

---

---

# مجلس التعاون الخليجي بين الكونفيدرالية والفيدرالية

---

---

د. ميادة عبد القادر

مدرس القانون العام – كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

تعد ظاهرة التنظيم الدولي النواة التي يتطور بها كل من المجتمع الدولي والقانون الدولي، وقد اختلف الفقهاء في وضع تعريف محدد للمنظمة الدولية ولكن مما لا شك فيه أن المنظمة الدولية هي أحد أشخاص القانون الدولي العام بعد الدول، وهي بادرة إرساء الفكر القانوني الدولي بما ينتج عنها من اتفاقيات ومعاهدات تعد نواة القانون الدولي.

وفى الواقع أن فكرة الدول والاتحادات هي محور اهتمام كل من فقهاء القانون الدستوري والعلوم السياسية وأيضاً فقهاء القانون الدولي، وقد بدأت فكرة المنظمات الدولية في بادئ الأمر بالمؤتمرات التي تنعقد لفترة مؤقتة لدراسة مسألة معينة ثم تطورت طريقة الاندماج إلى أن وصلت لنموذج الاتحاد الأوروبي. وسنعرض لهذه الدراسة من خلال ما يلي:

### فصل تمهيدي: أنواع الاتحادات

#### الفصل الأول: طبيعة الاتحاد الأوروبي

#### الفصل الثاني: دول مجلس التعاون الخليجي بين الواقع والمأمول

### فصل تمهيدي

#### أنواع الاتحادات

تعد الاتحادات صورة أكثر تطوراً من المنظمة الدولية، فهي مرحلة اندماجية أعلى من فكرة المنظمات الدولية، فالتطور الطبيعي للتعاون على المستوى الدولي يبدأ في صورة مؤتمرات ثم لجان إدارية دولية ثم المنظمات والتي تتحول بدورها عند توفر عدد من الأسس إلى اتحاد تعاهدي (كونفيدرالي) ثم تصبح بعد ذلك دولة فيدرالية بحكومة موحدة وسيادة خارجية واحدة.

وكان من الملائم التعرف على الطبيعة القانونية لهذه الاتحادات للوقوف على نوع الاتحاد الأكثر تناسباً مع دول مجلس التعاون الخليجي. وهل نكتفى في هذه الفترة بفكرة التعاون؟ أم أن الوقت حان للوصول إلى مرحلة أكثر اندماجاً وتوافقاً وتعاوناً؟

وسنعرض لذلك من خلال الآتي:

## المبحث الأول

### الاتحاد الشخصي

#### *Union personelle eu presidentielle passive*

هذا الاتحاد يركز على عنصر شخصي أي وحدة شخص رئيس الاتحاد وهو في نفس الوقت رئيس لإحدى الدول الداخلة في الاتحاد<sup>(١)</sup>.

ويجمع الاتحاد الشخصي دولاً بكل ما تعنيه هذه الكلمة من معان، أي أشخاص معنوية عامة لها كامل السلطة السياسية ذات السيادة داخلياً وخارجياً وليس له الشخصية الدولية، ولا يعد من باب أولى - دولة.

ومن استقراء التاريخ، نجد أن الاتحادات الشخصية غالباً ما تنشأ بمحض الصدفة أي أنها تنشأ بطريقة عارضة غير مقصودة إما بسبب وراثة شخص معين لعرش دولتين في أسرة ملكية واحدة. مثال على ذلك اتحاد انجلترا وهانوفر والذي تولى فيه ملك انجلترا عرش هاتين الدولتين عام ١٧١٤ وتم الانفصام عام ١٨٣٨.

(١) د. حسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢ ص ٩٥.

وأيضاً الاتحاد الذى نشأ بين بولندا وليتوانيا فى الفترة من ١٣٨٥ إلى ١٥٦٩ والاتحاد الهامشى بين المملكة الأردنية والمملكة العراقية ١٩٥٨ والذى انتهى بعد فترة وجيزة باندلاع ثورة العراق ١٩٥٨.

ويطلق على هذا الاتحاد أحياناً اصطلاح الاتحاد الرئاسى السلبى باعتباره يقوم على وحدة رئاسة الدولتين كعنصر أساسى، ولكنه يتم بالسلبية حيث أنه لا توجد أية هيئات مشتركة تمارس جزءاً من اختصاص سيادتهما<sup>(١)</sup>.

وكما ينشأ الاتحاد الشخصى نتيجة للصدفة المحضة، فقد ينشأ نتيجة إجراء مقصود أو إرادة حرة صريحة كالاتحاد بين بولونيا وليتوانيا حيث كانت بولونيا ملكية انتخابية يتم انتخاب وريث العرش من بين أعضاء الأسرة المالكة وعندما تزوج دوق ليتوانيا من أميرة بولونيا انتخب دوق ليتوانيا ملكاً لبولونيا فأصبح ملكاً لليتوانيا وبولونيا.

وأيضاً الاتحاد الذى أنشئ بين بلجيكا والكونغو الحرة فى الفترة من ١٨٨٥ إلى ١٩٠٨، وقد أنشئ بقانون صدر عن البرلمان البلجيكى مقررأ منح الكونغو الاستقلال وجعلها فى حالة اتحاد شخصى مع بلجيكا على أن يكون للدولتين رئيس واحد هو ملك بلجيكا.

### ونلاحظ على الاتحاد الشخصى عدة خصائص أهمها:

- ١- أن فكرة الاتحاد الشخصى لا تؤثر بأى حال من الأحوال على فكرة السيادة الكاملة للدول الداخلة فى الاتحادات.

(١) د. الشافعى محمد بشير، القانون الدولى العام، الطبعة الثالثة، مكتبة الجلاء الحديثة بدون تاريخ، ص ٢٦٣.

- ٢- أن هذا الاتحاد غالباً ما يتم بين دول ذات نظم ملكية، ولكن هذا لا يمنع من وجود اتحادات شخصية بين دول ذات نظام جمهورى تحت إمرة رئيس واحد، حيث تولى شخص واحد يدعى بوليفار رئاسة الجمهورية فى كل من بيرو وكولومبيا وفنزويلا وذلك عندما اختير رئيساً للأولى ١٨١٣، وللثانية عام ١٨١٤ وللثالثة عام ١٨١٦<sup>(١)</sup>.
- ٣- أن الرابطة التى تربط بين الدول الداخلة فى الاتحاد الشخصى تتميز بالوهن والضعف الشديد، فهى تنقسم بمجرد اختلاف شخص رئيس الدولة إما بوفاته أو غير ذلك من الأسباب.
- ٤- الاتحاد الشخصى لا تنشأ عنه دولة جديدة تسمو على الدول الأعضاء فيه ويجوز أن ينشأ بين دول تأخذ بنظم حكم متعارضة. كما أن رعايا كل من الدول الداخلة فى الاتحاد أجنب بالنسبة للدول الأخرى.
- ٥- أن التصرفات التى تجريها كل دولة يقتصر أثرها عليها وحدها، ولا يترتب على هذا الاتحاد أية هيئات مشتركة.
- ٦- بالرغم من وحدة شخص رئيس الدولة إلا أن كل دولة لها سياستها الخارجية المستقلة وتمثيلها الدبلوماسى وإن كانت وحدة رئاسة الدولة قد تجعل لهذه الدول مواقف وسياسات خارجية واحدة فى بعض الأحوال التى تعتمد فيها العلاقة الخارجية على شخص رئيس الدولة، أما إذا تعلق الأمر بالبعثات الدبلوماسية والسفراء فهى تختلف من دولة إلى أخرى.

(١) د. حسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢، ص ٩٧.

ويتضح مما سبق أن الاتحاد ليس له شخصية معنوية مستقلة تعلق شخصية الدول الأعضاء، وأن هذه الأخيرة تحتفظ بكامل سيادتها الداخلية والخارجية وتعتمد فقط على شخص رئيس الدولة.

## المبحث الثانى

### الاتحاد الحقيقى

#### *L'union réelle eu présidentielle active*

هو جمع رئاسة دولتين فى شخص واحد مع إدارة بعض شئونها المشتركة بواسطة هيئات مشتركة، ويربط هذا الاتحاد الدول الداخلة فيه بروابط محكمة نسبياً ويسمى اتحاداً حقيقياً حيث أنه يجمع هذه الدول من خلال هيئات مشتركة تدير بعض المسائل المشتركة بين هذه الدول سواء كانت أموراً خارجية تتعلق بالشئون الدبلوماسية والعسكرية، أو بعض المسائل المالية مع الاحتفاظ بدستورها وتشريعاتها وإدارتها الداخلية.

وتختلف الشئون المشتركة من اتحاد إلى آخر حسب الاتفاقيات التى تنظمها هى الشئون، ولكن هناك عنصر مشترك بين هذه الاتحادات هي الشئون الدبلوماسية ولهذا يطلق على هذا النوع من الاتحادات الرئاسى الإيجابى حيث أنه يوجد شئون مشتركة بالفعل بين هذه الدول يتم إدارتها بواسطة هذا الاتحاد.

وهكذا فإن الشئون الخارجية هي العنصر المشترك بين الاتحادات الرئاسية الإيجابية، أما الشئون الأخرى فلا توجد قاعدة مستقرة بل تختلف باختلاف الاتفاقيات المكونة لهذا الاتحاد، فقد تكون هذه الشئون السياسة الخارجية والحرب والمالية كما فى اتحاد النمسا والمجر الذى كان له وزارة مشتركة وبرلمان مشترك يتولى الرقابة عليها.

وأيضاً هناك الاتحاد بين السويد والنرويج حيث كانت الشؤون الخارجية هي الشؤون المشتركة الوحيدة الحقيقية بينهما حيث احتفظت كل من الدولتين بحكومة خاصة وبرلمان خاص وتشريعات خاصة، أما الشؤون الخارجية كالمعاهدات والتمثيل الدبلوماسي وأمور الحرب والسلام فقد عهد بممارستها إلى هيئات الاتحاد.

وبهذا يختلف هذا الاتحاد عن الاتحاد الشخصي في كونه به شؤون مشتركة بين الدول الداخلة فيه يقوم عليها هيئات مشتركة تتولى ممارسة هذه الشؤون وأيضاً الرقابة عليها ولهذا سمي باتحاد فعلى أو حقيقى.

### ونلخص خصائص هذا الاتحاد فيما يلى:

١- أن هذا الاتحاد يعد اتحاداً حقيقياً حيث تفقد الدول الداخلة فى الاتحاد شخصيتها الدولية تماماً لتحل محلها جميعاً فى المجال الدولى شخصية دولية جديدة هى شخصية الاتحاد التى تمارس كل ما يتعلق بالشؤون الخارجية، فهذا الاتحاد يبرم المعاهدات السياسية الدولية التى تتعلق بحياة الاتحاد ووجوده مثل معاهدات التحالف والصلح، كما أنه يبرم المعاهدات الخاصة بكل من الدولتين مثل معاهدات التجارة والملاحة وتسليم المجرمين.

فأى دولة فى الاتحاد لا تملك بمفردها إعلان الحرب على دولة أجنبية وأن إعلان حرب ضد أى دولة داخلة فى الاتحاد تعد ضد الاتحاد نفسه، كما أن لهذا الاتحاد هيئات سياسية قنصلية ومشاركة تتبع الاتحاد.

٢- على الرغم من أن الدول الداخلة فى الاتحاد الحقيقى تفقد شخصيتها الدولية إلا أنها تظل محتفظة بصفقتها واستقلالها، فيكون لكل دولة نظمها الداخلية ودستورها، وقوانينها وإدارتها.

٣- يتميز هذا الاتحاد بوجود هيئات مشتركة تقوم على شئون مشتركة، فقد يكون الملك وهو العنصر المشترك الأول في الاتحاد وقد يكون الوزراء وقد تكون وفود برلمانية وهيئات أخرى تتمثل في جمعيات نيابية يطلق عليها الجمعية النيابية الإمبراطورية Imperial Representative Assembly تتكون من وفود.

### المبحث الثالث

### الاتحاد التعاهدى

### *Etats Confédéré*

وهو ما يطلق عليه اسم الاتحاد الكونفيدرالى وهو تحالف بين الدول يتم بمقتضى معاهدة أو اتفاقية تحدد الأغراض المشتركة التى تهدف هذه الدول المتحالفة إلى تحقيقها، فتتنازل عن جزء من اختصاصاتها خاصة فى المجال الخارجى لصالح هيئة جماعية سواء كان مؤتمراً أو جمعية أو مجلس، ولكن دون أدنى مساس بشخصية الدول الأعضاء فى الاتحاد أو باستقلالها فى المجالين الداخلى والخارجى<sup>(١)</sup>.

ومن أهم معالم اتحاد التعاهد أن الدول الأعضاء تظل محتفظة بسيادتها فهو لا يفقدها هذه السيادة، كما أن الاتحاد التعاهدى لا يترتب عليه إنشاء دولة جديدة وإنما مجرد إنشاء هيئة أو سلطة مشتركة للدول الأعضاء، تعهد إليها الدول الأعضاء باختصاصات معينة.

(١) د. حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص ١٠١. وفى ذلك أيضاً الاتجاهات السياسة الكويتية ومشروع الكونفيدرالية الخليجية، د. عصام عبد الشافى بتاريخ ٣٠ مايو ٢٠١٢.



أما عن كيفية إصدار قراراتها فاختلف الفقهاء فى ذلك، فىرى البعض أن السلطة المركزية تباشر اختصاصاتها من غير حاجة إلى الموافقة الإجماعية للدول الأعضاء على كل عمل من أعمالها<sup>(١)</sup>، بينما يرى البعض الآخر<sup>(٢)</sup> أن قرارات هذا الاتحاد تصدر بالإجماع.

ومن الجدير بالذكر أن هذا التعاهد ليس له سلطة تشريعية أو تنفيذية أو قضائية، بالمعنى المفهوم فى الدول التى تتبع مبدأ الفصل بين السلطات وإنما يعتمد على سلطات الدول الأعضاء، فالقرارات التى تصدر من الاتحاد لا تنفذ تلقائياً، بل أنها تحتاج إلى تدخل تشريعى داخل هذه الدول، كما لا توجد سلطة تنفيذية للاتحاد ولكن يعتمد فى ذلك أيضاً على تدخل الدول الأعضاء.

ولم يكن للتعاهدات الثلاثة الأكثر شهرة سواء كانت الأمريكية أو السويسرية أو الألمانية محكمة خاصة تباشر وظيفة القضاء فى حسم النزاعات التى تنشأ بين الدول الأعضاء.

وأما بالنسبة للهيئة المركزية للتعاهد فتتكون من مندوبين من كل دولة يختلف عددهم من اتحاد إلى آخر، وقد تتساوى الدول الأعضاء فى الأصوات كما فى الاتحاد الأمريكى والاتحاد السويسرى وقد يتفاوت أعضاء هذا الاتحاد فيما لهم من أصوات.

ونخلص إلى القول بأن هذا الاتحاد له عدد من الخصائص هى:

- الاتحاد التعاهدى لا ينشئ دولة تستقر فوق الدول الأعضاء وليست له الشخصية الدولية، فهو اتحاد بين دول ذات سيادة.

(١) د. الشافعى محمد بشير، المرجع السابق، ص ٣٢٢.

(٢) د. حسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية، دار الجامعة الجديدة، ٢١٢ ص ١٠٤.

- أن الدول الأعضاء تحتفظ بالجانب الأعظم من اختصاصاتها، وليس لسلطات هذا الأخير سوى اختصاصات محدودة.

- أعضاء الاتحاد يمثلون الدول التي ينتمون إليها، ويمارسون اختصاصاتهم تبعاً للتعليمات الملزمة التي يتلقونها من حكوماتهم.

- أن هذه السلطات تصدر قراراتها عادة بالإجماع، وقد ينص على الاكتفاء بموافقة الأغلبية المطلقة.

- لكل دولة في الاتحاد الحق الأصيل في الانفصال عنه في أي وقت حتى لو لم ينص على ذلك صراحةً في ميثاق الاتحاد.

- إن كان البعض ينكر على الاتحاد الكونفيدرالى الشخصية القانونية سواء في المجال الداخلى أو المجال الخارجى وأكدوا أن هذا الاتحاد مجرد رابطة قانونية بسيطة وليس شخصاً من أشخاص القانون. وقد استندوا في ذلك إلى أن هذا التعاهد لا يمتلك حقوقاً خاصة به، وإنما يعمل باسم الدول الأعضاء وبتفويض منها.

بينما يرى البعض الآخر أن هذا القول لا يستند إلى أساس سليم ذلك أن النائب شخص من أشخاص القانون يعمل لحساب شخص قانونى آخر وامتلاك الأخير الشخصية القانونية لا يمنع من إضفاء الشخصية القانونية على نائبه والقول بأن هذا الاتحاد لا يملك حقوقاً خاصةً وإلا انتقص ذلك من سيادة الدول الأعضاء مردود بأن هذه الحقوق لا يكتسبها الاتحاد إلا بموافقة الدول الأعضاء وهو تعبير كامل عن سيادتها.

## المبحث الرابع الاتحاد الفيدرالى

### *L'union Constitutionnelle*

الاتحاد الفيدرالى هو تعدد مراكز السلطة السياسية حيث يوجد إلى جوار الدولة المركزية وحدات سياسية أخرى يسمى دويلات أو ولايات تمارس كل منهما جزء من اختصاصات السلطة السياسية فى نطاق إقليمها.

ويطلق على هذا الاتحاد مصطلح الاتحاد الدستورى نظراً لأن الرابطة تتم عن طريق دستور اتحادى وليست معاهدة أو اتفاقية.

وبهذا يتكون الاتحاد الفيدرالى من حكومة مركزية وحكومات أخرى لا مركزية لكل منها اختصاصات يعهد بها إليهم عن طريق دستور اتحادى.

وتتكون الدولة الفيدرالية إما من خلال اتحاد عدة دول مكونة دولة واحدة تأخذ شكل الدولة الاتحادية أو أن تتحول دولة مفردة تضم عناصر متباينة فى أقاليم متفرقة داخل الدولة إلى دولة اتحادية تتمتع ولايتها بقدر من الاستقلال الذاتى حتى تتجنب الانفصال الكلى.

وفى الواقع هناك مظاهر تتضح فيها أولوية الحكومة المركزية على حكومة الولايات حيث تكون لهذه الحكومة وحدها الشخصية القانونية الدولية وحق تبادل التمثيل الدبلوماسى وحق تقرير الحرب والسلم وإبرام المعاهدات، ولا توجد سوى جنسية واحدة يتمتع بها جميع رعايا الولايات الأعضاء فيها إلى جانب احتفاظ كل فرد بالرابطة التى تربطه بالولايات التى ينتمى إليها.

وأيضاً للحكومة المركزية دستور تضعه جمعية تأسيسية ينطبق على إقليم الدولة بأكملها دون وساطة، ويعدل بموافقة أغلبية الولايات وليست بإجماع الآراء. أضف إلى ذلك إلى السلطة التشريعية التي تسرى تشريعاتها على جميع رعايا الولايات المكونين لشعب الدولة مباشرة، وتمثل فيها الولايات تمثيلاً متساوياً.

وبالرغم من أن الدولة الاتحادية دولة واحدة، إلا أن ذلك لا يمنع من أن الولايات لها سلطة التقرير الذاتي في كثير من الأحوال حيث تتمتع الولايات بالاستقلال الدستوري فيوجد دستور لكل ولاية إلى جانب الدستور الاتحادي بشرط ألا يتعارض مع هذا الأخير، علاوة على ذلك فإن السلطة التي تترأس الولاية تعد سلطة حكم لا مجرد سلطة تنفيذ، ويوجد أيضاً محاكم خاصة بالولايات تفض المنازعات التي تثور بين رعاياها.

ومن ثم يتضح أن هناك فروق جوهرية بين الاتحاد الفيدرالي والآخر الكونفيدرالي:

١- أن كل دولة في الاتحاد الكونفيدرالي لها استقلالها في المجال الخارجي والداخلي ولا يعدو التحالف أن يكون تنازلاً من قبل هذه الدول عن جزء من اختصاصاتها، بينما يختلف الوضع في الدولة الاتحادية التي لا تملك الولايات اختصاصات في المجال الخارجي. فالحكومة الفيدرالية وحدها لها حق إعلان الحرب والتمثيل الدبلوماسي.

٢- الحرب التي تحدث بين أعضاء الدول الكونفيدرالية حرب دولية، أما الحرب التي تحدث بين أعضاء الدولة الفيدرالية هي حرب داخلية.

- ٣- يتحمل أعضاء الدول الكونفيدرالية كل على حدة مسؤولية خرق أى قاعدة من قواعد القانون الدولى بينما الحكومة الفيدرالية فى الدولة الاتحادية هى التى تتحمل وحدها دون الولايات المسؤولية الدولية باعتبارها هى المسئولة عن العلاقات الخارجية.
- ٤- يجمع بين أعضاء الكونفيدرالية هيئة مشتركة تمارس جزءاً من الاختصاص التى يعهد به إلى هذه الهيئة أما الذى يترأس الدولة فى الاتحاد الفيدرالى هى الحكومة الفيدرالية.
- ٥- تتعدد السلطات التنفيذية ورؤساء الدول داخل الاتحاد الكونفيدرالى، بينما يوجد رئيس دولة واحد للدولة الاتحادية وهى تعد دولة واحدة.
- ٦- الولايات المكونة للدولة الاتحادية هى جزء لا يتجزأ من إقليمها ولا يجوز لها الانفصال عنها، أما فى ظل الكونفيدرالية يحق لكل دولة عضو الانفصال عن هذا الاتحاد.

## الفصل الأول

### طبيعة الاتحاد الأوروبي

يعود تأسيس أول تجمع أوروبي إلى ١٨ أبريل ١٩٥١ عندما اجتمعت ست دول أوروبية هي فرنسا وألمانيا وبلجيكا وكولومبيا وهولندا وإيطاليا.

فالاتحاد الأوروبي هو جمعية دولية للدول الأوروبية يضم ٢٧ دولة، تأسيس بناءً على اتفاقية معروفة باسم معاهدة ماسترخت عام ١٩٩٢، ولكن العديد من أفكاره موجودة منذ خمسينيات القرن الماضي.

يهدف الاتحاد الأوروبي إلى نقل الصلاحيات والاختصاصات القومية للدول الأوروبية إلى اتحاد ينوب عنهم في ممارسة هذه الصلاحيات لتحقيق أهداف قومية تعد طموحاً مشتركاً لكل مواطني الدول الأوروبية المشتركة في الاتحاد.

وسوف نستفيد من دراسة الملامح الأساسية في الاتحاد الأوروبي لنحدد الطبيعة القانونية الخاصة لهذا الاتحاد، ولكي نعرض لتجربة ناجحة لنوع خاص من الاتحادات كمرحلة وسط بين النظام الكونفيدرالي والدولة الاتحادية.

وسنعرض لذلك من خلال مبحثين.

المبحث الأول: الملامح الأساسية للاتحاد الأوروبي.

المبحث الثاني: الطبيعة الاتحادية الخاصة للاتحاد الأوروبي.

# المبحث الأول

## الملامح الأساسية للاتحاد الأوروبي

مقدمة:

سنعرض في هذا المبحث إلى تاريخ تكوين الاتحاد الأوروبي وأهداف هذا الاندماج، كما سنعرض لتكوين الاتحاد القانوني والعضوي من خلال ما يلي:

### المطلب الأول

#### لمحة تاريخية عن الاتحاد الأوروبي وأهدافه

تكررت المحاولات في تاريخ القارة الأوروبية لتوحيد أمم أوروبا، فمنذ انهيار الامبراطورية الرومانية التي كانت تمتد حول البحر الأبيض المتوسط، مروراً بامبراطورية شارلمان الفرنكية ثم الامبراطورية الرومانية المقدسة اللتين وحدتا مساحات شاسعة تحت إدارة فضفاضة لمئات السنين قبل ظهور الدولة القومية الحديثة، وفيما بعد حدثت محاولات لتوحيد أوروبا لكنها لم تتعد الطابع الشكلي والمرحلي منها محاولة نابليون في القرن التاسع عشر والأخرى في أربعينيات القرن العشرين على يد هتلر وهما تجربتان لم تتمكنوا من الاستمرار إلا لفترات قصيرة وانتقالية<sup>(1)</sup>.

(1) ar.wikipedia. Org.

وفي ذلك أيضاً . جواس حسن، طبيعة الاتحاد الأوروبي، دراسة قانونية دار المعرفة، ٢٠١٠.

بعد حروب مدمرة شهدتها القارة الأوروبية، وحربين عالميتين، عم السلام منذ ما يزيد عن ٥٠ عاماً، وكان نتيجة لهذا السلام حدوث الاستقرار والرخاء الاقتصادي والنهضة التي يعيشها الأوروبيون طوال العقود الأخيرة.

وبالفعل تسير أوروبا نحو مزيد من التقدم والرخاء، فارتفع مستوى المعيشة ونمت أسواقها الداخلية وظهرت عملتها الموحدة التي أصبحت تنافس الدولار الأمريكي، وأصبح لأوروبا كلمة قوية في العالم.

وكان الاتجاه نحو الاتحاد الأوروبي بدأت بعد الحرب العالمية الثانية، حيث ظهرت دعوة من فرنسا في ٩ مايو/ إيار ١٩٥٠، كان بمثابة حجر الأساس للاتحاد الأوروبي، ولبت الدعوة الفرنسية منذ البداية ٦ بلدان هي بلجيكا، ألمانيا، فرنسا، إيطاليا، لوكسمبورغ وهولندا، ثم بدأ التوسع وزيادة المشاركة، وانضمت دول أوروبية أخرى للاتحاد مثل الدنمارك وإيرلندا والمملكة المتحدة، واليونان، وأسبانيا والبرتغال والنمسا وفنلندا والسويد.

ويهدف الاتحاد إلى تأسيس المواطنة الأوروبية (الحقوق الأساسية، حرية التنقل، الحقوق المدنية والسياسية) وإلى ضمان الحرية والأمن والعدل (التعاون في الشؤون الداخلية والعدل) ودعم التقدم الاقتصادي والاجتماعي (السوق المشتركة والعملة المشتركة اليورو، التنمية الإقليمية، قضايا حماية البيئة)، وتقوية دول أوروبا في العالم (سياسة خارجية وأمنية موحدة، الاتحاد الأوروبي والعالم).

## العضوية في الاتحاد الأوروبي:

لم يضع الاتحاد الأوروبي في بادئ الأمر أية شروط إضافية لانضمام الدول المرشحة للعضوية ما عدا الشروط العامة التي تم تبنيها في الاتفاقيات المؤسسة



- للاتحاد، لكن الفرق الشاسع بين دول أوروبا الوسطى والشرقية ودول الاتحاد، دفع مجلس الاتحاد الأوروبي فى عام ١٩٩٣ لىضع ما يعرف شروط كوبن هاغن وهى:
- شروط سياسية: على الدولة المترشحة للعضوية أن تتمتع بمؤسسات مستقلة تضمن الديمقراطية وعلى دولة القانون أن تحترم حقوق الإنسان وحقوق الحريات.
  - شروط اقتصادية: وجود نظام اقتصادى فعال يعتمد على اقتصاد السوق، وقادر على التعامل مع المنافسة الموجودة ضمن الاتحاد.
  - شروط تشريعية: على الدولة المترشحة للعضوية أن تقوم بتعديل تشريعاتها وقوانينها بما يتناسب مع التشريعات والقوانين الأوروبية التى تم وضعها وتبنيها منذ تأسيس الاتحاد.
- ويصنف الاتحاد الأوروبي الدول الأوروبية إلى ثلاث تصنيفات دول أعضاء فى الاتحاد وهم سبع وعشرين دولة، وأخرى مرشحة للانضمام كجمهورية مقدونيا وكرواتيا وتركيا والجبل الأسود وأيسلندا وصربيا، ودول أوروبية لا تسعى للانضمام وعددهم ست عشر دولة.

## المطلب الثاني

### التكوين العضوي للاتحاد الأوروبي

بعد كوارث الحرب العالمية الأولى والثانية، ازدادت بشدة ضرورات تأسيس ما عرف بالاتحاد الأوروبي، مدفوعاً بالرغبة في إعادة بناء أوروبا ومن أجل القضاء على احتمال وقوع حرب شاملة أخرى، فبدأت تتشكل الجماعة الأوروبية للفحم والصلب عام ١٩٥١ على يد كلٍ من ألمانيا (الغربية) فرنسا، إيطاليا ودول بينيلوكس (بلجيكا وهولندا ولكسمبورغ أول وحدة جمركية عرفت بالأصل باسم المؤسسة الاقتصادية الأوروبية European Economic Community وتسمى في المملكة المتحدة بشكل غير رسمي بـ "السوق المشتركة" وتأسست في اتفاقية روما ١٩٥٧، هذا التغيير اللاحق للمؤسسة الأوروبية يشكل العماد الأول للاتحاد الأوروبي<sup>(١)</sup>.

وإذا نظرنا إلى تكوين الاتحاد الأوروبي نجد أنه نظام مؤسساتي فريد من نوعه في العالم فيتكون الاتحاد الأوروبي من عدد من الأجهزة وهي:

#### أ- مجلس الاتحاد الأوروبي:

وهو يعد أهم الأجهزة الإدارية في الاتحاد (على الرغم من تقليص صلاحياته لصالح البرلمان الأوروبي) وهو ممثل لصالح الدول الأعضاء على المستوى الأوروبي. ويتكون من وزراء حكومات الدول الأعضاء ومقر انعقاده في كل من بروكسل ولوكسمبورج ويعد أكثر الوزراء اجتماعاً هم وزراء الزراعة دليلاً على أن هذا المجال يحظى بتنسيق وتكامل كبير بين الدول الأعضاء.

(1) ar. Wikipedia. Org.

أما عن كيفية التصويت فيتم إما بالإجماع أو بالغالبية المؤهلة وذلك حسب المجال الذي ينتمي إليه موضوع التصويت حيث تمتلك كل دولة عدد من الأصوات يتناسب مع عدد سكانها ويمكن زيادة عدد الأصوات المخصصة للدول الصغيرة لكي تحدث نوعاً من التوازن مع لدول الكبيرة. ويتم التصويت بنسبة ٧٢,٢٧% من الأصوات بما يعادل ٢٣٢ صوتاً من أصل ٣٢١ صوت موزعة على ٢٥ دولة.

كما يتطلب أيضاً موافقة أغلبية الدول الأعضاء وأن يشكل سكان هذه الدول الموافقة مجتمعة ما يعادل ٦٢% على الأقل من سكان الاتحاد.

وتتولى الدول الأعضاء الرئاسة بالتناوب لمدة ستة أشهر وفقاً لنظام محدد سلفاً ويعد مجلس الاتحاد الأوروبي أهم جهاز لاتخاذ القرارات فى القضايا العامة والزراعة والاقتصاد والشئون الاجتماعية والثروة السمكية والطاقة والصناعة، والعدل والداخلية والدفاع المدنى والسوق الداخلية وشئون المستهلك والسفر والأبحاث والميزانية والثقافة والتنمية والتعليم وقضايا الشباب والصحة.

ويختص مجلس الاتحاد الأوروبي بسلطات تشريعية بالاشتراك مع البرلمان الأوروبي وينسق السياسات الاقتصادية ما بين الدول الأعضاء، ويشترك المجلس مع البرلمان فى ممارسة السلطة المالية وميزانية الاتحاد واتخاذ القرارات التطبيقية للسياسة الخارجية والأمنية العامة، وينسق نشاطات الدول الأعضاء، وتتخذ الإجراءات فيما يتعلق بالشرطة والتعاون القضائى.

ب - البرلمان الأوروبي<sup>(١)</sup>:

(1) [www.ev.arabic.org/parliament.html](http://www.ev.arabic.org/parliament.html).

يقوم هذا البرلمان بمهام التشريع، وهو من أهم مؤسسات الاتحاد الأوروبي عدد أعضائه ٦٢٦ عضو يمثلون نحو ٣٧٥ مليون مواطن في ١٥ دولة عضو في الاتحاد، وأنشئ هذا الاتحاد بمقتضى معاهدة روما ١٩٥٧، أجريت أول انتخابات عام ١٩٧٩، وتعد هذه الانتخابات أول تعبير حقيقى عن المصالحة الأوروبية الحقيقية بعد ٣٤ عاماً فقط من نهاية الحرب العالمية الثانية التى تناحرت فيه الدول الأوروبية.

ويأخذ البرلمان الأوروبي بنظام التمثيل النسبي عن كل دولة تم الاتفاق عليه، وتجرى الانتخابات أما على المستوى الإقليمي أو الوطني أو على المستويين معاً كما فى ألمانيا. ويعطى حق الاقتراع لكل مواطن أوروبي بلغ ثمانية عشر سنة بالتساوى بين الذكور والإناث، ولكل مواطن أوروبي حق الترشح والتصويت طالما توافرت فيه الشروط حتى من خارج وطنهم. وقد بلغت نسب تمثيل النساء فى البرلمان إلى ١٦,٥% عام ١٩٧٩، ارتفعت هذه النسبة بثبات لتصل فى ١٩٩٦ إلى ٢٧,٥% وإلى ٢٩,٧ فى انتخابات ١٩٩٩.

ويتوجب على أعضاء البرلمان الأوروبي الإعلان عن أعمالهم وحرهم وكل ما يتقاضونه منه مرتباً أو يدر عليهم دخلاً، وأيضاً الإعلان عن جميع مصالحهم المالية، ويتم تسجيل ذلك فى سجل عام، ويتقاضون مرتباتهم من خزانة دولة العضو وهو متساوى مع مرتب عضو البرلمان الوطنى.

ومن أهم مهام البرلمان الأوروبي أنه يشترك مع مجلس الاتحاد الأوروبي فى ممارسة السلطة التشريعية، أى التصديق على القوانين الأوروبية، وتدخله فى العملية التشريعية يعطى شرعية ديمقراطية للقوانين، كما أنه يشترك مع مجلس الاتحاد الأوروبي فى ممارسة السلطة المالية والميزانية ويقوم البرلمان بالإشراف

على أعمال مجلس الاتحاد الأوروبي، ويصدق على ترشيح المفوضين ويمتلك حق سحب الثقة من مجلس الاتحاد ويمارس إشراف سياسى أيضاً على كل مؤسسات الاتحاد.

وباستقراء مهام البرلمان الأوروبي نجد أنها مطابقة للبرلمان الموجود فى أى دولة وما يرتبط به من مهام سن القوانين والتصديق على الموازنة والرقابة السياسية على أعمال السلطة التنفيذية.

### ج - المفوضية الأوروبية:

المفوضية الأوروبية هى القوة الدافعة فى نظام الاتحاد المؤسستى، وتسمى الدول الأعضاء رئيس المفوضية وأعضائها وتتكون المفوضية من ٢٠ عضو رئيس ونائبان و ١٧ عضو ومقرها بروكسل يتم اختيارهم حسب قدراتهم العامة وكفاءتهم، وهم مستقلون تماماً وغالباً ما يكونون قد شغلوا مناصب سياسية فى بلدانهم الأصلية خاصة المناصب الوزارية حتى يتمتعوا بنوع من الخبرة فى الإدارة والسياسة.

وتتمثل المهام الرئيسية للمفوضية<sup>(١)</sup> فيما يلى:

- ١ - للمفوضية حق تقديم اقتراحات التشريعات والقوانين للبرلمان والمجلس الأوروبي.
- ٢ - المفوضية هى جهاز الاتحاد التنفيذى، وهى مسؤولة عن تطبيق التشريعات الصادرة عن البرلمان والمجلس الأوروبي.
- ٣ - تشرف المفوضية على الاتفاقيات والمعاهدات، وذلك بالاشتراك مع محكمة العدل.

(1) [www.eu-arbic.org](http://www.eu-arbic.org).

٤- تمثل المفوضية الاتحاد على المسرح الدولي وتفاوض نيابة عنه في الاتفاقيات الدولية وخاصةً في مجالى التجارة والتعاون.

أضف إلى هذه الأجهزة الرئيسية المجلس الأوروبي والذي يعد اجتماعاً لرؤساء الدول والحكومات فى الدول الأعضاء بالاتحاد الأوروبي بالإضافة إلى رئيس المفوضية الأوروبية ويعقد الاجتماع من مرتين إلى ثلاث مرات لاتخاذ القرارات السياسية والاقتصادية الهامة ورسم سياسة الاتحاد، وتتخذ قراراته بالإجماع.

كما أن هناك محكمة العدل الدولية وهى تقوم بالإشراف على تنفيذ القوانين ومحكمة مراقبة الحسابات "ديوان المحاسبة" تقوم بالإشراف على ميزانية الاتحاد، وهيئات إدارية أخرى كاللجنة الاقتصادية والاجتماعية الأوروبية وهى تمثل مؤسسات المجتمع المدنى فى القضايا الاقتصادية والاجتماعية.

## المبحث الثانى

### الطبيعة الاتحادية الخاصة للاتحاد الأوروبي

يتبين مما سبق دراسته اختلاف الاتحاد الأوروبي من حيث طبيعته عن أية اتحادات قانونية أو منظمات دولية، فقد تميز الاتحاد الأوروبي بطبيعته الخاصة حتى أن الفقه اختلف فى تصنيفه حيث تميز بطبيعة اندماجية تعلق المنظمات الدولية والاتحادات الكونفيدرالية.

ومن ثم نعرض لهذا المطلب من خلال فرعين:

**المطلب الأول: الملامح الاندماجية للاتحاد الأوروبي.**

**المطلب الثانى: التكيف القانونى للاتحاد الأوروبي.**

## المطلب الأول

### الملامح الاندماجية للاتحاد الأوروبي

كما سبق القول نجد أن الاتحاد الأوروبي له وضعية خاصة تختلف عن باقى الاتحادات حيث أن الأمر لا يقتصر على مجرد نوع من التعاون والتناسق بين دول من أجل تحقيق هدف معين، وإنما يتجلى وجه الخصوصية فى هذا الاتحاد من خلال عدد من الملامح الرئيسية التى تختلف عن أى تنظيم دولى آخر، ويمكن رصدها من خلال ما يلى:

#### أولاً: من حيث الهيكل التنظيمى للاتحاد (إحالة):

فالتكوين الداخلى للاتحاد يبدو وكأنه دولة بها سلطة تشريعية وتنفيذية وقضائية، وقد تناولنا فى المبحث السابق الأجهزة الرئيسية التى يتكون منها الاتحاد والمهام والمسئوليات التى يضطلع بها كل منها، وكيف نلاحظ أن مجلس الاتحاد الأوروبي يمثل تكامل بين الوزارات المختلفة الداخلة فى الاتحاد، ويمثلون الاتحاد فى الخارج ويحققون التعاون الأمنى، والمفوضية الأوروبية، والبرلمان الأوروبي الذى يعد بمثابة سلطة تشريعية. ولهذا نحيل إلى التكوين العضوى للاتحاد الأوروبي لبيان كيف تعمل هذه الأجهزة لجعل دول التحالف وحدة واحدة من حيث تحقيق مصالحها؟.

#### ثانياً: الاندماج الاقتصادى:

وبدأت فكرة الاندماج الاقتصادى منذ ١٩٥٧ – ١٩٦٩ حيث بدأ تطبيق معاهدة روما بخلق اتحاد جمركى يهدف إلى تخفيض الضرائب الجمركية بين الدول

الأعضاء لمدة ١٢ سنة، ثم إلغاؤها وتم ذلك فى ١٩٦٩، واتفق على تعريفه جمركية موحدة مع الخارج.

وفى مجال الزراعة تم تطبيق سياسة فلاحية مشتركة P.A.C منذ ١٩٦٢ لتنظيم سوق المنتجات الفلاحية الذى ساعد بشكل كبير فى النمو الاقتصادى مما شجع الكثير من الدول للانضمام إلى هذا الاتحاد<sup>(١)</sup>.

وتجاوزت الدول الأوروبية عدة أزمات مها إلغاء الولايات المتحدة استبدال الدولار بالذهب فى عام ١٩٧١ وتحديد مجال تقويم العملات بالنسبة للدولار فى حدود ٤,٥% فاضطرت إلى وضع نظام نقدى أوروبى بإحداث وحدة حسابية جديدة هى E.C.U، والأزمة الأخرى هى أزمة البترول ١٩٧٣ التى دفعت إلى تقليص حرية مرور البضائع لكن دول المجموعة تجاوزت ذلك واستمرت فى الإندماج بالإتفاق على انتخاب برلمان أوروبى ١٩٧٩.

وتم الاتفاق بعد ذلك على إنشاء سوق واسعة موحدة بين الدول الأعضاء دون حدود بينها مما يسمح بتنقل الأشخاص والبضائع، ووقعت الدول الأعضاء معاهدة ماستريخت فى ٧ فبراير ١٩٩٢، وقام الاتحاد الأوروبى بإنشاء الاتحاد النقدى والاقتصادى (U.E.M) وإنشاء بنك مركزى أوروبى ووضع عملة موحدة EURO تحل محل العملات الوطنية وتحقق ذلك فى ١٩٩٩ حيث طبقت ذلك ١١ دولة وبقيت بريطانيا والسويد واليونان والدنمارك.

(1) [multimania.F/lyceemaro cain/geo/urion-euopeene.html](http://multimania.F/lyceemaro cain/geo/urion-euopeene.html).



فهناك مصرف الاستثمار الأوروبي الذى يساهم فى أهداف الاتحاد الأوروبي بتمويل الاستثمارات الطويلة الأجل العامة والخاصة وأيضاً المصرف المركزى الأوروبي الذى يشرف على السياسة النقدية والتبادل النقدى.

### ثالثاً: الاندماج السياسى:

أسس الاتحاد الأوروبي لفكرة المواطنة بين الشعب الأوروبي فيتمتع مواطنى الاتحاد الأوروبي بكافة الحقوق المدنية والسياسية وحرية الانتقال والحقوق الأساسية.

كما أوجدوا شعاراً للاتحاد الأوروبي هو علم الاتحاد الأوروبي فيعد شعاراً للوحدة والهوية الأوربية، فدائرة النجوم الذهبية داخل العلم تدل على تماسك وتناغم الأوروبين.

إضافة إلى ذلك وجود ما يسمى بالبطاقة الزرقاء وهى تصريح عمل موثق فى جميع دول الاتحاد الأوروبي يسمح للمواطنين خارج الاتحاد الأوروبي أصحاب الكفاءة العالية بالعمل والعيش فى أى دولة داخل الاتحاد الأوروبي، وأيضاً جواز سفر أوروبي مشترك بين مواطنى الاتحاد الأوروبي.

ويهدف مجلس الاتحاد الأوروبي إلى توحيد السياسة الخارجية. كما ترسم المفوضية الأوروبية سياسة عامة مشتركة بين دول الاتحاد الأوروبي.

ومن أهم مظاهر الاندماج السياسى وجود دستور أوروبي تم بمقتضى اتفاقية وقعت فى ٢٩/١٠/٢٠٠٤ بممثلى ٢٥ دولة عضو فى الاتحاد الأوروبي

وصدق عليها بمعرفة ٢٥ دولة عضواً<sup>(١)</sup>. ولكن رفض هذا الدستور من قبل مواطنى فرنسا وهولندا فى مايو ويونيو ٢٠٠٥. وحل محلها معاهدة لشبونة.

## رابعاً: الاندماج الإدارى:

أنشأ الاتحاد الأوروبي عدداً من المؤسسات التى تحقق اتحاداً من الناحية الإدارية كاللجنة الاقتصادية والاجتماعية الأوروبية والتى تمثل مؤسسات المجتمع المدنى فى القضايا الاقتصادية والاجتماعية، وهيئة المناطق وهى تمثل الإدارات المحلية فى السياسة الإقليمية والبيئة والتعليم والمحقق الأوروبي حيث يشرف على شكاوى المواطنين المتعلقة بسوء الإدارة بمؤسسات الاتحاد الأوروبي.

## المطلب الثانى

### التكييف القانونى والدستورى للاتحاد الأوروبي

يمثل الاتحاد الأوروبي ظاهرة قانونية ودستورية تستحق الدراسة، حيث يمثل هذا الاتحاد تجميعاً لعدة ملامح للاتحادات المختلفة، كما يوجد بها من المستجدات التى تجعلها تختلف عن أى اتحاد آخر، وهذا ما جعل هناك اختلافاً بين الفقهاء فى تحديد نوع الاتحاد الأوروبي، فباستقراء القواعد الدستورية التى تحكم الاتحاد الأوروبي نجدها تختلف عن أنواع الاتحادات الأخرى.

فالتبيعة الحالية للاتحاد الأوروبي تجد أنها معقدة لتكييفها من الناحية الدستورية والقانونية حيث لا تتفق مع أى من الاتحادات الدستورية المعروفة حالياً<sup>(١)</sup>.

(1) Treaty establishnig a Constitution for Europe, from Wikipedia the Free encyclopedia.

وإذا أمعنا النظر فيما سبق دراسته من ملامح اندماجية وعضوية للاتحاد الأوروبي نلاحظ أنها لا تتفق أولاً مع فكرة الاتحاد الفيدرالي حيث أن هذا الاتحاد يمثل اندماجاً كاملاً لمجموعة من الدول في دولة واحدة وهو ما لم يحدث في دول الاتحاد الأوروبي حيث تظل لكل دولة في الاتحاد سيادتها وإن كانت قد تنازلت عن جزء من هذه السيادة لتحقيق نوع من التكامل والتنسيق وبلوغ غاية التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وتحقيق الوحدة في السياسة الخارجية.

فلا يوجد دستور أوروبي واحد حيث أن مشروع الدستور الأوروبي يسقط أمام تصويت فرنسا وهولندا بمعارضته عام ٢٠٠٥، وتركزت المعارضة على كون الدستور سيسلب من الدول المنفردة سيادتها قانونياً وسياسياً وتحويل إلى دولة فيدرالية. إلى أن دخلت معاهدة لشبونة قانوناً حيز التنفيذ في ١٢/١٢/٢٠٠٩ وسط احتفاء أوروبي واسع كبديل لمشروع الدستور الأوروبي وتم استحداث منصبين في هذه المعاهدة منصب رئيس مجلس الاتحاد الأوروبي أو ما يشبه القائم بمهام وزير خارجية الاتحاد.

كما أن الأمر يختلف عن كونه منظمة دولية أو اتحاداً كونفيدرالياً، فمعظم المنظمات الدولية ذات طابع تعاوني أو تكاملي وتقتصر مهمتها على مجرد تنسيق العلاقات بين الدول الأعضاء وعلى تحقيق التعاون بينها في مجال أو أكثر من مجالات التعاون الدولي وذلك عن طريق ما تصدره من قرارات وتوصيات يتوقف

- 
- (1) Workshop papers for VII World Congress of the International Association of Constitution Law, Workshop No 4 The Constitutional Legal Nature of the European Union "The theoretical Premises of European Constitutionality".

تنفيذها على رضاء الدول الأعضاء فيها فديماً ما تحرص الدول الأعضاء في منظمة دولية على أن يتضمن ميثاق إنشائها ما يكفل عدم مساس المنظمة بسيادتها.

ولا يمكن وصف الاتحاد الأوروبي بأنه اتحاد كونيديرالي حيث أنه مرحلة تفوق بكثير مرحلة الكونفيدرالية وهو أشبه بمنظمة دولية اتفقت على التعاون في مجال معين أو عدة مجالات دون التنازل عن جزء من سيادتها وتحتفظ كل دولة باستقلالها الكامل في شئونها الخارجية والداخلية بينما نجد في الاتحاد الأوروبي اندماجاً يصل إلى درجة التنازل عن جزء من السيادة في سبيل تحقيق مصالح مشتركة. فلا يوجد اتحاداً كونيديرالياً أو منظمة دولية تختص ذاتياً بإصدار قرارات ملزمة للدول الأعضاء ولا تدع فرصة للخيار أمام هذه الدول منقصة بذلك جزءاً من سيادتها.

ولهذا يرى بعض الفقه أن الاتحاد الأوروبي منظمات فوق الدول حيث أنه تجاوز الإطار التعاوني ليمارس قدراً من السلطة في مواجهة الدول الأعضاء فيها مثال لذلك سماعات الفحم والصلب، والسوق الأوروبية المشتركة والجماعات الأوروبية للطاقة الذرية حيث أن تلك المنظمات تملك إصدار قرارات ولوائح تطبيق في الدول الأوروبية الأعضاء وكأنها صادرة من سلطة تشريعية لهذه الدول، فتصدر قراراتها بالأغلبية.

ويرى البعض الأخر<sup>(١)</sup> أن الاتحاد الأوروبي يعد استثناءً على الأصل في المنظمات الدولية وأن إنشاء هذا النوع من المنظمات لا يتوافر إلا في دول لها من النظم القانونية المتحضرة والمتقدمة المكدسة من الدرجة الأولى لمصالح شعوبها فلا تترك أي فرصة يكون الغرض منها تحقيق هذه المصالح وأن إنشاء مثل هذه

(١) . إبراهيم أحمد خليفة، التنظيم الدولي، بدون ناشر، ٢٠١٣، ص ١٤٨ - ١٥٠.

المنظمة لا يجعل منها منظمة سلطوية أو فوق الدول فهو لا يؤثر على سيادتها بل أن انضمامها بإرادتها إلى ميثاق إنشائها هو ما يعد تعبيراً عن سيادتها لا انتقاصاً منها.

وتعد هذه المنظمة خطوة اندماجية تمهيداً لتحقيق اتحاد حقيقي وفعلي بين الدول الأعضاء والدخول في هذا النوع من الاتحاد لا يمكن أن يتحقق إلا بموافقة هذه الدول صراحةً، ولا يتحقق هذا النوع من الاتحاد إلا بتعاون من قبل هذه الدول يتضمن تنازلاً عن جزء من سيادتها فهذه الدول تستطيع أن تمارس سيادتها بنفسها أو من خلال فويض غيرها.

ولهذا يصل هذا الرأي إلى نتيجة مؤداها أن هذا الاتحاد يعد منظمة دولية عادية غير أنها تفتقر عن بقية المنظمات الأخرى في أن أعضائها قد ارتضوا أن يكون لها من السلطات والاختصاصات ما يمكنها من تحقيق هذا التعاون بطريقة فعلية وفعالة.

ونحن نرى أن الاتحاد الأوروبي له وضعية خاصة تختلف عن الاتحادات الدستورية الأخرى سواء كانت اتحاداً فيدرالياً أو اتحاداً كونفيدرالياً، فلم يتحقق الاندماج الكلي للدول المكونة لهذا الاتحاد لكي نعتبره دولة اتحادية كما سبق دراستها، كما أن الاتحاد الأوروبي وصل إلى مرحلة اندماجية أكثر بكثير من الاتحادات الكونفيدرالية والمنظمات الدولية ولهذا نجد أن هذا الاتحاد مرحلة وسط بين الدولة الاتحادية والاتحاد الكونفيدرالي فقد تصل قوة الاندماج إلى توحيد في دولة واحدة كما حدث في الولايات المتحدة وهو ما نعتقد أنه المرحلة المقبلة للاتحاد الأوروبي.

ولا يمكن لنا أن نتجاهل الطبيعة الخاصة للاتحاد الأوروبي وأن نعتبره منظمة دولية عادية حيث أن الآلية القانونية والبيئة التشريعية والتكوين العضوي

لهذا الاتحاد قد ارتقى به إلى مرحلة اندماجية أعلى من مراحل الاتحاد الكونفيدرالى أو المنظمة الدولية ونجد أن اختلاف الاتحاد الأوروبي عن باقى الاتحادات الكونفيدرالية هو اختلاف جوهري لا يمكن إنكاره حيث أنه تغيير فى الملامح الأساسية القانونية لتكوين الاتحادات والمنظمات الدولية وهذا يتضح من تكوينه وآلية العمل داخله والبنية القانونية لهذا الاتحاد ولهذا نحن نعتقد أن هذا يعد نوعاً جيداً من الاتحادات يمكن تسميته باتحادات فوق الكونفيدرالية.

## الفصل الثانى

### دول مجلس التعاون الخليجى بين الواقع والمأمول

تمهيد وتقسيم:

سنحاول أن نلقى فى هذا الفصل مزيداً من الضوء حول الدراسات التى تمت فى شأن مجلس التعاون الخليجى، وماهى الصورة المثلى لزيادة التعاون الاقتصادى والسياسى بين دول مجلس التعاون فى شتى المجالات آخذين فى الاعتبار المشكلات العملية التى تثار فى مواجهة التطور القانونى لمجلس التعاون الخليجى وذلك من خلال المبحثين التالين.

### المبحث الأول

#### دول مجلس التعاون الخليجى من منظور الواقع

مجلس التعاون لدول الخليج العربية هو منظمة إقليمية عربية مكون من ست دول أعضاء تطل على الخليج العربى هى الإمارات والبحرين والسعودية وسلطنة عمان وقطر والكويت، كما يعد كل من العراق باعتباره دولة عربية مطلة على الخليج واليمن باعتبارها امتداداً استراتيجياً لدول الخليج العربى مرشحة للحصول على عضوية المجلس كاملة حيث يمتلك كل من العراق واليمن عضوية بعض لجان المجلس كالرياضية والصحية والثقافية.

تأسس المجلس فى ٢٥ مايو ١٩٨١ بالاجتماع المنعقد فى الرياض، وقد هدف مجلس التعاون الخليجى إلى تحقيق نوع من التكامل والتنسيق فى المجالات الاقتصادية دون التأثير مطلقاً على فكرة السيادة التى تتمتع بها كل دولة، ويرجع

البعض<sup>(١)</sup> الدافع إلى الاجتماع والإعلان عن تأسيس مجلس التعاون الخليجي عام ١٩٨١ إلى التهديدات الإيرانية آنذاك، فإن التهديدات الإيرانية الحالية نفسها هي التي تدفع دول الخليج إلى سرعة اتخاذ قرار بتطوير المجلس من مجلس تعاون إلى اتحاد يعبر عن ست دول تتعاون اقتصادياً وثقافياً، وتتعاهد عسكرياً وسياسياً لتحقيق أعلى درجات الدفاع المشترك.

وقد جاء هذا التعاون بين دول مجلس التعاون الخليجي نظراً لعمق الروابط الدينية والثقافية، والتمازج الأسرى بين مواطنيها، وهي في مجملها عوامل تقارب وتوحد.

وقد كان النظام الأساسي لمجلس التعاون واضحاً في أهدافه المتمثلة في تحقيق التنسيق والتكامل والترابط بين الدول الأعضاء في جميع الميادين وصولاً إلى وحدتها، وتوثيق الروابط بين شعوبها، ووضع أنظمة متماثلة، في مختلف الميادين الاقتصادية والمالية و التجارية والشئون الاجتماعية والصحية والإعلامية والسياحية ودفع عجلة التقدم العلمي والتقني في مجالات الصناعة. ويتضح ذلك من نص المادة الرابعة من النظام الأساسي الذي أوضح أهدافه في تحقيق التنسيق والتكامل والترابط بين الدول الأعضاء.

### التكليف القانوني لدول مجلس التعاون الخليجي:

يتضح من خلال الفصل التمهيدي والذي تناول دراسة الأنواع المختلفة من الاتحادات أن مجلس التعاون الخليجي تحاصل عام هو منظمة دولية حيث تتفق مجموعة من الدول على إنشائها لكي تحقق هدفاً مشتركاً بينها وبشرط أن يكون هذا

(١) الاقتصادية " مجلس التعاون الخليجي" ... بين الفيدرالية والكونفدرالية، د. أمين الساعاتي.



الهدف مشروعاً، ولكى تبلغ المنظمة هذا الهدف لابد أن تتمتع بصفة الدوام والاستمرار وأن يكون لها إرادة مستقلة عن إرادات الدول المنشئة لها.

فتتوافر عناصر المنظمة الدولية من حيث نشوئه بمقتضى أنفاق دولى يتم بين مجموعة من الدول، ويتمتع بالإرادة الذاتية التى تميزه عن كونه مؤتمراً دولياً لا يتمتع بصفة الثبات والاستمرار.

فلا يختلف أحد على كون مجلس التعاون الخليجى منظمة دولية ولكن السؤال الذى يطرح نفسه إلى أى نوع من الاتحادات ينتمى هذا المجلس؟

فلا يعد مجلس التعاون الخليجى اتحاداً شخصياً يقوم على وحدة شخص رئيس الدولة، فكل دولة من الدول الأعضاء دولة مستقلة لها قيادتها المستقلة التى تنأى بها عن الاتحاد فى كيان واحد.

وأيضاً لا يعد بأى حال من الأحوال اتحاداً حقيقياً لأن الاتحاد الحقيقى كما سبق القول يفقد الدولة الداخلة فى الاتحاد شخصيتها الدولية تماماً لتحل محلها جميعاً فى المجال الدولى شخصية دولية جديدة هى شخصية الاتحاد، وهو ما لم يحدث فى مجلس التعاون الخليجى حيث تحتفظ كل دولة بشخصيتها الدولية المستقلة وعلاقتها الدولية والدبلوماسية المنفصلة عن الاتحاد.

وفى الواقع أنه لا يختلف أحد حول إنكار صفة الدولة الاتحادية على مجلس التعاون الخليجى حيث أن مقتضى ذلك اندماج هذه الدولة فى دولة واحدة، وأن تتنازل كل منها عن سيادتها الخارجية وشخصيتها الدولية لصالح الحكومة الفيدرالية وبالتالي تنتهى الشخصية المعنوية الدولية عن هذه الدولة وهذا ما لم يحدث مطلقاً فى مجلس التعاون الخليجى الذى تحتفظ كل دولة فيه بسيادتها الكاملة ويقتصر دور

المجلس على تحقيق نوع من التعاون والتنسيق بين هذه الدول، ولا تصدر قرارات المجلس الأعلى فى المسائل الموضوعية إلا بإجماع الدول الأعضاء الحاضرة المشتركة فى التصويت (م ٩ من النظام الأساسى).

أما الاتحاد التعاهدى أو ما يطلق عليه الاتحاد الكونفيدرالى فهو عبارة عن اتحاد ينشأ بمقتضى معاهدة بين عدة دول تقيم فيما بينها هيئة مشتركة دائمة وتعهد إليها باختصاصات مشتركة تباشرها بصفة منفردة أو بالاشتراك مع الدول الأعضاء.

وإذا نظرنا إلى دول مجلس التعاون الخليجى نجد أنها نشأت بمقتضى اتفاق دولى بين الدول الأعضاء واحتفظ كل من هذه الدول بسيادته كاملة فى المجال الخارجى والداخلى، وتتخذ قراراتها بالإجماع فى المسائل الموضوعية وليس للمجلس التدخل فى التنظيم الداخلى للدول.

وتتحدد اختصاصات سلطة التعاهد بما وافقت عليه الدول الأعضاء والذى لا تتقيد هذه الأخيرة إلا به، ولا يحد ذلك من نشاطها فى ممارسة سيادتها إلا بالقدر الذى ارتضته فى وثيقة التعاهد وفيما عدا ذلك فلكل دولة سلطتها الكاملة فى مجالها الداخلى والخارجى.

ونحن نرى أن هذه الصورة من الاتحادات (الاتحاد الكونفيدرالى) ينطبق من الناحية القانونية والواقعية على مجلس التعاون الخليجى فجوهر فكرة هذا الاتحاد هو تلاقى الدول من خلال معاهدة على اختصاصات معينة لهذا الاتحاد دون التنازل مطلقاً عن أى جزء من سيادة الدول الداخلة فى الاتحاد، وهو ينطبق أيضاً على جامعة الدول العربية وغيرها من المنظمات المماثلة.

ومن ثم فمن الخطأ الشائع أن ندعو لتحويل مجلس التعاون الخليجي إلى اتحاد كونفيدرالى، فهذا لا يعد تحولاً حقيقياً بل مصادرة على المطلوب وهو الوصول إلى مرحلة إندماجية أعلى، أما الحديث عن تكوين جيش مشترك وغير ذلك فهى من الأمور التى تدخل أيضاً فى إطار الاتحاد الكونفيدرالى ولا تحتاج لعملية تحول، أما ما يأمل فيه البعض هو الوصول إلى مرحلة أشبه بفكرة الاتحاد الأوروبى والتى تنازلت بالفعل كل دولة عن جزء من سيادتها لصالح الاتحاد وهو ما أطلقنا عليه فى الفصل السابق مصطلح " اتحاد فوق الكونفيدرالى".

## المبحث الثانى

### الوضع المأمول لمجلس التعاون الخليجي

فقد تباينت الآراء حول تحول مجلس التعاون الخليجي إلى اتحاد بين مؤيد ومعارض وكان لكل من الفريقين حججهم وأسائدهم.

#### \* آراء الرافضين لفكرة الاتحاد الخليجي:

يرى بعض الرافضين لفكرة الاتحاد الخليجي أن هذا يمس سيادة الدولة التى نص الدستور عليها مما يعد تعارضاً وتناقضاً واضحاً مع الدستور، فيؤكد الكثيرون على أهمية أن تصان سيادة واستقلال وخصوصية كل دولة، ولهذا يجد هذا الرأى أن فكرة الاتحاد لا تستند إلى أساس قانونى صحيح.

كما يرى نفس الاتحاد وجود اختلاف فى طبائع مواطنى دول الخليج واختلاف فى الثقافة والعادات والتقاليد لا تسمح بتكوين مثل هذا الاتحاد، ويرجعها البعض إلى اختلاف فى النظم السياسية فبعض الدول تقوم على نظام ديمقراطى بينما بعض الدول الخليجية ليس بها أنظمة ديمقراطية كاملة وأيضاً هنا بعض الدول كدولة

الكويت دولة صغيرة المساحة وعدد سكانها قليل مقارنة بدول خليجية أخرى مما يجعل حرية انتقال العمالة يؤثر سلبياً على دولة صغيرة مثل الكويت، بالمقابل لدولة كبيرة فى تعانى من بطالة ونمو اقتصادى متواضع فدول الخليج تشهد عدم تكافؤ فى النمو بين الأقاليم المختلفة.

ولهذا يرى بعض الرافضين أن قوة الدفاع الخليجية قد تكون أمراً جيداً وإيجابياً أما أى نوع آخر من الوحدة الاقتصادية أو الاجتماعية أعتقد أنه سيكون له آثار سلبية على دولة الكويت.

ويستند هذا الرأى أيضاً إلى أن الاختلافات كبيرة بين دول المجلس من حيث التشريعات، والأطر السياسية والعلاقات الإقليمية ومؤسسات المجتمع المدنى الفاعلة على مستوى الدول والحكومات. وأن دول الخليج عجزت عن إنشاء جيش مشترك، كما تعثرت الوحدة النقدية وهى الأهم لأى وحدة وكذلك مازالت هناك حدود سياسية لم تحسم بين بعض الدول.

#### \* آراء المؤيدين لفكرة الاتحاد:

أكد هذا الرأى على ضرورة وجود اتحاد بين دول الخليج يمثله جيش خليجى واحد ووزارة خارجية واحدة من أجل ردع الأخطار الخارجية، فيؤيد هذا الرأى فكرة تدعو إلى توحيد الجهود الخليجية وتنسيقها وإزالة الفوارق والعقبات فيما بينها لافتاً إلى أن ذلك سيرجع بالنفع على جميع سكان الخليج بل يبدى هذا الاتجاه أسفه عن تأخر دول الخليج عن مواكبة هذا الركب منذ سنوات عدة.

كما شدد هذا الاتجاه على أهمية وجود منظومة عسكرية خليجية تكون على أهبة الاستعداد للدفاع عن أراضى الخليج تعرضها لأى اعتداء.

ويجد هذا الرأي أساسه القانونى فى المادة الرابعة من النظام الأساسى لمجلس التعاون الخليجى والذى أكد على أهمية التنسيق والتعاون والتكامل بين دول الخليج ولكن لم يكن الواقع على المستوى المطلوب.

وعلى عكس مايرى الاتجاه المناهض لفكرة الاتحاد الخليجى، يرى هذا الاتجاه أن دول الخليج العربى تربطه عدة روابط تسهل عملية الاتحاد الذى يطمح له مجلس التعاون الخليجى، وأن هذا الاتحاد سيحقق مكاسب ستفتح آفاق التعاون الخليجى فى رقى المنطقة وفتح مجال اقتصادى كبير يساهم فى رفاهية أبناء المنطقة.

ويرى هذا الاتجاه أن هذا الاتحاد سيمثل عمق استراتيجى لدول الخليج وغطاء أمنى إقليمى مهم لهذه الدول مما يجعل لدول الخليج قوة سياسية وعسكرية وأمنية نتيجة اتحادها.

رأينا فى الموضوع:

لا ينكر أحد أن تكوين اتحاد خليجى يهدف إلى وحدة السياسة الخارجية لدول الخليج وعملة موحدة وسوق خليجية واحدة وجيش واحد يشكل منظومة عسكرية خليجية تحافظ على أمن دول الخليج لهو أمر يحظى بقبول الجميع حتى المناهضين لتكوين مثل هذا الاتحاد حيث أن أسانيد رفضهم لا تتعلق بالوحدة فى حد ذاتها بقدر ما هو عدم ملائمة ظروف تكوين هذا الاتحاد وإمكانية مساس هذا الاتحاد بالظروف الاقتصادية لبعض دول الخليج.

والواقع أن الحجج التى ساقها الاتجاه الراض لتكوين اتحاد خليجى تعد حججاً محل نظر، حيث أن القول بأن هذا الاتحاد يمثل اعتداءً على سيادة الدولة وهو

أمر كفله الدستور الداخلى لهذه الدول مردود بأن الدول تنضم لهذا الاتحاد بمقتضى اتفاق أو معاهدة. وهو يمثل عمل من أعمال السيادة يتمثل فى مباشرة مظهر من مظاهرها الخارجية عن طريق إبرام معاهدة مع دول أخرى، فإذا ما عهدت السلطة المركزية للتعاهد ببعض اختصاصاتها المستمدة من سيادتها وارتضت الخضوع لقرارات هذه السلطة التى تتخذ بأغلبية الآراء مثلاً، فإنها لا تفقد بذلك سيادتها بالنسبة لهذه الاختصاصات إذ أنها قبلت مقدماً الخضوع لقرارات السلطة المركزية.

ولا يمكن تبرير الرفض بأن ذلك مخالفاً للدستور لأن الدستور قواعد قانونية من صنع البشر يمكن تعديلها حتى لو كانت إجراءات تعديلها أشد من إجراءات تعديل القانون العادى.

وحتى على فرض تنازل الدولة عن جزء من سيادتها، فلا يمكن تبرير الرفض بأن ذلك مخالفاً للدستور لأن الدستور قواعد قانونية من صنع البشر يمكن تعديلها حتى لو كانت إجراءات تعديلها أشد من إجراءات تعديل القانون العادى.

والقول بأن دول الخليج بها اختلاف فى طبائع مواطنيها أو اختلاف فى الظروف السياسية والاقتصادية لهذا القول يمكن دحضه من خلال سؤال وهو وما الوضع بالنسبة لدول الاتحاد الأوروبى التى لا يجمعها ما يجمع دول الخليج من وحدة الروابط التاريخية والجغرافية والاجتماعية بالإضافة إلى وحدة اللغة والدين؟ فنجد أن دول أوروبا لا يجمعها وحدة الدين واللغة والعادات والتقاليد ووحدة الثقافة التى تربط دول الخليج، وقد رأينا من خلال دراستنا للاتحاد الأوروبى ما وصل إليه من تقدم كبير فى الوحدة الاقتصادية والسياسية والعسكرية وكافة المستويات الأخرى وقد تنازل كل من هذه الدول عن جزء من سيادتها إعلاءً للمصالح المشتركة بينها

دون أن يؤثر ذلك على الاستقلال الكامل للدول الداخلة فى الاتحاد الأوروبى، وهما هو الآن يتجه نحو تكوين دولة اتحادية (اتحاد فيدرالى).

أما القول باختلاف الأنظمة السياسية بين دول الخليج، فنحن نرى أن هذا لا يمثل عائقاً يحول دون وحدة العملة والجيش ووحدة السياسة الخارجية وتكوين سوق مشتركة بينها، وباستقراء الوضع فى دول الاتحاد الأوروبى نجد أنه من الصعب أن نجد وحدة فى الأنظمة الداخلية والسياسية التى تحكم هذه الدول ولكن هذا لم يمنعها من تكوين اتحاد فوق الكونفيدرالى كما سبق أن أوضحنا.

والاستناد على وجود اختلاف فى النمو الاقتصادى ونسبة البطالة بين دول الخليج واختلاف عدد السكان ومساحة الدول لهو أمر مردود، حيث أن لكل دولة تستطيع أن تحتفظ على البنود التى لا تتناسب مع طبيعتها أو مصلحتها كدولة بالرغم من أن الدول الأوروبية تغلبت على مثل هذا التباين ولم نجد أن هذا الاختلاف قد مثل عائقاً بالنسبة للاتحاد الأوروبى.

ولكن كل ما تحتاجه دول الخليج لتكوين مثل هذا الاتحاد هو إجراء بعض التعديلات التشريعية لكى تتناسب مع فكرة الاتحاد سوف كان الأمر يتعلق بالسياسات الاقتصادية والنقدية أو المسائل العسكرية وهذا ما لا يصعب إجراؤه من خلال المجالس التشريعية لهذه الدول.

**اقتراحنا بالنسبة لمجلس التعاون الخليجي:**

من خلال دراستنا للاتحاد الأوروبى، يمكن استنتاج بعض الدروس

المستفادة من هذا الاتحاد حيث نلاحظ:

أولاً: فكرة التدرج فى الوصول إلى هذه المرحلة الاندماجية وذلك من خلال عدة مراحل واتفاقيات تبرمها هذه الدول أى أن هذا الاتحاد لم يتحقق مصادفة ولم يأت مرة واحدة ولهذا لا بد أن يكون هناك تدرج فى تحقيق هذا الاتحاد بالنسبة لمجلس التعاون الخليجى.

ثانياً: نلاحظ أن هذه الخطوات لم تتوقف نتيجة رفض بعض الدول الأوروبية لها وإنما كان الاتحاد يبدأ فى تنفيذ هذه الخطوة بعدد من الدول التى وافقت عليها دون الأخرى ومثال على ذلك وحدة العملة التى لم ينضم إليها كل الدول الأوروبية.

ثالثاً: أن الاتحاد الأوروبى لم يهتم بفكرة تصنيفه أو المسميات التى تطلق عليه، وإنما مضى فى طريقه نحو مزيد من الإندماج ووحدة بين الدول الأوروبية على كافة المستويات دون تسمية هذا الاتحاد لأن العبرة بما وصل إليه من بنية تشريعية واتفاقيات دولية تحقق المصالح المشتركة لدول أوروبا.

ولهذا نأمل أن يحقق مجلس التعاون الخليجى ما حققه الاتحاد الأوروبى من خلال عقد اتفاقيات ومعاهدات تتجه نحو مزيد من الاندماج على المستوى الاقتصادى من خلال عملة موحدة وسوق خليجية واحدة بعد إحداث تعديلات فى البنية التشريعية الداخلية تتناسب مع هذه السياسات الموحدة وأيضاً تحقيق اندماج على المستوى العسكرى من خلال جيش موحّد يدفع أى اعتداء يوجه إلى دول الخليج، وأيضاً من ناحية العلاقات الخارجية حتى لو تم ذلك كله من خلال تنازل الدول عن جزء من اختصاصها لصالح هذا الاتحاد طالما يحقق ذلك المصلحة المشتركة لهذه الدول.



ونأمل أن يكون بادرة جيدة لتكوين جيش واحد للأمة العربية وسوق عربية مشتركة طال انتظارها، ويكون لدول الخليج السبق في ذلك من خلال تكوين اتحاد خليجي يكون النواة التي توحد الأمة العربية ككل.

أما الحديث عن اتحاد فيدرالي لدول الخليج فهو أمر مبكر يحتاج إلى كثير من الوقت وهي مرحلة لا يمكن الحديث عن تحقيقها حالياً حيث أنها آخر خطوات التوحد ولا بد من المرور أولاً بمرحلة تماثل فكرة الاتحاد الأوروبي.

## خاتمة:

تجمع دول الخليج وحدة ثقافية ودينية ولغوية ووحدة فى العادات والتقاليد يمكنها من تكوين اتحاد خليجي قوي يحقق إندماجاً حقيقياً على مستويات عديدة يماثل الاتحاد الأوروبي بل أننا نجد أن هذا الاتحاد قد تأخر كثيراً وحن الوقت لكي يتم تكوينه.

ومن الجدير بالذكر تلك الدراسة وإن كانت تخص دول الخليج وعرضنا فيها للاتحاد الأوروبي كنموذج يحتذى به، إلا أن أي باحث فى الشؤون العربية يأمل أن يأتي اليوم الذى يستطيع المواطن العربى أن يتنقل بين أرجاء الأمة العربية دون عوائق التأشيرات فى اتحاد عربى سيما فى ظل وحدة اللغة والجنس والدين، وأن جميع الدول العربية لا تعاني من أي نزعات عرقية أو عنصرية بالمقارنة بدول الاتحاد الأوروبي أو بالولايات المتحدة الأمريكية ذاتها.



---

---

# غرامات التأخير في العقود الإدارية

---

---

د. أيمن فتحي محمد محمد عفيفي

مدرس القانون العام كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

دكتوراه في القانون العام – جامعة بوردو بفرنسا

١ - موقع غرامات التأخير في نظرية العقد الإداري. تلعب غرامات التأخير دورًا هامًا في تنفيذ العقود الإدارية، فغرامة التأخير تعد أحد الجزاءات التي تلجأ إليها الإدارة لضمان تنفيذ بنود العقد الإداري، وتلجأ الإدارة لهذه الغرامات في حال إخلال المتعاقد معها بالتزامه بتنفيذ أداؤه العقدية في مواعيدها المتفق عليها في العقد. فغرامات التأخير تلعب دورًا هامًا في ضمان الالتزام بالمواعيد المحددة للمتعاقد مع الإدارة في العقد الإداري.

وتعمل الجزاءات بصفة عامة في العقود الإدارية على ضمان تنفيذ هذه العقود وفقا لما اشتملت عليه من بنود، وتعد نظرية الجزاءات في العقود الإدارية إحدى النظريات التي تتميز بذاتها وبخصوصية أحكامها في مجال القانون العام<sup>١</sup>. فالجزاءات في العقود الإدارية تنطبق بغير حاجة لنص يقررها، ولا يجوز للإدارة التنازل عنها، ويثبت للإدارة الحق في توقيعها بمقتضى قرار يصدر عن إرادتها المنفردة وبغير حاجة للجوء لقاضي العقد. وتلك كلها أمور تخرج عن المألوف في مجال العلاقات العقدية الخاصة.

وتجد نظرية الجزاءات في العقود الإدارية أساسها النظري في مبدأ من أهم مبادئ القانون العام: مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. ويتكامل هذا المبدأ مع مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتطوير ليشكلا أساساً نظرياً ليس فقط لنظرية الجزاءات في العقود الإدارية، وإنما للسلطات الاستثنائية الممنوحة للإدارة في العقود الإدارية ككل، والتي تبدو نظرية الجزاءات فرع منها<sup>٢</sup>. فسلطة الإدارة في تعديل العقد بعض بنود العقد بإرادتها<sup>٣</sup> وسلطتها في إنهاء العقد<sup>٤</sup>، واللذان تجدان

<sup>١</sup> د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص ٢٧٥.

<sup>٢</sup> M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, 2015, p. 12.

<sup>٣</sup> CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle de gaz. De Deville-les-Rouen*, CAJA, n° 9; CE, 10 mars 1910, *Compagnie générale françaises de tramways*, CAJA, n° 23.

<sup>٤</sup> CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnas-Laval*, Rec., p. 246.

أساسهما النظري في مبدأ قابلية المرافق العام للتغيير والتطوير، يمثلان فرعا من السلطات والامتيازات الاستثنائية الممنوحة لجهة الإدارة. وعلاوة على ذلك فإن مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد يبدو أساسا للعديد من نظريات القانون العام الأخرى المتعلقة بالعقود الإدارية والتي تصب بطريقة مباشرة في مصلحة المتعاقد مع الإدارة، كنظرية عمل الأمير<sup>1</sup> ونظرية الظروف الطارئة<sup>2</sup>.

وهكذا فالنظام الاستثنائي الذي تخضع له العقود الإدارية ينبع في الحقيقة من اتصال هذه العقود بالمرافق العامة. فالعقود الإدارية تعمل على إشباع حاجات المرافق العامة وحسن انتظام سيرها في أدائها لخدماتها للجمهور دون توقف أو خلل<sup>3</sup>. فأي خلل في تنفيذ العقد الإداري قد ينعكس أثره على المرفق العام المتصل به العقد الإداري.

وغرامات التأخير تتمثل في مبالغ مالية محددة تلزم بها الإدارة المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية في موعدها. وغرامات التأخير بهذا المعنى تعد من الجزاءات العقدية المعروفة والشائعة في العقود الإدارية سواء في فرنسا أو في مصر.

وعلى الرغم من أن موضوع غرامات التأخير يعد من الموضوعات التي تواترت العديد من المؤلفات والرسائل العلمية على دراسة أحكامها، باعتبارها أحد

<sup>1</sup> CE, 28 décembre 1924 *Tanti*, Rec., p. 940

<sup>2</sup> CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec., p. 125

<sup>3</sup> J MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 2010, p.414.

<sup>4</sup> أنظر علي سبيل المثال، د. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، رسالة للدكتوراه قدمت ونوقشت بجامعة عين شمس سنة ١٩٧٩، ص ١٣٠. د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، طبعة ١٩٧٥، ص ١٦٨. د. عاطف سعدي علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه قدمت ونوقشت بجامعة بنها، سنة ٢٠٠٥، ص ٤٥٧. د. عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، طبعة سنة ١٩٧٣، ص ٣٤٥. د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإسكندرية، دار الفكر العربي، طبعة ١٩٧٥، ص ١٧٠. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، طبعة ٢٠٠٧.

الجزاءات التي توقعها جهة الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري؛ إلا أن القليل من هذه المؤلفات من اهتم بتأصيل غرامات التأخير وتحليل طبيعتها القانونية.

ويتفق الفقه في مصر مع نظيره الفرنسي في اعتبار غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية هي بمثابة تعويضات جزافية منفق عليها مقدما وتستحق بمجرد الإخلال بالتزامات المتعاقد مع الإدارة. و هذا التعريف وإن كان يبدو مستساغا في فرنسا لاتساقه مع مبادئ النظام القانوني الفرنسي إلا أنه لا يبدو متمشيا مع المبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني المصري. فالتعويض وفقا للمبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني المصري وذلك بخلاف الحال في فرنسا، يتعين أن يقابله ضرر.

والحقيقة أن تحديد ماهية غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية وتأصيل طبيعتها القانونية يتعين أن يبدأ أولا بتحديد نوع المسؤولية التي توقع غرامات التأخير كنتيجة لتحقيقها. وتحديد نوع هذه المسؤولية لا يتأتى إلا عن طريق دراسة وتحليل شروط تحققها على ضوء المبادئ التي تحكم نظرية الجزاءات في العقود الإدارية في النظام القانوني الذي تجري الدراسة في إطاره<sup>1</sup>. ومن هذا المنظور تبدو أهمية دراسة موضوع غرامات التأخير من وجهة نظر مقارنة. فالدراسات المقارنة تكتسب أهمية كبيرة في توضيح وتفسير نقاط الخلاف والاتفاق التي تتبدى عند دراسة موضوع واحد في نظامين قانونيين مختلفين.

فاذا أمكن تحديد طبيعة غرامات التأخير، فإنه يسهل بعد ذلك فهم النظام القانوني الذي يحكم سلطة الإدارة في توقيعها لغرامات التأخير في العقود الإدارية المختلفة سواء في مصر أو في فرنسا. وسوف نحاول في هذا البحث تحليل وتأصيل شروط تحقق المسؤولية التي توقع غرامات التأخير كنتيجة لها، وذلك بهدف تحديد طبيعتها القانونية. ثم نتتبع مدى تأثير هذه الطبيعة على الأحكام القانونية المنظمة لها.

<sup>1</sup> د. نصر الدين بشير ، غرامة التأخير في العقد وأثرها في تسيير المرفق العام، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، طبعة سنة ٢٠٠٧، ص ٣٢

<sup>2</sup>M. LEFONDRE, *Recherche sur la sanction administrative et leur nature juridique*, Thèse pour le doctorat présentée et soutenue à l'Université de Caen, 1973.

وسوف نقسم بحثنا لمبحثين . نخصص الأول لدراسة وتحليل ماهية غرامات التأخير، ثم نخصص المبحث الثاني لدراسة أحكامها.  
المبحث الأول:- ماهية غرامات التأخير

المطلب الأول :- شروط توقيع غرامات التأخير  
المطلب الثاني :- الطبيعة القانونية لغرامات التأخير

المبحث الثاني :- أحكام غرامات التأخير

المطلب الأول :- سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير والإعفاء منها  
المطلب الثاني :- تنظيم غرامات التأخير في بعض أنواع العقود الإدارية

## المبحث الأول

### ماهية غرامات التأخير

٢٢- المقصود بغرامات التأخير: يعرف الفقه في مصر<sup>١</sup> وفرنسا<sup>٢</sup> غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية على أنها عبارة عن تعويضات جزافية لمواجهة حالة التأخير في تنفيذ التزام عقدي .

<sup>١</sup> د. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص ١٣٨ : د. عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص ١٦٨ : د. عاطف سعدي علي، مرجع سابق، ص ٤٥٧ : د. نصر الدين بشير ، غرامة التأخير في العقد وأثرها في تسيير المرفق العام، مرجع سابق، ص ٣٢ : د. عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، القاهرة مرجع سابق، ص ٣٤٥ : د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية ، الإسكندرية، مرجع سابق، ص ١٧٠ : د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية مرجع سابق، ص ١٨٥ .

<sup>٢</sup>L. RICHER, *Droit de contrats administratifs*; 7<sup>e</sup> Ed., Paris, LGDJ, p.210: BRACONNIER (S), *Précis du droit des marchés publics*, 4<sup>e</sup> Ed., Paris, Le Moniteur, 2012.



ولغرامة التأخير جانبان : تعويضي ووقائي<sup>1</sup>. أما الجانب الأول للغرامة، فإن في قيمة الغرامة تعويض عن الأضرار التي تلحق بالإدارة نتيجة لعدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في موعدها. فهي بمثابة تعويض متفق عليه مسبقا في العقد هدفه إصلاح الأضرار الناتجة عن تأخر المتعاقد في التنفيذ.

أما عن الجانب الوقائي للغرامة ؛ فغرامة التأخير تتمثل في كونها جزاء عقدي المقصود منه تحقيق الردع بأغراضه العام والخاص. ففي تمكين الإدارة من توقيع الغرامة تهديد للمتعاقد معها حتى لا يقدم على الإخلال بالتزاماته. كذلك فإن توقيع الغرامة على المتعاقد المقصر سوف يكون رادعا له في المستقبل. فيحرص على تنفيذ التزاماته العقدية في المستقبل في موعدها ووفقا للبنود المتفق عليها تفاديا لتكرارها. وأخيرا، فإن توقيع الغرامة على المتعاقد المقصر بتأخيره يدفعه إلى الإسراع في التنفيذ تفاديا لتعاظم قيمة الغرامة.

وبناء على التعريف السابق، يشترط الفقه والقضاء في فرنسا ومصر عدة شروط حتى يثبت للإدارة الحق في توقيع غرامات التأخير. وتتبع هذه الشروط من طبيعة الغرامة كتعويض اتفاقي ينجم عن إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزامه العقدي بتنفيذ أداؤه في مواعيدها المتفق عليها.

فيشترط أولا حتى يثبت حق جهة الإدارة في توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها أن ينص العقد على حق جهة الإدارة في توقيع الغرامة. ويتعين كذلك أن يشمل اتفاق الغرامة في العقد على كيفية توقيع غرامات التأخير وضوابطها، حتى لا يتحول هذا الحق لمطلق لا عاصم له. ويعد الاتفاق عندئذ هو مصدر سلطة الإدارة في توقيع الغرامة.

ويشترط ثانيا تحقق إخلال المتعاقد بالتزامه بتنفيذ أداؤه العقدية في مواعيدها المتفق عليها، فهذا الشرط يعبر عن ركن الخطأ في المسؤولية العقدية التي تتمخض عن توقيع غرامات التأخير. وتحقق الإخلال على النحو السابق يفترض عدة مفترضات. فيتعين أولا أن يكون المتعاقد مع الإدارة ملتزما وفقا لبنود عقد

<sup>1</sup> BRACONNIER (S), *Précis du droit des marchés publics*, op.cit., p. 277.

إداري صحيح ونافذ. ويتعين ثانيًا أن يظل المتعاقد مع الإدارة ملتزمًا لحين حلول أجل التنفيذ. ويشترط ثالثًا أن يحل أجل التنفيذ دون تمامه.

أما عن اشتراط الضرر، فهو يفترض افتراضًا غير قابل لإثبات العكس. فلا يسمح للمتعاقد مع الإدارة بإثبات عدم تحقق ضرر من جراء تأخره في تنفيذ التزاماته العقدية في مواعيدها المتفق عليها. فتأخر المتعاقد مع الإدارة يؤدي قطعًا إلى الإخلال بحسن سير المرفق العام المتصل به العقد. وبالتالي يجوز للإدارة جبر هذا الضرر بفرض غرامات التأخير على المتعاقد معها. وتتواتر أحكام القضاء في مصر على تأكيد أنه " من المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن غرامة التأخير في العقود الإدارية مقررة ضمانيًا لتنفيذ هذه العقود وفي المواعيد المتفق عليها حرصًا على حسن سير المرافق العامة بانتظام وإضطراب، وأن التكييف القانوني لغرامة التأخير أنها صورة من صور التعويض الإتفاقي تتميز عن التعويض في مجالات القانون الخاص بأحكام خاصة أهمها أن أحد أركانها وهو الضرر يفترض وقوعه بمجرد حصول التأخير ون حاجة إلى إثبات جهة الإدارة لوقوعه " ١. وفي فرنسا، يؤكد مجلس الدولة على أن الضرر يفترض بمجرد تحقق التأخير افتراضًا غير قابل لإثبات العكس ٢.

والحقيقة أن تتبع شروط غرامة التأخير بالتحليل لا يقود أبدًا إلى الانتهاء للإقرار بالطبيعة القانونية التي ينتهي إليها فقه القانون العام على الأقل فيما يتعلق بالجانب المصري. فمناقشة شروط تحقق مسؤولية المتعاقد مع الإدارة عن تأخره في تنفيذ التزاماته بالتنفيذ في موعدها. تقود إلى الإقرار بطبيعة مختلفة لغرامات التأخير عن تلك التي يدعيها فقه القانون العام في مصر. فالحقيقة أن غرامات التأخير لا تعدو أن تكون عقوبة عقدية إدارية توقعها جهة الإدارة على المتعاقد معها نتيجة للإخلال بالتزامه بالتنفيذ في الميعاد؛ وأما عن مصدر سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد المخل، فإن هذه السلطة لا تتبع في الحقيقة من العقد

١ الحكم في الطعن رقم ٢٥٧٧٤ لسنة ٥٥ ق.ع، بتاريخ ٢٤/٣/٢٠١٥، لم ينشر بعد : في هذا المعنى انظر أيضا وعلى سبيل المثال، حكم رقم ١٧٧٢ لسنة ٢٩ ق.ع، صادر في ٥/٢/١٩٨٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاما، صادرة في ١٩٩٥، مرجع سابق، ص ٤٩٥.

٢ CE 3 décembre 1920, *Fromassol*, RDP, 1920, p. 64, concl. Corneille : CE 5 janvier 1924, *Olivier*, Lebon, p. 20 : CE 23 mai 1930, *Cie électrique de la Loire*, Rec., p. 549 : CE 10 février 1971, *Bonnet*, Rec., T. p. 1104 : CE 4 juin 1976, *Sté Toulousaine immobilière* : Rec., p. 303

الإداري المبرم مع المتعاقد مع الإدارة بقدر ما تستند للنظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية قاطبة. وتجد سلطة الإدارة في توقيع هذه العقوبة أساسها النظري في حماية مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

أما في فرنسا، فعلى الرغم من أن تكليف غرامات التأخير بأنها تعويضات جزافية يبدو متماشيا مع معطيات النظام القانوني الفرنسي، فإن تطور هذا النظام سواء من الناحية التشريعية أو القضائية يسير ناحية اعتبارها عقوبة عقدية أكثر من اعتبارها تعويضات جزافية.

وتظهر ماهية غرامات التأخير باعتبارها عقوبة عقدية إدارية من خلال تحليل شروط تحقق مسؤولية المتعاقد مع الإدارة التي توقع غرامة التأخير كنتيجة لتحققها في مصر وفرنسا. وسوف نبحث في المطلب الأول شروط توقيع غرامات التأخير، ثم نتولى في المطلب الثاني بحث الطبيعة القانونية لغرامات التأخير.

## المطلب الأول

### شروط توقيع غرامة التأخير

٣ شروط تحقق المسؤولية التي توقع غرامات التأخير كنتيجة لها. يشترط وفقاً للفقهاء السائد في مصر<sup>١</sup> وفرنسا<sup>٢</sup>، لثبوت حق الإدارة في توقيع غرامة التأخير شرطان. الأول وجود اتفاق على غرامة التأخير بين الإدارة والمتعاقد معها. والثاني إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزامه بتنفيذ أداؤه العقدية في موعدها. أما عن شرط الضرر فهو يفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس.

فيشترط أولاً لثبوت حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها : أن يحتوي العقد الإداري على بنود تثبت هذا الحق للإدارة. ويبرر الفقه والقضاء الإداري ضرورة الاتفاق المسبق على منح الإدارة هذا الحق، بأن جهة الإدارة تستمد حقها في توقيع الغرامة من الاتفاق عليها في العقد الإداري ، ويجب أن يتناول اتفاق الغرامة بالتنظيم سلطة الإدارة في توقيع الغرامة. فالإدارة توقع الغرامة وفقاً للضوابط وبالكيفية المنصوص عليها في العقد الإداري. والحقيقة أن التطور التشريعي والقضائي في كل من مصر وفرنسا أدى إلى حد بعيد في الواقع العملي لتراجع دور الاتفاق كمصدر لحق الإدارة في توقيع غرامة التأخير.

فغرامة التأخير توقع في حالة إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزامه بتنفيذ أداؤه العقدية في موعدها المنفق عليها. فالإخلال يقدم على أنه الشرط الثاني لثبوت حق جهة الإدارة في توقيع غرامات التأخير. والإخلال بالالتزام بالتنفيذ في

<sup>١</sup> د. نصر الدين بشير ، غرامة التأخير في العقد وأثرها في تسيير المرفق العام ، مرجع سابق ، ص ١٠ : د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، القاهرة، مرجع سابق، ص ١٦٠ : د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ١٥٨ : د. محمد فؤاد عبد الباسط ، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٠٠

<sup>٢</sup> M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 279 ; F. LICHERE, *Droit des contrats publics*, op.cit., p. 214.

الميعاد يكتسب معنى خاص بصدد غرامات التأخير. فهو يشمل كل صور عدم أداء المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته في موعدها على نحو تام وفقاً للبنود المنصوص عليها في العقد الإداري؛ وتحقق إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزامه بالتنفيذ في الميعاد يفترض اجتماع عدة شروط. هذه الشروط تعد بمثابة تخوم تحدد مشروعية الجزاء الموقع من قبل الإدارة على المتعاقد معها.

أما عن الضرر كشرط لتحقيق مسؤولية المتعاقد مع الإدارة عن التأخير والذي توقع الغرامة كنتيجة لتحقيقها فهو يفترض.

وسوف نتولى في ثلاثة فروع متتالية تحليل شروط توقيع غرامات التأخير. وسوف نخصص الفرع الأول لبحث دور الاتفاق في غرامات التأخير، ونتولى في الفرع الثاني دراسة شرط الإخلال المتمثل في تأخر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته العقدية في مواعيدها المتفق عليها، ونختتم هذا المطلب ببيان موقف القضاء من الضرر كشرط لتحقيق المسؤولية التي توقع غرامات التأخير كنتيجة لتحقيقها.

## الفرع الأول

### الاتفاق على غرامات التأخير

؛ تطور الطابع الاتفاقي لغرامات التأخير. لا شك في أن منح الإدارة سلطة فرض غرامات على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته بمقتضى قرار يصدر منها بإرادتها المنفردة، ومنحها الحق في استيفاء هذه الغرامات بطريق التنفيذ المباشر، هو أمر غير مألوف في نطاق العلاقات العقدية الخاصة. ولتخفيف حدة هذا الخروج عن القواعد العامة في العلاقات العقدية، كان اشتراط قبول المتعاقد مع الإدارة منحها هذا الحق. وهو ما يعرف بالصفة الاتفاقية لغرامة التأخير.

فالإدارة في توقيعها لهذا الجزاء إنما تستمد حقها من العقد الإداري المبرم بينها وبين المتعاقد معها. وتظهر هذه الصفة الاتفاقية للغرامة أولاً في منح الإدارة الحق في توقيعها، وثانياً في تحديد كيفية توقيعها.

ويحرص الفقه السائد في مصر وفرنسا على تأكيد الصفة الاتفاقية لغرامات التأخير. كذلك فإن الأحكام الصادرة من القضاء الإداري سواء في فرنسا أو مصر تحرص على تأكيد الطابع الاتفاقي لغرامات.

ولكن من الملاحظ أن الجانب الاتفاقي لغرامات الإخلال قد شهد في الواقع العملي تراجعاً ملحوظاً مع التطور التشريعي والقضائي سواء في فرنسا أو مصر؛ وتراجع الجانب الاتفاقي لغرامات التأخير من أثره التأكيد على كونها عقوبة أكثر من كونها تعويض اتفاقي. وتراجع دور الاتفاق في غرامات التأخير يظهر أولاً في مجال منح الإدارة سلطة توقيعها، وثانياً في مجال تحديد ضوابط توقيع الغرامة. وسوف نتناول بالبحث أولاً الاتفاق كشرط لتوقيع غرامات التأخير ، ثم نتناول ثانياً دور الاتفاق في تحديد كيفية تطبيق غرامات التأخير.

## أولاً: الاتفاق كشرط لثبوت حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير

٥- القاعدة التقليدية التي تقتضي بوجوب الاتفاق على منح الإدارة الحق في توقيع غرامات التأخير. غرامات التأخير هي مبالغ مالية محددة جزافاً ينص عليها في العقد تحسباً لتأخر المتعاقد مع الإدارة عن المواعيد المحددة للتنفيذ<sup>١</sup>. فيتعين حتى يثبت للإدارة الحق في توقيعها أن يتفق المتعاقدان على منح الإدارة هذا الحق<sup>٢</sup>. فسلطة الإدارة في توقيع الغرامة يتعين أن تجد لها أساساً في العقد الإداري موضوع النزاع.

واشترط أن تجد غرامات التأخير لها أساس في العقد المبرم بين جهة الإدارة والمتعاقد معها يميل لمنح غرامات التأخير قدر من الخصوصية بالمقارنة بباقي الجزاءات العقدية الإدارية.

<sup>1</sup> C. Bréchon-Moulènes, *Droit des marchés publics*, Paris, Le Moniteur, avril 2006. p.220.1.

<sup>٢</sup> د. نصر الدين بشير ، غرامة التأخير في العقد وأثرها في تسيير المرفق العام، مرجع سابق، ص ٣٢ : د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ١٧٠ : د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ١٥٥ : د. عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٤٥ .

فمن جهة : نجد أنه وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي المستقر منذ حكمه دي بلونك الصادر ٣١ مايو ١٩٠٧<sup>١</sup>، فإن غياب الاتفاق على جزاءات عقدية تضمن تنفيذ بنود العقد الإداري لا يعني انتفاء هذه الجزاءات. فإذا لم تتضمن العقد نصوصا تعطي لجهة الإدارة الحق في اقتضاء مبالغ جزافية كتعويض عن تأخر المتعاقد معها في الوفاء بالتزاماته في مواعيدها، فستطيع جهة الإدارة أن تطلب من القاضي تعويضها عن الأضرار التي تلحق بالمرفق العام من جراء التأخر في التنفيذ وفقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية، ولكنها لا تستطيع أن توقع عليه غرامات تأخير.

ومن جهة أخرى، فقد أدى التطور القضائي في أحكام مجلس الدولة الفرنسي إلي الاعتراف وفقا لقضاء مستقر<sup>٢</sup>، بحق جهة الإدارة في توقيع الجزاءات التي تضمن تنفيذ بنود العقد على المتعاقد معها، بمقتضى قرار يصدر منها ودون حاجة لوجود نص في العقد. فالإدارة تستمد حقها في توقيع الجزاءات التي تضمن تنفيذ بنود العقد الإداري غير مرتهن بوجود نص في العقد يعطي الإدارة هذا الحق. ويبدو أن مجلس الدولة الفرنسي في اشتراطه لوجود اتفاق على غرامات التأخير في العقد الإداري يغلب الطابع التعويضي لغرامات التأخير باعتبارها تعويضات جزافية منصوص عليها في العقد أكثر من كونها جزاء يضمن تنفيذ بنود العقد.

والحقيقة أنه إذا تتبعنا اتفاق الغرامة كشرط لثبوت حق الإدارة في توقيعها في مختلف الفروض فإننا نلاحظ بسهولة أن الشرط السابق أصبح مفترضا من مفترضات التعاقد في العقود الإدارية. فحق الإدارة في توقيع غرامات التأخير يثبت سواء في حالة وجود نص على الغرامة في العقد أو وثائقه أو حتى في حالة تخلف مثل هذا النص. علاوة على ذلك، فحق الإدارة في توقيع الغرامة يثبت حتى في حالة العقود الإدارية غير المكتوبة. فإذا أضفنا لذلك قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر بعدم جواز الاتفاق المسبق على استبعاد الغرامة من نصوص العقد، فسوف نتأكد لنا النتيجة التالية : حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير أصبح مفترضا من مفترضات التعاقد في العقود الإدارية سواء في مصر أو فرنسا.

<sup>1</sup> CE, 31 mai 1907, *Desplanques*, Rec., p. 513.

<sup>2</sup> CE 13 mars 1912, *Quintyn*, Rec. p. 362 : CE 6 mai 1985, *Office public d'HLM d'Avignon c/ Guichard*, RDP. 1985. p. 1706.

ولإثبات هذه النتيجة الأخيرة فسوف نتولى بشيء من التفصيل دراسة كل حالة من هذه الحالات في فقرة مستقلة.

٦- حالة وجود نص على الغرامة في العقد أو وثائقه. لا شك أن الصفة الاتفاقية لغرامات الإخلال تتوافر في الحالة التي ينص فيها في صلب العقد الإداري المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها على منح الإدارة هذا الحق صراحة. كذلك الحال، تتوافر الصفة الاتفاقية للغرامة إذا ورد هذا الاتفاق على منح الإدارة سلطة توقيع غرامات على المتعاقد المخل في دفاتر الشروط الخاصة بالعقد. فهذه الأخيرة تعد جزءا متما للتعقد الإداري ولا تنفصل عنه.

علاوة على ذلك تتوافر الصفة العقدية للغرامة، ويصبح من حق الإدارة توقيعها إذا جاء النص عليها في دفاتر الشروط العامة وذلك متى أحال العقد إليها باعتبارها جزءا مكملا له. أما إذا لم يتضمن العقد نصا يحيل إلى هذه الدفاتر، فإنها لا تعد عندئذ جزءا مكملا للتعقد الإداري ولا تكتسب قوته. فدفاتر الشروط العامة هي مجرد نماذج لا تلزم الإدارة ولا المتعاقد معها إلا بعد توقيع طرفي العقد عليها<sup>١</sup>. وفي فرنسا تلعب كراسات الشروط العامة أهمية كبيرة في مجال إثبات

سلطة جهة الإدارة في توقيع غرامات التأخير. فغرامات التأخير لا ينظمها في فرنسا أي نص قانوني أو لائحي. فالإدارة تستمد سلطتها في توقيعها حصريا من الاتفاق مع المتعاقد معها.

وتتولى جهة الإدارة صياغة وتحرير كراسات الشروط بإرادتها المنفردة<sup>٢</sup>. وفي مجال غرامات التأخير تلعب كراسات الشروط العامة دورا كبيرا في إثبات هذا حق الإدارة في توقيعها وتكملة النقص الناجم عن عدم تنظيم غرامات التأخير بنصوص تشريعية أو لائحية. ويعطي قانون الصفقات العامة في فرنسا الحق للإدارة في الإحالة لكراسات الشروط العامة لتكملة البنود ذات الطبيعة الإدارية في العقد الإداري ومن ضمنها غرامات التأخير.

<sup>١</sup> د. نصير الدين بشير، غرامات التأخير العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٧٣.

<sup>٢</sup> A. DE LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, tome premier, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956, 345.



فالفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الصفقات العامة الفرنسي الجديد<sup>١</sup>، تنص على أن " بنود الصفقة يمكن أن يتم تحديدها بالإشارة إلى الوثائق العامة والتي تتمثل في :

١. كراسات الشروط العامة، والتي تحدد البنود ذات الطبيعة الإدارية المطبقة على طائفة من الصفقات العامة (حيث تخضع العقود ذات النوع الواحد المبرمة وفقا لهذا القانون لكراسة شروط واحدة تنطبق على كل العقود المنتمية لهذا النوع. وهكذا تتنوع كراسات الشروط باختلاف أنواع العقود).

٢. كراسات الشروط التقنية العامة، والتي تحدد البنود ذات الطبيعة التقنية المطبقة على كل الأداءات ذات الطبيعة الواحدة .

<sup>١</sup> ابتداء من أول فبراير ٢٠١٦، دخل حيز النفاذ قانون جديد ينظم الصفقات العامة في فرنسا. فمبقتضى المرسوم بقانون رقم ٨٩٩ لسنة ٢٠١٥ الصادر في ٢٣ يوليو ٢٠١٥ والمتعلق بالصفقات العمومية تم إلغاء قانون الصفقات العامة الصادر سنة ٢٠٠٦. علاوة على ذلك، تمت إضافة مواد جديدة لقانون الصفقات العامة الصادر بالمرسوم بقانون ٨٩٩ لسنة ٢٠١٥ بمقتضى المرسومين رقمي ٣٦٠ و٣٦١ لسنة ٢٠١٦.

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics est publiée au JORF n°0169 du 24 juillet 2015 page 12602, texte n° 38. Le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et le décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité. Sont publiés JORF n°0074 du 27 mars 2016 texte n° 28.

وقد تم هذا الاستبدال مراعاة لتوجيهات الاتحاد الاوبي والتي فرضت علي فرنسا تطوير قانون الصفقات العامة ليتمشى مع توجيهات الاتحاد لاسيما المبادئ التي تطالب بقدر أكبر من الشفافية وحرية الدخول للصفقات العامة والمساواة بين المتقدمين لهذه الصفقات. لمزيد من التفصيل يراجع بالفرنسية :

A. LABETOULE A. BARDOUX S. LECADET, "Panorama des principales nouveautés de la réforme du droit des marchés publics", Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales, 23 mai 2016, n° 20, p. 29–37

B. GRANGE, "La tentative de rationalisation de la commande publique par l'ordonnance et le décret sur les marchés publics", AJ Contrats d'affaires, Mai 2016, n° 5, p. 238–241

كراسات الشروط العامة وكراسات الشروط التقنية العام- بقر بواسطة قرار من الوزير المختص بالاقتصاد والوزراء المعنيين.

في حالة إشارة الجهة الإدارية لوثائق العقد العامة يتعين أن يتضمن العقد الإداري في حالة الاتفاق علي بعض البنود التي تخالف كراسات الشروط العامة المواد التي يخالفها العقد الإداري<sup>1</sup>.

وقد كانت المادة ١٣ من قانون الصفقات العامة السابق الصادر في أول أغسطس ٢٠٠٦، تعطي ذات الحق لجهة الإدارة ؛ ومن الناحية العملية<sup>٢</sup>، تلجأ جهة الإدارة في فرنسا لتضمين عقودها نصوصا تحيل لكراسات الشروط العامة لاستدراك كل نقص في بنود العقد الأساسية ووثائقه الخاصة. وهكذا يثبت للإدارة في فرنسا الحق في توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها في حالة غياب النص على الغرامة في صلب العقد الإداري أو وثائقه الخاصة اكتفاءً بالإحالة إلى كراسات الشروط العامة في العقود التي تبرمها جهة الإدارة<sup>٣</sup>.

---

<sup>1</sup> L'alinéa de l'article 15 du nouveau code des marchés publics dispose que " Les clauses du marché public peuvent être déterminées par référence à des documents généraux tels que".

1° Les cahiers des clauses administratives générales, qui fixent les stipulations de nature administrative applicables à une catégorie de marchés publics ;

2° Les cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les stipulations de nature technique applicables à toutes les prestations d'une même nature. Les cahiers des clauses administratives générales et les cahiers des clauses techniques générales sont approuvés par arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés.

Lorsque l'acheteur fait référence à des documents généraux, le marché public comporte, le cas échéant, l'indication des articles de ces documents auxquels il déroge<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Voir, le décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics publié au JORF, n° 179 du 4 août 2006, P.11627 texte n° 20.

<sup>3</sup> L. RICHER, *Droit de contrats administratifs*; 7<sup>e</sup> Ed., Paris, LGDJ, p.153

<sup>4</sup> CE, 22 mars 1977, *Banque à Saint-Phalle*, Rec., p. 211.

٧- حالة عدم النص في العقد أو وثائقه علي غرامات التأخير. يثور التساؤل عن حق جهة الإدارة في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها في حالة خلو العقد ووثائقه الخاصة أو العامة من نص يعطي الإدارة الحق في توقيعها . ويثور هذا التساؤل بالذات في الحالة المصرية بالنظر لتنظيم غرامات التأخير من قبل المشرع المصري في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات<sup>١</sup> . إن الإجابة على هذا التساؤل تستدعي منا التمييز بين فرضين. الأول : وفيه يتضمن العقد نصا يحيل إلى قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية باعتبارهما جزئين متممين ومكملين للعقد الإداري<sup>٢</sup> . والإجابة على التساؤل السابق في هذا الفرض لا يثير خلافا في مصر. فثبتت حق جهة الإدارة في توقيع غرامات التأخير متى تحقق موجبها، على اعتبار أن الإحالة لقانون المناقصات والمزايدات ولائحته يعد بمثابة اتفاق ضمني على ارتضاء أحكامه بشأن غرامات التأخير. فالمتعاقدين قد ارتضيا في هذا الفرض اعتبار اللائحة جزءا مكملًا للعقد الإداري، وبالتالي فنصوص اللائحة تعد بمثابة جزء من العقد، وتكتسب ذات القوة القانونية لبنوده. ومن ثم يحق للإدارة استعمال سلطتها في فرض الغرامات على المتعاقد معها

<sup>١</sup> قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالي القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الصادرة في ١٩٩٨/٥/٨، والمعمول به ابتداء من ١٩٩٨/٦/٨، منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر بتاريخ ٨ مايو ١٩٩٨. وقد صدرت اللائحة التنفيذية لهذا القانون بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ ونشرت بالوقائع المصرية العدد ٢٠١ (تابع) في ١٩٩٨/٩/٦ . ومن الجدير بالذكر أن اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات السابق ٩ لسنة ١٩٨٣ كانت تتضمن نصوصا تنظم غرامات التأخير. وقد كانت المادة ٤٠ من قانون المناقصات والمزايدات ٩ لسنة ١٩٨٣ توجب علي الإدارة الإحالة لأحكام اللائحة التنفيذية لهذا القانون باعتبارها جزء مكملًا للعقد الإداري. انظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، طبعة ٢٠١٢، ص ١٦٧.

<sup>٢</sup> وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "من المستقر علنه أيضا أن مناط تطبيق أحكام المادة ٩٣ من لائحة المناقصات والمزايدات - لائحة قانون ٩ لسنة ٨٣ - هو إشتمال العقد على أحكام تلك اللائحة أو ما يفيد الإحالة إليها باعتبارها جزء مكملًا له، وقد تدارك المشرع هذا الأمر في القانون ٨ لسنة ٨٣ بإصدار قانون المناقصات والمزايدات ، حيث نصت م ٤ منه على أنه يجب النص من شروط العطاء على أن تعتبر أحكام اللائحة التنفيذية لهذا القانون جزء مكملًا لهذه الشروط يخضع لها العقد ". حكم رقم ٣٦٨٣ لسنة ٣٦ ق. ع، بتاريخ ١٩٩٤/١١/٢٩، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية تقسمى الفتوى والتشريع في أربعين عاما، في شأن العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٤٩١ .

أما عن الفرض الثاني : وفيه لا يتضمن العقد نصوصا تشير لاعتبار قانون المناقصات والمزايدات جزءا متما للعقد الإداري، فإن الإجابة على التساؤل الخاص بحق جهة الإدارة في توقيعها يمكن أن يحتمل الخلاف.  
ومن الملاحظ أن قضاء مجلس الدولة والفتاوى الصادرة عنه قد مرت بتطور في هذا الشأن.

ففي البداية كان مجلس الدولة يشترط إما وجود نص صريح في العقد الإداري يعطى الإدارة الحق في فرض غرامات على المتعاقد المخل بالتزاماته أو أن يوجد نص يحيل إلى اللائحة باعتبارها جزءا متما للعقد الإداري.

فقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في الفتوى رقم ٥٢٢ بتاريخ ١٩٦٦/٥/٢٣ بأنه " ومن حيث أن الأصل في العقد أيا كانت طبيعته سواء كان عقدا إداريا أو من عقود القانون الخاص أن يحوى كل أثاره، وأن يتضمن جميع ما اتجهت إليه إرادة الطرفين، وخاصة الأحكام الماثلة أمام جهة الإدارة في لوائح يقيدها وتيرم عقودها على أساسها، وكون الإدارة طرفا في العقد لا يغير من اعتباره عملا ذاتيا فرديا تتولد عنه مراكز شخصية لا يمكن أن تحدد تقديما بالنسبة لكل شخص فهو ليس عملا شرطيا يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة موضوعية لأفراد معينين ولما كانت غرامة التأخير تعويضا اتفاقيا، فإن خلو العقد الذي أبرمته القوات المسلحة مع المؤسسة المصرية العامة لوادى النطرون من النص عليها لا يجيز للقوات المسلحة توقيعها" <sup>١</sup>.

كذلك فقد حكمت محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ١٩٦١/٦/٢٥، بأن شرط تطبيق غرامات التأخير أن " ينص العقد

<sup>١</sup> فتوى رقم ٥٢٢ بتاريخ ١٩٦٦/٥/٢٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ نشأتها حتى عام ٢٠٠٥، المكتب الفني، ٢٠٠٦، ص ٧٠٤.  
كذلك فإن الجمعية العمومية أفتت بأنه " لا تعتبر لائحة المناقصات والمزايدات مكملة للعقد بحيث يمكن تطبيق الجزاءات المبينة ما لم ، يتضمن العقد أحكامها أو الإحالة إليها باعتبارها جزءا مكملا له الأمر غير المتوافر في هذا العقد لذلك انتهى رأى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع إلى أنه لا يجوز توقيع غرامة التأخير على الما قول " . فتوى رقم ٤١٧ بتاريخ ١٩٦٧/٤/١٥ ، نفس المرجع ، ص ٧٠٨ ، الفتوى مذكورة أيضا في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الادارية في اربعين عاما ، مرجع سابق ، ص ١٥٥ .

صراحة على مقدار الجزاء والتعويض المقدر مقدما والذي يلزم به المتعاقد الذي أخل بالتزامات"<sup>(١)</sup>. كذلك فقد تبنت المحكمة الإدارية العليا عقب إنشائها هذا الاتجاه في حكم لها بتاريخ ١٩٦٠/٩/٢١<sup>٢</sup>.

وقد عدلت المحكمة الإدارية العليا عن قضائها السابق لتتبنى اتجاها مغايرا في ٦ يناير ١٩٦٨ حيث قضت بأن " القوانين واللوائح التي يتم التعاقد من ظلها إنما تخاطب الكافة، وعلمهم بمحتواها مفروض فإن أقبِلوا حال قيامها على التعاقد مع الإدارة فالمفروض أنهم قد ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام، وحينئذ تدرج في شروط عقدهم، وتعتبر جزءا لا يتجزأ منها حيث لا فكاك من الالتزام بها ما لم ينص العقد صراحة على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها عدا ما يتعلق منها بالنظام العام وعلى ذلك فإنه يجب تطبيق نصوص لائحة المناقصات والمزايدات ما لم ينص العقد على استبعادها"<sup>٣</sup>. ثم توالت أحكام الإدارية العليا في ذات الاتجاه<sup>٤</sup>.

ومع أن عدم اشتراط النص على غرامة التأخير في العقد أصبح اتجاها مستقرا في قضاء المحكمة الإدارية العليا فإنها أصدرت سنة ١٩٩٤ حكما قررت فيه أنه " ومن المستقر عليه أيضا أن مناط تطبيق أحكام المادة ٩٣ من لائحة المناقصات المذكورة، هو اشتغال العقد على أحكام تلك اللائحة أو ما يفيد الإحالة إليها باعتبارها جزءا مكملا له، وقد تدارك المشرع هذا الأمر في القانون رقم ٩ لسنة ٨٣ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات حيث نصت م (٤٠) منه على أنه " يجب النص في شروط العطاء على أن تعتبر أحكام اللائحة التنفيذية لهذا القانون

<sup>١</sup> حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٩٨ الصادر في ١٩٦١/٦/٢٥، مذكور لدى الدكتور عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة من العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٤٧. ويشير سيادته كذلك إلى حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٠/٩/٢١ رقم ١٣٦ لسنة ٥ ق. ع.

<sup>٢</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٣٦ لسنة ٥ ق. ع، الصادر في ١٩٦٠/٩/٢١، مذكور لدى الدكتور عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

<sup>٣</sup> حكم رقم ٨٥٨ لسنة ١٠ ق. ع، صادر في ١٩٦٨/١/٦، مجموعة العقود في خمسة عشر عاما، المكتب الفني لمجلس الدولة، ص ١١٠.

<sup>٤</sup> حكم رقم ١٥١١ و ١٦٢٥ لسنة ٣١ ق. ع جلسة ١٩٨٩/٤/٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، للسنة الرابعة والثلاثين قضائية عليا، الجزء الثاني، صادرة عن المكتب الفني لمجلس الدولة، ص ٨٣١ وما بعدها.

جزءاً مكملًا لهذه الشروط يخضع لها العقد " ١. ولكن الحقيقة أن هذا الحكم الأخير لم يكن عدولاً عن الاتجاه الذي سبق أن قرره المحكمة بل جاء في نهاية الحكم كقرار قانوني لم يكن تستدعيه الوقائع المعروضة على المحكمة.

علاوة على ما تقدم من عدم اشتراط نص في العقد لثبوت حق الإدارة في غرامات التأخير فإن الأحكام الحديثة الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا في مصر تصرح، بأن غرامات التأخير تعد - مثلها مثل التنفيذ على حساب المتعاقد- من السلطات والامتيازات الاستثنائية التي تستمد الإدارة الحق في توقيعها من القانون مباشرة ودون حاجة لنص في العقد. فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ٢٠١٤/٢/٢٥ بأن " العقود عامة إدارية ومدنية تخضع لأصل عام من أصول القانون يقضى بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وإنه يتعين أن يتم تنفيذ الالتزام محل العقد في الموعد المتفق عليه (...) ونظراً لاتصال العقد الإداري بمرفق عام بما يستتبع وجوب الحرص على انتظام سيره واستدامة تعهد الإدارة له وإشرافها عليه بما يحقق المصلحة العامة فقد خول المشرع في المادة (٢٦) من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ المشار إليه، والمادة (٩٢) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون جهة الإدارة المتعاقدة امتيازات وسلطات تستمدها من القانون مباشرة ودون الحاجة للنص عليه في العقد وذلك لموجبه إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزامه العقدي في الميعاد المحدد بالعقد منها التنفيذ على حسابه أو منحه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه جهة الإدارية غرامة عن مدة التأخير بالنسب وطبقاً للأسس وفي الحدود المنصوص عليها في المادة (٩٢) من اللائحة التنفيذية المشار إليها بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة ٤% بالنسبة لعقود التوريد وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراءات إدارية أو قضائية أخرى وللجهة الإدارية في هذه الحالة أن تستنزل قيمة هذه الغرامة من المبالغ التي عساها تكون مستحقة للمتعاقد المقصر بموجب العقد

١ حكم ٣٦٨٣ لسنة ٣٦ ق.ع، صادر في ١١/٢٩/١٩٩٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في أربعين عاماً، في شأن العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٩١ و ٤٩٢.

الإداري المبرم في هذا الشأن، ودون الإخلال بحق الجهة الإدارية في مطالبة المتعاقد بتعويض كامل عما أصابها من أضرار نتجت عن تأخيره في الوفاء بالتزاماته"<sup>١</sup>.

وقد تبعت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قضاء المحكمة الإدارية العليا وعدلت عن اشتراط وجود نص صريح في العقد الإداري يحيل للقانون ولائحته. فقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأن " قانون المناقصات والمزايدات مكملًا للعقد الإداري فيما لم يرد به من نصوص خاصة ويتعين الرجوع إلى لائحة المناقصات والمزايدات السارية وقت توقيع العقد باعتبارها مكملة للعقد الذي وقع إبان سريانها حتى يمكن القول بأنها مكملة لهذا العقد"<sup>٢</sup>.

أما بالنسبة للفقهاء في مصر، فمن الفقهاء<sup>٣</sup> من يشترط وجود اتفاق صريح بشأن الغرامة في العقد الإداري حتى يمكن للإدارة توقيعها على المتعاقد معها. فيرى الدكتور عثمان عياد: أنه " إذا لم يتضمن العقد نصا على حق الإدارة في فرض الغرامات التأخيرية فإن الإدارة لا تستطيع توقيع الغرامات التأخيرية مع المتعاقد، ولكنها تستطيع اللجوء إلى قاض العقد ليحكم لها بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها من جراء تقصير المتعاقد في أداء التزاماته وفقا للقواعد العامة المطبقة في العقود المدنية بشرط إثبات الخطأ والضرر ومقدار هذا الضرر"<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> الحكم في الطعن رقم ٢٠٣٢٧ لسنة ٥٥ ق.ع، بجلسة ٢٥/٢/٢٠١٤، لم ينشر بعد.

<sup>٢</sup> فتوى رقم ١٢٤ صادرة في ١٩٨٧/٢/٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية من نشأتها حتى عام ٢٠٠٥، ص ٧٠٩: الفتوى رقم ١٣٠ صادرة في ١٢/٢/١٩٧٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاما، مرجع سابق، ص ١٥٤.

<sup>٣</sup> د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية الطبعة الثانية، مرجع سابق، ص ٥٠٨: د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٥٢: د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٠، ص ٢٢٠.

<sup>٤</sup> د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٤٦.

في حين يرى جانب آخر من الفقه<sup>١</sup>، تأييد الاتجاه الثاني الذي تحولت إليه المحكمة الإدارية العليا ومن بعدها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع. وهم يرون أنه طالما لم يستبعد الأطراف غرامة التأخير صراحة فهي تندمج في عقودهم، وتأخذ حكم الشروط العقدية.

والحقيقة أن الاتجاه الثاني هو الأولي بالتأييد؛ لأنه متى سلمنا بأن النصوص القانونية اللائحية الواردة في قانون المناقصات والمزايدات هي نصوص تكميلية، فإنه يتعين القول بسريراتها في الحالة التي تخلو نصوص العقد من تنظيم لها. فمن المعلوم أن القاعدة القانونية تتسم بالعمومية والتجريد، فهي تخاطب كل من يوجد في المركز القانوني الذي تنظمه، والعلم بمحتواها مفروض في الكافة. فإذا خلا العقد من تنظيم بشأن مسألة من المسائل فإن ذلك يعنى اتجاه الإرادة الضمنية للمتعاقدين إلى اعتماد الحل الذي أورده القانون في القاعدة التكميلية. فالقاعدة القانونية التكميلية قاعدة ملزمة<sup>٢</sup>، ولكنها لا تطبق إلا في حالة خلو الاتفاق من تنظيم خاص للمسألة التي تنظمها هذه القاعدة. وقد احتوى قانون المناقصات والمزايدات على تنظيم قانوني لمسألة الغرامة تتواتر أحكام القضاء الإداري وتتفق آراء الفقهاء في مصر على اعتبار هذا التنظيم تكميلي، وبالتالي فللمتعاقدين الاتفاق على تنظيم آخر يخالفه. فإن لم يتفق المتعاقدون على ما يخالفه فإن مقتضى ذلك هو اتجاه الإرادة الضمنية لهم إلى اعتماد التنظيم الذي قرره القانون.

١. د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٦٩ و ١٧٠: د. نصر الدين بشير، مرجع سابق، ص ٦٢: د. فؤاد عبد الباسط، العقود الإدارية، ص ٣٦٠، طبعة ٢٠٠٦، دار الجامعة الجديدة، ص ٢٩٣.

٢. د. محمد حسين منصور، نظرية القانون، الإسكندرية، بدون دار نشر، طبعة ٢٠٠٢، ص ١٨٨. ويقرر سيادته، أن تطبيق القاعدة المكملة معلق مع شرط هو عدم اتفاق الأفراد على عكس ما جاء بها من أحكام فإذا وجد هذا الاتفاق فقدت القاعدة أحد شروطها تطبيقها، ويرجع استبعاد تطبيقها لا بسبب عدم إلزامه، وإنما لأن شروط تطبيقها لم تتوافر.



ولهذا فنحن نؤيد الاتجاه الثاني ونرى أنه من جهة هو الأكثر اتساقا مع العقود الإدارية كعقود تهدف إلى تلبية حاجات المرافق العامة والتي يؤثر التأخير في سيرها أشد التأثير. ومن جهة أخرى، يتفق هذا الاتجاه مع طبيعة الغرامة كجزاء قصد به الحفاظ على مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد .

ولكن يلاحظ أن مناط تطبيق القاعدة السابقة هو أن يكون العقد الإداري خاضع لقانون المناقصات والمزايدات ولائحته التي ورد تنظيم موضوع غرامات التأخير ضمن نصوصها. فإذا لم يكن العقد خاضع لتنظيم هذا القانون ولم يوجد اتفاق بين المتعاقدين ينظم غرامة التأخير فلا يجوز عندئذ تطبيقه<sup>١</sup>. وذلك لأن قانون المناقصات والمزايدات ونصوصه – ومن ضمنها النصوص التي تنظم موضوع الغرامة – إنما تنظم أنواع معينة من العقود التي يسرى عليها هذا القانون. ومن ثم فإذا وجدت عقود إدارية لا يسرى عليها هذا القانون فلا مجال عندئذ لإعمال الحكم السابق. فعمومية القاعدة محددة من حيث الزمان والمكان والموضوع<sup>٢</sup>. فهي محددة من حيث الزمان بالفترة الزمنية التي تسرى عليها هذه القاعدة، ومن ثم فإن قانون المناقصات والمزايدات لا ينظم إلا العقود التي أبرمت في فترة سريانه من حيث الزمان. والقاعدة القانونية محددة من حيث المكان بالإقليم المصري. وهي أخيرا محددة من حيث الموضوع بالعقود التي يتناولها هذا القانون فقط دون غيرها.

## ٨- غرامات التأخير في العقود غير المكتوبة. يبقى أن نشير في هذا

الصدد إلى أن الأصل في العقود الإدارية – شأنها في ذلك شأن كافة العقود –

<sup>١</sup> حكم محكمة القضاء الإدارية رقم ١٠٦٢ لسنة ٧ ق ، ١٩٥٦/١/١١ ، مشار إليه لدى أستاذنا

الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط ، مرجع سابق ، ص ١٩٣

<sup>٢</sup> د. محمد حسين منصور ، مرجع سابق ص ٨٥ ، وما بعدها.

أنظر في تطبيق للمحكمة الإدارية العليا للمبادئ التي تحكم تطبيق القانون من حيث الزمان ، حكم

رقم ١١٧٢ لسنة ٣٧ ق.ع ، صادر في ١٥ / ٢ / ٢٠٠٠ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها

المحكمة الإدارية العليا ، السنة ٤٥ ق.ع ، المكتب الفني ، ص ٤٨١ وما بعدها .

الرضائية. فالعقد يقوم بتحقق الإيجاب والقبول بين طرفيه<sup>١</sup> ، ولا يشترط لانعقاد العقد إفراغ هذا الإيجاب والقبول في محرر مكتوب ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. من الجدير بالذكر أن المادة ١٥ فقرة أولى من قانون الصفقات العامة الجديد في فرنسا لا توجب على الإدارة إبرام عقودها كتابة إلا إذا تجاوزت قيمة العقد ٢٥ ألف يورو<sup>٢</sup>، أما في مصر فإن المادة ٣٢ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات لا توجب تحرير عقد إذا كانت قيمة العقد تقل عن ٥٠ ألف جنيه<sup>٣</sup>.

وفي الواقع العملي، فإن العقد غير المكتوب يبدو غير مألوف في المجال الإداري بسبب جنوح الإدارة عادة إلى إثبات روابطها التعاقدية كتابة. ومع ذلك فإن العقد الإداري غير المكتوب لا يزال يؤدي دورا مكملا في بعض أنواع العقود الإدارية<sup>٤</sup> ، وكذلك الحال بالنسبة لتجديد العقد الأصلي . ويثور التساؤل هنا حول مدى إمكان أعمال نظام الغرامة في العقود غير المكتوبة.

<sup>١</sup> وقد أفتت الجمعية العمومية لتسمى الفتوى والتشريع بأنه " ولا ينال مما تقدم ما ورد بكتاب محافظة دمياط فى الرد على النزاع من عدم وجود عقد مكتوب بين الطرفين، فذلك لا ينال من قيام العقد ووجوده بتحقيق الإيجاب والقبول ". فتوى رقم ١٢٠ بتاريخ ١٩٩٨/٢/٩ ، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية العمومية لتسمى الفتوى والتشريع منذ إنشائها حتى ٢٠٠٥ ، مرجع سابق ، ص ٧٥٦.

<sup>٢</sup> L'aliné 2 de l'article 15 du nouveau code des marchés publics dispose que " Les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 25 000 euros HT sont conclus par écrit".

<sup>٣</sup> أنظر نص المادة ٣٢ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم قرار رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ ، والمنشورة الوقائع المصرية - العدد ٢٠١ (تابع) فى ٦ سبتمبر سنة ١٩٩٨

<sup>٤</sup> د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٥٢.

ويرى البعض<sup>١</sup> أنه ينبغي التمييز بين أن يكون العقد الإداري غير المكتوب مكملا لاتفاق سابق أو تجديد له، وبين الحالة التي يكون العقد فيها مستقلا عن عقد إداري آخر. ففي الحالة الأولى، فإن جهة الإدارة بالخيار بين أن تطبق الاتفاق على الغرامة بتحديددها في العقد الأصلي أو بأن تطبق نصوص اللائحة وتحدددها وفقا لاختيارها وبما يتماشى مع الصالح العام<sup>٢</sup>.

والحقيقة أننا نرى أن الأمر هنا يتعلق بتجديد العقد وأحكامه، والأقرب إلى المنطق التعاقدية هو سريان الاتفاق على الغرامة في العقد الأصلي وليس نصوص القانون واللائحة، وذلك لأن التجديد هو عقد مطابق للعقد الأصلي في كل عناصره ما عدا عنصر المدة. وبالتالي فالأقرب إلى المنطق التعاقدية هو تطبيق الاتفاق الأصلي بشأن الغرامة؛ فتجديد العقد الأصلي بعقد إداري آخر غير مكتوب يقوم بمجرد الإيجاب والقبول بين طرفيه، وهو ما يعني انصراف نية أطرافه إلى اعتماد العقد السابق في كل بنوده وعناصره ما عدا عنصر المدة. أما بالنسبة للعقد الإداري الذي يبرم بين الإدارة والمتعاقد معها لتكملة اتفاق سابق، فإن هذا العقد في الحقيقة مرتبط بالعقد الأول ولا ينفك عنه. وبالتالي فمن الأوفق سريان الاتفاق بشأن الغرامة المنصوص عليه في العقد الأصلي، وذلك كله ما لم يظهر من ظروف وملابسات التعاقد أن إرادة المتعاقدين اتجهت إلى ما يخالف هذا الاتفاق، فالأمر هنا إنما يتعلق بتفسير العقد.

أما بالنسبة للحالة الثانية وهي الحالة التي يكون العقد مستقلا فلا هو مكملا ولا هو تجديدا لعقد سابق، فإن الاتجاه سالف الذكر يرى تطبيق نصوص اللائحة. وذلك على أساس أن عدم اتفاق المتعاقدين على نظام معين يخالف ما هو وارد بشأن لائحة المناقصات والمزايدات، إنما يعني انصراف الإرادة الضمنية للمتعاقدين إلى اعتماد هذا التنظيم؛ ومن ثم فإن الاتفاق على الغرامة يتوافر في هذا العقد الإداري

<sup>١</sup> د. نصر الدين بشير، غرامات التأخير في الإدارى وأثرها في تسيير المرفق العام، مرجع سابق، ص ٦٦، وما بعدها.

<sup>٢</sup> د. نصر الدين بشير، المرجع سابق، ص ٦٨.

غير المكتوب، وهو اتفاق ضمني . ونحن نؤيده في ذلك مع التحفظ بشأن وجود اتفاق غير مكتوب بشأن الغرامة، فالحقيقة أن العقد غير المكتوب هو اتفاق غير مكتوب فالكتابة إذا تتطلب للإثبات، فإذا كان المتعاقدين اتفقا على نظام معين للغرامة التي توقعها الإدارة عند تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته عن الموعد المحدد، فإن هذا الاتفاق هو الذي يسري متى استطاع من له مصلحة- الإدارة أو المتعاقد معها - إثباته أمام القضاء الإداري، ولا تلجأ المحكمة عندئذ إلى التفسير السابق.

٩- مدى جواز الاتفاق على استبعاد الغرامة. يثور التساؤل بصدد دراسة الاتفاق على غرامات التأخير كشرط لثبوت حق الإدارة في توقيعها حول مدى جواز النص في العقد الإداري على استبعاد الغرامة من الجزاءات التي يجوز للإدارة توقيعها .

فمن المتصور الاتفاق صراحةً على استبعاد غرامات التأخير أو ضمناً وذلك كالشطب على النصوص المتعلقة بالغرامة من النموذج المطبوع للعقد. تجيب المحكمة الإدارية العليا على هذا التساؤل بأن " الحكمة من الغرامات التي ينص عليها في العقود الإدارية هي ضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العام بانتظام واطراد، وقد نصت المادة ٩٣ من لائحة قانون المناقصات والمزايدات- لائحة القانون ٩ لسنة ٨٣- على حق الإدارة في توقيعها بمجرد حصول الإخلال ولو لم يترتب عليه ضرر (٠٠٠) ، وبديهي ألا تنتازل الإدارة عن هذا الامتياز الذي يمكنها من سرعة توقيع الجزاء على المقاول المتخلف، وبالتالي تنفيذ العقد في الأوقات المتفق عليها بما يؤكد ضمانها لحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد ". ومعني هذا أن القضاء الإداري في مصر لا يجيز للإدارة الاتفاق مع المتعاقد معها على استبعاد الغرامة من الجزاءات التي يجوز للإدارة توقيعها.

وتأكيداً لهذا الاتجاه أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع " بعدم جواز الإعفاء المسبق من الغرامة ضمن شروط العقد التعاقد، وإنما يكون الإعفاء لدي قيام موجبه في إطار الأحكام التعاقدية واجبة الاتباع "١ . ويستند مجلس الدولة

<sup>١</sup> فتوي رقم ١٠٦ صادرة في ٢٢/١/١٩٩٢ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ إنشائها حتى عام ٢٠٠٥ ، مرجع سابق ، ص ٢٢٣ .

في مصر في ذلك إلى الدور الهام الذي تلعبه الغرامة في الحفاظ على مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

أما فيما يتعلق بفرنسا، فيبدو أن مجلس الدولة الفرنسي إعلاءً للجانب الاتفاقي في العقود يسمح للإدارة بالتنازل مقدما عن حقها في توقيع غرامات تأخير<sup>1</sup>. والحقيقة أن مجلس الدولة المصري في عدم سماحه للإدارة بالاتفاق على استبعاد غرامات التأخير من الجزاءات التي يمكن توقيعها على المتعاقد في حالة إخلاله، يبدو مدفوعا بذات الاعتبارات التي حدث بمجلس الدولة الفرنسي إلى حظر الاتفاق علي تنازل الإدارة عن امتيازاتها في العقد الإداري، ولا سيما سلطتها في توقيع الجزاءات التي تضمن تنفيذ بنود العقد الإداري. فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ٦ مايو ١٩٨٥ أنه لا يجوز للإدارة أن تتفق مع المتعاقد معها علي التنازل مسبقا عن سلطتها في توقيع الجزاءات علي المتعاقد معها، وبالتالي يبطل كل بند في العقد تنتازل بمقتضاه الإدارة عن سلطتها في فسخ العقد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> CE, 17 mars 2010, *Commune d'Issy-les-Moulineaux, CMP*, 2010, n° 173, not. O. VIDAL.

<sup>2</sup> CE, 6 mai 1985, *Association eurolat*, n° 41589 41699, Rec. P.209. Le Conseil a considéré " qu'il ressort des clauses des conventions ainsi intervenues, d'une part que l'Association Eurolat se voyait conférer un droit réel sur un terrain appartenant à une collectivité publique, affecté à un service public, et destiné par les parties à être aménagé à cet effet, et d'autre part que ladite Association était autorisée à céder librement son " droit au bail " à toute personne de son choix, que le syndicat s'engageait par avance à agréer et qui lui succèderait de ce fait dans la gestion du service, sans autre formalité qu'une consultation préalable du syndicat ; qu'enfin, l'une de ces clauses interdisait la résiliation du bail avant le remboursement complet du prêt accordé par le Crédit foncier de France, sauf accord de cet établissement bancaire, auquel devait être consentie par l'Association une hypothèque sur les immeubles qu'elle devait construire, et alors même que ledit établissement aurait refusé de se substituer pour la gestion du service à l'exploitant défaillant ; que ces clauses, incompatibles avec les principes de la domanialité publique comme avec les nécessités du fonctionnement d'un service public, doivent être regardées comme nulles ; qu'elles ont eu un caractère déterminant dans la conclusion des

وفي حكم آخر صادر بذات التاريخ قرر مجلس الدولة الفرنسي أن سلطة في توقيع الجزاءات التي تضمن تنفيذ بنود العقد تستمدها جهة الإدارة من نصوص القانون العام، فهي ترتبط بكل عقد إداري<sup>1</sup>.

أما عن سبب الخلاف بين مجلس الدولة الفرنسي ونظيره المصري بصدد غرامات التأخير، فيبدو أن مجلس الدولة الفرنسي ينظر لغرامات التأخير باعتبارها تعويضات جزافية تجد مصدرها في الاتفاق أكثر من اعتبارها جزاء يدخل ضمن الجزاءات التي تستمد جهة الإدارة حقها في توقيعها من مبادئ القانون العام. وبذلك ينظر مجلس الدولة الفرنسي بعين الاعتبار للجانب التعويضي لغرامة التأخير، باعتبارها تعويضات جزافية تجد مصدرها في الاتفاق الموقع بين جهة الإدارة والمتعاقد معها. فالاتفاق علي استبعاد توقيع غرامات تأخير لا يخل بحقها في طلب التعويضات عن الأضرار التي تصيبها من جراء تأخر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته العقدية في موعدها. ووفقا لحكم مجلس الدولة الفرنسي دي بلونك<sup>2</sup> ١٩٠٧، فإن غياب النص في العقد علي حق جهة الإدارة في المطالبة بالتعويضات لا يمنعها من طلب التعويضات عن الأضرار التي تصيبها من قاضي العقد. أما في مصر، فينظر مجلس الدولة بعين الاعتبار لطبيعة الغرامة كعقوبة عقدية إدارية تؤدي دورا هاما في تحقيق مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. وهكذا، يميل قضاء مجلس الدولة المصري للنظر إلي غرامات التأخير علي أنها أحد الجزاءات التي تستمد الإدارة سلطتها في توقيعها من النظام القانوني الحاكم للعقود الإدارية، وفقا لما تصرح به الأحكام الحديثة الصادرة عن مجلس الدولة المصري<sup>3</sup>.

ومع ذلك فإن اتفاق جهة الإدارة مع المتعاقد معها على استبعاد غرامات التأخير يظل فرض نادر الحدوث في الواقع العملي في فرنسا. فالملاحظ أن الإدارة تميل عادة للتعاقد وفقا لنصوص مطبوعة تؤكد حقها في توقيع غرامات التأخير عند

---

conventions et sont indivisibles des autres dispositions de ces conventions ; qu'elles ont donc pour effet d'entacher de nullité l'ensemble desdites conventions ;".

<sup>1</sup> CE 6 mai 1985, *OPHLM d'Avignon c/ M. Guichgard*, RDP 1985, p.

1706. Le Conseil a considéré que les pouvoirs coercitifs "sont inhérents à tout contrat passé pour l'exécution d'un service public".

<sup>2</sup> CE, 31 mai 1907, *Desplanques*, Rec. Lebon, p. 513.

<sup>3</sup> الحكم في الطعن رقم ٢٠٣٢٧ لسنة ٥٥ ق. ع، جلسة ٢٠١٤/٢/٢٥، سبق الإشارة إليه في الفقرة رقم ٧ من هذا البحث.

تحقق موجبها. فالحرية التعاقدية للمتعاقد مع الإدارة تتركز في الغالب من الأحوال على مبدأ قبول التعاقد وفقا للنماذج من عدمه. أما حرية المفاوضات فتبدو منقوصة في الواقع العلمي<sup>1</sup>.

و نلخص من كل ما سبق إلى أن حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد المخل في تنفيذ التزاماته يثبت للإدارة تقريبا في كل الفروض العملية. فالإتفاق على منح الإدارة الحق في توقيع غرامات التأخير أصبح من مقترضات العقود الإدارية. فمن ناحية تنظم الغرامة نصوص لها صفة تشريعية أو لائحة تعترف للإدارة بهذا الحق . كما هو الحال في تنظيم المشرع المصري لها في قانون المناقصات والمزايدات الحالي ولائحته التنفيذية. وتطبق هذه النصوص على العقود التي تبرمها الإدارة متى لم يتفقا المتعاقدين على الاعفاء صراحة من الغرامة، وهو فرض نادر عملا في فرنسا ومحظور قانونا في مصر. فمجلس الدولة في مصر يحظر على الإدارة التنازل المسبق عن حقها في توقيع الغرامات. وهكذا ننتهي إلى أن حق الإدارة في توقيع الغرامة على المتعاقد المقصر ثابت للإدارة في مصر في كل العقود التي تبرمها، سواء نص العقد على ذلك صراحة أو لم ينص. ولا يستثني من القاعدة السابقة إلا بالنسبة للعقود التي لا تخضع لقانون المناقصات والمزايدات. أما في فرنسا، فعلى الرغم من أن غرامة التأخير لا ينظمها أي نص قانوني أو لائحي، فإن إقرار كراسات الشروط العامة لمختلف أنواع الصفقات في فرنسا لحق الإدارة في توقيع غرامة التأخير يؤدي عملا لنفس النتيجة التي سبق توضيحها في مصر. حق الإدارة في توقيع الغرامة على المتعاقد المقصر ثابت للإدارة في كل العقود التي تبرمها، سواء نص العقد على ذلك صراحة أو لم ينص. فالإدارة في فرنسا تفضل أعمال الرخصة التي حولها لها المشرع في قانون الصفقات العامة بالإحالة لكراسات الشروط العامة للصفقة محل التعاقد. أما إمكان الإتفاق في فرنسا على تنازل الإدارة عن الحق في الغرامة، فهو يظل فرض قليل الأهمية لحد بعيد. فالإدارة وهي الطرف الأقوى في العقد الإداري، تتعاقد عملا وفقا لنماذج مطبوعة تكرر حقها في توقيع الغرامة على المتعاقد المخل<sup>2</sup>، وليس للمتعاقد مع

<sup>1</sup> L. RICHER, *Droit de contrats administratifs*; 7<sup>e</sup> Ed., Paris, LGDJ, p. 41.

<sup>2</sup> Ibidem., p.263.

الإدارة حرية حقيقية في التفاوض في البنود التي تتركس سلطات الإدارة ( البنود الإدارية للعقد)<sup>١</sup>. فهو إما أن يقبل التعاقد بحالته أو يرفضه.

## ثانياً : الاتفاق على كيفية تطبيق الغرامة

١٠- دور الاتفاق في توضيح كيفية تطبيق غرامات التأخير. إذا

كان حق الإدارة في توقيع غرامات تأخير على المتعاقد المقصر أصبح كما سبق أن بينا- من مفترضات العقد الإداري، فإن الإدارة يتعين أن تستند في توقيعها لهذه الغرامة لمرجعية واضحة تبين كيفية تطبيق تلك الغرامات. هذه المرجعية يجب أن يقبلها الطرف الآخر في العقد صراحة أو ضمناً. فإذا تخلفت هذه المرجعية فإن الإدارة لا تستطيع توقيع الغرامة لأن سلطتها ستكون مطلقة بلا عاصم.

ومن هنا كان حرص المشرع المصري على تنظيم حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير. وقد احتوى قانون المناقصات والمزايدات المصري ولائحته التنفيذية على تنظيم قانوني لكيفية توقيع غرامات التأخير. والتنظيم القانوني لكيفية تطبيق غرامات التأخير هو تنظيم تكميلي. فيجوز دائماً للمتعاقدين الاتفاق على خلافه، وتؤكد المحكمة الإدارية العليا في مصر الصفة التكميلية للتنظيم القانوني لغرامات التأخير بتقريرها في قضاء مستقر أن " قضاء هذه المحكمة جرى على أنه إذا تضمن العقد تحديداً لمقدار غرامة التأخير التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بالتزاماته قبلها، فإن مقدار الغرامة حسبما نص عليها العقد، يكون هو الواجب التطبيق دون النص اللائحي، لأنه هو الذي توافقت عليه إرادة المتعاقدين المشتركة " <sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> C. MAUGUE, "Les variations des contrats administratifs", *AJDA*, 1998, p.694; J. MOREAU, "Les matières contractuelles", *AJDA*, 1998, p. 747.

<sup>٢</sup> الحكم في الطعن رقم ٣١٤٠ لسنة ٥١ ق علنا بتاريخ ٢٠٠٨/٣/١١. أنظر كذلك بصدد تأكيد نفس المبدأ حكم رقم ٩٤ لسنة ٩ ق.ع، صادر في ١١/١٢/١٩٦٥، مجموعة المبادئ القانونية التي



ويسرى الحكم السابق حتى ولو لم يرد التحديد في صلب العقد الإداري وإنما ورد في كراسة الشروط الخاصة أو حتى العامة، متى احتوى العقد على بند يفيد اعتبارها مكملة للعقد المبرم بين الطرفين. ففي هذا الفرض تلحق كراسة الشروط والموصفات بالعقد وتصبح جزءاً من أحكامه.

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بتاريخ ١٣/١٢/١٩٩٩ بأن "المشروع حدد نسبة غرامة التأخير التي يجوز توقيعها على المتعاقد عند الإخلال بحددين أدنى وأقصى، بيد أن ذلك التحديد ليس من النظام العام، فإذا تضمن العقد المبرم مع الإدارة نسبة أخرى لهذه الغرامة، فلا مناص من الالتزام بأحكامها إعلاء لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يقضى أن تقوم قواعد العقد مقام القانون بالنسبة لطرفيه، والثابت من الأوراق أن العقد المبرم بين الأزهر والجمعية الموردة؛ نص في البند الأول على اعتبار كراسة الشروط والموصفات ومحضر لجنة البت جزءاً لا يتجزأ من العقد، وقد تضمنت كراسة الشروط والموصفات أحكاماً تفصيلية تتعلق بغرامات التأخير وردت على نحو مغاير لما تضمنته أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه ولائحته التنفيذية، وعلى أساس هذه الأحكام المغايرة طرحت المناقصة وتم التعاقد وكانت هذه الأحكام تحت نظر الجمعية المتعاقدة وقبلتها دون تحفظ عند التعاقد ومن ثم يكون الطرفان قد ارتضيا تلك الأحكام التي اندمجت في شروط العقد وأصبحت ملزمة لطرفيه ولا فكاك منها".<sup>١١</sup>

ويلاحظ أن الحكم السابق لا يتغير حتى ولو انطوى العقد على نص يحيل إلى قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية باعتبارهما مكملين للعقد الإداري. فمثل هذا النص يعد نصاً عاماً، أما اتفاق المتعاقدين بشأن تحديد الغرامة فهو خاص. ومن المبادئ المسلم بها في التفسير أنه عند التعارض يقدم الخاص على العام. وبالتالي فإن التحديد الوارد في الاتفاق هو الذي يسرى دون نصوص اللائحة وهذا مبدأ مستقر عليه أيضاً من قبل الإدارية العليا.<sup>٢</sup>

---

قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاماً، في شأن العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٩٩.

<sup>١</sup> فتوي رقم ٨٠٠ بتاريخ ١٣/١٢/١٩٩٩، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ إنشائها حتى ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٧٥٧ و٧٥٨.

<sup>٢</sup> تقرر المحكمة الإدارية العليا أنه "ولئن كانت م ٤٢ من العقد تنص على أحكام اللائحة المشار إليها مكملة ومتممة لاحكام العقد، إلا أنه وقد ضمنت الوزارة شرطاً خاصاً ينظم غرامة التأخير من

وكما سبق أن بينا<sup>١</sup>، تلعب كراسات الشروط العامة في فرنسا أهمية كبيرة فيما يتعلق بغرامات التأخير. فهذه الأخيرة لا يعالجها أي نص قانوني أو لائحي. وتشتمل كراسات الشروط العامة والتي تختلف باختلاف نوع الصفقة محل التعاقد على تنظيم دقيق لبيان كيفية توقيع الغرامة. ويختلف هذا التنظيم باختلاف الصفقة محل التعاقد: نوع العقد<sup>٢</sup>. وتعتمد جهة الإدارة إلى الإحالة لكراسة الشروط العامة للصفقة موضوع التعاقد لإثبات حقها في توقيع غرامات التأخير و في تحديد كيفية توقيعها. ووفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي<sup>٣</sup>، فإن كراسات الشروط العامة لا تسري إلا فيما لا يخالف نصوص العقد الذي أبرمته جهة الإدارة. ومن ثم فإذا اتفقت جهة الإدارة مع المتعاقد معها في صلب العقد أو في كراسة الشروط الخاصة على كيفية معينة لتطبيق لغرامات التأخير، فإن هذا الاتفاق هو الواجب النفاذ حتى ولو خالف كراسات الشروط العامة التي أحال إليها العقد.

وقد يجيء تنظيم المتعاقدين لكيفية توقيع الغرامة في العقد الإداري قاصرا. فيتفق المتعاقدان فقط على بعض الجوانب التي تحدد كيفية توقيع الغرامة. عندئذ فإن التنظيم الموضوع للغرامة: الذي جاء بقانون المناقصات والمزايدات ولائحته في مصر أو المنصوص عليه في كراسات الشروط العامة في فرنسا، لا يستبعد إلا في المسائل التي خالفها المتعاقدان. وتبقى باقي أحكام الغرامة الواردة في هذا التنظيم والتي أغفل المتعاقدان الاتفاق على خلافها سارية. إذ أن عدم الاتفاق على ما يخالفها يشير إلى اتجاه الإرادة الضمنية لهم إلى الإبقاء عليها فيما لا يخالف اتفاقهم.

---

حيث موجب توقيعات ومقدارها، فإن هذا الشرط يكون هو الواجب لتطبيق دون أحكام اللائحة أخذا بقاعدة أن الخاص يفيد النص العام". حكم رقم ١١٦٣ لسنة ١٤ ق. ع، صادر ١٩٧٢/١٢/٢٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في أربعين عاما، في شأن العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٢٢.

<sup>١</sup> انظر ما سبق بيانه في الفقرة رقم ٦ من هذا البحث.

<sup>٢</sup> سوف نشير لأنواع المختلفة من كراسات الشروط التي تنظم توقيع غرامات التأخير في العقود الخاضعة لقانون الصفقات العامة في فرنسا بصدد دراسة تطبيق الغرامة في العقود الإدارية، انظر ما يلي، فقرة رقم ١١٥ من هذا البحث.

<sup>٣</sup> CE, 31 juillet 1996, *Canac*, n° 126045, Rec. 124.

وتأكيدا لما سبق، فقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في ١٩٨٧/٢/٤ بأن " قانون المناقصات والمزايدات يعتبر مكملا للعقد الإداري فيما لم يرد به من نصوص خاصة يتعين الرجوع إلى لائحة المناقصات والمزايدات السارية وقت توقيع العقد باعتبارها مكملة للعقد الذي وقع إبان سريانها حتى يمكن القول بأنها مكملة لهذا العقد، فإذا انتهى العقد الموقع في ١٩٨٣/٩/٢ على تحديد الحالات التي يجوز فيها توقيع الغرامة وحالات الإعفاء منها وسكت عن بيان السلطة المختصة بالإعفاء منها أو رفعها بعد توقيعها فإنه يتعين الرجوع إلى لائحة المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ دون اللائحة التنفيذية للقانون ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات و المزايدات" <sup>١</sup>. ويلاحظ أن هذه الفتوى تؤكد أيضا ما سبق أن بيناه <sup>٢</sup> بشأن حدود سريان القاعدة القانونية وبالذات في الشق الخاص بحدود العمومية من حيث الزمان ، فالفتوى قد استبعدت لائحة قانون ٩ لسنة ٨٣ لأن القانون لم يكن ساريا عند إبرام العقد الإداري.

١١- الاتفاقات المشددة لغرامات التأخير. وأخيرا يثور التساؤل حول مدى جواز زيادة التحديد الوارد في العقد عن الحد الأقصى الذي يحدده قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية .

والسبب في طرح هذا التساؤل أن تحديد المشرع للغرامة بحدين حد أدنى وأقصى لم يوضع عبثا، وإنما جاء لتحقيق أغراض معينة. ففي تحديد حد أقصى لمبلغ الغرامة حماية للمتعاقد مع الإدارة حتى لا تجبره الإدارة على قبول تحديد مجحف للغرامة ؛ كما أن تحديدها بحد أدنى إنما قصد منه أن يحقق ردعا للمتعاقد مع الإدارة عن التخلف عن أداء التزاماته في موعدها. والحققة فإنه متى سلمنا بأن التحديد الوارد في القانون هو تحديد تكميلي فإن مقتضى أعمال التفسير الصحيح لقواعد القانون هو جواز مخالفته في حدية الأدنى والأقصى . فأرادة المتعاقدين في تحديد مبلغ الغرامة غير مقيدة، ومن ثم فإنهم يمكن

<sup>١</sup> فتوى رقم ١٢٤ صادرة في ١٩٨٧/٢/٤ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع حتي عام ٢٠٠٥ ، مرجع سابق ص ٧٠٩ .  
<sup>٢</sup> أنظر ما سبق بيانه ، فقرة رقم ٧.

أن يعدلوا في الحدود التي وضعها قانون المناقصات والمزايدات ولائحته سواء كانت الحدود الدنيا أم الحدود القصوى. ويسرى هذا التحديد عندئذ تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. ومع ذلك فإننا نتحفظ بشأن النزول بالحد الأدنى بما ينطوي على تحايل على القاعدة التي قررها مجلس الدولة والتي تقضي بعدم جواز الاتفاق المسبق على استبعاد الغرامة أو الإعفاء المسبق منها<sup>١</sup>. فلا يجوز مثلاً الاتفاق على مبلغ زهيد جداً بقصد التحايل على القاعدة السابقة.

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بتاريخ ١٣/١٢/١٩٩٩ بأن "المشروع حدد نسبة غرامة التأخير التي يجوز توقيعها على المتعاقد عند الإخلال بحدين أدنى وأقصى بيد أن ذلك التحديد ليس من النظام العام، فإذا تضمن العقد المبرم مع جهة الإدارة نسبة أخرى لهذه الغرامة، فلا مناص من الالتزام بأحكامه إعلاء لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يقضى بأن تقوم قواعد العقد بالنسبة لطرفيه مقام قواعد القانون، والثابت من الأوراق أن العقد المبرم بين الأزهر والجمعية الموردة نص في البند الأول على اعتبار كراسه الشروط والمواصفات ومحضر لجنة البت جزء لا يتجزأ من العقد، وقد تضمنت كراسة الشروط والمواصفات أحكام والمزايدات المشار إليه، ولائحته التنفيذية وعلى أساس هذه الأحكام المغايرة طرحت المناقصة وتم التعاقد، وكانت هذه الأحكام تحت نظر الجمعية المتعاقدة وقبلها دون تحفظ عند التعاقد ومن ثم يكون الطرفان قد ارتضيا تلك الأحكام التي اندمجت في شروط العقد وأصبحت ملزمة لطرفيه ولا مجال للفكاك منها"<sup>(٢)</sup>.

ويلاحظ هنا أن الجهة التي تمسكت بالتحديد القانوني لمبلغ الغرامة هي الجمعية المتعاقدة مع الأزهر وهو ما يدل مع أن التحديد العقدي كان أكبر من التحديد القانوني لمبلغ الغرامة وإلا لما تمسكت الجمعية بالتحديد القانوني بالرغم من سبق الاتفاق على ما يخالفه.

أما في فرنسا. فليس من النادر أن تلجأ الإدارة لمخالفة كراسات الشروط العامة فيما يتعلق بغرامات الإخلال. فتلجأ الإدارة لتضمين العقد أو كراسات

<sup>١</sup> أنظر ما سبق بيانه، فقرة رقم ٩ من هذا البحث.

<sup>٢</sup> فتوى رقم ٨٠٠ بتاريخ ١٣/١٢/١٩٩٩، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، مرجع سابق، ص ٧٥٧.

الشروط الخاصة بالصفقة بنصوص متعلقة بالغرامة تخالف تلك المنصوص عليها في الكراسات العامة. والملاحظ أن جهة الإدارة تلجا في مثل هذه الأحوال لتشديد اتفاق الغرامة<sup>1</sup>. فتعمد لزيادة مبلغ الغرامة عن الحد المرصود في كراسات الشروط العامة. وتعتمد الإدارة في فرض مثل هذه الاتفاقات على كونها الطرف الأقوى في العقد<sup>2</sup>. فالإدارة تتعاقد في الغالب من الأحوال وفقا لبنود محددة سلفا في نماذج مطبوعة. وترد البنود المتعلقة بالغرامة ضمن البنود التي لا تسمح الإدارة فيها بالتفاوض. فالمتعاقد ليس له واقعا إلا قبول هذه البنود والإقدام بالتالي على التعاقد أو رفضها مع ما يعنيه ذلك من رفض للتعاقد.

ويقر القاضي الإداري في فرنسا مثل هذه الاتفاقات إعلاء للطبيعة الاتفاقية للعقود الإدارية. ويمنع القاضي الإداري في فرنسا نفسه من المساس باتفاق الغرامة حتى ولو كان مغالى فيه<sup>3</sup>. ولا يسمح القاضي الإداري في فرنسا لنفسه بالمساس بقيمة الغرامة إلا إذا وصل مجموعها في نهاية الصفقة إلي حد المغالاة الظاهرة<sup>4</sup>. ويبرر القاضي الإداري موقفه السابق، وفقا لما عبرت عنه محكمة الاستئناف الإدارية لمدينة مرسيليا في حكمها بتاريخ 9 نوفمبر 2015، بأنه " لا يمكن تجاهل الأهمية التي علق عليها الإدارة المتعاقدة آجال تنفيذ الأداءات المتعاقد عليها، وذلك بالنظر لمعايير إبرام الصفقة ". فزيادة قيمة الغرامة عن القيمة المحدد في كراسات الشروط العامة للصفقة موضوع التعاقد إنما يعبر في الحقيقة عن مدي أهمية عنصر الوقت بالنسبة للإدارة في الصفقة موضوع التعاقد؛ والإدارة هي القوام على احتياجات المرافق العامة، وهي بالتالي الأقدر على تقدير احتياجات هذه المرافق.

مما سبق نخلص إلي أن دور الاتفاق في موضوع غرامات الإخلال قد تراجع إلى حد بعيد مع التطور في كل من مصر وفرنسا سواء فيما يتعلق بمنح الإدارة سلطة توقيع غرامات على المتعاقد المقصر في أداء التزاماته أو حتى في

<sup>1</sup>H. LETTELLIER, "Le pouvoir de modulation des pénalités de retard", *Contrat publics*, n° 86, 2009, p. 67.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> CAA Marseille, 9 novembre 2015, *Société Ecollect*, n° 14MA02747, inédit au recueil.

<sup>4</sup> CE 29 décembre 2008, *OPHLM de Puteaux*, n° 296930, précité.

<sup>5</sup> سوف نعود لدراسة هذا الحكم بتفصيل أكبر بمناسبة دراسة الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير، انظر ما يلي فقرة رقم ٨٤.

كيفية توقيع تلك الغرامات. فتلجأ الإدارة لتوقيع الغرامات في حالة التأخير وفقا لنصوص محددة سلفا. ففي مصر يبين قانون المناقصات والمزايدات كيفية توقيع غرامات التأخير، و في فرنسا تتولي كراسات الشروط العامة بيان هذه الكيفية. ومع التسليم بأن هذا التنظيم سواء في فرنسا أو مصر لا ينطبق إلا في حالة عدم الاتفاق على خلافه، فإن مخالفته بواسطة الاتفاق تكون في الغالب من الأحوال بتشديد اتفاق الغرامة. وتلجأ الإدارة لفرض الاتفاق الذي ترغبه عندئذ اعتمادا على مركزها الواقعي باعتبارها الطرف الأقوى في العقد. فهل يمكننا مع كل ما سبق الاستمرار في القول بأن غرامات التأخير لها طبيعة اتفاقية، بما تفرضه هذه الطبيعة الاتفاقية من حرية في التفاوض؟!

الإخلال بالالتزام بالتنفيذ في الميعاد

١٢- التأخير شرط توقيع الغرامة. إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزامه بتنفيذ أداءاته العقدية في موعدها هو شرط ضروري لثبوت حق جهة الإدارة في توقيع جزاء الغرامة عليه. فإذا وضعنا في الاعتبار إن الاتفاق على منح الإدارة سلطة توقيع غرامات في حالة الإخلال هو شرط مفترض في العقود الإدارية، فإن الغرامة يصبح شرطها الوحيد هو تحقق التأخير. فتوقيع غرامة التأخير غير مرتين بتحقق ضرر فعلي يصيب الإدارة من جراء إخلال المتعاقد معها بالتزاماته العقدية في موعدها.

واستبعاد الضرر من شروط توقيع غرامة التأخير والاكتفاء بتحقق الإخلال يؤكد الطابع الجزائي لغرامات التأخير. فغرامات التأخير توقع في المقام الأول وقبل أي شيء، كجزاء على الإخلال بالتزام عقدي وليس جبرا لضرر. هذا الالتزام هو تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لأداءاته العقدية في موعدها. فتتبع المتعاقد بالتزاماته في موعدها يكتسب أهمية خاصة في العقود الإدارية. فهذه الأخيرة تعمل على إشباع حاجات المرافق العامة التي يتعين أن تسير بانتظام واطراد.

والتأخير الذي هو موجب توقيع الغرامة له معنى واسع يشمل كل صور الإخلال في تنفيذ الإلتزامات العقدية في موعدها. فالمتعاقد مع الإدارة يتعين أن يوفي بالتزاماته كلية ووفقا للنبود والشروط الفنية المتفق عليها بحيث تكون صالحة تماما للتسليم في الميعاد المتفق عليه. وبغير ذلك لا يمكن اعتبار المتعاقد مع الإدارة موفيا بالتزامه بتنفيذ العقد في موعده.

و تتحقق إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزامه بالتنفيذ في الميعاد يقتضي اجتماع عدة شروط. فيتعين أولا أن نكون بصدد عقد إداري نافذ، وأن يظل ثانيا المتعاقد مع الإدارة ملتزما بتنفيذ أداءاته النابعة من العقد لحين حلول ميعاد التنفيذ، وأخيرا أن يحل أجل تنفيذ الأداء دون تحققه. فإذا تخلف أي شرط من هذه الشروط تبعه حق الإدارة في توقيع الغرامة. فهذه الشروط تمثل تخوما لمشروعية الجزاء الموقع من قبل جهة الإدارة.

وسوف نتناول أولاً تحديد المقصود بالتأخير، ثم نتولى ثانياً بحث شروط تحققه.

## أولاً: المقصود بالتأخير

١٣. التأخير له معنى واسع قد يمتد ليشمل كل صور الإخلال في التنفيذ. إن ثبوت حق في توقيع غرامة تأخير على المتعاقد معها مرهون بتحقق خطأ من جانبه. هذا الخطأ يتمثل في إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته العقدية. فالإخلال هو موجب توقيع الغرامة ومقابلها. وفي هذا تقرر المحكمة الإدارية العليا بأن " غرامات التأخير توقع متى توافرت شروط استحقاقها بحصول إخلال في تنفيذ العقد من جانب المتعاقد مع الجهة الإدارية"<sup>١</sup>.

و يتمثل الإخلال في " تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له"<sup>٢</sup>. فالقانون يفرض على المتعاقد مع الإدارة أن يتم الأعمال المتفق عليها في الميعاد المتفق عليه، بحيث تكون هذه الأعمال صالحة تماماً للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة<sup>٣</sup>. ففي عقد الأشغال العامة على سبيل المثال، إذا حل ميعاد التسليم المؤقت دون أن تكون هذه الأعمال صالحة تماماً للتسليم تحقق الإخلال. فالإخلال يترجم في هذه الأحوال بتأخر المتعاقد مع الإدارة في إنجاز الأعمال المتفق عليها عن ميعاد

<sup>١</sup> حكم رقم ١٣٤ لسنة ٢٤ صادر من ١٠/١/١٩٨١، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاماً، في شأن العقود الإدارية، مرجع السابق، ص ٥٤٢.

<sup>٢</sup> تقرر المحكمة الإدارية العليا أن " توقيع الغرامة لا يكون إلا بالنسبة إلى المتعاقد الذي يتأخر في تسليم العمل في الميعاد المحدد ". حكم رقم ٨٥٨ لسنة ١٠ بتاريخ ١/٦/١٩٦٨، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاماً، في شأن العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٥٠.

<sup>٣</sup> تنص المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ٩٨ على أن "يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضع التعاقد بحيث تكون صالحة تمام للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة".



أدائها. ومن هنا كانت التسمية الشائعة في الفقه والقضاء للغرامات بغرامات التأخير.

وتقرر المحكمة الإدارية العليا أن " غرامات التأخير في العقود الإدارية، ضمانات لتنفيذ هذه العقود من المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وتقوم الإدارة بتوقيع هذه الغرامات دون حاجة إلى صدور حكم بها، وذلك متى توافرت شروط استحقاقها، بحصول الإخلال من جانب المتعاقد المقصر"<sup>٢</sup>.

وإخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته العقدية قد يتخذ صوراً شتى. فقد يمتنع المتعاقد مع الإدارة عن القيام بالأعمال المتفق عليها أصلاً بحيث لا يتخذ أي خطوات تنفيذية لإنجازها، وهو فرض نادر عملاً. وقد يقوم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته بطريقة منقوصة وغير تامة عند حلول الأجل المحدد للتسليم الابتدائي، فترفض بالتالي جهة الإدارة الاستلام. فالأداءات المتفق عليها يجب على المتعاقد مع الإدارة أن يتمها كلية. وقد قضت محكمة الاستئناف الإدارية لليون بفرنسا أن " ادعاء المتعاقد مع الإدارة أن الأداءات التي لم يتم تنفيذها قليلة الأهمية أو أن التركيبات المتفق عليها يمكن استخدامها على حالتها، ليس له أثر في حساب الغرامة"<sup>٣</sup>.

كذلك إذا قام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ الأعمال المطلوبة منه كاملة ولكن في صورة معيبة لا تجعلها صالحة للغرض الذي أعدت له. فالمتعاقد مع الإدارة يتعين أن يوفي بالتزاماته وفقاً للمواصفات الفنية والتقنية التي تم الاتفاق عليها. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا حكماً الصادر في ٢٤/١/٢٠٠٦ بأن " الاستلام الابتدائي قد تم في نفس يوم الانتهاء من صب سقف الكوبري وذلك بالمخالفة لنص م

<sup>١</sup> وتقرر المحكمة الإدارية العليا أن " قضاء هذه المحكمة جرى على أنه يشترط لتوقيع غرامه التأخير بالنسبة لعقد مقاول الأعمال أن يتأخر المقاول عن إتمام العمل، وتسليمه في الميعاد المحدد لذلك من العقد ". حكم رقم ١١٣٠٦ لسنة ٤٨ ق.ع، بتاريخ ٦/٢/٢٠٠٧، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ٢٠٠٦-٢٠٠٧، الجزء الثالث، ص ٢٢٧.

<sup>٢</sup> حكم رقم ٨٤٣ لسنة ٢٦ ق.ع، صادر من ١١/٢٠/١٩٨٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع، في شأن العقود الإدارية في أربعين عاماً، مرجع سابق، ص ٥٠١.

<sup>٣</sup> CAA Lyon, 6 décembre 2001, *OPHLM de la Côte d'Or c. SA Mouillot*.

٢٢ من عقد وزارة الري رقم ٢٣٣٣ ب والتي تنص على أنه " يجب ألا تزال الغرم والحوامل إلا بعد سابقة الحصول على موافقة كتابية من مهندس المصلحة على ذلك، وعلى أي حال لا يجوز إزالتها قبل مضي أربعة أسابيع من تاريخ وضعها ما لم ينص على خلاف ذلك، ومفاد هذا النص أنه لا يجوز استلام جسم الكوبري استلاماً ابتدائياً قبل مرور أربعة أسابيع على حسب سقف الكوبري، ولما كان سقف الكوبري تم في ١٩٩١/١٢/٥ فإنه لا يجوز استلامه ابتدائياً قبل ١٩٩٢/١/٣، وبالتالي لا يعتد بمحضر الاستلام المؤرخ في ١٩٩١/٢/٥ ففي هذا التاريخ لم يكن جسم الكوبري صالحاً للانتفاع به وبالتالي تكون الشركة المطعون ضدها قد تأخرت في تنفيذ جسم الكوبري في الفترة من ١٩٩١/١٢/١١ هو التاريخ الذي كان يجب أن يكون جسم الكوبري صالحاً للانتفاع به - تاريخ التسليم المتفق عليه - حتى ١٩٩٢/١/٣ وهو التاريخ الذي أصبح فيه جسم الكوبري صالحاً للانتفاع به فعلاً".<sup>١</sup>

ويلاحظ أنه إذا كان الغالب أن ينص على غرامات التأخير كجزاء لعدم الوفاء بالأداءات الأساسية موضوع العقد، فإن الإدارة قد تلجأ للغرامة لإجبار المتعاقد معها على الوفاء بالتزامات فرعية تعلق عليها الإدارة أهمية خاصة. فعلى سبيل المثال، توجب المادة ٣ من كراسة الشروط العامة لعقد الأشغال العامة في فرنسا المعمول بها ابتداء من سنة ٢٠٠٩<sup>٢</sup>، على المتعاقد مع الإدارة إخطارها بعقود المقاولات من الباطن التي يوقعها في الحالات التي يسمح له فيها العقد بذلك. وتنص ذات الكراسة على غرامة تأخير توقع على المتعاقد مع الإدارة في حالة تأخره في إعلانها بالعقود من الباطن التي يبرمها مع المقاولون الذين يستخدمهم. كذلك فقد تضمنت جهة الإدارة العقد نصوصاً تلزم المتعاقد معها بمدها بالوثائق والمستندات التي تطلبها خلال مدة معينه وإلا كان من حقها توقيع غرامات تأخير عليه.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> حكم رقم ١٠٨٠٣ لسنة ٤٧ ق.ع صادر في ٢٤/١/٢٠٠٦، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، الدائرة الثالثة عقود، ٢٠٠٥-٢٠٠٦، الجزء الثالث.

<sup>٢</sup> Voir, les dispositions du Cahier de clauses administratives générales travaux 2009 sont Publié JORF n°0227 du 1 octobre 2009 page 15907 texte n° 16.

<sup>٣</sup> CE 17 décembre 2008, SYNDICAT INTERCOMMUNAL DE GESTION ET D'AMENAGEMENT DE SUPERBAGNERES, n° 296819

وفي كل الأحوال فإنه يتعين على جهة الإدارة في توقيعها لجزاء لغرامة التقيد بالأداء الذي رصدت الغرامة كجزاء للتأخر في تنفيذه. وقد قضت المحكمة الإدارية الاستئنافية مرسيليا بفرنسا بأنه " لا يجوز لجهة الإدارة أن توقع على المتعاقد معها غرامة التأخير عن حضور الاجتماعات في غير حالاتها التي حددها الاتفاق المبرم مع المتعاقد معها".<sup>1</sup>

## ثانيا: شروط تحقق التأخير

١٤- مفترضات تحقق الإخلال بالالتزام بالتنفيذ في الميعاد. إن ثبوت حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها مرهون بإخلاله بالالتزام العقدي المتمثل في تنفيذ أداؤه في الميعاد المتفق عليه. فتحقق الإخلال يفترض أولا وقبل أي شيء انعقاد العقد ودخوله حيز النفاذ. ويفترض ثانيا استمرار التزام المدين بالتنفيذ لحين حلول أجل التنفيذ. ويفترض أخيرا أن يحل أجل التنفيذ دون تحققه. وسوف نتولى بحث كل شرط من هذه الشروط على حده.

### أ. انعقاد العقد ودخوله حيز النفاذ

١٥- تخلف العقد. إن تحقق الإخلال بالتزام عقدي - موجب توقيع الغرامة - يفترض بداية أن يكون المخل ملتزما عقديا. وهو ما يقتضى أن يكون هناك عقد فعلا. فإذا لم يوجد عقد من الأساس، فلا يتحقق الإخلال ولن يكون من حق جهة الإدارة توقيع غرامة تأخير.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا تطبيقا للمبدأ السابق بأنه " ومن حيث إن الثابت مما تقدم أن العرض المقدم من الشركة يمثل إيجابا منها، إلا أن الهيئة المطعون ضدها لم تقبل هذا الإيجاب بل عدلت فيه بطلب إضافة أحكام لائحة العقود والمشتريات، وسداد قيمة التأمين النهائي إلى العقد، وهذا يعد تعديلا للإيجاب، ومن ثم يعتبر رفضا له ويتضمن إيجابا جديدا، وقد رفضت الشركة قبول هذا الإيجاب الجديد، وبالتالي لا يكون هناك ثمة عقد قد أنعقد بين الهيئة الطاعنة، والشركة

<sup>1</sup> CAA Marseille, 26 mai 2014, *Communauté de Haute-Provence*, n° 12MA01159, inédit au recueil Lebon.

المطعون ضدها، وتصيح الشركة المطعون ضدها في حل من التزاماتها، ولا يكون هناك ثمة إخلال من جانبها، الأمر الذي يصبح معه طلب الهيئة الطاعنة بإلزام الشركة المطعون ضدها بأن تؤدي لها مبلغ ٣١٣٣,٨٢٠ كغرامة تأخير، لا سند له من القانون" <sup>١</sup>. وكذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن العقد لا يبدأ تنفيذه إلا إذا كانت كل الشكليات التي تطلبها القانون لانعقاده قد استوفيت" <sup>٢</sup>.

١٦- انحلال العقد قبل دخوله حيز التنفيذ. إن تحقق التزام المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ يفترض علاوة على انعقاد العقد؛ أن يكون هذا العقد قد دخل حيز النفاذ. فإذا أنحل العقد بعد انعقاده وقبل دخوله حيز النفاذ لأي سبب كان، فإن الإدارة لن تستطيع توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها.

فعلى سبيل المثال، لو تحققت بعد انعقاد العقد وقبل دخوله حيز النفاذ قوة قاهرة جعلت تنفيذ الالتزام مستحيلا فإن التزام المتعاقد مع الإدارة ينقضي، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه تطبيقا لحكم المادة ١٥٩ من القانون المدني. فهذه المادة لها تطبيقا عاما يشمل كل عقد أيا كانت طبيعته مدنية أو إدارية.

كذلك فإن العقد الإداري يمكن أن ينحل قبل أن يدخل حيز النفاذ، وذلك إذا تخلف المتعاقد مع الإدارة عن تكملة التأمين النهائي. فالمادة ١٨ <sup>٣</sup> من قانون المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ٩٨ تلزم المتعاقد مع الإدارة بأن يكمل التأمين المؤقت إلى نصاب التأمين النهائي في خلال مدة معينة. وقد رتبت المادة ٢١ من قانون المناقصات والمزايدات الجزاء على تخلف المتعاقد مع الإدارة عن أداء

<sup>١</sup> الطعن رقم ٧٥٤٤ لسنة ٤٧ ق.ع صادر في ٢٠٠٥/٤/٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ٢٠٠٥-٢٠٠٦، الدائرة الثالثة، الجزء الأول من ابريل-اكتوبر، ص ٢٥.

<sup>٢</sup> CE, 20 janvier 1989, Ville de Millau, Rec. p. 235.

<sup>٣</sup> تنص م ١٨ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على انه " على صاحب العطاء المقبول بأن يؤدي خلال ١٠ أيام - تبدأ من اليوم التالي لإخطاره بكتاب موسى عنه بعلم الوصول بقبول عطائه - التأمين النهائي الذي يكمل التأمين المؤقت إلى ما يساوي (٥%) من قيمة العقد، وبالنسبة للعقود التي تبرم مع متعاقد في الخارج يكون الأداء خلال عشرين يوما، ويجوز بموافقة السلطة المختصة مد المهلة المحددة للأداء - في الحالتين - بما لا يجاوز ١٠ أيام".

التأمين النهائي في المدة المحددة بنصها على أنه " إذا لم يقم صاحب العطاء بأداء التأمين النهائي في المهلة المحددة ، جاز للجهة الإدارية بموجب إخطار بكتاب موسى عليه بعلم الوصول، ودون حاجة لاتخاذ أي إجراء آخر - إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي المعطآت التالية لعطائه بحسب ترتيب أولوياتها، ويصبح التأمين المؤقت في جميع الحالات من حقها، كما يكون لها أن تخصص قيمة كل خسارة تلحق بها، من أية مبالغ مستحقة أو تستحق لديها لصاحب العطاء المذكور، وفي حاله عدم كفايتها تلجا إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى، أيا كان سبب الاستحقاق، وذلك مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه قضائيا بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري " .

فالمادة ٢١ من قانون المناقصات والمزايدات تحدد الجزاء في حالة تخلف المتعاقد مع الإدارة عن تكملة التأمين في المدة المحددة قانونا، وهو إما فسخ العقد وإما تنفيذه على حساب المتعاقد مع الإدارة. و أعمال أحد هذه الجزاءات جوازي لجهة الإدارة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة. فلإدارة أن تلجا لأحد هذه الجزاءات أو أن تتجاوز عن عدم وفائه بهذا الالتزام . فالإدارة تستطيع أن تستخدم هذا الحق وتوقع عليه جزاء إلغاء العقد، وهو في الحقيقة الفسخ<sup>(١)</sup>. وعندئذ فإن المتعاقد مع الإدارة يكون في حل من التزاماته التعاقدية التي التزم بها بموجب العقد الذي سبق وأن وقعه مع جهة الإدارة. فالفسخ يؤدي إلى إعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد<sup>(٢)</sup>. ومعنى ذلك اعتبار العقد منحللا لا وقت تحقق سبب الفسخ وإنما من وقت التعاقد ، فالفسخ أيا كان نوعه له أثر رجعي بحيث أن العقد يعد كأن لم يكن. وبالتالي فإن المتعاقد مع الإدارة الذي لم يكمل التأمين واختارت الإدارة أن توقع عليه جزاء الفسخ لعدم سداد التأمين النهائي لن تستطيع توقيع غرامة تأخير عليه ولن يكون أمام الإدارة إلا أن تصدر التأمين المؤقت الذي

<sup>١</sup> د. ماجد الطو ، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٦٦: د. فؤاد عبد الباسط ، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٣٦٠ .

<sup>٢</sup> فتخلف المتعاقد عن أداء التأمين النهائي لا يؤثر في صحة العقد. فالحقيقة أن العقد قد انعقد صحيحا بإيجاب وقبول صحيحين، أما عدم أداء المتعاقد مع الإدارة للتأمين النهائي فهو سبب لفسخ العقد. د فؤاد عبد الباسط ، والعقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٣٨٠ .

دفعه، بالإضافة إلى حقها في اقتضاء قيمة كل خسارة لحقت بها من جراء التعاقد معه وفقا للقواعد العامة .

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " لا محل لاستناد المحافظة على نص المادتين ٢٨ ، ٣١ من العقد المحرر معه، ولا الاستناد لنص المادة ٩٣ من لائحة المناقصات والمزايدات، لأن توقيع الغرامة بالتطبيق لأحكام هذه المواد، لا يكون إلا بالنسبة للمتعاقد المتراخي في تنفيذ العمل وفي تسليمه في الميعاد المحدد، وطبيعي أن هذا الميعاد لا تنتهي إلا إذا بدأ، وهو لا يبدأ إلا بعد قيام المتعاقد بأداء التأمين النهائي، وصدور أمر التشغيل إليه، والثابت من الأوراق أن مورث المطعون ضده لم يقم بأداء التأمين النهائي وبالتالي لم يصدر أمر التشغيل ولم يبدأ في العمل" .<sup>١</sup> والظاهر من الحكم أن المحكمة قد اتخذت من عدم إصدار الإدارة لأمر التشغيل، قرينة على اتجاهه نيتها إلى فسخ العقد لعدم سداد التأمين النهائي. ونرى بمفهوم المخالفة أن إصدار الإدارة لأمر التشغيل أو التوريد، يعد قرينة قاطعة على اتجاه إرادتها إلى التجاوز عن أعمال الجزاء المنصوص عليه في م ٢١ من قانون المزايدات والمناقصات.

وعلى العكس من ذلك فإن الإدارة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة، قد تقدر أن الإبقاء على العقد وتنفيذه بمعرفة المتعاقد الذي لم يسدد التأمين هو الأصح، وبالتالي تتجاوز عن هذا الإخلال ولا توقع عليه أحد الجزاءات المنصوص عليها في المادة ٢١ من القانون. فإجازة المشرع للإدارة أن تلجأ إلى جزاء الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد معها لا يفيد بالضرورة حرمانها من سلطة التجاوز عن هذا الإخلال. فالأمر جوازي لجهة الإدارة تقدره حسبما يترأى لها من مصالح للمرفق القائمة على إدارته. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن بأنه " لا ريب أن العقد قد أبرم قانونا بين وزارة الحربية، وبين المدعى عليه على توريد الكليم بالأعداد والمواصفات والشروط والأسعار السابقة بيانها،

<sup>١</sup> حكم ٨٥٨ لسنة ١٠ ق.ع صادر في ١٩٦٨/١/٦، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاما في شان العقود الادارية، مرجع سابق ص ٥٥٠ و٥٥١.

ومن ثم صار هذا العقد يرتب آثاره قانونا فيما بين المتعاقدين طبقا لشروطه، مكملة بأحكام القوانين واللوائح وأخصها لائحة المناقصات والمزايدات الصادرة بموجب قرار وزير المالية (... ) ولا يغير من هذه الحقيقة في شئ ألا يكون المدعى عليه قد قدم إلى الإدارة التأمين المؤقت أو التأمين النهائي المستحق عليه لأن أداء التأمين مقرر لصالح الإدارة، لا يرتب جزاء بطلان العقد على مخالفة شروط الوفاء بالتأمين، ما دامت الإدارة اطمأنت إلى إبرام العقد مع مقدم العطاء واثقة من ملاءته، وقدرته المالية على الوفاء بالتزاماته العقدية، وبالتالي فلا يجوز للمتعاقد مع الإدارة التحلل من التزاماته العقدية بحجة عدم وفائه بالتأمين المؤقت والنهائي مادام أن هذا الوفاء مقرر لصالح الإدارة ، التي اطمأنت إلى ملاءة المتعاقد معها ، وبالتالي تجاوزت عن استيفاء التأمين<sup>1</sup>.

ومتى تجاوزت الإدارة عن هذا الإخلال وجب على المتعاقد معها أن ينفذ التزاماته في المواعيد المتفق عليها، وإلا كان لها أن توقع عليه غرامات التأخير، وهذا التجاوز يمكن أن يستفاد من صدور أمر التشغيل أو التوريد أو من أي قرينة أخرى تفيد بصورة قاطعة تجاوز الإدارة عن أعمال الجزاء المنصوص عليه في المادة ٢١ من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

ولكن يمكن أن يثور التساؤل حول إمكانية استخدام الإدارة لغرامة التأخير كوسيلة لحث المتعاقد معها على تكملة التأمين النهائي بدلا من أعمال الجزاءات المنصوص عليها في المادة ٢١ من قانون المناقصات والمزايدات ؟ ونري أنه إذا لم تستخدم الإدارة مع المتعاقد معها الجزاءات المنصوص عليها في المادة ٢١ من قانون المناقصات والمزايدات كجزاء لعدم تكملة التأمين النهائي، فإن الإدارة لن تستطيع توقيع غرامة تأخير عليه عن واقعة عدم تكملة التأمين النهائي. هذا وقد يقال أن أداء التأمين النهائي هو أحد الالتزامات المترتبة

<sup>١</sup> حكم في الطعن رقمي ٢٥١ و ٢٩ لسنة ٢٥ ق.ع، صادر بتاريخ ١٦/١/١٩٩٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص ٢٣٤ .

على التعاقد، وأن القانون قد حدد مدة معينة لأداء هذا التأمين فمتى تأخر المتعاقد في أداء التأمين عن المهلة المحددة قانوناً، يمكن توقيع غرامة التأخير عليه طبقاً لنص م ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات، وذلك كجزء لعدم سداد التأمين ولحثه على السداد. ولكن يمكن الرد على ذلك بأن المشرع قد حدد في المادة ٢١ من القانون الجزاء على عدم تكملة التأمين وهو إما الفسخ وإما التنفيذ على حساب المتعاقد، فلا تستطيع الإدارة أن تلجا لغيرهما. فالتنصيب يفيد التخصيص. فالمشرع حدد جزاء معين لفعل معين، فإن لجأت الإدارة لجزاء غيره كان استعمالها لهذا الجزاء غير مشروع.

## ب. استمرار الالتزام بالتنفيذ لحين حلول أجله

١٧- وجوب استمرار الالتزام بالتنفيذ. حتى يتحقق الإخلال لا بد أن يظل المتعاقد مع الإدارة ملتزماً بالتنفيذ لحين حلول الأجل المحدد لأداء الالتزام. ويترتب على ذلك أنه إذا لم يعد المتعاقد مع الإدارة ملتزماً بأداء الالتزام حين يحل الأجل المحدد للتنفيذ، فإن الإدارة لن تستطيع توقيع غرامة التأخير عليه. فحالة التأخر في التنفيذ تفرض التزام المتعاقد مع الإدارة حين يحل الأجل المحدد للتنفيذ. فتحلل المتعاقد مع الإدارة من هذا الالتزام لأي سبب كان يعطل حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير عليه.

١٨- زوال الالتزام بالتنفيذ نفسه العقد قبل حلول الأجل. إذا انفسخ العقد الإداري، بعد دخوله حيز النفاذ وقبل حلول الأجل المحدد للتسليم الابتدائي، لم يكن من حق جهة الإدارة أن توقع على المتعاقد معها غرامة تأخير. وهذا الحكم لا يختلف باختلاف سبب الفسخ؛ فحتى لو كان الفسخ راجعاً لخطأ من المتعاقد مع الإدارة، واجهته الإدارة باستعمال جزاء الفسخ، فإن توقيع هذا الجزاء قبل حلول أجل التسليم يسقط حقها في توقيع غرامة التأخير. فالفسخ يؤدي إلى زوال العقد بالنسبة للمتعاقدين بأثر رجعي، ولا يخل ذلك بحق جهة الإدارة في مصادرة التأمين والتعويض الكامل الذي يشمل جميع الخسائر التي لحقتها والمكاسب التي فاتتها. فعلى سبيل المثال لو ثبت لجهة الإدارة أن المتعاقد معها قد شرع بنفسه أو بواسطة غيره وسواء بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الجهات



الخاضعة لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، فيجب عليها في هذه الحالة أن تقوم بفسخ العقد تطبيقاً لنص المادة ٢٤ من قانون المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨. وفي هذه الحالة متى تم هذا الفسخ قبل حلول الميعاد المحدد للاستلام فإن الإدارة لن تستطيع أن تقتضي منه غرامات تأخير، حتى ولو كان أدائه في الفترة السابقة على الفسخ يقطع بأنه لن يستطيع إنجاز الأعمال المتفق عليها حين يحل الميعاد. فالتأخير وهو موجب توقيع الغرامة يفترض أن يكون المتعاقد مع الإدارة ملتزم حين يحل الأجل وهو ما لا يتحقق هنا لأن العقد قد زال بأثر رجعي .

وإذا كانت آثار الفسخ تعمل حتى في حالة خطأ المتعاقد مع الإدارة، فمن باب أولى ينطبق الحكم السابق في حاله الفسخ بقوة القانون نتيجة لوجود قوة قاهرة جعلت تنفيذ الالتزام مستحيلاً طبقاً للمادة ١٥٩ من القانون المدني. وينطبق نفس الحكم في حالة الفسخ القضائي الذي يحكم به القضاء الإداري بناء على خطأ الإدارة إذا طلب المتعاقد معها الفسخ من القضاء .

١٩- عدم استمرارية الالتزام الشخصي بالتنفيذ للجوء الإدارة للتنفيذ على حساب المتعاقد معها. كذلك، لا تستطيع الإدارة أن توقع على المتعاقد معها غرامة تأخير إذا ما قامت بسحب العمل منه وتنفيذه على حسابه كجزاء له على تراخيه في التنفيذ متى تم ذلك قبل حلول الميعاد المحدد للتسليم؛ فالإدارة ليست ملزمة بانتظار حلول الأجل المحدد للاستلام لتوقيع جزء التنفيذ على حساب المتعاقد. وفي هذا الصدد، تقرر المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بتاريخ ٢٠٠٧/٢/٢٦ أن " الإدارة في استعمالها لجزاء التنفيذ على حساب المتعاقد ليست ملزمة بالانتظار لحين حلول الأجل المحدد لنهوء الأعمال، بل أنها تستطيع أن تلجأ إلى هذا الجزاء متى ظهر أن المتعاقد معها يتراخى في تنفيذ التزاماته، وأنه لن يستطيع أن ينجز هذه الأعمال في الميعاد المحدد لنهوها فلا وجه لإجبار الجهة الإدارية على الانتظار حتى انتهاء المدد المحددة في العقد، طالما تبين لها أن المدة المتبقية لا تكفي لتنفيذ باقي الأعمال في هذه المدد" .

ولكن على العكس من ذلك بالنسبة لغرامات التأخير، فالإدارة ملزمة بالتريث لحين تحقق واقعة التأخير. ومتى لجأت الإدارة إلى أعمال هذا الجزاء- التنفيذ على حساب المتعاقد - قبل حلول ميعاد التسليم الابتدائي، فلا يجوز لها عندئذ

<sup>١</sup> طعن رقم ١٣٠٦ لسنة ٤٨ ق.ع، صادر من ٢٠٠٧/٢/٦، لم ينشر بعد.

توقيع غرامة تأخير عليه لتخلف أحد شروطها<sup>١</sup>، وهو تأخر المتعاقد عن إتمام العمل وتسليمه في الميعاد المحدد. وهو ما يفترض أن يظل ملتزما بالتنفيذ لحين انتهاء الأجل.

وقد يقال أن التنفيذ على حساب المتعاقد ليس فسخا، وإنما هو وسيلة لتنفيذ العقد. وبالتالي يظل المتعاقد مع الإدارة ملتزما بالعقد وبنوده في حالة سحب العمل منه. وهو ما يتيح للإدارة إمكانية توقيع غرامة تأخير على المتعاقد معها. كذلك قد يقال أن حرمان الإدارة من حقها في توقيع غرامات تأخير على المتعاقد المقصر الذي سحبت منه العمل يجعل هذا الأخير في وضع أفضل من المتعاقد المقصر الذي لم توقع عليه الإدارة جزاء سحب العمل. وقد تبنت المحكمة الإدارية العليا هذا المنطق بالفعل في أحد أحكامها<sup>٢</sup>. ففي حكمها في الطعن رقمي ٢٥١ و ٢٩٠ لسنة ٢٥ ق. ع ، ١٦/١/١٩٨٢ اعتبرت المحكمة الإدارية العليا أن حرمان الإدارة من توقيع غرامة التأخير على المتعاقد المقصر في حالة سحب العمل منه قبل حلول أجل الاستلام يمكن أن يؤدي لنتيجة غير مقبولة ، حيث جعل المتعاقد الممتنع كلية عن التنفيذ في مركز أفضل من المتعاقد المترخي في التنفيذ .

ونري أن هذا القضاء لا يمكن تأييده. إذ أن المتعاقد الذي اختارت الإدارة أن توقع عليه جزاء سحب العمل لم يعد ملتزما بأداء الالتزام بنفسه، إذ ينتقل هذا الالتزام بالأداء لمن اختارته الإدارة للتنفيذ. فكيف يمكن عندئذ مسألتة ؟  
كذلك فإن القول بأن التنفيذ على حساب المتعاقد عليه جعل المتعاقد الممتنع كلية عن التنفيذ في مركز أفضل من المتعاقد المترخي في التنفيذ غير صحيح على إطلاقه. إذ أن الإدارة تستطيع في الحالة الأخير مصادرة التأمين كاملا وتستطيع كذلك الرجوع عليه وفقا للقواعد العامة.

<sup>١</sup> أنظر بصدد تأكيد هذا الاتجاه، د. ماجد الحلو ، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٥٣ : د. محمد فؤاد عبد الباسط ، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٠٢ وما بعدها.

<sup>٢</sup> حكم رقم ٢٥١ و ٢٩٠ لسنة ٢٥ ق. ع ، ١٦/١/١٩٨٢، الحكم المذكور لدى استاذنا الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط ، مرجع سابق، ص ٣٠٢ و ٣٠٣. وفيه ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن اجازة توقيع غرامة تأخير على المتعاقد المقصر حتى لو تم سحب العمل منه أثناء المدة المقررة للتنفيذ وقبل حلول موعد الاستلام، بدعوى ان عكس ذلك يترتب عليه جعل المتعاقد الممتنع كلية عن التنفيذ في مركز افضل من المتعاقد المترخي في التنفيذ وهذه نتيجة غير مقبولة.

وعلى كل الأحوال فإن القضاء السابق يخالف المستقر عليه في قضاء المحكمة الإدارية العليا. فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ٢٠٠٨/٤/٨ بأن " قضاء هذه المحكمة جرى على أنه يشترط لتوقيع غرامة التأخير بالنسبة لعقد مقاوله الأعمال، أن يتأخر المقاول عن إتمام العمل وتسليمه في الميعاد المحدد لذلك في العقد، وقد تخلف هذا الشرط في المنازعة المعروضة لقيام جهة الإدارة بسحب العمل من المقاول قبل أن يحل الأجل المحدد لنهوا الأعمال، إذا أن الثابت أن ميعاد نهو الأعمال محل المنازعة كان ١٩٨٤/١/١٨، وقامت الجهة الإدارية بسحب العمل من المقاول في ١٩٨٣/٣/٦ ومن ثم فلا يجوز توقيع غرامة تأخير على المقاول المذكور ، مما يتعين معه القضاء برفض هذا الطلب " <sup>١</sup> . والقضاء السابق يمثل اتجاها مستقرا في أحكام المحكمة الإدارية العليا <sup>٢</sup> .

وهذا القضاء من جانب الإدارة العليا جدير بالتأييد، ولا نعلم أنها خرجت عنه إلا في أحكام قليلة. ويتفق هذا القضاء جدير مع طبيعة الغرامة - كجزاء عقدي إداري المقصود منه حث المتعاقد على التنفيذ في أقرب وقت ممكن من الميعاد الذي تأخر عنه، فمناط أعمال هذا الجزاء هو تحقق حالة التأخير وهي تفترض قطعاً حلول الأجل دون تمام التنفيذ .

أما إذا حل الأجل المحدد لنهوا الأعمال، تكون واقعة التأخير قد تحققت وبالتالي يجوز للإدارة أن توقع عليه غرامة تأخير عن المدة التي تأخر فيها. كما يجوز للإدارة أن تسحب العمل من المتعاقد معها، إذا قدرت الإدارة أن المتعاقد لا يلتزم معها الجادة في تنفيذ التزاماته. وفي هذا تقرر الإدارية العليا " ومن ثم يكون المطعون ضده قد أخل بالتزاماته من حيث إنهاء الأعمال في الموعد المحدد ، ويكون القرار الصادر بسحب العمل منه، وتنفيذه على حسابه قد صدر متفقاً وحكم القانون، ويكون للجهة الطاعنة الحق في تقاضي فروق الأسعار التي تحملتها نتيجة سحب العمل وغرامة التأخير والمصاريف الإدارية" <sup>٣</sup> . ولكن متى وقعت الإدارة

<sup>١</sup> حكم رقم ٦٤٥٧ لسنة ٤٥ ق. ع صادر في ٢٠٠٨/٤/٨، لم ينشر بعد.

<sup>٢</sup> أنظر كذلك بصدد تأكيد الاتجاه : حكم رقم ١١٣٠٦ لسنة ٤٨ ق. ع صادرة في ٢٠٠٨/٢/٦ : الحكم في الطعين رقمي ١٥٥٣ و ١٥٤ لسنة ٢٧ ق. ع، بتاريخ ١٩٨٧/١١/٧، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاماً، مرجع سابق ، ص ٥٢٢ و ٥٢٣ .

<sup>٣</sup> حكم رقم ٥٣٧٩ لسنة ٤٨ ق. ع، صادر في ٢٠٠٧/١/٢٣ .

عليه التنفيذ على حسابه ، فإنها لا تستطيع أن تطالبه ابتداء من هذا التاريخ بغرامات تأخير بل تطالب بها من أسندت التنفيذ إليه<sup>1</sup>

### ج. حلول أجل التنفيذ دون تحققه

٢٠- أهمية تحديد أجل التنفيذ بصورة واضحة بصدد غرامات التأخير. إن عدم احترام المتعاقد للمواعيد المتفق عليها مع جهة الإدارة يعد الشرط الوحيد لثبوت حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير. ومن هنا تظهر مدي أهمية تحديد مواعيد للمتعاقد مع الإدارة لإنهاء الالتزامات المتفق عليها بطريقة محددة وواضحة. فعلى أساس هذه المواعيد المحددة في العقد يمكن قياس مدى التزامه مع الإدارة، وبالتالي مدى إمكان توقيع الجزاءات الإدارية العقابية عليه. وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي يصرح للإدارة إذا لاحظت تراخي المتعاقد معها أو تقصيره في تنفيذ التزاماته أن تطبق عليه جزاءات أخرى كالنفيذ على حساب المتعاقد معها، وذلك حتى على الرغم من غياب تحديد مسبق لمدد التنفيذ<sup>2</sup>، فإنه يستثني غرامات التأخير من هذا الحكم. فلا يكفي لتوقيع غرامات التأخير أن يكون هناك اتفاق عليها في العقد، بل يجب لإمكان توقيعها أن يكون هناك تحديد مسبق لمدد تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته<sup>3</sup>. ولذلك فمن المتصور أن يوجد اتفاق على غرامة التأخير ولكن إعمال هذه الغرامات يبقى معطلا لعدم تحديد مواعيد واضحة لتنفيذ المتعاقد مع الإدارة

<sup>1</sup> وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في الطعين رقمي ١٥٥٣ و ١٥٥٤ لسنة ٢٧ ق.ع، بتاريخ ١٩٨٧/١١/٧ بأنه " وإن كان للإدارة أن تطالب المتعهد بغرامات تأخير عن الفترة السابقة للتنفيذ على حسابه ، حيث أن الثابت أن المتعهد المذكور كان متعثرا في التنفيذ ولم يورد الكميات المطلوبة يوميا مما يقتضى الشراء على حسابه ، وتوقيع غرامات علنه فإنه بسحب العمل منه والتنفيذ على حساب وإسناد التوريد إلى تعهد آخر ، فلا وجه لتحمله بغرامات تأخير عن الكميات التي أسند توريدها إلى المتعهد الأخر". الحكم في الطعين رقما ١٥٥٣ و ١٥٥٤ ، سبق ذكره.

<sup>2</sup> CE 16 octobre 1978, *Gotteland*, RDP 1980, p. 1484

<sup>3</sup> CE, 25 février 1987, *OPHLM de la Meuse c/ M. Amiel et autres*, n° 60306, RDP, 1987, p.1706.

لالتزاماته. فمدة تنفيذ الالتزامات التي يحتويها العقد هي أحد الأمور الجوهرية في موضوع العقد<sup>١</sup>.

وتنص المادة ١٢ من قانون الصفقات العامة في فرنسا في بندها السابع على أن " العقد الإداري يجب أن ينطوي على تحديد لمدة تنفيذه أو تاريخ بداية التنفيذ و انتهاءه"<sup>٢</sup>. فمواعيد التنفيذ تكون محددة كأصل عام في العقد الإداري. ويمكن للمتعاقدين أن يحددا هذه المواعيد بواسطة اتفاق تكميلي يلحق بالعقد الأصلي<sup>٣</sup>.

والأصل في العقد أن يحتوي على ميعاد واحد وهو ميعاد تنفيذ الصفقة ككل. وفي هذه الحالة فإن هذا التاريخ هو المعتبر في قياس مدى وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في موعدها. وعندئذ، توقع غرامة تأخير عليه فقط في حالة تأخره عن هذا التاريخ. وقد يحتوي العقد على تحديد لمدد متعاقبة تناظر كل مدة مرحلة للتنفيذ. وفي هذه الحالة يمكن اعتبار كل مرحلة التزام قائم بذاته، ويمكن بالتالي توقيع غرامة تأخير عن التأخر في انجاز أي مرحلة بشرط أن ينص صراحة على توقيع غرامة التأخير في حالة التأخر في تنفيذ أي مرحلة<sup>٤</sup>. ويمكن كذلك للمتعاقدين أن يتفقا على أن التأخير في تنفيذ إحدى المراحل لا يعطي الإدارة الحق في توقيع الغرامة إلا إذا كان هذا التأخير يؤدي إلي تأخر في الموعد النهائي للعقد<sup>٥</sup>.

<sup>1</sup> CE, 3 mai 1961, *Société Entreprise Thomas Kotland et OPHLM du Département de la Seine*, Rec. p. 290

<sup>2</sup> L'article 12-I 7° du code des marchés publics dispose que « les pièces constitutives du marché comportent obligatoirement (...) la durée d'exécution du marché ou les dates prévisionnelles de début d'exécution et d'achèvement ».

<sup>3</sup> CE, 4 octobre 1989, *Centre hospitalier de Vitry*, D., 1990, somm., p. 245.

<sup>4</sup> CE, 23 février 2004, *Région Réunion*, n° 246622, Rec. P. 336.

<sup>5</sup> CE, 20 septembre 1991, *Administration générale de l'Assistance Publique*, n° 77184, Rec. P. 699.

والحديث عن حلول أجل التنفيذ كشرط لثبوت حق جهة الإدارة في توقيع غرامات تأخير على المتعاقد معها يجبرنا للحديث عن نقطتين أساسيتين. الأولى تتعلق بكيفية تحديد ميعاد التنفيذ في الحالات التي لا ينص فيها العقد على تحديد واضح لهذه المواعيد. والثانية تتعلق بمد أجل التنفيذ وأثره على سلطة جهة الإدارة في توقيع غرامات التأخير.

## ١. تحديد ميعاد التنفيذ في الحالات التي يخلو فيها العقد من التحديد

٢١- تحديد ميعاد التنفيذ في الحالات التي يخلو فيها العقد من التحديد يستوجب التمييز بين فرضين. قد يحدث في بعض الأحوال، ألا ينطوي العقد الإداري على تحديد واضح ودقيق لمواعيد إنجاز المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته. ولا يندر أن يتحقق هذا الفرض الأخير عملاً في عقد الأشغال العامة بصفة خاصة. وعندئذ يثور التساؤل المتعلق بكيفية إلزام المتعاقد مع الإدارة بمواعيد محددة يلتزم بها في تنفيذ التزاماته، وتصبح بالتالي معياراً يقاس به مدى التزامه مع الإدارة و توقع على أساسها غرامات تأخير عند الإخلال بها.

إن الإجابة على هذا التساؤل، تقتضى منا التمييز بين فرضين: الأول وفيه يمنح العقد للإدارة سلطة تحديد الميعاد الذي يتعين فيه على المتعاقد معها أن ينجز فيه التزاماته. أما الفرض الثاني فلا يمنح فيه العقد الإداري لجهة الإدارة هذه السلطة ولا يتعرض لموضوع تحديد المدة.

٢٢- الفرض الأول وفيه يمنح العقد للإدارة سلطة تحديد ميعاد التنفيذ. بالنسبة للفرض الأول، فإن الإدارة تستطيع أن تحدد بإرادتها المنفردة الميعاد الذي يتعين فيه على المتعاقد معها إنجاز التزاماته. ويكون المتعاقد ملتزماً بالميعاد الذي تحدده الإدارة. والإدارة في هذا المقام تتمتع بسلطة تقديرية ولكنها ليست مطلقة. فسلطة الإدارة في تحديد ميعاد يلزم المتعاقد معها تبدو مقيدة بقيدين يجدان

د. نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها من تفسير المرفق، مرجع سابق، ص ١٣٤ : د. هارون الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص ٤٠٣.

مصدرهما في مبدأ من أهم المبادئ التي تهيمن على العقود بكافة أنواعها مدنية أو إدارية : وهو مبدأ وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود<sup>١</sup>.

هذا المبدأ يفرض أولا على الإدارة أن تخطر المتعاقد معها بطريقة رسمية بالميعاد الذي حددته لإنجاز التزاماته فيه. ويتعين أن يكون هذا الإخطار قبل الموعد الذي حددته الإدارة بوقت كافي. والحكمة من هذا القيد تتمثل في تمكين المتعاقد مع الإدارة من موائمة أوضاعه، فيعد نفسه لإنهاء الأعمال محل العقد في الميعاد المفروض من قبل جهة الإدارة. فإن خالفت الإدارة هذا القيد وأعلمته قبل الموعد الذي حددته بوقت قصير، وكان من شأن ذلك تأخره في التنفيذ عن الميعاد المضروب من قبل الإدارة، فليس من حقها عندئذ توقيع غرامة تأخير عليه. فإن خالفت ذلك كان فعلها متناقضا مع ما يوجبه مبدأ حسن النية في التعامل وهو ما ينعكس على مشروعية الإجراء، ويشكل فعل الإدارة في هذه الحالة خطأ عقديا موجبا للتعويض متى تحققت شروطه.

