عقود السكن المنجزة بأموال عمومية بصيغة "البيع بالإيجار" 307
المطلب الثاني: التوظيف العمومي 311
الفرع الأوّل: مفهوم عقد التوظيف العمومي 311
الفرع الثاني: شروط وأحكام عقد التوظيف العمومي 312
الفرع الثالث: التوصيف الشرعي لعقود التوظيف العمومي 314
المطلب الثالث: قروض الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب 316
الفرع الأوّل: الإطار القانوني لقروض الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب 316
الفرع الثاني: طبيعة إعانات الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب 317
الفرع الثالث: شروط الاستفادة من إعانات صندوق الدعم 318
الفرع الرابع: أحكام القروض والإعانات 318

الفرع الخامس: التوصيف الشرعي لقروض صندوق دعم تشغيل الشباب 320

الخاتمة والنتائج 322

الفهارس العلمية 330

فهرس الآيات القرآنية 331

فهرس الأحاديث والآثار 332

فهرس القواعد الفقهية والأصولية 334

فهرس الأعلام المترجم لهم 335

فهرس المصادر والمراجع 336

فهرس الموضوعات 356

ملخص الأطروحة 367

ملخّص الأطروحة

يتناول موضوع الأطروحة دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية لزمرة من العقود المالية التي تبرمها الدولة بصفتها شخصية معنوية عامة مع أفراد الدولة ومؤسّساتها الخاصة. وقد تمّ اختيار هذا النوع من العقود نظرا لأهميته وخطورته وكثرة السؤال عنه. وعليه صيغت الإشكالية الرئيسة للموضوع كالآتي:

هل للعقود المالية التي تبرمها الدولة أو مؤسّساتها بوصفها شخصية معنوية عامة مع مواطنيها –أفرادا كانوا أو مؤسّسات– أحكام خاصة متميّزة عن غيرها من العقود الأخرى؟ وما هي أوجه هذا التّمايز؟

وحتى تحقّق الدراسة أهدافها فقد تمّ تقسيم البحث إلى مقدّمة وخمسة فصول وخاتمة، وقد عُني الفصل الأوّل بتجلية **حقيقة العقود المبرمة بين الدولة ومواطنيها**، باعتبارها مدخل القضية الرئيسة للبحث، والأرضية التي ستبنى عليها باقي أجزاء البحث، فتمّ تحرير مفهوم **العقود المالية** وأنواعها، ومفهوم **الدولة** في النظام الإسلامي وما استقرّت عليه في النظم المعاصرة (المكوّنات، الخصائص، الوظائف) ثمّ مفهوم **عقود الإدارة**، وأنواعها، ومميّزاتها.. وبيان التكييف الفقهي المناسب لها.

أمّا الفصل الثاني فيستقصي **مقوّمات التعاقد المالي مع الدولة**، من خلال بيان: الأركان والشروط والضوابط الشرعية المنشئة للعقد، وينتهي الفصل بدراسة الشروط الجعلية التي يضيفها الطرفان إلى بنود العقد؛ كـ«دفتر الشروط»، و«الشرط الجزائي».

أمّا الفصل الثالث فتعرّض إلى أهمّ **الأشكال التي يجري التعاقد بها مع الدولة**، وما يكتنفها من أحكام وشروط، وبيان أهمّ **طرق التعاقد مع الدولة** وأساليبها المباشرة، وغير المباشرة كالمناقصات والمزايدات، وما يكتنف كلّ أسلوب من أحكام وشرائط.

أمّا الفصل الرابع، فيدرس الحالات التي يلجأ فيها العاقدان إلى تعديل بعض أحكام العقود، وكذا حالات انتهاء التعاقد مع الدولة؛ إمّا بشكل طبيعي أو بالتراضي أو بالقوّة، وما يترتب على كلّ ذلك من آثار وتعويضات.

أمّا الفصل الخامس والأخير فهو **دراسة تطبيقية لأهم عقود الإدارة الواردة في القانون الجزائري**، على ضوء الأحكام والنتائج المستخلصة من الفصول السابقة.

وأمّا الخاتمة: فتحوي أهمّ النتائج والتوصيات. والتي تمّ فيها إثبات أوجه التشابه والافتراق بين عقود الإدارة وباقي العقود الأخرى، أهمّ المخالفات الشرعية الموجودة في تلك العقود.

Abstract:

The topic of the research deals with an original and applied jurisprudential study of a group of financial contracts entered into by the state in its capacity as a public legal entity with citizens, whether individuals or institutions.

This type of contract was chosen due to its importance, seriousness and the many questions about it. Accordingly, the main problematic of the subject was formulated as follows:

Are financial contracts concluded by the state or its institutions as a public legal entity with its citizens - individuals or institutions - special provisions that are distinct from other contracts? What are the aspects of this differentiation?

In order for the study to achieve its objectives, the research has been divided into an **introduction**, **five chapters** and a **conclusion**.

The **first chapter** was concerned with demonstrating the reality of the contracts concluded between the state and its citizens, as it is the gateway to the main issue of the research, and the ground on which the rest of the research will be based, then the concept of administrative contracts, their types, and their characteristics and a statement of the appropriate jurisprudential conditioning for them.

As for the **second chapter**, it investigates the fundamentals of a financial contract with the state, by stating: the pillars, conditions and legal controls establishing the contract, and the chapter ends by studying the final conditions that the parties add to the terms of the contract such as "Book of Conditions" and "Penal Clause".

As for the **third chapter**, it deals with the most important forms that are contracted with the state, the terms and conditions that encompass it, the most important methods of contracting with the state and its direct and indirect methods such as tenders and auctions, and the provisions surrounding each method.

As for the **fourth chapter**, it examines the cases in which the two contracting parties resort to amending some provisions of the contracts, as well as cases of termination of the contract with the state, either naturally, by mutual consent, or by force, and the consequences and compensation for all of that.

As for the **fifth and final chapter**, it is an applied study of the most important administrative contracts adopted in Algerian law, in light of the provisions and conclusions drawn from the previous chapters.

As for the **conclusion**: it contains the most important findings and recommendations. In it, the similarities and differences between management contracts and other contracts have been proven, the most important Sharia violations found in those contracts.

République Algérienne Démocratique Et Populaire

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

Université Hadj Lakhdar - Batna1

Faculté des sciences islamiques
Département : sharia

Vice-rectorat de la post graduation
et les relations extérieures

Contracts concluded between the state and its citizens

A jurisprudence study compared with Algerian law

Thèse en vu d'obtention du diplôme de Doctorat en sciences islamiques.

Spécialité : Le Fiqh et Oussoul

Préparée par:
BOUROUIBA ALI MOHAMED

Sous la direction de Pr:
RACHID DERGHAL

Devant le Jury:

Président	**SALIHA ACHOUR**	**Professeur**	**Université Batna1**
Rapporteur	**RACHID DERGHAL**	**Professeur**	**Université Batna1**
Examinateur	**TAHAR ZOUAKRI**	**Professeur**	**Université Khenchela**
Examinateur	**SAMIR DJABALLAH**	**Professeur**	**Université Emir Abdelkader-Constantine**
Examinateur	**MOHAMED DEMMAN DHEBIH**	**Maitre Conférence A**	**Université Emir Abdelkader-Constantine**
Examinateur	**AHMED AMEDAH**	**Maitre Conférence A**	**Université Batna1**

Année universitaire:
(2020/2021) - (1441/1442)