أما بالنسبة للقيد الثاني والذي يجد مصدره أيضا في وجوب مراعاة مبدأ حسن النية في التعامل، فهو أن يكون الميعاد الذي حددته الإدارة للمتعاقد معها لإنجاز الأعمال ميعاد معقول يمكن للمتعاقد مع الإدارة أن ينجز فيه الأعمال المتفق عليها فعلا . ومعيار معقولية المدة في هذا المقام، هو مدى إمكانية تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته فعلا فيها بما لا ينطوي على إرهاق شديد له.

وبناء على ما سبق؛ يستطيع المتعاقد مع الإدارة اللجوء إلي القضاء الإداري معترضاً على قرار الإدارة المتعاقدة بتحديد مواعيد التنفيذ بصفة خاصة في الأحوال التالية :- إذا كان الميعاد الذي حددته الإدارة للمتعاقد معها ميعاد قصير جدا لا يمكن له فيه تنفيذ التزاماته عملا بالنظر لضيق الوقت، أو كان يمكن له أن ينفذ فيه هذه الالتزامات ولكن ذلك يحمله تكاليف ضخمة بما ينطوي على إرهاق شديد له وبما يمكن أن يقلب الصفقة إلى خسارة. فمسلك الإدارة في هاتين الحالتين يشكل خطأ عقديا لإخلالها بمبدأ وجوب مراعاة حسن النية في التعامل وتعسفها في استعمال

<sup>١</sup> حرصت المحكمة الإدارية العليا منذ بدايتها على تأكيد هذا المبدأ وتطبيقه في العديد من الدعاوي المنظورة امامها وفي مسائل شتى، انظر على سبيل المثال حكم ١٥٢٠ لسنة ٢٠٠٤، ج.ع. ١٩٥٧/٧/٢٠، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسى الفتوى والتشريع في أربعين عاما، في شأن العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٠٧. كذلك حكم ٩٥٤ لسنة ١٢ ق.ع، صادر في ١١/٤/١٩٧٠، نفس المرجع، ص ٣٠٧، ٣٠٨.

حقها الذي قرره لها العقد الإداري. فإذا فرضت الإدارة مثل هذا الميعاد المجحف، فإن المتعاقد معها يستطيع أن يلجأ إلى القضاء الإداري وهو قضاء كامل في خصوص العقود الإدارية. فيستطيع المتعاقد المضرور طلب تعديل المدة إذا لم يكن التنفيذ قد تم فعلا أو أن يطلب التعويض عن الخسائر التي لحقته من التنفيذ. ويستطيع المتعاقد مع الإدارة في كل الأحوال أن يطلب من الإدارة إن هو تأخر فعلا في التنفيذ عن الميعاد الذي حددته الإدارة، رد المبالغ التي خصمتها الإدارة كغرامة تأخير، متى كان إنجازها للأعمال في الميعاد المعقول الذي يحدده القضاء عندئذ . ولا يمكن اعتبار تدخل القاضي في الحالة السابقة خرق لمبدأ العقد سريعة المتعاقدين. فالمتعاقد مع الإدارة حين أبرم العقد الإداري ووافق على منح الإدارة مثل هذا الحق، لم يكن يهدف من وراء ذلك إلى جني الخسائر من وراء هذا المتعاقد، خاصة وأنه يفترض في الإدارة البعد عن التعسف في استعمال حقوقها بما يلحق الخسائر بالمتعاقدين معها .

٢٣- الفرض الثاني خلو العقد من نص يمنح جهة الإدارة سلطة تحديد ميعاد التنفيذ. أما بالنسبة للفرض الثاني والذي لا ينطوي فيه العقد الإداري على نصوص تمنح الإدارة المتعاقدة سلطة فرض ميعاد يلتزم به المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته، فإن هذا الفرض يمكن أن يثير بصفة خاصة تساؤلان:- الأول يتعلق بحق جهة الإدارة في تحديد مواعيد التنفيذ، والثاني يتعلق بالضوابط التي يجب مراعاتها في تحديد الميعاد في هذا الفرض.

أما فيما يتعلق بالإجابة على التساؤل الأول المتعلق بحق جهة الإدارة في فرض مواعيد للتنفيذ بإرادتها المنفردة ودون سند من العقد، فيلاحظ أن هناك حكم من المحكمة الإدارية لنانسي بفرنسا بتاريخ ٢٠ فبراير ٢٠٠١<sup>١</sup>، أجاز أن يتم تحديد آجال للأداءات بمقتضى قرار يصدر من السلطة الإدارية المتعاقدة. وقد انتقد بعض الشراح غرابة الحل الذي انتهجته المحكمة الإدارية لنانسي<sup>٢</sup>، وذلك على أساس أن مدد التنفيذ تعد من البنود الأساسية للعقد. وبالتالي فلا يجوز لجهة الإدارة أن تفرضها بمقتضى قرار يصدر منها دون سند من العقد الإداري محل المنازعة. فوفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي، فإن مدة أو مدد تنفيذ العقد يتعين أن ينص عليها في العقد أو

<sup>1</sup> TA Nancy, 20 février 2001, SA Ronzat, CMP 2001 n°135, note Delelis.

<sup>2</sup> Buromag-Ugolini, Contrats marchés publics, CMP, 2004, n° 250.



أن تحدد بمقتضى اتفاق لاحق بين الإدارة والمتعاقد معها<sup>1</sup>. ولكن كما أشار مفوض الحكومة في معرض تعليقه على هذا الحكم<sup>2</sup>، أن الأجال التي حددتها الإدارة في صورة قرار صادر منها قد اقترحت أولاً من جانب المتعاقد معها. ولذلك نجيب على هذا التساؤل بالقول بأن الإدارة يمكن لها أن تقترح ميعاداً لإنجاز الالتزامات فيه، ولكنها لا يمكن أن تفرض بإرادتها المنفردة هذا الميعاد. ومضى اقترحت الإدارة ميعاداً للتنفيذ فإن المتعاقد معها يكون بالخيار بين القبول أو الرفض.

فإذا قبل اقتراح الإدارة، فعندئذ يعد اقتراح الإدارة بمثابة الإيجاب الذي تلاقى مع قبول المتعاقد الآخر. فينشأ اتفاق جديد بين الطرفين يعد مكملاً للاتفاق الأول في عنصر المدة ويصبح ملحقاً به؛ ومن ثم يلتزم به الطرفان، ويصبح مقياساً لمدى أدائهما للالتزاماتهما. فإذا تأخر المتعاقد مع الإدارة عن هذا الميعاد، كان من حق الإدارة أن توقع عليه الجزاءات العقدية ولاسيما غرامة التأخير، لإخلاله معها بتنفيذ التزامه في الميعاد.

ويلاحظ أن قبول المتعاقد مع الإدارة لاقتراحها بتحديد ميعاد للتنفيذ قد يكون صريحاً أو ضمناً يستفاد من الظروف والملابسات التي أحاطت به. فعدم إبداء المتعاقد مع الإدارة أى اعتراض على الميعاد المقترح من قبل جهة الإدارة، واستمراره في التنفيذ أو البدء فيه إن لم يكن قد بدأ فعلاً يمكن اعتباره قبولاً ضمناً. أما إذا رفض المتعاقد مع الإدارة اقتراحها بشأن الميعاد، ولم يستطيع الطرفان بعد ذلك الوصول إلى اتفاق واضح بشأن المدة التي يتعين عليه إنهاء الأعمال فيها، فهنا يثور التساؤل حول مدى حق الإدارة في فرض الميعاد بإرادتها المنفردة.

نرى أن الإجابة عندئذ سوف تكون بلا، فالإدارة لا تستطيع أن تلزم المتعاقد معها بمدة معينة للتنفيذ لم يتفق عليها الطرفان، لأن ذلك يتعارض مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين. ولا شك أن في منح الإدارة هذا الحق يعد خرقاً لهذا المبدأ، لأن ذلك يعد بمثابة تعديل له في عنصر

<sup>1</sup> CE, 4 octobre 1989, *Centre hospitalier de Vitry*, D., 1990, somm., p. 245.

<sup>2</sup> TA Nancy, 20 février 2001, *SA Ronzat*, précité.

المدة. وبديهي أن الالتزام بالمدة، هو التزام عقدي<sup>١</sup>، يتعين أن يكون باتفاق الطرفين. فالمدة لها أهمية قصوى في العقود الإدارية بصفة خاصة وبترتب عليها العديد من الآثار. ولذلك فإن الحل الأمثل للحالة التي تصر فيها الإدارة على تحديد مدة معينة بإرادتها المنفردة بالرغم من اعتراض المتعاقد معها، هو لجوء المتعاقد مع الإدارة إلى القضاء الإداري بطلب تحديد هذه المدة. وعندئذ يستطيع القضاء أن يحدد المدة المعقولة التي يراها تحديدا دقيقا مراعيًا في ذلك النية المشتركة للمتعاقدين و مسترشدا بالعرف وواضعا في الاعتبار طبيعة التعاقد والهدف منه .

فيما يتعلق بالسؤال الثاني المتعلق بالضوابط التي يجب مراعاتها في تحديد الميعاد الذي يتعين فيه على المتعاقد مع الإدارة أن ينجز فيه التزاماته في حالة غياب تحديد عقدي للميعاد وفي ظل غياب نص عقدي صريح يمنح الإدارة هذا الحق، فإن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع تولت عناء الرد على هذا التساؤل . ففي فتوى صادرة منها بتاريخ ١١/١١/١٩٩٢ برقم ١٠٠٧، أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأنه " من المبادئ المسلمة في العقود عامة أنها تخضع لأصل عام من أصول القانون يظلها جميعا، يقضى بأن يكون تنفيذها، بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وهذا الأصل - على ما جرى به إفتاء مجلس الدولة - لا مندوحة من التقيد به في العقود الإدارية شأنها شأن العقود المدنية، بل أن التقيد به في العقود الإدارية أولى وأوجب لارتباطها بوجه المصلحة العامة الذي تنطبع به هذه العقود ولا ينفك عنها، ومقتضى ذلك و لزامه أن المتعاقدين وإن لم يفصحا عن ميعاد معين لتنفيذ الالتزام فليس معنى ذلك أن يكون التنفيذ بمنأى عن كل قيد زمني وإنما يتعين أن يتم في مدة معقولة، وفقا للمجرى العادي للأمر، و طبيعة التعاقد ذاته، و الهدف الذي يرنو إليه "٢.

فالمدة التي يتعين على المتعاقد مع الإدارة إنجاز الالتزام فيها هي المدة المعقولة وفقا للمجرى العادي للأمر، وهو ما يعني أن هذه المدة تخضع في تحديدها للعرف مع ما يقتضيه ذلك من القياس على عقد إداري مشابه، تم تنفيذه في

<sup>١</sup> د. نصر بشير ، غرامة التأخير وأثرها في تسيير المرفق العام ، مرجع سابق ، ص ١٢٩: د.

هارون الجمل ، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة ، مرجع سابق ، ص ٤٠.

<sup>٢</sup> فتوى صادرة منها بتاريخ ١١/١١/١٩٩٢ برقم ١٠٠٧ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ انشائها حتى عام ٢٠٠٥ ، في شأن العقود الادارية ، صادرة عن المكتب الفني عام ٢٠٠٥ ، ص ٧٣٣.

زمن قريب<sup>١</sup>، مع ملاحظة أنه يجب أن يوضع في الاعتبار عند تحديد المدة المعقولة عدة أمور: طبيعة المرفق المتصل به العقد، ظروف التعاقد، طبيعة العقد.

ففيما يتعلق بطبيعة المرفق العام المتصل به التعاقد، فإن الخدمات التي تقدمها المرافق العامة ليست على درجة واحدة من الخطورة والأهمية. فهناك مرافق تقدم خدمات غاية في الخطورة والأهمية وهو ما يقتضى الإنجاز في تنفيذ عقودها بأسرع وقت ممكن وإلا تعطلت المرافق العامة. وفي المقابل، هناك مرافق أخرى تقدم خدمات أقل من حيث الأهمية وبديهي أن المدة في الحالة الأولى يمكن أن تكون أقصر من الثانية، وما دام ذلك في الحدود المعقولة.

كذلك يجب وضع الظروف التي يتم فيها التعاقد في الاعتبار. فيتعين الأخذ بعين الاعتبار الأسباب التي دفعت الإدارة للتعاقد والأهداف التي ترنو إليها من وراء هذا التعاقد. ومن ثم تحديد المدة يمكن أن يختلف في الظروف العادية عن الظروف الاستثنائية. فهذه الأخيرة تحتم الإسراع في تنفيذ العقد، وإلا فإت الغرض من وراء التعاقد وأصبحت المصلحة العامة بأضرار كبيرة نتيجة تعطل المرافق في مثل هذه الظروف.

وأخيراً يجب وضع طبيعة العقد في الاعتبار. فعقود التوريد على سبيل المثال توجب على المتعاقد مع الإدارة إنجاز التزاماته في مدة وجيزة وإلا تعطل المرفق العام. وبالمقابل فإن عقود الأشغال العامة تستغرق بطبيعتها وقتاً أطول.

ومتى تحددت المدة التي يتعين على المتعاقد مع الإدارة أن ينجز فيها التزاماته، سواء ورد هذا التحديد في نصوص العقد أو كان بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة بناء على نص في العقد أو تم بواسطة القضاء، فإنه يجب على المتعاقد مع الإدارة أن ينجز التزاماته في هذه المدة وإلا عد مخلا، وكان من حق جهة الإدارة أن توقع غرامات تأخير عليه. والتزام المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ خلال المدة هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية، ومن ثم فلا يكفي لإعفاء المتعاقد مع الإدارة من المسؤولية عن التأخير أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل، ولكنه لم يتمكن من إتمامه لأن المدة لم تكن كافية، بل يتعين عليه لدرء مسؤوليته أن يثبت تحقق السبب الأجنبي<sup>٢</sup> على ما سوف يأتي في الجزء المتعلق بالإعفاء.

<sup>١</sup> دنصر الدين بشير، غرامه التأخير وأثرها في تسيير العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٢٧.

<sup>٢</sup> وتضطرر الفتاوى والأحكام الصادرة عن مجلس الدولة على أنه " من الأمور المسلم بها في مجال العقود أن الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أيا كان السبب

## ٢. مد أجل التنفيذ الأصلي وأثره على حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير

٢٤- مد أجل التنفيذ قبل حلوله يمنع الإدارة من توقيع غرامات تأخير. تحقق واقعة التأخير كما سلف القول يفترض بالضرورة حلول الميعاد المحدد للاستلام. وبالتالي إذا قامت الإدارة بمد الميعاد الأصلي قبل حلوله فإن الإدارة لن تستطيع توقيع غرامة تأخير على المتعاقد معها لعدم حلول الأجل. وهو ما يعني عدم تحقق واقعة التأخر في تنفيذ الالتزام.

وقد يتحقق هذا الفرض نتيجة لمنح الإدارة المتعاقدة معها مهلة إضافية للتنفيذ بناء على طلبه، وذلك قبل حلول الأجل المحدد أصلا لإنهاء العمل وتسليمه. ففي هذه الحالة لا تستطيع الإدارة توقيع غرامة تأخير عليه عن المدة التي أمتد إليها العقد. فطلب المتعاقد مع الإدارة لمهلة قبل حلول الأجل يمكن اعتباره بمثابة إيجاب منه، يترتب على قبول الإدارة له قبل حلول الأجل نشأة اتفاق جديد يعدل من الاتفاق الأصلي بينهما في خصوص الميعاد، وبالتالي فإن واقعة التأخير لن تتحقق قبل مرور هذه المدة الجديدة.

وكما أن مد أجل تنفيذ الأعمال المتفق عليها يمكن أن يتم بمقتضى اتفاق لاحق للاتفاق الأصلي، فإنه يمكن أن يتم بمقتضى قرار مسبب يصدر عن الإرادة المنفردة لجهة الإدارة تنفيذ لبنود العقد<sup>1</sup>. فالمادة ١٩-٢١ من كراسة الشروط العامة

---

في ذلك، يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئا عن عمد أو إهماله أو فعله دون عمد أو إهمال، ووفقا لحكم المادة ٢١ من التقنين المدني فإنه إذا استحال على المدين أن ينفذ التزاماته عينا كان مسئولا عن التعويض لعدم الوفاء بها ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه". فتوي رقم ٢٦٦ بتاريخ ١٩٩٠/٣/٧، مجموعة القواعد القانونية التي قررتتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، مرجع سابق، ص ٨٠٤. وكذلك الفتوى رقم ٥٤٨ بتاريخ ١٩٨٩/٥/٣١، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاما، في شأن العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣١٥. وانظر بصدد الاحكام، حكم ١٣٢٠ و ١٣٤٠ لسنة ١٢ ق.ع، بتاريخ ١٥/٢/١٩٦٩، نفس المرجع، ص ٣١٣.

<sup>1</sup> CAA Nancy, 15 février 2007, *Sté Sitelec Moselec*, n° 04NC01122, Rec., p. 331.

لعقد الإشغال العامة في فرنسا تعطي جهة الإدارة إمكانية مد أجل التنفيذ الأصلية بمقتضى قرار يصدر منها لأحد الأسباب التالية:

١. تغيير في حجم الأعمال المتفق عليها ابتداء أو تعديل في طبيعة بعض هذه الأعمال.

٢. استبدال الأعمال المتفق عليها بأخرى مختلفة.

٣. ظهور صعوبات غير متوقعة أثناء العمل في الموقع.

٤. تأجيل بعض الأعمال المتفق عليها من قبل الإدارة المتعاقدة.

٥. تأخر جهة الإدارة المتعاقدة في تنفيذ عمليات أولية تقع على عاتقها وضرورية لتنفيذ المتعاقد معها للترامات.

ويلاحظ أن حالة مد أجل التنفيذ سواء بمقتضى اتفاق أو قرار صادر بالتطبيق لبند العقد قبل حلول الأجل المحدد في الاتفاق الأصلي لا يمكن أن تدرج تحت حالات الإعفاء . فالإعفاء يفترض ثبوت الحق في العقاب بدأة، وهو ما يقتضى حلول الميعاد المحدد للاستلام، وهذا الأمر لم يتحقق في هذا الفرض . فالإدارة قد منحتة الأجل قبل حلول الميعاد المحدد أصلا لنهوا الأعمال، وبالتالي فواقعة التأخير لم تكن قد تحققت. أما بعد قبول الإدارة لطلبه فإن الميعاد يتعدل بإضافة المدة الجديدة . فمعالجة الفقه<sup>١</sup> لهذه الحالة ضمن حالات الإعفاء غير صحيح في رأينا، فالإعفاء يفترض بدأة ثبوت الحق في العقاب. ولكن على العكس من ذلك إذا قامت الإدارة بمد الأجل المحدد أصلا لإنهاء الأعمال والتسليم الابتدائي بناء على طلب المتعاقد معها بعد حلول الأجل المحدد أصلا. ففي هذه الحالة تكون الإدارة قد أعفت المتعاقد معها ضمنيا من الغرامة، لأن واقعة التأخير في هذا الفرض تكون قد تحققت. وبالتالي تحقق الإخلال ولكن الإدارة قد تجاوزت عنه فقبلت مد الأجل بعد تحققه، وهو ما يترتب عليه إنقضاء حقها في العقاب.

وفي هذه التفرقة أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في الفتوى رقم ٣٢٣ الصادرة في ١٠/٥/١٩٥٩ أن " تحديد الأجل المقرر للتوريد أو

<sup>١</sup> د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣١٢ : د. عاطف سعدي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٤٦ : د. أيمن جمعة، تنفيذ عقد الإشغال العامة، رسالة دكتوراة قدمت ونوقشت بجامعة الزقازيق ٢٠٠٥، ص ٢٤١.

لإتمام الأعمال في العقود الإدارية يخضع لمحض تقدير الجهات الإدارية حسبما تقتضيه ظروف العمل في المرفق العام الذي تتولاه، ومن ثم فإنها تملك تعديل الأجل الذي سبق لها أن حددته، وذلك بموافقة الطرف الآخر في العقد، سواء تم هذا التعديل قبل انتهاء الميعاد المتفق عليه أم بعد انقضائه، وفي هذه الحالة الأخيرة، يسقط حقها في اقتضاء غرامة التأخير المستحقة في الفترة التي أمتد إليها الأجل المحدد<sup>١</sup>.

وعلى الرغم من إتفاقنا مع الفتوى السابقة في التفرقة بين حالة مد أجل التنفيذ قبل حلول الأجل الأصلي وحالة مد أجل التنفيذ بعد حلول الأجل الأصلي، على أننا نتحفظ على استخدام مصطلح "السقوط" في حالة الاتفاق على مد أجل التنفيذ بعد تحقق التأخير، فسقوط الحق هو في الأساس جزاء إجرائي على عدم استعمال الحق لفترة معينة بعد نشوئه، أما الأمر هنا فيتعلق بزوال الحق كنتيجة لتعديل أجل التنفيذ.

٢٥- تعديل ميعاد التنفيذ بعد حلول الأجل قد يتضمن معنى التنازل عن توقيع الغرامة. إذا حل أجل التنفيذ، فإن جهة الإدارة يكون من حقها توقيع غرامات التأخير. ومع ذلك، فقد تمنح جهة الإدارة بارادتها المنفردة المتعاقد معها آجال إضافية للتنفيذ بناء على طلبه. ويثور التساؤل في هذا الفرض حول مدى إمكان اعتبار منح الأجل في هذه الحالة بمثابة تعديل لمواعيد التنفيذ بما ينطوي عليه ذلك من تنازل من قبل جهة الإدارة عن حقها في توقيع غرامات التأخير.

ونظرا لأن التنازل عن الحق يفترض بداية ثبوته، فإننا نفضل معالجة هذه الجزئية بصدد دراسة سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير وفي الإعفاء منها<sup>٢</sup>. ونكتفي في هذا المقام بالتأكيد على أن أحكام القضاء في مصر وفرنسا تذهب إلى أن منح الأجل بعد حلول ميعاد التنفيذ قد يتضمن في بعض الأحوال تنازلا من الإدارة عن حقها في توقيع الغرامة.

٢٦- تعديل العقد بإضافة أعمال جديدة وأثره على أجل التنفيذ الأصلي. قد يمتد ميعاد التنفيذ أيضا نتيجة لاستخدام الإدارة لسلطتها في تعديل العقد. فقد يحدث بعد إبرام العقد الإداري، أن تقوم الإدارة بتعديل بعض بنود العقد بارادتها المنفردة،

<sup>١</sup> مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في أربعين عاما، في شأن العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٥١.

<sup>٢</sup> أنظر المبحث الثاني من هذا البحث وعلى وجه الخصوص الفقرة رقم ٥٥

ودون حاجة إلى موافقة الطرف الآخر، فتضيف إلى موضوعه أعمال جديدة، تلزم المتعاقد معها بالقيام بها بالإضافة إلى العمل الأصلي المتفق عليه. والحق في تعديل العقد بالإرادة المنفردة يعد امتيازاً مقرراً للإدارة في فرنسا ومصر دون حاجة إلى النص عليه صراحة في العقد، بل ولا يجوز للإدارة أن تنتازل عنه<sup>١</sup>. وحق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفرد مقيد بقيود عديدة أهمها، أن تكون الإدارة مدفوعة في التعديل بمقتضيات الصالح العام، وأن تستند في إجراءاته إلى تغيير الظروف التي أدخلتها الإدارة في اعتبارها عند التعاقد، ويجب ألا يمتد هذا التعديل إلى حد تعديل نوع العقد أو موضوعه وإلا حق للمتعاقد معها أن يطلب الفسخ، فيجب أن تكون الأعمال المضافة من جنس العمل الأصلي، ويجب كذلك ألا يتناول الحقوق المالية للمتعاقد معها، وهذا الحق يختلف مداه من عقد الآخر.

واستخدام الإدارة لحقها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة يثير بصدد بحثنا تساؤلاً حول أثر هذا التعديل على الاتفاق الأصلي المتعلق بغرامة التأخير. فهل يمكن لجهة الإدارة في حالة تجاوز المتعاقد مع الإدارة للأجل المحدد لتنفيذ الأعمال الأصلية موضوع العقد توقيع الغرامات؟

والحقيقة أن الإجابة على هذا التساؤل تستدعي التمييز بين فرضين :- الفرض الأول وفيه تمنح الإدارة للمتعاقد معها مهلة إضافية لإنجاز الأعمال المتفق عليها ؛ أما الفرض الثاني فلا تمنح فيه الإدارة للمتعاقد معها مهلة إضافية لتنفيذ؛ وهو ما يعبر عن اتجاه رغبتها لتنفيذ الأعمال الإضافية في المدة المتفق عليها لإنجاز الأعمال الأصلية موضوع العقد.

فيما يتعلق بالإجابة على الفرض الأول الذي تحدد فيه الإدارة للمتعاقد معها مهلة إضافية لإنجاز الأعمال الإضافية التي طلبتها، فإن مدة إنجاز الأعمال الإضافية تضاف إلى المدة الأصلية والتي كان من الواجب على المتعاقد معها أن ينتهي فيها من الأعمال الأصلية لتكون مدة جديدة. وبالتالي فلا يحق للإدارة أن توقع على المتعاقد معها غرامه تأخير إن هو تأخر عن إنجاز الأعمال الأصلية، في

<sup>١</sup> د. محمد فراد عبد الباسط، العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٢٥٢ وما بعدها؛ د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٧٢؛ د. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ٩٨ المشاكل العملية والحلول القانونية دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة للعقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٠، ص ١٣٥ وما بعدها؛ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، طبعة ٢٠٠٨، ص ٢٦٢ وما بعدها.

المدة التي كان من الواجب عليه إنهاؤها فيها قبل أن يتم التعديل. بل يجب عليها الانتظار لحين انتهاء المدة المضافة أيضا، وذلك لأن المدة المضافة تنضم إلى المدة الأصلية لتكون مدة واحدة ، وتحاسبه عندئذ على إتمام الأعمال كلها الأصلية و المضافة.

وفي هذا تقرر الإدارية العليا أن " مدة تنفيذ العقد هي المحددة أصلا في العقد لإنجاز الأعمال موضوعه وإذا ما طرأ على العقد زيادة أو نقص ، فإن الأصل أن تزداد المدة أو تنقص بمقدار تلك الزيادة أو النقصان في الأعمال موضوعه، هذا إذا لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"<sup>١</sup> . وقد طبقت المحكمة الإدارية العليا المبدأ السابق في العديد من الدعاوي. فقد قررت في الطعن رقم ٦٣٢ لسنة ٤٧ ق.ع بتاريخ ٢٠٠٦/٥/٢ أنه " ومن حيث أن الثابت من الإدارات أن المطعون ضده ، قد رست عليه عملية إنشاء سور حمام السباحة لنادي سوهاج الرياضي بجلسة ١٩٨٨/٩/٢٤ ، وقد تسلم الموقع خاليا من الموانع في ١٩٨٨/١١/١٧ على أن ينتهي العمل في ١٩٨٩/٥/١٦ ، ثم أسندت الجهة الإدارية أعمال إضافية للمطعون ضده ، مدة تنفيذها ٣ أشهر ونصف ، وعليه ميعاد نهو الأعمال ١٩٨٩/٩/١ ، ثم أسندت الجهة الإدارية للمطعون ضده إنشاء حجرتين كلور مدة تنفيذها شهرين، فيصبح ميعاد نهو الأعمال ١٩٨٩/١١/١ ، ثم أسند المطعون ضده إنشاء غرفه محابس، مدة تنفيذها يومين فيكون ميعاد نهو الأعمال ١٩٨٩/١١/٣<sup>٢</sup> .

ونرى أيضا أن هذا الحكم يسرى إذا كان التعديل بمحض إرادة الطرفين ، وبناء على اتفاقهما وليس بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة، فتضاف أيضا في هذه الحالة المدة الجديدة التي اتفق عليها الطرفان إلى المدة الأصلية، متى كان الاستيلاء يتم دفعة واحدة وليس على مراحل، لأن الأمر هنا لا يتعلق بالأداة القانونية التي تم بها التعديل، وإنما بكيفية حساب مدة إنهاء الأعمال موضوع التعاقد .

<sup>١</sup> الطعن رقم ٦٧٦٠ لسنة ٤٢ ق،ع، بتاريخ ٢٠٠٠/٢/١٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ، السنة الخامسة والأربعين ق.ع ، من أول أكتوبر ١٩٩٩ حتي آخر سبتمبر ٢٠٠٠ ، ص ٤٩٢ .

<sup>٢</sup> الحكم في الطعن رقم ٦٣٢ ، لسنة ٤٧ ق.ع، بتاريخ ٢٠٠٦/٥/٢ .



فيما يتعلق بالإجابة على الفرض الثاني والذي لا تمنح فيه الإدارة للمتعاقد معها مهلة إضافية لتنفيذ- وهو ما يعبر عن اتجاه رغبتها لتنفيذ الأعمال الإضافية في المدة المتفق عليها لإنجاز الأعمال الأصلية موضوع العقد- وأثر ذلك على سلطتها في توقيع غرامة التأخير إذا تأخر المتعاقد معها في إنجاز جملة الأعمال: الأصلية والمضافة، في المدة المحددة في الاتفاق الأصلي، فقد أتيح لمجلس الدولة الفرنسي أن يجيب على هذا الفرض في حكم بتاريخ ١٦ مايو ٢٠١٢، وذلك بمناسبة طعن على حكم صادر من المحكمة الاستئنافية الإدارية لدويه بفرنسا. وتتخلص وقائع القضية في أن جهة الإدارة المتعاقدة قد طلبت إلي المتعاقدين معها في أحد عقود الأشغال العامة أعمال إضافية زائدة عن تلك التي تناولها الاتفاق الأصلي بينهم، ذلك دون منحهم مهلة إضافية لتنفيذ هذه الأعمال. وقد تأخر المتعاقدون مع جهة الإدارة بالفعل عن إتمام الأعمال في الميعاد المتفق عليه ابتداء لإنهاء الأعمال الأصلية التي تناولها الاتفاق الأصلي. ولما عرض النزاع على المحكمة الإدارية المختصة " المحكمة الإدارية لمدينة روهون" فقد قلصت المحكمة مبلغ الغرامة من ٥٠٠٠ إلى ٣٠٠٠ يورو. وقد اعتبرت المحكمة الإدارية لروون أن المبلغ الذي تم تقليصه يعادل التأخير عن إتمام الأعمال الإضافية. إذ أنه لا يحق لجهة الإدارة توقيع غرامة تأخير عن الأعمال الإضافية لمجرد تأخر المقاول المتعاقد عن التاريخ المحدد أصلاً لتنفيذ الأعمال الأصلية المتفق عليها ابتداء. ولما طعننت جهة الإدارة على هذا الحكم، أبدت المحكمة الإدارية الاستئنافية لدويه حكم محكمة أول درجة. فقد اعتبرت هذه الأخيرة أن توقيع غرامة تأخير عن الأعمال الإضافية لمجرد التأخر في تنفيذها عن التاريخ المتفق عليه لإنجاز الأعمال الأصلية هو أمر غير مبرر.

وقد انتهى مجلس الدولة الفرنسي لإلغاء الحكم المطعون فيه إذ أن محكمة الاستئناف الإدارية لدويه الصادر في ١٩ أكتوبر ٢٠١٠ - ومن قبلها المحكمة الإدارية لروون الصادر في ١٤ مايو ٢٠٠٩ - لم يبحثتا مسائلة صدور تحفظ من قبل المتعاقد مع الإدارة على إلزامه بتنفيذ الأعمال الإضافية التي قررتها الإدارة في المدة المتفق عليها في الاتفاق الأصلي. كذلك فإن كلتا المحكمتين لم تبحثتا مسائلة وجود اتفاق تكميلي بعد تكليف المتعاقدين بالأعمال الإضافية. فقد يجد اتفاق بعد تعديل الإدارة للعقد الإداري موضوعه مد ميعاد التنفيذ أو استبعاد غرامات التأخير عن تنفيذ الأعمال الإضافية. في حين أن محكمة الاستئناف الإدارية لدويه ومن قبلها محكمة روهون الإدارية اكتفيا لنفي حق الإدارة في توقيع غرامة التأخير عن الأعمال الإضافية بأن هذه الأعمال لم يكن متفقاً عليها في الاتفاق الأصلي بين جهة الإدارة

والمتعاقدين معها. وبالتالي انتهيا إلى إلغاء غرامة التأخير التي تم توقيعها على المتعاقدين مع جهة الإدارة عن التأخر في تنفيذ الأعمال الإضافية<sup>1</sup>. وبهذا يكون مجلس الدولة الفرنسي قد حسم نزاعا بين محاكم الاستئناف الإدارية في فرنسا. ففي مقابل الحل الذي أيدته محكمة استئناف دويه السابق الإشارة إليه، كان هناك اتجاه آخر في ذات المحكمة يرى أنه من حق جهة الإدارة فرض غرامات عن التأخر في تنفيذ الأعمال الإضافية التي طلبتها جهة الإدارة متى لم يطلب المتعاقد مع الإدارة مد أجل التنفيذ. ففي حكمها في ٣١ أكتوبر ٢٠٠٦ رفضت محكمة استئناف دويه تقليص مبلغ غرامات التأخير على المقاول المتعاقد مع الإدارة. وقد استند في طلبه لتقليص مبلغ الغرامة لأسباب متعددة فندتها جميعها المحكمة. وكان من بين تلك الأسباب أن جهة الإدارة كانت قد استخدمت سلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة وطلبت منه تنفيذ أعمال إضافية. وقد ردت المحكمة

---

<sup>1</sup> CE, 16 mai 2012, *Communauté d'agglomération Rouen-Elbeuf-Austreberthe*, n°345137, Rec. p. 225. Le Conseil d'Etat a considéré que " considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le maître d'ouvrage a, par l'ordre de service n° 13, ordonné la réalisation des travaux supplémentaires correspondant à la planche n° 462, sans accorder aux constructeurs de délai d'exécution supplémentaire ; que la cour a jugé que ne pouvait justifier l'application de pénalités de retard, la circonstance que ces travaux n'étaient pas terminés à la date d'achèvement contractuellement fixée, au motif qu'ils n'étaient pas inclus dans le marché initial ; qu'en ne faisant pas application du délai d'exécution prévu au marché initial pour la réalisation des travaux supplémentaires prévus par l'ordre de service n° 13, sans rechercher si les constructeurs avaient émis des réserves sur ce délai d'exécution et si un accord était intervenu entre les parties pour ne pas soumettre leur réalisation au délai d'exécution prévu au marché initial ou pour les exclure du champ d'application des pénalités de retard contractuelles, la cour a commis une erreur de droit "

<sup>2</sup> CAA de Douai, 31 octobre 2006, n° 04DA01071, inédit au recueil Lebon

على هذا الدفع "بأنه إذا كانت جهة الإدارة قد طلبت منه تنفيذ أعمال إضافية فإن  
المقاول المتعاقد لم يطلب من جهة الإدارة مد مدة التنفيذ الأصلية"<sup>1</sup>.  
وما يمكن استخلاصه من قضاء مجلس الدولة الفرنسي السابق أن مجلس  
الفرنسي يميز فيما يتعلق بأثر تكليف الإدارة للمتعاقد معها بأعمال إضافية على حقها  
في توقيع غرامة تأخير عن هذه الأعمال بين فرضين: الأول اتفاق الإدارة مع التعاقد  
معها بعد إضافة الأعمال الجديدة على تعديل مواعيد التنفيذ الأصلية لتستغرق  
الأعمال الجديدة التي كلفت بها الإدارة المتعاقد معها أو اتفاق الإدارة مع المتعاقد  
معها على استبعاد توقيع غرامة التأخير في حالة التأخر عن تنفيذ الأعمال الإضافية.  
وفي هذا الفرض يتعين التقيد بالاتفاق. ولا يجوز بالتالي لجهة الإدارة توقيع غرامة  
تأخير عن الأعمال الإضافية بناء على الاتفاق الأصلي. أما الفرض الثاني فهو حالة  
غياب هذا الاتفاق التكميلي- وهذه هي القاعدة الجديدة التي أقرها مجلس الدولة في  
حكمه بتاريخ ١٦ مايو ٢٠١٢ - إن تعديل عقد الأشغال من قبل جهة الإدارة بإضافة  
أعمال إضافية للأعمال المتفق عليها يتيح لها كقاعدة عامة توقيع غرامة تأخير على  
المتعاقد المقصر في حالة تأخره عن إنجاز الأعمال الإضافية في المدة المحددة في  
الاتفاق الأصلي إلا إذا تحفظ المتعاقد مع الإدارة على إلزامه بتنفيذ الأعمال الجديدة  
في المدة المحددة في الاتفاق الأصلي. ففي حالة تحفظ المتعاقد على تنفيذ الأعمال  
الإضافية في ذات المدة المحددة في الاتفاق الأصلي لتنفيذ الأعمال المتفق عليها  
بداية، يجب على جهة الإدارة الاتفاق مع المتعاقد معها على تاريخ جديد لإنجاز  
الأعمال الإضافية وإلا كان من حقه اللجوء للمحكمة لتعديل هذه المدة. ولا يحق  
لجهة الإدارة في هذا الفرض الأخير توقيع غرامة تأخير على المتعاقد معها عن  
الأعمال الإضافية لتأخره في إنجازها عن الميعاد المحدد في العقد الأصلي.  
ونلخص من كل ما سبق إلي أن غرامات التأخير توقع عن إخلال المتعاقد  
بالتزامه بتنفيذ أداءاته العقدية في مواعيدها. والإخلال بالالتزام السابق هو موجب  
توقيع الغرامة ومقابلها. والإخلال على هذا النحو يفترض تحقق عدة شروط. فيجب  
أن يكون المتعاقد مع الإدارة ملتزما عقديا. وهو ما يفترض بالضرورة أن نكون  
بصدد عقد إداري قد انعقد ودخل حيز النفاذ فعلا. ويجب ثانيا أن يظل المتعاقد مع  
الإدارة ملتزما لحين حلول الأجل. وأخيرا يجب أن يحل أجل أداء الالتزام دون أن  
يتم التنفيذ على النحو المتفق عليه. واجتماع الشروط السابقة هو أمر لاغني عنه

<sup>1</sup> Ibid.

لتحقق الإخلال بالتزام الإدارة بتنفيذ المتعاقد لأداءاته العقدية في مواعيدها المتفق عليها.

## الفرع الثالث افتراض الضرر

٢٧- الضرر ركن مفترض في المسؤولية التي توقع عنها غرامة التأخير. تذهب أحكام مجلس الدولة في مصر وفي فرنسا وكذلك الفتاوى الصادرة من مجلس الدولة المصري إلى أن الضرر في المسؤولية الناشئة عن تأخر المتعاقد مع الإدارة في الوفاء بالتزاماته العقدية في موعدها هو بمثابة ركن مفترض. فالضرر ركن لازم لقيام هذه المسؤولية إلا أنه يفترض.

٢٨- افتراض الضرر في فرنسا. وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي فإن توقيع غرامات التأخير على المتعاقد مع الإدارة لا يرتهن بتحقق ضرر. فالضرر يفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس بمجرد تحقق التأخير. فغرامة تطبيق بطريقة تلقائية بمجرد تحقق التأخير automatique. فمن ناحية، يسير قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ حكمه فورماسول الصادر بتاريخ ٣ ديسمبر ١٩٢٠، على أنه لا يسمح للمتعاقد مع الإدارة بالأدعاء بغياب الضرر أو عدم تحققه. فغرامة التأخير هي تعويض متفق عليه مقدما يستحق بمجرد إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزامه بتنفيذ العقد في الميعاد. فالضرر يفترض بمجرد تحقق التأخير افتراضا غير قابل لإثبات العكس. ومن ناحية أخرى، فإن غرامة التأخير لا تقاس بمقدار الضرر المتحقق فعلا. فقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بونيه بتاريخ ١٠ فبراير ١٩٧١ على أن غرامات التأخير لها طابع جزافي forfaitaire. فالغرامة لا تقوم بمقدار الضرر المتحقق فعلا<sup>٢</sup>.

<sup>1</sup> CE 3 décembre 1920, *Fromassol*, RDP, 1920, p. 64, concl. Corneille : CE 5 janvier 1924, *Olivier*, Rec., p. 20 : CE 23 mai 1930, *Cie électrique de la Loire*, Rec., p. 549 : CE 10 février 1971, *Bonnet*, Rec., T., p. 1104 : CE 4 juin 1976, *Sté Toulousaine immobilière*, Rec., p. 303.

<sup>2</sup> CE 10 février 1971, *Bonnet*, précité.

٢٩- افتراض الضرر في مصر. يتبنى مجلس الدولة المصري اتجاها مقاربا لقضاء نظيره الفرنسي. فنقرر المحكمة الإدارية العليا أنه " من المستقر عليه كذلك في قضاء هذه المحكمة أن غرامة التأخير في العقود الإدارية مقررة ضماناً لتنفيذ هذه العقود وفي المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وأن التكييف القانوني لغرامة التأخير أنها صورة من صور التعويض الاتفاقى تتميز عن التعويض في مجالات القانون الخاص بأحكام خاصة أهمها أن أحد أركانها وهو الضرر يفترض وقوعه بمجرد حصول التأخير ودون حاجة إلى إثبات جهة الإدارة لوقوعه <sup>١</sup> .

وتضيف ذات المحكمة في أحكام أخرى أنه " من المسلمات في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير لا تعدوا أن تكون تعويضات اتفاقية عما أصاب المرفق العام من ضرر مرده إخلال المتعاقد بحسن سيره، وهو ضرر مفترض يجيز للإدارة جبره بفرض الغرامة إذا ما توافرت شروط استحقاقها بحصول الإخلال من جانب المتعاقد معها، فلها أن تستنزل قيمتها من المبالغ التي عساها أن تكون مستحقة له بموجب العقد دون أن تلتزم الإدارة بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل من المتعاقد إثبات عدم حصول الضرر على اعتبار أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد، يفترض أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد <sup>٢</sup> .

وتميز المحكمة الإدارية العليا في أحكامها بوضوح بين غرامة التأخير في العقود الإدارية والشرط الجزائي في العقود المدنية فتقرر أنه " ولأن كان من المبادئ المسلمة في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير في العقود الإدارية تختلف في طبيعتها عن الشرط الجزائي في العقود المدنية. ذلك أن الشرط الجزائي

<sup>١</sup> الحكم في لطن رقم ٢٥٧٧٤ لسنة ٥٥ ق.ع، بتاريخ ٢٤/٣/٢٠١٥، لم ينشر بعد.

<sup>٢</sup> لطن رقم ١٩٦٧ لسنة ٤٥ ق.ع. ٩/٤/٢٠٠٢. وتقرر المحكمة الإدارية العليا أيضاً أنه " من المسلمات في فقه القانون الإداري، أن غرامة التأخير لا تعدوا أن تكون تعويضاً جزائياً عما أصاب المرفق العام من ضرر مرده إخلال المتعاقد بحسن سيره، وهو ضرر مفترض يجيز للإدارة جبره، بفرض الغرامة إذا ما توافرت شروط استحقاقها بحصول الإخلال من جانب المتعاقد معها ". حكم رقم ١٧٧٢ لسنة ٢٩ ق.ع، صادر في ٥/٢/١٩٨٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لتسمى الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً صادرة في ١٩٩٥، مرجع سابق، ص ٤٩٥: حكم رقم ١٧٧٢ لسنة ٢٩ ق.ع، ٥/٢/١٩٨٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لتسمى الفتوى والتشريع في أربعين عاماً، مرجع سابق، ص ٤٩٥، ٤٩٦.

في العقود المدنية هو تعويض متفق عليه مقدما يستحق في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، فيشترط لاستحقاقه ما يشترط لاستحقاق التعويض بوجه عام من وجوب حصول ضرر للمتعاقد الآخر، وإعذار للطرف المقصر وصدور حكم به. وللقضاء أن يخفضه، إذا ثبت أنه لا يتناسب والضرر الذي يلحق بالمتعاقدين، بينما الحكمة من الغرامات التي ينص عليها في العقود الإدارية هي ضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ولذا فإن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها، دون حاجة إلى صدور حكم بها إذا توافرت شروط استحقاقها بحصول الإخلال من جانب المتعاقد معها، ولها أن تستنزل قيمتها من المبالغ التي عساها أن تكون مستحقة له بموجب العقد دون أن تلتزم الإدارة بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل ابتداء من المتعاقد إثبات عدم حصوله على اعتبار أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد، يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير<sup>١</sup>.

أما فيما يتعلق بالفتاوى الصادرة عن مجلس الدولة المصري، فيبدو أن الفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قد مرت بتطور في سبيلها لتقرير افتراض الضرر افتراضا غير قابل لإثبات العكس. فقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في الفتوى رقم برقم ٣٢٣ بتاريخ ١٠/٥/١٩٥٩ بأن " غرامة التأخير التي تتضمنها العقود الإدارية هي وفقا للتكليف القانوني الصحيح صورة من صور التعويض الاتفاقي، يرتضيه الطرفان سلفا نظير الضرر الناشئ عن التأخير، إلا أنها تتميز عن التعويض الاتفاقي في مجالات القانون الخاص بأحكام خاصة أهمها أن أحد أركانه وهو الضرر الذي يفترض وقوعه

<sup>١</sup> حكم ٦١ لسنة ٢ ق.ع، صادر في ١٩/٩/١٩٦٠، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاما صادرة في ١٩٩٥، مرجع سابق، ص ٤٩٥ : حكم رقم ٩٤ لسنة ٩ ق.ع، صادر في ١١/٩/١٩٦٥، نفس المرجع، ص ٤٩٢ : حكم رقم ٧٤١ لسنة ٢٧ ق.ع، صادر في ٢٨/٥/١٩٨٥، وفيه ميزت المحكمة بين الشرط الجزائي والغرامة على النحو السالف ثم أضافت أنه " ولا يغير من ذلك انتهاء النص بالإشارة إلى أنها بمثابة تعويض عن الضرر المتفق عليه إذا سبق هذا التعبير ما يؤكد انصراف العقد إلى اعتبارها غرامة تأخير بالنص على أنها تترتب حتما بمجرد التأخير، بدون حاجة إلى إنذار المقاول إنذارا رسميا أو غير رسمي، أما الإشارة إلى كونه تعويض عن الضرر متفق عليه مقدما فلا يعدو أن يكون إقرار بطبيعتها وتأكيدها لاعتبارها غرامة تأخير لن ينتظر لتوقيعها حصول الضرر"، نفس المرجع، ص ٤٩٧.

بمجرد حصول التأخير (...) ومع ذلك فإن افتراض وقوع الضرر بمجرد التأخير ليس قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس بل يجوز للطرف الآخر المتعاقد مع الإدارة أن يثبت انتفاء الضرر أصلا أو انتفاء ركن الخطأ و متى انتفى أحد أركان المسؤولية الموجبة للتعويض، فلا مجال عندئذ لاستعمال الحق المخول للإدارة بمقتضى العقد في اقتضاء التعويض لانعدام الأساس القانوني الذي يقوم عليه، ومن ثم ففي مثل هذه الأحوال لا ينطوي الإعفاء من الغرامة على تصرف بالمجان في أموال الدولة<sup>١</sup>.

وقد تعرضت هذه الفتوى لنقد من جانب بعض فقهاء القانون العام<sup>٢</sup>، مما أدى لعدول الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع عن هذا الاتجاه. وقد تركزت هذه الانتقادات على أن قبول إثبات عدم تحقق ضرر يمكن أن يؤدي للإضرار بسير المرافق العامة بانتظام واطراد. وقد كان من أثر الانتقادات السابقة اعتماد الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع للاتجاه الذي يرى أن الضرر يفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس.

فتؤكد الفتاوى اللاحقة الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع أن " غرامة التأخير لا تعدوا أن تكون تعويضا للإدارة عما أصاب المرفق العام من ضرر مرده إخلال المتعاقد معها بحسن سيره، وهو ضرر مفترض يجيز لها جبره بفرض الغرامة فور تحقق الإخلال من جانب المتعاقد ودون أن تلزم الإدارة بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل من المتعاقد معها إثبات عدم حصوله، إذ أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد، يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير، واقتضاء الغرامة منوط بتقديرها باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة، وذلك دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى"<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> فتوى رقم برقم ٣٢٣ بتاريخ ١٠/٥/١٩٥٩، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية في شأن العقود الإدارية منذ إنشائها حتى عام ٢٠٠٥ ص ٦٩٨. والفتوى السابقة المذكورة أيضا مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاما من العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٥٣.

<sup>٢</sup> د. سليمان الطماوى، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥١٣.

<sup>٣</sup> فتوى رقم ٥٢٢ صادرة في ٢٣/٥/١٩٦٧، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية حتى عام ١٩٩٥، مرجع سابق ص ٥٥٣.

كذلك فقد أفتت الجمعية في ظل القانون ٩ لسنة ١٩٨٣ بأن " مقتضى نص المادة ٢٦ في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والمادة ٩٢ من اللائحة التنفيذية للقانون الصادر بقرار وزير المالية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣، أن غرامة التأخير لا تعدوا أن تكون تعويضا للإدارة عما أصاب المرفق العام من ضرر مرده إخلال المتعاقد معها بحسن سيره، وهو ضرر مفترض يجيز لها جبره بفرض الغرامة فور تحقق الإخلال من جانب المتعاقد ودون أن تلزم الإدارة بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل من المتعاقد معها إثبات عدم حصوله، إذ أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد، يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير، واقتضاء الغرامة منوط بتقديرها باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة، وذلك دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى<sup>١</sup>.

نخلص من العرض السابق إلى أن مجلس الدولة يعتبر أن ركن الضرر في المسؤولية الناشئة عن إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزامه بالتنفيذ في الميعاد يفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس. فبمجرد تحقق التأخير يثبت للإدارة الحق في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها.

---

<sup>١</sup> فتوى رقم ١١٩٦ صادرة في ١٢/٢٨/١٩٩١، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية منذ نشأتها حتى عام ٢٠٠٤، ص ٧٣٠. وأنظر كذلك الفتوى رقم ٥٢٢ صادرة في ١٩٦٧/٥/٢٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في العقود الإدارية حتى عام ١٩٩٥، مرجع سابق، ص ٥٥٣.



## المطلب الثاني

### الطبيعة القانونية لغرامة التأخير

٣٠ - الإشكال المتعلق بالطبيعة القانونية للغرامة. إن أحد أدق الإشكالات التي قد تعرض للباحث في موضوع غرامة التأخير هو المتعلق بالطبيعة القانونية لغرامة التأخير. فالفقه السائد في مصر وفرنسا يرى أن غرامات التأخير في العقود الإدارية هي في حقيقتها تعويضات جزافية للأضرار التي يمكن أن تنجم عن تأخر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته في موعدها. ومع تسليم الفقه في كل من البلدين بأن لغرامات التأخير طابع جزائي، إلا أنهم يغلّبون عليه طابع التعويض. والحقيقة أن الفقه السائد في مصر لم يولي اهتماما خاصا لبحث الطبيعة القانونية لغرامة التأخير، مكتفيا في أغلب الأحوال بالسير على خطى الفقه الفرنسي في تغليب الطابع التعويضي لغرامات التأخير. فالفقه المصري لم يولي عناية خاصة لبحث الاختلافات بين النظامين القانونيين المصري والفرنسي، وما إذا كانت طبيعة غرامات التأخير في مصر تختلف عن نظيرتها في فرنسا على ضوء المبادئ التي يقوم عليها كل من النظامين : المصري والفرنسي. فالحقيقة أن بحث طبيعة غرامة التأخير من هذا المنظور يمكن أن يقود لملاحظة هامة : اختلاف الطبيعة القانونية لغرامة التأخير في مصر عن فرنسا.

ولذلك فسوف نعرض لتكييف غرامة التأخير في العقود الإدارية محللين بشيء من التفصيل موقف الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا. ومتى وجدنا التكييف المناسب لغرامة التأخير كان من السهل التمييز بينها وبين النظم القانونية التي قد تختلط بها نظرا للتشابه بين غرامة التأخير وبين هذه النظم في العديد من القواعد الحاكمة لهم .

وعلى ذلك سوف نتولى البحث في هذا الموضوع على النحو التالي :

الفرع الأول:- تكييف غرامات التأخير.

الفرع الثاني :- التمييز بين غرامة التأخير والنظم التي قد تختلط بها .

٣١- تحديد الطبيعة القانونية للغرامة يرتبط بتكييفها. إن تحديد الطبيعة القانونية لغرامات التأخير يعني في الأساس البحث عن تكييف لها ؛ والتكيف بصفة عامة هو عملية قانونية تهدف لرد الشيء للطائفة القانونية التي ينتمي إليها. فالتساؤل المطروح حول طبيعة غرامات التأخير يهدف لإدراج هذه الغرامات في الطائفة القانونية التي تنتمي إليها. ولتكيف غرامات التأخير أهمية كبيرة إذ أنه يساعد في فهم الأحكام الخاصة بهذه الغرامة في العقود الإدارية. ويساعد فهم الطبيعة القانونية لغرامات التأخير في العقود الإدارية في إيجاد حلول للفروض والمسائل التي لا ينظمها نص خاص. وسوف نتولى أولاً بيان تكييف غرامات التأخير في فرنسا، ثم نتولى ثانياً البحث في تكييف غرامات التأخير في مصر.

#### أولاً :- تكييف غرامات التأخير في فرنسا

٣٢- تكييف غرامات التأخير بأنها تعويضات جزائية يتوافق مع المبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني الفرنسي. يعرف فقه القانون العام في فرنسا غرامات التأخير بأنها مبالغ مالية محددة جزافاً ينص عليها في العقد تحسباً لتأخر المتعاقد مع الإدارة عن المواعيد المحددة للتنفيذ<sup>1</sup>. ويرى الجانب الراجح في الفقه الفرنسي أن الغرامة تشبه في طبيعتها الشروط الجزائية التي تنص عليها عقود

<sup>1</sup>(Ch.) Vautrot-Schwarz, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, L.G.D.J, 2010.

<sup>2</sup>C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2008, n° 5380: ALLAIREF ( F.), *L'Essentiel du droit des marchés publics*, Paris, Gualino éditeur, 2<sup>e</sup> ed, 2009, p.169: C BRECHON-MOULENES Ch. (sous la dir. de), DE GERY (P.), RICHER (L.), ROUQUETTE (R.) et TERNEYRE (Ph.), *Droit des marchés publics*, Le Moniteur.1993.

القانون الخاص. ولغرامة التأخير في فرنسا هدفان : وقائي وتعويضي<sup>1</sup>. أما الجانب الأول : فيشير لطبيعة غرامة التأخير كجزاء عقدي؛ المقصود منه تحقيق الردع بأغراضه العام والخاص. ففي تمكين الإدارة من توقيع الغرامة تهديد للمتعاقد معها حتى لا يقدم على الإخلال بالتزاماته. وهو ما يعبر عنه بالطابع الوقائي لغرامات التأخير. فهي تردع المتعاقد مع الإدارة عن الإخلال بالتزاماته العقدية. كذلك فإن في توقيع الغرامة على المتعاقد المقصر بتأخره ما يدفعه إلى الإسراع بالتنفيذ تفادياً لتعظيم قيمة الغرامة. وأخيراً، فإن توقيع الغرامة على المتعاقد المقصر سوف يكون رادعاً له في المستقبل. فيحرص على تنفيذ التزاماته العقدية في المستقبل في موعدها ووفقاً للبنود المتفق عليها تفادياً لتكرارها.

أما عن الجانب التعويضي للغرامة، فإن في قيمة الغرامة تعويض عن الأضرار التي تلحق بالإدارة نتيجة لعدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في موعدها. فهي بمثابة تعويض متفق عليه مسبقاً في العقد هدفه إصلاح الأضرار الناتجة عن تأخر المتعاقد في التنفيذ.

والحقيقة أن الفقه السائد في فرنسا لم يجانبه الصواب في اعتبارها الغرامة إحدى صور التعويضات الجزافية. فغرامة التأخير في العقود الإدارية تجد ما يناظرها في القانون المدني الفرنسي. فالمادة ١٢٢٦ من القانون المدني الفرنسي تجيز نظام الشرط الجزائي *clause pénal* بنصها على أن " الشرط الجزائي هو الذي بمقتضاه يلتزم شخص، من أجل تأكيد تنفيذ اتفاق، بإعطاء شيء في حالة عدم التنفيذ"<sup>2</sup>.

وعندما يترجم الشرط الجزافي في صورة دفع مبالغ معينة من قبل المتعاقد المخل فإنه يأخذ طابع التعويض الجزافي. ويسير القضاء في فرنسا على اعتبار التعويض الجزافي نوع من أنواع الجزاءات العقدية. وترسم المادة ١١٥٢ من القانون المدني الفرنسي النظام القانوني للتعويضات الجزافية في فرنسا. فقد كانت هذه المادة قبل تعديلها سنة ١٩٧٥، تنص على أنه " عندما ينص العقد على أن من يخل بالتزامه

<sup>1</sup> M. LEFONDRE, *op.cit.*, p.24.

<sup>2</sup>L'article 1226 du code civil français dispose que " La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution".

بالتنفيذ يدفع مبلغ معين من المال على سبيل التعويض، فلا يمكن مطالبة الطرف الآخر بمبلغ أكثر أو أقل<sup>1</sup>.

وبالتالي يتحقق موجب توقيع الشرط المحتوي على الغرامة بمجرد تحقق التأخير<sup>2</sup>. ولم يكن من حق المتعاقد المقصر ادعاء عدم تحقق ضرر أو أن الضرر المتحقق كان أقل من المبلغ المقرر كغرامة<sup>3</sup>، وذلك إعلاء لمبدأ سلطان الإرادة. ولذات السبب كان القاضي المدني في فرنسا قبل تعديل ١٩٧٥ محروما من المساس بمبلغ الغرامة حتى ولو وصل لحد ظاهر المغالاة أو ضئيل القيمة<sup>4</sup>.

وقد عدلت المادة ١١٥٢ بمقتضى القانون الصادر في ٩ يوليو ١٩٧٥ ليضيف إليها المشرع الفرنسي فقرة ثانية تقضي بأنه "ومع ذلك، يستطيع القاضي، حتى من تلقاء نفسه أن يخفض أو يزيد المبالغ المتفق عليها إذا كانت مغالى فيها بطريقة ظاهرة أو تافهة القيمة. ولا يعتد بأي شرط مخالف"<sup>5</sup>.

ونخلص من العرض السابق لنظام الشرط الجزائي في فرنسا إلى أن هذا الأخير يتقارب لحد بعيد مع غرامة التأخير في العقود الإدارية. فأمام غياب النص القانوني الذي ينظم غرامات التأخير في نطاق القانون الإداري، وانطلاقا من وحدة جوهر العقد : الإداري أو المدني، فهو قائم على تلاقى إرادتين على تحقيق أثر قانوني معين، وإعلاء لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين أقر القاضي الإداري حق الإدارة في تقاضي كامل التعويضات المحددة في العقد نتيجة للتأخير في تنفيذه، وذلك بمجرد تحقق التأخير وبغض النظر عن مقدار وقيمة الأضرار التي تحققت.

---

<sup>1</sup> La première version de l'article 1152 disposait que « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.

<sup>2</sup> 3° Civ. 12 janvier 1994, *BICC*, n° 585, du 1 avril 2004 .

<sup>3</sup> 3° Civ, 20 décembre 2006, *BICC*, n° 659 du 15 avril 2007.

<sup>4</sup> G. Paisant, Dix ans d'application de la réforme des articles 1552 et 1231, *RTC*, 1985, 647.

<sup>5</sup> L'alinéa 2 de l'article 1152 du code civil inséré par la loi du 9 juillet 1975 dispose que "Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite

».

ويبدو أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يغلب الطابع التعويضي لغرامات التأخير. وأيه ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي لا يقر بحق جهة الإدارة في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها دون نص في العقد؛ فمن ناحية: يقر القاضي الإداري في قضاء مستقر بحق جهة الإدارة في توقيع الجزاءات العقدية بمقتضى قرار يصدر منها بالتطبيق لنصوص العقد، ودون حاجة للجوء إلى القضاء الإداري. فالرقابة القضائية لاحقة على توقيع الجزاء. وتخضع غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية لهذا الحكم. ومن ناحية أخرى (وهذا هو موضع الخروج)، يقر القاضي الإداري الفرنسي بحق جهة الإدارة في توقيع الجزاءات التي تهدف لضمان تنفيذ بنود العقد دون حاجة لنص في العقد الإداري محل النزاع. فحق الإدارة في توقيع هذه الجزاءات يستمد من قواعد القانون العام. أما الغرامة فهي في جوهرها جزاء عقدي يستهدف تعويض الإدارة عن الأضرار التي تنجم عن الإخلال بالالتزام بتنفيذ العقد في موعده أكثر مما تستهدف تنفيذ بنود العقد الإداري.

وانطلاقاً من القواعد التي تحكم الشرط الجزائي في القانون المدني الفرنسي، تبنى القاضي الإداري من هذه القواعد ما لا يتعارض مع قواعد القانون الإداري. فغرامة التأخير تطبق بطريقة تلقائية بمجرد تحقق التأخير automatique. وغرامات التأخير في فرنسا دائماً لها طابع جزافي forfaitaire، فلا يتطلب لتوقيعها إثبات ضرر أصاب الإدارة. و لم يكن يسمح للمتعاقد مع الإدارة بالادعاء بغياب الضرر أو عدم تحققه. وفي المقابل لم يكن من حق الإدارة أن تدعي أن الضرر المتحقق أزيد من مبلغ الغرامات المستحقة لها والتي ينص

<sup>1</sup> CE 13 mars 1912, *Quintyn*, Rec. P.362: CE, 30 mars 1928, *Ville de Lohans*, Rec., p.482: CE 6 mai 1985, *Office public d'HLM d'Avignon c/ Guichard*, RD. 1985.1706.

<sup>2</sup> CE 10 février 1971, *Bonnet*, Lebon tables p. 1104 : CE, 4 juin 1976, *société toulousaine immobilière*, Rec., p.303.

<sup>3</sup> CE 3 décembre 1920, *Fromassol*, précité: CE 5 janvier 1924, *Olivier* , Rec., p. 20 : CE 23 mai 1930, *Cie électrique de la Loire* , Rec., p. 549 : CE 10 février 1971, *Bonnet*, Rec., T. p. 1104 : CE 4 juin 1976, *Sté Toulousaine immobilière*, Rec., p. 303.

عليها العقد، فليس من حقها أن تطلب تعويض تكميلي<sup>1</sup>. فتمتى رصد المتعاقدان جزاء معيناً للإخلال بالتزام عقدي فلا يستطيع القاضي أن يستبدله أو يعدل فيه<sup>2</sup>. وكان مجلس الدولة يعتبر الغرامات المنصوص عليها في العقد يتعين أن تطبق حتى ولو أدى ذلك إلى جزاء مالي ظاهر المغالاة بالنظر إلى الأضرار المتحققة أو المبلغ الإجمالي للصفقة وذلك إعلاء لمبدأ العقد سريعة المتعاقدين<sup>3</sup>.

وعندما عدلت المادة ١١٥٢ من القانون المدني بمقتضى القانون الصادر في ٩ يوليو ١٩٧٥ ليضيف إليها المشرع الفرنسي فقرة ثانية تقضي بأنه "ومع ذلك، يستطيع القاضي، حتى من تلقاء نفسه أن يخفض أو يزيد الغرامة المتفق عليها إذا كانت مغالى فيها بطريقة ظاهرة أو ضئيلة جداً. ولا يعتد بأي شرط يخالف ذلك"، فإن القاضي الإداري تبعه في ذلك. فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٨ أنه "من حق القاضي الإداري بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة أن يخفض أو يزيد غرامات التأخير التي ينص عليها العقد الإداري بالتطبيق للمبادئ المنصوص عليها في المادة ١١٥٢ من القانون المدني، وذلك إذا كانت هذه الغرامات مغالى فيها بطريقة جد واضحة أو ضئيلة جداً وذلك بالنظر لقيمة الصفقة"<sup>4</sup>.

ومن الناحية النظرية، لا توجد في أحكام مجلس الدولة ما يمنع من النص على غرامة التأخير كجزء على تأخر الإدارة في الوفاء بالتزاماتها. وهو الفرض الممتنع عملاً والذي يصرح بعض الفقهاء بإمكانه نظرياً. فالإدارة هي الطرف الأقوى فعلياً في العقد والذي يستطيع بالتالي فرض شروطه. فالمتعاقد مع الإدارة لا يتمتع في الواقع بحرية كاملة في مناقشة شروط الغرامة وبنودها، وذلك لأن الإدارة تتعاقد في الغالب الأعم وفقاً لنماذج معدة سلفاً تنص على الغرامة. والعرض السابق يبين لنا أن النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية لا يشذ كثير في جوهره عن نظام الشروط الجزائية المعروفة في إطار

<sup>1</sup> CE 21 novembre 1934, *Dupond*, Rec., p. 1085 : CE 28 mars 1945, *Clauzier*, Rec., p. 69 : CE 15 mai 1987, *Hôpital rural de Breil-sur-Roya*, RDP, 1988, p. 1427

<sup>2</sup> CE, 31 mai 1907, *Desplanques*. Rec. 513.

<sup>3</sup> CE 14 juin 1944, *Sekoulounos*, Rec., p. 16

<sup>4</sup> CE, 29 décembre 2008, *OPHLM de Puteaux*, n°296930, Rec., p. 385.

<sup>5</sup> C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2008, n° 5373

القانون الخاص في فرنسا. فتكليف القضاء ومن خلفه فقه القانون العام في فرنسا للغرامة بأنها تنتمي لطائفة التعويضات الجزافية<sup>1</sup>، إنما ينبع من منطلق المبادئ التي تهيمن على النظام القانوني الفرنسي .

أما ما أضافه تطبيق نظام غرامات الإخلال في نطاق القانون العام (العقود الإدارية)، فهو حق الإدارة في فرض هذه الغرامات واقتضائها بالطريق المباشر ودون حاجة للجوء للقضاء، متى ثبت حق الإدارة في توقيعها بنص في العقد الإداري محل النزاع. فوفقا لقضاء مجلس الدولة المستقر<sup>2</sup>، فإن الإدارة من حقها تنفيذ الجزاءات التي تتضمنها بنود العقود التي تبرمها دون حاجة للجوء إلي القضاء. مما تقدم نخلص لأن اعتبار غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية أحد أنواع التعويضات الجزافية هو تكليف مستساغ في فرنسا لتوافقه مع المبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني الفرنسي.

### ثانياً: تكليف غرامات التأخير في مصر.

٣٣- تأثر الفقه والقضاء في مصر بالتكليف الفرنسي لغرامات التأخير. يسير فقه وقضاء القانون العام في مصر في تكليفه لغرامات التأخير على خطى نظيره الفرنسي. فيرى الجانب الراجح في الفقه والقضاء أن غرامات التأخير هي أحد أنواع التعويضات الجزافية. ولكن الحقيقة أن التكليف السابق يمكن أن يوجه له العديد من الانتقادات لعدم توافقه مع القواعد التي يقوم عليها النظام القانوني المصري. في محاولة للوصول لتكليف مستساغ لغرامات التأخير في العقود الإدارية، فإننا سوف نبحث بتفصيل أكبر أولاً في تكليف غرامات التأخير في الفقه والقضاء في مصر، ثم نعرض ثانياً لرأي الباحث.

### أ. تكليف غرامات التأخير في الفقه والقضاء في مصر

<sup>1</sup>L. RICHER, *Droit de contrats administratifs*, 1<sup>er</sup> Ed., LGDJ, 1995, p.

206: C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., n° 5380.

<sup>2</sup> CE , 27 janvier 1933, *Le Loir*, Rec. P.136 : CE, 21 mai 1982, *Société de protection intégrale du bâtiment*, Rec., p.183.

سوف نتناول أولاً تكييف غرامات التأخير في فقه القانون العام في مصر، ثم نبحث ثانياً هذا التكييف في قضاء وفتاوى مجلس الدولة المصري.

## ١. التكييف الفقهي لغرامات التأخير في مصر

٣٤- تأثر فقه القانون العام في مصر بالتكييف الفرنسي. يرى الجانب الراجح في مصر أن غرامات التأخير هي عبارة عن تعويضات جزافية لمواجهة حالة التأخير في تنفيذ التزام عقدي<sup>١</sup>. ويرتبون على هذا التحديد للطبيعة القانونية للغرامات باعتبارها تعويضاً جزافياً النتائج التالية:

١. أنها تنطبق في حالة تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته دون اشتراط ثبوت ضرر لحق بالإدارة من جراء هذا التأخير<sup>٢</sup>. ولا يستطيع المتعاقد مع الإدارة - لإعفائه - إثبات أن تأخره في تنفيذ التزاماته لم ينتج عنه أية أضرار للإدارة<sup>٣</sup>.

٢. بما أن شرط الغرامة شرط عقدي، فإن كلا من طرفي العقد يستطيع أن يتمسك به في مواجهة الآخر، وبذلك ليس من حق الإدارة أن تطلب تعويضات تزيد عن القيمة الجزافية المحددة في هذا الشرط، بقصد إصلاح الأضرار جميعها التي تحملتها الإدارة من جراء خطأ المتعاقد<sup>٤</sup>. كذلك فإنه

١. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص ١٣٨، د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٦٨: د. عاطف سعدى على، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٤٥٧: د. نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد وأثرها في تسيير المرفق العام، مرجع سابق، ص ٣٢: د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٧٠: د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٥٥: د. عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٤٥.

٢. هارون الجمل، مرجع سابق، ص ١٣٩.

٣. د. عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص ١٧٠.

٤. د. عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص ١٧١.



- ليس من حق المتعاقد أن يطلب إنقاص قيمة الغرامة عن معدلها المنصوص عليه في العقد، مدعيا أنها تزيد عن قيمة الضرر الناتج عن التأخير<sup>١</sup> .
٣. إذا لم ينص على غرامة التأخير في العقد ، فإن ذلك لا يعنى إغفال مدد التأخير<sup>٢</sup> إنما ينطبق نظام التعويض طبقا للقواعد العامة وليس النظام الاستثنائي للتعويضات ، حيث لا يكون التنازل إلا إذا تنازلت الإدارة بوجه قطعي ؛ ودون أدنى شك في التمسك بهذه المدد<sup>٣</sup> .
٤. لا يوجد ما يحول دون الجمع بين الغرامة كتعويض جزافي، وبين الجزاءات الضاغطة، وكذلك الجزاءات الفاسخة<sup>(٤)</sup> .

## ٢. التكييف القضائي لغرامة التأخير

٣٥- تأثر مجلس الدولة المصري في تكييفه للغرامة بنظيره الفرنسي. تصرح الأحكام الصادرة من مجلس الدولة المصري بأن غرامات التأخير هي صورة من صور التعويض الاتفاقي. وتقرر المحكمة الإدارية العليا بوضوح أن " غرامة التأخير التي ينص عليها قانون المناقصات المزادات، وتقضى بها العقود الإدارية هي وفقا للتكييف القانوني الصحيح صورة من صور التعويض الاتفاقي يرتضيه الطرفان سلفا نظير الضرر الناشئ عن التأخير"<sup>٥</sup>. وتقرر ذات المحكمة كذلك أنه " من المسلمات في فقه القانون الإداري، أن غرامة التأخير لا تعدوا أن تكون تعويضا جزائيا عما أصاب المرفق العام من ضرر مرده إخلال المتعاقد

<sup>١</sup> د. عاطف سعدى ، مرجع سابق ، ص ٤٥٧ .

<sup>٢</sup> د. نصر بشير ، مرجع سابق، ص ٣٣ ، وهو يشير إلى الفقيه الفرنسي " جيز "

<sup>٣</sup> د. هارون الجمل ، مرجع سابق ص ١٧٢ ، وهو يشير إلى الفقيه الفرنسي " جيز "

<sup>٤</sup> د. عاطف سعدى ، مرجع سابق ، ص ٤٥٨ : د. عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص ١٧٢ : د.

نصر بشير ، مرجع سابق ، ص ٣٣ .

<sup>٥</sup> الحكم في الطعن رقم ٢٥٧٧٤ لسنة ٥٥ ق.ع، بتاريخ ٢٤/٣/٢٠١٥: في ذات المعنى، الحكم في الطعن رقم ٨٦٤٣ لسنة ٥٠ ق. عليا، ١٦/٦/٢٠١٥، لم ينشر بعد.

بحسن سيره، وهو ضرر مفترض يجيز للإدارة جبره، بفرض الغرامة إذا ما توافرت شروط استحقاقها بحصول الإخلال من جانب المتعاقد معها " <sup>١</sup> .  
كذلك فإن الفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع تؤكد اعتماد الجمعية لذات التكييف، فقد أفتت في الفتوى رقم ٥٢٨ الصادرة في ١٩٩١/٦/٣ بأن " هذه الغرامة في تكييفها القانوني الصحيح صورة من صور التعويض الاتفاقي. فيلزم لتوقيعها توافر أركان المسؤولية الموجبة للتعويض وأبرزها ركن الخطأ. وإعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامات التأخير متى انتفى الخطأ لا يقتضى اتخاذ إجراءات التنازل عن أموال الدولة " <sup>٢</sup> .

## ب. رأى الباحث

٣٦- توقيع الغرامة غير مرتتهن بتحقيق ضرر. الحقيقة أننا نرى أن الغرامات التي ينص عليها في العقود الإدارية لا يمكن أن تكون صورة من صور التعويض الاتفاقي. ذلك أن التعويض الاتفاقي لا بد أن يقابله ضرر. فالتعويض ليس إلجرا لضرر. وفي القانون المصري فإن حق المضرور في التعويض لا يمكن أن يقوم إلا باجتماع ثلاثة عناصر: الخطأ والضرر وعلاقته السببية بين الخطأ والضرر. بغير اجتماع هذه العناصر لا يمكن أن يستحق التعويض. في حين أننا لو نظرنا للغرامة فسوف نجد أن أحكام القضاء مستقرة على أن الضرر مفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس. فاستحقاق الغرامة غير مرهون بإثبات الإدارة لضرر أصابها " فالغرامة المنصوص عليها في العقد توقعها الإدارة من تلقاء نفسها، وبمجرد وقوع المخالفة التي تقررت الغرامة جزاء لها، ولا يتوقف استحقاق

<sup>١</sup> حكم رقم ١٧٧٢ لسنة ٢٩ ق.ع، صادر في ١٩٨٥/٢/٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاما، صادرة في ١٩٩٥، مرجع سابق، ص ٤٩٥.  
<sup>٢</sup> فتوى رقم ٥٢٨ صادرة في ١٩٩١/٦/٣، سبق ذكرها.

الغرامة على ثبوت وقوع ضرر للإدارة من جراء إخلال المتعاقد بالتزاماته<sup>١</sup>. بل إن القضاء لا يسمح أساسا للمتعاقد مع الإدارة بإثبات انتفاء ركن الضرر<sup>٢</sup>.

فالأمر إذا لا يتوقف عند حد افتراض الضرر، بل إن الأمر يتعلق بعدم اشتراط الضرر أساسا لاستحقاق الإدارة لغرامة التأخير. فالنتيجة المنطقية لعدم السماح للمتعاقد مع الإدارة بإثبات أنه ليس ثمة ضرر قد أصاب الإدارة من جراء تأخيره وأن هذا الضرر يفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس هي أن الضرر ليس شرطا لازما لقيام هذه المسؤولية.

بل إن أحكام القضاء الإداري تصرح بما لا يدع مجالا للشك بأن " الغرامة لا يشترط لاستحقاق الإدارة لها تحقق ضرر أصلا وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أي ضرر دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى<sup>٣</sup>.

وكذلك الحال بالنسبة للفتاوى الصادرة من الجمعية العمومية " فتوقيع هذه الغرامة واجب على جهة الإدارة بمجرد حدوث التأخير دونما استلزام تحقق ضرر من جراء هذا التأخير"<sup>٤</sup>.

وإذا كان ما تقدم حال أحكام القضاء، فإن قانون المناقصات والمزايدات السابق، القانون ٩ لسنة ٨٣ ولائحته التنفيذية قد استبعدا الضرر صراحة من شروط توقيع الغرامة. فنصت المادة ٩٣ من اللائحة التنفيذية على حق جهة الإدارة

<sup>١</sup> حكم رقم ٥٣١٣ لسنة ٤٥ ق.ع، جلسة ٢٠٠٢/٦/٤ : حكم ١٢٩٥ لسنة ٣٤ ق.ع، صادر في ١٩٩٣/٦/٢٩، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاما، مرجع سابق، ص ٤٩٤: حكم رقم ٢٥٥١ لسنة ٣١ ق.ع، صادر في ١٩٨٩/٥/٣٠، المرجع السابق، ص ٤٩٩.

<sup>٢</sup> حكم ١٧٧٢ لسنة ٢٩ ق.ع، جلسة ١٩٨٥/٢/٥، المرجع السابق، ص ٤٩٦ : حكم ٧٤١ لسنة ٢٧ ق.ع، صادر في ١٩٨٥/٥/٢٨، نفس المرجع، ص ٤٩٨.

<sup>٣</sup> حكم ٣٦٨٣ لسنة ٢٩ ق.ع، صادر في ١٩٩٤/١١/٢٩، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاما، مرجع سابق، ص ٤٩١.

<sup>٤</sup> فتوى رقم ٥٨١ بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٩ : فتوى رقم ٦٥٧ بتاريخ ١٩٩٦/٨/١٩، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، مرجع سابق، ص ٧٣٧. وأنظر في افتراض تحقق الضرر وعدم السماح للمتعاقد مع الإدارة بإثبات انتفائه، فتوى رقم ٨٤٥، بتاريخ ١٩٦٥/٩/٦، نفس المرجع، ص ٧٤١: الفتوى رقم ٨٠٠ لسنة ١٩٩٩/١٢/١٣، نفس المرجع، ص ٧٥٦، ٧٥٧.

في توقيع الغرامة " بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه ضرر، ودون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى " .  
أما بالنسبة للقانون الحالي القانون رقم ٨٩ لسنة ٩٨ ولائحته التنفيذية ،  
فبالرغم من عدم ورود نص صريح يستبعد الضرر من شروط توقيع الغرامة، إلا أن  
نصوص القانون ولائحته يستفاد منها ذلك. فالمادة ٢٣ من قانون المناقصات  
والمزايدات نصت على أسباب إعفاء المتعاقد من الغرامة وفرقت بين نوعين من  
الإعفاء : الوجوبي والجوازي، وأعطت السلطة المختصة الحق في إعفاء المتعاقد  
من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر . ولما كان الحق في الإعفاء الجوازي،  
خاضع للسلطة التقديرية لجهة الإدارة، تقدر مدى عذر المتعاقد معها في كل حالة  
على حد، فمعنى ذلك أن المشرع قد تصور حالات يمكن أن توقع فيها الغرامة رغم  
عدم تحقق ضرر.

كذلك فإن الإعفاء من الغرامة لا يكون إلا بعد ثبوت الحق في  
العقاب ومن ثم فإن حق الإدارة في توقيع الغرامة على المتعاقد معها  
يثبت حتى ولو لم ينتج عن التأخير ضرر فعلا .

٣٧- استبعاد علاقة السببية تبعًا لاستبعاد ركن الضرر. إذا فنصوص  
القانون وأحكام القضاء تقطع بأن الضرر ليس ركنًا من أركان مسئولية المتعاقد مع  
الإدارة حتى يثبت حقها في توقيع الغرامة، ومتى استبعدنا الضرر كركن لمسئولية  
المتعاقد مع الإدارة عن التأخير، فإننا يجب أن نستبعد - وبصورة تلقائية - علاقة  
السببية. ذلك أن علاقة السببية هي الرابط بين الخطأ والضرر، فإذا انتفى ركن  
الضرر، فلا محل بالتبع لاشتراط علاقة السببية . فإذا استبعدنا ركني الضرر  
وعلاقة السببية من أركان المسئولية فلا يبقى عندئذ للمسئولية عن التأخير التي توقع  
بسببها الغرامة إلا ركن وحيد وهو ركن الخطأ المتمثل في الإخلال بالتزام تعاقدية .

٣٨- الخطأ هو موجب توقيع الغرامة. فالخطأ هو موجب توقيع الغرامة،  
وهذا ما تصرح به المادة ٢٣ من قانون تنظيم المناقصات المزايادات ٨٩ لسنة ٩٨  
فهي تنص على أنه " إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له، جاز  
للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام

التنفيذ، على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير طبقاً للأسس وبالنسب وفي الحدود التي تبينها اللائحة " .

كذلك فإن أحكام القضاء تصرح بأن الخطأ المتمثل في الإخلال بالتزام المتعاقد مع الإدارة، هو ركن المسؤولية الوحيد " وتقوم الإدارة بتوقيع هذه الغرامة دون حاجة إلى صدور حكم بها وذلك متى توافرت شروط استحقاقها بحصول الإخلال العقدي من جانب المتعاقد المخل"<sup>١</sup> .

كذلك الفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية، تحدد شرطاً وحيداً لاستحقاق الغرامة. فالفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع تجري على الإفتاء بأنه " استقر القضاء الإداري على أن الغرامات التي ينص عليها في العقود الإدارية، توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون حاجة إلى صدور حكم بها إذا توافرت شروط استحقاقها بحصول إخلال في تنفيذ العقد من جانب المتعاقد مع الجهة الإدارية "<sup>٢</sup> .

إذا فالإخلال بالالتزام العقدي المتمثل في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية في الموعد المحدد، هو موجب الغرامة وشرطها الوحيد. ولا تنتفي مسؤولية المترتبة عن التأخير إلا بإثبات أن التأخير راجع لأسباب خارجة عن إرادته " كما حددت م ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ٩٨، أي بإثبات أن الإخلال راجع إما لقوة قاهرة أو لفعل الغير أو لفعل المتعاقد أي بإثبات السبب الأجنبي. ويلاحظ في هذا المقام أن السبب

<sup>١</sup> حكم ٨٤٣ لسنة ٢٦ ق.ع، صادر في ١١/٢٠/١٩٨٢، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاماً، مرجع سابق، ص ٥٠١. وأنظر كذلك حكم ٦١ لسنة ق.ع صادر ٩/٢١/١٩٦٠، نفس المرجع، ص ٤٩٠، وفيه قررت المحكمة أن " الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهة الإدارة من تلقاء نفسها، دون حاجة إلى صدور حكم بها إذا ما توافرت شروط استحقاقها بحصول الإخلال من جانب المتعاقد معها ". وأنظر كذلك حكم رقم ١٣٤ لسنة ٢٤ ق.ع، صادر في ١٠/١١/١٩٨١، نفس المرجع، ص ٥٤٢، وفيه قررت أن " غرامات التأخير التي توقع متى توافرت شروط استحقاقها بحدوث إخلال في تنفيذ العقد من جانب المتعاقد مع الجهة الإدارية " .

<sup>٢</sup> فتوى رقم ٨٤٥، صادرة في ٦/٩/١٩٦٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، مرجع سابق ص ٧٠١ : فتوى رقم ١٠١٢ في ١٤/١١/١٩٩١، نفس المرجع، ص ٧٢٥ وما بعدها. وفيها أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأن " النصوص الواردة بقانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٩ لسنة ٨٣ ولائحته التنفيذية قضت بتوقيع غرامة التأخير لدى توافر شروط استحقاقها بإخلال المتعاقد مع الجهة الإدارية بشروط تعاقدته، وقوعه عنها وتراخيه في تنفيذ التزاماته في الموعد المضروب له " .

الأجنبي مكانه في نظرية المسؤولية العقدية هو علاقة السببية بين الخطأ والضرر، ولكننا نلاحظ أن المشرع قد حدد دوره هنا في ركن الخطأ المتمثل في التأخير. وهو ما يدل على استبعاد المشرع لركن السببية من شروط توقيع الغرامة. فإذا كان التأخير راجع لسبب أجنبي، فإن مؤدى ذلك انتفاء الخطأ: الإخلال، ومن ثم يتضح بجلاء أن الخطأ هو ركن المسؤولية الوحيد.

وإذا كان من الممكن في مقام تكيف الغرامة بأنها، تعويض اتفاقي - أيا كانت صورته أو طبيعته - التفاوضي عن اشتراط إثبات الضرر وجعله مقترضا<sup>١</sup>، والتعاضي أيضا عن اشتراط صدور حكم قضائي لتقريرها، والتعاضي كذلك عن اشتراط الإنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية، وتعليل ذلك كله بخصوصية القانون الإداري وأهدافه وضرورات سير المرافق العامة بانتظام واطراد، إلا أنه لا يمكن أبدا التعاضي عن اشتراط الضرر أصلا وبالتبع علاقة السببية. لأن التعويض في حقيقته هو جبر لضرر عقدي، فالضرر عنصر لازم لكل تعويض. ولا يتصور تعويض يقوم على ركن وحيد هو الخطأ المتمثل في الإخلال بالالتزام بالتنفيذ في الميعاد. فمتى استبعدنا عنصر الضرر وبالتبع علاقة السببية فمن الواجب أن نستبعد تبعا لذلك تكيف الغرامة بأنها تعويض.

ومما يؤكد ما تقدم أن المشرع جاء في عجز المادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ٩٨ لينص على أنه " ولا يخل توقيع الغرامة بحق الجهة الإدارية في الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير". وهو ما يؤكد أن الغرامة ليست تعويضا بأي حال من الأحوال، فلو كانت الغرامة تعويضا عن الأضرار التي تحدث بسبب التأخير لما كان هناك محلا لطلب التعويض طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية، والتي تقضى بأنه متى توقع التعاقدات خطأ معين ورصدوا له مبلغ معين على سبيل التعويض فلا يجوز الزيادة عنه. فالتعويض

<sup>١</sup> والحقيقة أن افتراض الضرر هو أمر معروف ومألوف في المسؤولية العقدية. فالضرر في المسؤولية العقدية يفترض بتحقق الخطأ متى كان هناك تقدير اتفاقي للتعويض كالشرط الجزائي إلا أن هذا الافتراض قابل دائما لإثبات العكس. فافتراض الضرر يقوم على قرينه بسيطة غير قاطعة ويمكن للطرف الأخر أن يثبت عدم تحقق ضرر من جراء خطاه أو أن انتفاء علاقة السببية بين خطاه والضرر الذي أصاب المتعاقد الأخر.

د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، طبعة ٢٠٠٤، ص ٣٠٢. د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني أحكام التزام، الإسكندرية، منشأ المعارف، ص ٧٨، ٧٩.

في المسؤولية العقدية لا يكون إلا بناء على الضرر المتوقع فقط ما لم يحدث غش أو خطأ جسيم حسيما تقرر المادة ٢٢١ من القانون المدني المصري. و حتى لو افترضنا أن هذا التعويض تكميلي استثناء من القواعد العامة فإن الأمر لن يستقيم. فالمشرع في المادة ٢٣ من قانون المزايدات والمناقصات قد نص صراحة على أن التعويض كامل. والتعويض الكامل هو الذي يشمل كل ما لحق المتعاقد الآخر من خسارة وما فاته من كسب. ولم ينص المشرع على إجراء الخصم. وبالتالي فسوف تتقاضى الإدارة تعويضين عن خطأ واحد، وهو ما لا يجوز قانونا. أما لو قلنا بأن التعويض هو عن الأضرار أما الغرامة التأخيرية فهي تعويض عن التأخير فقط، فإن الأمر أيضا لن يستقيم. فالتأخير في حد ذاته هو خطأ وليس ضرر، فالتأخير يمثل الخطأ العقدي بعدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في الميعاد. ومن ثم فالغرامة توقع عن خطأ وليس عن ضرر.

ونخلص من العرض السابق إلي أن تكليف غرامة التأخير بأنها تعويض جزافي يتناقض مع المبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني في مصر. ويلاحظ أن عدم إتساق تكليف غرامات التأخير بأنها تعويضات جزافية مع افتراض الضرر افتراضا غير قابل لإثبات العكس لم يكن خافيا على المتقاضين. وهو ما دفع بعضهم للدفع أمام القضاء الإداري بعدم دستورية نص المادة ٨١ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩ لسنة ١٩٨٣ فيما تضمنته من توقيع غرامة التأخير بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أي ضرر دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار. فغرامات التأخير بهذه المثابة تبدو تعويضات لا تقابلها أضرار. ولكن المحكمة الإدارية العليا قد التفتت عن هذا الدفع مبررة ذلك بعدم جديته. فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٢٠١٢/٣/٢٧ بأنه " ومن حيث إنه عن الطعن رقم ١٢١٥٧ لسنة ٤٩ ق. عليا وعن الدفع المبدى من الطاعن بعدم دستورية المادة (٨١) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ فيما نصت عليه من توقيع غرامة التأخير بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أي ضرر دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار، فإن ذلك مردود بما هو مقرر من أن غرامات التأخير لا تعدو أن تكون تعويضاً اتفاقياً جزائياً عما أصاب المرفق العام من ضرر مرده إخلال المتعاقد بحسن سيره وهو ضرر مفترض يجيز للإدارة جبره بفرض الغرامة إذا توافرت شروط إستحقاقها بحصول الإخلال من جانب المتعاقد معها فلها أن تستنزل قيمتها من المبالغ التي عساها تكون مستحقة له بموجب العقد دون أن تلتزم الإدارة بإثبات

حصول الضرر كما لا يقبل ابتداء من المتعاقد إثبات عدم حصوله على إعتبار أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير فهي ضمانة لتنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراء الأمر الذي يكون معه هذا الدفع مقتداً للجدية جديراً بالالتفات عنه<sup>١</sup>.

٣٩- تكييف الغرامة بأنها عقوبة عقدية إدارية. إذا فما هو التكييف القانوني السليم الذي يمكن أن ينطلي على غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية؟

فلنتأمل مع الحكم التالي " غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية هي جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرفق العام بانتظام، وأنه يحق للإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها في العقد من تلقاء ذاتها، بمجرد وقوع المخالفة التي تقررت الغرامة جزاء لها ولا يتوقف استحقاقها على ثبوت وقوع ضرر للإدارة من جراء إخلال هذا المتعاقد بالتزامه ، وأنه لا يعفي منها إلا إذا أثبت أن إخلاله بالتزامه يرجع إلى قوة قاهرة أو إلى إخلال الإدارة المتعاقدة معه<sup>٢</sup> .  
فالصحيح أن غرامة التأخير جزاء، ولكن هذا الجزاء لا يهدف في الحقيقة إلى جبر ضرر لحق بالإدارة أو بالمرفق العام من جراء خطأ المتعاقد أي أنه ليس تعويضاً<sup>٣</sup> . وإنما هو عقوبة عقدية إدارية تهدف لحماية مبدأ دوام سير المرافق

<sup>١</sup> الحكم في الطعن رقم ١٢٠٩٥ لسنة ٤٩ ق. ع، ٢٧/٣/٢٠١٢، لم ينشر بعد.  
<sup>٢</sup> حكم رقم ٢٥٥١ لسنة ٣١ ق. ع، صادر في ٣٠/٥/١٩٨٩، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاماً، مرجع سابق، ص ٤٩٩. وأنظر كذلك بذات الألفاظ الفتوى رقم ٦٦٨ صادرة في ٢٥/٨/٢٠٠٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ إنشائها حتى عام ٢٠٠٥، ص ٧٨٢. وأنظر كذلك الفتوى رقم ٨٠٠ بتاريخ ١٣/١٢/١٩٩٩، المرجع السابق، ص ٧٥٧.

<sup>٣</sup> من المعروف أن الجزاءات في العقود المدنية تهدف إلى جبر الضرر الذي لحق بالمتعاقد من جراء خطأ الطرف الآخر في العقد. فالتعويض هو جزاء مدني يهدف لجبر الضرر الذي لحق بالطرف الآخر من جراء خطأ المتعاقد معه. ووفقاً للقواعد العامة فإنه لا يصار إلى التعويض إلا إذا تعذر التنفيذ العيني للالتزام، فإذا أمكن التنفيذ العيني، ولم يكن فيه إرهاق للمدين بالالتزام، فيجبر المدين



العامّة بانتظام واطراد. فحق الإدارة في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد المخل يجد أساسه النظري في مبدأ الحفاظ على دوام سير المرافق العامّة بانتظام واطراد<sup>١</sup>. فلا شك في أن هذا المبدأ سوف يتأثر تأثراً شديداً بالتأخير في تنفيذ العقود الإدارية التي تلبي حاجات المرافق العامّة المختلفة.

والمقصود من تقرير هذه العقوبة هو تحقيق الردع بنوعيه العام والخاص. فغرامات التأخير في العقود الإدارية تهدف أولاً لتوقي حدوث الإخلال من قبل المتعاقد معها. فوجود سلاح الغرامة بيد الإدارة فيه تهديد للتعاقد معها لتوقي حدوث التأخير عن المواعيد المحددة سلفاً. فالتأخير سوف يقابل بجزاء شديد وهو الغرامة. وتهدف غرامات التأخير ثانياً لحث المتعاقد المترخي أو المخل مع جهة الإدارة على تنفيذ التزامه في أقرب وقت ممكن تفادياً لتعاظم قيمة الغرامة. كما أنها تهدف لزرع المتعاقد المخل ومنعه من تكرار هذه المخالفة " التأخير " في المستقبل.

ولنتأمل معاً مرة أخرى<sup>٢</sup>، الحكم التالي " من المسلمات في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير لا تعدوا أن تكون تعويضات اتفاقية عما أصاب المرفق العام من ضرر مرده إخلال المتعاقد بحسن سيره، وهو ضرر مفترض يجيز للإدارة جبره بفرض الغرامة إذا ما توافرت شروط استحقاقها بحصول الإخلال من جانب المتعاقد معها، فلها أن تستنزل قيمتها من المبالغ التي عساها أن تكون مستحقة له بموجب العقد دون أن تلتزم الإدارة بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل من المتعاقد إثبات عدم حصول الضرر على اعتبار أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة

---

على الوفاء بالالتزام عيناً. أما إذا لم يكن ممكناً أو كان فيه إرهاب شديد للمدين بالالتزام فعندئذ يصار إلى التعويض.

<sup>١</sup> وتقرر المحكمة الإدارية العليا أن " الحكمة من الغرامات التي ينص عليها في العقود الإدارية هي ضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المحددة، حرصاً على حسن سير المرافق العامّة بانتظام واطراد، وقد نصت المادة ٩٣ من لائحة المناقصات والمزايدات على حق الإدارة في توقيعها بمجرد حصول التأخير، ولو لم يترتب عليه أي ضرر ودون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى". حكم رقم ٩٤ لسنة ٩ ق.ع صادر في ١١/١٢/١٩٦٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاماً، مرجع سابق، ص ٤٩٢. وأنظر كذلك حكم رقم ٧٤١ لسنة ٢٧ ق.ع، صادر في ٢٨/٥/١٩٨٥، المرجع السابق، ص ٤٩٥، ٤٩٦.

<sup>٢</sup> الحكم في الطعن رقم ١٢٠٩٥ لسنة ٤٩ ق.ع، ٢٧/٣/٢٠١٢، سبق الاستشهاد بذات الحكم بمناسبة في آخر الفقرة السابقة، فقرة رقم ٣٨.

لتنفيذ العقد، يفترض أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد المنفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد<sup>١</sup>. وبالرغم من أن المحكمة قد كتبت الغرامة في هذا الحكم بأنها تعويض اتفاقي إلا أنها جعلته " مرده إخلال المتعاقد بحسن سير المرفق العام". فالمحكمة تعتبر أن السبب في استحقاق التعويض انتهاك مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. والأصح أن انتهاك المبدأ يوقع عنه جزاء يهدف لجزر المتعاقد عن الانتهاك مرة أخرى ، وحثه على إتمام العمل في أقرب وقت ممكن. فانتهاك المبدأ هو في حد ذاته خطأ تعاقدية قد ينجم عنه ضرر فعلي وقد لا ينجم عنه ضرر فعلي، ولهذا استدركت المحكمة بالتأكيد على أن الإخلال هو شرط الغرامة الوحيد. أما اعتبار انتهاك المبدأ في كل الأحوال ينجم عنه ضرر مؤكد فهذا خطأ قانوني، لأن انتهاك المبدأ بتحقيق حالة التأخر يمثل ركن الخطأ وهو ما قد ينجم عنه ضرر ، وقد لا ينجم عنه ضرر فعلي.

فالضرر ركن مستقل وقائم بذاته وهو شرط لا غنى عنه لكل تعويض . وهنا يكمن اللبس والخطأ فالمحكمة قد خلطت بين ركني الخطأ وهو ما يتحقق بالإخلال المتمثل في التأخير والذي يشكل انتهاك لمبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، وركن الضرر الذي يمكن أن يترتب كنتيجة لهذا الإخلال، فالضرر يمكن أن يتحقق كنتيجة لهذا الإخلال وعندئذ تستحق الإدارة تعويضا كاملا تطبيقا لعجز المادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ٩٨ . وهذا اللبس هو الذي أدى في الحقيقة إلى اعتبار أن الغرامة التي ينص عليها في العقود الإدارية كجزاء لإخلال المتعاقد هي تعويض اتفاقي .

ونخلص من العرض السابق إلى أن غرامات التأخير هي في الحقيقة جزاء يوقع على انتهاك مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. هذا الانتهاك يتحقق بإخلال المتعاقد بالتزامه بتنفيذ أداءاته العقدية في موعدها. وهذا الجزاء ليس جزاء مدنيا يهدف لجبر الضرر، أي أنه ليس تعويضا اتفاقيا كما تقرر أحكام القضاء الإداري وفتاوى مجلس الدولة. فغرامات التأخير في العقود الإدارية تفتقر إلى العناصر الأساسية للتعويض الاتفاقي وفقا للمبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني

<sup>١</sup> في ذات المعنى يراجع أيضا، الحكم رقم ١٧٧٢ لسنة ٢٩ ق.ع، ١٩٨٥/٢/٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لاسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاما، مرجع سابق، ص ٤٩٥ ، ٤٩٦ .

في مصر. وهو أيضا ليس جزاء جنائيا. فالجزاء الجنائي يخضع لنظام قانوني خاص من أولياته وجوب أن تكون العقوبة قضائية، وهو ما لا يتوافر بلا شك في غرامات التأخير التي ينص عليها من العقود الإدارية. فهذه الأخيرة يثبت للإدارة الحق في توقيعها بنفسها بمجرد تحقق سببها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء.

إذا فنحن أمام جزاء إداري مستقل له هدفه الخاص وهو ضمان سير المرافق العامة بانتظام. هذا الجزاء الإداري له نظامه القانوني الخاص، وله أحكامه الخاصة التي تتماشى مع الفرع القانوني الذي ينتمي إليه وهو القانون الإداري. وهذا الأخير يعلي من شأن الإدارة في مواجهة المتعاقد معها لعلة معينة وهي أن الإدارة هي القوامة على حسن سير المرافق التي أنشئت لتحقيق المصلحة العامة بتقديم خدماتها لجمهور المنتفعين بها<sup>١</sup>.

<sup>١</sup> وقد افقت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأن " العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، بينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية، إذ بها في العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي أملت الأصل المقرر في العقود الإدارية وفحواه أنه لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية، أن يتعاس أو يتراخي في تنفيذ التزاماته ". فتوى رقم ٤٣ بتاريخ ٢٠٠٢/١/١٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ إنشائها حتى عام ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٧٦٨.

## الفرع الثاني

### التمييز بين غرامة التأخير والأنظمة التي قد تختلط بها

٤٠- التمييز بين غرامات التأخير والغرامة التهديدية والشرط الجزائي. لعل من أكثر الأنظمة التي يمكن أن تختلط بغرامات التأخير في مصر نظام الشرط الجزائي ونظام الغرامة التهديدية ؛ ولكن الحقيقة أن نظام الغرامة التأخيرية يتميز عن كل منهما تميز واضح، وهذا التميز إنما يرجع في الحقيقة إلى اختلاف الطبيعة القانونية لكل نظام من هذه الأنظمة.

وسوف نتولى التمييز بين كل نظام من هذه الأنظمة مبينين مظاهر الاختلاف والاتفاق بين كل منهم على النحو التالي :

أولاً التمييز بين غرامة التأخير والغرامة التهديدية .

ثانياً التمييز بين الشرط الجزائي وغرامة التأخير.

### أولاً :- غرامة التأخير والغرامة التهديدية

٤١- ماهية الغرامة التهديدية:- اللجوء إلى الغرامة التهديدية أو نظام التهديد المالي هو أمر شائع في تنفيذ العقود المدنية<sup>(١)</sup>. و الغرامة التهديدية هي مبلغ

<sup>١</sup> انظر لتفصيل اكبر بصدد نظام الغرامة التهديدية ، د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني أحكام الالتزام، الإسكندرية، بدون دار نشر، ، طبعة ١٩٧٧، ص ٢٥ وما بعدها : د. أنور سعيد سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني أحكام الالتزام، الإسكندرية، منشأة

من المال يقضى بالزام المدين بأدائه عن كل يوم أو شهر أو أسبوع أو أية فترة معينة من الزمن، أو عن كل إخلال يرد على الالتزام، ويقصد بهذه الغرامة التغلب على ممانعة المدين المتخلف عن الوفاء بالالتزام<sup>١</sup>.

الغرامة التهديدية كما يتضح من اسمها هي وسيلة لتهديد المدين المماطل وحمله على التنفيذ العيني للالتزام. يحكم بها القضاء مقترنة أو تالية للحكم بالزام المدين بالتنفيذ. ولذلك يشترط حتى يستطيع القاضي الحكم بها أن يكون التنفيذ العيني للالتزام ممكناً<sup>٢</sup>، وأن يكون التنفيذ العيني غير ممكن وغير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه. ولذلك فلا حاجة إلى اللجوء إلى هذه الوسيلة عند الالتزام بإعطاء، بينما تجد مجالها في الالتزام بعمل إذا كان تدخل المدين الشخصي ضروري للتنفيذ، وكذلك بالنسبة للامتناع عن عمل إذا ما أريد منع تكرار المخالفة في المستقبل<sup>٣</sup>.

والغرامة التهديدية ليست تعويضاً لأنها لا تقاس بالضرر، بل ولا يشترط وجوده أصلاً. كما أنها ليست عقوبة خاصة لأن العقوبة واجبة للتنفيذ، بينما الحكم بالغرامة حكم وقتي مصيره إلى التصفية وفقاً للموقف النهائي للمدين. ولذلك فلا يجوز التنفيذ بموجبه على أموال المدين<sup>٤</sup>. فالمدين إما أن يمتثل وينفذ التزامه عيناً، وعندئذ فالقاضي يحط عن كاهله الغرامة ولا يكون هناك مجال إلا لإلزامه بالتعويض عن التأخير. وإما أن يصّر المدين على موقفه في الامتناع نهائياً، وعندئذ فإن القاضي يتحول إلى التعويض فالفرض أن التنفيذ غير ممكن وغير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه. ويلاحظ أن القاضي في هذا الفرض الأخير يدخل تعنت المدين

---

المعارف، طبعة ١٩٩٩، ص ٦١ وما بعدها: د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني احكام الالتزام، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، طبعة ٢٠٠٢، ص ٣٥ وما بعدها

<sup>١</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، جزء ٢، ص ٥٤٠، مشار إليه لدى د. نبيل سعد، المرجع سابق، ص ٣٦.

<sup>٢</sup> تنص المادة ٢١٣ من القانون المدني المصري على أنه " إذا كان تنفيذ التزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديديه إذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لأكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة".

<sup>٣</sup> د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص ٦٣.

<sup>٤</sup> د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص ٣٩، د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص ٧٠.

<sup>٥</sup> د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص ٧٠.

وإصراره على عدم التنفيذ في حساباته عند تقرير مبلغ التعويض عن عدم التنفيذ المستحق .

٤٢- تشابه غرامات التأخير مع الغرامة التهديدية في العديد من النقاط. ومما سبق يتضح أن الغرامة التهديد تتشابه مع نظام غرامات التأخير الموجود في العقود الإدارية في الجوانب التالية . أولاً :- أن كل منهما وسيلة تهدف إلى مواجهة موقف المتعاقد المتخلف عن الوفاء بالتزاماته. ففي كل منهما يحل أجل الوفاء بالتزام دون أن يوفي به المدين فيلجأ إلى كل منهما لحمل المتعاقد على تنفيذ التزامه في أقرب وقت ممكن من الوقت المحدد أصلاً للتنفيذ. ثانياً:- أن كلا منهما غير مرتين بإثبات ضرر حاق بالطرف الآخر من جراء عدم التنفيذ في الميعاد، ولا يشترط في مبلغ الغرامة في كل منهما أن يكون متناسباً مع الضرر الذي حاق بالطرف الآخر من جراء عدم التنفيذ في الميعاد<sup>١</sup>.

٤٣- اختلاف الطبيعة القانونية لغرامات التأخير عن الغرامة التهديدية يؤدي للعديد من نقاط الاختلاف. ولكن فيما وراء ذلك فإن كلا منهما يختلف عن الآخر اختلافاً كبيراً وهذه الاختلافات تتبع من اختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما عن الآخر :

أولاً : الغرامة التهديدية لا بد أن تجد مصدرها في الحكم القضائي فلا يتصور أن يوقعها أحد المتعاقدين على الآخر. أما غرامات التأخير المعروفة في العقود الإدارية فتستطيع جهة الإدارة أن توقعها بإرادتها المنفردة، دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء للحكم بها .

ثانياً :- الغرامة التهديدية لا تعتبر ديناً محققاً في ذمة المدين بل يجب الانتظار لحين التصفية النهائية، ولذلك لا يجوز التنفيذ بالحكم الصادر بها على أموال المدين. بينما نجد أن غرامات التأخير تعد ديناً محققاً في ذمة المدين بمجرد تحقق سببها، ويمكن التنفيذ على أموال المدين الموجودة تحت يد الإدارة في أي وقت وسواء قام المدين بتنفيذ التزامه أم استمر في إخلاله ولم يقم بالتنفيذ. وهو ما يعنى أن الغرامة التهديدية ليست عقوبة في القانون المصري<sup>٢</sup> وإلا كان من الممكن تنفيذها بخلاف غرامة التأخير التي تعد عقوبة إدارية توقع بمناسبة العقد الإداري .

١د. توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص ٢٩ .

٢ يلاحظ أن المشرع في فرنسا قد أعطى بالقانون الصادر في ٥ يوليو ١٩٧٢ ، لنظام الغرامة التهديدية فعالية أكثر بإعادة تنظيمها من جديد ، فأقر النظام الجديد نوعين من الغرامة : أولاً نظام

ثالثاً : إن القاضي له سلطة تقديرية كاملة في تحديد مبلغ الغرامة التهديدية دون أن يقيد في ذلك بأي قيد ، أما غرامة التأخير فإن القاضي مقيد في تحديدها دائماً، إما باتفاق المتعاقدين وإما بنص القانون الذي حدد بدقة مبالغ الغرامة المستحقة عن واقعة إخلال المتعاقد بالتزامه بالتنفيذ في الميعاد .

ومن ما تقدم يتضح أن نظام الغرامة التهديدية يختلف عن نظام غرامات التأخير اختلافاً كبيراً ، وهذه الاختلافات إنما تنبع في الحقيقة من اختلاف الطبيعة القانونية لكل منها، فالغرامة التهديدية ليست إلا وسيلة تهديد مالية أما غرامة التأخير المعروفة في العقود الإدارية فهي عقوبة بالمعنى الدقيق للكلمة. وغرامات التأخير وإن كانت تتشابه في بعض الوجوه مع الغرامة التهديدية فإن ذلك مرده أن العقوبة من أغراضها تحقيق الردع الخاص بزجر المخل ومنعه من تكرار الإخلال ووقفه إن كانت المخالفة تتسم بطابع الاستمرار ، "أي تنطوي على معنى التهديد" .

٤٤ - مدى إمكان تبني نظام الغرامة التهديدية في نطاق العقود الإدارية.  
في البداية نود أن نشير إلى أننا سوف نقصر بحثنا على استخدام الغرامة التهديدية كوسيلة قضائية لإجبار المتعاقد مع الإدارة على الوفاء بالتزاماته قبلها. فالحقيقة أن الغرامة التهديدية كنظام قضائي يهدف لكافة الفاعلية لأحكام القضاء يمكن اللجوء إليه ليس فقط لإجبار المتعاقد مع الإدارة على الوفاء بالتزاماته، وإنما أيضاً لإجبار الإدارة على الوفاء بالتزاماتها العقدية التي أكدت بأحكام قضائية. وقد نظم المشرع الفرنسي بالفعل في قانون العدالة الإدارية الغرامة التهديدية (L'Astreinte) كوسيلة لإجبار الإدارة على احترام الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري. على أن دراسة هذه الحالة تخرج عن نطاق بحثنا المخصص لدراسة الأنظمة التي يمكن أن تختلط بغرامات التأخير. وهذه الأخيرة لا يلجأ إليها إلا كوسيلة لإجبار المتعاقد مع الإدارة على الوفاء بالتزاماته العقدية قبل الإدارة. ولذلك نكتفي فيما يتعلق بدراسة الغرامة

---

الغرامة التهديدية المؤقتة وهو النظام السارى في مصر وله كافة السمات التقليدية لنظام الغرامة التهديدية ، ثانياً : الغرامة التهديدية النهائية حيث أجاز القانون للقاضي الحكم بالغرامة بصفة نهائية دون أن يقوم بتصنيفها، ولا يخفى أن النظام الثانى المستجد بموجب تعديل ٥ يوليو ١٩٧٢ هو عقوبة بالمعنى الدقيق للكلمة ولكنه منتفد بشدة فى فرنسا ، د. نبيل سعد ، المرجع سابق ، ص ٤٠ ، ٤١ ، الهامش .

التهددية كوسيلة لإجبار الإدارة على الوفاء بالتزاماتها بالإحالة لما سطره أساتذتنا في هذا الشأن<sup>١</sup>.

وقد أثار التساؤل المتعلق بإمكان تطبيق نظام الغرامة التهددية كوسيلة قضائية لإجبار المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزامه عيننا خلافاً واسعاً في فقه القانون العام.

فيرى جانب من الفقه أنه لا حاجة إلى اللجوء إلى نظام الغرامة التهددية أو التهديد المالي في نطاق العقود الإدارية. ذلك أن الإدارة تتوافر لها جزاءات ووسائل أخرى أشد قوة تكفل لها تنفيذ عقودها بما توجبه القاعدة الإدارية الشهيرة التي تؤكد وجوب سير المرفق العام بانتظام واطراد<sup>٢</sup>. ولما كانت سلطات الإدارة فيما يتعلق بتوقيع الجزاءات المالية واسعة لحد كبير، فإن مجلس الدولة الفرنسي يجري على أن تلك الجزاءات تعنى الإدارة عن الالتجاء إلى نظام التهديدات المالية وبالتالي فلا محل لنظام التهديدات المالية - المعروفة في القانون الخاص - في نطاق العقود الإدارية<sup>٣</sup>.

بينما يرى رأى آخر أنه "من المفيد أن نبين أن هناك أحوال قد يتطلب فيها الأمر إعمال نظام الغرامة التهددية في نطاق عقود الأشغال وغيرها من العقود الإدارية حيث لا يكون للإدارة بحكم الواقع أية وسائل سريعة وفعالة لكفالة تنفيذ العقد"<sup>٤</sup>. ومن ثم يرى هذا الاتجاه الفقهي أنه لا مانع قانوناً من فرض الغرامة التهددية على المتعاقد في العقود الإدارية وذلك لضمان التنفيذ. ويقرر أنه لا يوجد أي سبب قانوني مقبول يبرر حرمان السلطة العامة من تطبيق وسيلة إكراه قوية الأثر مثل الغرامة التهددية إزاء المتعاقدين مع الإدارة، وعلى الأخص في عقد التزام المرافق العامة<sup>٥</sup>.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "التعويض التهددي من الأساليب التي يجوز اتباعها في نطاق القانون العام شأنها شأن علاقات القانون الخاص

<sup>١</sup> لمزيد من التفصيل يراجع على وجه الخصوص، د. محمد باهي أبو يونس، الغرامة التهددية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠١.

<sup>٢</sup> د. عبد المجيد فياض، العقد الإداري في مجال التطبيق، ص ٢٠٨.

<sup>٣</sup> د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥١٤ - ٥١٥.

<sup>٤</sup> د. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص ١٦٨.

<sup>٥</sup> د. توفيق شحاته، عقد الالتزام، بدون دار نشر، طبعة ١٩٥٦، ص ١٣١.



والمقصد منه حث المدين على وجه جدي حاسم للوفاء بالالتزام المقرر في الموعد المحدد تفاديا لأضرار تأخيرها ، فإذا ما استقر الإخلال بالالتزام واتضح أنه لم يكن مجرد تهديد المدين فيتعين الرجوع إلى الأصول المقررة فيستقر وصف التعويض ومناطه حدوث الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير في تنفيذه ومدى تعنت المدين وحينئذ يعود الأمر لرقابة القاضي في تحديد التعويض النهائي<sup>1</sup> .

ويرى الباحث أنه لا يوجد ما يمنع قانونا من الأخذ بنظام التهديد المالي في نطاق العقود الإدارية، وإن كانت الحقيقة أن تطبيقها في هذا المجال سوف يكون محدود الجدوى. ذلك أن الوسائل التي يقرها القانون الإداري للإدارة لتجبر المتعاقد معها على التنفيذ وبالذات غرامات التأخير ومصادرة التأمين أكثر جدوى بكثير لأن الغرامة التهديدية ليست نهائية فمصيرها في كل الأحوال إلى التصفية. أما العقوبات المالية كغرامة التأخير ومصادرة التأمين فهي نهائية وقاطعة. كما أن نظام الغرامة التهديدية يحتم اللجوء إلى قاضي العقد ليحكم بها بخلاف الجزاءات الأخرى التي تستطيع جهة الإدارة توقيعها من تلقاء نفسها وإلزام المتعاقد بها، بل وتحصيلها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء .

ولكن الغرامة التهديدية قد تكون مع ذلك ذات فائدة في العديد من الأحوال، وذلك على الأخص في العقود التي لا يسرى عليها قانون المناقصات والمزايدات ولا ينص فيها على غرامات التأخير فإن الإدارة عندئذ لن تستطيع توقيعها خاصة إذا ما وضعنا في اعتبارنا أن التأمين النهائي قد تتجاوز الإدارة عن عدم الوفاء به ، صحيح أن هذه الفروض نادرة إلا أنها ممكنة عملا .

كذلك فإن الغرامة التهديدية يكون لها أثر في تحديد مبلغ التعويض النهائي، إذ أن القضاء بلا شك يدخل في حساب التعويض مدى العنت الذي أبداه المدين في امتناعه عن التنفيذ وعدم اكترائه بالأحكام الصادرة بالغرامة التهديدية، وهو ما ينعكس أثره على الحكم بالتعويض ومقداره. وبناء على ما تقدم، فنحن لا نرى مانعا من الأخذ بنظام الغرامة التهديدية في العقود الإدارية .

<sup>1</sup> حكم رقم ٢٤٥ لسنة ٢٧ ق.ع ، ١٩٨٧/١٢/١٢ ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاما ، مرجع سابق ، ص ٤٨٦ - ٤٨٧ .

## ثانياً: الشرط الجزائي و غرامة التأخير.

٤٥- ماهية الشرط الجزائي. الشرط الجزائي هو " اتفاق يقدر فيه الطرفان مقدماً مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه " <sup>١</sup>. وسمي بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه. والشرط الجزائي لا يعدو أن يكون تعويضاً اتفاقياً عن عدم التنفيذ أو تعويض اتفاقياً عن التأخر في التنفيذ .

٤٦- عدم اختلاف طبيعة غرامات التأخير عن الشرط الجزائي في فرنسا. وقد سبق أن بينا أن نظام الشرط الجزائي في فرنسا لا يختلف كثيراً في طبيعته عن غرامات التأخير. فالفقه الراجح في فرنسا يذهب إلي أن غرامات التأخير لا تعدو أن تكون أحد تطبيقات الشروط الجزائية في مجال القانون العام <sup>٢</sup>. ومع ذلك فإنه يتعين أن يحكم القاضي بالشرط الجزائي في المواد المدنية. فلا يستطيع أحد المتعاقدين في المواد المدنية توقيع الشرط الجزائي على المتعاقد الآخر. وبالمقابل، فإن غرامات التأخير تستطيع الإدارة توقيعها بمجرد تحقق الإخلال ودون حاجة للرجوع إلى القضاء الإداري؛ فالرقابة القضائية لاحقة على استعمال الإدارة لسلطتها.

٤٧- اختلاف طبيعة غرامات التأخير عن الشرط الجزائي في مصر. أما في مصر، فإن نظام الشرط الجزائي المعروف في القانون الخاص يختلف كثيراً في جوهره عن نظام غرامات التأخير في العقود الإدارية. فيشرط لاستحقاق الشرط الجزائي كل ما يشترط لاستحقاق التعويض من خطأ وضرر وعلاقة سببية. بالإضافة إلى أنه يجب أن يسبقه إضرار ما لم يتفق المتعاقدين على غير ذلك <sup>٣</sup> وأن يحكم به القضاء . وتبدو فائدة الشرط الجزائي في أنه إذا أتفق مقدماً على تقرير التعويض فيكفي أن يثبت خطأ المدين فيفترض أن الدائن قد أصابه ضرر من جراء إخلال المدين بالتزامه العقدي. ومتى كان الضرر مفترضا فإن علاقة السببية تفترض هي الأخرى. غير أن هذا الافتراض يقوم على قرينة بسيطة يجوز لصاحب

<sup>١</sup> انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج ٢، ص ٥٧٥، مشار إليه لدى د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص ٦٣ .

<sup>٢</sup> انظر ما سبق بيانه بصدد طبيعة غرامات التأخير في فرنسا، فقرة رقم ٣٢.

<sup>٣</sup> د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص ٧٩، د. نبيل سعد، مرجع سابق، ص ٦٧.

المصلحة وهو المدين بالالتزام إثبات عكسها، بإثبات انتفاء الضرر<sup>١</sup> أو بإثبات السبب الأجنبي القاطع لعلاقة السببية.

وإذا كان الغالب في تقرير الشرط الجزائي أنه يكون مبلغ جزافي يتفق المتعاقدان عليه سلفا كقابل للضرر الناشئ عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه، إلا أن المتعاقدان قد يتفقا- بالذات في الحالة الأخيرة -على مبلغ يحسب بشكل تصاعدي بحيث يدفع عن كل يوم أو فترة زمنية يتأخر فيها المتعاقد عن إنجاز التزاماته، وفي هذه الحالة يكون له طابع تهديدي وبصفة خاصة إذا كان التقدير مبالغ فيه.

ويتعين أن يحكم القضاء بالشرط الجزائي، فهو لا يصبح مستحقا بمجرد تحقق الواقعة الموجبة له، ويستطيع القضاء أن يخفضه إذا ثبت أنه مبالغ فيه لدرجة كبيرة أو أن المدين نفذ الالتزام جزئيا، ويستطيع القضاء أن يزيده إذا أثبت الدائن أن المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما<sup>٢</sup>.

ومما سبق يتضح أن نظام الشرط الجزائي في مصر يختلف اختلافا جذريا عن نظام غرامات التأخير المعروف في القانون الإداري، وذلك نظرا لاختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما عن الآخر. فغرامة التأخير هي في حقيقتها عقوبة إدارية توقع بمناسبة العقد الإداري، ولذلك فلا يشترط لاستحقاقها ضرر ولا علاقة سببية فهي توقع متى تحقق موجبها وهو الإخلال بالالتزام العقدي وهو التنفيذ في الميعاد دون حاجة إلى تحقق ضرر أصلا. فالضرر ليس شرطا لاستحقاقها. ومتى استبعدنا الضرر فيتعين علينا استبعاد رابطة السببية. كذلك نجد أنه لا يشترط وفقا لقضاء مجلس الدولة المصري المتواتر إثبات إضرار المدين قبل توقيع الغرامة عليه، كذلك فإن الإدارة تستطيع توقيعها بنفسها متى تحقق موجبها بتحقيق الإخلال دون حاجة

<sup>١</sup> د. نبيل سعد، مرجع سابق، ص ٧٠: د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص ٧٩: د. توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٤١-٤٢.

<sup>٢</sup> هذا وقد نظم المشرع المصري في القانون المدني موضوع الشرط الجزائي في المواد ٢٢٣، ٢٢٤، ٢٢٥، وتنص م ٢٢٣ "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعى من هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠". وتنص م ٢٢٤ أنه " (١) ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه. (٢) ويجوز للقاضي أن يخفض التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. (٣) ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين ". وتقرر المادة ٢٢٥ " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما " .

إلى اللجوء إلى القضاء ليحكم بها . وتستطيع الإدارة اقتضائها فوراً بطريق التنفيذ المباشر على أموال المدين الموجودة تحت يدها.

كذلك فإن القاضي الإداري لا يستطيع أن يخفض من مبلغ غرامة التأخير المتفق عليه من قبل المتعاقدين إذا ثبت أنه مبالغ أو يجاوز الحدود التي قررها قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١<sup>١</sup>. أما التعويض الاتفاقي فإن القاضي يستطيع أن يخفضه إذا أثبت المدين أنه مبالغ فيه لدرجة كبيرة. وهذا الحكم يعد أحد انعكاسات قاعدة التعويض على قدر الضرر، فالقاضي يستطيع تخفيضه إذا ثبت له أن التعويض المقرر يفوق قدر الضرر المتحقق مفارقة صارخة بخلاف الحال في غرامة التأخير<sup>٢</sup>.

ومن كل ما تقدم يتضح أن النظام القانوني للشرط الجزائي في مصر يختلف عن النظام القانوني لغرامات التأخير المعروفة في القانون الإداري وهذه الاختلافات نابعة من اختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما فأحدهما تعويضا والأخرى عقوبة . ومع ذلك يلاحظ أن الشرط الجزائي قد يتشابه مع غرامة التأخير في الواقع العملي ويختلط بها في العديد من الأحوال، وبالذات في الحالة التي يكون فيها الشرط الجزائي مرصود كتعويض عن التأخير ومقدر بشكل تصاعدي أو ثابت عن كل وحدة زمنية وبالذات إذا كانت هذه الوحدة هي الأسبوع<sup>٣</sup>. هنا فإن المسألة تتعلق بتفسير نصوص وبنود العقد لاستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، وما إذا كانت نيتهم المشتركة قد اتجهت إلى الاتفاق على شرط جزائي أم غرامة تأخير . وذلك لأن هذا التكيف سوف يكون عندئذ في غاية الأهمية لأن لكل منهما نظامه القانوني الخاص الذي ينطبق عليه. فإذا كان الاتفاق موضوعه شرط جزائي، فإن المتعاقد المخل يستطيع دفع مسؤوليته بإثبات عدم تحقق ضرر أو بإثبات السبب الأجنبي القاطع لعلاقة السببية، كما أن الإدارة يتعين عليها إعدار المتعاقد معها أولاً ما لم

<sup>١</sup> راجع المادة رقم ٢٣ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

<sup>٢</sup> أنظر في الاعتبارات التي دعت المشرع لتقرير هذا الحكم د. نبيل سعد، مرجع سابق، ص ٧٢ وما بعدها.

<sup>٣</sup> وينبغي ألا يغرب عن بالنا أن الأحكام القانونية الواردة في القانون ٨٩ لسنة ١٩٨١، ولائحته التنفيذية بصدد تحديد مبلغ غرامة التأخير، وكيفية حساب هذه الغرامة هي قواعد تكميلية يجوز للمتعاقدين أن يخرجوا عليها بإرادتها المشتركة وعندئذ فإن اتفاقها يسرى لأن العقد شريعة المتعاقدين.

يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك. كما أن القاضي يستطيع تخفيضه إذا ثبت له أنه مبالغ فيه، ويستطيع زيادته كذلك في حالة الغش أو الخطأ الجسيم<sup>١</sup>.

٤٩ - مدى إمكان الأخذ بنظام الشرط الجزائي في العقود الإدارية في مصر. ونرى أخيراً، أنه لا يوجد ما يمنع من الأخذ بنظام الشرط الجزائي في نطاق العقود الإدارية، فالشرط الجزائي ليس إلا تعويضا اتفاقيا عن الضرر، وبالتالي فإذا اتجهت إدارة المتعاقدين إلى الأخذ به فيتعين إعمال هذا الاتفاق لأن العقد شريعة المتعاقدين،

<sup>١</sup> هذا وقد أجملت الإدارية العليا كل ما تقدم في الحكم التالي، "ومن حيث أنه من المبادئ المقررة في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير في العقود الإدارية تختلف عن طبيعة الشرط الجزائي في العقود المدنية، ذلك أن الشرط الجزائي في العقود المدنية هو تعويض متفق عليه مقدما يستحق في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه فيشترط فيه ما يشترط لاستحقاق التعويض بوجه عام من وجوب حصول ضرر للمتعاقد الآخر وإعذار للطرف الآخر في العقد، وصدور حكم به وللقضاء أن يخفضه أن ثبت أنه لا يتناسب والضرر الذي لحق بالمتعاقدين، بيد أن الحكمة في الغرامات التي ينص عليها في العقود الإدارية هي ضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وقد نصت المادة ٩٣ من لائحة المناقصات والمزايدات- لائحة القانون السابق - على حق الإدارة توقيعها بمجرد حصول التأخير ولم يترتب عليه ضرر ودون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى، ومن ثم فلجهة الإدارة أن توقعها بنفسها دون حاجة إلى حكم بها إذا أحل المتعاقد بالتزاماته قبلها ولا يقبل منه إثبات عدم حصول ضرر لها من تأخيرها في تنفيذ التزاماته. وإقتضاء مبلغ الغرامة منوط بتقديرها باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة - وبديهي

ألا تتنازل الإدارة عن هذا الامتياز الذي يمكنها من سرعة توقيع الجزاء على المقاول المتخلف وبالتالي تنفيذ العقود في الأوقات المتفق عليها بما يؤكد ضمانها لحسن سير المرفق العام وإنتظامه، على أن العقد قد يتضمن شروطا خاصة كأن يحدد مقدار معين للغرامة يختلف عما ورد باللائحة، وفي هذه الحالة يتعين إعمال هذا الشرط الخاص دون غيره على ما هو مسلم به في العقد ومع ذلك تظل الغرامة على طبيعتها ولا تنقلب إلى شرط جزائي - وفي ضوء ذلك يمكن النظر إلى نص المادة ٣١ من شروط التعاقد المشار إليها ولا يغير من ذلك انتهاء النص بالإشارة إلى أنها بمثابة تعويض عن الضرر المتفق عليه، إذ سبق هذا التعبير ما يؤكد انصراف القصد إلى اعتبارها غرامة تأخير بالنص على أنها تترتب حتما بمجرد التأخير ودون الحاجة إلى إنذار المقاول إنذار رسميا أو غير رسمي - أما الإشارة إلى كونها تعويض عن الضرر متفق عليه مقدما فلا يعدو أن يكون إقرارا بطبيعتها وتأكيدا لا اعتبارها غرامة تأخير لن ينتظر لتوقيعها حصول الضرر وبالبناء على ذلك فإن الحكم المطعون فيه قد فاتته التوفيق إذ اعتبرها شرطا جزئيا يتوقف إعماله على حصول الضرر للإدارة الأمر الذي يتعين معه الحكم بإلغائه في هذا الشأن". حكم ٧٤١ لسنة ٢٧ ق.ع ١٩٨٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاما، مرجع سابق، ص ٤٩٧ - ٤٩٨.

فيسرى الشرط الجزائي بنظامه القانوني المعروف في القانون المدني لأن مبادئ القانون الإداري لا تأتي ذلك ولا تعارضه .

### خلاصة البحث الأول

٥٠- تحليل شروط تحقق المسؤولية عن التأخير يؤدي للقول بأن غرامة التأخير تعتبر عقوبة عقدية إدارية. نخلص من كل ما سبق إلي أن تتبع شروط غرامة التأخير بالتحليل لا يقود أبدا إلى الانتهاء للإقرار بالطبيعة القانونية التي ينتهي إليها فقه القانون العام، على الأقل فيما يتعلق بالجانب المصري ؛ فمناقشة شروط تحقق مسؤولية المتعاقد مع الإدارة عن تأخره في تنفيذ التزاماته بالتنفيذ في موعدها تقود إلى الإقرار بطبيعة مختلفة لغرامات التأخير عن تلك التي يدعيها فقه القانون العام في مصر. فالحقيقة أن غرامات التأخير لا تعدو أن تكون عقوبة عقدية إدارية توقعها الإدارة على المتعاقد معها نتيجة للإخلال بالتزامه بالتنفيذ في الميعاد. وأما عن مصدر سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد المخل، فإن هذه السلطة لا تتبع في الحقيقة من العقد الإداري المبرم مع المتعاقد مع الإدارة بقدر ما تستند للنظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية قاطبة. وتجد سلطة الإدارة في توقيع هذه العقوبة أساسها النظري في حماية مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

### أحكام غرامات التأخير

٥١- توافق النظام القانوني لغرامات التأخير مع غايتها المتمثلة في ضمان سير المرافق العامة بانتظام. يتوافق النظام القانوني لغرامات التأخير مع ماهيتها باعتبارها جزءاً عقدياً ذو طبيعة إدارية المقصود منه حث المتعاقد مع الإدارة على أداء التزاماته العقدية في مواعيدها المحددة على الوجه الأكمل. ومن هنا كان الاعتراف للإدارة بسلطة توقيع غرامات التأخير والإعفاء منها.

والاعتراف للإدارة بسلطة توقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها يعمل على الاستجابة لاعتبارات تتعلق بفاعلية غرامات التأخير. فالإدارة باعتبارها الطرف الأول في العقد الذي يقع عليه عبء الوفاء بالالتزامات العقدية المقابلة، وباعتبارها الجهة التي يجري تنفيذ العقد تحت إشرافها، هي الأقدر على التدخل بالغرامة في الوقت المناسب بما يحقق الغرض منها. وهكذا، فإن الاعتراف للإدارة بهذه السلطة يبدو وثيق الصلة بمبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

وتتجاوز سلطة الإدارة في إعفاء المتعاقد معها من غرامات التأخير مع ماهية الغرامة. فنظام الإعفاء من غرامات التأخير في مصر وفرنسا يهدف لتحقيق اعتبارات شتى. فمن ناحية، تأتي اعتبارات العدالة توقيع غرامات تأخير على المتعاقد مع الإدارة إذا كان التأخير راجعاً لسبب لا دخل لإرادته فيه. ومن هنا كان تقرير نظام الإعفاء الوجوبي. ومن ناحية أخرى، أملت اعتبارات المرونة في تنفيذ العقود الإدارية الاعتراف للإدارة بالحق في إعفاء المتعاقد معها من غرامات التأخير متى كان معذوراً في تأخره. ومن هنا كان الاعتراف بسلطة الإدارة في الإعفاء الجوازي.

وإيماناً بدور غرامات التأخير في تأكيد مبدأ دوام سير المرافق العام بانتظام واطراد، حرص النظام القانوني في مصر وفرنسا على تنظيم غرامات التأخير بفاعلية. فأتى المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية بالأحكام التي تكفل تحقيق هذه الفاعلية. أما في فرنسا، فعلى الرغم من غياب التنظيم التشريعي أو اللائحي للغرامة، فقد حرصت الإدارة على تنظيم غرامات التأخير في دراسات الشروط العامة. والمقارنة بين النظامين القانونين:- المصري والفرنسي،

تظهر اتفاقهما في الأحكام العامة مع اختلاف في بعض التفاصيل، بما يستدعي البحث والتحليل.

وسوف نتناول في المطلب الأول سلطة جهة الإدارة في توقيع غرامة التأخير والإعفاء منها، ثم نخصص المطلب الثاني لدراسة تنظيم غرامات التأخير في عقود الأشغال العامة والتوريد.



## المطلب الأول

### سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير وفي الإعفاء منها

٥٢- الاعتبارات التي تحكم سلطة الإدارة في توقيع الغرامات وفي الإعفاء منها. تعد سلطة الإدارة في توقيع الغرامة وفي الإعفاء منها إحدى السلطات المعترف بها لجهة الإدارة في مجال تنفيذ العقود الإدارية في مصر وفرنسا. وتعد هذه السلطة فرعاً من أصل. فسلطة جهة الإدارة في توقيع غرامات التأخير تندرج تحت سلطتها في توقيع الجزاءات التي تضمن تنفيذ بنود العقد. وهذه السلطة ثابتة للإدارة حتى بدون النص عليها صراحةً في العقد الإداري. فيكفي أن يتضمن هذا العقد نصوصاً تشير لغرامات التأخير حتى يثبت لجهة الإدارة الحق في توقيعها بمقتضى إرادتها المنفردة، ودون حاجة للجوء إلي قاضي العقد. وتعد سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التي تكفل تنفيذ العقد إعمالاً لامتياز التنفيذ المباشر في مجال العقود الإدارية.

والحديث عن سلطة جهة الإدارة في توقيع غرامات التأخير يفترض براءة أن يكون موجب توقيع الغرامة قد تحقق بإخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزامه بتنفيذ أداءاته العقدية في موعدها. فإذا تحقق هذا الإخلال فإن جهة الإدارة عليها التدخل لضمان مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد. وعندئذ تثار عدة تساؤلات متعلقة بنوع السلطة الممنوحة لجهة الإدارة وضوابطها و ضمانات عدم التعسف في استخدامها.

وفي مجال الإعفاء، فإن سلطة جهة الإدارة في الإعفاء تتحدد على ضوء العديد من الأحكام المنظمة لهذه السلطة. وهذه الأحكام قد تجد مصدرها في التشريعات أو المبادئ القضائية المستقرة أو في العقد الإداري. والملاحظ في هذا الصدد أن الأحكام المنظمة لسلطة جهة الإدارة في الإعفاء تبتغي التوفيق بين عدة اعتبارات أبرزها :- مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، اعتبارات العدالة، اعتبارات حسن النية في تنفيذ العقود، المرونة في تنفيذ العقد الإداري. وسوف نعالج في الفرع الأول سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير، ثم نخصص الفرع الثاني لمعالجة سلطة الإدارة في الإعفاء من غرامة التأخير.

### سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير

٥٣- حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير بإدارتها المنفردة. من المستقر عليه في فرنسا ومصر أن جهة الإدارة لها الحق في توقيع غرامة التأخير بنفسها بموجب قرار يصدر عنها بإرادتها المنفردة. وإذا كان هذا الحق ثابت للإدارة ولا جدال عليه في فقه القانون العام ولا تنازع فيه أحكام القضاء الإداري، إلا أن الخلاف يمكن أن ثور بصدد نوع السلطة الممنوحة للإدارة في فرض الغرامة، وهل هي سلطة مقيدة أم سلطة تقديرية؟

كذلك فإننا نجد أن القضاء الإداري المصري يتجه في أحكامه إلي عدم اشتراط قرار يصدر من الإدارة بتوقيع الغرامة لاستحقاقها . فما مدي صحة هذا الموقف؟

ومن جهة أخرى فإننا نجد خلافا بصدد الإعذار بين النظام القانوني المصري والنظام القانوني الفرنسي ، فبينما يعد الأعدار قيذا حقيقيا يرد على سلطة الإدارة في توقيع الغرامة في فرنسا ، نجد أن القضاء المصري لا يقيد سلطة الإدارة في توقيع الغرامة بهذا القيد، فأى النظامين أولى بالتأييد في موقفه، النظام القانوني المصري أم النظام القانوني الفرنسي؟

ودراسة سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير يثير في النهاية، سؤالا هاما يتعلق بدور الرقابة القضائية في حماية المتعاقد مع الإدارة من شططها في استخدام غرامات التأخير. ويكتسب هذا التساؤل أهمية خاصة في مجال غرامات التأخير في العقود الإدارية لسببين. الأول:- يتمثل في كون الإدارة هي الطرف الأقوى في العقد الإداري، فتستطيع بذلك فرض ما تشاء من شروط على المتعاقد الآخر. أما السبب الثاني:- فيتمثل في عدم وجود حد أقصى لمبلغ الغرامة بالنسبة لاتفاقات الغرامة، ويبرز هذا السبب على الأخص في الحالة الفرنسية حيث لا يوجد أي تنظيم تشريعي أو لائحي لغرامات التأخير.

و سوف نحاول الإجابة على هذه التساؤلات في هذا المبحث من خلال تقسيم بحثنا على النحو التالي:

أولاً :- غرامة التأخير: توقعها جهة الإدارة بغير حاجة لحكم قضائي، ثانياً :-  
مدي اشتراط الأعدار لتوقيع الغرامة في القضاء المقارن، ثم نفرد ثالثاً للرقابة  
القضائية على سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير.

## أولاً :- غرامة التأخير توقعها الإدارة بنفسها بغير حاجة لحكم قضائي

٥٤- غرامة التأخير توقعها الإدارة بموجب قرار يصدر منها إعمالاً  
لامتيازها في التنفيذ المباشر. من حق الجهة الإدارية المتعاقدة أن تطبق غرامة  
التأخير على المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته بالتنفيذ في المواعيد المحددة بموجب  
قرار فردي من جانبها دون حاجة إلى اللجوء للقضاء وذلك إعمالاً لامتيازها في  
التنفيذ المباشر<sup>١</sup>.

ولا شك في أن تقرير هذا الامتياز للإدارة يخرج عما يجري عليه الحال في  
ميدان القانون الخاص<sup>٢</sup>. فلا يستطيع فيه أحد المتعاقدين أن يلزم المتعاقد الآخر بمبلغ  
مالي سواء على سبيل التعويض أو العقوبة من جانبه وبإرادته المنفردة، حتى ولو  
كان ذلك بالتطبيق لنص من نصوص العقد. إذ يتعين عليه أن يلجأ أولاً إلى القضاء  
طالباً منه الحكم بذلك.

و الخروج على مبادئ القانون الخاص في مجال العقود الإدارية تبرره ولا  
شك اعتبارات الصالح العام المتمثلة في مصلحة المرفق العام المسؤولة عنه الجهة  
الإدارية. فالنظام القانوني للعقود الإدارية يقوم على منح جهة الإدارة العديد من  
السلطات والامتيازات. ومن أبرز هذه الامتيازات حقها في توقيع الجزاءات على  
المتعاقدين المقصر دون حاجة إلى اللجوء للقضاء. وتجد هذه السلطة أساسها النظري  
في مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد. فليس من المعقول أن تترك الإدارة  
المرفق العام مهدداً بخطر التعطل أو معطلاً فعلاً في حين تهرول في ساحات  
القضاء طالبة منه الحكم بعقوبة على المتعاقد المخل معها لزرجه عن هذا الإخلال.

<sup>١</sup> CE, 21 mai 1982, SARL Société de protection intégrale du bâtiment, Rec.,  
p.189.

<sup>٢</sup> د. سليمان محمد الطماوى ، الأسس العامة في العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٥٠٩.

وقد أطردت الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري المصري على الاعتراف للإدارة بهذا الحق. و تقرر المحكمة الإدارية العليا في قضاء ثابت ومستقر أن "غرامات التأخير في العقود الإدارية ضماناً لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد، وتقوم الإدارة بتوقيع هذه الغرامات دون حاجة إلى صدور حكم بها وذلك متى توافرت شروط استحقاقها بحصول الإخلال العقدي من جانب المتعاقد المقصر"<sup>١</sup>.  
هذا وقد جاء المشرع المصري ليؤكد هذا الحق في القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بنصه في المادة ٢٣ على أنه " إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له، فإن للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاؤه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ، على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير طبقاً للأسس وبالنسب وفي الحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية"<sup>٢</sup>.

٥٥- نوع السلطة الممنوحة لجهة الإدارة: تقديرية أم مقيدة. أعطى المشرع المصري في المادة ٢٣ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨ لجهة الإدارة سلطة تقديرية في منح المتعاقد معها مهلة لإتمام التنفيذ بعد تحقق حالة التأخير في الوفاء بالتزاماته، فلها أن تتجاوز عن هذا التقصير فتمنحه المهلة أو تترك به فتنفذ هذه الالتزامات بواسطة متعاقد آخر وفقاً لما يترأى لها من وجوه الصالح العام المتمثل في مصلحة المرفق القائمة على إدارته. ومتى رأت جهة الإدارة منحه هذه المهلة فعليها أن توقع عليه غرامة تأخير عن مدة التأخير كلها وفقاً لنص م ٢٣ من القانون أي شاملة المهلة الإضافية التي منحها له<sup>٣</sup>.  
والحقيقة أن صياغة نص المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات تدعونا لطرح تساؤل حول نوع السلطة الممنوحة لجهة الإدارة وهل هي سلطة تقديرية أم سلطة مقيدة. والفرض محل البحث يتلخص في أن المتعاقد مع الإدارة قد

<sup>١</sup> حكم رقم ٨٤٣ لسنة ٢٦ ق.ع، بتاريخ ١١/٢٠/١٩٨٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في شأن العقود الإدارية حتى ١٩٩٥، ص ٢٠١: حكم ٧٤١ لسنة ٢٧ ق.ع صادر في ١٩٨٥/٥/٢٨، المرجع السابق، ص ٤٩٨: حكم رقم ٢٠٥ لسنة ٣١ ق.ع، صادر ١٩٨٩/٥/٣٠، ص ٤٩٩.  
<sup>٢</sup> أنظر المواد ٨٣ بصدد عقد مقاولات الاعمال و ٩٤ بصدد عقد التوريد من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الصادرة بقرار وزير المالية ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨.  
<sup>٣</sup> د. أيمن محمد جمعة، أثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، مرجع سابق، ص ٢٤٦.

تأخر بالفعل في تنفيذ التزاماته، فهل يجوز لجهة الإدارة أن تضرب صفحا عن الغرامة ولا توقعها؟

هذا التساؤل وثيق الصلة بحق جهة الإدارة في التنازل "renonciation"، عن توقيع غرامة التأخير على المتعاقد المقصر بعد تحقق موجبهها. وهذا الفرض يختلف عن الإعفاء المسبق من الغرامة ضمن بنود العقد الإداري، فالإعفاء المسبق كما بينا نادر الحدوث عملا في فرنسا، و محظور في مصر وفقا لما يتجه إليه مجلس الدولة<sup>١</sup>. كما أنه يختلف من ناحية أخرى عن الحق في الإعفاء "exonération"، فهذا الأخير يفترض أن العقوبة تم توقيعها بالفعل.

وفي فرنسا، فإن مجلس الدولة يجيز لجهة الإدارة التنازل عن حقها في توقيع الغرامة بعد ثبوت الحق فيها بتحقيق التأخير فعلا. ففي حكم بتاريخ ١٧ مارس ٢٠١٠ قرر مجلس الدولة الفرنسي " أنه من حق المتعاقدين - جهة الإدارة والمتعاقد معها - في أي وقت أن يتفقا على خلاف ما ورد في اتفاق العقد الأصلي، بما في ذلك البنود الخاصة بغرامة التأخير. وأنه لا يمكن اعتبار المحكمة الإدارية الإستئنافية لباريس قد ارتكبت خطأ في تطبيق القانون أو تفسيره أو تأويله إن هي اعتبرت أن في منح الشركة المتعاقدة أجالا متعاقبة حتى تاريخ ٢٧ فبراير ٢٠٠٨ قاطع في دلالته على أن الجهة الإدارية قد تنازلت عن حقها في توقيع غرامة التاريخ عن الفترة التي امتد إليها العقد"<sup>٢</sup>.

في هذه القضية كانت جهة الإدارة قد تعاقدت مع شركة مقاولات على إنشاء متحف لألعاب الكارت. ولكن الشركة المتعاقدة كانت قد تعثرت في التنفيذ فتوقفت

<sup>١</sup> انظر ما سبق بيانه، فقرة رقم ٩ من هذا البحث

<sup>٢</sup> CE, 17 mars 2010, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*, n°308676, Rec. P. 332.

Le Conseil d'Etat a considéré " qu'il est toujours loisible aux parties de s'accorder, même sans formaliser cet accord par un avenant, pour déroger aux stipulations du contrat initial, y compris en ce qui concerne les pénalités de retard ; que la cour administrative d'appel de Paris n'a donc pas commis d'erreur de droit en jugeant, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, qu'en ayant accordé à la société Sicra des reports successifs de délais jusqu'au 28 février 2007, la commune devait être réputée avoir renoncé à lui infliger des pénalités de retard;".

عنه عدة مرات. وقد أدى هذا التعثر لتأخر الشركة المتعاقدة عن إتمام العمل المنفق عليه وتسليمه كل مرحلة في موعدها. فطلبت من الإدارة مد أجل التسليم في كل مرحلة من مراحل التنفيذ على حدة بعد تحقق التأخير. ووافقت جهة الإدارة على هذا الطلب، ولكن الشركة المتعاقدة فوجئت بخضم الإدارة المتعاقدة لمبالغ مالية ضخمة من مستحقاتها المالية. فلجأت الشركة المتعاقدة إلى المحكمة الإدارية لباريس والتي حكمت بالفعل في ١ يناير ٢٠٠٤ على الإدارة برد مبلغ ١٤٥٥٩٤ يورو كانت قد خصمت كغرامات تأخير. وهذا المبلغ الأخير يعادل فقط جزء من قيمة الغرامة. ولكن حكم محكمة باريس الإدارية لم يرضي كل من الطرفين المتنازعين : جهة الإدارة والشركة المتعاقدة، فطعنا على هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف الإدارية لباريس.

وقد أيدت محكمة الاستئناف الإدارية لباريس في حكمها بتاريخ ١٩ يونيو ٢٠٠٧ طلبات المتعاقد مع الإدارة. وقد فسرت محكمة الاستئناف الإدارية منح جهة الإدارة للمتعاقد معها آجال للتنفيذ على أنه ينطوي على تنازل منها عن حقها في توقيع الغرامة. وقد اعتبرت المحكمة أن مصدر هذا التنازل هو قبول جهة الإدارة لطلبات المتعاقد معها بمد آجال التسليم ؛ وبناء على ذلك لاحظت محكمة الاستئناف الإدارية أن التأخير قد اقتصر في مجموعه على مدة ٢٧ يوم فقط. ومن ثم حكمت على جهة الإدارة برد مبلغ ٩١٤٦٩٤ يورو للمتعاقد معها.

وقد اتجه مجلس الدولة الفرنسي بمناسبة الطعن على الحكم المشار إليه الصادر من محكمة الاستئناف الإدارية لباريس لإقرار سلطة محكمة الموضوع في استخلاص وتفسير الاتفاقات المعدلة لبنود العقد الإداري بما في ذلك تلك التي قد ترد على غرامة التأخير. ويبدو أن الحكم السابق قد وضع في الاعتبار الخسائر المالية الفادحة التي يمكن أن ترتبها الغرامات على الشركات وبالذات الشركات الصغيرة<sup>١</sup>. وعلى كل الأحوال، فإن الأمر يتعلق بتفسير إرادة جهة الإدارة وما إذا كانت في منحها أجل للمتعاقد معها بعد تأخره قد اتجهت للتنازل الضمني عن حقها في توقيع غرامة تأخير من عدمه. ففي قضايا سابقة فسر القاضي الإداري منح الإدارة للمتعاقد معها لأجل على أنه بالنظر لظروف الحال ينطوي على تنازل عن الحق في

<sup>1</sup> CE, 17 mars 2010, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*, CMP, not. G. BERNARD.

توقيع غرامة تأخير<sup>١</sup>. وفي حالات أخرى رفض القضاء الإداري في فرنسا اعتبار منح الإدارة لأجل للمتعاقد معها تنازلا عن حقها في توقيع غرامة التأخير<sup>٢</sup>.

أما في مصر، فالظاهر أن قضاء المحكمة الإدارية العليا يجيز للإدارة التنازل عن الغرامة بمنح الإدارة للمتعاقد معها أجلا بعد تحقق واقعة التأخير وذلك إذا كانت الظروف والملايسات تقطع بأن جهة الإدارة لم تكن حريصة على تنفيذ العقد في الميعاد المتفق عليه. فقد قضت بتاريخ ٢٤/١٢/٢٠١٣، بأنه "ومن حيث إنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن غرامات التأخير في العقود الإدارية مقررة ضمانا لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة، وأن اقتضاء غرامات التأخير منوط بتقدير الجهة الإدارية التي لها أن تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد، فتعفيه من بعض الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما في ذلك غرامة التأخير، كما أن إقرار الإدارة بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد ترتيبا على أن تنفيذه في هذا الوقت كان غير لازم يعتبر بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ الغرامة عليه مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير، وأنه إذا تسلمت الإدارة الأعمال المسندة للمقاول تسلما ابتدائيا فلا يجوز لها بعد ذلك توقيع غرامة التأخير"<sup>٣</sup>.

والقضاء السابق ليس وحيدا وإنما يمكن إعتباره ترديدا لمبدئ مستقر في قضاء هذه المحكمة<sup>٤</sup>. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا حديثا في حكمها بتاريخ ١٦/٦/٢٠١٥، بأن "قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن غرامات التأخير في العقود الإدارية مقررة ضمانا لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة، وأن اقتضاء غرامات التأخير منوط بتقدير الجهة

<sup>١</sup> CE, 28 octobre 1953, *Sté Comptoir des textiles bruts et manufacturés*, n° 89449, Rec. p. 721

<sup>٢</sup> CE, 5 juillet 1950, *Sté française de constructions et d'aménagements industriels et Caisse franco-néerlandaise de cautionnement*, n° 69532 et 69612, Rec. p. 416.

<sup>٣</sup> الحكم في الطعن رقم ٤٥٥٢ لسنة ٥٤ ق.ع. عليا ، بجلسة ٢٤/١٢/٢٠١٣، لم ينشر بعد.

<sup>٤</sup> حكم ٦١ لسنة ٢ ق.ع. صادر في ٢١/٩/١٩٦٠ ، " مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية ،

مرجع سابق، ص ٤٩٠: حكم ٧٤١ لسنة ٢٧ ق.ع. ، صادر في ٢٨/٥/١٩٨٥، ذات المرجع ، ص

٧٩٨ : حكم في الطعن رقم ١٣٦٤ و ١٤٧٥ لسنة ٣٦ ق.ع. ، صادر في ١٣/٧/١٩٩٣ ، ذات

المرجع ، ص ٥٠٥ : والفتوى رقم ١١٦ صادر في ٢٥/١/١٩٨٨ ، ذات المرجع ، ص ٥٠٣

الإدارية التي لها أن تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد، فتعفيه من بعض الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما في ذلك غرامة التأخير، كما أن إقرار جهة الإدارة بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المحددة أو توافر قرائن تثبت ذلك ترتيباً على أن تنفيذه في هذا الوقت كان غير لازم يعتبر بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من توقيع الغرامة عليه مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير"<sup>1</sup>.

ويلاحظ أن المحكمة في الأحكام السابقة تستخدم مصطلح "الإعفاء الضمني"، في حين أن الأمر يتعلق في حقيقته بتنازل الإدارة عن توقيع الغرامة. فالأمر يتعلق بتفسير إرادة جهة الإدارة لحظة منحها أجل جديد للمتعاقد معها وما إذا كانت إرادتها قد اتجهت بمنحها المتعاقد معها لأجل جديد إلى التسامح في حقها في إقتضاء الغرامة أم لا. فحالة عدم حرص الإدارة على تنفيذ العقد في مواعده تقطع بأن جهة الإدارة قد تنازلت عن حقها في تنفيذ العقد في مواعده، وبالتالي فمنحها للمتعاقد معها أجل جديد بعد إنقضاء موعد التنفيذ يتعين تفسيره على أنه نزول عن حقها في توقيع الغرامة.

و بدراسة الوقائع التي طبقت عليها المحكمة الإدارية العليا المبدئ السابق يتضح أن التأخير في القضيتين السابقتين الوردتين في المتن كان مصدره فعل جهة الإدارة، ويخرج بالتالي عن إرادة المتعاقد معها. ففي حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٥٥٢ لسنة ٥٤ ق.ع.عليا بجلسة ٢٤/١٢/٢٠١٣، كان الأمر يتعلق بعقد مقولة أعمال موضوعه إنشاء مقر الإدارة التعليمية برأس سدر وتوسيع مدرسة خالد بن الوليد بالجبل بمحافظة جنوب سيناء. وتضمن عقد العملية أن مدة التنفيذ خمسة شهور من تاريخ استلام الموقع في ١٣/٤/١٩٩٥، وتضمن البند الحادي والثلاثون من العقد النص علي التزام الطرف الأول (الجهة الإدارية) بأن يدفع للطرف الثاني دفعة مقدمة بنسبة ٢٠% من قيمة التعاقد نظير خطاب ضمان بنكي معتمد. وقد قام المقاول بالانتهاء من تنفيذ توسيع مدرسة خالد بن الوليد في المدة المحددة للتنفيذ وقامت الهيئة باستلامها ابتدائياً. وأتم الانتهاء من أعمال الهيكل الخرساني لمبني الإدارة التعليمية ( أرض+ دورين) وكذا أعمال مباني الأساسات والهيكل والسور في مدة ثلاثة أشهر من تاريخ استلامه للموقع وكانت معدلاته أثناء

<sup>1</sup> الحكم في الطعن رقم ٨٦٤٣ لسنة ٥٠ ق. عليا، بجلسة ١٦/٦/٢٠١٥، لم ينشر بعد.  
<sup>٢</sup> الحكم في الطعن رقم ٤٥٥٢ لسنة ٥٤ ق.ع.عليا، بجلسة ٢٤/١٢/٢٠١٣، لم ينشر بعد.



التنفيذ تساير البرنامج الزمني المقدم. ولكن تكلنت الجهة الإدارية في صرف مستحقاته المالية عن العملية الأولى وجزء كبير من مستحقاته عن العملية الثانية. وعلى الرغم من مطالباته المتكررة للجهة الإدارية، فإنه لدى عرض الموضوع علي مدير الهيئة المدعي عليها لتوفير الاعتماد المالي قرر باستكمال تنفيذ مبنى الإدارة عند تدبير الاعتماد المالي المطلوب خلال عام ١٩٩٧/٩٦. وهو ما أدى لتأخره هو الآخر عن إتمام العمل وفقا للجدول الزمني المحدد.

أما الدعوى الثانية الصادر فيها الحكم في الطعن رقم ٨٦٤٣ لسنة ٥٠ ق. عليا بجلسة ٢٠١٥/٦/١٦، فقد كان الحكم يتعلق بعقد مقاوله أعمال أبرم بين وزارة الدفاع وأحدى شركات المقاولات. وقد استخلصت المحكمة عدم حرص جهة الإدارة على التنفيذ في الميعاد من عدة قرائن وشواهد أهمها : أولاً، شغل قيادة المدفعية بالمنطقة الغربية العسكرية لموقع العمل للتدريب فيه في الفترة من ١٩٩٨/٢/٢١ وحتى ١٩٩٨/٥/٣ لمدة قدرها شهران وثلاثة عشر يوماً. وثانياً، توقف العمل بالمشروع لمدة قدرها خمسة وأربعون يوماً لشغل الفرقة (٣٣) ميكانيكيا لموقع العمل للتدريب فيه .

والحقيقة أنه في كل من الدعوتين فإن تأخر المتعاقد مع الإدارة عن انجاز الأعمال كان لسبب خارج عن إرادته وكان الأمر يتعلق بخطأ منسوب للجهة الإدارية المتعاقدة أعجزه عن تنفيذ التزاماته. ولكن يبدو أن المحكمة الإدارية العليا لم تشأ نسبة الخطأ للجهة الإدارية بما يستتبعه ذلك من ثبوت حق المتعاقد معها في التعويض. وبالتالي لجأت لفكرة النزول عن أجل التنفيذ كمبرر لمد أجل العقد. والحقيقة أن اللجوء لفكرة النزول عن أجل التنفيذ كمبرر لمد أجل التنفيذ على النحو السابق وإن كان لها من الوجهة الظاهرة كثيراً من الوجهة إلا أنه يمكن أن تكون محل نقد. فأجل التنفيذ غير مقرر لصالح جهة الإدارة وحدها. فالمتعاقدين معها له حق أيضاً في تنفيذ العقد خلال الأجل المحدد فيه.

علاوة على ذلك فإن الإعراف للإدارة بالحق في النزول عن الغرامة بمنحها للمتعاقدين معها أجل للتنفيذ ينطوي في الحقيقة على إقرار بالسلطة التقديرية لجهة الإدارة في توقيع الغرامة. فجهة الإدارة ليست ملزمة بتوقيع الغرامة بمجرد تحقق التأخير وإنما لها النزول عن هذا الحق ومنح المتعاقد معها آجال جديد للتنفيذ، وهذا هو عين ما صرحت به الأحكام السابق عرضها لمجلس الدولة المصري.

١ الحكم في الطعن رقم ٨٦٤٣ لسنة ٥٠ ق. عليا، بجلسة ٢٠١٥/٦/١٦، لم ينشر بعد.

والحقيقة أن القضاء السابق في إقراره بالسلطة التقديرية لجهة الإدارة في توقيع الغرامة كان يبدو يبدو متماشيا مع الوضع التشريعي في مصر قبل صدور قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ٩ لسنة ١٩٨٣ والذي نظمت لائحته التنفيذية سلطة الإدارة في توقيع الغرامة. ثم صدر القانون الحالي ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والذي نظم هذا الحق في صلب القانون. فقبل صدور هذه القوانين لم تكن هناك نصوص تنظم سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير، وبالتالي كان يتعين الرجوع للقواعد العامة التي تنظم سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات العقابية. ومن ثم كان الإعراف للإدارة بالسلطة التقديرية في توقيع جزاء غرامة التأخير أمرا مبررا ويجد ما يسانده في القواعد العامة. أما بعد صدور القوانين المشار إليها ولاسيما القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والذي نظم الغرامة بنصوص صريحة فلا مفر من الرجوع لنصوص هذا القانون ولائحته.

وبصفة عامة نرى أنه يجب على القضاء الإداري في مصر عدم التوسع في الاعتراف للإدارة بالحق في التنازل عن الغرامة بما يستتبعه ذلك من الإعراف بالسلطة التقديرية لجهة الإدارة في توقيع غرامات التأخير. فمبدأ تنازل الجهة الإدارية عن الغرامة يجب أن يبقى محصورا في أضيق نطاق لسببين : الأول، أنه يخالف ظاهر نص المادة ٢٣ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨. والثاني، أنه يتناقض مع الاعتبارات التي يقوم عليها النظام القانوني للإعفاء في مصر.

أما عن مخالفة الاعتراف للإدارة بسلطة تقديرية في توقيع الغرامة للمادة ٢٣ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨، فقد نص المشرع في المادة ٢٣ على أنه " إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له، فإن للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاؤه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ، على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير طبقا للأسس والنسب وفي الحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية". فالمستفاد من نص هذه المادة أن منح الأجل يكون مقرونا بتوقيع الغرامة<sup>١</sup>. فصيغة النص على النحو السابق توحي بأن سلطة جهة في توقيع الغرامة مقيدة. وهو ما نذهب إليه. وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا هذا الاتجاه في أحد أحكامها، فقد قضت في حكمها الصادر في ١٧ فبراير ١٩٨٧ بأن " المقصود من الغرامة هو حث المتعاقد على عدم التراخي في تنفيذ شروط العقد ضمانا لحسن سير

<sup>١</sup> سوف نعاود الحديث عن هذا النص بمناسبة سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير وفي الإعفاء من غرامات التأخير، انظر ما يلي فقرة رقم ٥٥.

المرافق العامة فيتعين توقيعها متى تحقق التأخير حتى لا يتخذ من المهلة الإضافية فرصة جديدة للتقاعس عن التنفيذ<sup>١</sup>.

وقد يقال أن القاضي الإداري الفرنسي يعترف بسلطة الإدارة التقديرية في توقيع جزاء الغرامة. فوفقا لقضاء مجلس الدولة فإنه يجوز لسلطة الإدارة التنازل عن حقها في توقيع الغرامة بمنح المتعاقد معها مدة أو مدد إضافية للتنفيذ. وتصرح المحاكم الإدارية الاستئنافية في فرنسا بأن تطبيق غرامات التأخير على المتعاقد المقصر يعد بمثابة حق عقدي للإدارة تستطيع التنازل عنه<sup>٢</sup>.

والحقيقة أننا نرى أن الوضع مختلف في مصر عن فرنسا. فغرامة التأخير لا ينظمها أي نصوص تشريعية أو لائحية في فرنسا؛ ومن ثم فإن سلطة الإدارة في توقيعها تخضع لنفس القواعد التي تنظم سلطاتها في توقيع الجزاءات العقابية على المتعاقد معها بصفة عامة. أما في مصر، فالوضع مختلف. فسلطة الإدارة في توقيع الغرامة ينظمها نص قانوني وهو نص المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات. وهذا النص يستفاد منه أن الإدارة في توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها ليس لها سلطة تقديرية. فعبارة نص المادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ يستفاد منها أن توقيع الغرامة عليه متى رأت جهة الإدارة منحة مهلة إضافية هو أمر وجوبي.

أما عن مخالفة السلطة التقديرية لجهة الإدارة للاعتبارات التي يقوم عليها التنظيم القانوني للإعفاء من الغرامة في مصر<sup>٣</sup>، فقد نظم المشرع في المادة رقم ٢٣ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الإعفاء من الغرامة وجعله مرهونا بالعديد من الضوابط والإجراءات. وقد ميز المشرع بين نوعين من الإعفاء: الوجوبي والجوازي. أما الإعفاء الوجوبي فيكون في حالة نسبة التأخير لسبب خارج عن إرادة المتعاقد مع الإدارة. وفي هذه الحالة يتعين إستطلاع رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة قبل منح المتعاقد مع الإدارة الإعفاء. أما الإعفاء الجوازي

<sup>١</sup> حكم ٢٨٢٧ لسنة ٢٧ ق.ع، صادر في ١١/٧/١٩٨٧، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٠٠.

<sup>٢</sup> CAA Nancy, 15 février 2007, *Sté Sitelec Moselec*, n° 04NC01122, précité.

<sup>٣</sup> سوف نتناول بالتفصيل النظام القانوني للإعفاء بصدد الحديث عن سلطة الإدارة في الإعفاء، أنظر ما يلي فقرة رقم ٨٥.

فهو مشروط بعدم تحقق ضرر من جراء التأخير، ويتعين على الجهة الإدارية أيضا في حالة الإعفاء الجوازي استطلاع رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة. هذا وقد يقال كيف أن سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها مقيدة، في حين أن لجهة الإدارة سلطة تقديرية في منحه الإعفاء من الغرامة، وذلك في الحالة التي لا يكون فيها التأخير ناتج عن سبب أجنبي، أي في الحالة التي يثبت فيها خطأه وتقصيره، ألا يعد تناقضا في التشريع !

ولكننا نرد على ذلك بأن لكل من الأمرين مجاله الخاص به : فجهة الإدارة ملزمة أولا متى تأخر عن التنفيذ - ورأت منحه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ - بأن توقع عليه الغرامة ، ثم إن رأت أن المتعاقد معها يستحق الإعفاء فلها أن تعفيه بموجب قرار يصدر منها. وهذا القرار رسم له المشرع في صدوره إجراءات معينة قصد منها ألا تسيء الإدارة استعمال السلطة التقديرية الممنوحة لها. فأوجب المشرع عليها أن تستطلع رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة قبل إصدار قرارها بالإعفاء. كما أن المشرع قد قيد سلطة جهة الإدارة موضوعيا بأن يكون تأخير المتعاقد معها غير منتج لضرر يصيب المرفق العام المتصل به العقد الإداري. وفي القول بأن سلطة جهة الإدارة في توقيع الغرامة متى تحقق موجبها بحدوث التأخير هي سلطة تقديرية، إهدار للضوابط التي يقوم عليها الإعفاء. فبدلا من المرور بإجراءات الإعفاء والتفقد بضوابطه، تستطيع من البداية التنازل لمن تريد عن سلطتها في توقيع الغرامة، وذلك بعدم توقيعها على الرغم من تحقق موجبها.

وأخيرا فإن الأذى لصيانة المصلحة العامة هو قيام جهة الإدارة بتوقيعها على المتعاقد المتأخر، وذلك سيكون دافعا له لإنجاز العمل الذي تأخر عنه في أقرب أجل تفاديا لتعاطم قيمتها. أما إذا رأت - لأي سبب من الأسباب - أنه كان معذورا في تأخره، فإنها تستطيع منحة الإعفاء بعد ذلك وفقا للنظام القانوني للإعفاء.

٥٦- مدى اشتراط صدور قرار بتوقيع الغرامة. هذا، ولا يشترط في القرار الذي تصدره الإدارة بتوقيع الغرامة شكلا معينا، فالقرار الصادر عن الإدارة بتوقيع الغرامة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا<sup>١</sup> ، بل إن هذا القرار يمكن أن يستفاد من

<sup>١</sup> تستقر المحكمة الإدارية العليا على أن " غرامة التأخير توقع بمجرد حصول التأخير بعد منح المتعاقد مهلة إضافية دون حاجة إلى صدور قرار صريح من الإدارة بتوقيع هذه الغرامة، وأساس ذلك أن المقصود من الغرامة هو حث المورد على عدم التراخي في تنفيذ عقده ضمانا لحسن سير المرافق العامة وحتى لا يتخذ من المهلة الإضافية فرصة جديدة للتقاعس عن التنفيذ ". حكم

مجرد تنفيذه. فتنفيذ الإدارة للقرار الصادر بتوقيع الغرامة وذلك بخضم مبلغ معين على سبيل الغرامة التأخيرية يقطع بصدور مثل هذا القرار.

على أن عدم اشتراط شكل معين في القرار الصادر من الجهة الإدارية لا يغنى أبدا عن اشتراط صدور مثل هذا القرار. إذ أن مجرد النص في العقد على غرامة التأخير لا يكفي لكي يصبح استحقاقها أمرا مقضيا تطالب به الإدارة المتعاقد معها، إذ لا بد من صدور قرار يعبر عن رغبتها في توقيعها<sup>١</sup>.

بل إن المشرع في المادة ٢٣ سالفه الذكر قد حدد المختص بإصدار القرار " السلطة المختصة " ، وحدد سبب القرار " التأخير " ، ومحل القرار " الغرامة ونسبتها وحدودها " ، وأما عن غاية القرار " تحقيق الصالح العام " المتمثل في مصلحة المرفق العام . وكل ذلك يشير إلى أن صدور القرار أمر لازم ولا يمكن الاستغناء عنه. ولذلك فنحن لا نتفق مع ما قررته المحكمة الإدارية العليا من أن " ذلك يقتضى أن يكون استحقاق هذه الغرامة لمجرد التأخير إعمالا لصريح النص وليس رهنا بالقرار الذي تصدره جهة الإدارة في هذا الشأن " <sup>٢</sup>. ويبدو إن مجلس الدولة الفرنسي يتفق مع نظيره المصري على إعمال القاعدة السابقة، فقد قضى بأن " حساب الغرامات يبدأ من التاريخ المحدد في العقد للتسليم " <sup>٣</sup>.

فالصحيح أن صدور القرار من جهة الإدارة شرطا لازما لتوقيع الغرامة، إلا أنه لا يشترط في هذا القرار شكل معين، وإنما قد يستفاد صدوره حتى من مجرد تنفيذه .

- وأخيرا فإنه يلاحظ أن الإدارة في توقيعها لغرامة التأخير غير ملزمة بوقت معين. فهي ليست ملزمة باقتضاء غرامات التأخير بمجرد حدوث التأخير. فتريث الإدارة برهنة من الزمن بعد حدوث التأخير لا يفيد إن جهة الإدارة قد ضربت صفحا عنها. وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن المتعاقد مع

---

٢٨٢٧ لسنة ٢٧ ق.ع صادر في ١٩٨٧/١/٧ ، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية،

مرجع سابق، ص ٥٠٠

<sup>١</sup> حكم رقم ١٦٣٦٠ لسنة ١٩٦٠ ق.ع صادر ١٩٦٠/٩/٢١، مشار إليه لدى الدكتور عبد المجيد محمد فياض، مرجع سابق، ص ١٧٩.

<sup>٢</sup> حكم رقم ٢٨٢٧ لسنة ٢٧ ق.ع صادر في ١٩٨٧/١١/٧ ، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٠١.

<sup>٣</sup> CE, 17 mars 1976, Vuillemin, Rec., p.164.

الإدارة لا يستطيع التمسك بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود حتى يتملص من غرامة الإخلال التي وقعتها جهة الإدارة علياً بطريقة متأخرة متى تم ذلك تنفيذاً لبنود العقد<sup>1</sup>.

## ثانياً: - الإعذار كقيد على سلطة الإدارة في توقيع الغرامة

٦٦- تعد قاعدة اشتراط الإعذار لتحقيق مسؤولية المتعاقد عن الأضرار التي تلحق بالطرف الآخر في العقد نتيجة إخلاله بالالتزام بتنفيذ أداءاته العقدية في موعدها إحدى قواعد القانون الخاص التقليدي. وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه القاعدة على غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية. فيعتبر مجلس الدولة الفرنسي الإعذار- كقاعدة عامة- شرط لثبوت حق جهة الإدارة في توقيع غرامة تأخير على المتعاقد المقصر.

أما في مصر، فقد ألقى المشرع جهة الإدارة من شرط الإعذار. فلا يعد الإعذار قيداً على سلطة الإدارة في توقيع الغرامة. وقد أثار موقف المشرع خلافاً في فقه القانون العام في مصر.

والحقيقة إن دراسة الاعتبارات التي يقوم عليها اشتراط الإعذار في القانون الخاص بالإضافة إلى تتبع التطورات التي لحقت بهذه القاعدة في فرنسا يؤدي بنا لتأييد موقف المشرع المصري القاضي بعدم اشتراط الإعذار لتوقيع غرامات التأخير على المتعاقد المقصر في مصر.

وسوف نتناول أولاً المقصود بالإعذار والحكمة من اشتراطه، ثم نتناول ثانياً مدى اشتراط الإعذار لتوقيع غرامة التأخير في العقود الإدارية في فرنسا، وأخيراً نناقش مسألة اشتراط الإعذار في مصر.

---

<sup>1</sup> CE, 20 juin 2016, 5 *Sociétés Eurovia Haute-Normandie et Colas Ile-de-France Normandie*, n° 376235, inédit au recueil Lebon. Le Conseil a considéré qu'un " cocontractant ne peut se prévaloir de la méconnaissance par l'autre partie du principe de loyauté des relations contractuelles au motif qu'elle aurait mis tardivement à sa charge des pénalités de retard qui résultent de la mise en œuvre de stipulations convenues entre les parties".

## أ. ماهية الإعذار:-

٦٧- المقصود بالإعذار. المقصود بالإعذار هو وضع المدين موضع المقصر في تنفيذ التزاماته بإثبات تأخره في الوفاء بها<sup>١</sup>. فمجرد حلول أجل تنفيذ الالتزام لا يكفي لوضع المدين في موضع المتأخر في تنفيذ التزامه قانونا. فالتأخير حالة قانونية الأصل فيها أنه لا يكفي لقيامها مجرد التأخر الفعلي<sup>٢</sup>، وإنما يلزم أن يسجله الدائن على المدين بالالتزام، وهو ما يتحقق بالإعذار .

والعلة من اشتراط الإعذار أن مجرد استحقاق أداء الالتزام لا يكفي لجعل المدين معذرا، لأنه قد يحل أجل الالتزام ومع ذلك يسكت الدائن عن مطالبة المدين به، فيحمل ذلك منه محمل التسامح. فيفترض أنه لم يصب الدائن ضررا من جراء تأخر المدين في تنفيذ التزامه. فيعد ذلك رضاء ضمنيا بمد أجل تنفيذ الالتزام ما دام يستطيع الانتظار دون ضرر يصيبه من ذلك<sup>٣</sup>. ولذلك فإن أراد الدائن أن يقوم المدين بالتنفيذ بغير إرجاء فعليه أن يفصح له عن رغبته هذه بالطرق التي رسمها القانون فيكون ذلك بإعذاره، ويكون على المدين في هذه الحالة أن يقوم بالتنفيذ فورا وإلا ترتب على تأخره نتائج قانونية<sup>٤</sup>.

وبالرغم من أن نص المادة ٢١٨ من القانون المدني قد وردت صريحة في أنه " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك"،<sup>٥</sup> وأنها لم تفرق بين التعويض عن التأخير والتعويض عن عدم التنفيذ، فإن الفقه الراجح في القانون المدني يذهب إلى أن نص هذه المادة ينصرف إلى الأضرار المترتبة عن التأخر في التنفيذ فقط. أما الأضرار المترتبة عن عدم التنفيذ، فالرأي الراجح أنه لا داعي للإعذار لاستحقاقها لأنه من المؤكد وجوبها<sup>٦</sup>.  
أما عن وسيلة الإعذار، فإن المادة ٢١٩ من القانون المدني تنص على أن يكون إعذار المدين " بإبذاره أو بما يقوم مقام الإنذار " . فالإعذار عادة يأخذ شكل

١ د. توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص ٣٢ .

٢ د. عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثاني، ص ٨٦١.

٣ د. أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني أحكام الالتزام، مرجع سابق ، ص ٣٨.

٤ د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٥٠.

٥ أنظر د. أنور سلطان، أحكام الالتزام، مرجع سابق ، ص ٤٣ : د. نبيل سعد ، المرجع سابق ،

ص ٤٦.

الإذار، وهو ورقة رسمية من أوراق المحضرين بيدي الدائن للمدين رغبته في استيفاء حقه، وقد بين قانون المرافعات كيفية إعلان الإذار<sup>١</sup>. وكما يتم الإذار عن طريق الإذار، فإنه وفقا لنص المادة ٢١٩ يمكن أن يتم بما يقوم مقام الإذار، كالتنبيه الرسمي بسبق التنفيذ أو محضر الحجز أو رفع الدعوى حتى ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة<sup>٢</sup>.

أما بالنسبة للأوراق غير الرسمية فإنها تكفي كوسيلة للإذار في المسائل المدنية إذا كان متفقا بين الدائن والمدين على أنها تكفي<sup>٣</sup>، وفي كل الأحوال يجب أن يبيدي الدائن رغبته في اقتضاء التنفيذ فورا. وتفسير إدارة الدائن هذه مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيها<sup>٤</sup>.

٦٨- تعدد الاستثناءات على قاعدة وجوب الإذار في القانون الخاص. على أن قاعدة وجوب الإذار لاستحقاق التعويض ليست من النظام العام. وبالتالي يجوز للمتعاقدين أن يخرجوا على هذه القاعدة بالاتفاق على أن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر. وقد يكون هذا الاتفاق صريحا وقد يكون ضمنيا.

ومن صور الاتفاق الضمني على الإعفاء من شرط الإذار أن يشترط التسليم فورا في عقود التوريد أو يوجب رب العمل على المقاول إتمام البناء في تاريخ معين. فمثل هذه الاتفاقات هي في الحقيقة اتفاقات ضمنية على التحلل من قاعدة وجوب الإذار لاستحقاق التعويض. والاتفاق الضمني على الإعفاء من الإذار يستخلصه القاضي من العقد طبقا للقواعد العامة في التفسير. ولذلك فيجب

<sup>١</sup> انظر في تفصيل عميلة الإعلان د. احمد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بدون دار نشر، طبعة ١٩٨٨، ص ٤٠٩ وما بعدها؛ د. نبيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ص ٤٢٠ وما بعدها.

<sup>٢</sup> د. توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٣٣؛ د. أنور سلطان، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٩ وما بعدها.

<sup>٣</sup> يلاحظ أنه بالنسبة للمسائل التجارية يكفي فيها أن يتم الإذار بورقة غير رسمية وفقا للعرف التجاري، بل ويكفي الإخطار الشفوي في الأحوال التي يكتفى فيها العرف التجاري بهذا الإخطار. د. نبيل سعد، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٥١.

<sup>٤</sup> د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٥١.



ألا يكون هذا الاتفاق محل شك، وإلا فسر الشك لمصلحة المدين، وبالتالي يكون الإعذار واجبا<sup>١</sup>.

هذا وقد لا يرد الاتفاق على إعفاء الدائن من شرط الإعذار في العقد ذاته، وإنما قد يرد في دفاتر الشروط العامة أو الخاصة التي يتقدم المتعاقد للتعاقد على أساسها. فهذه الدفاتر بالتوقيع عليها أو بإحالة العقد لها تأخذ حكم العقد وتصبح جزءا مكملا له.

كذلك يعني المتعاقد من الإعذار في عقود المدة إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه الزمني لاستحالة تداركه لفوات الزمن. ومن الأمثلة التي يمكن أن تضرب على ذلك، التزام المتعهد بتوريد الغذاء للمستشفى أو المدرسة في فترات دورية وعدم قيامه بذلك خلال فترة زمنية معينة، وكالتزام المؤجر بتأمين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ابتداء من تاريخ معين وعدم قيامه بذلك<sup>٢</sup>.

كذلك يعني الدائن من الإعذار إذا كان تنفيذ الالتزام واجب قبل ميعاد معين وفات هذا الميعاد. كأن يلتزم مقاول ببناء صالة للعرض ليعرض فيها لوحاته وانتهى المعرض قبل بناء الصالة.

ويعني المتعاقد من الإعذار كذلك إذا صرح الطرف الآخر في العقد كتابة أنه لا يرغب في القيام بالتزامه. فبعد هذا التصريح القاطع لا جدوى من إعداره حيث أنه عقد العزم على الامتناع عن تنفيذ التزامه<sup>٣</sup>.

هذا وقد ينص القانون في بعض الأحوال على وجوب تنفيذ المدين للالتزامه دون حاجة إلى إعداره<sup>٤</sup>.

وأخيرا فإنه لا ضرورة بصفة عامة للإعذار إذا استحال تنفيذ الالتزام<sup>٥</sup>.

<sup>١</sup> د. نبيل سعد، المرجع سابق، ص ٤٧: د. أنور سلطان، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٤.

<sup>٢</sup> د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع سابق، ص ٤٨.

<sup>٣</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني أحكام الالتزام، ص ٨٣٣.

<sup>٤</sup> ومن الأمثلة على ذلك، المادة (٢٢٠) من القانون المدني المتعلقة برد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو رد ما تسلمه بدون وجه حق وهو عالم بذلك، وكذلك (م ٢/٧٠٦) من القانون المدني المتعلقة بالتزام الوكيل برد المبلغ الذي استخدمه لصالحه بفوائده من تاريخ استخدامه لهذه المبالغ. كما إذا كان محل الالتزام امتناع عن عمل وأتاه المدين أو إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين. د. نبيل سعد، أحكام الإلتزام، مرجع سابق، ص ٤٨.

٦٩- أثار الإعدار. أما عن أثار الإعدار ، فإننا نجد أن الأثر الرئيسي للإعدار، هو وضع المدين موضع المتأخر قانونا في تنفيذ التزاماته . وبالتالي تحقق مسؤولية المدين بالتنفيذ عن جميع الأضرار التي تلحق بال دائن بعد ذلك من جراء التأخير في التنفيذ. أما الفترة السابقة على الإعدار فلا يعرض المدين الدائن عنها. غير أن هناك أثار أخرى للإعدار تتجاوز أهميتها موضوع التعويض، أهمها نقل تبعه الهلاك من طرف إلى الطرف الآخر<sup>١</sup>، وثبوت حق الدائن في إقتضاء التنفيذ العيني للالتزام وفقا لنص م ٢٠٧ / ٣ من القانون المدني المصري<sup>٢</sup> .

ونخلص مما سبق الي أن قاعدة اشتراط الإعدار لوضع المدين بالالتزام موضع المتأخر في تنفيذ التزاماته، وإن كانت تمثل قاعدة عامة من قواعد القانون الخاص إلا أن الاستثناءات على هذه القاعدة تعدد. فلا يمكن التمسك بهذه القاعدة بالذات في الحالات التي لا تتماشى فيها مع متطلبات السرعة والإنجاز.

## ب. الإعدار بالغرامة في فرنسا

٧٠- التزام الإدارة في فرنسا بالإعدار كمبدأ عام قبل توقيع غرامة التأخير. المبدأ العام في فرنسا وفقا لقضاء مستقر منذ زمن<sup>٣</sup>، هو وجوب إعدار الإدارة للمتعاقد معها قبل أن تلجأ لفرض غرامة التأخير عليه. فالإعدار شرط ضروري لثبوت حق الإدارة في توقيع غرامة التأخير. فيتعين على الإدارة حتى تستطيع إلزام المتعاقد معها بغرامات التأخير أن تنذر المتعاقد المقصر وأن تنبئه إلى خطئه قبل توقيع الجزاء عليه. فإذا خالفت الإدارة هذا الحكم ووقعت غرامة التأخير دون سابق إعدار في حالة وجوبه، تكون قد خالفت بذلك المبدأ العام في فرنسا. ويعتبر القضاء الإداري الفرنسي توقيع غرامات التأخير غير مشروع، ومن ثم لا

<sup>١</sup> أنظر في تفصيل أكبر بصدد نقل تبعه الهلاك، د. أنور سلطان ، أحكام الالتزام، مرجع سابق ، ص ٣٧ : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق ، ص ١٠٨٤ وما بعدها .

<sup>٢</sup> تنص م ٢٠٣ فقرة أولى من القانون المدني المصري على أنه "يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين ٢٢٠، ٢١٩ على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا".

<sup>٣</sup> CE 10 juin 1953, *Cne de Saint-Denis-en-Val*, Rec., p. 276.

يلتزم بها المتعاقد مع الإدارة. والقاعدة السابقة تطبق من باب أولى، إذا نص العقد الإداري صراحة على وجوب إعدار الإدارة للمتعاقد معها<sup>1</sup>.

ويجب أن يكون هذا الإعدار واضحا في مضمونه فيعبر عن اتجاه نية جهة الإدارة لتوقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها نتيجة لتأخره<sup>2</sup>. وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ١٧ ديسمبر ٢٠٠٨، بأنه " لا يمكن اعتبار المتعاقد مع الإدارة قد تم إعداره بطريقة صحيحة إذا كان الإعدار الذي وجه له لا يحدد بدقة وجه الإخلال الذي تنسبه جهة الإدارة إليه أو كان لا يكشف بطريقة قاطعة عن نيتها في توقيع غرامات التأخير كنتيجة للإخلال المذكور في الإعدار". وفي هذه القضية كانت جهة الإدارة قد ضمنت العقد نصوصا تثبت حقها في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها في حالة تأخره في تقديم الوثائق والمستندات التي تطلبها منه جهة الإدارة. وقد أرسلت جهة الإدارة للمتعاقد معها خطاب موصى عليه بعلم الوصول بتاريخ ٧ أكتوبر ٢٠٠٠ تطلب فيه من الشركة احترام نصوص المادة ٤٠-١ من عقد الالتزام الصادر بالقانون رقم ٩٣-١٢٢ بتاريخ ٢٩ يناير ١٩٩٣. وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي اعتبار هذا الخطاب إعدارا صحيحا سابقا على توقيع غرامات التأخير المنصوص عليها في العقد محل النزاع في حالة التأخر أو عدم تنفيذ الالتزامات العقدية. فقد اكتفى الخطاب المسجل بترديد الالتزامات المفروضة على الملتزم بمقتضى المادة ٤٠-١. وبالمقابل، فإن الخطاب لم يشير صراحة للمادة ٢٨ من العقد الموقع في ١٨ ديسمبر ١٩٩٨ والتي تتضمن حق جهة الإدارة في توقيع غرامات تأخير نتيجة الإخلال بالالتزامات المفروضة في المادة ٢٨ من العقد و طريقة حساب غرامات التأخير في حالة إخلاله بالتزاماته، كما أن الخطاب لم يتضمن تحديد مدة يتعين فيها إرسال المستندات المطلوبة لجهة الإدارة. ونظرا لأن الإعدار السابق غير صحيح فإن مجلس الدولة الفرنسي قد وضع الغرامات التي وقعتها جهة الإدارة من على كاهل المتعاقد معها.

<sup>1</sup> CE, 24 avril 1992, *Syndicat mixte pour la géothermie à la Courneuve*, n°112679, précité.

<sup>2</sup> TA Paris, 22 février 2000, *Sté Batinerov*.

<sup>3</sup> CE 17 décembre 2008, *SYNDICAT INTERCOMMUNAL DE GESTION ET D'AMENAGEMENT DE SUPERBAGNERES*, n° 296819, Rec., p. 174.

٨٠- تعدد الاستثناءات على قاعدة وجوب الإعذار ينال من أهميتها العملية. وإذا كانت القاعدة أن الإدارة تلتزم قبل توقيعها لجزاء الغرامة بإعذار المتعاقد معها إلا أن هذه القاعدة ليست من النظام العام فهي مقررة لمصلحة المتعاقد مع الإدارة، وبالتالي يجوز الاتفاق على خلافها، وعندئذ يسرى هذا الاتفاق وتتحل الإدارة من شرط الإعذار .

وقد يكون هذا الاتفاق على الإعفاء من الإعذار صريحا كأن ينص العقد على أن المتعاقد يعتبر معذرا حالة التأخير في تنفيذ الالتزام دون حاجة إلى أي إجراء. ويستوي أن يرد هذا الاتفاق في صلب العقد أو في نص من نصوص دفاتر الشروط العامة أو الخاصة متى أحال إليها العقد.

وغالبا فإن كراسات الشروط العامة تنص على إعفاء الإدارة من هذا الشرط. فالنماذج المختلفة لكراسات الشروط العامة في فرنسا تنص على استحقاق الغرامة بمجرد تحقق التأخير<sup>١</sup>. فعلى سبيل المثال تنص المادة ١-١-٢٠ من كراسة الشروط العامة لعقد الأشغال، على أن تستحق الغرامة بمجرد ملاحظة التأخير من قبل الإدارة. أما المادة ١-١-١٤ من كراسة الشروط لعقود التوريد فتتص على أن يبدأ حساب الغرامة دون حاجة للإعذار من اليوم التالي لليوم الذي كان من الواجب إتمام الأداءات فيه<sup>٢</sup>. وبالتالي ففي حالة عدم الاتفاق صراحة على وجوب إعذار الإدارة للمتعاقد المقصر، فإن جهة الإدارة المتعاقدة تستطيع بمجرد التأخير توقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها دون إعذار، وذلك متى أحال العقد لكراسة الشروط العامة. و الإحالة لكراسات الشروط العامة أمر شائع في فرنسا، فجهة الإدارة تفضل في الغالب الأعم أعمال الرخصة المخولة لها بمقتضى المادة ١٥ من قانون الصفقات العامة الجديد<sup>٣</sup>.

وهكذا، فإن اشتراط الإعذار أصبح من الأمور النادرة عملا في فرنسا نتيجة لإحالة العقود التي تبرمها الإدارة لكراسات الشروط. فالإعذار لم يعد له مكان إلا في حالة الاتفاق عليه صراحة أو ضمنا في العقد أو في كراسات الشروط الخاصة أو في حالة سكوت العقد وعدم انطوائه على إحالة لكراسات الشروط العامة. وتلك فروض نادرة في الواقع العملي. فالملاحظ أن الإدارة تتعاقد وفقا لنماذج عقود تعدها سلفا. وهذه النماذج تحيل عملا بمقتضى المادة ١٥ من قانون الصفقات العامة إلى

<sup>١</sup> انظر المادة ١-١-٢٠ من كراسة الشروط العامة لعقد الأشغال.

<sup>٢</sup> المادة ١-١-١٤ من كراسة الشروط العامة لعقد التوريد وتلقي الخدمات.

<sup>٣</sup> انظر ما سبق بيانه في الفقرة رقم ٧.

كراسات الشروط العامة للصفقة محل التعاقد. والمتعاقد مع الإدارة يقدم على التعاقد وفقاً لهذه النماذج. وعملاً، فإن الإدارة باعتبارها الطرف الأقوى تتمسك بالبنود الواردة في هذه الكراسات ولا تخالفها في صلب العقد أو في كراسات الاتفاق الخاصة. وحتى في الأحوال التي تخالف فيها الإدارة هذه الكراسات فإنها تميل لتشديد اتفاق غرامات التأخير. وحتى في الأحوال التي تلجأ فيها الإدارة لزيادة قيمة الغرامة، فإن خلو هذا الاتفاق من نص خاص بصدد الإغذار من شأنه سريان بنود كراسة الشروط العامة التي تعفي الإدارة من اشتراطه.

وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي في حكم بتاريخ ١٦ نوفمبر ٢٠١٢<sup>١</sup>، إعفاء الشركة المتعاقدة مع الإدارة من مبلغ ١٠٢١٠ يورو تم توقيعها من قبل جهة الإدارة كغرامات تأخير. وتتلخص وقائع القضية في أن إحدى المستشفيات الجامعية كانت قد تعاقدت مع شركة على أعمال مقاولات تتعلق بتجديد وتحديث نظام التدفئة الخاص بالمستشفى. وقد تأخر المقاول في تنفيذ الأعمال المتفق عليها، فوقعت عليه الإدارة المتعاقدة غرامات تأخير بمبلغ ١٠٢١٠ يورو نظير ١٤ يوم تأخر في إتمام الأعمال المتفق عليها. وقد تم استقطاعها بالفعل من المستحقات المالية للشركة المتعاقدة. فطعن المقاول على قرار الإدارة بتوقيع غرامات التأخير عليه. وقد كان طلب إلغاء مبلغ الغرامة السابق يستند إلى عدم إغذار جهة الإدارة للشركة المتعاقدة معها قبل توقيع غرامات التأخير عليها. وبالفعل قبلت المحكمة الإدارية الاستئنافية لمرسيليا في حكمها بتاريخ ٩ مايو ٢٠١١ طعنه، وألزمت جهة الإدارة برد المبلغ المذكور إليه. وطعنت جهة الإدارة على حكم المحكمة الإدارية الاستئنافية لمرسيليا. وفي حكمه بتاريخ ١٤ نوفمبر ٢٠١٢ ألغى مجلس الدولة الفرنسي الحكم المطعون فيه الصادر من المحكمة الإدارية الاستئنافية لمرسيليا. وكان سند مجلس الدولة الفرنسي أن المادة ١-١-٢٠ من كراسة الشروط العامة لعقد الأشغال و التي أحال إليها العقد تنص على توقيع غرامات التأخير بمجرد حدوثه ودون حاجة لأي إجراء آخر، وأن الاتفاق في كراسة الشروط الخاصة بالعقد الموقع بين المستشفى الجامعي والشركة المتعاقدة معها لم يخالف كراسة الشروط العامة إلا فيما يتعلق بكيفية حساب غرامة التأخير، ومن ثم تلحق البنود الواردة بكراسة الشروط العامة بالعقد

<sup>1</sup> CE, 15 novembre 2012, *Hôpital de l'Isle-sur-la-Sorgue*, n°350867, Rec., p. 164.

فيما عدا ما تم الاتفاق صراحة على مخالفته في كراسة الشروط الخاصة بالعقد موضوع النزاع<sup>١</sup>.

وقد يكون هذا الاتفاق على إعفاء الإدارة من شرط الإعذار ضمنيا يستدل عليه من عبارات العقد، كأن تقتضي شروط العقد التنفيذ في موعد غاية في الصرامة<sup>٢</sup>. ففي مثل هذه الحالة، فإن حلول الميعاد يعتبر بمثابة إعذار. كما يمكن أن يستفاد هذا الشرط من طبيعة العقد والظروف التي أبرم فيها والغاية التي أبرم من أجلها، فتتطلب أن يتم التنفيذ بمراعاة الخاصية الهامة والعاجلة لمدد التسليم، كعقود التوريد للقوات المسلحة في زمن الحرب<sup>٣</sup>.

والاتفاق الضمني على الإعفاء من شرط الإعذار يستخلصه مجلس الدولة الفرنسي، على أنه يتعين ألا يكون محل شك. فيجب أن يكون الاتفاق الضمني قاطع في دلالاته على إعفاء الإدارة من الالتزام بالإعذار. فإن ثار الشك فيتعين أن يفسر

<sup>١</sup> Le Conseil d'Etat a considéré qu'aux " termes de l'article 20.1 du cahier des clauses administratives générales applicable au marché de travaux en cause : " En cas de retard dans l'exécution des travaux, (...), il est appliqué, sauf stipulation différente du CCAP, une pénalité journalière de 1/3000ème du montant de l'ensemble du marché ou de la tranche considérée. (...) Les pénalités sont encourues du simple fait de la constatation du retard par le maître d'oeuvre " ; qu'il résulte de ces dispositions que, sauf stipulation contraire du cahier des clauses administratives particulières du marché, les pénalités de retard sont dues de plein droit et sans mise en demeure préalable du cocontractant, dès constatation par le maître d'oeuvre du dépassement des délais d'exécution ; qu'en l'espèce, le cahier des clauses administratives particulières, qui dérogeait seulement au cahier des clauses administratives générales quant au montant des pénalités, ne prévoyait pas de mise en demeure du cocontractant avant application des pénalités de retard ; que, par suite, la société Tonin n'est pas fondée à soutenir que les pénalités de retard infligées par l'hôpital de l'Isle-sur-la-Sorgue seraient irrégulières, faute de mise en demeure préalable ;". CE, 15 novembre 2012, *Hôpital de l'Isle-sur-la-Sorgue*, n°350867, précité, cons. 4

<sup>٢</sup> د. عبد المجيد فياض ، مرجع سابق ، ص ١٤٩ ، ١٥٠ .  
<sup>٣</sup> د. نصر بشير ، مرجع سابق ، ص ٩٩ : د. هارون الجمل مرجع سابق ص ١٧٤ : د. عبد المجيد فياض ، مرجع سابق ص ١٥٠ .

لمصلحة المدين، وهو المتعاقد مع الإدارة في هذا الفرض، وبالتالي يظل الالتزام بالإعذار قائما على عاتق جهة الإدارة.

ومما سبق يتضح أن الوضع القانوني بالنسبة لاشتراط الإعذار هو اشتراطه كقاعدة عامة، ومع ذلك فإن الواقع العملي يشهد بأن دور الإعذار كشرط لتوقيع غرامة التأخير في العقود الإدارية في فرنسا قد تراجع إلى حد بعيد.

## ج. الإعذار بالغرامة في مصر .

٨١- موقف النظام القانوني المصري من الإعذار في عقود القانون العام.

إذا كانت القاعدة في فرنسا، هي أن الإدارة تلتزم بإعذار المتعاقد معها قبل أن توقع عليه جزاء الغرامة إلا أن القاعدة في العقود الإدارية في مصر على خلاف ذلك ، فقد نصت المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ٩٨، على أنه " وتوقع غرامة التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراءات إدارية أو قضائية أخرى ". كذلك فإننا نجد أن القوانين السابقة على القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ قد درجت على النص على هذا الحكم<sup>١</sup>.

أما بالنسبة لأحكام القضاء الإداري المصري فإننا نجد أن الأحكام الصادرة منه منذ إنشائه صريحة في عدم التزام الإدارة بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع غرامة التأخير عليه. فغرامات التأخير توقع على المتعاقد المقصر بطريقة تلقائية بمجرد تحقق المخالفة. وفي هذا تقرر المحكمة الإدارية العليا أنه " من المبادئ المقررة في فقه القانون العام أن غرامات التأخير في العقود الإدارية تختلف عن الشرط الجزائي في العقود المدنية وذلك أن الشرط الجزائي في العقود المدنية تعويض متفق عليه مقدما يستحق في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، فيشترط لاستحقاقه ما يشترط في التعويض بوجه عام من حصول ضرر للطرف الآخر، وإعذار للطرف

<sup>١</sup> أنظر المادة ٢٦ من قانون المناقصات والمزايدات السابقة ٩ لسنة ٨٣ .

<sup>٢</sup> ولم يشذ عن هذه القاعدة إلا بعض الأحكام القليلة جدا الصادرة من محكمة القضاء الإداري، مثل حكم محكمة القضاء الإداري الصادر ٢١ يونيو ١٩٥٣، مجموعة المكتب الفني، لسنة ٧، ص ١٣٤٣، مذكور لدى د. عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص ٩٦ و ٩٧. والحكم مذكور أيضا لدى د. سليمان الظماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٩٨ .

المقصر وصدور حكم بها، بيد أن الحكمة من غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية هي ضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وقد نصت المادة ٩٣ من لائحة قانون المناقصات والمزايدات على حق جهة الإدارة في توقيعها بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أي ضرر ودون حاجة إلي تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى ."

إذا فالمبدأ المستقر عليه في القانون الإداري هو أن الإدارة المتعاقدة لا تلتزم بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع غرامة التأخير عليه، غير أن هذا الحكم غير متعلق بالنظام العام ومن ثم يجوز للمتعاقدين الخروج عليه وتقرير عدم سريان الغرامة على المتعاقد المخل قبل إعذاره، وعندئذ فإن الإدارة تتقيد بهذا الاتفاق لأنه من المستقر عليه في مبادئ التفسير أن النص الخاص يقيد النص العام .

هذا ويفضل بعض الفقه من حيث المبدأ وجوب إعذار المتعاقد المقصر قبل توقيع الجزاء عليه تطبيقاً لنص المادة ٢١٨ من القانون المدني<sup>١</sup>، وعلى اعتبار أن الإعذار ضماناً أساسية لا غنى عنها حتى يتمكن المتعاقد من تقديم التفسيرات والتبريرات لتأخره في تنفيذ التزاماته<sup>٢</sup>، ويجب أن يعقب الإعذار فترة معقولة تسمح للمتعاقد بأن يؤدي التزاماته في إطار حسن النية<sup>٣</sup>.

في حين يذهب البعض الأخرى<sup>٤</sup>، إلى تأييد نصوص القانون وأحكام القضاء الإداري في مصر، وذلك على أساس أننا بصدد عقد إداري يتطلب مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام التقيد بالمواعيد المحددة فيه من قبل طرفيه. وتوقيع غرامة على المتعاقد المقصر مباشرة دون إعذار بمجرد الخطأ العقدي الناتج عن التأخير يدفعه للإسراع في التنفيذ. يضاف إلى ذلك، أن إعذار المتعاقد بالغرامة يفتح له باب حق الدفاع. وعندئذ فهيئات أن يتم التنفيذ طالما سمح بتبادل الأوراق التي تحاور في

<sup>١</sup> حكم ٩٤ لسنة ٩ ق.ع، صادر ١١/١٢/١٩٦٥، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٩٢ : حكم ٦١ لسنة ق.ع، صادر ٢١/٩/١٩٦٠، مجموعة الأربعين في شأن العقود الإدارية، ص ٤٩٠.

<sup>٢</sup> د. علي شطناوي، مرجع سابق، ص ١٢١.

<sup>٣</sup> د. عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص ٣٤٠.

<sup>٤</sup> د. نصر الدين بشير، مرجع سابق، ص ٩١ - ٩٢.



دفاع المتعاقد المقصر وتدافع عن تأخره وتلتمس العذر له. بالإضافة إلى أن ذلك يترك الباب مفتوحاً أمام المتعاقد للمناورة في نواحي إثبات الإعذار عن عدمه<sup>١</sup>.

## رأى الباحث

٨٢- تأييد موقف المشرع المصري. نرى تأييد مسلك المشرع المصري في عدم إلزام الإدارة بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع غرامة التأخير عليه وذلك للأسباب الآتية :

**أولاً:-** إن فائدة الإعذار الرئيسية هي تحميل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته - بتأخره عن التنفيذ في الميعاد المحدد - بالأضرار التي تلحق بالطرف الأول في العقد. فهو مسئول عن الأضرار التي تلحق بالمتعاقد بعد الإعذار من جراء التأخير. في حين أننا نجد أن غرامات التأخير في العقود الإدارية لا علاقة لها بالأضرار التي تلحق بالمرفق، فسواء تحقق ضرر أم لم يتحقق فإن الغرامة تستحق. فغرامة التأخير في القانون المصري هي في حقيقتها عقوبة إدارية توقعها الإدارة على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزامه بتأخره عن التنفيذ في الميعاد. فهي توقع بمجرد تحقق موجبها وهو التأخير في التنفيذ عن الميعاد. أما الأضرار التي تلحق بالمرفق العام من وراء التأخير فهذه مجالها التعويض وفقاً للقواعد العامة، كما هو مقرر في المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨. فهذه الأخيرة تنص في عجزها على أنه " ولا يخل توقيع الغرامة بحق الجهة الإدارية في الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير "

في حين أننا نجد أن الوضع في فرنسا على خلاف ذلك، فالغرامة التأخيرية هي وفقاً للتكليف الراجح هي تعويض جزافي عن الضرر الذي يصيب المرفق، ومن ثم نجد أن اشتراط الإعذار له ما يبرره في فرنسا. فعدم قيام الإدارة في فرنسا بالإعذار يستفاد منه عدم تحقق ضرر من جراء التأخير. فإذا ما تضررت الإدارة من التأخير فعليها إعذار المتعاقد معها أولاً قبل أن ترجع عليه بالغرامة.

١ د. نصر الدين بشير ، مرجع سابق ، ص ٩١ - ٩٢ .

**ثانياً:-** إن النظام القانوني للعقود الإدارية يقوم على مبررات سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فالعقود الإدارية شديدة الصلة بالمرافق العامة. ولا شك أن تأخر المتعاقد مع الإدارة ينطوي على إخلال بمبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. فإذا كان قد تأخر فعلا عن التنفيذ بتجاوز الميعاد المقرر فإن في إدراكه لأن الغرامة سارية من تاريخ تأخره مباشرة وبصفة تلقائية ما يدفعه إلى محاولة إنجاز التزاماته في أقرب وقت ممكن من الميعاد الأصلي. على العكس من ذلك لو اشترطنا الإعذار فإن المتعاقد عندئذ سوف ينتظر حتى تقوم الإدارة بإعذاره، وهو ما يتناقض مع الحكمة من تقرير غرامة التأخير، وهي - كما عبرت عنها المحكمة الإدارية العليا - " ضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد"<sup>١</sup>.

**ثالثاً:-** إذا كان القانون الخاص قد أبقى الدائن من إعذار المدين في العقود التي يلعب فيها عنصر الزمن دوراً هاماً و جوهرياً كعقود المدة إدراكاً منه أن طبيعة هذه العقود تتناقض مع مظنة التسامح في التأخير، فإن عقود القانون العام التي يلعب فيها عنصر الزمن دوراً غاية في الخطورة في سير المرافق العامة بانتظام واطراد ليست بعيدة عن هذه المظنة<sup>٢</sup>، بل إن هذا الاعتبار أولى بمراعاته في عقود القانون العام التي تهدف في المقام الأول لتحقيق الصالح العام.

**رابعاً :-** هناك بعد اقتصادي أشار إليه البعض<sup>٣</sup> في الدول النامية، حيث أن الدول النامية تسعى لتحقيق مشروعاتها طبقاً لخطط موضوعة سلفاً، وذلك لتأمين سير مراقفها بانتظام واطراد من أجل التنمية والنهوض. هذه الظروف تضي على تنفيذ

<sup>١</sup> أنظر حكم ٦١ لسنة ٢ ق.ع، مجموعة الأربعين عاماً في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٨٩: وكذلك حكم ٩٤ لسنة ٩، صادر ١١/١٢/١٩٦٢، مجموعة الأربعين عاماً في العقود الإدارية، ص ٤٩٢.

<sup>٢</sup> هذا المعنى تحرص المحكمة الإدارية العليا على تأكيده في أحكامها " لا يقبل ابتداء من المتعاقد إثبات عدم حصول ضرر على اعتبار أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض أنها قدرت أن حاجة المرفق العام تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير، فهي ضماناً لتنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد".

حكم ١٧٧٢ لسنة ٢٩ ق.ع صادر في ٥/٢/١٩٨٥، مجموعة الأربعين عاماً في العقود الإدارية، مرجع السابق، ص ٤٩٦: حكم ١٠٨٦ لسنة ٧ ق.ع صادر في ٣٠/١١/١٩٦٣، مجموعة الأربعين عاماً في العقود الإدارية، ص ٥٣٦.

<sup>٣</sup> د. نصر بشير، مرجع سابق، ص ٩٢.

العقود الإدارية طابع الضرورة الملحة، ويذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى استثناء العقود الإدارية من شرط الإعدار إذا كانت الظروف تصفي على تنفيذ العقد طابع الضرورة الملحة.

### ثالثاً:- الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير

٨٢- رقابة القضاء على قرار الإدارة بتوقيع الغرامة. يراقب القضاء الإداري جهة الإدارة في استخدامها لسلطتها في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها. ولما كان القرار الصادر بتوقيع الغرامة هو قرار متصل بالعملية العقدية ولا ينفصل عنها، وهو في أغلب الأحوال يتعلق بتطبيق نصوص العقد وبنوده، فإن القاضي المختص بنظر المنازعات التي تثور حول القرار الصادر بتوقيع الغرامة هو قاضي العقد وبناء على دعاوى القضاء الكامل. وسلطات القاضي الإداري في دعاوى القضاء الكامل جد واسعة. فهي لا تتوقف عند إلغاء العمل القانوني محل النزاع بل تمتد لتعديله والتعويض عنه إذا كان لذلك محل<sup>١</sup> فيستطيع المتعاقد مع الإدارة طلب تخفيض مبلغ الغرامة أو تعويضه عن احتساب غرامات ليس لها مقتضى.

ودعاوى القضاء الكامل ليست مقيدة بشروط قبول دعوى الإلغاء. فالمتعاقد مع الإدارة غير ملزم برفع دعواه خلال ٦٠ يوم من تاريخ علمه بتوقيع الغرامة عليه. كما أنه غير ملزم بتقديم تظلم مسبق أو بسبق اللجوء للجان فض المنازعات. ونشير أخيراً إلى أنه إذا كانت الإدارة تستطيع توقيع عقوبة الغرامة بإرادتها المنفردة إلا إن ذلك لا يحرمها من استخدام حقها في اللجوء إلى القضاء طالبة منه الحكم بتوقيع الغرامة على المتعاقد معها إن أرادت ذلك. فقد يترأى للإدارة أن من مصلحتها سلوك هذا الطريق، وفي الحالة الأخيرة يتعين على الإدارة أن تطلب مبلغ الغرامة المستحق لها صراحة في صحيفة الدعوى ما لم يتم سبب قانوني يحول دون ذلك<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> د. سيد أحمد جاد الله، سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، رسالة دكتوراة قدمت و نوقشت بجامعة القاهرة ٢٠٠٧، ص. ٣٥٥.

<sup>٢</sup> حكم ٢٨٢٧ لسنة ٢٧ ق.ع، صادر من ١١/٧/١٩٨٧، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٠١.

وما يهمننا في هذا المقام ليس عرض المبادئ التي قررها القضاء الإداري في معرض رقابة على سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير، فهذه المبادئ تعد جزء لا يتجزأ من النظام القانوني لغرامات التأخير والتي تحدد مشروعيتها، وقد أثرنا عرضها على طول الدراسة. وإنما يعيننا في هذا المقام أن نعرض لتطور قضائي هام في فرنسا من شأنه التغيير في منازعات غرامة التأخير.

٨٣- اعتراف القاضي الإداري الفرنسي لنفسه بالحق في تخفيض مبلغ الغرامة أو زيادتها. فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٨ أنه " من الجائز للقاضي الإداري، بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة، أن يخفض أو يزيد غرامات التأخير التي ينص عليها العقد الإداري، بالتطبيق للمبادئ المنصوص عليها في المادة ١١٥٢ من القانون المدني، وذلك إذا كانت هذه الغرامات مغالى فيها بطريقة جد واضحة أو ضئيلة جدا، وذلك بالنظر لقيمة الصفقة <sup>١</sup>". وقد أيد مجلس الدولة بتقريره للمبدأ السابق حكم المحكمة الإدارية الاستئنافية لباريس الصادر في ٢٣ يونيو ٢٠٠٦ <sup>٢</sup>. وقد اعتبرت المحكمة الإدارية الاستئنافية لباريس في الحكم محل الطعن أن وصول مجموع غرامات التأخير ل ٥٦٪ من قيمة الصفقة يعد أمراً مبالغ فيه لدرجة كبيرة.

وقد حسم مجلس الدولة الفرنسي في قضائه السابق بتأييده لحكم محكمة باريس الإدارية الاستئنافية، خلافاً كبيراً بين محاكم الاستئناف الإدارية في فرنسا

<sup>1</sup> CE, 29 décembre 2008, *OPHLM de Puteaux*, n°296930, précité.

Le Conseil d'Etat a considéré " qu'il est loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché ; qu'après avoir estimé que le montant des pénalités de retard appliquées par l'office, lesquelles s'élevaient à 147 637 euros, soit 56,2 % du montant global du marché, était manifestement excessif, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en retenant une méthode de calcul fondée sur l'application d'une pénalité unique pour tous les ordres de service émis à la même date, aboutissant à des pénalités d'un montant de 63 264 euros"

<sup>2</sup> CAA Paris 23 juin 2006, *Sarl Serbois*, n° 02PA03759, CP-ACCP, n° 60, novembre 2006, note H. Letellier.

حول إخضاع غرامات التأخير للمبادئ المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة ١١٥٢ من القانون المدني الفرنسي<sup>١</sup>.  
والحقيقة أن أعمال الأحكام التي تنص عليها المادة ١١٥٢ الفقرة الثانية من القانون المدني الفرنسي في مجال عقود القانون العام، كان قد أثار العديد من التساؤلات عقب إدخال الفقرة الثانية من هذه المادة بمقتضى تعديل ٩ يوليو ١٩٧٥.  
فقد اتجه جانب من محاكم الاستئناف الإدارية لعدم إمكانية تطبيق نص المادة ١١٥٢ من القانون المدني على الغرامات التي تنص عليها العقود الإدارية<sup>٢</sup>.  
وقد استندت هذه المحاكم لأحكام مجلس الدولة الصادرة قبل ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٨.  
ففي البداية، أبدى مجلس الدولة الفرنسي تحفظاً في أحكامه تجاه تطبيق الأحكام التي تنص عليها الفقرة الثانية من المادة ١١٥٢ من القانون المدني على غرامات التأخير في العقود الإدارية<sup>٣</sup>. فقد اعتبر مجلس الدولة في العديد من أحكامه الصادرة في أعقاب تعديل ٩ يناير ١٩٧٥ أن العقود الإدارية تخضع لنظام قانوني خاص مستقل عن ذلك الذي يحكم العقود المدنية. ومن ثم فلا يمكن تطبيق نص

<sup>١</sup> L'article 1152 du Code civile dispose que : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

<sup>٢</sup> F. LORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics: Contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, Tome 139, 1981, 705 p., ici p. 459.

<sup>٣</sup> CAA Nancy 29 mai 2006, n° 00NC01422, Rec., p. 221: CAA Marseille 19 octobre 2004, *Sté groupe 4 sécurité*, n° 04MA00728, Rec. P. 225.

<sup>٤</sup> CE 14 juin 1944, *Sekoulounos*, Rec., p. 16 : CE 13 mai 1987, *Sté Citra-Franc*, RDP, 1988, p. 1427 : CE 13 mars 1991, *Entreprise Labaudinière*, n° 80846, RDP, 1992, p. 1537 : CAA Marseille 19 octobre 2004, *Sté groupe 4 sécurité*, n° 04MA00728, précité.

المادة ١١٥٢ التي وردت في صلب القانون المدني على العقود الإدارية<sup>١</sup>. وقد أدى تبني مجلس الدولة الفرنسي لهذا الاتجاه لرفضه المساس بمبلغ الغرامات النهائي مهما كان مبلغه<sup>٢</sup>.

وعلى الرغم من تأييد مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه الصادرة حتى عام ٢٠٠٨ للاتجاه السابق، فقد اتجه جانب من محاكم الاستئناف الإدارية لإخضاع غرامات التأخير لنص المادة ١١٥٢ من القانون المدني الفرنسي في الأحوال التي يكون فيها مجموع قيمة الغرامات مغالى فيه بطريقة واضحة استجابة لاعتبارات العدالة<sup>٣</sup>.

ويبدو أن هذا الاتجاه الأخير قد نظر بعين الاعتبار للاعتبارات الواقعية التي تبرم في ظلها اتفاقات الغرامة في العقود الإدارية. فمن جهة، لا يندر أن تستغل جهة الإدارة وضعها الواقعي باعتبارها الطرف الأقوى في العقد، فتضمن العقد الإداري نصوصا تغالي فيها في قيمة الغرامة. ونظرا لأن جهة الإدارة هي التي تتولى إعداد العقد وتتعاقد وفقا لنصوص ونماذج معدة سلفا، فإن المتعاقد معها لن يكون أمامه إلا قبول التعاقد وفقا لهذه النماذج أو رفض التعاقد برمته. ومن جهة أخرى، فحتى في الأحوال التي تكتفي فيها جهة الإدارة بالإحالة للنصوص الواردة في كراسات الشروط العامة للصفقة، فإن هذه الكراسات لا تضع حدًا أقصى لغرامات التأخير. وهو ما يمكن أن يؤدي لتجاوز مبلغ الغرامة قيمة الصفقة ذاتها<sup>٤</sup>.

<sup>1</sup> CE, 24 novembre 2006, *Sté Group 4 Falck sécurité*, n° 275412, précité. Le Conseil d'Etat a considéré que « La Société Group 4 Falck sécurité ne saurait utilement demander, sur le fondement des dispositions de l'article 1152 du code civil, la réduction du montant journalier des pénalités de retard contractuellement fixées ». W. Zimmer, *Contrats marchés publ.*, n° 1, janvier 2007, comm. n° 6

<sup>2</sup> CE, 13 mai 1987, *Sté Citra-France*, précité: CE, 13 mars 1991, *Entreprise Labaudinière*, précité.

<sup>3</sup> CAA Paris, 23 juin 2006, *Sarl Serbois*, précité : CAA Lyon, 27 décembre 2007, *Sté nouvelle des établissements J. Verger et Delporte (SNVD) c/Ville de Dijon*, n° 03LY0123 6 et 03LY01483, inédit au recueil Lebon : CAA Douai, 20 mai 2008, *SA Gougeon*, n° 06DA01608, Rec., p. 285.

<sup>4</sup> انظر على سبيل المثال حكم محكمة مرسيليا الإدارية والذي قامت فيه المحكمة بتخفيض مبلغ الغرامة ل ٢٦ بالمائة من قيمة الصفقة بعد أن كانت قد بلغت ٢٦٤ بالمائة من قيمة الصفقة.

وهكذا اتجهت بعض الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف الإدارية في ظل رفض مجلس الدولة قبل عام ٢٠٠٨ المساس بقيمة غرامات التأخر، إلى مناقشة جهة الإدارة وحثها على التنازل عن حقها في توقيع الغرامة، وبالذات في الحالات التي يكون فيها المتعاقد مع الإدارة شركة صغيرة ومبلغ الغرامة كبيرا. حيث إن مبلغ الغرامة في هذه الأحوال يمكن أن يكون له نتائج مالية وخيمة على الشركة المتعاقدة.

وقد كان من أثر كل ذلك عدول مجلس الدولة الفرنسي في ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٨ عن قضاءه الأول بمناسبة الطعن على حكم محكمة استئناف الإدارية لباريس الصادر في ٢٣ يونيو ٢٠٠٦. وقد أشار مفوض الدولة داكوستا في معرض تعليقه على الحكم محل البحث للنتائج غير المقبولة التي يمكن أن يؤدي إليها إطلاق سلطة جهة الإدارة في توقيع الغرامات بأن " غرامات التأخير يمكن أن تقود إلى أن الشخص العام المتعاقد يمكن له الاستفادة من الأداءات التي قدمها المتعاقد معها دون أن تدفع جهة الإدارة أي مبلغ مالي، وذلك حين تكون هذه الأداءات قد تمت في غير وقتها المتفق عليه".<sup>1</sup>

وتأكيدا من مجلس الدولة لاستقلالية نظام غرامات التأخير في العقود الإدارية، وحتى لا يتناقض مع قضاءه السابق بشأن عدم انطباق مواد القانون المدني على العقود التي تبرمها الإدارة، اعتبر المجلس في حكمه محل البحث أن نص المادة ١١٥٢ من القانون المدني ما هو إلا ترديد لمبادئ عامة تهمين على العقود. وهكذا أقر مجلس الدولة الفرنسي بتطبيق بعض المبادئ العامة التي يحتويها القانون الخاص على عقود القانون العام، وهي ذات الملاحظة التي أكدها عدد من الفقهاء الفرنسيين من قبل<sup>2</sup>. وقد أيد الفقهاء الفرنسيون هذا التحول القضائي للمجلس بناء على اعتبارات العدالة.

وقضاء مجلس الدولة الفرنسي في ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٨، يمكن أن يمثل مصدرا للإلهام لنظيره المصري فيما لو عرضت عليه وقائع مشابهة. فعلى الرغم من أن نصوص اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة

<sup>1</sup> CE, 29 décembre 2008, *OPHLM de Puteaux*, n°296930, précité.

<sup>2</sup> B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, EPA - Editions Panthéon Assas, 2003, 880 p.

١٩٩٨ تضع حدودا قصوى لمبلغ الغرامة وفقا لنوع العقد<sup>١</sup>، إلا أن هذه الحدود لا تسري في حالة اتفاق الطرفين على ما يخالفها. فتنظيم المشرع للغرامة يعد بمثابة تنظيم تكميلي<sup>٢</sup>. ومن ثم ففي حالة تشديد اتفاق الغرامة، فإن القاضي الإداري المصري يمكن أن يستلهم حلول نظيره الفرنسي في حالة وصول مجموع مبالغ الغرامات المستحقة لحد ظاهر المغالاة أو ضئيل جدًا بالنظر لقيمة الصفقة. والحقيقة أن الحلول التي طبقها مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٨ تبدو متماشية أيضا مع الحالة المصرية على الرغم من اختلاف الطبيعة القانونية لغرامات التأخير في مصر عن فرنسا. ويمكن أن يستند هذا تطبيق هذه الحلول في مصر لمبدأ التناسب بين العقوبة والإخلال.

٨٤- أثار اعتراف القاضي الإداري لنفسه بالحق في تخفيض مبلغ الغرامة أو زيادتها. وهكذا أصبح القاضي الإداري مدعو وفقا للقضاء السابق لمجلس الدولة للتأكد من أن مبلغ الغرامة ليس مغالى فيه بطريقة واضحة أو ضئيل جدا بالنظر للقيمة الإجمالية الصفقة. وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في حكمة بتاريخ ٢٠ يونيو ٢٠١٦ أن توقيع جهة الإدارة لغرامات تأخير في عقد التوريد بلغت ٢٦ بالمائة من قيمة الصفقة لا يبلغ حد المغالاة بطريقة واضحة<sup>٣</sup>.

أما عن طريقة تحديد الغرامات المستحقة لجهة الإدارة في حال تقدير القاضي الإداري لكونها مبالغ فيها بطريقة واضحة بالنظر لقيمة الصفقة، فيقدرها القاضي الإداري على ضوء وقائع وملابسات الدعوى التي ينظرها. وتلك مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع. فقد حكمت محكمة الاستئناف الإدارية لمدينة مرسيليا بتاريخ ٩ نوفمبر ٢٠١٥ بأن " الشركة المتعاقدة لا تثير أية ظروف خاصة لتبرير تأخرها الذي تطلب بمناسبة تخفيض مبلغ الغرامة بدعوى أنه مغالى فيه بطريقة واضحة، في حين أنه لا يمكن تجاهل الأهمية التي علقت عليها

<sup>١</sup> سوف نتحدث عن هذه الحدود بصدد دراسة تطبيق غرامات التأخير في عقود الأشغال العامة والتوريد، انظر ما يلي فقرة رقم ١٢١ و ١٢٤.

<sup>٢</sup> انظر ما سبق بيانه بصدد دور الاتفاق في غرامات التأخير، فقرة رقم ١١٠ و ١١١.

<sup>٣</sup> *Conseil d'État, 20 juin 2016, Sociétés Eurovia Haute-Normandie et Colas Ile-de-France Normandie, n° 376235, précité.*



الإدارة المتعاقدة آجال تنفيذ التوريدات المتعاقد عليها، وذلك بالنظر لمعايير اختيار المتعاقد<sup>1</sup>.

وقد كانت جهة الإدارة في هذه الدعوي قد وقعت على الشركة المتعاقدة معها غرامات تأخير تعادل ٢٦٤ بالمائة من القيمة الإجمالية للصفقة والتي تقدر بحوالي ٤٠ ألف يورو. والحقيقة أن وصول مبلغ الغرامة في هذه القضية لهذا الحد كان ناجماً عن اعتماد طريقة خاصة لحساب الغرامة تخالف تلك التي كان منصوصاً عليها في كراسة الشروط العامة. وعندما لجاء المتعاقد مع الإدارة لقاضي أول درجة، لاحظت المحكمة الإدارية لمرسيليا أن مبلغ الغرامة وصل لحد مغالى فيه بطريقة واضحة. وبالتالي حكمت بتخفيض مبلغ الغرامة ل ١٠٠٠٠ يورو، ما يعادل ٢٥ بالمائة من قيمة الصفقة. وقد طعن المتعاقد مع الإدارة على الحكم أمام قاضي الاستئناف الإداري طالبا تخفيض مبالغ المحكوم بها إلى ٤١٨ يورو. وقد استندت طالبة لهذا التخفيض إلى أن حساب الغرامة لم يتم على أساس كراسة الشروط العامة، وإنما على أساس ما تم الاتفاق عليه في كراسة الشروط الخاصة. ووصول مبلغ الغرامة ل ٢٦٤ بالمائة من قيمة الصفقة يرجع في الأساس لتبني كراسة الشروط الخاصة لطريقة واضحة المغالاة ومجحفة في حسابها. ومن ثم طلب إبطال طريقة حساب الغرامة المتفق عليها مع جهة الإدارة واعتماد حساب غرامة التأخير على أساس النسب التي تضمنتها كراسة الشروط العامة. ولكن محكمة الاستئناف الإدارية لمرسيليا أقرت قضاء المحكمة الإدارية في مبدأ التخفيض على سند من قضاء مجلس الدولة السابق عرضه، ورفضت طلب المتعاقد مع الإدارة بإبطال الاتفاق الخاص بحساب الغرامة الوارد في كراسة الشروط الخاصة لأنه لم ينله أي عيب يستوجب الإبطال. ومن ثم رفضت طلبه في أعمال كراسة الشروط العامة و تخفيض مبلغ الغرامة عن ١٠٠٠٠ يورو.

<sup>1</sup> CAA Marseille, 9 novembre 2015, *Société Ecollect*, n° 14MA02747, inédit au recueil.

## الفرع الثاني

### سلطة الإدارة في الإعفاء من الغرامة

#### تمهيد وتقسيم

٨٥- اختلاف تنظيم الإعفاء في مصر عن فرنسا. في مصر، حرص المشرع على تنظيم موضوع الإعفاء من غرامات التأخير في القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨. فقد نص المشرع في المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات في فقرته الثالثة<sup>١</sup>، على أنه " يعفي المتعاقد من الغرامة، بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته، وللسلطة المختصة - عدا هذه الحالة - بعد أخذ رأى الإدارة المشار إليها، إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر". وقد تكرر نفس الحكم في المادة ٨٣ من لائحة قانون المناقصات والمزايدات<sup>٢</sup>.

ويتضح من هذه المادة أن المشرع قد ميز بين نوعين من الإعفاء وغياب بينهما في الحكم وجعل لكل منهما شروطه الخاصة. فأولاً: قرر المشرع إعفاء وجوبياً للمتعاقد مع الإدارة إذا كان التأخير ناتج عن سبب أجنبي وذلك بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة. ثانياً: قرر المشرع حق جهة الإدارة في الإعفاء الجوازي في غير حالة تحقق السبب الأجنبي بشرطين: أ- ألا ينتج عن التأخير ضرر، ب- استطلاع رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة.

أما في فرنسا؛ ففي ظل غياب النصوص التشريعية أو اللائحية المنظمة لموضوع غرامة التأخير، فقد اتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى أن إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير إذا ثبت أن التأخير راجع لسبب خارج عن إرادته، يعد تطبيقاً لمبدأ من المبادئ القانونية العامة<sup>٣</sup>. وتصرح بعض الأحكام الصادرة عن

<sup>١</sup> القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، الصادرة في ١٩٩٨/٥/٨، والمعمول به ابتداء من ١٩٩٨/٦/٨.  
<sup>٢</sup> انظر م ٨٣ من لائحة قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨.

3 L'article 1147 dispose que "Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne

القاضي الإداري بأن نسبة التأخر في تنفيذ الالتزام للمتعاقد مع الإدارة شرط مبدئي لثبوت حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير عليه<sup>١</sup>. فإثبات المتعاقد مع الإدارة أن التأخير كان لسبب أجنبي خارج عن إرادته ينال من مشروعية الجزاء الموقع عليه من قبل جهة الإدارة. وتأكيدا للمبدأ السابق، فإن كراسات الشروط العامة تستلزم أن يكون التأخير منسوبا للمتعاقد مع الإدارة<sup>٢</sup>. أما في الواقع العملي، فإن جهة الإدارة تقوم بتوقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها فور حدوث التأخير، مرجئة المنازعة حول نسبة التأخير إلى المتعاقد معها إلى نهاية الصفقة. فإذا تحققت من أن التأخير كان لسبب أجنبي فإن جهة الإدارة تقوم برد المبالغ التي سبق اقتطاعها كغرامات تأخير. ومن ثم يمكن القول أننا سواء اعتبرنا انتفاء السبب الأجنبي شرط لثبوت مسؤولية المتعاقد مع الإدارة أو اعتبرنا أن تحققه موجب للإعفاء فإن النتيجة العملية في الحالتين واحدة.

وبالإضافة إلى السبب الأجنبي، تنص كراسات الشروط العامة للصفقات في فرنسا على أحوال محددة يستحق فيها المتعاقد مع الإدارة للإعفاء. فعلى سبيل المثال، تنص كراسات الشروط العامة على حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على الإعفاء إذا لم يتعدى مجموع غرامات التأخير الموقعة عليه من قبل جهة الإدارة في نهاية الصفقة مبلغ معين: ١٠٠٠ يورو في عقود الإشغال و ٣٠٠ يورو بالنسبة لعقد التوريد. فضألة قيمة مجموع الغرامة ينبئ عن أن التأخير لم يكن معتبرا. كما أن ضألة قيمة الغرامة ينبئ عن أن الضرر المتحقق فعلا من جراء إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزامه بالتنفيذ في الميعاد ضئيل القيمة. وتنص كراسة الشروط العامة لعقد الأشغال على حالة أخرى للإعفاء وهي الحالة التي يتأخر فيها المتعاقد مع الإدارة عن إتمام واحدة أو أكثر من مراحل التنفيذ، وذلك إذا لم يكن لهذا التأخير أثر على إتمام كامل الصفقة في موعدها. والحكمة من الإعفاء هنا واضحة، وهي دفع المتعاقد المقصر للسرعة في انجاز أدياته العقدية بحيث يتم الصفقة في

justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part".

<sup>١</sup> CAA Paris, 12 juin 1990, Département du Val de Marne, n° 89PA00253, Rec., p. 221.

<sup>٢</sup> انظر على سبيل المقال المادة ١- ٢٠ من كراسة الشروط العامة لعقد الأشغال العامة والمادة ١- ١٤ من كراسة الشروط العامة لعقد التوريد وتلقي الخدمات. وسوف نتولي دراسة وترجمة هذه النصوص بصدد تطبيقات غرامات التأخير في عقدي الأشغال العامة والتوريد، فقرة ١١٦ بالنسبة لعقد الأشغال و فقرة ١٢١ بالنسبة بعقد التوريد.

موعدها. بالإضافة إلى ذلك، فإن تمام تنفيذ المقولة في موعدها ينبئ عن انتفاء الضرر الفعلي. وهكذا يلعب انتفاء الضرر أثرًا هامًا في مجال الإعفاء من الغرامة في فرنسا.

أما بصدد الإعفاء الجوازي في فرنسا، ففي ظل غياب النصوص التشريعية أو اللائحية التي تنظم موضوع غرامة التأخير، فإن الفقه في فرنسا يتجه للاعتراف للإدارة بهذا الحق. فالإدارة هي القوامة على تحقيق المصلحة العامة، وقد تقدر أن هذه الأخيرة تقتضي منح الإعفاء للمتعاقد معها. أما بصدد الموقف القضائي، فمن النادر أن يطرح موضوع الإعفاء الجوازي من غرامات التأخير في ساحات القضاء في فرنسا. فنظرًا لأن الإعفاء الجوازي خاضع لمطلق تقدير جهة الإدارة فإن القاضي الإداري يناهض بنفسه عن التدخل في هذه السلطة إذا رفضت الإدارة منح المتعاقد معها هذا الإعفاء.

وسوف نتولى دراسة سلطة جهة الإدارة في الإعفاء من غرامات التأخير من خلال التمييز بين نوعي الإعفاء: الوجوبي والجوازي. على أننا بصدد الإعفاء الوجوبي سوف نقتصر على دراسة السبب العام للإعفاء في فرنسا ومصر، وهو تحقق السبب الأجنبي. أما باقي حالات الإعفاء الوجوبي في فرنسا والتي أشرنا لبعضها بإيجاز فسوف نتناولها بصدد دراسة الإعفاء الجوازي في مصر. فالحقيقة، أن سلطة جهة الإدارة في منح الإعفاء الجوازي في مصر تبدو مقيدة بقيد يتعلق بانتفاء الضرر. وانتفاء أو ضالة الضرر يظهر في ذات الوقت باعتباره أحد مبررات منح الإعفاء للمتعاقد مع الإدارة في الأحوال الخاصة للإعفاء الوجوبي في فرنسا. ومن ثم فإن فكرة الضرر تمثل قاسمًا مشتركًا يمكن من خلاله دراسة هذه الأحوال. وفيما يتعلق بخطة الدراسة فإننا نفضل تبني التفرقة التي أقامها المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات في التفرقة بين الإعفاء الوجوبي والجوازي.

وسوف نعالج أولاً سلطة الإدارة في الإعفاء الوجوبي، ثم نفرد ثانيًا لسلطة الإدارة في الإعفاء الجوازي.

## أولاً:- الإعفاء الوجوبي .

٨٦- السبب الأجنبي كأساس عام للإعفاء من الغرامة في فرنسا ومصر له معنى خاص. يتفق النظام القانوني المصري والفرنسي على حق المتعاقد مع الإدارة

في الحصول على المبالغ المقطوعة منه كغرامات تأخير إذا أثبت أن التأخر في التنفيذ يعزى لسبب خارج عن إرادته. فمتى ثبت أن التأخير ناتج عن سبب أجنبي فإن الإدارة يجب عليها إعفاء المتعاقد معها من غرامات التأخير.

وقد عبر المشرع المصري عن سلطة الإدارة المقيدة في منح المتعاقد معها الإعفاء بنصه في المادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في الفقرة الثانية، على أن " ويعفي المتعاقد من الغرامة يعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته ". فالإعفاء هنا وجوبي يتم بقوة يتم هذا الإعفاء بقوة القانون. وتقتصر سلطة جهة الإدارة في مقام الإعفاء الوجوبي على التحقق من قيام السبب الأجنبي وكونه هو السبب الوحيد في تحقق الإخلال. فمتى ثبت ذلك فليس للإدارة أي سلطة تقديرية في منح الإعفاء بل يستحقه المتعاقد بقوة القانون، وهو حق له يستطيع المطالبة به قضاء .

وفي فرنسا فإنه من المستقر عليه أنه لا يمكن توقيع غرامة تأخير على المتعاقد مع الإدارة إلا إذا كان التأخير منسوب للمتعاقد مع الإدارة أو لأحد الذين يستخدمهم. وعند المنازعة في نسبة التأخير للمتعاقد مع الإدارة أو أحد عماله فإن القضاء يحسم هذه المنازعة<sup>1</sup>.

ويلاحظ هنا أن المكان الطبيعي لدراسة السبب الأجنبي سواء في فرنسا أو في مصر، في مقام المسؤولية العقدية عن الأضرار الناتجة عن تأخر المدين في أداء التزاماته في موعدها، هو الركن المتعلق برابطة السببية. ولكن المسؤولية التي توقع بناء عليها غرامات التأخير في العقود الإدارية هي مسؤولية خاصة بالنظر للقواعد العامة في المسؤولية العقدية. فرابطة السببية تستلزم وجود مكان للضرر في ثبوت المسؤولية. فوظيفتها هي الربط بين الضرر والخطأ العقدي. وركن الضرر ليس له مكان في المسؤولية التي توقع بناء عليها غرامات التأخير، فتنتمي بالتبع لها رابطة السببية.

ولما كانت اعتبارات العدالة تأبى أن يوقع على المتعاقد جزاء عن إخلال ليس له يد في تحقيقه، فإن كل من النظامين: المصري والفرنسي، يقرر إعفاء المتعاقد مع

<sup>1</sup> CAA Paris, 12 juin 1990, Département du Val de Marne, n° 89PA.00253, précité.

الإدارة في الأحوال التي يعزى فيها إخلاله لسبب أجنبي. بالإضافة إلي ذلك، فإن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وهو مبدأ له تطبيق عام في كافة أنواع العقود وأياً كان النظام القانوني الذي تخضع له، يوجب إعفاء المدين بالالتزام من المسؤولية متى كان التأخير راجع لسبب خارج عن إرادته.

ويقصد بالسبب الأجنبي في مقام لإعفاء من غرامات التأخير كل حادث خارج عن إرادته المتعاقد مع الإدارة غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع متى كان من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام في موعده مستحيلاً. فأثر السبب الأجنبي ينحصر هنا في وقف التزام المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ في الميعاد لحين زوال المانع، وعندئذ يعود الالتزام للسريان مرة أخرى، وهو ما يعنى إضافة مدة قيام المانع والتي استحال فيها التنفيذ إلى مدة تنفيذ الالتزام<sup>1</sup>. والسبب الأجنبي على التحديد السابق يمكن أن يشمل وبالأخص الصعوبات المادية غير المتوقعة. فهذه الأخيرة تؤدي متى تحققت شروطها لتأخر تنفيذ التزام المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ لحين زوال هذه الصعوبات.

ويلاحظ أنه يشترط حتى ينتج السبب الأجنبي أثره في الإعفاء الكلي من مبلغ الغرامة على الرغم من تحقق الإخلال بتأخر المتعاقد مع الإدارة عن الوفاء بالتزاماته في الموعد المقرر، أن يكون تحقق السبب الأجنبي السبب الوحيد للإخلال بالتزامه بتنفيذ أداءاته العقدية في موعدها. أما إذا اشترك في تحقيق الإخلال خطأ المتعاقد مع السبب الأجنبي ففي هذه الحالة يقدر القاضي نصيب السبب الأجنبي في تحقق التأخير ويقوم بخصم جزء من الغرامة معادل لهذا النصيب<sup>2</sup>.

والسبب الأجنبي الذي يعفي المتعاقد مع الإدارة من الغرامة على التحديد السابق، قد يكون الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو الصعوبات المادية غير المتوقعة، وقد يكون فعل الغير، وقد يكون خطأ الجهة الإدارية المتعاقدة. ولكل من هذه العوامل شروطها وتفصيلاتها التي يتعين على الباحث تناولها.

فإذا توافر إحدى حالات السبب الأجنبي السابق ذكرها، فإن المتعاقد مع الإدارة يستحق الإعفاء الوجوبي فوراً في فرنسا. أما في مصر فقد قيد المشرع جهة الإدارة باستطلاع رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة.

<sup>1</sup> فتوي رقم ٤٢٤ بتاريخ ١٣/٦/١٩٩٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع حتى عام ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٧٣٧.

<sup>2</sup> CAA Nantes, 19 septembre 2014, SNC Entreprises Morillon Corvol Courbot, n°12NT03032, Rec., p.264.

وسوف تتولى أولاً معالجة الشرط الأول المتعلق بتحقيق إحدى حالات السبب الأجنبي، ثم تتولى ثانياً معالجة الشرط المتعلق باستطلاع رأي إدارة الفتوى في مصر.

## أ. تحقق إحدى حالات السبب الأجنبي .

٨٧- حالات السبب الأجنبي. يتعين حتى يستحق المتعاقد مع الإدارة الإغفاء الوجودي من غرامات التأخير أن يثبت أن التأخير منسوب لسبب أجنبي لا دخل لإرادته في تحققه. وتحقق إحدى حالات السبب الأجنبي يقتضي تحقق إحدى الحالات الآتية:- الحادث الفجائي أو القوة القاهرة، فعل الإدارة، فعل الغير. ولكل حالة من هذه الحالات شروطها المحددة.

وعبء إثبات الحادث الفجائي أو القوة القاهرة يقع على عاتق من يدعيه، وهو المدين بالالتزام<sup>١</sup>. وبالتالي فإن من حق جهة الإدارة متى حدثت واقعة التأخير أن تستوفي غرامات التأخير لحين قيام المتعاقد معها بإثبات أن التأخير كان راجع لأسباب قهرية وتقديم المستندات الدالة على ذلك. وتقرر المحكمة الإدارية العليا بأنه "متى وقعت جهة الإدارة غرامة التأخير لتوافر شروط استحقاقها بإخلال التعاقد معها بالتزاماته قبلها، وقام هذا المتعاقد بالشكوى من توقيع الغرامة عليه، وأثبت بما قدمه من مستندات أن التأخير نشأ عن حادث قهري خارج عن إرادته، واقتنع المسئول المختص بذلك في ضوء الظروف والملابسات التي أحاطت بتنفيذ العقد، فإن من سلطة المسئول أن يعفي المتعاقد من غرامة التأخير"<sup>٢</sup>.

وتعد المنازعات حول تحقق السبب الأجنبي مجالاً خصباً للأحكام القضائية في مصر وفرنسا. فغالبا ما يدعي المتعاقد مع الإدارة أمام القضاء تحقق إحدى حالات السبب الأجنبي وصولاً للإغفاء من غرامات التأخير. ومن هنا نجد حرص القضاء

<sup>١</sup>CE, 15 novembre 2012, *Hôpital de l'Isle-sur-la-Sorgue*, n° 350867, précité : CAA de Douai, 31 octobre 2006, N° 04DA01071, précité.

<sup>٢</sup> حكم ١٣٤ لسنة ق.ع صادرة في ١٠/١/١٩٨١، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٤٣. وأنظر أيضا فتوى رقم ٨٥ بتاريخ ٣١/١/٢٠٠٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع حتى عام ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٧٧٠.

الإداري في كل من البلدين على رسم تحديد دقيق للسبب الأجنبي من خلال حصره في ثلاث حالات :- القوة القاهرة والحادث الفجائي، خطأ الإدارة المتعاقدة، خطأ الغير.

وسوف نتولى دراسة كل حالة من هذه الحالات على حدة.

## ١. الحادث الفجائي أو القوة القاهرة كسبب للإعفاء

٨٨- شروط الحادث الفجائي أو القوة القاهرة. يعد الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أول صورة من صور السبب الأجنبي الذي يعفي المتعاقد مع الإدارة من المسؤولية عن التأخير. فنسبة التأخير في تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لأدائه العقدية في موعدها للقوة القاهرة أو للحادث فجائي يعفي المتعاقد مع الإدارة بقوة القانون من المسؤولية الناتجة عن هذا التأخير. ويستقر الفقه والقضاء في مصر على عدم التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي سواء في مجال القانون الخاص<sup>١</sup> أو القانون العام<sup>٢</sup>.

وتجد هذه الحالة من حالات الإعفاء سندها في مبدأ وجوب تنفيذ المتعاقدين لالتزاماتها العقدية بطريقة تتفق مع حسن النية. فهذا المبدأ الهام - الذي يهيمن على كافة أنواع العقود - يفرض إعفاء المتعاقد الذي يقصر في أداء التزاماته العقدية متى كان هذا الإخلال أو التقصير راجع لظروف، لم يكن بإمكان المتعاقد توقعها عند إبرام العقد ولا يستطيع لها دفعا ولا دخل لإرادته في حدوثها . بالإضافة إلى أن اعتبارات العدالة أيضا تفرض هذا الحكم .

١ د. عبد الرازق أحمد السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول مصادر الالتزام ، ص ٩٩٤ د. رمضان محمد أحمد أبو السعود ، مصادر الالتزام، الإسكندرية، بدون دار نشر، طبعة ٢٠٠٣ ص ٣٩٦

٢ د. سليمان الطماوى، القضاء الإداري، الجزء الثاني قضاء التعويض ، ص ٢٠٩ . د. هارون الجمل ، النظام القانوني للجزاءات فى عقد الأشغال العامة ، مرجع سابق، ، ص ٤٢٨ .  
ويقرر سيادته أنه " لا يفرق الجمهور فى الفقه والقضاء فيما يتعلق بالمسؤولية على أساس الخطأ فى نطاق روابط القانون الخاص والعام بين القوة القاهرة والحادث الفجائي ، ويعتبرونها اسمين لشيء واحد، يدل أولهما على استحالة الدفع ، وثانيهما على عدم إمكان توقعه وبحسبانه سببا أجنبيا يكون غير منسوب إلى المدين بتنفيذ الالتزام".



ويمكن تعريف القوة القاهرة أو الحادث الفجائي في هذا المقام بأنه " أمر غير متوقع عند إبرام العقد، ليس لإرادة أي من طرفي العقد دخل في حدوثه، وليس في إمكان المدين بالالتزام دفعه، ويترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام لحين زواله ". وهذا التحديد للحادث الفجائي أو القوة القاهرة يجعل من المناسب إدخال الصعوبات المادية غير المتوقعة في مجال الدراسة. فالصعوبات المادية غير المتوقعة متى تحققت شروطها يمكن اعتبارها أمراً خارجاً عن إرادة المتعاقد مع الإدارة وغير ممكن التوقع ومستحيل الدفع ويؤدي لتأخر الوفاء بالالتزام بالتنفيذ عن مواعده.

وعلى هذا يتعين أن يتوافر في الحادث الفجائي أو القوة القاهرة التي تعفي المتعاقد مع الإدارة من توقيع غرامة التأخير عليه عدة شروط وهي :

١. ألا يكون لإرادة المتعاقد مع الإدارة دخل في حدوثه .

٢. أن يكون غير ممكن التوقع لحظة إبرام العقد .

٣. أن يكون مستحيل الدفع.

٤. ألا يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة .

وسوف نتناول بشيء من التفصيل دراسة كل شرط من هذه الشروط.

## الشرط الأول : ألا يكون لإرادة المتعاقد مع الإدارة دخل في حدوث القوة القاهرة :

٨٩- اشتراط ألا يكون الحادث الفجائي أو القوة القاهرة منسوب لإرادة المتعاقد مع الإدارة. يقتضي أول شروط تحقق القوة القاهرة أن يكون الحادث المنسوب له التأخر في تنفيذ الالتزام خارج عن إرادة المتعاقد مع الإدارة. بمعنى ألا يكون لإرادته دخل فيه، ليس نتيجة لفعله، وألا يسبقه أو يقترن به خطأ عقدي من جانبه. ويجد هذا الشرط من شروط تحقق القوة القاهرة ما يبرره في أنه ليس من المستساغ أن يتخلق المدين بالتنفيذ لنفسه عذراً للتحرر من التزاماته. وبالتالي إذا كان المتعاقد بفعله هو الذي أوجد هذا الظرف فلا يحق له الاحتجاج به كسبب

للإعفاء حتى وإن لم يكن هذا الفعل يدخل في طائفة الأخطاء، بل حتى ولو كان استعملا لحق<sup>(١)</sup>.

ومن أوضح التطبيقات في هذا الصدد الإضراب، فمجلس الدولة الفرنسي جرى في شأن الإضراب على عدم اعتباره في كل الأحوال سببا قهريا، وإنما يتعين وفقا لما انتهى إليه مفوض الدولة تارديو في تعليقه على الأحكام الصادرة من مجلس الدولة في يناير ١٩٠٩، " فحص الوقائع وسببها ليتبين إذا كان الإضراب سببه خطأ جسيم من المتعاقد، وإذا كان يستطيع تحاشيه أو منعه و ما إذا كان يعتبر بالنسبة له عقبة في تنفيذ التزاماته لا يمكن التغلب عليها، وكلما اتضح من الظروف أن المتعاقد هو الذي أثار الإضراب أو شجعه لمصلحته فحينئذ لا توجد قوة قاهرة"<sup>٢</sup>.

٩٠- تطبيق هذه القاعدة بصرامة في حالة خطأ المتعاقد مع الإدارة. ويرفض القضاء الإداري في فرنسا اعتبار خطأ المتعاقد مع الإدارة سببا قهريا يعفي المتعاقد مع الإدارة من التزاماته. وقد طبقت محكمة الاستئناف الإدارية لدويه هذه القاعدة في حكمها بتاريخ ٣١ أكتوبر ٢٠٠٦<sup>٣</sup>. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن جهة الإدارة قد تعاقدت مع إحدى شركات المقاولات على إنشاء صالة للألعاب الرياضية وعدد من المباني الملحقة بها. وقد تم التعاقد مع ذات الشركة على صفتين تمت كل منها بعقد إداري مستقل الأولي: تتعلق بإنشاء صالة الألعاب

<sup>١</sup> وفي هذا الصدد قضت الإدارية العليا بأن " من المجافة " الصريحة للمبادئ القانونية أن يتخذ الإنسان من عمله الاختياري كالتطوع من الجيش مبررا للإخلال بالتزاماته " . أنظر، د. هارون الجمل، مرجع سابق، ص ٤٤٥.

<sup>٢</sup> CE, 29 janvier 1909, *Cie Compagnie des messageries maritimes et Compagnie générale transatlantique*, n° 17614, n° 18028, n° 18041, Rec., p. 121.

Selon les conclusions du commissaire du gouvernement Tardieu : « les grèves partielles ou générales n'ont pas nécessairement au point de vue de l'exécution du contrat qui lie l'entrepreneur au maître de l'ouvrage le caractère d'événement de force majeure. Il y a lieu dans chaque espèce par l'examen des faits de la cause de rechercher si la grève a eu pour origine une faute grave de l'entrepreneur, si elle pouvait être évitée ou arrêtée par lui, et si elle a constitué pour lui un obstacle insurmontable à l'accomplissement de sa mission. »

د. هارون الجمل، مرجع سابق، ص ٤٤١.

<sup>٣</sup> CAA Douai, 31 octobre 2006, n° 04DA01071.

الرياضية. والثانية: تتعلق بإنشاء المباني الملحقة بهذه الصالة. وبالفعل، بدأت الشركة المتعاقدة مع جهة الإدارة في تنفيذ العقد الأول المتعلق بإنشاء صالة الألعاب الرياضية. وقد أنهت الشركة الصالة المتعاقد عليها متأخرة ٢٦ يوم عن التاريخ المحدد في العقد، إلا أن جهة الإدارة لم توقع عليها غرامة تأخير. وكان من نتيجة هذا التأخر أن بدأت الشركة العمل في الصفقة الثانية المتعلقة بإنشاء المباني الملحقة بالصالة متأخرة عن الميعاد المحدد لبدء العمل فيها، وهو ما أدى لتأخرها في إنجاز هذه الأعمال مدة ٢٦ يوم. وقد قامت جهة الإدارة بتوقيع غرامة تأخير عن هذه المدة. وبالفعل اقتضت جهة الإدارة هذه الغرامات من حساب الشركة المتعلق بالصفقة الثانية، وقد طعن المتعاقد مع الإدارة على قيام جهة الإدارة بتوقيع غرامة التأخير عليه أمام محكمة ليل الإدارية، وقد استند المتعاقد مع الإدارة في طعنه إلى أن التأخر في إنجاز الصفقة الثانية كان ناجماً أساساً عن التأخر في تنفيذ الصفقة الأولى. وأن جهة الإدارة بإغفالها توقيع غرامة تأخير عن التأخر في تنفيذ الصفقة الأولى تكون قد اتجهت نيتها لإعفائه من هذه الغرامات، ولم يكن لجهة الإدارة بالتالي أن توقع عليه غرامات التأخير عن الصفقة الثانية.

وقد رفضت محكمة الإدارية لليل في حكمها الصادر بتاريخ ١٤ أكتوبر ٢٠٠٤ طلب المتعاقد مع الإدارة. فقام المتعاقد مع الإدارة باستئناف حكم المحكمة الإدارية ليل القاضي بتأييد جهة الإدارة في توقيعها لغرامات تأخير أمام محكمة الاستئناف الإدارية لدويه. ولكن هذه الأخيرة رفضت هذا الدفع على أساس أن التأخر في تنفيذ الصفقة الأولى قد أدى لتأخر في تنفيذ الصفقة الثانية. فالتأخر في تنفيذ الالتزامات عن التاريخ المحدد في العقد وهو موجب توقيع الغرامة قد تحقق في تنفيذ الصفقة الثانية. وأضافت المحكمة أنه لا يمكن اعتبار التأخر في تنفيذ الصفقة الثانية خارجاً عن إرادته حتى مع اعتبار الصفقة الأولى مستقلة عن الصفقة الثانية. فهو كان المسئول عن تنفيذ الصفقة الأولى. وبالتالي، فلا يمكن اعتبار التأخر في تنفيذ الصفقة الثانية ناتج عن أسباب لا دخل له فيها. وهو موجب توقيع الإعفاء.

ويسير مجلس الدولة المصري على ذات القاعدة السابقة في رفضه اعتبار خطأ المتعاقد مع الإدارة سبباً قهرياً يعفي المتعاقد مع الإدارة من التزامه بالتنفيذ في الميعاد حتى ولو أدى هذا الخطأ لاستحالة تنفيذ الالتزام عيناً. وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا أنه " إذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين لا ينقضي الالتزام و إن كان تنفيذه العيني قد أصبح مستحيلاً ووجب التنفيذ عن طريق

التعويض، وبذلك يتحول الالتزام من التنفيذ العيني إلى التعويض، فتبقى التأمينات التي تكفل التنفيذ العيني وتتحول إلى كفالة للتعويض، وتبقى مدة التقادم سارية، أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي فإن الالتزام ينقضي أصلاً سواء من حيث التنفيذ العيني أو التنفيذ بالتعويض<sup>١</sup>.

فإذا كانت القاعدة السابقة مقررة في حالة القوة القاهرة التي تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة - فيظل المتعاقد مع الإدارة ملتزماً وإن تحول التزامه من التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل، فهي من باب أولى تنطبق في حالة القوة القاهرة، التي تعطل تنفيذ الالتزام لفترة مؤقتة، وبالتالي يظل الالتزام بالتنفيذ قائماً، ولا يحق للمتعاقد مع الإدارة أن يعفى من غرامات التأخير.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ٢٠١٥/٣/٢٤ بأن " المورد المذكور كان قبل التعاقد محل التداعي محبوساً احتياطياً في الفترة ١٩٩٠/٩/٢٦ وحتى ١٩٩٩/١٢/١٣ على ذمة قضية رشوة عرضها المذكور على جندي مكلف بخدمة عامة لإبدال عينة فول قام بتوريدها غير مطابقة للمواصفات قبل تسليمها إلي مخازن السجوب بمنطقة طرة لتحليلها بعينة أخرى مطابقة للمواصفات، وبعد إخلاء سبيل المورد المذكور على ذمة هذه القضية وإحالاته إلى محكمة الجنايات قام بالتعاقد مع إدارة التعيينات بوزارة الدفاع بموجب العقد محل التداعي، ثم صدر الحكم الجنائي في هذه القضية عليه بالسجن خمس سنوات في الفترة من ١٩٩١/٣/٢ وحتى ١٩٩٥/١١/٣٠، ومن ثم يضحى ما طرأ على هذا المقاول من ظروف كانت بإرادته ونتيجة لفعل إيجابي من جانبه مؤتم جنائياً (... ) الأمر الذي لا يصدق معه على هذه الظروف وصف القوة القاهرة أو الظرف الطارئ غير المتوقع " <sup>٢</sup>.

٩١- مدى اشتراط أن يكون الحادث الفجائي غير متصل بالمتعاقد مع الإدارة. إذا كانت القاعدة السابقة وهي كون القوة القاهرة أو السبب الأجنبي يجب ألا يكون لإرادة المتعاقد مع الإدارة يد فيه محل اتفاق، فإن هناك آراء لا تكفي بذلك بل تشترط ألا يكون الحادث الفجائي أو القوة القاهرة له صلة بنشاط المتعاقد مع الإدارة أو متصل به. ويرى الدكتور هارون الجمل وهو من أنصار هذا الاتجاه " أن هذا

<sup>١</sup> حكم رقم ٦٨٩ لسنة ٤ ق.ع، صادر في ١٢/٢/١٩٦٩، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، ص ٤٧٢.

<sup>٢</sup> الحكم في الطعن رقم ٢٥٧٧٤ لسنة ٥٥ ق.ع، بتاريخ ٢٠١٥/٣/٢٤، لم ينشر بعد.

الاتجاه الحديث أكثر انسجامًا مع مقتضيات حسن سير المرافق العامة وسمو المصلحة العامة، فلو تصورنا مثلًا أن ما يصيب أدوات المقاول من عيوب – تعوق تنفيذ التزامه – ترتب عليه إخلال بقاعدة أساسية وهي سير المرافق العامة بانتظام إذا تتمثل مصلحة الإدارة في تنظيم المرفق على أحسن وجه بينما مصلحة المقاول هي تحقيق أكبر قدر من الربح في استغلال المرفق".

ويبدو أن القاضي الإداري في فرنسا يؤيد هذا الاتجاه؛ فالأحكام الصادرة من القضاء الإداري الفرنسي ترفض اعتبار تأخر موردي المقاول أو تخلفهم عن تنفيذ التزاماتهم قبله من قبيل القوة القاهرة<sup>1</sup>.

والحقيقة أننا نرى أن ما يذهب إليه الاتجاه السابق من اشتراط أن يكون الحادث الفجائي منبث الصلة بالمتعاقد مع الإدارة فيه مغالاة واضحة. فهذا الرأي على إطلاقه يتعارض مع الاعتبارات التي يقوم عليها الإعفاء. فهو من ناحية يتناقض مع مبدأ وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع حسن النية. ومن ناحية أخرى، يتناقض مع اعتبارات العدالة، وهذان العاملان يمثلان الدافع وراء تقرير الحكم الخاص بالإعفاء. فهناك من الحوادث ما تكون متصلة بشخص المتعاقد ومع ذلك لا يستطيع توقعها ولا يستطيع لها دفعا، كالمرض المفاجئ. وهناك أحوال أخرى يكون فيها الحادث متصلا بنشاط المتعاقد مع الإدارة ولا يستطيع دفعها أو توقعها. كالعطل الذي يصيب أحد معداته التي يعتمد عليها بشكل أساسي نتيجة عيب في التصنيع ولا تسمح ظروفه كونه شركة صغيرة مثلا، بشراء أو استئجار معدات بديلة. فبنود العقد وشروطه إنما وضعت لكي تنفذ في الظروف العادية وليس في حالة وجود حادث يؤدي لا محالة إلى تعطيل الوفاء بالالتزام سواء كان هذا الحادث منبث بنشاط المتعاقد أو كان متصلا به.

أما بالنسبة للأمثلة التي أوردتها الاتجاه السالف للتدليل على صحة رأيه، فإن في شروط القوة القاهرة الأخرى ما يغني عنها. فبالنسبة لما يصيب أدوات المقاول من عيوب، فهذه العيوب إما أن تكون نتيجة لإهماله في صيانتها، وفي هذه الحالة فالحادث الفجائي مرده خطأ المتعاقد وتقصيره، وبالتالي فالسبب ليس أجنبيًا عن إرادته، وإما أن يكون مردها عيوب في التصنيع لا يد له فيها، وفي هذه الحالة إما أنه يستطيع دفع هذا الحادث الفجائي كأن يستأجر أدوات أخرى مثلا لتنفيذ التزامه،

<sup>1</sup> CE, 18 juin 1969 *Entreprises Guyot*, N 72661, précité: dans le même sens, CAA Paris, 12 juin 1990, *Département du Val de Marne*, n° 89PA00253, précité.

وفي هذه الحالة ينتفي أحد شروط الإعفاء من القوة القاهرة وهو أن يكون الحادث مستحيل الدفع، و إما أنه لا يستطيع دفع هذا الحادث وفي هذه الحالة لا نعتقد بأن المصلحة العامة سوف تستفيد بتحصيل غرامات تأخير من متعاقد لا يد له في حدوث هذا التأخير ولا يستطيع له دفعا . فهذا مما يتناقض مع اعتبارات حسن النية في تنفيذ العقود واعتبارات العدالة. ولهذا فنحن نرى أنه لا لزوم لاشتراط أن يكون السبب لا صلة له بنشاط المتعاقد أو غير متصل به إذ في شروط القوة القاهرة الأخرى ما يغنى عنه .

أما بالنسبة لما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في خصوص تأخر موردي المقاول المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ التزاماتهم، فإننا نرى أن الأمر في مثل هذه الأحوال يتعلق بشرط استحالة الدفع. فالمقاول كان يستطيع أن يتغلب على هذه العقبة بالحصول على هذه الأشياء من أي مصدر آخر، كذلك فإنه لا يمكن اعتبارات تأخر الموردين الذين يعتمد عليهم المتعاقد مع الإدارة في الوفاء بالتزاماته أمر غير متوقع الحصول .

و الرأي الذي ننحاز إليه بعدم اشتراط ألا يكون الحادث الفجائي أو القوة القاهرة له صلة بنشاط المتعاقد مع الإدارة أو متصل به، يبدو أكثر تماشيا مع تطور مفهوم القوة القاهرة في الفقه والقضاء في فرنسا. فمفهوم القوة القاهرة يمثل الآن موضوعا للجدل والنقاش في الأوساط القانونية في فرنسا بين اتجاهين: تقليدي وآخر حديث<sup>1</sup>. فهناك اتجاه قوي في القانون الخاص والعام<sup>2</sup>، على حد سواء يرى أن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة كحادث منبت الصلة بالمدين بالتنفيذ مستحيل التوقع

<sup>1</sup> P-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris. L.G.D.J., coll. "Bibliothèque de droit privé", 1992. : P. GROSSER, "Pertinence des critères cumulés pour caractériser la force majeure en matières délictuelle et contractuelle", in *La semaine juridique générale* BLOCH Laurent, "Force majeure : le calme après l'ouragan ?", in *Responsabilité civile et assurances* , n°6, juin 2006, Etude M. Patrice Jourdain (RTD civ. 2003 p. 301 et RTD civ. (4) oct-déc. 1994 p. 872) : G. VINEY , *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 1998, p.8.

<sup>2</sup> F. LEMAIRE, "La force majeure : un événement irrésistible", *RDP* , n°6, 1999, p.1723-1740.

ومستحيل الدفع يجافي اعتبارات العدالة واعتبارات حسن النية في تنفيذ العقود. ويرى هذا الاتجاه الحديث أن في الاكتفاء بشرطي استحالة الدفع واستحالة التوقع ما يغني عن أن يكون الحادث المنسوب إليه الإخلال بالالتزام منبت الصلة بالمدين. وي زيد جانب من الفقه في فرنسا<sup>1</sup>، في اعتبار أن استحالة الدفع هي المعيار الأساسي التي يمكن بناء على أساسه إثبات أو نفي صفة القوة القاهرة عن الحادث. وقد تبنت بالفعل بعض الأحكام الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية منطلق هذا الاتجاه في التخفيف من مغالاة شروط تحقق القوة القاهرة أو الحادث الفجائي. وفي المقابل، أعلنت العديد من دوائر نفس المحكمة تمسكها بالمعيار التقليدي الثلاثي. وهو الأمر الذي استدعي تدخل الجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية لتحسم هذا الجدل لصالح الاتجاه التقليدي الذي يحذ الإبقاء على الشروط الثلاثة للقوة القاهرة<sup>2</sup>. أما مجلس الدولة الفرنسي فلم يدلي بدلوه في هذا الجدل. وعلى كل الأحوال فإننا لا نطالب كما يذهب الاتجاه الحديث في فرنسا باستبعاد شرط أن يكون الحادث أجنبي تماما عن إرادة المتعاقد مع الإدارة، وإنما نستبعد فحسب أن يكون الحادث منبت الصلة بالمتعاقد مع الإدارة. وهو ما يسمح بالنظر بعين الاعتبار للأحوال التي يتصل فيها الحدث بشخص المتعاقد أو نشاطه متى كان الحدث غير إراديا، وذلك مع استبعاد من نطاق القوة القاهرة والحادث الفجائي الأحوال التي ينسب فيها التأخر لفعل إرادي من جانبه سواء شكل هذا خطأ أو لا. وقد يقال أن النظر بعين الاعتبار للحوادث غير الإدارية المتصلة بشخص المتعاقد أو نشاطه ما يجافي الطبيعة الاستثنائية للقوة القاهرة. كما أن مثل هذا القول قد لا يتوافق مع مقتضيات حسن سير المرافق العامة. والحقيقة أننا نرى أن في اشتراط عدم إمكان التوقع واستحالة الدفع ما يكفي لكفالة الصفة الاستثنائية للقوة القاهرة وما يراعي مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. والمثال التالي من واقع قضاء مجلس الدولة الفرنسي يوضح لنا أن في اشتراط عدم إمكان التوقع واستحالة الدفع ما يكفي لكفالة الصفة الاستثنائية للقوة القاهرة وما يراعي مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٣ مارس ٢٠١٠ بأن "حالة الإرهاق الشديد التي أصابت المطرب عقب الحفلة التي أقامها يوم ١٦ يونيو ٢٠٠٦ بمدينة ليل لا يمكن النظر

<sup>1</sup> Ibid.

<sup>2</sup> Cass. Ass Plein., du 14 avril 2006, n° 04-18.902, n° 02-11.168, Bull. n° 22.

إليها على أنها حادث غير متوقع بالنظر إلى أن الشركة المتعاقدة كان يجب عليها أن تتوقع لحظة التوقيع على العقد أن إحياء المطرب لحفلة يوم ١٦ يونيو ٢٠٠٦ يمكن أن تؤدي لإرهاقه الشديد وتشكل بالتالي سببا لإلغاء الحفل الذي تعاقدت بلدية جراج لي جونس مع الشركة المنظمة للعروض الغنائية على إحياءه يوم ١٧ يونيو ٢٠٠٦ . وبالتالي فإن حالة الإرهاق الشديد التي أصابت المطرب لا يمكن اعتبارها أمرا غير متوقعا لحظة إبرام العقد. ومن ثم فإن إلغاء العرض لا يمكن اعتباره ناتجا عن قوة قاهرة<sup>١</sup>.

وتظهر خصوصية هذه القضية في أن العقد قد انطوى على بند صريح يعتبر حالة مرض المطرب المتعاقد على إحياء الحفلات قوة قاهرة متى تم إثباته بشهادات طبية. ومن ثم زال اشتراط أن يكون الحادث منبت الصلة بالمتعاقداً أو

---

<sup>1</sup> CE, 3 mars 2010, *COMMUNE DE GARGES-LES-GONESSE* N° 323076, Rec., p. 366. Le Conseil d'Etat a Considéré qu'il " résulte des stipulations précitées du A de l'article XI du contrat que les parties ont entendu illustrer certains cas de force majeure, sans pour autant faire obstacle à l'application des critères caractérisant l'événement de force majeure, en particulier celui de l'imprévisibilité lors de la conclusion du contrat ; qu'il résulte de l'instruction, notamment des écritures de la société TS3 et des deux attestations produites, qu'après avoir donné un concert à Lille le 16 juin 2006 et avant de se produire à Paris les 19 et 20 juin 2006, l'artiste n'a pu assurer la représentation prévue le 17 juin 2006 à Garges-lès-Gonesse en raison d'une grande fatigue ; que, s'agissant d'un évènement survenu au cours d'une tournée de concerts, et alors qu'il avait été prévu, dès la signature du contrat, que le concert du 17 juin 2006 s'inscrivait dans le cadre d'une telle tournée, l'état de grande fatigue du chanteur ne revêtait pas en soi un caractère imprévisible à la date de conclusion du contrat ; que, dès lors, l'annulation du spectacle ne peut être regardée comme résultant d'un cas de force majeure, rappelé à l'article XI du contrat, à raison duquel celui-ci pouvait être résilié de plein droit sans indemnité en application de ces stipulations ; qu'ainsi, en résiliant pour ce motif le contrat litigieux, la société TS3 a commis une faute de nature à engager sa responsabilité contractuelle à l'égard de la commune ;".



نشاطه، ومع ذلك رفض مجلس الدولة - مع إقراره بأن حالة المرض في هذه القضية وفقا لنصوص العقد تشكل قوة قاهرة- بالنظر لانتفاء شرط استحالة التوقع.

## الشرط الثاني: - عدم إمكان التوقع :-

٩٣- الوقت الذي ينظر فيه لإمكان التوقع. يجب أن يكون الحادث الخارجي غير متوقع ولا يمكن توقعه أو التنبؤ به. والوقت ينظر فيه إلى هذا الشرط هو وقت إبرام العقد الإداري<sup>(١)</sup>. فهذا الوقت هو التاريخ الذي تنشئ فيه التزامات كلا من الطرفين، ومن ثم فإن كان في الوسع توقع الحادث قبل إبرام العقد فإن ذلك يعنى أن المتعاقد كان من الواجب عليه أن يضع ذلك في اعتباره ويتخذ الاحتياطات اللازمة التي تمكنه من إنهاء التزاماته العقدية في مواعيدها. أما إذا أمكن توقع الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة بعد إبرام العقد فإن ذلك لا أثر له في تخلف شروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، لأن الفرض أن التزامات كلا من المتعاقدين قد نشأت بالفعل.

كذلك الحال إذا فات ميعاد التنفيذ بالفعل وتحققت بالتالي حالة التأخر في تنفيذ الالتزام، فلا يمكن عندئذ الاحتجاج بالحوادث التي تقع حتى ولو كانت غير ممكنة التوقع لحظة إبرام العقد. فحالة التأخر في تنفيذ الالتزام قد تحققت بالفعل نتيجة لخطأ المتعاقد مع الإدارة بعدم تنفيذه لالتزاماته في مواعيدها. وتطبيقا لذلك رفضت المحكمة الإدارية العليا اعتبار قرار وزير الصحة بخطر استيراد أصناف من الخيوط الجراحية إلا بعد التسجيل من قبيل القوة القاهرة، وذلك لصدور قرار حظر الاستيراد بعد الميعاد المحدد للتنفيذ<sup>(٢)</sup>.

وتطبيقا لشرط عدم إمكان التوقع، فقد أفتت الجمعية العمومية الفتوى والتشريع بأن " الشركة تأخرت في إنهاء الأعمال المشار إليها حيث سلمتها ابتدائياً بتاريخ (... )، وإذا قامت جهة الإدارة بتوقيع غرامة تأخير مقدارها ... على الشركة المشار إليها تم خصمها من مستحقاتها فإن مسلكها في هذا الخصوص يتفق وصحيح القانون. ولا يغير من ذلك ما أبدته الشركة من أسباب استندت إليها

(١) د. هارون الجمل ، مرجع سابق ، ص ٤٥٠ .

<sup>٢</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٥٢٨ لسنة ٤٣ ق.ع ، جلسة ١٢/٧/١٩٩٩ ، مذكور لدى د. عاطف سعدى محمد على مرجع سابق، ص ٤٦٥ .

في تبرير تأخرها في إنهاء الأعمال محل التعاقد في الموعد المقرر حيث أنها لا تصلح سندا كافيا للإعفاء من غرامة التأخير بحسبان أنها كان يمكن للشركة توقعها وبالتالي تلافيتها وإتمام التنفيذ في الموعد المتفق عليه، الأمر الذي لا تستحق معه الشركة والحال كذلك الإعفاء من غرامة التأخير الموقعة عليها في الحالة المعروضة ومن ثم يكون تظلمها في هذا الشأن قائم على غير أساس صحيح من القانون " <sup>1</sup>.

وفي فرنسا، رفض مجلس الدولة على سند من الشرط السابق اعتبار العديد من الحوادث التي تقع أثناء التنفيذ قوة قاهرة على الرغم من كونها خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة، وذلك إذا كان في الوسع توقع هذا الحادث عند إبرام العقد . فقد رفض القاضي الإداري الفرنسي اعتبار الظروف الجوية السيئة قوة قاهرة بالذات إذا كانت تقع في مواعيد دورية أو متباعدة <sup>2</sup>. كذلك لا يعد من قبيل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي المخاطر العادية التي يتعرض لها كل مشروع لأن أي متعاقد يستطيع توقع مثل هذه الحوادث وبالتالي فهي لا تعد ذات أثر في إعفاء المتعاقد مع الإدارة. وبالتالي لم يعتبر القضاء الإداري الصعوبات العادية التي يمكن أن يقابلها المتعاقد عند التنفيذ قوة قاهرة <sup>3</sup>. كذلك رفض مجلس الدولة الفرنسي اعتبار تأخر موردي المتعاقد في تسليم الماكينات والأدوات اللازمة لتنفيذ العقد من قبيل القوة القاهرة. ومن هذا يتضح أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد ميز بوضوح بين نوعين من المخاطر، المخاطر العادية أو المألوفة وهي التي تتسم بالشيوخ والتكرار، والمخاطر غير العادية أو الاستثنائية والتي لا يمكن توقعها أو ليس في الوسع توقعها عند إبرام العقد. ويتسم النوع الأول من المخاطر بشيوخه وتكراره ومن ثم فهو متوقع دائما، وبالتالي لا تتوافر فيه شروط الحادث الفجائي. أما النوع الثاني فهو نادر الحدوث وغير منتظم وبالتالي يمكن أن يعد من قبيل القوة القاهرة إذا توافرت باقي الشروط <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> فتوى رقم ٥١٨ صادرة في تاريخ ٢٠٠٢/٦/٩ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية القانونية لقسمي الفتوى والتشريع منذ نشأتها حتى عام ٢٠٠٥ ، مرجع سابق ، ص ٧٧٢ ، ٧٧٣ .

<sup>2</sup> L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 375.

<sup>3</sup> د. هارون الجمل ، مرجع سابق ، ص ٤٤٨ .  
<sup>4</sup> د. هارون الجمل ، المرجع السابق ، ص ٤٤٩ .

٩٤ - معيار إمكان التوقع. وبالنسبة للمعيار الذي يرجع إليه لتحديد ما إذا كان الحادث متوقع وبالتالي لا تتوافر فيه شروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، أم غير متوقع وبالتالي تتوافر فيه أحد الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة " فهو معيار موضوعي لا شخصي"<sup>١</sup>. فيجب أن يكون الحادث غير ممكن التوقع من جانب أشد الناس يقظة وتبصراً<sup>٢</sup> ومن ثم فلا يتوافر هذا شرط عدم إمكان التوقع إذا لم يكن المتعاقد مع الإدارة قد توقع هذا الحادث فعلاً، ما دام كان من الممكن توقعه عند إبرام العقد.

ففي حكمها بتاريخ ١٩ سبتمبر ٢٠١٤ قررت محكمة الاستئناف الإدارية لننت<sup>٣</sup>، رفض الاستئناف المقدم ضد حكم المحكمة الإدارية لننت فيما يتعلق بطلب الشركة المدعية بتخفيض مبالغ غرامات التأخير المحكوم بها من قبل محكمة أول درجة. وقد استندت الشركة المدعية في طعنها إلى الصعوبات التي قابلتها في التنفيذ : حيث أن الشركة فوجئت بعد بدء العمل في النفق البحري المتفق عليه مع جهة الإدارة أن الأرضية لها طبيعة حجرية ابتداء من عمق معين، وهو ما لم يكن في حسابان الشركة المتعاقدة. كما أن جهة الإدارة استناداً للدراسات التي طرحت بناء عليها مناقصة الأشغال لم تشر لهذه الطبيعة الصخرية للأرض التي يجري عليها المشروع. ومن ثم استندت الشركة المتعاقدة لهذه الظروف لطلب تخفيض غرامات التأخير إلى ٨ أيام : وهي المدة التي تأخرت فيها الشركة فعلاً بالنظر للصعوبات التي قابلتها في الحفر. وقد أسست الشركة طلبها على أن الظروف التي أدت للتأخر كانت خارجة عن إرادتها. كما أن الإدارة كانت مسؤولة عنها، إذا أنها لم تشر للطبيعة الجيولوجية الخاصة بأرض موقع حفر النفق البحري. وقد خفضت محكمة ننت الإدارية بالفعل غرامات التأخير إلى ١٧ يوم ونصف فقط بدلاً من ٣٥ يوم. وكان سند محكمة أول درجة أن طبيعة الأرض لم تكن أمراً غير متوقع عند إبرام العقد، كما أن المتعاقد مع الإدارة قد قصر هو الآخر من جانبه في إجراء الأبحاث الخاصة بطبيعة الأرض التي سيتم حفر النفق فيها. إذ أن كراسة الشروط التي تمت الإحالة إليها كانت تعطي المتعاقد مع الإدارة الحق في التحقق من طبيعة الأرض.

<sup>1</sup> CE, 17 Décembre 1926, *Sté des chantiers de l'Adour*, Rec., p. 173.

<sup>٢</sup> حكم رقم ٦٨٩ لسنة ٤ ق.ع صادر في ١٢/١٢/١٩٦٩، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٧٣.

<sup>3</sup> CAA Nantes, 19 septembre 2014, *SNC Entreprises Morillon Corvol Courbot*, n°12NT03032, précité.

ومن ثم فلا يمكن اعتبار مثل هذه الظروف ظروف غير ممكنة التوقع<sup>1</sup>. فالتأخر ليس ناجما عن خطأ الإدارة وحدها وإنما أيضا عن تقصير المتعاقد معها.

### الشرط الثالث استحالة الدفع :-

٩٥- معيار استحالة الدفع. لا يكفي لكي يتوافر للحادث صفة الفجائية أو القوة القاهرة، أن يكون الحادث لا دخل لإرادة المتعاقد مع الإدارة في حصوله، وألا يكون غير ممكن التوقع، بل يجب علاوة على ذلك أن يكون مستحيل الدفع<sup>٢</sup>. فإذا كان المتعاقد مع الإدارة يستطيع أن يدفع هذا الحادث وأن يتجاوز أثره ولو بمشقة بالغة، فإن هذا الحادث لا يتوافر له وصف الحادث الفجائي والقوة القاهرة وبالتالي لا يعفي المتعاقد مع الإدارة من المسؤولية عن الإخلال بالتزامه العقدي بالتنفيذ في الميعاد.

ومعيار استحالة الدفع هنا كما يسير عليه مجلس الدولة المصري هو معيار موضوعي، فأى شخص في مثل موقف المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع أن يتغلب على هذا الحادث ويستمر في التنفيذ. وفي هذا تقرر المحكمة الإدارية العليا أنه " يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أمر غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع، فإن توافر هذان الشرطان كان الحادث أجنيا عن الشخص لا يد له فيه، ويجب أن يكون عدم استطاعة التوقع لا من جانب المدين بل من جانب أشد الناس

<sup>1</sup> La Cour administrative d'appel de Nantes a considéré " qu'eu égard au partage de responsabilité auquel il a procédé, le tribunal a considéré que la moitié du retard de trente-cinq jours pris dans l'exécution des travaux en raison des difficultés rencontrées dans le creusement du tunnel devait être déduite des pénalités de retard mises à la charge de la SNC EMCC ; qu'ainsi qu'il est dit au point 4 du présent arrêt la rencontre d'un sous-sol argileux à partir du point métrique 167 ne constitue pas une sujétion imprévue de nature à ouvrir droit à indemnisation ; que la société requérante n'est dès lors pas fondée à demander la réduction des pénalités de retard en résultant ; " . Cons. N°5

<sup>2</sup> CE, 7 juin 1939, *Pichol*, Rec. P. 379.

يقظة وتبصرا بالأمر، فالمعيار موضوعي لا ذاتي فلا يكتفي فيه بالشخص العادي، ولكن يتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقا، كما يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مستحيل الدفع، فإن أمكن دفع الحادث حتى ولو استحاله توقعه لم يكن ثمة قوة القاهرة أو حادث فجائي كما يجب أن يكون من شأنه جعل التنفيذ مستحيلا استحالة مطلقة لا بالنسبة للمدين وحده بل بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين، هذا هو ما يميز القوة القاهرة والحادث الفجائي عن الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا<sup>١</sup>.

والحقيقة أن اشتراط عدم إمكان دفع الحادث الفجائي أو القوة القاهرة ما يغنى عن اشتراط استحالة التنفيذ كشرط مستقل، فمتى استحاله دفع الحادث الفجائي أو القوة القاهرة فإن ذلك يتضمن بالضرورة استحالة تنفيذ الالتزام بطريق التنفيذ العيني، فلا حاجة إذا لإقامة استحالة التنفيذ كشرط مستقل للقوة القاهرة لأن معنى استحالة الدفع عدم إمكان تجاوز هذا الطرف والاستمرار في التنفيذ بأية طريقة. ولذلك فنحن نتفق مع الرأي الذي يرى أن في اشتراط استحالة الدفع ما يغنى عن اشتراط استحالة تنفيذ الالتزام<sup>٢</sup>.

٩٦- استحالة الدفع هو المعيار المميز بين القوة القاهرة والظروف الطارئة. وفي اشتراط استحالة الدفع، يمكن العنصر المميز بين القوة القاهرة أو الحادث الفجائي الذي يعفي من تنفيذ الالتزام إعفاء دائم أو مؤقت وبين الظروف الطارئة، كظروف تجد بعد إبرام العقد، وأثناء تنفيذه وتكون غير متوقعة عند التعاقد وخارجه عن إرادة المتعاقد مع الإدارة، ويترتب عليها أن يصبح تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد مع الإدارة<sup>٣</sup> ونظرية الظروف الطارئة تتفق مع نظرية القوة القاهرة والحادث الفجائي في أن كل منهما يشترط فيه أن يكون غير ممكن التوقع عند إبرام العقد، وألا يكون لإرادة المتعاقد مع الإدارة دخل في حدوثه. ولكنهما يختلفان في الشرط المتعلق باستحالة الدفع فبينما يشترط في نظرية القوة القاهرة، أن يكون

<sup>١</sup> حكم ٦٨٩ لسنة ٤ ق.ع صادر ١٢/١٢/١٩٦٩، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٥٠.

<sup>٢</sup> د. هارون الجمل، مرجع سابق، ص ٤٥٣.

<sup>٣</sup> أنظر د. ماجد راغب الحلوة، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٨٧ : د. فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٤٢٢ : د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٨٠، المستشار سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا، القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، طبعة ١٩٩١، ص ٢٥٣ - ٢٦٤.

الظرف الذي جد مستحيل الدفع استحالة مطلقة وبالتالي يترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام ، فإنه يشترط في الظرف الطارئ أن يكون مرهقا للمتعاقد مع الإدارة بحيث يحمله بخسائر فادحة تهدد بالتوقف عن التنفيذ دون أن يصل الأمر إلى حد استحالة الدفع. فإن تجاوز الظرف الطارئ حد الإرهاق ليدخل في الاستحالة خرجنا عن نظرية الظروف الطارئة لندخل في نطاق نظرية القوة القاهرة . وينحصر أثر نظرية الظروف الطارئة في حق المتعاقد مع الإدارة في أن يدعها لمشاركته في تحمل نصيب من الخسارة التي نزلت به نتيجة التنفيذ في هذه الظروف، فإذا رفضت كان من حقه اللجوء إلى القضاء الذي يقتصر دوره على إلزام الإدارة بالتعويض المناسب، وهو تعويض جزئي مؤقت .

٩٧- تطبيقات قضائية لاستحالة التوقع. هذا وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " ارتفاع أسعار الزئبق لا يعتبر قوة القاهرة مانعة من تنفيذ التعهد بالتوريد، ولكنه يعتبر ظرف طارئ لم يكن في الحسبان عند التعاقد، وقد ترتب عليه زيادة أعباء الشركة بتحميلها خسائر فادحة إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلال جسيماً<sup>١</sup>.

<sup>١</sup> حكم رقم ٢١٥٠ لسنة ٦ ق.ع، صادر ١٩٦٢/٦/٩، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٥٥.

وقد قضت الإدارية العليا أيضا بأنه " ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة جرى على أن مناط إعمال نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري ظروف طبيعية أو اقتصادية لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا وأن يكون من شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما، وأن ارتفاع أسعار الأصناف والموارد التي تعهد المورد على توريدها ارتفاعا باهظا يعتبر ظرفا طارئا لم يكن في الحسبان توقعه عند التعاقد وطالما أنه يترتب عليه زيادة أعباء المورد بتحميله خسائر فادحة إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالا جسيما، وأن مقتضى تطبيق أحكام نظرية الظروف هو إلزام جهة الإدارة بمشاركة المتعاقد معها في هذه الخسائر ، ضمانا لتنفيذ العقد الإداري تنفيذا سليما ويستوى أن يحصل التنفيذ من المتعاقد نفسه أو أن تقوم جهة الإدارة نيابة عنه عند الشراء على حسابه" . حكم رقم ٨٧٧ لسنة ٢٧ ق.ع صادر في ١٩٨٤/١/٢١ ، مجموعة الأربعين عاما في شأن العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٤٢.

وأنظر كذلك الفتوى رقم ٣٣٢٣ بتاريخ ١٩٥٧/١٠/٩ ، وفيها أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأنه " إذا ثبت أن تحويل العملة الأجنبية اللازمة لا ستيراد من جهة صنع المهمات في ألمانيا الغربية كان يجري في تاريخ التعاقد بالسعر الرسمي، وأن الالتزام بأداء علاوة لتحويل العملة أمر جد بعض التعاقد نتيجة ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد، وهي وقوع العدوان على مصر وتجميد أرصدها الإستراتيجية ، وأن إلزام الشركة بأداء هذه

ومن ثم فإذا أمكن دفع الحادث فإن أحد شروط أعمال القوة القاهرة أو الحادث الفجائي يكون قد تخلف، ومن ثم فلا مجال لأعمال الإغفاء الوجوبي المنصوص عليه في القانون ٨٩ لسنة ٩٨ . وتطبيقا لذلك أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأن " الثابت أن المقاول المعروضة حالته تأخر في إتمام العمليتين المشار إليهما والمتعاقد عليهما مع جهاز تعميم سيناء في الموعد المعين لهما بسند من مرضه ومكوته بالمستشفى لمدة عام وكان تنفيذ أعمال المقولة المتعاقد عليها تتم عن طريق كوادر متخصصة متعددة ولا تستوجب وجود شخص بعينه، فإن مرض المقاول بالنسبة لهذا العقد لا يعد سببا قهريا يستحيل معه إتمام تنفيذ العقد في الموعد المتفق عليه، ذلك أنه كان من الممكن في هذه الحالة أن يعهد لغيره بمتابعة سير العمل أثناء مرضه والذي يعد ظرفا شخصيا لا ينبغي له أن يؤثر في سير أعمال المرفق العام بانتظام واطراد وعلى ذلك ينتقض مناط الإغفاء من غرامة التأخير في الحالة المعروضة"<sup>١</sup>.

كذلك نجد أن المحكمة الإدارية العليا قد اعتبرت أن " فرض الحراسة على المطبوعة لا يعد حادث قهري يمنع المتعاقد من توريد كتب مدرسية كان قد تعاقد على توريدها، وذلك لأنه كان يستطيع طبع الكتب في مطبعة أخرى"<sup>٢</sup> .  
وعلى العكس من ذلك قضت المحكمة في حكم شهير بأن " عدم وفاء المدين بالتزام يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، فتحققت القوة القاهرة التي جعلت التنفيذ مستحيلا وذلك بسبب إصرار الحكومتين الفرنسية والايطالية على منع تصدير الأسلحة المتفق عليها إلى الحكومة المصرية وهذا السبب ليس في إمكان أي شخص في مثل المدين أن يتوقعه أو يدفعه بل إن المطعون عليه بعد أن عجز عن الحصول على ترخيص الحكومتين حاول التنفيذ بوسائل أخرى عرضها على الملحقين العسكريين في روما وباريس وذلك بإرسال الأسلحة باسم أثيوبيا على أن تستولي

---

العلاوة قد جعل تنفيذ التزاماتها مرهقا بحيث يلحق بها خسائر فادحة فإنه يكون ثمة مجال لأعمال نظرية الظروف الطارئة برد هذا الالتزام إلى الحد المعقول وذلك بزيادة الثمن المنصوص عليه في العقد بالقدر الذي يؤدي إلى أن يقع عن عاتق الشركة جزءا من الخسارة التي جاوزت المؤلف " مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ إنشائها حتى عام ٢٠٠٥، ص ٦٤٦.

<sup>١</sup> فتوى رقم ٥٤٠ بتاريخ ١٥/٧/١٩٩٩، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية منذ إنشائها حتى عام ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٦٦٢ - ٦٦٣.

<sup>٢</sup> حكم ١٣٤ لسنة ٢٤ ق.ع، بتاريخ ١٠/١/١٩٨١، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٦٣ .

عليها الحكومة في أثناء مرورها بعد الاتفاق مع الحكومة الأثيوبية وغير ذلك من الوسائل الأخرى التي أقرتها، ولكن الحكومة المصرية لم تقبلها وكل ذلك إنما يدل على أنه لم يترك وسيلة ممكنة إلا لجأ إليها، ولكن حال دون التنفيذ السبب الأجنبي الذي لا يدل له فيه أي القوة القاهرة التي تعفيه من المسؤولية<sup>١</sup>.

فيتعين إذا لإثبات تحقق هذا الشرط، أن يثبت المدين بالتنفيذ أنه لم يقصر في اللجوء إلى أي وسيلة تجعل هذا التنفيذ ممكنا دون جدوى، وأنه حاول بكل الطرق التغلب على هذه الظروف دون أن يفلح في ذلك .

### الشرط الرابع : ألا يترتب على الحادث الفجائي أو القوة القاهرة استحالة تنفيذ الالتزام استحالة دائمة

٩٨-الصفة المؤقتة للقوة القاهرة بصدد غرامات التأخير. يجب حتى يتوافر مجال إعمال المادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ٩٨ ألا يترتب على الحادث الفجائي أو القوة القاهرة استحالة تنفيذ الالتزام استحالة دائمة، لأنه إذا استحال تنفيذ الالتزام استحالة دائمة بسبب القوة القاهرة فإن التزام المتعاقد مع الإدارة في هذه الحالة ينقضي. وتنص المادة ٣٧٣ من القانون المدني المصري على أنه " ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يدل له فيه ". ويترتب على انقضاء التزام المتعاقد مع الإدارة انفساخ العقد بحكم القانون تطبيقا للمادة ١٥٩ من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه"<sup>٢</sup>. وبالرغم من ورود هذه المواد في صلب التفتين

<sup>١</sup> حكم رقم ٦٨٩ لسنة ٤ ق.ع، جلسة ١٢/٢/١٩٥٩ ، مجموعة الأربعين ، مرجع سابق ، ص ٤٧٥  
<sup>٢</sup> ويلاحظ أن القواعد السابقة ليست من النظام العام ، فيجوز للمتعاقدين أن يعدلا باتفاقهما من أثار القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، فينتفان مثلا على أن المدين لا يتحلل من التزامه ويتحمل تبعه القوة القاهرة ويتحول محل الالتزام في هذه الحالة إلى مبلغ من المال، فتتغير طريقة التنفيذ من التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل ويكون المدين في هذه الحالة بمثابة المؤمن يؤمن الدائن من أثر



المدني إلا أن لها تطبيق عام فتسرى على كافة أنواع العقود مدنية كانت أو إدارية. فهذه القاعدة تسرى في مجال القانون العام لأنها لا تتصادم مع مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد وتكفل التوفيق بين هذا المبدأ وبين المصالح الفردية الخاصة. وفي هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " ولئن كان مجال تطبيق هذه القواعد في مجال روابط القانون الخاص إلا أن القضاء الإداري قد اطرده على الأخذ بها باعتبارها من الأصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإدارية في مجال القانون العام مادامت تتسق مع تسيير المرافق العامة، وتكفل التوفيق بين ذلك وبين المصالح الفردية الخاصة " <sup>١</sup>.

ومن ثم فيتعين التمييز بصدد آثار القوة القاهرة، وبين القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا بصورة دائمة، وبين القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا بصورة مؤقتة لحين زوالها، وهو بالتأكيد ما يتوقف على نوع الحادث الفجائي أو القوة القاهرة. وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في هذا الشأن بأنه " إذا تبين من واقع الحال أن التأخير عن إنهاء الأعمال في موعدها كان مرده حادث فجائي أو أسبابا قهرية كان من أثرها لا الإغفاء من التنفيذ بل وقف التنفيذ حتى زوال الحادث وينحصر - في هذه الحالة - عن مدة التوقف " <sup>٢</sup>.

ويلاحظ هنا أنه ليس معنى أن تكون الاستحالة دائمة أن تكون أبدية قائمة إلى ما لا نهاية، فمن النادر أن توجد قوة قاهرة أبدية قائمة إلى ما لا نهاية فحتى الحرب وهي أبرز أنواع القوة القاهرة لا يمكن أن تستمر إلى الأبد. فالاستحالة تتحدد على أساس طبيعة العقد والهدف منه، فلا شك أن المتعاقدان حين أبرما العقد لم تكن

---

الحادث الفجائي. انظر، حكم ٦٨٩ لسنة ٤ ق.ع، صادر ١٢/١٢/١٩٦٩، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٧٣.

وعلى العكس من ذلك نجد أحكام تذهب إلى أنه لا يجوز للمتعاقدين أن يعدلا باتفاقهما من آثار القوة القاهرة حكم ١٣٣٠ لسنة ١٢ ق.ع، ١٥/٢/١٩٦٩، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٧٤.

(١) حكم ٦٨٩ لسنة ٤ ق.ع، صادر ١٢/١٢/١٩٦٩، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية،

مرجع سابق، ص ٤٧٣

(٢) فتوى رقم ٤٢٤ ق.ع، بتاريخ ١٣/٦/١٩٦٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ إنشائها حتى ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٧٣٧.

إرادتهما تتجه إلى تنفيذه بعد عشر سنوات مثلا، فالمرفق العام لن يظل متعطلا هذه المدة منتظرا زوال القوة القاهرة التي سوف تمتد لمدة طويلة جدا، فصالح المرفق يقتضي أن يبحث القائمون عليه عن طريقة أخرى لسد حاجاته في مثل هذه الحالة. ومن التطبيقات القضائية لما أعتبره القضاء المصري من قبيل القوة القاهرة التي يحتج بها كعذر يمنع الإدارة من توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها، اعتراض تركيب أحد أبراج الإنارة للمعلب المتعاقد على تركيب أبراج إنارة له أسلاك كهربائية غير معزولة مشدودة على أعمدة الإنارة خاصة بشبكة كهرباء نجع خمادي<sup>١</sup>، أو اعتراض المقاول أثناء التنفيذ كابل تليفونات توقف بسببه العمل لحين قيام الإدارة بإزالة هذا الكابل وإخطار المقاول<sup>٢</sup>.

هذا وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأنه " متى كان الثابت من ما تقدم أن هيئة المساحة قامت بتنفيذ الأعمال المتعاقد عليها حتى ١٩٩٠/١١/٢١، حيث انفجر لغم في أحد عاملها نظرا لعدم تطهير منطقة العمل تطهيرا كاملا من الألغام مما أدى إلى توقف الهيئة عن العمل حتى يقوم الجهاز بتوفير الأفراد المتخصصين في الكشف عن الألغام لمراقبة وتأمين أفراد المساحة وهو ما تم فعلا في ١٩٩١/٥/٦، وهو التاريخ الذي يعتد به قانونا في حساب مدة تنفيذ الأعمال، وتعتبر الفترة من ١٩٩٠/١١/٢٢ حتى ١٩٩١/٥/٦ مدة توقف خارجة عن إرادة الهيئة بحسبان أن وجود ألغام بمنطقة العمل أمر يستحيل دفعه بأي حال من الأحوال، ولما كان الثابت أن هيئة المساحة قد سلمت أحر الأعمال المتعاقد على تنفيذها في ١٩٩٢/٢/٩ وبذلك تكون مدة التنفيذ قد بلغت ٩ شهور تقريبا، ومن ثم فما كان يجوز لجهاز البحوث القيام بتوقيع غرامة تأخير عن مدة توقف الهيئة عن العمل للأسباب السالف ذكرها مما يتعين معه إلزامه برد ما سبق خصمه من استحقاقات هيئة المساحة كغرامة تأخير<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> حكم ٩٤٧٥ لسنة ٥١ ق.ع، ٢٠٠٨/٤/٨، لم ينشر بعد

<sup>٢</sup> حكم رقم ٢٦٣٢ لسنة ٤٧ ق.ع بتاريخ ٢٠٠٦/٥/٢، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - ٢٠٠٦-٢٠٠٧، الدائرة الثالثة، الجزء الأول من أبريل- أكتوبر، ص ١٠٢.

<sup>٣</sup> فتوى رقم ٤٢٤ بتاريخ ١٣/٦/١٩٩٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع حتى عام ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٧٣٨، ٧٣٩.

## ٢. خطأ الإدارة كسبب الإعفاء.

٩٩- الاعتبارات التي تحكم خطأ الإدارة كسبب للإعفاء من غرامات التأخير. إن العقود الإدارية شأنها شأن كل العقود تصرف قانوني مشترك يقوم بين طرفين أو أكثر، وكما أن العقد الإداري ينشئ حقوقا متعددة لجهة الإدارة ، فإنه يرتب على عاتقها التزامات يتعين عليها القيام بها في المواعيد المحددة، وقد تكون هذه الالتزامات من الأهمية والخطورة بحيث لا يستطيع المتعاقد الآخر تنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة بغير وفاء جهة الإدارة قبله بالتزاماتها، ومن ثم فإن تأخر جهة الإدارة في القيام بأداء مثل هذه الالتزامات في مواعيدها، قد يؤدي بالطرف الآخر في العقد حتما إلى التأخر في الوفاء بالتزاماته عن المواعيد المحددة .

مما سبق يتضح أن جهة الإدارة تتحمل بصفتها طرف ثان في العقد بالتزامات يتعين عليها أدائها في موعدها. وتتزامن هذه الالتزامات مع أداء المتعاقد لالتزاماته. وبالتالي قد يؤدي تخلف جهة الإدارة عن تنفيذ التزاماتها أو تراخيها في التنفيذ إلى إعاقة المتعاقد الآخر وتأخره عن التنفيذ<sup>١</sup>. وفي مثل هذه الأحوال فإن التأخر عن التنفيذ يعد لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة، وبالتالي فمن العدل إعفائه عن المدة التي يكون فيها التأخر في التنفيذ راجع لفعل جهة الإدارة تطبيقا للمادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ٩٨ والتي توجب إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير متى كان التأخير لأسباب خارجة عن إرادته، ويجد هذا الحكم مصدره في القاعدة التي تقضى بوجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع حسن النية<sup>٢</sup>.

ولكن بالمقابل نجد أن العقود الإدارية تتميز بخصائص لا تجد لها ما يناظرها في عقود القانون الخاص. فالعقود الإدارية تتصل بالمرافق العامة التي تعمل من أجل

<sup>١</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٧٦٦٤ لسنة ٥٥ ق.ع ، بتاريخ ٢٨/٤/٢٠١٥، لم ينشر بعد.

<sup>٢</sup> د. نصر بشير ، مرجع سابق ، ص ١٠٥.

<sup>٣</sup> حكم رقم ٣٥٥٠ لسنة ٤٦ ق، ع جلسة ٢٠٠٤/٣/٩ ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عام ٢٠٠٤، ص ٣٢٢ .

تحقيق الصالح العام، واتصالها بالمرافق العامة- التي لا بد من أن تؤدي خدماتها باستمرار وانتظام - أملى قاعدة هامة من قواعد القانون الإداري التي تسرى على العقود الإدارية وحدها دون العقود المدنية، ألا وهي قاعدة عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية. وهذه القاعدة أقرها القاضي الإداري في فرنسا منذ زمن بعيد على سند من مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد<sup>1</sup>.

وفي مصر تقرر المحكمة الإدارية العليا أنه " لا يجوز للمتعاقد بعد أن بدأ في التنفيذ أن يتوقف عن العمل بحجة الدفع بعدم تنفيذ جهة الإدارة للالتزاماتها العقدية، ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام غير جائز في العقود الإدارية لما تتميز به من خصائص. ولاتصالها بالمرفق العام الذي يجب أن يسير بانتظام واطراد، ولا يكون للمتعاقد إلا الحق في التعويض إن كان له وجه حق"<sup>2</sup>.

١٠٠- الحد الفاصل بين الدفع بعدم التنفيذ و التوقف عن التنفيذ نتيجة لخطأ الإدارة. وبيان الاعتبارات السابقة يدفعنا إلى التساؤل عن الحد الفاصل بين الدفع بعدم التنفيذ المحظور كأصل عام في العقود الإدارية، والتأخر في التنفيذ الذي يرجع لفعل الإدارة والذي يدخل في طائفة الإعفاء الوجوبي طبقا للمادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ٩٨، باعتباره تأخر راجع لأسباب خارجه عن إرادة المتعاقد مع جهة الإدارة .

أجابت المحكمة الإدارية العليا على هذا التساؤل في الحكم رقم ١٠٥٧٢ لسنة ٤٧ ق.ع بتاريخ ٣٠/١١/٢٠٠٤<sup>٣</sup>، بالقول " أنه وإن كان الأصل في تنفيذ العقود أنه ليس للمتعاقد مع الإدارة أن يتمتع عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية قبل المرفق العام بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى إخلال الإدارة بأحد

<sup>1</sup> CE, 28 mai 1952, *Commune de Sainte-Barbe*, Rec. p. 282 : CE, 5 novembre 1982, *Société Propétrol*, Rec. p.381. Pour plus de détaille voir, CH. BUCHER, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, coll. *Nouvelle Bibliothèque de Thèses*, Paris, Dalloz , 2011.

<sup>٢</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٠٣٢٥ لسنة ٥٥ ق.ع، بتاريخ ٢٥/٢/٢٠١٤، لم ينشر بعد: حكم رقم ٦٢٣٧ لسنة ٤٦ ق.ع جلسة ٣٠/١٦/٢٠٠٤، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عام ٢٠٠٤، ص ٣٢٢ :حكم رقم ٧٦٧ لسنة ١١ ق.ع صادرة ١٩٦٩/٧/٥، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٥٧ .  
<sup>٣</sup> حكم رقم ١٠٥٧٢ لسنة ٤٧ ق.ع، بتاريخ ٣٠/١١/٢٠٠٤، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عام ٢٠٠٤، الدائرة الثالثة، الجزء الثاني، ص ٤٤٧ .

التزاماتها قبله، بل يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب بالتعويض إن كان له محل، إلا أن هذا الأصل ليس مطلقاً إذ لا يسوغ إعماله إلا في الحالات التي يمكن فيها للمتعاقد مع الإدارة تذليل هذه الإجراءات الإدارية وتجاوزها والاستمرار في التنفيذ دون ضرر جسيم يصيبه، أما لو كان إخلال الإدارة بالتزام جوهرى يقع على عاتقها تنفيذه حتى يستطيع المتعاقد معها الاستمرار في التنفيذ، ومع ذلك تقاعست عن القيام به فلا حجة للتمسك بالأصل المشار إليه، كما لو لم تقم الإدارة بتسليم المتعاقد معها الرسومات الهندسية التي يتم التنفيذ استناداً إليها أو إذا توقفت عن سداد مستحقاته المالية باعتبارها المصدر الذي يمكنه من تمويل العملية لاسيما إذا كانت هذه المستحقات مبالغ كبيرة، ففي مثل هذه الأحوال يكون من حق المتعاقد معها التوقف عن التنفيذ حتى توفي الإدارة بالتزاماتها التعاقدية وحينذاك لا يجوز لها أن توقع عليه غرامة التأخير باعتبار أن خطأها هو السبب الجوهرى في توقف الأعمال أو تأخيرها عن الميعاد المتفق عليه ."

ومن هذا الحكم الهام يستفاد أنه يشترط في فعل الإدارة الذي يبرر للمتعاقد معها التوقف عن التنفيذ دون أن يوصف فعله بالخطأ العقدي الإدارى، ويمنع بالتالى جهة الإدارة من توقيع غرامة تأخير عليه- لأن التأخير كان لسبب خارج عن إرادته - شرطان :

الأول:- وجود صلة وثيقة بين التزام الإدارة والتزام المتعاقد معها، بحيث لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة الوفاء بالتزاماته قبلها في الموعد المحدد دون تأخير، ما لم تقم الإدارة أولاً بالوفاء بالتزاماتها قبله .

الثانى :- عدم قدرة المتعاقد مع الإدارة على تجاوز إخلال الإدارة بالتزاماتها، والاستمرار في التنفيذ دون ضرر جسيم يصيبه من جراء تنفيذه لالتزاماته في الموعد المحدد على الرغم من إخلال جهة الإدارة. ويلاحظ أن الحكم السابق لم يشترط أن تصل عدم القدرة لدرجة الاستحالة. فيكفي أن يكون في استطاعته التنفيذ في الميعاد ولكن ذلك يترتب عليه أضرار جسيمة لا قبل له بها. ولا شك أن ذلك يخضع لتقدير جهة الإدارة أولاً باعتبارها الجهة التي ناط بها القانون سلطة الإعفاء، ولرقابة القضاء الإدارى ثانياً باعتباره قضاء كامل في شأن العقود الإدارية. فمن

سلطة قاضي العقد الإداري إلغاء وتعديل قرارات الإدارة في شأن العقود الإدارية. فإذا اجتمع الشرطان السابقان كان من حق المتعاقد مع الإدارة أن يتوقف عن التنفيذ إن كان قد بدأ أو ألا يبدأ في التنفيذ إذا لم يكن قد بدأ فعلا، دون أن تستطيع جهة الإدارة تحميله بغرامات التأخير. فتأخره إنما كان نتيجة لفعالها. وقد يشكل فعل الإدارة الذي تجتمع فيه الشروط السابقة خطأ عقديا يجعل من حق المتعاقد معها أن يطالب بالتعويض عن الأضرار التي أصابته من جرائه، بل وفسخ العقد أيضا إذا استطال الأمر ليتجاوز المدة المعقولة.

١٠١ - تطبيقات لتأخر التنفيذ نتيجة لخطأ الإدارة. فعلى سبيل المثال، فإن تمكين المقاول في عقد الأشغال العامة من تسلم الموقع خاليا من الموانع وصالحا للعمل فيه يبدو أول التزامات الإدارة، وبالتالي فإن "عدم قيام جهة الإدارة بتنفيذ التزاماتها بتسليم المتعاقد معها موقع العمل خاليا من الموانع مما ترتب عليه وقف التنفيذ مدة طويلة تجاوز المعقول إنما يعد إخلالا جسيما بواجباتها نحو المتعاقد بعدم تمكنه من البدء في العمل، وأن تأخرها في تنفيذ التزامها هذا مدة كبيرة تجاوزت القدر المعقول يكون سببا مبررا لفسخ العقد المبرم بينهما، وتعويض المتعاقد معها"<sup>١</sup>

وكذلك الحال "إذا كان المشروع يتم تنفيذه على مراحل، وكانت هذه المراحل متكاملة بحيث لا يمكن الانتهاء من أحدها دون الآخر، فإن عدم إتمام إحدى المراحل نتيجة لخطأ الإدارة يعفيه من غرامة التأخير من هذه المرحلة ومن المراحل التي تليها لحين قيام الإدارة بتنفيذ التزامها (...)، ومن ثم لا يوجد ثمة تأخير من جانب الشركة في إنهاء التنفيذ لأن مراحل المشروع متكاملة، وتوجد به أجزاء لا يمكن البدء فيها، إلا بانتهاء الجزء السابق لها، وفي هذه الحالة لا يمكن تسليم الجزء التالي بدون إجراء تجارب التشغيل"<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> حكم رقم ٣٣٥ لسنة ٣٦ ق.ع جلسة ٢٠٠٤/٣/٩، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا عام ٢٠٠٤، ص ٢٣٥.

<sup>٢</sup> فتوى رقم ١١١ بتاريخ ٢٠٠١/٣/١٠، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ إنشائها حتى عام ٢٠٠٥، ص ٧٧٩.

وكذلك لا يعتبر المتعاقد مع الإدارة متوقفا عن التنفيذ بإراداته إذا توقفت الجهة الإدارية عن سداد المستحقات المالية للمتعاقد معها باعتبارها المصدر الذي يمكنه من تمويل العملية ولاسيما إذا كانت هذه المستحقات مبالغ كبيرة. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ٢٠١٤/٢/٢٥ بأنه " ومن جماع ما تقدم يتبين أن المطعون ضده لم يتأخر في تنفيذ الأعمال المسندة إليه لأن التأخير يرجع إلى الجهة الإدارية الطاعنة وذلك لتأخيرها في صرف الدفعات المستحقة له لصالحه للصرف لمدة طويلة تربو على الأربع سنوات، وكذلك لتأخرها في الاستلام الابتدائي للأعمال محل العقد بذريعة الإنتظار لما بعد تشغيل محطات الرفع وعمل الاختبارات اللازمة حيث كان يتعين أن تضاف جميع هذه المدد إلى مدة تنفيذ العملية ، مما مفاده أن التأخير في التنفيذ لا يرجع إلى المطعون ضده وإنما يرجع إلى الجهة الإدارية الطاعنة ذاتها وينتفي بذلك مناط توقيع غرامة التأخير على المطعون ضده ويحق له أن يسترد كامل قيمتها والتي تبلغ (٢٢٧٦٥٣,٥٠ جنية) مائتان وسبعة وعشرون ألفاً وستمائة وثلاثة وخمسون جنيهاً وخمسون قرشاً<sup>١</sup> .

وبالنسبة لعقد التوريد، نجد أن الفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع تتجه إلى رفع غرامة التأخير عن المورد إذا كان التأخير في التوريد ناتج عن فعل الإدارة<sup>(٢)</sup>. ويعتبر التأخير راجع لفعل الإدارة في الأحوال التي ينجز فيها المتعاقد مع الإدارة الأعمال في الموعد المحدد ويخطر بذلك جهة الإدارة، ولكن جهة الإدارة تمتنع عن الاستلام بدون وجه حق أو تتأخر في إجرائه أو تتراخي فيه<sup>٣</sup> .

ولا شك أن المتعاقد مع الإدارة هو الذي يقع عليه عبء إثبات أن عدم تنفيذه لالتزاماته في الموعد المحدد كان ناتجاً عن فعل الإدارة، وبالتالي فيجب عليه مطالبته فور حلول الموعد المحدد لوفائها بالتزاماتها وتسجيل ذلك في حينه حتى يستطيع إثبات ذلك أمام القضاء الإداري إن ثارت منازعة بشأنه. وقد أفتت الجمعية

<sup>١</sup> الحكم في الطعن رقم ٥٥٨٣ لسنة ٥٢ ق.ع. عليا، بتاريخ ٢٠١٤/٢/٢٥ ، لم ينشر بعد.

<sup>٢</sup> فتوي ٥٩١ بتاريخ ١٩٩٦/٨/٥ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع حتى عام ٢٠٠٥ ، مرجع سابق ، ص ٧٤٧ .

<sup>٣</sup> الطعن رقم ٦٧٦٠ لسنة ٤٢ ق.ع. صادر ٢٠٠٠/٢/١٥ ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا عام ٢٠٠٠ ، السنة ٤٥ ق.ع. ، ص ٤٩٢ .

العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأنه " لا يشفع للشركة في تأخير تسليم العمل في الموعد المحدد له أو يرفع عن عاتقها تبعة هذا التأخير ونتائجه إلا عرقلة التسليم أو الامتناع عنه أو التراخي فيه من جانب جهة الإدارة حال مطالبتها بالتسليم وتسجيل ذلك عليها في حينه وهو الأمر الذي لا تكشف عن تحققه الأوراق في الحالة الماثلة<sup>١</sup>.

١٠٢- تطبيقات لتأخر التنفيذ نتيجة لخطأ المتعاقد مع الإدارة. إذا انتفى أحد الشروط السالف ذكرها بصدد تأخر التنفيذ نتيجة لإخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها التي يتوقف عليها تنفيذ الطرف الآخر لأداءاته العقدية، لم يكن من حق المتعاقد مع الإدارة أن يتوقف عن التنفيذ بحجة عدم وفاء جهة الإدارة بالتزاماتها قبله، بل يتعين عليه الاستمرار في التنفيذ وإنجاز التزاماته في المواعيد المحددة مع حقه في طلب التعويض إن كان له محل. فعدم وفاء جهة الإدارة بالتزاماتها قبل المتعاقد معها في المواعيد المحددة في العقد أو في المواعيد المعقولة إذا لم تكن ثمة مواعيد محددة سلفاً في العقد، يعد خطأ عقدياً موجبا للتعويض عنه وعن الأضرار التي يسببها للمتعاقد معها متى توافرت رابطة السببية بين خطأ الإدارة والأضرار التي أصابته<sup>٢</sup>. وفي المقابل، فإن تخلف الإدارة عن الوفاء بالتزاماتها العقدية في مواعيدها لا يبرر

<sup>١</sup> فتوى رقم ١٠١٢ في ١٤/١١/١٩٩١، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع حتى عام ٢٠٠٥، ص ٧٢٢.

<sup>٢</sup> وقد قضت المحكمة الإدارية العليا أنه " من المسلم به أن التزام الجهة الإدارية بتسليم المطعون ضدهما مواد البناء، يعنى بحسب النية المشتركة للمتعاقدين تسليم المطعون ضدهما تصاريح الحصول على مواد البناء وليست مواد البناء ذاتها بحيث يكون على المطعون ضدهما تقديم هذه التصاريح للجهة القائمة على توزيع هذه المواد ودفع ثمنها واستلامها وينتضي التزام الجهة الإدارية في هذا الشأن بمجرد تسليم التصاريح خلال مدة الشهر المتفق عليها بغض النظر عن تاريخ استعمالها ولما كان الثابت من أوراق الطعن أن فروق الأسعار التي طالب بها المطعون ضدهما ناتجة عن زيادة الأسعار نتيجة لصدور تصاريح مواد البناء بعد انتهاء الشهر الأول من مدة تنفيذ العملية بما كانت عليه الأسعار وقت التعاقد خلال الشهر المشار إليه، وكان الثابت أيضاً ان قيمة هذه الفروق لا خلاف عليها بين الجهة الإدارية والمطعون ضدهما فإن الحكم المطعون فيه وقد قضى بإلزام الجهة الإدارية بدفع الفروق المطلوبة يكون قد صادف وجه الحق في قضائه، ويتعين لذلك الحكم برفض الطعن مع إلزام الجهة الإدارية بالمصروفات عملاً بحكم المادة ١٨٤ من قانون المرافعات ". حكم رقم ١٠٥٣ لسنة ٢٧ ق. ع صادر ١٩٨٥/٤/٢، مجموعة الأربعين عاماً في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٥٥ - ٦٥٦ : حكم رقم ٢٦٠٦ لسنة ٣١ ق. ع، صادر في ٢٤/٤/١٩٩٠، نفس المرجع، ص ٦٦١.



له التوقف عن التنفيذ، فإن توقف عن التنفيذ نتيجة لتأخر جهة الإدارة في الوفاء بالتزاماتها قبله كان من حق جهة الإدارة فرض الغرامات عليه وجبايتها دون أن يستطيع أن يدفع بعدم وفاء الإدارة بالتزاماتها المقابلة.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " مقتضى تعيين تاريخ بدء العمل أن المواقع التي سيجرى فيها التنفيذ توضع تحت تصرف المقاول بما يمكنه من مباشرة مهمته فوراً دون عائق، وقد كان واجب المقاول إزاء هذا أن يتقدم هو من جانبه بطلب تسليم هذه المواقع، لا أن يتربص حتى انتظار أن تدعوه الإدارة إلى تسلمها، إذا أن هذا الواجب لا يقع على عاتقها بل تفرض عليه طابع الأشياء التزامه بإنجاز التركيبات المتفق عليها في مهله حددها العقد بثمانية أشهر من تاريخ صدور أمر التشغيل الكتابي إليه لا من تاريخ التسليم الفعلي وارتباطه بهذه المهلة ابتداء وانتهاء، ومقتضى الالتزام بالبدء في التنفيذ في المواعيد المقررة له وجوب اتخاذ موقف إيجابي من جانب المقاول لا من جانب الإدارة لتحقيق هذا البدء بالفعل، أما واجب الإدارة فيقتصر على التمكين منه ولا يشفع للمقاول في تأخير البدء في العمل المقرر له ولا يرفع عن عاتقه تبعه هذا التأخير إلا عرقلة التسليم أو الامتناع عنه أو التراخي فيه من جانب الإدارة بعد مطالبتها بتسليمه مواقع العمل وتسجيل ذلك عليها حينه<sup>١</sup>.

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأن " خلو الاتفاق على إضافة مدد التأخير في صرف المستخلصات إلى مدة تنفيذ العملية لا يجعل من حق المتعاقد إضافة مدة التأخير في تنفيذ صرف المستخلصات إلى مدة تنفيذ العملية"<sup>٢</sup>.

١٠٣ - قاعدة عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية غير متعلقة بالنظام العام. إذا كان الأصل هو عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة، بل يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا كان قد سبق وأنفق مع الإدارة عند التعاقد على ذلك. وعندئذ، لا يجوز للإدارة - متى كان الدفع بعدم التنفيذ من جانب المتعاقد مع الإدارة له ما يبرره - أن توقع على المتعاقد معها غرامات تأخير بحجة أنه قد تأخر في تنفيذ التزاماته عن الميعاد المتفق عليه. فالقاعدة التي تقرر عدم جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في

<sup>١</sup> حكم ١٠٨٦ لسنة ٧ ق.ع، صادر في ١١/٣٠/١٩٦٣، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، المرجع سابق، ص ٥٤٦ - ٥٤٧.

<sup>٢</sup> فتوى رقم ٥٩١ بتاريخ ١٩٩٦/٨/٥ ص ٨٤٥، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع حتى عام ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٨٤٥.

العقود الإدارية ليست إذا من النظام العام. وفي هذا تقرر المحكمة الإدارية العليا أن "الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية وذلك ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجوا عن هذا الأصل وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخير ما دامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها " .

ويبدو أن القضاء الإداري يتجه في فرنسا لمنح المتعاقد مع الإدارة هذا الحق وفقا لشروط محددة في حالة الاتفاق على ذلك في العقد الإداري. ففي حكم بتاريخ ٨ أكتوبر ٢٠١٤<sup>١</sup>، أجاز مجلس الدولة للمتعاقد مع الإدارة أن يتحلل من التزاماته

---

<sup>1</sup> CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, n° 370644, Rec., p. 174. Le Conseil d'Etat a considéré que " Le cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif est tenu d'en assurer l'exécution, sauf en cas de force majeure, et ne peut notamment pas se prévaloir des manquements ou défaillances de l'administration pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles ou prendre l'initiative de résilier unilatéralement le contrat ; qu'il est toutefois loisible aux parties de prévoir dans un contrat qui n'a pas pour objet l'exécution même du service public les conditions auxquelles le cocontractant de la personne publique peut résilier le contrat en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles ; que, cependant, le cocontractant ne peut procéder à la résiliation sans avoir mis à même, au préalable, la personne publique de s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général, tiré notamment des exigences du service public ; que lorsqu'un motif d'intérêt général lui est opposé, le cocontractant doit poursuivre l'exécution du contrat ; qu'un manquement de sa part à cette obligation est de nature à entraîner la résiliation du contrat à ses torts exclusifs ; qu'il est toutefois loisible au cocontractant de contester devant le juge le motif d'intérêt général qui lui est opposé afin d'obtenir la résiliation du contrat ; que, par suite, en écartant, en raison de leur illégalité, l'application des clauses de l'article 12 des conditions générales annexées au contrat conclu entre le Mucem et la société Grenke location au seul motif qu'elles permettaient au cocontractant de l'administration de

العقدية وفقا لشروط وضوابط معينه. وعلى الرغم من أن المبدأ وشروطه مقرران بصدد إمكانية الاتفاق على منح المتعاقد مع الإدارة الحق في الفسخ بإرادته المنفردة، إلا أن الاعتراف بهذه الإمكانية والضوابط المقررة من قبل مجلس الدولة في الحكم المشار إليه، تنبئ عن اتجاه المجلس للاعتراف بالحق في الدفع بعدم التنفيذ بنفس الشروط. وهذه الشروط تتلخص في . أولا: أن يجد هذا الحق مصدره في بند صريح من بنود العقد. ثانياً: ألا يكون موضوع العقد تنفيذ مرفق عام. ثالثاً: الاعتراف للإدارة المتعاقدة بالحق في الاعتراض على استخدام هذه السلطة باسم ووفقا لدواعي المصلحة العامة. فإذا استخدمت الإدارة الحق في الاعتراض كان لزاما على المتعاقد معها الاستمرار في التنفيذ. وفي هذا الفرض الأخير، يستطيع المتعاقد مع الإدارة اللجوء للقضاء للحصول على الفسخ<sup>٢</sup>.

ونحن نرى أن جواز الاتفاق على منح المتعاقد مع الإدارة الحق في الدفع بعدم التنفيذ هو استثناء يرد على الأصل المقرر في العقود الإدارية، وهو عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ كنتيجة لعدم وفاء جهة الإدارة بالتزاماتها، وهو ما يترتب عليه أن الحق الممنوح للمتعاقد مع الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ بناء على الاتفاق المسبق بينهما سوف يكون محددا بما ورد في الاتفاق فقط. وبالتالي إذا اتفقا على منح المتعاقد هذا الحق في مقابل تأخر الإدارة في الوفاء بالتزام معين، فلا يجوز للمتعاقد مع الإدارة الدفع بعدم التنفيذ إذا تأخرت الإدارة في الوفاء بغيره من الالتزامات .

١٠٤- تحقق التأخر في تنفيذ العقد نتيجة للخطأ المشترك. يلاحظ أن مدة التأخير قد تكون ناتجة عن خطأ جهة الإدارة، بالإضافة إلى خطأ المتعاقد معها، وعندئذ فيتعين أن يضع قاضي العقد ذلك في اعتباره فسينزل من مبلغ الغرامة جزأ متناسبا مع الخطأ المنسوب إليها بما يتناسب مع أثره في التأخير. وقد طبق القاضي

résilier unilatéralement le contrat en cas de retard de paiement des loyers, sans rechercher si ces clauses répondaient aux conditions rappelées ci-dessus, la cour a commis une erreur de droit ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, son arrêt doit être annulé ;". cons. 2

<sup>1</sup>CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, n° 370644, CMP, not., DU BUS.

<sup>2</sup> Ibid.

الإداري الفرنسي هذا القاعدة في حكم محكمة نانت الإدارية الاستئنافية بتاريخ ١٩ سبتمبر ٢٠١٤ السابق الإشارة إليه<sup>١</sup>. فقد قدر القاضي أن تقصير الإدارة المتعاقد في إجراء الدراسات حول طبيعة التربة التي يجري عليها العمل يعد خطأ من جانبها ساهم إضافة إلي خطأ المتعاقد معها وتقصيره في تأخير التنفيذ. وبالتالي استنزل من مبلغ الغرامة الكلي نصفه<sup>٢</sup>.

وفي مصر يطبق القضاء الإداري القاعدة السابقة بمجرد تحققه من مساهمة خطأ الإدارة في تحقق حالة التأخير عن إتمام الأعمال في موعدها. والأمثلة على ذلك كثيرة، منها أن تتأخر جهة الإدارة في تنفيذ التزام جوهري لا يستطيع المتعاقد معها البدء في التنفيذ بدونه. كأن تتأخر في تسليم المقاول في عقد الأشغال العامة الموقع بعد مطالبته بالتسليم أو تسلمه له غير صالح تماما لبدء التنفيذ مما يستغرق وقتا من المقاول لإعداده للتنفيذ، ثم يخطئ المقاول فيتراخى في التنفيذ مما يؤدي إلى التأخير مدة معينة. عندئذ، فإنه لن يكون من حق جهة الإدارة فرض غرامة التأخير عليه إلا عن المدة التي كان التأخير فيها راجع لفعله. فمن المعلوم أن مبلغ الغرامة يزيد كلما زادت مدة التأخير، وبالرغم من أن المقاول كان سببا في جزء من هذه المدة إلا أن جهة الإدارة هي الأخرى كانت سببا في جزء منها. فمن العدل في هذه الحالة تخفيض الغرامة بما يعادل الجزء من المدة التي كانت جهة الإدارة سببا فيه<sup>٣</sup>. ونفس الحكم ينطبق على عقد التوريد<sup>٤</sup>.

### ٣ - حدوث الإخلال نتيجة لفعل الغير

١٠٥- المقصود بالغير في مجال الإعفاء من الغرامة. يعني المتعاقد مع الإدارة من توقيع غرامة التأخير عليه، إذا كان إخلاله بالتزامه بالتنفيذ في الميعاد

<sup>١</sup> سبق لنا الحديث عن هذا الحكم بصدد الحادث الفجائي والقوة القاهرة، انظر فقرة رقم ٩٤.

<sup>٢</sup> CAA Nantes, 19 septembre 2014, *SNC Entreprises Morillon Corvol Courbot*, n°12NT03032, précité.

<sup>٣</sup> د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٧٦.

<sup>٤</sup> كأن تتأخر جهة الإدارة في تسليمه النماذج أو المواصفات التي يتعين توافرها في الأشياء محل التوريد أو تتأخر في اعتمادها ويتراخى هو في تنفيذ التوريد، فالمدة كلها ليست راجعة الى خطاه وحده، ومن المعلوم أن الغرامة تفرض على أساس الأسبوع، وكلما طالبت المدة زادت مبالغ الغرامة حتى تصل للحد الأقصى.

راجع إلى فعل الغير، ويقصد بالغير الشخص الأجنبي عن العقد والذي لا يكون المتعاقد مع الإدارة مسئولاً عنه<sup>١</sup>. فإذا كان الإخلال راجع إلى أشخاص يعد المتعاقد مع الإدارة مسئولاً عن أفعالهم فإنهم لا يعتبرون من الغير ويعتبر الإخلال راجع لسبب له يد فيه<sup>٢</sup>، وبالتالي فلا يستحق الإعفاء الو جوبي . وهي ذات القاعدة التي يطبقها القاضي الإداري في فرنسا<sup>٣</sup>. فلا يستطيع المتعاقد مع الإدارة الاحتجاج بخطأ أو تقصير أحد المتعاقدين من الباطن الذين يستخدمهم لطلب إعفاءه من الغرامة. فهو مسئول عن أفعالهم أمام جهة الإدارة وتستطيع بالتالي توقيع غرامة التأخير عليه. وقد طبق القاضي الإداري الفرنسي ذات المبدأ بالنسبة للشريك المتضامن<sup>٤</sup>، فلا يستطيع المتعاقد مع الإدارة الاحتجاج بتقصير الشريك المتضامن معه في الصفقة للاستفادة من الإعفاء كلياً أو جزئياً.

١٠٦- الشروط الواجب توافرها في فعل الغير المعفي من الغرامة. يتعين حتى يكون لفعل الغير أثراً معنياً من توقيع غرامة التأخير بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة أن يتوافر في فعل الغير ذات شروط القوة القاهرة والحادث الفجائي. فيشترط أولاً:- أن يكون فعل الغير غير ممكن التوقع عند إبرام العقد، وثانياً:- ألا يكون من الممكن التغلب على هذا الفعل والاستمرار في التنفيذ وإنجاز الأعمال المتفق عليها

<sup>١</sup> د. هارون الجمل، مرجع سابق، ص ٤٦٠.

<sup>٢</sup> يلاحظ أن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع الاحتجاج في مواجهة الإدارة بأخطاء تابعيه والأشخاص الذين يستخدمهم للإعفاء من مسئوليته بالتنفيذ في الميعاد لأنه مسئول عن أخطائهم في مواجهة الإدارة، لأنه مسئول عنهم مسئولية المتبوع عن أعمال التابع. وفي عقد الأشغال العامة فإن المتعاقد مع الإدارة قد يتنازل عن تنفيذ العقد لغيره، وفي هذه الحالة لا بد من موافقة جهة الإدارة على ذلك، فإن تنازل بالرغم من عدم موافقتها سواء لعدم علمها بالتنازل أو لرفضها التنازل فإن ذلك يشكل خطناً عقدياً جسيماً ومن ثم فإن المتعاقد مع الإدارة لن يستطيع أن يحتج بفعل المتعاقد من الباطن، أما إذا وافقت فهنا يمكن أن يثور التساؤل حول مدى إمكان الاحتجاج بفعل المتعاقد من الباطن ليتصل من المسئولية؟

يرى د. هارون الجمل أن المقاول هنا لا يستطيع الاحتجاج بفعل المقاول من الباطن للإعفاء بل يظل هو والمقاول من الباطن مسئوليين بالتضامن في مواجهة الإدارة لأن المقاول الأصلي هو المسئول الأصلي عن التنفيذ وهو حكم لا خلاف عليه سواء في فرنسا أو مصر د. هارون الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ٤٦٢، ٤٦٣.

<sup>٣</sup> CE 18 juin 1969, *Entreprise Guyot*, RDP 1969, p. 1150.

<sup>٤</sup> CAA Marseille, 30 mars 2004, *Buromag-Ugolini*, CMP 2004, n°139, note F. OLIVIER.

في مواعيدها بدون تأخير. وأخيراً، ألا يترتب على فعل الغير استحالة تنفيذ الالتزامات المتفق عليها في مواعيدها استحالة دائمة لأن من شأن ذلك انقضاء الالتزام بالتنفيذ وإنفاذ العقد تلقائياً وبقوة القانون. فإذا توافرت الشروط السابقة في فعل الغير كان هذا الفعل سبباً أجنبياً معفياً للمتعاقد مع الإدارة من توقيع غرامة التأخير عليه طبقاً للمادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ٩٨ .

وتطبيقاً للمبدأ السابق فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٣ مايو ٢٠٠٥ بأنه " ومن حيث أن الثابت من الأوراق أن المطعون ضده تعاقده مع الهيئة الطاعنة على عملية تجديد مجمعات شبكة مصارف مغطاة على أن يتم تنفيذ هذه العملية خلال ١٢ شهر، وتحدد موعد استلام الأعمال إلا أن المطعون ضده قد تأخر في تنفيذ الأعمال وكان هذا التأخير بسبب تعرض أهالي المنطقة له، وقد حرر عن ذلك محاضر في الشرطة، وقام بإخطار الهيئة الطاعنة بذلك، إلا أنه ورغم ذلك قامت بتوقيع غرامة تأخير عليه، فقدم المطعون ضده طلباً برفع الغرامة لكون التأخير راجع لسبب خارج عن إرادته ومن ثم يحق للمطعون ضده استرداد مبلغ غرامة التأخير الذي خصم منه " ١ .

وفي بعض الأحوال يكون الالتزام العقدي الذي ترصد الغرامة كجزاء للإخلال به مرتبطاً بتصرف إرادي من جانب الغير، في هذه الحالة لا يمكن مسائلة المتعاقد مع الإدارة إذا كان عدم وفاءه بالتزاماته راجع لعدم إقدام الغير على هذا التصرف، وبشرط ألا يكون إحجام الغير راجعاً لخطأ المتعاقد مع الإدارة.

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي المبدأ السابق في حكمه بتاريخ ١ يوليو ٢٠٠٥ . وبتلخيص وقائع القضية في أن بلدية سان بول التابعة لروون بفرنسا قد منحت التزام للمتعاقد معها واشترطت عليه ضمن بنود عقد الالتزام أن يقوم باستخدام حد أدنى من العاملين بهذه البلدية ( عدد ٢٤ عامل)، وفقاً لبنود معينه تم الاتفاق عليها في عقد الامتياز. وقد ضمننت جهة الإدارة عقد الامتياز نصاً يجيز لها توقيع غرامات تأخير في حال تأخر المتعاقد معها في الوفاء بهذا الالتزام بالتوظيف. وتنفيذاً لبنود عقد الالتزام، فقد عرض المتعاقد مع الإدارة على عمال البلدية عقود عمل وفقاً للبنود المتفق عليها مع جهة الإدارة، ولكن جميع عمال البلدية أحجموا عن التعاقد مع الملتزم متمسكين بعقودهم التي أبرموها مع البلدية. وقد تمسكت البلدية بحقها في استيفاء غرامات التأخير المنصوص عليها في العقد على اعتبار أن المتعاقد معها قد

<sup>١</sup> الطعن رقم ٥٨٠٦ لسنة ٤٧ ق.ع بتاريخ ٢٠٠٥/٥/٣، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عام ٢٠٠٥-٢٠٠٦، الدائرة الثالثة، الجزء الأول، ص ١٥٢.

أخل بالتزامه باستخدام عدد ٢٤ عامل من بين عمالها. وأيدت المحكمة الإدارية لروون حق جهة الإدارة في توقيع واستيفاء غرامات التأخير على المتعاقد معها نتيجة لإخلاله بالتزاماته العقدية. وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي منطق المحكمة السابق مؤكدا أن عدم وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته إنما كان نتيجة لفعل الغير. وأنه لا يمكن نسبة ثمة إخلال للمتعاقد متى التزم بعرض التعاقد مع عمال البلدية وفقا للشروط المتفق عليها مع جهة الإدارة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> CE, SSR., 1 juillet 2005, *Commune de Saint-Paul de la Réunion*, n° 269342, inédit au recueil.

Le Conseil d'Etat a considéré que " les cahiers des charges du contrat conclu entre la COMMUNE DE SAINT-PAUL et la Compagnie réunionnaise de services publics prévoyaient que pour l'exécution du service qu'elle assurait au titre de ce contrat, la Compagnie reprendrait vingt-quatre agents du personnel communal affectés à l'enlèvement des déchets ménagers ; qu'il ne ressort toutefois pas des pièces du dossier et qu'il n'est d'ailleurs pas soutenu que le contrat ait prévu, entre la commune et la Compagnie, un transfert d'activité au sens de l'article L. 122-12 du code du travail ; que, dès lors, la somme forfaitaire due par la Compagnie réunionnaise de services publics à la COMMUNE DE SAINT-PAUL pour chaque agent communal non repris, en vertu des stipulations du contrat, doit être regardée comme une pénalité financière sanctionnant éventuellement la faute dans l'exécution du contrat en cas d'inexécution par cette société de l'obligation contractuelle d'embaucher les agents de la commune ; que, si aucun agent communal n'a accepté de conclure un contrat de travail avec cette société, il résulte de l'instruction que la Compagnie réunionnaise de services publics a fait aux agents de la COMMUNE DE SAINT-PAUL à plusieurs reprises des offres d'embauche dont le contenu correspondait aux conditions de rémunération et de reprise d'ancienneté offertes par le marché du travail local ; que, par suite, la Compagnie réunionnaise de services publics n'a pas commis de faute contractuelle en n'embauchant aucun agent communal ; que, dès lors, elle ne pouvait légalement être l'objet de pénalités financières pour l'exécution du contrat conclu avec la COMMUNE DE SAINT-PAUL ; qu'il en résulte que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal

## ب. أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة

١٠٧- القيمة القانونية لرأي إدارة الفتوى. في مصر، يتعين حتى يكون القرار الصادر من الإدارة بإعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير وفقا للمادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ٩٨ صحيحا أن تأخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة. وقد أبتغى المشرع بذلك أن يحقق رقابة قانونية على القرار الصادر من جهة الإدارة بإعفاء المتعاقد معها استنادا لتحقيق سبب أجنبي. فالسبب الأجنبي هو تكيف قانوني لوقائع معينة. وينصب الرأي الصادر من إدارة الفتوى على بحث شروط تحقق السبب الأجنبي ومدى مساهمته في تحقق الإخلال .

ولكن يلاحظ هنا أن ما يصدر عن إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة هو مجرد رأي، للإدارة أن تأخذ به ولها أيضا أن تطرحه جانبا ولا تأخذ به وتصدر قرارها على خلافه سواء برفض إعفاء المتعاقد من الغرامة أو بقبول إعفائه. ونعتقد أن المشرع لم يكن موقفا في هذا الصدد فقد كان عليه أن يجعل ما يصدر عن مجلس الدولة ممثلا في إدارة الفتوى ملزما لجهة الإدارة في مقام الإعفاء الوجوبى . هذا وقد يقال أن جهة الإدارة هي القائمة على تنفيذ العقد فهي طرف فيه وهى أيضا القوامة على المصلحة العامة فهي الأعم بمدى أحقية الما قول في الإعفاء. ولكننا نرد على ذلك بأن هذا الرأي يمكن أن يصدق بصدد الإعفاء الجوازى وذلك لأنه غير مشروط بسبب معين . أما الإعفاء الوجوبى فهو مشروط بتحقق سبب معين : السبب الأجنبي. فيجب أن يتحقق هذا السبب فعلا وأن يكون هو السبب في حصول الإخلال بعدم التنفيذ في الميعاد. وقد أراد المشرع توفير رقابة على جهة الإدارة للتأكد من قيام هذا السبب فعلا، وكون هذا السبب هو السبب الوحيد في حصول الإخلال، وذلك بإلزامها باستطلاع رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة. ولا شك في أن هذه الرقابة كانت سوف تكون محكمة حال كون الإدارة ملزمة بما يصدر عن إدارة الفتوى بمجلس الدولة لاسيما أن الإعفاء في هذا المقام مرهون بتحقق أمر معين.

---

administratif de Saint-Denis de La Réunion a rejeté la demande de la Compagnie réunionnaise de services publics tendant à l'annulation du titre de recette émis à son encontre par la COMMUNE DE SAINT-PAUL, le 9 octobre 2000".



ولذلك كان الأوفق أن يستبدل المشرع استئذان إدارة الفتوى باستطلاع رأيها. وعلى كل الأحوال فبالرغم من أن جهة الإدارة لها أن تأخذ بالرأي الصادر عن إدارة الفتوى أو تطرحه فهو مجرد رأي، إلا أنها ملزمة بأن تستطلع رأى إدارة الفتوى وأن تنتظر لحين صدور الفتوى. فلا تستطيع أن تصدر قرارها بالإعفاء قبل استطلاع رأى الإدارة المختصة وانتظار صدور هذه الفتوى وإلا كان قرار الإدارة معيباً من ناحية الشكل، ويمكن الطعن عليه أمام قاضى العقد .

هذا وتظهر أهمية رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة في حال كانت الفتوى الصادرة منها صادرة في صالح المتعاقد مع الإدارة - أي بقيام السبب الأجنبي وكونه هو السبب الوحيد في حصول الإخلال - وبالرغم من ذلك لم تأخذ بها جهة الإدارة. ففي هذه الحالة فإن المتعاقد مع الإدارة يستطيع أن يلجأ إلى القاضي الإداري - قاضى العقد - وللقضاء الإداري في هذا المقام سلطات جد واسعة فهو قضاء كامل، طالبا منه الحكم بإبطال القرار الصادر من جهة الإدارة بتوقيع الغرامة عليه عن مدة قيام السبب الأجنبي ورد المبالغ التي اقتطعتها جهة الإدارة ومدعما طلبه في ذلك برأى إدارة الفتوى المختصة بالمجلس .

## ثانياً:- الإعفاء الجوازي

١٠٨- النظام القانوني للإعفاء الجوازي في مصر وفرنسا. حرص المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على تنظيم حق الإدارة في منح الإعفاء الجوازي بقيود تهدف لتحقيق الصالح العام. فقد نصت المادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ٩٨ على أنه " وللسلطة المختصة - عدا هذه الحالة - بعد أخذ رأى الإدارة المشار إليها، إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر " .

ويتضح من هذه المادة أن القانون قد قيد سلطة الإدارة في منح الإعفاء الجوازي بقيدتين: موضوعي وإجرائي. أما القيد الموضوعي، فيمكن في ألا ينتج عن التأخير ضرر. أما القيد الإجرائي، فيتعلق بصدور قرار الإعفاء من السلطة المختصة بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بالمجلس. وبهذا يكون المشرع المصري قد نظم سلطة الإدارة في منح الإعفاء الجوازي موضوعياً وإجرائياً. أما في فرنسا، ففي ظل غياب النصوص التشريعية أو اللائحية التي تنظم موضوع غرامة التأخير، فإن النظام القانوني الفرنسي يتجه للاعتراف لجهة الإدارة

بسلطة تقدير واسعة في هذا المقام، بل وتكاد تكون مطلقة<sup>1</sup>.  
وإذا بحثنا عن الحكمة من وراء تقرير مبدأ الإعفاء الجوازي في النظامين المصري والفرنسي، نجد أن كل نظام منهما قد قدر أن هناك حالات يمكن أن يكون فيها المتعاقد مع الإدارة - بالرغم من ثبوت إخلاله بتأخره عن تنفيذ التزاماته العقدية في موعدها وأن هذا التأخير إنما يرجع إلى خطأه العقدي بانتفاء السبب الأجنبي- معذورًا. كأن تتحقق ظروف لا ترقى إلى مرتبة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أدت إلى تأخره في الوفاء بالتزاماته قبل الإدارة. أو يكون المتعاقد مع الإدارة قد أدخل في حسابه بحسن نية ظروف معينة تساعده في الوفاء بالتزاماته لم تتحقق مما أدى إلى تأخره في الوفاء بالتزاماته. أو تكون قد ألمت به ظروف شخصية لا تتوافر فيها شروط القوة القاهرة<sup>(2)</sup>. ومن هنا جاء الاعتراف للإدارة باعتبارها الطرف الأول في العقد والقائمة على إدارة المرفق العام وتسييره بالحق في إعفاء المتعاقد معها بالرغم من تقصيره إذا قدرت أن لذلك محلا. والاعتراف بهذه السلطة لجهة الإدارة يحقق اعتبارات تتعلق بالمرونة في تنفيذ العقد الإداري.

أما فيما يتعلق بأحكام الإعفاء الجوازي من الغرامة في كل من النظامين: المصري والفرنسي، فإن المفاضلة بينهما يتعين أن تتم وفقا للعديد من الاعتبارات. والحقيقة أن التنظيم القانوني السديد لسلطة الإدارة في إعفاء المتعاقد معها جوازيا من غرامات التأخير يتعين أن يحاط بالعديد من القيود والضوابط التي تكفل التوفيق بين اعتبارات المرونة واعتبارات الصالح العام.

وسوف نتناول بشيء من التفصيل سلطة جهة الإدارة في منح الإعفاء الجوازي في كل من البلدين من خلال تقييم الشروط التي قيد بها المشرع المصري سلطة جهة الإدارة في منح الإعفاء الجوازي سواء من الناحية الموضوعية أو الإجرائية، بالمقارنة بالوضع القانوني لهذه السلطة في فرنسا. وعلى ذلك سوف

<sup>1</sup> CAA Nancy, 15 février 2007, *Sté Sitelec Moselec*, n° 04NC01122, précité.

<sup>2</sup> وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بانه " من المسلم به كذلك إن اقتضاء الغرامات منوط بالجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقد، ومن ثم فلها أن تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما في ذلك غرامة التأخير إذا هي قدرت أن لذلك محلا، كما لو قدرت أنه لم يلحق المصلحة العامة أى ضرر من جراء التأخير أو غير ذلك من الظروف ". حكم ٧٤١ لسنة ٢٧ ق.ع، صادر ١٩٨٥/٥/٢٨، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٤٠.

نتناول بالتحليل أولاً التقييد الموضوعي لسلطة جهة الإدارة باشتراط ألا ينتج عن التأخير ضرر، ثم نناقش ثانياً التنظيم الإجرائي لهذه السلطة من خلال اشتراط أن يصدر القرار بالإعفاء من السلطة المختصة بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة .

## أ- التقييد الموضوعي :- ألا ينتج عن التأخير ضرر.

١٠٩- دور عنصر الضرر في نظرية الإعفاء في مصر. يمثل عنصر الضرر قيد موضوعي على سلطة جهة الإدارة في منح المتعاقد معها الإعفاء الجوازي من غرامات التأخير. فيشترط المشرع في المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات حتى تستطيع جهة الإدارة إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير ألا ينتج عن التأخير ضرر.

و الضرر الذي يمنع الإدارة من استخدام حقها في إعفاء المتعاقد معها يجب أن يكون ضرراً فعلياً، فلا يكفي التذرع بأن في التأخر عن الوفاء بالالتزامات العقدية حيال المرفق العام في حد ذاته ضرر مؤكد. فهذا القول كفيلاً بأن ينسف الإعفاء الجوازي المنصوص عليه في المادة ٢٣ من القانون من أساسه. ولكن في المقابل لا يشترط في هذا الضرر أن يصل لحد معين من الجسامه. فكلمة الضرر وردت في المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات مطلقة، والقاعدة أن المطلق يجرى على إطلاقه ما لم يقم الدليل على ما يقيد. فتحقق أي قدر من الضرر كفيلاً بأن يمنع الإدارة من إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير .

ولعل هذا الحكم يجد ما يبرره في أن المتعاقد مع الإدارة قد ثبت تقصيره في الوفاء بالتزاماته بانتفاء السبب الأجنبي، ومن ثم فالتقصير ثابت في جانبه. فإذا لحق المرفق العام ضرر فعلي من جراء هذا التقصير فإن ذلك يكون سبباً كافياً لأن يتحمل تبعه تقصيره.

وذلك بعكس الإعفاء الوجوبي والذي يشترط لاستحقاقه انتفاء الخطأ بتحقيق السبب الأجنبي. فالسبب الأجنبي هو سبب الإخلال المتمثل في التأخير في تنفيذ الالتزام. ولذلك فإن المشرع لم يشترط عدم تحقق ضرر في حالة الإعفاء الوجوبي. فحتى ولو حدث ضرر وأياً ما كان حجمه، فمتى كان سبب التأخير في تنفيذ الالتزام في الميعاد هو السبب الأجنبي وحده فإن المتعاقد مع الإدارة يستحق الإعفاء الوجوبي من الغرامة. ويلاحظ أن مشروع القانون رقم ٨٩ لسنة ٩٨، كان يتضمن

النص التالي " ويجوز للسلطة المختصة إعفاء المتعاقد من الغرامة، بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، إذا ثبت أن التأخير كان لأسباب خارجة عن إرادته ولم ينتج عنه ضرر". ولكن حذفت عبارة " ولم ينتج عنه ضرر " بناء على طلب الدكتور إدوارد غالى نظراً لأنه مادام لم يثبت أن لإرادة المتعاقد دخل في التأخير، فيجب حتماً أن يعفى من الغرامة بعض النظر عن الضرر. وحذفت أيضاً كلمة " يجوز ". وهكذا أصبح هذا النوع من الإعفاء وجوبي<sup>١</sup>.

ونرى أنه حسناً فعل المشرع بتعديل المشروع على النحو السابق تحقيقاً لاعتبارات العدالة، التي تأبى أن يوقع جزاء عقدياً على المتعاقد مع الإدارة عن إخلال ليست لإرادته دخل فيه ولا سبيل له لدفعه أو توقعه. وهذا الاتجاه يجد أيضاً ما يبرره في اعتبارات حسن النية في تنفيذ العقود التي تهيمن على كافة أنواع العقود.

فإذا كان المشرع لم يجعل لثبوت الضرر دور في ثبوت حق الإدارة في توقيع الغرامة إلا أن المشرع قد اشترط لثبوت حق الإدارة في إعفاء المتعاقد معها من توقيع الغرامة عليه ألا يترتب على إخلال المتعاقد مع الإدارة ضرر يصيب المرفق العام، فالضرر يلعب دوراً هاماً في مجال الإعفاء من الغرامة.

أما بالنسبة لموقف القضاء في مصر من عنصر الضرر، فيلاحظ أن مجلس الدولة قد تنبه منذ وقت طويل إلى أهمية عنصر الضرر في مجال الإعفاء من الغرامة إلا أنه لم يصل لاعتباره لازماً في كل إعفاء، بل اعتبره أحد العوامل التي تستهدي بها جهة الإدارة عند تقرير إعفاء المتعاقد معها من الغرامة. وفي هذا قررت الإدارية العليا أن " اقتضاء الغرامات منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعاً لذلك على تنفيذ شروط العقد، ولذا فلها مثلاً أن تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد، وظروف المتعاقد، فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما في ذلك غرامة التأخير إذا هي قدرت أن لذلك محلاً؛ كما لو قدرت أنه لم يلحق

<sup>١</sup>راجع مضبطة مجلس الشعب الفصل التشريعي السابع، دور الانتقاد العادي الثالث، الجلسة رقم ٢٧٤ في ١٩٩٨/٥/٢ مذكور لدى الدكتور أيمن محمد جمعة، رسالته للدكتوراه، بعنوان أثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، رسالة دكتوراه قدمت ونوقشت بجامعة الزقازيق سنة ٢٠٠٥.

المصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير أو غير ذلك من الظروف"<sup>(١)</sup>.  
 ١١٠- دور عنصر الضرر في نظرية الإغفاء في فرنسا. يبقى أن نشير إلي أن قاعدة إغفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامات التأخير إذا لم ينتج عن التأخير ضرر تجد لها بعض الانعكاسات في فرنسا ولكن في مجال الإغفاء الوجوبي. فالمادة ٥-١-٢٠ من كراسة الشروط العامة لعقد الأشغال تنص على إغفاء المتعاقد مع الإدارة إذا كان تأخره في مرحلة أو أكثر من مراحل التنفيذ لم يؤثر على إتمام كامل الصفقة في موعدها، وبشرط ألا يكون للتأخير الجزئي أي أثر على الأعمال الأخرى للمقولة محل العقد<sup>٢</sup>. وتفترض هذه الحالة من أحوال الإغفاء تحقق عدة أمور أولاً:- إن التنفيذ يتم على مراحل. ثانياً:- أن كل مرحلة يقابلها أجل محدد لإنهائها. ثالثاً:- أن يتضمن العقد نصوصاً تؤكد حق جهة الإدارة في توقيع غرامة التأخير في أحوال التأخير الجزئي. رابعاً:- أن يتم المقاول المتأخر في مرحلة أو أكثر من مراحل التنفيذ كامل المقولة في الميعاد المتفق عليه لإنهائها. خامساً:- ألا يكون للتأخير الجزئي أي أثر على الأعمال الأخرى للمقولة. فيتعين على المقاول أن يتم كل أعمال المقولة وفقاً للبنود والمواصفات التقنية المتفق عليها بحيث تكون كامل المقولة صالحة تماماً للتسليم الابتدائي في موعده.

فإذا تحققت هذه الشروط، فلا يمكن الإدعاء عندئذ بأن هناك ضرر فعلي قد أصاب المرفق العام المتصل به العقد من جراء التأخير. كما أن في النص على هذه الإمكانية في العقد ما يدفع المقاول المتأخر جزئياً إلى إتمام المقولة في موعدها حرصاً على الحصول على الإغفاء. على أن هذا النص لم يتكرر بصدد كراسات الشروط العامة للصفقات الأخرى. فمجال تطبيقه قاصر على عقود الأشغال العامة.

<sup>١</sup> حكم ٦١ لسنة ٢٠٠٢ ق.ع صادر في ١٩٦٠/٩/٢١ ، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٤٩٠: حكم ٧٤١ لسنة ٢٧ ق.ع ، صادر في ١٩٨٥/٥/٢٨ ، ذات المرجع ، ص ٧٩٨ : حكم في الطعن رقم ١٣٦٤ و ١٤٧٥ لسنة ٣٦ ق.ع، صادر في ١٩٩٣/٧/١٣ ، ذات المرجع ، ص ٥٠٥ : والفتوى رقم ١١٦ صادر في ١٩٨٨/١/٢٥ ، ذات المرجع ، ص ٥٠٣

<sup>٢</sup> L'article 20.1.5 du Cahier de clauses administratives générales "Travaux" dispose que " En cas de retard sur un délai partiel prévu au marché, si le délai global est respecté, le représentant du pouvoir adjudicateur rembourse au titulaire les pénalités provisoires appliquées, à la condition que le retard partiel n'ait pas eu d'impact sur les autres travaux de l'ouvrage".

وبالمقابل، نجد حالة أخرى للإعفاء الوجوبي تكاد تجمع عليها كراسات الشروط العامة في فرنسا مع اختلاف في التفاصيل. فكراسة الشروط المتعلقة بعقد الإشغال العامة<sup>١</sup>، وكذلك المتعلقة بعقود الأداءات الفكرية<sup>٢</sup>، و الصفقات الصناعية<sup>٣</sup>، الصناعية<sup>٤</sup>، تنص جميعها على إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامات التأخير في حالة عدم تجاوز مبلغ مجموع غرامات التأخير عند نهاية الصفقة مبلغ ١٠٠٠ يورو. أما كراسة الشروط المتعلقة بعقد التوريد<sup>٥</sup>، وكذلك تلك المتعلقة بتقنيات المعلومات والاتصال<sup>٥</sup>، تنص على هذه الإمكانية إذا لم يجاوز مجموع الغرامات عند نهاية الصفقة مبلغ ٣٠٠ يورو.

وتجد هذه الإعفاءات ما يبررها في ضألة قيمة مبلغ الغرامة، وهي ما يعني ضألة قيمة الضرر الفعلي المتحقق من جراء التأخير. فغرامات التأخير في فرنسا تعويضات اتفافية عن التأخر في التنفيذ. وبالتالي يراعي في تقديرها قيمة الضرر الفعلي المتحقق. أما الصفة الجزافية لهذه التعويضات فلا تعني أبدا التحكم. فتقدير مبلغ الغرامة يراعي فيه بالتأكيد الضرر المتوقع. ومن ثم فإن ضألة قيمة مبلغ الغرامات يعني ضألة الضرر المتحقق فعلا. وذلك بعكس الحال في مصر. فغرامات التأخير في مصر هي في حقيقتها عقوبة عقدية إدارية. فهي ليست مقابلا للضرر. ووفقا لنص المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨ فإن توقيع غرامات التأخير لا يخل بحق الإدارة في الرجوع على المتعاقد المقصر بكامل التعويضات.

ومن هذا المنطلق، نرى أن مسلك المشرع المصري في إطلاقه لشرط الضرر يمكن أن يكون محل نقد، بصفة خاصة وأن غرامة التأخير لا تقابل أي ضرر فهي عقوبة إدارية خالصة. ومن ثم، كان يجدر بالسياسة التشريعية أن تراعي مبدأ التفريد في العقوبة. وهو ما كان يستدعي منح الإدارة قدر أكبر من حرية التقدير.

## ب. التنظيم الإجرائي لسلطة الإدارة في الإعفاء

<sup>1</sup> Voir, l'article 20-4 du CCAG Travaux

<sup>2</sup> Voir, l'article 14-3 du CCAG "Prestations Intellectuelles"

<sup>3</sup> Voir, l'article 15-5 du CCAG Industriels

<sup>4</sup> Voir, l'article 14-1-3 du CCAG "FCS"

<sup>5</sup> Voir, l'article 14-1-3 du CCAG "TIC"

١١١- غياب التنظيم الإجرائي للإعفاء الجوازي من غرامات التأخير في فرنسا وأثره على سلطة الإدارة. يسلم مجلس الدولة الفرنسي بأن سلطة الإدارة في منح المتعاقد معها الإعفاء من غرامات التأخير هي سلطة تقديرية. فالإدارة لها أن تتنازل في أي وقت عن حقها في توقيع غرامة تأخير على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته. وفي ظل غياب النصوص التي تنظم موضوع غرامة التأخير يتجه القضاء الإداري للاعتراف للإدارة بسلطة تقديرية جد واسعة في هذا المقام. فلها حسبما يتراءى لها من اعتبارات إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير كلياً أو جزئياً.

ويبرر فقه القانون العام في فرنسا منح الإدارة هذه السلطة بالرغم من عدم وجود نص ينظمها. بأن الإدارة هي التي تبرم العقد الإداري وأن تنفيذه يتم تحت إشرافها وبالتالي فهي الأقدر على تقدير عذر المتعاقد المخل بالتزامه بتنفيذ أداءاته العقدية في موعدها. ومن جهة أخرى، فإن جهة الإدارة باعتبارها القائمة على إدارة المرافق العامة هي الأقدر على تحديد الضرر الفعلي الذي أصاب المرفق من جراء التأخير.

وغياب التنظيم التشريعي لسلطة جهة الإدارة في منح الإعفاء الجوازي كان له انعكاساته على الشق العملي في منازعات الإعفاء من غرامات التأخير في فرنسا. فنادراً ما يطلب المتعاقد من قاضي العقد منحه الإعفاء الجوازي بعد رفض الإدارة له. فالإجابة معروفة سلفاً في أغلب الأحوال. فالقاضي الإداري يرفض أن يحل نفسه محل الإدارة ويمنح المتعاقد معها هذا النوع من أنواع الإعفاء. وصعوبة الرقابة القضائية تتبع في الحقيقة من طبيعة السلطة الممنوحة لجهة الإدارة: السلطة التقديرية. وكان من نتيجة ذلك أن أغلب منازعات الإعفاء تتركز على الإعفاء الوجوبي. فغالباً ما يدعي المتعاقد مع الإدارة أن التأخير في وفاءه بالتزاماته العقدية في موعدها راجع لتحقق سبب أجنبي لا يد له فيه.

١١٢- التنظيم الإجرائي لسلطة الإدارة في الإعفاء الجوازي في مصر. حرص المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على تنظيم حق الإدارة في منح الإعفاء الجوازي بقيود تهدف لتحقيق الصالح العام. فقد نصت المادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ٩٨ على أنه " وللسلطة المختصة - عدا هذه الحالة - بعد أحد رأى الإدارة المشار إليها، إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن

التأخير ضرر ". فيتعين وفقا لنص لهذا النص أن يصدر بالإعفاء قرار من السلطة المختصة بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة .

ويلاحظ أن النص على الإعفاء الجوازي في صلب قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته هو أمر مستحدث، حيث أن القوانين السابقة لم تكن تنطوي على تنظيم متكامل للإعفاء بل كانت تنطوى على تنظيم جزئي. فعلى سبيل المثال، نصت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات السابق ٩ لسنة ٨٣ في المادة رقم ٨، على أنه " لا يدخل في حساب مدة التأخير مدد التأخير التي يثبت لجهة الإدارة نشئوها عن أسباب قهرية "، ولم يتضمن نصوصا تنظم السلطة المختصة بتقدير تلك الأسباب وإصدار قرار الإعفاء ولم يورد ذكرا للإعفاء الجوازي من الغرامة أيضا ضمن نصوصه ". وهو ما أثار خلافا في الفقه بين منح الإدارة سلطة الإعفاء في غير حالة تحقق أسباب قهرية أو عدم منحها هذا الحق .

فذهب رأى<sup>١</sup> إلى أنه متى كانت الغرامة تثبت بمجرد تحقق التأخير، فهي إذا دينا مستحق للدولة في مواجهة المتعاقد معها، ومن ثم فإن التنازل عنها أو الإعفاء منها هو في الحقيقة تنازل عن مال مملوك للدولة، وهذا له إجراءات وشروط فلا يجوز للإدارة أن تتنازل عن حقها في اقتضاء الغرامة إلا في حالة القوة القاهرة .

بينما ذهب غالبية الفقه في مصر<sup>٢</sup> إلى جواز تنازل الإدارة عن غرامات التأخير وإعفاء المتعاقد معها من الغرامة متى قدرت سلامة الأسباب التي تدعو لذلك. فالسلطة التي تتمتع بها الإدارة في توقيع الغرامة هي سلطة تقديرية، تمارسها باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة، والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقود الإدارية، أو لأن الغرامة هي جزاء عقدي يقصد به في المقام الأول حث المتعاقد على تنفيذ التزاماته في مواعيدها المقررة .

<sup>١</sup> د. أحمد رفعت خفاجي، مرجع سابق، ص ١٦٣٨، مشار إليه لدى الدكتور / سيد أحمد جاد الله ، سلطات القاضى إزاء العقد الإدارة ، مرجع سابق ، ص ٣٤٢ .

<sup>٢</sup> د. عثمان عياد ، مرجع سابق ، ص ٣٤٨ : د. عبد المجيد، مرجع سابق، ص ١٨٠ : د. هارون الجمل، مرجع سابق ، ص ١٤٥ : د. نصر بشير، مرجع سابق، ص ١١١ .



أما بالنسبة لمجلس الدولة المصري فيبدو أن تردده<sup>١</sup> في منح الإدارة سلطة إعفاء المتعاقد معها بناء على الأسباب التي تقدرها لم يطل. فمنذ بداية الستينيات، اتجه القاضي الإداري المصري للاعتراف صراحةً بسلطة الإدارية التقديرية في منح المتعاقد معها الإعفاء الجوازي. وقد ظهر هذا الاتجاه في الأحكام و الفتاوى الصادرة عنه. فتقرر المحكمة الإدارية العليا في قضاء مستقر أن " الغرامات التي ينص عليها قي تلك العقود، توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون حاجة إلي صدور حكم بها إذا توافرت شروط استحقاقها بحصول الإخلال من المتعاقد معها و لها أن تستنزل قيمتها من المبالغ التي عساها تكون مستحقة بموجب العقد دون أن تلزم بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل ابتداء من المتعاقد إثبات عدم حصوله على اعتبار أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير، لئن كان ما تقدم كله هو الأصل إلا أنه من المسلم به كذلك أن اقتضاء الغرامات منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعاً لذلك على تنفيذ شروط العقد، ولذا فلها مثلاً أن تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد، فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما في ذلك غرامة التأخير، إذا هي قدرت أن لذلك محلاً، كما لو قدرت أنه لم يلحق المصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير أو غير ذلك من الظروف "

ولذلك نجد أن المشرع في القانون ٨٩ لسنة ٩٨ قد أراد حسم هذا الخلاف، فجاء في المادة ٢٣ ليقدر حلاً وسطاً فأعطى لجهة الإدارة الحق في الإعفاء

<sup>١</sup> فقد افتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في الفتوى رقم ٦٣٧ بتاريخ ١٩٥٦/١٠/٢٥، بأن إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير يستوجب اتخاذ اجراءات التنازل عن المال العام. الفتوى المذكور في مجموعة الأربعين في العقود الإدارية، ص ٦٩٤.  
<sup>٢</sup> أنظر على سبيل المثال، حكم ٦١ لسنة ٢ ق.ع، صادر في ١٩٦٠/٩/٢١، مجموعة الأربعين في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٨٨ - ٤٩٠: حكم ١٣٤ لسنة ٢٢ ق.ع، صادر في ١٩٨١/١/١٠، نفس المرجع، ص ٥٤٣: حكم ٢٦٠ لسنة ١٢ ق.ع، صادر في ١٩٧٣/٣/٢١، نفس المرجع ص ٥٤٠. بصدد الفتاوى، فتوى رقم ٣٢٣ في ١٩٥٩/٥/١٠، نفس المرجع، ص ٦٩٨: فتوى رقم ١١٦ في ١٩٨٨/١/٢٥، نفس المرجع، ص ٧١٤.

الجوازي مع تقيده بقيدين يكفلان تحقيق الصالح العام. الأول:- يتعلق بعدم حدوث ضرر من جراء التأخير. والثاني:- يتمثل أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة. وبهذا حسم المشرع الخلاف السابق وقطع الطريق على أي خلاف مستقبل بصدد الإعفاء الجوازي بالإضافة إلى تحديده للسلطة المختصة بالإعفاء.

فيتعين أولاً:- قبل أن يصدر قرار الإعفاء بعد أخذ رأى الإدارة المختصة بمجلس الدولة وهي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة. وبالرغم من أن ما يصدر عن إدارة الفتوى رأى استشاري للإدارة أن تأخذ به أو تطرحه، فإنه يتعين عليها أن تطلب الرأي وأن تنتظر لحين صدور الرأي<sup>١</sup>.

ويتعين ثانياً:- أن يصدر قرار بالإعفاء من السلطة المختصة. وهذه السلطة المختصة حددتها المادة الثانية من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وهي الوزير أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة كل في نطاق اختصاصه أو من يفوضه أي من هؤلاء من شاغلي الوظيفة الأدنى مباشرة دون سواه، وذلك مع التقيد بشروط وضوابط التفويض المعروفة في القانون الإداري .

١١٣- أفضلية التنظيم الإجرائي المصري لسلطة الإدارة في منح الإعفاء. التنظيم الإجرائي لسلطة الإدارة في منح الإعفاء الجوازي الذي أتى به النظام القانوني المصري يبدو أكثر تجاوبا من نظيره الفرنسي مع مقتضيات المصلحة العامة ومع مصلحة المتعاقد مع الإدارة في ذات الوقت.

فمن جهة أولى، يضمن التنظيم الذي أتى به المشرع المصري في القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ألا تفرط الإدارة في استخدام سلطتها في الإعفاء وتمنحه لمن لا يستحق. فالإفراط أو التفريط في منح الإعفاء يمكن أن يؤدي لنتائج وخيمة على تنفيذ العقود التي تبرمها الإدارة بالنظر للدور الذي تلعبه غرامات التأخير في تحقيق انضباط سير المرافق العامة. وقد يقال أنه لا فائدة عملية من القيود الإجرائية التي وضعها المشرع المصري في المادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وذلك في الحالة التي لا تحترمها فيها جهة الإدارة. فمع التسليم بأنه إذا لم تأخذ رأى الإدارة

<sup>١</sup> أنظر بصدد شروط وضوابط التفويض في الاختصاص، د. محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، طبعة ٢٠٠٠، ص ١٠٤ وما بعدها : د. عبد الغنى بسيوني عبد الله ، النظرية العامة للقانون الإداري، الإسكندرية، الناشر منشأة المعارف، طبعة ٢٠٠٣، ص ١٩٧ : د. ماجد راغب الحلوة، القانون الإداري ، الإسكندرية، دار الجامعة الجديد، طبعة ٢٠٠٦ ، ص ٨٣ وما بعدها.

المختصة بمجلس الدولة فإن قرار الإدارة في هذه الحالة سوف يكون مشوبا بعبء في الشكل لإغفاله أحد الإجراءات الشكلية الجوهرية، فإن قاضي العقد الإداري لن يستطيع المساس بهذا القرار. ويصدق ذات الحكم على الحالة التي تمنح فيها الإدارة الإعفاء للمتعاقد معها انحرافا منها في استعمال سلطتها وبصفة خاصة إذا كان رأى الإدارة المختصة بمجلس الدولة بعدم منحه الإعفاء. فمن المعلوم أن الصفة أو المصلحة هي أحد شروط قبول الدعوى التي يتعين أن تتحقق حتى يستطيع القاضي النظر في موضوع الدعوى. وفي مجال دعوى العقد، فإن الدعوى لا تقبل كقاعدة عامة إلا إذا تم رفعها من أحد أطرافه<sup>1</sup>. وبالتالي، فإن القضاء لن يستطيع نظر الدعوى التي تستهدف إلغاء قرار منح الإعفاء لعدم توافر الصفة إذا رفعت من غير المتعاقد الذي أعفته الإدارة. ونرد على ذلك بالقول بأن القضاء الإداري ليس الجهة الوحيدة المختصة برقابة أعمال الإدارة. فهناك أيضا الرقابة الذاتية التي تباشرها السلطات الرئاسية والجهات الرقابية داخل السلطة التنفيذية، وهناك الرقابة البرلمانية التي يباشرها ممثلو الشعب. وهناك أخيرا الرقابة الشعبية. ومن ثم يبدو التنظيم الإجرائي الذي أتى به المشرع المصري أكثر مدعاة لحفظ المصلحة العامة التي تقتضي أن يكون منح هذا الحق في موضعه بغير إفراط أو تفريط.

ومن جهة ثانية:- يبدو التنظيم الإجرائي الذي أتى به المشرع المصري أكثر تجاوبا من نظيره الفرنسي مع مصلحة المتعاقد مع الإدارة في الأحوال التي يقوم فيها عذر المتعاقد مع الإدارة على مبررات جدية تحمله. إذ أن في استطلاع رأي إدارة الفتوى ما يشكل تشجيعا لجهة الإدارة على منح الإعفاء في الأحوال التي يكون فيها عذر المتعاقد مستساغا وذلك دون خشية من مساءلة الجهات الرقابية. كما أن المتعاقد مع الإدارة في حال سير الإدارة في إجراءات منحه الإعفاء ثم عدولها عنه دون مبرر يستطيع الاستناد إلى هذه الفتوى قضائيا. وقد يقال أن الإعفاء في هذا المقام جوازى. وبالتالي فحتى لو صدر رأى السلطة المختصة بمجلس الدولة وكان في صالح المتعاقد مع الإدارة فإنه ليس ثمة التزام على عاتق جهة الإدارة بمنحه الإعفاء، فستطيع السلطة المختصة رفض طلب منح الإعفاء. والحقيقة أن سلطة الإدارة في مقام منح الإعفاء وإن كانت تقديرية إلا أنها ليست مطلقة. فهذه السلطة يتعين ألا يشوبها انحراف في استعمالها. ويستطيع المتعاقد مع الإدارة الاستناد لهذه الفتوى كأحد العناصر التي يمكن أن تثبت انحراف سلطة الإدارة وعتتها في منح

<sup>1</sup> انظر لمزيد من التفصيل حول منازعات العقود الإدارية بصفة عامة، د. ماجد الحلوة، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٨١ وما بعدها.

الإعفاء في حال تحققه.

وقد اعترض بعض أعضاء مجلس الشعب عند مناقشة مشروع قانون المناقصات والمزايدات الحالي<sup>١</sup> على القيد المتعلق باستطلاع رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة بحجة أن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إطالة الوقت الذي يستغرقه صدور قرار البت في الإعفاء، وبخاصة أن رأي الجهة المختصة بالفتوى بمجلس الدولة ليس إلا رأيا استشاريا للإدارة أن تأخذ به أو أن تطرحه .  
ولكن الحقيقة أننا نرى أن المشرع المصري كان موفقا في فرض هذا القيد للأسباب التالية:

١. إن في اشتراط استطلاع رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ما يحقق نوع من أنواع الرقابة القانونية السابقة على اتخاذ القرار، وذلك لأن الرأي وإن كان استشاري إلا أن الإدارة ولا شك سوف تجد حرجا في مخالفته ما لم تكن هذه المخالفة مبنية على أسباب جدية مهمة تبرر طرح رأى قانوني متخصص يصدر من جهة قانونية متخصصة عريقة ومحايده مثل إدارة الفتوى بمجلس الدولة. فالرأي الصادر عنها بلا مرأى له قوة أدبية هامة لا ينبغي إغفالها أو التقليل من شأنها .

٢. كذلك فإن الرأي الذي يبديه مجلس الدولة ممثلا في إدارة الفتوى المختصة بالمجلس يعطى شجاعة لممثلي بعض الجهات الإدارية في منح الإعفاء، إذ أن الخشية من الأجهزة الرقابية المتعددة قد تمنع بعض المسؤولين من منح الإعفاء رغم تحقق شروطه وبالذات الإعفاء الجوازي خشية من تحمل المسؤولية. وهو ما يكون له أبلغ الضرر على مصلحة المتعاقد مع الإدارة " إذ أنه لن يكون أمامه عندئذ سوى ولوج باب القضاء طالبا منه الحكم بإلغاء أو تعديل الغرامة وهو ما يؤدي إلى ضياع الوقت والجهد والنفقات<sup>٢</sup> .

٣. كذلك فإن البت في مسألة إعفاء المقاول - بالذات الإعفاء الجوازي - يتطلب

<sup>١</sup> راجع مضبطة مجلس الشعب، الفصل التشريعي السابع، دور الانعقاد الثالث، الجلسة رقم ٧٤ في ١٩٩٨/٥/٢، مشار إليه لدى الدكتور / أيمن جمعه، اثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، رسالة الدكتوراه نوقشت بجامعة الزقازيق سنة ٢٠٠٥، ص ٢٤٣ - ٢٤٤.

<sup>٢</sup> د. سيد أحمد جاد الله، مرجع سابق، ص ٣٤٥.

في العديد من الأحوال الإلمام بمفاهيم وقواعد قانونية قد لا يتسنى لموظفي جهة الإدارة الإلمام بها<sup>١</sup>. فالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير هي مفاهيم قانونية لها شروطها المحددة قانوناً وقد لا يتسنى لموظفي جهة الإدارة الذين بيدهم سلطة الإعفاء العلم بها، ولكن بلا شك فإن إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة بتكوينها القانون الراسخ يتوافر لها هذا العلم.

٤. أما بالنسبة للحجة التي يستند إليها من عارض هذا الرأي، وهي إطالة الوقت الذي يستغرقه البت في قرار الإعفاء، فيمكن الرد عليه بأن سبب ذلك يكون غالباً عدم إرسال جهة الإدارة المستندات التي تطلبها منها إدارة الفتوى، ونرى كما يرى البعض بحق أن انتظار بعض الوقت أفضل للمتعاقد مع الإدارة من فرض غرامات التأخير عليه، خاصة إذا لم يكن مسئولاً عن هذا التأخير<sup>٢</sup>.

١١٤ - سلطة جهة الإدارة في سحب الإعفاء. قبل أن نختم هذا الحديث عن سلطة الإدارة في منح الإعفاء يبقى لنا أن نتساءل. هل يجوز لجهة الإدارة أن تسحب قرارها بمنح الإعفاء من توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها؟  
السبب في طرح هذا التساؤل يكمن في أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع أفتت بتاريخ ٦ فبراير ١٩٩٢ بأن "القرارات التي تصدرها جهة الإدارة استناداً إلى نصوص العقد أو تنفيذاً له تدخل في منطقة العقد، ولا يتقيد سحبها بمواعيد الإلغاء ولا يعصمها من هذا السحب فوات المواعيد، فيجوز العدول عنها في أي وقت إذا تبين فساد ما قامت عليه من أسباب بحسبان أنه إنما ينحسر عنها وصف القرار الإداري بما يتفرع عنه من الإلغاء أو السحب"<sup>٣</sup>.  
هذا وقد رتبت الجمعية العمومية على ذلك وفي فتوى أخرى نتيجة هامة، وهي أن قرار جهة الإدارة بإيقاع الغرامة أو الإعفاء منها يتعلق بالعقد الإداري ومؤدى ذلك أن للإدارة مراجعته دون التقيد بميعاد سحب القرار الإداري. وقد طبقت الجمعية المبدأ السابق على نزاع بين شركة المقاولون العرب وجهه الإدارة. وكانت

١. د. أيمن محمد جمعة، مرجع السابق، ص ٣٤٤.

٢. د. سيد أحمد جاد الله، مرجع سابق، ص ٣٤٦: د. أيمن محمد جمعه، مرجع سابق، ص ٢٤٤.

٣. فتوى رقم ١٥٥ صادرة في ١٩٩٢/٢/٦، مجموعة الأربعين عاماً في العقود الإدارية، مرجع

سابق، ص ٥٥٠.

جهة الإدارة قد سبق وأصدرت قرار بمنح الشركة المذكورة إعفاء من الغرامة عن المدة التي سبق وتأخرت فيها في إنجاز الأعمال عن مواعدها، ثم أرادت الجهة الإدارية العدول عن هذا الإعفاء لفساد في التقرير. فأرسلت جهة الإدارة إلى الجمعية العمومية لقسمة الفتوى والتشريع تطلب منها الرأي القانوني، فأفتت الجمعية العمومية أن " تطبيق سند إعفاء ( شركة المقاولون العرب ) من غرامة التأخير لا يحول دون معاودة إلزامها بها متى تحقق مناط ما تقدم" <sup>1</sup>.

والحقيقة أن هذا الرأي الذي أفتت به الجمعية العمومية فيه تطرف كبير، فإذا كانت المقدمة التي بدأت منها الجمعية العمومية صحيحة وهي أن القرارات التي تصدرها جهة الإدارة استنادا إلى نصوص العقد أو تنفيذا له تدخل في منطقة العقد، إلا أن النتيجة التي انتهت إليها وهي إجازة العدول عن القرارات التي تصدرها وتدخل في منطقة العقد في أي وقت إذا تبين فساد الأسباب التي قامت عليها فيها تطرف كبير لعدة أسباب :

أولاً :- فالمتعاقد مع الإدارة قد تعلق حقه بالإعفاء الممنوح له من قبلها، وأصبح له حق مكتسب في هذا الإعفاء ، ومن ثم فلا يجوز لها أن تنتزع منه هذا الحق بحجة الفساد في التقرير .

ثانياً :- الاتجاه الذي تبنته الفتوى السابقة يناقض اعتبارات استقرار الأوضاع. إذا لا شك أن في إجازة عدول جهة الإدارة عن قرارها بإعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير لخطأ منسوب لجهة الإدارة وهو فساد التقدير، ما يؤدي إلى إحداث بلبلة واضطراب في معاملات جهة الإدارة، لاسيما أن الجمعية أجازت للجهة الإدارية العدول في أي وقت دون التقيد بأية مواعيد .

ثالثاً :- اعتبارات الثقة الواجب توافرها في المعاملات تؤدي إلى عكس الرأي الذي أفتت به الجمعية العمومية لقسمة الفتوى والتشريع، فاعتبارات الثقة توجب القول بتقيد جهة الإدارة بقرارها بمنح الإعفاء للمتعاقد معها .

ولذلك فنحن نرى أن جهة الإدارة لا يجوز لها أن تسحب الإعفاء الصادر

<sup>1</sup> فتوى رقم ٦٦٨ بتاريخ ٢٥/٨/٢٠٠٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمة الفتوى والتشريع حتى عام ٢٠٠٥ ، ص ٧٧٨ وما بعدها. ويلاحظ أن المحكمة الإدارية العليا تذهب إلى أنه " إذا صدر قرار بإعفاء المقاول من غرامة التأخير فلا يجوز للجهة الإدارية الرجوع من هذا القرار أو سحبه " . الحكم في الطعن رقم ٢١١٣ لسنة ٣٤ ق.ع، جلسة ١٩٩٢/٤/٢١، مذكور لدي المستشار محمد ماهر أبو العينين، الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة، الجزء الثاني، طبعة ٢٠٠٠، بدون دار نشر .

منها للمتعاقد معها إلا لسبب وحيد وهو الغش والتدليس، كأن تكون المستندات التي قدمها المتعاقد ليثبت بها عذره غير صحيحة ومزورة، أو أن يكون قرار الإعفاء قد صدر بناء على اتفاق آثم بين من أصدر قرار الإعفاء والمتعاقد مع الإدارة أو في حالة إفساد المتعاقد مع الإدارة لأحد الأشخاص الذين كان لهم يد في قرار الإعفاء. أما القول بجواز سحب الإعفاء في أي وقت متى تبين فساد تقدير جهة الإدارة في منح الإعفاء فهو أمر لا يمكن قبوله ولا سيما أن الخطأ هنا في منح الإعفاء هو خطأ جهة الإدارة وليس للمتعاقد معها يد فيه.

أما بالنسبة للشق الثاني للفتوى ، وهو المتعلق بجواز العدول عن قرار فرض الغرامة في أي وقت دون التنفيذ بمواعيد السحب المشترطة في القرارات الإدارية، فهو مقبول لاسيما أن هذه القرارات صادرة بتوقيع عقوبة. وبالتالي فلا مصلحة للمتعاقد الآخر في بقائها ولا يتعلق له حق بها<sup>1</sup> ، بل إن مصلحته في سحبها

## المطلب الثاني

### تنظيم غرامات التأخير في بعض أنواع العقود الإدارية

١١٥- تنظيم غرامات التأخير في عقدي الأشغال العامة والتوريد. حرص المشرع المصري على تنظيم غرامات التأخير في قانون الصفقات العامة ولائحته التنفيذية. فقد نصت المادة ٢٣ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على كيفية حساب غرامة التأخير وبينت اللائحة التنفيذية لهذا القانون القواعد التفصيلية لحساب الغرامة، فنصت م ٢٣ فقرة ١ على أنه " إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ، على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير طبقاً للأسس وبالنسب وفي الحدود التي بينها اللائحة التنفيذية، بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة (٣%) من العقد بالنسبة لشراء المنقولات وتلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية، (١٠%) بالنسبة لمقاولات الأعمال والنقل "

<sup>1</sup> وهذا الاعتبار ذاته هو ما دعى مجلس الدولة إلى استثناء القرارات الإدارية المتعلقة بفصل الموظفين من مبدأ عدم جواز سحب القرارات الفردية السليمة. أنظر، د. عبد الغنى بسيونى ، النظرية العامة للقانون الإدارى، مرجع سابق، ص ٥٢٢.

أما في فرنسا فتتولى كراسات الشروط العامة للصفقات تنظيم غرامات التأخير. فالمادة ٢٠ من كراسة الشروط العامة المتعلقة بعقد الاشغال، والمادة ١٤ من كراسة الشروط العامة المتعلقة بعقد التوريد وتلقي الخدمات، والمادة ١٥ من كراسة الشروط العامة المتعلقة بالصفقات الصناعية، والمادة ١٤ من عقود صفقات تقنية المعلومات والاتصالات، والمادة ١٤ من كراسة الشروط العامة المتعلقة بالأداءات الفكرية تنص على كيفية تطبيق وحساب غرامات التأخير<sup>١</sup>. وتختلف الأحكام التفصيلية للغرامات تماثيا مع تنوع الصفقات العامة. وينص قانون الصفقات العامة الجديد في المادة ١٥ على الترخيص لجهة الإدارة بالإحالة إلى كراسة الشروط العامة المتعلقة بالصفقة محل التعاقد. وبالتالي، تنطبق بنود كراسات الشروط العامة المنظمة لغرامة التأخير متى خلا العقد أو وثائقه الخاصة على اتفاق يخالفها.

وبالتالي يتقارب التنظيم القانوني لغرامات التأخير في فرنسا في عموميته من مثيله المصري. والملاحظ بصفة عامة أن تنظيم غرامات التأخير في مصر وفرنسا تسيطر عليه اعتبارات الفاعلية ليتجاوب مع طبيعة غرامات التأخير باعتبارها جزاء عقدي يهدف لحث المتعاقد مع الإدارة على الوفاء بالتزاماته في مواعيدها.

والملاحظ بصفة عامة أن تنظيم غرامات التأخير في مصر يتفق مع تنظيمها في فرنسا في المبادئ العامة. ومع ذلك يمكن ملاحظة العديد من الاختلافات في القواعد التفصيلية التي تستدعي الدراسة والتحليل وصولا للتقييم.

وسوف نقصر في معالجتنا لتنظيم غرامات التأخير على دراسة التنظيم القانوني للغرامات في عقدي الإشغال العامة والتوريد باعتبارهما من أهم أنواع العقود الإدارية وأكثرها شيوعا. وسوف نخصص الفرع الأول لتنظيم غرامات التأخير في عقود الأشغال، والفرع الثاني لتنظيم غرامات التأخير في عقود التوريد.

---

<sup>1</sup> Voir, l'article 20 du CCAG « Travaux », l'article 14 du CCAG « Fournitures courantes et services » (FCS), l'article 15 du CCAG « Marchés industriels (MI), l'article 14 du CCAG « Techniques de l'information et de la communication » (TIC) et l'article 14 du CCAG « Prestations intellectuelles » (PI) prévoient les modalités d'application et de calcul des pénalités de retard.



تنظيم الغرامة في عقود مقاولات الأشغال العامة

١١٦- تنظيم غرامات التأخير في عقود مقاولات الأشغال في مصر وفرنسا. عقد الأشغال العامة كما عرفته محكمة القضاء الإداري هو "عقد مقولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة ، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقر لحساب هذا الشخص المعنوي العام، تحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد"<sup>١</sup> .

وقد بينت المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨<sup>٢</sup> ، القواعد التفصيلية لحساب الغرامة بصدد عقود مقاولات الأعمال، فنصت المادة ٨٣ على أنه " يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة فإذا تأخر جاز للسلطة المختصة- إذا اقتضت المصلحة العامة- إعطائه مهلة لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة تأخير اعتبارا من بداية هذه المهلة وإلى أن يتم التسليم الابتدائي وذلك بواقع (١%) عن كل أسبوع أو جزء منه بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة ١٠% من قيمة العقد ، وتحسب الغرامة من قيمة ختامي العملية جميعها إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة، أما إذا رأت الجهة أن الجزء المتأخر لا يسبب شيئا من ذلك، فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع السابقة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط".

وفي فرنسا، تنص المادة ١-٢٠ من كراسة الشروط العامة لعقد الإشغال المنشورة في الجريدة الرسمية في ١٣ أكتوبر ٢٠٠٩<sup>٣</sup>، على أنه في حالة التأخر المنسوب للمتعاقد في تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها، سواء التأخر في تنفيذ كامل الصفقة أو إحدى مراحلها متى كان لها مدة محددة لتنفيذها أو كان يجب إنهاؤها في

<sup>١</sup> حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن رقم ٢٨٤ لسنة ٨، بتاريخ ١٢/٢٣/١٩٥٦، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري السنة ١١، بند ٧٠، ص ١٠٤.

لمزيد من التفصيل بصدد عقد الإشغال العامة وأركانها أنظر د. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص ٥١٠: د. أنس جعفر، مرجع سابق، ص ٤٠: د. ماجد الحلوة، مرجع سابق، ص ١٧٢.

<sup>٢</sup> صدرت هذه اللائحة بموجب قرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨.

<sup>٣</sup>CCAG Travaux, Publié JORF n°0227 du 1 octobre 2009 page 15907, texte n° 16.

تاريخ محدد، توقع غرامة تأخير يومية بواقع ٣٠٠٠/١ من قيمة كامل الصفقة أو من المرحلة المعتبرة التي حدث بشأنها التأخير أو الإخلال بالمواعيد المتعاقد عليها مع جهة الإدارة. وقيمة الصفقة تتحدد على أساس السعر الأولي المطروح على أساسه الصفقة دون حساب لضريبة المبيعات والشراء.

وتحليل النصوص اللائحية التي تنظم غرامة التأخير في عقد الإشغال العامة في مصر ومقارنتها بتلك المنصوص عليها في كراسة الشروط العامة لعقد الإشغال في فرنسا يوضح لنا الأمور التالية :

١١٧- أولاً:- بيان كيفية تطبيق الغرامة بنصوص لها صفة العمومية. أول ما يتضح من العرض السابق للمواد ٢٣ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والمادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية له، أن المشرع المصري قد فضل أن يحدد نسبة الغرامة والكيفية التي تحسب بها في صلب قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية.

وبالنسبة للوضع في فرنسا، فعلى الرغم من أن النصوص المنظمة لكيفية حساب غرامات التأخير في عقد الإشغال قد تضمنتها كراسة الشروط العامة، إلا أن النتيجة العملية لتنظيم هذه المواد بمقتضى كراسة الشروط تقترب من الوضع في مصر. فكما سبق أن أوضحنا، تلجأ الإدارة عملاً في فرنسا إلى تضمين عقودها ما يفيد الإحالة لكراسة الشروط العامة الخاصة بالصفقة محل التعاقد وذلك إعمالاً للرخصة المخولة لها بمقتضى قانون الصفقات العامة.

وتتضح فائدة تنظيم غرامات التأخير بنصوص لها صفة العموم إذا ما قارنا الوضع في مصر وفرنسا بالعديد من الدول العربية. فقد فضلت العديد من الدول العربية مثل الكويت والجزائر والبحرين الإحالة في لوائحها التنفيذية فيما يتعلق بكيفية تطبيق غرامات التأخير إلى الأحكام

<sup>١</sup> انظر ما سبق بيانه، فقرة رقم ٦.

الخاصة بكل عقد<sup>١</sup>. ففي البحرين على سبيل المثال، تنص المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٢ على أن " يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع العقد بحيث تكون صالحة للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة، فإذا تأخر طبقت في شأنه الأحكام المنصوص عليها في العقد"<sup>٢</sup>. وفي الجزائر تنص المادة ٩ من المرسوم التنفيذي رقم (٩١-٤٣٥) الصادر في ١١/٩/١٩٩٩ بتنظيم الصفقات العمومية على أن " تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة الغرامات وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها "<sup>٣</sup>. وفي الكويت تنص المادة (٤٣) من كراسة الشروط العامة الحقوقية لعقود المقاولات الصادرة سنة ١٩٧١ على أن " يجب على المقاول إتمام جميع الأعمال بما يرضى المهندس خلال المدة أو المدد المتفق عليها في العقد محسوبة من تاريخ المباشرة " <sup>٤</sup>، وتنص المادة ١/٤٧ من ذات الكراسة على أنه " إذا قصر المقاول في إنجاز الأشغال في المدد المعينة في المادة ٤٣ أو مدة التحديد فإنه يجب عليه أن يدفع لصاحب العمل المبلغ المبين في الشروط كغرامة تأخير عن كل يوم أو جزء من يوم ينصرم بين الوقت المبين في المادة ٤٣ أو مدة التحديد وتاريخ إنجاز الأشغال ".

وبالرغم من أن القواعد المتعلقة بكيفية حساب الغرامة وتلك التي تحدد نسبتها وحدودها القصوى قواعد تكميلية يجوز الاتفاق على ما يخالفها، إلا أننا نرى

<sup>١</sup> د. أيمن جمعه، مرجع سابق، ص ٢٢٢-٢٢٣.

<sup>٢</sup> انظر نص المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٢.

<sup>٣</sup> انظر نص المادة ٩ من المرسوم التنفيذي رقم ٩١-٤٣٥ الصادر في ١١/٩/١٩٩٩ بتنظيم الصفقات العمومية في الجزائر.

<sup>٤</sup> المادة ٤٣ من كراسة الشروط العامة الحقوقية لعقود المقاولات الكويتية الصادرة سنة ١٩٧١

أن تحديد القواعد والنسب بأداة لها صفة العمومية كما هو الحال في مصر وفرنسا لا يخلو من فائدة كبيرة وذلك للأسباب التالية :

١. لولا وجود هذه النسب والقواعد لما أمكن تطبيق غرامة التأخير في الحالة التي يخلو فيها العقد الإداري من تنظيم دقيق لها لعدم إمكان حسابها. وفي هذه الحالة يعتبر عدم تنظيم المتعاقدين للغرامة اتفاقاً ضمناً من جانبهم على استبعادها<sup>(١)</sup>.
٢. وجود مثل هذا التنظيم في القانون ولائحته أو حتى في الكراسيات العامة للشروط بهذه الدقة له أهمية كبيرة في الحالات التي يكون فيها تنظيم المتعاقدين للغرامة في العقد الإداري تنظيم قاصر، إذا أن كل نقص أو قصور في الاتفاق سوف يرجع بشأنه إلى القواعد التي وضعها القانون ولائحته، وبعد ذلك بمثابة اتفاق ضمناً على إقرار القواعد التي قررها القانون فيما سكت الاتفاق عن تنظيمه<sup>(٢)</sup>.
٣. إن وجود مثل هذه القواعد التفصيلية يمثل نبزاً للإدارة وللمتعاقدين معها في التنظيم الذي يتم تقريره في العقد الإداري ، فتكون بمثابة المقاس<sup>(٣)</sup> الذي تضعه الإدارة في اعتبارها عندما ترى الاتفاق مع المقاول على نسبة أخرى لغرامات التأخير، فتحد الإدارة من المغالاة في نسبة غرامات التأخير مما قد يكون له أثر سيئ على المقاول المتعاقد معها حين يتعثّر في التنفيذ ويتأخر في التسليم عن الميعاد المحدد، وعلى الجانب الآخر فهو يحد أيضاً من الاتفاقات التي يهبط فيها المتعاقدان بالغرامة بحيث لا تحقق الردع الخاص للمقاول مما يضر في النهاية بالصالح العام .

١١٨ - ثانياً: حساب الغرامة بطريقة تصاعديّة على أساس نسبة ثابتة.

يتضح كذلك من العرض السابق أن الغرامة تحسب في مصر وفرنسا على أساس نسب ثابتة. ففي فرنسا تحسب بنسبة ( ١ / ٣٠٠٠ ) من قيمة الصفقة أو المرحلة المتأخرة منها حسب الأحوال عن كل يوم تأخير.

وفي مصر، توقع الغرامة بنسبة ( ١ % ) من قيمة العملية كلها أو المرحلة المتأخرة منها بحسب الأحوال عن كل أسبوع أو جزء منه، وهو ما يعنى أن الغرامة الناتجة عن كل أسبوع تأخير أو الجزء منه سوف تجمع مع الغرامة الناتجة عن

<sup>١</sup> فتوى رقم ٤١٧ بتاريخ ١٥/٤/١٩٦٧، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، حتى عام ٢٠٠٥ ، مرجع سابق ص ٧٠٧.

<sup>٢</sup> فتوى رقم ١٤٢ بتاريخ ٤/٢/١٩٨٧ ، مجموعة القواعد التي قررتها الجمعية العمومية حتى ٢٠٠٥ ، مرجع سابق، ص ٧٠٩.

<sup>٣</sup> د. أيمن محمد جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٢٤

التأخير للأسبوع الذي يليه أو جزء منه بحيث تتصاعد الغرامة ولكن على أساس نسبة ثابتة وهي نسبة (١%) .

ويلاحظ أن المشرع باعتماده القاعدة السابقة في القانون في القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨، يكون قد عدل عن طريقة حساب الغرامة على أساس نسب متغيرة. فقد كان المشرع المصري في القانون السابق ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية يغير النسب كلية في حالة ازدياد التأخير. فمدد التأخير لم تكن في ظل القانون السابق تجمع اكتفاء بتغيير نسب الغرامة. وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ٢٦ فبراير ٢٠٠٨ في ظل أحكام قانون المناقصات والمزايدات السابق بأنه " إذا ما ثبت أن المقاول قد تأخر في تنفيذ الأعمال عن الميعاد المحدد مدة أسبوع أو جزء منه تكون نسبة الغرامة التي توقع عليه ١% ، وإذا كان التأخير قد امتد إلى الأسبوع الثاني أو جزء منه تتحرك لتكون ١,٥% ، ولا يفهم من صياغة النص أنه إذا امتدت مدة التأخير لتدخل في الأسبوع الثاني تجمع نسبة الغرامة لتكون ٢,٥% وإلا نص المشرع على ذلك صراحة" (١).

١١٩- ثالثاً: اعتماد المشرع المصري للأسبوع كوحدة زمنية تحسب على أساسها الغرامة في مقابل اليوم في فرنسا. فقد اتخذ المشرع المصري من الأسبوع وحدة زمنية تفرض على أساسها غرامة التأخير، وساوى في ذلك بين الأسبوع والجزء منه في حساب غرامة التأخير بحيث توقع الغرامة بنسبة (١%) عن كل أسبوع أو جزء منه. ويبدأ حساب الأسبوع الذي تحسب على أساسه الغرامة من اليوم التالي لليوم الذي كان يجب فيه الانتهاء من الأعمال المتفق عليها بحيث إذا أتم الأعمال في اليوم التالي فرضت عليه غرامة بواقع ١% على اعتبار أنه قد تأخر أسبوعاً. وإذا أتمها في اليوم الثامن فرضت عليه غرامة بواقع ١% على اعتبار أنه تأخر أسبوعاً آخر، فتصبح الغرامة المستحقة بعد جمعها ٢% ، وهكذا حتى تصل النسبة إلى الحد الأقصى للغرامة. وهو في عقود المقاولات (١٠%) من قيمة العقد سواء كانت الغرامة تحسب على أساس العملية كلها أم على أساس الجزء المتأخر منها فقط .

<sup>١</sup> الحكم في الطعن رقم ١١٦٣ لسنة ٥٠ ق.ع، صادر بتاريخ ٢٦/٢/٢٠٠٨: وأنظر كذلك في نفس المعنى، الحكم رقم ١٣٦٤ لسنة ٣٦ ق.ع، صادر في ١٣/٧/١٩٩٣، مجموعة الأربعين في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٠٤.

هذا ويلاحظ أن المشرع المصري في اتخاذه للأسبوع وحدة زمنية لفرض غرامة التأخير إنما يخالف في ذلك معظم الدول التي تأخذ بهذا النظام والتي تتخذ من اليوم وحدة زمنية لفرض الغرامة وتساوي بين اليوم والجزء منه، مثل فرنسا والمملكة العربية السعودية والمملكة الأردنية الهاشمية وإمارة الكويت<sup>١</sup> . وفي مقام المفاضلة بين الأسبوع واليوم في مقام الوحدة الزمنية التي تفرض على أساسها غرامة التأخير نجد أن اليوم أفضل من الأسبوع. فالיום كما يرى البعض<sup>٢</sup> ، أكثر تماشياً مع طبيعة الغرامة باعتبارها عقوبة، ومن ثم فلا بد أن تطبق بشأنها القاعدة التي تقضى بوجوب تناسبها مع مدى جسامة المخالفة. فلا يتفق مع قواعد العدالة مساواة المقاول المتأخر في التنفيذ ثمانية أيام بالمقاول المتأخر أربعة عشر يوماً. فضلاً عن أن هذا الوضع لا يحقق مصلحة المرفق العام . فحين يجد المقاول أن اليوم يستوي مع الأسبوع فإنه سوف يرتب أمورهِ ويقيس حساباته على أساس الأسبوع لأن الأمر يستوي من حيث نسبة الغرامة. في حين أن حساب الغرامة

<sup>١</sup> يلاحظ انه في دولة الكويت تنص المادة ٤٧ / ١ من كراسة الشروط العامة الحاققة لعقود المقاولات لسنة ١٩٧٠ على أنه " إذا قصر المقاول في إنجاز الأشغال ضمن المدة المعنية في المادة ٤٣ أو مدة التحديد فإنه يجب عليه أن يدفع لصاحب العمل المبلغ المبين في الشروط كغرامة تأخير عن كل يوم أو جزء من يوم ينصرم من الوقت المبين في المادة ٤٣ أو مدة التحديد وتاريخ إنجاز الأشغال ..". وفي الأردن تنص م ٥/ج من تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية رقم ٧١ لسنة ١٩٧١ على تحديد قيمة الغرامة اليومية بنسبة (١%) من معدل الإنتاج اليومي". وفي المملكة العربية السعودية تنص المادة ٣٧ من اللائحة التنفيذية لهذا النظام الصادرة بقرار وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ١٧/٢/٣١ بتاريخ ١٩٩٧/٥/٥ ميلادية على أنه " في عقود الأشغال العامة إذا تأخر المقاول في إتمام العمل وتسليمه كاملاً في المواعيد المحددة ( ... ) يلتزم بغرامة عن المدة التي يتأخر فيها إكمال العمل بعد الميعاد المحدد للتسليم تحتسب على أساس متوسط التكلفة اليومية للمشروع وذلك بقسمة قيمة العقد على مدته وفقاً لما يلي :  
أ. غرامة على الجزء الأول من مدة التأخير بقدر ربع متوسط التكلفة اليومية عن كل يوم تأخير حتى تبلغ أكثر المديتين خمسة عشر يوماً أو خمسة في المائة من مدة العقد .  
ب . غرامة عن الجزء الثاني من مدة التأخير بقدر نصف متوسط التكلفة اليومية عن كل يوم تأخير تال لأكثر المديتين المنصوص عليهما في الفقرة ب .  
ج. غرامة عن الجزء الثالث من مدة التأخير بقدر كامل متوسط التكلفة اليومية عن كل يوم تأخير تال لأكثر المديتين المنصوص عليها من الفقرة ، (ب)  
مشار إليها جميعاً في رسالة الدكتور أيمن جمعه ، مرجع سابق ، ص ٢٢٢ - ٢٢٦  
د. أيمن جمعه ، المرجع السابق ، مرجع سابق، ص ٢٢٦ .

بالأيام من شأنه أن يدفع المقاول المتأخر إلى سرعة الانتهاء من التنفيذ يوما قبل الآخر لتفادي تعاضم قيمة الغرامة .

١٢٠- رابعا :- الأصل حساب الغرامة في عقد الإشغال من قيمة الصفقة كلها. وفي ذلك يتفق تطبيق الغرامة في مصر مع تطبيقها في فرنسا. والحقيقة أن نص المادة ١-٢٠ من كراسة الشروط العامة في فرنسا يبدو أكثر وضوحا في تحديده للأساس الذي يتم حساب الغرامة بناء عليه. فتنص المادة ١-٢٠ من كراسة الشروط العامة لعقد الإشغال على أنه في حالة التأخير المنسوب للمتعاقد في تنفيذ الأعمال، سواء التأخير في تنفيذ كامل الصفقة أو مرحلة محددة لها مدة تنفيذ أو تاريخ محدد تنتهي فيه، توقع غرامة تأخير يومية بواقع ( ٣٠٠٠ / ١ ) من قيمة كامل الصفقة أو من المرحلة المعتبرة التي حدث بشأنها التأخير أو الإخلال بالمواصفات المتعاقد عليها مع جهة الإدارة. فالنص الفرنسي واضح في اعتبار أن الأصل هو حساب الغرامة على أساس إجمالي قيمة الصفقة. أما الاستثناء فهو حسابها من قيمة المرحلة المتأخرة. وهذا الاستثناء له شرط واحد وهو أن تكون لهذه المرحلة تاريخ محدد تنتهي فيه. أما في مصر، فنص المادة ٨٣ من اللائحة قد يوحي بأن حساب الغرامة على أساس الجزء المتأخر هو الأصل وأن حسابها على أساس إجمالي قيمة الصفقة هو الاستثناء. فقد نصت اللائحة التنفيذية على أن "وتحسب الغرامة من قيمة ختامي العملية جميعها إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة".

ويقترض هذا الحكم عدة شروط : أولاً: الاتفاق بين الإدارة و المتعاقد معها على تجزئة الصفقة على مراحل. وثانياً: أن يكون لكل مرحلة تاريخ محدد لإنهائها. وثالثاً: أن يكون إنهاء المرحلة محل النزاع قد تم على الوجه الأكمل وفقا لما تم الاتفاق عليه. رابعاً: تقدير جهة الإدارة أن الجزء المتأخر لا يمنع الانتفاع بما تم تنفيذه على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة. فإذا تخلف أي شرط من هذه الشروط عدنا للأصل. فتحسب الغرامة على أساس إجمالي قيمة الصفقة.

ومن ذلك يتضح أن " تحديد مدى أهمية الأعمال المتأخرة ومدى تأثيرها على الاستفادة من المشروع يدخل في نطاق السلطة التقديرية لجهة الإدارة بغیر معقب عليها مادامت الجهة الإدارية تستهدف وجه الصالح العام<sup>١</sup> ، فإذا ما ثارت

<sup>١</sup> حكم ٢٩٨ لسنة ٢٧ ق.ع، صادر في ١٩٨٦/٣/٨، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٥٩. حكم ٣٣٦٥ لسنة ٣٣ ق.ع، صادر في ١٩٩٤/٥/١٧، نفس المرجع، ص ٥٦٢. وبصدد الفتاوى، انظر الفتوى رقم ٤٢٦ في ١٩٩٢/١/٥، نفس المرجع، ص ٥٢٩.

منازعة أمام القضاء فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المتعاقد المقصر فإذا لم ينجح في إثبات أن ما تم تنفيذه بمعرفته من أعمال كان يسمح للإدارة بالانتفاع به على الوجه الأكمل فإن الإدارة تستحق غرامة التأخير من قيمة ختامي العملية جميعها<sup>١</sup>.

١٢١- خامسا:- وجود حدود قصوى لغرامة التأخير في مصر بخلاف الحال في فرنسا. حدد القانون المصري الحد الأقصى لغرامة التأخير التي تستطيع الإدارة توقيعها إعمالا لنص المادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وكذلك المادة ٢٣ من لائحته التنفيذية بـ (١٠%) من قيمة العقد. وبالتالي إذا كان العقد يتضمن تنفيذ عدة عمليات وتأخر المقاول في تنفيذ أحد هذه العمليات فقط فإن الغرامة تحسب عليه حتى تصل إلى حدها الأقصى وهو (١٠%) من قيمة العقد كله حتى ولو كانت هذه القيمة تجاوز قيمة العملية المتأخرة برمتها. وبالمقابل، فإن الإدارة لا تستطيع الزيادة على هذه النسبة فهي مقيدة بها. فإذا كانت قيمة الغرامة المتأخرة على المقاول تجاوز هذه الحدود فإن الإدارة لا تستطيع إلزامه بأكثر من هذه النسبة<sup>٢</sup>، ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك.

أما في فرنسا فتتنص المادة ٤-٢٠ من كراسة الشروط العامة لعقد الأشغال على أن مبلغ الغرامات ليس له حد أقصى. ويمكن رد الاختلاف بين النظامين المصري والفرنسي إلى اختلاف طبيعة الغرامة في كل منهما. فغرامات التأخير في فرنسا هي في حقيقتها تعويضات اتفاقية. فجهة الإدارة لا تستطيع أن تطلب من القضاء تعويضات إضافية في حالة تجاوز قيمة الضرر مبلغ الغرامة<sup>٣</sup>. في حين أن غرامات التأخير في مصر هي عقوبة عقدية إدارية لا ترتبط بالضرر. ومن ثم فإن توقيع الغرامة على المتعاقد المقصر لا يمنع جهة الإدارة من الرجوع عليه بكامل

<sup>١</sup> حكم ١٠٨٦ لسنة ٧ ق.ع، صادر ١١/٣٠/١٩٦٣، مجموع الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٤٥.

<sup>٢</sup> وقد قضت المحكمة الإدارية العليا " بأنه وفقا للبند ٢/١٤ من كراسة الشروط فإن الحد الأقصى لغرامة التأخير هو ٣% ورغم ذلك قامت الحراسة بخصم ١٠% بالمخالفة لهذا البند... ومن ثم تستحق الجهة الإدارة غرامة تأخير بواقع ٣% من قيمة ختامي العملية وهو الحد الأقصى لغرامة التأخير وفقا لحكم م ٩٤ من لائحة المناقصات والمزايدات المشار إليها لائحة القانون ٩ لسنة ١٩٨٣ ". حكم رقم ١٠٧٢٠ لسنة ٤٧ ق.ع، صادر في ٢٠٠٦/٥/٩، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عام ٢٠٠٦-٢٠٠٧، الدائرة الثالثة، الجزء الأول، ص ٢٨٩.

<sup>٣</sup> CE, 28 mars 1945, *Clauzier*, Rec. P. 69 : CE, 15 mai 1978, *hôpital rural de Breil-sur-Roya*, RDP, 1988, p1427



التعويضات وفقا لنص المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

وعلى كل الأحوال فإن القضاء الفرنسي يتجه للتخفيف من غلو القاعدة السابقة بتطبيق المبادئ المستوحاة من نص المادة ١١٥٢ من القانون المدني الفرنسي<sup>١</sup>.

١٢٢- سادسا:- عدم استنزال أيام العطلات والإجازات. في فرنسا، تنص المادة ٣-٢٠ من كراسة الشروط العامة لعقد الأشغال على أن " أيام السبت والأحد وأيام الإجازات والتوقف عن العمل لا يتم احتسابها من حساب الغرامات<sup>٢</sup>. وفي مصر، لا تستنزل الإدارة في حسابها لغرامة التأخير أيام العطلات والإجازات من حساب قيمة الغرامة وذلك على اعتبار أن الغرامة مفروضة على فعل سلبي وهو الامتناع عن إنجاز الأعمال المتفق عليها في المواعيد المحددة. فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في واقعة الامتناع عن استخدام مهندس بأن " هذه الغرامة مقررة عن فعل سلبي وهو الامتناع عن إنجاز الأعمال المتفق عليها في المواعيد " الأصلية أو الإضافية " والامتناع موقف إرادي مستمر غير متجزئ سواء في أيام العمل أو في أيام العطلات والأعياد الرسمية ولا يمكن القول بارتفاعه في هذه الأخيرة وبقائه في الأولى وحدها ولكن هذا الحكم يمكن الاتفاق على خلافه فيمكن الاتفاق على عدم سريان الغرامة أيام الأعياد والعطلات الرسمية "

ولا يفوتنا أخيراً أن نشير إلى أن كافة القواعد السابقة قواعد تكميلية يجوز الاتفاق على ما يخالفها كما سبق أن أوضحنا<sup>٣</sup>، وعندئذ يسرى الاتفاق لأن العقد شريعة المتعاقدين فيمكن للمتعاقدين الاتفاق على نسبة أخرى للغرامة غير النسبة المحددة قانوناً أو الاتفاق على وحدة زمنية أخرى بخلاف الأسبوع كاليوم أو الشهر أو تحديد حد أقصى للغرامة بخلاف الحد الوارد في القانون .

<sup>١</sup> انظر في هذه النقطة ما سبق بيانه، فقرة رقم ٨٣.

<sup>٢</sup> L'article 20.3 du CCAG Travaux dispose que "les samedis, les dimanches et les jours fériés ou chômés ne sont pas déduits pour le calcul des pénalités et des primes".

<sup>٣</sup> انظر ما سبق بيانه، فقرة رقم ١٠ وما بعدها.

غرامات التأخير في عقد التوريد

١٢٣ - تنظيم غرامة التأخير في عقود التوريد في مصر وفرنسا. عقد التوريد يتمثل في " إتفاق بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي العام لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين"<sup>١</sup>.

وفيما يتعلق بغرامات التأخير في عقود التوريد فقد نصت م ٩٤ من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على القواعد التفصيلية لحساب الغرامة بصدد عقد التوريد ، فنصت على أنه " إذا تأخر المورد في توريد كل الكمية المطلوبة أو جزء منها في الميعاد المحدد بالعقد - ويدخل في ذلك الأصناف المرفوضة - فيجوز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطاء مهلة إضافية للتوريد على أن توقع عليه غرامة تأخير عن هذه المهلة بواقع (١%) عن كل أسبوع من قيمة الكمية التي يكون قد تأخر في توريدها وبعد أقصى (٣%) من قيمة الأصناف المذكورة . وفي حالة عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية فعلى الجهة الإدارية أن تتخذ أحد الإجراءات التالية طبقا لما تقرره السلطة المختصة ووفقا لما تقتضيه مصلحة العمل، وذلك بعد إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد :

(أ) شراء الأصناف التي لم يتم بتوريدها من غيره على حسابه بذات الشروط

والمواصفات المععلن عنها والمتعاقد عليها بأحد الطرق المقررة بقانون

تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة باللائحة .

(ب) إنهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف.

وفي هاتين الحالتين يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية ويكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها - بما في ذلك

<sup>١</sup> حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٦٢٥ لسنة ٤ ق، بتاريخ ١٢/٢/١٩٥٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، السنة ٧، بند ٦١، ص ٧٦. لمزيد من التفصيل فيما يتعلق بعقد التوريد، د. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص ٥٤٤ : د. ماجد الحلو، مرجع سابق، ص ٢٦٤ : د. أنس قاسم جعفر، مرجع سابق، ص ٤٨ .

فروق الأسعار والمصاريف الإدارية – وأية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها  
” ...

وفي فرنسا، تنص المادة ١-١-١٤ من كراسة الشروط العامة لعقد التوريد وتلقي الخدمات على أنه " غرامات التأخير يبدأ حسابها ، دون أن يكون هناك حاجة للإعذار، ابتداء من اليوم التالي لانتهاء اليوم أو المهلة المحددة في العقد لتنفيذ الأداءات، وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام النصوص عليها في المواد : ٣-١٣، ٤-٢٠ (المواد المتعلقة بمد أجل التوريد إذا كان التأخير ناجم عن سبب لا دخل لإرادة المتعاقد مع الإدارة فيه)

تحسب هذه الغرامات وفقا للطريقة التالية : عدد أيام التأخير \* قيمة الأداءات التي تأخر المتعاقد مع الإدارة في توريدها أو قيمة الصفقة إذا كان الجزء المتأخر يمنح من الانتفاع بما تم توريده / ١٠٠٠ " ١ .

ويمكن إيجاز ملاحظتنا على النصوص المنظمة لتطبيق غرامات التأخير في مجال عقود التوريد فيما يلي :

<sup>1</sup> L'article 14.1.1. du CCAG FCS dispose que "Les pénalités pour retard commencent à courir, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une mise en demeure, le lendemain du jour où le délai contractuel d'exécution des prestations est expiré, sous réserve des stipulations des articles 13.3 et 20.4.

Cette pénalité est calculée par application de la formule suivante :

$$P = V * R / 1 000 ;$$

dans laquelle :

- P = le montant de la pénalité ;
- V = la valeur des prestations sur laquelle est calculée la pénalité, cette valeur étant égale au montant en prix de base, hors variations de prix et hors du champ d'application de la TVA, de la partie des prestations en retard, ou de l'ensemble des prestations si le retard d'exécution d'une partie rend l'ensemble inutilisable ;
- R = le nombre de jours de retard".

١٢٤- أولاً:- أهمية عنصر الزمن في العقد التوريد وأثر ذلك على حساب غرامات التأخير. إن أول ما يلاحظ على المادة ٩٤ من لائحة قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، أنها قد حددت الحد الأقصى للغرامة المستحقة في حاله التأخير بـ ٣% من قيمة الأصناف المتعاقد على توريدها والتي تأخر المورد فعلا في توريدها، بما يشير إلى أن الحد الأقصى للمهلة التي يمكن أن تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها ثلاثة أسابيع فقط. وذلك لأن الغرامة توقع بنسبة ١% عن كل أسبوع أو جزء منه، وحدها الأقصى ٣% من قيمة الأصناف المذكورة، وهو ما يشير إلى أن الحد الأقصى للمهلة التي تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها هي ٣ أسابيع تبدأ من اليوم التالي لليوم الذي كان من الواجب أن يتم فيه التوريد طبقا للاتفاق المبرم بين جهة الإدارة والمتعاقد معها.

وفي ذلك تختلف عقود التوريد عن عقود مقاولات الأعمال حيث أن المشرع جعل الحد الأقصى للغرامة في هذه الأخيرة ١٠% من قيمة العقد كله وليس فقط العملية التي تأخر المقاول في إتمامها، في حين أن المشرع حدد الغرامة التي توقع على المورد بمقدار " ١% " عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه وهو ما يشير إلى أن المدة الممنوحة في عقود المقاولات أطول من المدة الممنوحة في عقود التوريد. ولعل تلك المغايرة ترجع إلى الأهمية القصوى لعنصر المدة في عقد التوريد، فعقد التوريد يقوم على إشباع حاجات ضرورية للمرفق العام يهدد تخلفها أو التأخر فيها بتعطيل المرفق العام عن تقديم خدماته للجمهور كليا أو جزئيا.

فلنتصور أهمية عقود توريد الأدوية والمستلزمات الطبية بالنسبة للمستشفى العام، أو عقود توريد المواد الخام بالنسبة للمرافق العامة الصناعية، أو أهمية عقد توريد الأسلحة بالنسبة لمرفق الشرطة، ولذلك كان المشرع حريصا على جعل المدد الإضافية الممنوحة للمورد قصيرة نسبيا بالمقارنة بعقد الأشغال العامة.

ويلاحظ أن منح مهلة إضافية للمتعاقد المخل بالتزاماته هو أمر جوازي لجهة الإدارة تباشره وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة وفقا لصريح نص م ٩٤ من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ٩٨، فقد عبرت اللائحة عن هذه السلطة التقديرية بـ "يجوز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطاء مهلة إضافية للتوريد". ومن ثم فقد تقرر جهة الإدارة أن الصالح العام المتمثل في مصلحة المرفق لا يحتمل التأخير بأي حال من الأحوال فتلجأ مباشرة إلى تنفيذ العقد على حساب المتعاقد المخل بشراء الأصناف المتعاقد على توريدها على حسابه، سواء

قامت بذلك بنفسها أو أوكلت ذلك لمورد آخر. فالأمر إذا خاضع للسلطة التقديرية الكاملة لجهة الإدارة باعتبارها القوامة على مصلحة المرفق العام .  
وفي هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " يتضح من نص م رقم ١٠٥ من لائحة المناقصات والمزايدات الصادر بها قرار وزير المالية رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ أن الشراء على حساب المورد المتأخر إنما يكون بسبب تأخره في التوريد عن المدة المحددة بالعقد ، كما أن لجهة الإدارة في حالة التأخير في التوريد ، إذا رأت ألا ضرر في ذلك أن تمنح المورد المتأخر مهلة إضافية للتوريد مع توقيع غرامة التأخير المنصوص عليها في المادة ١٠٥ من اللائحة كذلك للإدارة أن تلجأ ابتداء إلى الطريقة الثانية وهي الشراء على حسابه إذا رأت أن صالح المرفق يقتضى هذا الإجراء. ومفاد ذلك أن منح الجهة الإدارية مهلة إضافية للمورد المتأخر مقصود به إعدار المورد وحثه واستنهاض همته للقيام بسرعة بتوريد ما تعهد به، والمفروض أن المهلة الإضافية لا تمنح إلا بعد انتهاء الميعاد المحدد بالعقد وأنها تمنح للمورد المتأخر، إذا ما أقيمت عليه جهة الإدارة رغم تجاوزه المدة المحددة للقيام بالتنفيذ ليقوم بنفسه بتنفيذ العقد وتوريد الكميات المتعاقد عليها معه"<sup>١</sup>.  
وفي فرنسا، تؤكد كراسة الشروط العامة لعقد التوريد في المادة ١- ٢٣٢، على حق جهة الإدارة في فسخ العقد في حال عدم احترام المواعيد المحددة فيه. ومفاد ذلك أن جهة الإدارة ليست ملزمة بمنح المتعاقد معها مهلة جديدة للتوريد. فالمهلة الإضافية التي تمنحها جهة الإدارة ليست مهلة عقدية تم الاتفاق عليها بداية في العقد.

<sup>١</sup> حكم ٩٣٣ لسنة ٨ ق.ع صادر ١٩٦٤/٢/٨ ، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص ٧٣٧. ومن البديهي أنه إذا لجأت جهة الإدارة بمجرد تأخر المورد عن التوريد في الميعاد المحدد إلى الشراء على حسابه فإنه لا حاجة عندئذ إلى منحه مهلة إضافية أو إعداره. أنظر في هذا المعنى حكم ٩٣٣ لسنة ٨ ق.ع، صادر في ١٩٦٤/٢/٨ نفس الحكم السابق ، مجموعة الأربعين ، مرجع سابق ص ٧٣٧ .

<sup>٢</sup> L'article 32.1. du CCAG FCS dispose que " Le pouvoir adjudicateur peut résilier le marché pour faute du titulaire dans les cas suivants :

(...)  
c) Le titulaire ne s'est pas acquitté de ses obligations dans les délais contractuels ;"

علاوة على ذلك فقد نصت المادة ١-٣٦ من كراسة الشروط العامة لعقد التوريد<sup>١</sup> على إمكانية تنفيذ العقد فيما يتعلق بالأداءات العقدية التي يتخلف المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذها بواسطة متعاقد آخر على حسابه في حالتين الأولى إذا قدرت أن الأداءات التي تخلف عن تنفيذها لا تحتمل التأخير بطبيعتها أو في حالة فسخ التعاقد بناء على خطأه. ويشترط لإعمال هذه الإمكانية شرطان : الأول: أن تنص عليها بنود العقد، والثاني، أن تذكر جهة الإدارة صراحةً في قرار الفسخ اتجاه نيتها لإعمال هذه الإمكانية<sup>٢</sup>.

وفي مصر نجد أن المشرع قد أوجب على الجهة الإدارية ممثلة في السلطة المختصة في حالة انقضاء المهلة الإضافية الممنوحة للمتعاقد أن تتخذ أحد الإجراءات التالية، وفقاً لما تقتضيه مصلحة المرفق العام بعد إخطاره بخطاب موسى عليه بعلم الوصول. إما شراء الأصناف المتعاقد على توريدها على حساب المتعاقد معها والتي تأخر فعلاً في توريدها بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها. وإما فسخ العقد جزئياً بالنسبة للأصناف التي تخلف عن توريدها، مع مصادرة التأمين النهائي في الحالتين؛ بالإضافة إلى خصم ما تستحقه الجهة الإدارية من غرامات تأخير وخصم كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها أو لدى أية جهة إدارية أخرى في حالة عدم كفايتها .

إذ ليس من المعقول أن تترك الإدارة - وهي المسئول الأول عن المرفق العام - المرفق العام مهدداً بخاطر التوقف أو متوقفاً فعلاً سواء أكان التوقف كلياً أم جزئياً، في حين تستمر في منح المهل الإضافية للمتعاقد معها، المهلة تلو الأخرى. ومما سبق يتضح أهمية عنصر الزمن في عقود التوريد بصفة عامة، ولذلك فنحن نعاود التأكيد على تأييدنا لموقف التشريعات التي تأخذ باليوم أو الجزء منه

<sup>1</sup> l'article 36.1. du CCAG "FCS" dispose que " A la condition que les documents particuliers du marché le prévoient et que la décision de résiliation le mentionne expressément, le pouvoir adjudicateur peut faire procéder par un tiers à l'exécution des prestations prévues par le marché, aux frais et risques du titulaire, soit en cas d'inexécution par ce dernier d'une prestation qui, par sa nature, ne peut souffrir aucun retard, soit en cas de résiliation du marché prononcée aux torts du titulaire"

<sup>2</sup> CE, SSR, 26 février 2014, n°365546, précité.

كوحدة زمنية تحسب على أساسها غرامة التأخير. وهو دعانا بصدد دراسة تطبيق الغرامة في عقد الإشغال، إلى تأييد النقد الذي وجه إلى المشرع المصري في اتخاذه للأسبوع وحدة زمنية تحسب على أساسها غرامة التأخير. وهذا النقد يصدق من باب أولى في عقود التوريد التي يلعب عنصر الزمن فيها دورًا غاية في الخطورة والأهمية<sup>١</sup>.

١٢٥- ثانيًا: حساب غرامة التأخير على أساس قيمة الأصناف التي تأخر في توريدها فقط. نصت المادة ٩٤ من اللائحة التنفيذية صراحةً على أن نسبة الغرامة تكون ١% عن كل أسبوع تأخير أو جزء من أسبوع من قيمة الكمية التي تأخر المورد في توريدها. فإذا كان التوريد يتم على دفعات ووفى المورد بالتزامه بالتسليم في الميعاد بالنسبة لبعض هذه الدفعات وتأخر في توريد البعض الآخر، فإن الغرامة هنا سوف تحسب على أساس الدفعات المتأخرة فقط وليس كل الصفقة. وفي هذه النقطة يختلف حساب الغرامة في عقد التوريد عن عقد الإشغال.

١٢٦- ثالثًا : - إدخال الأصناف التي سبق وأن سلمها المتعاقد لجهة الإدارة ابتدائيًا ثم رفضتها الجهة الإدارية لعدم مطابقتها في عداد حالات التأخير التي يجب توقيع الغرامة فيها. أدخلت المادة ٩٤ من لائحة قانون المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨، الأصناف التي سبق وأن سلمها المتعاقد لجهة الإدارة ابتدائيًا<sup>٢</sup> ثم رفضتها الجهة الإدارية لعدم مطابقتها للمواصفات المتفق عليها أو لعدم مطابقتها للعينية في عداد حالات التأخير التي يجب توقيع الغرامة فيها. فوفقاً لنص المادة ٩٤ من اللائحة فإن المورد الذي ورد أصناف غير مطابقة للمواصفات المتفق

<sup>١</sup> أنظر ما سبق شرحه بصدد كيفية حساب غرامة التأخير في عقود مقاولات الأعمال.  
<sup>٢</sup> حددت المادة ٩٠ من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ كيفية حصول التسليم الابتدائي بنصها على أن " يلتزم المورد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها في الميعاد أو المواعيد المحددة خالصة جميع المصروفات والرسوم مطابقة لأمر التوريد وللمواصفات أو العينات المعتمدة بتسليم أمين مخزن الاستقبال ما يتم توريده بالعدد أو الوزن أو المقاس بحضور المورد أو مندوبه، ويعطى عنه إيصالاً مؤقتاً مختوماً بخاتم الجهة الإدارية موضحاً به اليوم والساعة التي تم فيها التوريد ويقرر فيه حالة الأصناف من حيث سلامتها وذلك لحين إخطار المورد بميعاد إجتماع لجنة الفحص ليتمكن من حضور إجراءات الفحص والاستلام النهائي، ويجب أن يتم ذلك الإخطار في خلال ثلاثة أيام عمل من تاريخ اليوم التالي لصدور الإيصال المؤقت وعلى أمين مخزن الاستقبال فور تسلمه الأصناف الموردة إخطار رئيس لجنة الفحص بذلك لاتخاذ اللازم ".

عليها يعامل نفس معاملة المورد الذي تأخر في التوريد منذ البداية<sup>١</sup>. وهو ما يفتضي توقيع غرامة تأخير عليه بذات النسب والحدود التي توقع على المورد الذي لم يورد الأصناف المتعاقد عليها بالكمية المطلوبة ابتداءً. فغرامة التأخير تسري على المورد من التاريخ الذي كان يجب عليه فيه توريد الأصناف المتعاقد عليها مطابقة لأمر التوريد وللمواصفات أو العينات المعتمدة، لا من تاريخ رفض "لجنة الفحص" الأصناف الموردة ابتدائياً. وهو ما يعنى أن الغرامة سوف تسرى بأثر رجعي في الحالة التي يكون فيها قرار رفض الاستلام النهائي المؤسس على التوصية الصادرة من لجنة الفحص والاستلام بعد فوات الميعاد المتفق عليه أصلاً للتوريد.

وفي فرنسا، فعلى الرغم من أن كراسة الشروط العامة لعقود التوريد وتلقي الخدمات لم تتحدث صراحة عن توقيع غرامة التأخير عن الأصناف المرفوضة من قبل لجنة الفحص و الاستلام، إلا أن هذا الحكم مستفاد من نص المادة ١-١-١٤، والتي تنص على أن "توقع غرامات التأخير ابتداءً من اليوم التالي لانتهاء اليوم أو المهلة المحددة في العقد لتنفيذ الأداءات". فالتاريخ المعتبر في حساب الغرامة هو التاريخ المحدد في العقد لتنفيذ الأداءات العقدية ودون نظر للمهلة الجديدة التي تمنحها الإدارة للمتعاقد معها. والاستثناء الوحيد الذي قررته كراسة الشروط العامة لعقد التوريد وتلقي الخدمات على القاعدة السابقة يتمثل في مد أجل التنفيذ نتيجة لسبب لا يد لإرادة المتعاقد مع الإدارة فيه، وهو التحفظ الذي تحسبت له المادة ١-١-١٤ السابق عرضها<sup>٢</sup>.

ويتضح من العرض السابق مدي أهمية قرار لجنة الفحص والاستلام بالنسبة لحساب غرامات التأخير في عقود التوريد في مصر وفرنسا.  
١٢٧- رابعاً: منح التنظيم الفرنسي جهة الإدارة سلطة تقديرية واسعة في قبول أو رفض الأصناف الموردة. وقد حرصت كراسة الشروط العامة لعقد التوريد

<sup>١</sup> هذا وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بأن "التوريد غير المطابق للمواصفات يأخذ حكم عدم التوريد من حيث توقيع غرامة التأخير إذا لم يورد بديلها المطابق للمواصفات في الميعاد المحدد للتوريد (...). ولا يغير من ذلك القول بأن الجهة الإدارية قد رفضت الأصناف المشار إليها بعد أن سبق وقبيلتها عند التسليم بمخازن المركز، ذلك ان العبرة في قبول الأشياء الموردة إنما يكون بالتسليم النهائي الذى يتم بعد الفحص والمعينة بمعرفة اللجان المختصة وليس بالتسليم الابتدائي الذى يقصد به إثبات كمية وعدد الأصناف الموردة وتاريخ ورودها". فتوى رقم ٦١٩ بتاريخ ١٦/٦/١٩٩٠، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى إنشائها حتى ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٧١٧، ٧١٨.

<sup>٢</sup> انظر ترجمة نص المادة، فقرة ١٢٣.



وتلقي الخدمات في فرنسا على تنظيم و تحديد إجراءات الفحص والاستلام وبيان سلطة جهة الإدارة في هذا المقام. والملاحظ في التنظيم الفرنسي الذي انطوت عليه كراسة الشروط العامة، إطلاقه لسلطة جهة الإدارة فيما يتعلق بقبول أو رفض الأصناف الموردة في حالة عدم مطابقتها من حيث الكمية أو المواصفات.

فمن حيث الكمية تنص المادة ١- ٢٤ على أنه " في أعقاب المعاينة الكمية، إذا كانت الكمية الموردة غير متطابقة مع ما تم الاتفاق عليه في العقد، فإن السلطة الإدارية المتعاقدة تستطيع أن تقبلها بحالتها أو أن تعذر المتعاقد بأن يقوم خلال مدة محددة إما بسحب الكميات السابق توريدها أو بتكملة هذه الكمية الموردة"<sup>١</sup>.

أما فيما يتعلق بالمعاينة والفحص النوعي، فقد بينت المادة ٢-٢٤ أحكامها<sup>٢</sup>. وقد حددت هذه المادة قرار جهة الإدارة بواحد من الأربيع خيارات التالية : قبول الأصناف الموردة، تأجيل قبول الأصناف الموردة، تخفيض سعر الأصناف الموردة، رفض هذه الأصناف. أما عن قرار قبول الأصناف الموردة فقد نظمته المادة ١-٢٥ من كراسة الشروط العامة<sup>٣</sup>، ويكون في حالة مطابقة ما تم توريده للمواصفات المتفق عليها. وقد اعتبرت كراسة الشروط أن مرور ١٥ يوم من تاريخ الاستلام الابتدائي دون صدور قرار من جهة الإدارة بمثابة قبول لهذه الأصناف. أما تأجيل قبول الأصناف الموردة فقد نظمته المادة ٢-٢٥<sup>٤</sup>، ويكون في حالة الحاجة لاستدراك بعض أوجه النقص أو القصور. ويكون قرار تأجيل القبول بمقتضى قرار مسبب يتم إخطاره للمورد. ومضمون هذا القرار دعوة للمتعاقد مع الإدارة لاستدراك

<sup>1</sup> A l'issue des opérations de vérification quantitative, si la quantité fournie ou les prestations de services effectuées ne sont pas conformes aux stipulations du marché, le pouvoir adjudicateur peut décider de les accepter en l'état ou de mettre le titulaire en demeure, dans un délai qu'il prescrit :

- soit de reprendre l'excédent fourni ;  
- soit de compléter la livraison ou d'achever la prestation".

<sup>2</sup> L'article 24-2 du CCAG FCS dispose que "A l'issue des opérations de vérification qualitative, le pouvoir adjudicateur prend une décision d'admission, d'ajournement, de réfaction ou de rejet dans les conditions prévues à l'article 25"

<sup>3</sup> Voir, l'article 25-1 du CCAG FCS

<sup>4</sup> Voir, l'article 25-2 du CCAG FCS

أوجه القصور في الأصناف الموردة خلال مهلة ١٥ يوم. أما عن قرار تخفيض سعر الأصناف الموردة الذي نظمته المادة ٣-٢٥<sup>١</sup>، فيكون في حالة ما إذا قدرت السلطة الإدارية المتعاقدة أن الأصناف الموردة على الرغم من عدم مطابقتها التامة للبنود المنفق عليها، يمكن أن تقبل بحالتها. في هذه الحالة فإن الإدارة المتعاقدة تستطيع تخفيض قيمة الصفقة للسعر المتناسب مع أهمية العيوب والنقص في المواصفات. ويتم إخطار المتعاقد مع الإدارة بالقرار بعد دعوته إلى إبداء ملاحظاته على هذا القرار. أما عن قرار رفض الأصناف الموردة، فقد نظمته المادة ٤-٢٥<sup>٢</sup>، ويكون في حالة تقدير الجهة المتعاقدة أن الأصناف لا يمكن أن تقبل كليا أو جزئيا بحالتها. فقرار الرفض يمكن أن يكون كليا أو جزئيا. وهذا القرار يجب أن يكون مسببا وأن تسبقه دعوة للمتعاقد مع الإدارة لإبداء ملاحظاته.

مما سبق يتضح أن كراسة الشروط العامة لعقد التوريد وتلقي الخدمات في فرنسا تمنح جهة الإدارة سلطة تقديرية واسعة في قبول أو رفض التوريدات غير المطابقة سواء في الكمية أو الصنف. فهي لم تلزمها بنسب معينة للقبول أو الرفض.

١٢٨- خامسا: تقييد التنظيم المصري لسلطة جهة الإدارة في قبول ورفض الأصناف الموردة. وفي مصر، يلتزم المورد وفقا للمادة ٩ من اللائحة التنفيذية للقانون " ٨٩ لسنة ١٩٩٨ " بتوريد الأصناف المتعاقد عليها في الميعاد أو المواعيد المحددة خالصة من جميع المصروفات، والرسوم ومطابقة لأمر التوريد وللمواصفات أو العينات المعتمدة، وتسليم أمين مخزن الاستقبال ما يتم توريده بالعدد أو الوزن أو المقاس بحضور المورد أو مندوبه، ويعطى عنه إيصالا مؤقتا مختوم بخاتم الجهة الإدارية موضحا به اليوم والساعة التي تم فيها التوريد ويقرر فيه حالة الأصناف وسلامتها .

فإذا ورد المورد هذه الأصناف على النحو السالف فإن ذمته لا تبرأ بل تظل التزاماته معلقة على نتيجة الرأي الفني الصادر من لجنة الفحص<sup>٣</sup> .

<sup>1</sup>Voir, l'article 25-3 du CCAG FCS

<sup>2</sup> Voir, l'article 25-4 du CCAG FCS

<sup>٣</sup> بعد تمام التسليم الابتدائي على النحو المحدد في م ٩٠ من اللائحة يأتي دور لجنة الفحص والاستلام وقد حددت م ٩٧ من اللائحة التنفيذية كيفية تشكيل اللجنة وإجتماعها فنصت م ٩٧ من اللائحة على أن " تصدر السلطة المختصة قرار بتشكيل لجنة الفحص برئاسة مدير المخازن أو مسئول القسم المختص على أن تضم عضوا فنيا أو أكثر وعضوا من الجهة المطلوبة لها الأصناف وأمين المخازن المختص.

وبصدد مدى الدقة التي يجب أن يكون عليها الفحص الذي تقوم به لجنة الفحص ومدى أهمية الرأي الفني الذي تبديه قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "لائحة المناقصات تضمنت تنظيماً كاملاً لفحص الأصناف المشتراه طبقاً لعقود التوريد من شأنه أن تتمكن الجهة الإدارية من التحقق من مطابقة المبيع لشروط العقد ومواصفاته والوفاء بالغرض المقصود منه، ولها على ضوء ما تجر به من تجارب وفحص أن تقرر إما قبول الصنف أو رفضه بناء على تقرير لجنة الفحص واعتماد المصلحة لقرارها ويكون القرار الصادر في هذا الشأن نهائياً أي يكون ملزماً لطرفي العقد، وهذا التنظيم المتكامل الذي نصت عليه لائحة المناقصات أوجب على الجهة الإدارية أن تفحص الأصناف الموردة بعناية أشد من عناية الرجل العادي"<sup>١</sup>. والحقيقة أن هذا التشدد من جانب المحكمة في مدى أهمية الفحص التي تقوم به لجنة الفحص ومدى الدقة التي يتعين أن يكون عليها الرأي الفني الصادر من جانبها إنما يرجع إلى أن الاستلام النهائي إنما يعتمد في الحقيقة على هذا الرأي. وجهة الإدارة ملزمة بالرأي الفني الصادر عن هذه اللجنة في مسألة قبول أو رفض الاستلام النهائي ولم تجعل اللائحة للجهة الإدارية المختصة بالاستلام سلطة تقديرية في القبول أو الرفض إلا في أضيق الحدود.

وهذا القرار الفني للجنة الفحص لا يخلو وفقاً لللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ من أحد ثلاثة :

١. أن تكون نتيجة الفحص الذي تقوم به اللجنة في صالحه، وذلك في حاله المطابقة بين الأصناف الموردة والأصناف المتفق على توريدها من حيث الكمية والمواصفات. وفي هذه الحالة فإن السلطة المختصة تلتزم بإصدار قرارها بقبولها

---

ويجب أن تجتمع اللجنة خلال خمسة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالي لوصول الأصناف على أنه بالنسبة للصفقات التي لا تزيد قيمتها على مائتي جنيهاً للصنف الواحد في العقد الواحد فيجوز فحصها واستلامها بمعرفة مدير المخازن".

<sup>١</sup> حكم ٢٨٢ لسنة ١٢ ق.ع، صادر في ١٩٧١/٣/٢، مجموعة الأربعين في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٢٢، ٧٤٣.

انظر في التفرقة بين التسليم المؤقت والنهائي الفتوى رقم ٣٠٣ صادرة في ١٩٦٠/٤/١٢ مجموعة الأربعين عاماً في العقود الإدارية، ص ٧٤٤ - ٧٤٠.

وتبرأ ذمة المورد من تاريخ التسليم الابتدائي، أي من التاريخ الذي سلم فيه الأصناف المتفق على توريدها لأمين المخازن وفقا لنص م ٩٠. وعندئذ، تتوقف مسألة توقيع الغرامة عليه على تاريخ التسليم الابتدائي. فإذا كان هذا التاريخ سابقا للتاريخ الواجب التوريد فيه أصلا أو في ذات التاريخ فلا محل لتوقيع غرامة تأخير عليه، لأنه لم يتأخر في الوفاء بالتزاماته. أما إذا كان هذا التاريخ- تاريخ التسليم الابتدائي- تالي للتاريخ المتفق على التوريد فيه توقع عليه غرامة يبدأ حسابها من اليوم التالي للتاريخ الذي كان يجب أن يتم فيه التوريد إلى التاريخ الذي تم فيه التسليم الابتدائي فعلا.

ومتى قررت لجنة الفحص قبول الأصناف الموردة وتم اعتماد هذا القرار من قبل رئيس المصلحة أو مدير السلاح، فإن الاستلام النهائي يعد قد تم " ويتحرر المورد من كافة الالتزامات التي كانت ملقاة على عاتقه، كما يتعين على الإدارة رد التأمين المدفوع من المورد أو خطاب الضمان المقدم منه".<sup>١</sup>

ولا يجوز في هذه الحالة لجهة الإدارة أن تسأل عن العجز أو العيوب التي تظهر بعد الاستلام النهائي، إلا إذا أثبتت الإدارة أن هذه العيوب نشأت قبل الاستلام النهائي وأن عدم اكتشافها وقت الاستلام النهائي يرجع إلى غش من جانب المورد. فإذا ثبت استعمال المتعاقد مع الإدارة للغش أو التلاعب لإخفاء العيوب التي تشوب الأصناف الموردة، فإن الجزاء عندئذ لن يكون رفض الأصناف وتوريد بدلا عنها مع توقيع غرامة التأخير عليه أو حتى التنفيذ على حسابه أو فسخ العقد مع مصادرة التأمين النهائي في حدود نسبة ١٠% حسبما يتراءى لجهة الإدارة، بل سوف يكون

<sup>١</sup> وتنص المادة ٩٢ من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه " إذا رفضت لجنة الفحص صنفا أو أكثر من الأصناف الموردة أو وجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو العينات المعتمدة يخطر المورد بذلك كتابة بالبريد الموصى عليه بأسباب الرفض وبوجوب سحب الأصناف المرفوضة وتوريد بدلا عنها، ويجب أن يتم ذلك الاخطار فور صدور قرار اللجنة في ذات اليوم أو في اليوم التالي على الأكثر ويلتزم المورد بسحب الأصناف المرفوضة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالي لإخطاره، فإذا تأخر في سحبها يكون للجهة الإدارية الحق في تحصيل مصروفات تخزين بواقع (٢%) من قيمة الأصناف عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه لمدة أقصاها أربعة أسابيع وبعد انتهاء هذه المدة تتخذ إجراءات بيعها لحساب المورد وتخضع من الثمن ما يكون مستحقا لها ويكون البيع وفقا لاحكام هذه اللائحة".

<sup>٢</sup> حكم رقم ٦٠٦ لسنة ٤٦ ق.ع، صادر ٢٠٠٠/٤/١٨، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لسنة ٤٥ ق.ع، مرجع سابق، ص ٧٢٩.

فسخ العقد وجوبا مع مصادرة التأمين بالإضافة إلى شطب اسم المتعهد من بين المتعهدين وعدم السماح له بالدخول في مناقصات حكومية مستقبلاً.<sup>١</sup>

٢. أن تكون نتيجة الفحص الفني بمخالفة الأصناف الموردة للأصناف المتعاقد عليها فعلا بنسبه تزيد عن ٢٠% نقصا في الكم أو مخالفة في المواصفات. عندئذ، فإن المتعاقد لا يعد موفيا بالتزاماته بتوريد الأصناف المتفق على توريدها في الميعاد أو المواعيد المحددة. ويتعين عليه وفقا للمادة ٩٢ من اللائحة سحب الأصناف المرفوضة وتوريد بدلا عنها بعد إخطاره كتابة بالبريد الموصى عليه بأسباب الرفض وبوجوب سحب الأصناف المرفوضة وتوريد بدلا عنها<sup>(٢)</sup>. وفي هذه الحالة توقع عليه غرامة تأخير بالنسبة المحددة في المادة ٩٤ من اللائحة من اليوم التالي لليوم الذي كان يجب فيه تسليم الأصناف المتفق على توريدها وفقا للمواصفات المتفق عليها. فهو إذا يعامل نفس معاملة المورد المتخلف من البداية عن التوريد.

وتظهر أهمية هذا الحكم بالذات في الحالة التي يكون فيها التوريد غير المطابق للمواصفات في ميعاد معاصر للميعاد المتفق عليه للتوريد أصلا. إذ أن المورد يتحمل الوقت - ويدخل بالتالي في حساب غرامة التأخير- الذي تستغرقه لجنة الفحص للاجتماع وهو خمسة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالي لوصول الأصناف وفقا لنص المادة ٩٧ من اللائحة ، والوقت الذي تستغرقه اللجنة لفحص الأصناف فعلا وإصدار التوصية بالقبول أو الرفض وفقا للمادة ٩٩ من اللائحة<sup>٣</sup>،

<sup>١</sup> انظر حكم ٥٧٠ لسنة ٣٦ ق.ع صادر في ٢٠٠٠/١/١١ ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة ٤٥ ق.ع، ص ٣٥٧ وما بعدها.

<sup>٣</sup> تنص م ٩٩ من اللائحة على أن " تقوم لجنة الفحص بفحص نسب مئوية مختلفة تحدد بمعرفتها وتحت مسؤوليتها حسب أهمية الصنف وبحيث تكون العينة ماثلة له وتعتبر اللجنة مسؤولة عن مطابقته من جميع الوجوه للمواصفات وللعينة المختومة ، ويحرر محضر الفحص "نموذج ١٢ مخازن حكومة" من أصل وصورتين تبين فيه النسب المئوية لمقادير الفحص التي فحصتها وأسماء ومواصفات ومقادير الأصناف وأسباب التوصية بالقبول أو الرفض ثم يقدم المحضر إلى السلطة المختصة للتصرف، وفي حالة اعتماد قبول الصنف يرسل أصل محضر الفحص وفاتورة التوريد وصورة أمر التوريد مع إذن الإضافة (نموذج ١ مخازن حكومة) إلى الحسابات وتحفظ

بالإضافة إلى الوقت الذي تستغرقه الجهة الإدارية المختصة لإصدار قرارها برفض الأصناف التي لا تطابق العينات في الحدود السابق بيانها وفقا للمادة ١٠٢، بجانب كل ذلك الوقت الذي تستغرقه السلطة المختصة للفصل في الخلافات التي تنشأ بين الموردين ولجان الفحص وبين أعضاء لجنة الفحص أنفسهم<sup>١</sup>. ولذلك نجد أن اللائحة كانت صريحة في وجوب إخطار المورد فور رفض اللجنة صنفاً أو أكثر من الأصناف الموردة لمخالفتها للمواصفات أو للعينات المعتمدة وكذلك الحال في حالة وجود نقص في الكمية، في ذات يوم صدور قرار اللجنة أو في اليوم التالي على الأكثر طبقاً لنص المادة ٩٢ حتى يتدارك خطأه ولا يضيع عليه الوقت لأن هذا الوقت داخل في حساب الغرامة.

وفي الحقيقة فإن تحمل المورد المخل بالوقت السابق يبدو أمراً مبرراً وغير مناقض لاعتبارات العدالة. إذ أن الأضرار التي تعود عليه من جراء رفض الجهة الإدارية الاستلام النهائي هي في الحقيقة نتاج خطأه العقدي وعدم التزامه الجادة في تنفيذ التزاماته مع الجهة الإدارية. هذا، وإذا وجد هذا المتعاقد لنفسه عذراً أو مبرراً فإنه يمكن أن يدخل في طائفة الإعفاء الجوازي إذا قدرت الجهة الإدارية عذره ولم يكن هناك ضرر قد أصاب المرفق العام جراء إخلاله، وذلك بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة في الحالتين.

٣. أن تكون نتيجة الفحص الفني بمخالفة الأصناف الموردة للأصناف المتعاقد عليها فعلاً بنسبه لا تزيد عن ٢٠% كما هو مطلوب بالمواصفات المتعاقد على أساسها. في هذه الحالة فإن القرار بقبول استلام هذه الأصناف نهائياً أو رفضها وبالتالي توقيع غرامة على المتعاقد، يتوقف على الجهة الإدارية المتعاقدة، حيث أن اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ قد أعطت الجهة الإدارية المختصة في هذه الحالة فقط سلطة تقديرية في القبول أو الرفض.

---

صورة من محضر الفحص مع صورة الفاتورة في ملف خاص بإدارة المخازن وترسل الصورة الثانية مع صورة إذن الإضافة إلى وحدة رقابة المخازن.

<sup>١</sup> تنص المادة رقم ١٠٠ من اللائحة على أن " تفصل السلطة المختصة في الخلافات التي تنشأ بين الموردين ولجان الفحص أو بين أعضاء لجنة الفحص أنفسهم، ولها أن تسترشد في ذلك برأى لجنة فحص أخرى أو الرجوع إلى الجهة التابع لها المندوب الفني".

ولكن اللائحة قد تحفظت في هذا الشأن فاشتترطت عدة شروط قيدت بها من السلطة التقديرية للجهة الإدارية المختصة، وهذه هي الحالة الوحيدة التي يكون فيها للجهة الإدارية سلطة تقديرية وفقا لنص المادة ١٠٢ من اللائحة<sup>١</sup>.

### وهذه الشروط هي :

١. أن تكون الحاجة ماسة لقبول الصنف أو الأصناف رغم ما بها من نقص أو مخالفة، وهذا الشرط يعبر عن الحكمة التي من أجلها قرر المشرع الحكم السابق في اللائحة، إذ أنه وبالرغم من أن المتعاقد مع جهة الإدارة قد ثبت في حقه الإخلال، بتوريده أصنافا مخالفة للمواصفات المتفق عليها إلا أن الضرورة قد تملى على جهة الإدارة قبول هذه الأصناف نظرا لحاجة المرفق العام الماسة إليها. وهذه الحاجة الماسة قد لا تحتل الانتظار لمنح

<sup>١</sup> تنص المادة ١٠٢ من اللائحة التنفيذية على أنه " يجب على الجهات التي تقوم بفحص الأصناف أن تبين في تقارير الفحص ما أسفر عنه عملها مقارنة بما هو مدون بالشروط والمواصفات المتعاقد على أساسها ، وتلتزم الجهة الإدارية بالأخذ دائما بهذه النتائج ورفض الأصناف التي لا تطابق المواصفات والعينات المتعاقد على أساسها " .

غلي أنه يجوز قبول الأصناف غير المطابقة إذا كانت نسبة النقص أو المخالفة لا تزيد على ( ٢٠% ) كما هو مطلوب بالمواصفات المتعاقد على أساسها بشرط أن تكون الحاجة ماسة لقبول الصنف أو الأصناف رغم ما بها من نقص أو مخالفة ، وأن يكون السعر بعد الخفض مناسباً لمثيله في الاسواق .

يجب أن تقرر لجنة الفحص صلاحية الأصناف للأغراض المطلوبة من أجلها ، وأنه لا يترتب على قبولها ضرر بالجهة كما تحدد اللجنة مقدار الخفض في الثمن المقابل للنقص أو المخالفة . ويجوز للجنة الفحص الاستعانة بفني أو أكثر من الجهات الفنية المختصة إذا رأت ضرورة لذلك ويراعى الآتي:

١. الأصناف التي تكون نسبة النقص في مواصفاتها لغاية (٣%) يكون قبولها بخضم مقدار الخفض في الثمن الذي قررتة اللجنة.
٢. الأصناف التي تكون نسبة النقص في مواصفاتها أكثر من (٣%) لغاية (١٠%) يكون قبولها بخضم مقدار الخفض في الثمن الذي قدرته اللجنة مضافا إليه غرامة مقدارها (٥٠%) من هذا المقدار .
٣. الأصناف التي تكون نسبة لنقص في مواصفاتها أكثر من (١٠%) لغاية (٢٠%) يكون قبولها بخضم مقدار الخفض في الثمن الذي قدرته اللجنة مضافا إليه غرامة مقدارها (١٠٠%) من هذا المقدار .

المتعاقد مع الإدارة مهلة أخرى للتوريد أو الشراء على حسابه، خاصة وأن المخالفة في المواصفات غير فادحة وقد يكون في الإمكان التجاوز عنها وقبولها لتسيير المرفق العام.

٢. يجب أن تقرر لجنة الفحص صلاحية الأصناف للأغراض المطلوبة من أجلها وألا يترتب على قبولها ضرر بالجهة الإدارية، وهذا الشرط منطقي والحكمة من وراءه واضحة فليس من المعقول أن تقرر الجهة الإدارية قبول هذه الأصناف مع أنها غير صالحة للمرفق العام ولا يمكن الاستفادة منها في تسييره .

٣. أن يكون سعر الأصناف الموردة بعد إجراء الخفض مناسباً لمثيلاتها في الأسواق، فليس من المعقول أن يستفيد المخل من إخلاله ويتربح من وراء ذلك، لذلك كانت اللائحة صريحة في وجوب إجراء خفض تحدد لجنة الفحص مقداره مقابلًا للنقص أو المخالفة في المواصفات المتفق عليها مسترشدة في ذلك بالقيمة السوقية لمثل الأصناف الموردة فعلاً. ويلاحظ، أن اللائحة قد حددت غرامة توقع كعقوبة على المورد المخل وجوبا متى زادت نسبة النقص والمخالفة عن ٣%<sup>١</sup> .

٤. قبول المورد كتابة هذا الخصم فإذا قبل المتعاقد مع الإدارة الخصم الذي أجرته الجهة الإدارية أنعد اتفاقاً جديداً بين الجهة الإدارية والمتعاقد معها تعدل بموجبه الاتفاق الأول بينهما في خصوص هذه العملية فقط وبصدد مواصفات الأصناف المتعاقد على توريدها، فإذا رفض قبول هذا الخصم طبقت بصدده اللائحة أي طبقت المواد ٩٢ و ٩٤ فيلتزم بسحب الأصناف وتوريد بدلا منها، بالإضافة إلى الغرامة التأخيرية. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " شرط تطبيق نص المادة ١٣٧ من لائحة المناقصات والمزايدات على ما جرى به صريح حكمها أن يوافق المورد كتابة على

<sup>١</sup> أنظر في تحديد مقدار هذه الغرامة المادة ١٠٢ من اللائحة ، والتي سبق عرضها في الهامش .



تخفيض قيمة هذه الأصناف الموردة بنسبة ما قدره الفنيون المختصون لها مضافا إليها غرامة معادلة وبمراعاة قيمة هذه الأصناف السوقية ، فإذا لم يوافق المورد على ذلك كتابة فلا يكون أمامها ثمة مندوحة من رفض الأصناف الموردة على خلاف المواصفات المتفق عليها ، ومطالبة المورد بسحبها والشراء على حسابه من غيره أو إنهاء التعاقد بالنسب لهذه الأصناف ومصادرة التأمين بما يوازي ١٠% من قيمتها ودون إخلال بحق الجهة الإدارية في المطالبة بالتعويض "١.

٥. أخذ موافقة لجنة البت والسلطة المختصة على قبول هذه الأصناف برغم ثبوت مخالفتها للمواصفات المتفق عليها، وذلك بهدف تحقيق نوع من الرقابة الذاتية على قرار الجهة الإدارية المختصة.

فإذا ما توافرت الشروط السابقة وقبلت الجهة الإدارية هذا التوريد بعد قبول المتعاقد معها للخصم الذي أجرته كتابة برئت ذمة المورد وعد موفيا للالتزاماته. فقبول هذا المتعاقد الخصم يعد بمثابة القبول لإيجاب صادر عن الجهة الإدارية يتعدل بموجبه العقد، وبالتالي فلا محل لتوقيع غرامة التأخير عليه لأنه يعد قد أوفى بالتزاماته من تاريخ التسليم الابتدائي. والفرض أنه تم في الميعاد المحدد مطابقا للمواصفات المتفق عليها لأن هذه المواصفات تعدلت بناء على الاتفاق الجديد. أما إذا رفضت الجهة الإدارية الاستلام النهائي وذلك لعدم توافر أي شرط من الشروط التي حددتها اللائحة والتي سبق عرضها، أو حتى رفضت هذا الاستلام رغم توافر هذه الشروط وذلك لأن الأمر في النهاية جوازي وخاضع للسلطة التقديرية الكاملة لجهة الإدارة<sup>٢</sup>، فإن التسليم لا يعد قد تم. وبالتالي فيتعين على

<sup>١</sup> حكم ٧٦٣ لسنة ١٢ ق.ع، ، صادر في ١١/٢٥/١٩٦٩، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٥٩

<sup>٢</sup> قد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " ليس في نصوص العقد ما يفرض على جهة الإدارة أن تقبل التوريد غير المطابق بسعر مخفض على نحو ما عرضه عليها المدعى مسلما بذلك ضمنا وبمتابعة توريد كمية جديدة بدلا من أخرى مرفوضة بما أسفر عنه التحليل من مخالفة الأقراص الموردة للمواصفات المتفق عليها ، إذ لا إلزام على الإدارة في شئ من ذلك لأن هذا من إطلاقتها التي تخضع لتقديرها إذا ما تعذر الحصول على الأصناف الموردة على خلاف العينة ، وبشرط أن

المتعاقد مع الإدارة وفقا للمادة ٩٢ أن يسحب هذه الأصناف غير المطابقة وأن يقوم بتوريد الأصناف المتفق عليها بدلا عنها مطابقة للاتفاق القائم بينهما .

وفي هذه الحالة فإن السلطة الإدارية توقع عليه غرامة تأخير وفقا للمادة ٩٤ من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على اعتبار أنه قد ورد أصنافا مرفوضة. و تستطيع الجهة الإدارية المتعاقدة إعفائه من توقيع غرامة التأخير عليه إذا ما توافرت شروط الإعفاء الجوازي خاصة وأن نسبة المخالفة في المواصفات غير فادحة، وذلك بطبيعة الحال إذا وجدت الأعذار والمبررات التي تبرر هذا الإعفاء.

ومن كل ما تقدم يتضح أن اللائحة التنفيذية للقانون قد ميزت وبوضوح بين نوعين من الاستلام : المؤقت النهائي. ويتضح كذلك أن المعول عليه في تحديد مدى وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في الميعاد المحدد وهو ما يتوقف عليه حساب غرامة التأخير هو الاستلام النهائي وليس المؤقت .

وإذا كانت اللائحة قد فرقت بين الاستلام المؤقت والنهائي على النحو المتقدم ذكره إلا أنه قد يندمج أحدهما في الآخر في بعض الأحيان وذلك متى قبلت جهة الإدارة الأصناف الموردة مرة واحدة وبصفة نهائية، وقد خلت اللائحة من نصوص ملزمة بإتمام التسليم على مرحلتين، ولهذا فقد يتم على مرحلة واحدة وبصفة نهائية وفي هذه الحالة ينقضي عقد التوريد وتنتهي مسؤولية المورد عن الأصناف الموردة بتحقيق التسليم الذي اتفق عليه<sup>١</sup>.

فعندما يكون عقد التوريد محله بضائع أو سلع ترد من الخارج، فعندئذ فإن العقد يحدد مكان التسليم وطريقة، والأمر عندئذ لا يخلو من أحد الفروض التالية :

١. أن يتم الاتفاق على أن يكون التسليم في ميناء الشحن " F.O.B "، وفي هذه الحالة يكون التسليم نهائيا في ميناء الشحن. وينقضي عقد التوريد ويعد المورد قد

---

تقرر لجنة الفحص صلاحية الأصناف الموردة على خلاف العينة للاغراض المطلوبة من أجلها  
والأ يترتب على قبولها ضررا ما للمصلحة "

حكم ٨٢٨ لسنة ٧ ق.ع صادر من ١٩٦٣/٦/١ ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع حتى عام ١٩٩٥ ، ص ٧٥٤ ، مرجع سابق .

<sup>١</sup> فتوى ٣٠٣ صادرة في ١٢/٤/١٩٦٠ ، مجموعة الأربعين في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص ٧٤٥.

أوفي بالتزاماته - متى تمت في موعدها المتفق عليه. وبالتالي فلا محل لتوقيع غرامة عليه بمجرد وضع البضاعة على السفينة وتسليم المستندات الناقلة للملكية. وعندئذ، ينقضي عقد التوريد وتنتهي مسؤولية المورد في ميناء الشحن.

ويكون الميعاد المعول عليه في تحقق التوريد في الميعاد هو تاريخ شحن البضاعة وتسليم مستنداتها للجهة الإدارية. فإذا كان سابق أو مطابق للميعاد المتفق عليه فلا محل لتوقيع غرامة تأخير عليه. أما إذا كان تالي لهذا التاريخ فتوقع الغرامة من اليوم التالي للميعاد المحدد أصلا للتوريد إلى يوم وصول البضاعة لميناء الشحن وشحنها.

٢. أن يتم الاتفاق على أن يكون التسليم في ميناء الوصول " C.&F C.I.F " ، وفي هذه الحالة فإن مسؤولية المورد لا تنتهي ولا يعد بالتالي قد وفي بالتزاماته إلا بوصول البضاعة إلى ميناء الوصول واستلامها بمعرفة الجهة الإدارية المختصة . ولا يتغير الحكم السابق حتى ولو كان قد سلم مستندات الشحن الناقلة للملكية إلى الوزارة أو المصلحة المتعاقدة في ميناء الشحن. ومن ثم فإنه يظل ضامنا كافة الأخطار والعيوب التي قد تصيب البضاعة حتى يتم تسليمها في ميناء الوصول. وبالتالي فإن التاريخ المعول عليه لتحديد مدى وفائه بالتزاماته في موعدها وبالتالي إمكانية توقيع غرامة التأخير عليه من عدمه هو تاريخ استلام البضاعة في ميناء الوصول. فإذا كان هذا التاريخ مطابق أو سابق للتاريخ المتفق عليه للتوريد فهو يعد موفيا بالتزاماته في موعدها ولا محل لتوقيع الغرامة عليه. أما إذا كان هذا التاريخ تالي للميعاد المحدد للتوريد توقع عليه غرامة التأخير ابتداء من اليوم التالي للميعاد المحدد للتوريد إلى يوم وصول البضاعة لميناء الوصول .

٣. أن يتم الاتفاق على أن يكون تسليم هذه البضائع الواردة من الخارج أو السلع في مخازن الوزارة أو المصلحة. عندئذ، فإن مسؤوليته لا تنتهي إلا بوصول البضاعة إلى هذه المخازن وفحصها نهائيا على النحو الذي شرحنا .

وحاصل ما تقدم أن مسؤولية المورد وما يترتب عليها من آثار إنما ترتبط بالتسليم النهائي الذي قد يتم في ميناء الشحن أو ميناء الوصول أو من مخازن الوزارة حسبما اتفق عليه في العقد المبرم بين الجهة والمورد<sup>١</sup>.

ويبقى أخيراً أن نذكر بأن الإدارة لا تستنزل من حساب الغرامة أيام العطلات الرسمية وبأن سائر القواعد التي عرضنا لها سالفاً والمتعلقة بكيفية حساب غرامة التأخير هي قواعد تكميلية يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافها.

### خلاصة المبحث الثاني

يحرص النظام القانوني المصري مثل نظيره الفرنسي على توفير أكبر قدر من الفاعلية لغرامات التأخير حتى تؤدي دورها في حماية مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. فالعقود الإدارية تعمل على إشباع حاجات المرافق العامة، وبالتالي فإن التأخر في تنفيذها له عظيم الأثر على حسن سير المرافق العامة. ومن هنا كان الاعتراف لجهة الإدارة في مصر وفرنسا بسلطة توقيع هذه الغرامة بإرادتها المنفردة.

أما الاعتراف للإدارة بالحق في إعفاء المتعاقد معها من هذه الغرامات فيبدو ضرورة أملت طبيعة الغرامة باعتبارها جزء المقصود منها حث المتعاقد على إنجاز التزاماته العقدية في موعدها. وهو ما يقتضي إعفاءه في الحالات التي يكون فيها التأخير ناجم عن سبب لا دخل لإرادته فيه.

أما الإعفاء الجوازي فيعمل على تحقيق اعتبارات المرونة في تنفيذ العقد الإداري من خلال النظر إليه بعين الاعتبار للحالات التي يتوافر فيها للمتعاقد عذر، وهو ما يمكن أن يحقق نوع من "التفريد الإداري" بالنظر لطبيعة الغرامة في مصر باعتبارها عقوبة عقدية إدارية.

<sup>١</sup> فتوى ٣٠٣ صادرة من ١٢/٤/١٩٦٠، مجموعة الأربعة عام في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٧٤ - ٧٤٩، وهي مذكورة كاملاً في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لسمى الفتوى والتشريع حتى عام ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ١١٤٧ - ١١٥٣.

ودراسة الأحكام التفصيلية التي تحكم تطبيق غرامات التأخير في الأنواع المختلفة من العقود الإدارية، لاسيما عقدي الأشغال العامة والتوريد تظهر مدى حرص كل من النظامين: المصري والفرنسي، على توفير أكبر قدر من الفاعلية لغرامات التأخير .

## الخلاصة ونتائج البحث

إن تحليل الأحكام التي تحكم المسؤولية التي توقع غرامات التأخير كنتيجة لها بالنظر إلى المبادئ العامة الحاكمة للمسؤولية العقدية في مصر، ينتهي بنا إلى الإقرار باعتبار غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية في مصر هي في حقيقتها عقوبات عقدية ذات طبيعة إدارية. فغرامات التأخير توقع في مصر بناء على تحقق ركن وحيد وهو الإخلال بالتزام عقدي. وهذا الإخلال يتحقق بتأخر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ أداءاته العقدية في مواعيدها. وغرامات الإخلال بهذه المثابة لا يشترط لتوقيعها تحقق ثمة ضرر. فالحقيقة أن الضرر ليس مفترضا في هذا النوع من المسؤولية، وإنما هو ليس بشرط لتحقيقها. ومتى انتفى الضرر فلا محل للحديث عن رابطة السببية التي تنبئ أهميتها في الربط بين ركني الضرر والخطأ. والطبيعة القانونية لغرامات التأخير في مصر تبدو على التحديد السابق، مختلفة عن مثيلتها في فرنسا. فالنظام القانوني الفرنسي يجيز للمتعاقد -بناء على الاتفاق في العقد - اقتضاء تعويضات من المتعاقد الآخر لإخلاله بالتزاماته وذلك بناء على افتراض الضرر افتراضا لا يقبل إثبات العكس. فالتعويضات الجزافية في حالة الشرط الجزائي في القانون الخاص في فرنسا لا ترتب بالضرر، وإنما تستحق بمجرد تحقق الإخلال سواء تحقق ضرر أم لم يتحقق. ومن ثم فغرامة التأخير التي ينص عليها في عقود القانون العام في فرنسا تجد لها ما يناظرها في عقود القانون الخاص، مع اختلاف طفيف في التفاصيل.

وأما عن مصدر سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير في مصر فهو ليس العقد أو الاتفاق كما هو الحال في فرنسا، وإنما قواعد القانون العام الذي تحكم العقود. فكما أوضحنا فغرامات التأخير أصبحت من مفترضات التعاقد سواء نص العقد عليها أم لم ينص. وتجد هذه العقوبات أساسها النظري في مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. وعلي الرغم من تسليمنا بوجود اختلاف - وإن كان نظريا إلي حد بعيد- بين كل من النظامين المصري والفرنسي فيما يتعلق بالأساس النظري لحق الإدارة في توقيع غرامات التأخير، فإن النظامين: المصري و الفرنسي، يتقاربان في الواقع العلمي في إقرار حق الإدارة في توقيع غرامات

التأخير على المتعاقد معها سواء نص العقد صراحة على ذلك أم لم ينص، وذلك على التفصيل الذي بيناه<sup>١</sup>.

ويتجاوب النظام القانوني الذي يحكم غرامات التأخير في كل من البلدين مع الغرض من تقرير هذه الغرامات في عقود القانون العام: حماية مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. ويظهر هذا التجاوب من خلال العديد من الوجوه:

١. غرامات التأخير تستحق بمجرد تحقق التأخير. ويثبت للإدارة الحق في توقيعها بمقتضى قرار يصدر منها بإرادتها المنفردة. وقد رأينا أن سلطة الإدارة في توقيع الغرامة في مصر تبدو مقيدة بخلاف الحال في فرنسا. وهذا التقيد ينبع في الحقيقة من وجود تنظيم قانوني للغرامة يستند لنصوص قانون المناقصات المزادات ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته، وذلك بخلاف الحال في فرنسا حيث لا يستند تنظيم الغرامة لأي نص قانوني أو لائحي. ومن ثم فلا مناص في الحالة الفرنسية من الرجوع للقواعد العامة في هذا الشأن.

والحقيقة أن تقيد سلطة الإدارة في مقام توقيع غرامات التأخير يبدو متجاوبا مع الغرض من فرض هذه الغرامات في العقود الإدارية من ناحية، ومتماشيا مع طبيعتها القانونية في مصر من ناحية أخرى وذلك على النحو الذي بيناه في موضعه<sup>٢</sup>.

٢. وتوقيع الغرامة لا يشترط أن يسبقه إعدار في مصر. والحقيقة أن عدم اشتراط الإعدار في مصر يبدو متفقا مع طبيعة الغرامة باعتبارها عقوبة توقعها الإدارة بمجرد تحقق الإخلال ودون حاجة لتحقيق ضرر. أما في فرنسا فعلي الرغم من تمسك مجلس الدولة الفرنسي علي سند من طبيعة الغرامة باعتبارها تعويضات جزافية، ومن ثم يطبق عليها المبادئ التي تحكم المسؤولية العقدية ومن أبرزها قاعدة وجوب الإعدار، فإن الواقع العملي يتجه لإحلال الإدارة من هذا الشرط حتى في فرنسا. فالحقيقة أن اشتراط الإعدار يتنافى مع الاعتبارات التي وجدت الغرامة لتحقيقها في مجال القانون العام: مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. ولذلك فنحن اتجهنا لتأييد موقف المشرع المصري في هذا المقام<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> انظر ما سبق بيانه، فقرة رقم ٥ وما بعدها.

<sup>٢</sup> انظر ما سبق بيانه بصدد دراسة سلطة الإدارة في توقيع الغرامة، وبالذات فقرة رقم ٥٥.

<sup>٣</sup> انظر ما سبق بيانه بصدد دراسة الإعدار كقيد إجرائي يرد علي سلطة الإدارة في توقيع الغرامة، وبالذات فقرة رقم ٨٣.

٣. وعند الحديث عن سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير، تظهر الرقابة التي يباشرها القاضي الإداري باعتبارها أهم محددات هذه السلطة. وكما رأينا فإن القاضي الإداري باعتباره قاضي العقد له سلطات جد واسعة في رقابته علي قرارات الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد من خلال دعاوى القضاء الكامل. وقد اشرنا في حينه<sup>١</sup>، لتحول قضائي هام في فرنسا من خلال تبني مجلس الدولة لقضاء جديد يهدف لحماية المتعاقد مع الإدارة في حالة وصول مجموع الغرامات لحد ظاهر المغالاة بالنسبة لقيمة الصفقة. وقضاء مجلس الدولة الفرنسي الجديد يمكن أن يمثل مصدر إلهام لنظريه المصري في حالة شطط الإدارة ومغالاتها في الاتفاقات المعدلة للغرامة.

أما بصدد سلطة الإدارة في الإعفاء من غرامات التأخير، فقد لاحظنا بصفة عامة أن التنظيم القانوني للإعفاء يتماشى مع الهدف من تقرير غرامات التأخير في عقود القانون العام. وتصدق هذه الملاحظة سواء بصدد الإعفاء الوجوبي أو بصدد الإعفاء الجوازي.

فيثبت للمتعاقد مع الإدارة الحق في الإعفاء متى كان تحقق الإخلال يرجع لسبب لا يد له فيه. فليس من العدل توقيع عقوبة علي المتعاقد مع الإدارة لسبب لا يد له في تحققه ولا يستطيع له ردا ولا دفعا. وفي فرنسا، فإن المسؤولية التي توقع غرامات التأخير كنتيجة لها تخضع لقواعد المسؤولية العقدية العامة. وهذه الأخيرة تشترط تحقق ثمة خطأ لثبوتها. وتحقق الإخلال نتيجة للسبب الأجنبي كفيل بنفي هذا الخطأ. أما بصدد الإعفاء الجوازي، فقد لاحظنا من خلال هذه الدراسة أن المشرع المصري كان حصريا علي تنظيم موضوع الإعفاء الجوازي بخلاف الحال في فرنسا، وذلك تحقيا لاعتبارات شتى. ومع ذلك فكما رأينا<sup>٢</sup>، فالتنظيم المصري يمكن أن يكون محل نقد من حيث تقيده لسلطة الإدارة في الإعفاء الجوازي بأشترط انتفاء تحقق أي ضرر يصيب المرفق العام المتصل به العقد من جراء التأخير. وكنا نود لو أن المشرع المصري قد وسع قليلا من سلطة الإدارة في منح الإعفاء الجوازي تحقيا لاعتبارات تفريد العقوبة من جهة، واعتبارات المرونة في العقود الإدارية من جهة أخرى.

<sup>١</sup> انظر ما سبق بيانه بصدد، فقرة رقم ٨٣ و ٨٤.

<sup>٢</sup> أنظر ما سبق بيانه بصدد دراسة سلطة الإدارة في منح الإعفاء الجوازي من غرامات التأخير في مصر وفرنسا، وبالذات فقرة رقم ١٠٩ وما بعدها.



أما فيما يتعلق بتطبيقات الغرامات التأخير في العقود الإدارية وبالذات في عقدي الأشغال العامة والتوريد، فكما لاحظنا يحرص كل من النظامين المصري والفرنسي في تنظيمه للغرامة علي تحقيق اعتبارات الفاعلية. وإن كنا لنا ثمة ملاحظات علي هذا التنظيم، فيلاحظ أن المشرع المصري قد أعتمد الأسبوع كأساس لحساب الغرامة في مقابل اليوم في فرنسا. والحقيقة أن اليوم يبدو أنسب في مجال المفاضلة بين التنظيم المصري والفرنسي. فهو الأكثر تماشياً مع الغرض الذي تقررت من أجله غرامات التأخير في مجال العقود الإدارية وهو تحقيق مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

# قائمة المراجع

## أولاً: المراجع العربية

### أ. القانون الخاص

- د. أحمد الصاوى، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بدون دار نشر، طبعة ١٩٨٨، ص ٤٠٩ .
- د. أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثانى أحكام التزام ، الإسكندرية، منشأة المعارف .
- د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثانى أحكام الالتزام، الإسكندرية، بدون دار نشر، ، طبعة ١٩٧٧ .
- د. رمضان محمد أحمد أبو السعود ، مصادر الالتزام، الإسكندرية، بدون دار نشر، طبعة ٢٠٠٣ .
- د. عبد الرازق أحمد السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدني، الجزء الأول مصادر الالتزام .
- د. محمد حسين منصور ، نظرية القانون، الإسكندرية، بدون دار نشر، طبعة ٢٠٠٢ .
- د. نبيل إبراهيم سعد:
- النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول مصادر الإلتزام، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، الجزء الأول ، مصادر الإلتزام ، طبعة ٢٠٠٤ .
- النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثانى احكام الإلتزام ، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، طبعة ٢٠٠٢ .
- د. نبيل عمر، الوسيط فى قانون المرافعات، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة.

## ب. القانون العام

### ١. المؤلفات الفقهية العامة

- د. عبد الغنى بسيونى عبد الله ، النظرية العامة للقانون الإدارى ، الإسكندرية، الناشر منشأة المعارف ، طبعة ٢٠٠٣ .
- د. ماجد راغب الحلو القانون الإدارى ، الإسكندرية، دار الجامعة الجديد، طبعة ٢٠٠٦ .
- د. محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الإدارى، قضاء الإلغاء ، الإسكندرية، الناشر دار الجامعة الجديدة ، طبعة ٢٠٠٠ .

### ٢. المؤلفات الفقهية المتخصصة

د. انس جعفر. العقود الإدارية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، الطبعة الرابعة ٢٠٠٧ .

د. توفيق شحاته ، عقد الالتزام ، بدون دار نشر، طبعة ١٩٥٦ ، ص ١٣١ .

د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية

د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية ، الإسكندرية، دار الفكر العربى ، طبعة ١٩٧٥ .

د. صلاح الدين فوزى ، قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ٩٨ المشاكل العملية والحلول القانونية دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة للعقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٠ ، ص ١٣٥ وما بعدها

د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة فى العقود الإدارية ، القاهرة، المركز القومى للإصدارات القانونية ، طبعة ٢٠٠٨ ، ص ٢٦٢ وما بعدها

د. عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية ، القاهرة ، دار النهضة العربية، طبعة سنة ١٩٧٣، ص ٣٤٥

د. عمر الخولي، الوجيز فى العقود الإدارية: دراسة تحليلية تطبيقية، بدون دار نشر، ٢٠١٢.

د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية ، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، طبعة ٢٠٠٧.

د. محمد باهى أبو يونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لاجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠١.

د. محمد فؤاد عبد الباسط ، العقود الإدارية ، ص ٣٦٠ ، طبعة ٢٠٠٦ ، دار الجامعة الجديدة ، ص ٢٩٣.

د. نصر الدين بشير ، غرامة التأخير فى العقد وأثرها فى تسير المرفق العام، الإسكندرية، دار الفكر الجامعى، طبعة سنة ٢٠٠٧، ص ٣٢

### ٣. رسائل دكتوراة

د. أيمن جمعة ، تنفيذ عقد الاشغال العامة، رسالة دكتوراة قدمت ونوقشت بجامعة الزقازيق ٢٠٠٥ .

د. سيد أحمد جاد الله ، سلطة القاضى إزاء العقد الإدارى، رسالة دكتوراة قدمت و نوقشت بجامعة القاهرة ٢٠٠٧.

د. عاطف سعدي علي، عقد التوريد الاداري بين النظرية والتطبيق ، رسالة دكتوراة قدمت ونوقشت بجامعة بنها، سنة ٢٠٠٥.

د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، طبعة ١٩٧٥.

د. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، رسالة للدكتوراة قدمت ونوقشت بجامعة عين شمس سنة ١٩٧٩.

#### ٤. مقالات

-احمد رفعت خفاجي، طبيعة الغرامات التعاقدية في العقود الادارية ، بحث منشور في مجلة المحاماة، تصدرها نقابة المحامين في مصر،العدد العاشر،السنة السادسة و الثلاثين – ١٩٥٦

#### ٤. المجموعات قضائية<sup>١</sup>

-مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في شأن العقود الإدارية في أربعين عاما من ١٩٥٥-١٩٩٥ : مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، عن المكتب الفني، بمناسبة اليوبيل الذهبي لمجلس الدولة، ١٩٩٩.

-مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ نشأتها حتى عام ٢٠٠٥، المكتب الفني، ٢٠٠٦.

-مجموعة العقود في خمسة عشر عاما، المكتب الفني لمجلس الدولة، ١٩٦٩.

د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات – الكتاب الثالث – عوارض تنفيذ وإنهاء العقد الإداري، ٢٠٠٤

#### قائمة المراجع الفرنسية

### I. Ouvrages Généraux

<sup>١</sup> سوف نقتصر على المجموعات المتخصصة في العقود الإدارية التي صدرت في مناسبات خاصة، أما المجموعات التي تصدر بانتظام سنويا فنكتفي بالإشارة لها في موضعها في هوامش البحث.

-ROUAULT (M-C), *Droit administratif*, 3<sup>e</sup> Ed., Paris, Gualino, 2005.

-MORAND-DEVILLER (J), *Cours de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 2010.

-VINEY (G.), *Traité de droit civil*, Paris, LGDJ, 1998.

## II. Ouvrages spécialisés

-ALLAIREF ( F.), *L'Essentiel du droit des marchés publics*, Paris, Gualino éditeur, 2<sup>e</sup> ed, 2009, p.169.

-ANTONMATTEI (P-H.), *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris. L.G.D.J., coll. "Bibliothèque de droit privé".

BRACONNIER (S), *Précis du droit des marchés publics*, 4<sup>e</sup> Ed., Paris, Le Moniteur, 2012.

-BRECHON-MOULENES (C.), *Droit des marchés publics*, Paris, Le Moniteur, avril 2006.

-DE LAUBADERE (A.), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, tome premier, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956.

-GUETTIER (C.), *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2008, n° 538

-RICHER (L.), *Droit de contrats administratifs*, 1<sup>er</sup> Ed., LGDJ, 1995.

-RICHER (L.), *Droit de contrats administratifs*; 7<sup>e</sup> Ed., Paris, LGDJ, 2010.

-LORENS (F.), *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics: Contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, Tome I 139, 1981.

-PLESSIX (B.), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, EPA - Editions Panthéon Assas, 2003.

-VAUTROT-SCHWARZ (CH.), *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, L.G.D.J, 2010.

-UBAUD-BERGERON (M.), *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, 2015, p. 12.

### III. Thèses

-BUCHER (CH.), *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, Dalloz, 2011.

-LEFONDRE (M.), *Recherche sur la sanction administrative et leur nature juridique*, Thèse pour le doctorat présentée et soutenue à l'Université de Caen, 1973.

#### IV. Articles et fascicules

-BRECHON-MOULENES (Ch.), (sous la dir. de), DE GERY (P.), RICHER (L.), ROUQUETTE (R.) et TERNEYRE (Ph.), *Droit des marchés publics*, Paris, Le Moniteur, 1993.

-BUROMAG – UGOLINI, "Contrats marchés publics", *CMP*, 2004, n° 250.

-GRANGE (B.), "La tentative de rationalisation de la commande publique par l'ordonnance et le décret sur les marchés publics", *AJ Contrats d'affaires*, Mai 2016, n° 5, p. 238–241

-GROSSER ( P.), "Pertinence des critères cumulés pour caractériser la force majeure en matières délictuelle et contractuelle", in *La semaine juridique générale* BLOCH Laurent, "Force majeure : le calme après l'ouragan ?", in *Responsabilité civile et assurances* , n°6, juin 2006, Etude M. Patrice Jourdain (RTD civ. 2003 p. 301 et RTD civ. (4) oct-déc. 1994 p. 872)

-LABETOULE (A. ) BARDOUX (A.) LECADET (S.), "Panorama des principales nouveautés de la réforme du droit



des marchés publics ", Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales, 23 mai 2016, n° 20, p. 29–37

-LEMAIRE (F.) , "La force majeure : un événement irrésistible", *RDP* , n°6, 1999, p.1723-1740.

-MAUGUE (C. ), "Les variations des contrats administratifs", *AJDA*, 1998, p.694

-MOREAU ( J.), "Les matières contractuelles", *AJDA*, 1998, p. 747.

-PAISANT (G.), Dix ans d'application de la réforme des articles 1552 et 1231, *RTC*, 1985, 647.

## V. Commentaires d'arrêts

-CE 3 décembre 1920, *Fromassol*, *RDP*, 1920, p. 64, concl. CORNEILLE.

-TA Nancy, 20 février 2001, *SA Ronzat*, *CMP* 2001 n°135, note DELELIS.

-CAA Paris 23 juin 2006, *Sarl Serbois*, n° 02PA03759, CP-ACCP, n° 60, novembre 2006, note . LETELLIER.

-CAA Marseille, 30 mars 2004, *Buromag-Ugolini*, *CMP* 2004, n°139, note OLIVIER .

CE, 17 mars 2010, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*, *CMP* 2010, n° 173, not. VIDAL.

-CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, n° 370644, *CMP*, not., DU BUS



---

---

العلاقة الدستورية بين الدين والدولة  
(دراسة مقارنة حول مدى تدين الدساتير الوطنية)

---

---

د. محمد عبد العال  
مدرس القانون العام بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية.

سيادة القانون الإلهي أم سيادة القانون الوضعي؟ هو سؤالاً يحمل في طياته المزيد من الأسئلة الهامة التي كثيراً ما تبدو إجاباتها متناقضة بين بعضها البعض إلى حد كبير. ففكرة ما إذا كان القانون الوضعي هو الواجب التطبيق في الدول ذات الحكم والتمثيل الديمقراطي حتى وإن خالفت أحكامه القانون الإلهي، هي فكرة تدعو للتساؤل حول مصدر القانونين وكذلك الطرق والممارسات المتبعة في تفسير نصوصهما. بالإضافة إلى ذلك، إعتقاد بعض الدول على القانون الإلهي أو الدين بصفة عامة كأساساً دستورياً يحكم سياساتها الخارجية ومعاملاتها الإقتصادية قد زاد من صعوبة الموقف في ظل إدراك أغلب دول العالم إلى أهمية كتابة الدساتير وسن القوانين الوضعية لتحكم كافة المعاملات في سبيل التخلص من سيطرة المؤسسات التي تنتمي إلى الديانة الغالبة في الدولة وما قد يبتتبع ذلك من سخط وحنق مجتمعي يعصف بمبدأ المساواة والحريات والحقوق الأساسية.

من الجدير بالذكر أيضاً أن من أهم المظاهر التي تدل على المنافسة التي يلقاها القانون الوضعي من القانون الإلهي هي أن تلك الدول التي قد تتخذ من دين معين أساساً للحكم فيها في كافة المجالات إنما تعطي ذلك الدين تلك المكانة بنص صريح أو ضمني في دستورها الوضعي، الأمر الذي قد ينتهي إلى تفريغ هذا الأخير من مضمونه وفحواه. قد يجد الدين طريقه إلى الدساتير الوضعية عن طريق أكثر من وسيلة أشهرها أن (١) يُعلن الدستور الدولة دولة منتمية إلى دين معين، مثل

دستور أفغانستان (٢٠٠٤)،<sup>١</sup> باكستان (١٩٧٣)،<sup>٢</sup> السعودية (١٩٩٢)،<sup>٣</sup> البحرين (٢٠٠٢)،<sup>٤</sup> إيران (١٩٧٩)،<sup>٥</sup> وموريتانيا (١٩٩١)؛<sup>٦</sup> (٢) أو أن يُنصب الدستور ديناً معيناً الدين الرسمي للدولة، مثل ما هو عليه الحال في دستور جمهورية مصر العربية (٢٠١٤)،<sup>٧</sup> الجزائر (١٩٨٩)،<sup>٨</sup> المغرب (٢٠١١)،<sup>٩</sup> العراق (٢٠٠٥)،<sup>١٠</sup> الأردن (١٩٥٢)،<sup>١١</sup> الكويت (١٩٦٢)،<sup>١٢</sup> وقطر (٢٠٠٣)؛<sup>١٣</sup> (٣) أو أن يُشير

١ "أفغانستان جمهورية إسلامية، مستقلة، دولة موحدة وغير قابلة للتجزئة." المادة الأولى من الدستور الأفغانى لسنة (٢٠٠٤).

٢ باكستان أن جمهورية فيدرالية تُعرف بإسم جمهورية باكستان الإسلامية." المادة الأولى من الدستور الباكستاني لسنة (١٩٧٣).

٣ "المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية ذات سيادة." المادة الأولى من الدستور السعودي لسنة (١٩٩٢).

٤ "مملكة البحرين عربية إسلامية مستقلة ذات سيادة تامة ، شعبها جزء من الأمة العربية ، وإقليمها جزء من الوطن العربي الكبير، ولا يجوز التنازل عن سيادتها أو التخلي عن شيء من إقليمها." المادة الأولى من الدستور البحريني لسنة (٢٠٠٢).

٥ "شكل الحكومة الإيرانية الجمهورية الإسلامية، التي أقرها الشعب الإيراني على أساس الإعتقاد منذ أمد بعيد في سيادة الحق والعدالة القرآنية." المادة الأولى من الدستور الإيراني لسنة (١٩٧٩).

٦ "موريتانيا جمهورية إسلامية، ديمقراطية، وإجتماعية لا تتجزأ." الفقرة الأولى من المادة الأولى من الدستور الموريتاني لسنة (١٩٩١).

٧ "الإسلام دين الدولة واللغة العربية هي اللغة الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع." المادة الثانية من الدستور المصري لسنة (٢٠١٤).

٨ "الإسلام هو دين الدولة" المادة الثانية من الدستور الجزائري لسنة (١٩٨٩).

٩ "الإسلام دين الدولة، والدولة تضمن لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية." المادة الثالثة من الدستور المغربي لسنة (٢٠١١).

١٠ "الإسلام هو الدين الرسمي للدولة، وهو مصدر أساسى للتشريع." المادة الثانية من الدستور العراقي لسنة (٢٠٠٥).

١١ "الإسلام دين الدولة واللغة العربية هي لغتها الرسمية." المادة الثانية من الدستور الأردني لسنة (١٩٥٢).

١٢ "دين الدولة هو الإسلام والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع." المادة الثانية من الدستور الكويتي لسنة (١٩٦٢).

١٣ " قطر دولة عربية مستقلة ذات سيادة. دينها الإسلام، والشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع في البلاد." المادة الأولى من الدستور القطرى لسنة (٢٠٠٣).

الدستور إلى دين أو ملة أحد الكنائس بإعتباره الدين السائد فيها، مثل الدستور اليونانى (١٩٧٥) والدستور الدنماركى (١٩٥٣).<sup>١</sup>

فى هذه الدراسة سوف نحاول تسليط الضوء حول كيف تتباين الدساتير المقارنة فى تعاملها مع الدين أو القانون الإلهى، وإلى أى مدى قد يرتقى هذا التعامل إلى مرتبة أيدلوجية صارمة تُعرف بها الدولة أو مبدأ من المبادئ الدستورية السامية التى تميز الدولة عن نظيراتها. فى سبيل هذا، سوف نتعرض بالبحث إلى بعض النماذج الدستورية المقارنة فى هذا الخصوص، مثل النموذج الدستورى العلمانى فى فرنسا وتركيا، النموذج الدينى الحيادى فى الولايات المتحدة الأمريكية، النموذج الدينى التعددى فى كندا، وأخيراً النموذج الدينى القوى فى إيران والسعودية. فضلاً عن ذلك سوف نستعرض بعض الأحكام القضائية فى تلك الدول التى تتبنى نموذجاً معيناً لمعرفة ما إذا كانت محاكمها قد قررت فرض بعض القيود على كيفية تفسير وتطبيق تلك النماذج.

أخيراً، سوف نستعرض موقف الدساتير المصرية المتعاقبة من القوانين الإلهية، الدين الإسلامى على وجه الخصوص، وما إذا كان الدستور المصرى الحالى ينتمى إلى أحد النماذج الدستورية السابق الإشارة إليها أم أنه يتفرد بنظام مغاير. كذلك سوف نلقى الضوء على المنهجية التى إستحدثتها المحكمة الدستورية

<sup>١</sup> "الدين السائد فى اليونان هو دين الكنيسة الأرثوذكسية الشرقية للسيد المسيح." المادة ٣(١) من الدستور اليونانى لسنة (١٩٧٥). "الكنيسة الإنجيلية اللوثرية هى الكنيسة المؤسسة فى الدنمارك، وعلى هذا النحو، يجب أن يتم دعمها من قبل الدولة." البند الرابع من الدستور الدنماركى لسنة (١٩٥٣).

العليا في شأن تحديد موقف الدستور المصري من الدين الإسلامي في محاولة منها للحفاظ على الهوية الدستورية الوضعية من دون مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

## الفصل الأول

### العلاقة بين الدولة والدين في بعض النماذج الدستورية المقارنة

كانت ولا تزال العلاقة بين الدين والدولة علاقة مضطربة، ففي بعض الأحيان يكونا حليفين مقربين، وفي أحيان أخرى خصمين عنيدين. تلك العلاقة المضطربة تجد أساسها التاريخي في حقيقة أنه في بعض الأحيان إحتكر الحكام تفسير النصوص الدينية إما بأنفسهم أو بواسطة رجال الدين الموالين للسلطة،<sup>1</sup> وفي أحيان أخرى أيد الحكام نظرية ضرورة معاملة الدين كمسألة مستقلة تماماً عن الدولة بحيث يتم الفصل بينهما فصلاً حاسماً،<sup>2</sup> وأخيراً أوجدت بعض الدول نظاماً مكنها بشكل أو بآخر من الإعتراف بالدين كأحد الدعائم الأساسية في المجتمع من دون أن يطغى هذا الإعتراف بشكل كبير بحيث يستغرق جميع جوانب الحكم

<sup>1</sup> أنظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Metin Cosgel and Thomas Miceli, *State and Religion*, J. OF COMP. ECONOMICS (2009).  
<sup>2</sup> من الجدير بالذكر أن فكرة فصل الدين عن الدولة قد بزغت بظهور مصطلح "فصل الكنيسة عن الدولة" والذي ظهر بدوره أول ما ظهر في خطاب الرئيس الأمريكي توماس جيفرسون إلى أحد الجمعيات المعمدانية المسيحية في ولاية كونتيكت الأمريكية والذي ذكر فيه أنه "يتأمل بكثير من التقديس السيادي ما أقدم عليه الشعب الأمريكي كله حين أعلن أن السلطة التشريعية محظوراً عليها أن تجعل أي قانون من شأنه الترسخ لإقامة دين من الأديان أو يمنع حرية ممارسته). وبالتالي بناء جدار فاصلاً بين الكنيسة والدولة." وقد قصد جيفرسون بذلك نص التعديل الدستوري الأول الخاص بالدستور الفيدرالي الأمريكي (1787)، والذي حظر على الكونجرس سن أي قانون من شأنه إقامة ديناً معيناً أو التبشير به أو منع ممارسة الحق في التعبد بدين معين.

أنظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Thomas Jefferson, *Jefferson's Letter to the Danbury Baptists: The Final Letter, as Sent*, The Library of Congress Information Bulletin: June 1998. Lib. of Cong. (1998).

والسياسة فى الدولة. فى هذا الفصل سوف نسلط الضوء على بعض النماذج الدستورية المقارنة التى حددت موقفها تجاه الدين بأليات وتفسيرات مختلفة.

### أولاً: نموذج الدولة الملحدة

فى الواقع القانونى المعاصر غالباً ما يتم تحديد ملامح العلاقة بين الدين والدولة فى دساتير الدول التى قد تتفاوت فى تبنى نماذج معينة فى هذا الخصوص. أول هذه النماذج هو نموذج الدولة الملحدة التى يتجنب دستورها ذكر الدين فى أى من مواضعه أو يذهب أبعد من ذلك فىنبص صراحة على ضرورة التخلّى عن الدين كأحد دعائم النظام المجتمعى والسياسى. متسلحة بأفكار كارل ماركس، تمثل دساتير الدول الشيوعية نموذجاً مثالياً لدساتير الدول الملحدة التى تربط رباطاً وثيقاً بين الدين والرجعية والتخلف وتزييف الوعى، وتنتظر إليه على أنه مجرد مسكناً تلجأ إليه المجتمعات الفاشلة.<sup>1</sup>

على سبيل المثال، منذ أن تأسست فى عام ١٩٤٩، امتلكت جمهورية الصين الشعبية أربعة دساتير مختلفة. تم التصديق على الأول فى عام ١٩٥٤، وفىه تم وضع المبادئ التوجيهية لنظام الحكم فى الدولة ومؤسساتها وكذلك الحقوق والحريات الأساسية. وقد اشتمل هذا الدستور على المادة ٨٨، التى نصت على أن "مواطنى جمهورية الصين الشعبية يتمتعون بحرية الإعتقاد الدينى." غير أن هذه المادة لم يتم وضعها موضع التنفيذ حيث أنه خلال الثورة الثقافية الصينية،<sup>2</sup> تم تنحية

<sup>1</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

Ran Hirschl, *Comparative Constitutional Law and Religion*, in TOM GINSBURG AND ROSALIND DIXON ED., *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 422 (2011).

<sup>2</sup> الثورة الثقافية الصينية بدأت فى علم ١٩٦٦ وإستمرت حتى عام ١٩٧٦ كانت حركة إجتماعية صينية تهدف إلى ترسيخ دعائم الفكر الإشتراكى ومحو الرأسمالية من ذاكرة المجتمع الصينى.



الدستور بأكمله جانباً وحكم الزعيم الصيني ماو تي سونغ الدولة بمراسيم تنفيذية صادرة عنه.

غير أن فكرة الإلحاد كان قد تم ذكرها صراحة في الدستور الثاني لجمهورية الصين الشعبية، دستور عام ١٩٧٥، حيث نصت المادة ٢٨ منه على أن "يتمتع المواطنون بحرية التعبير، والمراسلات، والصحافة والتجمع وتكوين الجمعيات والمواكب والتظاهر وحرية الإضراب، ويتمتعون بحرية الاعتقاد في الدين وحرية عدم الاعتقاد في الدين ونشر الإلحاد." الأمر نفسه إتبعه الدستور الثالث، دستور عام ١٩٧٨، حين نصت المادة ٤٦ منه على حق المواطنين في نشر الإلحاد. الجدير بالذكر أن تلك المواد كانت قد وردت في باب الحقوق والحريات الأساسية في الدستور وهو ما يمكن تفسيره بالتبعية أن دستور عام ١٩٧٥ ودستور عام ١٩٧٨ كانا قد إترفوا بطريقة صريحة بالحق في الإلحاد كأحد الحقوق الأساسية للصيغة بشخص المواطن الصيني.

أما بالنسبة للوضع في الدستور الصيني الحالي لعام ١٩٨٢، فقد تفادى النص الصريح على الحق في الإلحاد حيث نصت المادة ٣٦ منه على أن "مواطني جمهورية الصين الشعبية يتمتعون بحرية الاعتقاد الديني. لا يمكن لأي جهاز في الدولة أو المنظمات الاجتماعية إرغام المواطنين على الاعتقاد أو عدم الاعتقاد في أي دين. ولا يجوز التعصب ضد المواطنين الذين يعتقدون أو لا يعتقدون في أي دين. تحمي الدولة النشاطات الدينية الطبيعية ولا يجوز لأحد أن يستخدم الدين

أنظر في ذلك باللغة الإنجليزية

TANG TSOU, THE CULTURAL REVOLUTION AND POST-MAO REFORMS: A HISTORICAL PERSPECTIVE (University of Chicago Press, 1986).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الاول

للإنخراط في الأنشطة التي تخل بالنظام العام، أو تضر بصحة المواطنين أو تتداخل مع النظام التعليمي للدولة. ولا تخضع الهيئات الدينية والشؤون الدينية لأي سيطرة أجنبية".

المتأمل للنصوص السابقة يتضح له أنها تشترك جميعاً في أمر واحد وهو فكرة وجود حق للإعتقاد في أحد الأديان أو عدم الإعتقاد في أي من الأديان، سواء عبرت عن تلك الفكرة بذكر لفظ "الإلحاد" صراحة أو بالإكتفاء بإعطاء الأفراد الحق في عدم الإعتقاد في أي دين. الحقيقة أن المادة ٣٦ من الدستور الصيني الحالي لعام ١٩٨٢ هي في الواقع الأكثر شمولاً من جميع مواد الدساتير السابقة في الحماية التي تكفلها للمواطنين بشأن أنهم لا يمكن أن يجبر أحد على الإعتقاد في دين معين، كما أنها لا يمكن أن تجبر في عدم الإعتقاد في دين معين. غير أنه يبدو أن المادة قد صادرت ما قررت منحه للأفراد في صدرها من حق الإعتقاد أو عدم الإعتقاد عندما إعترفت في عجزها بحق الدولة في تعيين الحدود وفرض القيود حول تنظيم هذا الحق بحيث تستأثر بتحديد ما هي الأنشطة الدينية التي تعتبر "طبيعية" وما هي الأنشطة الدينية التي تعتبر "تخريبية"، وإلى أي مدى قد يتم إعتبار الممارسات الدينية مضرّة بالنظام الإجتماعي أو بصحة المجتمع أو النظام التعليمي.

يُستفاد من ذلك أن السياسة الدستورية الصينية بشأن موقع الأديان والقوانين الإلهية كانت تتجه في البداية نحو التأكيد على أن الدستور يدعم فكرة الدولة الملحة المتحررة من القيود الدينية وذلك بالنص على حق الأفراد في نشر الإلحاد، دون إغفال النص على الحرية في الإعتقاد على الرغم من تجاهل الحديث عن الحق في الممارسة والعبادة. غير أن الصين قد خففت كثيراً من حدة سياستها الدستورية تجاه

الدين فى دستور ١٩٨٢ حيث فضل هذا الدستور عدم ذكر لفظ "الإلحاد" صراحة مكتفياً بالنص على حق الأفراد فى عدم الإعتقاد فى أى دين، وذلك قبل أن يؤكد حق الدولة فى تحديد الأنشطة الدينية الطبيعية والتخريبية، وهو الأمر الذى يعنى بمفهوم المخالفة إعترافاً ضمناً بالحق فى ممارسة الشعائر الدينية والعبادة لهؤلاء الذين يعتقدون فى دين معين.<sup>١</sup>

### ثانياً: نموذج الدولة العلمانية

حسنت بعض الدول موقفها من الدين بتأسيس نموذجاً علمانياً يذهب أبعد من مجرد إتخاذ موقفاً محايداً من الأديان – عدم إعطاء أى أفضلية لدين معين على حساب الآخر – بإعلان الدولة دولة علمانية يخفى فيها أى مظاهر دينية فى الحياة العامة. فى الدول صاحبة هذا النموذج، غالباً ما يتم تقديم العلمانية على أساس كونها أحد المبادئ الدستورية السامية التى تلعب دوراً هاماً فى تشكيل أيدولوجية الدولة وأحد العناصر الأساسية فى الدول المعاصرة. تُعد فرنسا وتركيا أشهر الدول فى تطبيق هذا النموذج الدستورى، لذلك سوف نتعرض بالبحث لموقف كل منهما.

#### أ. فرنسا

<sup>١</sup> قد نجد مزيداً من القيود على الحريات الدينية فى المرسوم رقم (١٩) الصادر عن الحكومة الصينية عام ١٩٨٢ والخاص بوجهة النظر والسياسة الأساسية والسياسة فى المسألة الدينية خلال الفترة الإشتراكية، حيث نص هذا المرسوم على أن "لا يمكن بأى حال من الأحوال أن تُستخدم السلطة السياسية فى الدولة الإشتراكية لتشجيع أى دين معين، ولا يمكن إستخدامها لمنع أى دين معين، طالما أنها ليست سوى مسألة من المعتقدات والممارسات الدينية العادية. وفى الوقت نفسه، لن يسمح للدين أن يتدخل فى الشؤون الإدارية أو القضائية للدولة، ولا أن يتدخل فى المدارس أو التعليم العام. وسوف يكون ممنوع تماماً إجبار أى شخص، وخاصة من هم دون الثامنة عشرة من العمر، ليصبح عضواً فى الكنيسة، ليصبح راهباً بوذياً أو راهبة، أو أن يذهب إلى المعابد أو الأديرة لدراسة الكتاب المقدس البوذي."

المنهجية الفرنسية التي تحكم العلاقة بين الدولة والدين تدور حول النظرية الفرنسية لما يُعرف في الفقه الدستوري الفرنسي بإسم العلمانية المؤكدة أو الصارمة "Laïcité policy" أو "Assertive Secularism" كما تُعرف في اللغة الإنجليزية.<sup>١</sup> هذه النظرية، والتي تجد أساسها في المادة الأولى من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ تنص على أن "فرنسا لا بد أن تكون جمهورية موحدة لا تتجزأ، علمانية، ديمقراطية، وإجتماعية"، تعني ببساطة أن جلب الدين في "الحياة العام" هو أمراً محظوراً.<sup>٢</sup>

في الواقع لقد تم تقديم السياسة الفرنسية الخاصة بالعلمانية الصارمة على أساس أنها محاولة لتحرير الدولة من نفوذ رجال الدين والنقابات الدينية وإقامة نظاماً للمواطنة والهوية الوطنية غير معتمداً على دين الأفراد ومعتقداتهم.<sup>٣</sup> الحقيقة أن تلك السياسة لم تقف عن حد تحرير فرنسا سياسياً وإجتماعياً من تأثير الدين، بل تعدت ذلك لتقدم نفسها باعتبارها قيمة دستورية عليا تُعرف اليوم بإسم العلمانية المتشددة أو العلمانية العسكرية.<sup>٤</sup>

الفحص الدقيق لقرارات وأحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص يُفصح عن الكثير من الأدلة وثيقة الصلة بمفهوم سياسة العلمانية المتشددة، الأمر الذي إن دل على شيء إنما يدل على أن تلك السياسة لم تعد من قبيل الترف الفقهي بل

<sup>١</sup> أنظر Hirsch، المرجع السابق، ص. ٤٢٣.

<sup>٢</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

RONAN MCCREA, RELIGION AND THE PUBLIC ORDER OF THE EUROPEAN UNION 104 (Oxford University Press, 2010).

<sup>٣</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

REX AHDAR AND IAN LEIGH, RELIGIOUS FREEDOM IN THE LIBERAL STATE 73 (Oxford University Press, 2005).

<sup>٤</sup> أنظر Hirsch، المرجع السابق.

أضحى لها صدى قضائياً وضعها موضع التفعيل. بناء على ذلك، سيكون من المهم تسليط الضوء على بعض من أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي كرسست ورسخت لفكرة العلمانية المتشددة في النظام القانوني الفرنسي.

### ● قضية فايزة سيلمي "The Case of Faiza Silmi"

لعل أحد أشهر القضايا التي فيها أعلن مجلس الدولة الفرنسي موقفه من تفسير وتطبيق سياسة العلمانية المتشددة كأحد المبادئ الدستورية العليا في فرنسا هي قضية فايزة سيلمي عام ٢٠٠٨. تلخصت وقائع القضية في أن أحد السيدات المغربيات تُدعى فايزة سيلمي كانت قد تزوجت من مواطن فرنسي من أصل مغربي وانتقلت للعيش معه بشكل دائم في فرنسا عام ٢٠٠٠، حيث رزقت معه بثلاثة أطفال أنجبتهم جميعاً في فرنسا. وفي عام ٢٠٠٤، تقدمت بطلب للحصول على الجنسية الفرنسية<sup>١</sup> وذلك قبل أن ترفض الحكومة طلبها في عام ٢٠٠٥ على سند من أن معتقداتها وممارساتها المتطرفة – والتي من بينها إرتداء النقاب بمجرد وصولها إلى فرنسا، وعدم خروجها من المنزل إلا برفقة زوجها، وهو ما يكشف عن عيشها في خضوع تام للرجال – تتعارض مع قيم المجتمع الفرنسي ومبدأ المساواة بين الجنسين. إزاء ذلك لم تجد السيدة سيلمي مفرأً من الطعن على قرار السلطات برفض منحها الجنسية أمام مجلس الدولة.

---

<sup>١</sup> تنص المادة ٢١-١ من القانون المدني الفرنسي لعام (١٨٠٤) على أنه "يجوز للشخص الأجنبي أو لعديم الجنسية المتزوج من شخصاً حاملاً للجنسية الفرنسية الحصول على الجنسية الفرنسية بعد إنقضاء فترة عامين من الزواج، وبشرط ألا يكون قد حدث تفرقاً جسمانياً بينهم، وأن يكون طرف الزواج الفرنسي لا يزال محتفظاً بجنسيته الفرنسية. ويجب على الزوج الأجنبي أن يثبت معرفة كافية باللغة الفرنسية." في وقت لاحق تم تعديل المادة للسماح "للأجانب أو عديمي الجنسية الذين أبرموا عقد زواج مع مواطن فرنسي الحصول على الجنسية الفرنسية، بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الزواج."

معتمداً على المعلومات المقدمة من قبل الحكومة، أيد مجلس الدولة الفرنسي قرار السلطات بشأن رفض الطلب المقدم من الطاعنة للحصول على الجنسية الفرنسية. ولقد برر المجلس حكمه بأن مقدمة الطلب قد إعتادت على "ممارسة الشعائر الدينية المتطرفة التي تتعارض مع القيم الأساسية للمجتمع الفرنسي".<sup>١</sup> فضلاً عن ذلك، ذكر المجلس في حيثيات حكمه أنه بسبب معتقداتها وممارساتها المتطرفة فشلت مقدمة الطلب في "الإندماج في الثقافة الفرنسية" كما هو مذكور في نص المادة ٢١-٤ من القانون المدني الفرنسي،<sup>٢</sup> الذي يسمح للحكومة برفض طلب الزوج الأجنبي للحصول على الجنسية لأسباب أخرى غير لغوية كعدم ثبوت القدرة على الإندماج والإخراط في المجتمع.<sup>٣</sup>

على الرغم من أن المتأمل لحكم مجلس الدولة الفرنسي يتضح له أنه لم يذكر صراحة أن معتقدات الطاعنة تتنافى مع مبادئ العلمانية في المجتمع الفرنسي، إلا أن هذا الحكم يقود ضمناً إلى ذلك. أولاً: ناهيك عن أن إرتكان المجلس على ما قدمته السلطات التنفيذية من معلومات تخص الطاعنة ونمط حياتها وتصرفاتها داخل المجتمع الفرنسي يقطع في أن المجلس قد رأى أن تلك السلطات بما تملكه من آليات وتدبير في موقع أفضل منه لتقدير المسائل المتعلقة بأحقية الحصول على الجنسية الفرنسية، إلا أنه لا بد ألا يتم إغفال أن المعلومات المقدمة قد ركزت على إرتداء الطاعنة للنقاب في الحياة العامة ورفضها الخروج من المنزل إلا بصحبة زوجها،

<sup>١</sup> مجلس الدولة الفرنسي، الدعوى رقم ٢٨٦٧٩٨ (٢٧ يونيو ٢٠٠٨).

<sup>٢</sup> المرجع السابق.

<sup>٣</sup> "يجوز، بقرار صادر عن مجلس الدولة، للحكومة، على أسس غير لغوية مثل الإهانة أو عدم الإندماج، (القانون رقم ٢٠٠٣-١١١٩ من ٢٦ نوفمبر ٢٠٠٣)، معارضة إكتساب الجنسية الفرنسية من قبل الزوج الأجنبي... " المادة ٢١-٤ من القانون المدني الفرنسي من ١٨٠٤.

الأمر الذى يتعلق فى المقام الأول بجوهر سياسة العلمانية المتشددة التى ترفض إظهار أى مظهر من مظاهر الدين والتدين فى الحياة العامة. ثانياً: ترديد السلطات التنفيذية ومن بعدها مجلس الدولة لعبارات مثل فشل الطاعنة فى "الإندماج والإنخراط فى المجتمع الفرنسى" كسند لرفض إجابتها لطلبها بالحصول على الجنسية إنما يكشف عن أن المجلس على قناعة بأن ما يحمله المجتمع الفرنسى من فكر علماني يتعارض مع ثقافة الطاعنة الدينية التى لم تستطع التخلّى عنها مما أدى لفشلها فى إختبار الإندماج المجتمعى.

### ● موقف مجلس الدولة الفرنسى من إرتداء البرقع والحجاب

بالقدر الذى ساهم الجدل الدائر حول إرتداء النقاب فى الحياة العامة فى تطوير نظرية السياسة العلمانية المتشددة، ساهم الجدل الدائر حول إرتداء غطاء الرأس الإسلامى (الحجاب) فى ترسيخ دعائم تلك النظرية خاصة فى أحكام مجلس الدولة الفرنسى. على سبيل المثال، فى ٢٧ نوفمبر ١٩٨٩، بناء على طلب من وزير التربية والتعليم للبت فى مسألة ما إذا كان مديرو المدارس مٌخول لهم طرد الطلاب الذين يرتدون زياً دينياً، أصدرت الجمعية العامة لمجلس الدولة رأياً قانونياً جاء فيه أنه "فى المدارس، إرتداء التلاميذ للرموز الدينية بنية إظهار إنتمائهم الدينى لا يتعارض فى حد ذاته مع مبدأ العلمانية، لأنه شكل من أشكال ممارسة حرية التعبير ومظهر من مظاهر الإعتقاد الدينى. وغير أن هذه الحرية لا تُصرح للتلاميذ إرتداء الرموز الدينية التى، بحكم طبيعتها، أو بمقتضى الظروف التى يتم إرتداؤها فيها بشكل فردي أو جماعي، أو عن طريق طابعها المتباهى أو الإحتجاجى، من شأنه أن يُشكل عملاً من أعمال الضغط أو الإستفزاز أو التبشير أو نوعاً من أنواع الدعاية

من شأنه أن يُفوض كرامة أو حرية التلميذ أو غيرهم من أعضاء المجتمع التعليمي، أو يهدد صحتهم أو سلامتهم أو يُعطل سير العملية التدريسية أو يُحط من الدور التربوي للمعلمين.<sup>١</sup>

علاوة على ذلك، في إدعاء بالمطالبة بإلغاء قرار مجلس إدارة مدرسة جان جوريس الثانوية في مونتييرميل بحظر إرتداء "الحجاب الإسلامي" الصادر في ٢٨ سبتمبر ١٩٩٠، قضى مجلس الدولة الفرنسي، بعد الإستهداء برأيه السابق عرضه، أن "الحظر الصارم على إرتداء أي علامة مميزة، أو لباساً معيناً، أو أي زياً دينياً كان أو سياسياً أو فلسفياً يُمثل حظراً عاماً ومطلقاً من شأنه خرق مبدأ العلمانية".<sup>٢</sup> وبالمثل، في ١٤ مارس ١٩٩٤، أفصح مجلس الدولة عن رأيه في صحة لائحة أحد المدارس العامة التي تنص على أنه "لن يُسمح لأي طالب في الفصول الدراسية أو في غرفة الطعام بتغطية الرأس" قاضياً بأن هذه القاعدة "تنتهك المبادئ الموروثة في المجتمع الفرنسي ولاسيما مبادئ حرية التعبير والحياد، والعلمانية".<sup>٣</sup>

في ما قد يبدو وكأنه إنحرافاً صارخاً عن موقفه السابق، في عام ١٩٩٥، أصدر مجلس الدولة الفرنسي قراراً يزجج إلى حد كبير العلاقة بين مبدأ العلمانية وإرتداء الملابس والرموز الدينية والتي سبق ونص عليها في قراراته السابقة. بعبارة أكثر وضوحاً، في ١٠ مارس ١٩٩٥، تصدى مجلس الدولة للفصل في أحد الشكاوى المتعلقة بطرد ثلاث طالبات مسلمات من إحدى المدارس الثانوية

<sup>١</sup> الجمعية العامة لمجلس الدولة (الشنون الداخلية)، علامة الإنتماء إلى جماعة دينية معينة، الرأي رقم ٣٤٦٨٩٣ (٢٧ نوفمبر ١٩٨٩).

<sup>٢</sup> مجلس الدولة الفرنسي، الدعوى رقم ١٣٠٣٩٤ (٢ نوفمبر ١٩٩٢).

<sup>٣</sup> مجلس الدولة الفرنسي، الدعوى رقم ١٤٥٦٥٦ (١٠ مارس ١٩٩٥).



لإرتدائهن الحجاب الذي ينتهك سياسة المدرسة المناهضة للتبشير. خلافاً لأحكامه السابقة، أيد المجلس قرار المدرسة بطرد الطالبات على سند من أن "إرتداء الحجاب بإعتباره علامة على الإنتماء الديني يتعارض مع حسن سير النظام التعليمي وبالتواصل الحسى، وبالتالي فقرار طرد هؤلاء الطلاب قد صدر بسبب الإضطرابات التي نشأت فى المؤسسة التعليمية كنتيجة لرفضهم خلع الحجاب".<sup>١</sup>

على المستوى التشريعي، يعكس القانون رقم ٢٢٨ لسنة ٢٠٠٤ بشأن حظر إرتداء الأزياء والرموز الدينية فى المدارس الحكومية إلى حد كبير السياسة العلمانية المتشددة فى فرنسا.<sup>٢</sup> على الرغم من أن القانون لم يُفصح عن نيته لفرض حظر على إرتداء شعاراً معيناً أو لباساً يتبع ديناً معيناً، وهو ما يعنى أن القانون يحظر إرتداء كل الرموز والملابس الإسلامية والمسيحية واليهودية على السواء فى المدارس العامة،<sup>٣</sup> إلا أن كثيرون قد رأوا أن الغرض الرئيسى من هذا القانون هو حظر غطاء الرأس الإسلامى (الحجاب) فى المدارس العامة.

بالمثل، قد نجد مثلاً توضيحياً آخر على السياسة الفرنسية بشأن العلمانية المتشددة فى الحظر الذى فرضته فرنسا على إرتداء البرقع الإسلامى. ففي ١٤

<sup>١</sup> مجلس الدولة الفرنسى، الدعوى رقم ١٥٩٩٨١ (١٠ مارس ١٩٩٥).

<sup>٢</sup> القانون رقم ٢٢٨ لسنة ٢٠٠٤ ( ١٥ مارس ٢٠٠٤) بشأن "تطبيق مبدأ الفصل بين الكنيسة والدولة، وإرتداء الرموز أو الزي الذى تُظهر الإنتماء الديني فى المدارس العامة الابتدائية والثانوية".

LOI n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

<sup>٣</sup> نصت المادة الأولى من القانون على أن "يتم إدراج المادة ١٤١-١-٥ فى قانون التعليم لتنص على أن حظر إرتداء الرموز والملابس التى تعبر بشكل واضح وصريح عن الإنتماء الديني فى المدارس والجامعات العامة. ويتعين أن يسبق إتخاذ الإجراء التأديبي إجراء حواراً مع الطلاب".

سبتمبر ٢٠١٠، أصدرت الجمعية الوطنية الفرنسية (البرلمان) بأغلبية ٣٣٥-١ قانوناً يحظر إرتداء غطاء الرأس الذي يغطي الوجه، بما في ذلك البرقع والنقاب في الحياة العامة. وحدد القانون غرامة تصل إلى ١٥٠ يورو أو المشاركة في تعليم المواطنين بالمجان بالنسبة للمخالفين.<sup>١</sup> ولقد تمت دعوة مجلس الدولة الفرنسي لتقديم رأيه في القانون، فأصدر تقريراً أسماه "دراسة حول الإمكانيات القانونية لحظر النقاب"، أكد المجلس أن ممارسة إرتداء الحجاب الكامل للجسم الذي يخفي معه الوجه محظور في حالتين: "١) للموظفين العموميين في ممارسة مهامهم وفقاً لمقتضيات مبدأ العلمانية؛ ٢) الحجاب الكامل محظور في المدارس العامة وفقاً لما يقتضيه مبدأ العلمانية أيضاً."<sup>٢</sup> علاوة على ذلك، أكد المجلس على أن الحظر العام المفروض على إخفاء الوجه يمكن تبريره على أساس "إعتبارات السلامة العامة ومكافحة الإحتيال". على نحو أدق، أجاز المجلس الحظر المفروض على إخفاء الوجه لأغراض تتعلق "بالتحقق من هوية الأشخاص وحسن أداء بعض الإجراءات الخاصة بالزواج والتصويت."<sup>٣</sup>

بناء على ذلك، توصل المجاس إلى إستنتاج مفاده أن الحظر العام والمطلق على إرتداء النقاب أو أي زي آخر من شأنه إخفاء الوجه في الحياة العامة سوف يتعارض بشدة مع الدستور والإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات

<sup>١</sup> القانون رقم ١١٩٢ لسنة ٢٠١٠ بشأن "حظر إخفاء الوجه في الحياة العامة."  
LOI n° 2010-1192: Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

<sup>٢</sup> مجلس الدولة، دراسة حول الإمكانيات القانونية لحظر النقاب (٣٠ مارس ٢٠١٠).

Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral (30 Mars, 2010).

<sup>٣</sup> المرجع السابق.

الأساسية.<sup>١</sup> بالتالى، وفقاً لرأى المجلس، مثل هذا الحظر العام والمطلق من شأنه أن يضى "قديراً كبيراً من عدم اليقين القانونى." غير أنه على الرغم من ما أبداه المجلس من إعتراضات بشأن القانون رقم ١١٩٢ لسنة ٢٠١٠، إلا أن المجلس الدستوري الفرنسي أزال كل العقبات القانونية التي تحيط بالقانون عندما أكد دستوريته في أكتوبر ٢٠١٠ وأمر بنشره في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية.<sup>٢</sup>

• موقف مجلس الدولة الفرنسي من سياسة العلمانية المتشددة فى ضوء

### قراراته السابقة

الفحص الدقيق لقرارات مجلس الدولة الفرنسي السابق عرضها يكشف أن المجلس كان قد نص علي مجموعة من المبادئ القانونية، المتعلقة بمظاهر العلمانية فى الحياة العامة والتعليم، وحرية الدين والتعبير، والتي من شأنها رسم حدود العلاقة بين مبدأ العلمانية وإرتداء الملابس والرموز الدينية تعبيراً عن الحرية الفردية.

أولاً: بالنسبة للحجاب الإسلامى، أقر المجلس مبدأ قانونياً بارزاً مقتضاه أن إرتداء الحجاب الإسلامى فى حد ذاته ليس ضد مبدأ العلمانية. من خلال هذا المبدأ، سعى المجلس إلى ضمان الإعتراف بأهمية بعض الحريات الفردية مثل حرية التعبير وحرية إظهار الدين وممارسته. بدا هذا النهج واضحاً فى القرار الذى

<sup>١</sup> المرجع السابق.

<sup>٢</sup> المرجع السابق.

<sup>٣</sup> المجلس الدستوري الفرنسي، القرار رقم ٢٠١٠ - ٦١٣ (٧ أكتوبر ٢٠١٠).

Constitutional Council, Decision n° 2010 - 613 DC of October 7th 2010.

وفى سياق تأكيده لدستورية القانون، ذكر المجلس الدستوري أن البرلمان الفرنسي قد "شعر أن هذه الممارسات (تغطية الوجه) تشكل خطراً على السلامة العامة والأمن وعدم الإلتزام بالحد الأدنى من متطلبات الحياة فى المجتمع. كذلك فالنساء اللواتي يخفين وجوههن، طوعاً أو جبراً، يتم وضعهم موضع الإقصاء والدونية مما يتعارض بوضوح مع المبادئ الدستورية الخاصة بالحرية والمساواة."

أصدرته الجمعية العامة للمجلس في عام ١٩٨٩، على النحو السابق الإشارة إليه، وذلك حين أعلنت أن إرتداء الحجاب "ليس في حد ذاته يتعارض مع مبدأ العلمانية، بقدر ما يشكل ممارسة لحرية التعبير وحرية إظهار المعتقدات الدينية."<sup>١</sup>

ثانياً، في نفس القرار، حاول المجلس الحد من نطاق مبدأ أن إرتداء الحجاب "لا يتعارض في حد ذاته مع مبدأ العلمانية" من خلال التأكيد على أن الرموز الدينية (الحجاب في هذه الحالة) يمكن إعتبارها ضد مبدأ العلمانية عندما تكون بحكم طبيعتها، أو بمقتضى الظروف التي يتم إرتداؤها فيها بشكل فردي أو جماعي، أو عن طريق طابعها المتباهي أو الإحتجاجي، "تشكل عملاً من أعمال الضغط أو الإستفزاز أو التبشير أو نوعاً من أنواع الدعاية من شأنه أن يُقوض كرامة أو حرية الطلاب أو غيرهم من أعضاء المجتمع التعليمي، أو يهدد صحتهم أو سلامتهم أو يُعطل سير العملية التدريسية أو يُحط من الدور التربوي للمعلمين."<sup>٢</sup> غير أنه من الجدير بالذكر أن المجلس إمتنع عن تحديد كيف لطبيعة الرمز الديني، أو للظروف التي يتم إرتداؤه فيها، أو لمظهره المتباهي أو الإحتجاجي أن يتم إنتهاك مبدأ العلمانية. بناء على ذلك، يبدو أن المجلس قد قصد أن يتم تقييم كيف يكون إرتداء الزى أو الرمز الديني مخالفاً لمبدأ العلمانية بالنسبة لكل حالة على حدة بدلاً من إنشاء سابقة قانونية ذات أثر ملزم في هذا الشأن.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> راجع رأى الجمعية العامة لمجلس الدولة (الشئون الداخلية)، علامة الإلتناء إلى جماعة دينية معينة، الرأى رقم ٣٤٦٨٩٣ (٢٧ نوفمبر ١٩٨٩).

<sup>٢</sup> المرجع السابق.

<sup>٣</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

Nicky Jones, *Beneath the Veil: Muslim Girls and Islamic Headscarves in Secular France*, 9 MACQUARIE LAW JOURNAL 47, 53 (2009).

ثالثاً، أكد المجلس وجهة نظره في القضايا الخاصة بحظر إرتداء النقاب والبرقع. على سبيل المثال، في قضية فايزة سيلمي، أيد المجلس قرار الحكومة برفض الطلب المقدم من الطاعنة بالحصول على الجنسية الفرنسية ليس بسبب حقيقة أنها ترتدي النقاب في حد ذاتها، ولكن نظراً لحقيقة أن الظروف التي إرتدت فيها النقاب - قرار الطاعنة بإرتداء النقاب بمجرد وصولها إلى فرنسا وعدم مغادرة منزلها دون زوجها وإرتضاءها العيش في خضوع تام للرجال - من شأنها، وفقاً للمجلس، أن تُشكل إنتهاكاً للعلمانية الفرنسية. وبالمثل، في تعليقه على القانون رقم ١١٩٢ لسنة ٢٠١٠، فيما يتعلق بحظر إخفاء الوجه في الأماكن العامة، رحب المجلس بالحظر المفروض على إرتداء البرقع والنقاب لأسباب أمنية عندما يكون كشف وجه المرأة ضرورياً للتيقن من هويتها.<sup>١</sup> مع ذلك، رفض المجلس فرض حظراً عاماً على إرتداء البرقع والنقاب لأن بمقتضى ذلك فرض قيود لا مبرر لها على الحريات الأساسية.<sup>٢</sup>

رابعاً: القرارات السابقة لمجلس الدولة الفرنسي يمكن النظر إليها على أساس كونها إشارة إلى أن المجلس يرى أنه ليس هناك ما هو خطأ في أن ترتدي المرأة الحجاب، أو البرقع، أو النقاب، أو أى رمزاً دينياً طالما إنصرفت نيتها إلى مجرد إرتداء تلك الرموز الدينية.<sup>٣</sup> في الواقع، قد يرى البعض أن منهجية المجلس في هذا الشأن يمكن تفسيرها على أساس كونها إنتهاكاً للسياسة الفرنسية العلمانية

<sup>١</sup> راجع التقرير المقدم من مجلس الدولة الفرنسي بعنوان "دراسة حول الإمكانيات القانونية لحظر النقاب" في (٣٠ مارس ٢٠١٠).

<sup>٢</sup> المرجع السابق.

<sup>٣</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

Nicky Jones, *Beneath the Veil: Muslim Girls and Islamic Headscarves in Secular France*, 9 MACQUARIE LAW JOURNAL 47, 57 (2009).

التي تتطلب إخفاء الدين في الحياة العامة، إلا أنه وجب التنويه على أنه يبدو أن المجلس قد قرر إعطاء أفضلية للحريات الأساسية، وذلك عندما لا تفعل النساء شيئاً أكثر من مجرد إرتداء الرموز الدينية ولكن دون رفض السياسة العلمانية تماماً، حيث أن الحظر المفروض على هذه الرموز سوف يستمر إذا كان الغرض من إرتدائها هو إستخدامها كعمل من أعمال الضغط، أو التبشير أو الدعاية لدين معين، أو إلى تفويض الكرامة الإنسانية، أو الإخلال بالأمن وحسن سير وتقديم للخدمات العامة.

### ب. تركيا

مثلها مثل فرنسا، لم تتبنى تركيا موقفاً محايداً من الأديان، بل عمدت إلى تدعيم سياسة العلمانية المتشددة التي تُعارض إظهار المظاهر الدينية في الحياة العام وتنتظر إلى مبدأ العلمانية على أساس كونه قيمة دستورية عليا في المجتمعات المدنية الحرة المعاصرة، والذي لا بد وأن تتم حمايته من قبل مؤسسات الدولة وخاصة المحكمة الدستورية التركية.<sup>1</sup>

على سبيل المثال، في عام ١٩٨٩، قضت المحكمة الدستورية التركية أن إرتداء الحجاب في الجامعات الحكومية يُمثل إنتهاكاً لمبدأ الفصل بين الدين والدولة

---

<sup>1</sup> أنظر Hirschl، المرجع السابق، ص. ٤٢٣. ديباجة الدستور التركي لعام ١٩٨٢ تنص على أنه "لا يجوز على الإطلاق ألا تشارك المشاعر الدينية في شؤون الدولة والسياسة كما هو مطلوب وفقاً لصحيح مبدأ العلمانية." وبالمثل، تنص المادة ٢ من الدستور على أن "جمهورية تركيا هي دولة علمانية (laik) وإجتماعية ديمقراطية تقوم على سيادة القانون التي تحترم حقوق الإنسان بروح من السلم الإجتماعي والتضامن الوطني والعدالة، تتمسك بقومية أتاتورك وتدعم المبادئ الأساسية الواردة في الديباجة."

ومن ثم إهداراً لمبدأ العلمانية<sup>١</sup> علاوة على ذلك، في أحد الأحكام الصادرة عنها في عام ١٩٩١، عادت المحكمة لتؤكد وجهة نظرها السابقة حيث قضت أن "تغطية الرقبة والشعر بالحجاب أو غطاء الرأس في مؤسسات التعليم العالي لأسباب تتعلق بالعقيدة الدينية يُخالف مبادئ العلمانية والمساواة". غير أن سياسة العلمانية المتشددة في تركيا قد تم إختبارها في القضية الشهيرة ليلي شاهين ضد تركيا.

### ● قضية ليلي شاهين ضد تركيا "Leyla Şahin v. Turkey"

تمحورت القضية في الطلب المقدم من ليلي شاهين، وهي طالبة تركية مسلمة حريصة على ممارسة عقيدتها وترتدي الحجاب الإسلامي، إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بمقتضاه تطعن في قرار نائب رئيس جامعة إسطنبول بحظر الطلاب الملتحين والذين يرتدون الحجاب الإسلامي من حضور المحاضرات والإمتحانات الكتابية<sup>٢</sup>.

أمام المحكمة، ادعت شاهين أن قرار نائب رئيس الجامعة يُشكل تدخلاً غير مبرراً مع حرياتنا الدينية وينتهك المادتين ٩ و ١٤ من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (١٩٥٠) – فيما يتعلق بالحق في حرية الفكر والوجدان والدين،<sup>٣</sup> وحظر

<sup>١</sup> المحكمة الدستورية التركية، القرار رقم ١٩٨٩-١٩١٢ (٧ مارس ١٩٨٩).

The Turkish Constitutional Court, Decision no. 1989/12 (07 March, 1989).  
وجدت المحكمة أنه "بغض النظر عن ما إذا كان الحجاب الإسلامي هو مظهر من مظاهر الإسلام، فالإعتراف القانوني لرمز ديني من هذا النوع في مؤسسات التعليم العالي لن يكن متوافقاً مع مبدأ أن من واجب الدولة أن تحرص على تقديم تعليماً محايداً، كما أنه سيكون مسئولاً عن توليد صراعات بين الطلاب بالنظر إلى إختلاف معتقداتهم الدينية".

<sup>٢</sup> المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، الطلب رقم ٩٨/٤٤٧٧٤ (٢٠٠٥).

2005 Eur. Ct. H.R. (Application no. 44774/98).

<sup>٣</sup> تنص المادة التاسعة من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام (١٩٥٠) على أن "١- لكل إنسان الحق في حرية التفكير والضمير والعقيدة. هذا الحق يشمل حرية تغيير الدين أو العقيدة،

التمييز.<sup>١</sup> في معرض فصلها في هذا الإدعاء، أكدت المحكمة أن المادة ٩ من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان "لا تحمي كل عمل يكون مستوحى من دوافع الدين أو العقيدة"،<sup>٢</sup> وذلك قبل أن تذكر المحكمة أن "التعددية" و"التسامح" و"العقل المتفتح" هي القيم الأساسية في أي مجتمع ديمقراطي،<sup>٣</sup> وأنه عندما تكون العلاقة بين الدولة والدين في خطر يجب أن يُعطى إهتماماً خاصاً لتقديرات الصادرة عن السلطات الوطنية.<sup>٤</sup> ونتيجة لذلك، وفقاً للمحكمة، لم يكن هناك أي إنتهاك للمادتين ٩ و ١٤ من الإتفاقية، وبالتالي، فإن قرار نائب رئيس الجامعة واجب النفاذ.<sup>٥</sup>

ناهيك عن أن القرار الصادر من نائب رئيس الجامعة بمنع الطلاب أصحاب اللحي وهؤلاء الذين يرتدون الحجاب الإسلامي من حضور المحاضرات والإمتحانات الكتابية هو إنعكاساً واضحاً لوضع تركيا كدولة علمانية وإنفاذاً لحكم الدستور التركي الذي أكد في ديباجته والمادة الثانية منه على الطابع العلماني

---

وحرية إعلان الدين أو العقيدة بإقامة الشعائر والتعليم والممارسة والرعاية، سواء على إنفراد أو بالاجتماع مع آخرين، بصفة علنية أو في نطاق خاص. ٢- تخضع حرية الإنسان في إعلان ديانته أو عقيدته فقط للقيود المحددة في القانون والتي تكون ضرورية في مجتمع ديمقراطي لصالح أمن الجمهور وحماية النظام العام والصحة والآداب أو لحماية حقوق الآخرين وحرياتهم."

<sup>١</sup> تنص المادة الرابعة عشر من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام (١٩٥٠) على أن "تتم كفالة التمتع بالحقوق والحريات المقررة في هذه المعاهدة دون تمييز أيأ كان أساسه: كالجنس أو العرق أو اللون أو اللغة أو العقيدة أو الرأي السياسي أو غيره أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الإلتقاء إلى أقلية قومية، أو الثروة، أو الميلاد، أو أي وضع آخر."  
<sup>٢</sup> المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، الطلب رقم ٩٨/٤٤٧٧٤ (٢٠٠٥)، البند ١٠٥.

<sup>٣</sup> المرجع السابق، البند ١٠٨.

<sup>٤</sup> المرجع السابق، البند ١٠٩.

<sup>٥</sup> في عام ٢٠٠٨، مدفوعة بضرورة الحفاظ على الطابع العلماني للدولة، أبطلت المحكمة الدستورية التركية التعديل الدستوري الذي قدمه حزب العدالة والتنمية الإسلامي المعتدل الذي بمقتضاه تم رفع الحظر المفروض على إرتداء الحجاب في المؤسسات العامة. القرار رقم ١١٦/٢٠٠٨ (٥ يونيو ٢٠٠٨).



للجمهورية التركية، إلا أن منهجية المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في تأكيد مشروعية هذا القرار هي الجديرة بالإهتمام.

المتأمل لقضاء المحكمة يتضح له أن تلك الأخيرة قد أثرت إعطاء أفضلية إلى تقديرات السلطات الوطنية فيما يتعلق بما هو أفضل لحماية مبدأ العلمانية إذا ما إعتبرته الدولة قيمة دستورية عليا - وكأن المحكمة بذلك قد صرحت ضمناً أن السلطات الوطنية أجدر من المحاكم الدولية على تقدير التفعيل الأمثل لطابعها العلمانى. الحقيقة أن تلك المنهجية تتوافق إلى حد ما مع ما إنتهى إليه مجلس الدولة الفرنسى فى أحكامه السابق الإشارة إليها من أن السلطات غالباً ما تملك قدراً من المعلومات والتدابير والآليات التى تضعها موضع أفضل من المحاكم لتقدير أى إجراءات من شأنها تهديد مبدأ العلمانية أو الحقوق والحريات الأساسية.

### ثالثاً: نموذج الدولة المحايدة دينياً

على خلاف الوضع فى الدول الملحدة حيث يتحاشى الدستور ذكر الدين كأحد دعائم النظام المجتمعى والسياسى ويربط بينه وبين مظاهر الرجعية والتخلف، وعلى خلاف ما هو مستقر فى الدساتير العلمانية التى تُبرز العلمانية كأحد المبادئ الدستورية العليا التى تلعب دوراً رئيسياً فى تشكيل أيدولوجية الدولة، تأتى دساتير بعض الدول لتأخذ موقفاً محايداً تجاه الأديان فلا تعطى أفضلية لدين على حساب دين آخر.

خير مثال على الدساتير المحايدة دينياً نجده فى الدستور الفيدرالى للولايات المتحدة الأمريكية (١٧٨٧). بعبارة أكثر وضوحاً، نص التعديل الأول للدستور الأمريكى على أن "لا يصدر الكونجرس أى قانون خاص بإقامة دين من الأديان أو

يمنع حرية ممارسته.<sup>1</sup> وقد إصطلح على تسمية هذا التعديل "ببند حرية الممارسة" "free exercise clause" – أى بند حرية ممارسة الأديان بحرية دون ضغط أو توجيه من الدولة. كذلك يُعرف هذا التعديل فى الفقه الدستورى الأمريكى بإسم "بند عدم التأسيس" "non-establishment clause" – أى عدم تأسيس ديناً معيناً أو الترسخ له. الحقيقة أن التعبير عن التعديل الدستورى الأول بتعديل حرية الممارسة وتعديل عدم التأسيس يدل على الموقف المحايد الغير متحيز الذى تبناه الدستور الأمريكى تجاه الأديان والمعتقدات الدينية. فعلى الرغم من حقيقة أن هناك نوعاً من التناحر الطبيعى بين فكرة عدم تأسيس ديناً معيناً أو الترسخ له وفكرة كفالة حرية ممارسة الأديان والمعتقدات الدينية،<sup>2</sup> إلا أن ذلك التناحر لا يمنع وجود بعضاً من القواسم المشتركة بين الفكرتين – حيث أن كلاهما يدعم مبدأ الحياد تجاه الأديان عن طريق منع الدولة من أن يتم تخصيص مزايا خاصة لطوائف دينية محددة أو تحميلهم أعباء معينة ما لم يكن هذا الأمر ضرورياً لتحقيق مصلحة مُلحة.<sup>3</sup>

على الرغم من أن العديد من المظاهر داخل المجتمع الأمريكى تؤكد أنه مجتمعاً محافظاً مقارنةً بنظيره الأوروبى بل وأيضاً مجتمعاً مُتديناً مثل عبارة "نحن نثق فى الله" المطبوعة على العملة الأمريكية وكذلك حرص المحكمة العليا على

---

<sup>1</sup> تم إعتقاد التعديل الأول للدستور الأمريكى فى ١٥ ديسمبر ١٧٩١ وقد جاء نصه على النحو الآتى "حرية العبادة والكلام، والصحافة وحق الإجتماع والمطالبة برفع الأجور. لا يصدر الكونجرس أى قانون خاص بإقامة دين من الأديان أو يمنع حرية ممارسته، أو يحد من حرية الكلام أو الصحافة، أو من حق الناس فى الإجتماع سلمياً، وفي مطالبة الحكومة بإنصافهم من الإجحاف."

<sup>2</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

RONALD D. ROTUNDA AND JOHN E. NOWAK, TREATISE ON CONSTITUTIONAL LAW: SUBSTANCE AND PROCEDURE § 21.1(a) (4th ed. West Group, 2008).

<sup>3</sup> المرجع السابق.

إفتتاح جلساتها بعبارة "حفظ الله الولايات المتحدة وهذه المحكمة الموقرة"،<sup>١</sup> إلا أن نموذج الحياد الدينى الذى تبناه الدستور الأمريكى قد حاول أن يؤكد على إندماج وإستيعاب جميع الأفراد داخل الدولة الأمريكية بغض النظر عن أديانهم ومعتقداتهم وذلك سعياً لتأكيد فكرة الهوية الوطنية الغير مرتبطة بالإنتماء إلى دين أو معتقد معين. وذلك هو ما سعت إلى تأكيده المحكمة العليا في الولايات المتحدة منذ إنشائها عن طريق إصدار العديد من الأحكام التاريخية فى محاولة منها للتوفيق بين فكرة عدم تأسيس ديناً معيناً أو الترسخ له وفكرة حرية ممارسة الأديان والمعتقدات الواردتين فى التعديل الدستورى الأول وتحديد طبيعتهما ونطاق تطبيقهما وكيفية تداخلهما مع بعضهما البعض.<sup>٢</sup>

• تطبيقات قضائية على نظرية الحياد الدستورى تجاه الدين

١. قضية إيفرسون ضد مجلس التعليم (١٩٧٤) "Everson v. Board of Education."

نُظرت هذه القضية أمام المحكمة الأمريكية العليا، حيث تلخصت وقائعها فى أن برلمان ولاية نيو جيرسى كان قد أصدر قانوناً بمقتضاه يتم إلزام مجلس المدارس المحلية بتعويض الأباء الذين يرسلون أبنائهم إلى المدارس، بما فى ذلك المدارس الخاصة، عن طريق إستخدام وسائل النقل العام بدفع تكاليف هذا النقل. من ضمن المدارس الخاصة التى ينطبق عليها هذا القانون نسبة كبيرة جداً من المدارس

<sup>١</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

AHMET T. KURU, SECULARISM AND STATE POLICIES TOWARD RELIGION: THE UNITED STATES, FRANCE, AND TURKEY (Cambridge University Press, 2009).

<sup>٢</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

Ran Hirschl, *Comparative Constitutional Law and Religion*, in TOM GINSBURG AND ROSALIND DIXON ED., COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 425 (2011).

الكاثوليكية الرعوية، الأمر الذي دفع أرش إيفرسون، أحد دافعي الضرائب، إلى الإدعاء قضائياً أمام محكمة ولاية نيو جيرسي العليا بأن هذا القانون غير دستوري نظراً لأنه ينتهك مبدأ عدم تفضيل ديناً معيناً على الآخر. غير أن المحكمة لم تجيبه إلى طلبه نافية وجود أي عواراً دستورياً بالقانون مما دفعه إلى الإستئناف أمام المحكمة العليا الأمريكية.

في نظرها للطعن، حددت المحكمة العليا المسألة القانونية الواجب الإجابة عنها في التساؤل الآتي: هل قانون ولاية نيو جيرسي ينتهك بند عدم الترسخ لدين معين الوارد في التعديل الأول للدستور؟ أجابت المحكمة على تلك المسألة نافية أن يكون قانون الولاية مخالفاً للدستور،<sup>1</sup> غير أنها إنقسمت بشدة في قضائها بدستورية القانون (خمس أصوات ضد أربعة).

في معرض تسبب المحكمة لقضائها، فسرت المقصود بالتعديل الأول للدستور الأمريكي على أنه يعنى "فرض حظراً على الحكومة الفيدرالية وكذلك حكومات الولايات على إصدار قانوناً من شأنه أن يدعم ديناً معيناً أو يُفضل ديناً على الآخر كذلك يُعتبر محظوراً أى عمل من شأنه تفضيل وتمييز هؤلاء الذين يعتقدون في دين معين ضد هؤلاء الذين يعتقدون في دين آخر أو حتى ضد هؤلاء الذين لا يعتقدون في أى دين. وأخيراً، لا يجوز معاقبة الشخص على إعتناقه ديناً معيناً أو عدم إعتناقه أو على ذهابه إلى الكنيسة أو عدم ذهابه."

وقد إستطردت المحكمة لتؤكد أن "خدمات مثل النقل بالحافلات والشرطة ومكافحة الحرائق في المدارس الرعوية هي منفصلة ومنبئة الصلة تماماً عن أى

---

<sup>1</sup> *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

وظيفة دينية، الأمر الذي يعنى أن توفير مثل تلك الخدمات من قبل الولاية لا يُمثل إنتهاكاً للتعديل الأول للدستور." فوفقاً للمحكمة، القانون لا يُلزم بدفع المال إلى المدارس الرعوية، كما أنه لم يدعم تلك المدارس بشكل مباشر في أي حال، بل في حقيقته هو مجرد "برنامجاً عاماً" لمساعدة هؤلاء الآباء على إختلاف أديانهم إلى إرسال أبنائهم إلى المدارس الدينية إن هم رغبوا في ذلك.

المتأمل لرأى المحكمة السابق يتبين له أنها لم تصرح أبداً بأن قوانين الولايات المتحدة يجب أن تأخذ طابعاً علمانياً لتكون متوافقة مع الدستور غير أنها قد أسست قضائها على الإفتراض القائل بأنه، بينما أي قانون خاص بتأسيس دين من الأديان والترسيخ له لم يصمد بأى حال من الأحوال تحت أحكام دستور الولايات المتحدة، سيتم تأييد القوانين المحايدة التي تحمل قدراً من المنفعة للأطفال. بناء على ذلك، يمكن القول أن المحكمة في هذه القضية أبت أن تُفسر "بند عدم التأسيس" الوارد في نص التعديل الأول للدستور الفيدرالى تفسيراً صارماً خاصة إذا كان مثل هذا التفسير يخل ببعض المنافع والمصالح المكتسبة للأطفال.

## ٢. قضية ليمون ضد كورتزمان (١٩٧١) "Lemon v. Kurtzman"

تلخصت وقائع القضية في أن برلمان ولاية كان قد أقر قانوناً من شأنه أن تخويل حكومة الولاية سلطة دعم التعليم الغير علماني والغير حكومي مالياً. صدر قانون ولاية بنسلفانيا في عام ١٩٦٨ (قانون التعليم الإبتدائي والثانوي الخاص)، وقد نص على أن سلطة الإدارة المسؤولة عن المدارس الحكومية الإبتدائية والثانوية لتزويد المدارس الخاصة (معظمهم من المدارس الكاثوليكية) برواتب المعلمين

<sup>١</sup> Lemon v. Kurtzman, 403 U.S. 602 (1971).

العاملين في تلك المدارس الخاصة، من الكتب المباعة والمواد والأدوات التعليمية المباعة في المدارس العامة. إيزاء ذلك طعن ألتون ليمون، أحد مواطنى ولاية بنسلفانيا من دافعي الضرائب وله طفلاً في مدارس الولاية العامة، على القانون على سند من أنه ينتهك الفصل بين الكنيسة والدولة على خلاف ما نص عليه الدستور في التعديل الأول منه.

في تحديدها للمسألة القانونية الواجب نظرها، طرحت المحكمة العليا الأمريكية على نفسها سؤال ما إذا كان قانون ولاية بنسلفانيا في تقديمه دعماً مالياً للمدارس الخاصة الكاثوليكية يُخالف مقتضى التعديل الدستوري الأول.<sup>١</sup> أجابت المحكمة على تلك المسألة بالإيجاب قاضية بعدم دستورية قانون ولاية بنسلفانيا.<sup>٢</sup> في قضائها بعدم دستورية القانون، أكدت المحكمة العليا أن القانون يجب أن يجتاز إختبار ثلاثي الأبعاد من أجل تجنب إنتهاك شرط عدم التأسيس في التعديل الأول للدستور.<sup>٣</sup> أولاً: يجب أن يكون القانون ذو غرض تشريعي علماني، ثانياً: يجب ألا يكون التأثير الرئيسي للقانون لا يُشجع ولا يمنع ممارسة الشعائر الدينية على السواء، ثالثاً: يجب ألا يؤدي القانون إلى "التورط الحكومي المفرط" في الشؤون الدينية.<sup>٤</sup> مستهدية بتلك المعايير الثلاث، وجدت المحكمة أن المدارس الخاصة المستفيدة من القانون هي مدارس أبرشية لا تتجزأ عن الطائفة الكاثوليكية المسيحية في الولايات المتحدة الأمريكية، فهو يُعزز من "التورط المفرط" بين الحكومة

<sup>١</sup> المرجع السابق.

<sup>٢</sup> المرجع السابق.

<sup>٣</sup> المرجع السابق.

<sup>٤</sup> المرجع السابق.

والدين، منتهكاً بذلك شرط "عدم التأسيس" الوارد في التعديل الدستوري الأول، وبالتالي كان من الواجب القضاء بعدم دستوريته.<sup>١</sup>

الفاحص لهذه القضية يتضح له أن حكم المحكمة فيها يختلف عن حكمها في القضية الأولى من حيث ذكرها صراحة لفكرة ضرورة "علمانية" القوانين. فالمحكمة في إرسائها لمعايير إختبار مدى دستورية القانون من حيث توافقه مع مقتضيات التعديل الأول للدستور بشأن عدم الترويج لتأسيس ديناً معيناً أكدت ضرورة أن يكون القانون ذو غرض تشريعي علماني. غير أن إستحضار فكرة العلمانية في حكم المحكمة يجب ألا يقودنا في النهاية إلى النموذج الفرنسي والتركي، على النحو السابق ذكره، نافياً عن الدستور الأمريكي كونه نموذجاً للحياة الديني – ذلك لأن المحكمة العليا قد ركزت في قضائها على إبراز حقيقة أنه بالقدر الذي يؤكد فيه التعديل الأول للدستور على ضرورة ألا تتورط الدولة في تدعيم ديناً معيناً أو الترويج لممارسة شعائره، فهو أيضاً يرفض أى تدخل للدولة من شأنه أن يمحو ديناً معيناً أو يُضيق من ممارسة شعائره، الأمر الذي يعنى ضرورة أن يأتي موقف الدولة محايداً من جميع الأديان والمعتقدات.

### ٣. قضية توركاسو ضد إتكينز (١٩٦١) "Torcaso v. Watkins"<sup>٢</sup>

تعتبر هذه القضية هي أحد الأمثلة القضائية الأخرى التي أكدت فيها المحكمة العليا الأمريكية أن دستور الولايات المتحدة يحظر على حكومات الولايات وكذلك الحكومة الاتحادية الإلتجاء إلى أي نوع من أنواع الإختبار الديني لتولى

<sup>١</sup> المرجع السابق.

<sup>٢</sup> Torcaso v. Watkins, 367 U.S. 488 (1961).

المناصب العامة، وبالتالي محاولة التدليل على الطابع الحيادي للدستور تجاه جميع الأديان.

تلخصت وقائع القضية في أن محافظ ولاية ميريلاند الأمريكية قد أصدر قراراً بتعيين شخص يُدعى روى توركاسو في وظيفة كاتب عدل في الولاية وذلك عام ١٩٦٠. غير أن في ذلك الوقت كان دستور الولاية (المادة ٣٦ منه) يشترط على الأفراد ضرورة الإفصاح عن "الإعتقاد في وجود الله" كشرطاً أساسياً من شروط الصلاحية "لتولى الوظائف العامة في إقليم الولاية أو للقيام بأى من الأعمال التى تتطلب الثقة فى شخص القائم بها مثل الشهادة"،<sup>١</sup> وهو الأمر الذى رفض توركاسو الإمتثال إليه كونه شخصاً ملحداً لا يعتقد فى أى دين، مما أدى إلى إعلان بطلان تعيينه فى الوظيفة، مما دفعه إلى رفع دعوى قضائية فى المحكمة الفيدرالية بميريلاند مطالباً بوظيفته على أساس أنه قد تم إنتهاك التعديل الأول والتعديل الرابع عشر فى الدستور، بشأن عدم جواز الترسيخ لأى دين أو الترويج له وأنه لا يجوز لأى ولاية حرمان المواطن الأمريكى من إمتيازاته وحصاناته وحياته وممتلكاته دون إتباع الإجراءات القانونية. رفضت المحكمة تلك المزاعم وأيدت محكمة الإستئناف الحكم.

فى طعنه أمام المحكمة العليا الأمريكية، حددت تلك الأخيرة المسألة القانونية الواجب الإجابة عنها فى ما إذا كان الشرط بوجود أن يُفصح المرشح للمناصب العامة عن إعتقاده فى الله لكي يكون مؤهلاً لشغل الوظيفة ينتهك حماية

<sup>١</sup> "لا يجب إعتبار أى شخص غير صالح كشاهد أو كـمُحلف بناء على معتقده الدينى، شريطة أن يكون معتقداً فى وجود الله، حيث يكون بالتالى مسؤولاً أخلاقياً عن أفعاله. وبالتالي يمكن مكافأته أو معاقبته فى الدنيا والأخرة." المادة ٣٦ من دستور ولاية ميريلاند (١٨٦٧) قبل أن يتم تعديلها.



التعديل الدستوري الأول بشأن ضمان حرية الأديان؟ قضت المحكمة أن هذا الشرط يضع ولاية ميريلاند في جانب أولئك الذين يؤمنون بالله، ومستعدون للجهرباعتقادهم. فبمقتضى هذا الشرط، وفقاً إلى المحكمة، تتدخل ولاية ميريلاند بشكل فعال في تدعيم الأديان التي تدعي إلى الإيمان بالله وتروج لها على حساب أي شكل آخر من أشكال الإيمان أو الكفر. الأمر الذي يقتضى إعلان المادة ٣٦ من دستور ولاية ميريلاند غير متوافقة مع التعديل الأول للدستور الفيدرالى الأمريكى مما يستتبع الإمتناع عن تطبيقها.<sup>١</sup>

المتأمل لقضاء المحكمة العليا يتضح له أن المحكمة قد تحققت من أن وجود المخالفة الدستورية بإتباع منهجية معينة مفادها أنه على الرغم من أن التعديل الأول للدستور يحظر بشكل صريح على الولايات الترسية لأحد الأديان والترويج له، إلا أن المدعى لا يزال يملك الحق فى أن يرفض الوظيفة مفضلاً عدم الإفصاح بإيمانه بالله، إلا أن هذا الفهم لا يستقيم كونه غير دستورى فى حد ذاته، فوفقاً للموقف الحيادى الذى يتخذه الدستور الفيدرالى الأمريكى تجاه كل الأديان لا يجب إعتداد أى إختبار دينى كمؤهل لتولى أى منصب أو مسؤولية عامة.

#### ٤. قضية أغوستيني ضد فيلتون (١٩٩٧) "Agostini v. Felton"

فى هذه القضية تم الطعن على دستورية برنامجاً إصلاحياً وضعتة الإدارة التعليمية بولاية نيويورك، والذى بمقتضاه أباح الإستعانة بمعلمى المدارس الحكومية العامة لتقديم بعض الخدمات التعليمية والتدريسية لطلاب المدارس الخاصة بما فيها

<sup>١</sup> بمقتضى هذا الحكم، تم تعديل المادة ٣٦ من دستور ميريلاند بإضافة عبارة "ليس فى هذه المادة ما يُشكل إقامة دين من الأديان" إليها.

<sup>٢</sup> Agostini v. Felton, 521 U.S. 203 (1997).

المدارس الدينية طالما كانت المواد المقدمة تتصف بالحياد وعدم التحيز لأى دين،<sup>١</sup> على سند من أنه يُخالف مبدأ عدم الترسخ والترويج للأديان الوارد فى التعديل الأول للدستور.

فى نظرها للطعن، أرست المحكمة العليا الأمريكية ثلاثة معايير لابد من إختبار البرنامج الإصلاحي على أساسها لتحديد كونه دستورياً أو غير دستورياً: (١) ما إذا كانت المساعدة المقدمة قد تم إستخدامها بصورة أدت إلى التحزب المذهبى أو العقائدى للحكومة؛ (٢) ما إذا كان برنامج المساعدات قد قام بتعريف بعض المنتفعين به عن طريق الإشارة إلى دينهم؛ (٣) ما إذا كان هناك إنخراطاً مفرطاً بين الحكومة والدين نتيجة لبرنامج المساعدات.

بعد أن فحصت المحكمة البرنامج الإصلاحي فى ضوء المعايير السابقة، قضت أن البرنامج لا يرتقى لكونه عوناً أو تثبيطاً للدين بطريق غير مسموح به. وقد سببت المحكمة رأيها على سند من أن المساعدات قد تم توزيعها وفقاً لمعايير غير دينية، بحيث أنها قد تم تقديمها لجميع الطلاب المؤهلين، بغض النظر عن تصنيف مدارسهم، بشكل محايد فيما يتعلق بالدين، وأن البرنامج لا يدفع أحد أن يغير وجهة نظره الدينية. وذلك قبل أن تختتم المحكمة قضائها بالتأكيد على أن "تلك السياسات التي تولد إنخراطاً وصراعاً مفرطاً بين الكنيسة والدولة هى فقط التي تنتهك مبدأ عدم التأسيس الدينى الوارد فى التعديل الأول للدستور."

### خامساً: نموذج التعددية الدينية

<sup>١</sup> تم إعتقاد هذا البرنامج بمقتضى قانوناً كان قد أقره الكونجرس عام ١٩٦٥ الخاص بتنظيم عملية التعليم الإبتدائى والثانوى بغرض تقييم قدر كاف من التعليم لجميع الأطفال فى الولايات المتحدة، بغض النظر عن الظروف الإقتصادية الفردية.

يفترض هذه النموذج أن دستور الدولة يحث على الفصل بين الدين والدولة في الوقت نفسه الذي يُشجع على إتباع منهجية تعددية تؤكد سياسة الدولة في تبني التنوع والإختلاف الديني. فذلك النموذج الدستوري يختلف عن سابقه في أنه على الرغم من الفصل بين الدين والدولة، فالمفهوم المرتبط بمبدأ المواطنة في الدولة غير مرتبط بفكرة العلمانية أو الحياد الديني.<sup>١</sup> فالمعنى الحقيقي للمواطنة في هذا النموذج يأخذ فكرة الليبرالية بشكل عام، من خلال إحترام الجوانب المشتركة للدولة والمواطنة في الوقت الذي تحتفى فيه الدولة بالفرق في التقاليد الثقافية والدينية للمواطنين.<sup>٢</sup>

تعتبر كندا تعبيراً حقيقياً عن ذلك النموذج. فالبند ٢(أ) من ميثاق الحقوق والحريات الكندي (١٩٨٢) ينص على أن "لكل فرد حرية الإعتقاد والدين"، في حين أن البند ١٦(أ) من الميثاق قد أرسى قواعد التعددية الثقافية بالتأكيد على وضع ثنائية اللغة (إنجليزية وفرنسية) كوضعاً دستورياً للدولة حين نص على أن "الإنجليزية والفرنسية هما اللغتان الرسميتان في كندا ولهما المساواة في الحقوق والإمتيازات بخصوص إستعمالهما في كافة المؤسسات التابعة للبرلمان والحكومة الكندية."<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

Ran Hirschl, *Comparative Constitutional Law and Religion*, in TOM GINSBURG AND ROSALIND DIXON ED., *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 430 (2011).

<sup>٢</sup> المرجع السابق.

<sup>٣</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

Bruce Ryder, *The Canadian Conception of Equal Religious Citizenship*, in RICHARD MOON ED., *LAW AND RELIGIOUS PLURALISM IN CANADA* (UBC Press, 2008).

WILL KYMLICKA, *MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS* (Oxford University Press, 1995).

على مدار سنوات عديدة أخذت المحكمة العليا الكندية على عاتقها مهمة تطوير قاعدة عريضة من الفقه والأحكام القضائية في محاولة لتأكيد فكرة دعم الدولة لمبدأ التعددية الثقافية ومظاهر الإختلاف الدينى فى الحياة العامة الكندية. بناء على ذلك، سوف نُحاول فى السطور القليلة القادمة تسليط الضوء على بعض الأحكام القضائية التى أصدرتها المحكمة العليا الكندية فى هذا الشأن لتوضيح المنهجية المتبعة فى ذلك.

### ١. قضية أر ضد متجر الأدوية (١٩٨٥) "R v. Big M Drug Mart"

تلخصت وقائع القضية فى أن البرلمان الكندى كان قد أصدر قانوناً (قانون يوم الرب ١٩٠٦) يحظر بمقتضاه التعاملات التجارية والبيع والشراء يوم الأحد لأسباب تتعلق بالحث على تكريس يوم الأحد للعبادة دون الإنشغال بالأمور التجارية. بمقتضى هذا القانون تم إتهام متجر لبيع الأدوية فى مدينة كاليجارى الكندية بالقيام ببيع منتجاته فى يوم الأحد، مما أدى إلى توقيع غرامة على المتجر والأمر بإغلاقه لفترة معينة كعقوبة نص عليها القانون.<sup>٢</sup>

حيال ذلك، طعن المتجر على دستورية القانون أمام المحكمة العليا الكندية على سند من أنه يُخالف البند الثانى من ميثاق الحقوق والحريات الكندى الخاص بحرية الدين والإعتقاد.<sup>٣</sup> قضت المحكمة العليا بأن القانون يُمثل بالفعل خرقاً دستورياً للبند الثانى من الميثاق الكندى للحقوق والحريات، حيث أكدت أنه لا يوجد

<sup>١</sup> R v. Big M Drug Mart, [1985] 1 SCR 295.

<sup>٢</sup> المرجع السابق.

<sup>٣</sup> المرجع السابق.

أساساً علمانياً حقيقياً للقانون، خاصة وأن غرضه الوحيد كان في الواقع هو إقامة دولة دينية، وبالتالي غير دستورية.<sup>1</sup>

في هذه القضية وضعت المحكمة العليا الكندية المعيار الواجب إتباعه لتحديد ما إذا كان أحد القوانين قد جاء مخالفاً للحق الدستوري في حرية الدين والإعتقاد، حيث تتمحور الحرية الدينية حول التحرر من تسلط الدولة. هذه الحرية تشمل حرية التعبير الديني، بما في ذلك "حق الأفراد في ممارسة المعتقدات الدينية، والحق في الإعلان عن تلك المعتقدات الدينية علناً ودون خوف من تريبص أو إنتقام، وكذلك الحق في إظهار المعتقد الديني عن طريق العبادة والتعليم والنشر.

من الجدير بالذكر أيضاً أن في هذه القضية، أفصحت المحكمة عن منهجيتها في أعمال مقتضى الرقابة القضائية بأن أكدت أنه يستوى أن يكون غرض التشريع الطعين غير دستوري أو أن يكون للتشريع تأثيراً غير دستوري للقضاء بعدم دستورية التشريع برمته. بعبارة أكثر وضوحاً، إذا ما فشل التشريع في اجتياز إختبار الغرض فليس هناك حاجة لمواصلة النظر في آثاره، بحيث يكون إختبار تأثيراته ضرورياً إذا ما إجتاز الإختبار الأول بثبوت أن غرضه صحيح ومشروع. بتطبيق هذه المنهجية على القضية السابقة يتضح أن ضمان حرية الإعتقاد والدين يمنع الحكومة من إجبار الأفراد بالقيام بعمل معين أو الإمتناع عن أداء عمل معين بحجة أن هذا العمل أثراً دينياً بالنسبة للآخرين. فقانون (يوم الرب ١٩٠٦) قد فشل في اجتياز إختبار كون غرضه مشروعاً وصحيحاً حيث أن المحكمة قد إستخلصت

---

<sup>1</sup> المرجع السابق.

أن الغرض الأساسي منه كان التضييق على حرية ممارسة الشعائر الدينية لأرباب بعض الأديان الذين لا يفرض عليهم دينهم إجراءً تعبدياً معيناً في يوم الأحد.

## ٢. قضية أدلر ضد أونتاريو (١٩٩٦) "Adler v. Ontario"

تعتبر قضية أدلر ضد أونتاريو مثالاً قضائياً آخر لفكرة التعددية الدينية التي تبناها الفقه والقضاء الكندي كأحد الأفكار المغايرة لفكرتي العلمانية المتشددة والحياد الديني. في تلك القضية تم الطعن على دستورية قانون تنظيم التعليم في ولاية أونتاريو على سند من أنه يلزم حكومة الولاية بتقديم دعماً مالياً لمدارس الروم الكاثوليك فقط دون سائر المدارس الدينية، وكذلك البند رقم (٩٣) من المرسوم الدستوري لسنة (١٨٦٧)، الذي ينص يفرض التزاماً دستورياً على حكومة أونتاريو بتمويل التعليم الديني الخاص، على سند من أنه يغفل تمويل المدارس الدينية الأخرى، وبالتالي خالفاً البند (٢) من ميثاق الحقوق والحريات الكندي، بشأن حرية الدين والإعتقاد، والبند رقم (١/١٥) من نفس الميثاق، بشأن المساواة بين الأفراد أمام القانون وفي الحماية والمنافع.

في فحصها للإدعاء بعدم الدستورية، قضت المحكمة العليا الكندية بدستورية قانون ولاية أونتاريو بتمويل المدارس الدينية الخاصة بالروم الكاثوليك لأنه يندرج "بعدالة وإنصاف" في إطار البند (٢٩) من ميثاق الحقوق والحريات، الذي يستثنى

<sup>١</sup> Adler v. Ontario (AG), [1996] 3 S.C.R. 609.

صراحة من نطاق حماية الميثاق الطعون على الحقوق والإمميزات المكفولة إلى المدارس المنفصلة أو المذهبية أو المعارضة.<sup>١</sup>

فضلاً عن ذلك، أكدت المحكمة أن الإدعاء بعدم دستورية القانون لمخالفته لحرية الأفراد في الدين والإعتقاد المنصوص عليها في البند (٢) من الميثاق لا يستقيم قانوناً خاصة وأن البند رقم (٩٣) من المرسوم الدستوري لسنة (١٨٦٧) الخاص بتحويل سلطة تمويل المدارس الدينية لحكومات الولايات قد تم إقراره نتيجة تسوية تاريخية كبيرة ضمنت إتحاد الولايات في إتحاد كونفيدرالي بعد الموافقة على المرسوم الدستوري ليكون تشريعاً شاملاً يُخول لحكومات الولايات سلطة تقديم الدعم المالي للأقليات الدينية حسب وضع هذه الأقليات في ولاية معينة بغض النظر عن وضعها في ولاية أخرى.<sup>٢</sup> بالتالي لا يصح القول بأن هذا المنهج يُخالف مبدأ المساواة الوارد في ميثاق الحقوق والحريات الكندي لأن أحد أجزاء الدستور يجب ألا يُخالف جزءاً آخر.<sup>٣</sup>

التأمل لقضاء المحكمة في تلك القضية يتضح له أن المحكمة قد وظفت واجب حكومات الولايات في حماية الأقليات الدينية للتأكيد على مبدأ التعددية الدينية الذي تتخذه كندا للتعبير عن موقفها الدستوري من الدين ومدى إرتباطه بالدولة. بعبارة أكثر وضوحاً، فالمحكمة في قضاءها بدستورية تمويل المدارس الكاثوليكية من قبل حكومة ولاية أونتاريو، لم تصدر حق أي ولاية أخرى في تمويل بعض

<sup>١</sup> "لا شيء في هذا الدستور يلغي أو ينتقص من أي من الحقوق أو الإمميزات المكفولة في الدستور الكندي فيما يتعلق بمدارس الطوائف الدينية أو المنفصلة أو المعارضة." البند (٢٩) من الميثاق الكندي للحقوق والحريات (١٩٨٢).

<sup>٢</sup> *Adler v. Ontario (AG)*, [1996] 3 S.C.R. 609.

<sup>٣</sup> المرجع السابق.

المدارس المعينة التي تقدم تعليماً دينياً مغايراً لذلك المتاح في مدارس الكاثوليك. فالمبدأ العام الذي أرسته المحكمة هو أنه لا يجوز الطعن قضائياً على الحقوق والإميازات التي منحها الدستور لمدارس التعليم الديني أو المذهبي على سند من أن ذلك يناقض مبدأ المساواة، وذلك بغض النظر عن الإلتناء الديني لتلك المدرسة فالمبدأ يستوعب تقديم الدعم لكل الأديان.

٣. قضية مولاتي ضد إدارة مدرسة مارجریت بورجويس (٢٠٠٦)

### "Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys"<sup>١</sup>

مثالاً آخر على الإلتزام الدستوري الكندي تجاه فكرة التعددية الدينية نجده واضحاً في أحد أشهر القضايا التي نظرتها المحكمة الكندية العليا، قضية مولاتي ضد إدارة مدرسة مارجریت بورجويس عام (٢٠٠٦). في هذه القضية، نظرت المحكمة الكندية العليا طعنًا على دستورية قراراً كان قد أصدرته إدارة أحد المدارس في إقليم كيبيك بمقتضاه تم حظر أحد الطلاب المنتمين إلى طائفة السيخ الهندية من ارتداء الكيربان (أحد الأسلحة البيضاء التي تعد رمزاً دينياً للسيخ) أثناء فترة تواجد في المدرسة لمخالفة ذلك قواعد الأمن والسلامة، وذلك لمخالفته البند رقم ٢(أ) من ميثاق الحقوق والحريات الكندي، الذي يكفل لكل الأفراد حرية الدين والإعتقاد.

إفتتحت المحكمة قضاءها بالتأكيد على أن "الحقوق والحريات التي يكفلها الميثاق الكندي أنشأت حداً أدنى من الحماية الدستورية التي يجب أن تؤخذ بعين الإعتبار من قبل السلطة التشريعية ومن قبل كل شخص أو هيئة تخضع لأحكام

<sup>١</sup> Multani v Commission scolaire Marguerite -Bourgeoys, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC



الميثاق الكندي.<sup>١</sup> إستطردت المحكمة لتبرز حقيقة أن إدارة المدرسة التي إتخذت قراراً بمنع الطالب من الحضور إلى المدرسة مرتدياً الكيربان هي هيئة خاضعة لأحكام ميثاق الحقوق والحريات لأنها قد وُجدت بناء على قانون يستمد قوته وشرعيته من السلطة التشريعية.

إتخذت المحكمة من المبدأ السابق قاعدة للإطلاق نحو إجابة السؤال عن ما إذا كانت حرية الدين والإعتقاد المكفولة بنص البند رقم ٢ (أ) من ميثاق الحقوق والحريات ترد عليها قيود خاصة لو تعلقت بالنظام والأمن العام.<sup>٢</sup> إعترفت المحكمة بأن حرية الدين والإعتقاد يمكن أن تحدّها بعض القيود خاصة لو كانت معقولة وتهدف إلى تحقيق غرضاً مهماً.<sup>٣</sup> وفقاً للمحكمة، يعتبر غرض حماية النظام والأمن العام في المدارس غرضاً مهماً ومشروعاً،<sup>٤</sup> إلا أن ذلك يستتبع بالتبعية حظر بعض الأدوات التي يجلبها الطلاب معهم إلى المدرسة مثل المقص و الفرجار (البرجل).<sup>٥</sup> بالتالي، إستخلصت المحكمة، أن حظر الكيربان بإعتباره آلة حادة تخل بالنظام والأمن العام هو قيداً غير معقول يضيق من نطاق حرية الدين والإعتقاد الدستورية.<sup>٦</sup> علاوة على ذلك، رأت المحكمة أن حظر إرتداء الكيربان لا يتناسب مع غرض حماية النظام والأمن العام خاصة وأن الطالب كان قد إرتداه لفترة كبيرة في المدرسة من دون أن يبدر منه أي واقعة عنف، ناهيك عن أن الكيربان بالنسبة له هو

<sup>١</sup> المرجع السابق.

<sup>٢</sup> المرجع السابق.

<sup>٣</sup> المرجع السابق.

<sup>٤</sup> المرجع السابق.

<sup>٥</sup> المرجع السابق.

<sup>٦</sup> المرجع السابق.

رمزاً دينياً مهماً كونه ينتمى إلى طائفة السيخ.<sup>١</sup> بناء على ما تقدم، قضت المحكمة بعدم دستورية قرار المدرسة كونه قد جاء مقيداً لحرية الدين والإعتقاد بغير مبرراً ومصادراً لمبدأ التعددية الدينية التي يتبناها النظام القانوني الكندي.<sup>٢</sup>

على الرغم من أن سياسة التعددية الدينية التي تنتهجها المحكمة العليا الكندية تعتبر أكبر وأهم النظريات الإستيعابية الدستورية إلا أن المحكمة العليا قد فضلت التضييق من النطاق التفسيري لتلك النظرية بحيث أنه عندما يتعلق الأمر بصراعاً بين الدين والدولة فإن أي إدعاء يكون الغرض منه تجاوز فكرة التأكيد على التعددية الدينية لكندا في محاولة لفرض طلبات أخلاقية تخرج عن حدود ولاية القضاء، سوف تجابهها المحكمة بالرفض.<sup>٣</sup> فذلك هو الخط الفاصل الذي تنتهي عنده حدود نظرية "التنوع والتعدد الديني" لتبدأ محاولات تطبيق "مجرد فكرة أخلاقية لم تقرها الدولة في أحد قوانينها".<sup>٤</sup>

فنظرية التنوع والتعدد الديني غالباً ما تكون مستندة في أساسها إلى مبدأ المشروعية وسيادة القانون – أي أن طالب الحماية (حماية نظرية الإستيعاب الديني) لا بد وأن يسوق من المبررات والأسانيد القانونية ما يُبرر للمحكمة أحقيته في الإحتجاج بنظريته ومن ثم إعتبار تصرفه الطعين أحد مظاهر حرّيته الدينية.<sup>٥</sup> على خلاف ذلك، فمحاولات الإدعاء أن الإيمان والعقيدة هما أحد مصادر الإلتزام

<sup>١</sup> المرجع السابق.

<sup>٢</sup> المرجع السابق.

<sup>٣</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

Ran Hirschl, *Comparative Constitutional Law and Religion*, in TOM GINSBURG AND ROSALIND DIXON ED., *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 432 (2011).

<sup>٤</sup> المرجع السابق.

<sup>٥</sup> المرجع السابق.

والمسئولية دون سنداً قانونياً واضحاً وصريحاً دائماً ما تأخذ المحكمة منه موقفاً معارضاً حتى وإن كانت مستندة إلى مبادئ ومعايير أخلاقية.<sup>١</sup>

وقد أفصحت المحكمة العليا الكندية عن القيود التي قد ترد على نظرية التنوع والتعدد الديني في أحد أحكامها الحديثة في قضية بريندا بروكر ضد بنيامين ماركوفيتش (٢٠٠٧) "Bruker v Markovitz".<sup>٢</sup> تلخصت وقائع القضية في أن بريندا بروكر كانت قد إتفقت مع زوجها بنيامين ماركوفيتش على الطلاق وفقاً لإجراءات الطلاق في الديانة اليهودية التي تلزم الرجل بتقديم وثيقة الطلاق للمرأة كشرطاً أساسياً لتمكينها من الزواج مرة أخرى. غير أن بعد الطلاق رفض ماركوفيتش تقديم وثيقة الطلاق، الأمر الذي دفع مطلقته إلى رفع دعوى قضائية ضده تطالبه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها جراء عدم حصولها على الوثيقة لمدة ١٥ سنة بعد الطلاق. أمام المحكمة دفع ماركوفيتش أن إتفاقه مع مطلقته على تسليمها وثيقة الطلاق غير مشروع بموجب قوانين إقليم كيبيك الكندي وأن حقه في حرية الدين يحميه من الإضرار إلى دفع تعويضات عن الإخلال بإتفاقه.

حددت المحكمة العليا المسألة القانونية الواجب الإجابة عنها في السؤال عن ما إذا كانت الإلتزامات الأخلاقية قابلة للتنفيذ من قبل المحاكم؟<sup>٣</sup> في إجابتها على هذا التساؤل، قضت المحكمة أن حقيقة أن الخلاف المعروض أمامها له جانباً دينياً لا يجعله في حد ذاته غير مقبولاً للفصل فيه قضائياً.<sup>٤</sup> إستطردت المحكمة لتؤكد على

<sup>١</sup> المرجع السابق.

<sup>٢</sup> Bruker v. Marcovitz, [2007] 3 S.C.R. 607, 2007 SCC 54.

<sup>٣</sup> المرجع السابق.

<sup>٤</sup> المرجع السابق.

أن إنفاذ الإتفاقات المتعلقة بالطلاق الدينى بواسطة المحاكم المدنية يتعلق بمبدأ عدم التمييز بين الجنسين خاصة وأن حدة العوائق الدينية بشأن الزواج مرة أخرى قد يُنظر إليها باعتبارها عاملاً مخففاً للأثار التى قد تترتب على إستخراج تنازلات غير عادلة إذا ما تم إتباع إجراءات الطلاق المدنى.<sup>١</sup> وفقاً للمحكمة ليس فى القانون المدنى ما يمنع أحد الأشخاص من تحويل الإلتزامات الأخلاقية له إلى الإلتزامات القانونية ملزمة.<sup>٢</sup> علاوة على ذلك، أكدت المحكمة أن تمسك ماركوفيتش بالحرية الدينية يجب أن يكون متوازناً ومتوقفاً مع الحقوق والقيم، والأضرار المقابلة لتلك الحرية، بما فى ذلك توافقها مع القيم الأساسية فى كندا.<sup>٣</sup> بناء على ذلك، توصلت المحكمة إلى أن أى تضيق على الحرية الدينية لماركوفيتش هو فى حقيقته مرجوح بحجم الضرر الذى لحق بشخص مطلقته وكذلك بالمصلحة العامة فى حماية القيم الأساسية فى كندا مثل حقوق المساواة وحرية الإختيار المستقل فى الزواج والطلاق.<sup>٤</sup>

#### سادساً: النموذج الدينى الضعيف

بعض الدساتير تتبنى موقفاً ضعيفاً غير واضحاً من الدين. على الرغم من أن تلك الدساتير تعترف رسمياً بأحد الأديان كونه الدين الرسمى فى الدولة، إلا أن ذلك الإعراف هو مجرد إعرافاً شرفياً ذو أثراً ضئيلاً جداً فى الحياة العامة أو بلا أثر تماماً. مثل ذلك النموذج وجد شهرته فى دساتير الكثير من الدول الأوروبية.

<sup>١</sup> المرجع السابق.

<sup>٢</sup> المرجع السابق.

<sup>٣</sup> المرجع السابق.

<sup>٤</sup> المرجع السابق.

على سبيل المثال، تُعين دساتير دول النرويج والدنمارك وفنلندا وأيسلندا الكنيسة الإنجيلية اللوثرية ككنيسة الدولة ودينها كديناً رسمياً للدولة<sup>١</sup> – ومع ذلك لا يمكن أن يُجادل أحداً في القول بأن تلك الدول تعتبر من أكثر الدول الليبرالية والتقدمية في أوروبا، وهو ما يدل على أنها لم تفقد نفسها بالنصوص الدينية الواردة في دساتيرها معطية إياها مجرد تأثيراً شرفياً.

على الرغم من أن البناء الدستوري لنموذج الدولة العلمانية يختلف عن نظيره بخصوص نموذج الدولة ذات التأسيس الديني الضعيف، إلا أن النموذجين يتشابه كثيراً في التحليلات الفقهية والمعاملة القضائية. على سبيل المثال، خلافاً لدساتير الدول السابق عرضها، نجد في ألمانيا نسخة مخففة من هذا النموذج، حيث اعتبر دستورها لسنة (١٩٤٩) الجهاز المؤسسي للطوائف الإنجيلية والكاثوليكية والطوائف الدينية اليهودية من المؤسسات العامة، وبالتالي تكون مؤهلة للحصول على دعم الدولة وفقاً لضريبة الكنيسة الألمانية<sup>٢</sup>. غير أنه وجب التنويه على أن ذلك

---

<sup>١</sup> "الكنيسة النرويجية الإنجيلية اللوثرية تظل كنيسة دولة الوطنية وهي وعلى هذا النحو تكون مدعومة من قبل الدولة. الأحكام المفصلة لنظامها لا بد من تحديدها في القانون. جميع الطوائف الدينية والفلسفية يتم دعمها على قدم المساواة." المادة (١٦) من الدستور النرويجي لسنة (١٨١٤).

"الكنيسة الإنجيلية اللوثرية هي الكنيسة الرسمية في الدنمارك وعلى هذا النحو يجب أن تدعمها الدولة." المادة (٤) من الدستور الدنماركي لسنة (١٩٥٣).

"يتم وضع الأحكام المتعلقة بتنظيم وإدارة الكنيسة الإنجيلية اللوثرية في قانون الكنيسة. تخضع الإجراءات التشريعية لإصدار قانون الكنيسة والحق في تقديم المقترحات التشريعية المتعلقة بقانون الكنيسة للأحكام المحددة في هذا القانون." المادة (٧٦) من الدستور الفنلندي لسنة (١٩٩٩).

"الكنيسة الإنجيلية اللوثرية هي الكنيسة الرسمية للدولة في أيسلندا. يجب أن تقدم الدولة الدعم لهذه الكنيس ويجب أن تحميها. يجوز تعديل هذه الأحكام عن طريق بمقتضى قانون."

<sup>٢</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

Ran Hirschl, *Comparative Constitutional Law and Religion*, in TOM GINSBURG AND ROSALIND DIXON ED., *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 428 (2011).

لا يعنى بأى حال من الأحوال أن ألمانيا تعتمد النموذج العلماني نموذجاً دستوريا لها. الحال نفسه ينطبق بدرجة متفاوتة في إيطاليا فعلى الرغم من أن دستورها لسنة (١٩٤٧) ينص صراحة على الفصل بين الدين والكنيسة،<sup>١</sup> وكذلك على حق الطوائف الدينية الأخرى الغير كاثوليكية للتنظيم الذاتي وفقاً لأحكامها العقائدية دون مخالفة للقانون الإيطالي، وهو ما يعنى أن الدستور أراد الاعتراف ضمناً بالدين المسيحي الكاثوليكي كدينياً رسمياً لإيطاليا،<sup>٢</sup> إلا أن ذلك لا يعنى بأى حال من الأحوال أنه قد إتجه ناحية النموذج الديني الصارم أو النموذج العلماني خاصة وأن تلك النصوص ليس لها أى تأثير على كيفية الحكم في الدولة وخاصة وأن الدستور قد عاد ليقرر على أن جميع الطوائف الدينية متساوية أمام القانون. بناء على ذلك، سوف نحاول بيان موقف المحكمة الدستورية الألمانية والإيطالية بشأن موضع الدستور الألماني والإيطالي من الأديان من خلال القضيتين الآتيتين.

### ١. قضية الصلبان في الفصول الدراسية (ألمانيا) (١٩٩٥)

#### The Classroom Crucifix Case (1995)

في عام ١٩٩٥، حسمت المحكمة الدستورية الألمانية الخط الفاصل بين الدولة والكنيسة مفضحة عن موقف الدستور الألماني من الأديان والمعتقدات الدينية وذلك بمناسبة طعناً كان قد قُدم لها من قبل أحد الأباء ضد إدارة المدرسة الحكومية

<sup>١</sup> "الدولة والكنيسة الكاثوليكية مستقلان وذوات سيادة، كل في مجاله. وينظم العلاقات من خلال إتفاقيات اللاتران. إدخال تعديلات على مثل تلك الإتفاقيات التي تكون مقبولة من قبل الطرفين لا تتطلب إجراء تعديلات دستورية." المادة السابعة من الدستور الإيطالي لسنة (١٩٤٧).

<sup>٢</sup> "كل الطوائف الدينية حرة بالتساوي أمام القانون. للطوائف الأخرى الغير كاثوليكية الحق في التنظيم الذاتي وفقاً لأنظمتها الأساسية، بشرط ألا تتعارض مع القانون الإيطالي. وينظم علاقاتها مع الدولة بموجب القانون، على أساس الإتفاقيات المبرمة مع ممثلها." المادة الثامنة من الدستور الإيطالي لسنة (١٩٤٧).

التي ألحق بها إبنته معترضاً على قرار المدرسة بتعليق الصليب في الفصول الدراسية على سند من أنه يجب أن تلتزم المدرسة بتقديم خدمة تعليمية محايدة عقائدياً.

في نظرها للطعن، لفتت المحكمة الانتباه إلى المادة ٤(١) من الدستور الألماني لسنة (١٩٤٩) – والتي تنص على أن "حرية الاعتقاد والضمير مكفولة وحرية الطوائف الدينية والعقائدية حرمتها" – لتؤكد على أن تلك الحرية هي في جوهرها حرية سلبية لا تفرض التزاماً على الدولة بالقيام بعمل ما تجاهها بل تفرض قيوداً على سلطات الدولة بعدم التدخل بالقيام بفعل معين من شأنه أن يوجه الفرد أو يقيد في كيفية التمتع بها.<sup>١</sup> بناء على ذلك، إعتبرت المحكمة أن المدرسة بقرارها تكون قد تدخلت بعمل (تعليق الصليبان في الفصول الدراسية) من شأنه أن ينتهك حدود الإتجاه الأيديولوجي الديني في المدارس، مخالفاً لنص المادة ٤(١) من الدستوري، ومن ثم غير دستورياً.<sup>٢</sup> بالتالي يتضح أنه، وفقاً للمحكمة، لم يكن وجود الصليبان في الفصول الدراسية في حد ذاته هو ما ينتهك الدستور، بل القرار الصادر بضرورة تعليق الصليبان.<sup>٣</sup>

المتأمل لقضاء المحكمة يتضح له أنه قد إعتبرت الحق الأساسي في الحرية الدينية مكفول دون تحفظ.<sup>٤</sup> غير أن هذا لا يعني أن تلك الحرية لا يمكن أن تكون عرضة لنوع من القيود لاسيما إذا كانت تلك القيود نابعة من الدستور نفسه.<sup>٥</sup> ففرض

<sup>١</sup> BVerfGE 93, 1 1 BvR 1087/91.

<sup>٢</sup> المرجع السابق.

<sup>٣</sup> المرجع السابق.

<sup>٤</sup> المرجع السابق.

<sup>٥</sup> المرجع السابق.

قيوداً ليست بالفعل موجودة في الدستور ليس شيئاً يمكن للسلطة التشريعية القيام به.<sup>١</sup> وفقاً لرأى المحكمة في هذه القضية، فالأسس الدستورية التي قد تبرر التدخل بتقييد الحرية الدينية ليست موجودة.<sup>٢</sup>

## ٢. قضية لويتسي ضد إيطاليا – "Lautsi v. Italy" (إيطاليا)

وصلت مسألة قانونية تعليق الصليبان في الفصول الدراسية الأوروبية إلى المحاكم الإيطالية عام ٢٠٠٥، بالتحديد عندما نظرت المحكمة الإدارية لمقاطعة فينيتو الإيطالية طعناً مقدماً من إحدى السيدات الملحيدات ضد قرار مجلس إدارة إحدى المدارس الحكومية بتعليق الصليب في الفصول الدراسية على سند من أن ذلك يمثل ضغطاً على إبنا الملحد وينتهك حياد التعليم. رفضت المحكمة الإدارية الطعن على سند من أن الصليب قد أصبح واحداً من مظاهر القيم العلمانية للدستور الإيطالي وأحد أهم قيم الحياة المدنية في إيطاليا. وقد إستأنفت الطاعنة الحكم أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في ٢٠٠٩ التي قضت بإلغاء حكم المحكمة الإدارية الإيطالية مؤكدة أن تعليق الصليب ينتهك مبدأ الحياد في الخدمة التعليمية المقدمة. غير أن الحكومة الإيطالية إستأنفت أمام الغرفة الإستئنافية للمحكمة في ٢٠١١ التي أيدت حكم المحكمة الإدارية الإيطالية مؤكدة حق الحكومة الإيطالية في تعليق الصليبان في المدارس الحكومية على سند من أن "قرار ما إذا كانت الصليبان يجب أن تكون موجودة في الفصول الدراسية في المدارس الحكومية، من حيث المبدأ، مسألة تقع ضمن هامش تقدير الدولة المدعى عليها."<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> المرجع السابق.

<sup>٢</sup> المرجع السابق.

<sup>٣</sup> Lautsi v. Italy, Application no. 30814/06 (2009).



## • النموذج الدينى الضعيف الناتج عن تخبط القضاء

أحياناً لا يتم تصنيف الدستور كونه نموذجاً دينياً ضعيفاً لمجرد أن إقراره بأحد الأديان كدينياً رسمياً للدولة هو مجرد إقراراً شرفياً ليس له أى أثر فى الحياة العامة أو النظام القانونى، بل لكون المحاكم قد تخبطت بشكل كبير بين أفضلية إعطاء الدولة طابعاً دينياً أو طابعاً علمانياً ديمقراطياً. خير مثال على ذلك نجده فى النظام الدستورى الإسرائيلى الذى تخبطت أحكام محكمته العليا بين أولوية الإقرار بالطابع اليهودى للدولة وبين أولوية الإقرار بها كدولة ديمقراطية حديثة.

يستند النظام الدستورى الإسرائيلى على مبدئين أساسيين – أولاً: أن الدولة الإسرائيلىة هى دولة يهودية؛ وثانياً: أن الدولة الإسرائيلىة هى دولة ديمقراطية.<sup>1</sup> حقيقة كون أن إسرائيل لا تملك دستور موحد ومكتوب قد أدى إلى سن العديد من القوانين الأساسية التى حاولت تنظيم العلاقة بين الدولة ككياناً سيادياً وحقوق المواطنين، وهو الأمر الذى أدى بالتبعية إلى أن تتحمل المحكمة العليا الإسرائيلىة بالإنذار محاولة التوفيق بين طبيعة إسرائيل الخاصة كدولة "يهودية" وبين طبيعتها العالمية كدولة "ديمقراطية" تحترم حقوق وحرىات الأفراد بغض النظر عن إنتمائهم الدينى أو العفائدى. غير أنه من الجدير بالإشارة أن محاولات المحكمة العليا

---

مضت المحكمة لتشير إلى أن حقيقة أنه لا يوجد إجماع أوروبى على مسألة وجود الرموز الدينية فى المدارس الحكومية لا بد وأن يُفسر فى صالح هذا النهج التفضيلى. كذلك وصفت المحكمة أن مسألة تعليق الصليب فى الفصول الدراسية هى مثل الحقوق "السلبية" وبالتالى تفترض أن تكون أقل تطفلاً، بدلاً من الخطاب الدينى الصريح فى المدارس أو التعاليم الدينية فى المناهج الدراسية الإلزامية.

<sup>1</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

RAN HIRSCHL, CONSTITUTIONAL THEOCRACY 104 (Harvard University Press, 2010).

الإسرائيلية لم تؤت ثمارها على النحو المنشود حيث تخبطت أحكامها بشدة في هذا الصدد فتارة تغلب الطابع اليهودي للدولة الإسرائيلية على طابعها الديمقراطي وتارة أخرى تغلب طابعها الديمقراطي على طابعها اليهودي.

تجلى تخبط المحكمة العليا الإسرائيلية في القضية الشهيرة التي عُرفت بإسم قضية شركة ميترايل "Meatrael's Decision"، وذلك بمناسبة إقرار البرلمان الإسرائيلي (الكنيست) القانون الأساسي لكرامة الإنسان والقانون الأساسي لحرية العمل وإختيار الوظيفة في عام ١٩٩٢. بمقتضى القانونين تم الاعتراف بحق كل مواطن أو مقيم في الدولة للعمل في أية مهنة أو عملاً تجارياً، فضلاً عن حقه في الملكية، وحرية التنقل، والحياة، والحرية الشخصية، والخصوصية، والكرامة الإنسانية.

في تلك القضية نظرت المحكمة العليا الإسرائيلية طعناً من إحدى شركات إستيراد اللحوم ضد قرار وزارة الشؤون الدينية برفض منحها ترخيصاً لمباشرة عملها داخل إسرائيل نظراً لإستيرادها للحوم غير مذبوحة وفقاً للشريعة اليهودية.<sup>١</sup> أمام المحكمة ادعت الشركة أن قرار الوزارة ينتهك حقها الدستوري في حرية العمل وإختيار الوظيفة، بينما دافعت الوزارة عن قرارها بأن الطابع اليهودي لدولة إسرائيل هو من أهم المبادئ الدستورية العليا الواجب حمايتها في الدولة، وبالتالي له الأولوية في التطبيق.<sup>٢</sup>

بعد تقييمها للدفع المبداه قضت المحكمة أن قرار وزارة الشؤون الدينية في رفضها لمنح الترخيص للشركة غير دستوري لأنه يتناقض مع مبادئ القانون

<sup>١</sup> H CJ 3872/93 Meatrael v. The Prime Minister, IsrSC 47(5) 485.  
<sup>٢</sup> المرجع السابق.

الأساسي لسنة ١٩٩٢ بشأن حرية العمل وإختيار الوظيفة.<sup>١</sup> يُستفاد من ذلك أن المحكمة قد قررت تغليب الطابع الديمقراطي، متمثلاً في حق الأفراد في حرية العمل وفي إختيار وظيفتهم، على الطابع اليهودي للدولة الإسرائيلية، متمثلاً في ضرورة أن تكون اللحوم المتداولة داخل الدولة مذبوحة وفقاً للشرعية اليهودية.

إزاء هذا الحكم وبعد ضغط شديد من الأحزاب الدينية داخل إسرائيل، تم تعديل القانون الأساسي الخاص بحق الأفراد في العمل وحرية إختيار الوظيفة ليجيز تعديله في المستقبل بمقتضى القوانين العادية.<sup>٢</sup> بناء على ذلك، تم تعديل القانون الأساسي بمقتضى قانوناً عادياً صدر في وقت لاحق يمنع إستيراد اللحوم غير المذبوحة وفقاً للشرعية اليهودية (قانون اللحوم لعام ١٩٩٤).<sup>٣</sup>

بناء على قانون اللحوم الجديد لعام ١٩٩٤، جددت الحكومة رفضها لترخيص إستيراد اللحوم الغير مذبوحة وفقاً للشرعية اليهودية، وهو الأمر الذي دفع شركة ميترايل إلى اللجوء إلى المحكمة العليا مرة أخرى طاعنة بعدم دستورية قانون اللحوم على سند من أنه قد صدر متعارضاً مع الحق الدستوري للمشاركة في حرية العمل وإختيار الوظيفة. في نظرها للطعن الجديد، قررت المحكمة العدول عن قضاءها السابق وذلك عندما إعترفت بدستورية قانون اللحوم الجديد لسنة ١٩٩٤ في

<sup>١</sup> المرجع السابق.

<sup>٢</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

Ran Hirschl, *Constitutional Courts as Religion-Harnessing Agents: Lessons from Israel and Malaysia*, 64(4) JUDICIALIZATION IN THE GOVERNANCE OF RELIGION 105-125 (2014).

<sup>٣</sup> المرجع السابق.

ضوء التعديلات التي أدخلت على القانون الأساسي بشأن الحق في العمل وحرية  
إختيار الوظيفة لسنة ١٩٩٢.<sup>١</sup>

المتأمل لقضاء المحكمة السابق يلمس بوضوح تخطبها بين أيهما أولى  
بالإعتراف الطابع الديمقراطي للدولة الإسرائيلية أم الطابع اليهودي. ففي حين أنها  
في القضية الأولى قد غلبت الطابع الديمقراطي نجدها في القضية الثانية قد إختارت  
تغلب الطابع اليهودي بأن أعطت أفضلية لضرورة أن يكون ذبح اللحوم متوافق مع  
الشريعة اليهودية على حق الأفراد في العمل وحرية إختيار الوظيفة الذي يمثل إحدى  
أحد متطلبات الدولة الديمقراطية.

الحقيقة أنه على الرغم من أن المحكمة قد انتهت في النهاية إلى تغليب  
الطابع اليهودي للدولة بإعتباره أحد المبادئ الدستورية العليا الواجب إحترامها  
وتغليبها على ما سواها، إلا أن المحكمة قد قررت ألا تقبل أى تهاون في تغليب  
الطابع الديمقراطي للدولة الإسرائيلية في شأن بعض المسائل حتى وإن تعارض هذا  
الأمر مع طابع الدولة اليهودي. على سبيل المثال، أحد أهم مظاهر ديمقراطية  
وأحياناً علمانية النظام القانوني الإسرائيلي هو ما استقرت عليه المحكمة العليا  
الإسرائيلية من إخضاع إختصاص المحاكم الدينية بشأن مسائل الأحوال الشخصية  
إلى قضاءها بحيث تتمكن من ممارسة نوعاً من أنواع الرقابة متمثلاً في قدرتها على  
مراجعة مثل تلك الأحكام حال تقديم طعناً بشأنها. بعبارة أكثر وضوحاً، لا يتم تطبيق  
قانوناً مدنياً موحداً على كل الأشخاص في إسرائيل بشأن مسائل الزواج والطلاق

<sup>١</sup> HCY 4676/94 Meatrael Ltd. v. The Knesset, IsrSC 50(5) 15.

لأسباب سياسية وتاريخية مختلفة،<sup>١</sup> بحيث ينعقد إختصاص محاكم الطوائف الدينية المختلفة في مسائل الزواج والطلاق وما يرتبط بها بمسائل الأحوال الشخصية،<sup>٢</sup> غير أن المحكمة العليا يثبت لها سلطة مراجعة الأحكام الصادرة من تلك المحاكم الدينية من أجل ضمان إتساقها مع مبادئ المساواة بين الأفراد بغض النظر عن إنتمائهم الدينى.<sup>٣</sup>

اعتمدت المحكمة ذلك النهج فى قضية بافلى ضد المحكمة الحاخامية الكبرى (1995) "Bavli v. Great Rabbinical Court".<sup>٤</sup> فى هذه القضية، التى كانت بخصوص نزاعاً حول تقسيم ممتلكات الزوجية وفقاً لما يقتضيه قانون علاقات الملكية لسنة ١٩٧٣ الواجب التطبيق على الزوجين، قضت المحكمة العليا أن الأحكام القضائية الصادرة من جميع المحاكم الدينية، بما فى ذلك المحكمة الحاخامية الكبرى، تخضع للمراجعة من قبل المحكمة الإسرائيلية العليا.<sup>٥</sup> فعلى الرغم من أن المحكمة قد اعترفت بالولاية القضائية الممنوحة من قبل السلطة التشريعية إلى محاكم طوائف اليهود والمسلمين والمسيحين، إلا أنها عادت وأكدت سلطتها فى فرض بعض القواعد الدستورية على تلك المحاكم الدينية عند ممارستها لولايتها القضائية. بالتالى تكون المحكمة قد عمدت تدريجياً إلى محاولة الحد من السلطة التى تمارسها المحاكم الدينية بإخضاع الأحكام الصادرة عن تلك الأخيرة لرقابتها، الأمر

<sup>١</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

RAN HIRSCHL, COMPARATIVE MATTERS: THE RENAISSANCE OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 65 (Oxford University Press, 2014).

<sup>٢</sup> المرجع السابق.

<sup>٣</sup> المرجع السابق.

<sup>٤</sup> HCJ 1000/92 Bavli v. Great Rabbinical Court, IsrSC 48(2) 6 (1995).

<sup>٥</sup> المرجع السابق.

الذى يعنى أنها قد قررت تغليب الطابع الديمقراطي للنظام القضائى الإسرائيلى وللدولة كلها على طابعها الدينى.<sup>١</sup>

### سابعاً: النموذج الدينى الصارم

يستند ذلك النموذج إلى كون أن النظام القانوني والدستوري بأكمله قائم على التزام مزدوج بالأسس الدينية والمبادئ الدستورية معاً. بعبارة أكثر وضوحاً، هذا النموذج هو نظاماً ثنائى القطبين يعتمد على النصوص الدستورية الوضعية وكذلك النصوص الدينية المقدسة، وهو الأمر الذى دفع بعض الفقهاء إلى تسمية هذا النموذج بنموذج "الثيوقراطية الدستورية".<sup>٢</sup>

إذا كانت النماذج الدستورية السابقة تفترض وجود مجرد فكرة إجتماعية أكثر من كونها قانونية لتحديد موقفها من الدين - يفترض النموذج العلمانى عدم جلب المظاهر الدينية إلى الحياة العامة، يفترض النموذج الحيادى أن تقف الدولة على مسافة واحدة من جميع الأديان والمعتقدات بحيث لا تعطى أفضلية لدين على آخر، يفترض النموذج التعددى أن تستوعب الدولة كافة الأديان والمعتقدات وتمكن أصحابها من ممارستها والتعبير عنها فى الحياة الخاصة والعامة على السواء، ويفترض النموذج الضعيف إعراف الدولة بدين معين كديناً رسمياً لها على أن

<sup>١</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

RAN HIRSCHL, COMPARATIVE MATTERS: THE RENAISSANCE OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 65 (Oxford University Press, 2014).

<sup>٢</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

RAN HIRSCHL, CONSTITUTIONAL THEOCRACY (Harvard University Press, 2010).

يكون هذا الإعراف إعرافاً شرفياً ليس له أى أثر فى الحياة العامة – فالنموذج الدينى الصارم يفترض بناءً قانونياً مؤسسياً وليس مجرد فكرة إجتماعية أو فلسفية. بعبارة أكثر وضوحاً، الدولة التى تعتمد النموذج الدينى الصارم يفترض أن يتضمن دستوراً بعضها من الشروط الأساسية.<sup>1</sup> أولاً: تنصيب ديناً معيناً كديناً رسمياً معترفاً به من قبل الدولة بإعتباره (دين الدولة الرسمى)؛ ثانياً: لابد وأن يُنصب الدستور من نصوص وتعليمات وتوجيهات هذا الدين الرسمى كمصدرراً رسمياً للتشريع أو على الأقل كأحد مصادره، بحيث لا يجوز للقوانين أن تصدر مخالفة لنصوصه أو تعليماته أو توجيهاته؛ ثالثاً: لابد وأن يُنشئ الدستور حفنة من الهيئات والكيانات الدينية التى لا تمثل فقط قيمة دينية رمزية وقدرراً من التبجيل الدينى، بل تُمنح أيضاً إختصاصاً موضوعياً بحيث تعمل بالتوازى مع المحاكم القضائية أو بدلاً منها كلياً؛ وأخيراً: يأتى الدستور ملتزماً و متمسكاً ببعض العناصر الدستورية الحديثة التى تتطلب الفصل بين السلطة السياسية والسلطة الدينية فى الدولة، الفصل بين السلطات، السيادة الشعبية، والمجالس الإنتخابية.<sup>2</sup>

مثل ذلك النموذج الدينى الصارم نجده فى النظام القانونى الإيرانى، حيث أسس دستور جمهورية إيران الإسلامية لسنة (١٩٧٩) نوعاً من الثيوقراطية الدستورية. فقد نص الدستور فى ديباجته على أن الشريعة الإسلامية هى القانون الأعلى وتعلو على الدستور نفسه. كذلك نصت المادة الثانية من الدستور على أن "يقوم نظام الجمهورية الإسلامية على أساس: (١) الإيمان بالله الأحد (لا إله إلا الله)

<sup>1</sup> أنظر باللغة الإنجليزية  
Ran Hirschl, *Comparative Constitutional Law and Religion*, in TOM GINSBURG AND ROSALIND DIXON ED., *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 436 (2011).

<sup>2</sup> المرجع السابق.

وتفرده بالحاكمية والتشريع، ولزوم التسليم لأمره؛ (٢) الإيمان بالوحي الإلهي ودوره الأساس في بيان القوانين؛ (٣) الإيمان بيوم القيامة ودوره الخلاق في مسيرة الإنسان التكاملية نحو الله... " علاوة على ذلك، نصت المادة الرابعة من الدستور على أن "يجب أن تكون الموازين الإسلامية أساس جميع القوانين والأنظمة المدنية والجزائية والمالية والإقتصادية والإدارية والثقافية والعسكرية والسياسية وغيرها. ويسري هذا المبدأ على جميع مواد الدستور والقوانين والقرارات الأخرى على الإطلاق والعموم، ويتولى الفقهاء في مجلس صيانة الدستور تشخيص ذلك." وذلك قبل أن ينص في مادته (٩١) على أن "الضمان الأحكام الإسلامية والدستور يُشكل مجلس باسم مجلس صيانة الدستور للتأكد من تطابق قرارات مجلس الشورى الإسلامي مع الإسلام. ويتكون على النحو التالي: (١) ستة أعضاء من الفقهاء العدول العارفين بمقتضيات العصر وقضايا الساعة، ويختارهم القائد؛ (٢) وستة أعضاء من الفقهاء المسلمين من ذوي الإختصاص في مختلف فروع القانون، يرشحهم رئيس السلطة القضائية، وينتخبهم مجلس الشورى الإسلامي."

المتأمل لظاهر هذه النصوص يتضح له أن الدستور الإيراني قد استوفى أول شرطين من شروط إقامة النموذج الديني الصارم عندما نصّب من الشريعة الإسلامية قانوناً أعلى في الدولة يعلو على الدستور نفسه وبذلك يكون قد عيّن من الدين الإسلامي ديناً رسمياً معترفاً به من قبل الدولة بحيث يقع باطلاً أى قانون من شأنه أن يخالف مقتضيات وتعاليم هذا الدين. وذلك قبل أن تأتي المادة الرابعة لتؤكد مقتضيات الشرط الثاني مرة أخرى بالنص على ضرورة إعمال مبدأ الرقابة القضائية لتأكيد توافق القوانين الوضعية مع نصوص وأحكام الشريعة الإسلامية.



أما عن المادة (٩١) من الدستور، فقد جاءت لتُحقق مقتضيات الشرط الثالث بإنشائها هيئة (مجلس صيانة الدستور) لتمارس عملية الرقابة على توافق القوانين موضوعياً مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية كحكمة دستورية فعلية مُسلحة بسلطات دستورية ملزمة للقيام بعملية مراجعة التشريعات. ولم تغفل المادة التأكيد على صبغ هذا المجلس بصبغة دينية عندما نصت على ضرورة تشكيل المجلس من الفقهاء المسلمين ومن رجال الدين الإسلامي.

أخيراً، حاول الدستور الإيراني تحقيق مقتضيات الشرط الرابع عندما أشار إلى بعض المظاهر الدستورية الحديثة عندما نص في مادته السادسة على أن تدار الدولة بواسطة الأمة عند طريق إنتخاب رئيس الجمهورية والمجالس التشريعية وكذلك عن طريق الإستفتاءات الشعبية،<sup>١</sup> وكذلك المادة (١٩) منه حيث نصت على مبدأ مساواة الجميع في المعاملة أمام القانون،<sup>٢</sup> فضلاً عن التقسيم التقليدي لسلطات الحكم في الدولة والإعتراف بمبدأ الفصل بين السلطات في المادة (٥٧).<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> "تدار شؤون البلاد في جمهورية إيران الإسلامية بالإعتماد على رأي الأمة الذي يتجسد في الإنتخابات، بما فيها إنتخاب رئيس الجمهورية، وأعضاء مجلس الشورى الإسلامي وأعضاء سائر مجالس الشورى ونظائرها، أو عن طريق الإستفتاء العام في الحالات التي ينص عليها الدستور." المادة (٦) من الدستور الإيراني لسنة (١٩٧٩).

<sup>٢</sup> "يتمتع أفراد الشعب الإيراني، من أية قومية أو قبيلة كانوا، بالمساواة في الحقوق؛ ولا يمنح اللون أو العنصر أو اللغة أو ما شابه ذلك أي إمتياز." المادة (١٩) من الدستور الإيراني لسنة (١٩٧٩).

<sup>٣</sup> "السلطات الحاكمة في جمهورية إيران الإسلامية هي السلطة التشريعية، والسلطة التنفيذية، والسلطة القضائية، وهي تمارس صلاحياتها بإشراف ولي الأمر المطلق وإمام الأمة، وفقاً للمواد اللاحقة في هذا الدستور. وتعمل هذه السلطات مستقلة بعضها عن بعض." المادة (٥٧) من الدستور الإيراني لسنة (١٩٧٩).

صورة أخرى من صور النموذج الدينى الصارم نجدها فى النظام الأساسى للمملكة العربية السعودية لسنة (١٩٩٢)، حيث جاءت المادة الأولى منه معلنة الإسلام ديناً رسمياً للمملكة معترفاً به من قبل الدولة كدينها الرسمى محققة بذلك مقتضيات الشرط الأول لإقامة النموذج الدينى الصارم ، على النحو السابق بيانه. أما بخصوص الشرط الثانى الخاص بضرورة تنصيب نصوص وتعليمات وتوجيهات الدين الرسمى كمصدرراً رسمياً للتشريع أو على الأقل كأحد مصادره، فقد تحقق ذلك بموجب المادة الأولى من النظام الأساسى عندما نصت على أن كتاب الله وسنة الرسول هما دستور الدولة الرسمى، وكذلك المادة السابعة التى نصت على أن نظام الحكم فى الدولة يستمد أساسه من كتاب الله وسنة رسوله.

أما عن مقتضيات الشرط الثالث الخاص بالإعتراف بهيئة معينة أو كيان معين للتحقق من إتساق أعمال الحكم والقوانين مع الشريعة الإسلامية، فقد أنشأت المادة (٤٥) من النظام الأساسى ما يُعرف بهيئة كبار العلماء وهيئة الإفتاء لتولى عملية التأكد من إتساق القوانين والمراسيم الوضعية مع الشريعة والقيام بعملية الإفتاء، الذى هو، وفقاً لصريح نص المادة، يكون كتاب الله تعالى وسنة رسوله مصدر الإفتاء فى المملكة العربية السعودية.

أخيراً، جاء النظام الأساسى السعودى ببعض النصوص التى تعكس تمسكه ببعض المظاهر الدستورية الحديثة ومن ثم تحقيق مقتضيات الشرط الرابع عندما نص فى المادة (٦) منه على حق المواطنين فى التصديق على إختيار الملك من

خلال البيعة العامة،<sup>١</sup> والمادة (٨) التي أكدت على ضرورة قيام الحكم على أسس العدل والشورى والمساواة بين المواطنين،<sup>٢</sup> وكذلك المادة (٤٤) التي أوضحت التقسيم التقليدي لسلطات الحكم في الدولة إلى سلطة تشريعية وسلطة تنفيذية وسلطة قضائية وضرورة الفصل بينهم.<sup>٣</sup>

---

<sup>١</sup> "يبايع المواطنون الملك على كتاب الله تعالى وسنة رسوله وعلى السمع والطاعة في العسر واليسر والمنشط والمكره." المادة (٦) من النظام الأساسي السعودي لسنة (١٩٩٢).

<sup>٢</sup> "قوم الحكم في المملكة العربية السعودية على أساس العدل والشورى والمساواة وفق الشريعة الإسلامية." المادة (٨) من النظام الأساسي السعودي لسنة (١٩٩٢).

<sup>٣</sup> "تتكون السلطات في الدولة من: - السلطة القضائية. - السلطة التنفيذية. - السلطة التنظيمية. وتتعاون هذه السلطات في أداء وظائفها وفقاً لهذا النظام وغيره من الأنظمة والملك هو مرجع هذه السلطات." المادة (٤٤) من النظام الأساسي السعودي لسنة (١٩٩٢).

## الفصل الثانى

### موقف الدستور المصرى من النماذج الدستورية الدينية

#### المقدمة

بعد أن عرضنا للنماذج الدستورية السابقة الخاصة بموقف الدستور من الأديان أو ما يمكن تسميته "ترسيم العلاقة الدستورية بين الدين والدولة"، يَعمُ التساؤل الآن عن أين يقع الدستور المصرى بين هذه النماذج الدستورية المختلفة السابقة عرضها. بعبارة أكثر وضوحاً كيف تعامل الدستور المصرى مع مسألة تنظيم العلاقة بين الدين والدولة بشأن أيهما أولى بالسيادة القانون الإلهى أم القانون الوضعى؟

الحقيقة أن الإجابة على هذا التساؤل تكمن فى الإجابة على بعض الأسئلة الجوهرية الأخرى تتمثل فى هل يوجد فى الدستور المصرى ما يمكن من خلاله تصنيفه على أساس كونه يحظر إظهار الشعائر الدينية فى الحياة العامة ومن ثم إعتباره نموذجاً للدستورية العلمانية؟ هل يوجد فى الدستور المصرى ما يُلزم الدولة بعدم إعطاء أفضلية لدين على حساب دين آخر ومن ثم تصنيفه كنموذج للحياد الدينى الدستورى؟ أم أن الدستور يميل إلى النظام الدينى التعددى حيث يُلزم الدولة بإتباع منهجية تعددية تؤكد سياستها فى تبنى التنوع والإختلاف الدينى؟ أم أن الدستور المصرى، بعد الإعتراف بأحد الأديان كديناً رسمياً للدولة، أقد أفرغ النص من فحواه بالتأكيد على عدم وجود أى أثراً قانونياً لهذا الإعتراف فى الحياة العامة ومن ثم يمكن القول بأنه تبنى النموذج الدينى الضعيف؟ أخيراً، هل نص الدستور

المصرى على ما يؤكد تحقيقه لمقتضيات الشروط الأربعة الواجب توافرها لإقامة نموذجاً دينياً صارماً؟

### أولاً: محاولات دسترة الدين فى التاريخ الدستوري المصرى

الدستورية الدينية الإسلامية يمكن إرجاعها إلى أول دستور فى مصر فى عام ١٩٢٣. حيث أدرجت المادة (١٤٩) منه الإسلام فى الدستور بإعلان أن "دين الدولة هو الإسلام واللغة العربية لغتها الرسمية." من المثير للإهتمام، أن كل أعضاء لجنة صياغة الدستور بما فى ذلك العضو المسيحي قد وافقوا بالإجماع على هذه المادة. يمكن للمرء أن يتكهن بأن هذا الإجماع كان مجرد محاولة لترسيخ الهوية المصرية، التي حاول الإحتلال البريطانى يائساً أن يطمسها، أو أنه كان مجرد إعتراف بحكم الأمر الواقع فى مصر كون أن عقيدة الأغلبية من المواطنين هى الإسلام. بعد دستور ١٩٢٣، أدرجت دساتير ١٩٣٠، ١٩٥٦، ١٩٦٤، و ١٩٧١ المادة (١٤٩) بإستثناء دستور ١٩٥٨ الذى وضع بعد إعلان الوحدة بين مصر وسوريا حيث حُذفت المادة منه.

بعد أن تولى الرئيس الراحل محمد أنور السادات الحكم فى عام ١٩٧٠ تم صياغة وإصدار دستوراً جديداً، عُرف فيما بعد بدستور مصر الدائم لعام (١٩٧١). بحلول ذلك الوقت، أصبح الإسلاميون فى مصر أكثر تنظيماً وأضحى فصيلهم السياسى، جماعة الإخوان المسلمين، أكثر قوة فى تأكيد طموحاتهم للحكم وإقامة دولة دينية. نتيجة لذلك، سعى الرئيس السادات إلى إسترضاء الإسلاميين، وذلك

لتجنب التهديدات والمخاطر التي بدت منهم ولإستخدامهم ضد حلفائه اليساريين الموالين للرئيس الراحل جمال عبد الناصر والمعارضين لسياسات السادات.<sup>1</sup>

بناء على ذلك ومن أجل كسب تأييد الإسلاميين، إقترح السادات إضافة عبارة "ومبادئ الشريعة الإسلامية هي مصدر رئيسي للتشريع" إلى نص المادة ١٤٩ من دستور ١٩٢٣، لتصبح قراءة المادة الجديدة (المادة الثانية من دستور ١٩٧١) "الإسلام هو دين الدولة، واللغة العربية هي لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية هي مصدر رئيسي للتشريع." من الجدير بالذكر، أن هذا لم يكن آخر تدخل للرئيس السادات فى نص المادة الثانية من دستور ١٩٧١ حيث أنه فى عام ١٩٨٠ وجد نفسه مقيداً بنص المادة ٧٧ الدستور، التي حددت فترات الرئاسة بفترتين مدة كل منهما ست سنوات. أراد السادات تعديل المادة ٧٧ ليجوز لنفسه بالإستمرار فى الحكم بعد إنتهاء فترتي الرئاسة التي حددتها المادة ولم يرى إمكانية للقيام بذلك من دون دعم من المواطن العادى، فضلا عن الإسلاميين. وجد السادات الحل فى إقترح تعديل المادة ٢ جنبا إلى جنب مع تعديل المادة ٧٧، حيث تم تعديل المادة ٢ لتصبح "مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسى للتشريع"، والمادة ٧٧ بإضافة عبارة "يجوز إعادة إنتخاب الرئيس لمدد أخرى".

الحقيقة أن تلك كانت خطوة مآكرة من الرئيس السادات حيث أنه إستغل النزعة الدينية من المصريين العاديين، فضلا عن الإسلاميين، من أجل تمرير المادة

<sup>1</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

Mona El-Ghobashy, *The Metamorphosis of the Egyptian Muslim Brothers*,

INTERNATIONAL JOURNAL OF MIDDLE EAST STUDIES 373-377 (2005): 37.

Tamir Moustafa, *The Islamist Trend in Egyptian Law*, POLITICS & RELIGION 610 (2010): 617-618.

٧٧، لأن أي معارضة لتعديل المادة ٧٧ كانت ستفضى إلى رفض تعديل المادة ٢ في نفس الوقت. ومع ذلك، يبدو أن السادات لم يكن يتوقع أبداً أن التعديل الذي أدخله على نص المادة ٢ بإضافة أداة التعريف (أ/ل) إلى كلمة (مصدر) لتصبح مبادئ الشريعة الإسلامية هي (المصدر) الرئيسي للتشريع من شأنه أن يؤدي إلى جدل كبير حول التفسير القانوني للمادة الذي لا يزال ملتبساً حتى يومنا هذا.

أخيراً، وجب التنويه على أن نص المادة الثانية بعد التعديل قد تم تضمينها جميع قوانين مصر الأساسية التي تلت دستور عام ١٩٧١ – الإعلان الدستوري لعام ٢٠١١، دستور عام ٢٠١٢، والدستور الحالي لعام ٢٠١٤.

### ثانياً: المقصود بألفاظ المادة الثانية

منذ تعديلها، تم تفسير المادة ٢ على نطاق واسع على أنه يعني أن جميع القوانين يجب أن تكون متسقة مع أحكام الشريعة الإسلامية.<sup>١</sup> ونظراً لطبيعة هذا التفسير المثيرة للجدل، نحاول في التحليل التالي توضيح معالم المادة من أجل ضبط ألفاظها والوقوف على صحيح معناها والمساعدة على تسليط الضوء على الدور الدستوري الذي تلعبه.

#### أ. الإسلام والدولة

كما سبق الذكر، جاء صدر المادة (٢) على النحو الآتي "الإسلام هو دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية"، وهو الأمر الذي يتعلق بوضوح بهوية الدولة. حيث أن غالبية السكان في مصر من المسلمين واللغة العربية هي اللغة السائدة بين

<sup>١</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

Tamir Moustafa, *The Islamist Trend in Egyptian Law*, 3 POLITICS AND RELIGION 617-618.

أغلب قطاعات السكان، يبدو أن صدر المادة قد جاء كمحاولة تعكس الوضع الراهن في مصر. علاوة على ذلك، فإن عبارة "الإسلام هو دين الدولة" تشير إلى أن الإسلام هو دين الأغلبية من السكان وليس دين الدولة بوصفها كياناً مؤسسياً، بحيث أن ذلك لا ينبغي تأويله على أساس أن غير المسلمين سيتم حرمانهم من الحق في حرية الإعتقاد أو حرية ممارسة شعائرهم الدينية.<sup>١</sup> فحقوق غير المسلمين مضمونة لأنها تتعلق في المقام الأول بحق المواطنة. فضلاً عن ذلك، إذا ما سلمنا بحقيقة أن المادة ٢ تحظر القوانين التي تتعارض مع الشريعة الإسلامية، فإن أي قانون يقيد الحقوق والحريات الدينية لغير المسلمين سيضحي غير دستورياً ببساطة لأن الإسلام يضمن هذه الحقوق والحريات.<sup>٢</sup>

من الجدير بالذكر أيضاً، أن القول أن عبارة "الإسلام دين الدولة" يُصنف الدولة على أساس كونها دولة دينية إلى حد القول بأن الدولة كلها، سواء في الجوانب الحكومية أو الاجتماعية، ستكون خاضعة لسيطرة رجال الدين الإسلامي. غير أن هذا التفسير غير مرجح كون أن فكرة الدولة الدينية هي ضد الشريعة الإسلامية في الأصل لأن هذه الفكرة تفترض وجود وسيط بين الناس والله وهو ما يتعارض مع مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية حيث أن وجود هذا الوسيط هو ضد مفهوم التوحيد.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> تهاى الجبالي، الإطار الدستوري لتطبيق المادة الثانية من الدستور (ورقة بحثية تم تقديمها في محاضرة بمكتبة الإسكندرية في ٩ يونيو ٢٠٠٧).

<sup>٢</sup> "لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ" الآية ٢٥٦ من سورة البقرة. "وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ مَنْ فِي الْأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّىٰ يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ." الآية ٩٩ من سورة يونس.

<sup>٣</sup> أنظر الجبالي، المرجع السابق.



وجب التنويه أيضاً على أنه بالقدر الذى قد يبدو معه القول بأن تنصيب الإسلام ديناً رسمياً للدولة هو خطوة إلى الوراء قد تؤدي إلى التمييز على أساس الدين وجيهاً، إلا أن ذلك يمكن التخفيف منه بالنظر إلى دساتير بعض البلدان التي قد تبدو أكثر ديمقراطية من مصر مثل دساتير دول اليونان والدنمارك. فكما سبق الذكر، نص الدستور اليونانى على أن دين الكنيسة الأرثوذكسية الشرقية هو الدين الغالب فى البلاد، وكذلك الدستور الدنماركى الذى جعل من الكنيسة الإنجيلية اللوثرية الكنيسة المؤسسة فى الدولة. فالحقيقة أن مثل تلك الأنواع من النصوص الدستورية هى مجرد إشارة إلى مرجعية الدولة بالقدر الذى يجب ألا يتم تفسيرها بشكل يُفضى إلى الإطاحة بفكرة الديمقراطية في حد ذاتها، ما لم يتم إساءة إستخدامها على وجه التحديد. وهو ما نراه منطبقاً على عبارة "الإسلام دين الدولة" الواردة فى صدر المادة (٢) من الدستور المصرى.

#### ب. مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدراً رئيسياً للتشريع

يُعتبر عجز المادة (٢) الذى ينص على أن "مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع" هو أكثر عبارات المادة أهمية بالنسبة إلى مجال البحث حيث أنه بمقتضاها لا يجوز لأي قانون أن يكون متعارضاً مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وهو الأمر وثيق الصلة بفكرة تصنيف وضع الدستور المصرى بين النماذج الدستورية الدينية السابق عرضها.

الحقيقة أن "الشريعة الإسلامية" هى مصطلحاً واسعاً فضفاضاً بالقدر الذى يندرج تحته، بالإضافة إلى الأحكام والتشريعات الإلهية الموضوعة فى القرآن الكريم، القواعد التي قام رسول الله محمد عليه الصلاة والسلام بتشريعيها عن طريق

الوحي (السنة)، وكذلك النظام الفقهي الإسلامي بأكمله الذى وضعه علماء وفقهاء المسلمين<sup>1</sup> غير أنه من الجدير بالملاحظة أن المشرع الدستورى قد عبر بلفظ "مبادئ" الشريعة الإسلامية وليس "بالشرعية الإسلامية" على إطلاق اللفظ وهو الأمر الذى يستدعى مغايرة فى المعنى والتأثير أيضاً.

الحقيقة أن هذا الأمر يطرح التساؤل حول ما إذا كانت عبارة "مبادئ الشريعة الإسلامية" تعنى أن القانون يجب أن يكون متطابق مع الشريعة الإسلامية، أم أن إضافة كلمة "مبادئ" إلى الشريعة الإسلامية قد أخذت المادة الثانية من الدستور المصرى إلى معنى آخر بالنظر إلى تفسيرها؟ فى السطور القادمة سوف نحاول الإجابة على هذا التساؤل من خلال محاولة تحديد أى نموذج دستورى من النماذج السابق عرضها يمكن تصنيف الدستور المصرى على أساسه وذلك بالنظر إلى قيمة المادة الثانية فى رسم حدود العلاقة بين الدين والدولة فى مصر. فى رأينا، أن مثل هذه المنهجية لن تكتمل مقوماتها دون العروج إلى عرض وتحليل موقف المحكمة الدستورية العليا بخصوص المادة الثانية من الدستور.

### ثالثاً: تصنيف الدستور بحسب النماذج الدستورية الدينية

(١) غنى عن الذكر أن الدستور المصرى الحالى لعام (٢٠١٤) هو أبعد ما يكون عن النموذج الملحد من الدساتير وذلك مبعثه التأكيد على أهمية الدين فى الحياة والنظام السياسى حيث ذكرت ديباجة الدستور أن أحد أهداف الدستور هو "التأكيد على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع"، وكذلك

<sup>1</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

ISMA'IL AL-FARUQI AND LOUIS AL-FARUQI, THE CULTURAL ATLAS OF ISLAM 279  
(Chicago: Kazi Publications, 1996).

النص الصريح للمادة الثانية من الدستور أن "الإسلام دين الدولة ومبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع"، وضمان الحريات الدينية لغير المسلمين بمقتضى المادة الثالثة حيث نصت على أن "مبادئ شرائع المصريين من المسيحيين واليهود المصدر الرئيسي للتشريعات المنظمة لأحوالهم الشخصية، وشؤونهم الدينية، وإختيار قياداتهم الروحية." علاوة على ذلك، فقد أكد الدستور فى المادة ٦٤ منه كفالة الحريات الدينية والإعتقاد للكافة، حيث نصت على أن "حرية الإعتقاد مطلقة. وحرية ممارسة الشعائر الدينية وإقامة دور العبادة لأصحاب الأديان السماوية، حق ينظمه القانون."

(٢) الأمر نفسه ينطبق على محاولة تصنيف الدستور المصرى كدستوراً علمانياً. بالعودة إلى ما سبق ذكره فى خصوص العلمانية الدستورية، فالنموذجين الصارخين للعلمانية الدستورية هما فرنسا وتركيا حيث استقر الفقه والقضاء الدستوري هناك على أن العلمانية الدستورية تفترض إنحسار المظاهر الدينية عن الحياة العامة حيث تكون مقتصرة على حياة الأفراد الخاصة فقط، مع بعض الإستثناءات التى قررها مجلس الدولة الفرنسى فى القرارات الصادرة عنه كمحاولة للتخفيف من حدة العلمانية المتشددة وضمان بعض الحقوق والحريات الأساسية، على النحو السابق بيانه. الحقيقة أن نصوص الدستور المصرى تقطع بما لا يجعل مجالاً للشك أنه بعيداً كل البعد عن كونه دستوراً يُرسخ للعلمانية. الحقيقة أن مجرد الإعتراف بمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدراً رئيسياً للتشريع يعنى أن القانون، الذى هو فى الأصل ظاهرة إجتماعية، لا بد وأن يأتى متوافقاً ومتناسقاً مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وهو الأمر الذى يقطع بأن مظاهر الدين الإسلامى لا يمكن

حظرها فى الحياة العامة فى مصر. على سبيل المثال، لا يُتصور أن يتم إقرار قانوناً يحظر إرتداء الحجاب أو النقاب فى الجامعات أو فى الحياة العامة على الإطلاق مثلما هو الحال فى تركيا وفرنسا. فضلاً عن ذلك، فكما سبق الذكر، فإن العلمانية الدستورية تقتضى بالمثل علمنة الخدمات التعليمية بحيث يحظر على أى جهة دينية تقديم تعليماً دينياً يُسيطر عليه رجال الدين، وذلك لتحرير الدولة من نفوذ رجال الدين والنقابات الدينية. غير أن الوضع فى مصر يبدو عكس ذلك خاصة وأن الدولة تدعم جامعة الأزهر الشريف، أحد الجامعات الدينية، والتي تشرف عليها أحد أشهر المؤسسات الدينية الإسلامية فى العالم بأسره وهى مؤسسة الأزهر الشريف. ومن الجدير بالذكر أن الدستور الحالى قد جاء مؤيداً لهذا التوجه عندما نص فى مادته السابعة على أن "الأزهر الشريف هيئة إسلامية علمية مستقلة، يختص دون غيره بالقيام على كافة شئونه، وهو المرجع الأساسى فى العلوم الدينية والشئون الإسلامية، ويتولى مسئولية الدعوة ونشر علوم الدين واللغة العربية فى مصر والعالم . وتلتزم الدولة بتوفير الإعتمادات المالية الكافية لتحقيق أغراضه. وشيخ الأزهر مستقل غير قابل للعزل، وينظم القانون طريقة إختياره من بين أعضاء هيئة كبار العلماء."

(٣) القول بأن الدستور المصرى الحالى قد قدم نموذجاً للحياة الدينية هو قولاً لا يؤيده ظاهر نصوص الدستور. فإذا سلمنا بأن الحياد الدينى يقتضى أن يتخذ الدستور موقفاً محايداً من جميع الأديان والمعتقدات بحيث لا يتم تفضيل ديناً على آخر ولا معتقداً على آخر، وإذا أخذنا فى الاعتبار أن التعديل الأول من الدستور الأمريكى، والذي ينص على أن "لا يصدر الكونجرس أى قانون خاص بإقامة دين

من الأديان أو يمنع حرية ممارسته،" هو أشهر النصوص الدستورية المعبرة عن مبدأ الحياد الدينى الدستورى حيث أنه لا يُرسخ لإقامة أى دين معين، فإن نص المادة الثانية من الدستور المصرى فى تأكيدها على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع فى حقيقته يُرسخ للدين الإسلامى مفضلاً إياه على بقية الأديان بالنسبة إلى مصادر التشريع. علاوة على ذلك، فالمادة الثالثة من الدستور، بعد التأكيد على أن حرية الاعتقاد مطلقة، فى إعلانها أن "مبادئ شرائع المصريين من المسيحيين واليهود المصدر الرئيسى للتشريعات المنظمة لأحوالهم الشخصية، وشئونهم الدينية، وإختيار قياداتهم الروحية،" قد أبعدت الدستور عن نموذج الحياد الدينى حيث أنها، بجانب الإسلام، قد جعلت من الأديان السماوية الأخرى (اليهودية والمسيحية) أساساً يمكن لأصحابها أن يحتكموا إليها فى مجال الأحوال الشخصية والشئون الدينية وإختيار القيادات الدينية، متجاهلة حق الأفراد الآخرين الذين يدينون بمعتقدات غير سماوية فى الإحتكام لتلك المعتقدات. بناء على ذلك، يكون الدستور المصرى قد فضل الأديان السماوية على المعتقدات الغير سماوية، الأمر الذى لا يجوز معه تصنيفه كونه نموذجاً للحياد الدينى.

(٤) علاوة على ذلك، فى رأينا، يخرج الدستور المصرى عن النموذج الدينى التعددى. فعلى خلاف الوضع فى كندا، حيث تم إستيعاب جميع الأديان والمعتقدات، على النحو السابق ذكره، فالمادة الثانية من الدستور المصرى تقطع بما لا يجعل مجالاً للشك أنه قد فضل الدين الإسلامى (متمثلاً فى مبادئ الشريعة الإسلامية) على غيره من الأديان والمعتقدات الأخرى فى مجال مصادر التشريع فى الدولة. ناهيك عن ذلك، فالمادة الثالثة من الدستور، فى منحها المسيحيين واليهود

فقط الحق فى الإلتجاء إلى شرائعهم الإلهية لتنظيم مسائل أحوالهم الشخصية وشؤونهم الدينية ومسائل إختيار قياداتهم الروحية، تكون قد تعمدت تفضيل وتبنى الأديان السماوية على ما عداها من المعتقدات الأخرى الغير سماوية، الأمر الذى يعنى أن الدستور قد خرج عن النموذج الدينى التعددى.

(٥) كذلك لا يمكن بأى حال من الأحوال تصنيف الدستور المصرى على أساسه كونه دستوراً يمثل النموذج الدينى الضعيف. فإذا كان النموذج الدينى الضعيف يفترض فى الأصل أن يعترف الدستور بأحد الأديان كديناً رسمياً للدولة أو يجعل من أحد الكنائس الكنيسة الرسمية فى الدولة الواجب دعمها حكومياً، فمثل ذلك الإعتراف يأخذ فقط طابعاً شرفياً دون أن يترك أثراً ملموساً فى الحياة العامة، خاصة إذا ما جاءت هذه الدساتير معترفة بحقوق المنتمين لكافة الأديان والمعتقدات والطوائف الدينية الأخرى. على خلاف ذلك، لا يمكن إنكار أن إعتراف المادة الثانية من الدستور المصرى بالدين الإسلامى كديناً رسمياً للدولة وبمبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الرئيسى للتشريع لا يقتصر تأثيره على كونه مجرد إعترافاً شرفياً ليس له أى صدى فى الحيادة العامة أو النظام القانونى فى الدولة. على سبيل المثال، كون أن مبادئ الشريعة الإسلامية قد أضحت المصدر الرئيسى للتشريع، فذلك قد أدى إلى أعمال مقتضيات الرقابة القضائية من قبل المحكمة الدستورية العليا فى ذلك الشأن للتأكد من أن كافة القوانين واللوائح قد صدرت متوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية، على النحو الذى نفضله لاحقاً.

(٦) أخيراً يبدو أن الدستور المصرى يتشابه كثيراً مع النموذج الدينى الصارم فى الدساتير. الحقيقة أنه يمكن تصنيف المادة الثانية من الدستور على أساس

أنها من المواد التي تعرف في الفقه الدستوري الغربي بإسم النص الدينى المؤسس "strong religious establishment clause". بعبارة أكثر وضوحاً، بناء على ما سبق ذكره فى شأن المتطلبات الواجب توافرها لتصنيف الدستور كونه دستوراً دينياً صارماً، فالمتأمل لنص المادة الثانية من الدستور المصرى يجدها قد (١) نصبت من الدين الإسلامى ديناً رسمياً معترفاً به من قبل الدولة بإعتباره (دين الدولة الرسمى)؛ (٢) نصبت المادة من نصوص وتعليمات وتوجيهات الدين الإسلامى متمثلة فى (مبادئ الشريعة الإسلامية) مصدراً رئيسياً للتشريع؛ (٣) وذلك قبل أن يأتى الدستور ملتزماً و متمسكاً ببعض المتطلبات الدستورية الحديثة مثل مبدأ الفصل بين السلطات والسيادة الشعبية والمساواة أمام القانون والتعددية الحزبية.<sup>١</sup>

من الجدير بالذكر أن الدستور المصرى قد أغفل أحد المتطلبات الرئيسية التى، إن وجدت، كانت كفيلة بتصنيفه ضمن النماذج الدستورية الصارمة دينياً على غرار الدستور الإيرانى (١٩٧٩) والنظام الأساسى السعودى (١٩٩٢)، وهى ضرورة أن يُنشئ الدستور هيئات أو كيانات دينية تُمنح إختصاصاً موضوعياً يُخول

---

١ "السيادة للشعب وحده، يمارسها ويحميها، وهو مصدر السلطات، ويصون وحدته الوطنية التي تقوم على مبادئ المساواة والعدل وتكافؤ الفرص بين جميع المواطنين، وذلك على الوجه المبين فى الدستور". المادة الرابعة من الدستور المصرى لسنة (٢٠١٤).

"يقوم النظام السياسى على أساس التعددية السياسية والحزبية، والتداول السلمى للسلطة، والفصل بين السلطات والتوازن بينها، وتلازم المسئولية مع السلطة، وإحترام حقوق الإنسان وحرياته، على الوجه المبين فى الدستور". المادة الخامسة من الدستور المصرى لسنة (٢٠١٤).  
"المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون فى الحقوق والحريات والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب

الدين، أو العقيدة، أو الجنس، أو الأصل، أو العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الإعاقة، أو المستوى الإجتماعى، أو الإلتقاء السياسى أو الجغرافى، أو لأى سبب آخر". المادة الخامسة والثلاثون من الدستور المصرى لسنة (٢٠١٤).

لها ممارسة نوع من الرقابة للتأكد من موافقة القوانين وأعمال الحكم مع نصوص وأحكام الدين الرسمي للدولة.<sup>١</sup> فضلاً عن ذلك، ساهمت المحكمة الدستورية العليا في إبعاد الدستور المصرى عن إمكانية تصنيفه كدستوراً دينياً صارماً عندما أعملت مقتضيات الإبداع القضائى لتفسر المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية الواردة فى المادة الثانية من الدستور تفسيراً فريداً من نوعه ذا مغزى ودلالة كبيرة وذلك بعد أن احتكرت لنفسها سلطة القيام بهذا التفسير رافضة ترك تلك المهمة لأى جهة دينية. بناء على ذلك، سوف نعرض لموقف المحكمة الدستورية العليا المصرية بخصوص تفسير "مبادئ الشريعة الإسلامية" وكيف أن مثل هذا التفسير قد إستبعد إمكانية تصنيف الدستور المصرى ضمن نماذج الدساتير الصارمة دينياً.

رابعاً: موقف المحكمة الدستورية العليا من تفسير "مبادئ الشريعة الإسلامية" وفقاً للدستور الحالى لسنة (٢٠١٤) تعتبر المحكمة الدستورية العليا هى الجهة الوحيدة المختصة بممارسة سلطة الرقابة القضائية للتأكد من أن جميع القوانين واللوائح قد صدرت متفقة مع نصوص وأحكام الدستور وتفسير القوانين من

---

<sup>١</sup> المتأمل لدستور مصر السابق لسنة (٢٠١٢) يتضح له أنه جاء محققاً بقدر ما لمقتضيات هذا الشرط عندما نص فى المادة الرابعة منه على ضرورة أن "يؤخذ رأى هيئة كبار العلماء بالأزهر الشريف فى الشؤون المتعلقة بالشريعة الإسلامية"، وذلك بعد أن نص فى مادته الثانية على أن "الإسلام دين الدولة ومبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع." ظاهر النص يؤيد القول بأن الدستور قد أراد أن يُنصب هيئة كبار العلماء بالأزهر الشريف أحد الهيئات الدينية التى يجب أن يؤخذ رأيها فى المسائل المتعلقة بالشريعة الإسلامية والتى بالتبعية يندرج تحتها تفسير المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية الواردة فى المادة الثانية من الدستور ومسألة قضائية تتعلق بالشريعة الإسلامية إذا ما لم يستطع القاضى إستيئانها. غير أنه وجب التنويه على أن المادة الرابعة من دستور ٢٠١٢ على الرغم من أنها أوجبت أخذ رأى هيئة كبار العلماء بالأزهر الشريف فى الشؤون المتعلقة بالشريعة الإسلامية، إلا أنه لم يُصرح فى أى موضع عن إلزامية هذا الرأى.



أجل إزالة أي لبس أو غموض بشأن معناها. بناء على ذلك، بدت تلك المحكمة هي الجهة الملائمة لتحديد المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية الواردة في المادة الثانية من الدستور.

على الرغم من العديد من القضايا التي تلت التعديل الدستوري الصادر عام (١٩٨٠) بإعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع والتي تم فيها الطعن في دستورية بعض القوانين بدعوى أنها قد جاءت متعارضة مع المادة الثانية من الدستور حيث أنها لا تتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية، لم تجد المحكمة الدستورية نفسها مضطرة إلى تفسير "مبادئ الشريعة الإسلامية" إلا في عام ١٩٩٣<sup>١</sup>، وذلك عندما طعن أحد الأشخاص في دستورية المادة ١٨ (ب) والمادة ٢٠ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الذي عدل بعض أحكام قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مدعياً تعارضهما مع مبادئ الشريعة الإسلامية في المادة الثانية من الدستور. نصت المادة ١٨ (ب) من القانون على أن "الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسراً أو عسراً ومدة الزوجية ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط." أما المادة ٢٠ من القانون فقد نصت على أن "ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتي عشرة سنة، ويجوز للقاضي بعد هذه السن

<sup>١</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

CLARK B. LOMBARDI, STATE LAW AS MODERN ISLAMIC LAW IN MODERN EGYPT: THE INCORPORATION OF THE SHARIA INTO EGYPTIAN CONSTITUTIONAL LAW 50 (2006).

إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضي ذلك".

رفضت المحكمة الإدعاء بعدم دستورية المادتين وقضت بأنه لا يوجد أى إنتهاك للمادة الثانية من الدستور. وفي تسببها لحكمها فسرت المحكمة المقصود "بمبادئ الشريعة الإسلامية" لتعنى "الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودالاتها، فهذه الأحكام وحدها هي التي لا يجوز الإجتهد فيها، وهي تمثل من الشرعية الإسلامية مبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها. وتقتصر ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأنها على مراقبة التقيد بها، وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها. وعلى خلاف هذا، الأحكام الظنية سواء في ثبوتها أو دالاتها أو فيهما معاً، ذلك أن دائرة الإجتهد تنحصر فيها ولا تمتد إلى سواها، وهي تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها ولمواجهة النوازل على إختلافها تنظيمياً لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعاً. ولا بد أن يكون هذا الإجتهد واقعاً في إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية بما لا يجاوزها، مقيماً الأحكام العملية بالإعتماد في إستنباطها على الأدلة الشرعية، متوخياً من خلالها تحقيق المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من صون الدين والنفس والعقل والعرض والمال".<sup>1</sup>

وفقاً لهذا الحكم، أنشأت المحكمة الدستورية مستويان من المراجعة التي يجب من خلالها فحص دستورية القانون. أولاً، يجب التأكد من أن القانون لا ينتهك

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية (١٥ مايو سنة ١٩٩٣ م).

الأحكام قطعية الثبوت والدلالة من الشريعة كما عرفتھا المحكمة من قبل.<sup>١</sup> ثانياً، يجب أن يأتي القانون متفقاً مع المقاصد العامة للشريعة بحيث لا يعيق تطبيق أي منها.<sup>٢</sup>

بناء على ذلك، وفقاً للمحكمة، المستوى الأول من المراجعة أو الرقابة سيكون معنياً بمدى تطابق القانون مع الأحكام قطعية الثبوت والدلالة في الشريعة الإسلامية. وفقاً لما هو مستقر عليه في الشريعة الإسلامية، يشكل القرآن الكريم مع السنة النبوية المصادر الأولية الرئيسية. غير أن القرآن الكريم هو المصدر الوحيد الذي يتمتع بقطعية ثبوت مطلقة،<sup>٣</sup> أما السنة، خاصة الأحاديث النبوية، فهي ليست دائماً قطعية الثبوت.<sup>٤</sup> بعبارة أخرى، فإن مسألة ثبوت القرآن أمر لا جدال فيه، وبالتالي لا يجب أن يخالفه أي قانون أو لائحة، غير أن السنة النبوية ليست قطعية الثبوت على الإطلاق لوجود بعض الأحاديث التي لم تصدر عن الرسول من الأساس.<sup>٥</sup>

<sup>١</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

CLARK B. LOMBARDI, STATE LAW AS MODERN ISLAMIC LAW IN MODERN EGYPT: THE INCORPORATION OF THE SHARIA INTO EGYPTIAN CONSTITUTIONAL LAW 185 (2006).

<sup>٢</sup> المرجع السابق.

<sup>٣</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

Kristen Stilt, "Islam is the Solution": Constitutional Visions of The Egyptian Muslim Brotherhood, 46 TEX. INT'L L.J. 73, 81 (2010).

<sup>٤</sup> المرجع السابق.

<sup>٥</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

Frank E. Vogel, *Conformity with Islamic Shari'a and Constitutionality under Article 2: Some Issues of Theory, Practice, and Comparison*, in EUGENE COTRAN & ADEL OMAR SHERIF EDS., DEMOCRACY, THE RULE OF LAW, AND ISLAM 525, 531 (1999).

على الجانب الآخر، إذا كان القرآن الكريم يتمتع دائماً بقطعية الثبوت، فألفاظه أحياناً لا تكون متمتعة بقطعية المعنى مثله في ذلك مثل السنة النبوية – أى أن بعض الألفاظ الواردة في القرآن الكريم والسنة أحياناً ما تكون ظنية الدلالة،<sup>١</sup> ذلك لأن النص القرآني والخطاب أو القول النبوي قد يتبنى معاني متعددة بحيث تنطوي على تفسيرات متعددة. فى هذا السياق، طورت المحكمة الدستورية العليا حلاً قانونياً للتعامل مع معاني النصوص التشريعية الواردة فى القرآن الكريم والسنة النبوية. بمقتضى هذا الحل، يتم تخويل المحكمة سلطة أن تفحص بعناية المعنى الظاهر للنص التشريعي، فإذا ما تيقنت المحكمة من أن هذا المعنى واضحاً لا لبس أعملت مقتضاه دون الإنخراط فى مزيد من التفسير.<sup>٢</sup> أما فى حالة ما إذا كان النص غامضاً أو مبهماً، فينبغي على المحكمة محاولة تفسير الغموض أو الإلتباس بما لا يتعارض مع أهداف الشريعة.<sup>٣</sup>

المستوى الثاني من المراجعة يكون معنياً بفحص ما إذا كانت التشريعات قد صدرت متفقة مع مقاصد الشريعة الأساسية الخاصة بحفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال.<sup>٤</sup> هذه المقاصد هي نتاج تفسير وإجتهد فقهاء المسلمين، بحيث تكون تلك المقاصد قابلة للتطور والتغيير وفقاً لإحتياجات العدالة والرفاهية الإنسانية

<sup>١</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

Kristen Stilt, "Islam is the Solution": Constitutional Visions of The Egyptian Muslim Brotherhood, 46 TEX. INT'L L.J. 73, 81 (2010).

<sup>٢</sup> أنظر مقالنا المنشورة باللغة الإنجليزية

Mohamed Abdelaal, *Religious Constitutionalism in Egypt: A Case Study*, 37 THE FLETCHER FORUM OF WORLD AFFAIRS (2013).

<sup>٣</sup> المرجع السابق.

<sup>٤</sup> المرجع السابق.

والإجتماعية.<sup>١</sup> في الواقع كان إعتقاد وتطوير هذه المقاصد هي محاولة من الفقهاء لجعل الشريعة الإسلامية كياناً قانونياً متكاملًا ونظاماً عاماً للحياة وليس مجرد مجموعة من القواعد والتوجيهات.<sup>٢</sup> بناء على ذلك، إذا ما تيقنت المحكمة أن القانون الطعين من شأنه أن يقوض العدالة والرفاهية الإنسانية والإجتماعية وجب عليها الحكم بعدم دستوريته.

في عام ٢٠٠٦، إستخدمت المحكمة المنهجية التي سبق ووضعتها في عام ١٩٩٣ على النحو السابق بيانه، وذلك بمناسبة الطعن في دستورية المادة ٢١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، على سند من أنها تخالف المادة ٢ من الدستور. نصت المادة ٢١ على أن "الطلاق في حالة إنكار، لا يمكن أن يثبت إلا بحكم الشهود والتوثيق". إدعت الطاعنة أن قصر طرق إثبات الطلاق على الإشهاد والتوثيق يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي هي المصدر الرئيسي للتشريع وفقاً للمادة ٢٠٢.

في نظرها للطعن، بدأت المحكمة برقابة النص الطعين بشأن ما إذا كانت المادة ٢١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ تتفق مع الأحكام الشرعية القطعية في الشريعة الإسلامية. في هذا السياق، قضت المحكمة بأن قصر طرق إثبات الطلاق، حالة ما إذا أنكر أحد الزوجين حدوثه، على شهادة الشهود والتوثيق فقط ينتهك

<sup>١</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

CLARK B. LOMBARDI, STATE LAW AS MODERN ISLAMIC LAW IN MODERN EGYPT: THE INCORPORATION OF THE SHARIA INTO EGYPTIAN CONSTITUTIONAL LAW 188 (2006).

<sup>٢</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

R.M. Gleave, *Makasid al-Shari'a (a)*, in 12 ENCYCLOPEDIA OF ISLAM (P. BEARMAN ET AL. EDS., 2D ED. 2006), 569.

<sup>٣</sup> المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم ١١٣ لسنة ٢٦ قضائية (١٥ يناير سنة ٢٠٠٦ م).

الأحكام الشرعية القطعية للشريعة الإسلامية حيث أن الأصل المقرر شرعاً هو جواز إثبات الطلاق بكافة طرق الإثبات من بينة وإقرار ويمين.<sup>١</sup> لم تقف المحكمة عند هذا الحد، ولكنها استطردت لتراقب التشريع في ظل المستوى الثاني من المراجعة لإظهار ما إذا كانت المادة ٢١ تعيق إنفاذ مقاصد الشريعة الإسلامية. في هذا الخصوص، قضت المحكمة أن الطلاق قد شرع من الله لكلا الزوجين حين يجدا صعوبة في مواصلة حياتهما معاً، وبالتالي فالمادة ٢١، التي قصرت طرق إثبات الطلاق على شهادة الشهود والتوثيق فقط، تعني أن المشرع قد استخدم سلطته في الإجتهد في غير محلها حيث يجعل "المطلقة في حرج ديني شديد، ويرهقها من أمرها عسراً، إذا ما وقع الطلاق وعلمت به وأنكره المطلق، أو امتنع عن إثباته إضراراً بها، مع عدم استطاعتها إثبات الطلاق بالطريق الذي أوجبه النص المطعون فيه، و هو ما يصطدم مع ضوابط الإجتهد، و المقاصد الكلية للشريعة الإسلامية، فضلاً عما يترتب على ذلك من تعرض المطلقة لأخطر القيود على حريتها الشخصية وأكثرها تهديداً مساساً بحقها في الحياة، التي تعتبر الحرية الشخصية أصلاً يهيمن عليها بكل أقطارها."<sup>٢</sup>

بناء على ذلك، خلصت المحكمة إلى أن المادة ٢١ قد عرقلت أغراض الشريعة والعدالة الإنسانية وبالتالي أعاقت الرفاهية الإنسانية والاجتماعية، وبذلك تكون المادة ٢١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ قد جاءت مخالفة المادة ٢ من الدستور وبالتالي غير دستورية.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> المرجع السابق.

<sup>٢</sup> المرجع السابق.

<sup>٣</sup> المرجع السابق.

الحقيقة أن التأكيد الشديد من المحكمة على ضرورة أن تكون التشريعات متسقة مع مقاصد الشريعة الإسلامية لتعزيز رفاهية الإنسان يُميزها بوصفها كياناً من الفقه الدستوري الليبرالي.<sup>١</sup> من الجدير بالذكر، أن القول بأن منهجية المحكمة هي محاولة لعلمنة التشريع المصري إلى حد إعلانه لا علاقة له بشريعة الله والإسلام هو قولاً مضللاً إلى حد كبير.<sup>٢</sup> على خلاف ذلك، يمكن تبرير منهجية المحكمة من منظور إعادة تفسير أحكام الشريعة الإسلامية بطريقة تناسب إحتياجات العصر والمجتمعات الحديثة. العديد من الفقهاء قد أكدوا صحة هذا القول بأن منهجية المحكمة كانت محاولة حقيقية لتقديم الشريعة الإسلامية بإعتبارها كياناً قانونياً موحداً فضلاً عن كونها نظاماً إجتماعياً يمكن أن يستوعب مستجدات العصور الحديثة والتحديات التي تواجهها.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

CLARK B. LOMBARDI, STATE LAW AS MODERN ISLAMIC LAW IN MODERN EGYPT: THE INCORPORATION OF THE SHARIA INTO EGYPTIAN CONSTITUTIONAL LAW 197 (2006).

<sup>٢</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

Clark B. Lombardi & Nathan J. Brown, *Do Constitutions Requiring Adherence to Shari'a Threaten Human Rights? How Egypt's Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law*, 21 AM. U. INT'L L. REV. 379, 432 (2006).

<sup>٣</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

Frank E. Vogel, *Conformity with Islamic Shari'a and Constitutionality Under Article 2: Some Issues of Theory, Practice, and Comparison*, in EUGENE COTRAN & ADEL OMAR SHERIF EDS., DEMOCRACY, THE RULE OF LAW AND ISLAM 535-538 (1999).

جادل بعض العلماء ضد هذه الفكرة بإدعاء أن منهجية المحكمة الدستورية العليا بشأن تفسير المادة ٢ كانت "إستراتيجية يستخدمها النظام العثماني" للحفاظ على الطابع العلماني للتشريع وكذلك المجتمع. في حين ذهب البعض إلى أن منهجية المحكمة كانت مجرد محاولة لعلمنة القرارات والأحكام القضائية في مواجهة المد السياسي للإسلاميين في مصر. أنظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Kilian Balz, *The Secular Reconstruction of Islamic Law: The Egyptian Supreme Constitutional Court and the "Battle Over the Veil" in State-Run*

تأكيداً لمنهجيتها الليبرالية، قضت المحكمة أن تفسيرها للمقصود "بمبادئ الشريعة الإسلامية" الواردة في المادة الثانية من الدستور سيسرى فقط على القوانين واللوائح الصادرة بعد التعديل الدستوري لسنة ١٩٨٠ الذي بمقتضاه أضحى مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع. بالتالي فالقوانين واللوائح التي يجب أن تستوثق المحكمة من إتفاقها مع مبادئ الشريعة الإسلامية، كما عرفت المحكمة، هي تلك القوانين واللوائح الصادرة بعد عام ١٩٨٠ فقط. قررت المحكمة هذا الإتجاه في أحد القضايا التي نظرتها في عام ١٩٨٥ والتي كانت بخصوص طعناً مقدماً بعدم دستورية المادة ٢٢٦ من القانون المدني في إيجازتها تقاضى فوائد على الدين وذلك لعدم إتساقها مع مبادئ الشريعة الإسلامية.<sup>١</sup> أقرت المحكمة أن الفقه الإسلامي قد استقر على حرمة تقاضى فوائد على الديون فيما يُسمى بالربا في التعاملات المدنية والتجارية، غير أنها قد فطنت إلى أن تطبيق هذا المبدأ بصرامة قد يكون من شأنه إيذاء المعاملات التجارية المحلية والدولية، الإدارة المالية للشركات، والخدمات المصرفية الحديثة.<sup>٢</sup> بناء على ذلك، قضت المحكمة أن "إلزام المشرع بإتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع وفقاً لما تقضى به المادة الثانية من

---

*Schools, in* BAUDOUIN DUPRET ET AL. EDS., *LEGAL PLURALISM IN THE ARAB WORLD* 243 (1999); Ran Hirschl, *Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism: Three Middle Eastern Tales*, 82 *TEX. L. REV.* 1819, 1822-28 (2004).

<sup>١</sup> "إذا كان محل الإلتزام مبلغاً من المال وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملتزماً بأن يدفع للذائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسرى الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الإتفاق أو العرف التجارى تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره." المادة (٢٢٦) من القانون المدني لسنة (١٩٤٩).

<sup>٢</sup> المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم ٢٠ لسنة ١ قضائية (٤ مايو سنة ١٩٨٥ م).



الدستور بعد تعديلها في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ - لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد العمل بتعديل المادة الثانية من الدستور دون غيرها من التشريعات السابقة على ذلك التاريخ، والتي لا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة إليها لصدورها فعلاً في وقت لم يكن فيه هذا القيد قائماً واجب الأعمال".<sup>١</sup>

على الرغم من أن القول بأن منهجية المحكمة في رقابة مدى إتساق القوانين واللوائح الصادرة فقط بعد التعديل الدستوري لعام ١٩٨٠ مع مبادئ الشريعة الإسلامية هي محاولة لإستقرار المعاملات وعدم الإخلال من المراكز القانونية التي سبقت وإستقرت ورتبت أثارها لا يخلو من وجهة، إلا أن ذلك لا ينفى كون أن منهجية المحكمة يمكن دائماً تأويلها على أساس كونها محاولة منها لتأكيد تفسيرها المتحرر والليبرالي لمبادئ الشريعة الإسلامية، الأمر الذي يُخرج الدستور المصري من إطار الدساتير الدينية الصارمة.

#### خامساً: الموقف التشريعي المصري من تطبيق النموذج الديني الصارم

الفحص السريع للقانون المصري كافي جداً لإدراك أن معنى المادة الثانية من الدستور لم يتم تبنيه بشكل كامل. بعبارة أكثر وضوحاً، على الرغم من أن المادة الثانية قد أدركت مبادئ الشريعة الإسلامية بإعتبارها المصدر الرئيسي للتشريع، فقد جاءت المادة الأولى من القانون المدني المصري لتدرج مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر ثالث للقاعدة القانونية في الدولة ، بعد التشريع نفسه والعرف.<sup>٢</sup> الحقيقة أن

<sup>١</sup> المرجع السابق.

<sup>٢</sup> "١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم

مثل هذا الأمر يخلق صراعاً مباشراً بين المادة الثانية من الدستور والقانون المدني، وهو ما قد يؤدي إلى تناقضات حادة بحيث يضحى للحالة الواحدة أو للنزاع الواحد اثنين من النتائج القانونية المختلفة وفقاً لنهج القاضي.

علاوة على ذلك، فإن العديد من مواد قانون العقوبات المصري تتعارض مع معنى وفحوى المادة الثانية من الدستور. وفقاً لما هو مستقر في الشريعة الإسلامية، يتم تصنيف الجرائم مثل الزنا والسرقة ضمن ما يُعرف بإسم جرائم الحدود - وهي الجرائم المذكورة نصاً في القرآن الكريم مع عقوباتها. بناء على ذلك، يجب على القاضي الإلتزام بتطبيق أحكام تلك الجرائم على النحو المنصوص عليه في القرآن الكريم دون حاجة إلى اللجوء إلى إجتهاده الشخصي. غير أن قانون العقوبات قد حدد الحبس كعقوبة مقررة للزنا،<sup>١</sup> في حين تقرر الشريعة الإسلامية أن عقوبة فعل الزنا تكون الجلد.<sup>٢</sup> وبالمثل، فإن العقوبة المقررة في قانون العقوبات لفعل السرقة هي السجن،<sup>٣</sup> في حين تقرر الشريعة الإسلامية عقوبة بتر اليد.<sup>٤</sup> فضلاً عن ذلك، فإن بيع

---

يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة." المادة الأولى من القانون المدني المصري لسنة (١٩٤٨).

١ "المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين لكن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت." المادة ٢٧٤ من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.

"يُعاقب أيضاً الزاني بتلك المرأة بنفس العقوبة." المادة ٢٧٥ من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.

"كل زوج زنى في منزل الزوجية وثبت عليه هذا الأمر بدعوى الزوجة يجازى بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور." كانت " المادة ٢٧٤ من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.

٢ "الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشَهِدَ عَدَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ." الآية الثانية من سورة النور.

٣ أنظر قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٧٣، المواد رقم ٣١١، ٣١٢، ٣١٣، ٣١٤، ٣١٥، ٣١٦، ٣١٧، ٣١٨.

وشراء الخمر هو أمراً مباحاً في مصر خلافاً للأحكام القطعية في الشريعة الإسلامية.<sup>٢</sup> بالإضافة إلى ذلك، لم يشترط دستور ٢٠١٤ ولا أي من الدساتير السابقة أن يكون الرئيس من الذكور المسلمين، وهو الأمر الذي تم تعيينه بالإجماع الشرعي.<sup>٣</sup>

في الواقع، إن القول بأن العقوبات الحدودية ومتطلبات الرئاسة الشرعية هي "قواعد" وليست "مبادئ" في لفظ المادة الثانية، وبالتالي فمخالفتها لا تمثل أي إنتهاك للمادة الثانية هو قولاً جانبه الصواب، وذلك على سند من أن المحكمة الدستورية العليا عندما عمدت إلى تفسير نص المادة الثانية، فسرت مبادئ الشريعة الإسلامية لتعني "الأحكام الشرعية قطعية الثبوت والدلالة"، ولا يقدر أحد أن النصوص القرآنية المتعلقة بجرائم الحدود وعقوباتها هي من المسائل قطعية الثبوت والدلالة والأمر نفسه ينطبق على المسائل التي توافرت شروط الإجماع الصحيح بشأنها.

الحقيقة أن هذه الأمثلة لا تدع مجالاً للشك أن المشرع المصري لم يمثل إمتثالاً كاملاً لمعنى وفحوى المادة الثانية من الدستور. فعلى الرغم من أن المحكمة الدستورية العليا، على النحو السابق ذكره، قد تبنت منهجية ليبرالية ومتحررة بصدد

---

١ "والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءً بما كسبا نكالاً من الله والله عزيز حكيم." الآية ٣٨ من سورة المائدة.

٢ "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ." الآية ٩٠ من سورة المائدة.

٣ "يشترط فيمن يترشح رئيساً للجمهورية أن يكون مصرياً من أبوين مصريين، وألا يكون قد حمل، أو أي من والديه أو زوجه جنسية دولة أخرى، وأن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية، وأن يكون قد أدى الخدمة العسكرية أو أعفي منها قانوناً، وألا تقل سنه يوم فتح باب الترشح عن أربعين سنة ميلادية، ويحدد القانون شروط الترشح الأخرى."

تفسير "مبادئ الشريعة الإسلامية" الواردة في المادة الثانية لإعتبرات عديدة فأفرغتها من أغلب محتواها، على النحو الذى إدعاه البعض. غير أن المشرع المصرى نفسه يبدو أنه لم يقصد فى مخالفته لمبادئ الشريعة الإسلامية، كما عرفتها المحكمة الدستورية، أن يتبع منهجية ليبرالية متحررة، بقدر أنه قد خالف المادة مخالفات جسيمة من دون مبرر معين.

## الخاتمة

الدراسة السابقة تهدف فى المقام الأول إلى توسيع آفاقنا نسبياً بشكل يعكس المزيد من التنوع فيما يتعلق بالنماذج الدستورية من حيث تنظيم العلاقة بين الدين والدولة فى الأنظمة القانونية المقارنة. قد يبدو للوهلة الأولى أن العلاقة بين الدين والدولة من وجهة نظر دستورية هى علاقة ثنائية الحد حيث يقف حدها الأول فى أقصى اليمين متمثلاً فى النموذج الدينى الملحد الذى لا يرى أى علاقة قد تربط بين الدين والدولة، بينما يقف حدها الثانى فى أقصى اليسار متمثلاً فى النظام الدينى الصارم الذى يربط ربطاً وثيقاً بين الدين والدولة ليس فقط فى الشكليات بل فى مظاهر الحياة العامة والنظام السياسى والقانونى. غير أنه يجب ألا نغفل أن هذين الحدين يقف بينهما العديد من النماذج الدستورية الأخرى التى قررت أن تنظم العلاقة بين الدين والدولة بطريقة مختلفة مثل النموذج العلمانى المتشدد، النموذج الحيادى، النموذج التعددى، والنموذج الضعيف.

لعل هذه الفكرة تقودنا إلى السؤال الذى إفتتحت به تلك الدراسة: أيهما أولى بإثبات سيادته، القانون الإلهى أم القانون الوضعى؟ الحقيقة أن النماذج الدستورية التى تم عرضها فى هذه الدراسة تُجزم أن هذا السؤال لا يمكن الإجابة عليه إجابة

قطعية ومباشرة، ذلك على سند من أن الدول، وفقاً لما تقرره دساتيرها، قد تفضل إثبات السيادة لقانونها الوضعي على الإطلاق وأحياناً أخرى قد تختار أن يكون لقانون إلهي، يحدده دستورها أيضاً، السيادة المطلقة. غير أن نطاق إجابة هذا السؤال لا يقف عند هذا الحد حيث أن بعض الأنظمة الدستورية تتبع منهجيات مختلفة لتنظيم العلاقة بين الدين والدولة بحيث تحاول أن تجد حلاً وسطاً بمقتضاه لا يتم توغل الدين توغلاً كبيراً في جوانب الحياة العامة والنظام السياسي والقانوني وذلك من دون إهمال الجوانب الدينية على الإطلاق.

الحقيقة أن هناك تباين كبير بين هذه الأنماط أو النماذج الدستورية حيث تأتي في أشكال مختلفة مع فروق كبيرة وأحياناً دقيقة وتزخر بخصوصيات معينة تفرسها الأنظمة الوطنية. هذه الفروق وهذا التباين غالباً ما يكون ضارباً بجذورها في الموروثات السياسية في الدولة والإختلافات في الهياكل الدستورية وتطلعاتهم، وكذلك الإختلافات في الموروث التاريخي والتجارب التكوينية، وكذلك الإختلافات في القيم والقواعد الخفية. هذه الإختلافات غالباً ما تغذى وتشكل العلاقة بين الدين والدولة ونظامها الدستوري.

من الجدير بالذكر أنه على الرغم مما قد يبدو كونه "صراعاً حضارياً" بين الأنظمة القانونية الغربية وما عداها من الأنظمة الأخرى تجاه موقع الدين من النظام السياسي والقانوني، إلا أنه في الواقع دائماً ما ستجد صدى كبير للدين في كل النماذج الدستورية السابق عرضها.<sup>1</sup> بعبارة أكثر وضوحاً، كل الدساتير – من فرنسا

<sup>1</sup> أنظر باللغة الإنجليزية

Ran Hirschl, *Comparative Constitutional Law and Religion*, in TOM GINSBURG AND ROSALIND DIXON ED., *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 438 (2011).

إلى إيران - تتناول قضية الدين بإعتباره شيئاً جوهرياً ورئيسياً<sup>١</sup>. فكما سبق الذكر، بعض الدساتير ترفض الدين صراحة والبعض الآخر يرحب به على الإطلاق، في حين تجد نماذج معينة على إستعداد لإستيعاب جوانب معينة منه<sup>٢</sup>. غير أنه لن تجد دستوراً واحداً يتحاشى الإشارة إلى الدين كلياً، فحتى دساتير الدولة الشيوعية التي غالباً ما تصنف على أساس كونها دساتير ملحدة قد بدأت مؤخراً التخفيف من حدة إلحادها بالإشارة إلى كفالة حرية الدين والإعتقاد<sup>٣</sup>.

أما في خصوص الشأن المصرى والمنهجية القضائية التي إتبعتها المحكمة الدستورية العليا لتفسير "مبادئ الشريعة الإسلامية" الواردة في المادة الثانية من الدستور تفسيراً أبعد الدستور المصرى من إمكانية تصنيفه ضمن زمرة الدساتير الدينية الصارمة، فيبدو أن المحكمة قد قررت الإرتكان إلى إحدى النظريات القديمة وهي "نظرية السياسة الشرعية" مع مغايرة بسيطة في ظاهرها عظيمة في فحواها وآثارها. بعبارة أكثر وضوحاً، تفترض نظرية السياسة الشرعية عنصرين أساسيين: (١) أن تأتي كل القوانين في الدولة وكذلك أعمال الحكم متوافقة مع الشريعة الإسلامية فلا تنتهكها ولا تخالفها؛ (٢) أن يخول أمر تحديد مدى توافق القوانين وأعمال الحكم مع الشريعة الإسلامية وكذلك مهمة تفسير النصوص الشرعية إلى رجال الدين الإسلامى. من الجدير بالذكر، أن المحكمة الدستورية العليا وكذلك الدستور المصرى قد طبقا العنصر الأول من نظرية السياسة الشرعية عندما أكدا ضرورة أن تأتي القوانين وأعمال الحكم مع مبادئ الشريعة الإسلامية. أما بالنسبة

<sup>١</sup> المرجع السابق.

<sup>٢</sup> المرجع السابق.

<sup>٣</sup> المرجع السابق.

إلى العنصر الثانى، فقد رفضت المحكمة تخويل سلطة التيقن من القوانين وأعمال الحكم مع الشريعة الإسلامية وكذلك مهمة تفسير النصوص الشرعية إلى رجال الدين الإسلامى، وذلك عندما إستقلت بنفسها بمهمة تفسير المقصود "بمبادئ الشريعة الإسلامية" الواردة فى المادة الثانية من الدستور، وكذلك عندما أقرت بأنها سوف تكون صاحبة الإختصاص الأصيل فى ممارسة الرقابة القضائية على القوانين واللوائح سواء عند مقارنتها بالأحكام القطعية فى الشريعة الإسلامية أو حتى الأحكام الظنية.

علاوة على ذلك، ينبغى التوصل إلى التوفيق بين المادة الثانية من الدستور وغيرها من المواد التي تتعارض معها لاسيما المادة الأولى من القانون المدني. على وجه التحديد، ينبغى ألا تأتى المادة الأولى من القانون المدني لتسرد مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر ثالث للقاعدة القانونية فى حين أن المادة الثانية من الدستور تعتبر هذه المبادئ فى نفس الوقت المصدر الرئيسى للتشريع. أخيراً، ينبغى على المحكمة الدستورية العليا المصرية إعادة النظر فى تعريفها "لمبادئ الشريعة الإسلامية" وإعادة تفسير هذا المصطلح الدستوري من أجل إزالة أي غموض بشأن ما إذا كانت كلمة "مبادئ" تعني "أحكام وقواعد" أو ما إذا كان يشتمل على مستوى أكثر تسامحاً مما قد تحتضنه تلك الأخيرة.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> أنظر مقالتنا المنشورة باللغة الإنجليزية

Mohamed Abdelaal, *Religious Constitutionalism in Egypt: A Case Study*, 37 THE FLETCHER FORUM OF WORLD AFFAIRS 35, 45 (2013).





---

---

الأحكام الفقهية للتعامل في البيانات  
الالكترونية  
" دراسة في الفقه الإسلامي "

---

---

د. حسين محروس قنديل

إن الإنسان باعتباره كائناً اجتماعياً يحتاج إلى غيره من بني جنسه كي يتعامل معهم، وسواء أكان هذا التعامل تعاملاً مالياً كالبيع والشراء، والأخذ والإعطاء، والهبة، والرهن، وإقامة الشركات وغير ذلك من التعاملات، أو غير مالي كالزواج، والطلاق، والولاية، وغير ذلك.

ولما كانت التعاملات المالية من أبرز وأوسع التعاملات بين البشر فقد أولاهها الشارع الحكيم العناية التي تلزم لإقامتها وكيفية التعامل بها، وذلك ببيان ما هو مشروع منها وما هو غير مشروع، ولقد وجدت هناك العديد من صور التعامل على الأموال كالبيع والشراء، والإجارة، والهبة، والرهن والارتهان، وغير ذلك.

ولما كان محل التعاملات المالية هو المال، فقد وضع الشارع الحكيم الأحكام التي تتعلق بأسباب كسبه وبيّن منها ما هو مشروع وما هو غير ذلك، وكذلك بيّن الصور التي يجوز التعامل في المال بها، كما وضع الوسائل الشرعية لحمايته.

ولما كان المال في تطور مستمر منذ أن خلق الله تعالى الخلق حتى يومنا هذا - كما قد يحدث له تطور بعد ذلك - فقد عني فقهاء الشريعة الإسلامية بما يعد مالياً، وما لا يعد كذلك، فعرفوا المال ووضعوا له شروطاً تميزه عن غيره، كما قسموا المال إلى عدد من التقسيمات التي كان لها أثر في الأحكام الشرعية التي تتعلق بكل قسم.

ولقد ظهرت اليوم أنواع من التعاملات على أشياء ليست أعياناً في ذاتها، ولكن شاع التعامل فيها، ومن هذه التعاملات ما ظهر على الساحة في التعامل فيما يصدر من أجهزة الحاسب الآلي " الكمبيوتر " وقد أطلق عليها العديد من المصطلحات منها البرامج، والمعطيات، والمخرجات، والمعلومات الالكترونية، إلا

أن أظهر هذه المصطلحات التي أطلقت عليها " البيانات الالكترونية"<sup>(١)</sup> ولقد عمّ وعرف التعامل بذلك وشاع في كثير من البلاد الإسلامية، ولما كان التعامل في هذه البيانات حديثاً نسبياً- ولم يتطرق إليه فقهاء الشريعة الإسلامية قديماً- قامت الأنظمة القانونية المختلفة في الدول العربية، والإسلامية بتنظيم هذه التعاملات مستندة في ذلك إلى القوانين الغربية التي عرفت التعامل بهذه البيانات، مما يستلزم الوقوف على ما قرره القانون في بعض المواطن بشأن هذا الموضوع.

التساؤلات التي يثيرها البحث:

وينثار في هذا المقام عدد من التساؤلات ألا وهي: ما مدى جواز التعامل في هذه البيانات الالكترونية، وما هو التكيف الفقهي لهذه البيانات، فهل تعد مالا، ومن ثم يجوز التعامل فيها، أم أنها لا تعد مالا، وإذا كانت مالا فما هي صور التعامل فيها، وهل هذه التعاملات جائزة في نظر الشرع، أم لا، وما هي الشروط اللازمة توافرها حتى تكون هذه التعاملات جائزة؟

فتكون المسألة المطروحة أمامنا هي : هل هل يمكن اعتبار البيانات الالكترونية مالا في نظر الشريعة الإسلامية، ويصح التعامل فيها بصورة من الصور المشروعة، أم لا يجوز ذلك ؟

وهذه المسألة لم توجد في عهد الفقهاء القدامى، فمن الطبيعي أن لا يوجد في كتبهم جواب خاص عن جزئياتها الموجودة في عصرنا، غير أنهم تحدثوا عن كثير من الأشياء غير المادية - الحقوق - ومسألة الاعتياض عنها حسب ما كان

---

(١) ولقد اخترت مصطلح البيانات الالكترونية لأنه يشمل كل صور المخرجات التي تصدر من الحاسب الآلي الكمبيوتر.

موجوداً أو متصوراً في عصرهم، فمنهم من منع الاعتياض عنها، ومنهم من أجاز الاعتياض عن بعض الأنواع.

ولا يخفى أن الشريعة الإسلامية قد وضعت الأصول والقواعد بكل أمر يتعلق بتصرفات المكلفين ينشأ من تعاملهم داخل المجتمع الإسلامي، فكل حادث لابد له من حكم شرعي.

وإن الكشف عن الحكم الشرعي في هذه المسألة يستدعي الوقوف على حقيقة موضوعه من جوانبه المختلفة، حتى يمكن تصوره ومعرفته، ثم ترتيب الحكم الشرعي له.

فهذا الموضوع يثير العديد من الصعوبات التي تتعلق به كما أنه يثير العديد من التساؤلات منها:

➤ ما المقصود بالبيانات الالكترونية، وما هي صورها، وما هو التكييف الفقهي لها. " فهل تعد هذه البيانات مالا أم أنها منفعة متحصلة من جهاز الكمبيوتر، وما الفارق بين كونها مالا أو منفعة."

➤ ما المقصود بالتعامل في البيانات الالكترونية، وما هي صور هذا التعامل

➤ وهل يجوز التعامل في البيانات الالكترونية بشتي الصور أم أن هناك صوراً لا يجوز التعامل بها في هذه البيانات"

➤ وما هي طبيعة التعامل - العقد - على البيانات الالكترونية، وما هي الشروط الشرعية للتعامل في هذه البيانات ؟

➤ وما هو الأثر الفقهي للتعامل في هذه البيانات؟

وسوف أحاول جاهداً الإجابة في هذا البحث على هذه التساؤلات، وما يتفرع عنها مبيناً آراء الفقهاء في جوانب البحث المختلفة، متبعاً في ذلك المنهج العلمي. ونسأل الله تعالى أن يسدد خطانا ويشرح صدورنا بما فيه حق وصواب حسب ما يرضاه سبحانه وتعالى، وهو الموفق والمعين .

السبب في البحث: إن السبب الرئيس في اختياري لهذا الموضوع راجع إلى ما يكتنف الموضوع من صعوبات وتساؤلات شرعية أهمها: هل الشريعة الإسلامية تعرف التعامل في الأشياء غير المادية - بصفة عامة- ومنها البيانات الالكترونية - باعتبارها من مستجدات العصر - ، أم أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يعرفوا سوى التعامل في الأشياء المادية فقط، دون الاعتداد بالأشياء غير المادية؟ وإن كانت الشريعة الإسلامية تفر التعامل في الأشياء غير المادية فما هي الشروط الشرعية للتعامل في هذه الأشياء، وما هي الصور التي يجوز التعامل فيها، وما هو الأثر المترتب على التعامل فيها؟

ومن بين الأسباب التي تدفعني للبحث في الفقه الإسلامي إبراز أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية الذين أخفى الحاقدون آراءهم، فاندثرت آراؤهم مع أن في أقوالهم، وأرائهم الخير الكثير بحيث لو طبقت باعتباره تشريعاً نافذاً لأغنانا عن النظر إلى آراء تبعد عن روح الإسلام وتعاليمه.

منهجي في البحث

ولقد اتبعت في هذا البحث عدداً من المناهج العلمية في البحث. فقد اتبعت "المنهج التأصيلي" وذلك ببحث المسألة التي أتعرض لها في البحث إلى أصلها الشرعي وبيان حكمها الشرعي، والسبب في اتباعي لهذا المنهج حداثة الموضوع من الناحية الشرعية، كما قمت أيضاً بذكر أقوال الفقهاء فيما يشبه

أو يتعلق بالموضوع، وكان ذلك تارة في صلب البحث" المتن" وتارات أخرى في الهامش، وذلك من الكتب الأصيلة لكل مذهب.

واتبعت كذلك المنهج التحليلي وذلك بتحليل المسألة محل البحث إلى عدد من المسائل كما قمت بوضع العديد من الافتراضات التي تتعلق بمسائل البحث، وقمت ببحثها وذكر آراء الفقهاء فيها، وبيان الحكم الشرعي الذي يتعلق بها. كما اتبعت أيضاً المنهج المقارن وذلك بالمقارنة بين المذاهب الفقهية في عدد من المسائل محل البحث - الذي تقتضيه المقارنة-.

واتبعت في منهجي في البحث الأصول العلمية : من ذكر المسألة محل البحث، ثم تحرير محل النزاع، ثم بيان موطن الاتفاق بين الفقهاء في المسألة، وبيان موطن الاختلاف، وذكر المذاهب الفقهية المتفقة ووضعها تحت رأي واحد، ثم ذكر الأدلة لكل رأي، ومناقشة أوجه الاستدلال المرجوحة من الأدلة، ثم بيان الرأي المختار في المسألة - وهو دائماً الرأي الأول في ذكر الآراء - وبيان سبب اختيار لهذا الرأي.

### خطة البحث

ولقد قسمت هذا البحث إلى مقدمة، وفصلين، وخاتمة.

فأما المقدمة: فقد عرضت فيها لأهمية الموضوع، وسبب اختياري له، وطرحتها فيها عدداً من المسائل التي يثيرها البحث، وبيّنت منهجي في البحث، وخطة الدراسة. وأما الفصل الأول: فسوف أتناول فيه التعريف بالبيانات الالكترونية وتكييفها الفقهي، وقسمته إلى ثلاثة مباحث.

فأما المبحث الأول فسوف أتناول فيه المقصود بالبيانات الالكترونية، والصور التي تتخذها، وقسمته إلى مطلبين.

فأما المطلب الأول: فسوف أتناول فيه المقصود بالبيانات الالكترونية.  
وأما المطلب الثاني : فسوف أتناول فيه الصور التي تتخذها البيانات الالكترونية.

وأما المبحث الثاني : فسوف أتناول فيه: التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية"، وقسمته إلى مطلبين.

فأما المطلب الأول: فسوف أتناول فيه تعريف المال والمنفعة في الفقه الإسلامي.

وأما المطلب الثاني: فسوف أتناول فيه التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية.  
وأما المبحث الثالث: فسوف أتناول فيه الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية، وأنواعها، وقسمته إلى مطلبين:

فأما المطلب الأول : فسوف أتناول فيه تعريف الملكية وأنواعها في الفقه الإسلامي.

وأما المطلب الثاني: فسوف أتناول فيه الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية، وأنواعها.

وأما الفصل الثاني فسوف أتناول فيه التصرفات التي ترد على البيانات الالكترونية، وقسمته إلى ثلاثة.

فأما المبحث الأول: فسوف أتناول فيه صور التعامل في البيانات الالكترونية وتكييفها الفقهي، وقسمته إلى مطلبين:

فأما المطلب الأول: فسوف أتناول فيه صور التعامل في البيانات الالكترونية.

وأما المطلب الثاني: فسوف أتناول فيه التكييف الفقهي للتصرف في البيانات الالكترونية.

وأما المبحث الثاني فسوف أتناول فيه الشروط اللازم توافرها لصحة التعامل في البيانات الالكترونية .

فأما المطلب الأول: فسوف أتناول فيه الشروط اللازم توافرها لصحة التعامل في الأموال.  
وأما المطلب الثاني: فسوف أتناول فيه الشروط اللازم توافرها في البيانات الالكترونية  
وأما المبحث الثالث: فسوف أتناول فيه الأثر المترتب على صحة التعامل في البيانات الالكترونية، وقسمته إلى مطلبين:  
فأما المطلب الأول: فسوف أتناول فيه الأثر المترتب على صحة التعامل في البيانات الالكترونية بعوض.  
وأما المطلب الثاني: فسوف أتناول فيه الأثر المترتب على صحة التعامل في البيانات الالكترونية بغير عوض.  
وأما الخاتمة فقد تناولت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث، وكذلك أهم التوصيات التي ينبغي مراعاتها بشأن هذا الموضوع .

## الفصل الأول التعريف بالبيانات الالكترونية وتكييفها الفقهي

تمهيد وتقسيم :

إن موضوع التعاملات المالية في البيانات الالكترونية" يعد من الموضوعات الحديثة، فوجدت من المناسب أن نتعرض لتعريف البيانات الالكترونية، وبيان الصور التي تتخذها هذه البيانات، وكذلك التكييف الفقهي لها، وبيان الملكية التي ترد على هذه البيانات.

وسوف نتعرض - إن شاء الله تعالى - في هذا الفصل لهذه النقاط لما لها من أهمية في مجال البحث ، وقد خصصت لها هذا الفصل، وقسمته إلى ثلاثة مباحث.



أتناول في المبحث الأول: التعريف بالبيانات الالكترونية والصور التي تتخذها،  
وأتناول في المبحث الثاني : التكيف الفقهي للبيانات الالكترونية، وأتناول في  
المبحث الثالث: الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية.

## المبحث الأول التعريف بالبيانات الالكترونية .

تمهيد وتقسيم :

إن البحث في موضوع البيانات الالكترونية يثير بعض التساؤلات منها : ما  
هو المقصود بالبيانات الالكترونية، وماهي الصور التي تتخذها هذه البيانات؟  
وللإجابة على هذه التساؤلات أهمية في موضوع بحثنا حيث من خلالها يمكن  
لنا تحديد معنى هذه البيانات، الذي من خلاله بعد ذلك يمكن لنا التعرف على  
طبيعة هذه البيانات، وكيفية التعامل فيها، ولما كان للإجابة على هذه التساؤلات  
هذه الأهمية فقد خصصت لها هذا المبحث، وقسمته إلى مطلبين:

**المطلب الأول:** المقصود بالبيانات الالكترونية.

**المطلب الثاني:** صور البيانات الالكترونية.

## المطلب الأول

### المقصود بالبيانات الالكترونية .

إن تعريف البيانات الالكترونية له أهمية في مجال البحث، وذلك لأنه يتحدد من خلاله ماهية البيانات الالكترونية، لذا سوف نتعرض لتعريف البيانات الالكترونية في اللغة، ثم في الاصطلاح.

في اللغة : إن مصطلح البيانات الالكترونية يتكون من شقين :

الأول : البيانات . الثاني :الالكترونية.

الأمر يقتضي أن نتعرف على كل منهما، وبيان المقصود بهما:

أ-المقصود بالبيانات في اللغة: البيانات جمع بيان، والبيان اسم من الفعل (بان)، ومنه قول الله تبارك وتعالى ( الرَّحْمَنُ ۚ عَلَّمَ الْقُرْآنَ ۚ خَلَقَ الْإِنْسَانَ ۚ عَلَّمَهُ الْبَيَانَ )<sup>(١)</sup> وهو الحجة والمنطق الفصيح<sup>(٢)</sup>، وقيل هو الكلام الذي يكشف عن حقيقة حال أو يحمل في طياته بلاغاً، فيكون بمعنى الوضوح والانكشاف<sup>(٣)</sup> وقيل هو عبارة عن إظهار المتكلم المراد للسامع<sup>(١)</sup>.

(١) سورة الرحمن الآيات رقم (١، ٢، ٣، ٤)

(٢) تفسير النسفي : لأبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، ٢٠٠٥، دار النفائس، بيروت- لبنان، ج ٤، ص ٣٠٥، تفسير الرازي المشتهر بمفاتيح الغيب: لأبي عبد الله فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي الشافعي المعروف بالفخر الرازي، دار إحياء التراث العربي، ج ٢٩، ص ٢٤١، ٢٤٢" في تفسير سورة الرحمن"

(٣) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي: أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت- لبنان، ج ١، ص ٧٠، باب الباء، المعجم الوسيط: لمجموعة: "إبراهيم

ب- المقصود بالالكترونية: هي الوسائل المستحدثة التي يتم استخدام الحاسب الآلي<sup>(٢)</sup>، وغيره من الوسائل<sup>(٣)</sup> في إنشائها أو تجميعها.

وإضافة البيانات إلى كونها الكترونية يخرج ما عداها من بيانات أخرى ويبقى كون البيانات أنها الكترونية، أي تنسب إلى إحدى الوسائل المستحدثة في الإنشاء أو التجميع.

ويكون معنى البيانات الالكترونية في اللغة: "التعبير عن الحجة والمنطق الفصيح باستخدام وسيلة من الوسائل المستحدثة"

**في الاصطلاح:** إن محاولة وضع تعريف جامع مانع للبيانات الالكترونية بحيث يجمع كل صور البيانات الالكترونية المعهودة والمعروفة حالياً في التعامل يعد أمراً صعباً، وذلك لأن هذه البيانات في الوقت الحالى تكاد لا تقع تحت حصر، خاصة في ظل التطور السريع لهذه البيانات، فلا يكاد يصبح يوم جديد إلا ويطالعنا العالم بنوع أو شكل جديد لهذه البيانات.

---

مصطفى، وأحمد الزيات، وحامد عبد القادر، ومحمد النجار، دار الدعوة، ج ١، ص ٨٠، باب الباء.

(١) التعريفات: للإمام علي بن محمد بن علي الجرجاني، الطبعة الأولى، ١٤٠٥، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، باب الباء ص ٦٧ رقم (٢٩٧) " نسخة محققة قام بها إبراهيم الأبياري".

(٢) ويقصد بالحاسب الآلي هنا "الكمبيوتر"

(٣) ويقصد بغيره من الوسائل كأجهزة الهاتف الذكي "Smart phone" وغير ذلك مما يمكن أن ينتجه الجهد البشري.

غير إنني سوف أحاول - قدر إمكاني - أن أتعرض لتعريف هذه البيانات لدى أهل هذا الفن من العلوم مما يميزها عن غيرها، ثم نتبع ذلك بأراء فقهاء القانون في هذا المجال<sup>(١)</sup>.

وللتعرف على البيانات الالكترونية يجب التعرف على المعلومة التي ترتبط بها تلك البيانات<sup>(٢)</sup>.

**ففي مجال نظم المعلومات نجد أن هناك اتجاهين في تحديد المقصود بالبيانات والمعلومات.**

**الاتجاه الأول:** يرى أصحابه "وهم العديد من الباحثين في مجال نظم البيانات والمعلومات" أنه من الصعب أن نضع حداً فاصلاً بين البيانات "DATA" والمعلومات "INFORMATION"، فما يعتبر معلومات في بعض المراحل، يعتبر بيانات في المرحلة التي تليها، وأن المعلومة قد لا تكون في صورة كمية أي يعبر عنها بالأرقام، وإنما قد تكون معلومة غير كمية أي وصفية، ويمكن الحصول عليها من مصادر متعددة كالملاحظات والمناقشات مع العاملين ودراسة التقارير الوصفية،

---

(١) لأن فقهاء القانون قد تعرضوا لمعالجة هذا الموضوع في بعض جوانبه.

(٢) أنظر تفصيلاً <http://www.alukah.net/web/khedr/>

PM ١١:١٨ ٢٠١٥-٠٧-٢٣ الموقع

ومشار إلى بعض المصادر والروابط منها: هاشم أحمد عطية ومحمد محمود عبد ربه، الفرق بين البيانات والمعلومات.

٢- الفرق بين البيانات والمعلومات، الجامعة العربية المفتوحة [www.aoua.com](http://www.aoua.com)

٣- الفرق بين البيانات والمعلومات، [www.uqucs.com/vb/showthread.php](http://www.uqucs.com/vb/showthread.php)

٤- الفرق بين البيانات والمعلومات

[//data-information-knowledge.08/04/2010.net/10kuwait](http://data-information-knowledge.08/04/2010.net/10kuwait)

لكن المعلومات الكمية تساعد متخذ القرار بصورة أكثر فاعلية من المعلومات الوصفية<sup>(١)</sup>

**الاتجاه الثاني :** يرى جانب من الباحثين أن هناك فرقاً بين البيانات والمعلومات، وبضع عدداً من المميزات بينهما أظهرها:

أ- **إن البيانات :** هي مجموعة الحقائق والمدخلات التي يتم تسجيلها أو سيتم تسجيلها مستقبلاً، وتكون غير مترابطة وغير محددة العدد، وهذه البيانات يتم إدخالها إلى الكمبيوتر لمعالجتها وإخراج النتائج، ومن أمثلة البيانات : الاسم، والسن، والمهنة..... وغير ذلك.

**أما المعلومات :** فهي مجموعة النتائج التي تم تحصيلها من الكمبيوتر، فهي بذلك مجموعة البيانات التي أعدت بطريقة ما- أي تمت معالجتها عن طريق الكمبيوتر - بحيث تكون صالحة للاستخدام من قبل مستقبلها أو مستخدميها، وهي تمثل المخرجات في نظام المعلومات.

ب- **إن البيانات عادة ما تأخذ شكل أرقام وجداول بيانية.**  
**أما المعلومة فتأخذ شكل نصوص وعبارات وصور توضيحية.**

**وفي المجال القانوني :** يقصد بالمعلومة في مجال القانون: هي " جعل رسالة قابلة للتوصيل إلى الغير، وذلك عن طريق علامة أو إشارة من شأنها أن توصل

---

(١) أنظر في ذلك تفصيلاً د. خالد حمدي عبد الرحمن: الحماية القانونية للكيانات المنطقية، رسالة دكتوراه قدمت إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، عام ١٩٩٢م، ص ٥٨، وما بعدها.

المعلومة إلى الغير<sup>(١)</sup> وبذلك تتميز المعلومة عن الفكرة، حيث إن المعلومة لا بد أن تتخذ شكلاً أو إشارة ملموسة، أما الفكرة فلا تتخذ هذا الشكل<sup>(٢)</sup>.

والسمة الأساسية في المعلومة أنها تعد شيئاً غير مادي يصلح لأن تكون محلاً للحقوق المالية، وأظهر هذه الحقوق حق الملكية، فالمعلومة بذلك تكون منتجاً أو سلعة مستقلة سابقة على الخدمة التي قد تكون المعلومة محلاً لها، وتتميز المعلومة وتسنقل عن الشكل المادي الذي تفرغ فيه - كتابة، أو صورة، أو صوتاً-، كما أنها تتميز كذلك عن الخدمة التي تكون محلاً لها فهي سابقة في وجودها على وجود الخدمة<sup>(٣)</sup>.

وأما البيانات الالكترونية - فتجدر الإشارة إلى أن استعمال مصطلح البيانات في القوانين التي تحمي النظام المعلوماتي - يقصد بها جميع الأشياء غير المادية كالمعلومات والبرامج والبرمجيات وكل البيانات التي يعتمد عليها النظام المعلوماتي في المعالجة الآلية التي يقوم بها<sup>(٤)</sup>.

---

(١) أنظر في هذا المعنى د. حسام الأهواني: الحماية القانونية للحياة الخاصة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مجلة يصدرها أساتذة كلية الحقوق جامعة عين شمس، السنة الثانية والثلاثون، العددان الأول والثاني، (يناير - يوليو ١٩٩٠) ص ٤، ف ٤.

(٢) المرجع السابق، ذات الصفحة، وذات الفقرة.

(٣) المرجع السابق ذات الصفحة.

(٤) أنظر في ذلك تفصيلاً د. خالد حمدي عبد الرحمن: الحماية القانونية للكيانات المنطقية، مرجع سابق، " وقد عبر عن البيانات الالكترونية بالكيانات المنطقية للحاسب الآلي، وعرفها بأنها: " مجموع المكونات التي يفضلها، أو من خلالها يتلقى الكيان المادي أوامر وتعليمات قابلة للتنفيذ بهدف الوصول إلى نتيجة محددة " ص ٤١.

والذي يهمننا في هذا المقام هو الجانب الذي يتعلق بالتنظيم القانوني لهذه البيانات، وهو النظر إلى البيانات الالكترونية بأنها كافة البيانات والمعلومات التي يتم معالجتها إلكترونياً.

ومن ثم يمكن أن نحدد المقصود بالبيانات الالكترونية المتعلقة بمجال البحث: بأنها: تلك المعلومات التي تم معالجتها من خلال الكمبيوتر " الحاسب الآلي " أو غيره من الأجهزة، وتعلق بالتجميع والتسجيل والإعداد والتعديل والاسترجاع والاحتفاظ، واستغلال المعلومة ودمجها أو تحليلها للحصول على معلومة ذات دلالة خاصة".

## المطلب الثاني صور البيانات الالكترونية

يوجد في الحياة العملية - في الوقت الحالي- عدد يكاد لا يقع تحت حصر فيما يتعلق بالبيانات الالكترونية، وذلك لأن هذه البيانات في الوقت المعاصر - بعد ما يسمى بثورة الاتصالات، أو عصر المعلومات- تدخل في شتى المجالات سواء أكانت هذه المجالات تجارية - مالية -، أو كانت هذه المجالات غير تجارية سواء أكانت تتصل بالمؤسسات الحكومية أو غير الحكومية".

وسوف نلقي الضوء على أهم وأبرز البيانات الالكترونية المنتشرة نسبياً في بلدنا، ثم نحاول التعرف على كل منها، وذلك بعيداً عن التفاصيل التقنية الدقيقة التي تتعلق بهذه البيانات، ولعل هذه أشهر الصور المتداولة بين مستخدمي " الكمبيوتر " الحاسب الآلي

أ. "برامج التشغيل" وهي البرامج التي تلزم لتشغيل الجهاز منها: الويندوز - " Windows - الدوس - "Dos" الأندرويد - Android.

ب. برامج التوصيفات" ويقصد بها البرامج التي تقوم بتعريف أجزاء الجهاز بعضها على بعض<sup>(١)</sup>.

ج. برامج الحماية Security programs وهي البرامج التي تهدف إلى حماية الجهاز من الاعتداء، بحفظ البيانات وتخزينها بطريقة آمنة.

د. برامج المكتب<sup>(١)</sup>. " Office programs ، وهي تتنوع إلى عدد من البرامج البرامج منها : برامج الكتابة، وبرامج عرض البيانات ، والبرامج الإحصائية،

---

(١) " فالجهاز يتكون من مجموعة من الوحدات البروسسر ، والماندر بورد" فتقوم هذه البرامج بتعرف هذه الوحدات بعضها على بعض حتى يقوم الجهاز بالقيام بالعمليات التي يكلف بها.



ومن أشهر هذه البرامج ما تصدره شركة مايكرو سوفت Microsoft company<sup>(٢)</sup>:

١- Microsoft Word Document. برنامج الكتابة

٢- Microsoft PowerPoint Presentation. برنامج العرض التقديمي

٣- Microsoft Publisher Document .

٤- Microsoft Excel Worksheet. البرنامج الإحصائي

٥- Journal Document برنامج كتابة الصحف " الناشر الصحفي "

٦- Microsoft Outlook

٧- Microsoft InfoPath Designer

هـ. الوسائط المتعددة: وعرفت الوسائط المتعددة بأنها "كل ابتكار يتم فيه الدمج الإلكتروني في الشكل الرقمي لمجموعات متباينة كالنصوص والأصوات والصور - الثابتة أو المتحركة- ويتم تثبيت هذا الدمج على دعامة إلكترونية التي يكون من شأنها توفير الحماية الخاصة التفاعلية للمستخدم"<sup>(٣)</sup>

---

(١) ويطلق عليها " برامج الأوفس " حزمة برامج الأوفس "

(٢) وإلى جانب هذه الشركة توجد شركة أخرى عملاقة في مجال البرمجيات ونظم المعلومات وهي شركة " Apple "

(٣) د.علي أحمد مفلح الحنيطي: الحماية القانونية لقواعد البيانات دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه قدمت لكلية الحقوق جامعة عين شمس عام ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م ، ص ٦٨-٦٩.

و . قواعد البيانات "DataBase" وقد عرفت قاعدة البيانات بعدة تعريفات<sup>(١)</sup> - وذلك نظراً لأهميتها:-

فعرفت في اللائحة التنفيذية لقانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢م على أنها: "تجميع للبيانات يتميز بالابتكار في الترتيب والعرض أو يعكس مجهوداً شخصياً جديراً بالحماية سواء أكان هذا التجميع بلغة أو رمز أو شكل آخر على أن يكون مخزناً بواسطة الحاسب الآلي وقابلاً للاسترجاع بواسطته أو بأية وسيلة إلكترونية"

وعرفت بأنها: "مجموعة البيانات المسجلة بطريقة منهجية على دعامة مادية متصلة بالحاسب الآلي والتي تشكل إبداعاً فكرياً من حيث ترتيب أو اختيار محتواها ويمكن معالجتها والوصول إليها عن طريق الحاسب الآلي"<sup>(٢)</sup>

ز . برامج الحسابات البنكية: وهذه البرامج - البيانات تعد نوعاً من قواعد البيانات الخاصة بالعملاء ومحملها "النقود التي تكون للعملاء في البنوك".

---

(١) ويوجد وجه شبه بين الوسائط المتعددة وقواعد البيانات يتمثل في عدد من الأوجه منها:

أن كلا منهما يتم تثبيته على دعامة مادية في جهاز الكمبيوتر.

كلاهما يمكن تخزينه واسترجاعه في أي وقت.

أما أوجه الاختلاف فتظهر في عدد من الأمور منها:

ان الوسائط المتعددة تعتمد على خاصية التفاعل بين المعطيات "البيانات" "الأصوات والصور"، أما

قواعد البيانات فهي لا تعتمد على التفاعل بل على حصر البيانات وإعطاء النتائج.

تتألف الوسائط من الأصوات والصور الثابتة والمتحركة، أما قواعد البيانات فهي تتألف من البيانات

والمعلومات فقط.

(٢) د. علي أحمد مفلح الحنيطي: الحماية القانونية لقواعد البيانات ، مرجع سابق، ص ٢٨٤.

ح. **برامج المحاكاة** ويقصد بها البرامج التي تقوم على محاكاة لأمر افتراضي، كقيادة السيارات والطائرات، وكذلك التي تقوم على الألعاب الافتراضية.

ط. **برامج الرسومات** وهي نوع من أنواع البرامج التي تقوم بإعداد الرسومات وأشهرها الرسومات الهندسية.

ي. **المحل التجاري**: ويقصد به المحال التجارية التي يتم إنشاؤها عبر شبكة المعلومات سواء الدولية- الإنترنت- أو المحلية، ويمكن من خلالها القيام بالبيع والشراء في السلع التي تقوم بالإعلان عليها<sup>(1)</sup>

وبعد ذكر صور البيانات الالكترونية فيمكن أن نذكر أن هذه البيانات تنتوع إلى نوعين رئيسيين هما:

**النوع الأول**: البرامج التي يتكون منها الجهاز وهي تسمى في نظم المعلومات " Software " وتتنوع إلى نوعين:

**الأول: البرامج الأساسية**: وهذه البيانات تشمل جميع البرامج والبيانات اللازمة لتشغيل الجهاز وملحقاته، ودورها يتمثل في تشغيل الجهاز والاستفادة منه إلى أقصى حد.

---

(1) وقد انتشر هذا النوع من المواقع في الآونة الأخيرة، وهو يختلف عن مواقع الوساطة التي تقوم بها بعض المواقع عبر شبكة الإنترنت، حيث يقوم المستخدم - العميل - بالولوج في الموقع واختيار ما يريد التعاقد عليه - يبعاً أو شراءً - وسداد الثمن عبر شبكة الإنترنت.، ويضم هذا النوع من المواقع كافة عناصر المحل التجاري من الاسم التجاري، ويكون عنوانه هو ما يدرج على شبكة المعلومات الإنترنت.

ومن قبيل هذه البيانات Windows-Dos- الأندرويد Android، وبرامج التوصيف، وبرامج الحماية Security programs<sup>(1)</sup> وهي البرامج التي تهدف لحماية الجهاز من الاعتداء، بحفظ البيانات وتخزينها بطريقة آمنة.

**الثاني: "برامج التطبيق":** "Application Programs"، وهذه البرامج

تمكّن مستخدم الجهاز من القيام بعمل أو عدد من الأعمال بدقة.

ومن قبيل هذه البيانات: برامج المكتب Office programs"، وقواعد

البيانات "DataBase"، والوسائط المتعددة، وبرامج المحاكاة، وبرامج التصميم

Design programs- ويقصد بها البرامج الموجودة في الجهاز-

**النوع الثاني:** هي البيانات الالكترونية التي يتم استخراجها من جهاز الكمبيوتر

بعد معالجتها بإحدى برامج التطبيق" كالمؤلفات العلمية، والعلامات التجارية،

والحسابات البنكية، الاختراعات، ومن قبيل هذه البيانات أيضاً "البرامج التي يقوم

بتصميمها مصممو البرامج فتكون برامج خاصة لحسابهم الخاص"

---

(1) وإن كان البعض يرى أن هذه البرامج لا تعد من البيانات الأساسية لتشغيل الجهاز، فيمكن تشغيله

بدون هذه البرامج. إلا أنه يمكن القول بأن عدم وجود هذه البرامج في الجهاز تجعل الجهاز لا

يعمل بكفاءة خاصة إذا تم الولوج من الجهاز على شبكة المعلومات العنكبوتية سواء الدولية

Internet Network أو المحلية " LAN local Area Network لأن الجهاز يكون عرضة

حينئذٍ للتعطيل بعدد من الوسائل، والطرق.

## المبحث الثاني التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية

تمهيد وتقسيم:

إن المقصود بالتكييف الفقهي للبيانات الالكترونية هو معرفة طبيعة الفقهية للبيانات الالكترونية من حيث كونها مالاً أو منفعة، أم أنها لا تعتبر كذلك، وإذا اعتبرناها مالاً، أو منفعة فهل هي منقومة أم لا؟

والتعرف على طبيعة البيانات الالكترونية هو الأساس الذي من خلاله يمكن لنا أن نتعرف على الحكم الشرعي لمدى جواز التعامل في هذه البيانات الالكترونية من عدمه.

ويقتضي التعرف على طبيعة البيانات الالكترونية أن نتعرض لتعريف المال، والمنفعة في وجهة نظر فقهاء الشريعة الإسلامية، ومدى انطباق تعريف المال أو المنفعة عليها.

وسوف نتناول هذا الأمر - إن شاء الله تعالى - في المطلبين الآتيين:

**المطلب الأول:** تعريف المال والمنفعة في الفقه الإسلامي.

**المطلب الثاني:** التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية.

## المطلب الأول تعريف المال والمنفعة في الفقه الإسلامي تمهيد وتقسيم :

إن التعرف على حقيقة المال وكذلك المنفعة من وجهة نظر الفقه الإسلامي يعتبر أمراً هاماً لترتيب الحكم الشرعي للبيانات الالكترونية، حيث من خلاله يمكن لنا الوقوف على التكيف الفقهي للبيانات الالكترونية، من حيث كونها مالاً مستقلاً أو منفعة متحصلة من الجهاز، فكان من اللازم التعرض لتعريف المال والمنفعة من وجهة نظر الفقهاء، والمال والمنفعة لكل منهما مفهومه وحقيقته الشرعية، وللفقهاء فيهما دراسات ومباحث استقر واتضح رأيهم فيها.

ولتعريف المال والمنفعة أهمية في مجال البحث لذا قد خصصت هذا المطلب للتعرف عليهما في الفقه الإسلامي، وقسمته إلى فرعين:

الفرع الأول: تعريف المال وأقسامه في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: تعريف المنفعة في الفقه الإسلامي .

### الفرع الأول

#### تعريف المال وأقسامه في الفقه الإسلامي

إن التعرف على المال يقتضي أن نتعرض لتعريفه عند أهل اللغة، وفي اصطلاح الفقهاء.

تعريف المال في اللغة : المال هو كل ما يملكه الإنسان أو الجماعة من متاع أو عروض تجارة أو عقار أو نقود أو حيوان<sup>(١)</sup>، أو غير ذلك.

(١) المعجم الوسيط : قام بإخراجه مجموعة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٨٩٢، مختار الصحاح ج ١ ، ص ٦٤٢، مختار الصحاح : محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، ١٤١٥ - ١٩٩٥، مكتبة

وبذلك يكون معنى المال في اللغة عام لكل ما يملكه الإنسان سواء أكان له قيمة أم لا، وسواء أكان عقاراً أم منقولاً.

**تعريف المال في اصطلاح الفقهاء:** تعددت تعريفات الفقهاء للمال:

**فعرّف الاحناف المال بأنه اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار<sup>(١)</sup>، كما عرفوه بأنه:** "ما خلق المال له من إقامة المصالح به<sup>(٢)</sup>(٣)

---

ناشرون، لبنان- بيروت ص ٦٤٢، الصحاح" تاج اللغة وصحاح العربية": إسماعيل بن حماد الجوهري (ت٣٩٣هـ)، الطبعة: الرابعة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، وأعيدت الطبعة في يناير ١٩٩٠، دار العلم للملايين- بيروت- لبنان، ج ٦، ص ٩٩.

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق : لابن نجيم ، دار المعرفة، بيروت - لبنان، ج ٥، ص ٢٧٧،

"وقالوا إن العبد وإن كان فيه معنى المالية لكنه ليس بمال حقيقة حتى لا يجوز قتله وإهلاكه"

(٢) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي،: عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين

البخاري (المتوفى ٧٣٠هـ)، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٧م: دار الكتب العلمية - بيروت- لبنان،

ج ١، ص ٢٦٠.

(٣) كما عرف فقهاء الأحناف المال بعدة تعريفات منها : أنه اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا

به ولكن باعتبار صفة التمول والإحراز"

أنظر المبسوط : لشمس الدين أبي بكر محمد بن سهل السرخسي، طبعة ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، دار

الكتب العلمية بيروت - لبنان، ج ١١، ص ١٤١.

ومنها "ما يميل إليه الطبع ويمكن إدخاره لوقت الحاجة" أو: هو موجود يميل إليه الطبع ".

أنظر رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار " المعروف بحاشية ابن عابدين": لمحمد

أمين ابن عابدين، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م، دار الفكر، بيروت - لبنان، ج ٤، ص ٥٠١ كتاب

" البيوع "

وعرفه المالكية بأنه: "ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره، إذا أخذه من وجهه"<sup>(١)</sup>.

وعرفه الشافعية بأنه: "ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه وإن قلت، وما لا يطرحه الناس مثل الفلوس وما أشبه ذلك"<sup>(٢)</sup>.

وعرفه الحنابلة بأنه: "ما يباح نفعه مطلقاً - أي في كل الأحوال - أو اقتناؤه بلا حاجة"<sup>(٣)</sup>.

---

ومنها: ما يميل إليه الطبع ويدخر لوقت الحاجة، أو ما خلق لصالح الآدمي ويجري فيه الشح والضمنة".

أنظر التلويح على التوضيح شرح متن التنقيح: لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (المتوفى: ٧٩٣هـ)، الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ج ١، ص ٤١٢.

(١) الموافقات: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: ٧٩٠هـ) الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م، دار ابن عفان ج ٢، ص ١٧، (نسخة محققة قام بها: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان).

(٢) الأم: للإمام محمد بن إدريس الشافعي، الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م دار الفكر، بيروت - لبنان - ج ٥، ص ٦٣، وقد ذكر تعريف المال عند شرح حديث النبي "أدوا العلائق"، الأشباه والنظائر: عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ١٤٠٣، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ص ٣٢٧، باب "خاتمة في ضبط المال والمتمول"

(٣) شرح منتهى الإيرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى: منصور بن يونس ابن إدريس البهوتي، طبعة ١٩٦٦م، عالم الكتب، بيروت - لبنان، ج ٢، ص ٧، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: مصطفى السيوطي الرحبياني، طبعة ١٩٦١م، المكتب الإسلامي، دمشق - سوريا، ج ٣، ص ١٢.



كما عرفت مجلة الأحكام العدلية المال في المادة مائة وست وعشرين بأنه: "ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة منقولاً كان أو غير منقول" (١)

وبالنظر إلى التعريفات السابقة للمال نجد أن (٢):

➤ الفقهاء متفقون على أن الشيء حتى يكون مالاً لا بد أن يكون مما يصح الانتفاع به شرعاً، أي أن يكون مشروعاً.

➤ الفقهاء متفقون على أن ما لا يصح الانتفاع به لا يكون مالاً في نظر الشرع فلا يجوز الاعتياض عنه.

➤ الشيء إذا ثبتت ماليته فلا تزول عنه إلا إذا ترك الناس جميعاً تموله ولم تكن له منفعة أصلاً، أما إذا ترك البعض التعامل به، ولم يتركه البعض فلا تزول عنه صفة المالية.

➤ من الفقهاء - وهم الأحناف - من وضع شرطين ليتحقق في الشيء معنى المال:

الأول: أن يكون مما يمكن حيازته وإحرازه.

الثاني: أن يكون مما يمكن الانتفاع به انتفاعاً معتاداً.

---

(١) أنظر مجلة الأحكام العدلية: لعلي باشا حيدر، المادة (١٢٦)

(٢) لمزيد من التفصيل أنظر في التعليق على تعريفات الفقهاء د. محمد عبد المنعم حبشي: التعدي على المنافع في الشريعة والقانون دراسة مقارنة، ٢٠٠٧/٢٠٢٠٦، دار نصر للطباعة، ص ٢٥، وما بعدها.

➤ من الفقهاء - وهم المالكية - من عرف المال بما يقع عليه الملك، أي بما يكون محلاً للملك، فإذا لم يكن الشيء محلاً للملك فلا يكون مالاً في نظرهم.

➤ من الفقهاء - وهم الشافعية - من عرف المال بالأثر المترتب عليه وهي القيمة، فقصر المال على ما له قيمة، ومن ثم إذا لم يكن للشيء قيمة فلا يعد مالاً في نظرهم .

➤ من الفقهاء - وهم الحنابلة - من عرف المال بالوظيفة التي يقوم بها، وهي إباحة الانتفاع بالشيء، أو طبيعة الشيء وهي ما يمكن اقتناؤه بلا حاجة. **ويلاحظ أن تناقص قيمة الشيء لا تخرج الشيء عن كونه مالاً، ما دام أن الناس لم يتركوا التعامل به.**

**أقسام المال:** تعددت تقسيمات الفقهاء للمال حسب زاوية النظر إليه، ومن هذه التقسيمات<sup>(١)</sup>:

(١) أنظر في ذلك تفصيلاً أحكام المعاملات: للشيخ علي الخفيف: ص ٣٢؛ المعاملات الشرعية: للشيخ أحمد إبراهيم : الطبعة الثانية - لجنة التأليف والترجمة ١٣٦٣ هـ ١٩٤٤م بمصر ص ٤ وما بعدها؛ المعاملات في الشريعة الإسلامية، للشيخ أحمد أبو الفتوح : ج ١، ص ٢٧؛ الملكية ونظرية العقد : للشيخ محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي، ١٩٧٧م ، ص ٥١، وما بعدها، د. عبد الرحمن الصابوني: محاضرات في الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي، جامعة حلب - كلية الحقوق ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، عام ١٩٦٤ - ١٩٦٥م ، ص ٧، وما بعدها، د. عيسوي أحمد عيسوي: المدخل ونظرية العقد، الطبعة الأولى ١٣٧٨ - ١٩٥٩، درا التأليف القاهرة مصر، ص ٢٣٧، وما بعدها، د. محمد علي محبوب: المدخل في التشريع الإسلامي طبعة ٢٠١٤، دار نصر للطباعة، ص ١٩٧ - ١٩٨، د. أحمد فراج حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، طبعة ١٩٩٩، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية - مصر، ص ١٤،

- أ. تقسيم المال باعتبار إمكان النقل وعدمه: فينقسم إلى عقار ومنقول.
- ب. تقسيم المال باعتبار التقوم وعدمه: فينقسم إلى مال متقوم وغير متقوم.
- ج. تقسيم المال باعتبار التماثل وعدمه: فينقسم إلى مال مثلي ومال قيمي.
- د. تقسيم المال باعتبار بقاء عينه بعد الانتفاع به وعدمه: فينقسم إلى مال استهلاكي، ومال استعمال.

وسوف نقتصر في هذا المقام على ثلاثة تقسيمات<sup>(١)</sup> - وذلك لأهميتها في مجال البحث -

وما بعدها، د. محمد نجيب عوضين المغربي: أهم النظريات الفقهية في التشريع الإسلامي، دار الثقافة العربية، القاهرة - مصر، ص ٣٢٩، وما بعدها.

(١) أما تقسيم المال بحسب إمكان النقل وعدمه فينقسم المال بهذا الاعتبار إلى عقار ومنقول. فأما العقار فقد اختلف الفقهاء في تحديده.

فعند الأحناف، والحنابلة هو: " ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر"، وهذا التعريف يصدق على الأرض فقط دون ما اتصل بها من بناء أو غراس.

أنظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام: لعلي حيدر، ج ١، ص ١٠١، المادة (١٢٩)، مطالب أولي النهي في غاية شرح المنتهى: للسيوطي الرحباني، طبعة ١٩٦١م، دار المکتب الإسلامي، دمشق - سوريا، ج ٤، ص ١٠٩.

وعند المالكية والشافعية هو: " ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر أو أمكن نقله مع تغيير هيئته"، وهو يصدق على الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر

أنظر: شرح الخرشي على مختصر خليل: لأبي عبد الله محمد بن علي الخرشي، دار الفكر، بيروت - لبنان، ج ٦، ص ١٦٤، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: محمد الشربيني الخطيب، ١٤١٥، دار الفكر، بيروت - لبنان ج ٢، ص ٣.

وأما المنقول فهو: " ما أمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقاء هيئته وصورته" وأهمية هذا التقسيم تظهر في عدة أمور منها:

الأول : تقسيم المال باعتبار التقوم وعدمه.

الثاني: تقسيم المال باعتبار التماثل وعدمه.

الثالث: تقسيم المال باعتبار بقاء عينه بعد الانتفاع به وعدمه.

أ. تقسيم المال باعتبار إمكان التقوم وعدمه: فينقسم المال بهذا الاعتبار

إلى مال متقوم ومال غير متقوم.

فأما المال المتقوم: فعرف بأنه: "ما حيز بالفعل وأباح الشارع الانتفاع به

حال السعة والاختيار.

وأما المال غير المتقوم : فعرف بأنه: ما لم يحز بالفعل أو حيز إلا أن

الشارع لم يجز الانتفاع به حال السعة والاختيار. (١)"

ضابط التمول: ويقصد به المعيار الذي يعتمد عليه في معرفة كون المال

متقوماً أو غير متقوم.

عند الأحناف : وضع الأحناف ضابطاً للتمول يتحقق بأمرين:

الأول: تمول الناس أو بعضهم له (٢). الثاني: الانتفاع به على وجه مشروع.

---

• ثبوت الشفعة في العقار دون المنقول .

• الغصب يتحقق في المنقول باتفاق الفقهاء ، أما العقار فعند الأحناف لا يتحقق الغصب فيه، وعند

الجمهور يتحقق فيه الغصب كالمنقول.

(١) المراجع سابق الإشارة إليها.

(٢) ويقصد بالتمول أي أن يكون الشيء محلاً للمعاوضة.

ويترتب على هذا أن "ما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لا يكون مالا كحبة حنطة وما يكون مالا بين الناس ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون متقوما كالخمر وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدّم"<sup>(١)</sup>.

وعند الشافعية: وضع الشافعية ضابطين للتمول"<sup>(٢)</sup> :

الأول: أن المتمول هو "كل ما يقدر له أثر في النفع"

وبناءً على هذا: أن كل ما لا يظهر له أثر في الانتفاع فهو لقلته خارج عما يتمول.

الثاني: أن المتمول "هو الذي يعرض له قيمة عند غلاء الأسعار".

وبناءً على هذا: أن الذي لا يعرض فيه قيمة عند غلاء الأسعار يكون خارجاً عن التمول.

وتظهر أهمية التقسيم: في ضمان المال حال التعدي عليه، فالمال المتقوم يضمن عند التعدي عليه إذا توافرت شروطه، أما المال غير المتقوم فلا يكون محلاً للضمان.

**ب. تقسيم المال باعتبار تماثل أحاده وعدمه:** فينقسم المال إلى مال مثلي ومال قيمي.

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، ج ٥، ص ٢٧٧، حاشية رد المحتار: لابن عابدين، مرجع سابق، ج ٤، ص ٥٠١.

(٢) الأشباه والنظائر: للسيوطي، مرجع سابق، ص ٢٣٧.

فأما المال المثلي فعرف بأنه: هو الذي تتماثل أجزاؤه، وتتقارب صفاته، في القيمة والمنفعة من حيث الذات لا من حيث الصنعة<sup>(١)</sup>، كما عرف بأنه: "ما لا تختلف أعيان عدده".<sup>(٢)</sup>

وأما المال القيمي فعرف بأنه: "ما تتفاوت آحاده، ولا تتقارب صفاته، ولا تتماثل أجزاؤه".<sup>(٣)</sup>

وأهمية هذا التقسيم تظهر في عدد من الجوانب أهمها: "المقاصة فإنها تكون في المال المال المثلي دون القيمي، وهلاك المثليات تكون على المشتري بعد التعيين، ولو قبل التسليم، أما هلاك القيميات لا يكون على المشتري إلا بعد التسليم<sup>(٤)</sup>، وكذلك في كيفية التضمن حال التعدي على المال، فيجب في المال المثلي رد مثله، أما في المال القيمي فالواجب فيه رد القيمة<sup>(٥)</sup>"

(١) البحر الرئق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج٨، ص ١٢٤، التاج والإكليل لمختصر خليل: محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله، ١٣٩٨ هـ، دار الفكر، بيروت - لبنان، ج٧، ص ٣١٤، الوسيط في المذهب لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ١٤١٧ هـ، دار السلام، القاهرة - مصر، ج٣، ص ٣٩٥، المغني: لابن قدامة، مرجع سابق، ج٥، ص ٣٧٦.

(٢) الأشباه والنظائر: للسيوطي، مرجع سابق، ص ٣٦١.

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج٨، ص ١٢٥، التاج والإكليل: للمواق، مرجع سابق، ج٧، ص ٣١٨، المجموع شرح المذهب: للنووي، دار الفكر، بيروت - لبنان، ج٤، ص ٣٤٣، المغني: لابن قدامة، مرجع سابق، ج٥، ص ٣٧٥.

(٤) الملكية ونظرية العقد: للشيخ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص ٦٤.

(٥) راجع في ذلك رسالة الدكتوراة للباحث د. حسين محروس عبد الجواد قنديل: مسؤولية مدير الشركة التجارية في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ص ٤٦٠، وما بعدها.

**ج. تقسيم المال باعتبار بقاء عينه بعد الانتفاع :** فينقسم المال بهذا

الاعتبار إلى مال استهلاكي، ومال استعمالى<sup>(١)</sup>.

فأما المال الاستهلاكي: فيقصد به: ما لا يمكن الانتفاع به بحسب الاعتياد

إلا باستهلاك عينه .

سواء أكان الاستهلاك استهلاكاً حقيقياً: كالطعام والوقود ، أو كان الاستهلاك

استهلاكاً حكماً: - وذلك بخروجها من تحت يذ صاحبها- كالنقود.

وأما المال الاستعمالى: فهو الذي تتحقق منافعه بأستعماله المتكرر دون

استهلاك عينه "

وهو يمثل الأموال التي لا تستهلك على الفور من مرة واحدة بل يمكن

استعمالها استعمالاً متكرراً مع بقاء عينها كالمنازل، والأثاث، ووسائل النقل.

وأهمية هذا التقسيم تظهر في العقود التي يمكن أن ترد على كل منهما.

فالمال الاستعمالى يمكن ان يرد عليه العقود التي يقصد منها المنفعة

كالإجارة، والعارية.

أما المال الاستهلاكي: فلا يرد عليه العقود التي يقصد منها المنفعة لهلاك

عينه بمجرد استعماله مرة واحدة

## الفرع الثاني

### تعريف المنفعة في الفقه الإسلامى

إن تعريف المنفعة يقتضى تعريفها في اللغة، ثم تعريفها في اصطلاح الفقهاء.

(١) د. مصطفى الزرقا: الفقه الإسلامى في ثوبه الجديد، ج ٢، ص ١٤٤، د. محمد نجيب عوضين،

أهم النظريات الفقهية في التشريع الإسلامى، مرجع سابق، ص ٢٣٨ - ٢٣٩.

أولاً : تعريف المنافع في اللغة: المنافع جمع منفعة، والمنفعة اسم من النفع وهو: كل ما ينتفع به<sup>(١)</sup> والنفع ضد الضر وهو ما يستعان به إلى الخير<sup>(٢)</sup> .

ثانياً: تعريف المنفعة في اصطلاح الفقهاء: عرف الفقهاء المنفعة بعدة تعريفات .

عرف الأحناف المنافع بأنها: "زوائد تحدث في العين شيئاً فشيئاً"<sup>(٣)</sup>.  
وعرفها المالكية بأنها: "ما لا تمكن الإشارة إليه حساً دون إضافة يمكن استيفاؤه غير جزء مما أضيف إليه"<sup>(٤)</sup>.  
وعرفها الشافعية: بأنها "ما يقابل العين"<sup>(١)</sup>، وقد تشمل المنفعة ما هو أعم من ذلك فتشمل الغلة التي هي الفوائد العينية، ومن ثم عرفت بأنها: "الفائدة المستفادة من الأعيان عينية كانت أو عرضية"<sup>(٢)</sup>.

---

(١) المعجم الوسيط : قام بإخراجه مجموعة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٩٤٢.  
(٢) تاج العروس من جواهر القاموس: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى الزبيدي، دار الهداية، الجزء الثاني والعشرون، ص ٢٦٨، لسان العرب: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، الطبعة الأولى، دار صادر - بيروت - لبنان، الجزء الثامن، ص ٣٥٨.

(٣) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدي: للبخاري، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٥٣.  
(٤) شرح حدود ابن عرفة الكافية الشافية: لأبي عبد الله محمد بن عرفة الأنصاري الشهير بالرصاص، الطبعة الأولى ١٩٩٣ م، دار العرب الإسلامي، بيروت- لبنان، ج ٢، ص ٥٢١ "باب منفعة الإجارة"، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل: محمد عlish، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م، دار الفكر، بيروت - لبنان، ج ٧، ص ٤٩٣، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل: محمد عlish، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م، دار الفكر، بيروت - لبنان، ج ٧، ص ٤٩٣.



وعرفها الحنابلة : " ما يحدث في العين شيئاً فشيئاً"<sup>(٣)</sup>

نظرة على تعريفات الفقهاء<sup>(٤)</sup>: بالنظر في تعريفات الفقهاء للمنفعة نجد أن الفقهاء انقسموا إلى فريقين في المقصود بالمنفعة:

(١) ويقصد بها في هذا التعريف "الفائدة العرضية" لذا فسرت المنفعة بأنها: " ما ملك بعقد الإجارة الصحيح المملوك به قصداً " أنظر تحفة المحتاج في شرح المنهاج : لشهاب الدين الرملي (كتاب الوصايا- فرع أحكام الوصايا المعنوية للموصى به)

(٢) شرح تحفة المحتاج على شرح المنهاج : ج ٧، ص ٦١، أنظر التعدي على المنافع في الشريعة والقانون: د/ محمد عبد المنعم حبشي، مرجع سابق، ص ١٠ .

(٣) وهذا التعريف مستتبط من تعريف الحنابلة لعقد الإجارة فعرفوا الإجارة بأنها: "عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً مدة معلومة من عين معلومة أو موصوفة في الذمة أو عمل معلوم بعوض معلوم" أنظر: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: لشرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي (المتوفى: ٩٦٠هـ)، دار المعرفة، بيروت - لبنان، ج ٢، ص ٢٨٣، (نسخة محققة قام بها : عبد اللطيف محمد موسى السبكي)، كما ذكر ابن قدامة : أن "المنافع إنما تستوفى شيئاً فشيئاً فكلما استوفى منفعة فقد قبضها والذي لم يستوفه لم يقبضه" فهذا يدل على أن المنافع عرض تحدث في الأعيان،

أنظر المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، دار الفكر - بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ ، ج ٥، ص ٣٥٧، الشرح الكبير: لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، طبعة ١٩٨٦، دار الكتاب العربي- دار الريان للتراث-، ج ٥، ص ٣٥٧.

(٤) لمزيد من التفصيل أنظر التعدي على المنافع في الشريعة والقانون: د. محمد عبد المنعم حبشي، مرجع سابق، ص ١٠ : ١٢.

أ- الفريق الأول: - وهم الأحناف، والمالكية، والحنابلة-: ذهب إلى أن المنافع هي ما قابل الذات، فهي أمر عرضي يحدث في العين ولا يمكن الإشارة إليه، فهو يحدث شيئاً فشيئاً.

ب-الفريق الثاني : -وهم الشافعية- : ذهب إلى أن المنافع تشمل ما يكون عرضياً- المنافع العرضية-، وما يكون عينياً- الغلة والثمار-.

وبذلك يكون معنى المنفعة عند الشافعية أوسع نطاقاً حيث تشتمل المنفعة- عندهم - على المنافع العرضية والمنافع العينية، أما الأحناف، والمالكية، والحنابلة فإن المنفعة تقتصر عندهم على المنافع العرضية فقط دون أن تشمل المنافع العينية.

## المطلب الثاني

### التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية

إلى جانب التقسيمات السابق ذكرها<sup>(١)</sup> - قديماً - وجدت أشياء معنوية - غير ملموسة- لها قيمة مالية عالية، وهذه الأشياء قد وجدت حديثاً على ساحة التعامل بين الناس في الوقت المعاصر، ووجدنا أن لها قيمة مالية قد تفوق في بعض الأحيان بعض الأشياء التي تعد مالاً في نظر الفقهاء - قديماً-.

ولم يكن لفقهاء الشريعة الإسلامية تصور - قديماً - في وجود مثل هذه الأشياء، ومن ثم لم يكن لهم قول أو بحث فيها، فلم يتطرقوا إلى البحث عن طبيعتها باعتبارها مالاً من عدمه، كما أن هذه الأشياء لم تكن معروفة ومعهودة في التعامل بين الناس، إلا أنها ظهرت في التعامل حديثاً - بعد الستينيات من القرن الماضي<sup>(٢)</sup> - كما أن التعامل بهذه الأشياء، وفي هذه الأشياء لم يكن منتشرًا بين الناس - الأشخاص العاديين - حيث كان التعامل بهذه الأشياء، وفيها قاصراً على فئات محدودة للغاية كالهيئات والمؤسسات الحكومية، وكذلك المؤسسات التجارية العملاقة-، إلا أن التعامل بهذه الأشياء، وفيها قد تطور تطوراً كبيراً، فأصبحت هذه الأشياء بدخول عصر المعلومات - القرن الواحد والعشرين- من أساسيات التعاملات المالية، وغير المالية، وسواء أكان التعامل بين الأشخاص العاديين، أو الأشخاص الاعتبارية .

(١) أنظر ما سبق في ص ٢٢، وما بعدها

(٢) المراد به القرن العشرين من ميلاد السيد المسيح.

فما هو التكييف الفقهي لهذه البيانات فهل تعد هذه البيانات مالا، أم أنها لا تعد كذلك<sup>(١)</sup>؟

لمعرفة التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية يتوقف على معرفة عدة نقاط تتمثل فيما يلي:

أولاً : نوع البيانات الالكترونية.

ثانياً: مراحل البيانات الالكترونية.

ثالثاً: مدى مشروعية البيانات الالكترونية.

أولاً: نوع البيانات: يمكن لنا أن نفرق بين نوعين من البيانات:

الأول : البيانات الالكترونية اللازمة لتشغيل جهاز الكمبيوتر، وهذه البيانات تتنوع إلى نوعين رئيسيين هما:

أ- برامج التشغيل: " **Operating Systems** " يقصد بها تلك البرامج التي تتوسط بين مستخدم الجهاز "User" وبين مكونات الجهاز من دوائر الكترونية وأجهزة ملحقة "Hardware"، وهذه البرامج تختلف باختلاف نظام الحاسب ذاته، فنظام الحاسبات المركزية يختلف عن تلك المستخدمة في الحاسبات المتوسطة، التي تختلف بدورها عن أجهزة الحاسب الشخصية<sup>(٢)</sup>.

---

(١) ويلاحظ أن هناك فارقاً بين البيانات الالكترونية ذاتها وبين الجهاز الذي يحمل هذه البيانات، فإننا في هذا المقام ننظر إلى البيانات مستقلة عن الجهاز.

(٢) وتقوم هذه البرامج بإدارة الوظائف داخل جهاز الكمبيوتر وتتحكم في وحدات الجهاز هي : إدارة وظائف الذاكرة.

إدارة وظائف وحدة التشغيل المركزية.

ب-برامج التطبيق: "Application Programs" ويقصد بها البرامج التي يقوم بتصميمها مصممو البرامج لتنفيذ الأعمال المطلوبة من الحاسب حسب الأنشطة والأعمال المطلوبة من الجهاز كالأنشطة التجارية والصناعية، والأبحاث العلمية وغيرها<sup>(١)</sup>.

الثاني : البيانات الالكترونية المتحصلة من جهاز الكمبيوتر: يقصد بها البيانات الالكترونية التي تم معالجتها من الجهاز سواء تم الاحتفاظ بها داخل الجهاز، أم تم إخراجها من الجهاز عن طريق وحدة الإخراج "Output"

ثانياً : مراحل البيانات الالكترونية : نفرق بين مرحلة البيانات ذاتها داخل الكمبيوتر، وتأخذ البيانات ثلاث مراحل داخل الكمبيوتر هي:

أ. الإدخال : ويقصد بها مرحلة إدخال البيانات إلى جهاز الكمبيوتر، وهذه المرحلة لا يمكن اعتبار البيانات التي سوف يتم تغذية الجهاز بها من قبيل البيانات الالكترونية حيث لم يتم إدخالها بشكل تام في وحدة التخزين والمعالجة، فهذه المرحلة يمكن أن يطلق على هذه البيانات معلومات أو أفكار مجردة.

ب. المعالجة. يقصد بها معالجة الجهاز - الكمبيوتر - للتعليمات والأفكار التي تم تغذية الجهاز بها، وتقوم بالمعالجة وحدة التشغيل المركزية"

---

إدارة وظائف وحدات الإدخال والإخراج.

(١) ومن هذه البرامج الحزم الجاهز "packages Software" وقواعد البيانات " Database " البرامج المساعدة وتطبيقات الويب - وهي تستخدم على شبكة المعلومات الدولية.

"(cpu) central processing unit" وهذه المرحلة تأخذ عدداً من

الخطوات بحسب برنامج المعالجة<sup>(١)</sup>، وتتمثل في الآتي :

(١) خطوة المعطيات : وهي الخطوة التي تلي إدخال التعليمات "Instructions" مباشرة، ويتم فيها إدراج التعليمات والأفكار بصورة غير مرتبة.

(٢) خطوة الترتيب والدمج : وهي الخطوة التي يتم فيها ترتيب التعليمات والأفكار بصورة منطقية حتى يترتب عليها نتائج، وهذه الخطوة وسط بين المعطيات وإدخال البيانات في الجهاز وبين الحصول على نتائج مستندة إلى المعلومات والأفكار.

(٣) خطوة النتائج : وهي الخطوة التي تعد فيها البيانات الالكترونية ذات قيمة، وذلك حال الحصول على نتائج لهذه البيانات بعد معالجتها إلكترونياً في جهاز الكمبيوتر.

ج. الإخراج: ويقصد بها أن تكون البيانات الالكترونية صالحة للإخراج من جهاز الكمبيوتر بوسيلة من وسائل الإخراج - كالشاشة، والطابعة، والسماعات، والوسائط المتعددة - بعد معالجتها، بحيث يمكن فصلها وجعلها مستقلة عن جهاز الكمبيوتر.

**ثالثاً : مدى مشروعية البيانات الالكترونية:** كما أنه يجب التفرقة في ذات

البيانات الالكترونية من حيث كونها مالاً أم لا بالنظر إلى مشروعية البيانات ذاتها.

---

(١) وتتميز هاتين الحالتين بأن البيانات مازالت داخل جهاز الكمبيوتر في وحدة التخزين والمعالجة (cpu)، ولم تستقل عنه .

وبناءً على هذا إذا كانت البيانات غير مشروعة، كما لو كانت تتعلق بتزييف العملة - مثلاً - أو كانت تتعلق بأمر خارج عن النظام العام والآداب العامة - صوراً أو بيانات غير أخلاقية- فإنها تخرج عن اعتبارها مالاً مشروعاً، ومن ثم تخرج عن نطاق التعامل المشروع في هذه الحالة.

الوصف الفقهي للبيانات الالكترونية: بالنظر والتدقيق في البيانات الالكترونية وطبيعتها العملية فإننا في بيان الوصف الفقهي للبيانات الالكترونية نفرق بين نوعين من البيانات- البرامج - (البرامج اللازمة لتشغيل الجهاز<sup>(١)</sup>)، وبين الأنواع الأخرى من البيانات الالكترونية التي تستقل عن الجهاز).

**البرامج اللازمة لتشغيل الجهاز : ( برامج التشغيل- برامج التطبيق):**

هي التي يحتاج جهاز الكمبيوتر إليها ليتم تشغيله والاستفادة منه، وهذه البرامج لا تستقل بذاتها فحتى يمكن الاستفادة بها لابد من وجودها في جهاز كمبيوتر (حاسب آلي) بحيث يمكن تشغيل الجهاز بها، فعدم وجود هذه البيانات يؤثر في كفاءة الجهاز بحيث لا يتم الاستفادة من الجهاز بدونها، فعدم وجودها يعتبر الجهاز كتلة حديدية<sup>(٢)</sup>.

**والوصف الفقهي لهذه البيانات - البرامج - : أنها منفعة متحصلة من**

الجهاز الذي يحمل هذه البيانات، أو هذه البرامج، فلا يمكن الانتفاع بها مستقلة

---

(١) ويقصد ببرامج التشغيل هي البرامج التي يحتاج جهاز الكمبيوتر إليها ليتم تشغيله، ويمكن الاستفادة منه ومن أمثلتها ( Window. )

(٢) وهذه البرامج تختلف باختلاف نظام الحاسب ذاته، فنظام الحاسبات المركزية يختلف عن تلك المستخدمة في الحاسبات المتوسطة، التي تختلف بدورها عن أجهزة الحاسب الشخصية.

عن الجهاز الذي يحملها، كما أنه لا يمكن الانتفاع بالجهاز إلا بوجود هذه البيانات- البرامج - عليه<sup>(١)</sup>.

أما باقي البيانات الأخرى: فهي بيانات مستقلة بذاتها يمكن الاستفادة بها مستقلة عن الجهاز الذي يحملها<sup>(٢)</sup>، حيث يمكن أن تنتقل من جهاز إلى آخر دون أن يؤثر ذلك في كفاءة الجهاز.

ويتميز هذا النوع من البيانات عن غيرها من البيانات - المنافع المتحصلة من الجهاز - من عدة جوانب :

أولاً : إن منافع الأعيان - المنافع العرضية - لا تستقل عن الأعيان فلا تنفك عنها ولا يمكن الاستفادة منها مستقلة عن العين.

ثانياً : إن المنفعة تحدث شيئاً فشيئاً فلا توجد في زمانين، أما هذه البيانات فهي مستقلة عن الجهاز الذي يمكن أن تكون البيانات قد تمت معالجة البيانات فيه، فطبيعة هذه البيانات تختلف عن المنافع في أنها لا تحدث شيئاً فشيئاً بل إنها تحدث بصورة مستمرة حسب البيانات ذاتها.

ثالثاً : إن هذه البيانات يمكن الاحتفاظ بها بخلاف المنافع التي لا يمكن الاحتفاظ بها حيث إنها لا توجد في زمانين .

---

(١) ويثير التكليف الفقهي لهذه البيانات باعتبارها منفعة متحصلة من الجهاز مسألة هامة ألا وهي : هل هذه البيانات تعد مالا أم أنها تخرج عن نطاق باعتبار أنها منفعة" وهو ما بحثه الفقهاء قديماً في مسألة مالية المنافع". "هل المنفعة تعد مالا أم لا؟"

(٢) ويقصد بالجهاز جميع الأدوات التي تحمل البيانات ذاتها " كجهاز الكمبيوتر (Computer)، والقرص المدمج الضوئي (CD.DVD)، والقرص الصلب (Hard disk)، والقرص المرن (Floppy Disk)، والفاشلة (Data Traveler)، والهواتف الذكية (smart phone) وغير ذلك.



وبالنظر في تعريفات الفقهاء للمال، وتقسيماته: نجد أن البيانات الالكترونية ينطبق عليها أنها مالٌ متقومٌ منقول.

فأما من حيث كونها مالاَ متقوماً: فإن تعريف الفقهاء للمال لم يجعل المال قاصراً على الأشياء المادية فقط، بل إن تعريفات الفقهاء المختلفة للمال يستتبط - يستقى - منها أن الشيء يعد مالاَ إذا توافرت الشروط التي وضعها الفقهاء له (الحيازة، والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً) سواء أكان مادياً - ملموساً - أو غير مادي - غير ملموس-، والبيانات الالكترونية ينطبق عليها الشروط التي وضعها الفقهاء في الشيء حتى ينطبق عليه كونه مالاَ، حيث يمكن حيازتها، والانتفاع بها انتفاعاً مشروعاً، كما أن البيانات الالكترونية لها قيمة في نظر الناس تباع وتشتري، ويبدل المال لتحصيلها.

وأما من حيث كونها مالاَ منقولاً: فنفرق في هذا المقام بين الجهاز الذي يحمل البيانات، وبين البيانات الالكترونية ذاتها.

فأما بالنسبة للجهاز الذي يحمل هذه البيانات نفرق بين مرحلتين :

المرحلة الأولى: وهي تمثل فترة ليست بالبعيدة - فترة الستينيات من القرن الماضي - حيث لم يكن يمكن نقل الجهاز الذي يحمل البيانات من مكان إلى آخر إلا بصعوبة، مما كان يحدث تلفاً فيه ومن ثم كان يثار في هذه الحقبة صعوبة في مدى اعتبار الجهاز الذي يحمل البيانات عقاراً أم منقولاً<sup>(١)</sup>.

المرحلة الثانية: وهي تمثل الوقت الحالي فبعد التقدم الهائل في مجال البيانات الالكترونية ونظم المعلومات فإن الجهاز الذي يحمل البيانات يمكن نقله من مكان

(١) وهذه المسألة لا نجد طائلاً منها حالياً بعد إمكان النقل والتحويل للجهاز دون إحداث تلفٍ فيه.

إلى آخر دون حدوث تلف للجهاز، بل إن بعضاً منها يمكن نقله في الحقيبة، أو في جيب المستخدم، ومن ثم لا يثار في الوصف الفقهي للجهاز صعوبة حيث يعتبر منقولاً، وتسري عليه أحكام المنقول.

وأما بالنسبة للبيانات الالكترونية ذاتها: فإن هذه البيانات يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون إحداث تلف أو تغيير في صورتها ومن ثم فإنها تعد مالاً منقولاً. وأما من حيث كونها مالاً مثلياً أو قيمياً: فتختلف طبيعة هذه البيانات باختلاف البيان ذاته، فنفرق بين نوعين من البيانات .

**النوع الأول:** "برامج التشغيل والتطبيق" : فهذا النوع من البيانات يمكن أن يعد من قبيل المال المثلي وذلك لأن هذه البيانات لا يتفاوت أحاده وتتماثل صفاتها، وهذا إذا اتحد نوع البرنامج، أو إصداره مثاله Windows xp، Windows 7، أو برامج المكتب "Office programs"، كما أن هذه البيانات - البرامج - لا تتعين بالتعيين بل هي تعد مالاً موصوفاً في الذمة فتعد من قبيل المال المثلي.

**النوع الثاني:** ومنها ما يعتبر مالاً قيمي وهي البيانات الشخصية " كالمؤلفات، والمصنفات الفنية، وقواعد البيانات وخاصة تلك البيانات التي تتعلق بالحسابات البنكية، وما يشبهها"، فهذا النوع من البيانات يعد من قبيل المال القيمي.

وأما من حيث كونها مالاً استهلاكياً أو مالاً استعمالياً: فتختلف طبيعة هذه البيانات باختلاف البيان ذاته، فنفرق بين نوعين من البيانات.

**النوع الأول:** "برامج التشغيل والتطبيق" : فالقاعدة في هذا النوع من البيانات أنه يعد مالاً استعمالياً لأنه يبقى في الجهاز الذي يحمله بعد استعماله مرة تلو الأخرى، ولا يتلف أو يستهلك بمجرد استعماله، ومن ثم يكون من قبيل المال الاستعمالي.

النوع الثاني: يوجد بعض أنواع البيانات التي تستهلك بمجرد استعمالها بحيث لا تبقى إلا لأداء عملية حسابية واحدة وبعدها يتم تلفها وتلاشيها من على الجهاز الذي يحملها، ومن ثم يعد هذا النوع من قبيل المال الاستهلاكي<sup>(١)</sup>.

### المبحث الثالث الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية تمهيد وتقسيم

بعد التعرف على طبيعة البيانات الالكترونية ومدى اعتبار كونها مالا، أو منفعة متحصلة من الجهاز الذي يحملها، يثار هنا تساؤل هام ألا وهو هل البيانات الالكترونية تصلح لأن تكون محلاً للتملك أم لا؟ وإذا كان يمكن اعتبارها محلاً للتملك فما نوع الملك الذي يقع على هذه البيانات، فهل هو ملك تام أم أنه ملك ناقص؟

وللإجابة على هذه التساؤلات أهمية في مجال البحث حيث يمكن من خلالها التعرف على نوع التصرف الذي يرد على هذه البيانات من حيث كونه تصرفاً لملك تام أم لملك ناقص.

ولما كان الأمر على هذا النحو فإنه من اللازم التعرض لتعريف الملكية وأنواعها في الفقه الإسلامي حتى يتبين لنا نوع الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية.

---

(١) إلا أن هذا النوع من البيانات ليس منتشرأ من الناحية العملية في بلادنا، إلا أنه يمكن أن يوجد في المراكز البحثية التي يهدف فيها مصممو هذه البيانات الاحتفاظ بالحق الأدبي والمالي.

ولما كانت الإجابة على هذه التساؤلات أهمية في مجال البحث فقد خصصت لها هذا المبحث وقسمته إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الملكية وأنواعها في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني : مدى اعتبار البيانات الالكترونية محلاً للملك.

## المطلب الأول

تعريف الملكية وأنواعها في الفقه الإسلامي  
إن التعرف على الملكية، وأنواعها في الفقه الإسلامي له أهمية في مجال البحث، حيث من خلاله نتعرف على الملكية بصفة عامة وأنواعها في الفقه الإسلامي، والمقصود بها وهل تعد الملكية في الفقه الإسلامي نوعاً واحداً أم أنها أكثر من نوع.

ولما كان لتعريف الملكية وأقسامها هذه الأهمية فقد خصصت لها هذا المطلب، وقد قسمته إلى فرعين:

الفرع الأول: التعريف بالملكية في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: أنواع الملكية في الفقه الإسلامي.

## الفرع الأول

التعريف بالملكية في الفقه الإسلامي

إن تعريف الملكية يقتضي أن نتعرض لتعريفها في اللغة، وفي الاصطلاح.  
أولاً: تعريف الملكية في اللغة:

الملكية هي مصدر صناعي منسوب إلى الملك "بكسر الميم"، والملك هو: "احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به والانفراد بالتصرف فيه"، يقال: ملكه يملكه ملكاً، أي احتواه قادراً على الاستبداد به<sup>(١)</sup>.

ثانياً: تعريف الملكية في اصطلاح الفقهاء:

عرفت الملكية في اصطلاح الفقهاء بعدة تعريفات:

---

(١) القاموس المحيط: للفيروز آبادي، مرجع سابق، ص ١٢٣٢، فصل الميم، المعجم الوسيط: إبراهيم الزيات وآخرون، مرجع سابق، ج ٢، ص ٨٨٦.

أ. **فعرف الأحناف الملك بأنه:** "القدرة الشرعية على التصرفات الحسية والشرعية"<sup>(١)</sup> كما عرفت الملكية بأنها: "اختصاص المالك للمملوك - فملك العين هو اختصاص المالك للعين وكونه أحق بالعين من غيره - ثم قد يظهر أثره في جواز التصرفات وقد لا يظهر مع قيامه في نفسه لقيام حق الغير في المحل حقا محترما كالمرهون"<sup>(٢)</sup>

ب. **وعرف المالكية الملك بأنه:** "إباحة شرعية تقتضي تَمَكُّنَ صاحبها الانتفاع بالعين أو المنفعة"<sup>(٣)</sup> كما عرفوها بأنها: "حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تَمَكُّنَ - تمكين - من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك من حيث هو كذلك"<sup>(٤)</sup>، وعرفوها كذلك بأنها: "تَمَكُّنُ الإنسان

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، ج ٥، ص ١٠٨، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين ابن نجيم الحنفي ، دار المعرفة، بيروت- لبنان، ج ٥، ص ٢٧٨ وذكر أن الملك هو " الاختصاص الحاجز "

(٢) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٠٨.

(٣) أنوار البروق في أنواء الفروق: لأبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م ، دار الكتب العلمية، النشر بيروت ج ٣، ص ٣٦٤، "الفرق الثمانون بعد المائة" الفرق بين قاعدة الملك وقاعدة التصرف"، مواهب الجليل : للحطاب، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٠، "باب البيع"

(٤) الفروق للقرافي : مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٦٤، "الفرق الثمانون بعد المائة"، إلا أنه قد اعترض على هذا التعريف.

شرعاً بنفسه أو بنيابة من الانتفاع بالعين أو المنفعة، ومن أخذ العوض عن العين أو المنفعة<sup>(١)</sup>»

ج. وعرف الشافعية الملك بأنه: " أنه أمر معنوي - وإن شئت قل - :حكم شرعي مقدر في عين أو منفعة يقتضي تمكن من ينسب إليه انتفاعه به والعوض عنه من حيث هو كذلك"<sup>(٢)</sup>.

د. وعرف الحنابلة الملك بأنه: "القدرة الشرعية على التصرف بمنزلة القدرة الحسية"<sup>(٣)</sup>

كما عرف الباحثون المحدثون الملكية بعدة تعريفات منها: أنها : حيازة الشيء متى كان الحائز وحده قادراً على التصرف فيه والانتفاع به، عند عدم المانع الشرعي<sup>(٤)</sup>، وعرفها البعض بأنها: "اختصاص حائز شرعاً يثبت بموجبه لصاحب الملك التصرف عند انتفاء المانع"<sup>(٥)</sup>، كما عرفت أيضاً بأنها: "حق المالك في الانتفاع بالمال المملوك على وجه التأييد، والتصرف فيه بطريقة مطلقة دون من

(١) المرجع السابق ذات الصفحة"

(٢) الأشباه والنظائر: للإمام العلامة : تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، الطبعة الأولى ١٤١١ هـ - ١٩٩١م دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج ١، ص ٢٥٣.

(٣) القواعد النوارنية الفقهية: لأبي العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني " المشهور بابن تيمية"، طبعة ١٣٩٩ هـ، دار المعرفة، بيروت- لبنان، ص ٢١٨، والفتاوى الكبرى: لابن تيمية" نفس المؤلف"، ج ٣، ص ١١٤

(٤) الفقه الإسلامي "مدخل لدراسته ونظام المعاملات فيه" د. محمد يوسف قاسم، طبعة دار الكتب الحديثة بالقاهرة، الطبعة الثالثة ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨م ص ٢٥٤.

(٥) المدخل الفقهي العام" الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد": مصطفى الزرقا، طبعة مطابع الأديب بدمشق، ص ١٥٢.

عداه من الناس" وعرفت كذلك بأنها: "اختصاص يثبت للإنسان شرعاً على شيء، على وجه يمنع من تسلط الغير على هذا الشيء، ويخول صاحبه حق الانتفاع به والتصرف فيه ابتداءً عند انتفاء المانع الشرعي"<sup>(١)</sup>.

ويستفاد من التعريفات السابق ذكرها: أن الأساس في الملكية هو الاختصاص بالمال والاستبداد به عن طريق حيازة المال بسبب من الأسباب المشروعة، ومتى حاز الإنسان المال بأحد هذه الأسباب كان له بمقتضى اختصاصه واحتوائه الانتفاع به وحده بكافة أوجه الانتفاع المشروعة، كما يجوز له التصرف فيه بكافة أنواع التصرفات المباحة، وهذا ما لم يوجد مانع شرعي يمنعه من ذلك.

**فالأصل والقاعدة أن من ملك المال كان له الحق في التصرف فيه، ومع هذا فإنه لا تلازم بينهما - بين الملك والتصرف - فقد يوجد أحدهما دون الآخر، فقد يكون الإنسان مالكاً للمال دون أن يكون له الحق في التصرف فيه، وذلك إذا وجد مانع يمنعه من التصرف في المال كأن يكون صبيّاً أو مجنوناً أو محجوراً عليه لسفه أو عته أو فلس، وقد يكون له الحق في التصرف في المال دون أن يكون مالكاً له كالولي والوصي فلهما الحق في التصرف في مال من كان في ولايته أو وصايته إلا أنهما ليسا مالكين لهذا المال.**

**وبناءً على هذا يمكن أن نعرف الملكية بأنها: "الاختصاص بالمال والاستئثار به عن طريق حيازة المال بسبب من الأسباب المشروعة، مما يعطي لمن ثبت له الانتفاع به، والتصرف فيه بالطرق الشرعية متسقاً مع نوع الحيازة"**

---

(١) المدخل للفقهاء الإسلامي - الملكية ونظرية العقد - د. سعيد أبو الفتوح محمد البسيوني، طبعة



## الفرع الثاني

### أنواع الملكية في الفقه الإسلامي

تنقسم الملكية في نظر الفقهاء إلى عدد من التقسيمات<sup>(١)</sup>، وذلك حسب زاوية

النظر إليها، ويقسم الفقهاء كل قسم إلى عدد من الأنواع.

التقسيم الأول: باعتبار الوظيفة التي تقوم بها تنتوع إلى نوعين:

النوع الأول: ملكية عامة. النوع الثاني: ملكية خاصة.

التقسيم الثاني: من حيث صورتها تنتوع إلى نوعين:

النوع الأول: ملكية مفرزة. النوع الثاني: ملكية شائعة.

التقسيم الثالث: باعتبار محلها تنتوع إلى نوعين:

النوع الأول: ملكية تامة. النوع الثاني: ملكية ناقصة.

فأما عن التقسيم الأول: باعتبار الوظيفة التي تؤديها فتنتوع الملكية بهذا الاعتبار

إلى نوعين:

النوع الأول الملكية العامة: إذا كان الانتفاع بآثارها مقررًا للجماعة، على أن

يكون انتفاع الفرد بها قائمًا على أنه فرد من تلك الجماعة، دون أن يكون مختصاً

بها.

---

(١) د. محمد يوسف قاسم: الفقه الإسلامي "مدخل لدراسته ونظام المعاملات فيه، طبعة دار الكتب

الحديثة بالقاهرة، الطبعة الثالثة ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م ص ٢٥٤، وما بعدها. د. عبد الرحمن

الصابوني: محاضرات في الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢٩،

د. سعيد أبو الفتوح محمد البسيوني المدخل للفقه الإسلامي - الملكية ونظرية العقد، طبعة

٢٠١٢، ص ١٨٢، ١٨٣، د. محمد نجيب عوضين: أهم النظريات في التشريع الإسلامي،

مرجع سابق، ص ٣٥٥، وما بعدها.

النوع الثاني : الملكية الخاصة: التي يكون الانتفاع بآثارها لشخص من الأشخاص<sup>(١)</sup> على وجه الاختصاص والتعيين"  
وأما عن التقسيم الثاني : باعتبار صورتها، فتنوع الملكية بهذا الاعتبار إلى نوعين :  
النوع الأول الملكية المفزرة: وهي ما كان موضوعها أو محلها معيناً، فشملت جميع أجزائه، وكان مالكاها واحداً، كملكية شخص لدار بأكملها.  
النوع الثاني الملكية الشائعة: وهي التي تتعلق بجزء نسبي غير معين في شيء، نتيجة اشتراك فيه دون إفرار .

وأما عن التقسيم الثالث : باعتبار محلها فتنوع الملكية بهذا الاعتبار إلى نوعين :  
النوع الأول الملكية التامة: وهي التي تثبت على العين والمنفعة جميعاً، وتعطي لمن تثبت له - المالك - جميع الحقوق المشروعة<sup>(٢)</sup>.

النوع الثاني: الملكية الناقصة: وهي الملكية التي تثبت على العين فقط، أو المنفعة فقط" فيكون الملك قاصراً على أحد عنصرَي الملك فملك الرقبة في هذا النوع يكون لشخص، وملك الانتفاع يكون لشخص آخر .

أما الأموال التي ترد عليها الملكية الخاصة: فالأصل في نظر الشريعة الإسلامية أن الأعيان والمنافع تكون قابلة للتملك والتملك للأشخاص ما لم يوجد محذور شرعي يمنع ذلك .

ومن هنا فإن الفقهاء قد قسموا الأموال من حيث قابليتها للتملك وعدمه إلى

ثلاثة أقسام:

- (١) سواء أكان الشخص الذي تقررت الملكية له شخصاً طبيعياً، أو اعتبارياً.
- (٢) ويقصد بالحقوق المشروعة أن يقوم المالك باستعمال الشيء محل الملك بنفسه، أو يتصرف في منفعة الشيء وتبقى العين ملكاً له، أو يتصرف في العين والمنفعة جميعاً.

القسم الأول: ما لا يجوز للأفراد تملكه ولا تملكه.

ومن أمثلة هذا القسم :

أ- ما خصص للمنافع العامة، ورصد لمصلحة الناس جميعاً، فلا يثبت لأحد فيه ملك خاص.

ب- الأموال التي تؤول إلى ملك الدولة، أو ما كان من ملكها أساساً، أو تلك الأموال التي تنفرد الدولة بالولاية عليها.

القسم الثاني: ما لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعي، ولمصلحة عامة تعود على الدولة.

ومن أمثلة هذا القسم: الأعيان الموقوفة، والعقارات المملوكة لبيت المال، فالأصل في هذه الأعيان عدم جواز تملكها إلا إذا كانت هناك مصلحة تدعو إلى ذلك.

القسم الثالث: ما يقبل التملك والتمليك من غير قيد أو شرط إلا القواعد التي وضعها الفقه الإسلامي في هذا الشأن، وهو ما عدا القسمين السابقين، وهذا القسم هو الأصل لأن المال بطبيعته قابل للتملك، إلا إذا عرض له ما يخرج عن طبيعة التعامل، فالتملك والتمليك من النتائج الطبيعية لإحراز الأموال، بل يعد الثمرة الأولى لإحرازها.

والأموال التي يجوز امتلاكها وتقع تحت ملكية الأفراد وتصرفهم قد تكون:

أ. أعياناً وهي "الأشياء المحسنة ذات المادة والجرم".

ب. وقد تكون منافع وهي "الفائدة المقصودة المترتبة على الأعيان"، كسكنى

الدار، وركوب الدابة، ولبس الثوب.

ج. وقد تكون حقوقاً مالية: وهي "كل مصلحة تثبت للإنسان باعتبار الشارع وتقوم بالمال": كحق الشرب، والمرور، والتعلي.

### المطلب الثاني

مدى اعتبار البيانات الالكترونية محلاً للملك بعد التعرف على معنى الملكية في الفقه الإسلامي، وبيان أنواعها نبين في هذا المقام مدى اعتبار البيانات الالكترونية محلاً للملك، فهل ترد الملكية على البيانات الالكترونية أم لا يرد عليها الملك، وإذا كانت البيانات الالكترونية محلاً للملك فما هو نوع الملك الذي يرد عليها؟

وسوف نتناول الإجابة على هذه التساؤلات في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: التعريف بملكية البيانات الالكترونية.

الفرع الثاني: نوع الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية.

### الفرع الأول

التعريف بملكية البيانات الالكترونية

بعد التعرف على معنى الملكية في الفقه الإسلامي يتبين لنا أن الفقهاء قد

اتفقوا على معنى الملكية، وإن اختلفت عباراتهم.

ومعنى الملكية عند الفقهاء هو "الاختصاص بالمال والاستئثار به عن

طريق حيازته بسبب من الأسباب المشروعة، مما يعطي لمن ثبت له الانتفاع به،

والتصرف فيه بالطرق الشرعية<sup>(١)</sup>"

(١) راجع ما سبق من تعريف للملكية.

وبناءً على هذا التعريف للملكية - بالمعنى العام - يمكن أن نعرف الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية بأنها: "الاختصاص بالبيانات الالكترونية والاستئثار بها عن طريق حيازتها بسبب من الأسباب المشروعة، مما يعطي لمن ثبت له الانتفاع بها، والتصرف فيها بالطرق الشرعية"<sup>(١)</sup>

## الفرع الثاني نوع الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية

ذكرت في الفرع السابق أن معنى الملكية ينطبق على البيانات الالكترونية باعتبارها مالاً أو منفعة متحصلة من الجهاز الذي يحملها إلا أنه يثور هنا تساؤل هام ألا وهو : ما هو نوع الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية، فهل الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية ملكية عامة أم أنها ملكية خاصة، وإذا كانت هذه الملكية ملكية خاصة فهل هي ملك تام أم أنها ملك ناقص؟

إن الإجابة على هذه التساؤلات يتوقف على نوع البيانات ذاتها وعلى الوظيفة التي تقوم بها، وعلى محلها، وعلى الصورة التي تتخذها البيانات، فقد تكون البيانات الالكترونية عامة، وقد تكون البيانات خاصة، كما قد تكون البيانات ملكيتها مفرزة، وقد تكون شائعة، كما قد تكون الملكية التي ترد عليها تامة، وقد تكون ناقصة.

لذا يمكن لنا أن نقوم بتقسيم الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية بذات التقسيمات السابق ذكرها على الأموال، وهذه التقسيمات هي:

---

(١) مع الوضع في الاعتبار أن هناك فارقاً بين الحق الأدبي "حق المؤلف" على البيانات الالكترونية، وبين الحق المالي "حق الملكية" الذي يرد على البيانات الالكترونية. فقد يكون حق التأليف - التصميم - مقرر لشخص، وحق الملكية مقرر لشخص آخر.

التقسيم الأول : تقسيم البيانات الالكترونية باعتبار الوظيفة التي تقوم بها"  
فتتنوع إلى نوعين:

النوع الأول الملكية العامة: وذلك إذا كان الانتفاع بالبيانات الالكترونية لا يقتصر على شخص بعينه أو طائفة محددة، بل يكون الانتفاع بها جائز لكل الأفراد دون التمييز بينهم بسبب من الأسباب.

ومن أمثلة هذا النوع: البرامج التي تضعها الحكومات لخدمة مواطنيها، وهو ما يعرف ب"البوابة الحكومية"

النوع الثاني الملكية الخاصة: وهي تلك البيانات التي يختص بها شخص أو مجموعة من الأشخاص على وجه الاستثناء والتعيين بحيث يمكن صاحبها الانتفاع بها، أو التصرف فيها.

وأما عن التقسيم الثاني : تقسيم البيانات باعتبار صورتها، فتتنوع ملكية البيانات بهذا الاعتبار إلى نوعين :

النوع الأول الملكية المفروزة: وهي ما كان موضوع البيانات ومحلها معيناً فتشمل جميع أجزائه، وتكون الملكية فيه لشخص واحد - سواء أكان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً-.

ومن أمثلة هذا النوع : البيانات والبرامج التي يقوم مصممها بإنشائها، وإصدارها، وكذلك تلك التي تصدرها الشركات وتكون مالكة لها ملكية مستقلة عن غيرها من الأشخاص، وأيضاً تلك البيانات التي يحصل عليها الشخص بأحد الطرق المشروعة.

النوع الثاني الملكية الشائعة: ويقصد بها البيانات التي تكون شائعة بين عدد من الأشخاص، ويكون كل منهم مالكاً لجزء من البيان أو البرنامج.

ويتخذ هذا النوع من ملكية البيانات الالكترونية إحدى صورتين<sup>(١)</sup>:  
الصورة الأولى: المالك الشريك في البيان سواء أمكن لكل شريك فصل نصيبه من البرنامج "البيان" أو لم يمكن ذلك .  
الصورة الثانية: الملكية الجماعية للبيانات بحيث لا يمكن فصل ملك أحدهم عن الآخر.

ومن أمثلة هذا النوع : البيانات التي تكون بين أكثر من شخص ويكون كل منهم مالكا لجزء معين من البرنامج، وبصورة أظهر البرامج التي تتكون في داخلها من أكثر من برنامج، ويكون البرنامج النهائي - المنتج الأخير - مملوكاً لأكثر من شخص.  
وأما عن التقسيم الثالث : باعتبار محلها فتتنوع ملكية البيانات الالكترونية بهذا الاعتبار إلى نوعين :

النوع الأول الملكية التامة: ويقصد بها : هي الملكية التي تجمع بين عنصري الملك (الرقبة والمنفعة) بحيث تثبت لمالكة ملكية البرنامج ذاته والانتفاع به<sup>(٢)</sup>، وهذه الملكية تعطي لمن تثبت له كافة الحقوق المشروعة على البرنامج<sup>(١)</sup>.

---

(١) في هذا التقسيم أنظر: الحماية القانونية لقواعد البيانات: د. على أحمد مفلح الحنيطي، مرجع سابق، ص ١٩١، وما بعدها. "لم يتم بتقسيمها من ناحية الملكية بل من ناحية التأليف"

(٢) ويتحقق هذا النوع من الملكية في عدد من الصور أظهرها:

- "أن يتم تصميم البيانات الالكترونية من قبل المصمم ويحتفظ بحقه في الملكية للبيان، والانتفاع به"
- أو أن يقوم مصمم البيانات الالكترونية ببيعها لشخص آخر بحيث يتضمن العقد الذي يبرمه مع هذا الشخص نقل ملكية البيانات نقلاً تاماً بحيث يشمل ملكية البيان ذاته والانتفاع به"

النوع الثاني: الملكية الناقصة: وهي التي تثبت لشخص على البرنامج في أحد عنصري الملك، إما البيان - البرنامج - ذاته دون أن يكون له حق الانتفاع به، أو يكون له حق الانتفاع بالبرنامج دون التصرف فيه.

البيانات الالكترونية التي ترد عليها الملكية الخاصة: باعتبار إمكان ورود الملك الخاص عليها من عدمه، ويمكن أن نقسمها إلى ثلاثة أنواع :

النوع الأول: البيانات الالكترونية التي تتعلق بالإحصاء وتعداد السكان، والبيانات الخاصة بالأمن وسلامة الوطن والحفاظ على أسراره وغير ذلك من البيانات التي تتعلق بالمصالح العامة للبلاد، وهذا النوع من البيانات يخرج من دائرة التعامل، ولا يمكن التصرف فيها بالبيع أو الشراء أو غير ذلك من أنواع التصرفات، وهذا النوع من البيانات لا ترد عليه الملكية الخاصة، ويمكن لنا القول بأنها من "الملكية العامة" (٢) .

النوع الثاني البيانات الالكترونية التي يقوم مصمموها بوضعها للمنفعة العامة للناس جميعاً دون اختصاص أحد بها، وذلك بأن تكون وفقاً لله تعالى (٣).

- 
- (١) ويقصد بالحقوق المشروعة أن يكون لمن ثبت له الحق في الانتفاع بنفسه أو بغيره، أو التصرف فيه ببيعه" ويعبر في القانون بحق الاستعمال والاستغلال والتصرف"
  - (٢) واعتبار هذه البيانات من الملكية العامة لا يعطي الحق للجميع أن يطلع عليها، فالاطلاع على هذه البيانات يكون قاصراً على الجهات المنوطة بها فقط دون غيرها، أو بعد الحصول على تصريح بالاطلاع عليها بعد تقدير ذلك من الجهة المنوطة بها.
  - (٣) وهذا النوع يختلف عن سابقه في أن النوع الأول لا يمكن تملكه أصلاً، أما هذا النوع فيجوز أن يكون محلاً للملك ولكن بشرط وجود المسوغ الشرعي لذلك.



من أمثلة : البرامج الدينية، المكتبات الفقهية الالكترونية<sup>(١)</sup>. وهذا النوع من البيانات بحسب الأصل يخرج عن دائرة التصرف فلا يجوز بيعه وشراؤه إلا بمسوغ شرعي.

النوع الثالث : البيانات الالكترونية عدا القسمين السابقين، فهذا النوع من البيانات يجوز التعامل فيه بكافة الطرق المشروعة إن ثبت للبيان - البرنامج - المالية والتقوم<sup>(٢)</sup>، وهو ما يسمى "بالملكية الخاصة"

- 
- (١) ومن أمثلتها المواقع الالكترونية على شبكة المعلومات العنكبوتية " حيث يتم اللولج لهذه المواقع دون مقابل، وجعلها أصحابها ومصمموها في كثير منها وفقاً لله تعالى ومن ثم تأخذ حكم الأعيان الموقوفة على سبيل القياس، أما إذا كانت هذه المواقع يقصد بها أصحابها - أو مصمموها - الحصول على الربح فإنها لا تكون مالاً موقوفاً بل مالاً متقوماً إن توافرت شروطه.
- (٢) فقد يكون البيان الالكتروني ملكاً خاصاً ولكنه لا يعد مالاً متقوماً كالبيانات الشخصية الخاصة بالاسم والموطن، والحالة الاجتماعية، وغير ذلك. راجع ما سبق في التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية ص من هذا البحث،

## الفصل الثاني

### التصرفات التي ترد على البيانات الالكترونية

تمهيد وتقسيم :

تتعدد صور التعامل في البيانات الالكترونية في الوقت الحالي بين المتعاملين في هذه البيانات، فمنها ما ينصب على ذات البيانات الالكترونية، ومنها ما يقع على الانتفاع بها فقط، ومنها ما يكون بمقابل مادي، ومنها ما يكون دون مقابل، فما هو التكيف الفقهي لهذه التعاملات، وهل تعد هذه التصرفات من قبيل التعاملات الجائزة شرعاً أم أنها تخرج عن نطاق المشروعية.

وسوف نتعرض - إن شاء الله تعالى - في هذا الفصل لصور التعامل في البيانات الالكترونية والتكيف الفقهي لهذه الصور، والشروط التي تتعلق بها، وكذلك الأثر المترتب على صحة التعامل في هذه البيانات، وذلك في ثلاثة مباحث.

فأتناول في المبحث الأول : صور التعامل في البيانات الالكترونية وتكييفها الفقهي، وأتناول في المبحث الثاني الشروط اللازم توافرها لصحة التعامل في البيانات الالكترونية، وأتناول في المبحث الثالث : الأثر المترتب على صحة التعامل في البيانات الالكترونية.

### المبحث الأول

#### صور التعامل في البيانات الالكترونية، وتكييفها الفقهي

تمهيد وتقسيم :

تتعدد صور التعامل في البيانات الالكترونية فمنها ما ينصب على البيانات الالكترونية ذاتها، ومنها ما يكون بالانتفاع بها - بالبيانات الالكترونية-، ومن هذه

التعاملات ما يكون بمقابل ومنها ما يكون دون مقابل، وسوف نتعرض لأهم التعاملات الي تقع على هذه البيانات في هذا المبحث، وقد قسمته إلى مطلبين.

**المطلب الأول:** - صور التعامل في البيانات الالكترونية .

**المطلب الثاني:** التكيف الفقهي للتصرف في البيانات الالكترونية .

## المطلب الأول

### صور التعامل في البيانات الالكترونية

تمهيد وتقسيم:

يتخذ التعامل - التصرف - في البيانات الالكترونية العديد من الصور فمنها

ما يكون معاوضة، ومنها ما يكون تبرعاً، ومنها ما ينصب على البيانات الالكترونية

ذاتها، ومنها ما يكون الغرض منه الانتفاع فقط بالبيانات الالكترونية.

وقبل التعرض لما قد يقع على البيانات الالكترونية من تعاملات سوف نتعرض

- إن شاء الله تعالى - للتعاملات التي تقع على الأموال - بصفة عامة - حتى

يتبين لنا أهم وأبرز التعاملات التي يمكن أن ترد على البيانات الالكترونية باعتبارها

مالأً، ثم نبين التصرفات التي تقع على البيانات الالكترونية، وذلك في الفرعين

الآتيين:

**الفرع الأول:** التصرف في الأموال.

**الفرع الثاني :** التصرف في البيانات الالكترونية.

## الفرع الأول التصرف في الأموال

تتعدد التصرفات في الأموال والحقوق<sup>(١)</sup>، وتتخذ عدداً من الصور والأنواع، وتتنوع هذه التصرفات إلى عدد من الأنواع حسب زاوية النظر إليها<sup>(٢)</sup>، وسوف نقتصر في هذا المقام على التصرفات التي يقصد منها التملكيات باعتبارها أوسع التصرفات وأظهرها، كما أنها تتناسب مع موضوع البحث. وتتنوع عقود التملكيات إلى نوعين فمنها ما يكون معاوضة، ومنها ما يكون تبرعاً<sup>(٣)</sup>.

ويقصد بعقود المعاوضات: هي تلك العقود التي تقوم على الالتزامات المتبادلة بين العاقدين وتشمّل هذه العقود البيع والإجارة<sup>(١)</sup>

(١) ويقصد بالحق هنا الحق المالي الذي يمكن التصرف فيه مستقلاً عن الشيء محل الحق ذاته.

(٢) فتتقسم التصرفات إلى عدد من التقسيمات منها :

التقسيم الأول: بحسب الغرض من التصرف : فتتقسم العقود بهذا الاعتبار إلى عقود (تملكيات- عقود إسقاطات- عقود إطلاقات- عقود تقييدات- عقود شركات- عقود حفظ- عقود توثيقات )  
التقسيم الثاني: بحسب اعتبار الشارع لها: ولقد اختلف الفقهاء في تقسيم العقود بهذا الاعتبار إلى فريقين :

الفريق الأول: جمهور الفقهاء " المالكية، والشافعية، والحنابلة" فتتقسم العقود عندهم إلى نوعين (عقد صحيح- عقد فاسد " أو باطل")

الفريق الثاني: الأحناف: وتتنقسم العقود عندهم إلى ثلاثة أنواع : (صحيحة، وفاسدة، وباطلة)

التقسيم الثالث: بحسب التجيز وعدمه: فتتقسم العقود بهذا الاعتبار إلى: عقود منجزة ، ومضافة إلى أجل، ومعلقة على شرط"

راجع في بيان هذه التقسيمات : د. سعيد أبو الفتوح: المدخل للفقهاء الإسلاميين، مرجع سابق، ص ١٦ وما بعدها

(٣) الجوهرة النيرة شرح مختصر القدروري: كتاب الإجارة .

ويقصد بعقود التبرعات : هي تلك العقود التي تقوم على عدم التبادل بين  
الالتزامات" فيكون التملك من جانب واحد دون التزام الطرف الآخر بتقديم شيء  
لطرف الآخر؛ وتشمل هذه العقود " الهبة ، والعارية"  
ويمكن أن تقسم التصرفات بالنظر إلى المعقود عليه إلى "بيع، وهبة، وإجارة،  
وعارية"

وجه التقسيم:" إنه قد يكون المعقود عليه في العقد العين والمنفعة جميعاً، فإذا  
كان ذلك بعوض فإنه يكون بيعاً، وإذا كان تبرعاً يكون هبةً.  
وقد يكون المعقود عليه في العقد المنفعة فقط فإذا كان بعوض كان إجارة، وإذا  
كان تبرعاً كان عارية.

ومن المناسب في هذا المقام أن نتعرض لتعريف عقد البيع، وعقد الإجارة،  
وعقد الهبة، وعقد العارية باعتبار أن هذه العقود أظهر العقود وأشهرها التي تقع  
على الأموال" ولأن هذه العقود هي التي تتناسب مع البيانات الالكترونية حال  
التصرف فيها" .

➤ **عقد البيع :** إن التعريف بالبيع يقتضي التعريف به عند أهل اللغة، ثم  
تعريفه في الاصطلاح.

---

(١) فقد يكون المعقود عليه في عقد المعاوضة تملك العين والمنفعة جميعاً فهو عقد البيع التام، وقد  
يكون تملك الانتفاع بالعين فقط ويطلق عليه بيع المنفعة.

وقد يكون المعقود عليه في عقد المعاوضة هو المنفعة فقط ويطلق عليه عقد الإجارة.  
وهناك وجه شبه بين بيع المنفعة وعقد الإجارة: حيث إن المقصود منهما هو تملك المنفعة، إلا أن  
هناك فارقاً بينهما : يظهر في أن بيع المنفعة غير مؤقت بوقت معين بينما عقد الإجارة مؤقت  
بوقت معين فيعد الوقت عنصراً هاماً في هذا العقد، كما أنهما يختلفان في الأثر المترتب على كل  
منهما.

أ- تعريف البيع في اللغة: البيع من الأضداد فيقال باع الشيء إذا شراه أو اشتراه، وقيل هو مطلق المبادلة<sup>(١)</sup>.

ب- تعريف البيع في الاصطلاح: عرف الفقهاء عقد البيع بعدة تعريفات من هذه التعريفات

**تعريف الأحناف:** عرف الأحناف البيع بعدة تعريفات فعرفوه: بأنه مبادلة مال بمال، بالتراضي<sup>(٢)</sup>، وعرفوه بأنه: "مبادلة مال بمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب"<sup>(٣)</sup>، كما عرفوه بأنه: مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكاً وتملكاً<sup>(٤)</sup>.

(١) التعريفات: علي بن محمد بن علي الجرجاني، مرجع سابق، ص ٦٨، رقم (٣٠٠).

(٢) اللباب شرح الكتاب: عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني، طبعة: دار الكتاب العربي ص ١١٠ (نسخة محققة: قام بها محمد أمين النووي)، البحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٧٧.

(٣) العناية على الهداية شرح بداية المبتدي: للعيني، كتاب البيوع. ومن تعريفات الأحناف للبيع تعريف صاحب البدائع -الكاساني- بأنه: "مبادلة مرغوب فيه بشيء مرغوب فيه" أنظر بدائع الصنائع: للكاساني: مرجع سابق، ج ٥، ص ١٣٤. وعرفه ابن عابدين في حاشيته بأنه: "مبادلة مرغوب فيه بمثله على وجه مخصوص" أنظر رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين: لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، مرجع سابق، ج ٤، ص ٥٠٢.

يؤخذ من تعريفات الأحناف: أنه يخرج به المبادلة بطريق التبرع أو الهبة بشرط العوض، ويتناول عندهم بيع المكره، فإنه بيع منعقد - عندهم - وإن لم يلزم. (٤) فإن وجد تملك المال بالمنافع فهو إجارة أو نكاح.

**تعريف المالكية:** عُرف البيع عند المالكية بعدة تعريفات فعرف بأنه " دفع

عوض في معوض<sup>(١)</sup> - وأعترض على هذا التعريف - فعرفوه بأنه: "نقل الملك بعوض<sup>(٢)</sup>" وعرف ابن عرفه - من المالكية - البيع بإطلاقين<sup>(٣)</sup>:

الأول: **البيع بالمعنى الأعم** بأنه " عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة<sup>(٤)</sup> "

الثاني: **البيع بالمعنى الأخص:** " عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة

لذة نو مكايسة<sup>(٥)</sup> / أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه<sup>(٦)</sup> "

---

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل: لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني (المتوفى : ٩٥٤هـ) : ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م ، دار عالم الكتب، ج ٦، ص ٤، وذكر أنه قد نقله ابن عبد السلام، وعلق عليه بأنه يشمل الصحيح والفاقد، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: للشيخ علي الصعيدي العدوي المالكي، طبعة ١٤١٢، دار الفكر، بيروت - لبنان ، ج ٢، ص ١٧٧ (نسخة محققة قام بها يوسف الشيخ محمد البقاعي)

(٢) المراجع السابقة، ذات الصفحات.

(٣) شرح حدود ابن عرفة الشافية: لمحمد بن عرفة ، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٢٦، وما بعدها " كتاب البيوع "البهجة في شرح التحفة: لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، الطبعة : الأولى - ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م، دار الكتب العلمية - لبنان - بيروت، ج ٢، ص ٤٠، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي (المتوفى : ١١٢٦هـ) ، طبعة مكتبة الثقافة الدينية، ج ٣، ص ١٠٨٤، (نسخة محققة قام بها محمد فرحات)

(٤) وتعريف البيع بالمعنى الأعم يشمل: " هبة الثواب والصرف والمراطلة والسلم"، ويخرج الإجارة والكراء والنكاح."

(٥) ومعنى ذو مكايسة : أي ذو مغالبة.

(٦) وتعريف البيع بالمعنى الأخص يخرج: " هبة الثواب والصرف والمراطلة والسلم"

**تعريف الشافعية:** عرف الشافعية البيع بتعريفات عدة منها أنه: "عقد يتضمن مقابلة مال بمال على وجه مخصوص<sup>(١)</sup>" كما عرفه البعض بأنه: "عقد معاوضة محضة يقتضي ملك عين أو منفعة على الدوام لا على وجه القربة"<sup>(٢)</sup>.

**تعريف الحنابلة:** عرف الحنابلة البيع بأنه: "مبادلة مال ولو في الذمة أو منفعة مباحة كتمر الدار بمثل أحدهما على التأبيد"<sup>(٣)</sup> كما عرفوه بأنه: "مبادلة المال بالمال بقصد التملك بغير ربا" وعرفوه كذلك بأنه: "مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملكاً"<sup>(٤)</sup>.

مما سبق: نجد أن الفقهاء متفقون على أن البيع هو: "عقد يقتضي مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكاً وتملكاً على وجه الدوام"

➤ **عقد الإجارة:** يقتضي التعرف على الإجارة تعريفها في اللغة، وفي

الاصطلاح

(١) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: لمحمد الشربيني الخطيب، طبعة ١٤١٥، دار الفكر، بيروت- لبنان، ج ٢، ص ٢٧٣.

(٢) حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرّة العين بمهمات الدين: لأبي بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، ج ٣، ص ٢.

(٣) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٦.

(٤) الشرح الكبير: لابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لعلاء الدين أبي الحسن علي ابن سليمان المرادوي، دمشق الصالحي، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ج ٤، ص ١٨٧.



أ- تعريف الإجارة في اللغة: الإجارة مصدر أجر يأجر وهو ما أعطيت من أجر في عمل<sup>(١)</sup>، والإجارة هي عقد على المنافع بعوض<sup>(٢)</sup>.

ب- تعريف الإجارة في الاصطلاح: عرف الفقهاء الإجارة بعدة تعريفات منها:

تعريف الأحناف: عرّف الأحناف الإجارة بعدة تعريفات أظهرها أنها: "عقد

على المنافع بعوض مالي يتجدد انعقاده بحسب حدوث المنافع ساعة فساعة"<sup>(٣)</sup> كما عرفوها بأنها: "بيع منفعة معلومة بأجر معلوم"<sup>(٤)</sup>

تعريف المالكية<sup>(١)</sup>: عرّف المالكية الإجارة بأنها: "المعاوضة على

المنافع"<sup>(٢)</sup> وعرفها ابن عرفة - من المالكية- بأنها: "بيع منفعة ما أمكن نقله غير

---

(١) لسان العرب: لابن منظور، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٠، المصباح المنير: للفيومي، مرجع سابق، ج ١، ص ٩.

(٢) المعجم الوسيط: قام بإخراجه مجموعة، ج ١، ص ٧، التعريفات: للجرجاني، مرجع سابق، ص ٦٨، رقم (٢٢).

(٣) شرح العناية على الهداية: أكمل الدين محمد بن محمود البابرّي، مطبوع مع كتاب فتح القدير، ج ٨، ص ٣، وما بعدها.

وعرفوها بأنها: "تمليك المنافع" أنظر البحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٩٧، وعرفوها بأنها: "بيع منفعة معلومة جنساً وقدرًا بعوض مالي من غير جنس المعقود عليه معلوم قدرًا وصفة"

أنظر مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المدعو بشيخي زاده، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، دار الكتب العلمية، لبنان - بيروت، ج ٣، ص ٥١١.

(٤) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، ١٣١٣هـ، دار الكتب الإسلامي، القاهرة - مصر، ج ٥، ص ١٠٥.

سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها بعضها يتبعض بتبعيضها<sup>(٣)</sup> وعرفوها كذلك بأنها: "عقد معاوضة على تملك منفعة بعوض بما يدل عليه"<sup>(٤)</sup>

**تعريف الشافعية:** عرّف الشافعية الإجارة بأنها: تملك منفعة بعوض بشروط<sup>(٥)</sup> ولقد ذكر فقهاء المذهب أن الأولى أن يقال في التعريف "عقد على تملك منفعة بعوض"<sup>(٦)</sup> وعرفت كذلك بأنها: "عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم وضعاً"<sup>(٧)</sup>

**تعريف الحنابلة:** عرف الحنابلة الإجارة بعدة تعريفات منها أنها "بيع المنافع"<sup>(٨)</sup> وعرفت بأنها: "عقد على المنافع"<sup>(٩)</sup> وعرفت كذلك بأنها: "عقد على منفعة

---

(١) ولقد خصّ المالكية الإجارة بمنافع الآدمي والكراء لمنافع غيره- ويعد هذا مصطلحاً ولا مشاحة في الاصطلاح- وقد يطلق أحدهما على الآخر". أنظر: البهجة في شرح التحفة: للتسولي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٦٢ .

(٢) البهجة في شرح التحفة: للتسولي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٦٢ .

(٣) شرح حدود ابن عرفة: للأنصاري الرصاع، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥١٦ .

(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير: لأحمد الصاوي، مرجع سابق، ج ٨، ص ٤٦٤ .

(٥) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: للخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٧٤ .

(٦) حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب المسمى (التجريد لنفع العبيد): سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، المكتبة الإسلامية، ديار بكر - تركيا، ج ٣، ص ١٦٣ ،

(٧) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري: العلامة الشيخ سليمان الجمل، دار الفكر، بيروت - لبنان، ج ٧، ص ٢٤٤ ، حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين: للشيخ شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م دار الفكر، لبنان - بيروت، ج ٣، ص ٦٨ .

(٨) الكافي في فقه الإمام المجل أحمد بن حنبل: لأبي عبد الله محمد بن قدامي المقدسي، ج ٢، ص ١٦٩ .

مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً مدة معلومة من عين معلومة أو موصوفة في الذمة أو عمل معلوم بعوض معلوم<sup>(٢)</sup>، كما عرفت بأنها: "بذل عوض معلوم في منفعة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة أو في عمل معلوم"<sup>(٣)</sup>

ويؤخذ من التعريفات السابقة للفقهاء لعقد الإجارة: أن الفقهاء متفقون على أن المعقود عليه في عقد الإجارة هو المنفعة المتحصلة من العين، وأن المقصود من عقد الإجارة هو تملك المنفعة بعوض.

➤ **عقد الهبة:** يقتضي التعرف على عقد الهبة تعريفها في اللغة، وفي

### الاصطلاح

أ- **تعريف الهبة في اللغة:** مصدر الفعل "وهب" يقال وهب الشيء يهبه وهبا ووهبا وهبة أعطاه إياه بلا عوض فهو واهب ووهوب ووهاب ووهابة، والهبة هي: العطية الخالية من الأعيان والأغراض<sup>(٤)</sup>.

ب- **تعريف الهبة في الاصطلاح:** عرف الفقهاء الهبة بعدة تعريفات منها:

---

(١) المبدع شرح المقنع: لأبي إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م، دار عالم الكتب، الرياض، ج ٥، ص ٣.

(٢) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٨٣.

(٣) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٥، وذكر أنه لو زيد في التعريف منفعة مباحة مدة معلومة" لكان أولى.

(٤) لسان العرب: لابن منظور، مرجع سابق، ج ١، ص ٨٠٣، المعجم الوسيط: قام بإخراجه مجموعة، ج ٢، ص ١٠٥٩، باب الواو.

**تعريف الأحناف:** عرف الأحناف الهبة بعدة تعريفات أظهرها أنها: "تمليك العين بلا عوض"<sup>(١)</sup> كما عرفوها بأنها: "تمليك المال بشرط عدم اكتساب العوض في الحال"<sup>(٢)</sup>؛ وعرفت كذلك بأنها: "تمليك مالٍ لآخر بلا عوض"<sup>(٣)</sup>.

**تعريف المالكية:** عرف المالكية الهبة بأنها: "تمليك بلا عوض"<sup>(٤)</sup>، كما عرفوها بأنها: "تمليك متمول بغير عوض إنشاء"<sup>(٥)</sup> وعرفت كذلك بأنها: "تمليك من له التبرع ذاتاً يقبل شرعاً لأهل بصيغة أو ما يدل على التملك"<sup>(٦)</sup>

**تعريف الشافعية:** عرف الشافعية الهبة - العطية - بالمعنى العام لها بأنها: "تمليك العين بلا عوض في حال الحياة"<sup>(١)</sup> وعرفوا الهبة بالمعنى الخاص

---

(١) البحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٨٤، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م، دار الفكر، بيروت لبنان ٤، ج، ص ٣٧٤، وعرفت بتعريف قريب من هذا وهو: "تمليك العين مجاناً" أنظر حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج ٥، ص ٦٨٧.

(٢) فتح القدير للعاجز الفقير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السكندري المشهور بابن الهمام، مرجع سابق، دار إحياء التراث العربي، القاهرة - مصر، ٧، ص ٤٧٩، "وهو أيضاً طبعة دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان"

(٣) معج الأنهر شرح ملتقى الأبحر: لشيخ زاده، مرجع سابق، ج ١، ص ٤٨٩، درر الحكام شرح مجلة الأحكام المادة (٨٣٣).

(٤) مواهب الجليل: للحطاب، مرجع سابق، ج ٨، ص ٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لمحمد عرفه الدسوقي، دار الفكر، بيروت - لبنان، ج ٤، ص ٩٧.

(٥) البهجة في شرح التحفة: للتسولي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٩٣، حاشية الخرشي: لأبي عبد الله محمد علي الخرشي، مرجع سابق، ج ٧، ص ١٠١.

(٦) حاشية الصاوي على الشرح الصغير: لأحمد الصاوي، مرجع سابق، ج ٩، ص ١٩٨

لها بأنها: "تمليك بلا عوض بإيجاب وقبول خال عما نكر في الأولين - النقل  
إكراماً في الهدية، وغرض الثواب في الصدقة" - (٢).

تعريف الحنابلة: عرف الحنابلة الهبة بأنها: "تمليك المال في الحياة بغير  
عوض" (٣) وعرفوها بأنها: "تمليك في حياته بغير عوض" (٤)، وعرفوها أيضاً بأنها: "التبرع بتمليك مال في حياته" (٥)

ويؤخذ مما سبق: أن الفقهاء متفقون على أن المقصود من عقد الهبة هو  
تمليك مال - العين - حال حياة الواهب من غير عوض"

➤ عقد العارية: يقتضي التعرف على عقد العارية تعريفها في اللغة، وتعريفها  
في الاصطلاح

أ- تعريف العارية في اللغة: والعارية منسوبة إلى العارة وهو اسم من  
الإعارة تقول أعزته الشيء أعيره إعارة وعاراً، ومنه يتعاون العواري،

---

(١) مغني المحتاج: للخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٩٦، وهذا التعريف يشمل جميع أنواع العطايا: الهبة، والهدية، والصدقة، ومن تعريفهم بالمعنى العام أيضاً "تمليك بلا عوض" أنظر أسنى المطالب شرح روض الطالب: لأبي يحيى زكريا الأنصاري، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٠م، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ج ٢، ص ٤٧٨، كما عرفوها بأنها: "تمليك تطوع في حياة" أنظر فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: لأبي زكريا الأنصاري، مرجع سابق، ج ١، ص ٤٤٦.

(٢) أسنى المطالب شرح روض الطالب: لأبي يحيى زكريا الأنصاري، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤٧٨

(٣) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي مرجع سابق، ج ٧، ص ٨٨.

(٤) المبدع في شرح المقنع: لابن مفلح أبو إسحاق، برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، (المتوفى: ٨٨٤هـ)، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م، دار عالم الكتب، الرياض - السعودية، ج ٥، ص ٢٧٥.

(٥) الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل: لابن قدامه، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٥٦.

ويتعورونها يتبادلونها، ومنه تعور واستعار منه الشيء طلبه منه عارية<sup>(١)</sup>.

ب- تعريف العارية في الاصطلاح : عرف الفقهاء العارية بعدة تعريفات منها:

**تعريف الأحناف:** عرف الأحناف العارية بعدة تعريفات منها أنها: "تمليك المنافع بغير عوض"<sup>(٢)</sup> كما عرفوها بأنها: "إباحة المنافع بملك الغير"<sup>(٣)</sup>.  
**تعريف المالكية:** عرف المالكية العارية بعدة تعريفات منها أنها: "تمليك المنفعة المباحة بلا عوض"<sup>(٤)</sup> كما عرفوها بأنها: "تمليك منافع العين بغير عوض"<sup>(٥)</sup>، وعرفوها أيضاً بأنها: "تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض"<sup>(٦)</sup>

- 
- (١) مختار الصحاح : لأبي بكر الرازي، مرجع سابق، ص ٤٦٧، باب (عور)، لسان العرب : لابن منظور، مرجع سابق، ج ٤، ص ٦١٢، المعجم الوسيط : قام بإخراجه مجموعة، ج ٢، ص ٦٣٦ باب العين، المصباح المنير: للفيومي، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٢٦، كتاب العين باب (عور)، "وقيل في تعريفها أنها من العار إلا أنه قول ضعيف"
- (٢) البحر الرائق : لابن نجيم ، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٨٠ " وهذا التعريف منسوب إلى الإمام أبي بكر الرازي، ويؤخذ من الأحكام التي تتعلق بعقد الإجارة أن الإجارة تكون لمدة مدة معلومة.
- (٣) الجوهرة النيرة " وهو منسوب إلى الكرخي" وذكر الشارح أن التعريف الأول أولى" مذكور أيضاً في حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٤٣،
- (٤) إرشاد السالك لأقرب المسالك على مذهب الإمام مالك : لشهاب الدين عبد الرحمن بن محمد بن عسكر شهاب الدين البغدادي المالكي، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٢٥.
- (٥) القوانين الفقهية : لابن جزي الكلبي، مرجع سابق، ص ٢٤٥.
- (٦) التاج والإكليل : للأبي، مرجع سابق، ج ٩، ص ٦٩، شرح حدود ابن عرفة الوافية: لابن عرفة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤٥٨.

**تعريف الشافعية:** عرف الشافعية العارية بعدة تعريفات منها أنها: "هبة المنافع مع استيفاء ملك الرقبة"<sup>(١)</sup> وعرفت بأنها: "إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه"<sup>(٢)</sup> وعرفت بأنها: "العقد المتضمن لإباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه"<sup>(٣)</sup>

**تعريف الحنابلة:** عرف الحنابلة العارية بعدة تعريفات منها أنها: "هبة المنافع"<sup>(٤)</sup> وعرفت بأنها "إباحة منفعة بغير عوض"<sup>(٥)</sup>، وعرفت بأنها "إباحة الانتفاع بعين من المال"<sup>(٦)</sup>، وعرفت بأنها: "إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه"<sup>(٧)</sup>

- 
- (١) أسنى المطالب شرح روض الطالب : لأبي يحيى زكريا الأنصاري، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤٧٨، الحاوي الكبير : للماوردي، مرجع سابق، ج ٧، ص ١١٦،
  - (٢) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: للخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٦٢.
  - (٣) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لشهاب الدين الرملي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤٧٨، حاشية الجمل على المنهج : للشيخ أبي يحيى زكريا الأنصاري، مرجع سابق، ج ٧، ص ١١، الحاوي الكبير : للماوردي، مرجع سابق، ج ٧، ص ١١٦، حاشية القليوبي : للشيخ شهاب الدين بن سلامة القليوبي، ج ٣، ص ١٩،
  - (٤) الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢١٣ .
  - (٥) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٧٥، الإقناع في فقه الإمام أحمد: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٣١.
  - (٦) الشرح الكبير : لابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٥٤.
  - (٧) المبدع في شرح المقتع: لابن مفلح مرجع سابق، ج ٥، ص ٧٢.

ويؤخذ مما سبق : أن الفقهاء- وإن اختلفت عباراتهم- متفقون على أن المعقود عليه في عقد العارية هو المنفعة المتحصلة من العين، وأن المقصود من عقد العارية هو الانتفاع بالعين بغير عوض مع بقاء العين<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني التصرف في البيانات الالكترونية

ذكرت في الفرع السابق أن التصرف في الأموال تتخذ عدداً من الصور من أظهرها ما يقصد به التملك<sup>(٢)</sup> وقد يكون عقد التملك معاوضة وقد يكون تبرعاً. ولما كان التكليف الفقهي للبيانات الالكترونية بأنها مالٌ - سواء أكانت مستقلة عن الجهاز الذي يحملها أم كانت منفعة متحصلة من الجهاز - فإنه من المناسب أن نضع تعريفاً للعقود التي ترد على البيانات الالكترونية بحيث يكون التعريف متناسباً ومتسقاً مع البيانات الالكترونية باعتبارها المعقود عليه في العقد، وكذلك مع الغرض من العقد، ومن أشهر العقود التي ترد على البيانات الالكترونية " عقد البيع، وعقد الإجارة، وعقد الهبة، وعقد العارية"

أ. **عقد بيع** : يمكن لنا أن نضع تعريفاً لعقد بيع البيانات الالكترونية بما يتفق والغرض من عقد البيع، وطبيعة هذه البيانات، بأنه : " عقد يقصد منه مبادلة البيانات الالكترونية بالمال المتقوم تملكاً وتملكاً على وجه الدوام بما يتفق وطبيعة هذه البيانات "

### شرح التعريف:

(١) ويظهر هذا في الشروط التي وضعها الفقهاء لعقد العارية، إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في وصف العارية هل هي إباحة الانتفاع بالعين أم أنها تملك الانتفاع بالعين.

(٢) راجع ما سبق في الفرع السابق من هذا المطلب.



(عقد) : العقد هو ارتباط إيجاب صادر من طرف وقبول من طرف آخر على وجه يحدث أثره في المحل - المعقود عليه -<sup>(١)</sup> وبهذا يلزم وجود إيجاب من طرف وقبول من طرف آخر<sup>(٢)</sup>

(يقصد منه) : أي الغرض منه.

(مبادلة): من الأخذ والإعطاء.

(البيانات الالكترونية): هي المعقود عليه في هذا العقد وهو قيد في التعريف

يخرج غير البيانات الالكترونية<sup>(٣)</sup>

(بالمال المتقوم): وهو الثمن في العقد<sup>(٤)</sup>.

(تمليكاً وتملكاً): أي بنقل ملكية البيانات الالكترونية من البائع إلى المشتري،

ونقل الثمن من المشتري إلى البائع.

---

(١) راجع في تعريف العقد البحر الرائق : لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٧٨. د. أحمد فراج حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٢٤، وما بعدها ، عيسوي أحمد عيسوي: المدخل ونظرية العقد ، مرجع سابق، ص ٢٧٤، د. سعيد أبو الفتوح محمد، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص ٥، د. محمد نجيب عوضين : نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٤٩، وما بعدها.

(٢) وهو تعريف العقد بالإطلاق الخاص .

(٣) كمبادلة الجهاز ذاته التي يحمل البيانات، فإذا كان المعقود عليه هو الجهاز فإن البيانات التي

يحملها الجهاز تكون تابعة للمعقود وليست هي المعقود عليه الأصيل، ويشترط في هذه البيانات

أن يتوافر فيها عددٌ من الشروط لصحة العقد.

(٤) ويشترط في الثمن أن يكون مالاً متقوماً .

(على وجه الدوام): أي على سبيل التأييد، وهو قيد ثان في التعريف يخرج مبادلة البيانات الالكترونية على سبيل التأقيت، كالانتفاع بالبيانات الالكترونية فقط دون نقل ملكية البيانات الالكترونية.

(بما يتفق وطبيعة هذه البيانات): لأن البيانات الالكترونية - كما ذكرنا سابقاً - تختلف طبيعتها حسب نوع البيان<sup>(١)</sup>.

ب. عقد الإجارة: يمكن لنا أن نضع تعريفاً لعقد إجارة البيانات الالكترونية بما يتفق والغرض من عقد الإجارة، وطبيعة هذه البيانات، بأنه: "عقد يقصد منه الانتفاع بالبيانات الالكترونية بعوض مالي مدة زمنية معينة"

#### شرح التعريف:

(عقد): العقد - كما سبق تعريفه - "ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يحدث أثره في المعقود عليه"<sup>(٢)</sup>.

(يقصد منه) أي الغرض منه.

(الانتفاع): حيث إن المقصود من عقد الإجارة هو الانتفاع بالعين - الانتفاع بالبيانات الالكترونية -<sup>(٣)</sup>، ولا بد أن تكون المنفعة مقصودة في ذاتها، وهو قيد في

---

(١) وهذا إلى نوعين: النوع الأول: البيانات الأساسية، البيانات المتحصلة من الجهاز.

(٢) راجع ما سبق .

(٣) ويستوي في ذلك قيام المستخدم للبيانات بالانتفاع فعلاً بالبيانات أم مضت المدة دون أن ينتفع

بها.

التعريف يخرج العقد على البيانات بقصد تملكها، كما يخرج عقد العارية إذا كانت المنفعة من العقد غير مقصودة<sup>(١)</sup>.

(ب) بالبيانات الالكترونية) قد تكون البيانات الالكترونية محل عقد الإجارة بيانات أساسية" برامج التشغيل، والتطبيق" وقد تكون البيانات بيانات متحصلة من الجهاز" بيانات مستقلة".

(بعوض مالي): وهو المال الذي يدفع مقابل الانتفاع بالبيانات الالكترونية، وهو قيد في التعريف يخرج الانتفاع بالبيانات الالكترونية دون مقابل، "وبذلك يخرج عقد العارية"

(مدة زمنية معينة) : وهو قيد في التعريف يخرج الانتفاع بالبيانات الالكترونية مطلقاً، حيث إن الإجارة مؤقتة بزمن معين، فبيان الأجل للانتفاع بالبيانات الالكترونية لازم لصحة العقد.

ويلاحظ أن عقد إجارة البيانات الالكترونية هو "عقد شخصي" فلا يجوز لمستأجر هذه البيانات - للمستخدم "User" - أن ينقلها إلى شخص آخر، وذلك عن طريق نسخ هذه البيانات للغير حتى ينتفع بها، حتى وإن كان هذا خلال مدة الإجارة للبيانات<sup>(٢)</sup>.

ج. عقد الهبة: ويمكن أن نعرف الهبة التي ترد على البيانات الالكترونية بأنها "عقد يتضمن تملك البيانات الالكترونية بغير عوض ممن له الحق في ذلك"

---

(١) أنظر في هذا المعنى البحر الرائق : لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٩٨، " في عقد الإجارة".

(٢) ولهذه الخاصية في عقد الإجارة أهمية تظهر في الأثر المترتب على العقد ذاته.

## شرح التعريف:

(عقد): وهو كما سبق تعريفه: "ارتباط الإيجاب بالقبول على نحو يحدث أثره في المحل<sup>(١)</sup> ولا يشترط في العقد صيغة معينة فكل ما يدل عليه العرف في انعقاد العقد ينعقد به العقد.

(يتضمن): يقصد منه.

(تمليك): نقل الملكية من طرف - الواهب "وهو مالك البيانات"<sup>(٢)</sup> - إلى طرف

آخر - الموهوب له "وهو المستخدم لهذه البيانات"

(البيانات الالكترونية): وهو المعقود عليه في عقد الهبة وهو ذات البيانات

الالكترونية، سواء أكانت هذه البيانات بيانات أساسية - برامج التشغيل أو التطبيق -، أو بيانات متحصلة من الجهاز.

(بغير عوض): وهو قيد في التعريف يخرج تملك البيانات الالكترونية

بعوض، سواء أكان العوض عوضاً مالياً، أم بقصد الثواب<sup>(٣)</sup>

(ممن له الحق في ذلك): وهو مالك البيانات الالكترونية الذي توافرت فيه

الشروط الواجب توافرها في العاقد<sup>(٤)</sup>، وهو قيد في التعريف يخرج من ليس له الحق

في ذلك "كالمستخدم للبيانات الالكترونية أو حائزها غير المالك لها"

(١) البحر الرائق: لابن نجيم مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٧٨.

(٢) فلا يكفي في هبة البيانات الالكترونية أن يكون الواهب لهذه البيانات حائزاً لها فقط سواء أكانت هذه الحيازة مشروعة أو غير ذلك.

(٣) فقد يكون تملك البيانات الالكترونية بقصد الثواب، ومثالها: الكتب الفقهية، والموسوعات المختلفة" وفي هذه الصورة يمكن أن يطلق على هذا التصرف هبة بالمعنى - الإطلاق - العام لها، فتأخذ حكم العطية.

(٤) أنظر لاحقاً الشروط الواجب توافرها في العاقد .

د. عقد العارية: ويمكن أن نعرف العارية التي ترد على البيانات الالكترونية بأنها العقد المتضمن جواز الانتفاع بالبيانات الالكترونية بصفة مؤقتة بغير عوض مع بقاء عينها"

شرح التعريف

(العقد): العقد هو ارتباط إيجاب صادر من طرف وقبول من طرف آخر على وجه يحدث أثره في المعقود عليه<sup>(١)</sup>

(المتضمن): المشتمل.

(جواز) إمكان.

(الانتفاع) قيد في التعريف يخرج قصد التمليك .

(البيانات الالكترونية) وهي المعقود عليه في العقد، وهو قيد في التعريف يخرج الانتفاع بغير البيانات الالكترونية.

(بصفة مؤقتة) قيد في التعريف يخرج الانتفاع بالبيانات الالكترونية بصفة مستمرة "دائمة".

(بغير عوض) قيد في التعريف يخرج الانتفاع بالبيانات الالكترونية بعوض "عقد الإجارة"

(مع بقاء عينها) وهو قيد في التعريف يخرج الانتفاع بالبيانات الالكترونية إذا أدى هذا الانتفاع إلى زوال البيانات الالكترونية، ويحدث هذا إذا كان استخدام البيانات الالكترونية لمرة واحدة.

---

(١) راجع ما سبق ص من هذا البحث

ويلاحظ أن عقد عارية البيانات الالكترونية هو "عقد شخصي" فلا يجوز للمستخدم "User" المستعير أن ينقل البيانات إلى شخص آخر، وذلك عن طريق نسخ هذه البيانات للغير حتى ينتفع بها<sup>(١)</sup>.

---

(١) ولهذه الخاصية في عقد العارية أهمية تظهر في الأثر المترتب على العقد ذاته.

## المطلب الثاني التكييف الفقهي للتصرف في البيانات الالكترونية

يثار في هذا المقام تساؤل هام ألا وهو ما هو الوصف الشرعي - التكييف الفقهي - للتصرف في البيانات الالكترونية، فهل التصرف في البيانات الالكترونية إذا كان معاوضة يعد عقد بيع أم أنه عقد إجارة، وإذا كان تبرعاً فهل يعد عقد هبة أم أنه يعد عقد عارية؟

والإجابة على هذا التساؤل لها أهمية في مجال البحث حيث من خلالها يمكن لنا أن نتعرف على طبيعة التصرف الوارد على البيانات الالكترونية، والضوابط التي تتعلق بهذا التصرف.

ويتوقف التكييف الفقهي للتصرف في البيانات الالكترونية على أمرين:

**الأول:** نوع التصرف الوارد على البيانات الالكترونية.

**الثاني:** نوع البيان ذاته، فقد يكون البيان من البيانات الأساسية " برامج

التشغيل، وبرامج التطبيق" وقد يكون من البيانات التي يمكن أن تستقل عن الجهاز الذي يحملها، وسوف نبحث التكييف الفقهي للتصرف في البيانات الالكترونية في الفرع الآتيين:

**الفرع الأول:** التصرف في البيانات الأساسية " برامج التشغيل ، وبرامج التطبيق.

**الفرع الثاني:** التصرف في البيانات المتحصلة من الجهاز.

## الفرع الأول

التصرف في البيانات الأساسية " برامج التشغيل"  
يتوقف التكيف الفقهي للتصرف في البيانات الأساسية " برامج التشغيل  
وبرامج التطبيق" على أمرين :

الأمر الأول: التكيف الفقهي لهذه البرامج باعتبارها مالاً مستقلاً أم أنها منفعة  
متحصلة من الجهاز.

الأمر الثاني : الغرض الأساسي من التصرف ذاته.

فأما بالنسبة للأمر الأول : "التكيف الفقهي للبيانات الأساسية" برامج  
التشغيل، والتطبيق": فنفرق هنا بين فرضين :

الفرض الأول: كون هذه البيانات مستقلة عن جهاز الكمبيوتر. " أي تم تحميلها  
على دعامة مستقلة عن الجهاز - كالقرص الصلب أو القرص المرن، أو الأسطوانة  
المدمجة، أو غير ذلك-.

الفرض الثاني: كون هذه البيانات مدمجة مع الجهاز - تم تحميلها على  
جهاز الكمبيوتر - أو الجهاز الخاص بها - .

فأما بالنسبة للفرض الأول: " كون هذه البيانات مستقلة عن جهاز  
الكمبيوتر" الجهاز المخصص للانتفاع بها" وذلك بكونها محملة على دعامة مستقلة  
بها، فهذه البيانات " البرامج" تعد مالاً مستقلاً يجوز التصرف فيه استقلالاً عن  
الجهاز الذي يحملها وذلك عن طريق الدعامة التي يتم الاحتفاظ بالبرامج عليها،  
فيجوز التصرف في هذه البيانات " البرامج" بكافة أنواع التصرف<sup>(١)</sup>.

---

(١) ويتوقف نوع التصرف على الغرض الرئيسي من العقد، وذلك إذا كان العقد لنقل الملكية بعوض  
مالي، أو بغير عوض، أو كان للانتفاع بالبيانات بعوض مالي أو بغير عوض.



وأما بالنسبة للفرض الثاني: "كون هذه البيانات مدمجة مع الجهاز" ففي هذا الفرض لا يمكن التصرف في البيانات الالكترونية استقلاً عن الجهاز الذي يحملها، فهذه البيانات- في هذا الفرض- تعد منفعة متحصلة من الجهاز.

وأما بالنسبة للأمر الثاني: الغرض الأساسي من التصرف ذاته "فيتوقف معرفة التكيف الفقهي للتصرف على البيانات من الغرض الرئيسي لهذا التصرف من حيث كونه بيعاً، أو إجارة، أو هبة، أو إعارة.

وبناءً على هذا:

• إذا كان التصرف في برامج التشغيل، والتطبيق المستقلة عن الجهاز " فإن التكيف الفقهي للتصرف في هذه البرامج يتوقف على الغرض من التصرف على الوجه الآتي:

فإذا كان الغرض من التصرف في "هذه البرامج" هو "نقل ملكية البيانات" من البائع- المالك الشرعي للبيانات- إلى المشتري بعوض مالي: فإن هذا العقد يعد عقد بيع.

وإذا كان الغرض من التصرف في هذه "البرامج" هو "ملك المنفعة لهذه البيانات" من المالك الشرعي للبيانات إلى المستأجر - المستخدم - بعوض مالي ولمدة زمنية معلومة: فإن هذا العقد يعد عقد إجارة.

وإذا كان الغرض من التصرف في هذه البرامج " هو نقل ملكية البيانات من المالك الشرعي للبيانات إلى الغير بغير عوض مالي: فإن هذا العقد يعد عقد هبة. وإذا كان الغرض من التصرف في هذه البرامج " هو الانتفاع بالبيانات الالكترونية للمستخدم بغير عوض مالي فإن هذا العقد يعد عقد عارية.

ومن ثم يمكن لنا القول بأن برامج التشغيل ، والتطبيق المستقلة عن الجهاز" يجري عليها كافة التصرفات الشرعية من بيع، وإجارة، وهبة، وعارية.

• إذا كان التصرف يرد على البيانات المرتبطة بالجهاز"برامج التشغيل، والتطبيق المحملة على الجهاز " فإننا نفرق بين فرضين:

الأول: إذا كان التصرف في البيانات المحملة على الجهاز "برامج التشغيل، والتطبيق المحملة على الجهاز مع الجهاز الذي يحملها.

فهذا الأمر لا يثير صعوبة حيث إن البيانات الموجودة على الجهاز تعد منفعة متحصلة من الجهاز، فيجوز التصرف فيها تبعاً للجهاز الذي يحملها بكافة صور التصرف، فيجري عليها كافة التصرفات الناقلة للملكية تبعاً للجهاز الذي يحملها.

الثاني: إذا كان التصرف في البيانات المحملة على الجهاز برامج التشغيل، والتطبيق المحملة على الجهاز مستقلاً عن الجهاز الذي يحملها.

فإن هذا الفرض يثير بعض التساؤلات حيث لا يتم التصرف في البيانات المحملة على الجهاز مستقلة إلا بأحد طريقتين :

الطريق الأول : التصرف في البيانات الالكترونية- البرامج- بتحميلها على دعامة ثم محو البيانات من على جهاز الكمبيوتر" وهو أمر نادر الحدوث عملاً" فهنا التصرف ورد على البيان الأصلي- البرامج الأصلي- فيجري عليه كافة التصرفات الشرعية (١) .

---

(١) مع الوضع في الاعتبار طبيعة العقد الذي اكتسب به البيانات الالكترونية، إذا كان عقد بيع، أو إجارة، أو هبة، أو عارية، بما يتفق وطبيعة العقد.

**الفرض الثاني :** التصرف في البيانات الالكترونية بنسخ هذه البيانات - البرامج - والتصرف في نسخ هذه البيانات لا في البيانات ذاتها - البرنامج الأصلي - مع بقاء البرنامج الأصلي على جهاز الكمبيوتر. فما مدى جواز التصرف في نسخ البيانات - البرامج - مع بقاء أصلها على الجهاز؟

فهل يجوز التصرف في هذه النسخ باعتبارها من منافع البيانات - المنافع العينية - أم باعتبارها من الزوائد المنفصلة عن البيانات، أم أنه لا يجوز التصرف في هذه النسخ أصلاً؟ يتوقف الإجابة على هذا التساؤل على العقد الذي تم اكتساب البيانات الالكترونية على أساسه.

فإذا كان العقد يجيز التصرف في البيانات بنسخها والتصرف فيها استقلالاً كان التصرف في نسخ هذه البيانات جائزاً<sup>(١)</sup>.

وإذا كان العقد لا يجيز التصرف في البيانات الالكترونية بنسخها والتصرف فيها فلا يجوز القيام بذلك<sup>(٢)</sup>.

---

(١) إلا أن هذا الصورة نادرة الحدوث، وذلك لأن المتصرف - البائع - في هذه البرامج غالباً ما يحتفظ بحقه في عدم جواز نسخ هذه البيانات وبيعها.

(٢) وإذا قام الحائز لهذه البيانات بنسخها والتصرف في النسخ كان متعبداً في تصرفه.

## الفرع الثاني

التصرف في البيانات المتحصلة من الجهاز لا يثير التصرف في البيانات الالكترونية المتحصلة من الجهاز صعوبة (١)، فالذي يحدد الوصف الشرعي للتصرف الوارد على هذه البيانات هو الغرض الأساسي من التصرف - العقد - ذاته إذا كان بيعاً أو إجارةً أو هبةً، أو عاريةً. فإذا كان الغرض من التصرف في البيانات هو نقل ملكية البيانات من البائع - المالك الشرعي للبيانات - إلى المشتري بعوض مالي فإن هذا العقد يعد عقد بيع. إلا أن المسألة تدق في مدى اعتبار بيع البيانات الالكترونية بيعاً ينشأ عنه ملك تام أم ملك ناقص؟

ويقصد بالملك التام : أي ملكية الرقبة - البيانات الالكترونية ذاتها - والانتفاع بها معاً، ويقصد بالملك الناقص أي الانتفاع بالبيانات الالكترونية فقط ويكون له الحق في الانتفاع بها بما يتفق وطبيعة البيانات الالكترونية دون أن يكون له الحق في الملكية (٢).

- 
- (١) لأنها تعد وفقاً للتكييف الفقهي مالاً مستقلاً، راجع ما سبق من هذا البحث ص (٢) وهذه الصورة يمكن وجودها عند بيع البيانات الالكترونية إذا كان الغرض من التصرف هو الانتفاع بالبيانات الالكترونية مع احتفاظ المالك - المصمم لهذه البيانات - بالحقوق المالية للبيانات الالكترونية، فيعطي المالك لهذه البيانات المشتري الحق في استخدام البيانات بصفة دائمة والتصرف فيها دون أن يكون له الحق في نسخ هذه البيانات أكثر من مرة والتصرف في هذه النسخ، أي أن يكون له الحق في استعمال البيانات دون اسغلالها - بإجارتها للغير -، أو نسخها.

وإذا كان الغرض من التصرف في البيانات هو الانتفاع بالبيانات الالكترونية للمستخدم لهذه البيانات بمقابل مالي لمدة زمنية معينة<sup>(١)</sup> فإن العقد يعد عقد إجارة<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان الغرض من التصرف في البيانات هو نقل ملكية البيانات من المالك الشرعي للبيانات إلى الغير بغير عوض مالي فإن هذا العقد يعد عقد هبة.

فإذا كان الغرض من التصرف في البيانات هو الانتفاع بالبيانات الالكترونية للمستخدم بغير عوض مالي فإن هذا العقد يعد عقد عارية.

ومن ثم يمكن لنا القول بأن البيانات المتحصلة من الجهاز يجري عليها كافة التصرفات الشرعية من بيع، وإجارة، وهبة، وعارية.

---

(١) بالإضافة إلى كون المنفعة في عقد الإجارة مقصودة لذاتها، فإذا كانت المنفعة غير مقصودة فلا تصح الإجارة.

(٢) ويتم ذلك بعدة طرق منها:

- تسليم البيانات على دعامة مستقلة : القرص الصلب ، أو القرص المرن، أو الفلاشة أو غير ذلك، ويتم تحميلها على الجهاز فترة زمنية ثم يتم استردادها من المستأجر "المستخدم" بعد مرور هذه الفترة.
- تحميل البيانات عبر أحد المواقع الالكترونية : وذلك عن طريق تسليم البيانات إلى المستخدم "المستأجر" بتحميلها من أحد المواقع الالكترونية للاستفادة بها فترة زمنية معينة، ويتم محو هذه البيانات- البرامج بعد ذلك.

## المبحث الثاني الشروط اللازم توافرها لصحة التعامل في البيانات الالكترونية

تمهيد وتقسيم :

يتعلق بالبيانات الالكترونية - باعتبارها محلاً للعقد- عدد من الشروط حتى يكون التصرف- العقد- صحيحاً ومنتجاً لأثاره من الناحية الشرعية، ولقد وضع الفقهاء عدداً من الشروط في التصرف في المال بصفة عامة، وهذه الشروط تختلف باختلاف نوع العقد، فمن هذه الشروط ما يتعلق بعقد البيع، ومنها ما يتعلق بالإجارة، ومنها ما يتعلق بالهبة ، ومنها ما يتعلق بالعارية.

وسوف نتناول الشروط التي تتعلق بالبيانات الالكترونية بما يتفق مع طبيعتها، ونوع العقد الذي يتعلق بهذه البيانات،.

والتصرفات التي ترد على الأموال بصفة عامة، والبيانات الالكترونية قد تكون بمقابل مالي- بعوض- وقد تكون بغير عوض مالي.

ولما كان للشروط التي تتعلق بالبيانات الالكترونية أهمية في مجال البحث حيث يتم تحديد مدى صحة العقد من عدمه، لذا قد خصصت لها هذا المبحث وقسمته إلى مطلبين:

**المطلب الأول:** الشروط اللازم توافرها لصحة التصرف في البيانات الالكترونية بعوض.

**المطلب الثاني:** : الشروط اللازم توافرها لصحة التعامل في البيانات الالكترونية بغير عوض.

## المطلب الأول

الشروط اللازم توافرها لصحة التصرف في البيانات  
الالكترونية بعوض

تمهيد وتقسيم :

يقصد بالتصرف على البيانات الالكترونية بعوض : أي بمقابل مالي سواء  
أكان المعقود عليه هو العين والمنفعة جميعاً، أو المنفعة فقط، ومن ثم فإنه يشمل  
البيع والإجارة.

ويتعلق بالتصرف في البيانات الالكترونية عدد من الشروط حتى يكون  
التصرف صحيحاً ومنتجاً لأثاره، ولمعرفة الشروط التي تتعلق بالتصرف في البيانات  
الالكترونية لابد من معرفة الشروط التي تتعلق بالتصرف في الأموال سواء أكان هذا  
التصرف بيعاً، أو إجارةً.

والذي نفتصر عليه في هذا المقام هو الشروط التي تتعلق بالمعقود عليه-

البيانات الالكترونية-، وسوف نتناول هذه الشروط في الفرعين الآتيين

الفرع الأول: الشروط اللازم توافرها لصحة عقد البيع .

الفرع الثاني: الشروط اللازم توافرها لصحة عقد الإجارة.

## الفرع الأول

الشروط اللازم توافرها لصحة عقد البيع

لمعرفة الشروط التي تتعلق بصحة بيع البيانات الالكترونية محل البحث-

لايد من معرفة الشروط اللازم توافرها في المعقود عليه- بصفة عامة- لصحة عقد

البيع.

لذا سوف نتناول هذه الشروط في الغصنين الآتيين : أتناول في الغصن الأول الشروط التي تتعلق بالمعقود عليه لصحة عقد البيع ، وأتناول في الغصن الثاني الشروط التي تتعلق بالبيانات الالكترونية لصحة عقد البيع.

### الغصن الأول

الشروط التي تتعلق بالمعقود عليه لصحة عقد البيع وضع الفقهاء عدداً من الشروط لصحة عقد البيع تتعلق بالمعقود عليه<sup>(١)</sup>، وهذه الشروط هي<sup>(٢)</sup>:

(١) وإلى جانب هذه الشروط توجد شروط تتعلق بالصيغة ، وشروط تتعلق بالعاقدين .  
فأما ما يتعلق بالصيغة :

الشرط الأول: أن يكون القبول موافقاً للإيجاب .

الشرط الثاني: اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد .

وأما ما يتعلق بالعاقدين

الشرط الأول: أن يكون العاقدان أهلاً لمباشرة التصرف .

الشرط الثاني : أن يكون العاقد له مالاً أو له ولاية في العقد .

الشرط الثالث: أن يكون العاقد طائعاً جاداً في العقد

"ولقد اختلف الفقهاء في المقصود ببعض هذه الشروط"

أنظر تفصيلاً في هذه الشروط :

بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٣٦، منح الجليل على مختصر خليل: لمحمد

عليش، طبعة ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م. دار الفكر، بيروت- لبنان، ج ٤، ص ٤٣٤، وما بعدها،

الوسيط في المذهب : للإمام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، طبعة عام ١٤١٧ هـ ،

دار السلام، القاهرة - مصر، ج ٣، ص ٨، وما بعدها، المبدع في شرح المقنع: لابن مفلح،

مرجع سابق ج ٣، ص ٢٤٣، وما بعدها.

(٢) أنظر في هذه الشروط تفصيلاً:



الشرط الأول : أن يكون موجوداً وقت العقد: فلا ينعقد بيع المعدوم، وماله خطر العدم. (١)

الشرط الثاني : أن يكون مالاً طاهراً: فلا ينعقد البيع على غير المال كما لا ينعقد على ما كان نجساً، وكذا ما لا نفع فيه<sup>(٢)</sup>.

الشرط الثالث : أن يكون مملوكاً : لأن البيع هو تملك فإذا كان المعقود عليه غير مملوك فلا ينعقد البيع<sup>(٣)</sup>.

---

بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٤٠، وما بعدها، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٧٩، بلغة السالك لأقرب المسالك: لأحمد الصاوي، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م، دار الكتب العلمية، لبنان - بيروت، ج ٣، ص ٤، وما بعدها، (نسخة محققة قام بها: محمد عبد السلام شاهين)، الوسيط في المذهب : للإمام أبي حامد الغزالي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٧، وما بعدها، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٩، وما بعدها.

(١) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٣٨، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٧٩.

(٢) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٤٠، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٧٩، بلغة السالك لأقرب المسالك: لأحمد الصاوي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤، الوسيط في المذهب : للإمام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، ١٤١٧، دار السلام، القاهرة - مصر، ج ٣، ص ١٧، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٩.

(٣) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٤٦، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٧٩، بلغة السالك لأقرب المسالك: لأحمد الصاوي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤، المهذب في فقه الإمام الشافعي: لأبي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، بيروت - لبنان، ج ١، ص ٢٦١، الوسيط في المذهب: للغزالي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٢، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٦٢.

الشرط الرابع: أن يكون معلوماً : فلا يصح بيع المجهول، والعلم يتعلق بعين المبيع وقدره ووصفه<sup>(١)</sup> .

الشرط الخامس: أن يكون مقدوراً على التسليم؛ فلا يصح بيع ما لا يقدر على تسليمه سواء أعلم مكانه أو جهل، ولو لقادر على تحصيله<sup>(٢)</sup>.

## الغصن الثاني

### الشروط التي تتعلق بالبيانات الالكترونية لصحة عقد البيع

من خلال الشروط التي وضعها الفقهاء في العقود عليه في عقد البيع يمكن لنا أن نضع شروطاً لصحة بيع البيانات الالكترونية تكون مستنبطة من الشروط التي وضعها الفقهاء، ومتسقة مع طبيعة البيانات الالكترونية. وهذه الشروط منها ما هو عام ينطبق على كافة البيانات الالكترونية، ومنها ما هو خاص يتوقف على نوع البيانات الالكترونية. فأما الشروط العامة فتتمثل في الآتي:

- 
- (١) الوسيط في المذهب : للإمام الغزالي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٦، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٦٤.
- (٢) بدائع الصنائع : للكاساني، ج ٥، ص ١٤٦، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٧٩، القوانين الفقهية : لابن جزي، مرجع سابق، ج ١، ص ١٦٣، بلغة السالك لأقرب المسالك: لأحمد الصاوي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤، الوسيط في المذهب : للإمام الغزالي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٣، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٦٤ .

الشرط الأول: مشروعية البيانات محل العقد: فإذا كانت البيانات غير مشروعاً كما لو كانت بيانات مخلة بالنظام العام والآداب العامة فتخرج عن كونها بيانات مشروعاً، ولا يجوز التعامل فيها.

الشرط الثاني: أن تكون البيانات مالياً متقوماً: فإذا كانت البيانات غير مال كما لو كانت في الأصل غير مال<sup>(١)</sup> أو لو ترك الناس التعامل بها، - كما لو كانت ذات قيمة ثم ترك الناس التعامل بها<sup>(٢)</sup> - وهذا بخلاف ما إذا نقصت قيمة البيانات، فإن نقصان القيمة لا يخرج البيانات من كونها مالياً<sup>(٣)</sup>، ولكن الذي يخرجها من كونها مالياً هو ترك الناس التعامل بها .

الشرط الثالث: إمكان حيازتها : وذلك بإمكانية حيازتها في جهاز الحاسب الآلي - الكمبيوتر - الخاص بها<sup>(٤)</sup>

---

(١) راجع ما سبق من هذا البحث .

(٢) كالعديد من البرامج والبيانات الالكترونية التي كان الناس يتعاملون بها إلا أنهم تركوا التعامل بها كبرامج التشغيل الدوس "Dos" واللوجو ، فهذه البرامج كانت تعتبر مالياً متقوماً إلا أنه قد حل مكانها الآن العديد من برامج التشغيل - " الويندوز "Windoos" بإصدارته المختلفة- ومن ثم ترك الناس التعامل بها وخرجت عن كونها مالياً متقوماً.

(٣) كما لو كانت البيانات ذات قيمة عالية وقت إصدارها ثم صدرت بعد ذلك عدة إصدارات متعاقبة، فكل إصدار يؤثر سلباً في قيمة الإصدار السابق عليه .

(٤) أما إذا كانت البيانات لا يمكن حيازتها على جهاز الحاسب الآلي: فتخرج عن كونها مالياً كما لو كانت هذه البيانات على مواقع شبكة البيانات المعلوماتية " الإنترنت" فقط دون إمكانية تحميلها على الجهاز، فهنا يتم الانتفاع بها عن طريق قراءتها فقط - الاطلاع عليها-، ولا يتم الانتفاع بها بطرق آخر.

الشرط الرابع: بقاء البيانات الالكترونية مدة زمنية : وهذا الشرط يرتبط بإمكان الانتفاع بالبيانات الالكترونية<sup>(١)</sup>، ويقصد به بقاء البيانات الالكترونية مدة زمنية معينة بحيث يتاح لمشتري هذه البيانات استعمالها والانتفاع بها، وهذه المدة تختلف باختلاف البيانات ذاتها، فمن البيانات ما يمكن الانتفاع به مرة واحدة فقط فيلزم لصحة العقد عليها بقاؤها مدة الانتفاع بها، ومنها ما يتم استعماله والانتفاع به أكثر من مرة " كبرامج التشغيل وبرامج التطبيق" فهذا النوع من البيانات يحتاج إلى مدة زمنية أطول؛ فإذا تلفت البيانات الالكترونية بمجرد نقلها أو بيعها من الدعامة المحملة عليها فقد فقدت بذلك شرطاً هاماً في صحة البيع.

أما إذا تم بيعها ومضت مدة زمنية بحيث يمكن للمشتري استعمالها أو الانتفاع بها ولم يقم المشتري بالاستعمال أو الانتفاع بالبيانات الالكترونية فإن الشرط يكون قد تحقق في حقه ويكون العقد صحيحاً.

**وأما الشروط الخاصة : فيوجد شروط خاصة بأنواع معينة من البيانات**

**الشرط الخامس:** إمكانية النقل من جهاز إلى آخر: وهذا الشرط يستتبع من التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية- وكما سبق القول إن هذه البيانات تعد مالياً منقولاً-، وبذلك يمكن نقلها من جهاز إلى آخر بسهولة وبسر.

وهذا الشرط يتعلق بنوع معين من البيانات وهو البيانات المستقلة عن الجهاز، فهذه البيانات حتى ينطبق عليها كونها مالياً لا بد من إمكانية نقلها من جهاز إلى آخر، وذلك باعتبارها مالياً منقولاً، أما البيانات اللازمة لتشغيل الجهاز فهي ترتبط بالجهاز الموجود، فلا يمكن نقلها من جهاز إلى آخر إلا بنسخها.

---

(١) فإذا كانت البيانات الالكترونية لا يمكن الانتفاع بها فإنها تخرج عن كونها مالياً فما لا نفع فيه لا يعد مالياً .

ومع هذا يوجد نوع من البيانات حتى يتم الاستفادة به لابد من وجوده على جهاز معين، وهنا لا يتم التصرف في هذه البيانات مستقلة عن الجهاز، فيتم بيعها مع الجهاز الذي يحملها<sup>(١)</sup>.

كما يوجد نوع من البيانات الالكترونية يمكن نقله من جهاز إلى آخر ولكن يوجد مع هذا النوع برنامج حماية بحيث لا يمكن نسخ - نقل البيانات - من جهاز إلى آخر إلا بتسجيل على البرنامج- أو ما يسمى بفك الشفرة الخاصة بالبرنامج<sup>(٢)</sup>، فيتم تحميل هذه البيانات مرة واحدة على جهاز المستخدم بحيث يقوم البرنامج بقراءة مكونات الجهاز ويتعرف عليها ولا يتم نسخ هذه البيانات على جهاز آخر.

### الفرع الثاني

الشروط اللازم توافرها لصحة عقد الإجارة  
وضع الفقهاء عدداً من الشروط في عقد الإجارة تتعلق بالمعقود عليه حتى يكون العقد صحيحاً، ولمعرفة الشروط التي تتعلق بصحة إجارة البيانات الالكترونية

- 
- (١) ومثال هذه البيانات : الأجهزة الخاصة بالقواميس والمعاجم، فهي خاصة بالجهاز الذي يحملها، وما يشبهها، حيث إن هذه الأجهزة - التي كانت منتشرة في فترة التسعينات من القرن العشرين- كانت مصممة لاستيعاب نوع واحد فقط من البرامج "كبرامج القواميس" Dictionary Progames"، وألعاب معينة تسمى بألعاب الفيديو "Video Games"
- (٢) ومثال هذه البيانات : البيانات الخاصة بالموسوعات كالموسوعة الفقهية، وموسوعات الأحكام، فحتى يتم الاستفادة بهذه البيانات لابد من تحميلها على جهاز الحاسب الآلي- الكمبيوتر - وإعطاء الرقم الخاص بالجهاز الذي تم وضع البيانات عليه، فهنا لا يمكن التصرف في هذه البيانات مستقلة عن الجهاز الذي يحملها.

محل البحث- لابد من معرفة الشروط اللازم توافرها في المعقود عليه لصحة عقد الإجارة.

لذا سوف نتناول هذه الشروط في الغصن الآتيين : أتناول في الغصن الأول شروط المعقود عليه لصحة عقد الإجارة، وأتناول في الغصن الثاني الشروط التي تتعلق بالبيانات الالكترونية لصحة الإجارة.

### الغصن الأول

الشروط اللازم توافرها في المعقود عليه لصحة عقد الإجارة

وضع الفقهاء عدداً من الشروط في عقد الإجارة تتعلق بالمعقود عليه حتى يكون العقد صحيحاً<sup>(١)</sup>، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول : أن تكون العين موجودة وقت العقد: فيشترط في صحة الإجارة أن تكون العين محل المنفعة موجودة وقت الانعقاد، وذلك لأن المنفعة معدومة وقت الانعقاد فهي تحدث ساعة وساعة فتقوم العين مقام المنفعة في الانعقاد<sup>(٢)</sup>.

الشرط الثاني : أن تكون المنفعة مقصودة : أي أن يكون الغرض من الإجارة الانتفاع من العين المؤجرة انتفاعاً مقصوداً، أما إذا كانت المنفعة غير مقصودة فلا يصح العقد<sup>(٣)</sup>.

---

(١) وإلى جانب هذه الشروط توجد شروط تتعلق بالصيغة والعاقدين، وهي ذات الشروط التي

اشترطها الفقهاء في عقد البيع، أنظر ما سبق من البحث

(٢) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٤ ، ص ص ٢٠١، ٢٠٢، شرح الخرشي على

مختصر خليل: لأبي عبد الله الخرشي، مرجع سابق، ج ٧ ، ص ٢٩٨.

(٣) وضرب الفقهاء لذلك أمثلة منها:

وكذلك إذا كان الغرض هو استيفاء عين قصداً كما لو استأجر شجراً لثمره فالغرض هنا هو استيفاء العين لا استيفاء المنفعة فلا تصح الإجارة لاستيفاء هذا الغرض<sup>(١)</sup>.

الشرط الثالث : أن تكون المنفعة معلومة : أي كون المنفعة معلومة علماً يمنع المنازعة ويتحقق ذلك بتسمية المنفعة ببيان قدرها ووصفها، أو ببيان مدة العقد<sup>(٢)</sup>، فإذا كانت المنفعة مجهولة جهالة تؤدي إلى المنازعة فلا يصح العقد<sup>(٣)</sup>.

الشرط الرابع : أن تكون المنفعة ما يجري عليها عقد المعاوضة : بأنها متقومة في ذاتها فإذا كانت المنفعة غير متقومة أي مما لا يجري عليها عقد

---

"إذا استأجر ثياباً ليبسطها ولا يقعد عليها ولا ينام، أو دابة ليربطها في فئائه ويظن الناس أنها له" فالإجارة في جميع ذلك فاسدة ولا أجرة له لأن المنفعة المعقود عليها غير مقصودة من هذا العقد. أنظر: بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٧٥، شرح الخرشي على مختصر خليل: لأبي عبد الله الخرشي، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٩٨، الوسيط : للإمام الغزالي، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٥٧، كشف القناع عن متن الإقناع : للبهوتي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٥٤٧.

(١) أنظر : بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٧٥، شرح الخرشي على مختصر خليل: لأبي عبد الله الخرشي، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٩٨، الوسيط: للإمام الغزالي، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٥٨، كشف القناع عن متن الإقناع : للبهوتي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٥٥٩.

(٢) وهو يختلف باختلاف المعقود عليه.

(٣) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٧٥، شرح الخرشي على مختصر خليل: لأبي عبد الله الخرشي، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٩٨، الوسيط : للإمام الغزالي، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٦٦، كشف القناع عن متن الإقناع : للبهوتي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٥٥٩.

المعاوضة بأن كانت من المباحات فلا يصح العقد عليها، وإن حدث فلا يستحق الأجر. (١)

الشرط الخامس: أن يتم تسليم المنفعة: ويكون تسليم المنفعة بتسليم العين ذاتها فتقوم العين مقام المنفعة، فإذا تعذر تسليم المعقود عليه - المنفعة - قبل القبض فلا بدل (٢).

(١) وضرب الفقهاء لذلك أمثلة منها:

"كما لو استأجر كتباً ليقراً فيها شعراً أو فقهاً، أو استأجر مصحفاً للغير لينظر فيه، فهذه الإجارة لا تصح، لأن منافع الدفاتر النظر فيها والنظر في دفتر الغير مباح من غير أجر فصار كما لو استأجر ظل حائط خارج داره ليقعد فيه، ولانعدام عقد المعاوضة عليها." وكما لو أجر تقاحة ليشمها أو استأجر الطعام لتزيين الحوانيت فإنه لا يصح؛ إذ لا قيمة له، وكذلك كل ما لا يعرف بعينه"

أنظر: بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٧٥، شرح الخرشي على مختصر خليل: لأبي عبد الله الخرشي، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٩٨، الوسيط: للإمام الغزالي، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤، كشف القناع عن متن الإقناع: للبهوتي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٥٩٩. وهنا قد اعتبر الفقهاء أن هذه الأمور من المباحات لذا لا يصح العقد عليها، مع وجود اختلاف فيما يعد من المباحات وما لا يعد منها"

(٢) بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٧٥، شرح الخرشي على مختصر خليل: لأبي عبد الله الخرشي، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٩٨، الوسيط: للإمام الغزالي، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٥٧، كشف القناع عن متن الإقناع: للبهوتي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٥٤٨.



## الغصن الثاني

### الشروط التي تتعلق بالبيانات الالكترونية لصحة الإجارة

بعد التعرض لما وضعه الفقهاء من شروط لصحة عقد الإجارة - بصفة عامة- يمكن لنا أن نضع الشروط الخاصة بصحة عقد إجارة البيانات الالكترونية يكون متسقاً مع الشروط التي وضعها الفقهاء، ومتفقاً مع طبيعة البيانات الالكترونية، وهذه الشروط هي :

الشرط الأول: أن تكون البيانات الالكترونية محل المنفعة متحصلة من طريق مشروع بما يجوز إجارتها : بأن تكون هذه البيانات قد حصل عليها المؤجر عن طريق البيع<sup>(١)</sup>، أو الهبة، فإذا كانت متحصلة بطريق مشروع إلا أنه لا يجيز إجارتها كما لو كانت متحصلة من عقد بيع مع وجود شرط الانتفاع بها للمستخدم فقط<sup>(٢)</sup>، أو متحصلة من عقد إجارة- طبقاً للرأي المختار<sup>(٣)</sup> - فلا يجوز إجارة هذه البيانات، ومن أولى إذا كانت متحصلة عن طريق غير مشروع.<sup>(٤)</sup>

---

(١) يقصد به البيع المطلق عن الشرط بعدم التصرف، وكذلك عدم وجود عرف - في بيع البيانات

الالكترونية- يقضي بعدم التصرف في البيانات الالكترونية

(٢) والمراد به هنا إجارة البيانات مستقلة عن الجهاز، دون إجارة البيانات مع الجهاز الذي يحملها، فتوجد أنواع من البيانات الالكترونية لا يمكن نقلها من جهاز إلى آخر وبالتالي لا يمكن إجارتها إلا بإجارة الجهاز الذي يحملها.

(٣) أنظر لاحقاً في مدى جواز إجارة المستعير البيانات الالكترونية ص من هذا البحث.

(٤) ويتحقق ذلك بعدة طرق أشهرها اللولج إلى المواقع الالكترونية - غير المرخص لها- وتحميل البيانات الالكترونية من هذه المواقع، وكذلك نسخ البيانات الالكترونية بطريق غير مشروع والتصرف فيها بعد ذلك.

الشرط الثاني أن تكون المنفعة موجودة: ويكون وجودها بوجود البيانات الالكترونية ذاتها، وأن تكون هذه البيانات يمكن الانتفاع بها ويكون ذلك بإمكانية تشغيل البيانات " البرامج" على الأجهزة المخصصة لذلك، أما إذا كانت المنفعة غير موجودة في الأصل كما لو كان البرنامج به خلل يمنع الانتفاع به، أو أن البيانات موجودة إلا أنه لا يوجد أجهزة لإمكان تشغيل البيانات والانتفاع بها<sup>(١)</sup> فإن المنفعة تلحق بالعدم ولا يجوز العقد عليها.

الشرط الثالث : أن تكون المنفعة متقومة : بأن تكون ما يجري عليها عقد المعاوضة وأن يتم الاعتياض عنها ويتم فيها بذل المال في مقابلها، أما إذا كانت غير متقومة بأن كانت من البيانات التي يجوز للجميع الاطلاع عليها، والانتفاع بها فلا يصح عقد الإجارة عليها<sup>(٢)</sup>.

الشرط الرابع أن تكون المنفعة معلومة : ويتحقق ذلك بمعرفة ما يتحصل من البيانات، وذلك بأن تكون البيانات الالكترونية مخصصة للقيام بنتائج معينة، فما يستفاد من البيانات " البرامج" من نتائج يعد منفعة معلومة<sup>(٣)</sup>.

---

(١) ويتحقق ذلك بأمرين :

الأول: إذا كانت البيانات أو البرامج قديمة ولا يوجد أجهزة للانتفاع بها - لتشغيل هذه البيانات - ويحدث ذلك كثيراً لوجود التطور السريع في إنتاج أجهزة الحاسوب والتخلي عن الأجهزة القديمة التي تقوم بتشغيل هذه البيانات.

الثاني : أن تكون هذه البيانات أو البرامج في طور التجربة ولا يوجد أجهزة - في الأسواق - لتطبيق أو تشغيل هذه البيانات والانتفاع بها" وهو فرض قلما يحدث".

(٢) وهو ما عبر عنه الفقهاء بأن تكون المنفعة من المباحات.

(٣) وهذا الشرط لا يمثل صعوبة في مجال البيانات الالكترونية حيث إن المنفعة من البيانات الالكترونية تكون معلومة مسبقاً وذلك لأن تصميم البيانات " البرامج" يكون مخصص لغرض

الشرط الخامس: أن تكون المنفعة مشروعة: وتكون المنفعة مشروعة إذا كان الغرض منها مشروعاً أي يتفق مع الشرع ولا يخالفه.  
أما إذا كانت المنفعة غير مشروعة كما لو كان الغرض من الانتفاع بهذه البيانات "البرامج" مخالف لقواعد الشرع بأي طريقة كانت فإن العقد عليها يكون غير جائزٍ شرعاً.

الشرط السادس: أن تكون المنفعة مقصودة لذاتها: أي أن يكون الغرض من إجارة البيانات الالكترونية الانتفاع من هذه البيانات "البرامج" انتفاعاً مقصوداً، أما إذا كانت المنفعة غير مقصودة فلا يصح العقد، وكذلك إذا كان الغرض هو استيفاء العين قصداً كما لو كانت طبيعة البيانات "البرامج" تتلشى - تتلف - بعد استخدامها مباشرة، فهنا لا يصح عقد الإجارة في هذه الصورة لأن الغرض من الإجارة هو الانتفاع من البيانات مع بقاء عينها<sup>(١)</sup>.

الشرط السابع: أن يتم تسليم المنفعة: ويمكن تسليم المنفعة من البيانات الالكترونية بعدة طرق منها أن يتم تسليم البيانات الالكترونية ذاتها لينتفع بها، أو تسليم الجهاز الذي يحمل البيانات للانتفاع بالبيانات، وكذلك إمكانية الولوج إلى الموقع الذي يحمل هذه البيانات للانتفاع بها، فإذا تعذر تسليم المعقود عليه - المنفعة - فلا بدل، كما لو تلف البرنامج من الجهاز الذي يوجد به، أو تلف الجهاز ذاته الذي يحمل البيانات، أو تم إغلاق الموقع الذي توجد البيانات عليه.

---

محدد، إلا أنه يختلف باختلاف البرنامج فما خصص للبيانات "البرامج" الإحصائية تكون المنفعة المحددة له القيام بعمل إحصاء محدد، وهكذا.

(١) ويمكن أن يعبر عن هذا الشرط "باستمرارية الانتفاع بالبيانات فترة زمنية"

## المطلب الثاني

الشروط اللازم توافرها لصحة التصرف على البيانات  
الالكترونية بغير عوض

تمهيد وتقسيم :

يقصد بالتصرف بغير عوض: أي بغير مقابل مالي، وهو يشمل التصرف في

البيانات الالكترونية بالهبة، والعارية

يشترط لصحة التعامل في البيانات الالكترونية بغير عوض عدد من الشروط

سواء أكان التصرف هبة، أو عارية.

وسوف أتناول هذه الشروط في الفرعين الآتيين:

### الفرع الأول

الشروط اللازم توافرها لصحة عقد الهبة

وضع الفقهاء عدداً من الشروط في عقد الهبة تتعلق بالمعقود عليه حتى يكون

العقد صحيحاً، ولمعرفة الشروط التي تتعلق بصحة هبة البيانات الالكترونية محل

البحث - لابد من معرفة الشروط اللازم توافرها في صحة عقد الهبة.

لذا سوف نتناول هذه الشروط في الغصنين الآتيين : أتناول في الغصن الأول

شروط المعقود عليه لصحة عقد الهبة، وأتناول في الغصن الثاني الشروط الخاصة

بالبيانات الالكترونية لصحة الهبة.

## الغصن الأول

الشروط اللازمة توافرها في المعقود عليه لصحة عقد الهبة

وضع الفقهاء عدداً من الشروط تتعلق بالمعقود عليه - بصفة عامة - لصحة عقد الهبة وهذه الشروط هي (١):

الشرط الأول: أن يكون الموهوب موجوداً وقت العقد: لأن الهبة تملك للعين في الحال فلا تصح هبة ما ليس بموجود وقت العقد لأنه معدوم وهبة المعدوم لا تصح (٢).

الشرط الثاني: أن يكون مالاً متقوماً: فلا تصح هبة ما ليس بمال أصلاً كالميتة، والدم، وكذلك لا تصح هبة المال غير المتقوم كالخمر، والخنزير في حق المسلم - (٣).

---

(١) وإلى جانب الشروط التي وضعها الفقهاء في المعقود عليه " الموهوب" لصحة الهبة، توجد شروط تتعلق بالصيغة، وشروط تتعلق بالعاقدين:

فأما الشروط التي تتعلق بالصيغة فهي: ألا تكون الصيغة معلقة على ما له خطر الوجود والعدم، وألا تكون الصيغة مضافة إلى وقت"

وأما الشروط التي تتعلق بالعاقدين فهي: "أن يكون الواهب من أهل التبرع".

(٢) بدائع الصنائع: للكاساني: مرجع سابق، ج ٦، ص ١١٩ وما بعدها، منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل: لمحمد عليش، مرجع سابق، ج ٨، ص ١٧٦ وما بعدها، تكملة المجموع شرح المهدب: للمطيعي، دار الفكر، بيروت - لبنان، ج ١٥، ص ٣٧٣ وما بعدها، الإقناع في فقه الإمام أحمد: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٩ وما بعدها.

(٣) المراجع سابق الإشارة إليها ذات الصفحات

بدائع الصنائع: للكاساني: مرجع سابق، ج ٦، ص ١١٩، منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل: لمحمد عليش، ١٤٠٩ مرجع سابق، ج ٨، ص ١٧٦، تكملة المجموع شرح المهدب:

الشرط الثالث : أن يكون مملوكاً: فيشترط أن يكون الموهوب مملوكاً في ذاته  
ومما يصح بيعه، فإذا كان غير مملوك بأن كان من المباحات فلا تجوز هبته، لأن  
الهبه تملك وتمليك ما ليس بمملوك محال (١).

الشرط الرابع: أن يكون مملوكاً للواهب: فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه  
لاستحالة تملك ما ليس بمملوك (٢).

الشرط الخامس: أن يكون مقدوراً على تسليمه: لأن القبض شرط لصحة  
الهبه فإذا كان الموهوب غير مقدور على تسليمه فلا تصح الهبة لاختلال شرط  
القبض حينئذٍ (٣).

---

للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٥، ص ٣٧٣، الإقناع في فقه الإمام أحمد : للحجاوي، مرجع سابق،  
ج ٣، ص ٢٩.

(١) بدائع الصنائع: للكاساني: مرجع سابق، ج ٦، ص ١١٩" وذكر أنه يمكن أن يكون هذا الشرط  
متعلقاً بالواهب" منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل: لمحمد عليش، مرجع سابق، ج ٨،  
ص ١٧٦، تكملة المجموع شرح المهذب : للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٥، ص ٣٧٥، الإقناع في  
فقه الإمام أحمد : للحجاوي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٩.

(٢) بدائع الصنائع: للكاساني: مرجع سابق، ج ٦، ص ١١٩، منح الجليل شرح على مختصر سيد  
خليل: لمحمد عليش، مرجع سابق، ج ٨، ص ١٧٦، تكملة المجموع شرح المهذب : للمطيعي،  
مرجع سابق، ج ١٥، ص ٣٧٥، الإقناع في فقه الإمام أحمد : للحجاوي، مرجع سابق، ج ٣، ص  
٢٩.

(٣) بدائع الصنائع: للكاساني: مرجع سابق، ج ٦، ص ١١٩، منح الجليل شرح على مختصر سيد  
خليل: لمحمد عليش، مرجع سابق، ج ٨، ص ١٧٦" وقد عبر عن هذا الشرط بأنه: "أن يكون مما  
يقبل النقل: والمراد بالنقل أي نقل الملك لا نقل الذات لذا أجازوا هبة الدار" تكملة المجموع شرح  
المهذب : للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٥، ص ٣٧٥، الإقناع في فقه الإمام أحمد : للحجاوي،  
مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٩.

الشرط السادس: أن يكون محوزاً وهذا الشرط محل اختلاف بين الفقهاء إذا كان الموهوب مما ينقسم، أما إذا كان مما لا ينقسم فلم يقع خلاف بينهم في عدم اشتراطه<sup>(١)</sup>.

### الغصن الثاني

## الشروط التي تتعلق بالبيانات الالكترونية لصحة الهبة

بعد ان تعرضنا لما وضعه الفقهاء من شروط لصحة عقد الهبة - بصفة عامة- يمكن لنا أن نضع الشروط الخاصة بصحة عقد هبة البيانات الالكترونية يكون متسقاً مع الشروط التي وضعها الفقهاء، ومتفقاً مع طبيعة البيانات الالكترونية، وهذه الشروط هي :

الشرط الأول: أن تكون البيانات الالكترونية محل العقد متحصلة من طريق مشروع بما يجوز التصرف فيها: بأن تكون هذه البيانات قد تم الحصول عليها عن طريق البيع<sup>(٢)</sup>، أو الهبة، فإذا كانت متحصلة بطريق مشروع ولكنه لا يجوز التصرف فيها بنقل الملكية كما لو كانت متحصلة من عقد إجارة، أو عقد عارية فلا

---

(١) فإذا كان الموهوب مما ينقسم فقد اختلف الفقهاء في اشتراط أن يكون الموهوب محوزاً على رأيين: الرأي الأول: يرى أصحابه عدم اشتراط أن يكون الموهوب محوزاً فتجوز هبة المشاع. وإلى هذا الرأي ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة. الرأي الثاني: يرى أصحابه اشتراط أن يكون الموهوب محوزاً فلا تصح هبة المشاع. وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف.

أما إذا كان الموهوب مما لا ينقسم فلم يختلف الفقهاء في جواز هبة المشاع. (٢) يقصد به البيع المطلق عن الشرط بعدم التصرف، وكذلك عدم وجود عرف - في بيع البيانات الالكترونية- يقضي بعدم التصرف في البيانات الالكترونية .

يجوز التصرف فيها بالهبة، وكذلك وممن باب أولى إذا كان الحصول على هذه البيانات بطريق غير مشروع.

الشرط الثاني: أن تكون البيانات محل العقد موجودة وقت العقد: فإذا كانت البيانات غير موجودة وقت العقد بأن كانت موجودة ثم تلفت أو أتلقت، أو لم تكن موجودة في الأصل - بأن كانت في طور التصميم- فلا تصح هبتها.

الشرط الثالث: أن يكون البيانات محل العقد مالاً متقوماً: فإذا كانت غير مال، أو كانت مالاً إلا أنها ليست متقومة في ذاتها فلا تصح هبتها<sup>(١)</sup>.

الشرط الرابع: أن تكون البيانات مملوكة للواهب: فإذا كانت البيانات غير مملوكة للواهب بأن كانت مملوكة لغيره فلا تصح الهبة لأن هبة مال الغير بغير إذنه لا تصح<sup>(٢)</sup>.

الشرط الخامس: أن تكون البيانات مقدور على تسليمها: ويتم تسليم البيانات الالكترونية بعدة طرق منها أن يتم تسليم البيانات الالكترونية ذاتها على دعامة مستقلة، أو إمكانية الولوج إلى الموقع الذي يحمل هذه البيانات لتحميلها من هذا

---

(١) ويمكن تصور هذا إذا كانت البيانات في طور التصميم ولم يتم الانتهاء من تصميم البيانات بعد، وذلك لأن البيانات- البرامج- تقوم على عدد كبير من الخطوات- المراحل- حتى يتم وصفها بكونها مالاً، فلا تصح هبة هذه البيانات لأنها لم تكتمل بعد ومن ثم لا يمكن اعتبارها مالاً. كذلك أيضاً إذا كانت البيانات مالاً إلا أن الناس قد تركوا التعامل بها فإنها تخرج عن كونها مالاً متقوماً حينئذ.

راجع ما سبق من هذا البحث في التكييف الفقهي للبيانات.

(٢) أما فيما يتعلق بشرط أن يكون الموهوب مملوكاً في ذاته فهو شرط بديهي في البيانات الالكترونية، فلا توجد هذه البيانات إلا مملوكة لشخص سواء أكان هذا الشخص مصمم البيانات- البرامج- أو مالئها.



الموقع، فإذا تعذر تسليم البيانات كما لو تلف البرنامج من الجهاز الذي يوجد به، أو تلف الجهاز ذاته الذي يحمل البيانات، أو تم إغلاق الموقع الذي توجد البيانات عليه، فإن العقد لا يكون صحيحاً.

### الفرع الثاني

الشروط اللازم توافرها لصحة عقد العارية  
وضع الفقهاء عدداً من الشروط في عقد العارية حتى يكون العقد صحيحاً، ولمعرفة الشروط التي تتعلق بصحة إعارة البيانات الالكترونية - محل البحث - لابد من معرفة الشروط اللازم توافرها في المعقود عليه - بصفة عامة - لصحة عقد العارية.

لذا سوف نتناول هذه الشروط في الغصنين الآتيين : أتناول في الغصن الأول شروط المعقود عليه لصحة عقد العارية، وأتناول في الغصن الثاني الشروط التي تتعلق بالبيانات الالكترونية لصحة العارية.

### الغصن الأول

الشروط اللازم توافرها في المعقود عليه لصحة عقد العارية

وضع الفقهاء ضابطاً في المعقود عليه - الشيء المستعار - لصحة عقد العارية ألا وهو " أن يكون مما ينتفع به مع بقاء عينه<sup>(١)</sup>": بأن يكون الشيء المستعار مما لا يستهلك بالانتفاع به لأن حكم عقد العارية هو الانتفاع بالشيء

---

(١) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج٦، ص ٢١٤، منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل : لمحمد عليش، مرجع سابق، ج٨، ص ١٧٦، تكملة الجموع شرح المهذب : للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٤، ص ٢٠٠، المغني : لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٥٩.

المستعار مع بقاء عينه، فإذا كان الشيء محل العقد يستهلك عند الانتفاع به فإن العقد لا يصح .

### الغصن الثاني

#### شروط صحة إعاره البيانات الالكترونية

من خلال الضابط الذي وضعه الفقهاء لصحة عقد العارية يمكن أن نضع ضابطاً لصحة عقد العارية للبيانات الالكترونية يكون متسقاً مع ما وضعه الفقهاء لصحة هذا العقد ومتفقاً مع طبيعة البيانات الالكترونية، ألا وهو: أن تكون البيانات الالكترونية مما يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها: فإذا كانت البيانات الالكترونية تستهلك عند الانتفاع بها ويتحقق ذلك إذا كانت تتلف بمجرد الاستعمال فلا يجوز إعارتها.

## المبحث الثالث الأثر المترتب لصحة العقد على البيانات الإلكترونية

تمهيد وتقسيم :

يترتب على صحة العقد على البيانات الإلكترونية عدد من الآثار، وهذه الآثار تختلف باختلاف العقد ذاته سواء أكان العقد عقد بيع، أو إجارة، أو هبة، أو عارية، ولهذه الآثار أهمية فهي النتيجة المرجوة من العقد على البيانات الإلكترونية. ولما كان للآثار المترتبة على العقد هذه الأهمية فقد خصت لها هذا المبحث وقسمته إلى مطلبين:

**المطلب الأول:** الأثر المترتب على صحة التصرف في البيانات الإلكترونية بعوض.  
**المطلب الثاني:** الأثر المترتب على صحة التصرف في البيانات الإلكترونية بغير عوض.

## المطلب الأول الأثر المترتب على صحة التصرف في البيانات الالكترونية بعوض

تمهيد وتقسيم :

يترتب على صحة التصرف في البيانات الالكترونية بعوض عدد من الآثار  
هذه الآثار تختلف باختلاف العقد من كونه عقد بيع، أو عقد إجارة، وسوف نتناول  
هذه الآثار في الفرعين الآتيين:

### الفرع الأول

الأثر المترتب على صحة بيع البيانات الالكترونية  
يترتب على صحة عقد بيع البيانات الالكترونية عدد من الآثار، ولمعرفة هذه  
الآثار نتعرف أولاً على الأثر المترتب على عقد البيع بصفة عامة، ثم نبين الأثر  
المترتب على بيع البيانات الالكترونية، وذلك في الغصنين الآتيين:  
الغصن الأول : الأثر المترتب على صحة عقد البيع.  
الغصن الثاني: الأثر المترتب على صحة بيع البيانات الالكترونية.

### الغصن الأول

الأثر المترتب على صحة عقد البيع  
يترتب على صحة عقد البيع - بصفة عامة - عدد من الآثار، وهذه الآثار  
منها ما هو أصلي، ومنها ما هو تبعي.  
فأما الأثر الأصلي فهو ثبوت الملك في البديلين، أي ثبوت ملك المبيع للمشتري،  
وثبوت ملك الثمن للبائع.

وأما الأثر التبعي: فعدد من الآثار أهمها: "تسليم المبيع للمشتري"

ولقد رتب الفقهاء عدداً من الأحكام الفقهية على هذين الأثرين<sup>(١)</sup>

### الغصن الثاني

الأثر المترتب على بيع البيانات الالكترونية

بالنظر إلى الآثار التي تترتب على عقد البيع - بصفة عامة- يمكن لنا أن

نستنبط الآثار التي تترتب على عقد بيع البيانات الالكترونية، وأهم هذه الآثار هو:

"ثبوت ملك البيانات الالكترونية للمشتري، وثبوت ملك الثمن للبائع"

وبتطبيق الأحكام الفقهية التي ذكرها الفقهاء في عقد البيع يمكن لنا أن نبين

بعض الأحكام الفقهية التي تتناسب مع طبيعة البيانات الالكترونية من هذه الأحكام:

(١) من هذه الأحكام:

- "عدم جواز التصرف في المبيع قبل قبضه في المنقول إجماعاً، وقد وقع الخلاف بين الفقهاء في التصرف في العقار قبل قبضه"
- "جواز التصرف في الثمن قبل قبضه إلا الصرف والسلم" - أما إذا كان الثمن عيناً " فلا يجوز التصرف فيه قبل القبض "
- " التقابض بين البديلين شرط في بعض البيوع وهو الصرف"، ومنها ما لا يشترط فيه التقابض بين البديلين وهو بيع العين بالعين، ومنها ما يشترط فيه القبض في أحد البديلين وهو "بيع العين بالدين".
- " ثبوت الحق في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن"
- " هلاك المبيع قبل قبضه يوجب انفساخ البيع"

ولمزيد من التفصيل:

راجع : بدائع الصنائع: للكاساني: مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٣٣، وما بعدها، البحر الرائق: لابن نجيم

مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٧٨، وما بعدها، منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل: لمحمد

عليش، مرجع سابق، ج ٨، ص ١٧٦، تكملة المجموع شرح المذهب : للمطيعي، مرجع سابق، ج

١٥، ص ٣٧٥، الإقناع في فقه الإمام أحمد : للحجاوي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٦ المجلد الاول

- عدم جواز التصرف في البيانات الالكترونية قبل قبضها<sup>(١)</sup> وذلك باعتبارها مالاً منقولاً<sup>(٢)</sup>.
- عدم اشتراط التقابض في بيع البيانات الالكترونية سواء أكان بيعها بعين أم بدين.
- ثبوت الحق في حبس المبيع - البيانات الالكترونية - للبائع حتى يستوفي الثمن.
- هلاك البيانات الالكترونية قبل قبضها يؤدي إلى فسخ عقد البيع<sup>(٣)</sup>.

وينتشر ثبوت ملك البيانات الالكترونية تساوياً هاماً ألا وهو: ما هو نطاق ملك المشتري على البيانات الالكترونية، فهل ملك المشتري للبيانات بناءً على عقد البيع يعطي له الحق في التصرف في البيانات الالكترونية ذاتها ونسخ هذه البيانات، والتصرف في هذه النسخ، أم أن حق المشتري للبيانات الالكترونية يكون قاصراً على البيانات الأصلية فقط دون نسخها والتصرف في هذه النسخ؟  
تتوقف الإجابة على هذا التساؤل على عدة نقاط:

(١) وقد يكون قبض البيانات الالكترونية قبضاً حقيقياً ويتم ذلك بتسلمها وحيازتها من البائع على الدعامة المخصصة لذلك (القرص الصلب، أو القرص المرن، أو الفلاشة، أو القرص الضوئي، وغير ذلك)، وقد يكون قبضها قبضاً حكماً .

(٢) راجع ما سبق التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية ص من هذا البحث

(٣) ويظهر هذا الأثر جلياً إذا كانت البيانات من البيانات القيمية، أما إذا كانت البيانات من المثليات فلا يفسخ العقد حينئذٍ لأنها لا تتعين بل هي موصوفة في ذمة البائع، فيلتزم البائع بأن يقدم إلى المشتري - المستخدم - بيانات مماثلة للبيانات محل العقد.

ومثال : البيانات الالكترونية المثلية برامج التشغيل Window، بالإصدارات المختلفة، وبرامج التطبيق كبرامج المكتب "Office programs"

الأولى: طبيعة البيانات الالكترونية محل العقد.

الثانية: نوع الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية.

الثالثة: التكيف الفقهي لنسخ البيانات الالكترونية.

الرابعة : مدى وجود شرط في العقد الوارد على البيانات يتعلق بالنسخ من

البيانات.

أولاً: بالنسبة لطبيعة البيانات الالكترونية<sup>(١)</sup>: فإننا نفرق بين نوعين من

البيانات الالكترونية.

النوع الأول: البيانات الالكترونية الأساسية" برامج التشغيل وبرامج التطبيق"

النوع الثاني : البيانات الالكترونية المتحصلة من الجهاز .

فأما بالنسبة للنوع الأول : "البيانات الالكترونية الأساسية" فإنها – وكما سبق أن

توصلنا – هي منفعة مرتبطة بالجهاز الذي يحملها، وبالتالي لا يمكن التصرف فيها مستقلة عن الجهاز الذي يحملها .

وأما بالنسبة للنوع الثاني: "البيانات المتحصلة من الجهاز" فهذه البيانات تعد

ملاً مستقلاً عن الجهاز الذي كان يحملها .

ثانياً: بالنسبة لنوع الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية : فقد ترد على

البيانات الالكترونية الملكية التامة، وقد ترد عليها الملكية الناقصة<sup>(٢)</sup>، ويتوقف

معرفة نوع الملكية التي ترد على البيانات على العقد ذاته الذي يرد على البيانات

الالكترونية- من حيث الغرض من هذا العقد.

---

(١) راجع في ذلك التكيف الفقهي للبيانات الالكترونية ص من هذا البحث .

(٢) راجع في ذلك الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية ص من هذا البحث .

فإذا كان الغرض من العقد الذي يرد على البيانات الالكترونية يقصد منه نقل ملكية البيانات نقلاً تاماً - بحيث يشمل البيانات ذاتها، والتصرف فيها - كانت الملكية التي ترد على البيانات ملكية تامة.

وإذا كان الغرض من العقد هو نقل ملكية البيانات نقلاً ناقصاً - أي ينصب على البيانات فقط أو المنفعة فقط - فإن الملكية تكون ملكية ناقصة.

ثالثاً: بالنسبة للتكييف الفقهي لنسخ البيانات الالكترونية: فهل تعد هذه النسخ من قبيل الزوائد التي تنتج عن البيانات الالكترونية، أم أنها تعد مالاً مستقلاً عن البيانات الأصلية؟

تتوقف الإجابة على هذا التساؤل على التعرف على ماهية الزوائد التي تنتج عن الشيء ذاته، ومدى انطباقها على النسخ من البيانات.

وتتنوع الزوائد التي تنتج عن الشيء إلى نوعين<sup>(١)</sup>:

الزوائد المنفصلة: وهي التي تنفصل عن الشيء ذاته وتصبح مستقلة عنه، وهذه الزوائد تتميز عن الشيء ذاته ولا تكون تابعة له.

مثالها: الثمر، والولد، والغلة، والكسب وغير ذلك مما ينفصل عن الشيء.

الزوائد المتصلة: وهي التي تتصل بالشيء ولا تتفك عنه، بل هي تابعة للشيء

ذاته بعدم تمييزها.

---

(١) راجع في ذلك الفتاوى الهندية: للشيخ نظام مرجع سابق، ج ٥، ص ١٢٧ (باب الغصب)، تحفة الفقهاء: لعلاء الدين السمرقندي، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٠٠ (كتاب البيوع باب خيار العيب) أسنى المطالب شرح روض الطالب: لزكريا الأنصاري، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٧٢، الفقه الإسلامي وأدلته: د. وهبة الزحيلي، دار الفكر - سورية - دمشق، ج ٨، ص ٩٩، ١٠٠ (باب الوصية فصل وقت ثبوت ملكية الموصى به للموصى له) وهناك أحكام تتعلق بكل النوعين جاءت متفرقة في الأبواب المختلفة في الفقه.



مثالها: السمن، والجمال، وغير ذلك.

بالنظر والتدقيق في التكييف الفقهي لنسخ البيانات الالكترونية نجد أن هذه النسخ تعد مالا مستقلاً عن البيانات الالكترونية الأصلية، وليست من قبيل الزوائد التي تنتج من هذه البيانات .

والسند في ذلك يرجع إلى طبيعة هذه النسخ، فهي تختلف عن الزوائد التي تنتج عن الشيء.

فأما اختلافها عن الزوائد المتصلة فإن هذه الزوائد لا تنفك عن الشيء بل هي متصلة به اتصالاً دائماً وجوداً وعدماءً، أما نسخ البيانات فهي تستقل عن البيانات ذاتها.

وأما اختلافها عن الزوائد المنفصلة: فإن الزوائد المنفصلة عن الشيء تختلف في الوجود وفي الماهية وفي الصفات عن الشيء التي تنتج عنه، أما نسخ البيانات فإنها متطابقة مع البيانات ذاتها في الماهية والصفات.

فالنسخ من البيانات الالكترونية منفصلة عن البيانات الأصلية بحيث يمكن أن توجد على دعامة مستقلة عن الجهاز الذي توجد فيه البيانات الالكترونية الأصلية، إلا أنها في الوقت ذاته لا تتميز عن البيانات التي تم نسخها منها، فهي تتطابق معها في الماهية والصفات.

رابعاً: بالنسبة لمدى وجود شرط في العقد يتعلق بنسخ البيانات : فقد يوجد في العقد الذي يرد على البيانات الالكترونية شرط يتعلق بمدى إمكانية النسخ من البيانات الالكترونية الأصلية من عدمه، وهذا الشرط له أهمية في معرفة مدى جواز نسخ البيانات الالكترونية والتصرف في هذه النسخ من عدمه؛ وقد يكون العقد خالياً من هذا الشرط، فما الحكم إذا وجد في العقد هذا الشرط، أو كان خالياً منه؟

ويمكن لنا أن نجيب على التساؤل السابق، وتكون الإجابة على النحو الآتي:  
أولاً : إذا كان العقد الذي يرد على البيانات الالكترونية يقصد به نقل الملكية  
التامة لهذه البيانات، وتضمن العقد شرطاً يتعلق بالبيانات الالكترونية، فإننا نكون  
بصدد واحد من ثلاثة فروض:

**الفرض الأول:** أن يكون الشرط الوارد في العقد قد نص صراحة على منع  
النسخ من البيانات الالكترونية، والتصرف في هذه النسخ.

**الفرض الثاني:** أن يكون الشرط الوارد في العقد قد نص صراحة على جواز  
نسخ البيانات الالكترونية والتصرف في هذه النسخ.

**الفرض الثالث:** أن يكون العقد خالياً من الشرط سواء بالإجازة أو المنع.

فأما بالنسبة للفرض الأول: إذا تضمن العقد الذي يرد على البيانات  
الالكترونية شرطاً يقضى بمنع نسخ البيانات الالكترونية والتصرف في هذه النسخ "

فما مدى جواز اشتراط هذا الشرط في العقد، وما هو الأثر المترتب عليه؟

تتوقف الإجابة على هذا التساؤل على أمرين :

**الأول:** التكييف الفقهي لهذا الشرط، فهل يعد هذا الشرط قيداً على ملكية

المشتري للبيانات الالكترونية، أم لا؟

**ثانياً:** هل يعد هذا الشرط شرطاً موافقاً لمقتضى العقد، أو ملائماً له، أو مما

يقضي به العرف، أو هو شرط مخالف لما يقتضيه العقد؟

**أولاً:** بالنظر في مدى اعتبار شرط المنع من نسخ البيانات الالكترونية قيداً

على ملكية المشتري للبيانات الالكترونية أم أنه لا يعد كذلك، فإننا نجد أن التكييف

الفقهي لنسخ البيانات الالكترونية أن هذه النسخ تعد مالاً مستقلاً عن البيانات

الالكترونية الأصلية فهي ليست من الزوائد المتصلة أو المنفصلة عن المبيع -  
البيانات الالكترونية، بل هي مالٌ مستقل عنها.

ويترتب على هذا التكييف أن الأصل هو عدم جواز نسخ البيانات الالكترونية  
الأصلية والتصرف في هذه النسخ فهي ليست تابعة للبيانات الالكترونية وبالتالي لا  
يتملكها المشتري بعقد شراء البيانات الأصلية<sup>(١)</sup>.

ثانياً : يترتب على التكييف السابق للنسخ أنه إذا ورد شرط في عقد بيع  
البيانات الالكترونية يقضي بعدم نسخ البيانات الالكترونية والتصرف في هذه النسخ،  
فإنه يعد " شرطاً ملائماً للعقد " (٢)

---

(١) ومع هذا يحق للمشتري للبيانات الالكترونية الاحتفاظ بنسخة من هذه البيانات، وذلك لإمكان  
استعادة البيانات إذا فقدت أو تلفت .

(٢) ولقد اختلف الفقهاء في الشروط التي يجوز اشتراطها في العقد على ثلاثة آراء:  
الرأي الأول: يرى أصحابه أن الشروط التي يجوز اشتراطها في العقد هي الشروط التي نص الشرع  
عليها، أما ماعدا ذلك من شروط فلا يصح اشتراطه.

وإلى هذا الرأي ذهب الظاهرية.  
الرأي الثاني: يرى أصحابه أن الشروط التي يجوز اشتراطها هي كل الشروط ما لم ينص الشارع على  
عدم جواز اشتراطها.

وإلى هذا الرأي ذهب الحنابلة " ابن تيمية، وابن القيم الجوزي"  
الرأي الثالث: يرى أصحابه أن الشروط التي يجوز اشتراطها في العقد هي الشروط التي نص الشرع  
عليها، أو جاء العرف بها، أو توافق مقتضى العقد، أو تؤكده، أو تلائمه.  
وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف.

الرأي المختار: هو رأي الأحناف القائل بأن الشروط التي يجوز اشتراطها في العقد هي ما نص  
الشرع عليها، أو جاء بها العرف، أو وافقت مقتضى العقد، أو تؤكده العقد، أو تلائمه.

وأما بالنسبة للفرض الثاني: إذا نص في العقد صراحة على جواز نسخ البيانات والتصرف في النسخ فهذا يجوز لمشتري البيانات الالكترونية أن يقوم بنسخ البيانات محل العقد والتصرف في هذه النسخ، فهذا العقد قد تضمن شراء البيانات الالكترونية ذاتها والنسخ التي ترتبط بها.

وأما بالنسبة للفرض الثالث: إذا خلا العقد على البيانات الالكترونية من شرط يتعلق بنسخ البيانات الالكترونية، فإنه - وكما سبق - أن ذكرنا أن النسخ من البيانات الالكترونية تعد مالاً مستقلاً فلا يحق للمشتري للبيانات أن يقوم بنسخ البيانات والتصرف فيها لأنها مالاً مستقلاً وهو لم يملكه.

ثانياً: إذا كان العقد الذي يرد على البيانات الالكترونية يقصد به الملكية الناقصة لهذه البيانات - أي أن العقد قد ورد على البيانات فقط أو المنفعة التي تحدث من هذه البيانات - : فهذا لا يثير الأمر صعوبة فإن الملكية التي تنشأ عن هذا العقد ملكية قاصرة على البيانات الالكترونية أو الانتفاع بها، فهذا لا يحق لمشتري - مستخدم - البيانات أن يقوم بنسخ هذه البيانات والتصرف في هذه النسخ.

والعلة في ذلك: إن ملكية المشتري تنصب على البيانات الالكترونية محل العقد، أو الانتفاع بها دون نسخ لهذه البيانات أو التصرف في هذه النسخ.

## الفرع الثاني

الأثر المترتب على صحة إجارة البيانات الالكترونية  
يترتب على صحة إجارة البيانات الالكترونية عدد من الآثار، ولمعرفة هذه الآثار لابد من معرفة الآثار التي تترتب على عقد الإجارة بصفة عامة.

لذا سوف نتناول الأثر المترتب على صحة عقد الإجارة بصفة عامة، ونبين الأثر المترتب على صحة إجارة البيانات الالكترونية في الغصنين الآتيين:

**الغصن الأول:** الأثر المترتب على صحة الإجارة.

**الغصن الثاني:** الأثر المترتب على صحة إجارة البيانات الالكترونية.

### الغصن الأول

#### الأثر المترتب على صحة عقد الإجارة

يترتب على صحة عقد الإجارة - بصفة عامة - عدد من الآثار، وهذه الآثار تتمثل فيما يلي: ثبوت الملك في المنفعة للمستأجر، وفي الأجرة المسماة للمؤجر، والتزام المؤجر بتسليم العين للمستأجر، وتمكينه من الانتفاع بها، والتزام المستأجر بالمحافظة عليها<sup>(١)</sup>.

وبالنظر إلى هذه الآثار التي ذكرها الفقهاء نجد أن منها ما هو أصلي ومنها ما هو تبعي.

فأما الحكم - الأثر - الأصلي لصحة عقد الإجارة فهو: "ثبوت ملك المنفعة للمستأجر، وثبوت ملك الأجرة المسماة للمؤجر"

وأما الحكم - الأثر - التبعي: فيتمثل في:

أ. التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر.

ب. تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة.

ج. التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة.

---

(١) راجع في ذلك: بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٠١، الفتاوى الهندية: للشيخ نظام، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٢٥، وأنظر الموسوعة الفقهية: تصدرها وزارة الأوقاف الكويتية، ج ١، ص ٢٦٥.

د. التزام المستأجر برد العين المؤجرة بعد انتهاء عقد الإجارة.

وهذه الآثار التي تترتب على صحة عقد الإجارة يترتب عليها العديد من الأحكام الشرعية.

### الغصن الثاني

الأثر المترتب على إجارة البيانات الالكترونية يترتب على صحة عقد إجارة البيانات الالكترونية عدد من الآثار، وهذه الآثار التي تترتب على عقد إجارة البيانات الالكترونية تستند إلى الآثار التي تترتب على عقد الإجار بصفة عامة وذلك بما يتفق مع طبيعة البيانات الالكترونية، ويمكن أن نحدد هذه الآثار فيما يلي:

أولاً: جواز الانتفاع بالبيانات الالكترونية بما يتفق مع طبيعتها.

ثانياً: التزام مؤجر البيانات بتسليم البيانات محل العقد للمستأجر.

ثالثاً: التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالبيانات الالكترونية<sup>(١)</sup>.

رابعاً: التزام المستأجر بالمحافظة على البيانات الالكترونية محل العقد.

خامساً: التزام المستأجر برد البيانات الالكترونية محل العقد بعد انتهاء عقد

الإجارة.

وبعد بيان الآثار التي تترتب على إجارة البيانات الالكترونية يثار في هذا

المقام تساؤل هامّ ألا وهو : هل يحق للمستأجر للبيانات الالكترونية أن يقوم بإجارة

هذه البيانات للغير أم أن الانتفاع يكون قاصراً عليه فقط؟

(١) وهذا الالتزام الذي يقع على المؤجر يثير العديد من الصعوبات في مجال البيانات الالكترونية.

ولقد اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة- مدى جواز إجارة المستأجر للعين المؤجرة- على رأيين:

**الرأي الأول:** يرى أصحابه جواز إجارة المستأجر العين المؤجرة بعد قبضها في مدة العقد، بشرط عدم تأثر العين المؤجرة باختلاف الاستعمال. وإلى هذا الرأي ذهب جمهور الفقهاء من الأحناف<sup>(١)</sup>، والمالكية<sup>(٢)</sup>، والشافعية<sup>(٣)</sup>، والأصح عند الحنابلة<sup>(٤)</sup>.

**الرأي الثاني:** يرى أصحابه عدم جواز إجارة المستأجر العين المؤجرة. وإلى هذا الرأي ذهب القاضي من الحنابلة<sup>(٥)</sup>.

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: "بجواز إجارة المستأجر العين المؤجرة بشرط عدم تأثر العين المؤجرة باختلاف الاستعمال بالمعقول. فقالوا: إن المستأجر قد ملك الانتفاع بالعين المؤجرة بعقد الإجارة لأنها تحدث في ملكه أثناء مدة العقد، ومن ثم يحق له أن يؤجرها غيره إذا لم يحدث ذلك ضرراً بالعين المؤجرة.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: "بعدم جواز إجارة المستأجر العين المؤجرة بالسنة.

- 
- (١) الفتاوى الهندية: للشيخ نظام، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٢٥ (باب إجارة المستأجر).
  - (٢) مواهب الجليل: للحطاب، مرجع سابق، ج ٧، ص، ٥٢١.
  - (٣) تكملة المجموع شرح المذهب: للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٥، ص ٨٩.
  - (٤) المغني: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٦، ص ١١٥.
  - (٥) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٧.

فما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله  $\text{p}$  قال : " لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك"<sup>(١)</sup>

وجه الاستدلال: إن منافع العين المؤجرة لم تدخل في ضمان المستأجر فلا يجوز له إجارتها.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن منافع العين المؤجرة قد دخلت في ضمان المستأجر بالعقد والقبض فيملك إجارتها لغيره، ولا تدخل في النهي الوارد في الحديث فهي ربح ما يضمنه المستأجر.

**الرأي المختار**: إن الرأي الأول القائل بجواز إجارة المستأجر العين المؤجرة هو الرأي المختار، لقوة استدلاله، ولأن منافع العين في ضمان المستأجر، وقد ملك المستأجر الانتفاع بالعين، ومن ملك الانتفاع يحق له أن يملكه غيره.

**وبناءً على الرأي المختار في هذه المسألة فإنه يجوز للمستأجر إجارة البيانات الالكترونية، لأنه ملك الانتفاع بها ومن أوجه الانتفاع بالإجارة، ويشترط لصحة الإجارة ألا يقوم المستأجر - الثاني - باستخدام البيانات الالكترونية في غير ما صممت له، كما لا يجوز له إتلافها.**

---

(١) السنن الكبرى : للبيهقي، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٦٧، رقم الحديث (١٠٧٢٢) باب من قال لا يجوز بيع العين الغائبة، "وكذلك أخرجه في أبواب متفرقة بألفاظ مختلفة"، المستدرك على الصحيحين : للحاكم النيسابوري، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢١، رقم الحديث (٢١٨٥)، وقال حديث صحيح على شرط جماعة من أئمة المسلمين، بلوغ المرام من أدلة الأحكام : لابن حجر العسقلاني، كتاب البيوع، باب شروطه وما نهي عنه رقم (٨٠٠) "وذكر أنه قد رواه الخمسة، وصححه الترمذي، والحاكم.

أنظر في وجه الاستدلال : "الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٦٨"



## المطلب الثاني الأثر المترتب على صحة التصرف في البيانات الإلكترونية بغير عوض

تمهيد وتقسيم:

يترتب على صحة التصرف في البيانات الإلكترونية بغير عوض عدد من الآثار هذه الآثار تختلف باختلاف العقد من كونه عقد هبة، أو عقد عارية، وسوف نتناول هذه الآثار في الفرعين الآتيين:

### الفرع الأول

الأثر المترتب على صحة هبة البيانات الإلكترونية  
يترتب على صحة هبة البيانات الإلكترونية عدد من الآثار، ولمعرفة هذه الآثار  
لابد من معرفة الآثار التي تترتب على عقد الهبة بصفة عامة.  
لذا سوف نتناول الأثر المترتب على صحة عقد الهبة بصفة عامة، ونبين الأثر  
المترتب على صحة هبة البيانات الإلكترونية في الغصنين الآتيين:  
الغصن الأول: الأثر المترتب على صحة الهبة.  
الغصن الثاني: الأثر المترتب على صحة هبة البيانات الإلكترونية.

### الغصن الأول

الأثر المترتب على صحة عقد الهبة  
يترتب على عقد الهبة - بصفة عامة - أثر هام ألا وهو "ثبوت الملك للموهوب  
له" فإذا انعقد العقد صحيحاً - وذلك بتوافر أركانه وشروطه المعتمدة شرعاً ثبت ملك

الموهوب للموهوب له<sup>(١)</sup>، ويترتب على ذلك أنه يجوز للموهوب له مباشرة كافة التصرفات على الموهوب.

واختلف الفقهاء في صفة ثبوت الملك في الهبة، فهل ثبوت الملك في الهبة ثبوتاً لازماً أم أنه ثبوت غير لازم، وكان اختلافهم على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن الملك في الهبة قد ثبت لازماً<sup>(٢)</sup>.

والى هذا الرأي ذهب المالكية في المشهور<sup>(٣)</sup>، والشافعية<sup>(٤)</sup>، والحنابلة<sup>(٥)</sup>

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن الملك في الهبة قد ثبت غير لازم، ولا يلزم إلا

بعارض.

والى هذا الرأي ذهب الأحناف<sup>(٦)</sup>، والمالكية في غير المشهور<sup>(٧)</sup>.

## الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: "بأن ثبوت الملك في الهبة ثبوتاً لازماً

بالسنة، والمعقول.

(١) البحر الرائق: لابن نجيم مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٨٤.

(٢) وقد اختلف أصحاب هذا الرأي في كيفية لزوم الهبة فهل هي تثبت بمجرد العقد أم تلزم بالقبض.

(٣) الذخيرة: للقرافي، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٤٢، مواهب الجليل للحطاب، مرجع سابق، ج ٨،

ص ١١.

(٤) تكملة المجموع شرح المذهب: للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٥، ص ٣٧٠.

(٥) المبدع: لابن مفلح، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٧٨.

(٦) بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٢٦.

(٧) مواهب الجليل للحطاب، مرجع سابق، ج ٨، ص ١١ "وذكر أنه قول المازري عن جماعة من

المذهب، وحكاه الطحاوي عن مالك، وحكاه ابن خويز منداد عن مالك"

فأما السنة : فما روي عن ابن عباس  $\pi$  قال قال رسول الله  $\rho$  العائد في هبته كالكلب يقىء ثم يعود في قيئه<sup>(١)</sup> "

وجه الاستدلال: نص في عدم جواز الرجوع في الهبة فيكون عقد الهبة لازماً.  
وأما المعقول : فإن عقد الهبة فيه إزالة للملك بغير عوض فيلزم بالعقد قياساً على الوقف.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: "بأن ثبوت الملك في الهبة غير لازم بالكتاب، والسنة، والمعقول.

فأما الكتاب فقول الله تعالى (وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا)<sup>(٢)</sup>  
وجه الاستدلال : إن التحية المذكورة في الآية يقصد بها التحية بالأعيان لوجود القرينة على ذلك في قوله تعالى ( أَوْ رُدُّوهَا )، فالرد لا يكون في الأعراض بل يكون في الأعيان<sup>(٣)</sup>.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن وجه الاستدلال من الآية خارج عن محل النزاع، فالآية تحث على رد التحية بالأحسن، أو ردها، ولا يوجد فيها صفة لعقد الهبة بكونه لازماً أو غير لازم.

---

(١) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان: محمد فؤاد عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٥٠٣، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل، وأخرجه البخاري، ٥١ كتاب الهبة، ٤ باب هبة الرجل لامرأته، رقم الحديث (٢٤٤٩)، وأخرجه مسلم في صحيحه باب تحريم الرجوع في الهبة والصدقة بعد القبض ، رقم الحديث (٤٢٥٩) ولقد اختلفت ألفاظ الحديث المروي عن عبد الله بن عباس  $\pi$  .

(٢) سورة النساء جزء من الآية رقم (٨٦)

(٣) بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٢٨.

وأما السنة: فما روي عن عمرو بن دينار عن أبي هريرة  $\tau$  أنه قال : قال رسول الله  $\rho$  "الواهب أحق بهبته ما لم يثب"<sup>(١)</sup>

وجه الاستدلال: إن النبي  $\rho$  جعل الواهب أحق بهبته ما لم يصل إليه العوض، فيدل هذا على أن عقد الهبة غير لازم لجواز الرجوع فيها.

ويناقش هذا الاستدلال من وجهين:

الأول: إن الحديث في سنده ضعف " إبراهيم بن إسماعيل " وهو غير قوي، كما أن فيه انقطاعاً بين عمرو بن دينار وأبي هريرة.

ويمكن أن يرد على هذه المناقشة: بأن الحديث قد روي عن طريق عبد الله بن عمر عن عمر بن الخطاب عن النبي  $\rho$  أنه قال: " من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب عليها"<sup>(٢)</sup> فهذه الرواية تقوي الرواية التي رويت عن أبي هريرة  $\tau$ .

الثاني : إن الحديث قد روي عن طريق عبد الله بن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "من وهب هبة فهو أحق بهبته ما لم يثب منها فإن رجع في هبته فهو كالذي بقيء ويأكل قيئه"<sup>(٣)</sup>(١)

---

(١) وذكر البيهقي في السنن الكبرى أن " إبراهيم بن إسماعيل ضعيف عند أهل العلم بالحديث وعمرو بن دينار عن أبي هريرة منقطع" أنظر السنن الكبرى : أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، الطبعة : الأولى - ١٣٤٤ هـ ، مجلس دائرة المعارف النظامية ، حيدر آباد - الهند، ج ٦ ، ص ١٨١ ، رقم الحديث (١٢٣٨٢)

(٢) أنظر المستدرک على الصحيحين: للحاكم النيسابوري، باب البيع، ج ٢، ص ٦٠، رقم الحديث (٢٣٢٣)

(٣) المعجم الكبير : سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني، الطبعة الثانية ١٤٠٤ - ١٩٨٣ ، مكتبة العلوم والحكم - الموصل - العراق، رقم الحديث (١١٣١٧) .

وأما الإجماع: فقد روي عن جماعة من الصحابة هذا القول ولم يرد عن غيرهم خلافه فيكون إجماعاً<sup>(٢)</sup>.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن هذا القول معارض للنص الشرعي فلا يكون إجماعاً.

ثمرة الخلاف : تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة في مدى جواز الرجوع عن الهبة.

فبناءً على الرأي الأول القائل بأن الملك في الهبة قد ثبت لازماً فلا يجوز الرجوع في الهبة.

وبناءً على الرأي الثاني القائل بأن الملك في الهبة قد ثبت غير لازم يجوز للواهب الرجوع في الهبة إلا لعارض.

---

وروي عن عبد الله بن عباس بلفظ آخر عن النبي  $\rho$  قال : من وهب هبة فارتجع بها فهو أحق بها ما لم يثب منها ولكنه كالكلب يعود في قيئه"

أنظر سنن الدارقطني: علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، ١٣٨٦ - ١٩٦٦، دار المعرفة - بيروت، ج ٢، ص ٤٤، رقم الحديث (١٨٥)

(١) ويمكن أن يناقش كذلك بأن معنى " ما لم يثب" الوارد في الحديث قد يكون المراد منه القبض، وذلك لأن من معاني " وثب" في اللغة الطفر

أنظر لسان العرب: لابن منظور، مرجع سابق، ج ١، ص ٧٩٣، باب " وثب" فيقال وثب إلى المكان بلغه، ويقال وثب فلان إلى السرير قعد عليه، فيكون من معانيه القبض والاستيلاء " الحيازة".

المعجم الوسيط : لمجموعة، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٠١٠، ١٠١١.

فلا يكون معنى "يثب" الوارد في الحديث قاصراً على وصول العوض للواهب فقط- كما ذكر أصحاب الرأي الثاني- ، فقد يحتمل معنى القبض من الموهوب له.

(٢) وقد روي هذا القول عن عن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن سيدنا عمر وأبي الدرداء وفضالة بن عبيد. أنظر بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٢٨.

الرأي المختار: إن الرأي المختار هو الرأي الأول القائل بأن عقد الهبة عقد لازم، لقوة استدلالهم وسلامتها من المعارضة.

### الغصن الثاني

الأثر المترتب على هبة البيانات الالكترونية يرتبط الأثر المترتب على عقد هبة البيانات الالكترونية على عقد الهبة - بصفة عامة- وبالنظر إلى الأثر المترتب على صحة عقد الهبة نجد أنه "ثبوت الملك للموهوب له" ومن ثم يثبت "ملك البيانات الالكترونية للموهوب له. وثبوت الملك يكون ثبوتاً لازماً طبقاً للرأي المختار في صفة عقد الهبة<sup>(١)</sup>. وإذا ثبت ذلك كان للموهوب له الحق في مباشرة كافة التصرفات الشرعية على البيانات الالكترونية - محل العقد- من حق التصرف وملك الانتفاع<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثاني

الأثر المترتب على صحة إعارة البيانات الالكترونية يترتب على صحة إعارة البيانات الالكترونية عدد من الآثار، ولمعرفة هذه الآثار لا بد من معرفة الآثار التي تترتب على عقد العارية بصفة عامة. لذا سوف نتناول الأثر المترتب على صحة عقد العارية بصفة عامة، ونبين الأثر المترتب على صحة إعارة البيانات الالكترونية في الغصنين الآتيين:  
**الغصن الأول:** الأثر المترتب على صحة العارية.  
**الغصن الثاني:** الأثر المترتب على صحة إعارة البيانات الالكترونية.

(١) راجع ما سبق ص من هذا البحث " الغصن السابق.

(٢) وهي ذات الآثار التي تترتب على عقد البيع باعتبار أن عقد الهبة من العقود التمليكات.

## الغصن الأول

### الأثر المترتب على صحة عقد العارية

يترتب على صحة عقد العارية أثر هامّ ألا وهو " الانتفاع بالمعقود عليه - المعار- بغير عوض" وهذا الحكم يثبت للمستعير ولو كيله ولقد تضافرت أقوال الفقهاء على هذا الحكم<sup>(١)</sup>.

إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في أصل الحكم لعقد العارية : فهل أصل الحكم هو ملك الانتفاع بالمعار أم إباحة الانتفاع به؟

ولقد اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل على رأيين:

**الرأي الأول:** يرى أصحابه أن أصل الحكم لعقد العارية هو إباحة الانتفاع بالمعار، فالمستعير بناءً على عقد العارية يباح له الانتفاع بها .  
وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية<sup>(٢)</sup>، والحنابلة<sup>(٣)</sup>.

**الرأي الثاني:** يرى أصحابه أن أصل الحكم لعقد العارية هو ملك المنفعة.  
فالمستعير بناءً على عقد العارية قد ملك الانتفاع بها.  
وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف<sup>(٤)</sup>، والمالكية<sup>(١)</sup>.

(١) بدائع الصنائع: للكاساني: مرجع سابق، ج ٦، ص ٢١٤.

(٢) أسنى المطالب شرح روض الطالب : لأبي يحيى زكريا الأنصاري، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٠٢،

تكملة المجموع شرح المهذب : للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٤، ص ٢٠٩.

(٣) حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع : للنجدي، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٦٩، كشاف القناع

عن متن الإقناع : للبهوتي، مرجع سابق، ج ٤، ص ٧٤.

(٤) فجاء في كتب الأحناف: "وأما بيان حكم العقد فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل

الحكم، والثاني في بيان صفته أما الأول فهو ملك المنفعة للمستعير بغير عوض أو ما هو ملحق

بالمنفعة عرفاً وعادة"

بدائع الصنائع: للكاساني: مرجع سابق، ج ٦، ص ٢١٤.

## الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: " بأن عقد العارية يفيد إباحة الانتفاع بالعارية" لما ذهبوا إليه بالقياس، والمعقول.

فأما القياس: فقياس المستعير في إباحة الانتفاع بالمعار على الضيف فكما لا يجوز للضيف أن ينقل الطعام إلى غيره لأنه قد أبيع له الانتفاع به فقط كذلك لا يجوز للمستعير أن ينقل الانتفاع بالعارية إلى غيره.

وأما المعقول: فإن المعير قد أباح للمستعير الانتفاع بالعارية، والإباحة تعطي لمن ثبتت له الانتفاع فقط بالمعقود عليه دون حق التملك، فلا يحق للمستعير أن يملك غيره الانتفاع بالعارية.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: "بأن عقد العارية يفيد ملك الانتفاع بالعارية" لما ذهبوا إليه بالمعقول.

فقالوا: إن المعير قد ملك المستعير الانتفاع بالعارية، فيحق للمستعير أن يملك غيره الانتفاع بها.

وبناقش هذا الاستدلال: بأن المعير قد رضي بانتفاع المستعير بالعارية، وقد لا يرضى بغير المستعير في الانتفاع بها، والدليل على ذلك أنه أجاز للمستعير الانتفاع بالعارية دون بدل فيكون الانتفاع بالعارية قاصراً على المستعير - أو وكيله - دون غيره.

ثمرة الخلاف: وتظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في مدى جواز قيام المستعير بإعارة المعقود عليه لشخص آخر.

---

(١) مواهب الجليل: للحطاب، مرجع سابق، ج ٧، ص ص ٢٩٧، ٢٩٨، الذخيرة: للقرافي، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٩٧.



فبناءً على الرأي الأول لا يملك المستعير إعاره المعقود عليه - المعار - لشخص آخر لأن له حق إباحة الانتفاع فقط" فهو حق شخصي لا ينقله إلى غيره<sup>(١)</sup>، وإن قام المستعير بإعارة المعار للغير بغير إذن المالك كان ضامناً للمعار، ويجوز للمالك أن يضمن أيهما شاء<sup>(٢)</sup>.

وبناءً على الرأي الثاني إن المستعير له الحق في إعارة المعقود عليه - المعار - لشخص آخر لأن المستعير قد ملك حق الانتفاع بالعارية.

الرأي المختار: هو الرأي الأول القائل بأن أصل الحكم في العارية أن المعير قد أباح للمستعير الانتفاع بالعارية دون حق التملك، فلا يحق للمستعير أن يعير العارية للغير، وكذلك لا يحق له أن يؤجرها غيره.

ثم اختلف أصحاب الرأي الثاني القائل بأن: "أصل الحكم في عقد العارية هو ملك المستعير الانتفاع بالمعار" في مسألة مدى جواز أن يقوم المستعير بإجارة العارية للغير، وكان اختلافهم على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه إن المستعير ليس له الحق في إجارة العارية .  
والى هذا الرأي ذهب الأحناف<sup>(٣)</sup>.

(١) وكذلك لا يحق له أن يؤجر العارية من باب أولى.

(٢) أما تضمين الأول فإنه سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه، وأما تضمين الثاني فلأن العين والمنفعة فاتا على مالكما في يده وهو المستوفي للمنفعة بدون إذن المالك وتلف العين إنما حصل تحت يده، وهذا إذا كان المستعير الثاني عالماً بأن العين لها مالك لم يأذن بإعارتها. أنظر: كشاف القناع عن متن الإقناع: للبهوتي، مرجع سابق، ج ٤، ص ٧٣.

(٣) فجاء في كتب الأحناف: "وأما بيان حكم العقد فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل الحكم، والثاني في بيان صفته أما الأول فهو ملك المنفعة للمستعير بغير عوض أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفاً وعادة"

الرأي الثاني : يرى أصحابه أن المستعير يحق له إجارة العارية.  
والي هذا الرأي ذهب المالكية<sup>(١)</sup>.  
الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: "بأن المستعير ليس له الحق في إجارة العارية " لما ذهبوا إليه بالمعقول.

فقالوا: إن عقد العارية عقد جائز - غير لازم - لا يبني عليه عقد الإجارة لأن الإجارة عقد لازم، فلا يجوز للمستعير أن يؤجر المعار لغيره.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: "بأن المستعير يحق له إجارة المعار لغيره لما ذهبوا إليه بالمعقول.

فقالوا: إن المستعير قد ملك منفعة العارية بالعقد، فله أن ينتفع بها، أو يؤجرها. ويترتب على هذا الاختلاف أن الفقهاء قد اختلفوا في حكم مدى جواز إجارة العارية من المستعير لغيره.

ثمرة الخلاف: وتظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في مدى جواز قيام المستعير بإجارة المعار لشخص آخر.

فبناءً على الرأي الأول: لا يجوز للمستعير أن يؤجر العارية لغيره، وإن قام بذلك كان متعدياً ويضمن العارية إن هلكت.

---

بدائع الصنائع: للكاساني: مرجع سابق، ج ٦، ص ٢١٤.

(١) مواهب الجليل : للحطاب، مرجع سابق، ج ٧، ص ص ٢٩٧، ٢٩٨، الذخيرة : للقرافي، مرجع

سابق، ج ٦، ص ١٩٧.

وبناءً على الرأي الثاني: يجوز للمستعير أن يؤجر العارية لغيره، ولا يكون ضامناً إن هلكت لأن من حقه بناء على عقد العارية أن يؤجرها لغيره فكأنما قد هلكت تحت يده. (١)

### الغصن الثاني

الأثر المترتب على إعاره البيانات الالكترونية  
يترتب على صحة عقد عارية البيانات الالكترونية أثر هامّ ألا وهو "إمكان الانتفاع بالبيانات الالكترونية للمستعير بنفسه أو وكيله".  
ويتعلق بصحة عقد إعاره البيانات الالكترونية تساؤلٌ ألا وهو: هل يجوز لمستعير البيانات الالكترونية إعاره هذه البيانات لغيره أم أن عقد العارية يكون قاصراً على المستعير فقط؟

تبنى الإجابة على هذا التساؤل على الأثر المترتب على عقد العارية ذاته من مدى جواز إعاره العارية من المستعير للغير، ولقد وقع خلاف بين الفقهاء في هذه المسألة، وما أثير من خلاف بين الفقهاء فيها يثار هنا كذلك (٢).

والرأي المختار في هذه المسألة إنه لا يجوز للمستعير أن يعير البيانات الالكترونية لغيره، لأن استعمال العارية قاصر على المستعير فلا يجوز له أن يعيرها لغيره، فله إباحة المنفعة لا ملك المنفعة؛ كما لا يحق له كذلك إجارة البيانات الالكترونية.

---

(١) هذا ولم أذكر الرأي المختار في هذه المسألة لأنني قد اخترت الرأي القائل بأن أصل الحكم في العارية هو إباحة الانتفاع بالعارية فقط دون حق التملك، فلا يحق للمستعير أن يعير الشيء للمعار، كما لا يحق له كذلك أن يؤجره .  
(٢) راجع ما سبق في الغصن السابق من هذا البحث ص .

## الخاتمة

إن موضوع البحث وهو الأحكام الفقهية للتعامل في البيانات الالكترونية" يعد من الموضوعات الهامة في الآونة الحاضرة وذلك لكثرة وقوعه في الحياة العملية؛ ومع كثرة الحديث عن البيانات الالكترونية والتعامل بها وفيها - كذلك - إلا أن الباحثين المحدثين في الفقه الإسلامي<sup>(١)</sup> - على قدر اطلاعي - لم يتطرقوا إلى طبيعة هذه البيانات، فهل تعد هذه البيانات - البرامج - مالا أم أنها لا تعد كذلك، وكذلك لم يتطرق الباحثون إلى طبيعة التعامل في هذه البيانات، والتأصيل الفقهي لهذه التعاملات، فهل التعامل - التصرف - الذي يرد على هذه البيانات يعد عقد بيع أم أنه عقد إجارة، أو غير ذلك من العقود، وهل عقد البيع الذي يرد على هذه البيانات هو بيع لملك تام - يشمل الرقبة، والمنفعة أي يشمل البيان ذاته والانتفاع به - أم أنه بيع لملك ناقص - يرد على العين فقط، أو المنفعة فقط.

لذا قمت في هذا البحث - بحمد الله وتوفيقه - ببحث هذه النقاط الهامة، - وغيرها من النقاط أثناء البحث - محاولاً الإجابة عليها، ولقد خلصت من هذا البحث إلى عدد من النتائج.

---

(١) وكذلك الباحثون في القانون، إلا أن الباحثين في القانون تطرقوا إلى صلة هذه البيانات بمصممها - مصمموا البرامج - واعتبروها حقاً من حقوق المؤلف، ولم يتطرقوا إلى التأصيل الفقهي لهذه البيانات وطبيعة التعامل فيها من حيث كون التصرف الذي يرد عليها هل هو عقد بيع أم إجارة، وفي عقد البيع هل هو بيع تام أم أنه بيع ناقص - بيع منفعة -.

## أهم النتائج:

- إن المقصود بالبيانات الالكترونية: هي "المعلومات- البيانات- التي تم معالجتها من خلال الحاسب الآلي " الكمبيوتر"، أو غيره من الأجهزة الذكية<sup>(١)</sup>، وتتعلق بالتجميع والتسجيل والإعداد والتعديل والاسترجاع والاحتفاظ، واستغلال المعلومة ودمجها أو تحليلها للحصول على معلومة ذات دلالة خاصة"
- إن البيانات الالكترونية التي يتم تدوالها تنتوع إلى نوعين رئيسيين، والطبيعة الفقهية لهذه البيانات تتوقف على نوع البيانات ذاتها:

فالنوع الأول : البيانات الأساسية: وهي تلك البيانات اللازمة لتشغيل الحاسب الآلي " جهاز الكمبيوتر- أو أجهزة الهاتف، أو غير ذلك من الأجهزة التي يطلق عليها في الوقت الحاضر الأجهزة الذكية "Smart "machine"<sup>(٢)</sup> ، وتسمى هذه البيانات ببرامج التشغيل، وبرامج التطبيق.

والطبيعة الفقهية لهذه البيانات أنها تعد منفعة مرتبطة بالجهاز - متحصلة من الجهاز - .  
والنوع الثاني : البيانات المتحصلة من جهاز الكمبيوتر " البيانات المستقلة"، وهي البيانات التي يتم الحصول عليها من جهاز الكمبيوتر، وتكون مستقلة عنه.

والطبيعة الفقهية لهذه البيانات : أنها تعد مالاً مستقلاً بذاتها.

- 
- (١) ويقصد بها الأجهزة المخصصة للقيام بتجميع البيانات وتحليلها كأجهزة الهاتف الذكي.
  - (٢) ولقد وجدت هذه الأجهزة في الأونة الأخيرة حتى إن آخر ما وجد منها - حتى كتابة هذا البحث- هو أجهزة المطبخ.

• إن البيانات الالكترونية : يجري عليها أقسام الملكية : فقد تكون الملكية لهذه البيانات ملكية عامة " فلا يرد عليها الملك الخاص ولا يجوز تملكها، وقد تكون الملكية التي ترد عليها ملكية عامة إلا أنه يمكن أن تكون محلاً للملكية الخاصة "ومن ثم لا يجوز أن ترد عليها الملكية الخاصة إلا إذا وجد مسوغ شرعي لذلك، وقد تكون الملكية التي ترد عليها ملكية خاصة، وهو الأصل في هذه البيانات.

• إن البيانات الالكترونية التي ترد عليها الملكية الخاصة يمكن أن تكون الملكية ملكية تامة، وقد تكون ملكية ناقصة.

أ- إذا كانت الملكية تامة : فإن المالك يحق له التصرف في البيانات ذاتها<sup>(١)</sup>، وكذلك في الانتفاع بها.

ب- وإذا كانت الملكية ناقصة : فلا يحق للمالك التصرف في البيانات إلا بما يتفق وطبيعة الملكية، فإذا كان المالك لهذه البيانات مالكا ملكية انتفاع فقط فلا يحق له التصرف بما يخالف ذلك<sup>(٢)</sup>.

• إن البيانات الالكترونية يجري عليها كافة التصرفات الشرعية، سواء أكانت هذه التصرفات بعوض أو بغير عوض، والذي يحدد نوع التصرف الذي يرد على البيانات الالكترونية أمران:

الأول: الغرض من التصرف الوارد على البيانات.

الثاني: نوع البيانات التي يرد عليها التصرف.

(١) وذلك بنسخ البيانات- البرامج- أكثر من مرة والقيام ببيعها للمستخدمين.

(٢) فلا يحق للمالك في هذه الصورة أن يقوم بنسخ البيانات وبيعها، إلا أن له أن يبيع البيان ذاته - أي مرة واحدة فقط.

فإذا كان التصرف في برامج التشغيل، والتطبيق المستقلة عن الجهاز " فإن التكيف الفقهي للتصرف في هذه البرامج يتوقف على الغرض من التصرف على الوجه الآتي:

إذا كان الغرض من التصرف في "هذه البرامج" هو "نقل ملكية البيانات" من البائع - المالك الشرعي للبيانات - إلى المشتري بعوض مالي فإن هذا العقد يعد عقد بيع.

وإذا كان الغرض من التصرف في هذه "البرامج" هو "تملك المنفعة لهذه البيانات" من المالك الشرعي للبيانات إلى المستأجر - المستخدم - بعوض مالي ولمدة زمنية معلومة فإن هذا العقد يعد عقد إجارة.

وإذا كان الغرض من التصرف في هذه البرامج " هو نقل ملكية البيانات من المالك الشرعي للبيانات إلى الغير بغير عوض مالي فإن هذا العقد يعد عقد هبة. والالكترونية للمستخدم بغير عوض مالي فإن هذا العقد يعد عقد عارية.

وبهذا فإن: برامج التشغيل، والتطبيق المستقلة عن الجهاز " يجري عليها كافة التصرفات الشرعية من بيع، وإجارة، وهبة، وعارية.

وإذا كان التصرف يرد على البيانات المرتبطة بالجهاز "برامج التشغيل، والتطبيق المحملة على الجهاز" مع الجهاز الذي يحملها فإن هذه البيانات تعد منفعة متحصلة من الجهاز، فيجوز التصرف فيها تبعاً للجهاز الذي يحملها بكافة صور التصرف، فيجري عليها كافة التصرفات تبعاً للجهاز الذي يحملها.

أما إذا كان التصرف يرد على البيانات المحملة على الجهاز " برامج التشغيل، والتطبيق المحملة على الجهاز" مستقلاً عن الجهاز الذي يحملها

فإنه حتى يكون التصرف صحيحاً لا بد أن يرد التصرف على البرنامج الأصلي دون النسخ التي يتم نسخها من هذا البرامج.

وإذا كان التصرف يرد على البيانات الالكترونية المستقلة عن الجهاز فإن هذه البيانات يجري عليها كافة التصرفات الشرعية من بيع، وإجارة، وهبة، وعارية.

- إن بيع البيانات الالكترونية هو تصرف جائز شرعاً إذا توافرت في البيانات الالكترونية شروط معينة .

- إذا كان التصرف في البيانات الالكترونية يقصد منه إجارة البيانات - البرامج- فإننا نفرق في صحة الإجارة بين فرضين:

أ- الفرض الأول: البيانات المحملة على الجهاز: ونفرق في هذا الفرض بين أمرين:

الأمر الأول: إذا تم إجارة الجهاز الذي يحمل البيانات للانتفاع بالبيانات الالكترونية: فهنا عقد الإجارة يكون صحيحاً، وذلك لأن البيانات الالكترونية تعد منفعة متحصلة من الجهاز، وهذه المنفعة مقصودة لذاتها فتصح إجارتها.

الأمر الثاني: إذا تم إجارة الجهاز الذي يحمل البيانات لنسخ البيانات الالكترونية: فهنا عقد الإجارة يكون غير صحيح لأننا نكون أمام أعيان أموال مستقلة" وهي البيانات الالكترونية المنسوخة، فلا تستحق بعقد الإجارة.

ب- الفرض الثاني: البيانات المتحصلة من الجهاز" المستقلة عن الجهاز: فيجوز إجارتها وذلك بتحميلها على جهاز الكمبيوتر مدة زمنية بأحد الطرق المتاحة لذلك.



كما أنه يشترط في البيانات الالكترونية محل عقد الإجارة شروطاً حتى يكون العقد صحيحاً.

• إن هبة البيانات الالكترونية هو تصرف جائز شرعاً إذا توافرت في البيانات الالكترونية عدد من الشروط.

• إن إعارة البيانات الالكترونية تصرف جائز شرعاً إذا توافرت في البيانات الالكترونية ضابطاً معيناً.

• يترتب على صحة التصرف في البيانات الالكترونية عدد من الآثار وهذه الآثار تختلف باختلاف العقد.

أ. فإذا كان التصرف في البيانات الالكترونية عقد بيع فإنه يترتب على صحة عقد البيع أثر هام ألا وهو : ثبوت ملك البيانات الالكترونية للمشتري، وثبوت ملك الثمن للبائع" وينفرد عن هذا الأثر عدد من الأحكام.

وقد أثرت في هذا المقام تساؤلاً ألا وهو : ما مدى ثبوت ملك المشتري للبيانات الالكترونية على نسخ البيانات والتصرف فيها؟

ولقد توصلت في ثنايا البحث إلى الإجابة على هذا التساؤل بالآتي:

"إن الأصل هو عدم جواز نسخ البيانات الالكترونية والتصرف في هذه النسخ فهي ليست تابعة للبيانات الالكترونية وبالتالي لا يملكها المشتري بعقد شراء البيانات الأصلية"

ويترتب على هذا أنه إذا ورد شرط في عقد بيع البيانات الالكترونية يقضى

بعدم نسخ البيانات الالكترونية والتصرف في هذه النسخ، فإنه يعد " شرطاً ملائماً للعقد"

أما إذا نص في العقد صراحة على جواز نسخ البيانات والتصرف في النسخ" فهذا يجوز لمشتري البيانات الالكترونية أن يقوم بنسخ البيانات محل العقد والتصرف في هذه النسخ، فهذا العقد قد تضمن شراء البيانات الالكترونية ذاتها والنسخ التي ترتبط بها.

أما إذا خلا العقد على البيانات الالكترونية من شرط يتعلق بنسخ البيانات الالكترونية". فإن هذه النسخ تعد مالاً مستقلاً فلا يحق للمشتري للبيانات أن يقوم بنسخ البيانات والتصرف فيها لأنها مالٌ مستقلٌ وهو لم يملكه.

ب. وإذا كان التصرف في البيانات الالكترونية عقد إجارة فإنه يترتب على صحة الإجارة أثر هام ألا وهو ثبوت ملك المنفعة للمستأجر، وثبوت ملك الأجرة المسماة للمؤجر" وثبوت ملك المنفعة للمستأجر يعطي له الحق - طبقاً للرأي المختار - في إجارة البيانات الالكترونية للغير.

ج. وإذا كان التصرف في البيانات الالكترونية عقد هبة فإنه يترتب على صحة الهبة ملك البيانات الالكترونية للموهوب له. وثبوت الملك يكون ثبوتاً لازماً طبقاً للرأي المختار.

د. وإذا كان التصرف في البيانات الالكترونية عقد عارية فإنه يترتب على صحة العقد أثر هامٌ ألا وهو "إمكان الانتفاع بالبيانات الالكترونية للمستعير بنفسه أو وكيله". ، وثبوت الانتفاع بالبيانات الالكترونية في عقد العارية يكون قاصراً على المستعير ووكيله - طبقاً للرأي المختار - دون أن يكون له الحق في إجارة البيانات لغيره، أو إجارتها.

أهم التوصيات:

وقد توصلت في هذا البحث إلى عدد من التوصيات أهمها:

• إن التعامل في البيانات الالكترونية لا بد أن يخضع لعدد من الضوابط والشروط حتى يكون التعامل صحيحاً:

أ. فإذا كان الغرض من التعامل في البيانات الالكترونية هو " نقل ملكية البيانات بعوض" فيشترط في البيانات الالكترونية لصحة التعامل شروطاً ألا وهي:

الشرط الأول: مشروعية البيانات محل العقد

الشرط الثاني: أن تكون البيانات مالاً متقوماً

الشرط الثالث: إمكان حيازتها.

الشرط الرابع: بقاء البيانات الالكترونية مدة زمنية.

الشرط الخامس: إمكانية النقل من جهاز إلى آخر.

ب. وإذا كان الغرض من التعامل في " الانتفاع بالبيانات الالكترونية

بعوض" فيشترط في البيانات الالكترونية لصحة التعامل عدداً من الشروط ألا

وهي:

الشرط الأول: أن تكون البيانات الالكترونية محل المنفعة

متحصلة من طريق مشروع بما يجوز إجارتها.

الشرط الثاني أن تكون المنفعة موجودة.

الشرط الثالث : أن تكون المنفعة متقومة.

الشرط الرابع أن تكون المنفعة معلومة .

الشرط الخامس: أن تكون المنفعة مشروعة.

الشرط السادس: أن تكون المنفعة مقصودة لذاتها.

الشرط السابع: أن يتم تسليم المنفعة.

جـ. وإذا كان الغرض من التعامل في البيانات " نقل ملكية البيانات  
الإلكترونية بغير عوض " فيشترط في البيانات لصحة التصرف عدداً من  
الشروط ألا وهي:

الشرط الأول: أن تكون البيانات الإلكترونية محل العقد متحصلة  
من طريق مشروع بما يجوز التصرف فيها  
الشرط الثاني: أن تكون البيانات محل العقد موجودة وقت العقد  
الشرط الثالث: أن تكون البيانات محل العقد مالاً متقوماً  
الشرط الرابع: أن تكون البيانات مملوكة للواهب  
الشرط الخامس: أن تكون البيانات مقدور على تسليمها

د. وإذا كان الغرض من التعامل في البيانات " إباحة الانتفاع بالبيانات  
الإلكترونية" فيشترط في البيانات لصحة العقد شرطاً هاماً: أن تكون البيانات  
الإلكترونية مما يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها"

• لا يجوز - طبقاً للقاعدة العامة في التصرف في البيانات  
الإلكترونية- نسخ البيانات والتصرف في النسخ إلا إذا نص العقد على جواز نسخ  
البيانات والتصرف فيها.

تم بحمد الله وتوفيقه

## أهم المراجع

القرآن الكريم  
أولاً : علوم القرآن

(١) تفسير الرازي المشتهر بمفاتيح الغيب: لأبي عبد الله فخر

الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي الشافعي المعروف  
بالفخر الرازي، دار إحياء التراث العربي  
٢) تفسير النسفي: لأبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود  
النسفي، ٢٠٠٥، دار النفائس، بيروت - لبنان.

ثانياً : علوم السنة:

البحر الرائق شرح كنز الدقائق	
بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع	

ثالثاً: كتب اللغة

البحر الرائق شرح كنز الدقائق	
بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع	

رابعاً : كتب الفقه

أ. كتب الفقه الحنفي.

١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق : زين الدين ابن نجيم  
الحنفي، دار المعرفة، بيروت - لبنان.

٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: لعلاء الدين أبي بكر ابن  
مسعود الكاساني الحنفي، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ -  
١٩٨٦م، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

٣) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: فخر الدين عثمان بن علي  
الزليعي الحنفي، ١٣١٣هـ ، دار الكتب الإسلامي، القاهرة-

مصر.

- ٤) تحفة الفقهاء: علاء الدين السمرقندي ، ١٤٠٥ -  
١٩٨٤ دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ٥) حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار  
فقه أبو حنيفة: لمحمد أمين بن عابدين، ١٤٢١هـ -  
٢٠٠٠م، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت - لبنان.
- ٦) الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة  
النعمان: الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، ١٤١١هـ -  
١٩٩١م ، الناشر دار الفكر.
- ٧) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : عبد الرحمن بن  
محمد ابن سليمان الكليبولي المدعو بشيخي زاده، دار الكتب  
العلمية، بيروت - لبنان.
- ب. كتب الفقه المالكي:

١) إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام

مالك: لعبد الرحمن بن محمد بن عسكر شهاب الدين

البغدادي المالكي، المطبعة الإفريقية

٢) التاج والإكليل لمختصر خليل: لأبي عبد الله محمد ابن

يوسف بن أبي القاسم العبدري، ١٣٩٨، دار الفكر،

بيروت - لبنان .

٣) حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل: لأبي عبد

الله محمد بن علي الخرشبي، دار الفكر للطباعة، بيروت  
- لبنان.

٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لمحمد عرفه  
الدسوقي دار الفكر، بيروت - لبنان.

٥) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي: لأبي عمر يوسف  
ابن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري  
القرطبي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة  
العربية السعودية

٦) منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل: لمحمد  
عليش. ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، دار الفكر، بيروت -  
بيروت.

٧) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: لشمس الدين أبي  
عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي  
المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني، دار الكتب  
العلمية، بيروت - لبنان.

ج. كتب الفقه الشافعي:

١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب: لشيخ الإسلام زكريا  
الأنصاري - الطبعة: الأولى ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٠، دار  
الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

٢) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: لمحمد الشربيني الخطيب  
- دار الفكر، ١٤١٥، بيروت - لبنان.

٣) تحفة الحبيب على شرح الخطيب: لسليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي، الطبعة: الأولى ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

٤) الحاوي في فقه الشافعي "الحاوي الكبير": لأبي الحسن علي ابن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الطبعة: الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٤ دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

٥) المجموع شرح المهذب: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ) [ هو شرح النووي لكتاب المهذب للشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ) ]، دار عالم الكتب، الرياض - السعودية.

٦) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م دار الفكر، بيروت - لبنان.

٧) الوسيط في المذهب: لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ١٤١٧هـ، دار السلام، القاهرة - مصر.

د. كتب الفقه الحنبلي:

١) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي، دار المعرفة، بيروت - لبنان.



٢) حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي الطبعة : الأولى - ١٣٩٧ هـ

٣) زاد المستقنع في اختصار المقنع: لشرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي: دار الوطن للنشر، الرياض - السعودية

٤) الشرح الكبير: لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد ابن أحمد بن قدامة المقدسي، دار الريان للتراث" دار الكتاب العربي، القاهرة - مصر.

٥) الكافي في فقه الإمام المجلد أحمد بن حنبل: لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي.

٦) المبدع شرح المقنع لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم ابن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح،، ١٤٢٣ هـ / ٢٠٠٣م، دار عالم الكتب، الرياض - السعودية

٧) المعني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني: لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥: دار الفكر، بيروت - لبنان.

٥. كتب الفقه الحديث:

البحر الرائق شرح كنز الدقائق

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

خامساً: الموسوعات: الموسوعة الفقهية : تصدها وزارة الأوقاف الكويتية.

سادساً: المواقع الالكترونية:

- المكتبة الوقفية.
- الموسوعة الشاملة.
- شبكة الألوكة : موقع الدكتور أحمد إبراهيم خضر

المحتوى	رقم الصفحة
المقدمة	(٣)
الفصل الأول : التعريف بالبيانات الالكترونية وتكييفها الفقهي	( )
المبحث الأول: التعريف بالبيانات الالكترونية.	( )
المطلب الأول :المقصود بالبيانات الالكترونية.	( )
المطلب الثاني : صور البيانات الالكترونية	( )
المبحث الثاني :التكييف الفقهي للبيانات الالكترونية	( )
المطلب الأول :تعريف المال والمنفعة في الفقه الإسلامي	( )
الفرع الأول : تعريف المال وأقسامه في الفقه الإسلامي	( )
الفرع الثاني :تعريف المنفعة في الفقه الإسلامي	( )
المطلب الثاني :الوصف الشرعي للبيانات الالكترونية	( )
المبحث الثالث :الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية	( )
المطلب الأول: تعريف الملكية وأنواعها في الفقه الإسلامي	( )
الفرع الأول :التعريف بالملكية في الفقه الإسلامي	( )
الفرع الثاني : أنواع الملكية في الفقه الإسلامي	( )
المطلب الثاني: مدى اعتبار البيانات الالكترونية محلاً للملك	( )

( )	الفرع الأول: التعريف بملكية البيانات الالكترونية
( )	الفرع الثاني: نوع الملكية التي ترد على البيانات الالكترونية
( )	الفصل الثاني: التصرفات التي ترد على البيانات الالكترونية
( )	المبحث الأول: صور التعامل في البيانات الالكترونية، وتكييفها الفقهي
( )	المطلب الأول: صور التعامل في البيانات الالكترونية
( )	الفرع الأول: التصرف في الأموال
( )	الفرع الثاني: التصرف في البيانات الالكترونية
( )	المطلب الثاني: التكييف الفقهي للتصرف في البيانات الالكترونية
( )	الفرع الأول: التصرف في البيانات الأساسية "برامج التشغيل"
( )	الفرع الثاني: التصرف في البيانات المتحصلة من الجهاز
( )	المبحث الثاني: الشروط اللازم توافرها لصحة التعامل في البيانات الالكترونية
( )	المطلب الأول: الشروط اللازم توافرها لصحة التصرف في البيانات الالكترونية بعوض
( )	الفرع الأول: الشروط اللازم توافرها لصحة عقد البيع
( )	الغصن الأول: شروط صحة عقد البيع
( )	الغصن الثاني: الشروط الخاصة بصحة بيع البيانات الالكترونية
( )	الفرع الثاني: الشروط اللازم توافرها لصحة عقد الإجارة

( )	الغصن الأول :شروط صحة عقد الإجارة
( )	الغصن الثاني : الشروط الخاصة بصحة إجارة البيانات الالكترونية
( )	المطلب الثاني : الشروط اللازم توافرها لصحة التصرف في البيانات الالكترونية بغير عوض
( )	الفرع الأول : الشروط اللازم توافرها لصحة عقد الهبة
( )	الغصن الأول : الشروط اللازم توافرها في المعقود عليه لصحة عقد الهبة .
( )	الغصن الثاني : الشروط التي تتعلق بالبيانات الالكترونية لصحة الهبة
( )	الفرع الثاني : الشروط اللازم توافرها لصحة عقد العارية
( )	الغصن الأول : الشروط اللازم توافرها في المعقود عليه لصحة عقد العارية
( )	الغصن الثاني : شروط صحة إعارة البيانات الالكترونية
( )	المبحث الثالث : الأثر المترتب لصحة العقد على البيانات الالكترونية
( )	المطلب الأول : الأثر المترتب على صحة التصرف في البيانات الالكترونية بعوض.
( )	الغصن الأول : الأثر المترتب على صحة عقد البيع
( )	الغصن الثاني : الأثر المترتب على بيع البيانات الالكترونية
( )	الفرع الثاني : الأثر المترتب على صحة إجارة البيانات الالكترونية

( )	الغصن الأول : الأثر المترتب على صحة عقد الإجارة
( )	الغصن الثاني : الأثر المترتب على إجارة البيانات الالكترونية
( )	المطلب الثاني : الشروط اللازم توافرها لصحة التصرف في البيانات الالكترونية بغير عوض.
( )	الفرع الأول : الأثر المترتب على صحة هبة البيانات الالكترونية
( )	الغصن الأول : الأثر المترتب على صحة عقد الهبة
( )	الغصن الثاني : الأثر المترتب على هبة البيانات الالكترونية
( )	الفرع الثاني : الأثر المترتب على صحة إجارة البيانات الالكترونية
( )	الغصن الأول : الأثر المترتب على صحة عقد العارية
( )	الغصن الثاني : الأثر المترتب على إجارة البيانات الالكترونية
( )	الخاتمة
( )	أهم المراجع
( )	فهرس المحتويات



---

---

# التزام المهني بضمان مطابقة المُنتج في عقود الاستهلاك

---

---

مقدم من

الدكتور /الصغير محمد محمد خضر مهدى.  
مدرس القانون المدنى بكلية الحقوق .جامعة أسوان.

## مقدمة

يعد عقد الاستهلاك تطبيقاً حديثاً للعقود المدنية التقليدية، و لكن فى إطار تنظيم خاص، اى يتم استخدام العقود المدنية التقليدية كأدوات قانونية لإتمام المعاملات الاستهلاكية فى ضوء تطبيق احكام قانون الاستهلاك، و حماية المستهلك . و تركز عقود الاستهلاك على فكرة جوهرية مؤدها أن أحد طرفى العقد هو مهنى يتمتع بقدرات مالية و معلوماتية و قانونية تفوق الطرف الاخر "المستهك". فالمهنى "محترف" يتمتع بالدراية الفنية و القدرة الاقتصادية و المعرفة القانونية، بينما يفنقر المستهلك عادة الى ذلك و يحتاج غالباً الى منتجات المهنى "سلع أو خدمات" لاشباع حاجاته الشخصية او العائلية، ولذلك كانت الغاية الاساسية لقواعد قانون الاستهلاك هى حماية المستهلك مع كفالة حرية ممارسة النشاط الاقتصادى للجميع فى إطار من المنافسة المشروعة .

ولما كان عقد الاستهلاك كتطبيق للعقود المدنية التقليدية، يقرر حقوقاً لاطرافه و يفرض عليهم التزامات، فإنه يرتب ايضاً التزامات خاصة الى جانب ما يرتبه من التزامات عامة، فمثلاً عقد البيع الاستهلاكى يرتب من الالتزامات الخاصة به كعقد استهلاكى التزام المهنى بإعلام المستهلك، و ضمان مطابقة المنتج الى جانب ما يرتبه العقد الاستهلاكى كبيع تقليدى من الالتزامات العامة، كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع و تسليمه للمشتري و ضمان عدم التعرض و ضمان العيوب الخفية، و التزام المشتري "المستهك" باداء الثمن النقدى .

و هنا نلاحظ ان الاحكام الواجبة التطبيق على مثل هذا العقد تدور ما بين احكام قانون الاستهلاك و القواعد العامة "فى القانون المدنى" المنظمة للعقد التقليدى، و تطبق تطبيق توزيعى بين قواعد عقد البيع التقليدى فى القانون المدنى مثلاً، و قواعد حماية المستهلك، مع مراعاة افضلية او اولوية تطبيق احكام قانون الاستهلاك و حماية المستهلك باعتبارها احكاماً خاصة .

هذا و قد اعتمد المشرع المصرى عدداً من الحقوق الاساسية للمستهك بموجب نص المادة رقم ٢ من قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦، ومنها حق المستهلك فى الاختيار الحر لمنتجات تتوافر فيها شروط الجودة المطابقة للمواصفات. كما انه قرر بموجب نص المادة رقم ٨، و نص المادة رقم ٩ من ذات القانون ضمان العيب



و عدم المطابقة فى المنتجات الاستهلاكية سواء أكانت سلعة أو خدمة، وبذلك يعد من صور الحماية الخاصة للمستهلك فى عقود الاستهلاك تقرير المشرع لعدد من الحقوق الأساسية للمستهلك و منها حق المستهلك فى الحصول على منتج مطابق للمواصفات و الشروط المقررة قانوناً و اتفاقاً، و لذلك فرض المشرع التزاماً خاصاً يقع على عاتق المهنى تجاه المستهلك و هو الالتزام بضمان مطابقة المنتج فى عقود الاستهلاك .

و يلعب التزام المهنى بضمان مطابقة المنتج الاستهلاكي دوراً هاماً فى مجال المعاملات الاستهلاكية و حماية المستهلك، حيث يعتبر أداة لتأكيد الثقة بين المهنى و المستهلك، خاصة و ان المنافسة بين المهنيين حالياً لا تقتصر فقط على اثنان المنتجات، بل تمتد لتشمل مدى الجودة و الابتكار لهذه المنتجات.

ومع ذلك لم يضع المشرع -خاصة فى قانون الاستهلاك المصرى - الاحكام التفصيلية للكثير من مسائل التزام المهنى بضمان مطابقة المنتج الاستهلاكي، حيث اكتفى بفرض الالتزام فى صورة جملة دون ان يفرض تنظيمياً تفصيلاً كثيراً من اشكاليات الالتزام بضمان المطابقة بما يحتم بوجود الاستعانة بالقواعد العامة فى القانون المدنى لتنظيم مثل هذه المسائل. وهذا ادعى لبحثه و عرض تصور نظرى لاحكامه.

و تظهر اهمية فرض المشرع لالتزام المهنى بضمان مطابقة المنتج الاستهلاكي للمواصفات المقررة قانوناً و اتفاقاً، بصورة اكثر وضوحاً فى المعاملات الاستهلاكية

---

١- حيث نصت المادة رقم ٨ على انه "مع عدم الإخلال بأية ضمانات أو شروط قانونية أو اتفاقية أفضل

للمستهلك، وفيما لم يحدد الجهاز من مدد أقل بالنظر إلى طبيعة السلعة، للمستهلك خلال أربعة عشر يوماً من تسلم

أية سلعة الحق فى استبدالها أو إعادة مع استرداد قيمتها وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة

للمواصفات أو الغرض الذى تم التعاقد عليها من آجله، ويلتزم المورد فى هذه الأحوال - بناء على طلب المستهلك -

بإبدال السلعة أو استعادتها مع رد قيمتها دون أية تكلفة إضافية.

وفى جميع الأحوال تكون مسئولية الموردين فى هذا الخصوص مسئولية تضامنية. وفى حالة وجود خلاف حول وجود عيب

بالسلعة أو مطابقتها للمواصفات أو الغرض الذى تم التعاقد عليهما من آجله يحال الأمر إلى الجهاز ليصدر قراراً ملزماً

فى شأنه". و نصت المادة رقم ٩ على انه "يلتزم كل مقدم خدمة بإعادة مقابلها أو مقابل ما يجبر النقص فيها أو إعادة

تقديمها إلى المستهلك، وذلك فى حالة وجود عيب أو نقص بما وفقاً لطبيعة الخدمة وشروط التعاقد عليها والعرف

التجارى ويحال أى خلاف حول الإخلال بالخدمة إلى الجهاز ليصدر قراراً ملزماً فى شأنه".

الالكترونية، وتلك التى تتم عن طريق التلفزيون او الانترنت او عن بعد و البيوع بالمنازل، والبيوع الاستهلاكية التى يكون محلها منتج يتسم بالدقة و التعقيد من الناحية الفنية أو التقنية، حيث لا يتوافر غالباً للمستهلك امكانية الكشف الفنى و الحسى على المنتج الاستهلاكى لبيان مدى مطابقتة للمواصفات المقررة قانوناً و اتفاقاً من عدمه. وقد تكون مواصفات المنتج محددة بطريقة عامة ومبهمه من قبل المنتج بما يخل بحق المستهلك فى الاختيار الحر بين المنتجات التى تتوافر فيها شروط الجودة المطابقة للمواصفات .

وكذلك تتضح اهمية التزام المهني بضمان مطابقة المنتج الاستهلاكى من حيث كونه التزام جديد فرضه المشرع لحماية المستهلك بإعتباره طرف ضعيف فى علاقة الاستهلاك . كما ان الالتزام بضمان المطابقة يعد من اهم الالتزامات التى تحقق التوازن المنشود فى علاقات الاستهلاك .

و بناء على ما تقدم كان موضوعاً لهذا البحث التزام المهني بضمان مطابقة المنتج فى عقود الاستهلاك، حيث نتناول فيه بحث ماهية التزام المهني بضمان المطابقة من خلال تحديد المنتج و علاقة الاستهلاك و التعريف بضمان المطابقة، و بحث مصدر و مقومات الالتزام بضمان المطابقة من خلال تحديد المصدر التشريعى و العقدى للالتزام، و العناصر اللازمة لقيام الالتزام بضمان المطابقة. و بحث تحديد مضمون الالتزام بضمان المطابقة وذلك فقط من خلال الاتفاق الصريح و الضمنى على الضوابط المحددة لمضمون الضمان. و بحث احكام تطبيق الالتزام بضمان المطابقة و جزاء الاخلال به، و ذلك من خلال تحديد نطاق تطبيق الالتزام من حيث الاشخاص، و المحل، و من حيث زمانه و اثباته، و ايضاً من خلال تحديد صور الجزاء الواجبة التطبيق عند اخلال المهني بالتزامه بضمان المطابقة فى اطار القواعد العامة و الخاصة.

و نعتمد فى دراسة التزام المهني بضمان مطابقة المنتج فى عقود الاستهلاك، المنهج القانونى المقارن حيث نستخلص من المقارنة افضل الحلول النظرية او التطبيقية للاشكاليات التى لم تجد لها تنظيم خاص، او التى لا تتناسب معها الحلول المعتمدة فى القواعد العامة.

و عليه نقسم هذا البحث الى اربعة مباحث، نتناول فى المبحث الاول دراسة ماهية التزام المهني بضمان مطابقة المنتج فى عقود الاستهلاك. و فى المبحث الثانى ندرس مصدر و مقومات الالتزام بضمان المطابقة. و فى المبحث الثالث ندرس التحديد

الاتفاقي لمضمون المطابقة. وفي المبحث الرابع ندرس احكام تطبيق ضمان المطابقة و جزاء الاخلال به .

### المبحث الأول

### ماهية التزام المهني بضمان المطابقة

#### تمهيد و تقسيم:

تختلف الاثار و الالتزامات التي يرتبها العقد بحسب طبيعته، فمثلا في عقد البيع يلتزم البائع بأن ينقل ملكية الشيء المبيع الى المشتري و يلتزم كذلك بتسليم المبيع المطابق الى المشتري، ويلتزم ايضا بضمان عدم التعرض و ضمان العيوب الخفية و في عقد المقاولة يلتزم المقاول بالقيام بالعمل المطلوب منه أو يصنع الشيء المتفق عليه و في قانون الاستهلاك تستخدم مثل هذه العقود و غيرها كأدوات قانونية لإتمام المعاملات الاستهلاكية، و من ثم فإنه ترتب ذات الاثار و الالتزامات التي ترتبها وفق احكام القانون المدني، إلا انه يلاحظ ان قانون الاستهلاك، اى قانون حماية المستهلك، يفرض حماية للمستهلك بعض الالتزامات التي تتسم بالطبيعة الثابتة في مختلف عقود الاستهلاك، و التي منها التزام المهني بضمان مطابقة المنتج و اعلام المستهلك، وذلك على اساس ان ضمان المطابقة يعد احد الحقوق الاساسية للمستهلك .

وعلى ذلك نتناول في هذا المبحث بالدراسة بيان ماهية التزام المهني بضمان مطابقة المنتج في عقود الاستهلاك، وذلك من خلال التعريف بضمان المطابقة، اى تعريفه وتحديد خصائصه و تمييزه عن غيره و بيان طبيعته القانونية و طبيعة القواعد المنظمة له، وذلك بعد تحديد المقصود بالمنتج الاستهلاكي موضوع العقد الاستهلاكي والذي يمثل محلاً للضمان، و ذلك فى ضوء معنى الاستهلاك و المستهلك و المهني و العيب الموجب للضمان فى عقد الاستهلاك بإعتباره الاداة القانونية لمعاملات الاستهلاك . ونشرح كل ما تقدم فى المطالبين التاليين :

مطلب اول : المُنتَج وعلاقة الاستهلاك .

مطلب ثان: التعريف بضمان مطابقة المُنتَج .

## المطلب الاول المنتج وعلاقة المستهلك

تمهيد:-

ان تحديد المقصود بالمنتج الاستهلاكي موضوع ضمان المطابقة يتطلب بداية ان نحدد مناط كسب المنتج صفة الاستهلاكي و هذا يتم من خلال بيان المقصود بالمستهلك و المهني والمنتج محل العلاقة الاستهلاكية موضوع ضمان المطابقة، حيث ان قانون حماية المستهلك قرر ضمانة جديدة للمستهلك تسمى بضمانة المطابقة متى كانت العلاقة الاستهلاكية بشأن منتج اى سلعة أو خدمة استهلاكية ، و ذلك الى جانب ضمان العيوب الخفية المقرر للمشتري فى عقد البيع التقليدى مثلاً ، متى كان عقد البيع عقداً استهلاكياً. ونوضح ذلك كله فيما يلى :

اولاً:- المقصود بالمستهلك:-

أثار تحديد المقصود بمصطلح المستهلك فى القانون الكثير من الجدل والخلاف فى الفقه والقضاء والتشريع، وكان لذلك انعكاسه الواضح فى تحديد نطاق تطبيق أحكام قانون حماية المستهلك من حيث الأشخاص فى الدول المختلفة ومع ذلك نقتصر على بيان التحديد التشريعى للمصطلح فى القانون.

هذا و يلاحظ انه لم يتضمن أى من القانونين المدنى المصرى والفرنسى لفظ المستهلك، كما لم تحتوى نصوصهما على أى أحكام خاصة بالمستهلك وحمايته، ولذلك كانت الحماية تتم فى إطار القواعد العامة إلى أن جاءت القوانين الخاصة بحماية المستهلك ووضعت تنظيمًا خاصاً للاستهلاك وحماية المستهلك.

وفى القانون الفرنسى وعلى الرغم من أنه أصدر العديد من التشريعات المنظمة للكثير من المعاملات الاستهلاكية والحامية للمستهلك، إلا أنه لم يقدم تعريفاً محدداً للمستهلك، هذا فى حين أن لجنة إعادة صياغة قانون حماية المستهلك الفرنسى الصادر فى عام ١٩٩٣، حددت المقصود بالمستهلكين بأنهم الأشخاص الذين

---

<sup>١</sup> - راجع، د. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢١. د. أحمد محمد محمد الرفاعى، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٢٨ - ٢٩.

يستخدمون أموالاً أو خدمات لاستعمال غير مهني<sup>١</sup> ولذلك أثارت فكرة تحديد المفهوم القانوني للمستهلك جدلاً فقهيًا وقضائياً واسعاً في فرنسا. ولكن في مصر صدر قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ واضعاً في الفقرة الثالثة من المادة الأولى منه تعريفاً للمستهلك، حيث قرر أنه يقصد بالمستهلك كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لإشباع احتياجات الشخصية أو العائلية أو يجرى التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص. وهذا الشخص بذلك قد يكون شخص طبيعي أو اعتباري، عام أو خاص عملاً بتعريف الشخص الوارد في الفقرة الأولى من ذات النص<sup>٢</sup>.

وما يمكن ملاحظته على هذا النص أن المشرع المصري حاول بموجبه أن يتجنب الجدل القائم بشأن تعريف المستهلك خاصة فيما يتعلق بمدى إضفاء صفة المستهلك على الشخص الاعتباري من عدمه، كما أن هذا النص يفيد بأن وصف المستهلك لم يقتصر فقط على الشخص الذي يقوم بالتصرف الذي يحصل من خلاله على السلعة أو الخدمة محل الاستهلاك لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية وإنما يتسع وصف المستهلك ليشمل كل شخص تقدم إليه السلعة أو الخدمة لإشباع حاجاته الشخصية سواء كان ذلك بتعاقد أو بدون تعاقد، بمقابل أو بدون مقابل ومن ثم يكون مستهلك كل من يتعامل على السلعة أو الخدمة لإشباع حاجاته الشخصية، كأن يكون أحد أقارب المتعاقد "المستهلك الأساسي" مثلاً وفي هذا توسيع لنطاق الحماية<sup>٣</sup> حتى ولو لم يكن هو المتعاقد.

<sup>١</sup> - راجع، د. عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، نفس الموضوع، وكذلك د. أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، نفس الموضوع. وانظر في فرنسا:

- SINAY CYTERMANN (ANNE), Les Relations enter professionnels et Consommateurs en droit Francais, La protection de la Partie faible dans Les rapports Contractuels, Comparaisons Franco - belgs, L. G. D. J. 1996, p. 241 ets.
- Didier Ferrie, "La protection des Consommateurs, Dalloz, 1996. p. 1 ets, P. 13 ets.

<sup>٢</sup> - راجع نص المادة رقم ١ فقرة ١، وفقرة ٣ من قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٠ مكرر في ٢٠ مايو سنة ٢٠٠٦.

<sup>٣</sup> - خاصة وأن استعمال المشرع لكلمة "تقدم" في تعريف المستهلك تفيد في معناها العام إتساع وتنوع طبيعة العلاقات بين المستهلك والمورد - المهني - بحيث يمكن إضفاء صفة المستهلك على كل من قدمت إليه السلعة أو الخدمة حتى ولو

ثانياً:- المقصود بالمهني و المنتج موضوع علاقة الاستهلاك :-  
أ- مفهوم المهني:-

من المعلوم أن المستهلك حينما يقوم بعملية الاستهلاك القانونية وليست المادية يدخل في علاقات قانونية مع غيره ،حيث قد يبرم عقداً من عقود الاستهلاك “Les Contrats des consommations” مع أحد المهنيين أى الطرف الآخر من العقد. وتأخذ هذه العقود – عادةً – أحد الأشكال التقليدية للعقود المدنية أو التجارية. فبالنسبة للمستهلك يعتبر مهنيًا كل من المنتج أو الموزع أو المورد "المزود" بائعاً أو مقاولاً. حيث قد يكون العقد الاستهلاكي بيعاً إذا تعلق الأمر بحصول المستهلك على سلعة أو مال أو منتج معين كإثراء الأغذية أو الملابس أو المنازل. وقد يكون عقد مقولة مثلاً عندما يقوم المهني بتصنيع ملابس أو حذاء أو بناء منزل أو مسكن للمستهلك، وقد يكون الأمر متعلق بالخدمة حيث يرتبط مقدموا الخدمات مع

لم يكن متعاقداً بشأنها مع المورد مباشرة طالما كانت لإشباع الحاجة العائلية أو الشخصية. وذلك يمكن أن يوصف بأنه عيب تشريعي يعبر عنه في صورة أخرى بأن لم يحدد النطاق الشخصي لقانون حماية المستهلك أو لم يحدد نطاق الحماية من حيث المعاملات ومصدرها لأنه بذلك يستفيد من أحكام الحماية من لم يتعاقد مع المهني حيث يكفي مجرد أن يتلقى السلعة أو الخدمة ويقوم بمجرد عمل مادي لاستهلاكها حيث يمكن أن يكون هذا الشخص الذي يكتسب صفة المستهلك رغم أنه ليس هو المستهلك المتعاقد أحد أصدقاء المستهلك المتعاقد فهنا يستفيد هذا الصديق من أحكام حماية المستهلك وإن كان ذلك محمود ولو لم يكن يقصده المشرع. ولعل مقارنة تعريف المستهلك في القانون الأسباني بالنص المصري يؤكد هذا النقد، حيث أن تعريف المستهلك في القانون الأسباني بأنه هو كل شخص طبيعي أو معنوي، يمتلك أو يستخدم بوصفه المستهلك النهائي للأموال المنقولة أو العقارية سلعاً أو خدمات، ولا يعتبر من قبيل المستهلكين الأشخاص الذين يمتلكون أو يستهلكون سلعاً أو خدمات بغرض إدماجها في عمليات الإنتاج أو التحويل أو التداول أو الأداء للغير من دون أن يكونوا المستهدفين أخيراً من تلك العمليات بما يفيد تطلب وجود علاقة قانونية بين شخصين هي المستهلك والمهني. راجع في معنى قريب من ذلك :

- PAISAT “GILLES” Les Nouveaux aspects de la Lutte Contre les Clauses abusives. D. S. 1988, Chron. P. 255.

المستهلك بعقود كثيرة كعقد الوكالة أو القرض أو التأمين<sup>١</sup> وغيرها. ومن هنا يكون من اللازم بيان حقيقة المقصود قانوناً بالمهني.

**أ- تعريف المهني في التشريع:**

في إطار بيان المقصود بقانون الاستهلاك وحماية المستهلك نجد أن المشرع الفرنسي لم يضع أو يحدد تعريفاً معيناً للمهني في قانون الاستهلاك، ويبرر البعض ذلك بأن عملية التعريف حساسة، وقد تؤدي إلى ظهور مشاكل أو مصاعب يكون حلها معتمداً على اختبارات أو تحليلات أو طرق تتجاوز – أحياناً – نطاق القانون ذاته. وتختلف هذه المشاكل وتتزايد بحسب ما إذا كان المتعاقد صاحب الشأن هو المهني أو المتعاقد الآخر – غير المهني أو المستهلك<sup>٢</sup> – وذلك أثناء تطبيق أحكام قانون الاستهلاك.

وفي القانون المصري وإن كان لا يوجد تعريف صريح ومحدد للمقصود بالمهني إلا أننا نجد أن قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ قد أورد في المادة الأولى منه تعريفاً أو تحديداً للمقصود بالمورد وهو أحد صور التعبير القانوني عن المهني، حيث عرف المورد بأنه كل شخص يقوم بتقديم خدمة أو إنتاج أو استيراد أو

١ - انظر في شأن عقود الاستهلاك في فرنسا بشئ من التفاصيل:

- Raymond, Les Contrats des Consommation, Actes des Colloque de 24 - 2, 1994, prec. 37 ets.
- J. Calais - Auloy, et f. steinmetz, Droit de La consommation, Dalloz, 4é éd, 1996. p. 2 ets. Didier Ferrier, op. cit. p. 23 ets.

وراجع كذلك د. حمد الله محمد حمد الله، مختارات من قانون الاستهلاك، ترجمة من كتاب "Droit de la

Consommation" للبروفسيور جان كاليه ألوا، طبعة ١٩٩٢، منشور بمجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، العدد ١٨، عام ١٩٩٦، ص ١٣٠ وما بعدها.

٢ - هذا رغم أن المشرع الفرنسي نص في المادة ٣٥ من القانون الصادر عام ١٩٧٨ على العقود التي تبرم بين المهني

وغير المهني أو المستهلك دون تحديد لمعاني هذه الكلمات. راجع د/ حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٣٦، وراجع في فرنسا:

- O. CARMET "Reffexions sur les clauses abusives au sens de La No 78 23 du 10 Jonv. 1978, R. T. D. C. E. 1982.i 1. 5.

توزيع أو عرض أو تداول أو الاتجار في أحد المنتجات أو التعامل عليها، وذلك بهدف تقديمها إلى المستهلك أو التعاقد أو التعامل عليها بأية طريق من الطرق. وبذلك يمكن أن يعتقد الكثير أن المشرع قد عرف المهني أو حدد المقصود به ولكن تحت مسمى المورد. هذا مع أن المعلن في القانون أيضاً يعتبر مهني مع أن المشرع المصري في قانون حماية المستهلك عرف المعلن بأنه كل شخص يقوم بالإعلان عن سلعة أو خدمة أو الترويج لها بذاته أو بواسطة غيره باستخدام أى وسيلة من الوسائل. وهو رغم ذلك يندرج في رأينا تحت مفهوم المهني في التعريف القانوني للمهني في إطار أحكام قانون الاستهلاك وحماية المستهلك. ولذلك فإن المورد ليس هو وحده المهني وإنما هناك اشخاص أخرى تكتسب وصف المهني منها المعلن .

### ج- التعريف المقترح للمهني:

بدايةً يلزم حتى نعطي تعريفاً عاماً للمهني ، أن يتم تعريف المهني في إطار مراعاة فكرة أن القانون الخاص بحماية المستهلك لا يتعلق و لا ينبغي أن يتعلق بطائفة من الأشخاص، ولكن يرتبط بالوصف القانوني للتصرفات أو الأعمال التي يبرمها أو يقوم بها الشخص<sup>١</sup>. وبعبارة أخرى يجب أن يهتم قانون الاستهلاك بالأعمال الاقتصادية وليس بطائفة من الأشخاص و أن غاية هذا القانون هي تحقيق التوازن في علاقات الاستهلاك بين المهني والمستهلك، عن طريق منح المستهلك حقوقاً لها وزنها وأهميتها بالمقابلة للمزايا الكبيرة والطبيعية التي تتوافر للمهني<sup>٢</sup>. وعلى ذلك فإن المهني هو كل شخص طبيعي أو اعتباري عام أو خاص يتعامل بشأن المنتجات "سلع أو خدمات أو أعمال أو غيرها" بغرض إنتاجي، وليس

١ - راجع د. د. حسن عبد الباسط جمعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك

، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، السنة الثانية عشر العدد الثالث عشر، كلية الحقوق جامعة اسيوط ١٩٩٠،

ص ١٢ وما بعدها. خاصة بند ١١.

٢ - راجع د. د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص ٤٢، راجع:

- Jean. Calais, Auloy, Droit de La Consommation. 3éd, paris, 1992, N° 7.



بغرض إشباع الحاجات الشخصية أو العائلية، وسواء أكان هذا الشخص منتجاً أو موزعاً أو مستورداً أو معلناً وسواء أكان محترف أو غير محترف<sup>١</sup>. وعلى ذلك فإن المشرع المصرى فى قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ قد عرف المورد باعتباره مهنى ، وهذا ما يمكن أن يتصور معه البعض من الفقه أن المشرع بهذا التعريف أراد أن يكون تعريفاً ضمنيّاً للمهنى. وعلى فرض صحة هذا التصور فإن موقف المشرع فى مصر يتسم بالغموض والقصور فى تعريف المهنى من خلال تعريف المورد ، ولهذا يجب على المشرع أن يضع تعريفاً محدداً وواضحاً للمهنى حتى تتحقق الغاية من القانون<sup>٢</sup>. خاصةً وأنه عرف المورد و المعلم بما يعبر عن انهم من الأشخاص الذين ينطبق عليهم وصف المهنى كما عرفناه، حيث أن مفهوم المهنى يتسع ليشمل المزود والمورد والمعلم والقائم على صيانة المنتجات ومتابعة الخدمات والوكيل وغيرهم.

وبذلك فإن المهنى فى اطار درستنا لضمان مطابقة المنتج الأستهلاكى هو كل شخص طبيعى أو اعتبارى عام أو خاص يتعامل بشأن سلع أو خدمات بغرض إنتاجى، وليس بغرض إشباع الحاجات الشخصية أو العائلية، وسواء أكان هذا الشخص منتجاً أو موزعاً أو مستورداً أو معلناً وسواء أكان محترف أو غير محترف متى كان طرفاً فى عقد من عقود الاستهلاك. وهو بذلك الذى يتحمل بالالتزام بضمان مطابقة المنتج الأستهلاكى للمواصفات المحددة قانوناً او اتفاقاً.

هذا وإن كان مفهوم المهنى ينصرف الى كل من البائع للمنقول و العقار، و المقاول مقدم الخدمة بمفهومهما التقليدى فى قواعد القانون المدنى، والقانون التجارى إلا إنه يجب ملاحظة ان المهنى فى اطار القواعد الخاصة مثل قواعد حماية المستهلك ينصرف الى كل من يتعامل فى المنتج الأستهلاكى بائعاً كان أو مصنعاً أو مستورداً أو مورداً، أو معلناً، وعلنه ينصرف مفهوم البائع فى البيع الألكترونى الى بائع السلعة

١ - حيث أن المشرع المصرى قد عرف الأشخاص فى المادة الأولى من قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦.

وهذا التعريف يشمل الشخص الطبيعى والشخص المعنوى عام أو خاص ويفيد ذلك بأن المهنى يمكن أن يكون شخص عام أو شخص من أشخاص القانون الخاص، وكذلك المستهلك يمكن أن يكون شخص طبيعى أو شخص اعتبارى ويمكن أن يكون شخص اعتبارى عام أو خاص، كما أن المشرع عرف المستهلك ومن ثم فإنه يمكن عن طريق الاستبعاد أن يكون المهنى كل من لم يكن مستهلك وأياً كان الأمر فإن المهنى كمفهوم يتسع ليشمل المورد والمعلم.

٢ - راجع، نص المادة الأولى من قانون حماية المستهلك المصرى رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦.

و مقدم الخدمة حيث ورود البيع على الخدمة باعتبارها منتج مثل السلعة<sup>١</sup>. وعلى ذلك يجب ان ندرك انه حينما نعبر في بحثنا عن المهني بالبائع هنا دون وصفه ببائع السلعة أو بائع او مقدم الخدمة، فإنه ينصرف مفهومه الى الاثنين معاً اي البائع للسلعة و المقاول او مقدم الخدمة .

**د- المُنْتَج الاستهلاكي وعقد الاستهلاك :-**

### ١- المُنْتَج الاستهلاكي :

حدد المشرع المصري المقصود بالمُنْتَجَات في المادة الأولى من قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ بأنها "السلع والخدمات المقدمة من أشخاص القانون العام أو الخاص وتشمل السلع المستعملة التي يتم التعاقد عليها من خلال مورد". و بمناسبة ذلك يلاحظ أن كلمات المنتجات والخدمات والسلع كلمات قد تم استخدامها في القانون الاقتصادي وبخاصةً في قانون الاستهلاك الفرنسي حيث تعتبر التفرقة بين المنتجات والخدمات من ناحية، وبين المسكن من ناحية أخرى، ذات أهمية كبيرة على غرار التفرقة التقليدية بين المنقولات والعقارات<sup>٢</sup>.

ويقصد بالمنتج لدى البعض في الفقه الفرنسي أنه منقول مادي قابل للبيع والشراء في مجال التجارة، ويتعلق في نطاق دراسة قانون الاستهلاك بالمنتجات المبيعة للمستهلكين، أي في المرحلة الأخيرة من التطور الاقتصادي، وبعض المنتجات عبارة عن سلع للاستهلاك مثل الأغذية والمنتجات الصيدلانية، ومستحضرات التجميل، وبعض المنتجات عبارة عن أموال أو سلع معمرة أو مستديمة مثل الأثاث، والأجهزة المنزلية، والسيارات<sup>٣</sup>.

أما كلمة خدمة فهي كلمة أكثر غموضاً، حيث أنها تعني أو تشمل كل أداء أو عمل يمكن أن يقدم بمقابل، ولكن ليس مالياً منقولاً مادياً. والخدمة يمكن أن تكون مادية

١ - قارب د. اسامة احمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١، ص ٧ وما بعدها.

٢ - انظر: د. حمد الله محمد حمد الله، مختارات من كتاب قانون الاستهلاك، مرجع سابق، ص ١٨٤. وانظر في فرنسا.

- Jean. Calais, Auloy, Droit de La Consommation, op. cit. N° 157.

٣ - المرجع السابق، نفس الموضوع.

مثل إصلاح جهاز أو تنظيف ملابس أو مكان، ويمكن أن تكون خدمة مالية مثل تقديم التأمين أو الائتمان، وقد تكون خدمة ذهنية مثل العناية الطبية والاستشارات القانونية<sup>١</sup>.

## ٢- عقد الاستهلاك<sup>٢</sup>:

بعد ان حددنا مفهوم المهني و المستهلك فيما سبق حيث أنهما يمثلان طرفي عقد الاستهلاك، فإنه يلزم تحديد المقصود بعقد الاستهلاك خاصة وأن المهني يتمتع فيه بالدراية الفنية والقدرة الاقتصادية والمعرفة القانونية، بينما نجد ان المستهلك يفترق عادةً إلى ذلك ويحتاج بالضرورة لما يقدمه المهني من سلع أو خدمات<sup>٣</sup> بموجب عقد من عقود الاستهلاك.

في شأن تعريف عقد الاستهلاك يلاحظ أن الفقه في معظمه لم يكن مهتم بوضع تعريف جامع مانع لعقود الاستهلاك، وسبب ذلك كما يراه جانب من الفقه هو أن هذه العقود لا تمثل طائفة أو تقسيماً مستقلاً قائماً بذاته<sup>٤</sup>. فهذه العقود، أي عقود الاستهلاك، في الواقع، ليست سوى تطبيقاً حديثاً للعقود المعروفة سلفاً كالبيع والتأمين وغيرها، ما يميزها هو كون أحد العاقدين فيها هو المستهلك الأولى بالحماية.

وفي ضوء ما تقدم يعرف البعض من الفقه عقود الاستهلاك بأنها "عقود عادية تتمثل في توريد أو تقديم أشياء منقولة مادية أو خدمات إلا أن مقدم السلعة أو الخدمة يكون منتجاً أو مهنيّاً، والمتلقى هو المستهلك أي الفرد العادي الذي يبغى لإشباع حاجة شخصية أو عائلية، منقطعة الصلة بنشاطه التجاري أو المهني<sup>٥</sup>.

١ - المرجع السابق، نفس الموضوع.

٢ - انظر في شأن ذلك في القانون الفرنسي حيث اهتمامه بعقود الاستهلاك كمحور قانون الاستهلاك وأهم

موضوعاته.

- Jean. Calais, Auloy, Droit de La Consommation, op. cit. N° 156 et s.

٣ - راجع د. مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٢٢.

٤ - راجع د. محمد حسين منصور، الوجيز في البيع، الأحكام التقليدية والالكترونية الدولية وحماية المستهلك، بدون ناشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨/٢٠٠٩، ص ٤٥.

٥ - راجع د. محمد حسين منصور، الوجيز في البيع، مرجع سابق، ص ٤٥.

يتضح من التعريف السابق أن عناصر عقود الاستهلاك أو معايير تمييزها تتمثل في محل العقد، إذ يرد على سلع أو أشياء مادية منقولة أو خدمات. كما يهتم التعريف أيضاً بصفة الأطراف، حيث يلزم أن يكون أحدهما مهنيًا محترفًا يتعاقد لخدمة نشاطه المهني، أما الآخر فهو المستهلك الذي يتعاقد بعيداً عن نطاق مهنته أو حرفته. ويركز التعريف كذلك على غاية المستهلك من التعاقد، والتي يجب أن تتمثل في إشباع حاجة شخصية أو عائلية لا صلة لها بنشاطه المهني<sup>١</sup>.

هذا وقد عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوربي الصادر في ١٩٩٧/٥/٢٠، عقد الاستهلاك - خاصة في صورته الالكترونية - بأنه "عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الالكترونية حتى إتمام التعاقد"، وعرفه القانون الكندي بأنه "عقد يتم بين تاجر ومستهلك، بدون الحضور المادي لهما سواء في مرحلة الإيجاب أو القبول وذلك عندما يكون الإيجاب موجهاً للكافة".

ويعرف البعض من الفقه عقد الاستهلاك الالكتروني بأنه "أحد العقود الغير مسماة لأن المشرع لم يضع له تنظيمًا قانونياً مستقلاً، وأن عقد الاستهلاك هذا قد يتمثل في عقد البيع أو الإيجار أو التأمين أو القرض أو الصيانة... الخ"، ويعرفه أيضاً البعض بأنه "العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات، ويقصد إنشاء التزامات تعاقدية" ولكن هذا التعريف منتقد بأنه لم يبين صفة الطرفين أو محل العقد أو غايته<sup>٢</sup>.

ويعرف جانب آخر من الفقه عقود الاستهلاك بأنها "تلك العقود التي يبرمها المستهلك لأغراض شخصية أو عائلية" ولذلك يرى أن هذه العقود تتمتع بذاتية خاصة وترتكز على الظروف والأسباب التي بررت وجود تشريعات خاصة لحماية المستهلك، والتي جعلت تلك الحماية مطلباً جوهرياً وملحاً<sup>٣</sup>.

١ - راجع د. مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام، مرجع سابق، ص ٢٣.

٢ - انظر في كل ذلك، د. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٢٩ وما بعدها. وانظر كذلك، د. خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، حماية المستهلك في

التعاقد الالكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١١، ص ٩١، وما بعدها.

٣ - انظر، د. طرح البحور على حسن، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر

الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١١.

و يعرف البعض من الفقه أيضاً عقود الاستهلاك بأنها "العقد الذى يبرم بوسيلة الكترونية أو تقليدية بين المهني والمستهلك بشأن السلع أو خدمات يقدمها الأول للثانى لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية" وعلى ذلك فيرى صاحب هذا التعريف أن تعريفه يشمل صور التعاقد التقليدى أو الالكتروني، كما أنه يحتوى عناصر تميز عقود الاستهلاك عن غيرها من حيث كونها تبرم بين مهني ومستهلك، وترد على منتجات تلزم الأخير أو أفراد أسرته من أجل إشباع الحاجات الشخصية التى لا صلة لها بحرفته أو مهنته<sup>١</sup>.

وكما يرى صاحب التعريف المتقدم ويحق أن عقود الاستهلاك بذلك لا تقتصر على عقود البيع فقط بل تشمل كافة العقود التى يمكن أن ترد على السلع والخدمات أو على المنتجات كما عرفها قانون حماية المستهلك ويضاف إلى ما سبق أن هذا التعريف قد جاء عاماً بحيث يشمل العقود الواردة على الخدمات و المنقولات وتلك التى يمكن أن ترد على عقارات كسواء أو استئجار أو رهن العقار<sup>٢</sup>. وعليه نؤيد التعريف الاخير لعقد الاستهلاك لصحة منطقته و قوة اساسه .

#### ٥- مفهوم العيب فى قانون الاستهلاك:

يعد مصطلح العيب أحد أهم المفردات او المصطلحات القانونية فى قانون حماية المستهلك حيث أنه يمثل مناط حق المستهلك فى استبدال أو اصلاح المنتج أو إرجاعه للمهني "المورد"، كما أنه يشكل مناطاً لالتزام المهني "المورد" تجاه جهاز المستهلك بالاحطار بأفات المنتجات وأضرارها المحتملة خلال مدة أقصاها سبعة أيام منذ اكتشافه أو علمه بالعيب فى المنتج، و هو كذلك يعد عنصراً جوهرياً فى المسؤولية عن التزام المهني بضمان المطابقة. و يمثل كذلك مناطاً لقيام مسؤولية المهني عن تعويض الاضرار التى تحدث بسبب المنتجات فى القانون الفرنسى و التوجه الاوربي<sup>٣</sup>. و يعرف المشرع فى نص المادة رقم ١ من قانون حماية المستهلك المصرى العيب بأنه "كل نقص فى قيمة أى من المنتجات أو نفعها

١ - راجع د. مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام، مرجع سابق، ص ٢٥.

٢ - المرجع السابق، ص ٢٦.

٣ - حيث قرر مجلس الجماعة الاوربية فى توجيه ٢٥ يوليو ١٩٨٥، ان المنتج يكون به العيب "default" الموجب لمسؤولية المنتج عن الاضرار بسبب عيب المنتج - اذا كان المنتج لا يتضمن الامان الذى يمكن توقعه بشكل مشروع. وذلك يختلف عن العيب فى ضمان العيوب الخفية. راجع د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص ٢٧٥.

بحسب الغاية المقصودة يؤدي إلى حرمان المستهلك كلياً أو جزئياً من الاستفادة بها فيما أعدت من أجله، بما في ذلك النقص الذي ينتج من خطأ في مناوله السلعة أو تخزينها، وذلك كله ما لم يكن المستهلك تسبب في وقوعه".

## المطلب الثانى التعريف بضمان مطابقة

### تقسيم :

ان التعريف بضمان المطابقة يتطلب ان نحدد المقصود بالالتزام المهنى بضمان مطابقة المنتج الاستهلاكى . و بيان طبيعته القانونية و طبيعة الاحكام المنظمة له ، و من ثم تمييز الالتزام بضمان المطابقة عن غيره من الالتزامات الاخرى التى قد تتشابه معه وذلك بعد عرض خصائص الالتزام بضمان المطابقة و نتناول دراسة كل ما تقدم فى الفروع التالية :

- الفرع الاول : مفهوم الالتزام بضمان المطابقة و خصائصه .
- الفرع الثانى : طبيعة الالتزام بضمان المطابقة و طبيعة احكامه .
- الفرع الثالث : تمييز الالتزام بضمان المطابقة عن غيره .

### الفرع الاول

#### مفهوم الالتزام بضمان المطابقة و خصائصه .

##### أولاً : تعريف الالتزام بضمان المطابقة :

يعد تعريف الالتزام بضمان مطابقة المنتج فى عقود الاستهلاك مسألة فقهية و قانونية دقيقة يتوقف عليها امور عديدة منها تحديد نطاق أعمال هذا الالتزام و بيان القواعد المنظمة له ، خاصة و أن القانون المدنى وقوانين الاستهلاك – سواء فى مصر او فرنسا - لم تقرر تعريفاً محدداً للالتزام بضمان المطابقة ، وإنما اقتصرت قوانين الاستهلاك فيهما على تقرير التزام المهنى بالمطابقة أو تقرير الحق للمستهلك فى الحصول على منتج أو سلعة مطابقة للمواصفات أو الغرض الذى تم التعاقد عليها من أجله ، و الالتزام البائع بأن يسلم المشتري شيئاً مطابقاً للعقد و إلا ثبت لهذا الأخير الحق فى المطالبة بضمان المطابقة<sup>1</sup>.

١- فهذا فى حين نجد ان البعض يرى ان الالتزام بضمان المطابقة قد ورد فى نصوص متفرقة من القانون المدنى وكان ذلك بصورة غير مباشرة فى اغلب التشريعات الوطنية ، ثم نص عليه قانون الاستهلاك كالتزام مستقل حماية للمستهلك حيث ليس للمهنى ان يقرر ما هو حسن او ردىء للمستهلكين واعتبرت احكامه امرة متصلة بالنظام العام ، و فى فرنسا كان اقراره فى قانون الاستهلاك الفرنسى اعتماداً للتوجيه الاوروبى رقم ٤٤ لسنة ١٩٩٩ و التى كانت بدورها تنفيذاً لتوجيهات الامم المتحدة لعام ١٩٩٩ . و تم تعديلها فى عام ٢٠١٤ بموجب القانون رقم ٣٤٤ لسنة ٢٠١٤ . راجع د. حمد الله محمد حمدالله ، مختارات من قانون الاستهلاك الفرنسى ، مرجع سابق ، ص ٨ . و قارب سيد محمد سيد شعراوى ، الحماية المدنية

فى فرنسا صدر المرسوم رقم ١٧ فبراير لسنة ٢٠٠٥ معتمداً للتوجيه الاوربى الصادر فى ٢٥ مايو لسنة ١٩٩٩ و معدلاً بموجبه قانون الاستهلاك الفرنسى رقم (٩٣/٩٤٩) الصادر فى ٢٦ يوليو ١٩٩٣م، وفارضا من خلاله التزاماً على المهنى بضمان المطابقة، حيث ضمان مطابقة المنتج للمواصفات المعتمدة و للعقد المفروض على عاتق البائع "المهنى" لمصلحة المشتري "المستهلك". وقد تضمنت صراحة المادة رقم L 211-4 من تقنين الاستهلاك احكاماً تؤكد على أن البائع يلتزم بأن يسلم للمستهلك شيئاً مطابقاً للعقد ويضمن عيوب المطابقة الموجودة عند التسليم.

و حاول الفقيه الفرنسى Jean Calais – auLOY ان يحدد جوهر ضمان المطابقة بإعتباره التزاماً يقع على عاتق المهنى "البائع" تجاه المشتري "المستهلك" بأنه يتضمن قاعدة اساسية تفرض وجوب مطابقة الشيء المبيع للعقد و ذلك ليس فقط فى حالة وجود العيوب الخفية و انما فى حالة عدم المطابقة للاشتراطات فى العقد<sup>٢</sup>، و من هنا نستطيع ان نؤكد بان ضمان المطابقة فى جوهره ينصرف الى وجوب مطابقة المنتج الاستهلاكى "سلع و خدمات للرغبة "التوقع" المشروعة للمستهلك الذى تقدم اليه هذا المنتج وفقاً للمقرر من المواصفات قانوناً و اتفاقاً.

---

للمستهلك فى عقود البيع الالكترونية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ٢٧٧ .  
انظر فى فرنسا :

Loi Hamon. Information relative à la garantie. - La loi no ١٧ du ٣٤-٢٠١٤ mars relative à la consommation (JO ٢٠١٤ mars).

١- Jean Calais-AuLOY, Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité, article précite p. 701.

Le vendeur est tenu de livrer un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance. Article L ٢١١-٤ Il répond également des défauts de conformité résultant de l'emballage, des instructions de montage ou de l'installation lorsque celle-ci a été mise à sa charge par le contrat ou a été réalisée sous sa responsabilité.

٢- و يقر الفقيه الفرنسى ايضا ان ضمان المطابقة هذا ينحصر فقط فى عقود الاستهلاك ، اى فى العلاقة ما بين البائع المهنى و المشتري المستهلك ، و لذلك يستفيد منها المستهلك الى جانب ضمان العيوب الخفية فى القانون المدنى . راجع :

Jean Calais-AuLOY, Une nouvelle garantie pour l'acheteur, article précite , p. 701 ets-



و بالرغم مما تقدم فقد استخلص البعض من فقهاء القانون الفرنسي تعريفاً للمطابقة وآخر لعدم المطابقة فعرف المطابقة بأنها ،مطابقة الشيء المبيع للمواصفات المتفق عليها في العقد وللإشتراطات الصريحة أو الضمنية فيه<sup>١</sup>. و تلك الضمانة تتضمن قاعدة أساسية وهي ان الشيء المبيع يجب ان يطابق العقد ،وهذه الضمانة واجبة الأداء على البائع "المهني " ، و ليس فقط في حالة وجود عيب في الشيء المبيع ،وانما ايضاً في حالة عدم المطابقة لإشتراطات العقد و هذه الضمانة قانونية اى مفروضة بنص القانون<sup>٢</sup>. و عرف الفقه الفرنسي ايضاً عدم المطابقة بأنها الاختلاف بين الشيء المسلم حقيقة وفعلاً والشيء المتفق عليه في العقد<sup>٣</sup>.

وعلى ذلك فقد طالب الفقيه الفرنسي Jean Calais – auloy بضرورة تعديل القانون المدني الفرنسي فيما يتعلق بالضمان في عقد البيع وإدخال ضمان المطابقة كأحد الالتزامات أو الضمانات الجديدة التي تقع على عاتق البائع لمصلحة المشتري بصرف النظر عن كون المشتري مستهلكاً أم لا ، وبمقتضاه يجب أن يكون الشيء المبيع مطابقاً للعقد و لا تقتصر هذه الضمانة فقط على عقود الاستهلاك لبيع السلع المادية المنقولة<sup>٤</sup>.

و يعبر الفقيه الفرنسي jean .calais.auloy ايضاً اثناء حديثه بشأن عقود الاستهلاك في الجزء الثاني من كتابه قانون الاستهلاك عن ضمان المطابقة بأنه

---

١ - Jean Calais-Auloy, De la garantie des vices cachée à la garantie de conformité,

Mélanges Mouly, Litec, 1998, t. II, p. 63.

Jean Calais – auloy ,Une nouvelle garantie pour l'acheteur, article précite , P.701 ets. p, 705., F.collart Dutilleul et ph.Delebecque, contrats civils et contrats commerciaux, éd.

Dalloz 2001 nos 232 et 233, P.202, Layrent leveneur, droit des contrats 10 ans de jurisprudence commentée 1999 – 2000, éd. Litec, no347 P.564.

Jean Calais-Auloy, Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité, -<sup>٢</sup> article précite ,P 701.

Ph, le torneau et loic cadiet, droit de la Responsabilité et des contrats, éd. Dalloz -<sup>٣</sup>

2002 – 2003, n 5464, P.1055. Jean Jacques BARBIERI, contrats civils, contrats commerciaux éd. Amand colin, 1995 P.63.

Jean CAIAIS – auloy, OP,CIT, P.701.-<sup>٤</sup>

يجب ان تكون المنتجات و الخدمات مطابقة للرغبة "التوقع" المشروعة من جانب المستهلكين الذين تقدم اليهم تلك المنتجات و الخدمات<sup>١</sup> .  
ويتم تقدير الرغبة المشروعة "العادلة" للمستهلكين ،وفقا لمعيارين احدهما واقعى "شخصى" و الاخر مجرد "موضوعى" و ذلك فى ضوء عدة عوامل اهمها طبيعة المنتج او الخدمة ،أو الغرض منها ،الحالة التقنية "التقدم التقنى او الفنى" المعلومات التى يقدمها المنتجون ، الموزعون ، و العارضون .و تعد الرغبة و الحاجة المشروعة أو المتوقعة ،امرا من شأن المستهلكين<sup>٢</sup> .

وفى القانون المصرى فرض المشرع الالتزام بضمان المطابقة بموجب نصوص المواد ارقام ٢فقرة ج و ٨فقرة ١ ، و ٩، من قانون حماية المستهلك المصرى رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ ، الصادر فى ١٩ مايو ٢٠٠٦م ، حيث حظرت المادة رقم ٢فقرة

---

<sup>١</sup> - هذا رغم انه لا يوجد نص صريح فى القانون المدنى يقرر مبدأ المطابقة و لكنه يستخلص و يستنتج من عدة نصوص و احكام .

Jean CAIAIS – auloy, droit de la consommation,op,cit , n160 .

<sup>٢</sup> - وليس من حق المهنيين ان يحددوا ما هو حسن و ردىء لعملائهم .و لكن ليس من حق المستهلك ان ينتظر او يتوقع الا ما هو معقول ،فى ضوء الظروف الاقتصادية و الحالة التقنية القائمة .و معيار تقدير الجائز من توقعات المستهلكين يكون اما مجرد اى بالنظر الى المستهلك المتوسط الحال ، و اما واقعى اى يأخذ فى الاعتبار ذلك الذى حصل على السلعة او الخدمة .ويلزم ان يكون التقدير بشكل مجرد اذ لا يمكن ان نطلب من المهنيين ان يضعوا فى اعتبارهم الرغبات او الحاجات او الاذواق التى تخص او تتوافق مع كل فرد على حدى ،و مع ذلك يكون التقدير وفقا لطريقة واقعية .فى حالة ما اذا كان قد تم النص على خصائص معينة للمنتج او الخدمة فى العقد و وافق عليها المهنى . و بذلك من المتصور اجتماع المعيارين معا . . راجع د.حمد الله محمد حمدالله ،مختارات من قانون الاستهلاك الفرنسى، مرجع سابق ، ص ١٨٦ .

<sup>٣</sup> - الجريدة الرسمية ، العدد (٢٠) مكرر ، الصادر فى ٢٢ ربيع الآخر سنة ١٤٢٧ هـ - الموافق (٢٠ مايو سنة ٢٠٠٦م) السنة التاسعة والأربعون .

ج، الإخلال بحقوق المستهلك الأساسية وخاصة ، الحق فى الاختيار الحر لمنتجات تتوافر فيها شروط الجودة المطابقة للمواصفات<sup>١</sup>.

ونصت المادة رقم ٨ فقرة ١ على أن " للمستهلك خلال أربعة عشر يوماً من تسلم أية سلعة الحق فى استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها ، وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذى تم التعاقد عليها من أجله ويلتزم المورد فى هذه الأحوال بناء على طلب المستهلك - بإبدال السلعة أو استعادتها مع رد قيمتها دون أية تكلفة إضافية".

وتصت المادة رقم ٩ من قانون حماية المستهلك على أن "يلتزم كل مقدم خدمة بإعادة مقابلها أو مقابل ما يجبر النقص فيها أو إعادة تقديمها للمستهلك ، وذلك فى حالة وجود عيب أو نقص بها وفقاً لطبيعة الخدمة و شروط التعاقد عليها و العرف التجارى ..... " ويتضح من هذه النصوص أن الحق فى المطابقة أصبح من حقوق المستهلك الأساسية ، وأن المهني يلتزم بضمان مطابقة المنتج " السلعة المباعة أو الخدمة المقدمة " للمواصفات أو الغرض الذى تم التعاقد عليها من أجله وإلا ترتبت مسؤوليته عن الإخلال بالالتزام بضمان المطابقة .

ونظراً لحدائثة ظهور الالتزام بضمان مطابقة المنتج الاستهلاكي ، فقد اقتصر بعض فقهاء القانون المصرى على تعريف عدم المطابقة باعتبارها من صور الإخلال بالالتزام بالتسليم ، فعرف بعض الفقهاء عدم المطابقة بأنها عدم مطابقة الشيء المسلم للمعقود عليه، وهى ترجع إلى عدم توافر المواصفات التى كان يتوقع المشتري توافرها فى المبيع<sup>٢</sup> .

١- قارب فى ذلك د/مدوح محمد على مبروك ، ضمان مطابقة المبيع فى نطاق حماية المستهلك ، دراسة تحليلية فى

القانون المدنى و قانون حماية المستهلك المصرى رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ و لائحته التنفيذية و بعض القوانين الاجنبية . دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ٨ .

٢- حيث انه فى القانون المدنى المصرى تجدد اشارات ضمنية الى مضمون المطابقة للمواصفات من خلال نصوص متفرقة ، تناولت أكثر من صورة لها ، ففى المادتين ٤٣٤ ، ٤٣٣ تعرض لصور المطابقة المتعلقة بمقدار المبيع حيث المطابقة الكمية و فى المادة ٤٤٧ واجه فرض تخلف الصفة و الزام البائع بالضمان حيث المطابقة الوصفية ، وفى المادة ٤٥٥ نظم التزام البائع بضمان صلاحية المبيع مدة معلومة حيث المطابقة الوظيفية . راجع د/ حسام الدين كامل الأهواني ، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى ، مطبوعات جامعة الكويت ، طبعة ١٩٨٩ م ، ص ٧٢٦ . د. جمال محمود عبد العزيز ، الالتزام بالمطابقة فى عقد البيع الدولى ، 1996-1997 . بدون ناشر ، القاهرة ، ص ٩٦-٩٧ . و راجع فى تعريف المطابقة باعتبارها

وإيضاً يعرف بعض الفقهاء عدم المطابقة بأنها ، عدم صلاحية المبيع للاستعمال المقصود بحسب طبيعته أو حسب الغرض الذى أعد له ، أو وفقاً لما هو مبين فى بنود العقد<sup>١</sup>.

و على ذلك يلاحظ البعض من الفقه - وبحق - أن التعريفات السابقة لم تتطرق لبيان معنى الالتزام بضمان المطابقة ، وإنما اقتصر بعضها على تعريف المطابقة باعتبارها المحل الذى ينصب عليه التزام البائع بما تتضمنه من مواصفات أو اشتراطات متفق عليها فى العقد صراحة أو ضمناً . بينما اقتصر البعض الآخر على تعريف عدم المطابقة باعتبارها الشرط الأساسى لقيام التزام البائع بالمطابقة او العيب الذى يخول المستهلك الحق فى الرجوع على المهنى بدعوى ضمان المطابقة<sup>٢</sup>.

ولذلك فضل صاحب النقد السابق ان يضع تعريفاً اخر للالتزام بضمان المطابقة يوضح خصائصه ويبين جوهره وحقيقته ، فعرف الالتزام بضمان مطابقة الشيء المبيع بأنه "تعهد البائع بأن يكون المبيع وقت التسليم موافقاً للشروط المتفق عليها فى العقد صراحة او ضمناً ومحتويًا على المواصفات التي تجعله صالحاً للاستعمال بحسب طبيعته و وفقاً لغرض المشتري بما يضمن حسن الانتفاع به وتوقي أضراره.

و ان كان التعريف السابق مقبولاً نسبياً ، حيث أنه يمتاز عن غيره بأنه واضح جوهر وخصائص الالتزام بضمان المطابقة الا انه يعاب عليه انه قصر تعريف الالتزام بالمطابقة على حالة الاتفاق فقط عليه، فى حين ان اصل التزام المهنى بضمان مطابقة المنتج الاستهلاكى هو نص القانون و ليس الاتفاق وحده و ان كان الاتفاق فإنه يكون بما لا يخل بما هو منصوص عليه فى القانون مالم يحقق حماية افضل المستهلك عما هو مقرر قانوناً . كما انه قصر بذلك ضمان المطابقة على بيع

---

مسألة مرتبطة بالتسليم القانون التجارى د.محسن شفيق "اتفاقيات لاهى ١٩٦٤ بشأن البيع الدولى للمنقولات المادة "دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٦ ، بند ١٧٧ .د.محمود سمير الشراوى "الالتزام بالتسليم فى عقد بيع البضائع "دراسة مقارنة ، مجلة القانون و الاقتصاد ، العددان الثالث و الرابع ، السنة السادسة و الاربعون ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ١٩٧٦ ، ص ٣٦٥ .

١- د. ثروت عبد الحميد ، ضمان صلاحية المبيع لوجهة الاستعمال ، دار ام القرى للطبع والنشر بالمنصورة. بدون تاريخ نشر ص ١٩ .

٢- د.مدوح محمد على مبروك ، ضمان مطابقة المبيع فى نطاق حماية المستهلك ، مرجع سابق ، ص ١٠ .

السلع الاستهلاكية وحدها دون الخدمات مع ان ضمان المطابقة مجاله اوسع فى شأن الخدمات عن السلع .

ونتيجة لما سبق عرفه البعض الاخر بانه التزام قانونى و تعاقدى يضمن فيه البائع تسليم المستهلك المبيع موافقا للقانون و للشروط المتفق عليها فى العقد صراحة و ضمنا ، و محتويا على المواصفات التى تجعله صالحا للاستعمال حسب طبيعته و وفقا لغرض المستهلك بما يضمن حسن الانتفاع به و توى اضراره<sup>١</sup>، و مع ذلك يصيب التعريف الاخير ما اصاب التعريف السابق له من نقد بانه قصر نطاق ضمان المطابقة على السلع الاستهلاكية دون الخدمات الإستهلاكية.

ومع ذلك نعرف ضمان المطابقة- فى اطار قانون الاستهلاك - بانه ذلك الالتزام الذى يقره القانون على عاتق المهني تجاه المستهلك بان يوفر الاول للاخير منتج "سلعة أو خدمة " يتفق مع ما هو مقرر من شروط و مواصفات معتمدة قانوناً او اتفاقاً "صراحة أو ضمناً " ومتضمناً من المواصفات ما يجعله صالحاً للاستعمال حسب طبيعته، و محققاً لهدفه بما توافق و التوقع المشروع للمستهلك<sup>٢</sup>.

و على ذلك فان ضمان المطابقة هو واجب يفرضه القانون - كحد ادنى لما يتفق مع التوقع المشروع للمستهلك فى قانون الاستهلاك - على المهني يلتزم بموجبه ان يكفل للمستهلك ان المنتج الاستهلاكي يطابق المواصفات المقررة قانوناً او اتفاقاً ، و سواء كان بها عيباً ظاهراً او خفياً ، او لم يوجد بها عيب اصلاً ، وان كان يجوز مخالفته طالما فى المخالفة ما يحقق مصلحة افضل للمستهلك<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> - راجع سيد محمد سيد شعراوى ، الحماية المدنية للمستهلك فى عقود البيع الالكترونية ، رسالته السابقة ، ص ٤٣٤

قارب خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى ، حماية المستهلك الالكترونى ، رسالته السابقة ، ص ٦٥٩ .

<sup>٢</sup> و يعبر تعريفنا هذا عن مضمون ضمان المطابقة المنصوص عليه فى المادة رقم L211-4 من تقنين الاستهلاك

الفرنسى . حيث تنص على ان:

“Le vendeur est tenu de livrer un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance.

Il répond également des défauts de conformité résultant de l'emballage, des instructions de montage ou de l'installation lorsque celle-ci a été mise à sa charge par le contrat ou a été réalisée sous sa responsabilité”

<sup>٣</sup> - حيث ان هذا الضمان او الالتزام يختلف عن غيره من الالتزامات الاخرى و لا سيما ضمان العيب الخفى ، بحيث

يكون للمستهلك الاستفادة منهما معا ان تحققاً سوياً و حسب اختياره .

## ثانيا : خصائص الالتزام بضمان المطابقة وعناصره :

من خلال الاستعانة بالتعريفات السابقة – و لا سيما التعريف الاخير - لضمان المطابقة يستخلص البعض من الفقه<sup>١</sup> مجموعة خصائص وعناصر يوصف بها ضمان مطابقة المنتج الاستهلاكي فى عقود الاستهلاك و التى يمكن ان يستعان بها فى تمييزه عن غيره من العقود الاخرى ، و هى :

١ – الطابع القانونى لضمان المطابقة ، حيث ان الالتزام بضمان المطابقة عبارة عن تعهد أو ضمان قانوني بتحقيق نتيجة يتقفل كاهل المهني لمصلحة المستهلك .

٢ – العبرة فى المطابقة بوقت التسليم ، اى يجب ان تتحقق المطابقة وقت تسليم المنتج ولو لم تكن متوافره وقت التعاقد ، وذلك متى كان المنتج سلعة ، و اذا كان خدمة فالعبرة بوقت ادائها او إستفادة المستهلك منها .

٣ – تتحدد المطابقة وفقا للشروط والمواصفات المنفق عليها فى العقد الاستهلاكي صراحة أو ضمنا او المقررة قانونا ان لم يوجد اتفاق و ذلك يمثل الحد الادنى لمضمون ضمان المطابقة .

٤ – يرى الفقيه الفرنسى Jean CAIAIS – auloy و يؤيده فى ذلك بعض الفقه المصرى ان ضمان المطابقة خاص بالسلع – الاستهلاكية – المنقولات المادية ، دون المعنوية و دون العقارات ، و ان كان يدخل فيها سلع اخرى كالادوية و الاغذية و الادوات المنزلية ، و تشمل فى فرنسا الكهرباء و المياه و الغاز و هى فى حقيقتها خدمات .

و بالرغم من ان ضمان المطابقة هذا ظهر- أول ما ظهر - بمناسبة السلع الاستهلاكية " المادية المنقولة " إلا اننا نوسع نطاقه ليشمل المنقولات المعنوية و الخدمات الاستهلاكية وذلك لان المطابقة تجد مجالا واسعا لها فى الخدمات الاستهلاكية ، حيث ضرورة مطابقة الخدمة للتوقع المشروع من قبل المستهلك .

٥ – ضمان المطابقة قاصر على عقود الاستهلاك التى ترد على نقل ملكية منتج استهلاكي أو سلعة او تقديمها و من ثم تسليمها الى المستهلك كالببيع و التوريد طالما كانت عقود استهلاكية و كان الملتزم به مهني و صاحب الحق فيه مستهلكاً وفقا

---

Jean CAIAIS – auloy, Une nouvelle garantie pour l'acheteur, article précite, P.701.et s,P704 ets

١- . Jean CAIAIS – auloy, article précite, P.701.et s,P704 ets

د.مدوح محمد على مبروك ، ضمان مطابقة المبيع فى نطاق حماية المستهلك ، مرجع سابق ، ص ١٠ - ١١ .

للمفهوم السابق تحديده للمهني و المستهلك و السلعة. و ان كنا نرى كذلك سريانه على كل خدمة استهلاكية .

٦ - إحترام التوقع المشروع للمستهلك يمثل جوهر ضمان المطابقة ، حيث تقتضى المطابقة صلاحية المبيع للاستعمال بحسب طبيعته وتخصيصه ، وفقاً لغرض المشتري الخاص وتوقعه المشروع . و يتحقق هذا الامر ايضا بصدد التعامل على الخدمات الاستهلاكية ، ولذلك فان الضمان المذكور قاصر على عقود الاستهلاك سواء أكان محلها سلع أو خدمات .

٧ - تستلزم المطابقة احتواء المنتج على عناصر ومواصفات الأمان التي تضمن للمستهلك الحق في الصحة والسلامة عند استعماله العادي للمنتج ، وتمكنه من حسن الانتفاع به وثيقه أضراره .

### الفرع الثاني

#### طبيعة الالتزام بضمان المطابقة وطبيعة احكامه

نتناول في هذا الفرع بيان الطبيعة القانونية لإلتزام المهني بضمان مطابقة المنتج ، حيث بيان ما إذا كان إلتزاماً عقدياً أو غير عقدي ، ومدى اعتباره إلتزاماً بتحقيق نتيجة أو التزم ببذل عناية ، ثم نوضح طبيعة القواعد المنظمة لضمان مطابقة المنتج لبيان مدى جواز مخالفتها من عدمه .

#### أولاً: الطبيعة القانونية للإلتزام بضمان المطابقة:

نتناول هنا بالبحث بيان مدى إعتبار الإلتزام بضمان مطابقة المنتج ، إلتزاماً عقدياً أو غير عقدي ، ومدى اعتباره إلتزاماً بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية .

#### أ- الإلتزام بضمان المطابقة بين العقد و القانون :

يرى البعض من الفقه الذي تعرض بالدراسة لضمان المطابقة أن الإلتزام بضمان مطابقة المنتج ، يعتبر إلتزاماً قانونياً مفروض على عاتق البائع المهني لمصلحة المشتري المستهلك بنصوص القوانين الخاصة بحماية المستهلك كمنص المادة L211-4 من قانون الاستهلاك الفرنسي، و المادة ٨ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري ، وهو ضمان قانوني يحدد الحقوق الممنوحة للمستهلك في مواجهة المهني ، ويلتزم هذا الأخير بضمان المطابقة بغض النظر عن بحث الخطأ في جانب البائع، فهذا الأخير لا يستطيع أن يتخلص من الضمان بإثبات أنه كان يجهل عيب الشيء المبيع أو عدم مطابقته .

١- د. ممدوح محمد على مبروك ، المرجع السابق ، ص ١١١ .

و في اطار قصر دراسة ضمان مطابقة المنتج على احكام القانون المدني و لا سيما احكام عقد البيع نجد من يرى ان الرأي الغالب في الفقه والقضاء يذهب إلى القول بأن الالتزام بضمان المطابقة يعتبر التزاماً عقدياً ينشأ من عقد البيع تابعاً للالتزامات الأصلية فيه كالالتزام بالتسليم<sup>١</sup>. وهو التزام ذو طبيعة إتفاقية ، لأن مضمونه يتحدد في عقد البيع بإتفاق الطرفين صراحة أو ضمناً على شروط المبيع ومواصفاته أو الغرض الذي تم التعاقد عليه من أجله ، وكذلك عندما يكفل البائع للمشتري توافر شروط معينه في الشيء المبيع أو يشترطها المشتري<sup>٢</sup>.

كما أن التمسك بدعوى عدم المطابقة يتطلب أن تكون خصائص المبيع وصفاته الأساسية أو مواصفاته الفنية قد تحددت بشكل دقيق عند التعاقد ، لأن هذا التحديد هو الذي يتيح الإدعاء بأن المبيع قد تم تسليمه على نحو غير مطابق للمواصفات المتفق عليها<sup>٣</sup>.

و في ضوء ما تقدم نرى ان التزام المهني بضمان مطابقة المنتج في عقود الاستهلاك يعتبر التزاماً قانونياً حيث فرضه المشرع بصريح النص في قانون الاستهلاك المصري و الفرنسي ، وما اتفق الاطراف بشأنه الا لتعديله بالتشديد ، و

. Jean CALAIS – AULOY , article précité p . 702 . note 3

Ph . MALAURIE et L . AYNES , op .cit . no 299 p 215, jean Jacques BARBIERI —<sup>١</sup>  
,op . cit . p 63 , christian ATLAS , L'obligation de délivrance conforme , D . 1991,  
chron . 1 p . 3 no 6 Cass ler civ . 20 mars 1989 , Bull . civ .1, no 140  
د. عبد المنعم البدرابي ، الوجيز في عقد البيع ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٣، القاهرة ، ص ٢٤٩ ، د.عبد  
الرشيد مأمون ، الوجيز في العقود المسماة . الكتاب الاول عقد البيع و المقايضة ، دار النهضة العربية ، القاهرة  
، ١٩٩٨ ، ص ٢٣٣ ، د.محمد ابراهيم بنداري ، الالتزام بالتسليم في عقد البيع ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق  
، جامعة القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص ١١٨ . د.ممدوح محمد على مبروك ، المرجع السابق ، ص ١١٢ .

٢- د/ ثروت عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص ١١ ، و ص ٥٩ - ٦٠ .

٣- Cass 3 e civ . 2 juin 1982, j C.P 1982 II , pano . p 372 , note , A.P.

د.حسن عبد الباسط جمعي ، شروط التخفيف و الاعفاء من ضمان العيوب الخفية ، دراسة مقارنة بين القانون  
المصري وقانون دولة الامارات و القوانين الاوربية ، طبعة ١٤١٤ هـ ، ١٩٩٣ م . ، ص ١٢٧ .



عليه فإن كل عقد لا يعد من عقود الاستهلاك يعتبر الالتزام بضمان المطابقة فيه التزاماً تابعاً للالتزام آخر كالالتزام بالتسليم و هو بذلك التزام عقدي حيث يتطلب لقيامه ضرورة الاتفاق عليه بين اطراف العقد غير الاستهلاكي<sup>١</sup>.

أ- الالتزام بمطابقة المنتج بين الالتزام بتحقيق نتيجة و الالتزام ببذل عناية :

نحاول هنا ان نوضح طبيعة التزام المهني بضمان مطابقة المنتج بين ما اذا كان التزام بتحقيق نتيجة ام انه التزام ببذل عناية ، حيث انه يتبين من خلال استعراض احكام البيع التقليدي ان الرأي الغالب في الفقه والقضاء يذهب إلى اعتبار الالتزام بضمان مطابقة الشيء المبيع التزاماً بتحقيق نتيجة وذلك لأنه يوجب على البائع أن يسلم المشتري شيئاً مطابقاً تماماً للعقد ، ولا يقبل منه الإدعاء بأنه بذل العناية اللازمة لتقديم شيئاً مطابقاً للعقد ولم يتمكن من ذلك<sup>٢</sup>. وهذا الرأي خاص بضمان المطابقة في عقد البيع التقليدي.

و عليه إذا اتضح وقت التسليم انعدام المطابقة أو إختلاله بوجه من الوجوه ، كما لو كان المبيع غير مطابق للمواصفات المتفق عليها بين الطرفين صراحة أو ضمناً ، أو تخلفت صفة كفلهما البائع أو اشترطها المشتري ، أو كان المبيع غير صالح للانتفاع به في الغرض الذي تم التعاقد عليه من أجله ، فإن البائع يكون مسئولاً لعدم تحقق النتيجة المطلوبة. ولا يستطيع البائع أن يتخلص من المسؤولية المترتبة على اخلاله بالالتزام بضمان مطابقة الشيء المبيع ، إلا إذا اثبت ان عدم المطابقة يرجع

<sup>١</sup> - 702 . p . article précité – AULOY – Jean CALAIS . قارب في الفقه الفرنسي :

<sup>٢</sup> - J.CHESTIN , conformité et garanties dans la vente (produits

mobiliers)éd.L.G.D.J.paris.1983, no 262 p 258 , ph . le tourneau, conformité et garanties dans la vente d'objets mobiliers corporals.R.T.D.com.1980, p 249 no 54 , cass . com 15 janv 1980 . J.C .p 1980 IV , p 125 , cass .civ . 21 juillet 1970 , RTD .com 1971 p. 924 . no 11 , obs .Hémard

د. عبد الرازق السنهوري ، الوسيط ، الجزء الرابع ، البيع و المقايضة ، طبعة دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، ص ٥٦٣ ، و ص ٥٦٥ ، د. ثروت عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص ٥٩ ، د. جمال عبد الرحمن محمد علي ، الخطأ في مجال المعلوماتية ، دراسة في العلاقة بين بنوك المعلومات والمستخدم النهائي ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٣ ، ص ٧١ .

الى خطأ المشتري أو فعله ، فيتحمل المشتري مغبة ذلك وليس له الرجوع بشيء على البائع<sup>١</sup>.

وفي إطار دراسة التزام المهني بضمان مطابقة المنتج وفق الاحكام الخاصة في قوانين الاستهلاك يرى البعض من الفقه<sup>٢</sup> أن الالتزام بضمان مطابقة المنتج هو التزام ذو طبيعة خاصة مزدوجة ، فهو إلتزام قانوني فرضته قوانين الاستهلاك بقواعد أمره لتوفير الحماية الكافية للمستهلك . وهو إلتزام عقدي بتحقيق نتيجة يخضع للقواعد العامة في نظرية الإلتزام في القانون المدني ، لأنه ينشأ من عقد البيع بإتفاق الطرفين عليه صراحة أو ضمناً تابعاً للإلتزامات الأصلية في العقد كإلتزام بالتسليم والإلتزام بالإعلام عند دخوله في النطاق العقدي بالاتفاق على مضمونه ، حيث يساعد على تنفيذ هذه الإلتزامات تنفيذاً صحيحاً ، يتفق و ما يوجبه حسن النية في تنفيذ العقد .

ولكن هذا الرأي منتقد فقط في امور محددة اهمها انه بذلك خلط ما بين التزام المهني بضمان مطابقة المنتج في عقود الاستهلاك و بين التزام البائع بضمان المطابقة في عقد البيع التقليدي الغير خاضع لقانون الاستهلاك ، كما انه اغفل اهمية فرض المشرع لاحكام خاصة بضمان المطابقة في عقود الاستهلاك ، وهي كفالة حد ادنى من الحماية للمستهلك ، و لذلك نرى ان التزام المهني بضمان مطابقة المنتج في عقود الاستهلاك هو التزام بتحقيق نتيجة ، لا يجوز الاتفاق على جعله التزام ببذل عناية ، بينما في القواعد العامة يجوز الاتفاق على جعله التزام ببذل عناية حيث كونه التزاماً عقدياً من حيث الاصل في عقد البيع التقليدي .

ولعل ما يؤكد صحة رأينا هذا التفسير المنطقي لحكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ ١٥ ديسمبر ١٩٨٣ في شأن وجوب التزام الصيدلي بضمان مطابقة المنتج "الدواء" للمواصفات و الشروط المعتمدة قانوناً و اتفاقاً و ذلك سواء في مرحلة انتاج الدواء "حيث لوزم المطابقة للشروط التي بناء عليها صدر الترخيص للمهني الصيدلي" . أو في مرحلة التعاقد عليه مع المستهلك ، اي اثناء تسليم المنتج "الدواء" للمستهلك "فيلزم ان يطابق الدواء المضمون أو الصيغة المدونة بالتذكرة

<sup>١</sup> - Cass ler civ . 19 mars 1987 Bull ., Civ. 1 , no 106 , cass .civ . 8 Avril 1986 , J.C.P .

1987 m II , 20721 , obs . Viala et viandien , R.T.D . civ . 1986 p . 779 , obs . J . HUET .

د/ عبد الرازق السنهوري ، الوسيط، ج ٤ ، ص ٥٦٣ .

<sup>٢</sup> - د.ممدوح محمد علي مبروك ، المرجع السابق ، ص ١١٤ .

الطبية من حيث القوة الكيميائية، ومن حيث الصيغة الصيدلانية<sup>١</sup>. و حيث يلتزم الصيدلى كمهنى بتسليم منتج "دواء" مطابق لذلك الذى وصفه الطبيب أو أئفق عليه الطرفان يتأكد ان التزام المهنى بضمان مطابقة المنتج فى عقود الاستهلاك هو التزام بتحقيق نتيجة<sup>٢</sup>. و بجانب كونه التزام قانونى فرضه المشرع بنصوص خاصة فى قانون حماية المستهلك.

### ثانياً : الطبيعة الأمرة لاحكام الالتزام بضمان المطابقة :

تتسم القواعد الواردة فى قانون الاستهلاك بالصفة الأمرة بإعتبارها تمثل الحد الأدنى من الحماية المقررة للمستهلك ، و عليه تتميز القواعد المنظمة لضمان مطابقة المنتج فى قوانين الاستهلاك بأنها قواعد أمرة لا يجوز الإتفاق على مخالفتها وقد تقرر الطابع الأمر لاحكام ضمان المطابقة بقصد توفير الحماية الكافية واللازمة للمستهلك وهو الطرف الضعيف فى العقد ، فيقع باطلاً كل شرط أو اتفاق يعفي المهنى أو يخفف من مسؤوليته المترتبة على الاخلال بالالتزام بضمان المطابقة القانونى طبقاً للنصوص ارقام ٢، ٣، و ١٠، و ٢٤، من قانون حماية المستهلك المصرى و طبقاً لنص المادة 1-132L من قانون الاستهلاك الفرنسى<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> Cour. D'app. De Paris, 15, Déc, 1983, D. 1985, Jur. p. 288, note Penneau (J.).

و قارب د. أشرف محمد مصطفى ،التزامات البائع فى التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ،منشأة المعارف ،الاسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٠١ .

<sup>٢</sup> Dumery(A.), La ٢٣٩, IV. P١٩٨٥, JCP., ١٩٨٥ avril ٢٣mar, ٣ Civ. -

. ١٠٣responsabilité du fait des médicaments, mémoire, DEA aix-marseille, 2002, p.

و قارب د. احمد السعيد الزقرد ،الروشة الطبية بين المفهوم القانونى والمسئولية المدنية للصيدلى ،دراسة مقارنة ،دار ام القرى ،المنصورة ، ١٩٩٣ ، ص ١١٦-١١٧ .

<sup>٣</sup> انظر د. الصغير محمد مهدى ،قانون حماية المستهلك ،دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة

،الاسكندرية ، ٢٠١٥ . ص ٧٣-٧٤. و انظر فى فرنسا:

ph . Le Tourneau et loic Cadiet, op . cit . no 598 , p. 1125, jean CALAIS – AULOY – , article précité p759 , cass ler civ . 17 mai 1965 . Bull . civ . 1 no 324 cass ler civ . 5 mai 1982 , D . 1983, L.R.P.468 .

وقد نصت المادة 17-211L من قانون الاستهلاك الفرنسي المضافة بالقانون الفرنسي الصادر في 17 فبراير 2005 م على أنه "تعتبر كأن لم تكن الإتفاقات أو الشروط التي تستبعد أو تخفف بطريقة مباشرة أو غير مباشرة الضمان القانوني الواجب على البائع للمستهلك"<sup>1</sup>. كما نصت المادة رقم 10 من قانون حماية المستهلك المصري على أنه "يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من إلتزاماته الواردة في هذا القانون " ويتضح من هذه النصوص ان ضمان المطابقة تنظمه قواعد أمره لا يجوز الاتفاق على مخالفاتها

ولكن الطابع الأمر لضمان المطابقة القانوني لا يمنح البائع المهني من أن يمنح المستهلك ضماناً إضافياً اختيارياً وهو ما يسمى بالضمان العقدي أو التجاري طبقاً لنص المادة 15-211L من قانون الاستهلاك الفرنسي، و المادة رقم 8 من قانون حماية المستهلك المصري. وذلك كضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة وخدمة ما بعد البيع وغيرها من الضمانات الاتفاقية ، بشرط ألا ينقص ذلك من ضمان المطابقة القانوني. كما لا يمنح الطابع الأمر لضمان المطابقة الشروط التي تكون في مصلحة المستهلك ، وبحيث يملك المستهلك الإختيار بين الضمانات الثلاثة ، وهي : الضمان العقدي الاتفاقي و ضمان المطابقة القانوني في قانون الاستهلاك والضمان القانوني للعيوب الخفية في القانون المدني<sup>2</sup>.

وعلى ذلك نؤيد الرأي الذي يذهب الى القول بأن القواعد الأمرة المنظمة لضمان المطابقة في قوانين الاستهلاك تتعلق بالنظام العام الحمائي<sup>3</sup> ، لأنها تهدف إلى حماية المستهلك في مواجهة المهني ، فلا يجوز مخالفة هذه القواعد في حالة ما إذا كانت هذه المخالفة تؤدي إلى المساس بحقوق المستهلك الاساسية طبقاً لنص المادة الثانية من قانون حماية المستهلك المصري أما إذا قصد بالمخالفة تقرير ضمانات أكثر

<sup>1</sup> - G. PAISANT, La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente des biens de consommation, JCP 2005. I. 146, spéc. no 35.

<sup>2</sup> - (27) - Jean CALAIS – auloy , article précité. p . . 759 . et note

<sup>3</sup> -د. ممدوح محمد على مبروك ، المرجع السابق ، ص ١١٤.

للمستهلك أو الزيادة في الحقوق التي يقرها القانون للمستهلك ، فإن المخالفة في هذه الحالة تكون جائزة ، لأنها تؤدي إلى تأكيد الهدف الذي من أجله تقررت الصفة الأمرة لضمان المطابقة وهو حماية المستهلك.

وبناء على ذلك يقع باطلاً الاتفاق مقدماً على نزول المستهلك عن حقه في ضمان المطابقة قبل نشوءه ، أما بعد نشوء هذا الحق بتوافر شروطه ، فإنه يتحول إلى حق مالي عادي يجوز التصالح بشأنه أو الإبراء منه طبقاً لنص المادة رقم ٢ و المادة رقم ١٠ من قانون حماية المستهلك المصري ، وذلك في ضوء المعنى المستفاد من نص المادة رقم ٥٥١ من التقنين المدني المصري .

### الفرع الثالث

### تمييز الالتزام بضمان المطابقة عما يشته به

#### تمهيد:

نتناول في هذا المطالب بيان أوجه التفرقة أو التمييز بين الالتزام بضمان المطابقة والالتزامات والنظم القانونية الأخرى التي قد تتشابه معه ، كالالتزام بضمان العيوب الخفية والغلط في المبيع .و تمييزه عن مسؤولية المنتج و الموزع باعتباره مهني وغالباً ما يكون طرفاً في عقد وارد على منتج استهلاكي.

#### أولاً: تمييز الالتزام بضمان المطابقة عن الالتزام بضمان العيوب الخفية :

##### أ- أوجه التشابه :

فرض المشرع في عقد البيع على البائع الالتزام بضمان العيوب الخفية تجاه المشتري ، حيث يكون البائع ملزماً بالضمان اذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم ، الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه ، او اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته او نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد او مما هو ظاهر من طبيعة الشيء او الغرض الذي اعد له ، و يضمن البائع هذا العيب و لو لم يكن عالماً بوجوده<sup>١</sup>.

<sup>١</sup> - و ذلك عملاً بنص المادة رقم ٤٤٧ من القانون المدني المصري ، و يقابلها نص المادة رقم ١٦٤١ من التقنين المدني

الفرنسي . و انظر في ضمان العيوب الخفية في القانون الفرنسي و مقارنته بضمان المطابقة المراجع:

C. BLOND, La protection de l'acheteur insatisfait de l'immeuble, 1999, PU Aix-Marseille. - J. GHESTIN, Garantie et conformité dans la vente, 1983, LGDJ. - J. HUET, Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés, 1987, Litec. - G.-J. NANA, La réparation des dommages causés par les vices de la chose, 1982, LGDJ.

ويرى البعض من الفقه ان الالتزام بضمان المطابقة يتشابه مع الالتزام بضمان العيوب الخفية في الطبيعة القانونية والغاية ، من حيث كونه التزاما عقديا بتحقيق نتيجة ، ينشأ من عقد البيع كأحد الالتزامات التي تقع على عاتق البائع ويهدف إلى تيسير تنفيذه<sup>١</sup>، كما ان الالتزامان يتشابهان ايضا في انهما يقومان على عاتق البائع في عقد البيع او في علاقات يلتزم فيها الشخص بنقل ملكية المال و تسليمه. ويتشابه الالتزامان ايضا في مصدرهما و هو نص القانون و ليس العقد كما يقرر الرأي السابق، و ان كان ارتباطهما بالعقد يرجع الى كونه اثر رتبة القانون في ذمة احد المتعاقدين.

#### أ- اوجه الاختلاف :-

و بالرغم من التشابه السابق عرضه ، الا انه يختلف الالتزام بضمان المطابقة عن الالتزام بضمان العيوب الخفية في امور عديدة نوضح اهمها فيما يلي :-

#### ١- من حيث مصدر الالتزام وأساسه :-

في اطار التقنين المدني يقوم الالتزام بضمان العيوب الخفية على أساس نصوص تشريعية صريحة في القانون ، حيث نصت عليه المواد من رقم ٤٤٧ إلى رقم ٤٥٤ من التقنين المدني المصري ، المقابلة للمواد من رقم ١٦٤١ إلى رقم ١٦٤٩ من التقنين المدني الفرنسي بينما لم ينص القانون المدني على الالتزام بضمان المطابقة بنصوص صريحة لأنه يستفاد من المبادئ والقواعد العامة باعتباره من مستلزمات عقد البيع و مقتضيات النسليم و يوجبه مبدأ حسن النية طبقا لنص المادة رقم ١٤٨ من التقنين المدني المصري ، والمادتين رقم ١١٣٤فقرة ٣ ورقم ١١٣٥ من التقنين المدني الفرنسي . وقد ينشأ باتفاق الطرفين عليه في العقد صراحة او ضمناً<sup>٢</sup> و بذلك فيكون التزاما قانونيا او عقديا و ان كان هو في الاصل التزام قانوني .

وعن التنظيم الخاص نجد انه قد ورد النص على الالتزام بضمان المطابقة في قوانين الاستهلاك كنص المادة رقم L211-4 من قانون الاستهلاك الفرنسي ، والمادة

١- د.مدوح محمد على مبروك ، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك ، مرجع سابق ، ص ١٢ .

٢- المرجع السابق ، ص ١٢-١٣ . خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى ، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني ، رسالته السابقة ، ٦٦٠-٦٦١ .

رقم ٨ فقرة ١، و المادة رقم ٩ من قانون حماية المستهلك المصري ، بإعتباره التزاماً قانونياً يقع على عاتق المهني لمصلحة المستهلك .

## ٢- من حيث مفهوم العيب الموجب للضمان :

يقصد بالعيب الخفي - الموجب لضمان العيوب الخفية - الآفة الطارئة التي تخلو منها أصل الفطرة السليمة لمحل التعاقد في العادة وينقص وجودها من قيمة المبيع أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه<sup>١</sup>، بينما يقصد بعيب عدم المطابقة الاختلاف بين الشيء المسلم فعلاً أو الخدمة المقدمة فعلاً ، و الشيء المتفق عليه أو الخدمة المتفق عليها في العقد أو تسليم شيء آخر غير المتفق عليه بذاته أو أوصافه، حيث ان ضمان المطابقة يفيد بأن المنتج ، أى الشيء المبيع أو الخدمة المقدمة، يجب ان يطابق العقد، ولذلك يقوم الضمان سواء كان به عيب خفى أو كان خالياً من العيوب الخفية طالما لم يطابق الاشتراطات العقدية<sup>٢</sup> أو المقررة قانوناً كما هو في حالة مخالفة المواصفات القياسية المعتمدة قانوناً .

ويفترض عيب عدم المطابقة أن حالة المنتج ،-المبيع أو الخدمة - تختلف وقت التسليم أو وقت الاداء عنها وقت التعاقد ، أما العيب الخفى فيفترض أن الشيء الذى يسلمه البائع للمشتري هو نفس الشيء المبيع المتفق عليه وبالحالته التي كان عليها وقت البيع إلا أن فيه عيباً خفياً ينقص من قيمته أو من نفعه لم يكن المشتري يعرفه<sup>٤</sup> .

١- وبذلك يختلف العيب الخفى عن الخطأ والغلط، د.عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير ، الوجيز فى شرح أحكام عقد البيع طبعة ٢٠٠٢ م ، ص ١٦٦ و قارب د.اسامة احمد بدر ،ضمانات المشتري فى عقد البيع الالكترونى ، مرجع سابق، ص ١٠٨ و ما بعدها . د.نبيل ابراهيم سعد ،العقود المسماة ،عقد البيع ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ٢٠١٠، ص ٣٨١ و ما بعدها .ص ٣٨٤ و ما بعدها.

٢- Ph. Le tourneau et loic cadiet, op. cit. No. 5464, P.1055. jean jacques BARBIERI, op cit. P.63.

٣- وهذا هو المعتد به فى الفقه الفرنسى .راجع

Jean CAIAIS – auloy, article précite, P.701

٤- د. عبد الرازق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ،مرجع سابق، ص ٥٦٣ .

ويوجد عيب عدم المطابقة ولو كان المبيع مشتملاً على كل المواصفات اللازمة وخالياً من العيب الخفي وصالحاً للاستعمال تماماً ، إذا كان مختلفاً عما كان متفقاً عليه في العقد او مخالف المواصفات المعتمدة بالدولة<sup>١</sup>.

### ٣ - من حيث شروط الضمان :

يشترط لضمان العيوب الخفية أن يكون العيب خفياً غير ظاهر ، وأن يكون قديماً ، وأن يكون جسيماً أو مؤثراً بحيث ينقص من قيمة المبيع أو من نفعه وقت العقد ، وذلك طبقاً لنص المادة رقم ٤٤٧ من التقنين المدني المصري ، المقابلة للمادة رقم ١٦٤١ من التقنين المدني الفرنسي .بينما يشترط لضمان المطابقة أن يكون المنتج "المبيع" معيباً بعيب عدم المطابقة ، وأن يكون عيب عدم المطابقة هذا موجوداً وقت التسليم ، وأن يخطر المشتري البائع بعدم المطابقة<sup>٢</sup>. حيث قد يكون عيب عدم المطابقة ظاهراً او خفياً<sup>٣</sup>.

ويلاحظ أنه لا تعارض بين شرط خفاء العيب وشرط عدم العلم به لأن معيار الخفاء موضوعي ، فقد يكون العيب خفياً ومع ذلك يعلمه المشتري ، فالبايع لا يضمن العيوب التي يعلمها المشتري خفية كانت أو غير خفية بحسب المعيار الموضوعي<sup>٤</sup>. ويترتب على ذلك أن المشتري لا يستطيع المطالبة بضمان العيوب الخفية إذا كان العيب ظاهراً ، إلا إذا أثبت أن الاستعمال الذي كان مخصصاً له الشيء المبيع أصبح مستحيلاً أو ناقصاً بسبب العيب<sup>٥</sup>.

ويشترط لرجوع المشتري على البائع بضمان العيوب الخفية أن يكون العيب خفياً وغير معلوم للمشتري ، لا وقت البيع ولا وقت التسليم ، فإذا أثبت البائع أن المشتري كان يعلمه في أي وقت من هذين الوقتين لم يكن البائع ضامناً<sup>٦</sup>.

<sup>١</sup> - F. collart et ph. Delebecque, op. cit no 233, P.203.

<sup>٢</sup> - د.مدوح محمد على مبروك / المرجع السابق ، ص ١٥ .

<sup>٣</sup> - J.Ghestin "les obligations du vendeur" in "la convention de vienne sur la vente - internation et les incoterms " ,L.G.D.J.,paris,1990.p.87.

<sup>٤</sup> - درمزي فريد محمد مبروك ، أسباب سقوط الحق في ضمان العيب الخفي ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة

البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق - جامعة المنصورة ، العدد الثالث ١٩٩٣م . ص ٤٣ .

<sup>٥</sup> - Alain BENABENT, conformite et vices cachés dans la vente, Dalloz 1994, p.145 no4.

<sup>٦</sup> - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ٤ ، مرجع سابق ، ص ٧٢٨ .



بينما يجوز للمشتري الرجوع على البائع بضمان المطابقة ولو كان العيب ظاهراً أو معلوماً للمشتري وقت التسليم ، لأن له مصلحة في رفض التسليم والتعبير عن اعتراضه بطريقة تدل على عدم تنازله عن حقه في ضمان المطابقة، وذلك في إطار احترام التوقع المشروع للمستهلك<sup>١</sup>، بل يجوز للمشتري " المستهلك " ان يتمسك بضمان المطابقة ولو كان عالماً بالعيب وقت البيع إذا كان البائع قد تعهد له بإصلاح العيب وتسليم المبيع في حالة جيدة، فتبين عند التسليم أنه ليس في هذه الحالة<sup>٢</sup>.

### – من حيث نطاق التطبيق والحماية :

يتسع نطاق تطبيق ضمان العيوب الخفية عن نطاق ضمان المطابقة، حيث يطبق ضمان العيوب الخفية على كل عقود البيع أيّاً كانت طبيعة الشيء المبيع سواء اكان عقاراً او كان منقولاً ، وأيّاً كانت صفة المتعاقدين ، سواء اكان عقد البيع بين المهني والمستهلك او كان بين مستهلك و مستهلك اخر ، وبذلك ينطبق ضمان العيوب الخفية على كل عقود البيع- بالممارسة - التي ينقل بموجبها المدين البائع ملكية المال ويسلمه للدائن المشتري في العقد الناقل للملكية.

بينما يقتصر نطاق تطبيق ضمان المطابقة على العقود التي ترد على المنتجات الاستهلاكية خاصة عقود بيع المنقولات المادية الاستهلاكية - دون العقارات - في العلاقة بين البائع المهني والمشتري المستهلك<sup>٣</sup>، وهذا يعنى ان هذه الضمانة و الحماية المقررة بموجب النصوص الخاصة قاصرة على العلاقات الناقلة للملكية و الموجبة للتسليم متى قامت بين المهني و المستهلك و كانت واردة على سلع مادية منقولة و ذلك وفقاً للغالب في الفقه الفرنسي<sup>٤</sup>.

١ - Jean CALAIS – auoy, article précite, p.706. et s.

٢ - راجع د. ممدوح محمد على مبروك، المرجع السابق ص ١٦. قارب د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ٤ ص ٧٦٦ - ٧٦٧.

٣ - وذلك حسب الغالب في التنظيم القانوني الفرنسي. انظر :

Jean Calais – auoy, op ,cit , P.704.

٤ - قارب في الفقه الفرنسي :

sur les garanties dans la ١٩٩٩ mai ٢٥G. PAISANT, La transposition de la directive du .et no 35 .٢٢, spéc. no ١٤٦. I. ٢٠٠٥ vente des biens de consommation, JCP

هذا مع أن الحماية المكفولة للمستهلك بمقتضى ضمان المطابقة - في حالة السلع - اوسع نطاقا من الحماية المكفولة له بمقتضى ضمان العيوب الخفية ، حيث يقتصر حق المشتري في التمسك بضمان العيوب الخفية على العيب الذي يجعل المبيع غير صالح للاستعمال العادي المخصص له بحسب طبيعته ، بينما يستطيع المشتري "المستهلك" أن يتمسك بضمان المطابقة ولو كان المبيع صالحا للاستعمال العادي إذا كان غير موافق للتوقعات المشروعة للمستهلك اى غير مطابق للمواصفات أو الغرض الخاص للمشتري الذي تم التعاقد على المبيع من أجله<sup>١</sup>.

ومن الجدير بالذكر انه دائما ما تقوم مسؤولية البائع "المهني" عن الإخلال بالالتزام بضمان المطابقة إذا كان الشئ المبيع من نوعية أقل درجة من المتفق عليها في العقد ، بينما لا تقبل دعوى ضمان العيوب الخفية في هذه الحالة<sup>٢</sup>. و كذلك تقوم مسؤولية المهني في حالة عدم مطابقة الخدمة المقدمة منه للمواصفات التي تتفق و التوقع المشروع للمستهلك ، او تقل درجتها عن الدرجة المعتمدة قانونا او اتفاقا في علاقة الاستهلاك .

#### ٥ - من حيث الآثار والجزاء :

يتمثل أثر الضمان القانوني للعيوب الخفية في القانون الفرنسي في ثبوت الحق للمشتري في المطالبة إما باستبقاء المبيع مع إنقاص الثمن وإما بفسخ البيع ورد المبيع واسترداد الثمن وطلب التعويض عما أصابه من ضرر<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> - و بحيث يكون للمشتري "المستهلك" بذلك الحق في الخيار بين الرجوع على البائع "المهني" اما بمقتضى دعوى

ضمان العيوب الخفية او بمقتضى دعوى ضمان المطابقة متى تحقق الاثنان معا

Laurent LEVENEUR, op. cit. no 347, P 564, cass. Ler civ. 27 octo. 1993. Bull. civ. 1, no 305, D. 1994, P.212. cass ler civ. 17 juin 1997, contrats. Conc. Consom. 1997, comm. No 163 note Leveneur. Jean Calais - auloy, op .cit , P.703.

<sup>٢٢</sup> - د.حسن عبد الباسط جميعي ، حماية المستهلك ، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك ، بحث منشور بمجلة الدراسات القانونية ، السنة الثانية عشر ، العدد الثالث عشر ، كلية الحقوق - جامعة أسيوط ١٩٩٠م. ف٧٢ ص ٣٠٨.

<sup>٢</sup> - Jacqué GHESTIN et Bernard DESCHÉ, traité des contrats , la vente. éd.L.G.D.J

F.collart et ph. Delebecque. Op.cit. nos 286et 287.P.236. Philippe .1990. no 752, P.815

وفي القانون المصري يختلف أثر الضمان القانوني للعيب الخفي بحسب ما إذا كان العيب جسيماً أو غير جسيم، فإذا كان العيب جسيماً بحيث لو كان المشتري يعلمه وقت البيع ما أقدم على الشراء ، ثبت له الحق في الاختيار بين استبقاء المبيع مع مطالبة البائع بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب نقص قيمة المبيع او نفعه طبقاً لقواعد الاستحقاق الجزئي للمبيع ،وبين رد المبيع المعيب إلى البائع وطلب التعويض عن الضرر طبقاً لقواعد الاستحقاق الكلي المبنية في المادة رقم ٤٤٣ من التقنين المدني المصري<sup>١</sup>.

أما إذا كان المعيب غير جسيم فإن المشتري لا يكون أمامه إلا استبقاء المبيع المعيب والمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر<sup>٢</sup>، فدعوى ضمان العيوب الخفية في القانوني المصري ليست دعوى فسخ وإنما هي دعوى تنفيذ بمقابل ، فلا يترتب عليها انحلال العقد وزواله ، بل يبقى البيع قائماً وعلى أساسه إما أن يرد المشتري المبيع ويأخذ تعويضاً من البائع ، وإما أن يستبقى المبيع مع أخذ تعويض<sup>٣</sup> . وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن ،دعوى الضمان دعوى تنفيذ بمقابل ، تقتض بقاء العقد ونفاذه ولا يرد فيها الثمن للمشتري<sup>٤</sup> .

---

MALAUURIE et Laurent AYNÉS, cour de droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, tome VIII, 14 éd. Cujas 2001 – 2002, no 410, P.275.

١- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ٤ ، ص ٧٤١ ، د.عبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق ، ص ٣٧١ ، د.حسام الدين الأهواني ، المرجع السابق ، ص ٦٩٥ - ٦٩٦ . د.نبيل ابراهيم سعد ،العقود المسماه ،عقد البيع ،مرجع سابق،ص ٣٦٦ وما بعدها ،وص ٤٠٨ و ما بعدها .

٢- د . عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق نفس الموضوع . د.عبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق نفس الموضوع ، د.حسام الدين الأهواني ، المرجع السابق نفس الموضوع. د.نبيل ابراهيم سعد ،العقود المسماه ،عقد البيع ،مرجع سابق،ص ٤١٧ و ما بعدها .

٣- د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ٤ ، ص ٧٦٧ - ٧٦٨ .

٤- نقض مدني مصري ٣٠ يونيو سنة ١٩٩٩م ، مجموعة احكام النقض المدني ، السنة الخمسون ، الجزء الثاني ، الطعن رقم (٢٥٦٧) لسنة ٦١ ق ، القاعدة ١٨٨ ص ٩٥٥ .

هذا في حين انه يترتب على اخلال المهني بضمان المطابقة عدد من الحقوق للمستهلك يختار من بينها ما يناسبه ،فقد يختار اصلاح او استبدال السلعة غير المطابقة دون ان يتحمل ادنى تكلفة اضافية مقابل ذلك ،أو يختار تخفيض الثمن ،وذلك بالنسبة للسلع ،و يختار اعادة تقديم الخدمة من جديد على الوجه المطابق ،و في كل ذلك يستعمل المستهلك الحق في طلب التنفيذ العيني أو قد يختار الفسخ مع التعويض في كل الحالات إن كان له مقتضى . ويترتب على فسخ العقد زواله بأثر رجعي ، ويعتبر كأن لم يكن ، فيرد المشتري المبيع إلى البائع ويسترد الثمن مع التعويض عما أصابه من ضرر<sup>١</sup> .

هذا وقد حرص القضاء الفرنسي سابقاً- اي قبل التنظيم الخاص - على حماية المشتري "المستهلك" في مواجهة البائع المهني ، مراعاة لاعتبارات العدالة وإعمالاً لفكرة إحترام التوقع المشروع للمستهلك ، فاعتبر العيوب الجسيمة المنسوبة للمبيع من قبل إخلال البائع بالتزامه بتسليم شيء مطابق للمواصفات ، وسمح للمشتري بأن يطالب بفسخ العقد أو بالتعويض وبشروط أقل تعقيداً من شروط دعوى ضمان العيوب الخفية<sup>٢</sup> .

### ٦ - من حيث التقادم<sup>٣</sup> :

في فرنسا تسقط دعوى ضمان العيوب الخفية في غير بيع العقار بالتقادم بمضى مدة قصيرة سنتين يقدرها قاضي الموضوع من وقت اكتشاف العيب طبقاً لنص المادة رقم ١٦٤٨ من التقنين المدني الفرنسي ، وتسقط في القانون المصري

<sup>١</sup> - حيث ان الجزاء في القواعد العامة تعمل الى جانب الجزاءات الخاصة و بما يتماشى مع طبيعة ضمان المطابقة انظر

نص المواد ارقام ٨ ، ٢٠ من قانون حماية المستهلك المصري، وراجع في فرنسا:

Jean Calais - auloy, op ,cit , P. ٧٠٧.

<sup>٢</sup> - Ass. Plén. 7Fév. 1986, D.1986, juris. P.293, note BENABENT, Cass. Com. 12 Fév. 1980, D.1981, juris P.278, note AUBERTIN.

د .حسن عبد الباسط جمعي ، شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية . ، مرجع سابق ، ص ١٣٧ ، و ص١٤١ - ١٤٢ .

<sup>٣</sup> - راجع ،د.اسامة احمد بدر ،ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني ، مرجع سابق ،ص ١١٢ و ما بعدها ،د.ممدوح محمد على مبروك ، مرجع السابق ، ص ٢٠-٢١. وراجع في فرنسا في هذا الشأن

Jean Calais - auloy, op ,cit , P.p. . ٧٠٩-٧٠٨ .

بمضى سنة من وقت تسليم المبيع طبقاً لنص المادة رقم ٤٥٢ من التقنين المدني المصري . بينما تسقط دعوى الفسخ لعدم المطابقة فى القانون الفرنسى -وفق القواعد العامة - بالتقادم بمضى عشر سنوات فى البيوع التجارية وثلاثين سنة فى البيوع المدنية<sup>١</sup> .

هذا فى حين يسقط الحق فى دعوى ضمان المطابقة وفق القواعد الخاصة فى المادة الخامسة من التوجيه الاوربى لعام ١٩٩٩ ، و المادة رقم L211-12 من تقنين الاستهلاك الفرنسى ،بمضى عامان من وقت تسليم السلعة المبيعة ،ويلتزم المستهلك بأن يخطر المهنى بعدم المطابقة خلال شهرين من تاريخ التسليم لاثبات عدم المطابقة وذلك حفاظاً على حقوق المستهلك .واقر قانون الاستهلاك الفرنسى مدة التقادم الاخيرة-عامان من وقت التسليم - فى المادة رقم L211-١٢ من تقنين الاستهلاك ،و لم يعتمد فى احكامه مهلة الاخطار الشهرين المقررة فى التوجيه الاوربى .<sup>٢</sup>

وتسقط دعوى ضمان المطابقة فى القانون المصرى بمضى خمس عشرة سنة من وقت إخلال المهنى بالتزامه طبقاً للقواعد العامة فى القانون المدني المصري<sup>٣</sup> ، مع ملاحظة ان حق المستهلك فى الرد و الاستبدال- كأحد الأثار على عدم المطابقة فى قانون الاستهلاك - ، ينقضى بفوات مدة الاربعة عشر يوماً من يوم تسليم السلعة الغير مطابقة وهذا ميعاد سقوط و ليس ميعاد تقادم لا يقبل الوقف و لا الانقطاع ،وهذا ليس ميعاد تقادم لدعوى ضمان المطابقة<sup>٤</sup> . وان كان ميعاد الخمسة

١- Laurent LEVENEUR, op cit. no ٢٠٣ P.٢٣٣F. collart rt ph. Delebecque, op. cit. no

, ١٩٩١ Christian ATLAS, obligation de delivrance conforme Dalloz ٥٦٤, P.٣٤٧

٦ no ١ chronique, P.

٢- Jean Calais - auloy, op ,cit , ٧٠٨-٧٠٩.

٣- د.عبد الرازق السنهورى ، الوسيط ج ٤ ، ، ص٥٦٢ هامش (١) ، ص٧٦٧ ، د.محمد

ابراهيم بندارى ، الرسالة السابقة .، ص١١٩ .

٤- حيث لم يختص قانون الاستهلاك المصرى دعوى ضمان المطابقة بمدة تقادم خاصة ،بل ترك

بذلك تقادمها لاحكام القواعد العامة و ذلك فى غير مدة الرد و الاستبدال .انظر فى تفاصيل اكثر

عن احكام قانون حماية المستهلك المصرى،الصغير محمد مهدى ،قانون حماية المستهلك ،دراسة

تحليلية مقارنة ،دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٥ ، ص٩ و ما بعدها، ص٢٠٤ و ما

بعدها .

عشر يوماً ميعاد سقوط فهو خاص باحد اثار الضمان فى صورة الرد و الاستبدال وليس دعوى الضمان باثارها المختلفة .

ويرى بعض فقهاء القانون الفرنسى أنه يمكن فض النزاع بين دعوى الفسخ لعدم المطابقة ودعوى ضمان العيوب الخفية بالاستعانة بالقواعد الثلاث الآتية<sup>١</sup> :

١ - إذا كان العيب ظاهراً عند التسليم وأبدى المشتري تحفظه عليه ، فإنه يستطيع أن يطلب فسخ العقد بسبب عدم المطابقة .

٢ - إذا كان من المستحيل اكتشاف العيب عند التسليم من قبل المشتري الحريص الذى يبذل العناية اللازمة ، فيكون من حقه المطالبة بضمان العيوب الخفية .

٣ - إذا كان العيب قابلاً للظهور والانكشاف وقت الفحص وعند التسليم ، ولكنه بقى مجهولاً للمشتري بسبب إهماله وتقصيره في إجراء الفحوصات اللازمة ، فإن تسلم المبيع يمنع المشتري من المطالبة بالفسخ لعدم المطابقة كما لا يثبت له الحق فى ضمان العيوب الخفية ، لأن العيب لم يكن خفياً أو مستتراً. و ان كنا نرى فى ذلك اخلال بحق المستهلك فى ضمان المطابقة .

### ثانياً : تمييز الالتزام بضمان المطابقة عن الغلط فى المبيع<sup>٢</sup> :

يتميز الالتزام بضمان المطابقة عن الغلط فى صفة جوهرية فى الشئ المبيع من عدة وجوه :

#### أ - من حيث المفهوم:

يقصد بالغلط : وهم يقوم بذهن العاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته ويدفعه إلى التعاقد<sup>٣</sup> .

أما عدم المطابقة فهو ، اختلاف المنتج اثناء تسليمه او تقديمه عن الحالة المتوقعة له وقت العقد، حيث يحدث اختلاف حالة المبيع "السلعة" وقت التسليم عنها وقت البيع

<sup>١</sup> christophe AUBERTIN, note sous cass. Com.12 fév. 1980. D. 1981, juris. P.281. no 14.

.-. Jean Calais - auloy, op ,cit , P.p. 708-709

<sup>٢</sup> - انظر فى تفاصيل عن الغلط كعيب من عيوب الارادة ،د.نبيل ابراهيم سعد ،النظرية العامة

للاللتزام ،مصادر الالتزام ،دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ١٦٤ وما بعدها .د.محمد حسين منصور ،الوجيز فى مصادر الالتزام ،بدون ناشر وتاريخ نشر ،الاسكندرية ،ص ٩٠ وما بعدها .و راجع فى التمييز ،د.ممدوح محمد على ميروك ،المرجع السابق ،ص ٢١ وما بعدها .

<sup>٣</sup> - د.أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد ، الكتاب الأول ،

مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ١٩٥٤م مطبعة مصر. ص ١٤٤ .

، أو قيام البائع بتسليم شيء آخر غير المتفق عليه بذاته أو أوصافه أو غير متفق مع المعايير المعتمدة قانوناً للسلعة. وكذلك الحال في شأن الخدمة حيث لا تتفق و المواصفات المعتمدة وقت الاتفاق.

و يختلف الغلط عن عدم المطابقة في أن الغلط يعد عيب يلحق إرادة المتعاقد بينما عدم المطابقة فهو عيب يلحق محل العقد سواء من حيث تهيئته أو وجوده أو غيره و لذا يعتبر الغلط حالة نفسية تتعلق بالمشتري أما عدم المطابقة فهو أمر مادي يتصل بالمنتج، أي هو حالة مادية تتعلق بالشيء المبيع<sup>١</sup>.

وفي حالة الغلط يسلم البائع للمشتري المبيع نفسه دون تغيير، ولكن المشتري يتوهم وجود صفة جوهرية في الشيء المبيع، كانت هي الدافع إلى التعاقد، ثم يتضح للمشتري بعد التسليم أن الصفة التي كان متوهما بوجودها غير موجودة، كما إذا اشترى شخص ساعة على أنها من الذهب الخالص، فإذا بها من النحاس المطلي بقرشرة الذهب أما في حالة عدم المطابقة فإن البائع يسلم للمشتري شيئاً لا تتوافر فيه المواصفات المتفق عليها أو شيئاً آخر غير المتفق عليه بذاته أو أوصافه<sup>٢</sup>، أو يؤدي للمستهلك خدمة ليست بالمواصفات المعتمدة قانوناً أو اتفاقاً.

#### **ب - من حيث التوقيت :**

الغلط عيب يصيب الإرادة وقت تكوين العقد، أي وقت التراضي، وعند انعقاد العقد<sup>٣</sup>. أما عدم المطابقة فهو حالة تلحق بالمنتج، أي يلحق بالخدمة أو بالشيء المبيع وقت تنفيذ العقد وعند التسليم.

#### **ج - من حيث الجزاء ومدة التقادم :**

يترتب على وجود الغلط ثبوت الحق للمشتري في طلب إبطال عقد البيع. وتسقط دعوى الإبطال للغلط إذا لم يتمسك بها المشتري خلال ثلاث سنوات من اليوم الذي ينكشف فيه الغلط، أو إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد أيهما أقل، طبقاً لنص المادتين ١٢٠، ١٤٠ من التقنين المدني المصري، و خمس

١- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج ٤، مرجع سابق، ص ٥٦٣، ٥٦٤ هامش (١).

٢- د. عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، ص ٢٤٩، ٢٥٠، د. عبد الرشيد المأمون، المرجع السابق، ص ٢٣٣.

٣- د. أحمد حشمت أو ستيت، المرجع السابق، ص ١٤٤، د. عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، ص ٢٤٩، د. عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص ٢٣٣.

سنوات كأصل عام وفق المادة رقم ١١١٠ و المادة رقم ١٣٠٤ من التقنين المدني الفرنسي .

بينما يترتب على عدم المطابقة ثبوت الحق للمستهلك - خاصة المشتري - في رفع دعوى الفسخ لعدم تنفيذ الالتزام بالمطابقة ، وهي تسقط في التنظيم القانوني المصري بمضى خمس عشرة سنة من وقت إخلال البائع بالتزامه<sup>١</sup> .  
كما يجوز للمستهلك طلب التنفيذ العيني وطلب التعويض عما أصابه من ضرر وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني، فضلاً عن حقه في استبدال المبيع بأخر مطابق أو رده واسترداد الثمن، أو إعادة الخدمة غير المطابقة ، و ذلك كله دون ان يتحمل أى نفقات أو تكاليف إضافية ، طبقاً لاحكام قانون الاستهلاك الفرنسي<sup>٢</sup> .  
وكذلك يتشابه الحال في القانون المصري .

ورغم الفروق السابقة التي تبرز أوجه التمييز بين الالتزام بضمان المطابقة والغلط في المبيع ، فإنه قد يحدث اللبس بين عدم المطابقة والغلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع في حالة ما إذا اتفق البائع والمشتري على الغرض الذي يخصص المبيع للاستخدام فيه ، وتوقع المشتري وقت البيع أن يكون المبيع وقت التسليم مشتملاً على المواصفات التي تحقق غرضه من الشراء ، وكان توقعه معقولاً ومشروعاً ، ثم اتضح وقت التسليم تخلف هذه المواصفات . فهل يثبت للمشتري الحق في طلب إبطال عقد البيع للغلط في الصفات الجوهرية للشيء المبيع أم يطلب فسخ العقد لعدم المطابقة ؟

يرى بعض فقهاء القانون الفرنسي أنه إذا لم يتوافر في المبيع المواصفات التي كان يتوقع المشتري "المستهلك" وجودها فيه ، ثبت للمشتري الحق في طلب فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بضمان المطابقة ، طالما كان توقع المشتري معقولاً ومشروعاً ، وكان حسن النية يعتقد بصورة مقبولة ومشروعة أن المواصفات المتعلقة بالغرض من الشراء داخله في نطاق العقد<sup>٣</sup> .

١- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ٤ ، ص ٥٦٣ - ٥٦٤ هامش (١) ، د. أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، ص ١٤٣ - ١٤٤ ، د/محمد إبراهيم البنداري ، الرسالة السابقة ، ص ١١٨ .

٢ - Jean CALAIS auloy, op,cit, P.701,ets.et p710 ets.

٣- FABRE – MAGNAN (mural), Essai à une théorie de L'obligation d'information dans les contrats thèse de doctorat, paris 1, éd L.G.D.J 1992 nos 657 et 658, P.517, jean



وتقدير مدى مشروعية توقع المشتري يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، ويراعي في ذلك ظروف التعاقد وملايساته والبيانات المقدمة من البائع أو المنتج في الإعلانات أو الملاحظات الخاصة بالشيء المبيع.<sup>١</sup>

بينما يري البعض الاخر من الفقه والقضاء الفرنسي ان الاتفاق على محل العقد ولو ضمنيا بالإشارة إلى الغرض أو الاستخدام الذي يخص المبيع من أجله ، لا يهدف فقط إلى التعريف بهذا المحل في حد ذاته وإنما يهدف أيضا إلى تحديد الخصائص والمواصفات أو المميزات التي يتطلبها المستهلك فيه ، فإذا لم تتوافر هذه المواصفات ثبت للمشتري الحق في طلب إبطال العقد<sup>٢</sup> ، وهنا ينصرف الإبطال إلى سبب محدد هو عيب الغلط و هذا ما نرفضه منعا للخلط .

ويرى البعض من الفقه<sup>٣</sup> ، و بحق أن نظام الغلط لا يوفر الحماية الكافية للمشتري أو المستفيد من الخدمة " كمستهلك " ، لأن المشرع استلزم توافر شروط معينة لإبطال العقد نتيجة تعيب الإرادة بالغلط ، وهي :

- ١ - أن يكون الغلط جوهريا .
  - ٢ - أن يكون الغلط دافعا إلى التعاقد ، بحيث يتمتع المتعاقد معه عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط ، وفقاً للمادة رقم ١٢١ من التقنين المدني المصري.
  - ٣ - أن يكون الغلط متصلاً بالمتعاقد الآخر ، بأن يكون المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه ان يتبينه . طبقاً لنص المادة رقم ١١١٠ التقنين المدني الفرنسي ، والمادتين ارقام ١٢٠ ، ١٢١ من التقنين المدني المصري.
- وهذه الشروط يصعب إثباتها في كثير من الحالات ، لأن الإثبات ينصب على أمور نفسية يصعب إثباتها بدون دلائل خارجية في حين أنه يكفي لطلب الفسخ لعدم تنفيذ

---

CALAIS – uloy, L'attente légitime une nouvelle source de droit subjectif ? Mélanges Guyon, Dalloz 2003 P.171.

١- Jean CALAIS uloy, op,cit, P.٧٠٥.

٢- حيث يجوز في هذه الحالة الاستناد إلى عيب الغلط لإبطال العقد و ان كان ذلك في رأينا غير مقبول حيث انه بذلك يخلط ما بين الغلط كعيب من عيوب الإرادة و هذا امر يتعلق بركن التراضي في العقد و بين تعيين و تحديد المنتج كمحل للعقد و هذا ركن اخر للعقد، راجع د.حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص٢٩٢-٢٩٣. وانظر في القضاء الفرنسي:

Cass ler civ ٢٦ mai ١٩٦٥ No Bull - civ. ٣٤٧, P.٢٥٦.

٣- د.دمدوح محمد على مبروك ، المرجع السابق ، ص٢٦-٢٧.

الالتزام بالمطابقة أن يثبت المشتري "المستهلك" وجود اختلاف بين الشيء المسلم وما كان متفقاً عليه في العقد، أو ما كان مقرر قانوناً وينصب الإثبات على وقائع مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات .

وللمشتري "المستهلك" هنا أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة معاينة المبيع أو تعيين خبير لمعاينته ، فإذا نازع البائع في عدم المطابقة ، وقع على عاتقه عبء إثبات وجود المطابقة ، لأنه المدين بالالتزام بضمان المطابقة وعليه أن يثبت براءته منه طبقاً للقواعد العامة في الإثبات .

ومن ثم فإنه يمكن القول بأن الالتزام بضمان المطابقة يعالج أوجه ضعف أو قصور نظام الغلط في توفير الحماية الكافية للمتعاقد المستهلك .

**ثالثاً:- تمييز الالتزام بضمان المطابقة عن المسؤولية عن إنتاج السلع و توزيعها**

قرر المشرع في قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ للمضور مستهلكاً كان أو غير مستهلك ، و متعاقداً كان أو غير متعاقد الحق في دعوى مباشرة تجاه المنتج أو الموزع يمكن بموجبها ضمان عيوب السلعة بالرغم من غياب كل رابطة عقدية مباشرة أو غير مباشرة بين المضور "المستهلك" من جهة و بين المسئول "المنتج أو الموزع" من جهة أخرى، وذلك يمثل نظاماً خاصاً بمسؤولية المنتج و الموزع ليقر بمسؤولية هؤلاء قبل كل من يصيبه ضرر ينشأ عن عيب في المنتج<sup>١</sup>. وهذا النظام أيضاً يعد من الأحكام الحامية أيضاً للمستهلك .

و بذلك يتشابه نظام مسؤولية المنتج و الموزع عن اضرار المنتج المعيب تجاه المستهلك مع ضمان المطابقة في انه يتعلق بالسلع المنقولة كأحد موضوعات عقود الاستهلاك و ان المدين فيهما مهني أيضاً وأن الدائن في الأول غالباً يكون المستهلك "المتعاقداً المباشر" ، كما انهما التزامان يثوران بمناسبة علاقة استهلاك . و مع ذلك يختلف ضمان المطابقة عن نظام مسؤولية المنتج و الموزع عن اضرار المنتج تجاه المستهلك من نواحي عديدة :

أ- من حيث اطراف الضمان: نجد ان اطراف ضمان المطابقة هما المهني "المتعاقداً المباشر" أي البائع للسلعة ايا كانت هيئتها كمدین في الالتزام و المشتري "المستهلك المتعاقد المباشر" كدائن في الالتزام ، بينما في نظام مسؤولية المنتج و

١ - انظر نص المادة رقم ٦٧ من قانون التجارة المصري الحالي رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ . وراجع د.هاني محمد دويدار ، القانون التجاري ، التنظيم القانوني للتجارة "الاعمال التجارية - التجار - الملكية التجارية" دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٥ ، ص ٢٢٣ و ما بعدها .

الموزع عن اضرار المنتج يكون المدين "المسئول" هو المهني ويعبر عن المهني بالمنتج صانع السلعة في هيئتها النهائية أو الموزع وينصرف مفهوم الموزع الى مستورد السلعة للاتجار فيها و تاجر الجملة و تاجر التجزئة ، و الدائن هو المستهلك للمنتج المعيب سواء أكان هو المستهلك المتعاقد المباشر مع المهني أو ليس متعاقد مباشر مع المهني ،اي مجرد مستخدم او مستعمل او مستفيد من المنتج المعيب و ليس متعاقد عليه<sup>١</sup>.

ب- من حيث الاحكام المنظمة وموضوعاتها : نجد ان الاحكام المنظمة لمسئولية المنتج و الموزع واردة في قانون التجارة وهي بذلك تنظم المسئولية التقصيرية عن الاضرار البدنية و المادية التي تترتب على عيب في المنتج "اي سلعة منقول مادية او غير مادية". ايا كانت طبيعة العقد بيع او ايجار او غيره ،وحتى لو لم تتواجد هذه العلاقة العقد .كما انه يتضامن كل من المنتج والموزع في تعويض المضرور ،وتتقادم دعوى مسئولية المنتج و الموزع بمضى ثلاث سنوات من تاريخ علم المضرور بالضرر و الشخص المسئول عنه ،او بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ وقوع العمل غير المشروع ان لم يتم علم المضرور بالشخص المسئول عنه<sup>٢</sup>.

هذا في حين نجد ان الاحكام المنظمة لضمان المطابقة معظمها واردة في قانون حماية المستهلك و الي جانبها ايضا تنظمه احكام متفرقة في القانون المدني و قوانين اخرى كقانون المواصفات القياسية و الجودة .و المنتج محل ضمان المطابقة ليس فقط السلع المنقولة المادية ، و انما يشمل الخدمات ،كما ان ضمان المطابقة في شأن السلع - في فرنسا - فهو قاصر على حالة بيع هذه السلعة دون غيرها من صور التعامل على السلع ،و يتضامن المهنيين المتعددين بشأن هذا الضمان ،واخيرا يسقط هذا الضمان و تتقادم دعواه بمدد تقادم اقصر -وفق الاحكام الخاصة - من مدة تقام دعوى مسئولية المنتج و الموزع .

١- د.هاني دويدار ، القانون التجاري ،مرجع سابق ، ص ٢٣١ و مابعدا .

Jean CALAIS auloy, op,cit, P.708,ets -

٢- د.هاني دويدار المرجع السابق ، ص ٢٢٥ ز ما بعدها .د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،الجزء الاول ،مصادر الالتزام .دار النشر للجامعات المصرية ،القاهرة ،بند ٥١٥ .وراجع في فرنسا

NANA ;LA RÉPARATION DES DOMMAGES CAUSÉS PAR LES VICES D'UNE  
.ets ٢٩٨.P1٩٨٢CHOS ,LGDJ,

ففي القانون الفرنسي تسقط دعوى الفسخ لعدم المطابقة وفق القواعد العامة - بالتقادم بمضى عشر سنوات في البيوع التجارية وثلاثين سنة في البيوع المدنية، و يسقط الحق في دعوى ضمان المطابقة وفق القواعد الخاصة في المادة الخامسة من التوجيه الاوربي لعام ١٩٩٩، بمضى عامان من وقت تسليم السلعة المباعة، و يلتزم المستهلك بأن يخطر المهني بعدم المطابقة خلال شهرين من تاريخ التسليم لاثبات عدم المطابقة، وذلك حفاظا على حقوق المستهلك. وافر قانون الاستهلاك الفرنسي مدة التقادم - عامان من وقت التسليم - في المادة رقم L211-12 من تقنين الاستهلاك، و لم يعتمد في احكامه مهلة الاخطار الشهرين المقررة في التوجيه الاوربي<sup>٦</sup>.

وتسقط دعوى ضمان المطابقة في القانون المصري بمضى خمس عشرة سنة من وقت إخلال البائع بالتزامه طبقا للقواعد العامة في القانون المدني المصري<sup>٧</sup>، مع ملاحظة ان حق المستهلك في الرد و الاستبدال، ينقضى بفوات مدة الاربعة عشر يوماً من يوم تسليم السلعة الغير مطابقة وهذا ميعاد سقوط و ليس ميعاد تقادم لا يقبل الوقف و لا الانقطاع، وهذا ليس ميعاد تقادم لدعوى ضمان المطابقة<sup>٨</sup>. وان كان ميعاد الخمسة عشر يوماً ميعاد سقوط فهو خاص باحد اثار الضمان في صورة الرد و الاستبدال وليس دعوى الضمان باثارها المختلفة.

٦. Laurent LEVENEUR, op cit. no ٢٠٣ P.٢٣٣ F. collart rt ph. Delebecque, op. cit. no-١

٧. no ١ Christian ATLAS, obligation de delivrance conforme , op,cit, P.٥٦٤, P.٣٤٧ Article L211-12 "L'action résultant du défaut de conformité se prescrit par deux ans à -<sup>٢</sup>

٨. "compter de la délivrance du bien." - Jean Calais - auoy, op ,cit , P.p.

٩. د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط ج ٤، مرجع سابق، ص ٥٦٢ هامش (١) و ص ٧٦٧، د. محمد ابراهيم بنداري، الرسالة السابقة، ص ١١٩.

١٠. حيث لم يختص قانون الاستهلاك المصري دعوى ضمان المطابقة بمدة تقادم خاصة، بل ترك بذلك تقادمها لاحكام القواعد العامة. انظر في تفاصيل اكثر عن احكام قانون حماية المستهلك المصري، د. الصغير محمد مهدي، قانون حماية المستهلك، دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص ٩ و ما بعدها، ص ٢٠٤ و ما بعدها.

## المبحث الثاني

### مصدر و مقومات الالتزام بضمان المطابقة .

#### تمهيد و تقسيم :

الأصل في ضمان المطابقة هو انه ضمان قانوني و ذلك من حيث مصدره ،حيث ان المشرع هو الذي يفرض الالتزام بضمان المطابقة على المهني في عقود الاستهلاك ،و على البائع في عقود البيع عامة ،و مع ذلك يمكن ان يتقرر هذا الضمان او الالتزام بنص كاشف او مؤكد في العقد و هنا يكون العقد مصدر للالتزام بضمان المطابقة و ان كان ذلك بطريق غير مباشر ،اي مصدر غير مباشر ،حيث انه يؤسس على التزام اخر كالاتزام بالتسليم و الالتزام بالاعلام الكافي ،وبذلك تتحدد الأسس التي يقوم عليها الالتزام بضمان المطابقة في عقود الاستهلاك خاصة و في عقد البيع عامة .

وعن مقومات الالتزام بضمان المطابقة حيث مناط او شروط قيامه ،و من ثم قيام حق المشتري "المستهلك" في دعوى المطالبة بالضمان، يلاحظ ان هناك شرطان او مقومان اساسيان لقيام الضمان ،الاول هو ان يكون المبيع معيبا بعيب عدم المطابق وقت التسليم ،و الثاني هو يفحص المشتري المبيع ويخطر المهني بعدم المطابقة.

نتناول شرح كل ما تقدم في المطالب الآتية :

- المطلب الاول : مصادر الالتزام بضمان المطابقة .
- المطلب الثاني :مقومات الالتزام بضمان المطابقة .

## المطلب الاول

### مصادر الالتزام بضمان المطابقة .

#### تمهيد:

يعد الالتزام بضمان مطابقة المنتج الاستهلاكي ، مصدره - بحسب الاصل - في أسس تشريعية متمثلة في النصوص الواردة في قوانين الاستهلاك - باعتبارها نصوصاً خاصة -، والمبادئ العامة في القانون المدني ، فضلاً عن إقامته على أسس عقدية - بصورة غير مباشرة - نظراً لارتباطه بالالتزام بالتسليم في عقد البيع والالتزام بالإعلام عند دخوله في النطاق العقدي، وإن كان في إطار الأساس التشريعي الخاص يعد التزام المهني بضمان المطابقة التزام مستقل قائم بذاته عن غيره من الالتزامات الأخرى، كما أن للراداة الاتفاق على اعتبار الالتزام بضمان المطابقة التزاماً مستقلاً في إطار القواعد العامة . وبتناول المصادر التشريعية والعقدية للالتزام بالمطابقة في الفروع الآتية :

الفرع الاول : المصادر التشريعية للالتزام بضمان المطابقة.

الفرع الثاني : المصادر العقدية للالتزام بضمان المطابقة .

#### الفرع الاول

### المصادر التشريعية للالتزام بضمان المطابقة

#### تمهيد:

يقوم الالتزام بضمان مطابقة المنتج الاستهلاكي في عقود الاستهلاك ، خاصة عقد البيع الإستهلاكي على أساس النصوص الواردة في قوانين الاستهلاك والمبادئ العامة في نظرية الالتزام في القانون المدني ، و ذلك باعتباره التزاماً أصلياً، مع أنه يعتبر بحسب الغالب التزاماً غير مستقل بل يرتبط بالالتزام أصلي آخر كما في حالة إرتباطه بالالتزام بالتسليم في عقد البيع التقليدي ، و فيما يلي نوضح الأساس التشريعي للالتزام بضمان المطابقة .

#### أولاً - القواعد الخاصة في قانون الاستهلاك:-

بالنظر في التنظيم القانوني الفرنسي يتبين أن المرسوم الصادر في ١٧ فبراير ٢٠٠٥ قد فرض ضماناً جديداً - أي التزاماً جديداً - على عاتق البائع المهني لمصلحة المشتري "المستهلك" . مفاده أنه "يجب أن يكون الشيء المباع مطابقاً للعقد" وذلك من خلال تعديل قانون الاستهلاك الفرنسي . وقد نقل هذا الضمان عن

١- قارن د. ممدوح محمد على مبروك ، المرجع السابق ، ص ٢٩ و ما بعدها .

التوجيه الأوروبي رقم ٤٤ لسنة ١٩٩٩، الصادر في ٢٥ مايو ١٩٩٩م، كنظام جديد لحماية المشتري المستهلك<sup>١</sup>.

وقد تم بالفعل تعديل قانون الاستهلاك الفرنسي رقم ٩٤٩ لسنة ٩٣، الصادر في ٢٦ يولييه ١٩٩٣، بقانون فبراير ٢٠٠٥، والذي نص على الالتزام بالمطابقة في العلاقة بين البائع المهني والمشتري المستهلك بالمواد من رقم 1-L211 إلى رقم 18-L211 من تقنين الأستهلاك، حيث نصت المادة 4-L211 من قانون الاستهلاك الفرنسي على أنه "يلتزم البائع بأن يسلم شيئاً مطابقاً للعقد ويضمن عيوب المطابقة الموجود عند التسليم"<sup>٢</sup>.

ويترتب على إخلال البائع بالتزامه بالمطابقة ثبوت الحق للمشتري في رد السلعة غير المطابقة إلى البائع واستبدالها بأخرى مطابقة أو ردها واسترداد الثمن خلال سبعة أيام من تاريخ التسليم، طبقاً لنص المادة 16-L211 من قانون الاستهلاك الفرنسي والمادة الأولى من التشريع الفرنسي رقم ٢١/٨٨ الصادر في ٦ يناير ١٩٨٨م.

هذا وقد طالب بعض فقهاء القانون الفرنسي بضرورة تعديل القانون المدني الفرنسي فيما يتعلق بالضمان في عقد البيع والنص على ضمان المطابقة كأحد الضمانات أو الالتزامات الجديدة التي تقع على عاتق البائع لمصلحة المستهلك في كل عقود البيع، وذلك إلى جانب الضمانات الأخرى كضمان العيوب الخفية وغيرها<sup>٣</sup>.

وعن المصدر أو الأساس في القانون المصري، يلاحظ انه يلتزم مورد السلعة "بائعاً كان أو موزعاً أو منتجاً" - المهني - بضمان مطابقة المبيع لمصلحة المستهلك على أساس نص المادة ٦٧ لسنة ٢٠٠٦، والتي تنص على أنه "مع عدم الإخلال بأية ضمانات أو شروط قانونية أو اتفاقية أفضل للمستهلك وفيما لم يحدده الجهاز من مدد أقل بالنظر إلى طبيعة السلعة، للمستهلك خلال أربعة عشر يوماً من تسلّم أية سلعة الحق في استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها، وذلك إذا شاب السلعة

<sup>١</sup> - Jean CALAIS – auloy, article précite. P.701.

<sup>٢</sup> - Jean Calais-Auloy, L'attente légitime, une ٧٠٣jean CALAIS – AUOLY, op.cit. P.

nouvelle source de droit subjectif ?, Mélanges Guyon, Dalloz, ٢٠٠٣, p. ١٧١.

<sup>٣</sup> - Jean CALAIS – Auloy, article précite. P.701.

عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذى تم التعاقد عليها من أجله ، ويلتزم المورد في هذه الأحوال بناء على طلب المستهلك - بإبدال السلعة او استعادتها مع رد قيمتها دون أية تكلفة إضافية.....".

فإن دل هذا النص فإنه يدل بمنطوقه الصريح على فرض الالتزام بضمان المطابقة على عاتق المهني ،ويدل كذلك على ثبوت الحق للمستهك في رد السلعة غير المطابقة واستبدالها بأخرى مطابقة أو ردها واسترداد قيمتها إذا كانت السلعة غير مطابقة للمواصفات او الغرض الذى تم التعاقد عليها من أجله ، وأن المورد يلتزم بإبدال السلعة او استعادتها مع رد قيمتها دون أية تكلفة إضافية في حالة إخلاله بالتزامه بالمطابقة ويعتبر الحق في المطابقة من حقوق المستهلك الأساسية التي لا يجوز الإخلال بها .

وكذلك نص قانون الاستهلاك المصري الحالى على ضمان المطابقة في شأن الخدمة الاستهلاكية من خلال نصه في المادة التاسعة فيه على انه "يلتزم كل مقدم خدمة بإعادة مقابلها أو مقابل ما يجبر النقص فيها أو إعادة تقديمها إلى المستهلك ، وذلك في حالة وجود عيب أو نقص بها وفقاً لطبيعة الخدمة و شروط التعاقد عليها و العرف التجارى ... " و يؤكد قيام ضمان مطابقة الخدمة كمنتج استهلاكي الى جانب هذا النص ما ورد في نص المادة رقم ٢ فقرة "ح" من قانون الاستهلاك حيث اقراره لحق المستهلك في الإختيار الحر لمنتجات تتوافر فيها شروط الجودة المطابقة للمواصفات . خاصة و ان مفهوم المنتجات يشمل السلع و الخدمات .

هذا وقد حظرت المادة الثانية من قانون حماية المستهلك المصري الإخلال بحقوق المستهلك الأساسية وخاصة ،الحق في الاختيار الحر لمنتجات تتوافر فيها شروط الجودة المطابقة للمواصفات، وتكون مسئولية الموردين - اى المهني "البائع والموزع الوسيط والمنتج" - في مواجهة المستهلك مسئولية تضامنية ، بحيث يستطيع المستهلك ان يرجع عليهم جميعاً أو على أى واحد منهم منفرداً للمطالبة بحقه في ضمان المطابقة ، وفقاً لنص المادة رقم ٨ فقرة ٢ من قانون حماية المستهلك المصري الحالى .

و من الجدير بالذكر انه لا يجوز الاتفاق على إعفاء البائع "المهني" من مسئوليته المترتبة على إخلاله بالالتزام بالمطابقة ، ويقع باطلاً بطلاناً مطلقاً كل شرط من شأنه إعفاء المهني "بائع السلعة أو مقدم الخدمة" من هذا الالتزام طبقاً لنص المادة رقم ١٠ من قانون حماية المستهلك المصري مالم يكن في مخالفته مصلحة افضل للمستهلك مما هو مقرر قانوناً كحد ادنى من الحماية للمستهلك .



## ثانيا - القواعد العامة في القانون المدني:-

يمكن تأسيس الالتزام بضمان المطابقة في عقد البيع عامة بإعتباره التزام تابع للالتزام بالتسليم على أساس المبادئ والقواعد العامة في نظرية الالتزام ، كمبدأ حسن النية وقاعدة إلزام المتعاقدين بمستلزمات العقد<sup>١</sup> . و نوضح ذلك التأسيس كما يلي:

### أ - مبدأ حسن النية كأساس للالتزام بضمان المطابقة:

يري بعض الفقهاء الفرنسيين - و بحق - أنه يمكن إقامة الالتزام بالمطابقة على أساس مبدأ حسن النية ، الواجب مراعاته في أثناء تنفيذ العقد طبقاً لنص المادة رقم ١١٣٤فقرة ٣ من التقنين المدني الفرنسي<sup>٢</sup>، المقابلة للمادة رقم ٤٨١فقرة ١ من التقنين المدني المصري . والتي تنص على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية."

وذلك لأن مبدأ حسن النية يفرض على المتعاقدين مراعاة الأمانة والتعاون بما يحقق الثقة العقدية بين الطرفين ويضمن تنفيذ العقد بطريقة صحيحة وسليمة ، فيلزم البائع بالمطابقة ويقابله إلزام المشتري ببذل العناية اللازمة للتحقق من حالة المبيع وقت التسليم<sup>٣</sup>. خاصة و أن تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجه حسن النية يقتضى إلزام البائع بأن يسلم المشتري شيئاً مطابقاً للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد على المبيع من أجله ، وأن إخلال البائع بالتزامه بالمطابقة يتنافى مع حسن النية بما يرتب مسؤوليته.

و ينطبق كل ما تقدم بالضرورة على عقد تقديم الخدمة ، حيث أن حسن النية مبدأ عام ينطبق على جميع العقود ايأ كان محلها . وتقدير مدى توافر حسن النية في تنفيذ العقد من عدمه، يعتبر من مسائل الواقع التي يختص بتقديرها قاضى الموضوع دون رقابة من محكمة النقض<sup>٤</sup> .

### ب - قاعدة إلزام المتعاقدين بمستلزمات العقد كأساس للالتزام بضمان المطابقة :

١- د. ممدوح محمد على مبروك ، المرجع السابق ، ص ٣٣ و ما بعدها .

٢- j.Calais-Auloy, L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ?, op.cit, p. 171.

٣- Ch. AUBERTIN, op.cit , P.279, no 5-

٤- نقض مدني مصري ، ١٥ نوفمبر ١٩٦٦ م ، مجموعة أحكام النقض المدني السنة ١٧ ، ص

يمكن تقرير الالتزام بضمان المطابقة على أساس نص المادة رقم ١١٣٥ من التقنين المدني الفرنسي ، المقابلة للمادة رقم ١٤٨فقرة ٢، من التقنين المدني المصري ، والتي تنص على أنه "لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"<sup>١</sup>.

ويرى البعض من الفقه و بحق أن الالتزام بضمان المطابقة أصبح من مستلزمات عقد البيع ، حيث تقتضى العدالة أن يضيفه القاضى إلى مضمون العقد لتحقيق التوازن فى العلاقة العقدية بين الطرفين وتوفير الحماية الكافية للمستهلك وهو الطرف الضعيف فى العقد<sup>٢</sup>. وذلك يعبر فى رأينا عن أن النص القانونى هو فى الاصل المصدر لإلتزام المهنى بضمان المطابقة .

ويتأكد الإلتزام بضمان المطابقة - و يتأكد كذلك مصدره القانونى \_ بصفة خاصة فى العقود الاستهلاكية التى تتم بالوسائل الإلكترونية عبر الإنترنت أو بطريق التليفزيون حيث لا يتمكن المستهلك " المشتري أو متلقى الخدمة " من التحقق من مطابقة المنتج وقت التعاقد ، فتترتب مسئولية البائع أو مقدم الخدمة إذا سلم شيئا أو أدى عمل "خدمة" غير مطابق للمواصفات المعروضة على الشاشة<sup>٣</sup>.

---

١- انظر فى شرح هذا النص ،د.محمد حسين منصور ، الوجيز فى مصادر الإلتزام ، مرجع

سابق ، ص ٢٠٣ .

٢- د. ممدوح محمد على مبروك ، الرسالة السابقة ، ص ٣٤-٣٥ . قارب خالد عبد المنعم ابراهيم

مصطفى ، حماية المستهلك فى التعاقد الإلكتروني ، رسالة سابقة ، ١٧٦ و ما بعدها.

٣- انظر فى تفاصيل تلك الحماية ، خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى ، حماية المستهلك فى

التعاقد الإلكتروني ، رسالة سابقة ، ص ١٧٧ و ما بعدها .د.اسامة احمد بدر ، ضمانات المشتري فى عقد البيع الإلكتروني ،دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص ١٧ وما بعدها و ص ٧٣ و ما بعدها ، و ص ٨٣ و ما بعدها .

المصدر العقدي للالتزام بضمان المطابقة

تمهيد:

ان كان ما تقدم يعبر عن اساس التزام المهني بضمان المطابقة كالتزام اصلى فى الغالب، فان ضمان المطابقة قد يجد اساسه فى التزام عقدى اخر وخاصة فى حلة كونه التزام تابع، حيث يرتبط الالتزام بضمان المطابقة ارتباطاً وثيقاً بالالتزام بالتسليم فى عقد البيع - ويقابله تقديم الخدمة فى عقود الخدمات - و يرتبط كذلك بالالتزام بالإعلام عند دخوله فى النطاق العقدي لعقد المنتج الاستهلاكي بالاتفاق على مضمونه، حيث لا يمكن للمهني "البائع، أو مقدم الخدمة" أن ينفذ هذه الالتزامات تنفيذاً صحيحاً وسليماً إلا إذا نفذ التزامه بضمان المطابقة. وعلى ذلك نوضح كون الألتزام بالتسليم، والإلتزام بالإعلام كمصادر او اساس للالتزام بالمطابقة فيما يلى:

أولاً: الإلتزام بالتسليم كأساس للالتزام بضمان المطابقة:

يذهب الرأى الغالب فى الفقه والقضاء الفرنسيين إلى القول بأن الإلتزام بضمان المطابقة يرتبط بالالتزام بالتسليم ويعتبر وصيفاً له، فيقوم الإلتزام بالمطابقة على أساس الإلتزام بالتسليم، لأن التسليم لا يتم إلا إذا قام البائع بتسليم المشتري شيئاً مطابقاً للمواصفات، أو وضع تحت تصرف المشتري شيئاً يتطابق تماماً مع الغرض الذى يبحث عنه<sup>١</sup>.

وإذا كان موضوع التسليم أو محله هو الشيء المتفق عليه فى عقد البيع، فإن التسليم يجب أن يتم على شيء مطابق، لأن الاتفاق على الشيء يتضمن مطابقتة للمواصفات فى تقديرات الطرفين<sup>٢</sup>.

ويعتبر البائع مخلاً بالتزامه بتسليم شيء مطابق إذا كان هناك اختلاف بين الشيء المسلم وما كان متفقاً عليه فى العقد، كما لو كانت سعة جهاز الكمبيوتر المبيع أو

١ - Jean Jaques BARBIERI, op. cit., no. ٢١٥, P. ٢٩٩ Ph. MALAURIE et L. AYNÉS, op. cit., no. ١٤٠.

٢ - Bull. civ. ١٩٨٩ mars ٢٠, er, civ. ١, cass. ٦٣ cit. P.

Ph. Le tourneau, responsabilité des vendeurs et Fabricants, éd. Dalloz - ٨٣١ no ٢٠٠٠) P. ١٤١.

كفاءته أقل مما كان متفقاً عليه في العقد ، أو كان الجهاز غير صالح للاستعمال في الغرض المخصص له <sup>١</sup> .

وقد شبّهت محكمة النقض الفرنسية التسليم الوارد على شيء غير مطابق بغياب أو انعدام التسليم ، فلا يلتزم المشتري بدفع الثمن إلا إذا نفذ البائع التزاماته وبصفة خاصة التزامه بتسليم شيء مطابق <sup>٢</sup> .

ويذهب بعض فقهاء القانون المصري إلى القول بأن رجوع المشتري على البائع بدعوى عدم المطابقة أساسه إخلال البائع بالتزامه بالتسليم ، ولذلك فإن دعوى عدم المطابقة تخضع للتقادم الطويل وهو خمس عشرة سنة من وقت العقد <sup>٣</sup> .

وفي حالة عدم المطابقة يسلم البائع للمشتري شيئاً لا تتوافر فيه الصفات المتفق عليها ، أو يسلم شيئاً آخر غير المتفق عليه ، وعلى هذا فلا يكون المشتري واقعاً في غلط وإنما يكون البائع مخللاً بالتزامه بالتسليم <sup>٤</sup> .

ويذهب البعض من الفقه في التنظيم العام لعقود البيع إلى القول بضرورة إفراد التزام مستقل على عاتق البائع بأن لا يسلم المشتري شيئاً مغايراً لما كان قد تعاقد عليه ، ويتحقق ذلك عن طريق تعديل نصوص القانون المدني المنظمة للالتزام البائع بتسليم المبيع وإضافة عنصر المطابقة ، ليصبح للمشتري حق أصيل ومستقل في تسليم شيء مطابق كالتزام مستقل على عاتق البائع <sup>٥</sup> . و من هنا يتضح أكثر كون الالتزام بالتسليم مصدراً لضمان المطابقة.

<sup>١</sup> Oct. ١٣ er civ. ١, cass ١٠٥٥, P.٥٤٦٤ Ph. Le tourneau et loic cadiet, op. cit. no -

(ordinateur d'une capacité inférieure). ٢١١. Juris. P١٩٩٤, D. ١٩٩٣

<sup>٢</sup> -- ١٠ GUY RAY MOND, Droit de la consommation ١٠ ans de jurisprudence commentée

, juris - ١٩٩٥ fév ٧, cass 1er Civ. ١١٣, P.٨٢ éd. Du juris - classeur no ٢٠٠٠-١٩٩٠

, ١٩٩٤; contrats, conc. Consom. ١٩٩٤ juin ١٧. La cour de Dijon, ٠٠٠١٩٠ Data no ١٤٧com.

<sup>٣</sup> د. عبد المنعم البداروي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٩ ، د. محمد ابراهيم بنداري ، الرسالة السابقة ، ص ١١٨ .

<sup>٤</sup> د. عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق ، ص ٢٣٣ .

<sup>٥</sup> د. عمر خالد محمد الزريقات ، عقد البيع عبر الإنترنت ، دراسة تحليلية ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق - جامعة عين شمس ، سنة ٢٠٠٥ ، ص ٣٢٧ - ٣٢٨ ، وانظر في نفس المعنى د. محمد بنداري ، الرسالة السابقة ، ص ١٨ ، و ص ٨٢ - ٨٣ .

ونؤيد مع البعض من الفقه الرأى الغالب فى الفقه والقضاء فى القول بتأسيس الالتزام بضمان المطابقة كالتزام تابع أو مكمل للالتزام بالتسليم وفقاً لنص المادة (١٦١٥) من التقنين المدني الفرنسى ، المقابلة للمادة (١/٤٣٥) من التقنين المدني المصرى ، والتي تنص على أنه "يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق و لو لم يستول عليه استيلاء مادياً مادام أن البائع قد أعلمه بذلك". و لكن قولنا ذلك فقط بشأن عقود البيع والخدمات الخاضعة للقواعد العامة و ليست تلك الخاضعة لاحكام قانون حماية المستهلك حيث أن التزام المطابقة فى شأن الاخيرة هو التزام مستقل عن الالتزام بالتسليم وليس تابعاً له أو متفرعاً عنه.

وعلى ذلك يقرر البعض من الفقه<sup>١</sup> و بحق أنه يجب تعديل النص سالف الذكر وإضافة كلمة "المطابق" إلى المبيع ، فيكون التسليم بوضع المبيع المطابق تحت تصرف المشتري. ويستند فى ذلك على الاسباب الاتية:-

١ - أن التسليم الكامل والتام - وفقاً للمنطوق الواضح والصريح للنص - لا يقتصر على تمكين المشتري من حيازة الشئ المبيع وإنما يشتمل أيضاً على تمكينه من الانتفاع به ، ولن يتحقق هذا الانتفاع على الوجه المطلوب إلا إذا كان المبيع مطابقاً للمواصفات أو الغرض الذى تم التعاقد عليه من أجله ، فيجب إلزام البائع بالمطابقة ، لأن ما لم يتم الواجب إلا به فهو واجب.

٢ - أن الالتزام بضمان المطابقة يتفق فى طبيعته مع الالتزام بالتسليم ، حيث يعتبر التزاماً عقدياً بتحقيق نتيجة ينشأ من عقد البيع ويهدف إلى تيسير تنفيذه. وعلى ذلك يتأكد القول بأن الالتزام بالمطابقة أصبح ملازماً للالتزام بالتسليم لا ينفك عنه ، فالبائع لا يعتبر منفذاً للالتزامه بالتسليم على الوجه الصحيح إلا إذا سلم ذات الشئ المتفق عليه أو سلم شيئاً مطابقاً للمواصفات أو الغرض الذى تم التعاقد عليه من أجله .

### ثانياً : الالتزام بالإعلام الكافى كأساس للالتزام بضمان المطابقة:

يتجه البعض من الفقه الفرنسى إلى إقامة الالتزام بالمطابقة على أساس الالتزام بالإعلام ، فإذا قدم البائع للمشتري بيانات ومواصفات معينة عن حقيقة السلعة المبيعة ، وكذلك فى شأن عقود الخدمات وكان المشتري حسن النية يعتقد بصورة مقبولة ومشروعة صحة هذه البيانات ، وتوقع أن تكون السلعة وقت التسليم أو

١- د. ممدوح محمد على مبروك ، المرجع السابق ، ص ٣٩ و ما بعدها .

الخدمة وقت التقديم مطابقة لهذه البيانات الأمر الذي دفعه إلى إصدار رضائه بالشراء أو التعاقد على الخدمة ، فإن هذه البيانات أو تلك المعلومات تدخل في النطاق العقدي ويلتزم البائع،"و مقدم الخدمة " بتنفيذها عيناً وجعلها مطابقة مع حقيقة الواقع عن طريق إلزامه بتسليم شيء أو تقديم خدمة مطابق لها ، وبحديث يرجع حق المشتري ، أو متلقى الخدمة في رفع دعوى التنفيذ العيني للمطالبة بتسليم شيء، أو تقديم خدمة مطابق للبيانات والمواصفات إلى الأثر الإجماري للالتزام بالإعلام<sup>١</sup>.

وفي الفقه المصري يلاحظ ان البعض يرى أنه لا يمكن تأسيس رجوع المشتري على البائع في حالة عدم المطابقة على أساس عدم العلم الكافي بالمبيع ، لأن المشتري عالم بالمبيع علماً كافياً ، ويعرف كل الصفات التي يجب توافرها في المبيع<sup>٢</sup>. ويتبين بمناسبة ذلك انه توجد فروق واضحة بين الالتزام بالإعلام و نظام العلم الكافي بالمبيع والالتزام بالمطابقة. وتدرج اهم هذه الفروق حول اساس و توقيت و جزاء كل التزام منهم .

فمن حيث الأساس ، يقوم حق المشتري في العلم الكافي بالمبيع والالتزام البائع بإعلام المشتري بحقيقة المبيع على أساس نص المادة (٤١٩) من التقنين المدني المصري ، والتي تنص على أنه "١ - يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً". والمادة " ٢ فقره ب" من قانون حماية المستهلك المصري ، التي حظرت الإخلال بحقوق المستهلك الأساسية وخاصة ، الحق في الحصول على المعلومات والبيانات الصحيحة عن المنتجات التي يشتريها أو يستخدمها أو تقدم إليه، والمادة "٦ فقره ١، من قانون حماية المستهلك المصري التي تنص على أنه "على كل مورد ومعلن إمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه وتجنب ما قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك أو وقوعه في خا ط أو غلط".

بينما لم ينص القانون المدني على الالتزام بضمان بالمطابقة صراحة وإنما ورد النص عليه في قوانين الاستهلاك حيث يقوم الالتزام بضمان المطابقة في القانون

<sup>١</sup> FABRE-MAGNAN (Muriel)، thèse précitée no-١ ٦٥٧ et P. ٦٥٨ ، ٥١٧ ، et no ٦٧٨ ، ٥٣٢p.

<sup>٢</sup> د. عبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق ، ص ٢٤٩ ، د. عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق ، ص ٢٣٢ - ٢٣٣.

الفرنسي على أساس نص المادة 4-L211 من قانون الاستهلاك الفرنسي والتي تنص على أنه "يلتزم البائع بأن يسلم شيئاً مطابقاً للعقد ، ويضمن عيوب المطابقة الموجودة عند التسليم". و في مصر يمكن تأسيسه على نص المادة رقم ٢ فقرة ج ونص المادة رقم ٨ فقرة ١ ، من قانون حماية المستهلك.

ومن حيث التوقيت ، فإن العلم الكافي بالمبيع يجب أن يتوافر وقت إبرام العقد أو قبل إبرامه ، لأنه يهدف إلى حماية رضاء المشتري حتى يكون حراً مستنيراً ويساعده مثلاً على حسن اختيار الجهاز المبيع الملائم لحاجته ، كما يمتد بعد إبرام العقد وفي أثناء تنفيذه حتى يساعد في حسن سير عمل الجهاز<sup>١</sup>.

أما المطابقة فيجب أن تتحقق وقت اداء الخدمة ، وقت تسليم المبيع وعند تنفيذ العقد ، لأنها، أي المطابقة تهدف إلى تمكين المستهلك " المشتري أو متلقى الخدمة " من الحصول على شيء يتوافق مع حاجاته وأغراضه الخاصة ويحقق له النفع المنشود. ومن حيث الجزاء ، يترتب على عدم تحقق العلم الكافي بالمبيع قابلية العقد للإبطال لمصلحة المشتري ، بحيث يجوز للمشتري وحده أن يتمسك بالإبطال كما يجوز له أن يتنازل عنه وفقاً لنص المادة (٢/٤١٩) من التقنين المدني المصري ، وقبل الحكم بالإبطال يكون العقد صحيحاً منتجاً لكافة آثاره. ويسقط حق المشتري في طلب الإبطال بدعوى عدم علمه بالمبيع إذا لم يتمسك به خلال ثلاث سنوات من وقت زوال سبب الإبطال أي من الوقت الذي يعلم فيه بعيب المبيع بعد العقد ، أو خلال خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد ولو لم يعلم المشتري بحقيقة المبيع المعيب خلال تلك المدة.

كما يثبت للمشتري الحق في طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب إخلال البائع بالتزامه بالإعلام وقت التعاقد ، حيث يعتبر الإخلال بالالتزام بالإعلام خطأ تقصيرياً ، فإذا نتج عن ذلك ضرر أصاب المشتري فإن البائع يتلزم بتعويضه على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية كأثر من الآثار العرضية الناتجة عن العقد الباطل بوصفه واقعة مادية<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> - Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit. No ٢١٥.

<sup>٢</sup> - د. ممدوح محمد على مبروك ، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة ، دراسة مقارنة بين القانون المدني (المصري والفرنسي) والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ١٩٩٨ - ١٩٩٩. ص ٤١١.

هذا في حين يترتب على إخلال البائع بالتزامه بالمطابقة ثبوت الحق للمشتري في طلب التنفيذ العيني أو الفسخ لعدم التنفيذ مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى.

وتسقط دعوى الفسخ لعدم المطابقة في اطار العقود الخاضعة للقواعد العامة بمضى خمس عشرة سنة من وقت إخلال البائع بالتزامه ، أى من وقت التسليم غير المطابق<sup>١</sup>. وكذلك في عقود الاستهلاك حيث لم يخصها التنظيم الخاص بمدة تقادم تختلف عن تلك المقررة في القواعد العامة.

كما يثبت للمشتري المستهلك الحق في إعادة السلعة أو المنتج غير المطابق واستبداله بأخر مطابق أو رده واسترداد الثمن طبقاً لنص المادة 16-211 L من قانون الاستهلاك الفرنسي والمادة ٨ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري. ويثبت للمستهلك متى كان متلقي لخدمة غير مطابقة ، الحق في إعادتها له من جديد دون مقابل ، أو الحق في استرداد مقابلها أو مقابل ما نقص فيها من مطابقة وذلك كله وفقاً لنص المادة رقم ٩ من قانون الاستهلاك المصري .

ونؤيد رأى البعض<sup>٢</sup> بأنه رغم الفروق السابقة بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالمطابقة إلا أنه لا يمكن تجاهل الارتباط بينهما حيث تعتبر المعلومات والموصفات المقدمة من المهني هي المعيار أو الضابط الاساسى الذى يؤخذ فى الاعتبار عند تقدير المطابقة ، وذلك لأن البيانات والموصفات التى قدمها البائع للمشتري هى التى حددت حالة الشئ المبيع الذى انصب عليه رضاء المشتري على تنفيذ فتدخل فى النطاق العقدى ويجبر القاضى البائع بناءً على طلب المشتري على تنفيذ مضمون الإعلام الصادر منه بتسليم شئ مطابق له ، وإلا تترتب مسئوليته فى حالة عدم المطابقة ، حيث يفترض سوء نية البائع المهني وأنه قدم معلومات غير صحيحة بقصد تضليل المستهلك.

ويدعم هذا الرأى قوله بالإعتماد على نص المادة الثانية من التوجيه الأوروبى رقم "٤٤/ ١٩٩٩" الصادر فى ٢٥ مايو ١٩٩٩م ، والتى تنص على أنه "يؤخذ فى الاعتبار عند تقدير المطابقة بصفة خاصة ، الشروط المتفق عليها والبيانات

١- د. عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق ، ص ٢٤٩ ، د. عبد الرازق السنهورى الوسيط ج ٤

المرجع السابق، ص ٥٦٣- ٥٦٤ هامش ١ ، د. محمد بنداري ، الرسالة السابقة ، ص ١٢٠ .

٢- د. ممدوح محمد على مبروك ، ضمان مطابقة المبيع .، المرجع السابق ، ص ٤٤ و ما بعدها



والمواصفات المقدمة من البائع والتي تضمنها الإعلان عن السلعة". فضلاً عن أن إقامة الالتزام بضمان المطابقة على أساس الالتزام بالإعلام سيؤدي إلى التقليل من صور الدعاية الكاذبة أو المضللة ويحول دون تقديم البائع لبيانات خاطئة أو معلومات مغلوطة ، لأنه سيلتزم بتسليم شيء مطابق لها . وعلى ذلك يصلح الالتزام بالإعلام أن يكون أساساً قوياً للالتزام بضمان المطابقة .

## المطلب الثاني مقومات الالتزام بضمان المطابقة

### تمهيد:

يتطلب التنظيم القانوني الخاص لقيام الالتزام بضمان المطابقة و من ثم ثبوت الحق للمستهلك "المشترى او متلقى الخدمة " في الرجوع على المهني "البائع او مقدم الخدمة " بدعوى عدم المطابقة أن تتوافر عناصر ثلاثة تتمثل في وجوب توافر عنصر بديهى أولى و هو وجود علاقة استهلاك محلها منتج وفقاً للمفهوم السابق بيانه للمنتج الاستهلاكى موضوع علاقة الاستهلاك وهذا الشرط سبق بيانه بمناسبة تحديد المقصود بالالتزام بضمان المطابقة ،وتوافر عنصر ثانى و هو أن يكون المنتج معيباً بعبء عدم المطابقة وقت الاداء. وعنصر ثالث و هو أن يفحص المستهلك المنتج ويخطر المهني بعدم المطابقة. ونوضح حقيقة العنصران الثانى و الاخير فى المطالب التالية:

الفرع الاول: قيام عيب فى المنتج وقت التنفيذ . "اي وقت التسليم للسلعة ،و وقت التقديم و الاستفادة للخدمة."  
الفرع الثانى:فحص المستهلك للمنتج و اخطار المهني .

### الفرع الاول تعيب المطابقة وقت الاداء

### تمهيد:

يتطلب التنظيم القانوني الخاص لثبوت الحق للمستهلك "المشترى او متلقى الخدمة " فى ضمان المطابقة أن يكون المنتج – موضوع علاقة الاستهلاك - معيباً وقت اداء المهني لتسليم المنتج ان كان سلعة و وقت تقديمه أو تنفيذه للمنتج ان كان خدمة.و بذلك فان هذا العنصر يلزم لتوافره تحقق شرطين يجب تحققهما معاً ، الاول منهما ان يكون المنتج معيباً بعدم المطابقة ،و الثانى ان يكون عيب عدم المطابقة موجوداً وقت اداء المهني لالتزامه الجوهرى فى العقد الاستهلاكى ، التسليم بالنسبة للسلعة ،و التقديم أو التنفيذ بالنسبة للخدمة .و نوضح فيما يلى هذه الشروط:

### الشرط الأول : أن يكون المنتج معيباً بعبء عدم المطابقة:

يشترط لرجوع المستهلك على المهني بضمان المطابقة أن يكون المنتج معيباً بعبء عدم المطابقة للعقد ،حيث يعتبر عدم المطابقة للعقد هو الشرط أو الضابط الأساسى

الذى يثير الضمان ويرتب مسؤولية المهني عن الإخلال بالالتزام بالمطابقة<sup>١</sup> ويستفاد ذلك من نص المادة 4-211 L من قانون الاستهلاك الفرنسي والتي تنص على أنه "يلتزم البائع بأن يسلم شيئاً مطابقاً للعقد ويضمن عيوب المطابقة الموجودة عند التسليم".

ويقصد بعبعب عدم المطابقة، اختلاف الشيء المسلم فعلاً عما كان يجب تسليمه وفقاً للعقد ، أو تسليم شيء آخر غير المتفق عليه بذاته أو أوصافه<sup>٢</sup>. ويكون المنتج غير مطابق كذلك في حالة الخدمة ان كان بها عيب او نقص وفقاً لطبيعة الخدمة و شروط التعاقد عليها و العرف التجاري . خاصة و ان المشرع المصري عرف العيب في المادة رقم ١ من قانون حماية المستهلك بانه "كل نقص في قيمة اى من المنتجات أو نفعها بحسب الغاية المقصودة يؤدي الى حرمان المستهلك كلياً أو جزئياً من الاستفادة بها فيما أعدت من أجله، بما في ذلك النقص الذي ينتج من خطأ في مناولة السلعة أو تخزينها ، وذلك كله مالم يكن المستهلك تسبب في وقوعه".

ويرى البعض من الفقه أن المنتج يكون معيباً بعبعب عدم المطابقة إذا لم تتوافر فيه الشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد صراحة أو ضمناً أو كان غير صالح للاستعمال في الغرض الذي تم التعاقد عليه من أجله ، وسواء انعدمت المطابقة كلية أو اختلفت بوجه من الوجوه<sup>٣</sup>.

١- و يقصر الفقه الفرنسي ذلك الالتزام على المهني البائع في العيب لعدم مطابقة بالنسبة للسلع

المادية فقط .راجع

Jean CALAIS – AULOY, article précite P.P. 701 et 705.

٢- jean Jacques BARBIERI, ١٠٥٥, P. ٥٤٦٤ Ph. Le tourneau et loic cadiet, op. cit. No

٦٣ op. cit.P.

د.عبد المعم البدر اوى ، المرجع السابق ، ص ٢٥٠ ، د.عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق ،

ص ٢٣٣ .

٣- د.ممدوح محمد على مبروك،ضمان مطابقة المبيع ..،مرجع سابق ، ص٤٨،و ما بعدها.

يلاحظ ان هذا الفقيه يقصر ضمان المطابقة على بيع السلع الاستهلاكية المادية المنقولة فقط.وذلك

ان كان مقبولاً في القانون الفرنسي الا انه لا يمكن التسليم به في مصر لانه لا يوجد ما يفيد

بقصر ضمان المطابقة على السلع من المنتجات دون الخدمات ، ولذلك نرى انه يشمل الضمان

كل المنتجات الاستهلاكية سلع او خدمات وفي هذا تحقيق لغايات المشرع المصري من قانون

الاستهلاك . و في اطار مقارن لذلك نجد ان اتفاقية فينا لعام ١٩٨٠ في شأن عقد البيع الدولي

للبيضان خاصة المواد من رقم ٣٥ حتى ٤٣ تطلبت لقيام ضمان المطابقة وجود عيب و الذي

و عليه يرى صاحب القول السابق انه يجب أن يكون عيب عدم المطابقة خفياً وقت إبرام العقد ، فإذا كان ظاهراً أو معلوماً للمستهلك "المشترى" وقت التعاقد فلا يثبت له الحق في التمسك بضمان المطابقة ، لأنه لا يمكن للمشترى أن ينكر المطابقة بالاستناد إلى عيب كان يعرفه أو لا يمكن أن يجهله وقت التعاقد ، طبقاً لنص المادة L211-8 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

ونتيجة لما تقدم، و وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني ، و في قانون الاسنهلاك الفرنسي فإن العيب الذي كان يعلم به المشتري وقت التعاقد ولم يمنعه من إبرام العقد لا يعتبر عيباً يجعل المبيع غير مطابق للعقد ولا يرتب ضمان المطابقة<sup>١</sup> . ولكن لا يشترط أن يكون عيب عدم المطابقة خفياً وقت التسليم أو التنفيذ ، فيستطيع المستهلك أن يستند إلى ضمان المطابقة ولو كان عيب عدم المطابقة ظاهراً وقت التسليم أو وقت التنفيذ ، لأن له مصلحة في رفض التسليم أو التنفيذ في مثل هذه الحالة . وهذا يتماشى في الحقيقة مع صراحة نص المادة رقم ١ من قانون حماية المستهلك المصري حيث انه لم يتطلب في العيب اياً كان ان يكون خفياً . فإذا كان المستهلك "المشترى مثلاً" قد تسلم الشيء المبيع فمن مصلحته أن يعبر عن اعتراضه أو احتجاجه بطريقة تدل على عدم تنازله عن حقه في الضمان<sup>٢</sup> .

و نص المشرع الفرنسي في المادة رقم L211-7 من تقنين الاستهلاك على افتراض تحقق عيب عدم المطابقة وقت التسليم متى ظهر عيب عدم المطابقة خلال مدة ستة اشهر من تاريخ التسليم عدلها المشرع لاثني عشر شهر ،مالم يثبت العكس ،و في ذلك تأكيد حماية فعالة للمستهلك و تيسير لمسألة اثبات عيب عدم المطابقة .

ويكفي أن يكون عيب عدم المطابقة خفياً أو غير معلوم للمستهلك وقت إبرام العقد حتى يثبت له الحق في الرجوع على المهني بضمان المطابقة ولو كان العيب ظاهراً أو معلوماً مثلاً للمشترى وقت التسليم ، وذلك على خلاف ضمان العيوب الخفية ، حيث يشترط لرجوع المشتري على البائع بالضمان أن يكون العيب خفياً

---

يتحقق في حالة اما عدم التطابق المادى ،و اما في حالة تعلق حق للغير بالبضاعة المبيع ،وهو ما يقتصر على المنقولات المادية .

١- Jean CALAIS – AULOY. Article précité P. ٧٠٦.

٢- Jean CALAIS – AULOY, . Article précité P. ٧٠٦.

وغير معلوم للمشتري لا وقت البيع ولا وقت التسليم فإذا أثبت البائع أن المشتري كان يعلمه في أي وقت من هذين الوقتين لم يكن ضامناً<sup>١</sup> .  
بل يجوز للمستهلك "المشتري" أن يتمسك بالفسخ لعدم تنفيذ الالتزام بالمطابقة ولو كان عالماً بالعيوب وقت البيع إذا تعهد له البائع بإصلاح هذا العيب وتسليم المبيع في حالة جيدة أو اشترط المشتري ذلك ، فتبين عند التسليم أنه ليس في هذه الحالة<sup>٢</sup> .  
وعملاً بنص المادة رقم ١ من قانون حماية المستهلك المصري حيث تحديد المقصود بالعيوب في تنظيم علاقات الاستهلاك، فإنه لا يشترط في عيب عدم المطابقة أن يكون قديماً ومؤثراً حتى ينقص من قيمة المنتج أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه ، وإنما يتطلب الا يكون ذلك العيب بسبب من المستهلك ، بينما يشترط المشرع في العيب الموجب لضمان العيوب الخفية طبقاً لنص المادة (١٦٤١) من التقنين المدني الفرنسي المقابلة للمادة (٤٤٧) من التقنين المدني المصري ان يكون قديماً ومؤثراً حتى ينقص من قيمة المنتج أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه .

وبناءً على ذلك يستطيع المستهلك "المشتري" أن يرجع على البائع بضمان المطابقة حتى ولو كان عيب عدم المطابقة حادثاً وقت التسليم ، أو كان غير مؤثر في أداء الجهاز المبيع لوظيفته طالما أن هذا العيب يجعل الشيء المسلم مخالفاً للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد.  
ويعتبر المنتج معيباً بعيوب عدم المطابقة إذا كان مصاباً بعيوب خفية ينقص من قيمته أو من نفعه ويجعله غير صالح للاستعمال في الغرض العادي المخصص له بحسب طبيعته ، وذلك لأن تسليم البائع معيباً بعيوب خفية يعني أنه سلم شيئاً غير مطابق للعقد أو على الأقل غير مطابق للاشتراطات الضمنية في العقد<sup>٣</sup> .  
وفي حالة ما إذا كان عدم المطابقة راجعاً إلى وجود عيب خفي في المنتج ، فإنه يثبت للمستهلك الحق في الخيار بين ضمان المطابقة أو ضمان العيوب الخفية ، ومن أمثلة ذلك :

١- د، عبد الزواق السنهوري ، الوسيط ج٤ ، ص٧٢٨ .

٢- د. عبد ارزاق السنهوري ، الوسيط ج٤ ، ص ٧٦٦ - ٧٦٧ .

٣- Jean CALAIS – AULOY de la ٧٠٥ Jean CALAIS – AULOY, article précité P. . ,

garantie des vices cachés à la garantie de conformité, op.cit.P. ٦٣ .

- تفتت قطع القراميد المببعة<sup>١</sup> .
- وجود ثقوب تحدث أعطالاً فى محرك السيارة<sup>٢</sup> .
- وجود ثقب داخل سخان المياه يؤدى الى التسرب<sup>٣</sup> .
- ظهور الصورة مشوشة على شاشة التليفزيون ، ووجود فيروس معلوماتى فى اسطوانة الحاسب الآلى<sup>٤</sup> .
- وجود مادة سامة فى المنتجات الغذائية المببعة<sup>٥</sup> .
- عدم كفاية التنظيف أو تلف القماش أو فقد الملابس ، و ذلك فى حالة اداء خدمة تنظيف الملابس .و تعديل وكيل السياحة لبرنامج الرحلة السياحية المعتمد فجأة و تنفيذه الغير متوقع لبرنامج الرحلة بصورة رديئة و غير متوقعة ، و ضعف سرعة الانترنت المقدم للعميل ، و ضعف مستوى الطبيب المعالج للمستهلك المريض فى المستشفى<sup>٦</sup> .
- ويرى بعض الفقه والقضاء الفرنسى - بحق - أنه يجب أن يؤخذ عيب عدم المطابقة بمعنى أوسع فلا يقتصر فقط على العيب الذى يجعل الشئ المببوع غير صالح للاستعمال العادى المخصص له بحسب طبيعته وإنما يشمل أى عيب يجعل الشئ المببوع غير مطابق للشروط والمواصفات المتفق عليها فى العقد صراحة أو

١- cass. ٣. ٢٧e civ. ١٩٩١ D. ١٩٩٢, juris. P. ٩٥, mai ٩٥, note Karila.

٢- D. ١٩٩٣, juris P. ٥٠٩, note Benabent.

٣- cass. ٥. ١٩٧٢ janv. Je P. ١٩٧٣, II. ١٧٥٤٠, note Malinvaud.

٤- cass, ler civ. ٢٥ oct. ١٩٩٣, D. ١٩٩٤, juris. P. ٢١٠.

٥- cass com. ٢٥ nov. ١٩٩٧, J.C.P. ١٩٩٨, P. ٥٨٣, note GROSS.

٦- cass. Ler civ. ١٩ jan. ١٩٦٥, D. ١٩٦٥, JURIS P. ٣٨٩.

٦- انظر فى تطبيقات مقارنة د. حمدالله محمد حمد الله ،مختارات من كتاب قانون الاستهلاك الفرنسى ،المرجع السابق ،ص ٢٣٣ و مابعدھا ، راجع فى فرنسا حيث حصر الامر فى شأن عيب السلع فقط :

.Une nouvelle garantie pour l'acheteur, article précité,p710 ,Jean Calais-Auloy

ضماً حتى ولو كان لا يؤثر في صلاحية الشيء المباع للاستعمال، بحيث يأتي الأمر على خلاف التوقع المشروع للمستهلك من المنتج<sup>١</sup>.

ومن أمثلة ذلك، أن يقوم البائع بتسليم سيارة ذات لون أحمر في حين أن العقد كان يشترط اللون الأبيض أو أن يكون الوزن الحقيقي للسلعة أنقص من القدر المتفق عليه في العقد، أو أن تكون قوة وإمكانات الجهاز المعلوماتي أقل من القدر المعين في العقد، أو ضعف في خدمة شبكة الهاتف المحمول بما يمنع من الاستفادة من الخدمة، أو عيب في خدمة الانترنت حيث ضعف السرعة عن السرعة المتفق عليها، أو عدم تشغيل جهاز الحاسب الألي وفقاً للمقرر في الاتفاق بعد صيانته من المنتج غير البائع، ففي مثل هذه الحالات يستطيع المستهلك "المشتري للسلعة، المتلقى للخدمة" الرجوع على المهني" البائع، مقدم الخدمة "بضمان المطابقة، وتقوم الدعوى على أساس عدم تنفيذ المهني لالتزامه بتسليم شيء مطابق أو أداء خدمة مطابقة، لأن عيب عدم المطابقة لشروط ومواصفات العقد يخول للمستهلك الحق في الرجوع على المهني بضمان المطابقة<sup>٢</sup>.

ومن ثم فإن عيب عدم المطابقة قد يوجد ويلتزم المهني بضمان المطابقة حتى ولو كان المنتج "المبيع" خالياً من العيب الخفي ومشتملاً على المواصفات التي تجعله صالحاً للاستعمال في الغرض المخصص له بحسب طبيعته، وذلك إذا كان الشيء المباع مختلفاً وقت التسليم عما لو كان متفقاً عليه وقت العقد<sup>٣</sup>.

الشرط الثاني:- أن يكون عيب عدم المطابقة موجوداً وقت أداء المهني لالتزامه

### الجوهري:

يجب أن يكون عيب عدم المطابقة أو الخلل في المطابقة موجوداً وقت التسليم بالنسبة للسلع ان كانت هي المنتج الاستهلاكي محل علاقة الاستهلاك، و وقت تقديم الخدمة و الاستفادة منها ان كانت هي المنتج الاستهلاكي محل علاقة الاستهلاك، ولو لم يكن موجوداً وقت التعاقد "اي البيع"، وذلك طبقاً لنص المادة 4-L211

١- ٢٠٠٥ janv. ٢٥. Cass ler civ ٧٠٥et ٧٠٤Jean CALAIS-AULOY, article précité P.P

٢٩. cass ler civ ١٣٤١, IR. P.٢٠٠٣, D. ٢٠٠٣avril ٢٤ectiv. ٣. Cass ٥٢٤, IR. P٢٠٠٥D.

., obs. Tournafond٣٤٦, somm. P. ١٩٩٧, D. ١٩٩٦mai

٢- راجع د.حمد الله محمد حمدالله، المرجع السابق، ص ١٨٦ و ما بعدها، وراجع

.٧٠٥et ٧٠٤Jean CALAIS-AULOY, article précité P.P

٣- ٢٠٠٣, P.٢٣٣ F. collart et Ph. Delebecque, op. Cit. no

من قانون الاستهلاك الفرنسي بالنسبة للسلع فقط ، و التي تنص على أنه "يلتزم البائع بأن يسلم شيئاً مطابقاً للعقد ، ويضمن عيوب المطابقة الموجودة وقت التسليم" . والمادة رقم ٨ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ ، التي تنص على أنه "للمستهلك خلال أربعة عشر يوماً من تسلم أية سلعة الحق في استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها ، وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله."

أما إذا وجد الخلل في المطابقة أو حدث عيب عدم المطابقة بعد التسليم، أو بعد أداء الخدمة و انتهائها فإن المهني لن يكون ضامناً له - لأن من البديهي أن المهني لن يتحمل العيوب التي تكون لاحقة أو تالية على التسليم او أداء و انتهاء الخدمة<sup>١</sup> . فالوقت الذي يعتد فيه بوجود العيب هو وقت التسليم بالنسبة للسلع ، و وقت تقديم او أداء الخدمة و تنفيذها و قبل انتهاء الاستفادة منها ، سواء أكان العيب موجوداً وقت التعاقد و بقي إلى وقت التسليم و الاداء أو أن العيب قد حدث بعد التعاقد و قبل التسليم ، أو التقديم و بقي إلى وقت التسليم و التقديم ، فيكون موجوداً وقت التسليم و التقديم و يكون المهني "البائع ، أو مقدم الخدمة " مسؤولاً عن ضمانه ، أي ضمان عدم المطابقة<sup>٢</sup> .

وإذا كان العيب موجوداً وقت تسليم السلعة أو تقديم الخدمة ولكنه لم ينكشف أو يظهر أثره إلا بعد التسليم و التقديم أو التنفيذ فإن المستهلك "المشتري او المستفيد " يتحمل عبء إثبات أسبقية أو أقدمية العيب طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني<sup>٣</sup> .

و من امثلة تحمل المستهلك عبء اثبات اسبقية عيب عدم المطابقة لتاريخ التسليم للسلعة او تاريخ تقديم الخدمة ، أن تكون الأخشاب أو الغلال المباعة قد داخلها السوس قبل التسليم ولم ينكشف أو يظهر أثره إلا بعد التسليم ، أو أن تتوقف الآلة المباعة عن العمل أو يتعطل الجهاز المباع بعد بضعة شهور من تاريخ التسليم ، أو يتعطل الجهاز الذي تم صيانته بعد مدة قصيرة من تقديم خدمة صيانته، فإنه يقع على عاتق المستهلك هنا عبء إثبات أن العيب الذي سبب العطل كان موجوداً قبل

<sup>١</sup> - Jean CALAIS-AULOY, article précité, P.706.

<sup>٢</sup> - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ج ٤ ، ص ٧٢٢ ، د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير ، المرجع السابق ، ص ١٧٤ .

<sup>٣</sup> - د. ممدوح محمد علي مبروك ، المرجع السابق ، ص ٥٤ .



التسليم ، فإذا أمكن المشتري أن يثبت ذلك فإن البائع يكون ضامناً ، أو ان يثبت المستهلك ان العيب كان بالجهاز الذى تم صيانته قبل الاستفادة منه بعد صيانته ، ولا شك أن هذا الإثبات يكون صعباً أو مستحيلاً فى بعض الحالات<sup>١</sup> .

و على ذلك فقد افترضت المادة 7-211L من قانون الاستهلاك الفرنسى وجود عيب عدم المطابقة وقت التسليم وأعفت المستهلك من عبء إثبات أقدمية أو أسبقية العيب خلال ستة أشهر بعد التسليم ، وذلك حرصاً على توفير الحماية الكافية للمستهلك ، فنصت المادة على أنه "عيوب المطابقة التى تظهر خلال مدة ستة أشهر بداية من تسليم الشئ المبيع تعتبر موجودة وقت التسليم ما لم يثبت العكس." وفى المقابل إذا ظهر العيب بعد مرور ستة أشهر من تاريخ التسليم ، فإنه يقع على عاتق المستهلك عبء إثبات أسبقية أو أقدمية هذا العيب<sup>٢</sup> . وبحيث تقوم قرينة بسيطة مؤداها أن كل عيب أو خلل فى المطابقة يظهر فى المبيع خلال فترة الضمان يعتبر راجعاً إلى عيب قديم سواء أكان العيب فى تصميم الجهاز المبيع أو فى تركيبه أو فى المادة المصنوع منها ، ويؤدى تطبيق هذه القرينة إلى نقل عبء الإثبات إلى البائع الذى يجب عليه - إن أراد التخلص من المسؤولية المترتبة على إخلاله بالالتزام بالمطابقة - أن يثبت أن العيب أو الخلل يرجع إلى خطأ المشتري<sup>٣</sup> . هذا فى حين يخضع اثبات عيب عدم المطابقة فى القانون المصرى للقواعد العامة فى الإثبات ، و فى ذلك اضرار بمصلحة المستهلك حيث انه يتحمل بعبء الإثبات ما لم يتفق مع المهنى على نقل عبء الإثبات على عاتق المهنى ، و هنا نطالب المشرع المصرى بتعديل قانون حماية المستهلك بأن يقرر صراحة قرينة بسيطة فى شأن اثبات عيب عدم المطابقة لمصلحة المستهلك باعتباره طرفاً ضعيفاً مفادها عدم المطابقة الى ان يثبت المهنى مطابقة المنتج للمواصفات المعتمدة قانوناً و اتفاقاً

<sup>١</sup> - P. article précité. Jean CALAIS-AULOY, ٧٠٦ cass ler civ. ٥, nov. ١٩٩٥, D. ١٩٩٧,

obs. Tournafond. ٣٤٨ somm. P.

د. عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج ٤ ، ص ٧٢٣ ، د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير ، المرجع السابق، ص ١٧٤-١٧٥ .

<sup>٢</sup> - P. article précité, Jean CALAIS-AULOY ٧٦٠.

<sup>٣</sup> - ed. Jacqué GHESTIN, conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers)

Paris L.G.D.J. ١٩٨٣ no ٢٩٤ P.P. ٣١٠ et ٣١١.

وان كنا لا نبالغ اذا قررنا بأن الاصل هو عدم مطابقة المنتج الاستهلاكي في حالة المنازعة بين المهني و المستهلك ،الى ان يثبت المهني ان العيب اى عيب عدم المطابقة كان بسبب المستهلك و نستند فى ذلك الى نصوص قانون حماية المستهلك خاصة نص المادة رقم ١ التى تعرف العيب عامة ،و المادة رقم ٢ فقرة ح التى تقرر حق المستهلك فى منتج مطابق للمواصفات كأحد الحقوق التى تمثل الحد الأدنى قانوناً لحقوق المستهلك .

## الفرع الثانى

### فحص المنتج وإخطار المهني بعدم المطابقة

#### تمهيد:

لا يكفى لقيام الالتزام بضمان المطابقة وتحويل المستهلك الحق فى الرجوع على المهني بدعوى عدم المطابقة أن يكون المنتج معيباً بعبء عدم المطابقة وقت التسليم أو وقت أداء الخدمة ، وإنما يشترط أيضاً أن يقوم المستهلك بفحص المنتج وإخطار المهني بعدم المطابقة .ومن ثم فإن هذا العنصر يعبر عن شرطان ،الأول منهما هو قيام المستهلك بفحص المنتج ،و الثانى هو قيام المستهلك بإخطار المهني بعبء عدم المطابقة .ونوضح كل ذلك فيما يلى:

#### الشرط الأول :وجوب قيام المستهلك بفحص المنتج:

ان الخدمات الاستهلاكية المتنوعة و المتعددة تجعل من اللازم ان يتحقق المستهلك بداية من مطابقتها للمواصفات و الشروط المعتمدة اتفاقاً و قانوناً خاصة قبل تلقيها من المهني حتى يحق له ممارسة حقه فى ضمان المطابقة تجاه المهني ان كانت معيبة بعبء عدم المطابقة وقت الاستفادة من الخدمة ، اى يلزم فحص المنتج "الخدمة" لتبين مدى مطابقتها من عدمه.

كما انه فى مجال السلع الاستهلاكية يجب أن يكون المشتري متبصراً و حذراً فلا يقبل المبيع أو يتسلمه إلا بعد أن يقوم بفحصه و التحقق من مدى مطابقتها للشروط و المواصفات المتفق عليها فى العقد صراحة أو ضمناً ، و التأكد من صلاحيته لأداء الغرض الذى تم التعاقد عليه من أجله<sup>١</sup>.

و الغالب ان يقوم المستهلك بفحص المنتج بنفسه للتحقق من مدى مطابقتها ، ولكن قد يستعين المستهلك بشخص آخر كوكيل أو خبير للقيام بفحص المنتج ، وفى هذه

<sup>١</sup> - jean Jacques BARBIERI, op. cit. P. ٦, no ٢٧٩ Ch. AUBERTIN, note précitée, P. ٦٤.

د . محمد إبراهيم البندارى ، الرسالة السابقة ، ص ٨٠ - ٨١ ، و ص ١٠٩ - ١١٠ .

الحالة يعتبر الشخص الذي قام بالفحص نائباً أو وكيلاً عن المستهلك ، ويعتبر قبوله للمنتج "الشيء المسلم او الخدمة المقدمة" وإقراره بمطابقته بمثابة قبول المستهلك "المشتري ،المتلقى للخدمة " نفسه . فإذا تبين بعد ذلك عدم مطابقة المنتج فإن المستهلك لا يستطيع الرجوع على المهني بضمان المطابقة ، وإنما يمكنه الرجوع على الوكيل إذا قرر على سبيل الخطأ أو الغش مطابقة المنتج وقدم بذلك شهادة على خلاف الحقيقة<sup>١</sup>.

ويستطيع المستهلك أن يطلب فسخ العقد لعدم المطابقة إذا أثبت وجود تواطؤ تدليسي واحتمالي بين الوكيل والمهني ، أو أثبت غش أو تدليس المهني الذي أخفى عيب عدم المطابقة عند إجراء الفحص<sup>٢</sup>. ولا يلزم الفحص بحضور المهني أو نائبه ، بل يجوز للمستهلك أن يفحص المنتج للتأكد من مدى مطابقته بعيداً عن المهني<sup>٣</sup>. ومن الجدير بالذكر انه في شأن السلع يجب أن يتم فحص المبيع وقت التسليم أو قريباً منه ، مع الأخذ في الاعتبار طبيعة الشيء المبيع ، والغالب أن يتم الفحص في زمان التسليم ومكانه ، ولكن قد تنص الشروط العامة للبيع على وجوب إجراء فحص المبيع في مكان الإرسال بالمصنع أو المتجر ، وليس في مكان الوصول أو الاستلام ، وذلك تحقيقاً لمصلحة الطرفين ، حيث يستطيع البائع أن يستبدل فوراً الشيء غير المطابق بأخر مطابق متى أمكن ذلك<sup>٤</sup>. وبالنسبة لفحص الخدمة فإنه يلزم ان يتم فحص الخدمة غالباً قبل الانتهاء من تقديمها من قبل المهني ، و أحياناً يكون قبل اتمام الاستفادة منها من قبل المستهلك مثال للاولى ان يفحص المستهلك

١ - D. ١٩٨٠ fév. ١٢, cass. Com. ٢٠٥, P. ٢٣٥ F. Collart et ph. Delebcque, op. Cit. no -  
٢٧, no ١, bull. Civ ١٩٥٧ nov. ١٢. abs AUBERTIN. Cass civ. ٢٧٨. Juris. P. ١٩٨١  
٣٤٤P.

٢ - Ch. AUBERTIN, note précitée, P. -  
١١, no ٢٨٠.

٣ - قارب د. ممدوح محمد على مبروك ، المرجع السابق ، ٥٧ . وعلى العكس لقد فصلت اتفاقية فينا لعام ١٩٨٠ في شأن عقد بيع البضائع الدولي ، الاحكام المنظمة لفحص المبيع و مواعيد الاخطار بعدم المطابقة و ذلك في المواد ارقام ٣٨ ، و ٣٩ وما بعدها . و طبقتها محكمة النقض الفرنسية في احكامها ، منها

Civ. Ire, 26 mai 1999, no 97-14.315 , D. 2000. 788, note Witz ; JCP E 2000. 274, note Leveueur.

٤ - F. collart et ph. ٢١١, P. ٢٢٢ J. GHestin, conformité et garanties, op, cit, no -  
٢٠٥. P. ٢٣٥ Delebecque, op. cit. no

د . محمد البنداري ، الرسالة السابقة ، ص ١١٠ .

الملابس المنظفة قبل تلقيها من المنتج ، و مثال للتأنيّة قبل انتهاء الطبيب اجراء الفحص الطبى "للمريض" المستهلك.

وعن الوقت اللازم للقيام بعملية الفحص يلاحظ أنه إذا لم يوجد اتفاق بين الطرفين على الوقت اللازم لإجراء الفحص فإنه يجب على المستهلك أن يقوم بفحص المنتج والتحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك، وفقاً للمألوف في التعامل ، طبقاً لنص المادة رقم ٤٩٤فقرة ١ من التقنين المدني المصري.

ويخضع تقدير الوقت اللازم لفحص المنتج للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع ويراعى فى ذلك طبيعة المنتج محل علاقة ، وعمامة فى عقد البيع يراعى طبيعة المبيع، و صفة المشتري فلا شك أن المشتري المهني المحترف يستطيع ان يتحقق من مدى مطابقة المبيع فى خلال وقت قصير أو بمجرد إلقاء نظرة خاضفة على الشئ المبيع وذلك على عكس المشتري المستهلك الذى قد يحتاج وقتاً طويلاً للتحقق من مدى مطابقة المبيع ، بل قد يلجأ إلى الاستعانة بخبير فى هذا الشأن<sup>١</sup>.

وبالنسبة للخدمة فان طبيعتها تجعل وقت الفحص فيها يختلف من خدمة لآخرى فمثلا خدمة التطبيب ان لم يكن متفق صراحة او ضمناً فى شأنها على وقت للفحص فنعتقد ان تقدير القاضى بشأنها يستخلص من ظروف كل حالة على حدى فمثلا الكشف على المريض المستهلك فحص هذه الخدمة يكون قبل اتمام الطبيب لاجمال الكشف ، بينما فحص عملية جراحية فيكون وقت فحصها نسبياً يكون خلال وقت التماثل للشفاء و هذا الوقت قد يطول و قد يقصر، وكذلك يختلف الوقت بالنسبة لغيرها من الخدمات .

وهذا قد يستغرق فحص المبيع بعض الوقت للتحقق من مدى مطابقتة ، كما هو الشأن فى بيع الأشياء المعقدة التركيب أو الأجهزة ذات التقنية العالية ، كالحاسبات الآلية والأجهزة الطبية وغيرها من الأجهزة الإلكترونية الدقيقة ، حيث يجب أن يترك للمشتري الوقت الكافى لفحصها والتحقق من مدى مطابقتها<sup>٢</sup>.

ونؤيد الرأى الذى يذهب الى أن الحكم على نتيجة الفحص يختلف تبعاً لاختلاف الغرض المقصود من القيام بعملية الفحص<sup>٣</sup> ، فمثلاً قد يقصد "المستهلك" المشتري التحقق من مدى مطابقة المبيع للمواصفات الأساسية وصلاحيته لتحقيق

١- د.محمد بندارى ، الرسالة السابقة ، ص ١١٣ .

٢- Paris، ٣ décem. ١٩٧٦، J.C.P. ١٩٧٧، II، ١٩٥٧٩ .

٣- د.مدوح محمد على مبروك ، المرجع السابق ، ص ٥٩ .

الأغراض العادية التي وجد من أجلها ، وفي هذه الحالة يخضع الحكم على مدى المطابقة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وله أن يستعين برأى أهل الخبرة . أما إذا كان الغرض من الفحص هو التحقيق من مدى ملائمة المبيع لحاجات المشتري الشخصية والتأكد من مدى مطابقته لأغراضه الخاصة التي تعاقده على المبيع من أجلها ، كان للمشتري القول الحاسم في تقدير مدى مطابقة المبيع ، كما هو الحال في البيع بشرط التجربة ، طبقاً لنص المادة ٤٢١ فقرة ١ من التقنين المصري . وإذا اتضح للمستهلك بعد الفحص أن المنتج غير مطابق وأبدى اعتراضه على ذلك ، وجب عليه أن يخطر المهني بعدم المطابقة.

### الشرط الثاني : إخطار المهني بعدم المطابقة:

بعد ان يقوم المستهلك بفحص المنتج فإنه مثلاً إذا ما اكتشف المستهلك " المشتري" عدم مطابقة المبيع أو اختلال المطابقة بوجه من الوجوه ، فله الحق في رفض المبيع أو قبوله بالرغم من عدم مطابقته فإذا أبدى رفضه واعتراضه على عدم المطابقة وجب عليه أن يبين عناصرها وأن يخطر البائع بها في المدة المتفق عليها في العقد أو خلال مدة معقولة من اكتشاف عدم المطابقة ، تكون كافية لإظهار الرفض والاعتراض<sup>١</sup>.

وإذا لم يكن من السهل اكتشاف عيب عدم المطابقة بالفحص المعتاد ، وجب على المستهلك أن يخطر المهني به بمجرد ظهوره أو اكتشافه وفي أقرب وقت ممكن ، وإلا اعتبر سكوتة إقراراً منه بمطابقة المنتج للعقد ، أو قبولاً له بحالته التي سلم أو قدم عليها بالرغم من عدم مطابقته<sup>٢</sup>.

ولم يحدد القانون شكلاً معيناً لإخطار البائع بعدم المطابقة فيصح ان يكون بإبذار على يد محضر ، كما يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح أن يكون شفويًا ، ويترك للمستهلك حرية اختيار الطريقة التي يستخدمها لإخطار

١- د. جمال محمود عبد العزيز ، الالتزام بضمان المطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع ، مرجع سابق ، ١٩٧ ، وما بعدها .

٢- Ph. Le tourneau, conformités et garantisés dans la vente .., op.cit, no ٦٤, P. ٢٥٢, F.

د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ٤ ، ص ٥٦٢ ، د. سليمان مرقس ، ود. محمد على إمام ، عقد البيع في التقنين المدني الجديد ، طبعة ١٩٥٢ - ١٩٥٣ م مطبعة نهضة مصر ، ص ٣٢٠ . د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير ، المرجع السابق ص ١١١ ، د. عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق ، ص ٢٣٢ . د. ممدوح محمد على مبروك ، المرجع السابق ، ص ٦٠ .

المهني بعدم المطابقة شفاهة او كتابة ، وإن كان من الأفضل أن يتم الإخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول حتى يكون دليلاً كتابياً يمكن للمستهلك الاستناد إليه عند الإختلاف لإثبات أن الإخطار قد تم في الميعاد القانوني<sup>١</sup> .  
ومثلاً فقد يفضل المشتري اصطحاب الجهاز المبيع بنفسه إلى البائع أو المنتج مباشرة لإخطاره بما فيه من عيب عدم المطابقة ومطالبته باستبداله بأخر مطابق وذلك في ضوء القواعد العامة او قد يفعل ذلك ولكن لدى أو في مواجهة جهاز او جمعيات حماية المستهلك في ضوء قواعد قانون حماية المستهلك.

### أ- مدة الإخطار:

و عن المدة اللازمة للإخطار بضمنان عدم المطابقة يلاحظ ان المادة الخامسة من التوجيه الأوروبي رقم ١٩٩٩/٤٤ ، الصادر في ٢٥ مايو ١٩٩٩ ، قد حددت المدة اللازمة للإخطار بعدم المطابقة بأنها مدة شهرين تحسب من تاريخ فحص المبيع والتحقق من عدم مطابقته<sup>٢</sup> .

وهذا و قد قررت احكام قوانين الاستهلاك للمستهلك "المشتري" الحق في استبدال السلعة غير المطابقة أو استرداد الثمن بشرط أن يطلب ذلك خلال سبعة أيام من تاريخ التسليم طبقاً لنص المادة 8-211L من قانون الاستهلاك الفرنسي ، وخلال أربعة عشر يوماً من تاريخ تسلم أية سلعة بإعتبارها مدة اخطار ايضاً طبقاً لنص المادة ٨ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري.

ولم يقرر المشرع المصري اية مدة للاخطار بعدم المطابقة للمهني في شأن عدم مطابقة المنتج ان كان خدمة ،ولذلك يقدرها القاضي في كل حالة على حدى في حالة عدم وجود اتفاق عليها و غالباً ما تكون خلال مدة تقديم الخدمة و قبل اتمام الخدمة او الاستفادة منها وكل ذلك ايضاً يتوقف على طبيعة المنتج ذاته.

وأوجبت المادة (١٦٤٨) من التقنين المدني الفرنسي ، المقابلة للمادة (٤٤٩) من التقنين المدني المصري على المشتري أن يخطر البائع بالعيب خلال مدة معقولة تبدأ من تاريخ اكتشاف العيب أو ظهوره فقد نصت المادة (٤٤٩) من التقنين المدني المصري على أنه:"

١- د. عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج ٤ ، ص ٧٣٧ ، د.حسام الدين كامل الأهواني ، المرجع السابق، ص ٦٧٨.

٢- Ph. Le tourneau, responsabilité des vendeurs et fabricants, éd. Dalloz , no ٢٠٠١ , ٨١٢ , ١٣٩p.

١ - إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقاً للمألوف في التعامل ، فإذا لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع.  
٢ - أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري ، وجب عليه أن يخطر البائع بمجرد ظهوره ، وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب".

ويخضع تقدير المدة المعقولة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض<sup>١</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية فيينا للبيع الدولي للسلع قد أوجبت على المشتري أن يخطر البائع بعيب عدم المطابقة موضعاً طبيعته في مدة معقولة تبدأ من الوقت الذي اكتشف فيه المشتري العيب أو كان يجب أن يكتشفه فيه طبقاً لنص المادة (١/٣٩) من الاتفاقية ، ولا يجوز أن تزيد مدة الإخطار على أي حال عن عامين من تاريخ التسليم الفعلي للسلعة ، طبقاً لنص المادة (٢/٣٩) من اتفاقية فيينا<sup>٢</sup>.  
ونؤيد الرأي أنه إذا لم تحدد في العقد المدة اللازمة للإخطار فإن القاضي يقدر المدة المعقولة التي يلتزم المستهلك خلالها بإخطار المهني بعدم المطابقة مراعيًا في ذلك طبيعة المنتج محل علاقة الاستهلاك "سلعة أو خدمة" وظروف التعاقد وملابساته. فقد يحدد القاضي مدة أقل ويلزم المشتري بالإخطار على وجه السرعة بالنظر إلى طبيعة السلعة كالأسمك والفاكهة وغيرها من المواد الغذائية والأشياء القابلة للتغير والفساد<sup>٣</sup>.

وتطبيقاً لما تقدم فقد رفضت محكمة النقض الفرنسية دعوى المشتري بعدم صلاحية السمك المبيع للاستعمال ، لأنه لم يخطر البائع بذلك إلا بعد مرور يومين من تاريخ تسلم الصنفقة ، في حين كان يمكنه أن يتحقق من حالة السمك وقت التسليم وأن يخطر البائع بعدم المطابقة ، لأن الأسمك من الأشياء التي تتغير حالتها بسرعة<sup>٤</sup>.

**ب- الأثر المترتب على الإخطار:**

١- د. جمال محمود عبد العزيز ، الالتزام بضمان المطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع ، المرجع السابق ، ١٩٧ص وما بعدها . د. محمد بنداري ، الرسالة السابقة ، ص ١١٥ .

Ph. Le tourneau, op. cit. no ١٣٩, p. ٨١١.

٢- Ph. Le tourneau, op. cit. no ١٣٩, p. ٨١١.

٣- د. ممدوح محمد على مبروك ، المرجع السابق ، ص ٦٣ .

٤ cass. Com. 10fév. 1981, Bull. Civ. IV. No 78, R.T.D. com. 1982, P.292. Obs. J.

HEMARD et B. BOULOC.

إذا أبدى المستهلك اعتراضه وأخطر المهني بعدم المطابقة في الميعاد القانوني ، ثبت له الحق في الرجوع على المهني بدعوى عدم المطابقة ، ولا يتلخص المهني من المسؤولية إلا بإثبات أن المنتج مطابق للعقد ، وأنه لم تتغير حالته عما كان عليه وقت التعاقد إن كان قيمياً أو أنه من الصنف المتفق عليه أو من الصنف المتوسط إن كان مثلياً ، أو أنه مطابق للعينة أو الغرض الذي تم التعاقد عليه من أجله ، وغيرها من وجوه المطابقة<sup>١</sup> ، أو انه مطابق لكافة المواصفات المعتمدة في الاتفاق و القانون ان كان خدمة.

هذا ويجب على المستهلك "المشتري" فضلاً عن الاعتراض وإخطار المهني "البائع" بعدم المطابقة ان يحافظ على المنتج كما سلم إليه حتى لا ينقص أو يتغير ، فلا يمكن بعد ذلك التحقق من عدم مطابقته ، ولكن لا يتحتم عليه أن يبادر برفع دعوى لإثبات حالة المبيع<sup>٢</sup> .

ولا يحول تسلم المشتري للمبيع ودفع ثمنه دون حقه في الرجوع على البائع بدعوى عدم المطابقة ، لأن دفع الثمن قد يكون ضرورياً لتمكين المشتري من تسلم المبيع والقيام بفحصه<sup>٣</sup>. وكذلك الحال في شأن الخدمة لا يحول تلقى المستهلك للخدمة أو بدء الاستفادة منها أو دفع مقابلها من ممارسة حقه في الرجوع على المهني بضمان عدم المطابقة.

ولا يمكن تفسير تسلم المشتري للمبيع بدون تحفظات على أنه تنازل عن دعوى الفسخ المترتبة على عدم مطابقة المبيع ، لأن التنازل تصرف قانوني ، وهو لا ينتج أثره إلا بعد قيام المستهلك بفحص المنتج والتحقق من عيب عدم المطابقة والرضا به . أما مجرد السكوت البسيط من جانب المستهلك فلا ينبغي ان يفسر - كقاعدة عامة - على أنه تنازل عن دعوى الفسخ لعدم المطابقة<sup>٤</sup> .

وبناءً على ذلك فإن حق المستهلك "المشتري" في الرجوع على المهني "البائع" بدعوى عدم المطابقة لا يسقط إلا بالتنازل عنه ، ويكون ذلك بقبول المبيع صراحة أو ضمناً ، كأن يقول المشتري ، قبلت المبيع أو رضيت به ، أو يستخلص القاضى

١- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ٤ ، ص ٥٦٢ - ٥٦٣ . د. محمد إبراهيم بندارى ،

الرسالة السابقة ، ص ١١٨ .

٢- د. محمد أبيب شنب ود. محمد أبو زيد ، عقد بيع ، طبعة ٢٠٠٠ ، ص ٢٣٢-٢٣٣ .

٣- ١٢ cass. Com. ١٩٨٠ fév. D. ١٩٨١, juris P. ٢٧٨, note Aubertin.

٤- ٩ et ٨ nos ٢٨٠ et ٢٧٩ Ch. AUBERTIN, note précité, p.p.



القبول ضمناً من ظروف وقرائن الحال ، كاستعمال المشتري للمبيع بعد فحصه ، أو قيامه ببيعه لشخص آخر ، أو سكوت المشتري فترة كافية بعد علمه بعدم المطابقة عن إبداء الرفض والاعتراض وعدم قيامه بإخطار البائع بعدم المطابقة<sup>١</sup>.

### المبحث الثالث

### التحديد الاتفاقي لمضمون المطابقة

#### تمهيد:

نوضح هنا الطرق أو الاسس التي بناء عليها يتم تحديد مضمون التزام المهني بالمطابقة حيث يقرر البعض في هذا الشأن بأن هناك العديد من الضوابط والمعايير التي يمكن بمقتضاها تحديد مضمون التزام المهني بضمان مطابقة المنتج الاستهلاكي ، والتحقق من مدى توافر المطابقة أو اختلالها بوجه من الوجوه أو عدم تحققها على الاطلاق<sup>٢</sup>.

وعليه فإذا كان عقد البيع مثلاً يتضمن عادة اتفاق الطرفين صراحة أو ضمناً على الشروط والمواصفات التي يجب توافرها في الشيء المبيع أو الغرض الذي تم التعاقد على المبيع من أجله ، فإنه يعتبر، أي الاتفاق هو الضابط الأساسي أو المعيار الجوهري الذي يمكن بمقتضاه تحديد مضمون المطابقة و التحقق من مدى توافرها.

وذلك لأن ما يشترطه العقد أو يظهره العرض الإعلاني في السلعة من صفات تكون عنصراً في ذاتيتها ، ويجب أن تتضمنها عند تسليمها إلى المشتري ، فإذا كانت مختلفة عما تم الاتفاق عليه في العقد من شروط أو مواصفات أو كانت غير صالحة لتحقيق الغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله ، انعدمت المطابقة وترتبت مسؤولية البائع.

١- د. سليمان مرقس ود. محمد على إمام ، المرجع السابق ، ص ٢٣٢ ، د. عبد المنعم البدر اوي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٨ ، د. عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق ، ص ٢٣٢ ، د. محمد لبيب شنب ود. محمد محمد أبو زيد ، المرجع السابق ص ٢٣٣ ، د. السيد عيد نايل ، عقد البيع ، طبعة ٢٠٠١م دار النهضة العربية . ص ٢١٤ - ٢١٥ .

٢- هذا في حين نجد ان اساس المطابقة المادية للمبيع هو العقد نفسة و ذلك هو السائد فقهاً في مصر و فرنسا ، انظر في تفاصيل ذلك د. جمال محمود عبد العزيز ، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع ، مرجع سابق ، ص ٢٧ و ما بعدها . و انظر في تفاصيل المعايير و الضوابط المذكورة كمصدر ، د. ممدوح محمد على مبروك ، المرجع السابق ، ص ٦٦ و ما بعدها .

و يتأكد ما سبق من خلال ما قرره المشرع فى قانون الاستهلاك الفرنسى حيث نصت المادة 4-211 L من قانون الاستهلاك على أنه "يلتزم البائع بأن يسلم شيئاً مطابقاً للعقد ، ويضمن عيوب المطابقة عند التسليم". مع ان المشرع المصرى فى المادة رقم ٢ فقرة ح من قانون الاستهلاك المصرى نص على حق المستهلك فى الاختيار الحر لمنتجات تتوافر فيها شروط الجودة المطابقة للمواصفات ، وفى نص المادة ٨ من ذات القانون افاد بوجود مطابقة السلعة للمواصفات أو الغرض الذى تم التعاقد عليها من اجله ، و ان دل ذلك فإنما يدل على تعدد اسس تحديد مضمون المطابقة ما بين الاتفاق و نص القانون.

و على ذلك فإن الاسس التى تحدد مضمون المطابقة هى فى الاصل اسس اتفاقية مالم ينص القانون على مضمون اخر للمطابقة كما هو الحال فى تنظيمات او قواعد المواصفات القياسية ، اى قواعد الجودة التى تعد مناطا للقول بمطابقة المنتج من عدمه ، حيث الاساس القانونى لتحديد مضمون المطابقة ، و مع ذلك نقتصر هنا على دراسة الاساس الاتفاقى فى تحديد مضمون التزام المهنى بمطابقة المنتج باتفاق الطرفين صراحة أو ضمناً . وعليه نتناول تحديد مضمون المطابقة بالاتفاق الصريح و الاتفاق الضمنى لاطراف العلاقة الاستهلاكية فى المطالب التالية:

## المطلب الأول تحديد مضمون المطابقة بالاتفاق الصريح

### تمهيد:

يحدد مضمون الالتزام بالمطابقة بالاتفاق الصريح عندما يشتمل العقد الاستهلاكي على بيان ذات المنتج "المبيع" وأوصافه الأساسية ، او يكفل المهني " البائع" للمستهلك "المشترى" وجود صفات معينة في المنتج " الشيء المبيع" أو يشترطها المستهلك "المشترى" ، وكذلك عندما يشتمل العقد على بيان الغرض الخاص الذي تم التعاقد على المنتج من أجله.

وبذلك فان الإتفاق الصريح بين المهني و المستهلك على تحديد مضمون المطابقة يتمثل في ضابط من ثلاثة، إما الاتفاق الصريح على الشروط والمواصفات المتعلقة بالوضع القانوني للمنتج ،اي الوضع القانوني للشيء المبيع وحالته المادية وطريقة استخدامه متى كان المنتج سلعة. أو الاتفاق الصريح على الصفات التي كفل المهني للمستهلك وجودها في المنتج ،اي كفل وجودها في الشيء المبيع متى كان المنتج سلعة أو اشترطها المستهلك في المنتج .وإما اشتمال العقد الاستهلاكي على بيان الغرض الخاص الذي تم التعاقد على المنتج من أجله.

### الضابط الأول : الاتفاق الصريح على الشروط والمواصفات المتعلقة بالوضع القانوني للمنتج المبيع وحالته المادية وطريقة استعماله:

إذا اتفق المهني "البائع" و المستهلك "المشترى" في عقد البيع الاستهلاكي على الشروط والمواصفات المتعلقة بالوضع القانوني للمنتج المبيع أو حالته المادية وطريقة أو ظروف استعماله ، فإن المهني يجب عليه ان يسلم المستهلك شيئاً مطابقاً لما تم الاتفاق عليه في العقد الاستهلاكي وإلا ترتبت مسؤوليته العقدية عن الإخلال بالالتزام بضمان المطابقة.

### أ – المطابقة للبيانات والمواصفات المتعلقة بالوضع القانوني للمنتج المبيع:

إذا اشتمل عقد البيع الاستهلاكي على البيانات والمواصفات المتعلقة بالوضع القانوني للمنتج المبيع والتي تبين ما إذا كان خالياً من أية تكاليف أو أعباء او حقوق عينية أو شخصية لغير أو محملاً بها ، وطبيعة ونوع هذه الحقوق عند وجودها ، فإنه يجب أن يكون المنتج المبيع مطابقاً لها ، لما قد يترتب على وجود مثل هذه

١- د.مدوح محمد على مبروك ،المرجع السابق ، ص ٧٠ .

الحقوق او تلك التكاليف من تعرض المستهلك "المشترى" فى انتفاعه بالمنتج المبيع<sup>١</sup>.

يرى البعض انه يدخل فى ذلك الإجراءات والأشكال الإدارية الضرورية التي يجب على المشتري اتخاذها حتى يستطيع استعمال الشيء المبيع ويرتب على ذلك أنه إذا ذكر البائع فى العقد أن المبيع ليس محملاً بارتفاقات خفية أو حقوق انتفاع للغير او رهونات أو حجوزات أو حقوق شخصية للغير ثم اتضح أن المبيع محمل بارتفاق بعدم البناء أو التعلية ، أو أن للغير عليه حق انتفاع أو رهن ، أو أنه محجوز عليه أو مؤجر للغير بعقد ثابت التاريخ قبل البيع فإن البائع يكون مسؤولاً لإخلاله بالالتزام بضمان المطابقة<sup>٢</sup>. و ان كنا لا نرى صحة ذلك على الاطلاق لأنه يوسع نطاق ضمان مطابقة المنتج الاستهلاكى حيث ان ذلك خاص بالعقارت و هذا خارج عن نطاق قانون الاستهلاك ، مالم يكن الاجراء أو الشكل الادارى خاص بالمنتج الاستهلاكى ، كما لو كان المنتج المبيع مثلا احد اجهزة الاتصال اللاسلكى التى تحتاج موافقات امنية أو غيرها.

### ب - المطابقة للبيانات والمواصفات المتعلقة بالوضع المادى للمنتج المبيع:

يلتزم المهني "البائع" بأن يسلم المستهلك "المشترى" شيئاً منتجاً مطابقاً للمواصفات المتفق عليها بين الطرفين فى العقد ، كالاتفاق على ذاتية المبيع ونوعه وكميته ودرجة جودته<sup>٣</sup>. وذلك لأن ذاتية المبيع ونوعه وأوصافه الأساسية وخواصه المادية من حيث مكوناته وتركيباته وأجزائه الداخلية وكميته ودرجة جودته وغيرها من المواصفات المتعلقة بالوضع المادى للشيء المبيع يتوقف عليها مدى صلاحية المبيع للانتفاع به وتحقيق الغرض الذى تم التعاقد على المبيع من أجله. ويثبت المستهلك "المشترى" الحق فى ضمان المطابقة إذا كانت السلعة غير مطابقة للمواصفات الأساسية والخواص المادية التى تم الاتفاق عليها بين الطرفين فى عقد

<sup>١</sup> - Bernard GROSS, la notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, Nancy.

, J. GHESTIN et B. DESCHE, la vente, op. cit. No ١٩٧, P. ٢٠٦ no ١٩٦٣ Ed. L.G.D.J. er civ ١, cass ٢١٢, P. ٣٠٩, Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit. No ١٤٨. P. ١٣٨ . ٢٤١, P. ٢٧٩ no. ١. Bull. Civ. ٥٢٦. R.P. ١, ١٩٨٢, D. ١٩٨٢, D. ١٩٨٢ oct. ٦.

<sup>٢</sup> - د. ممدوح محمد على مبروك، المرجع السابق، ص ٧١.

<sup>٣</sup> - Ph. Le tourneau et loic cadiet, op. cit. No ١١٢٥, P. ٥٩٨١, C.A Paris ١٠, ١٩٩٧ oct.

No ١٩٩٨ R.J.D.A ٣٢,

البيع الاستهلاكي<sup>١</sup>. ويختلف مضمون المطابقة في الشيء القيمي المعين بالذات عنه في الشيء المثلي المعين بالنوع و يختلف كذلك عن مضمون مطابقة الخدمة متى كان محلاً للمنتج الاستهلاكي.

### ١- المطابقة في المنتج القيمي المعين بالذات :

إذا كان المنتج المبوع شيئاً معيناً بالذات فإنه يجب على المهني "البائع" أن يسلم الشيء ذاته المتفق عليه في العقد بالحالة التي كان عليها وقت البيع وطبقاً للمواصفات المحددة في العقد ، وفقاً لنص المادة (١٦١٤) من التقنين المدني الفرنسي المقابلة للمادة (٤٣١) من التقنين المدني المصري ، ولا يجوز للبائع أن يسلم المشتري بديلاً عنه أو مقابلاً له حتى ولو كان أفضل من الشيء المتفق عليه في العقد وإلا تترتب مسؤوليته عن الإخلال بالالتزام بضمان المطابقة<sup>٢</sup>. فمثلاً، إذا كان البيع وارداً على سيارة معينة بالذات ، وجب على البائع أن يسلمها بذاتها ولا يجوز له أن يسلم المشتري بدلاً منها منزلاً ، حتى ولو كان المنزل أعلي من السيارة في القيمة إلا إذا قبل المشتري ذلك<sup>٣</sup>. وإذا كان البيع وارداً على كتاب معين من طبعة محددة ، فإنه يجب على البائع أن يسلم هذا الكتاب المتفق عليه بذاته وإلا تترتب مسؤوليته<sup>٤</sup>.

ولا يكفي لتحقيق المطابقة في الشيء القيمي المعين بالذات أن يسلم المهني "البائع" ذات الشيء المتفق عليه ولا يستبدله بشيء آخر ، بل يجب أيضاً أن تتوافر في هذا

١- Bull. ١٩٨٧er décès. ١ er civ. ١. cass ٧٠٥ Jean CALAIS-AULOY, article précité, P.

no ١ Civ. ٣٢٤.

د. ثروت عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص ١٩ - ٢٠ ، و ص ٢٤ ، و ص ٣٣ ، د. عمر خالد محمد الزريقات ، الرسالة السابقة ، ص ٣٢٨.

٢- Ph. MALAURIE et L. AYNES, op.cit No. ٣٠٢, P. ٢١٧.

د. عبد المنعم البدر اوي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٦ ، د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير ، المرجع السابق ص ١٠٩.

٣- د. عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق ، ص ٢٣١.

٤- ١ cass - ٢٦er civ. ١٩٨٠ nov. D. ١٩٨١, P. ٤٣٩. R. P. ١, not e ch. LARROUMENT, Bull.

no ١ Civ. ٣١٠.

الشيء المواصفات المتفق عليها في العقد وإلا ترتبت مسؤولية المهني "البائع" لإخلاله بالتزامه بضمان المطابقة<sup>١</sup>.

وإذا كان المبيع سيارة معينة بالذات فيجب على البائع أن يسلمها بذاتها وأن تتوافر فيها المواصفات المتفق عليها من حيث الماركة أو الموديل وسنة الصنع واللون وعدد المقاعد والأبواب وسائر المواصفات ولو لم تكن أساسية ، كاشتمالها على جهاز للتبريد أو التدفئة وإمكانية السير في الطريق غير الممهّد والنظام الأوتوماتيكي للأبواب والشبائيك وغيرها من المواصفات المتفق عليها .

وإذا كان المبيع آلة ميكانيكية أو جهازاً كهربائياً أو إلكترونياً فإنه يجب أن يكون مطابقاً للمواصفات المتعلقة بتركيباته الداخلية وخواصه المادية والمواد المصنوع منها وأنظمتها وإمكانياته الفنية ، وأن يكون صالحاً للاستعمال في الغرض المخصص له بحسب طبيعته أو الغرض الخاص المتفق عليه في العقد. فإذا اتضح وقت التسليم أن هناك اختلاف بين الشيء المسلم بالفعل وما كان متفقاً عليه في العقد من حيث ذاتية الشيء المبيع وخواصه المادية وطاقته الفنية أو كان الشيء غير صالح للاستعمال في الغرض المخصص له ، كما لو كان جهاز الكمبيوتر المبيع أقل كفاءة أو سعة مما كان متفقاً عليه في العقد ، ترتبت مسؤولية البائع العقدية لإخلاله بالالتزام بضمان المطابقة<sup>٢</sup>.

## ٢- المطابقة في المنتج المثلي المعين بالنوع:

إذا كان المنتج المبيع شيئاً مثلياً معيناً بالنوع فإنه يجب أن يكون مطابقاً للمواصفات والخصائص المتفق عليها في العقد ، من حيث النوع والكمية ودرجة الجودة . و من ثم يجب على المهني " البائع " أن يسلم شيئاً أصلياً من نفس الماركة والموديل أو الطراز أو طريقة الصنع وتاريخه والبلد المصدر أو المنشأ ، حيث قد

١ - فمثلاً إذا كان المبيع قطعة أرض معدة للبناء ، وجب على البائع أن يسلم ذات الأرض

المتفق عليها من حيث الموقع والمساحة والحدود، وأن تكون صالحة للبناء عليها ، فإذا اتضح وجود بركة مياه تحت الأرض المبيعة تعوق البناء عليها ، ترتبت مسؤولية البائع لإخلاله بالالتزام بضمان المطابقة

, ١١١٥No ٩٢M/١٢R.J.D.A. ١٤٥, P.٢٣٨, No١, Bull, Civ. ١٩٩٢juin ٣٠e Civ. ٣cass .. note Laurent LEVENEUR ٥P. ٢١٨No ١٩٩٢. contrats. Concu. Decem. ٨٩٨P.

, F. collart et Ph. ١٠٥٥, P.٥٤٦٤ Ph. Le tourneau et loic cadiet, op. Cit. no-٢

. Juris. ١٩٩٤, D.١٩٩٣octo. ١٣, cass ler civ. ٢٠٢, P.٢٣٣Delebecque, op. Cit. No , obs. Tournafound.٢٣٧, et Somm. P٢١١P.

ترتبط جودة السلعة بنطاق جغرافي معين ، كما في حالة بيع الحاصلات الزراعية والحبوب وغيرها ، ولا يعني البائع من المسؤولية إلا إذا كان الشيء المباع مطابقاً تماماً للمواصفات التعاقدية<sup>١</sup> .

وإذا لم يتفق الطرفان على درجة الجودة ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف او الظروف المحيطة بالعقد التزم المهني "البائع" بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط طبقاً لنص المادة (٢/١٣٣) من التقنين المدني المصري. وفي حالة عدم تحديد درجة الجودة ، فإن السلعة المسلمة يجب أن تكون صالحة للاستعمال في الغرض المخصصة له عادة. وإذا كان محل التسليم وارداً على أشياء متتابعة ، فإن تقدير المطابقة يجب أن يتم للصفقة في مجموعها ، إذا كانت غير قابلة للتجزئة<sup>٢</sup> .

وإذا اتفق الطرفان على لون محدد للشيء المباع ، فإن المهني "البائع" يعتبر مخلأ بالتزامه بالمطابقة إذا سلم شيئاً من لون آخر حتى ولو كان الاختلاف طفيفاً أو قليلاً<sup>٣</sup> . وإذا عيّن المتعاقدان مقدار المباع في عقد البيع الاستهلاكي فإنه يجب على البائع أن يسلمه للمشتري بقدره المتفق عليه في العقد ، ولا يحق له ان ينقص من مقدار المباع أو يزيد فيه وإلا كان مسؤولاً عن عدم المطابقة وفقاً لنص المادة (٤٣٣) من التقنين المدني المصري.

وبذلك فإنه يجب أن تتوافر المطابقة من حيث الكيف والكم ، فإذا ظهر أن هناك اختلافاً من ناحية الكيف أو الكم بين الشيء المسلم بالفعل والبيانات الصريحة او الضمنية في العقد ، كان للمشتري "المستهلك" الحق في الرجوع على المهني "البائع" بدعوى عدم المطابقة<sup>٤</sup> .

### ٣- المطابقة في الخدمة كمحل للمنتج الاستهلاكي :

إذا كان المنتج محل العقد الاستهلاكي خدمة استهلاكية فإنه يجب أن تكون مطابقاً للمواصفات والخصائص المتفق عليها في العقد ، و مطابقة للغرض الذي تم التعاقد

<sup>١</sup> - Ph. MALURIE et J. GATSI, les contrats spéciaux, éd Armond colin P. ١٩٩٨ ٤١

<sup>٢</sup> , cass Per civ. ٦٣, Jean Jacques BARBIERI, op. cit. P. ٢١٧, P. ٣٠٢ L. AYNES, op. cit. no

. Bull. ١٩٩٦ juillet ١٠, Cass. Per civ. ٣٢٥ et ٣٢٤, nos ١, Bull. Civ. ١٩٨٧er decem. ١

Civ. ٣١٧ no ١

<sup>٣</sup> - Ph. MALURIE et L. AYNES, op. Cit. no ٣٠٢, P. ٢١٧.

<sup>٤</sup> - J. GATSI, op. Cit. P. ٤١ JEAN Gatsi, op. Cit. P. ٤١, Bull. Civ. ١٩٨٧er decem ١, nos ١, Bull. Civ. ٣٢٤

٣٢٥

<sup>٤</sup> - F. collart et Ph Delebecque, op. Cit. no ٢٣٤, P. ٢٠٤.

عليها من اجله ، و ذلك من حيث نوعها ودرجة جودتها و كمالها . حيث الزم المشرع المهني "مقدم الخدمة " بإعادة مقابلها أو مقابل ما يجبر النقص فيها أو إعادة تقديمها الى المستهلك في حالة وجود عيب أو نقص بها وفقاً لطبيعة الخدمة، و شروط التعاقد عليها و العرف التجارى<sup>١</sup> .

### ج - المطابقة للشروط والمواصفات المتعلقة بطريقة استخدام المنتج وظروف استعماله:

إذا كان المنتج المبيع من الأشياء التى تحتاج إلى اتباع طريقة خاصة في استخدامها او مراعاة ظروف معينة في استعمالها حتى يتمكن المستهلك " المشتري " من الانتفاع بها ويتجنب أضرارها وذلك كالمواد القابلة للاشتعال والمبيدات الحشرية والأدوية وغيرها من المنتجات الخطرة أو الأشياء الجديدة والحديثة الاستعمال ، وكذلك خدمة الاستفادة من توصيلات الغاز الطبيعى ، و الاستعانة بخدمات النقل بالوسائل المعرضة للخطر اكثر من غيرها ، فإنه لا يكفي أن يقوم المهني ببيان الطريقة الصحيحة لاستخدامها و الاستفادة منها وان يوضح ظروف استعمالها ويحذر المستهلك من خطورتها ، بل يجب أيضاً أن يقدم خدمة و يسلم شيئاً صالحاً للاستعمال ومطابقاً لظروف وطريقة الاستخدام المبينة في العقد و إلا ترتبت مسؤوليته عما يصيب المستهلك من ضرر<sup>٢</sup> .

ولكن لا يسأل المهني عن الضرر الذى يحيق بالمستهلك الذى يتجاهل طريقة الاستخدام الصحيحة التي بينها المهني ، أو الغرض الذى حدد استعمال السلعة فيه ،

١ - انظر نص المادة رقم ٩ من قانون حماية المستهلك المصرى رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ حيث

نصت على انه "يلتزم كل مقدم خدمة بإعادة مقابلها أو مقابل ما يجبر النقص فيها أو إعادة تقديمها إلى المستهلك، وذلك في حالة وجود عيب أو نقص بها وفقاً لطبيعة الخدمة وشروط التعاقد عليها والعرف التجارى ويحال أى خلاف حول الإخلال بالخدمة إلى الجهاز ليصدر قراراً ملزماً فى شأنه".

٢ - Bull. Civ. ١٩٨١ fév. ١٧ cass. Com. ٩٢, no ١, Bull. Civ. ١٩٧٣ jan. ٣١ er civ. ١, cass ٩٢, no ١, Bull. Civ. ١٩٨٠, J.C.P. ١٩٧٩ Fév. ١٤, C.A.ROUEN ٣٧ et ٣٦, P.P. ٤٠, no ١ obs. ١٩٣٦٠, II, ١٩٨٠, R.T.D. com. ١٢٠, P. ١٦٣, no ١, Bull. Civ. ١٩٩٤ mai ٤ er civ. ١ Partik Boinot. Cass obs. B. BOULOC. ٦, no ٧٦٨, P. ١٩٩٤



وقام باستعمال السلعة أو الاستفادة من الخدمة بطريقة خاطئة أو فى غرض آخر خاص لا يمكن للمهني ان يتوقعه مما أدى إلى الأضرار به<sup>١</sup>.

وقد نصت المادة رقم ١٢ من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك المصرى رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦م على أنه "فى الأحوال التى يمكن ان يؤدى فيها استخدام المنتج إلى الإضرار بصحة وسلامة المستهلك ، يلتزم المنتج بأن يبين الطريقة الصحيحة لاستخدام المنتج وكيفية الوقاية من الأضرار المحتملة وكيفية علاجها فى حالة حدوثها"<sup>٢</sup>.

وتطبيقاً للنص المذكور، وحرصاً على صحة وسلامة المستهلك يجب إلزام المهني بأن يقدم خدمة أو يسلم المستهلك منتجاً مطابقاً لطريقة الاستخدام وظروف وتحذيرات الاستعمال حتى يتوقى المستهلك أضراره ومخاطره و إلا كان المهني مسؤولاً عما يصيب المستهلك من ضرر<sup>٣</sup>.

ويتضح مما تقدم أنه إذا كان المنتج الاستهلاكى المقدم غير مطابق لما ذكره المهني فى العقد أو الإعلان من بيانات أو مواصفات تتعلق بطبيعة السلعة أو تركيبها أو صفاتها الجوهرية أو العناصر التى تتكون منها أو كميتها أو مصدرها أو وزنها أو حجمها أو طريقة صنعها أو تاريخ إنتاجها أو تاريخ صلاحيتها أو شروط استعمالها أو محاذير هذا الاستعمال فإن المهني يكون مسؤولاً طبقاً لنص المادتين رقمي ١٦ ، ١٧ من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك المصرى ، لأن من شأن هذه البيانات غير الصحيحة أو غير المطابقة أن تؤدى بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك أو وقوعه فى خلط أو غلط ،

١- د. على سيد حسن الالتزام بالسلامة فى عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٠،

ص ٨٩، د. جابر محجوب على ، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المباعة ، دراسة مقارنة بين القانون المدنى الفرنسى والقانونين المصرى والكويتي دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٢٣٧.

٢- صدرت اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك بقرار وزير التجارة والصناعة رقم (٨٨٦) لسنة ٢٠٠٦م ، الوقائع المصرية - العدد ٢٧١ (تابع) فى ٣٠/١١/٢٠٠٦م.

٣- - حيث ان هناك التزامات اخرى عديدة تقع على عاتق المهني تجاه المستهلك من اهمها التزامه باعلام المستهلك و اخطار المستهلك بعيب المنتج الماس بصحة و سلامة المستهلك ، انظر تفاصيل ذلك ، د. الصغير محمد مهدى ، قانون حماية المستهلك ، المرجع السابق، ص ١١١ و ما بعدها ، و ص ٢٠١ و ما بعدها .

فضلاً عن أن المهني يكون مخلصاً بالتزامه بتقديم خدمة او بتسليم شيء مطابق للبيانات والمواصفات المععلن عنها والمتفق عليها بين الطرفين في العقد .  
الضابط الثاني : الصفات التي كفل المهني للمستهلك وجودها في المنتج أو اشتراطها للمستهلك:

يضمن المهني "البائع" الصفات التي يكفل للمستهلك "المشتري" وجودها في المنتج "السلعة المببعة"، سواء أكان الاتفاق على هذه الصفات صريحاً أو ضمناً<sup>١</sup>. فقد نصت المادة (١/٤٤٧) من التقنين المدني المصري على أنه " يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه."

فإذا اتفق الطرفان على وجود صفة معينة في المنتج الاستهلاكي "اي الشيء المبيع في عقد البيع الاستهلاكي أو الخدمة في عقود الخدمات الاستهلاكية" أو تعهد المهني صراحة بتوافر هذه الصفة أو اشتراطها للمستهلك ثم اتضح خلو المنتج "المبيع" من هذه الصفة، فإنه يكون معيباً بعيب عدم المطابقة وتترتب مسؤولية المهني البائع عن ضمان المطابقة، حتى ولو كان المنتج "المبيع" صالحاً للإستعمال العادي المنتظر من المنتج المماثل له<sup>٢</sup>.

ومن أمثلة ذلك، أن يضمن البائع عدم زوال أو تأثر ألوان ملصقات الحائط من جراء تعرضها لضوء الشمس، ثم يتضح أن ألوانها تزول بعد فترة وجيزة من استعمالها، فإنه يكون مخلصاً بالتزامه بضمان المطابقة<sup>٣</sup>. او يضمن المهني مقدم خدمة تنظيف الملابس و المنسوجات الأخرى عدم تلف القماش حيث انه يستخدم طريقة معالجة في التنظيف لا تحدث مثل هذا التلف و يتضح عدم صحة ذلك حيث تتلف الملابس أو المنسوجات بسبب هذه المعالجة فهنا يكون المهني قد اخل بالتزامه بضمان مطابقة الخدمة .

أو أن يشترط المشتري "المستهلك" أن تكون السيارة المببعة يسهل عليها السير في الطرق غير الممهدة أو أنها لا تستهلك من الوقود إلا قدرأ معيناً، ثم يتضح عدم

١- د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٧٢٤، و ص ٧٢٨، د.حسن عبد الباسط جميعي، شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية، المرجع السابق، ص ١٥٤.

٢- Jean CALAIS\_AULOY, article précite p. ٧٠٥ .

٣- J. GHESTIN, conformité et garanties, op, cit, P. ٧٨ cass. Com. ١٠. ١٩٦٨ décem. , Bull. Civ. IV , no ٣٥٥.

توافر هذه الصفات وقت التسليم ، فإن البائع "المهني" يلتزم بالضمان حتى ولو لم يكن خلو المبيع من هذه الصفات هو في ذاته عيب بحسب المؤلف في التعامل بين الناس ، ما دام أن البائع قد كفل للمشتري وجود هذه الصفات<sup>١</sup> .  
ويكفي مجرد تخلف الصفة أو عدم توافرها في المنتج "المبيع" وقت التسليم لتحقيق ضمان المطابقة ، ولا يشترط أن تكون الصفة المتخلفة أساسية أو جوهرية أو ان يكون لتخلفها أثر على نفع المبيع أو استعماله أو ان يلحق تخلفها ضرراً بالمشتري<sup>٢</sup> .

ويعتبر المهني مخلصاً بالتزامه بضمان المطابقة إذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم أو الخدمة المقدمة اثناء تقديمها واثناء الاستقادة منها، الصفات المتفق عليها في العقد أو التي كفلها المهني أو اشترطها المستهلك، حتى ولو لم يكن لهذه الصفات أية قيمة عملية تؤثر في انتظام عمل الجهاز المبيع أو كمال الخدمة المقدمة بل كانت فقط ذات قيمة جمالية مجردة<sup>٣</sup> .

عملاً بالقواعد العامة في القانون المدني و المنظمة لعقد البيع، فإنه يترتب على تخلف الصفة التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع ثبوت الحق في المطالبة بفسخ العقد مع التعويض عما أصابه من ضرر ، وتسقط دعوى الفسخ لعدم مطابقة المبيع للمواصفات بمضي خمسة عشر سنة من وقت إخلال البائع بالتزامه . و على ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن " دعوى المشتري بفسخ عقد البيع لتخلف ما كفله البائع في المبيع من الحداثة والكفاءة العالية مع التعويض تكييفها الصحيح دعوى فسخ لإخلال البائع بضمان العيب الذي يلحق به تخلف الصفة التي كفل البائع وجودها في المبيع، تقادمها بخمسة عشر سنة ، اخضاعها للتقادم الحولي الخاص بدعوى الضمان خطأ " <sup>٤</sup> .

### الضابط الثالث: المطابقة للغرض الذي تم التعاقد على المنتج من أجله:

يستخلص من نصوص قانون حماية المستهلك المصري ، و خاصة نص المادة رقم ٨ ، ان من ضوابط تحديد مضمون المطابقة وجوب توافق المنتج مع الغرض الذي

١- د. عبد الرازق السنهوري ، الوسيط ج ٤ ، ص ٧١٩ .

٢- د. ثروت عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص ٤٩ .

٣- ١ Cass. ١ 1er civ. ١٩٨٧er décem. Bull. Civ. ١، no ٣٢٥ .

٤- نقض مدني مصري ٣٠ يونيو ١٩٩٩م ، مجموعة أحكام النقض المدني السنة الخمسون الجزء الثاني ص ٩٥٥ الطعن رقم ٢٥٦٧ لسنة ٦١ ق القاعدة ( ١٨٨ ) .

تم التعاقد عليه من أجله ،حيث قد يصرح المستهلك " المشتري" للمهني " البائع" في العقد بالغرض الخاص الذي يقصد شراء المنتج "المبيع" من أجله ، وقد يتوقع المستهلك " المشتري " صلاحية المنتج " المبيع "لتحقيق غرضه الخاص على أساس البيانات والمواصفات التي قدمها المهني أو تلك الواردة في العرض الخاص بالإعلان عن المنتج .

#### أ - مطابقة المنتج للغرض المبين في العقد:

يعد من حقوق المستهلك الأساسية الحق في الحصول على منتج مطابق للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليه من أجله ،وذلك الى القواعد العامة في القانون المدني و قواعد عقد البيع حيث يلتزم البائع بأن يكون المبيع مطابقاً لحاجات المشتري وأغراضه الخاصة المبينة في العقد<sup>١</sup>.

ويستفاد ما تقدم من نص المادة رقم ٢ فقرة ح التي قررت حق المطابقة ،و من نص المادة رقم ٨ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري التي قررت التزام المهني بضمان المطابقة و أعطت للمستهلك الحق في المطالبة بضمان المطابقة إذا كانت السلعة غير مطابقة للغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله .

وتطبيقاً لضمان المطابقة وفق القواعد العامة فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن "الالتزام بالتسليم لا يكون تاماً إلا إذا وضع البائع تحت تصرف المشتري شيئاً يتطابق تماماً مع الغرض الذي يقصده المشتري"<sup>٢</sup> . ولذلك يعتبر المهني " البائع" مخلاً بالتزامه بتسليم منتج مطابق وتترتب مسؤوليته إذا لم تتوافر في المنتج المواصفات والخصائص التي تجعله مطابقاً تماماً للغرض الخاص الذي يقصده المستهلك " المشتري"<sup>٣</sup> . ولكن يشترط لالتزام البائع بضمان مطابقة المبيع للغرض الخاص الذي يقصده المشتري أن يكون هذا الغرض أو الاستعمال الخاص في نطاق التعاقد .

ويعتبر الغرض الخاص داخلياً في نطاق التعاقد إذا تم النص عليه صراحة في العقد أو قام المستهلك "المشتري" بلفت انتباه المهني "البائع" الى هذا الغرض الخاص

<sup>١</sup> - Cass . civ . ٢٢ nov . ١٩٧٨ J.C.P. ١٩٧٩ II, ١٩١٣٩ viney , note

<sup>٢</sup> - Cass . ١ er civ . ٢٠ nov. ١٩٨٩ Bull civ. no ١ . ١٤٠ .

<sup>٣</sup> - Ph. MALAURIE et. L. AYNES, op. cit. no ٢٩٩ , p. ٢١٥ , Jean CATSI, op. cit. P. ٤١ .

صراحة أو ضمناً ، أو كان المهني " البائع " يعلم بهذا الغرض الخاص أو من المفروض حتماً أن يعلم به أو في استطاعته العلم به من ظروف التعاقد وملابسته<sup>١</sup>. وتطبيقاً لإخلال المهني بالتزامه بضمان مطابقة المنتج في ضوء القواعد العامة ، فقد قضت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بأن " عدم مقاومة الألوان المبيعة \_ التي استخدمت في لوحات الاعلانات \_ لضوء الشمس وتحلل الأحبار نتيجة التعرض للضوء لا يعتبر عيباً خفياً ، وإنما يعتبر من قبيل عدم مطابقة المبيع للمواصفات ، طالما أن البائع كان يعلم الغرض الخاص الذي قصد المشتري شراء هذه الألوان من أجله<sup>٢</sup>.

هذا وقد يلجأ المتعاقدان إلى تحديد درجة جودة الشيء المبيع أو الخدمة المقدمة عن طريق النص في العقد على الاستعمال الذي سيخصص له الشيء المبيع، أو الذي يستفيد بالخدمة فيه وفي هذه الحالة يجب على المهني " البائع " أن يسلم المشتري شيئاً صالحاً للاستعمال في الغرض المنصوص عليه في العقد، أو يؤدي المهني "مقدم الخدمة " الخدمة بطريقة و في حالة كافية لتحقيق الغرض المتعاقد عليها من اجله و وفقاً لطبيعتها و شروط التعاقد عليها و العرف التجاري ، ولا يعفى المهني من المسؤولية أن يكون المنتج صالحاً للاستعمال في غرض آخر عبر المنصوص عليه في العقد ، ويكون من حق المستهلك أن يرفض تسلمه متى كان المنتج سلعة ، او يتمتع عن تلقى الخدمة<sup>٣</sup>.

### ب مطابقة المنتج للتوقع المشروع للمستهلك :

يعبر المشرع عن ضوابط تحديد مضمون المطابقة في نصوص قانون حماية المستهلك باعتبارها الحد الأدنى من ضوابط الضمان حيث يعمل بضمان المطابقة هنا مالم يكون هناك ضمانات او شروط قانونية او اتفاقية افضل للمستهلك ، خاصة و أنه قد لا يكون الغرض أو الاستعمال الخاص الذي تم التعاقد على المنتج من

١ - Ch. AUBERTIN, note ٢٠٣ p. ٢٢٣ F. collart et ph. Delebecque, op. cit. no. -

١Ver civ. ١. cass ٩٦R. p. ١, ١٩٩٣, D. ١٩٩٣ mars ٢٤e civ. ٣., cass ٥ no ٢٧٩ précitée p no ١٩٩٧., contrats concu . Consom. Nov. ٢٠٦ et ٢٠٥, nos ١, Bull .Civ. ١٩٩٧juin obs Laurent levenueur. ١٦٣

٢ , D. ١٩٧٥ Avrill ٢٢ ., Cass com . ٦٥, Bull . civ. III no ١٩٧٠ fev ١٧ Cass . com. -

٩٢ IR. P. ١٩٧٥

٣ - ٢٥٩. IV, p. ١٩٧٦, J.C.P. ed. G. ١٩٧٦juin ١٠ cass. Com. -

د. محمد بنداري ، الرسالة السابقة ، ص ٩٣ .

اجله داخلاً في نطاق التعاقد وإنما يتوقع المستهلك أن يكون المنتج مطابقاً لغرضه الخاص ، فهل يكون إلزام المهني بضمان مطابقة المنتج لهذا الغرض أو الاستعمال الخاص على أساس التوقع المشروع للمستهلك ؟ اختلف الفقه والقضاء في ذلك الى اتجاهين<sup>١</sup> :

الاتجاه الأول : يرى أصحاب هذا الإتجاه أنه لا يمكن إلزام المهني بضمان مطابقة المنتج للغرض الخاص الذي يتوقع المستهلك صلاحية المنتج للاستعمال فيه إذا لم يكن المهني عالماً بهذا الغرض وذلك لأن المستهلك " المشتري " الذي يتوقع صلاحية المبيع للغرض أو الاستعمال الخاص دون أن يخبر البائع بذلك يكون قد أساء تقدير حاجاته الحقيقية فلا يلومن إلا نفسه<sup>٢</sup> .

فإذا أراد المشتري أن يستعمل المبيع استعمالاً خاصاً يختلف عن الغرض المعد له عادة، فيجب عليه أن يخبر البائع بذلك وأن يثبت علم البائع بالغرض الخاص للمشتري حتى تترتب مسؤولية البائع عن عدم مطابقة المبيع لهذا الاستعمال الخاص<sup>٣</sup> .

وبناءً على ذلك فإن المهني "خاصة البائع" لا يسأل عن الضرر الذي يلحق بالمستهلك "خاصة المشتري" الذي يتجاهل طريقة الاستخدام الذي بينها المهني او الغرض الذي حدد استعمال المنتج فيه وقام باستعمال المنتج بطريقة خاطئة أو في غرض آخر لا يمكن للمهني أن يتوقعه مما أدى الى الإضرار به<sup>٤</sup> .

وهذا الإتجاه بذلك نراه يفرض التزاماً خاصاً على المستهلك على الأقل بإعلام المهني بتوقعه المشروع ، بحيث - مثلاً - يجب على المستهلك " المشتري " أن يتعاون مع المهني " البائع " ولو بإجراء الحوار معه ، وأن يكشف له عن حاجاته وأغراضه الخاصة فإن أراد المشتري مثلاً أن يستخدم الورق المبيع في تغليف التفاح المعد للتصدير الى المناطق الحارة فإنه يجب أن يخبر البائع بذلك ، وبحيث يعفي البائع من المسؤولية إذا كان يجهل الغرض الخاص الذي يقصد المشتري

١- د.ممدوح محمد علي مبروك ، المرجع السابق ، ص ٨٥- ٨٦.

٢- ١٩٩١Janv. ٢٩er civ. ١., Cass ٢٠٣ , p. ٢٣٣ F. collart et Ph. Delebecque, op. cit. no-

, obs. Tournafond. ٢٠١ somm p. ١٩٩٢, D. ٠٤١, n١ Bull. Civ.

٣- ١٧, note (١٣٦ J GHESTIN, conformité et garanties p.

٤- د. علي سيد حسن ، المرجع السابق ، ص ٨٩ ، د. جابر محجوب علي ، المرجع السابق ،

ص ٢٣٧. د. ثروت عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص ٤٢ .

استعمال المبيع فيه<sup>١</sup>. وهذا ما نرفضه حيث ان التوقع المشروع للمستهلك من المنتج امر مفترض احترام المهني له بصرف النظر عن توضيح المستهلك له منه ، و ذلك لان هذا التوقع ضرورى لتحقيق التوازن فى علاقة الاستهلاك بين المهني و المستهلك<sup>٢</sup>.

الإتجاه الثاني : يذهب أنصار هذا الإتجاه القول بأن المهني " البائع " يلتزم بضمان مطابقة المنتج "المبيع" للمواصفات أو الغرض الخاص الذي يتوقع المشتري صلاحية المبيع للاستعمال فيه طالما كان توقعه معقولاً ومشروعاً<sup>٣</sup>.

وخاصة إذا كان المشتري حسن النية و أنه كان يعتقد بصورة مقبولة ومشروعة أن المواصفات المتعلقة بالغرض الخاص من الشراء داخلة في نطاق العقد ، وأنه كان يتوقع أن تكون السلعة مطابقة لها ، والامر الذي دفعه الى إصدار رضائه بالتعاقد<sup>٤</sup>

وذلك لأنه لا يمكن اغفال الوجه الشخصي للالتزام بالمطابقة وما يمثله من حماية خاصة المستهلك "للمشتري" ، فيجب على المهني " البائع " أن يحرص على أن يكون الشيء المبيع متفقاً ومطابقاً لما ينتظره منه المشتري وخصوصاً في بيع الأجهزة ذات التقنية العالمية<sup>٥</sup> وكذلك فى شأن تقديم الخدمات الطبية و التكنولوجية المعقدة .

ويجب على المهني أن يقدم النصح للمستهلك وأن يستعلم منه عن حاجاته وأغراضه الخاصة، ولاسيما في بيع الأجهزة والالات الحديثة، و الخدمات الصحية و التكنولوجية وأن يقدم له منتجاً موافقاً لحاجاته الخاصة ومطابقاً لغرضه من

<sup>١</sup> Yves PICOD, le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat. Ed. LG.D.J. Paris -

1989., no 106, p. 126. Cass Com. 19mars1973, Bull. Civ. IV, no 125, p.1090

<sup>٢</sup> - قارب فى ذلك د.حمد الله محمد حمد الله ،مختارات من قانون الاستهلاك ..، مرجع سابق ، ص ١٨٦-١٨٧ .

<sup>٣</sup> - p. ٧٠٥ Jean CALAIS\_AULOY, article précité , Jean CALAIS- AULOY, l'attente

legitime une nouvelle source de droit subjectif ? Mélanges Guyon, Dalloz .1٧١, p. ٢٠٠٣

<sup>٤</sup> - Fabre- MAGNAN (M) , thèse précitée nos ٦٥٧ et ٦٥٨ , p. ٢١٧.

<sup>٥</sup> - DUCOUX- Favard (calcude), droit de la vente ed Paris - ١٩٩١, p. ١١٤ .

التعاقد عليه ، حتى يتمكن المستهلك من حسن الانتفاع بالمنتج ويتجنب أضراره

فإن لم يكن المنتج مطابقاً للتوقع المشروع للمستهلك ثبت له الحق في المطالبة بضممان المطابقة وفقاً لنص المادة 5- L211 من قانون الاستهلاك الفرنسي والمادتين رقم ٨ فقرة ١ و رقم ٩ من قانون حماية المستهلك المصري . وتقدير مدى مشروعية توقع المستهلك يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، ويراعى فيه الظروف والملابسات المحيطة بالتعاقد والبيانات المقدمة من المهني والمواصفات الواردة في الإعلانات والملصقات الخاصة بالمنتج المبيع<sup>٢</sup> .

ولا شك أن مراعاة التوقع المشروع للمستهلك في تقدير مدى مطابقة المنتج يجعل المستهلك يشعر بتفعيل الحماية التي يحققها له قانون الاستهلاك<sup>٣</sup> . و في ضوء ما تقدم نؤيد مع البعض من الفقه المصري<sup>٤</sup> الاتجاه الأخير القائل بالزام المهني بضممان مطابقة المنتج للتوقع المشروع للمستهلك ، ولأن ذلك يؤدي إلى حماية المستهلك من الإعلان الخادع والمضلل ويحول دون وقوعه في خلط أو غلط.

فإذا قام المهني " البائع " باستخدام الحيل التكنولوجية في عرض بيانات ومواصفات المنتج بالوسائل الالكترونية وعبر الإنترنت بما تشمل عليه من عنصر الجاذبية والإيحاء الذي يحمل المستهلك على تخيل وتصور صلاحية هذا المنتج لأغراضه الخاصة ، فإنه يلتزم بتسليم المستهلك منتجاً مطابقاً وصالحاً للاستعمال الخاص الذي توقعه المستهلك.

<sup>١</sup> - Yves PICOD, op. cit. no ١٠٨, p. ١٧٢, cass Com. ١٤. nov. ١٩٧٧, Bull. Civ IV, no ٢٥٣.

<sup>٢</sup> - Jean CALAIS- AULOY, article précité p. ٧٠٥.

<sup>٣</sup> - Jean CALAIS- AULOY, article précité p. ٧٠٥.

<sup>٤</sup> - د. ممدوح محمد على مبروك ، المرجع السابق ، ص ٨٩.



## المطلب الثاني تحديد مضمون المطابقة بالاتفاق الضمني

**تمهيد:**

يتحدد مضمون التزام المهني بالمطابقة بالاتفاق الضمني كما يتحدد بالاتفاق الصريح وفق معايير و ضوابط تتكشف ضمناً عندما يتفق الطرفان على مواصفات المنتج على أساس مرجع معينه أو كاتالوج ، أو يتم تعيين المواصفات عبر الوسائل الإلكترونية . وقد يتضمن العقد الإحالة إلى المواصفات التي يتطلبها العرف التجاري، أو تلك التي تتطلبها اللوائح الإدارية وقوانين المواصفات القياسية . وكذلك عند التوافق الضمني على سلامة المنتج من العيوب التي تجعله غير صالح للاستعمال العادي المخصص له بحسب طبيعته.

وعليه فإن الضوابط و المعايير المحددة بالاتفاق الضمني يمكن اجمالها، اما في الاتفاق الضمني على مواصفات المنتج في حالة التعاقد على أساس مرجع معينه أو كتالوج ، أو وصف المنتج عبر الوسائل الإلكترونية . أو الإتفاق الضمني على المواصفات التي يتطلبها العرف التجاري أو تتطلبها اللوائح الإدارية وقوانين المواصفات القياسية . و إما الاتفاق الضمني على سلامة المنتج من العيوب التي تجعله غير صالح للاستعمال العادي المخصص له بحسب طبيعته. وهذا ما نوضحه فيمايلي :

**الضابط الأول: مطابقة المنتج للمواصفات التي كفلها المهني للمستهلك ضمناً**  
**بالإحالة إلى مرجع أو عبر الوسائل الإلكترونية والتقنية<sup>١</sup> :**

ان كان تحديد مضمون التزام المهني بضمان مطابقة المنتج الاستهلاكي يتم بالاتفاق ، إلا إنه ليس من الضروري لقيام الإلتزام بالمطابقة أن تكون المواصفات التي كفلها المهني للمستهلك مذكورة صراحة في عقد البيع أو الخدمة الاستهلاكي ، بل يكفي ذكرها ضمناً بالإحالة إلى مرجع يوضح هذه المواصفات ، كأن يتم البيع على أساس عينه أو نموذج أو كتالوج أو علامة تجارية ، أو ان يقدم البائع وصفاً تصويراً للمبيع عبر وسيلة إلكترونية أو تقنية ، كبرنامج تليفزيوني أو شريط فيديو أو اسطوانة حاسب آلي أو شاشة الإنترنت . وتترتب مسؤولية البائع إذا لم يكن

١- المرجع السابق ، ٩١ و ما بعدها .

المبيع مطابقاً للمواصفات المذكورة ضمناً أو أختلت المطابقة بوجه من الوجوه<sup>١</sup>. ونوضح في هذا الشأن اهم تطبيقات الإتفاق الضمني على مواصفات المنتج بالإحالة إلى عينه أو كنالوج أو عن طريق وسيلة إلكترونية أو تقنية كالتليفزيون والإنترنت.

### أ مطابقة المنتج للعينة :

قد تتحدد مواصفات المنتج المبيع مثلاً بالإتفاق الضمني بين المهني "البائع" و المستهلك "المشتري" عن طريق قيام البائع بتقديم عينة من المبيع إلى المشتري ليتعرف على أوصاف المبيع من خلالها ، فيقبلها المشتري ويتفق الطرفان على أن يكون المبيع مطابقاً تماماً لها<sup>٢</sup>.

ويقصد بالعينة ، جزء صغير من المنتج المبيع يسلمه البائع إلى المشتري قبل إبرام العقد ليمسح له بالتحقيق من أوصاف المبيع والاستناد إليه لإثبات مدى مطابقة السلعة عند التسليم<sup>٣</sup>. ويتم استخدام العينة كوسيلة لوصف المبيع في الاشياء المثلية التي يقوم بعضها مقام البعض في الوفاء وتقدر عادة بين الناس بالعدد او المقاس أو الكيل او الوزن ، كالقماش والقطن والقمح والمستلزمات الطبية ومستحضرات التجميل والمنتجات الغذائية والملابس الجاهزة والأدوات المنزلية وغيرها. ويجب حفظ العينة حتى يمكن مطابقتها بالمبيع لحظة التسليم ، و عن طريق مضاهاة المبيع على العينة يتبين ما إذا كان البائع قد نفذ التزامه بالمطابقة تنفيذاً سليماً فيما يتعلق بجنس المبيع ونوعه وجودته وغير ذلك من الأوصاف التي يتميز بها<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> . Ph . le Tourneau et loic cadiet , op. cit no -١ ٥٩٨٢ et ١١٢٥ p.p. ١١٢٦ coss .  
IR. ١٩٩٧, D. ١٩٩٧ juillet ١٧ e civ. ٣ , cass ١٨٥ , no ١ . Bull civ. ١٩٩٧juin ٣ler civ .  
٢٠٧٧P. Bull .civ. III, no ١٧٤, C.A. Paris ١٩٩٤ mars ٢, Gaz. Pal. ١٩٩٥ . p.١ , ٢٩١ .  
د. عبد الرازق السنهوري ، الوسيط ج٤ ، ص ٧١٩ .

<sup>٢</sup> . LORVELLEC (louis) , vente sur échantillon , juris classeur civil . II, no ١٩٨٥ ٢٨  
jean Jacques BARBIERI . op ١١٦ p ١٣٤. F.collart ph Delebecque op . cit no ٦ et ٣p.p.  
٤١. cit p.

د. ثروت عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص ٤٤ .  
<sup>٣</sup> - L'essai dans contrats, thèse de doctorat université de Rennes -٢ (louis) , ١٩٧٢ no ٢٦  
LORVELLEC . ٤٩ , (claude) DUCOULOUX. Favard, op.cit . p. ٦٣٤ , p.  
<sup>٤</sup> - د. عبد الرازق السنهوري ، الوسيط ج٤ ، ص ٢٣٦ . د. حسام الدين الاخواني ، المرجع  
السابق ، ص ٢٠٤ .

## ب-التزام البائع بضمان مطابقة المبيع للعينة:

تنص المادة (١/٤٢٠) من التقنين المدني المصري على أنه " إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها". ويؤكد الفقه والقضاء في فرنسا ومصر، على أن البائع يلتزم بأن يسلم المشتري شيئاً مطابقاً تماماً لأوصاف العينة المتفق عليها وإلا ترتبت مسؤوليته<sup>١</sup>. ويجب أن يكون المبيع مطابقاً في مجموعه للعينة، بحيث يكون للمشتري "المستهلك" الحق في رفض المبيع غير المطابق ولو جزئياً للعينة المتفق عليها<sup>٢</sup>.

و الأصل أن التطابق يجب أن يكون تاماً، ولكن المحاكم تتسامح عادة في الاختلاف اليسير إذا كان الشيء المسلم يحوي الصفات الجوهرية للعينة وأن لم يكن مطابقاً تماماً لها بشرط أن يكون الفرق تافهاً بحيث لا يؤثر في صلاحية المبيع للغرض الذي خصص له، وأن يقوم البائع بتعويض المشتري عن النقص في جودة المبيع ويأتي هذا التعويض في صورة انقاص الثمن<sup>٣</sup>.

فإذا قدم البائع شيئاً مطابقاً للعينة فإنه يكون قد أوفى بالتزامه، ولا يستطيع المشتري رفضه ولو وجده غير ملائم لحاجته<sup>٤</sup>. ويقع على البائع عبء إثبات

<sup>١</sup> CHARLES Boulay (jean), La conformité Des Biens dans La vente de meubles -

, Remy ١٩٥٠, p. ١٢٧ no ١٩٧٩ corporeles, Etuse comparative, thèse de doctorat paris II, (philippe), L'obligation de conformité dans La vente sur référence, note sur cass civ. ler et ٣٦٨, p.p. ١٩٨٨, RTD. Civ ٢٣٣, p. ٣٢٥ et ٣٢٤, nos ١, Bull. civ. ١٩٨٧ décem. juris. p. ١٩٨١, D. ١٣ p. ١٧, Bull. Civ IV. no ١٩٨١ janv. ٧e com. ٤., cass. ١, no ٣٦٩, obs. B. A ٤٤٠

د. عبد السمیع عبد الوهاب أبو الخیر، المرجع السابق ص ١١٠، د. د. عبد المنعم البدرای، المرجع السابق، ص ٧٩ - ٨٠، د. محمد بنداری، الرسالة السابقة، ص ١٠٧، نقض مدني مصري ١٥ أكتوبر ١٩٥٩م مجموعة أحكام النقض المدني، السنة العاشرة، الطعن رقم ٢٢٢ لسنة ٢٥ ق. قاعدة (٨٦)، ص ٥٦٧

<sup>٢</sup> Jérôme ١٩٨ et ١٩٦, p.p ١٢٩ et ١٢٧ CHARLES Boulay (jean), thèse précitée nos no ١٩٩٦ HUET, traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux, éd. LG. D. J. ١١٥٩٠ p. ٤٥٥.

<sup>٣</sup> د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة، البيع والمقايضة والايجار، دار المعارف بمصر. ١٩٥٦-١٩٦٧، ص ٤٧.

<sup>٤</sup> نقض مدني مصري ١٩ ابريل ١٩٥١م، مجموعة أحكام النقض المدني، السنة الثانية قاعدة ١١٦، ص ٧٣٠.

مطابقة المبيع للعينة ، لإن التزامه بالتسليم موصوفاً بوصف يجب أن يتوافر فيه وهو مطابقة ما يسلمه للعينة ، وكما أن البائع هو المدين بالالتزام بضمان المطابقة ، فيقع على عاتقه عبء إثبات تنفيذ التزامه والوفاء به طبقاً للقواعد العامة في الإثبات وله أن يستعين في ذلك برأي الخبراء، ولكن رأي الخبير غير ملزم للقاضي<sup>١</sup> .

وإذا اتضح أن المبيع غير مطابق للعينة ، فلا يجبر المشتري على قبوله ، وتقوم مسؤولية البائع العقدية لإخلاله بالالتزام بضمان المطابقة ، ويثبت للمشتري الحق في طلب التنفيذ العيني وجبر البائع على أن يسلمه شيئاً آخر مطابق للعينة أو يطلب فسخ العقد مع التعويض عما أصابه من ضرر<sup>٢</sup> .

و بناء عليه فإنه تطبق كل ما تقدم من احكام على مضمون التزام المهني بضمان مطابقة المنتج الاستهلاكي خاصة السلع المبيعة ، حيث تنتفى القواعد الخاصة المنظمة لمضمون ضمان المطابقة في قانون الاستهلاك عامة و في هذه الحالة خاصة.

### ج ضمان مطابقة المنتج للمواصفات المذكورة في الكتالوج:

يعتبر الكتالوج عنصراً جوهرياً ووسيلة أساسية في البيع بالمراسلة ، حيث يندم الاتصال المادي المباشر بين المستهلك " خاصة المشتري " و المهني "البائع و مقدم الخدمة " ، ولا يستطيع المستهلك معاينة المنتج وقت التعاقد لكون التعاقد يتم بين غائبين ، فيكون الكتالوج هو وسيلة أو أداة الاتصال بينهما ونظراً لغياب المحل التجاري فإن الكتالوج يعتبر الوسيلة الأساسية لعرض السلع والخدمات وبيان مواصفاتها وخصائصها بطريقة جذابة تحيط المستهلك علماً بمواصفات المنتج وتثير رغبته في التعاقد عليه<sup>٣</sup> .

وقد يتخذ الكتالوج شكل ورقي كتابي ، فيحتوي على بيانات مكتوبة وصور ورسومات للسلع المعروضة للبيع وقد يكون في صورة شرائط فيديو موزعة أو

١- د. عبد المنعم البدر اوي ، المرجع السابق ، ص ٨٠.

٢- د. ممدوح محمد على مبروك ، المرجع السابق ، ص ٩٥.

٣- DELEGUE (Béatrice) , La vente par catalogue et sa place dans la distribution et L' <sup>٢</sup> et ٤٠ . p.p ١٩٧٥, éd . ١ économie , essai comparaison Mondiale , thèse de doctat , paris  
٤٧ MORNET (carole) , La vente par correspondance , vente a domicile , thèse de doctat  
١ , MARTINE (Gérard) , La vente a domicile , thèse de ٦ , p. ٨ , no ١٩٨٤ , ١ , paris  
٩٦ , p. ١١٢ no ١٩٦٦ doctat , paris

اسطوانات يمكن الاطلاع عليها بواسطة جهاز التليفزيون أو الحاسب الآلي ، وهو ما يعرف بالكتالوج السمعي البصري أو كتالوج الصور المتحركة وهو الأكثر انتشاراً في الوقت الحالي<sup>١</sup>.

ويقوم الكتالوج بدور هام في اعلام المستهلك بمواصفات المنتج حيث يشتمل على عنصرين، أحدهما إعلاني وآخر إعلامي. ويتمثل العنصر الاعلاني للكتالوج في الجاذبية أو الوجه الايحائي الذي يحمل المستهلك على التصور أو التخيل من خلال العرض الجذاب للمنتج "خاصة السلع" باستخدام الوصف التصويري والرسومات والألوان والصور الايضاحية والورق الفاخر الذي يؤدي إلى إغراء المستهلك وإثارة رغبته في الشراء. بينما يتمثل العنصر الاعلامي للكتالوج في البيانات والمواصفات الجدية والموضوعية التي توضح حقيقة "المنتج" السلعة المباعة وتبين ثمنها وشروط و ضمانات التعاقد ، وذلك باستخدام الوصف . الدقيق والعبارات الواضحة والبيانات الكاملة التي تجعل السلعة محلاً للتفكير الذهني والتوقع المشروع من قبل المستهلك<sup>٢</sup>.

وبذلك تعتبر الكتالوج وسيلة كافية لإعلام المستهلك بحقيقة المبيع ، لما يتضمنه من وصف دقيق للسلعة المباعة وخصائصها وتركيباتها وطرق استعمالها و ثمنها وطرق دفع الثمن ، وشروط البيع و ضمان ما بعد البيع وغيرها من البيانات والمواصفات الهامة<sup>٣</sup>.

**د-التزام المهني بأن يقدم للمستهلك أو يسلم المستهلك منتجاً مطابقاً للبيانات والمواصفات المذكورة في الكتالوج:**

يلتزم المهني "البائع" بان يسلم المستهلك "المشتري" منتج "سلعة" مطابقة للمواصفات و البيانات المذكورة في الكتالوجا ،وعليه ايضاً ان يقدم خدمة

١ - BIZEUL (Bruno), Le télé - achat et le droit des contrats, thèse de doctorat, paris II .

١٩٩٦ no ٧٦ . ٧٤ p . KISTNER (jean philippe) , La venete par correspondance , thèse de doctorat, Bordeaux, ١٩٩٠, DELEGUE (B) , thèse précitée p . ٣٩ p . ٤٢ .

٢ - DOMINGUEZ (Robert) , etude juridique de la vente par correspondance , thèse de

٩٤ p.p ١٠٩, MARTINE jean philippe , thèse précitée no ٤٦, p. ١٩٦٨ doctorat , paris  
٩٥ p.p BIHL (luc) , La venete par ٢١٨ et ٣٤ , KISTNER jean philippe , thèse précitée p.p  
٥٣٣ , Malinva D (P) , La protection du ١٩٧٤ correspondance , Gap pal ,  
٥ , chronique p. ١٩٨١ consommateur , D.

٣ - MORNET (carole) , thèse précitée, nos ٣٨ et ٣٠ , p. ٣٩ et ٤٣ , p. ٣٢ .

مطابقةً للمواصفات و البيانات المذكورة في الكتالوج ، حيث يعتبر الكتالوج وثيقة عقدية تتضمن ايجابا تعاقديا حقيقياً ملزماً للمهني "البائع" ، وذلك لأنه يتضمن عرضاً حاسماً ينصب على طبيعة العقد وتعيين المنتج المبيع وتحديد الثمن ، وهي العناصر الجوهرية التي تجعل الايجاب صالحاً لأن ينعقد به العقد حين يصادفه قبول مطابق<sup>١</sup> .

توضيحا اكثر للمفهوم السابق فانه لما كان للكتالوج -بما تضمنه من مواصفات و بيانات - قيمة قانونية تثير عن ايجاب من المهني للمستهلك ، فإنه يترتب على ذلك قيام الالتزام على عاتق البائع بتسليم المستهلك شيئاً مطابقاً في نوعه وأوصافه للبيانات والمواصفات المذكورة في الكتالوج<sup>٢</sup> .

فإذا كانت السلعة المسلمة أو الخدمة المقدمة تنطوي على نقص في جودتها أو مواصفاتها بما يجعلها لا تتطابق مع ما كان يتوقعه المشتري أو متلقى الخدمة المستهلك منها ، عندما اطلع على مواصفاتها و رأي رسمها وصورتها في الكتالوج ، كانت السلعة معيبة بعبء عدم المطابقة فيثبت للمستهلك الحق في المطالبة بضمان المطابقة<sup>٣</sup> .

ويخول ضمان المطابقة للمستهلك الحق في رد السلعة غير المطابقة للمواصفات الواردة في الكتالوج واستبدالها بأخرى مطابقة أو ردها واسترداد الثمن طبقاً لنص المادة L ١٢١-١٦ من قانون الاستهلاك الفرنسي والمادة رقم ٨ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري ، فضلاً عن حق المشتري المستهلك في طلب التنفيذ العيني إذا كان ممكناً طبقاً لقواعد القانون المدني ، والا كان له الحق في المطالبة

١- -حيث انه في التجارة الالكترونية يلتزم البائع المهني بتسليم المشتري المستهلك منتجاً لما تم الاتفاق عليه ، و ان يكون مطابقاً بصفة خاصة للبيانات و المواصفات المذكورة في الكتالوج، انظر في تفاصيل ذلك خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، ٢٠١١ ، ص ٦٥٣ و ما بعدها، و ص ٧٠١ و ما بعدها ، و قارب د. اسامة احمد بدر ، ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١١ ، ص ٨٤ و ما بعدها .

٢- (Rémy (philippe ) L' obligation de BARBIERI (jean J ecques) , op. Cit .. p. ٤١

conformité dans La vente sun référence , R.T.D. civ . no ١٩٨٨ p.p ٣٦٨ et ٣٦٩

DOMINGUEZ (Robert), thèse précitée. ١٥٦

DOMINGUEZ (Robert), thèse précitée. ١٥٥

بفسخ البيع واسترداد الثمن مع التعويض و للمستهلك الحق في الزام المهني بإعادة تقديم الخدمة له ، او إعادة مقابلها أو اعادة مقابل ما يجبر النقص فيها ، وذلك في حالة عدم مطابقتها للمواصفات، حيث وجود عيب أو نقص في الخدمة وفقاً لطبيعة الخدمة و شروط التعاقد عليها "اي ماورد في الكتالوج" و العرف التجاري ، وذلك عملاً بالمادة رقم ٩ من قانون حماية المستهلك المصري الحالي<sup>١</sup> .

ه- مطابقة المنتج للبيانات والمواصفات المعروضة عبر الوسائل الالكترونية وغيرها من وسائل التقنية الحديثة كالحاسب الآلي والتليفزيون والانترنت:

١- مطابقة المبيع للمواصفات المعروضة على شاشة الحاسب الآلي (الكمبيوتر) :

تسمح مؤسسات البيع عن بعد للمستهلكين بالحصول على بيانات ومعلومات عن السلع والمنتجات باستخدام الحاسب الآلي ( الكمبيوتر ) المتصل بأداة عرض الصور وارسالها الى مسافة عن طريق خط اتصالات ، حيث يستطيع العميل مناداة الحاسب الآلي المركزي لمؤسسة البيع عن بعد لفتح شريطه التصوير ، وعرض السلع والمنتجات ، ليتعرف العميل على مواصفات السلعة ويقوم باختيارها وطلبها بعد ذلك بنفس قناة الاتصال<sup>٢</sup> .

ويستطيع العميل المستهلك أن يرى نموذجاً للسلعة أو يشاهد صورتها على شاشة الحاسب الآلي ويعرف مواصفاتها وخصائصها ، كما يستطيع أن يستعلم و يجد الأجوبة وكافة الاستفسارات عن الاسئلة التي يضعها ، لأن هذه الاجوبة تكون مزورة بالحاسب الآلي لؤسسة البيع بالمراسلة<sup>٣</sup> .

كما يستطيع العميل أن يطلب السلعة عن طريق الحاسب الالي ، بأن يقوم بإدخال رقمه وعنوانه على الحاسب الآلي فيقوم الحاسب الآلي بالتحقيق من مطابقة الرقم الذي تم إدخاله مع رقم العميل المسجل في بطاقات العملاء المخزنة في الحاسب الالي ، ويقوم العميل بعد ذلك بذكر أرقام السلعة التي يرغب في شرائها وكميتها ، فيقوم الحاسب الآلي مباشرة وعلى الفور بتحديد السلع الحاضرة وأثمانها وكافة المعلومات التي تهم العميل عن السلعة.

<sup>١</sup> - راجع د. الصغير محمد مهدي ، قانون حماية المستهلك ، مرجع سابق ، ٢٠٥ ، و ما بعدها .

<sup>٢</sup> - ، (Yves) pottier, La protection de l'acheteur par correspondance th, thèse de doctorat

, JOUBERT (jean), Ouel avenir pour la ٣٣٨, p. ٩٤٩ no ١٩٨٢ paris , x, NANTERRE  
٤٥ p. ١٢٦, no ١-١٩٩٠ vente par catalogue Revue Francaise de Marketing

<sup>٣</sup> - Yves pottier, , thèse précitée. no ٣٣٧ m p . ٩٤٢

وأخيراً فإن الحاسب الآلي يستفهم من العميل عن مكان التسليم وطريقة دفع الثمن ، فيقوم العميل باستخدام الأرقام المخصصة للإجابة عن ذلك ، ثم يقوم الحاسب الآلي بدعوة العميل إلى قطع المخابرة التلفزيونية بعبارة : (طلبك تم تسجيله شكراً تستطيع أن تنتهي المخابرة ) ويتم تسجيل الطلب في نفس اليوم.<sup>١</sup> وتلتزم مؤسسة البيع بالمراسلة ( عن بعد ) بأن تكون السلعة التي وقع عليها اختبار العميل المستهلك مطابقة للبيانات والمواصفات المعروضة على شاشة الحاسب الآلي ، فإن اتضح وقت التسليم عدم مطابقة السلعة المسلمة لهذه المواصفات ، ثبت للعميل المستهلك الحق في الرجوع على المؤسسة البائعة بضمان المطابقة .

## ٢- مطابقة المنتج للمواصفات المعروضة على شاشة التلفزيون:

يعبر ضمناً عن مواصفات المنتج محل علاقة الاستهلاك من خلال مهني آخر غير المهني المتعاقد مع المستهلك ، مثلاً من خلال المهني المعلن ، حيث يبين المعلن عبر التلفزيون مواصفات المنتج الذي يروج له ، ولذلك يعتبر التلفزيون وسيلة إلكترونية سمعية بصرية، حيث تلعب فيه المناظر والإضاءة دوراً هاماً في إبراز الحركة والصورة والتعبير بالإضافة إلى الصوت.<sup>٢</sup> ونظراً لكون التلفزيون جهازاً خطيراً بما له من قوة الجذب والاقناع بالصوت والصورة ، وما يمكن أن يحدث من إغراء وتأثير على المستهلك متلقي البرنامج وهو في منزله ، فيدفعه إلى شراء منتجات غير ضرورية أو غير ذات أولوية ، أو يقنعه بشراء منتج غير جيد ، أو غير مطابقة لأغراضه الخاصة وحاجاته الحقيقية ، ويساعد على ذلك أن عرض السلع للبيع بواسطة التلفزيون يكون مصحوباً بالإعلان والدعاية بهدف التسويق لهذه السلع ، الأمر يقتضي اتخاذ الوسائل الكفيلة لحماية المستهلك وتخويله الحق في المطالبة بضمان المطابقة.<sup>٣</sup>

١- Yves pottier , thèse précitée. no ٣٣٨ p. ٩٤٦ .et ٣٣٩ .

٢- د. محمود عساف ، و د. أحمد سرور ، البيع والإعلان ، مكتبة عين شمس ، ١٩٧٨ - ١٩٧٩ ص ٣١٥ .

٣- Cass - com . ١٠ juille ١٩٩٦ , Gag . pal . ١٩٩٦ , p.p no XIX , ٢٦ et ٢٧ note ,

ANTOINE LALANCE (muriel)

د. ممدوح محمد علي مبروك ، الرسالة السابقة ، ص ٥٧٠ . و انظر في شأن البيع عن طريق التلفزيون ، د. عبد المعطى خيال ، التعاقد عن طريق التلفزيون ، النسر الذهبي للطباعة ، ٢٠٠٠ .



وقد حرص المشرع الفرنسي على توفير الحماية الكافية للمستهلك فنظم بيوع المسافات التي تتم عن بعد بما في ذلك البيع عن طريق التلفزيون ، بالقانون رقم ٨٨-٢١ الصادر في ٦ يناير ١٩٨٨<sup>١</sup>. وقررت المادة الأولى من هذا القانون للمستهلك الحق في إعادة المنتج غير المطابق الي البائع لاستبداله بأخر أو رده واسترداد الثمن ، دون اية نفقات من جانبه سوى مصاريف الرد ، كما فرض قانون الاستهلاك الفرنسي التزاما بالاعلام على عاتق البائع المهني لمصلحة المستهلك بنص المادة 1-111L وقرر للمشتري المستهلك الحق في ضمان المطابقة في عقد البيع عن بعد بإعتباره عقد من عقود الاستهلاك بنصوص المواد-L211 و4-16L من قانون الاستهلاك الفرنسي.

هذا و قد حرص المشرع المصري على توفير الحماية للمستهلك فى هذا الشأن ففرضت المادة رقم ٦ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري التزاما بالاعلام على عاتق المورد، أى المهني "المنتج والمستورد والبائع الموزع " لمصلحة المستهلك ، وقد ورد النص على هذا الالتزام بالمواد ارقام ١١ ، و ١٢ ، و ١٣ من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك المصري.

وتأكيداً لحقوق المستهلك التشريعية قررت المادة رقم ٨ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري الحق للمستهلك في ضمان المطابقة والمطالبة باستبدال السلعة غير المطابقة أو اعادتها مع استرداد قيمتها و ألزمت المورد بابدال السلعة أو استعادتها مع رد قيمتها دون اية تكلفة اضافية . وفى المادة رقم ٩ من ذات القانون يتأكد حق المستهلك فى ضمان مطابقة الخدمة كمنتج حيث حقه فى استرداد مقابل الخدمة أو مقابل ما يجبر النقص فيها أو إعادة تقديمها له وذلك متى وجد بالخدمة عيب او نقص بها وفقاً لطبيعة الخدمة و شروط التعاقد عليها والعرف التجارى . ولعل الحاجة الى هذا الضمان تتأكد بصورة الكبر فى البيع عبر التلفزيون او عن بعد .

وبناء على ذلك يلتزم المهني " البائع أو مقدم الخدمة" عن طريق التلفزيون بإعلام المستهلك "المشتري أو متلقى الخدمة " ببيانات ومواصفات المنتج المعروض للتعاقد ، وتقديم المعلومات الصحيحة والحقيقية عند اذاعة العرض على الهواء ، ويتم ذلك عن طريق تقديم معلومات شفوية أو بيانات مكتوبة تظهر على الشاشة

<sup>١</sup> LA Loi no ٨٨ - ٢١ du ٦ janvier ١٩٨٨ Le " sur les opérations de Vente a distance et "

J.C.P (G) . PAISANT " achat - télé - ١٩٨٨ doctrine ، ٣٣٥٠

وعرض صور ومواصفات للمنتج او نماذج له عبر الفيلم أو البرنامج المذاع و يلتزم المهني " البائع أو مقدم الخدمة " عن طريق التلفزيون بتسليم او بتقديم المستهلك منتجاً مطابقاً للبيانات والمواصفات التي تضمنها العرض التلفزيوني فإذا اتضح وقت تسليم السلعة أو اداء الخدمة عدم مطابقة المنتج لهذه المواصفات ، ثبت للمستهلك المستهلك الحق في المطالبة بضمان المطابقة.

وتقوم المسؤولية المدنية "التقصيرية" للمهني عن الاعلان الخادع في حالة عدم المطابقة متى كان المعلن غير المهني مقدم الخدمة او بائع السلعة ، حيث يفترض سوء نيته و أنه كان يعلم بعدم صحة المعلومات التي قدمها للمشاهد المستهلك ، متى كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى خق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك ، ووقوعه في خلط أو غلط طبقاً لنص المادتين رقمي ١٦ و ١٧ من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك المصري<sup>١</sup> .

### ٣- مطابقة المنتج للمواصفات المعروضة على شبكة الانترنت:

رتب التقدم الصناعي و التكنولوجي في مجال الانتاج و التوزيع ظهور منتجات عديدة و مختلفة ، و ساعد على ترويج مثل هذه المنتجات الاعلان عنها عبر وسائل الاتصال الحديثة و لعل اهمها شبكة الانترنت ، تعتبر شبكة المعلومات العالمية الانترنت أكبر شبكات المعلومات التي تربط بين ملايين من أجهزة الكمبيوتر المتصلة فيما بينها على مستوى العالم وأوسعها نطاقاً<sup>٢</sup> .

والانترنت وسيلة الكترونية سمعية بصرية تتميز عن الوسائل التقليدية كالتلفزيون . ويقوم المهنيون والمنتجون باستخدام الانترنت في الدعاية الفعالة لمنتجاتهم والترويج لها من خلال تسجيل معلومات وبيانات عن مواصفات هذه المنتجات على شبكة الانترنت<sup>٣</sup> . ويستطيع العميل المستهلك أن يعاين نموذج المنتج

١- حيث ان مسؤولية المهني بائع او مقدم المنتج تجاه المستهلك عن اخلاله بضمان المطابقة هي مسؤولية عقدية حتى و لو كان هو نفسه المهني المعلن ، انظر في تفاصيل اكثر ، د. الصغير محمد مهدي ، قانون حماية المستهلك المرجع السابق ، ص ١٤٨ و ما بعدها ، و ص ١٧٢ وما بعدها .

٢- د. خالد عبد المنعم ابراهيم ، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني ، رسالة سابقة ، ص ٦٥٣ . د.مدوح محمد على مبروك ، المرجع السابق ، ص ١٠٤ .

٣- انظر في التعاقد عبر الانترنت ، د. الياس ناصف ، العقد الالكتروني في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية ، سوريا ، ٢٠٠٩ . د. محمد خليفة البيوع عبر الانترنت و حماية المستهلك ، مجلة الحقوق البحرين ، مجلد ٥ ، العدد ١ ، ٢٠٠٨ .

"السلعة أو الخدمة " الذي يرغب في التعاقد عليه ويرى صورته ان كان سلعة ويعلم بحقيقته ان كان خدمة ، وهي في منزله عن طريق الكمبيوتر المتصل بشبكة الانترنت<sup>١</sup> .

ويتميز التعاقد عبر الانترنت بصفة التفاعلية من جانب العميل المستهلك الذي يجد نفسه في علاقة مباشرة مع البائع تمكنه من التفاوض على شروط البيع والحصول على المزيد من المعلومات والايضاحات المتعلقة بالمنتج المبيع والضمان العقدي ومدته وتاريخ التسليم وخدمة ما بعد البيع وشروط رد السلعة و مصاريف اعادة الخدمة و مصاريف الرد وغيرها من الايضاحات التي تهم المشتري المستهلك ، ويستطيع هذا الاخير اتمام التعاقد والوفاء بالثمن عبر شبكة الانترنت ونظراً لأن المستهلك المتعاقد عبر الانترنت يقوم بالشراء استناداً إلى عرض أوصاف السلعة أو المنتج المبيع عبر شاشة الانترنت مما لا يمكنه من الاتصال المادي بالسلعة أو الكشف الحسي على المنتج المبيع ، خاصة وأن العرض غالباً ما لا يتناول ذات المبيع، بل يرد على نموذج مصور له أو عرض لأوصافه ، فانه يثبت للمشتري المستهلك الحق في مطالبة البائع بضمان المطابقة وتسليمه شيئاً مطابقاً<sup>٢</sup> .

ولعل ما تقدم يجعلنا نؤيد و بحق الرأي القائل بأن البائع عبر شبكة الانترنت يلتزم بأن يسلم المشتري المستهلك شيئاً مطابقاً للبيانات والمواصفات المعروضة عبر شاشة الانترنت ، والا ترتبت مسؤوليته عن الاخلال بالالتزام بضمان المطابقة<sup>٣</sup> .

**الضابط الثاني : مطابقة المنتج للمواصفات التي يتطلبها العرف التجاري أو تتطلبها اللوائح الادارية وقوانين المواصفات القياسية :**

تظهر هنا اهمية القواعد القانونية المكاملة و العرفية ،حيث يجب أن يكون المنتج مطابقاً للمواصفات التي يتطلبها العرف التجاري ويضمن المهني الصفات التي يستلزم العرف التجاري وجودها في المنتج المبيع، حتى وان لم يتعهد بذلك صراحة أو لم يرد بشأنها اتفاق صريح<sup>٤</sup> .

١- د. ممدوح محمد علي مبروك ، الرسالة السابقة ، ص ٣٥٤ .

٢- د. عمر خالد الزريقات ، الرسالة السابقة، ص ٣٢١ .

٣- د. ممدوح محمد علي مبروك ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ .

٤- د. حسن عبد الباسط جميعي ، شروط التخفيف والاعفاء من ضمان العيوب الخفية ، ص

١٤٥ ، د . توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ، المكتب المصري للطباعة والنشر ، طبعة ١٩٧٠ . ص ٤٣٧ .

كما يجب ان تتوافر في المبيع البيانات والمواصفات التي تتطلبها قوانين المواصفات القياسية طبقاً لنص المادة رقم ٣ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري والمادتين رقمي ١١ و ١٣ من اللائحة التنفيذية. بما يجعل من الواجب أن يكون المبيع مطابقاً للمواصفات القياسية والضوابط والمعايير الادارية المتعلقة بالسلامة والامن والصحة وغيرها<sup>١</sup>.

و تطبيقاً للالتزام المهني بضمان مطابقة المنتج للمواصفات القياسية و الضوابط و المعايير الادارية المتعلقة بالسلامة و الامن و الصحة ،فقد قضت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بمسئولية الشركة البائعة لآلة الطباعة التي تصدر أصواتا عالية وحادة تهدد باضعاف سمع العمال ، حيث تعتبر هذه الآلة مخالفة للمواصفات التي تحددها اللوائح المنظمة لسلامة العاملين في المنشآت المثيلة<sup>٢</sup>.

و إذا تدخل المشرع و حدد بنصوص أو قواعد أمرة مواصفات معينة للسلع والمنتجات ، فإن البائع يلتزم بأن يكون المبيع وقت التسليم مطابقاً لتلك المواصفات دون حاجة إلى اشتراط في ذلك العقد<sup>٣</sup> . وبحيث يوجد عيب عدم المطابقة وتترتب مسؤولية البائع عن الاخلال بالالتزام بضمان المطابقة إذا كان المبيع مخالفاً للقرارات الوزارية او اللوائح المنظمة للصحة العامة أو القوانين المتعلقة بالمواصفات القياسية للمنتجات المثيلة<sup>٤</sup>.

ونؤيد الرأي القائل بأن التزام البائع بضمان مطابقة المبيع لهذه المواصفات يدخل في اطار ما تهدف اليه قوانين الاستهلاك من توفير الحماية الكافية للمستهلك وعدم الاخلال بحقوقه الاساسية ، طبقاً لنص المادة الثانية من قانون حماية المستهلك المصري ، وذلك بإعتبارها الحد الأدنى من الحماية حيث انه ان كان هناك ضمانات او شروط قانونية أو اتفاقية أفضل للمستهلك يعمل بها عن المقرر في ضمان المطابقة وذلك استناداً للمادتين رقمي ٢، و٨ من حماية المستهلك المصري.

<sup>١</sup> - F. collart et ph . DELEBECque , op . cit . no - ١٢٣٣ p.p ، ٢٠٢ et ٢٠٣ ، cass . ٣ . e civ .

<sup>٢</sup> - Bull , civ III , no ١٩٩٠ janv . ١٩ ، D. ٢٦ ، Bull , civ IV ، no ١٩٩٢ ، ٣٣ .

<sup>٣</sup> - Cass - com - ٣٠ mars ١٩٨١ ، Bull . civ . IV . no ١٦٥ .

<sup>٤</sup> - د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير ، المرجع السابق ، ص ١١٠ - ١١١ ، د. محمد علي

عمران ، الوجيز في شرح أحكام عقد البيع ، دار النهضة العربية . بدون تاريخ نشر ، ص ٢١٦ .

<sup>٥</sup> - د. حسن عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص ١٣٤ - ١٣٥ .

الضابط الثالث : المطابقة للمواصفات التي تجعل المبيع صالحا للاستعمال العادي وخالياً من العيوب:

تطبيقاً للأحكام العامة في القانون المدني و خاصة احكام عقد البيع يلتزم البائع بأن يسلم المشتري شيئاً صالحاً للاستعمال المخصص له عادة بحسب طبيعته والا ترتبت مسؤوليته<sup>١</sup>.

ويقصد بصلاحيه المبيع للعمل هو اداء الجهاز المبيع للوظيفة المرجوه منه بكل جوانبها الضرورية منها والكمالي فالخلل الذي يصيب الجزء الخاص بتحريك مقاعد السيارة في الاوضاع المناسبة شأنه شأن ذلك الذي يطرأ على المحرك ، وصوت الثلجة المقلق للراحة يثير الضمان حتى ولو كانت تؤدي وظيفتها الأساسية وهي التبريد<sup>٢</sup>.

كما يلتزم البائع بأن يسلم المشتري شيئاً خالياً من العيوب التي تؤدي إلى حرمان المستهلك كلياً أو جزئياً من الاستفادة بالمنتج المبيع فيما أعد من أجله طبقاً لنص المادة الاولى من قانون حماية المستهلك المصري ويثبت للمشتري الحق في ضمان المطابقة إذا كان المبيع معيباً بعيب يجعله غير صالح للاستعمال العادي المخصص له بحسب طبيعته ، وذلك لأن تسليم البائع شيئاً معيباً بعيب خفي ، يعني انه سلم شيئاً ليس مطابقاً للعقد<sup>٣</sup>.

ويذهب البعض من الفقه والقضاء إلى ضرورة التوسع في مفهوم عيب عدم مطابقة ، فلا يقتصر فقط على العيب الذي يجعل المبيع غير صالح للاستعمال العادي الذي اعد من أجله، بل يشمل ايضاً العيب الذي يجعل المبيع غير مطابق لمواصفات العقد حتى ولو كان لا يؤثر في صلاحيته للاستعمال ، كما لو سلم البائع سيارة ذات لون احمر في حين ان العقد كان يشترط اللون الابيض ، فيوجد عيب عدم المطابقة في هذه الحالة وتترتب مسؤولية البائع لاخلاله بالتزامه بضمان مطابقه الشيء المبيع<sup>٤</sup>.

١- Cass . civ . ٢٠ mars . ١٩٨٩ Bull . civ ١ , no ١٤٠ , p. ٩٣ .

٢- د.محمد حسين منصور ، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ص ٢٢ .

٣- Jean CALAIS – auloy , article précité p. ٧٠٥ .

٤- Jean CALAIS – AULOY , article précité , p.p ٧٠٤ et ٧٠٥ , cass . ler , civ . ٢٥ janv .

٥- IR . p. ٢٠٠٥ , D . ٢٠٠٥ , IR . p. ٥٢٤ ., cass . ٣ , civ . ٢٤ e Avil ٢٠٠٣ D . ٢٠٠٣ , IR.p. ١٣٤١ .

ويشمل مفهوم عدم المطابقة كل عيب يظهر في المبيع بعد التسليم ويجعله غير مطابق للمواصفات أو الاستعمال المنشود ، ويظل للمشتري "المستهلك" الحق في الرجوع على البائع بضمان المطابقة حتى ولو كانت مدة الطعن بضمان العيوب الخفية قد تقادمت ، ويؤدي التوسع في مفهوم عدم المطابقة الى تحقيق حماية أكبر للمستهلك الذي لن يبقى محملاً بعبء الإثبات الثقيل ، ولن يبقى مقيداً بالمدة القصيرة لضمان العيوب الخفية<sup>١</sup>.

### المبحث الرابع

#### احكام تطبيق ضمان المطابقة و الاخلال به

نتناول دراسة الاحكام المنظمة لتنفيذ الالتزام بضمان المطابقة و الاخلال به من خلال الحديث عن نطاق هذا الالتزام و المسؤولية المترتبة عن الاخلال به ، حيث نوضح هنا مجال تطبيق أو إعمال ضمان مطابقة المنتج من حيث الأشخاص والأشياء والزمان والإثبات ثم نوضح الجزاء المترتب على الاخلال بالالتزام بضمان المطابقة في القانون المدني و فى قوانين الاستهلاك . وذلك في مطلبين على النحو التالي :

المطلب الاول :مجال إعمال الالتزام بضمان المطابقة.

المطلب الثانى :المسؤولية عن ضمان المطابقة.

### المطلب الأول

#### مجال اعمال الالتزام بضمان المطابقة

#### تمهيد و تقسيم:

يعد الالتزام بضمان مطابقة المنتج احد اهم الالتزامات التى تفرض نفسها فى اطار المعاملات الاستهلاكية الحديثة، بالرغم من ان الأصل هو أن ضمان مطابقة الشيء المبيع يعتبر التزاماً عاماً فى عقد البيع أياً كانت صفة أطرافه ، وبصرف النظر عن طبيعة الشيء المبيع . إلا أن قوانين الاستهلاك تقصر نطاق هذا الضمان على عقود بيع السلع والمنتجات "المادية" التى تتم بين البائع المهني والمشتري المستهلك طبقاً لنص المادة 1-211 من قانون الاستهلاك الفرنسى ، والمادة رقم ٨ فقرة ١ ، و المادة رقم ٩ من قانون حماية المستهلك المصري . ولذلك فإن مجال إعمال الالتزام بضمان مطابقة المنتج من حيث العقود فهو- وفق مفهومه كالالتزام مستقل عن

١- د. عمر خالد محمد الزريقات ، الرسالة السابقة ، ص ٣٢٧.

الالتزام بالتسليم - عقود الاستهلاك بين المهني "البائع، مقدم الخدمة" و المستهلك "المشترى أو متلقى الخدمة"، ومن حيث كونه التزام تابع للالتزام بالتسليم فإن مجاله فقط يقتصر على عقد البيع الوارد على المنقولات.

وبذلك نقتصر هنا على دراسة مجال اعمال الالتزام بضمان مطابقة المنتج من حيث تحديد الاشخاص المفروض عليهم و المقرر لهم الضمان اى المدينين و الدائنين بضمان المطابقة، ومن حيث الأشياء التي يشملها هذا الضمان و تحديد الزمان أو التوقيت الذي يعمل فيه الضمان وتحديد الاحكام المنظمة لإثباته. وذلك كله في الفروع التالية:

الفرع الاول: محل واشخاص الالتزام بضمان.

الفرع الثاني: حياة و اثبات الالتزام بضمان المطابقة .

## الفرع الأول "محل و اشخاص الالتزام بضمان المطابقة"

**تمهيد:**

نتناول في هذا المطلب بيان النطاق الذي يمتد إليه ضمان مطابقة المنتج من حيث الأشخاص الدائنين والمدينين بضمان المطابقة ، و المنتج أو الأشياء التي يشملها هذا الضمان.

**أولاً : من حيث الأشخاص:**

يتمتد نطاق الالتزام بضمان المطابقة ليشمل جميع الاشخاص الدائنين بالحق في ضمان المطابقة ، والمدينين بالالتزام بضمان المطابقة.

**أ- الدائن بالحق في ضمان المطابقة :**

في شأن تحديد الدائن بضمان المطابقة وفقاً للاحكام الخاصة ،اي في اطار قواعد قانون الاستهلاك ،يلاحظ ان البعض من الفقه<sup>1</sup> يعتبر دائناً بالحق في ضمان المطابقة المشتري المرتبط بعقد البيع، وهو المشتري المباشر في مواجهة البائع . ويقرر صاحب هذا الرأي أن الحكمة من تقرير الحق للمشتري في ضمان مطابقة الشيء المبيع هي أنه يلتزم بدفع الثمن مقابل اكتساب ملكية المبيع للانتفاع به في اشباع حاجاته الخاصة ، ولن يتحقق للمشتري المقصود الا إذا كان المبيع مطابقاً للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليه من أجله والأصل أن يثبت الحق في ضمان المطابقة للمشتري العادي أي المستهلك طبقاً لنص المادة 3-211L من قانون الاستهلاك الفرنسي ، والمادة رقم 8 فقرة من قانون حماية المستهلك المصري.

ومن المعلوم ان المستهلك هو كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لإشباع إحتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص ،وذلك طبقاً لنص المادة الأولى من قانون حماية المستهلك المصري.

و نرى ان الرأي المتقدم قد تأثر برأى الفقيه الفرنسي جان كاليه اوليه في قصر ضمان مطابقة المنتج على عقد بيع السلع الإستهلاكية المنقولة فقط ،و ذلك جائز في القانون الفرنسي حيث نص القانون صراحة على ذلك ، بينما في القانون المصري يتسع الضمان ليشمل الخدمات ايضاً، حيث أن المنتج محل علاقة

١- د.ممدوح محمد على مبروك ،المرجع السابق ،ص ١٢٠ .



الاستهلاك قد يكون سلعة و قد يكون خدمة و على ذلك فإن الدائن بضمان مطابقة المنتج هو المستهلك سواء كان التعاقد معه بشأن سلعة أو خدمة و ليس فقط المستهلك "المشتري" في عقد البيع للسلع الاستهلاكي كما يقرر الرأى السابق.

وعن الدائن بضمان المطابقة في عقد البيع وفق المفهوم التقليدي للبيع و في اطار القواعد العامة هو المشتري في عقد البيع باعتبار الالتزام بضمان المطابقة التزاماً تابعاً للالتزام بالتسليم ، حيث يثبت الحق في ضمان المطابقة في القانون المدني لكل مشتري للسلعة أياً كانت صفته ، سواء أكان مستهلكاً عادياً أو مهنيّاً متخصصاً . ويرجع ذلك إلى أن دعوى عدم المطابقة في القانون المدني تعتبر من ملحقات المبيع التي تنتقل معه بالتسليم طبقاً لنص المادة ( ١٦١٥ ) من التقنين المدني الفرنسي المقابلة للمادة (٤٣٢) من التقنين المدني المصري.

بحيث ينتقل الحق في ضمان المطابقة مع انتقال ملكية الشيء المبيع، سواء إلى الوارث بوصفه خلفاً عاماً للمشتري طبقاً لنص المادة (١٤٥) من التقنين المدني المصري ، أو المشتري الثاني بوصفه خلفاً خاصاً طبقاً لنص المادة ( ١٤٦ ) من التقنين المدني المصري .

وعلى ذلك إذا توافرت شروط ضمان المطابقة ثبت للمستهلك الحق في الرجوع على المهني بدعوى عدم المطابقة ومطالبته باستبدال المنتج المبيع غير المطابق أو استرداد الثمن ان كان سلعة في عقد البيع عن بعد ، وذلك طبقاً لنص المادة-L121 16من قانون الاستهلاك الفرنسي ، والمادة رقم ٨ من قانون الاستهلاك المصري ، وايضاً حق المستهلك في مطالبة المهني مقدم الخدمة المعيبة بإعادة مقابلها أو مقابل ما يجبر النقص فيها أو إعادة تقديمها للمستهلك و ذلك وفقاً للمادة رقم ٩ من قانون حماية المستهلك المصري.

هذا بالإضافة الى حق المستهلك في طلب التنفيذ العيني بتسليمه منتج مطابقة أو طلب فسخ العقد مع التعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم مطابقة المنتج طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني. ولا يسقط حق المشتري في دعوى ضمان المطابقة إلا بالتنازل عنه وقبول المبيع صراحة أو ضمناً .

١ - Jean CALAIS – auloy , article précité. p . ٧٠٤ .

٢ - AUBERTIN , note précitée . Ch . ٢٧٩ et ٢٠٨ nos ٨ et ٩ .

د. عبد المنعم البدر اوي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٨ ، د. عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق ، ص ٢٣٢ ، د. محمد لبيب شنب ، و د . محمد محمد أبوزيد ، المرجع السابق ص ٢٣٣ ، د. السيد عيد نايل ، المرجع السابق ، ص ٢٤٨ .

## ب- المدين بالالتزام بضمان المطابقة:

يلاحظ بداية ان تحديد المدين بالالتزام بضمان المطابقة، يجب ان يتم في ضوء مفهوم المهني، و مع ذلك قرر البعض من الفقه ان نطاق المدين بضمان المطابقة يتسع في القانون المدني عنه في قوانين الاستهلاك<sup>١</sup>.

ففي قانون حماية المستهلك حيث انطبق احكام الحماية على علاقة الاستهلاك نجد ان قانون الاستهلاك الفرنسي، يعتبر مديناً بضمان المطابقة البائع المهني المتخصص الذي يتصرف في نطاق نشاطه المهني أو التجاري طبقاً لنص المادة L211-1 و المادة رقم 3-L211 من قانون الاستهلاك الفرنسي. فإذا كان الشيء المبيع محلاً لعقود بيع متتابعة قبل شرائه النهائي بواسطة المستهلك، فإن حقوق المستهلك يباشرها ضد البائع النهائي طبقاً للقانون الفرنسي الصادر في ١٧ فبراير ٢٠٠٥ م نقلاً عن التوجيه الأوروبي الصادر في ٢٥ مايو ١٩٩٩ م، بحيث يستطيع المستهلك أن يرجع بدعوى ضمان المطابقة ضد بائعه المباشر فقط، ويرجع البائع على بائعه السابق في سلسلة التعاقد حتى نصل إلى المنتج أو الصانع المسؤول عن عدم المطابقة وفقاً لنص المادة 1-L211 من قانون الاستهلاك الفرنسي<sup>٢</sup>.

وفي قانون حماية المستهلك المصري يعتبر مديناً بالالتزام بضمان المطابقة مورد السلعة "المهني" طبقاً لنص المادة رقم ٨ فقرة ١، والمورد طبقاً لنص المادة الأولى من قانون حماية المستهلك المصري هو كل شخص يقوم بتقديم خدمة أو بإنتاج أو استيراد، أو توزيع أو عرض أو تداول أو الاتجار في احد المنتجات او التعامل عليها، وذلك بهدف تقديمها إلى المستهلك أو التعاقد أو التعامل معه عليها بأية طريقة من الطرق.

وقد اوضحت المادة السابعة من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك المصري حقيقة مفهوم المورد بأنه كل شخص طبيعي أو اعتباري يقوم بتقديم خدمة أو بإنتاج أو استيراد أو توزيع أو عرض أو تداول أو الاتجار في احد المنتجات او التعامل عليها، وذلك بهدف تقديمها إلى المستهلك أو التعاقد أو التعامل معه عليها بأية طريقة من الطرق بما في ذلك الوسائل الإلكترونية وغيرها من وسائل التقنية الحديثة.

١- د. ممدوح محمد على مبروك، المرجع السابق، ص ١٢٢.

٢- Jean CALAIS – auloy, article précité. p. ٧٠٤ et ٧٠٧.

وفى ضوء ما تقدم و وفقاً للمفهوم العام للمهنى ، نقرر بأن المهنى كمدین بضمان المطابقة وفق احكام قانون الاستهلاك المصرى، يجب ان ينصرف فى مفهومه ليشمل المورد و المستورد و المنتج و المعلن و الموزع و مقدم الخدمة ، خاصة و ان لفظ المورد وفقاً لاحكام قانون الاستهلاك المصرى يشمل تاجر التجزئة و البائع الموزع " تاجر الجملة " و المستورد و المنتج ، حيث يستطيع المستهلك أن يرجع بدعوى ضمان المطابقة على أي واحد منهم بإعتباره مهنى، ويسألون بالتضامن فيما بينهم ، حيث نصت المادة رقم ٨ فقرة ٢ من قانون حماية المستهلك المصرى على تضامن الموردين المهنيين كمدینين فى المسئولية عن الاخلال بالالتزام بضمان مطابقة المنتج .

وفى القانون المدنى ، يعتبر مديناً بالالتزام بضمان المطابقة البائع المباشر سواء أكان بائعاً مهنيّاً أو بائعاً عرضياً ، وكذلك كل البائعين السابقين كالبائع الموزع و المنتج ، بحيث يجوز للمشتري أن يرفع دعوى عدم المطابقة ضد بائعه المباشر وغيره من البائعين السابقين حتى المنتج أو الصانع<sup>١</sup> .

وتطبيقاً لذلك أقرت محكمة النقض الفرنسية بدوائرها مجتمعه لمشتري القرميد الحق فى رفع دعوى تعاقدية مباشرة ضد المنتج " صانع القرميد " على أساس عدم مطابقة القرميد المسلم للمواصفات والغرض الذي تم التعاقد عليه من أجله<sup>٢</sup> .

وتعتبر الدعوى المباشرة التي يرفعها المشتري ضد البائعين السابقين أو المنتج استثناء على مبدأ نسبة آثار العقد أملتة الضرورات العملية ومقتضيات حماية المشتري الأخير ، وهو فى الغالب مستهلك عادي جدير بالحماية ، فيعفى بذلك من سلوك طريق الدعوى غير المباشرة والدخول فى مزاحمة مع دائني بائعه المباشر أو الإدعاء ضد هذا الأخير ، والتعرض لخطر عدم يساره<sup>٣</sup> .

١- J. GHESTIN, conformité et garanties, op, cit, ٦٤ Jean Jacques BARBIERI , op. cit. P. -

، jean CALAIS- AULOY , article ٩٢ , ph . le tourneau , conformité , op, cit, no ٣٢٤ no obs . jourdin. ٥٩٢ p. ١٩٩٣, R.T.D. . civ . ١٩٩٣ janv. ٢٧, cass 1er civ . ٧٠٨ prècitè, p .

. obs . Bènabent ٢٩٣ . juris . p. ١٩٨٦ , D. ١٩٨٦ Fèv . ٧ Cass . civ . Assemblè plein . -

. obs MALINVUD ٢٠٦١٦, ٢, ١٩٨٦, J.C.P.

-٢ . د. ثروت عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص ٧٧ .

## ج- مدى امكانية توسيع نطاق المطابقة من حيث الأشخاص وفقاً للتوجيه الأوروبي وقانون الاستهلاك الفرنسي<sup>١</sup>:

ثار الخلاف بين فقهاء القانون الفرنسي حول مدى امكانية التوسيع في نطاق ضمان المطابقة ليشمل كل عقود البيع أياً كانت صفة المتعاقدين ، وانقسموا في ذلك إلى الاتجاهين :

الاتجاه الاول : يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه من الأفضل أن يبقى ضمان المطابقة محدداً وقاصراً على العلاقة بين البائع المهني والمشتري المستهلك ، حسبما ورد في التوجيه الأوروبي رقم (١٩٩٩/٤٤) الصادر في ٢٥ مايو ١٩٩٩م ولا يجوز التوسع فيه<sup>٢</sup>.

وقد أيدوا رأيهم بالحجج والأسانيد الآتية:

- ١- أن التوجيه الأوروبي يهدف إلى حماية المستهلكين ، وأن نظام ضمان المطابقة الذي أنشأه ليس له معنى إلا في العقود التي تتم بين المهنيين والمستهلكين ، لأنها عقوداً غير متكافئة ، حيث تقوم بين طرفين أحدهما في مركز قوي وهو البائع المهني والآخر في مركز ضعيف وهو المستهلك . أما غير المستهلكين من سائر المشتريين فليسوا في حاجة الى هذه الحماية.
- ٢- أن قانون الاستهلاك الفرنسي يجب أن يحتفظ بذاتية واقتصاره على العقود التي يكون أحد طرفيها مستهلكاً.
- ٣- أن من المنطقي أن يتم التمييز بين العيب الخفي وعيب عدم المطابقة ، فالعيب الخفي يترتب ضمان العيوب الخفية ، وهو يمتد إلى كل عقود البيع أياً كانت صفة المتعاقدين أما عيب عدم المطابقة فإنه يترتب ضمان المطابقة وهو يتعلق بتنفيذ الالتزام بالتسليم ويقتصر على البيوع التي تتم بين المهنيين والمستهلكين<sup>٣</sup>.

١- د.مدوح محمد على مبروك ،المرجع السابق ،ص ١٢٥ و ما بعدها .

٢- TOURNAFOND , LA transposition de la directive du ٢٥ mai ١٩٩٩ , D. ٢٠٠١ , p. ٣٠٥١  
J.C.P. ١٩٩٩ mai ٢٥ . paisant et leveueur Que la transposition pour la directive du ٢٥ mai ١٩٩٩ .  
١٣٥٠١٠٠٢ .

٣- Jean CALAIS – auloy , article précité. p. ٧١٠ .

الاتجاه الثاني : يذهب الرأي الغالب في الفقه الفرنسي إلى القول بضرورة توسيع نطاق ضمان المطابقة من حيث الأشخاص فيشمل كل عقود البيع أياً كانت صفة المتعاقدين<sup>١</sup>.

وقد استندوا إلى الحجج الآتية :

١ - أن التمييز بين العيب الخفي وعيب عدم المطابقة كان مفروضاً على القضاء الفرنسي منذ صدور القانون المدني الفرنسي سنة ١٨٠٤ م ، وهو تمييز غير منطقي ، لأن التسليم لشيء معيب هو تسليم لشيء غير مطابق للعقد ولذلك يجب أن نستفيد من التوجيه الأوروبي الصادر في ٢٥ مايو ١٩٩٩م لتعديل القانون المدني الفرنسي فيما يتعلق بالضمان القانوني ، والنص على ضمان المطابقة وتوسيع نطاقه ليشمل كل عقود البيع ، بحيث يرتب نفس الآثار والنتائج بالنسبة لكل العقود<sup>٢</sup>

٢ - أن تضيق نطاق التوجيه الأوروبي يكون مصدراً للتعقيد في القانون الفرنسي ، لأنه يؤدي إلى ازدواج النظام القانوني ، حيث يطبق نظام التوجيه في البيوع التي تتم بين المهنيين والمستهلكين ، بينما يطبق القانون المدني على كل البيوع ولا شك أن ذلك يؤدي إلى مشاكل شائكة خصوصاً بالنسبة لتسلسل العقود وتعاقب المشتريين المهنيين قبل الوصول إلى المشتري المستهلك ويمكن تلافي كل هذه المشاكل بالأخذ بنظام ضمان المطابقة بالنسبة لكل المتعاقدين.

٣ - أن توسيع نطاق ضمان المطابقة سيؤدي إلى توحيد نسبي لهذا النظام بين البيوع الداخلية والبيوع الدولية.

٤ - إذا كان من الثابت أن كل المتعاقدين ليسوا في حاجة إلى نفس الحماية ، فإنه يمكن تطبيق ضمان المطابقة على كل البيوع ، لكنه لا يطبق بصفة أمره إلا في البيوع التي تتم بين البائعين المهنيين والمستهلكين ، أما في البيوع الأخرى ، فإن البائع يستطيع أن يستفيد من شروط التخفيف والإعفاء من الضمان ، وهكذا يكون قانون الاستهلاك محتفظاً بخصوصيته وذاتيته<sup>٣</sup>.

١ - VINEY, Quel domaine assigner a la loi de transposition de la directive européenne sur la vente J.C.P. 2002, 1 – 158, jean CALAIS-Auloy , ibid, jourdain, no pas manquer une occasion progrès , D 2003, p . de v 4.

٢ - Jean CALAIS – auloy , article précité. p . ٧١٠

٣ - Jean CALAIS – auloy , article précité. p . ٧١١

ومن خلال ما تقدم يتضح لنا قوة اسانيد الاتجاه الثاني و على ذلك نؤيد مع البعض من الفقه المصري الإتجاه الثاني فيما ذهب إليه من ضرورة توسيع نطاق ضمان المطابقة ليشمل كل عقود البيع أياً كانت صفة المتعاقدين . ولذلك يكون من الضروري تعديل نصوص القانون المدني المصري والنص على ضمان المطابقة كأحد الالتزامات التي تقع على عاتق البائع لمصلحة المشتري<sup>١</sup>.

**ثانياً : من حيث الأشياء:**

يرد الحق في ضمان المطابقة على المنتجات ،ويقصد بالمنتج لدى البعض من الفقه الفرنسي كل شيء يمكن الحصول عليه من جراء تحويل أو تحرير المادة الأولية<sup>٢</sup>.

وقد عرفت المادة الأولى من قانون حماية المستهلك المصري والمادة الخامسة من اللائحة التنفيذية ، المنتجات بأنها " السلع والخدمات المقدمة من أشخاص القانون العام أو الخاص ، وتشمل السلع المستعملة التي يتم التعاقد عليها من خلاص مورد "

ويقصر حق المشتري "المستهلك" في ضمان مطابقة المنتج "الشيء المبيع" على المنقولات المادية أو السلع الاستهلاكية طبقاً لنص المادة L211-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي. و بالاعتصار على نص المادة رقم ٨ فقرة من قانون حماية المستهلك المصري ، يقصر البعض من الفقه المصري ضمان مطابقة المنتج فقط على السلع دون الخدمات ،مع ان نص المادة رقم ٩ من ذات القانون تفيد بكون الخدمات ايضاً تكون محلاً لضمان المطابقة ،و من ثم فإن الخدمات من ضمن المنتجات التي تدخل في نطاق ضمان المطابقة<sup>٣</sup>.

ومن ضمن الأشياء التي تعد سلعاً تدخل في نطاق ضمان المطابقة ، الأدوية والمنتجات الغذائية والسيارات والثلاجات والغسالات وأجهزة التليفزيون والفيديو وماكينات التصوير والساعات والحاسبات الآلية والأدوات المنزلية والتجهيزات الطبية والأجهزة الإلكترونية ، وسائر المنتجات الجديدة والأجهزة ذات التقنية

١ - د.ممدوح محمد على مبروك ،المرجع السابق، ص ١٢٩ .

٢ - BIZEUL(B) , thèse précitée no ٦١ p. ٥٩ cit no PAISANT (G) OP , ١١ .

٣ - فى الفقه المصرى راجع ، د.ممدوح محمد على مبروك ،المرجع السابق، ص ١٣٠ و فى

الفقه الفرنسى راجع

Jean CALAIS- Auloy , article précitée p. ٧٠٤ ets.

العالية والمعقدة<sup>١</sup>. ويشمل ضمان المطابقة الأشياء القيمة والأشياء المثلية وإن كان تعلقه بالأشياء المعينة بالنوع أكثر من تعلقه بالأشياء المعينة بالذات. ويتسع نطاق ضمان المطابقة ليشمل كل المنقولات المادية ويطبق بالنسبة للماء والغاز والكهرباء<sup>٢</sup>.

وفي إطار القواعد العامة، أي خارج نطاق قانون حماية المستهلك يرى البعض من الفقه الفرنسي أنه من الممكن أن يتسع نطاق ضمان المطابقة ليشمل كل المنقولات المادية و المعنوية والأموال العقارية والنقود والأوراق المالية كالأسهم أو السندات<sup>٣</sup>.

ويرى بعض فقهاء القانون أن ضمان المطابقة يمتد ليشمل الأداءات الذهنية أو المنقولات المعنوية، ففي عقد إنتاج المعلومات والإمداد بها يلتزم المنتج بضمان المطابقة وفقاً لمعيارها المادي و الوظيفي، فالمعلومات يجب أن تكون مطابقة للأغراض أو الأهداف التي يريجوها المستخدم حتى يتمكن من الانتفاع بالمعلومة المقدمة إليه من المنتج<sup>٤</sup>. وتتعدّد مسؤولية المنتج المعلوماتي في حالة عدم مطابقة المعلومات المقدمة للمواصفات المعلن عنها أو عدم صلاحيتها للاستخدام<sup>٥</sup>.

#### أ- مدى شمول ضمان المطابقة للعقارات<sup>١</sup>:

ظهر الخلاف الفقهي حول مدى شمول ضمان المطابقة للعقارات لدى الفقه الفرنسي وذلك بمناسبة أعمال قواعد قانون الاستهلاك المعتمدة للتوجيه الأوربي الصادر في ٢٥ مايو ١٩٩٩، فكان الخلاف بين فقهاء القانون الفرنسي حول مدى إمكانية تطبيق القواعد المتعلقة بضمان المطابقة في قانون الاستهلاك على بيع العقارات. فذهب البعض من الفقه إلى القول بأن القواعد الواردة في التوجيه الأوربي

Ph . MALURIE et L.AYNES , op . cit . no 314 , p 215 , jean CALAIS – Auloy, article ١١  
précité p . 704 , cass . com . 19 dècem 1995, R.J.D.A. 4/96 no 482, p . 350

٢- Jean CALAIS- Auloy , article précité p . ٧١١ .

٣- PAISANT (G) op. Cit , no ١١ BIZEUL(B) m thèse précité nos ٦٢ , ٦٣ , p . ٦٠

٤- د. حسن فتحي مصطفى بهلول، عقد إنتاج المعلومات والإمداد بها دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانوني المدني، رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر، سنة ١٤٢٦ هـ، ٢٠٠٥ م، ص ١٩١ - ١٩٢ .

٥- د. جمال عبد الرحمن محمد علي، المرجع السابق، ص ٧٠ - ٧٣ .

٦- د. ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق، ص ١٣٢ و ما بعدها .

Jean CALAIS – Auloy , article précité p . ٧٠٤ ets ٧١١ ets .

الصادر في ٢٥ مايو ١٩٩٩م و من ثم قواعد الاستهلاك المتعلقة بضمان المطابقة لا تطبق على العقارات ، لأنها وضعت خصيصاً لتنظيم بيع المنقولات المادية ، أما العقارات فيحكمها قانون خاص وهو القانون العقاري ، ويخضع بيع العقارات تحت التشييد لنظام خاص بالمسئولية طبقاً لنصوص التقنين المدني الفرنسي كما تخضع بيوع العقارات لضمان العيوب الخفية في القانون المدني الذي يطبق على كل الأشياء المباعة المنقولة والعقارية . فضلاً على أن مدة التقادم الواردة في التوجيه الأوروبي قصيرة جداً بالنسبة للمنقولات فلا تصلح للتطبيق على العقارات<sup>١</sup> .

بينما ذهب البعض الآخر من الفقه الفرنسي إلى القول بإمكانية توسيع نطاق التوجيه الأوروبي بحيث يطبق ضمان المطابقة على عاتق بائع العقار كما يقع على عاتق بائع المنقول وبصرف النظر عن طبيعة الشيء المباع<sup>٢</sup> .

وقد أيدوا رأيهم بالحجج الآتية:-

١- أن المستهلكين الذين يشترون عقارات من مهنيين في حاجة إلى نفس الحماية المقررة لهؤلاء الذين يشترون أشياء منقولة ، فمن الأفضل أن يستفيدوا من قواعد الحماية في التوجيه.

٢- أن عدم تعديل التوجيه الأوروبي وقصره على نطاق تطبيقه الضيق وهو بيع المنقولات المادية سيؤدي إلى الإبقاء بالنسبة للعقارات على الضمان في القانون المدني ، وهذا أمر غير مفيد ، ويعتبر مصدراً للتعقيد.

٣- أن كل نصوص التوجيه الأوروبي قابلة للتوسيع والتطبيق على بيع العقارات باستثناء النصوص المتعلقة بمدد الضمان فإنها قصيرة جداً ، وذلك يقترح تعديلها لتصل إلى خمس سنوات بالنسبة للمنقولات وعشرة سنوات بالنسبة للعقارات<sup>٣</sup> .

و بعد ان اتضح لنا قوة حجج الاتجاه الثاني فإننا ننضم الى من يرجحه و يرى ضرورة توسيع نطاق الإلتزام بضمان المطابقة ليشمل كل البيوع أيأ كانت صفة المتعاقدين ، وأيأ كانت طبيعة الأشياء المباعة ، فيطبق ضمان المطابقة على البيوع التي يكون طرفاها مهنيين أو مستهلكين ، أو أحدهما مهني والآخر مستهلك ، كما

<sup>١</sup> - Jean CALAIS – Auloy , Ibid . ATLAS chr , article précité no ٣ .

د. محمد بنداري ، الرسالة السابقة ، ص ٨٢ .

Jean CALAIS – Auloy article précité p.p 711 . -٢

<sup>٣</sup> - Jean CALAIS – Auloy article précité p.p 711 et 712 .



يطبق ضمان المطابقة على كل الأشياء المباعة أياً كانت طبيعتها ، فيشمل بيع المنقولات المادية وغير المادية "المعنوية أو الذهنية " ، كما يشمل بيع العقارات وذلك حتى تتحقق الغاية من تقرير نظام الالتزام بضمان المطابقة وهي ترسيخ الثقة العقدية بين الطرفين ، وتنفيذ العقد بحسن نية ، والبعد عن الاعلانات الخادعة أو المضللة وضمان سلامة الانتفاع بالمبيع وتوقي أضراره<sup>١</sup> .

### الفرع الثاني

## حياة و اثبات الالتزام بضمان المطابقة"

### تمهيد:

نتناول في هذا الفرع بيان نطاق الالتزام بضمان المطابقة من حيث الزمان أو التوقيت الذي ينشأ فيه الحق في ضمان المطابقة ومدة سقوط دعوى عدم المطابقة ، ثم نوضح نظام إثباته من حيث عبء الإثبات ومحلّه .

### أولاً: حياة الالتزام بضمان المطابقة:

#### أ- بداية حق المستهلك في ضمان المطابقة:

يرتب عقد البيع التقليدي التزامات متبادلة على عاتق اطرافه فيلزم البائع بأن يسلم المشتري الشيء المبيع و من ثم يضمن البائع للمشتري تبعاً للتسليم مطابقة المبيع للمواصفات و الشروط المقررة قانوناً و اتفاقاً ، و ذلك من وقت تمام التسليم ، كما يلتزم البائع بضمان التعرض و ضمان العيوب الخفية ، و ذلك مقابل التزام المشتري بدفع الثمن النقدي .

و في عقود الاستهلاك يلتزم المهني "البائع ، او مقدم الخدمة " بضمان مطابقة المنتج كأثر يترتب على قيام علاقة الاستهلاك حيث كون المطابقة حق من الحقوق الاساسية للمستهلك ، وهذا الحق يقوم في وقت محدد ، هو وقت تنفيذ المهني لالتزامه الاساسي في عقد الاستهلاك حيث يكون في البيع الاستهلاكي وقت تسليم المبيع للمستهلك ، و في عقد الخدمة الاستهلاكية هو وقت اداء الخدمة او استفادة المستهلك منها ، وذلك كله على اعتبار كون التزام المهني بضمان المطابقة التزام مستقل عن التزامه بالتسليم ، و عليه يثبت للمشتري "المستهلك " الحق في المطالبة بضمان المطابقة وقت التسليم ، حيث يلتزم البائع "المهني " بأن يسلم المشتري شيئاً مطابقاً للعقد ، و يضمن عيوب المطابقة الموجوده وقت التسليم طبقاً لنص المادة

١- د. ممدوح محمد على مبروك ، المرجع السابق ، ص ١٣٣-١٣٤ .

4-211L من قانون الاستهلاك الفرنسي والمادة رقم ٨ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري.

وتطبيقاً للقواعد العامة ينثبت للمستهلك الحق في ضمان المطابقة قبل التسليم ان كان هناك خطأ جسيم أو غش من جانب المهني ،و على ذلك نؤيد و بحق الرأى الذى يذهب الى أن البائع يسأل عن أي عيب في المطابقة يثبت وجوده قبل التسليم أو بعده إذا كان راجعاً إلى إخلال البائع بالتزامه بضمن المطابقة<sup>١</sup> ،وذلك بإعتباره تطبيقاً للقواعد العامة .

### ب- نهاية حق المستهلك في ضمان المطابقة :

وعن نهاية حق المستهلك في ضمان المطابقة دون وفاء نلاحظ ان هذا الحق ينقضى بالتنازل عنه و لكن بعد ان يثبت للمستهلك الحق فيه ،و من ثم لا يجوز التنازل عنه قبل التعاقد او اثناء التعاقد ،وينقضى كذلك حق المستهلك في ضمان مطابقة المنتج بالسقوط - و ليس التقادم كما يرى البعض - إذا لم يطالب به وانقضت المدة المحددة قانوناً ، وتختلف مدة السقوط والتقادم في قوانين الإستهلاك عنها في القانون المدني.

في قانون الاستهلاك الفرنسي ينقضى حق المستهلك في ضمان مطابقة المنتج بالتقادم إذا لم يطالب به وانقضت مدة عامين من تاريخ التسليم الفعلي للمنتج طبقاً لنص المادة 12-211L من قانون الاستهلاك الفرنسي ، التي تنص على " الدعوى الناتجة عن عيب المطابقة تنقادم بعامين ابتداءً من تاريخ تسليم الشيء المبيع " . وفقاً للمادة الخامسة من التوجيه الأوروبي الصادر في ٢٥ مايو ١٩٩٩م والقانون الفرنسي الصادر في ١٧ فبراير ٢٠٠٥م ، و اتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولي للسلع في العلاقة بين البائع المهني والمشتري المهني<sup>٢</sup> .

وهذه تعتبر أطول من المدة القصيرة التي يلتزم المشتري برفع دعوى ضمان العيوب الخفية خلالها وفقاً للمادة ( ١٦٤٨ ) من التقنين المدني الفرنسي ، والتي كان يقدرها القضاء عموماً ببضعة أشهر . ولكن يعيب مدة العامين المحددة وفقاً لقانون الإستهلاك الفرنسي ، أنها تحسب من تاريخ تسليم الشيء المبيع ، وقد تنقضي قبل أن يكتشف المشتري عيب عدم المطابقة أو يعلم به ، مما يؤدي إلى

١- د. عمر خالد الزريقات ، الرسالة السابقة ص ٣٢٩ .

٢- J. GHESTIN, conformite et garanties, op, cit, no ٢٣٣ , Jean CALAIS – Auloy .

précité, p ٧٠٢ .

حرماته من الضمان خاصة بالنسبة للأشياء المعمرة التي تطول فترة استعمالها كالسيارات التي قد تظهر عيوبها بعد مرور أكثر من عامين بعد تسليمها<sup>١</sup>. وذلك على خلاف مدة الضمان في القانون المدني، حيث تحسب المدة القصيرة ابتداء من اليوم الذي يكتشف فيه المشتري العيب أو يعلم به<sup>٢</sup>. ونرى ان مدة العمان هي مدة سقوط حيث لا يرد عليها وقف و لا انقطاع و ذلك بهدف تحقيق التوازن بين حماية المستهلك و تشجيع المهنيين الجادين في نشاطهم و علاقاتهم بما يفعل حياة اقتصادية ناجحة في المجتمع.

وفي قانون حماية المستهلك المصري يكون التزام المهني بضمان المطابقة قائماً بنص القانون الى ان يسقط حق "المستهلك" المشتري في استبدال السلعة غير المطابقة أو استرداد قيمتها بمضي أربعة عشر يوماً من تاريخ تسلم السلعة، حيث نصت المادة رقم ٨ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري على أنه " للمستهلك خلال اربعة عشر يوماً من تسلم أية سلعة الحق في استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها، وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله"، ونرى سريان هذا الميعاد ايضاً في حالة عدم مطابقة الخدمة للمواصفات حيث يسقط حق المستهلك في مطالبة المهني بإعادة مقابل الخدمة أو مقابل ما يجبر النقص فيها أو اعادة تقديمها حيث يقرر المشرع حق المستهلك في المطالبة بضمان مطابقة الخدمة في المادة رقم ٩ من قانون حماية المستهلك دون تحديد نطاق زمني لهذه المطالبة. و مدة المطالبة بهذا الضمان هي مدة سقوط وليست تقادم لا تقبل الوقف و لا الانقطاع.

تخضع دعوى عدم المطابقة في القانون المدني الفرنسي للقواعد العامة في المسؤولية العقدية وتسقط بالتقادم العادي ومدته ثلاثون عاماً من تاريخ العقد طبقاً لنصوص التقنين المدني الفرنسي، حتى ولو كان عدم المطابقة راجعاً إلى وجود عيب في المبيع<sup>٣</sup>.

١ - Jean CALAIS – Aujoy, article précité p ٧٠٨ .

٢ - cass ler civ. ١١ janv. ١٩٨٩, Bull. Civ. ١٢ no ١, R.T.D. com ١٩٨٩, p ٧١١ . obs .

BOULOC .

J. GHESTIN, Conformité et Garanties, op, cit, no 215., cass . Com. 3mai. 1983 Gaz. <sup>٣</sup>

Pal. 1983, II, pano.p.240 note Dupichot., Cass ler civ. 5nov. 1985, Bull , Civ.1 no 287., RTD. Civ. 1986, p370, obs. Remy.

وفي القانون المدني المصري إذا كان المبيع غير مطابقاً أياً كان سبب عدم المطابقة ثبت للمشتري الحق في طلب فسخ العقد مع التعويض إذا كان له مقتضى ، وتخضع دعوى الفسخ لعدم المطابقة للقاعدة العامة في التقادم وهي خمس عشرة سنة تسري من تاريخ العقد ، وتخضع لأحكام الوقف والإنقطاع وفقاً للقانون<sup>١</sup> .  
 ففي دعوى تتعلق ببيع مفرخات ويستون إنجليزية الصنع وأنها من الأنواع الحديثة ذات الكفاءة العالية ، وقد استبان أن المبيع يعيبه القم وليس بذي كفاءة انتاجية ، فقضت محكمة النقض المصرية بأن "دعوى المشتري بفسخ عقد البيع لتخلف ما كفه البائع في المبيع من الحداثة والكفاءة العالية مع التعويض تكييفها الصحيح دعوى فسخ لإخلال البائع بضمان العيب الذي يلحق به تخلف الصفة التي كفل البائع وجودها في المبيع تقادمها بخمس عشرة سنة . اخضاعها للتقادم الحولي الخاص بدعوى الضمان خطأ"<sup>٢</sup> .

### ثانياً: اثبات الالتزام بضمان المطابقة :

يدور الحديث في اثبات الالتزام بضمان المطابقة حول تحديد من يقع عليه عبء الإثبات ، وتحديد الواقعة محل الإثبات.

#### أ - عبء الإثبات:

يرى البعض من الفقه<sup>٣</sup> انه وفقاً للقواعد العامة في الإثبات والمستفادة من نص المادة الأولى من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ م المعدل بالقانون إثبات التخلص منه " . فإنه يقع على عاتق المشتري الداعي بالحق في ضمان المطابقة إثبات وجود شروط قيام الإلتزام بضمان المطابقة على عاتق البائع ثم

١- د. عبد الرازق السنهوري ، الوسيط ج ٤ ، ص ٧٦٧ .

٢- نقض مدني مصري ٣٠ يونيو ١٩٩٩ م ، مجموعة أحكام النقض المدني ، السنة الخمسون الجزء الثاني ، الطعن رقم (٢٥٦٧) لسنة ٦١ ق القاعدة ١٨٨ ص ٩٥٥ .

٣- د. ممدوح محمد على مبروك ، المرجع السابق ، ص ١٣٩ . هذا في حين نجد ان اتفاقية فينا

لعام ١٩٨٠ في شأن عقد البيع الدولي للبضائع فرضت المادة رقم 35 منها بمناسبة تنظيمها لعبء اثبات عدم المطابقة على المشتري واجب محدد مضمونه بأنه يجب على المشتري ان يثبت علم البائع بعدم المطابقة او استحالة تجاهله لهذا العيب ، و على ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم احقية المشتري لضمان عدم المطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع لعدم اثباته علم البائع بالعيب او استحالة جهله بهذا العيب . انظر

Com.4nov.2004 .no13-10-,776,D,2014m33.1,D.2015.902.

يثبت بعد ذلك إخلال البائع به. ن رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩م والمادة (١٣١٥) من التقنين المدني الفرنسي ، والتي تنص على أنه " على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه " . فإنه يقع على عاتق المشتري الداعي بالحق في ضمان المطابقة إثبات وجود شروط قيام الإلتزام بضمان المطابقة على عاتق البائع ثم يثبت بعد ذلك إخلال البائع به .

و مع ذلك فإن الرأي السابق يقبل في شأن عقود البيع التقليدية وفق القواعد العامة في القانون المدني ، إلا إنه لا يقبل في شأن التزام المهني بضمان المطابقة في قانون الاستهلاك حيث ان المشرع في قانون الاستهلاك فرض الإلتزام على عاتق المهني تجاه المستهلك ، وبذلك يكون قد اعفى المستهلك من عبء اثبات وجود الإلتزام بضمان المطابقة ، و إنما يلتزم المستهلك بإثبات اخلال المهني بالتزامه بضمان المطابقة.

### ب - محل الإثبات:

في شأن محل الاثبات بالنسبة لضمان المطابقة في عقد البيع التقليدي يلاحظ انه ينصب على الشروط والعناصر اللازم توافرها لقيام الإلتزام بضمان المطابقة على عاتق المدين به "البائع" ومن ثم يجب على المشتري بإعتباره دائماً بالحق في المطابقة أن يثبت وجود عيب أو خلل في المطابقة لإختلاف الشيء المسلم فعلاً عما كان متفقاً عليه في العقد ، أو أن البائع سلم شيئاً آخر غير المتفق عليه بذاته أو أوصافه .

كما أنه يجب على المشتري أن يثبت عدم مطابقة الشيء المسلم للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد صراحة أو ضمناً ، وأنه لم يكن صالحاً للإستعمال في الغرض الذي تم التعاقد عليه من أجله ، كما يثبت أنه أخطر البائع بعدم المطابقة في المدة المتفق عليها أو في مدة معقولة ، ويتم إثبات وجود الإلتزام بضمان المطابقة بكافة طرق الإثبات<sup>١</sup> .

وإذا قام نزاع بين البائع والمشتري بشأن عدم تطابق الشيء المسلم مع الشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد ، فيقع على البائع عبء اثبات توافر الشروط و

١- Ph. MALAURIE et LAYNES , op. Cit. No-٣٠٢ p ٢١٧ . Cass . Com. ٣. decem. ١٩٨٠ .

Bull. Civ. IV, no ٤٠٩ p. ٣٢٨ .

د. حسن عبد الباسط جميعي ، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الإستهلاك ، المرجع السابق، ص ٢٩٦ ، د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق ، ص ١٧ .

المواصفات المتفق عليها وتحقق المطابقة<sup>١</sup>. وذلك لأن البائع هو المدين بتسليم المبيع في حالة مطابقة للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد، فعليه عبء إثبات أنه وفي إلتزامه على هذا النحو<sup>٢</sup>.

وبحيث يجب على البائع أن يثبت مطابقة المبيع للعقد حتى تكون ذمته براء من ذلك الإلتزام<sup>٣</sup>، ولكل من البائع والمشتري أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة معاينة المبيع أو تعيين خبير لمعاينته وهذا ما ييسر الإثبات على كل منهما<sup>٤</sup>. وعلى ذلك فإن محل الإثبات في منازعات ضمان المطابقة في قانون الاستهلاك هي عدم مطابقة المنتج للمواصفات متى تحمل المستهلك هو عبء الإثبات بالاتفاق، وهذا هو الغالب في الواقع العملي، وقد يكون تطابق المنتج المقدم للمستهلك للمواصفات حيث تحمل المهني لعبء الإثبات بحسب الاصل، لان من الحقوق الاساسية للمستهلك الحق في منتج مطابق للمواصفات و الشروط المقررة قانونا و اتفاقا.

هذا مع ان المشرع الفرنسي قد نص في المادة رقم 7-L211 من تقنين الاستهلاك على قرينة قانونية بسيطة لمصلحة المستهلك في شأن اثبات توافر عيب عدم المطابقة وقت تسليم المنتج، حيث افترض المشرع في النص المذكور عدم مطابقة المنتج وقت التسليم متى ظهر عيب عدم المطابقة خلال مدة ستة اشهر من وقت التسليم، وعدلها لمدة اثني عشر شهر، و ذلك مالم يثبت عكس و بما يتناسب و طبيعة المنتج. و في ذلك اعفاء للمستهلك من عبء اثبات ان عيب عدم المطابقة كان موجوداً وقت التسليم بل نقله المشرع الى عاتق المهني "البائع" بأن يثبت ان العيب لم يتواجد وقت التسليم و انما ظهر بعد ذلك مثلاً لسوء استخدام المستهلك<sup>٥</sup>.

١- د. عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص ٢٣١.

٢- د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط ج ٤، ص ٥٦٢ - ٥٦٣، هامش ١.

٣- د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، المرجع السابق، ص ١١١.

٤- (-) د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط ج ٤، ص ٥٦١ هامش ٢ و ص ٥٦٢ - ٥٦٣.

هامش ٢.

Les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de six mois - Article L211-7 "°°"  
à partir de la délivrance du bien sont présumés exister au moment de la délivrance, sauf preuve contraire.

Le vendeur peut combattre cette présomption si celle-ci n'est pas compatible avec la "nature du bien ou le défaut de conformité invoqué.

## المطلب الثاني المسئولية عن ضمان المطابقة

### تمهيد:

تقوم المسئولية المدنية "العقدية" للمهني متى اخل بالتزامه بضمان مطابقة المنتج للمواصفات المعتمدة قانوناً و اتفاقاً تجاه المستهلك المتعاقد ، و عليه إذا أثبت المشتري "المستهلك" عدم مطابقة الشيء المبوع ، وأن البائع سلم شيئاً غير مطابق للعقد ، فإن البائع "المهني" يكون قد أخل بالتزامه بضمان مطابقة الشيء المبوع "المهني" ، فتقوم مسئوليته العقدية ويثبت للمشتري الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام بضمان المطابقة أو طلب فسخ العقد وطلب التعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم مطابقة الشيء المبوع طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني ، فضلاً عن حقيقة قي الاستبدال أو الاستيراد طبقاً لقوانين الاستهلاك.

وكذلك الحال عند تقديم خدمة غير مطابقة للمواصفات اي كان بها عيب عدم المطابقة حيث تثار المسئولية العقدية للمهني و يلتزم خاصة باعادة مقابل الخدمة او إعادة مقابل ما يجبر النقص فيها أو إعادة تقديمها من جديد للمستهلك ، و ذلك الى جانب حق المستهلك في الفسخ و التنفيذ العيني ، و التعويض متى كان له مقتضى . و سنتناول بيان الجزاء المترتب على عدم مطابقة المنتج المبوع في القانون المدني وقوانين الاستهلاك في مطلبين التاليين :

الفرع الاول : جزاء عدم المطابقة في القانون المدني.

الفرع الثاني: جزاء عدم المطابقة في قانون الاستهلاك .

### الفرع الأول

#### جزاء عدم المطابقة في القانون المدني

يتمثل الجزاء المترتب على عدم مطابقة الشيء المبوع في القانون المدني في ثبوت الحق للمشتري في طلب التنفيذ العيني للالتزام بضمان المطابقة إذا كان التنفيذ العيني ممكناً ، وإلا ثبت له الحق في طلب فسخ عقد البيع وطلب التعويض عما أصابه من ضرر .

اولاً- الحق في طلب التنفيذ العيني :

١- د.نبيل ابراهيم سعد ،العقود المسماة ،عقد البيع ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ، ٢٠١٠ ص ، ٤٤٣ و ما بعدها . د.ممدوح محمد على مبروك ، المرجع السابق ،ص ١٤٣ .

إذا لم يكن المبيع مطابقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد أو الغرض الذي تم التعاقد عليه من أجله ، فإنه يثبت للمشتري الحق في مطالبة البائع بالتنفيذ العيني للالتزام بضمان المطابقة وتسليمه شيئاً مطابقاً لما هو متفق عليه في العقد ، إذا كان التنفيذ العيني ممكناً<sup>١</sup>.

وذلك طبقاً لنص المادتين (١١٤٧ و ١١٨٤ ) من التقنين المدني الفرنسي ، وقد نصت المادة (١/٢٠٣) من التقنين المدني المصري على أنه "يجبر المدين بعد أعداره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ إلتزامه تنفيذاً عينياً ، متى كان ذلك ممكناً."

فإذا كان التنفيذ العيني للالتزام بضمان المطابقة غير ممكن جاز للمشتري أن يطالب بالتنفيذ بمقابل عن طريق التعويض وذلك طبقاً لنص المادة (٢/٢٠٥) من التقنين المدني المصري والتي تنص على أنه "إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الإستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير اخلال في الحالتين بحقه في التعويض."

ويجوز للمشتري أن يحصل على حكم بإلزام للبائع بالتنفيذ العيني للالتزام بضمان المطابقة ، ويمكن اللجوء إلى الغرامة التهديدية لحمل البائع على التنفيذ طبقاً لنص المادة (٢١٣) من التقنين المدني المصري.

ويتم التنفيذ العيني للالتزام بضمان المطابقة عن طريق قيام البائع بإصلاح الشيء المبيع أو استبداله وتغييره بشيء آخر مطابق لما كان متفقاً عليه في العقد طبقاً لنص المادة 9-211L من قانون الاستهلاك الفرنسي<sup>٢</sup>.

ويجوز للمشتري في حالة عدم قيام البائع بإصلاح الشيء المبيع ، أن يحصل على ترخيص من القضاء للقيام بإصلاحه على نفقة البائع ، ويجوز في حالة الإستعجال

<sup>١</sup> - jean Jacques BARBIERI , OP cit. ٢٠٢, p/٢٣٢ F. collart et ph. Delecque, op. cit. no -١ ٣٦p.

د. عبد الرازق السنهوري ، الوسيط ج ٤ ، ص ، ٥٦٣ ، د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير ، المرجع السابق ص ١٠٩ و ص ١١١ ، د. عبد المنعم البدر اوي ، المرجع السابق، ص ٢٤٩ ، د. عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق ، ص ٢٣١ - ٢٣٢ ، د. محمد علي عمران ، المرجع السابق ، ص ٢١٥ .

<sup>٢</sup> - ph . le tourneau , conformites,op,cit, ٧٠٧ Jean CALAIS – Auloy , article précité p. ٢٣٧p. , no ٢٣٧ et garnaties , p. ١٦ .



أن يقوم المشتري بإصلاح الشيء المبيع على نفقة البائع دون الحصول على ترخيص من القضاء ، كما هو الحال بالنسبة للأجهزة الطبية المستخدمة في المستشفيات وسيارات الأجرة وماكينات المصانع وسائر الأجهزة التي تستخدم استخداماً تجارياً طبقاً لنص المادة (٢٠٩) من التقنين المدني المصري<sup>١</sup>.

ونؤيد الرأي الذي يذهب الى أنه يجب أن يترك للمشتري الخيار بين قبول إصلاح المنتج المعيب بعيب عدم المطابقة أو استبداله وتغيره بشيء آخر مطابق، فإذا كان عيب عدم المطابقة أو اختلال المطابقة جسماً بحيث يؤثر في صلاحية الجهاز المبيع بأكمله ويصعب إصلاحه على النحو المرجو ، فلا مفر أمام البائع من استبدال الشيء المبيع الذي تعذر أو استحاله إصلاحه بشيء آخر مطابق للعقد وصالح لتحقيق الغرض الذي تم التعاقد على المبيع من أجله<sup>٢</sup>.

### ثانياً- الحق في طلب فسخ عقد البيع:

إذا تعذر التنفيذ العيني للالتزام بضمان المطابقة أو كان اختلال المطابقة جسماً ، ثبت للمشتري الحق في المطالبة بفسخ عقد البيع بعد إذار البائع تطبيقاً للقواعد العامة في عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية ، وفقاً لنص المادة (١١٨٤) من التقنين المدني الفرنسي ، والمادة (١/١٥٧) من التقنين المدني المصري وقد يفضل المشتري لإبقاء على العقد ويطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر<sup>٣</sup>. وتسقط دعوى الفسخ لعدم المطابقة بالتقادم في القانون المدني الفرنسي بمضي ثلاثين سنة من وقت العقد في البيوع المدنيه وعشرة سنوات في البيوع التجارية إذا كان المدين بالإلتزام بضمان المطابقة تاجراً<sup>٤</sup>.

١- د . سعيد جبر ، الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع، دار النهضة العربية ، ١٩٨٥ ، ص ٥٥ ، د. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص ٥٤ .

٢- و هذا ما يتوافق و القواعد العامة في القانون المدني راجع . د.ممدوح محمد علي مبروك ، المرجع السابق ، ص ١٤٥ .

٣- Jean Gatsi , op. cit . P . ٤٣ . Jean Jacques BARBIERIE , op . cit ., ٦٣ .

د. عبد السميع أبو الخير ، المرجع السابق ص ١٠٩ و ص ١١١ ، د. عبد الرشيد مأمون المرجع السابق ، ص ٢٣١ - ٢٣٢ ، د. محمد علي عمران ، المرجع السابق ، ص ٢١٥ .

٤- F . collart et ph . Delebecque , op. cit. no - ٢٣٢ , P . ٢٠٢ , Jean Jacques BARBIERIE , op .

cit. P . ٦٣ .

بينما تسقط دعوى الفسخ لعدم المطابقة بالتقادم في القانون المدني المصري بالتقادم العادي بمضي خمس عشرة سنة من وقت إخلال البائع بالتزامه بضمان المطابقة ، أي من وقت التسليم غير المطابق<sup>١</sup> .

ولا يمكن تفسير تسلم المشتري للمبيع بدون تحفظات على أنه تنازل عن دعوى الفسخ المترتبة على عدم مطابقة الشيء المبيع ، لأن التنازل تصرف قانوني وهو لا ينتج أثره إلا بعد قيام المشتري بفحص المبيع والتحقق من العيب أو الخلل الموجود في المطابقة ومعرفته ورضاه به ، أما مجرد السكوت البسيط للمشتري ، فلا ينبغي أن يفسر كقاعدة عامة على أنه تنازل عن دعوى الفسخ<sup>٢</sup> .  
وإذا قام المشتري أو وكيله بفحص الشيء المبيع وتسلمه بدون إبداء أية تحفظات سقط حقه في المطالبة بفسخ العقد لعدم مطابقة الشيء المبيع<sup>٣</sup> .

و عليه فقد قضت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بنقض حكم محكمة الإستئناف الصادر بفسخ عقد بيع الخشب المبرم بين البائع "مستغل الغابات والمشتري " تاجر الموبليا" استناداً إلى أن الخشب المسلم لم يكن صالحاً للاستعمال في صناعة الموبيليا "الأثاث" ، في حين أنه كان من الثابت أن وكيل المشتري "تاجر الموبيليا" قد قام بفحص الخشب المبيع والتحقق منه واستلمه بدون تحفظات<sup>٤</sup> .

وإذا استطاع المشتري أن يثبت وجود تواطؤ تدليسي أو احتيال بين وكيل المشتري والبائع للإضرار بالمشتري ، وأن البائع قد ارتكب غشاً ، لأنه أخفى العيب الموجود في المطابقة عند إجراء الفحص ، فإنه يثبت للمشتري الحق في المطالبة بفسخ عقد البيع لعدم مطابقة الشيء المبيع<sup>٥</sup> .

١- د. عبد الرازق السنهوري ، الوسيط ج ٤ ، ص ٥٦٣-٥٦٤ . و هامش ١ ، د. عبد المنعم

البيدراوي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٩ ، د. / محمد بنداري ، الرسالة السابقة ، ص ١٢٠ .

٢- ch. AUBERTIN, note precitee pp. ٢٧٩ et ٢٨٠ nos ٩ .

٣- د. ممدوح محمد على مبروك ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ .

٤- . Cass . com . ١٢ . ١٩٨٠ fev . D. ١٩٨١ , juris , p. ٢٧٨ .

٥- Ch AUBERTIN , note precitee p ٢٨٠ no ١١ .

ويخضع الفسخ للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع طبقاً لنص المادة (٢/١٥٧) من التقنين المدني المصري ، والمادة L ٢١١-١٠ من قانون الاستهلاك الفرنسي . وقد يرفض القاضي الحكم بالفسخ ويحكم بإنقاص الثمن المتفق عليه في العقد<sup>١</sup> . و عملاً بما تقدم فإنه من البديهي أن المحكمة لا تقضي بالفسخ إلا إذا بلغ عيب عدم المطابقة حداً من الجسامه يجيز المطابقة بالفسخ ويبرر هدم الرابطة العقدية<sup>٢</sup> . وإذا كان عيب عدم المطابقة أو الخلل في المطابقة صغيراً أو قليل الأهمية ، فلا يستطيع المشتري إلا أن يطالب بإنقاص الثمن<sup>٣</sup> . ويترتب على فسخ العقد إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، عملاً بفكرة الأثر الرجعي للفسخ ، فيرد كل منهما ما تسلمه من الآخر بمقتضى عقد البيع بعد أن تم فسخه ، فيلتزم البائع برد الثمن مع التضمينات ، ويلتزم المشتري برد الشيء المبيع<sup>٤</sup> . فإذا استحال الرد جاز الحكم بالتعويض طبقاً لنص المادة (١٦٠) من التقنين المصري .

### ثالثاً - الحق في طلب التعويض:

يثبت للمشتري الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابه من أضرار مادية أو جسمانية بسبب إخلال البائع بالتزامه بضمان مطابقة الشيء المبيع<sup>٥</sup> . وذلك لأن عيب عدم مطابقة الشيء المبيع أو إختلال المطابقة بوجه من الوجوه قد يسبب أضرار لمستعمل الشيء المبيع في شخصه أو يلحق الضرر بأمواله . وتخضع دعوى التعويض التي يرفعها المشتري ضد البائع أو المنتج " الصانع" في حالة عدم المطابقة للقواعد العامة في المسؤولية العقدية طبقاً لنص المادة

<sup>١</sup> - P. cit. op. Jean Gatsi, ٤٣ Cass. Com. ١٥. decem. ١٩٩٢ Bull. Civ IV, no ٤٢١.

<sup>٢</sup> - د. محمد علي عمران ، المرجع السابق ، ص ٢١٥ .

<sup>٣</sup> - Jean CALAIS – Auloy , article précité p ٧٠٧ .

<sup>٤</sup> - د. ثروت عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص ١٠٠ .

<sup>٥</sup> - P. cit. op. Jean Gatsi, ٤٣ Cass. Com. ١٥. decem. ١٩٩٢ Bull. Civ IV, no ٧٠٧.

١٥ decem. ١٩٩٢ Bull. Civ. IV, no ٤٢١

د. عبد الرازق السنهوري ، الوسيط ج ٤ ، ص ٥٦٣ ، د. عبد المنعم البدر اوي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٩ ، د. عبد السميع أبو الخير ، المرجع السابق ، ص ١٠٩ ، د. عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق ، ص ٢٣١ .

(١١٤٧) من التقنين المدني الفرنسي ، والمادة (٢١٥) من التقنين المدني المصري<sup>١</sup>.

فنترتب مسؤولية البائع في حالة عدم المطابقة أو اختلال المطابقة في وجود عيب أو نقص في صناعة الشيء المبيع من شأنه تعريض الاشخاص أو الأموال للخطر<sup>٢</sup>. إن كان ما تقدم يتعلق بالتعويض عن اضرار عدم المطابقة في ضوء القواعد العامة في القانون المدني ، فإنه في اطار قانون حماية المستهلك يستطيع المستهلك المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحق به من جراء إخلال المهني بالتزامه بضمن مطابقة المنتج "السلعة، الخدمة" ، على أساس نص المادة 11-11 L211 من قانون الاستهلاك الفرنسي ، والمادة "٢فقرة ح" من قانون حماية المستهلك المصري التي حظرت الاخلال بحقوق المستهلك الاساسية وخاصة حق المستهلك في اقتضاء تعويض عادل عن الاضرار التي تلحق به أو بأمواله من جراء شراء أو استخدام المنتجات أو تلقي الخدمات.

ويلتزم البائع بتعويض المشتري عن جميع الاضرار المباشرة التي تلحق به بسبب عدم مطابقة الشيء المبيع طبقاً لنص المادة (١/٢٢١) من التقنين المدني المصري . ويشمل التعويض الخسارة اللاحقة بالمشتري ، كالمصروفات الضرورية أو النافعة التي انفقها المشتري على المبيع ، ومصروفات دعوى عدم المطابقة وما يلتزم به المشتري تجاه الغير ، كأجور العمال المتعطلين عن العمل أو نفقات علاج الأشخاص المضطربين من جراء استعمال المبيع غير المطابق<sup>٣</sup>.

كما يشمل التعويض الكسب الفائت على المشتري بسبب حرمانه من الإنتفاع بالمبيع طوال فتره اصلاحه ، إذا كان المبيع معداً للاستغلال التجاري أو المهني ، كسيارات الأجرة ، والآت المصانع والأجهزة الطبية<sup>٤</sup>. ويقتصر التزام البائع

١ - و في قانون حماية المستهلك قرر المشرع صراحة حق المستهلك في التعويض العادل عن الاضرار التي تصيب المستهلك او تصيب ماله جراء شراء او استخدام منتج أو تلقي الخدمة موضوع عقد الاستهلاك . و عليه يدخل التعويض عن اضرار عدم المطابقة في هذا الاطار ، راجع المادة رقم ٢فقرة ح من قانون حماية المستهلك المصري . و راجع د. ممدوح محمد على ميروك ، المرجع السابق ، ص ١٤٩ .

٢ - Cass ler civ . ٢٧ jan . ١٩٩٣ R.T.D. civ ١٩٩٣ p. ٥٩٢ . obs. Jaurdain .

٣ - cass civ . 18 janv . 1978 J.C.P. 1978 IV P.95 .

د. ثروت عبد الحميد ، المرجع السابق ف ٦٥ ، ص .

٤ - Cass com . ١١ mai ١٩٨١ Gaz. Pal ١٩٨١ ، ٢ ، p. ٣٦٨ .

بالتعويض على الضرر المباشر المترتب على عدم المطابقة الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، إلا اذا ارتكب البائع غشاً أو خطأً جسيماً ، فإنه يكون سيء النية ، ويلتزم بتعويض المشتري عن كل الأضرار المباشرة التي لحقت به ، سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة طبقاً لنص المادة ( ٢/٢٢١ ) من التقنين المدني المصري.

وقد افترض القضاء الفرنسي علم البائع المهني بالعيب أو بتخلف الصفات المتفق عليها في العقد ، وألزمه بالتعويض الكامل تجاه المشتري المستهلك عن جميع الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة طبقاً لنص المادة ( ١٦٤٥ ) من التقنين المدني الفرنسي<sup>١</sup>.

ويفترض علم البائع المهني بعيب عدم المطابقة ويلتزم بتعويض المشتري عما لحقه من ضرر على أساس نص المادة (١/٤٤٧) من التقنين المدني المصري ، والتي تنص على أنه "يضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده".

#### رابعاً- الاتفاقات المتعلقة بالمسئولية عن الإخلال بالالتزام بضمان المطابقة

من المعلوم ان القواعد المنظمة للضمان "ضمان عدم التعرض و الاستحقاق ، وضمان العيوب الخفية ،ومن ثم ضمان المطابقة " بعقد البيع التقليدي في القانون المدني تتميز بأنها لا تتعلق بالنظام العام ،حيث يجوز الاتفاق بين البائع و المشتري على تعديل الضمان بالزيادة او الانقاص او الاعفاء<sup>٢</sup> ،وعليه فإن الأصل أن الاتفاقات والشروط المتعلقة بالتخفيف أو الاعفاء من المسئولية المترتبة على الإخلال بالالتزام بضمان مطابقة الشيء المبيع ، تكون صحيحة طبقاً للقواعد العامة

د. ثروت عبد الحميد ، المرجع السابق نفس الموضوع ، د. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ص ٥٦.

١- j. GHESTIN , conforme et garanties, opmcit, p. ٢٥٤ , overstack (F) ,  
Jean CALAIS – Auloy , . ٥٠٤ p. ١٩٧٢ du fabricant des produits dangereux, R.T.D. civ.  
juillet ٣., cass. Civ . ٣٨٩ , juris , p. ١٩٦٥ jan ١٩ ., cass ler civ . ٧٠٧ article précité p  
٣٢١, juris . p ١٩٨٥ , D. ١٩٨٥ .

٢- د. نبيل إبراهيم سعد ، العقود المسماة ، عقد البيع ، مرجع سابق ، ص ٣٧٥ ، و ص ٤٢٢ .

في القانون المدني . فيجوز الاتفاق على اعفاء البائع من المسؤولية المترتبة على اخلاله بالتزامه التعاقدى في حالة عدم المطابقة<sup>١</sup>.

ولكن لا يجوز للبائع التمسك بشروط الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية إذا ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً ، كما لو كان يعلم بأن الخشب المبيع لا يصلح للاستعمال في صناعة الأثاث ولم يخبر المشتري بذلك<sup>٢</sup>.

ويستفاد ذلك من نص المادة (٢/٢١٧) من التقنين المدني المصري ، التي تنص على انه " يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم. " ...

وفى اطار التنظيم القانونى الخاص للالتزام المهني بضمان مطابقة المنتج، اى وفقاً لاحكام قانون حماية المستهلك لا تصح شروط التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية المترتبة على الاخلال بالالتزام بضمان المطابقة في العلاقة بين البائع المهني والمشتري المستهلك ، بل تعتبر شروط تعسفية طبقاً لقانون الاستهلاك الفرنسي<sup>٣</sup>. وتعتبر هذه الشروط باطلة طبقاً لنص المادة العاشرة من قانون حماية المستهلك المصري ، التي تنص على أنه " يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك ، إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة او مقدم الخدمة من أي من التزاماته الوارده فى هذا القانون " .ويدعم ذلك الحكم ايضاً حظر المادة الثانية من قانون حماية المستهلك المصرى لابرام اى اتفاق أو ممارسة اى نشاط يكون من شأنه الاخلال بحقوق المستهلك الاساسية و التي منها حق المستهلك فى الاختيار الحر لمنتجات تتوافر فيها شروط الجودة المطابقة للمواصفات .ولكن يمكن الاتفاق على مخالفة احكام هذا الضمان مثلاً بالتشديد فيها لما فيه من مصلحة افضل للمستهلك من تلك التي قررها المشرع

<sup>١</sup> - Ph. Le. Tourneau, responsabilite des vendeurs et fadeurs et fabricants, op, cit, no ٨٣٢,

١٤١ p. Cass ler civ . ٢٠ . ١٩٨٨ decem , D ١٩٨٩ , I.R.P. ٢٤ , J.C.P ed G. ١٩٨٩ , II,

٢١٣٥ Cass ler civ ., note (G) virassany ., ٢٤ nov. ١٩٩٣, D. ١٩٩٤, com. P. ٢٣٦.

<sup>٢</sup> Ch. AUBERTIN , note precitee p-٢ ٢٧٩ no Cass ler civ ١١ . oct. ١٩٦٦, Bull. Civ. ١٠١, no ٤٦٦, p. ٣٥٣.

<sup>٣</sup> Ph. Le Tourneau et L. cadiet , op. Cit. No 5980, p.1125.

## الفرع الثاني جزاء عدم المطابقة في قانون الاستهلاك

### تمهيد:

يختلف الجزاء المقرر على مخالفة المهني لالتزامه بضمان مطابقة المنتج نسبياً عن الجزاء المقرر لمخالفة البائع لالتزامه بضمان مطابقة المبيع، كما يختلف بحسب طبيعة المنتج ذاته، حيث إذا كان المنتج محل الضمان سلعة غير مطابقة، أي إذا كان الشيء المبيع غير مطابق للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليه من أجله ثبت للمستهلك الحق في الخيار بين رده إلى البائع واستبداله بشيء آخر مطابق أو رده و استرداد الثمن دون أن يتحمل بأية نفقات إضافية طبقاً لنص المادة L211-9 من قانون الاستهلاك الفرنسي، والمادة رقم ٨ من قانون حماية المستهلك المصري.

وإذا كان المنتج محل ضمان المطابقة خدمة و أخل المهني "مقدم الخدمة" بالتزامه بضمان المطابقة هنا يكون للمستهلك ان يلزم المهني مقدم الخدمة بإعادة مقابلها أو مقابل يجبر النقص فيها أو إعادة تقديمها إليه، وذلك يكون في حالة وجود عيب أو نقص بالخدمة وفقاً لطبيعة الخدمة و شروط التعاقد عليها و العرف التجاري، وهذا يمثل جزاء اخلال المهني بضمان مطابقة المنتج متى كان محله خدمة، عملاً بنص المادة رقم ٩ من قانون حماية المستهلك المصري. وبذلك يختلف الجزاء نسبياً عن المقرر في القواعد العامة لعقد البيع ولهذا نتناول دراسة الجزاء في قانون الاستهلاك في الفقرات التالية .

### أولاً- الحق في الاستبدال أو الاسترداد :

نتناول بيان حق المستهلك في الاستبدال أو الاسترداد من حيث معناه ومصدره وخصائصه وطبيعته ونطاقه وكيفية ممارسته والقيود الواردة عليه :

### أ- تعريف الحق في الاستبدال أو الاسترداد:

يعرف البعض من الفقه حق المستهلك في استبدال أو رد المنتج غير المطابق للمواصفات وفقاً لنص المادة رقم ٨ من قانون حماية المستهلك، بأنه ذلك الحق الذي يثبت للمستهلك خلال مدة زمنية معينة من تاريخ التسليم في الخيار بين رد المبيع غير المطابق واستبداله بأخر مطابق أو إعادته واسترداد الثمن دون ان

يتحمل أي نفقات أو تكلفة إضافية<sup>١</sup>. وهذا الحق يعد الاثر المباشر لاخلال المهني بالتزامه بضمان المطابقة سواء كان عدم المطابقة للمواصفات القانونية أو عدم مطابقة للمواصفات الاتفاقية وذلك متى كان المنتج سلعة و ليست خدمة ،لأن المشرع خص اخلال المهني بضمان مطابقة الخدمة للمواصفات بحكم اخر وارد في نص المادة رقم ٩ من قانون حماية المستهلك.

### ب- مصدر الحق في الاستبدال أو الاسترداد وأساسه<sup>٢</sup>:

يتقرر للمستهلك الحق في استبدال المنتج غير المطابق أو استرداد الثمن على أساس النصوص الصريحة في القوانين الخاصة بحماية المستهلك . وعليه فقد نصت المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم (٢١/٨٨) الصادر في ٦ يناير ١٩٨٨م على أنه" في كافة العمليات التي يتم فيها البيع عن بعد - عبر المسافات - فإن لمشتري المنتج وذلك خلال سبعة ايام من تاريخ تسليم المبيع الحق في إعادته إلى البائع لاستبداله بأخر أو رده واسترداد الثمن دون أية نفقات من جانبه سوى مصاريف الرد. "

وقد نقل هذا النص كما هو في قانون الاستهلاك الفرنسي الحالي بالمادة L ١٢١-١٦. ونصت المادة رقم ٨ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري على انه "للمستهلك خلال اربعة عشر يوماً من تسلم أية سلعة الحق في استبدالها أو اعادتها مع استرداد قيمتها وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من اجله ويلتزم المورد في هذه الاحوال بناءً على طلب المستهلك بإبدال السلعة أو استعادتها مع رد قيمتها دون أية تكلفة إضافية . " ويتضح من هذه النصوص أن قوانين الاستهلاك تقرر للمستهلك الحق في الخيار بين رد المبيع غير المطابق واستبداله بأخر مطابق أو إعادته واسترداد الثمن طبقاً لنص المادة 9-L211 من قانون الاستهلاك الفرنسي ، أو استرداد قيمته طبقاً لنص المادة رقم ٨ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري ، دون أن يتحمل

١- د.ممدوح محمد على مبروك ،ضمان مطابقة المبيع ..،مرجع سابق ،ص ١٥٤ . قارب ،د.سيد محمد شعراوى ،الحماية المدنية للمستهلك ..،رسالة سابقة ،ص ٤٥٢ وما بعدها .قارب د.خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى ، حماية المستهلك فى التعاقد الالكترونى ،رسالة سابقة ،ص ٧٣١ و ما بعدها .

٢- د.ممدوح محمد على مبروك ،ضمان مطابقة المبيع ..،مرجع سابق ،ص ١٥٥ .

Jean CALAIS – Auloy , article précité p . 701 ets .



المستهلك بأية تكلفه أو نفقات إضافية سوى مصاريف رد أو إعادة المبيع إلى البائع وفق نص المادة رقم 11-211L من قانون الاستهلاك الفرنسي.

كما انه يمكن ان يكون ان يكون مصدر حق المستهلك في ضمان مطابقة اكثر تشدداً مما قرره القانون هو اتفاق المتعاقدين، حيث قد يتفق المستهلك "المشتري" على المهني "البائع" يكون للمشتري حق شراء منتج اخر مطابق على نفقة المهني، ودون ان يتحمل المستهلك فيها حتى مصاريف الرد او الاستبدال او النقل او الاستلام، أو يلزم المهني احياناً بأن يوفر بديل افضل من المتفق عليه في العقد كجزء لاخلال المهني بالتزامه بضمان المطابقة و ذلك على نفقة المهني<sup>١</sup>.

### ج- خصائص الحق في الاستبدال أو الاسترداد وطبيعته<sup>٢</sup>:

يتميز حق المستهلك في الاستبدال أو الاسترداد بخاصيتين:

#### **الخاصية الاولى : تعلق الحق في الاستبدال أو الاسترداد بالنظام العام:**

فرض المشرع في قانون حماية المستهلك مجموعة من الحقوق الاساسية للمستهلك منها حق المستهلك في ضمان المطابقة، و ذلك كله يعبر عن الحد الادنى من الحماية القانونية للمستهلك، و لذلك يعتبر حق المستهلك في الاستبدال أو الاسترداد حقاً قانونياً يتعلق بالنظام العام فلا يجوز للمستهلك أن يتنازل عنه مسبقاً، كما يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً كل شرط أو اتفاق يقيد أو يحد من ممارسة هذا الحق، لأنه يهدف إلى حماية الرضائية وهي ركن من أركان العقد، كما يهدف إلى حمل البائع على مراعاة حسن النبية في تنفيذ العقد بتسليم الشيء المطابق للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليه من أجله، وهو يدخل في اطار القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العقد<sup>٣</sup>.

ولكن يجوز للمشتري المستهلك العدول عن هذا الحق بعد نشأته وثبوتها، وذلك بعدم ممارسته لهذا الحق خلال المدة المحددة<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> و قد تطور القضاء في اعمال جزاء اخلال المهني بالتزامه بضمان المطابقة حيث قررت محكمة العدل الاوربية في احد

احكامها بتحمل المهني "البائع" لنفقات نقل المنتج المبيع من مكانه الى مكانه صيانتها او استبداله او رده و ذلك الى

جانب تحمل المهني تبعات المسؤولية الاخرى. انظر

CJUE 16 juin 2011, aff. C-65/09 et C-87/09, Dalloz actualité, 4 juill. 2011, obs. Delpech.

<sup>٢</sup> د. ممدوح محمد على مبروك، ضمان مطابقة المبيع .. مرجع سابق، ص ١٥٦ و ما بعدها .

<sup>٣</sup> BIZEUL (B) , these precitee no 437 p. 346, PAISANT (G), OP.cit . no 16 .

<sup>٤</sup> Cass . ٣ . ٢٧ octo ١٩٧٥ Bull . civ III , no ٣١٠ .

## الخاصية الثانية : الصفة التقديرية:

يتميز حق المستهلك في الاستبدال و الاسترداد في القانون الفرنسي بالصفة التقديرية للمستهلك ،حيث لم تفرض المادة 9-211 L و ما يليها من نصوص من قانون الاستهلاك الفرنسي على المشتري المستهلك الذي يستعمل حقه في رد المنتج المبيع "غير المطابق " أن يعلل أو يذكر أسباباً لهذا الرد، وهو ما يدل على أن هذا الأمر يترك لمطلق إرادة المشتري وتقديره الشخصي . كما أن لائحة شرف المهنة للبيع بالمراسلة لم تتطلب ذكر تبريرات أو إيراد أسباب لممارسة هذا الحق ، بل على العكس من ذلك فإن مبدأ أو قاعدة " الرضا أو الرد"، التي أقرتها هذه اللائحة ، تسمح للعملاء بممارسة الحق في رد السلعة لو لم تكن مرضية لهم وأياً كان السبب أو التبرير ، فيكفي أن يكون سبب الرد هو عدم رضا المشتري بالسلعة ، ولا رقابة للقضاء على ذلك<sup>1</sup> .

وذلك على عكس الحال في قانون حماية المستهلك المصري حيث اشترطت المادة رقم ٨ فقرة ١ لممارسة المستهلك لحقه في استبدال السلعة أو استرداد قيمتها ان تكون السلعة غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله ، فيتقيد المستهلك في ممارسته لهذا الحق بذكر هذه الأسباب وإقامه الدليل عليها بكافة طرق الإثبات ، ولا يترك الأمر لمطلق إرادة المشتري المستهلك وتقديره الشخصي .

ويتضح من هذه الخصائص أن الحق في الاستبدال أو الاسترداد هو حق قانوني ذو طبيعة خاصة ، يقوم على أساس النصوص الصريحة في قوانين الاستهلاك ، ويدخل في نطاق ما تحرص عليه القوانين الحديثة من توفير الحماية الكافية للمستهلك إزاء مخاطر التقدم الصناعي والتكنولوجي الحديث في مجال الإنتاج والتعاقد عن بعد عبر المسافات.

### د- نطاق الحق في الاستبدال أو الاسترداد:

يحدد نطاق حق المستهلك في استبدال المنتج غير المطابق ، أو استرداد مقابله من خلال عدة جوانب الأول يتعلق بنوع علاقة الاستهلاك "اي نوع البيوع الاستهلاكية " ، و الثاني يتعلق بالاشياء محل ضمان المطابقة ، و الثالث يتعلق بالشخص صاحب الحق و الاخير يتعلق بمدى ممارسة الحق . ونوضح كل ما تقدم فيما يلي :

١-نوع علاقة الاستهلاك:

<sup>1</sup> - Bizeul (B) these precitee nos 438 et 439 p . 347 , PAISANT (G) , OP. Cit. No 16 .

يتقرر الحق في الاستبدال أو الاسترداد في القانون الفرنسي في البيوع التي تتم عن بعد وعبر المسافات والتي لا يستطيع المشتري فيها أن يتحقق من مدى مطابقة المبيع وقت البيع طبقاً لنص المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم "٢١/٨٨" الصادر في ٦ يناير ١٩٨٨ م ، والمادة رقم L211-9 من قانون الاستهلاك الفرنسي<sup>١</sup>.

ويشمل نطاق الحق في الاستبدال أو الاسترداد البيوع التي تتم بين الغائبين من حيث الزمان والمكان معاً البيع بالمراسلة عن طريق الكتالوجات أو من حيث المكان فقط كالبيع عن طريق التلفزيون أو الانترنت<sup>٢</sup>.

ولعل المشرع الفرنسي وجد أن المشتري في هذه البيوع لا يستطيع فحص المبيع وقت البيع والتحقق من مدى مطابقته للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليه من أجله ، إما بحكم المسافة التي تفصل بين البائع والمشتري أو بسبب تأثر هذا الأخير بأسلوب عرض السلعة في التلفزيون أو الانترنت ، وما ينطوي عليه من جاذبية وإثارة ، فأراد أن يحمي رضاء المشتري فحول له الحق في الخيار بين الاستبدال أو الاسترداد خلال سبعة أيام من تاريخ تسلم المشتري للمبيع أو عقب معاينته<sup>٣</sup>.

ويسمى حق المستهلك هذا في فرنسا بحق المستهلك في العدول حيث من خلاله اما يرد المنتج لاستبداله باخر او رده للعدول عن العقد نهائياً و استرداد الثمن ، ويثبت للمشتري "المستهك " الخيار بين هاتين الوسيلتين بشرط أن لا يسبب إختياره لاحدى الوسيلتين تكلفة أو نفقات متباينه بالنسبة للوسيلة الأخرى ، وإلا أصبحت الوسيلة الاخرى إجبارية بالنسبة للبائع<sup>٤</sup>.

وفي قانون حماية المستهلك المصري لم يخصص المشرع بيوع استهلاك محددة يمارس خلالها المستهلك حقه في الاستبدال أو الاسترداد كما فعل المشرع افرنسي

١- د.إسامة احمد بدر ، ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني ، مرجع سابق ، ص ٨٦ و ما بعدها .

٢- BIZEUL(B) these precitee no 419, p.p. 335 et 336.

٣- مع وجوب العلم بأن ذلك قاصر على بيوع المنتجات ذات الكيان المادى د.إسامة احمد بدر ، ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني ، مرجع سابق ، ص ٨٧ و ما بعدها . د.مدوح محمد على ميرك ، المرجع السابق ، ص ١٥٩ .

٤- Jean CALAIS – Aujoy , article précité p.707.

،وانما ورد نص المادة رقم ٨ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري مطلقاً ، بحيث يثبت للمستهلك الحق في الاستبدال أو الاسترداد في كافة أنواع البيوع الاستهلاكية طالما كانت السلعة غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله.

## ٢- من حيث المنتج المبيع :

في التنظيم القانوني الفرنسي يرد الحق في الاستبدال أو الاسترداد على بيع المنتجات ذات الطبيعة المادية المنقولة كالسلع أوالمنتجات طبقاً لنص المادة L211-1 و المادة رقم 2-L211من قانون الاستهلاك الفرنسي ، و يقتصر على السلع كأحد المنتجات وفقاً لنص المادة رقم ٨ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري ، ويتعلق بالأشياء المعينة بالنوع أكثر من تعلقه بالأشياء المعينة بالذات<sup>١</sup> . ويستبعد من نطاق تطبيقه المنقولات المعنوية والأموال العقارية أو النقود والأوراق المالية كالأسهم والسندات<sup>٢</sup> .

ولا يرد الحق في الاستبدال أو الاسترداد على الأشياء الاستهلاكية ذات الذوق الشخصي ، كالمواد الغذائية سريعة التلف ، وذلك مالم يوجد تغيير يجعلها غير صالحة للاستعمال ، أو تكون غير مطابقة للطلب ، فيرد عليها الحق في الاستبدال أو الاسترداد ، ويجب على المشتري أن يحتفظ بها بحالتها حتى يردها إلى البائع<sup>٣</sup> .

## ٣- الشخص صاحب الحق:

من الثابت ان الشخص صاحب الحق في استبدال المبيع غير المطابق أو استرداد ثمن المبيع غير المطابق هو المستهلك وفقاً للمفهوم سابق البيان ، و على ذلك اتفق فقهاء القانون الفرنسي على ثبوت الحق في الاستبدال أو الاسترداد للمشتري "المستهلك" طبقاً لنص المادة الأولى من القانون رقم "٢١/٨٨" و المادة 9-L211

١- د.اسامة احمد بدر ،ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني ،مرجع سابق ،ص ٨٧ .  
د.ممدوح محمد على مبرك ،المرجع السابق ، ص ١٦٠ .

Jean CALAIS – Auloy ,article précité p. ٧٠٥ .

٢- Jean ٦٠ p. ٦٣ et ٦٢ , BIZEUL (B) , these precitee nos ١١ PAISANT (G) op. cit no

٧٠٥CALAIS – Auloy ,article précité p.

٣- R.E.Q. Quest , écrite, no 30872: J O A N ,29 octo 1990 p.p 5042 et 5043 , contrats , concu, consommé . mars 1991 Fasc 1390 , no 58 note par RAYMOND (GUY).

و ما يليها من قانون الاستهلاك الفرنسي ، واختلفوا في مدى ثبوت الحق في الاستبدال والاسترداد للمشتري المهني المتخصص.

فذهب البعض من الفقه الفرنسي إلى القول بأن الحق في الاستبدال أو الاسترداد يثبت لمشتري المنتج المبيع سواء أكان مستهلكاً عادياً أو مهنيّاً متخصصاً ، لأن نص المادة الأولى من تشريع ٦ يناير ١٩٨٨ ، جاء عاماً وواضحاً ولم يضع أية تفرقة أو تمييز بين المشتري المستهلك والمشتري المهني المتخصص .<sup>١</sup>

ويذهب البعض الآخر من الفقه الفرنسي الى ضرورة قصر الحق في الاستبدال أو الاسترداد على المشتري المستهلك دون المشتري المهني المتخصص ، لأن ذلك يتوافق مع الغرض الذي من أجله ورد النص وهو حماية المشتري المستهلك – غير المتخصص وعديم الخبرة والدراية بالمنتج المبيع – من وسائل الجاذبية والتحريض والإثارة التي قد تدفعه إلى الشراء دون تروي أو تفكير كاف ، كما لو تم البيع بواسطة التلفزيون .<sup>٢</sup>

وقد ورد نص المادة رقم ٨ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري صراحة في قصر الحق في الاستبدال أو الاسترداد على المستهلك فقط دون المشتري المهني المتخصص .

وعلى ذلك نؤيد الرأي الذي يذهب الى ضرورة توسيع نطاق الحق في الاستبدال أو الاسترداد من حيث الشخص صاحب الحق<sup>٣</sup> ، بحيث يثبت لكل مشتري للمنتج المبيع سواء أكان مستهلكاً عادياً أو مهنيّاً متخصصاً . وسواء كان شخص طبيعى أو شخص اعتبارى ، وسواء كان شخص اعتبارى عام أو شخص اعتبارى خاص ، حيث ان المشرع المصرى لم يقصر صفة المستهلك على الشخص الطبيعى ، و لم يحصرها فى الشخص غير المهنى متى كانت لغرض غير مهنى مباشر .

#### ٤ - مدة ممارسة الحق:

<sup>١</sup> - HUET (J) telematique , protection des consommateurs: teleachat . D . inf. Tel . 1988, 1, p. 88, BIZEUL (B) these precitee no 416 , p. 333.

<sup>٢</sup> - BIHL (Luc) , La vente par correspondance , Gaz, pal . 1974 , doctrine p . 533 .

BIZEUL (B) these precitee no 64 p.p 61 et 62.

د. أحمد السعيد الزقرد ، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون ، بحث منشور بمجلة الحقوق السنة التاسعة عشر ، العدد الثالث سبتمبر ١٩٩٥ م ربيع الثاني ١٤١٦ هـ ، تصدر عن مجلس النشر العملى جامعة الكويت ، ص ٢١١ - ٢١٢ .

<sup>٣</sup> - د. ممدوح محمد على مبرك ، المرجع السابق ، ص ١٦٢ .

تعد المدة الزمنية التي يسمح للمشتري "المستهلك" خلالها بممارسة الحق في الاستبدال أو الاسترداد، من النظام العام، وفقاً لنص المادة 17-211 L من قانون الاستهلاك، لا يجوز النيل منها أو تقليصها إياً كانت المبررات، و أن اى بند عقدي يخالفها يعد باطلاً و لا يعتد به كذلك، ولهذا حددت المادة 16-211 L من قانون الاستهلاك الفرنسي المدة التي يستطيع المشتري من خلالها ان يمارس حقه في الخيار بإعادة المنتج المبيع إلى البائع واستبداله بأخر أو رده واسترداد الثمن بسبعة أيام كاملة تحسب من تاريخ تسلم المبيع و لا يدخل في حساب المدة المذكورة يوم تسلم السلعة وإذا كان اليوم السابع عطلة رسمية امتدت المدة إلى اليوم التالي<sup>١</sup>. هذا في حين انه يلزم ان يتم اعمال و تنفيذ الخيار المقرر في نص المادة رقم 9-211 L او المتفق عليه وفقاً لها في غضون شهر من تاريخ مطالبة المستهلك بالضمان، وذلك عملاً بنص المادة رقم 10-211 L من قانون حماية المستهلك الفرنسي.

و يقرر البعض من الفقه الفرنسي ان هذه المدة، اى مدة السبعة ايام تعد مدة زمنية كافية بطبيعة الحال حتى يتدبر المشتري أمره ويستشير غيره في شأن السلعة بما يجعله يتخذ قراره عن تفكير وتبصر كاف<sup>٢</sup>.

وفي قانون الاستهلاك المصري نلاحظ بداية ان المشرع قد فرض مدة زمنية محددة لممارسة المستهلك "المشتري" حقه في الاستبدال أو الاسترداد، و لكنه قيدها بعدم تحديد جهاز حماية المستهلك لمدد اقل منها بحسب طبيعة السلعة، حيث حددت المادة رقم ٨ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري المدة التي يمارس المستهلك خلالها حقه في الاستبدال أو الاسترداد بأربعة عشر يوماً من تاريخ تسلم السلعة.

ويرى البعض من الفقه المصري وبحق أن هذه المدة كافية لقيام المشتري "المستهلك" بفحص المبيع والتحقق من مدى مطابقته للمواصفات او الغرض الذي تم التعاقد

<sup>١</sup>- وهي تسمى في مجال الائتمان الاستهلاكي بمهلة العدول، د. اسامة احمد بدر، ضمانات

المشتري في عقد البيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٨٦ و ما بعدها. د. خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى، رسالته السابقة، ص ٧٢٣ و ما بعدها. و قارن د. نبيل ابراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٢٥ وما بعدها.

Jean CALAIS – Aujoy, article précité p.707ets p709 ets

<sup>٢</sup>- BIEUL(B), these precitee no ١٧ PAISANT (G), OP. cit. no ٣٤٤ m p ٤٣٣ et ٤٣٢.

عليه من أجله . فإذا اتضح للمشتري عدم مطابقة المبيع ، فإنه يجب أن يمارس حقه في الخيار بين رد المبيع إلى البائع واستبداله بأخر أو إعادته واسترداد قيمته قبل انقضاء هذه المدة<sup>١</sup> .

ويسقط حق المشتري المستهلك في الاستبدال أو الاسترداد إذا انقضت المدة المحددة دون أن يطالب البائع به ، حيث تعتبر المدة المحددة لممارسة الحق في الاستبدال والاسترداد مدة سقوط وليست مدة تقادم فلا تخضع لأحكام الوقف ولا الإنقطاع. هذا مع وجوب ملاحظة ان المشرع الفرنسي قد قرر خاصة مدة زمنية لممارسة الدعاوى المترتبة للمستهلك تجاه المهني نتيجة عدم المطابقة و ذلك بمدة سنتين من وقت التسليم و ذلك في نص المادة رقم 12-211L من تقنين الاستهلاك و هي في رأينا مدة سقوط لا يرد عليها وقف و لا انقطاع حيث الحماية الاخرى للانشطة الاقتصادية و ضمان استقرارها و تنشيطها<sup>٢</sup>، رغم ان هناك في التشريع و لدى الفقه ما يفيد بأنها مدة تقادم .

#### ٥ - كيفية ممارسة الحق في الاستبدال أو الاسترداد:

يستطيع المشتري المستهلك أن يمارس حقه في الاستبدال أو الاسترداد بإحدى طريقتين :-

الأولى : أن يطلب استبدال المبيع بأخر مطابق.

الثانية : أن يطلب رد المبيع إلى البائع واسترداد ثمنه وذلك طبقاً لنص المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم "٢١/٨٨" والمادة 9-211L و ما يليها من قانون الاستهلاك الفرنسي والمادة رقم ٨ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري . ولا يخفى أن ممارسة المشتري لحقه في رد المبيع واسترداد الثمن خلال المهلة المحددة ، يخل بجوهر التعاقد ويعتبر اعتداء على مبدأ القوة الملزمة للعقد طبقاً لنص المادة (١٤٧) من التقنين المدني المصري ، حيث يستطيع المشتري أن يرجع في تعاقدته إذا شعر انه تسرع في إبرام العقد وإن المبيع لا يتوافق مع حاجاته وأغراضه الخاصة وذلك على عكس ممارسة المشتري لحقه في استبدال المبيع

١- د. ممدوح محمد على مبروك ، المرجع السابق ، ص ١٦٣ . وقارب د. خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى ، رسالته السابقة ، ص ٧٢٣ وما بعدها .

٢- Article L-٢١١-١٢ "L'action résultant du défaut de conformité se prescrit par deux ans à compter de la délivrance du bien."

وتغييره بأخر مطابق ، حيث لا يترتب عليه الرجوع في التعاقد ، وإنما الوصول إلى تنفيذ العقد تنفيذاً صحيحاً عن طريق تسليم شيء مطابق للعقد<sup>١</sup> .

ويمكن للمشتري ممارسة حقه بالطريقتين معاً ، فيطلب تغيير المنتج واستبداله بأخر خلال المدة المحددة قانوناً ، ثم يتبين له بعد التغيير والاستبدال أن المبيع لا يصلح للاستعمال في الغرض الذي تم التعاقد عليه من أجله فيسارع إلى طلب رد المبيع واسترداد الثمن قبل انقضاء المدة المحددة<sup>٢</sup> .

وإذا أراد المشتري ان يستعمل حقه في الاستبدال أو الاسترداد فإنه حسب الاصل لا يتحمل بمصاريف الرد والإعادة طبقاً لنص المادة رقم 11-211L من قانون المستهلك الفرنسي ، وان كان البعض من الفقه يرى عكس ذلك ، اي ان المستهلك تحمل مثل هذه النفقات<sup>٣</sup> .

وعليه قرر هذا البعض من الفقه انه لا شك أن ذلك يجعل المشتري أكثر روية وتمهلاً قبل أن يلجأ إلى ممارسة هذا الحق خصوصاً إذا كان ثمن المبيع ضئيلاً<sup>٤</sup> .  
وقد قررت المادة رقم ٨ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري للمستهلك الحق في الاستبدال أو الاسترداد ، وألزمت البائع المهني "مورد السلعة" بناء على طلب المستهلك بإبدال السلعة أو استعادتها مع رد قيمتها دون أية تكلفة إضافية ، ولم تستثن المادة سالفة الذكر مصاريف الرد ولذلك فيكون من البديهي أنه لا يجوز تحميل المستهلك بمصاريف الرد ، وإنما يتحملها البائع لأنه المتسبب في الرد بإخلاله بالتزامه بضمان مطابقة الشيء المبيع. وهي بذلك قاعدة امرة من ثم لا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك الحكم و الا كان الاتفاق باطل و يتحمل المهني بمصاريف الرد أو الاستبدال.

١- د.مدوح محمد علي مبروك ، المرجع السابق ، ص ١٦٤. وقارب د.خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى ، رسالته السابقة ، ص ٧٢٠ وما بعدها. د.اسامة احمد بدر ، ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني ، مرجع سابق ، ص ٨٦ و ما بعدها.

٢- د/مدوح محمد علي مبروك ، احكام العلم بالمبيع و تطبيقاته ، رسالة سابقة ، ف ٣٤٧ ، ص ٥٩٠ .

٣- قارن د.خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى ، رسالته السابقة ، ص ٧٢٣ . د.اسامة احمد بدر ، ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني ، مرجع سابق ، ص ٨٦. د.مدوح محمد علي مبروك ، ضمان مطابقة المبيع ، مرجع سابق ، ص ١٦٤-١٦٥ .

٤- Bizeul (B) these precitee nos ٤٢٩ et ٤٣٠ p.p ٣٤١ et ٣٤٢ op cit no PAISANT(G) ,



ويلاحظ أن المادة رقم ٨ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري قد ألزمت المورد "المهني البائع" برد قيمة السلعة إلى المستهلك إذا طالب هذا الأخير بالاسترداد . ونؤيد وبحق الرأي القائل بأنه يجب أن يتم تقدير قيمة السلعة باعتبارها سليمة ومطابقة للمواصفات وقت الرد ، بشرط ألا تقل عن الثمن المدفوع<sup>١</sup>.

وبذلك يكون قانون حماية المستهلك المصري قد ألحق دعوى ضمان المطابقة بدعوى ضمان العيوب الخفية في القانون المدني المصري باعتبارها دعوى تنفيذ بمقابل وليست دعوى فسخ ، بالتالي فهي تفترض بقاء العقد ونفاذه ولا يرد فيها الثمن للمشتري ، بل يطالب هذا الأخير بقيمة المبيع مع التعويضات<sup>٢</sup>. أما إذا رجع المشتري على البائع بدعوى الفسخ فإنه لا يستحق إلا الثمن الذي دفعه مع التعويض<sup>٣</sup>. حيث نصت المادة (٤٤٣) من التقنين المدني المصري على أن " ... كل ذلك ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله. ..."  
٦- قيود ممارسة الحق في الاستبدال أو الاسترداد<sup>٤</sup>:

يستفاد من نصوص المواد من رقم 9-L211 حتى رقم 11-211 من قانون الاستهلاك الفرنسي والمادة رقم ٨ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري أن حق المستهلك في الاستبدال أو الاسترداد ليس مطلقاً ، وإنما يتقيد في ممارسته بالهدف من تقرير الأحكام الخاصة بهذا الحق وهو ضمان مطابقة المبيع للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليه من أجله ويتضح ذلك مما يلي :

١- ان رد السلعة إلى البائع او إعادتها بقصد استبدالها بأخرى ،إنما يكون لعيب عدم مطابقة السلعة المبيعة ، فلا يكفي مطلق عدم الرضا من جانب المشتري حتى يثبت له الحق في رد السلعة واستبدالها بأخرى<sup>١</sup>.

١- د.ممدوح محمد على مبروك ،ضمان مطابقة المبيع ،مرجع سابق ،ص ١٦٥.

٢- د.ممدوح محمد على مبروك ،ضمان مطابقة المبيع ،مرجع سابق ،ص ١٦٦.نقض مدني مصري ٣٠ يونيو ١٩٩٩ ، السابق الإشارة إليه .

٣- د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير ، المرجع السابق، ص ١٨٤.

٤- هذا مع ان حق المستهلك كمشتري في ضوء القواعد العامة التقليدية "في عقد البيع مثلاً" تظل قائمة و من حقه ان يستفيد منها متى كانت افضل له من تلك المقررة في قانون الاستهلاك و ذلك عملاً بنص المادة رقم 13-L211 من قانون الاستهلاك الفرنسي ،قارن ،د.ممدوح محمد على مبروك ،ضمان مطابقة المبيع ،مرجع سابق ،ص ١٦٦ وما بعدها . وقارب د.خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى ،رسائله السابقة ،ص ٧٢٠ و ما بعدها . وص ٢٧٢ و ما بعدها .

٢- أن حق رد السلعة واستبدالها بأخرى يختلف عن التغيير أو الإبدال وفقاً لعقد المقايضة طبقاً لنص المادة (١٧٠٣) من التقنين المدني الفرنسي والمادة (٤٨٢) من التقنين المدني المصري . وذلك لأن التغيير أو الاستبدال وفقاً لنص المادة L211-9 من قانون الاستهلاك الفرنسي ، والمادة رقم ٨ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري ، يعتبر إلزاماً قانونياً على عاتق البائع وليس لهذا الأخير مصلحة في التغيير واسترداد الشيء المبوع ، كما أن هذا التغيير يتم بإرادة المشتري وحده ، على عكس الحال في عقد المقايضة التقليدي فإن التغيير يتم برضاء الطرفين ، وهو يحقق مصلحة الطرفين<sup>٢</sup> .

٣- أن تخويل المشتري الحق في رد السلعة واسترداد الثمن إنما يقصد به حمل البائع على تنفيذ التزامه بالتسليم تنفيذاً صريحاً وكاملاً بتسليم شيء مطابق للمواصفات المتفق عليها<sup>٣</sup> . وتخويل المشتري الحق في رد السلعة واسترداد الثمن ، يفترض أن يرد المشتري السلعة إلى البائع في حالة جيدة على أن يصحبها بفاتورة الشراء ، وبحيث تبقى السلعة على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم ، وهو ما يثير العديد من المشاكل ، وبصفة خاصة في بيوع المنتجات الغذائية القابلة للتلف والفساد ، حتى خلال المدة التي حددها القانون للرد.

ولذلك يلتزم المشتري المستهلك بالمحافظة على السلعة إذا رغب في ممارسة حقه في ردها خلال المدة المحددة ويجب عليه أن يبذل في ذلك عناية الشخص العادي . و تنطبق الاحكام السابقة في شأن التزام المهني بضمان المطابقة على التزام مقدم الخدمة بالضمان تجاه المستهلك و بما يتفق و طبيعة الخدمة ، حيث ألزم المشرع المهني متى كان مقدماً للخدمة بضمان عدم تعيب الخدمة وعدم نقصانها تجاه المستهلك ، أي أن على المهني "مقدم الخدمة" التزاماً بأن يضمن للمستهلك صلاحية الخدمة لتحقيق ما يهدف إليه المستهلك من التعاقد أو التعامل عليها.

وهو التزام بضمان مطابقة الخدمة كمنتج من المنتجات الاستهلاكية، أي ان المهني يضمن أنها خالية من أي عيب وفقاً لمفهوم العيب المحدد في قانون الاستهلاك، وخلوها من أي نقص وفقاً لطبيعة الخدمة، وشروط التعاقد عليها والعرف التجاري بشأنها، وإلا قامت مسؤولية المهني "مقدم الخدمة" تجاه المستهلك بإعادة مقابلها

<sup>١</sup> - PAISANT (G) op . cit, no ١٥

<sup>٢</sup> - BIZEUL (B) , these , precitee. no ٤٢٦ p. ٣٤٠ .

٣- PAISANT (G) op. cit. no 15, BIZEUL (B) ., ibid.

أومقابل ما يجبر النقص فيها أو إعادة تقديمها من جديد للمستهلك، مع حفظ حق المستهلك فى التعويض متى كان لذلك مقتضى. وينطبق على هذا الالتزام بما يتناسب وطبيعة الخدمة ما ينطبق على ضمان المهنى "المورد" بالاستبدال والرد ولا سيما التضامن فيه.

### ثانياً: الحق فى التعويض "إحالة:"

يحق للمستهلك ان يطالب المهنى بالتعويض وذلك فى حالة اخلال الاخير بالتزامه بضمان مطابقة المنتج عملاً بنص المادة رقم ٢ الفقرتين ز، ح، و نص المادة رقم ٢٤ من نصوص قانون حماية المستهلك المصرى. وتنطبق القواعد العامة المنظمة للتعويض فى القانون المدنى على حق المستهلك فى التعويض عن اخلال المهنى بالتزامه بضمان المطابقة. ولذلك نحيل فى شأنه الى ما تم تناوله سابقاً بشأن الحق فى طلب التعويض كجزء فى القانون المدنى. و يدعم ذلك ما قرره المشرع الفرنسى فى نص المادة رقم 13-211L من قانون الاستهلاك، حيث حق المستهلك من الاستفادة بضمانات القواعد العامة و من ثم الحق فى التعويض وفقاً لها و ذلك ان كانت افضل للمستهلك .

## خاتمة

بعد ان تناولنا بالدراسة المقارنة التزام المهني بضمان مطابقة المنتج في عقود الاستهلاك وفقاً لأحكام قانون حماية المستهلك و القواعد العامة في القانون المدني، وذلك من خلال بيان ماهية التزام المهني بضمان المطابقة ، وتحديد مصادر ومقومات و مضمون الالتزام بضمان المطابقة ، وبيان احكام تطبيقه و جزاء الاخلال به ، نخلص الى مجموعة من النتائج و التوصيات نعرضهم فيما يلي :

### ١- النتائج:

أ- من خلال بيان ماهية التزام المهني بضمان مطابقة المنتج في عقود الاستهلاك ، ننتهي الى انه يقصد بالالتزام المهني بضمان مطابقة المنتج ذلك الالتزام الذي يقرره القانون على عاتق المهني تجاه المستهلك بان يوفر الاول للاخير منتج "سلعة أو خدمة" يتفق مع ما هو مقرر من شروط و مواصفات معتمدة قانوناً او اتفاقاً "صراحة أو ضمناً" ومتضمناً من المواصفات ما يجعله صالحاً للاستعمال حسب طبيعته، و محققاً لهدفه بما توافق و التوقع المشروع للمستهلك . و بما يضمن حسن الانتفاع بالمنتج و الاستفاة منه و توقي اضراره .

ب- و من خلال الحديث عن الاصل القانوني لضمان مطابقة المنتج ، ننتهي الى ان التزام المهني بضمان مطابقة المنتج تجاه المستهلك، يجد مصدره الرئيسي او الاساسي في نصوص قانون الاستهلاك الصريحة ، حيث يقوم الالتزام بضمان مطابقة الشيء المبيع على أساس النصوص الصريحة في قوانين الإستهلاك كنص المادة [٢١١-٤ من قانون الاستهلاك الفرنسي . والمادة رقم ٨ فقرة ١ ، والمادة رقم ٩ من قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة .

ومن الممكن ان نجد لالتزام المهني بضمان المطابقة مصدرراً اخر في ضوء المبادئ والقواعد العامة في نظرية الالتزام في القانون المدني كمبدأ حسن النية الواجب مراعاته في تنفيذ العقد طبقاً لنص المادة "٣/١١٣٤" من التقنين المدني الفرنسي ، المقابلة للمادة "١/١٤٨" من التقنين المدني المصري ، وقاعدة إلزام المتعاقد بمستلزمات العقد طبقاً لنص المادة "١١٣٥" من التقنين المدني الفرنسي المقابلة للمادة للمادة "٢/١٤٨" من التقنين المدني المصري. وذلك يمثل مصدر قانوني ايضاً للالتزام ، و حيث يكون الاتفاق مصدرراً ارادياً للالتزام المهني بضمان المطابقة.

كما انه يمكن ايضاً تحديد مصدر قانوني غير مباشر للالتزام المهني بضمان المطابقة وفق القواعد العامة باعتباره التزام تابع و ليس مستقل وذلك من خلال

تأسيسه على الالتزام بالتسليم في عقد البيع لإرتباطه به والالتزام بالاعلام عند دخوله في النطاق العقدي بالاتفاق على مضمونه و ان كان ذلك متصور فقط في العقود التقليدية نظراً لان المشرع نص عليه صراحة في قانون حماية المستهلك.

ج- و بعد بيان حقيقة العناصر و المقومات الاساسية لضمان المطابقة يتضح أنه يتطلب لقيام التزام المهني بضمان مطابقة المنتج تجاه المستهلك ومن ثبوت الحق للمستهلك في الرجوع على المهني بدعوى عدم المطابقة أن يتوافر امران:  
الاول : أن يكون المنتج معيباً يعيب عدم المطابقة وقت التسليم للسلعة، وقت التقديم او الاستفادة بالنسبة للخدمة.

الثاني : أن يفحص المستهلك المنتج ويخطر المهني بعدم المطابقة.  
د- و ببحث اسس و أليات تحديد مضمون ضمان المطابقة يتضح تتعدد اسس تحديد و ضبط مضمون الالتزام بضمان مطابقة المنتج في علاقة الاستهلاك ، ما بين اسس قانونية "كقواعد المواصفات القياسية و الجودة " و اسس اتفاقية ، حيث يتحدد مضمون المطابقة باتفاق الطرفين صراحة أو ضمناً وتتمثل الضوابط المحددة بالإتفاق الصريح فيما يلي:

-الاتفاق الصريح على الشروط والمواصفات المتعلقة بالوضع القانوني للمنتج المبيع وحالته المادية وطريقة أو ظروف استخدامه.  
- الصفات التي كفل المهني "البائع" للمشتري "المستهلك" وجودها في المنتج المبيع أو اشتراطها المستهلك.

-اشتمال العقد على بيان الغرض الخاص الذي تم التعاقد على المنتج من أجله.  
و تتمثل الضوابط والاسس المحددة للمضمون بالاتفاق الضمني فيما يلي :  
-الاتفاق الضمني على مواصفات المنتج المبيع في حالة التعاقد على أساس مرجع ، كعينة أو كتالوج أو وصف المنتج المبيع عبر الوسائل الإلكترونية كالحاسب الآلي والتليفزيون والإنترنت.

-الاتفاق الضمني على المواصفات التي يتطلبها العرف التجاري أو تتطلبها اللوائح الإدارية وقوانين المواصفات القياسية في المنتج .  
-الاتفاق الضمني على المواصفات التي تجعل المنتج المبيع صالحاً للاستعمال العادي وخالياً من العيوب.

ه- و من خلال بحث الطبيعة القانونية لالتزام المهني بضمان مطابقة المنتج في عقود الاستهلاك و بحث طبيعة الاحكام المنظمة له ، نخلص الى انه يعتبر الالتزام بضمان مطابقة المنتج المبيع وفقاً لاحكام قانون الاستهلاك إلتماً قانونياً "اصلى"

فرضته نصوص قوانين الاستهلاك بقواعد أمره لتوفير الحماية الكافية للمستهلك و هو التزام بتحقيق نتيجة . وهو وفق القواعد العامة لعقد البيع فى القانون المدنى التزم عقدي تابع للالتزام بالتسليم . و هو أيضاً التزم بتحقيق نتيجة يخضع للقواعد العامة فى نظرية الالتزام فى القانون المدنى لأنه ينشأ من عقد البيع بإتفاق الطرفين عليه فى العقد صراحة أو ضمناً .

وتتميز القواعد المنظمة للالتزام بضمان المطابقة فى قوانين الاستهلاك بأنها قواعد أمره لا يجوز الإتفاق على مخالفتها . و مفهوم كونها قواعد امرة يكون نسبياً حيث جواز مخالفتها متى كان فى ذلك مصلحة افضل للمستهلك مما قرره القانون .

و- و من خلال دراسة اعمال و تطبيق التزام المهنى بضمان مطابقة المنتج فى عقود الاستهلاك ، وخاصة من خلال تحديد الدائن و المدين فى الالتزام بضمان المطابقة لتحقيق الحماية المنشودة ، نخلص الى انه يمتد نطاق الالتزام بضمان مطابقة المنتج المبيع ليشمل جميع الأشخاص الدائنين بالحق فى ضمان المطابقة والمدنيين بالالتزام بضمان المطابقة . ويعتبر دائناً بالحق فى ضمان المطابقة المستهلك "المشترى" المباشر فى مواجهة المهنى "البائع" سواء أكان المشترى مستهلكاً عادياً او مهنياً متخصصاً . بينما يعتبر مدينأ بالالتزام بضمان المطابقة المهنى "مورد السلعة أو مقدم الخدمة فى القانون المصرى " سواء أكان بائعاً عرضياً أو بائعاً مهنياً أو منتجاً .

ل- و يبحث نطاق تطبيق الالتزام بضمان المطابقة من حيث المحل ، نخلص الى انه فى التنظيم القانونى الفرنسى يحصر المشرع نطاق ضمان المطابقة من حيث المحل فقط فى السلع المادية المنقولة ، و لكن فى الحقيقة يرد الحق فى ضمان المطابقة على بيع المنتجات والسلع و الخدمات وسائر المنقولات المادية والمعنوية ، كما يشمل بيع العقارات وفقاً للرأى الراجح فى الفقه القانونى .

م- و يبحث نطاق تطبيق الالتزام بضمان المطابقة من حيث الزمان نخلص الى انه يثبت للمستهلك "المشترى" الحق فى المطالبة بضمان المطابقة وقت التسليم ، ويثبت للمستهلك متلقى الخدمة الحق فى المطالبة بالضمان وقت التقديم او وقت الاستفادة منها ، و فى جميع الحالات يقع على عاتقه "اى على عاتق المستهلك " عبء اثبات توافر شروط قيام الالتزام بضمان المطابقة فإذا نازع البائع فى عدم المطابقة فيقع على عاتقه عبء إثبات تحقق المطابقة .

ن- و من خلال بحث و بيان الاحكام المنظمة لتنفيذ و تطبيق الالتزام بضمان المطابقة سواء فى القواعد العامة او القواعد الخاصة ، نخلص الى انه يترتب على

عدم مطابقة المبيع في القانون المدني ثبوت الحق للمشتري في طلب التنفيذ العيني للالتزام بضمان المطابقة إذا كان التنفيذ العيني ممكناً وإلا ثبت له الحق في طلب فسخ عقد البيع وطلب التعويض عما أصابه من ضرر .

ويترتب على عدم مطابقة المنتج في قوانين الاستهلاك ثبوت الحق للمستهلك "المشتري للسلعة" في الخيار بين رد المبيع غير المطابق إلى البائع واستبداله بآخر مطابق أو إعادته واسترداد الثمن دون أن يتحمل أي نفقات إضافية طبقاً لنص المادة [١٢١-١٦ من قانون الاستهلاك الفرنسي. ويلتزم المهني "البائع" بناء على طلب المستهلك بإبدال السلعة أو استعادتها مع رد قيمتها دون أية تكلفة إضافية طبقاً لنص المادة رقم ٨ فقرة ١ من قانون حماية المستهلك المصري. ويثبت للمستهلك "متلقى الخدمة" وفقاً للمادة رقم ٩ من قانون الاستهلاك المصري في حالة عدم مطابقة الخدمة للمواصفات الحق في طلب إعادة مقابل الخدمة أو مقابل ما يجبر النقص فيها، أو إعادة تقديمها له من جديد، وعلى المهني الالتزام بذلك طالما وجد عيب أو نقص في الخدمة وفقاً لطبيعة الخدمة، و شروط التعاقد عليها و العرف التجاري. و في جميع الاحوال للمستهلك الحق في التعويض متى كان له مقتضى.

## ٢- التوصيات :

نطالب في البداية ان يضع المشرع المصري تنظيمًا أكثر تفصيلاً للالتزام المهني بضمان مطابقة المنتج الاستهلاكي في قانون حماية المستهلك لا سيما وجوب فرض تنظيم مفصل للمسائل المتعلقة بشروط او عناصر قيام الالتزام من حيث مفهوم العيب الموجب لضمان المطابقة ومحله المنتج "سلعة و خدمة"، و كيفية اثباته وتحديد من عليه يقع عبء الإثبات، و اخطار المهني بعيب عدم المطابقة، وتحديد وقت سقوطه او تقادمه، وتحديد صاحب الحق في المطالبة بالضمان، وبيان الحد الأدنى من اليات تحديد مضمون المطابقة محل الالتزام .

كما نؤكد على تأييدنا للتوصية التي اوصى بها الدكتور ممدوح محمد على مبروك بضرورة بأن يتدخل المشرع المصري لتعديل نصوص القانون المدني المتعلقة بالضمان في عقد البيع التقليدي وأن يضيف نصاً جديداً يتعلق بضمان مطابقة الشيء المبيع كأحد الضمانات أو الالتزامات التي تقع على عاتق البائع لمصلحة المشتري. ليكون التزاماً مستقلاً عن الالتزام بالتسليم لا سيما و ان المنتجات في تطور مستمر و متسمة بالتعقيد الفنى و التي توجب مطابقتها لحد ادنى من المعايير تمثل مناطا لضمان المطابقة بما يكفل حد ادنى من الحماية للمشتري من اضرار عدم المطابقة.

ولا شك أن ذلك يؤدي إلى ترسيخ الثقة العقدية بين الطرفين ويقلل من صور الدعاية الكاذبة أو المضللة التي من شأنها خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المشتري أو وقوعه في خلط أو غلط كما يؤدي إلى تمكين المشتري من الإنتفاع بالمبيع في إشباع حاجاته الخاصة وأغراضه الخاصة ويجنبه أضراره.

ويكون النص المقترح على النحو الآتي " ١- يلتزم البائع بأن يقدم للمشتري المبيع "سلعة أو خدمة" مطابقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها صراحة أو ضمناً أو المقررة قانوناً ، بحيث يكون محققاً للغرض الذي تم التعاقد عليه من أجله

٢- إذا أخل البائع بالالتزام بضمان المطابقة ثبت للمشتري الحق في المطالبة باستبدال المبيع أو فسخ العقد ، أو إعادة مقابل الخدمة ، أو اعادتها من جديد ، مع التعويض عما لحقه من ضرر".

### قائمة المراجع أولاً: المراجع باللغة العربية :

د. أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام فى القانون المدني الجديد ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ١٩٥٤م مطبعة مصر.

د. أحمد محمد محمد الرفاعى، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.

د. أحمد السعيد الزقرد، الروشنة الطبية بين المفهوم القانونى والمسئولية المدنية للصيدلى، دراسة مقارنة، دار ام القرى ، المنصورة ، ١٩٩٣.

د. أسامة احمد بدر ، ضمانات المشتري فى عقد البيع الالكترونى ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١١.

د. أشرف محمد مصطفى ، التزامات البائع فى التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ .

د. السيد عيد نايل ، عقد البيع ، طبعة ٢٠٠١م دار النهضة العربية .

د. الصغير محمد مهدى ، قانون حماية المستهلك ، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٥.



- د. الياس ناصف ،العقد الالكتروني في القانون المقارن ،منشورات الحلبي الحقوقية ،سوريا ،٢٠٠٩.
- د . توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ، المكتب المصري للطباعة والنشر ، طبعة ١٩٧٠.
- د . جمال عبد الرحمن محمد علي ، الخطأ في مجال المعلوماتية ، دراسة في العلاقة بين بنوك المعلومات والمستخدم النهائي ، الطبعة الثانية ٢٠٠٣.
- د . حسن عبد الباسط جميعي ، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ، السنة الثانية عشر العدد الثالث عشر ، كلية الحقوق جامعة أسيوط ١٩٩٠.
- د . حسن فتحي مصطفى بهلول ، عقد انتاج المعلومات والامداد بها دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانوني المدني ، رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر ، سنة ١٤٢٦ هـ ، ٢٠٠٥ م .
- د . حمد الله محمد حمد الله ، مختارات من قانون الاستهلاك، ترجمة من كتاب "Droit de la Consommation" للبروفسيور جان كاليه ألوا، طبعة ١٩٩٢ ، منشور بمجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، العدد ١٨ ، عام ١٩٩٦ .
- د . خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١١.
- د . خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- د . طرح البحور على حسن، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- د . عبد الرازق السنهوري ، الوسيط، الجزء الرابع ، البيع و المقايضة ، طبعة دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان.
- د . عبد المنعم البدر اوي ، الوجيز في عقد البيع ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٣ ، القاهرة.
- د . عمر خالد محمد الزريقات ، عقد البيع عبر الإنترنت ، دراسة تحليلية ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق – جامعة عين شمس ، سنة ٢٠٠٥ .

د. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

د. محمد حسين منصور، الوجيز في البيع، الأحكام التقليدية والالكترونية الدولية وحماية المستهلك، بدون ناشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩.

د. محمد علي عمران، الوجيز في شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية بدون تاريخ نشر.

د. محمود عساف، و د. أحمد سرور، البيع والإعلان، مكتبة عين شمس، ١٩٧٨ - ١٩٧٩.

د. مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.

د. مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، دار المعارف بمصر. ١٩٥٦-١٩٦٧، ص ٤٧.

د. ثروت عبد الحميد، ضمان صلاحية المبيع لوجهة الاستعمال، دار ام القرى للطبع والنشر بالمنصورة بدون تاريخ نشر.

د. جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المباعة، دراسة مقارنة بين القانون المدني الفرنسي والقانونين المصري والكويتي دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.

د. جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي، -1996 1997 بدون ناشر، القاهرة.

د. حسام الدين كامل الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، طبعة ١٩٨٩.

د. حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، بحث منشور بمجلة الدراسات القانونية، السنة الثانية عشر، العدد الثالث عشر، كلية الحقوق - جامعة أسيوط، ١٩٩٠.

د. حسن عبد الباسط جميعي، شروط التخفيف و الاعفاء من ضمان العيوب الخفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الامارات و القوانين الاوربية، طبعة ١٩٩٣، ٥١٤١٤ م.

د.حسن عبد الباسط جمعي ، شروط التخفيف و الاعفاء من ضمان العيوب الخفية ، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الامارات و القوانين الاوربية ، طبعة ١٤١٤هـ ، ١٩٩٣ م  
د.حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٧.

د.رمزي فريد محمد مبروك ، أسباب سقوط الحق في ضمان العيب الخفي ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق - جامعة المنصورة ، العدد الثالث ١٩٩٣ .  
سعيد جبر ، الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٥ .

د.سليمان مرقس، ود.محمد علي إمام ، عقد البيع في التقنين المدني الجديد ، طبعة ١٩٥٢ - ١٩٥٣ م مطبعة نهضة مصر.

د.سيد محمد سيد شعراوي ، الحماية المدنية للمستهلك في عقود البيع الالكترونية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، ٢٠١٠ .  
د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام . دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة .

د.عبد الرشيد مأمون ، الوجيز في العقود المسماة . الكتاب الاول عقد البيع و المقايضة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ .  
د.عبد السميع عبد الواهب أبو الخير ، الوجيز في شرح أحكام عقد البيع طبعة ٢٠٠٢ .

د.عبد المعطي خيال ، التعاقد عن طريق التلفزيون ، النسر الذهبي للطباعة ، ٢٠٠٠ .  
د.علي سيد حسن ، الالتزام بالسلامة في عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ .

د.محسن شفيق "اتفاقيات لاهاي ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية " دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٦ .

د.محمد ابراهيم بنداري ، الالتزام بالتسليم في عقد البيع ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٣ .

د.محمد حسين منصور ، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، دار الجامعة الجديدة للنشر.

د.محمد حسين منصور ،الوجيز في مصادر الالتزام ،بدون ناشر وتاريخ نشر ،الاسكندرية .

د.محمد خليفة ،البيع عبر الانترنت و حماية المستهلك ،مجلة الحقوق البحرين ،مجلد ٥ ، العدد ١ ، ٢٠٠٨ .

د.محمد لبيب شنب ود.محمد محمد أبو زيد ، عقد بيع ، طبعة ٢٠٠٠ .  
د.محمود سمير الشرقاوى "الالتزام بالتسليم فى عقد بيع البضائع "دراسة مقارنة ،مجلة القانون و الاقتصاد ،العددان الثالث و الرابع ، السنة السادسة و الاربعون ،كلية الحقوق ،جامعة القاهرة ، ١٩٧٦ .

د.ممدوح محمد على مبروك ، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته فى ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة ، دراسة مقارنة بين القانون المدنى (المصري والفرنسي) والفقہ الإسلامى، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ١٩٩٨ – ١٩٩٩ .

د.ممدوح محمد على مبروك ، ضمان مطابقة المبيع فى نطاق حماية المستهلك ،دراسة تحليلية فى القانون المدنى و قانون حماية المستهلك المصرى رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ و لائحته التنفيذية و بعض القوانين الاجنبية .دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .

د.نبيل ابراهيم سعد ،العقود المسماه ،عقد البيع ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ، ٢٠١٠ .

د.نبيل ابراهيم سعد ،النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ، ٢٠٠٧ .

د.هانى محمد دويدار ،القانون التجارى ،التنظيم القانونى للتجارة "الاعمال التجارية – التجار – الملكية التجارية "دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ، ٢٠١٥ .

ثانياً: المراجع باللغة الاجنبية :

- L'Essai dans les contrats, thèse de doctorat Lorvellec, Louis**  
**.université de Rennes 1972**
- Pottier Yves, La protection de l'acheteur par**  
**correspondance, thèse de doctorat , paris , x, Nanterre 1982.**
- Carole MORNET , La vente par correspondance , vente a**  
**.domicile , thèse de doctorat , paris 1 , 1984**
- Jérôme HUET, traité de droit civil , les principaux contrats**  
**.spéciaux , éd . LG. D. J 1996**
- Alain BENABENT, conformite et vices cachés dans la vente,**  
**Dalloz 1994.**
- Bernard GROSS, la notion d'obligation de garantie dans le**  
**.droit des contrats, Nancy. Ed. L.G.D.J. 1963**
- Luc BIHL, La vente par correspondance , Gap pal , 1974 ,**  
**doctrine.**
- Bruno BIZEUL, Le télé – achat et le droit des contrats,**  
**thèse de doctorat, paris II . 1996**
- Jean CHARLES Boulay , La conformité Des Biens dans La**  
**vente de meubles corporeles , Etuse comparative , thèse de**  
**.doctorat paris II , 1979**
- Christian ATLAS, L'oboligation de délivrance conforme ,**  
**.Dalloz . 1991**
- Béatrice DELEGUE, La vente par catalogue et sa place**  
**dans la distribution et L' économie , essai comparaison**  
**Mondiale , thèse de docrat , paris 1, éd . 1975 .**
- Didier Ferrier, La protection des Consommateurs, Dalloz,**  
**1996.**
- Robert DOMINGUEZ , etude juridique de la vente par**  
**.correspondance , thèse de docrat , paris 1968**
- Claude DUCOUX- Favard, droit de la vente, ed Paris ,1991.**

- Alexandre Dumery(.), La responsabilité du fait des médicaments, mémoire, DEA aix-marseille, 2002.**
- François Collart Dutilleul et Philippe. Delebecque, contrats civils et contrats commerciaux, éd. Dalloz 2001.**
- Murial FABRE – MAGNAN , Essai à une théorie de L'obligation d'information dans les contrats thèse de doctorat, paris 1, éd L.G.D.J 1992.**
- Guy RAYMOND, Droit de la consommation 10 ans de jurisprudence commentée 1990-2000 éd. Du juris – classeur**
- Jérôme HUET, telematique , protection des consommateurs: teleachat . D .inf. Tel . 1988.**
- Jean Calais – Auoy, Frank steinmetz, Droit de La consommation, Dalloz, 4é éd, 1996**
- Jacques GHESTIN , conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers) éd. L.G.D.J.paris.1983.**
- Jacques Ghestin, les obligations du vendeur in la convention de viennesur la venteinternation et les incoterms , L.G.D.J, paris,1990.**
- Jacques GHESTIN et Bernard DESCHé, traité des contrats , la vente. éd.L.G.D.J 1990.**
- Jean Calais-Auoy, De la garantie des vices cachée à la garantie de conformité, Mélanges Mouly, Litec, 1998.**
- Jean CALAIS – auoy, L'attente légitime une nouvelle source de droit subjectif ? Mélanges Guyon, Dalloz 2003 .**
- Jean Calais-Auoy, Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité, RTD Civ. 2005**
- Jean GATSI, les contrats spéciaux, éd Armond colin ,1998**
- Jean Jacque BARBIERI, contrats civils, contrats commerciaux éd. Amand colin, 1995.**

- Jean Calais, Auloy, Droit de La Consommation. 3éd, paris, 1992.**
- Jean JOUBERT, Ouel avenir pour la vente par catalogue  
Revue Francaise de Marketing 1990.**
- jean philippe KISTNER, La venete par correspondance ,  
thèse de doctortat, Bordeaux, 1, 1990.**
- Layrent leveneur, droit des contrats 10 ans de  
jurisprudence commentée 1999 – 2000, éd. Litec.**
- Philippe Malinvau , La protection du consommateur , D.  
1981.**
- Gérand MARTINE , La vente a domicile , thèse de doctrat,  
paris 1966.**
- Gerard-Jerome NANA , LA RÉPARATION DES  
DOMMAGES CAUSÉS PAR LES VICES D'UNE CHOS  
,LGDJ,1982.**
- Olivier CARMET, Reflexions sur les clauses abusives au  
sens de La No 78 23 du 10 Jonv. 1978, R. T. D. C. E. 1982.i.  
1. 5.**
- Jean Francis overstack , la responsblitie du fabricant des  
produits dangereux, R.T.D. civ. 1972.**
- Paisant leveneur Que la transposition pour la directive du  
25 mai 1999 J.C.P. 2002, 1. 135.**
- philipe le tourneau, conformité et garanties dans la vente  
d'objets mobiliérs corporals.R.T.D.com.1980.**
- Philipe le torneau et loiccadiet, droit de la Responsabilité et  
des contrrats, éd. Dalloz 2002 – 2003.**
- Philipe Le tourneau, responsabilité des vendeurs et  
.Fabricants, éd. Dalloz 2000**
- Guy Raymond, Les Contrats des Consommation, Actes des  
.Colloque de 24 – 2, 1994**

- Philippe Remy, L'obligation de conformité dans La vente .sur référence, note sur cass civ, ler décembre 1987**
- Philippe Rémy, L' obligation de conformité dans La vente .sur référence , R.T.D. civ . 1988**
- Anne SINAY CYTERMAN, Les Relations enter professionnels et Consommateurs en droit Francais, La protection de la Partie faible dans Les rapports Contractuels, Comparaisons Franco – belgs, L. G. D. J. 1996.**
- TOURNAFOND , LA transposition de la directive du 25 mai 1999, D. 2001.**
- Guy VINEY, Quel domaine assigner a la loi de transposition de la directive européenne sur la vente J.C.P. 2002, 1 – 158.**
- Yves PICOD, le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat. ed. LG.D.J. Paris 1989.**



مقدمة.

المبحث الأول: ماهية التزام المهني بضمان المطابقة .

المطلب الاول :المنتج وعلاقة الاستهلاك .

اولاً:- المقصود بالمستهلك.

ثانياً:- المقصود بالمهني و المنتج موضوع علاقة الاستهلاك.

أ- مفهوم المهني.

ب- تعريف المهني فى التشريع.

ج- التعريف المقترح للمهني

د- المنتج الاستهلاكى وعقد الاستهلاك:

١- المنتج الاستهلاكى :

٢- عقد الاستهلاك:

٥- مفهوم العيب فى قانون الاستهلاك

المطلب الثانى : التعريف بضمان مطابقة.

الفرع الاول :مفهوم الالتزام بضمان المطابقة و خصائصة.

أولاً : تعريف الالتزام بضمان المطابقة .

ثانيا : خصائص الالتزام بضمان المطابقة وعناصره .

الفرع الثانى :طبيعة الالتزام بضمان المطابقة وطبيعة احكامه.

اولاً: الطبيعة القانونية للالتزام بضمان المطابقة.

أ- الالتزام بضمان المطابقة بين العقد و القانون .

ب- الالتزام بمطابقة المنتج بين الإلتزام بتحقيق نتيجة و الإلتزام ببذل عناية .

ثانياً : الطبيعة الأمرة لاحكام الإلتزام بضمان المطابقة .

الفرع الثالث: تمييز الإلتزام بضمان المطابقة عما يشته به 27

اولاً : تمييز الإلتزام بضمان المطابقة عن الإلتزام بضمان العيوب الخفية .

ثانياً : تمييز الإلتزام بضمان المطابقة عن الغلط فى المبيع .

ثالثاً:- تمييز الإلتزام بضمان المطابقة عن المسئولية عن انتاج السلع و توزيعها .

- المبحث الثاني :مصدر و مقومات الالتزام بضمان المطابقة .
- المطلب الاول : مصادر الالتزام بضمان المطابقة .
- الفرع الاول :المصادر التشريعية للالتزام بضمان المطابقة .
- أولاً - القواعد الخاصة في قانون الاستهلاك .
- ثانياً - القواعد العامة في القانون المدنى .
- الفرع الثانى : المصدر العقدى للالتزام بضمان المطابقة .
- أولاً :الالتزام بالتسليم كأساس للالتزام بضمان المطابقة .
- ثانياً : الالتزام بالإعلام الكافى كأساس للالتزام بضمان المطابقة .
- المطلب الثانى :مقومات الالتزام بضمان المطابقة .
- الفرع الاول :تعيب المطابقة وقت الاداء .
- الشرط الأول : أن يكون المنتج معيباً بعب عدم المطابقة .
- الشرط الثانى:- أن يكون عيب عدم المطابقة موجوداً وقت أداء المهنى لالتزامه الجوهرى .
- الفرع الثانى :فحص المنتج وإخطار المهنى بعدم المطابقة .
- الشرط الأول :وجوب قيام المستهلك بفحص المنتج .
- الشرط الثانى : إخطار المهنى بعدم المطابقة .
- المبحث الثالث : التحديد الاتفاقى لمضمون المطابقة .
- المطلب الأول :تحديد مضمون المطابقة بالاتفاق الصريح .
- الضابط الأول : الاتفاق الصريح على الشروط والمواصفات المتعلقة بالوضع القانونى للمنتج المبيع وحالته المادية وطريقة استعماله .
- الضابط الثانى : الصفات التى كفل المهنى للمستهلك وجودها فى المنتج أو اشتراطها المستهلك .
- الضابط الثالث: المطابقة للغرض الذى تم التعاقد على المنتج من أجله .
- المطلب الثانى :تحديد مضمون المطابقة بالاتفاق الضمنى .
- الضابط الأول: مطابقة المنتج للمواصفات التى كفلها المهنى للمستهلك ضمناً بالاحالة إلى مرجع أو عبر الوسائل الإلكترونية والتقنية :
- الضابط الثانى : مطابقة المنتج للمواصفات التى يتطلبها العرف التجارى أو تتطلبها اللوائح الادارية وقوانين المواصفات القياسية .
- الضابط الثالث : المطابقة للمواصفات التى تجعل المبيع صالحاً للاستعمال العادى وخالياً من العيوب .

المبحث الرابع : احكام تطبيق ضمان المطابقة و الاخلال به.  
المطلب الأول : مجال اعمال الالتزام بضمن المطابقة.  
الفرع الأول : محل و اشخاص الالتزام بضمن المطابقة .  
أولاً : من حيث الأشخاص.  
ثانياً : من حيث الأشياء.  
الفرع الثاني : حياة و اثبات الالتزام بضمن المطابقة.  
أولاً: حياة الالتزام بضمن المطابقة.  
ثانياً: اثبات الالتزام بضمن المطابقة.  
المطلب الثاني : المسؤولية عن ضمان المطابقة.  
الفرع الأول : جزاء عدم المطابقة فى القانون المدنى.  
اولاً-الحق فى طلب التنفيذ العيني .  
ثانياً-الحق فى طلب فسخ عقد البيع  
ثالثاً - الحق فى طلب  
التعويض.

رابعاً- الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية عن الإخلال بالالتزام بضمن المطابقة .  
الفرع الثاني : جزاء عدم المطابقة فى قانون المستهلك.  
اولاً- الحق فى الاستبدال أو الاسترداد .  
أ- تعريف الحق فى الاستبدال أو الاسترداد .  
ب- مصدر الحق فى الاستبدال أو الاسترداد وأساسه .  
ج- خصائص الحق فى الاستبدال أو لاسترداد وطبيعته .  
د- نطاق الحق فى الاستبدال أو الاسترداد .  
ثانياً: الحق فى التعويض "إحالة" .

خاتمة

١-النتائج

٢- التوصيات .

قائمة المراجع.

اولاً: المراجع باللغة العربية .

ثانياً: المراجع باللغة الاجنبية .

الفهرس.



# التعويض العقابي فى القانون الأمريكى

د. حسام الدين محمود

إن الوظيفة الأولى والأساسية للمسئولية المدنية- مع أنها لم تتل قدرا وافيا من الاهتمام- هي ردع السلوك غير الاجتماعي، أو الوقاية من الأضرار، وهى وظيفة ترتبط ارتباطا وثيقا بالدور الأخلاقي للمسئولية المدنية أكثر من وظيفتها التعويضية<sup>(١)</sup>.

فمن الممكن للحكم الذي يصدره القاضي في دعاوى المسئولية التقصيرية ألا يشجع المدعى عليه على إعادة ارتكاب الخطأ، أو العمل غير المشروع مرة أخرى، كما يمكن أن يمثل تحذيرا لغيره من الأشخاص من ارتكاب نفس الأفعال الخاطئة غير المشروعة<sup>(٢)</sup>. لذلك فى دعاوى المسئولية التقصيرية المؤسسة أو القائمة على الخطأ، نجد أن هناك وظيفة للتعويض عقابية وتحذيرية أو ردعية، بالإضافة إلى الوظيفة التعويضية، تمثل سببا في أخذ مبلغ من المال من المدعى عليه، وإعطائه للمدعى المضرور.

وعلى ذلك فهناك هدفان للحكم بالتعويض على المدعى عليه، أولهما: هو التعويض عن الأضرار التي لحقت بالمضرور، وثانيهما: العدول عن ارتكاب السلوك الخاطئ، أو العمل غير المشروع<sup>(٣)</sup>.

ولذلك، ففكرة التعويض العقابى "Punitive damages" هى فكرة استثنائية عن القاعدة العامة فى قانون المسئولية التقصيرية<sup>(٤)</sup>، والتي تقضى بأن الشخص الذى أصيب بضرر

(١) محسن عبد الحميد البيه، حقيقة أزمة المسئولية المدنية ودور تأمين المسئولية، مكتبة الجلاء الجديدة، ١٩٩٣، ص ١٠٤.

- (2) James M. Underwood, Road to nowhere or jurisprudential U-Tern? The intersection of punitive damage class actions and the due process clause, 66 Wash. And Lee Law Review 763, 2009, P. 806.
- (3) Clarence Morris, Punitive damages in tort cases, Harvard law review, Vol. XLIV, No.8, JVNE, 1931, P. 1174.
- (4) Benjamin C. Zipursky, A theory of punitive damages, Texas Law Review, Vol. 84:105, 2005, P. 151. Jeremy C. Baron, The monstrous heresy of punitive damages: A comparison to the death penalty and suggestions for reform, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 159:853, 2011, P. 858.

يجب إعادته إلى الحالة التي كان عليها قبل حدوث هذا الضرر، أي إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل حدوث الضرر، وهو ما يتحقق بالتعويض عن الضرر فقط، أي بقدر الضرر "Compensatory damages"<sup>(1)</sup>.

أما فكرة التعويض العقابي فهي توسع أو تمد المسؤولية، لتعزيز العقاب والردع، فالعقاب والردع يبرران فرض تعويضات عقابية تفوق الخسارة أو الضرر الفعلي "Actual damages"<sup>(2)</sup>.

فالتعويض العقابي، بعكس التعويض عن الضرر، لا يتميز فقط بالعنصر الفردي أو الشخصي، والذي يركز على الضرر الذي أصاب المدعى، وإنما يتميز بطابع جماعي أو مجتمعي، يركز على شمولية الضرر الذي ينتج عن فعل أو سلوك المدعى عليه للمجتمع<sup>(3)</sup>.

أما التعويض عن الضرر "Compensatory damages" فهو الذي يستخدم لجبر أو تعويض أو إزالة الخسائر أو الأضرار التي حدثت للمدعى، وهدفه هو إعادة حال أو مركز المدعى إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر<sup>(4)</sup>. ويشمل هذا النوع من التعويض جبر الخسائر المادية أو الاقتصادية، كمصاريف الرعاية الصحية، وفقدان الأجر من العمل، كما تشمل جبر الضرر المعنوي أو الأدبي، كالألم والمعاناة<sup>(5)</sup>. وهذا النوع من التعويض لا ينظر إلى الضرر

- (1) Madeleine Tolani, U.S. punitive damages before German courts: A comparative analysis with respect to the ordre public, Annual survey of INT'L and COMP. Law, Vol. XVII, 2011, P. 187.
- (2) Ronen Perry, Economic loss, Punitive damages, And the EXXON Valdez litigation, Georgia Law Review, Vol. 45:409, 2011, P. 413, 414. Jeremy C. Baron, previous reference, P. 854.
- (3) Catherine M. Sharkey, The future of class wide punitive damages, University of Michigan Journal of Law Reform, Vol. 46:4, 2013, P. 1129.
- (4) Ebrahim Taghizadeh, Comparison of the punitive damage with compensatory, symbolic, indirect and aggravated damages, International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences, Vol. 2, No. 5, 2012, P. 45. Timothy R. Robicheaux and Brian H. Bornstein, Punished, Dead, or Alive: Empirical perspectives on awarding punitive damages against deceased defendants, American Psychological Association, Vol. 16, No. 4, 2010, P. 394.
- (5) Timothy R. Robicheaux and Brian H. Bornstein, previous reference, P. 394.

المجتمعى الذى سببه المدعى عليه للمجتمع، وإنما ينظر إلى الضرر الشخصى الذى أصاب المدعى<sup>(١)</sup>.

إذن فالمفهوم المجتمعى للتعويض العقابى يتمثل فى أن فرضه لا يقتصر على الضرر الذى أصاب مدعياً معيناً فى دعوى أمام المحكمة، وإنما الأضرار التى يمكن أن تحدث للمجتمع من سلوك المدعى عليه غير المشروع<sup>(٢)</sup>.

وعلى الرغم من أن فكرة التعويض العقابى تتنافى أو تتعارض مع دساتير الدول التى تأخذ بالنظام القانونى اللاتينى، إنما تعترف وتأخذ بها الدول التى تأخذ بالنظام القانونى الأنجلوسكسونى، خاصة الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(٣)</sup>.

حيث اكتسبت التعويضات العقابية أهمية كبيرة ومزيدياً من إلقاء الضوء عليها من جانب المحكمة العليا فى الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(٤)</sup>، فأصبحت مقبولة على نطاق واسع فى المحاكم الأمريكية منذ منتصف القرن التاسع عشر<sup>(٥)</sup>، وأصبح فرضها ذا أهمية كبيرة فى الدعاوى المدنية<sup>(٦)</sup>.

وفى السنوات الأخيرة، أصبح موضوع التعويض العقابى من أهم الموضوعات الشائعة أو العصرية فى المجتمع القانونى الأمريكى. فالمدعون بالحق المدنى، فى مختلف محاكم الولايات، يكسبون أكثر من ٤٠ بليون دولار سنوياً، كتعويضات عقابية<sup>(٧)</sup>.

- 
- (1) Jill Wieber Lens, Punishing for the injury: Tort law's influence in defining the constitutional limitations on punitive damage awards, HOFSTRA Law Review, Vol. 39:595, 2011, P. 605.
  - (2) Catherine M. Sharkey, previous reference, P. 1135.
  - (3) Manuel Gomez Tomillo, Punitive damages: A European criminal law approach, State sanctions and the system of guarantees, Eur. J. Crim. Policy Res. 19:215-244, 2013, P. 215, 216. Thomas Rouhette, The availability of punitive damages in Europe: Growing trend or nonexistent concept?, Defense Counsel Journal, October 2007, P. 321.
  - (4) Anthony J. Sebok, Punitive damages: From Myth to theory, 92 IOWA Law Review, 2007, P. 959.
  - (5) Robert J. Rhee, A financial economic theory of punitive damages, Michigan Law Review, Vol. 111:33, October 2012, P. 40.
  - (6) John D. Long, should punitive damages be insured? The Journal of Risk and Insurance, No date, P. 1.
  - (7) Richard Aaron Chastain, Notes, Cleaning up punitive damages: A statutory solution for unguided punitive damages awards in Maritime cases, Vanderbilt Law Review, Vanderbilt University Law School,



ولكن مازال التعويض العقابي فرعا معقدا ومثيرا للجدل في القانون الخاص في الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(1)</sup>، لذلك نمت الحاجة إلى مبادئ تفسيرية وإرشادية توضح هذا النوع من التعويضات، وتبين كيفية تطبيقها. ولكن للأسف لم يتم تناول التعويضات العقابية بشكل مرض حتى الآن<sup>(2)</sup>.

وعلى ذلك، وجدنا من الأهمية بمكان بحث فكرة التعويض العقابي، لنرى مدى أهميته، ووظائفه، وما العيوب والانتقادات التي وجهت له، وصعوبات تطبيقه، وما صور الخطأ التي تستوجب فرضه، ومدى إمكان تأمين المسؤولية منه، وكيفية تقديره، وغير ذلك من الأمور المهمة التي يجب تناولها.

وبناء على ما قدمنا، رأينا تقسيم هذا البحث إلى فصلين، على أن نقدم لهما بمبحث تمهيدى، نبين فيه نبذة تاريخية عن فكرة التعويض العقابي، وذلك على النحو الآتى:

المبحث التمهيدي: نبذة تاريخية عن التعويض العقابي.

الفصل الأول: تعريف التعويض العقابي ووظائفه وتقديره وتقييمه.

الفصل الثانى: انعقاد المسؤولية عن دفع التعويض العقابي والتأمين منها.

---

Vol. 63:3:813, May 2010, P.814.

- (1) Doug Rendleman, Measurement of restitution: Coordinating Restitution with compensatory damages and punitive damages, 68 Washington and Lee Law Review 973, 2011, P. 998. "Punitive damages are a complex and controversial branch of U.S. private law". Amir Nezar, Reconciling Punitive Damages with Tort Law's Normative Framework, The Yale Law Journal, 121:678, 2011, P. 681. Jeremy C. Baron, previous reference, P. 854. Helmut Koziol and Vanessa Wilcox, Punitive damages: Common law and civil law perspectives, Springer Wien New York, Tort and insurance law, Vol. 25, April 2009, P. 1.

- (2) Amir Nezar, previous reference, P. 678.

على الرغم من أن التعويض العقابي خضع للتطور حديثاً، إلا أن له جذوراً تاريخية. فالنظم القانونية القديمة، كقانون حمورابي، قد سمح بفرض تعويضات عقابية تجاوز أو تزيد على تعويض الضرر. وقد شملت تسع عشرة تقنيات قديمة أخرى<sup>(١)</sup> أحكاماً للتعويضات العقابية، كما وجد هذا النوع من التعويضات بشكل كبير في عصر القانون الروماني<sup>(٢)</sup>.

ثم تأسست فكرة التعويض العقابي في إنجلترا، منذ نهاية القرن الثامن عشر<sup>(٣)</sup>، وفرض القانون الإنجليزي تعويضاً تحذيرياً "exemplary damages" على المدعى عليه الذي يرتكب خطأ جسيماً متعمداً<sup>(٤)</sup>.

ثم أصبح التعويض العقابي جزءاً أساسياً من قانون الولايات المتحدة الأمريكية. وبعد ذلك وجد هذا النوع من التعويض في أستراليا، ونيوزيلندا، وجنوب أفريقيا، وكندا<sup>(٥)</sup>. وقد ظهر التعويض العقابي في القانون الأمريكي منذ عام ١٧٨٤، وقد أقرت المحكمة العليا الأمريكية بوجود التعويضات العقابية في عام ١٨١٨. وقد كانت القضية الأولى التي اعترفت بالتعويض العقابي هي قضية<sup>(٦)</sup> بين Genay ضد Norris، والتي حكمت فيها المحكمة بأن الشخص الذي تسمم من شخص آخر يحق له أن يمنح تعويضات رادعة. ففرضت محاكم الولايات في وقت مبكر التعويضات العقابية على المدعى عليه الذي يرتكب خطأ جسيماً.

(1) Such as: Bible.

(2) Jeremy C. Baron, previous reference, P. 857, 858.

(3) Michael L. Wells, A common lawyer's perspective on the European perspective on punitive damages, Louisiana Law Review, Vol. 70, 2010, P. 570. Helmut Koziol and Vanessa Wilcox, previous reference, P. 7.

(4) Jeremy C. Baron, previous reference, P. 857, 858.

(5) Thomas Rouhette, previous reference, P. 321.

(6) 1 S.C.L. (1Bay) 6 (1784).

وفى عام ١٨٧٢، رأت المحكمة العليا فى نيوهامبشاير بأن العقوبة يجب أن تكون قاصرة على مجال القانون الجنائى، وأنه ليس مكانها، ومن غير المنطقى أن تصنف من ضمن العلاجات المدنية<sup>(١)</sup>.

ولكن فى نهاية القرن التاسع عشر، سمحت معظم الولايات القضائية بفرض تعويضات عقابية، ليس فقط على الأفراد، وإنما أيضا على الشركات. وإن كان مازال هناك خلاف حول إمكانية فرضها على الشركات<sup>(٢)</sup>.

ثم فى وقت لاحق، بدأت المحاكم فى فرض تعويضات عقابية على الشركات الكبرى، مثل شركات السكك الحديدية، والتي كانت ترتكب إهمالا جسيما، مما يسبب أضرارا خطيرة، والتي كان لا يمكن محاكمتها بموجب القانون الجنائى<sup>(٣)</sup>. وفى السنوات الأخيرة، أصبح موضوع التعويض العقابى من أهم الموضوعات الشائعة فى المجتمع القانونى الأمريكى<sup>(٤)</sup>.

---

(1) Fay V. Parker, 53 N.H. 342, 382, 397 (1872).

(2) Ronen Perry, previous reference, P. 441.

(3) Jeremy C. Baron, previous reference, P. 857, 858.

(4) Richard Aaron Chastain, previous reference, P.814.

## الفصل الأول

تعريف التعويض العقابي ووظائفه وتقديره وتقييمه

تقديم وتقسيم:

لا بد في بداية بحثنا أن نعرف أولا المقصود بالتعويض العقابي، حتى يتسنى لنا معرفة الدور الذي يقوم به التعويض العقابي في دعاوى المسؤولية المدنية بعرضنا لوظائفه، ثم كيفية تقديره، وأخيرا المميزات التي يتميز بها، والعيوب والانتقادات التي وجهت له.

وبناء على ما تقدم، نرى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي:  
**المبحث الأول:** تعريف التعويض العقابي ووظائفه.  
**المبحث الثاني:** تقدير التعويض العقابي وتقييمه.

### المبحث الأول

تعريف التعويض العقابي ووظائفه

تقديم وتقسيم:

بعد أن نعرف، من خلال هذا المبحث، المقصود بالتعويض العقابي، سنجد أن له عدة وظائف يقوم بها، منهم وظائف متفق عليها، ومنهم أخرى غير متفق عليها.  
وبناء على ما تقدم، نرى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، على النحو الآتي:  
**المطلب الأول:** تعريف التعويض العقابي.  
**المطلب الثاني:** وظائف التعويض العقابي.

تعددت تعريفات الفقهاء للتعويض العقابي، فمنهم من ركز في التعريف على خصائصه، ومنهم من ركز على وظائفه والهدف منه.

وعلى ذلك فقد عرفه البعض بأنه "عقوبة يفرضها قانون المسؤولية التقصيرية، لسوء سلوك مرتكب الفعل غير المشروع"<sup>(١)</sup>، تهدف إلى عقابه، وردعه، بالحكم عليه بدفع مبلغ من المال إلى المدعى"<sup>(٢)</sup>.

وعرفه آخرون بأنه "أداة لعقاب المدعى عليه، الذي تصرف بتهور وطيش واستهتار، مما أدى إلى إصابة الغير بضرر أو خسارة"<sup>(٣)</sup>.

كما عرفه البعض بأنه "مبلغ من المال، يمنح للمدعى في دعوى المسؤولية التقصيرية، يفوق أو يزيد على مقدار الضرر الفعلي الواقع عليه"<sup>(٤)</sup>.

وآخرون عرفوه بأنه "عقوبة تفرضها الدولة، تعبر عن رفض المجتمع واستنكاره سلوك المدعى عليه"<sup>(٥)</sup>.

- (1) John D. Long, previous reference, P. 15. "A penalty imposed by tort law for aggravated misconduct". Benjamin C. Zipursky, previous reference, P. 105.
- (2) Gregory J. Sextro, Note, Corporate insurability of punitive damages arising from employee acts, the journal of corporation law, 2001, P. 103. Amir Nezar, previous reference, P. 691. Madeleine Tolani, previous reference, P. 188.
- (3) Timothy R. Robicheaux and Brian H. Bornstein, previous reference, P. 393. Thomas Rouhette, previous reference, P. 320.
- (4) "Punitive damages are sums awarded to a tort claimant over and above his or her actual harm". Ronen Perry, previous reference, P. 438. Thomas H. Cohen, Punitive damage awards in large countries 2001, Civil justice survey of State courts 2001, U.S. department of justice, March 2005, P. 1. Helmut Koziol and Vanessa Wilcox, previous reference, P. 7. Madeleine Tolani, previous reference, P. 188.
- (5) Richard Frankel, The disappearing OPT- OUT right in punitive

وأيضاً عرفه آخرون بأنه "التعويض الذى يمنح بصورة تتجاوز أو تزيد على الضرر الفعلى للمدعى، وذلك عندما لا يكفى التعويض العادى عن الضرر لجبر هذا الضرر، أو ردع السلوك غير المشروع"<sup>(١)</sup>.

وقد عرفه البعض الآخر بأنه "رد فعل القانون المدنى على السلوك غير المقبول اجتماعياً للمدعى عليه، وهى التعويضات التى تفوق أو تتجاوز ما هو ضرورى لتعويض المدعى"<sup>(٢)</sup>.

وعرفه البعض أيضاً بأنه "التعويض الذى يمنح للمدعى، بالإضافة إلى التعويض عن الخسارة المادية أو الاقتصادية، ويفرض على المدعى عليه لسلوكه المذموم أو المشين"<sup>(٣)</sup>.  
وقد عرفه البعض، بالنظر إلى الهدف منه، بأنه "ذلك التعويض الذى لا يهدف إلى جبر الضرر، وإنما إلى العقاب والردع"<sup>(٤)</sup>. فهو يختلف عن التعويض عن الضرر من حيث الهدف، على الرغم من أن كلا النوعين من التعويضات تفرض على المدعى عليه فى نفس الوقت"<sup>(٥)</sup>.

---

damages class actions, Wisconsin Law Review, 2011: 563, P. 607.  
"Punitive damages are not just punishment, they represent state imposed punishment that expresses society's rejection and condemnation of the defendant's conduct".

- (1) Marta Cenini, Barbara Luppi, Francesco Parisi, Incentive effects of class actions and punitive damages under alternative procedural regimes, Eur J Law Econ 32:229–240, 2011, P. 230. "Punitive damages are damages that are awarded in excess of the plaintiff's actual harm when compensatory damages are insufficient to deter and redress the wrongdoing".
- (2) Janno Iabe, Punitive damages in Estonian Tort Law, Journal of European tort law, University of Tartu, Estonia, 2011, P. 285. "Punitive damages are a (civil law) reaction to socially unacceptable behavior by the defendant. Punitive damages are damages which are awarded over and above what is necessary to compensate a claimant".
- (3) Amir Nezar, previous reference, P. 688. "Punitive damages are damages awards in addition to whatever compensatory or nominal damages that a court awards for physical or economic loss, and typically they are thought to respond to some sort of reprehensible conduct".
- (4) Alexandra B. Klass, Punitive damages and valuing harm, Minnesota Law Review, 92:83, 2007, P. 90. Andrew B. Nick, Market share

وفى مجال المسؤولية العقدية، عرفه البعض، باعتباره تعويضا عن الإخلال العقدى، بأنه يمثل "عقوبة خاصة توقع على المدين، جزاء له على سوء نيته "Malice"، ويمكن أن يحكم به فى دعوى فسخ العقد، أو ترفع به دعوى منفصلة، باعتبار أن سوء النية يمثل إخلالا مدنيا وخطأ تقصيريا، كالغش والتدليس"<sup>(٢)</sup>.

وباستقراء هذه التعريفات، نرى تعريف التعويض العقابى بأنه مبلغ من المال، يفرض على المدعى عليه، ويأخذه المدعى، يجاوز أو يزيد على مقدار الضرر الفعلى الواقع عليه، وذلك كعقوبة له على سلوكه غير المشروع، ولردعه وردع غيره عن ارتكاب مثل هذا السلوك مرة أخرى فى المستقبل.

وبذلك نكون قد جمعنا وركزنا فى تعريفنا للتعويض العقابى على خصائصه ووظائفه والهدف منه، بحيث يكون تعريفنا جامعا مانعا.

---

liability and punitive damages: The case for evolution in Tort Law, Columbia Journal of Law and Social Problems, Vol. 42:225, 2008, P. 232.

(1) Andrew B. Nick, previous reference, P. 232.

(٢) مصطفى عبد الحميد عدوى، الضرر الناشئ عن الإخلال العقدى فى القانون الإنجليزى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ١٢.

## المطلب الثاني

### وظائف التعويض العقابي

كما قدمنا من قبل، التعويض عن الضرر "Compensatory damages" هو الذى يستخدم لجبر، أو تعويض، أو إزالة الخسائر، أو الأضرار التى حدثت للمدعى، ووظيفته هى إعادة حال أو مركز المدعى إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر<sup>(١)</sup>. ويشمل هذا النوع من التعويض جبر الخسائر المادية أو الاقتصادية، كمصاريف الرعاية الصحية، وفقدان الأجر من العمل، كما تشمل جبر الضرر المعنوى أو الأدبى، كالألم والمعاناة<sup>(٢)</sup>.

وهذا النوع من التعويض لا ينظر إلى الضرر المجتمعي الذى سببه المدعى عليه للمجتمع، وإنما ينظر إلى الضرر الشخصى الذى أصاب المدعى<sup>(٣)</sup>. أما التعويض العقابى الذى يفرض بجانب التعويض عن الضرر الفعلى فهو تعويض من طبيعة عقابية، وليس من طبيعة تعويضية<sup>(٤)</sup>.

- (1) Ebrahim Taghizadeh, previous reference, P. 45. Timothy R. Robicheaux and Brian H. Bornstein, previous reference, P. 394.
- (2) Timothy R. Robicheaux and Brian H. Bornstein, previous reference, P. 394.
- (3) Jill Wieber Lens, Punishing for the injury: Tort law's influence in defining the constitutional limitations on punitive damage awards, previous reference, P. 605.
- (4) Doug Rendleman, previous reference, P. 999. Jill Wieber Lens, Procedural due process and predictable punitive damage awards, Brigham Young University Law Review, 2012, P. 3. "The purpose of punitive damages is not to compensate the plaintiff for any injury, but to punish the defendant". Leo M. Romero, Punitive damages, criminal punishment, proportionality: The importance of legislative limits, Connecticut Law Review, Volume 41, November 2008, P. 113. "This



ففي معظم الولايات القضائية، يهدف منح أو فرض التعويضات العقابية إلى عقاب المدعى عليه على سلوكه المشين غير المشروع، وردعه، وردع غيره عن ارتكاب نفس السلوك مرة أخرى في المستقبل<sup>(1)</sup>.

وعلى ذلك ففي قضية<sup>(2)</sup> بين Philip Morris ضد Williams قام المدعى بالمطالبة بفرض التعويض العقابي على المدعى عليه، وهو مصنع سجاير، والذي قام بالكذب عليه وإيهامه بأن التدخين غير ضار بالصحة، مما أدى لاعتقاده بأنه آمن، ونتج بعد ذلك أضرار شخصية أصابت المدعى. فقررت هيئة المحلفين أن تمنحه تعويضا عن الضرر قدره ٨٢١٠٠٠ دولار، وأن تفرض تعويضا عقابيا على المدعى عليه قدره ٧٩,٥ مليون دولار. وقد أسست حكمها على رغبتها في عقاب المدعى عليه، لأنه يمارس نفس النشاط أو السلوك مع أشخاص آخرين غير المدعى، مما يسبب لهم أضرارا كبيرة.

ولهذا فالمال الذي يدفعه المدعى عليه، في صورة تعويض عقابي، ليس هدفه تعويض المضرور عن الأضرار التي لحقت من العمل غير المشروع، والتي من المفترض أنه قد أخذ التعويض عنه، وإنما إلى عقاب المدعى عليه على الخطأ الذي ارتكبه<sup>(3)</sup>. خاصة أن التعويض عن الضرر الذي يأخذه المضرور قد يكون مبلغا رمزيا، إذا كان قد أصابته أضرار طفيفة<sup>(4)</sup>، كمن تعدى على أرض الغير دون أن يحدث ضررا كبيرا للأرض، ففرض تعويض رمزي عن الضرر البسيط الذي حدث لن يحقق هدف العقاب أو الردع، لذلك يتعين فرض تعويض عقابي لتحقيقهما.

---

article views punitive damages as pure punishment and not compensatory".

- (1) Gregory J. Sextro, previous reference, P. 100, 101. Janno labe, previous reference, P. 285. Doug Rendleman, previous reference, P. 980. Jill Wieber Lens, Procedural due process and predictable punitive damage awards, previous reference, P. 3. Jeremy C. Baron, previous reference, P. 854.
- (2) Philip Morris USA V. Williams, 549 U.S. 346, 349- 50 (2007).
- (3) Benjamin C. Zipursky, previous reference, P. 105. Ebrahim Taghizadeh, previous reference, P. 45. Alexandra B. Klass, previous reference, P. 90.
- (4) Jill Wieber Lens, Procedural due process and predictable punitive damage awards, previous reference, P. 3. Ebrahim Taghizadeh, previous reference, P. 45.

كذلك فأحياناً يفرض التشريع حداً أقصى لمبلغ التعويض عن الضرر، لا يكفي لجبر الضرر الفعلي الذي لحق بالمدعى، فمن هنا تبدو أهمية فرض تعويض عقابي لعلاج هذه المشكلة، وجبر كامل الضرر الواقع على المدعى<sup>(1)</sup>.

وجدير بالذكر أن منح التعويض العقابي لا يحقق مصلحة المضرور فحسب، وإنما مصلحة المجتمع ككل<sup>(2)</sup>.

وعلى ذلك اتفق الفقه على أن للتعويض العقابي وظيفتين أساسيتين، الأولى: وظيفة العقاب، وهي عقاب مرتكب الفعل غير المشروع لعمله الضار. والثانية: وظيفة الردع، وهي ردع مرتكب السلوك التقصيري، وردع الغير من ارتكاب نفس السلوك غير المشروع، الذي يحدث الضرر للآخرين في المستقبل<sup>(3)</sup>. ولكن هناك جانب من الفقه يرى أن له وظيفة ثالثة، وهي وظيفة التعويض، لمحاولة تعويض المضرور بطريقة أكثر فعالية عن التعويض العادي عن الضرر، الذي قد لا يكفي لتعويض المضرور<sup>(4)</sup>. كما أضاف جانب آخر من الفقه وظيفة رابعة، تتمثل في حماية المجتمع من فكرة الانتقام الشخصي.

وإن كان الفقهاء والمحاكم متفقين على هاتين الوظيفتين الأساسيتين، إلا أنهم مختلفون في أية وظيفة تكون الفضلى في تحقيق الصالح الاجتماعي<sup>(5)</sup>.  
ونتناول بالتفصيل المناسب كل وظيفة على حدة، على النحو الآتي:

#### الوظيفة الأولى: العقاب:

اتفق الفقه والقضاء على أن العقاب هو الوظيفة الأساسية والمناسبة للتعويض العقابي<sup>(6)</sup>. فمما لا شك فيه أنه يهدف إلى عقاب مرتكب الفعل غير المشروع<sup>(7)</sup>، وذلك بفرض مبالغ مالية

- (1) Andrew B. Nick, previous reference, P. 233.
- (2) John D. Long, previous reference, P. 3,4.
- (3) Amir Nezar, previous reference, P. 691. Jill Wieber Lens, Procedural due process and predictable punitive damage awards, previous reference, P. 3. Catherine M. Sharkey, previous reference, P. 1131.
- (4) Helmut Koziol and Vanessa Wilcox, previous reference, P. 1.
- (5) Richard Aaron Chastain, previous reference, P.822, 823.
- (6) Amir Nezar, previous reference, P. 691. Catherine M. Sharkey, previous reference, P. 1131. Alexandra B. Klass, previous reference, P. 90.
- (7) Ronen Perry, previous reference, P. 445. Janno Iabe, previous reference, P. 285. Doug Rendleman, previous reference, P. 999. Jeremy C. Baron, previous reference, P. 854.

يدفعها، كالغرامة، حتى يعاقب على سلوكه غير المشروع، الذي تسبب في إحداث ضرر للغير<sup>(١)</sup>. ولكن يختلف التعويض العقابي عن الغرامة، كعقوبة جنائية، في أن هذه الأخيرة تؤول حصيلتها للدولة، في حين أن التعويض العقابي يدفع للمدعي<sup>(٢)</sup>.

وجدير بالذكر، أن التعويض العقابي يفرض عندما تشعر المحكمة بأن التعويض عن الضرر هو عقوبة مخففة للغاية، بالنسبة لخطورة سلوك المدعي عليه<sup>(٣)</sup>.

فالتعويض العقابي يتخذ شكل الانتقام الشخصي، ومعاينة مرتكب العمل غير المشروع، لإحداثه الضرر أو الإصابات التي لحقت بالحقوق الخاصة للمدعي الضحية<sup>(٤)</sup>.

فتقول المحكمة العليا في ذلك، أن "التعويض العقابي يجب فقط أن يمنح إذا كان جرم أو سلوك المدعي عليه - بعد دفعه التعويض عن الضرر - مازال مستهجنا أو مشينا، يستحق فرض جزاء إضافي لتحقيق العقاب والردع"<sup>(٥)</sup>.

وقد حكم بأن "الحكم بالتعويض العقابي يجب أن يعكس خطورة وجسامة الخطأ المرتكب"<sup>(٦)</sup>.

فالغرض العقابي من فرض التعويض العقابي يكمن مبرره في أن المدعي عانى من ضرر مادي ومعنوي، ناتج عن الفعل غير المشروع العمدى، الذي ارتكبه المدعي عليه. فالتعويض العقابي يؤسس أو يفرض بالنظر إلى فعل المدعي عليه، وليس تعويض الضرر الذي أصاب المدعي<sup>(٧)</sup>.

- (1) Richard Aaron Chastain, previous reference, P.825. Clarence C. Walton, Punitive damages: New twists in torts, Business Ethics Quarterly, Volume 1, Issue 3, 1991, P. 269. Anthony J. Sebok, previous reference, P. 990.
- (2) Keith A. Ketterling, A proposal for the proper use of punitive damages against a successor, The Journal of Corporation Law, 2001, P. 768.
- (3) Ronen Perry, previous reference, P. 448.
- (4) Richard Aaron Chastain, previous reference , P. 827.
- (5) State farm Mut. Auto. Ins. Co. V. Campbell, 538 U.S. 408, 419 (2003). The Supreme Court observed that "Punitive damages should only be awarded if the defendant's culpability, after having paid compensatory damages, is so reprehensible as to warrant the imposition of further sanctions to achieve retribution or deterrence".
- (6) Day V. Woodworth, 54 U.S. 363, 371 (1851). It was held that an award of punitive damages must reflect the gravity of the respective wrong".
- (7) Amir Nezar, previous reference, P. 694.

وقد قيل بأنه لا يجب أن تستخدم المحاكم التعويضات العقابية بغرض العقاب، لأن ذلك يخلط بين مجال المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية. فالنظام القانوني به فرعين قانونيين، هما قانون المسؤولية التقصيرية، والقانون الجنائي، وكل من هذين الفرعين له أهدافه ووظائفه، فالقانون الجنائي يهدف إلى عقاب الجاني، في حين يهدف قانون المسؤولية التقصيرية إلى تعويض المضرور. وبإضافة التعويض العقابي إلى مجال قانون المسؤولية التقصيرية، سيؤدي ذلك بالنهاية للخلط بين القانونين<sup>(١)</sup>.

وفي عام ١٨٧٢، رأت المحكمة العليا في نيوهامبشاير بأن العقوبة يجب أن تكون قاصرة على مجال القانون الجنائي، وأنه ليس مكانها، ومن غير المنطقي أن تصنف ضمن العلاجات المدنية<sup>(٢)</sup>.

فبعض الولايات القضائية<sup>(٣)</sup> قد منعت التعويض العقابي في الدعوى المدنية، التي تعقب دعوى جنائية صدر فيها حكم جنائي بالإدانة لنفس السلوك.

إلا أن الرأي السائد في الولايات المتحدة الأمريكية أن الحكم الجنائي لا يمنع الحكم بالتعويض العقابي لنفس السلوك أو الفعل غير المشروع، ولكن يؤخذ فقط في الاعتبار عند تقدير التعويض العقابي<sup>(٤)</sup>.

كذلك لا يمكن القول بأن التعويض العقابي يتعارض مع فكرة أن الدولة هي التي توقع العقاب على الأفراد، لأن التعويض العقابي نفسه يفرض أيضا من السلطة القضائية<sup>(٥)</sup>.

وعلى ذلك قد يؤدي الفعل غير المشروع، أو السلوك الخاطئ الواحد، إلى توقيع أكثر من نوع من العقوبات، كعقوبة مدنية، وجنائية، وإدارية أو تأديبية، مثل التشهير، أو القذف الذي يسبب ضررا للسمعة. فلتجنب عدم التناسب بين كل هذه العقوبات، والعبء الذي سيتحمله المدعى عليه، وبين خطورة أو جسامته، فيجب أخذ هذه العقوبات في الاعتبار، عند النظر في فرض تعويض عقابي أم لا، وفي تحديد مقداره، إذا ما قرر فرضه<sup>(٦)</sup>.

(1) Jeremy C. Baron, previous reference, P. 858. Michael L. Wells, previous reference, P. 564. Jill Wieber Lens, Punishing for the injury: Tort law's influence in defining the constitutional limitations on punitive damage awards, previous reference, P. 617. Helmut Koziol and Vanessa Wilcox, previous reference, P. 32.

(2) Fay V. Parker, 53 N.H. 342, 382, 397 (1872).

(3) Identifying Indiana as one such jurisdiction.

(4) Pac. Mut. Life Ins. Co. V. Ha slip , 499 V.S. 1, 22 (1991); Exxon Valdez, 270 F. 3d 1215, 1226 (9th Cir. 2001).

(5) Manuel Gomez Tomillo, previous reference, P. 226.

(6) Ronen Perry, previous reference, P. 449.

وفى نهاية القرن التاسع عشر، سمحت معظم الولايات القضائية بفرض تعويضات عقابية، ليس فقط على الأفراد، وإنما أيضا على الشركات. وإن كان مازال هناك خلاف حول إمكانية فرضها على الشركات<sup>(1)</sup>.

وبذا يثور التساؤل عن مدى إمكانية فرض التعويض العقابي على الشركات، وهل سيتحقق الغرض من التعويض العقابي إذا تم فرضه على الشركة؟ أو من تعاقب المحكمة عندما تفرض تعويضا عقابيا على الشركات؟

للإجابة عن هذه التساؤلات فإننا نقول: أن التعويضات العقابية التي تفرض على الشركات تفشل في توجيه العقاب، أو اللوم والردع على الممثل الصحيح للشركة الذي ارتكب الخطأ، في حين قد يتأثر ويعاقب كثير من الأشخاص الأبرياء الذين لم يرتكبوا خطأ في الشركة<sup>(2)</sup>. فمن غير المنطقي أو المعقول أن تعاقب المحكمة الشركة نفسها، فهي ليست إنسانا له روح ومشاعر يحس بالعقاب، وليس هناك حاجة لردعها، فهي جماد تلعب دورها عن طريق إنسان يمثلها. خلاصة القول أنه لا يمكن معاقبة الشركة ككيان عن الأخطاء التي ترتكب منها، كما لا يمكن عقاب شجرة إذا وقعت على شخص ما<sup>(3)</sup>.

ولكن، بدلا من ذلك، والأكثر معقولة ومنطقية، هو القول بمعاقبة إما الأشخاص في الشركة الذين تسببوا فعليا في إحداث الضرر، وإما على الأقل إعطاء الشركة الحافز لعقابهم بنفسها<sup>(4)</sup>.

فعندما تفرض المحكمة تعويضا عقابيا على شركة لمعاقبة ممثلها، فسيضار ممثلون آخرون أبرياء في الشركة، كالمساهمين في الشركة، الذين هم مجرد تجار، لا يرتبطون بمصالح طويلة الأجل مع الشركة، سيتحملون جزءا كبيرا من التعويض العقابي. وإنما من المعقول أن تعاقب المحكمة المساهمين النشطين في الشركة، الذين لديهم دور كبير للتحكم في أعمال الشركة<sup>(5)</sup>.

وبالمثل، جزء كبير من التعويض العقابي سوف يتم نقل عبئه ويتحملة المستهلكون أو عملاء الشركة. هؤلاء الأخيرون ليس لديهم أية علاقة، ولا يملكون السيطرة أو الإشراف على الأعمال التي تصدر من الشركة، ويمكن أن تسبب الضرر<sup>(6)</sup>.

حتى إذا فرضت المحكمة تعويضا عقابيا على الشركة، حتى تسيطر، أو تعاقب الشركة العاملين لديها، الذين تسببوا في إحداث الضرر، فقد لا يحقق التعويض العقابي هذا الغرض. فقد لا تستطيع الشركة تحديد المسئول من عمالها على وجه التحديد، الذي أحدث فعليا الضرر، أو ارتكب

(1) Ronen Perry, previous reference, P. 441.

(2) Richard Aaron Chastain, previous reference, P.826. Robert J. Rhee, previous reference, P. 58.

(3) Richard Aaron Chastain, previous reference, P.826.

(4) Robert J. Rhee, previous reference, P. 58.

(5) Richard Aaron Chastain, previous reference, P.826.

(6) Robert J. Rhee, previous reference, P. 59.

الخطأ. وحتى إذا ما تمكنت من تحديد العامل، أو مرتكب الفعل غير المشروع، فقد يتخلص من عقاب الشركة، أو جزائها الإداري بمجرد استقالته وتركه لعمله. وفي كلتا الحالتين لن يحقق التعويض العقابي وظيفته العقابية، لأن العقوبة لن تقع، أو لن يتحملها الشخص مرتكب الخطأ<sup>(1)</sup>. ونرى من جانبنا فرض التعويض العقابي على الشخص الذى ارتكب فعليا الخطأ، أو العمل غير المشروع داخل الشركة، حتى لا يضر الأبرياء الآخرون المساهمون فى الشركة، الذين لم يرتكبوا أى خطأ، وحتى يتحقق الغرض العقابي من التعويض العقابي، بعقاب الشخص مرتكب الخطأ.

الوظيفة الثانية: الردع:

يقر أو يعترف القضاء بأن الردع والعقاب هما الوظيفتان الأساسيتان لفرض التعويض العقابي، وفقا للتطور التاريخي الذى مر به التعويض العقابي فى قضايا أو دعاوى المسؤولية التقصيرية<sup>(2)</sup>. فالردع هو وظيفة التعويض العقابي، التى تتميز بالعدالة والكفاءة<sup>(3)</sup>. فقد أدركت أو لاحظت المحاكم الأمريكية أن الردع أحد أهم مبررين رئيسيين للتعويض العقابي<sup>(4)</sup>، وهو عقوبة إضافية تؤدى إلى ردع المدعى عليه من تكرار الخطأ مرة أخرى، وردع غيره من ارتكاب نفس الخطأ<sup>(5)</sup>.

وتتحقق وظيفة الردع بصورة كبيرة فى الدول التى تجعل التعويض ثلاثة أضعاف الضرر الثابت، أو الذى أمكن إثباته، أو عندما يتم تقدير التعويض بما يجاوز المنفعة المتحققة<sup>(6)</sup>. ففى قضية شهيرة، فى عام ١٩٩٤ فى الولايات المتحدة الأمريكية، تسمى قضية قهوة ماكدونالدز "McDonald's coffee case" بين Liebeck ضد McDonalds وتتخلص وقائع هذه القضية فى محاولة سيدة تبلغ من العمر ٧٩ عاما، إضافة سكر إلى القهوة التى طلبتها من مطعم ماكدونالدز فى السيارة، وقد وضعت القهوة بين ركبتيها، وبطريق الخطأ، انسكبت القهوة

(1) Richard Aaron Chastain, previous reference, P.826, 827.

(2) Richard Aaron Chastain, previous reference, P. 823. Janno labe, previous reference, P. 285. Catherine M. Sharkey, previous reference, P. 1131. Jeremy C. Baron, previous reference, P. 854.

(3) Richard Aaron Chastain, previous reference, P. 817.

(4) Amir Nezar, previous reference, P. 689. Robert J. Rhee, previous reference, P. 52. Michael H. Whitehill, Taylor V. Superior court: Punitive damages for nondeliberate torts, the drunk driving context, California Law Review, Vol. 68:911, 1980, P. 921.

(5) Ronen Perry, previous reference, P. 451. Doug Rendleman, previous reference, P. 999. Ebrahim Taghizadeh, previous reference, P. 45.

(٦) محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص ١٠٧.

بأكملها عليها، مما أصابها بحروق من الدرجة الثالثة، واضطرت للبقاء في المستشفى، وخضعت لعامين من العلاج الطبي، وقد وجد محاميها أن قهوة ماكدونالدز كانت أكثر سخونة من القهوة في المطاعم الأخرى بـ ٣٠ إلى ٥٠ درجة، وقد شهد الأطباء أنها تستغرق من ثانيين إلى سبع ثوان حتى تسبب حروق من الدرجة الثالثة. وعلى ذلك، منحت هيئة المحلفين المدعى ٢٠٠٠٠٠٠ دولار كتعويض عن الضرر، وقد تم تخفيضه من المحكمة إلى ١٦٠٠٠٠ دولار، وبالإضافة إلى ذلك، حكمت هيئة المحلفين بالتعويض العقابي وقدره ٢،٧ مليون دولار، والذي تم تخفيضه من المحكمة إلى ٤٨٠٠٠٠ دولار<sup>(١)</sup>.

وعلى ذلك ففي غياب الحاجة إلى ردع السلوك الخاطئ والعمل غير المشروع، فلا هناك داعي أو مبرر لتعويض المدعى المضرور، بالحكم على المدعى عليه. فقانون المسؤولية التصيرية، الذي ينشئ المسؤولية على أساس الخطأ، يقوم بتعويض المدعين، إذا كان المدعى عليه يستحق العقاب والردع<sup>(٢)</sup>.

إذن، فالنتيجة المحتملة لسلوك المدعى عليه، لها اعتبار مهم، في تحديد ما إذا كان يجب أن يفرض تعويض عقابي عليه، لمنعه من ارتكاب مثل هذا السلوك في المستقبل أم لا. وبناء على ما تقدم، فالتعويض العقابي هو وسيلة لردع السلوك الخاطئ في المستقبل، أيا كان ما نتج عنه من ضرر أو إصابات في الماضي<sup>(٣)</sup>.

وتطبيقاً لذلك، ففي قضية<sup>(٤)</sup> بين Coryell ضد Colbaugh عندما أخل أحد الطرفين بوعده بزواج الآخر، أمرت محكمة نيوجيرسي هيئة المحلفين بالألا تقوم بتقدير التعويض على أساس الأضرار أو المعاناة الفعلية، وإنما أن تقدر التعويض على أساس الرغبة في منع وقوع مثل هذه الأفعال في المستقبل<sup>(٥)</sup>.

وعلى ذلك، فمن أجل الحصول على القيمة المثلى للتعويض العقابي، يجب أن يقوم القاضي بالتقدير والحساب الذي يتبع مجموعة من التعليمات المخصصة لتحقيق أقصى قدر من الردع<sup>(٦)</sup>.

(1) The decision was appealed by both parties, but the parties settled for an undisclosed amount less than \$ 600,000. Liebeck v. McDonald's Restaurant, P.T.S., Inc., No. D-202 CV-93-02419, 1995 WL 360309 (Bernalillo County, N.M. Dist. Ct. August 18, 1994).

(2) Clarence Morris, previous reference, P. 1177.

(3) Clarence Morris, previous reference, P. 1181.

(4) Coryell V. Colbaugh, 1 N.J.L. 77, 77 (1791).

(5) Ronen Perry, previous reference, P. 439.

(6) Richard Aaron Chastain, previous reference, P. 817.

يضيف جانب من الفقه وظيفة ثالثة وهي التعويض:

ذهب بعض الفقهاء والقضاة، لبعض الوقت من التاريخ الأمريكى، على أن للتعويض العقابى وظيفة تعويضية. فحكم التعويض العقابى يجب أن يعوض الإصابات، أو الأضرار التى حدثت للضحايا، أو المضرورين، عندما لا يمكن جبر الضرر بمجرد التعويض العادى<sup>(1)</sup>.  
فحتى القرن التاسع عشر، قد استخدم التعويض العقابى للتعويض عن الأضرار غير المادية، أو المعنوية، والتى كان لا يمكن تعويضها فى ذلك الحين باستخدام المفهوم الضيق للتعويض العادى، أو الفعلى عن الضرر<sup>(2)</sup>، فقد كانت أحكام التعويض عادة تمنح على أساس حدوث ضرر مادى<sup>(3)</sup>.

فى بعض القضايا القديمة، ظهرت الحاجة إلى تعويض الأضرار غير القابلة للتعويض فى ذلك الوقت، كجرح المشاعر، والضرر الذى يمس الكرامة الإنسانية، والتسبب فى إحراج شخص<sup>(4)</sup>.

فالتعويض عن الضرر قد لا يكون كافياً، إذا كان بعض الضرر الفعلى الذى حدث بسبب السلوك غير المشروع، لا يعوض عنه القانون، كالأضرار العاطفية، أو المعنوية<sup>(5)</sup>.  
وعلى ذلك، فقد لاقت فكرة أن للتعويض العقابى وظيفة تعويضية دعماً عند فقهاء القانون، حيث يقوم التعويض العقابى بدور تعويضى عن الضرر الذى لا يمكن جبره بالتعويض العادى، كنفقات التقاضى، والضرر الأدبى أو المعنوى<sup>(6)</sup>.  
ويقول البعض<sup>(7)</sup> بأن كل التعويضات العقابية تؤدى وظيفة تعويضية للمدعى عن الأضرار التى حدثت له، بل ويرون الأكثر من ذلك، بأن كل العلاجات فى قانون المسؤولية التقصيرية، والقانون الجنائى، وقانون العقود، هى فى طبيعتها تعويضية، أى تهدف إلى التعويض<sup>(8)</sup>.

- (1) Richard Aaron Chastain, previous reference, P. 828.
- (2) Marta Cenini, Barbara Luppi, Francesco Parisi, previous reference, P. 238.
- (3) Richard Aaron Chastain, previous reference, P. 837.
- (4) Exxon Shipping Co. V. Baker, 128 S. Ct. 2605, 2620 (2008). David L. Walther and Thomas A. Plein, Punitive damages: A Critical Analysis: Kink V. Combs, 49 MARQ. Law Review, 1965, P. 369- 371.
- (5) Ronen Perry, previous reference, P. 454.
- (6) Richard Aaron Chastain, previous reference, P. 828.
- (7) Richard W. Wright, The grounds and extent of legal responsibility, 40 Sandiego Law Review, 2003, P. 1431.
- (8) Richard W. Wright, previous reference, P. 1433. Prof. Richard declare that "All of the remedies in tort law, criminal law, and contract law are



وقد أعربت المحكمة العليا الأمريكية عن ذلك الرأى فى العديد من القضايا<sup>(١)</sup>، فقد لاحظت فى قضية Cooper Industries V. Leatherman Tool Group أنه حتى القرن التاسع عشر، "تعمل التعويضات العقابية على تعويض الأضرار غير المادية، ذلك التعويض الذى لم يكن متاحا وفقا للمفهوم الضيق للتعويض العادى عن الضرر الساند فى ذلك الوقت"<sup>(٢)</sup>.

والحجة الأساسية لاستخدام التعويض العقابى، بغرض التعويض، تكون بشكلين، الأول: أنه يجب تعويض الأضرار، أو الخسائر، أو الإصابات التى تحدث، أو تصيب الضحية، والتى لا يمكن تعويضها بالتعويض العادى، فى ظل النظام القانونى القائم للمسئولية التقصيرية. والثانى: أنه يجب تعويض الأضرار الاجتماعية التى أوقعتها مرتكبو الأفعال غير المشروعة<sup>(٣)</sup>.

وكانت هناك حجة أخرى أقل شيوعا، هى أن التعويضات العقابية كانت لتعويض الضحية عن تكاليف، أو رسوم التقاضى، والتى كانت لا تسترد، أو غير قابلة للتغطية فى القانون الأمريكى، ولكن هذه الحجة لم تلاق دعما كبيرا فى السوابق القضائية<sup>(٤)</sup>.

ولكن فى الوقت الحالى، لاحظت المحكمة العليا أن الحاجة إلى فرض التعويض العقابى، بغرض التعويض، بدأ يتقلص دوره، إلى أنه لم يعد يصبح موجودا، نظرا لأن المحاكم، وكذلك التشريعات، قد توسعت فى تغطية الأضرار عن طريق التعويض العادى أو الفعلى عن الضرر. فوفقا للمحاكم، فقد سمحت بتعويض الأضرار غير المالية، أو غير المادية، أو المعنوية، كالأضرار العاطفى، باستخدام التعويض العادى عن الضرر.

compensatory in nature".

- (1) Cooper Indus, Inc. V. Leatherman tool group, Inc. 532 U.S. 424, 437-38 n.11 (2001). "Until well into the 19th century, punitive damages frequently operated to compensate for intangible injuries, compensation which was not otherwise available under the narrow conception of compensatory damages prevalent at the time".
- (2) 532 U.S. 424, 437 n. 11 (2001). The Supreme Court observed that until the nineteenth century, "Punitive damages frequently operated to compensate for intangible injuries, compensation which was not otherwise available under the narrow conception of compensatory damages prevalent at the time".
- (3) Richard Aaron Chastain, previous reference, P. 831.
- (4) James A. Breslo, Comment, Taking the punitive damages windfall away from the plaintiff: An analysis, 86 Nw. V. Law Review, 1992, P. 1130, 1136.

وبعد هذا التطور لاستخدام التعويض العقابي، لتعويض الأضرار التي تحدث للضحايا، فيجب ترك الوظيفة التعويضية للتعويض العادي أو الفعلي عن الضرر. فالتعويض ليس هو الوظيفة المناسبة للتعويض العقابي<sup>(1)</sup>.

ونرى مع البعض أنه إذا كان القانون القائم يفشل في تقديم تعويض لبعض عناصر الضرر، فالوسيلة المناسبة هي إصلاح أو تعديل هذا القانون مباشرة، بدلا من اللجوء والاعتماد على فرض التعويضات العقابية<sup>(2)</sup>.

وتطبيقا لذلك، لا تستخدم المحاكم التعويض العقابي لأغراض التعويض في قضايا الملاحة البحرية، وإنما تستخدمه بغرض العقاب والردع<sup>(3)</sup>، على الرغم من أن بعض المحاكم قد انقسمت حول ما إذا كان القانون البحري يسمح للأطراف بطلب التعويض العقابي أم لا<sup>(4)</sup>، ولكن معظم المحاكم في القضايا البحرية حكمت للمدعين بتعويضات عقابية<sup>(5)</sup>.

ونرى مع البعض أيضا، أنه إذا كان القانون يعتبر أن استبعاد بعض أنواع الضرر من نطاق التعويض العادي عن الضرر، حيث يصعب على المحكمة أن تقدره، كما في الضرر الأدبي، أو المعنوي، أو الخطأ المرتكب ضد كرامة الإنسان، فهذه الأضرار يصعب تقييمها، أو تقديرها بدقة وفرض تعويض عقابي عليها<sup>(6)</sup>.

كما أن الحجة التي قيل بها بأن التعويض العقابي يجب أن يعوض الأضرار الاجتماعية، هي حجة غير مقنعة، أو غير منطقية، لأن التعويض العقابي في الحقيقة دوره الأساسي العقاب والردع، وليس التعويض<sup>(7)</sup>.

فالعقاب والردع هو الدور، أو الوظيفة الوحيدة الصحيحة للتعويض العقابي، وأن السماح للتعويض العقابي، ليقيم بدور تعويضي، يضعف فعاليته، ويمنع تطور القانون، بطرق تعاقب فعليا السلوك الذي يدينه المجتمع بوصفه جريمة، أو تعويض الضحية عن الأضرار التي لحقت بها من جراء العمل غير المشروع<sup>(8)</sup>. لذلك، صممت أو وضعت التعويضات العقابية للعقاب والردع، وليس التعويض<sup>(9)</sup>.

(1) Richard Aaron Chastain, previous reference, P. 828.

(2) Ronen Perry, previous reference, P. 454.

(3) Richard Aaron Chastain, previous reference, P. 833,834.

(4) Richard Aaron Chastain, previous reference, P. 820.

(5) In Atlantic Sounding Co. V. Townsend, a five vote majority held that punitive damages were available to claimants in maritime actions. 129 Ct. 2561, 2569- 70 (2009).

(6) Richard Aaron Chastain, previous reference, P. 831.

(7) Richard Aaron Chastain, previous reference, P. 831.

(8) Richard Aaron Chastain, previous reference, P. 832.

(9) Richard Frankel, previous reference, P. 595. "Punitive damages are

وباختصار، تعد التعويضات العقابية حالياً مستقلة ومميزة عن التعويض عن الضرر،  
فى معظم الولايات القضائية<sup>(١)</sup>.

ويضيف البعض وظيفة رابعة وهى حماية المجتمع من فكرة الانتقام الشخصى،  
وتسمى هذه الوظيفة بـ "حامل السلام"

### "A Pacificatory Function"

حدى الوظائف، أو الاستخدامات لنظرية، أو فكرة التعويض العقابى، هى حماية المجتمع  
من فكرة الانتقام الشخصى<sup>(٢)</sup>، وتسمى هذه الوظيفة، بأن التعويض العقابى حامل السلام.  
فمن الطبيعى أو البديهى أن الانتقام القانونى المنظم، عن طريق فرض التعويض العقابى  
من المحكمة، هو أفضل من الانتقام الشخصى، الذى قد يلجأ إليه المدعى، والذى يعكر صفو  
السلام والأمن فى المجتمع.

وتفسير ذلك يكمن فى أنه إذا أعطى الشخص المضرور تعويض عن الضرر فقط، فى  
حين كان الضرر الذى أصابه جسيماً، لم يجبر بهذا التعويض، فسيلجأ إلى الانتقام الشخصى،  
بالاعتداء على المدعى عليه مرتكب الخطأ.

وتطبيقاً لذلك، فى قضية<sup>(٣)</sup> *Alcorn V. Mitchell* قام المدعى عليه بالبصاق فى وجه  
المدعى، فى مكان عام، وفى هذه الحالة، التعويض عن الضرر سيكون قليلاً، ولكن كبرياء  
واعتراز المدعى سيجعله يلجأ إلى الانتقام الشخصى من المدعى عليه، إذا لم يسمح له بالحصول  
على مبالغ كبيرة، كتعويض عن هذا الفعل<sup>(٤)</sup>.

---

designed to punish and deter rather than to compensate". Janno labe,  
previous reference, P. 285. Catherine M. Sharkey, previous reference,  
P. 1134. Patrick J. Hagan and Anne Marie, Punitive damages:  
California model applying Gore and State Farm, FDCC Quarterly,  
2004, P. 343.

(1) Exxon Shipping Co. V. Baker, 128 S. Ct. 2605, 2621 (2008).

(2) Anthony J. Sebok, previous reference, P. 1020.

(3) 63 Ill. 553, 554 (1872).

(4) Clarence Morris, previous reference, P. 1198.

## المبحث الثاني

### تقدير التعويض العقابي وتقييمه

#### تمهيد وتقسيم:

بعد أن عرفنا في المبحث الأول المقصود بالتعويض العقابي ووظائفه أو أهدافه، يكون لزاما علينا أن نعرف كيفية تقديره، ثم نبين أوجه المميزات التي تتسم بها فكرة التعويض العقابي، وأوجه العيوب والاعتراضات التي وجهت إليه، ومشاكل تطبيقه.

وبناء على ما تقدم، نرى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: تقدير التعويض العقابي.

المطلب الثاني: تقييم التعويض العقابي.

## المطلب الأول

### تقدير التعويض العقابي

بداية، يجب عند تقدير التعويض العقابي أن يؤخذ في الاعتبار عدة أمور،

أهمها:

ففي تحديد مقدار التعويض العقابي يجب أن نأخذ في الاعتبار طبيعة ودرجة جسامة خطأ المدعى عليه<sup>(1)</sup>، وليس تعويض الضرر الذي أصاب المدعى<sup>(2)</sup>. وعلى ذلك، حكم بأنه "الحكم بالتعويض العقابي يجب أن يعكس خطورة وجسامة الخطأ المرتكب"<sup>(3)</sup>.

وفي قضية<sup>(4)</sup> بين Day ضد Woodward حكمت المحكمة العليا بأن هناك مبدأ راسخاً في القانون العام أو العرفي، هو أن هيئة المحلفين، في دعوى المسؤولية التصيرية، يمكنها أن تفرض تعويضات عقابية على المدعى عليه، استناداً إلى جسامة خطئه، وليس مقدار الضرر الواقع على المدعى.

وعلى ذلك، فالصياد المهمل الذي يقوم بإطلاق النار في مكان مزدحم بالناس، وأصاب زجاجاً كان يحمله شخص، يجب أن يقوم بدفع تعويض عقابي مساو لما كان سيدفعه، لو كان قد أصاب، أو قتل الشخص نفسه، لأنه من المحتمل إذا تكرر فعله، أن يقوم فعلاً بقتل شخص<sup>(5)</sup>. وجدير بالذكر، أن الحكم الجنائي لا يمنع الحكم بالتعويض العقابي لنفس السلوك أو الفعل غير المشروع، ولكن يؤخذ فقط في الاعتبار عند تقدير التعويض العقابي<sup>(6)</sup>.

فقد يؤدي الفعل غير المشروع، أو السلوك الخاطي الواحد، إلى توقيع أكثر من نوع من العقوبات، كعقوبة مدنية، وجنائية، وإدارية، أو تأديبية، مثل التشهير، أو القذف، الذي يسبب

(1) Jill Wieber Lens, Procedural due process and predictable punitive damage awards, previous reference, P. 3.

(2) Amir Nezar, previous reference, P. 694.

(3) Day V. Woodward, 54 U.S. 363, 371 (1851). It was held that an award of punitive damages must reflect the gravity of the respective wrong".

(4) 54 U.S. 363, 371 (1851).

(5) Clarence Morris, previous reference, P. 1181.

(6) Pac. Mut. Life Ins. Co. V. Ha slip , 499 V.S. 1, 22 (1991); Exxon Valdez, 270 F. 3d 1215, 1226 (9th Cir. 2001).

ضررا للسمعة. فلتجنب عدم التناسب بين كل هذه العقوبات، والعبء الذى سيتحمله المدعى عليه، وبين خطورة أو جسامه خطئه، فيجب أخذ هذه العقوبات فى الاعتبار، عند النظر فى فرض تعويض عقابى أم لا، وفى تحديد مقداره، إذا ما قرر فرضه<sup>(1)</sup>.

كما يجب أن يتم تقدير التعويض العقابى على نحو يحقق وظيفته فى العقاب والردع، ويتحقق ذلك بصورة كبيرة فى الدول التى تجعل التعويض ثلاثة أضعاف الضرر الثابت، أو الذى أمكن إثباته، أو عندما يتم تقدير التعويض بما يجاوز المنفعة المتحققة<sup>(2)</sup>.

إذن، وكما ذكرنا من قبل، فالنتيجة المحتملة لسلوك المدعى عليه، لها اعتبار مهم، فى تحديد ما إذا كان يجب أن يفرض تعويض عقابى عليه، لمنعه من ارتكاب مثل هذا السلوك فى المستقبل أم لا، وفى تحديد مقدار التعويض<sup>(3)</sup>.

وتطبيقا لذلك، ففى قضية<sup>(4)</sup> بين Coryell ضد Colbaugh عندما أخل أحد الطرفين بوعده بزواج الآخر، أمرت محكمة نيو جيرسى هيئة المحلفين بالألا تقوم بتقدير التعويض على أساس الأضرار أو المعاناة الفعلية، وإنما أن تقدر التعويض على أساس الرغبة فى منع وقوع مثل هذه الأفعال فى المستقبل<sup>(5)</sup>.

وعلى ذلك، فمن أجل الحصول على القيمة المثلى للتعويض العقابى، يجب أن يقوم القاضى بالتقدير والحساب الذى يتبع مجموعة من التعليمات أو الاعتبارات المخصصة لتحقيق أقصى قدر من الردع<sup>(6)</sup>.

كما يتم تقدير التعويض العقابى بناء على عدة اعتبارات وجدناها فى القضية الشهيرة بين BMW of North America Inc. ضد Gore<sup>(7)</sup>، حيث اشترى Gore سيارة بي إم دبليو جديدة من موزع معتمد، وقد وجد أن سيارته قد سبق إعادة طلائها من شركة بي إم دبليو، وكانت هذه الشركة قد تبنت سياسة أنه إذا حدث ضرر، أو خدش بسيط بالسيارة أثناء نقلها بنسبة ٣%، أو أقل من قيمة السيارة، فإنها تعالج هذا الضرر أو الخدش، وتبيعه على أنها جديدة.

وقد ادعى مشتري السيارة المضرور أنه قد تم الاحتيال عليه، أو غشه من قبل الشركة، التى لم تفصح، أو تعلنه بقيامها بإعادة طلاء السيارة. وقد طالب المشتري بأربعة آلاف دولار تعويضا عن الضرر الاقتصادى الذى أصابه، وأربعة ملايين دولار تعويضا عقابيا، وقد استند فى مطالبته بهذا المبلغ، على سبيل التعويض العقابى، على أن شركة بي إم دبليو قد باعت ما يقرب من ألف سيارة لمشتريين آخرين فى نفس الظروف، وأن هؤلاء المشتريين قد عانوا أو أصابهم نفس

(1) Ronen Perry, previous reference, P. 449.

(٢) محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص ١٠٧.

(3) Clarence Morris, previous reference, P. 1181.

(4) Coryell V. Colbaugh, 1 N.J.L. 77, 77 (1791).

(5) Ronen Perry, previous reference, P. 439.

(6) Richard Aaron Chastain, previous reference, P. 817.

(7) BMW of North America Inc. V. Gore, 517 U.S. 559, 1996.

الضرر الاقتصادي الذي أصابه، فلذلك، يجب أن يحسب التعويض العقابي على أساس الضرر الاقتصادي الذي أصاب كل هؤلاء المشتريين.

وقد أكد وأضاف Gore أنه يكمن تبرير ذلك في أنه رادع فعال لشركة بي إم دبليو، والتي قد بدأت فعلا في تغيير سياستها في الإفصاح، منذ أن بدأت المحاكمة. وفي المحاكمة، قد خلصت هيئة المحلفين إلى أن عدم إفصاح شركة بي إم دبليو عن إعادة طلاء السيارة يشكل غشا فادحا وجسيما، وحكمت لـ Gore بأربعة آلاف دولار تعويضا عن الضرر، وأربعة ملايين دولار تعويضا عقابيا. وفي الاستئناف، قد اتفقت المحكمة العليا في Alabama مع الحجج التي استند عليها Gore، ولكنها قللت مبلغ التعويض العقابي إلى مليوني دولار<sup>(1)</sup>.

وقد ذكرت المحكمة العليا في الولايات المتحدة أن هذا الحكم بالتعويض العقابي قد جاء مفرطا بشكل صارخ، حيث يجب أن يراعى الحكم بالتعويض العقابي عدة أمور: ١- جسامته خطأ المدعى عليه. ٢- نسبة التعويض العقابي مقارنة بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المدعى. ٣- الجزاءات التي تفرض عند ارتكاب سلوك مشابه.

وقد طالب Gore بأربعة ملايين دولار كتعويض عقابي، في حين أنه قدر وطالب بأربعة آلاف فقط كتعويض عن الضرر الاقتصادي الذي أصابه، وحتى بعد أن تم تخفيض الأربعة ملايين دولار من جانب المحكمة العليا في Alabama إلى مليوني دولار، فما زالت النسبة بين التعويض العقابي، والضرر الذي أصاب مشتري السيارة، نسبة مفرطة بشكل كبير، بحيث تبدو حجج Gore غير مقبولة<sup>(2)</sup>.

كما أضاف جانب من الفقه بعض الأمور التي يجب أن تؤخذ في الاعتبار، عند تقدير التعويض العقابي، وهي: ١- الضرر المحتمل للمدعى، وليس فقط الضرر الفعلي الذي أصابه. ٢- الضرر المحتمل لضحايا المدعى عليه في المستقبل، إذا لم يتم ردع سلوكه غير المشروع. ٣- الطبيعة العمدية في تصرف المدعى عليه غير المشروع، وقصده إلحاق الضرر أو الأذى بالمدعى. ٤- ما إذا كان قد وقعت عليه جزاءات أخرى جنائية أو غيرها<sup>(3)</sup>. ٥- مدى ضرورة منع ارتكاب هذا السلوك الخاطئ مرة أخرى<sup>(4)</sup>. ٦- مدى إدراك أو وعي المدعى عليه بالسلوك الذي ارتكبه.

كما يجب أن يقدر التعويض العقابي على أساس الكسب، أو الفائدة التي حققها المدعى عليه<sup>(5)</sup>. واستخدام هذا الأسلوب أو المعيار في التقدير، سيخلق اتصالا، أو علاقة منطقية وواقعية بين السلوك التقصيري، وبين التعويض العقابي<sup>(1)</sup>.

(1) Amir Nezar, previous reference, P. 697.

(2) Amir Nezar, previous reference, P. 698, 699.

(3) Richard Frankel, previous reference, P. 584, 585.

(4) Jill Wieber Lens, Procedural due process and predictable punitive damage awards, previous reference, P. 3.

(5) Timothy R. Robicheaux and Brian H. Bornstein, previous reference, P.

وفى بعض الولايات، يؤخذ فى الاعتبار مدى ثراء المدعى عليه<sup>(٢)</sup>، وعلى ذلك، يجب أن يسمح للمدعى المضرور بإثبات ثروة المدعى عليه مرتكب العمل غير المشروع، لأن ذلك سيساعد هيئة المحلفين فى تقدير، أو تحديد مقدار التعويض العقابى الذى سيتم فرضه. والسبب فى ذلك يكمن فى أن الحكم بالتعويض العقابى بمبلغ يكفى لعقاب شخص فقير، لا يكفى لعقاب شخص غنى، لأنه لن يؤثر عليه. وبالتالي، كلما كان المدعى عليه، مرتكب الفعل الخاطئ، موسراً، كلما زاد مقدار التعويض العقابى الذى سيفرض عليه، حتى يحقق الغرض المقصود منه، وهو العقاب والردع<sup>(٣)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يقتصر تقدير التعويض العقابى على الضرر الذى أصاب مدعياً معيناً فى دعوى أمام المحكمة، وإنما الأضرار التى يمكن أن تحدث للمجتمع من سلوك المدعى عليه غير المشروع<sup>(٤)</sup>.

وجدير بالذكر، أنه فى بعض الولايات، يحدد مقدار التعويض العقابى على أساس نسبة معينة من التعويض عن الأضرار التى لحقت بالمضرور، إلا أنه فى أغلب الأحوال، قد يخلو الأمر من التحديد، مما يجعل قيمة التعويض العقابى تزداد بشكل غير معقول، يتجاوز الملايين من الدولارات<sup>(٥)</sup>.

وفى القرن العشرين، قيدت التعويضات العقابية فى معظم الولايات، حيث يتطلب من المدعى معيار أعلى للإثبات، يكون مقنعاً وواضحاً، ليحصل على التعويض العقابى. كما يخضع التعويض العقابى، فى كثير من الولايات، لحد أقصى قانونى. كما أنه يجب حظر، أو منع فرض عقوبات مفرطة وتعسفية على مرتكب الخطأ أو العمل غير المشروع<sup>(٦)</sup>.

ويلاحظ أن تقدير المحلفين لمقدار التعويض العقابى، يختلف عن القيود أو الحدود التشريعية. وإنما يتأسس تقديرهم للتعويض العقابى على أساس أمور معينة، تختلف فى كل قضية على حده، والتى يمكن أن تشمل وقائع أو ظروفًا تتعلق بالمدعى، أو الضرر الذى أصابه، والمدعى عليه وسلوكه غير المشروع. كما لا تتقيد هيئة المحلفين عند تقديرها للتعويض العقابى بمبلغ معين من التعويض عن ارتكاب سلوك معين، كما هو فى التشريع، ولذلك يمكن أن يختلف الحكم بالتعويض العقابى من هيئة محلفين لهيئة أخرى عن ارتكاب نفس السلوك الخاطئ<sup>(٧)</sup>.

396.

(1) Jill Wieber Lens, Procedural due process and predictable punitive damage awards, previous reference , P. 6.

(2) Timothy R. Robicheaux and Brian H. Bornstein, previous reference, P. 396.

(3) Clarence Morris, previous reference, P. 1191.

(4) Catherine M. Sharkey, previous reference, P. 1135.

(5) John D. Long, previous reference, P. 6-9.

(6) Ronen Perry, previous reference, P. 441.

(7) Leo M. Romero, previous reference, P. 116, 117.



ويلاحظ أنه ينتج عن ذلك أن المدعى عليه لا يكون عالماً، أو مدركاً بنتائج أو خطورة فعله، لأنه لن يكون عالماً بمقدار التعويض العقابي الذي سيفرض عليه. كما ينتج عن غياب القيود، أو الحدود لفرض التعويض العقابي اختلاف أحكام التعويض العقابي باختلاف المحلفين، وبالتالي، فيحكم بمبالغ تعويض عقابي مختلفة على ارتكاب نفس السلوك غير المشروع<sup>(1)</sup>.

ولتوحيد أحكام التعويض العقابي، ولجعل الأحكام متساوية بالنسبة لارتكاب نفس السلوك، يجب أن تقدر، كما هو الحال في عقوبات القانون الجنائي، فكل سلوك خاطئ له حد معين، كمبلغ للتعويض العقابي. فوضع قيود أو حدود تشريعية على مقدار التعويض العقابي، سيساعد المحكمة في تقدير مبلغ التعويض العقابي دون إفراط<sup>(2)</sup>.

ولكن كيف تحدد المحكمة ما إذا كان الحكم بالتعويض العقابي مفرطاً أو شديداً؟ كما قدمنا من قبل، ففي قضية<sup>(3)</sup> Gore ضد BMW of North America Inc. حكمت المحكمة بأنه في مراجعة أحكام التعويضات العقابية، يجب على المحاكم أن تضع في اعتبارها ثلاثة أمور: أولاً: درجة سوء سلوك المدعى عليه، وتحديد هذه الدرجة يشمل عدة عوامل، منها: نوع الضرر الذي أصاب المدعى، ضعف الضحية أو قابليتها للإصابة، الخبث المتعمد من جانب المدعى عليه، أو تهوره، أو طيشه، واستهتاره بسلامة وصحة الآخرين، تكرار السلوك غير المشروع من جانب المدعى عليه، وجهود المدعى عليه في تخفيف الضرر الذي لحق بالضحية.

ثانياً: مدى التفاوت بين الضرر المحتمل أو الفعلي الذي لحق بالمدعى وبين التعويض العقابي. ثالثاً: الفرق بين التعويض العقابي والعقوبات المدنية أو الجنائية المسموح بفرضها، أو التي تفرض في قضايا مماثلة<sup>(4)</sup>.

(1) Anthony J. Sebok, previous reference, P. 969, 970.

(2) Leo M. Romero, previous reference, P. 116, 117.

(3) BMW, 517 U.S. at 575- 85.

(4) Ronen Perry, previous reference, P. 442,443.

## المطلب الثانى

### تقييم التعويض العقابى

بعد أن عرفنا المقصود بالتعويض العقابى، ووظائفه، وكيفية تقديره، كان لزاما علينا أن نذكر المميزات، أو المبررات التى تؤيد فرض تعويضات عقابية على مرتكب العمل غير المشروع، كما يتعين علينا أيضا أن نبين أوجه الانتقادات، أو العيوب، أو مشاكل تطبيق فكرة التعويض العقابى، وما إذا كانت هذه الانتقادات تتل مطلقا من هذه الفكرة، أم أن التعويضات العقابية أصبح فرضها حقيقة واقعية ومقبولة. ونبين ذلك بالتفصيل، على النحو الآتى:

أولا: مميزات أو مبررات الأخذ بفكرة التعويض العقابى:

- يؤيد البعض الأخذ بفكرة التعويض العقابى، لما له من مميزات وأهداف، واستندوا إلى عدة مبررات أو حجج تؤيد موقفهم، وأهمها:
- 1- يجب السماح للمدعين بأن يقوموا بطلب فرض تعويض عقابى على المدعى عليهم، الذين يستحقون العقاب، لما أحدثوه من أضرار، والذين لا يكفى الحكم عليهم بتعويض الأضرار، الذى لن يجد فى عقابهم.
  - 2- فكرة التعويض العقابى تجعل وظيفة قانون المسؤولية التصديرية فى العقاب أكثر فاعلية وتأثير، من مجرد الحكم بتعويض الأضرار.
  - 3- إذا كان فرض التعويض العقابى على مرتكب الفعل الخاطئ يحقق مصلحة شخصية للمضرور، إلا أنه فى نهاية الأمر عقاب يحقق أيضا حماية المصلحة العامة للمجتمع<sup>(1)</sup>.
  - 4- من الضرورى منع، أو الحيلولة دون وقوع السلوك غير المشروع، الذى يودى إلى حدوث إصابات، أو أضرار خطيرة، أو جسيمة، عن طريق فرض التعويض العقابى<sup>(2)</sup>.
  - 5- يتم منح تعويض عقابى، عندما تكون قيمة الضرر أو الإصابة والتعويض عنه قليلا، مما لا يعد حافظا لمقاضاة أو لرفع دعوى تعويض عن الضرر.
- فقد لا يقدم التعويض عن الضرر الحافز المناسب، إذا كان مرتكب الخطأ استمد مكاسب غير مشروعة، سواء مادية، أو غير مادية، من سلوكه غير المشروع. ففى قضية<sup>(1)</sup> بين Rookes

(1) Clarence Morris, previous reference, P. 1183, 1184.

(2) Clarence Morris, previous reference, P. 1181.

ضد Barnard رأى اللورد Devlin أنه إذا كان الشخص قد توقع تحقيق مكاسب، أو فوائد شخصية من العمل غير المشروع، تتجاوز مقدار الضرر الواقع على الآخرين، ففي هذه الحالة، يكون التعويض عن الضرر غير كاف، أو غير مناسب. فهنا، يمكن فرض تعويضات عقابية رادعة، عندما يكون ذلك ضروريا لتعليم مرتكب الخطأ بأن العمل غير المشروع، أو الخطأ لن يفيد<sup>(١)</sup>.

٦- التعويض عن الضرر قد لا يكون كافيا، إذا كان بعض الضرر الفعلي الذي حدث بسبب السلوك غير المشروع، لا يعوض عنه القانون، كالأضرار العاطفية أو المعنوية<sup>(٢)</sup>.

٧- قد يكون اللجوء إلى فكرة التعويض العقابي مهم وفعال، خاصة إذا كان التعويض عن الضرر المحكوم به ضئيلا جدا، لا يسهم في عقاب وردع مرتكب الخطأ<sup>(٣)</sup>.

ففي بعض دعاوى المسؤولية التقصيرية، قد لا يعود ارتكاب الفعل غير المشروع بفائدة مالية على المدعى عليه مرتكب هذا الفعل، وفي هذه الحالة، يكون دفعه للتعويض عن الضرر يسبب له خسارة، قد تكون مناسبة، أو من الممكن أن يكون كافيا لتحقيق هدف العقاب والردع.

ولكن في بعض الأحوال الأخرى، قد يعود الفعل غير المشروع بفائدة مالية كبيرة على المدعى عليه مرتكب هذا الفعل، وفي هذه الحالة، حتى إذا قام بدفع تعويض عن الضرر، قد يظل في مركز أو حالة مساوية، وقد تكون أفضل مما كان فيه قبل ارتكاب هذا الفعل الضار، ففي هذه الحالة تظهر أهمية الحكم عليه بدفع تعويض عقابي، حتى يحقق هدف العقاب والردع<sup>(٤)</sup>.

ففي دعاوى الأراضى، في قضية<sup>(٥)</sup> Funk ضد Kerbaugh رفع المدعى دعوى مسئولية تقصيرية للإصابة التي حدثت لمنزله وحظيرته، نتيجة لعمليات النسف بالتفجير، لبناء السكة الحديدية التي قام بها المدعى عليه بطريقة متهوره، غير مكترث بحقوق المدعى، فقد تجاوز الحدود الطبيعية للقيام بهذه العملية، مما أدى إلى الإضرار بالمدعى. في حين أنه إذا قام بها على نحو طبيعي، فلن يصيب المدعى أى أضرار منها. وعلى الرغم من تحذير المدعى للمدعى عليه بحدوث هذه الإصابات أو الأضرار، ومع علم المدعى عليه بإمكانية أن ينتج عن فعله هذا إصابات أو أضرار لمنزل المدعى، إلا أنه قام بها، لأنه سيكون أرخص أو أوفر له أن يقوم بدفع تعويض عن الضرر الذي سيحدث للمدعى، من القيام بهذا العمل على نحو طبيعي أو بالطريقة التقليدية.

(1) (1964) A.C. 1129 (H.L.) (Eng).

(2) "Exemplary damages can properly be awarded whenever it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay". Ronen Perry, previous reference, P. 453, 454.

(3) Ronen Perry, previous reference, P. 454.

(4) Clarence Morris, previous reference, P. 1183, 1184.

(5) Clarence Morris, previous reference, P. 1185, 1186. Marta Cenini, Barbara Luppi, Francesco Parisi, previous reference, P. 238. Michael H. Whitehill, previous reference, P. 921.

(6) 222 Pa. 18, 70 Atl. 953 (1908).

ففي هذه القضية، مجرد دفع المدعى عليه للتعويض عن الضرر الذي نتج عن عمله غير المشروع، لن يكون كافيا أو مناسباً لعقابه وردعه عن القيام بمثل هذا العمل مرة أخرى في المستقبل.

لذلك حكمت المحكمة في هذه القضية بدفعه تعويضا عقابيا، بالإضافة للتعويض عن الضرر الذي حدث للمضروب، وبذلك حققت الوظيفة العقابية والردعية للمدعى عليه، وغيره، من القيام بمثل هذا العمل.

وفي قضية<sup>(1)</sup> Summers ضد Baumgard أخذ المدعى عليه عربة وحصان المدعى، وهرب بهما، ورفض أن يسلمهما إلى المدعى مرة أخرى. فلو كان يكتفي بمجرد الحكم برد الحصان والعربة للمدعى، لإعادة الحال إلى ما كان عليه، فلن يخسر المدعى عليه شيئا من هذا السلوك غير المشروع. فهذا الحكم، وإن كان يرد الأشياء إلى أصحابها، ويمنع الإضرار بلا سبب، إلا أنه لم يعاقب أو يردع مرتكب الخطأ في المستقبل. ومن هنا كانت أهمية التعويض العقابي الذي يحكم به على مرتكب العمل غير المشروع، بالإضافة إلى إعادة الأشياء إلى المدعى، والذي يهدف في نهاية الأمر إلى عقابه، وعدم عودته إلى ارتكاب مثل هذا السلوك الخاطئ.

وهكذا فهناك الكثير من دعاوى المسؤولية التقصيرية يكون المخاطرة فيها بدفع مجرد تعويض عن الضرر، لا يكفي لردع الشخص عن ارتكاب أعمال غير مشروعة. وفي هذا النوع من الدعاوى تبدو أهمية فرض التعويض العقابي، كأداة لحماية أمن المجتمع<sup>(2)</sup>.

لكل هذه المميزات والمبررات، فالتعويض العقابي أصبح مقبولا ومعترفا به تقريبا، في كل الولايات التي تأخذ بالقانون العام أو العرفي<sup>(3)</sup>.

ثانياً: العيوب أو الاعتراضات التي وجهت إلى فكرة التعويض العقابي:

على الرغم من أن فكرة التعويض العقابي هي فكرة تطبق منذ زمن طويل، وتتبعها معظم الولايات القضائية، في الولايات المتحدة الأمريكية، إلا أنه قد وجهت إليها الكثير من الاعتراضات أو الانتقادات، منها وأهمها:

١- إن فكرة أو الرغبة في العقاب ليست هدفا للقانون المدني، وإنما هي هدف، أو مجالها القانون الجنائي<sup>(4)</sup>، بهدف عقاب من ارتكب جريمة عامة، تشكل اعتداء على المجتمع أو الدولة، التي لها وحدها السلطة في توقيع أو فرض العقاب على الجاني. أما فكرة العقاب في القانون المدني، فهي فكرة غريبة على هذا القانون، وغير مناسبة له ولأهدافه<sup>(5)</sup>.

(1) GLa. 161 (1836).

(2) Clarence Morris, previous reference, P. 1186, 1187.

(3) "Punitive damages are accepted in nearly all common law jurisdictions". Ronen Perry, previous reference, P. 448.

(4) Janno labe, previous reference, P. 291. Amir Nezar, previous reference, P. 689.

(5) Clarence Morris, previous reference, P. 1176. Jeremy C. Baron,

فالمحاكم الجنائية هي الأقدر على معاقبة الشخص المذنب، وتقدير عقوبته، أكثر من المحاكم المدنية. فالمخاطر أو المساوئ التي ستتحقق من فرض أو تقدير عقوبة من خلال المحاكم المدنية، أكثر أو أخطر من المزايا أو المكاسب التي ستتحقق. لذلك، فهناك صعوبة عملية في تقدير الأحكام في دعاوى المسؤولية التقصيرية، التي تؤسس على عقوبة لمرتكب الخطأ أو العمل غير المشروع<sup>(1)</sup>.

٢- كما قدمنا من قبل، إن تقدير المحلفين لمقدار التعويض العقابي يتأسس على اعتبارات معينة، تختلف في كل قضية على حده، والتي يمكن أن تشمل وقائع، أو ظروفًا تتعلق بالمدعى، أو الضرر الذي أصابه، والمدعى عليه وسلوكه غير المشروع. كما لا تتقيد هيئة المحلفين عند تقديرها للتعويض العقابي بمبلغ معين من التعويض عن ارتكاب سلوك معين، كما هو في التشريع، ولذلك يمكن أن يختلف الحكم بالتعويض العقابي من هيئة محلفين لهيئة أخرى، عن ارتكاب نفس السلوك الخاطي<sup>(2)</sup>.

ويلاحظ أنه ينتج عن ذلك أن المدعى عليه لا يكون عالماً أو مدركاً بنتائج أو خطورة فعله، لأنه لن يكون عالماً بمقدار التعويض العقابي الذي سيفرض عليه، وبالتالي فيحكم بمبالغ تعويض عقابي مختلفة على ارتكاب نفس السلوك غير المشروع<sup>(3)</sup>.

٣- إن التعويض العقابي الذي يحكم به على مرتكب الخطأ يذهب حصيلته إلى المدعى، وبالتالي يستفيد هذا الأخير أكثر إذا حكم بمبلغ كبير، وعلى ذلك سيقوم المدعى ببذل قصارى جهده في تقديم الدليل للحصول على حكم بتعويض عقابي كبير، بصرف النظر عن القيمة العقابية أو الردعية للمدعى عليه.

لذلك، يجب أن يترك أمر العقوبة للمطالبة بها من قبل النيابة العامة في الدعاوى الجنائية، لأنها لا تسعى لتحقيق منفعة، أو مكسب شخصي من عقاب المذنب، في حين أن المدعى في دعاوى المسؤولية التقصيرية، عندما يطالب بفرض تعويض عقابي، يسعى لتحقيق منفعة، أو مكسب شخصي، ولا يكون هدفه الأساسي عقاب مرتكب الخطأ<sup>(4)</sup>.

٤- إذا تسبب الفعل غير المشروع في إحداث ضرر، أو خسارة بسيطة، سيؤدي ذلك بالضرورة إلى الحكم بمبلغ بسيط للتعويض عن الضرر، ويؤدي ذلك بالتالي إلى الحكم بمقدار بسيط من التعويض العقابي، ومن ثم سيكون المبلغ الذي يحكم به في النهاية كتعويض عقابي، وتعويض عن الضرر بسيطاً، في حين أن الهدف المراد، وهو العقاب والردع، لن يتحقق بهذا المبلغ البسيط المحكوم به.

وإذا ما تصورنا فرضاً آخر، وهو أن الضرر الذي أصاب الشخص، نتيجة للعمل غير المشروع، جسيم، وبالتالي سيحكم بمبلغ باهظ كتعويض عن الضرر، يحقق غرض العقاب

previous reference, P. 858.

(1) Clarence Morris, previous reference, P. 1179.

(2) Leo M. Romero, previous reference, P. 116, 117.

(3) Anthony J. Sebok, previous reference, P. 969, 970.

(4) Clarence Morris, previous reference, P. 1178, 1179.

والردع، دون حاجة إلى فرض تعويض عقابي. وبالتالي، إذا تم فرض تعويض عقابي كبير أيضاً، فسيؤدي في النهاية إلى الحكم بمبالغ باهظة، وسيكون ذلك إفراطاً في عقاب مرتكب الخطأ، يفرغ التعويض العقابي من مضمونه والهدف منه.

وعلى ذلك، قد يكون مجرد الحكم بالتعويض عن الضرر في حد ذاته، رادعاً لمرتكب الفعل غير المشروع من إعادة تكراره مرة أخرى، دون الحاجة إلى فرض تعويض عقابي عليه<sup>(١)</sup>.  
٥- إن تحقيق هدف التعويض العقابي في الردع يمثل خطورة كبيرة، تتمثل في فرض مبالغ كبيرة، تفرض على مرتكب الخطأ، بهدف رده، وردع غيره عن ارتكاب مثل هذا الخطأ في المستقبل<sup>(٢)</sup>. وقد يؤدي ذلك إلى إفلاس المدعى عليه، وبالتالي عدم إمكانية حصول المدعى على تعويض كامل لضرره<sup>(٣)</sup>.

٦- يعد منح التعويض العقابي للمدعى المضرور إثراء بلا سبب، حيث من المفترض أنه قد تم منحه تعويضاً عن الأضرار التي لحقت<sup>(٤)</sup>.

٧- قد يحكم على المدعى عليه بعقوبة جنائية، إذا كان العمل غير المشروع الذي ارتكبه يشكل جريمة في نفس الوقت، وفي هذه الحالة سيكون عرضة لتوقيع عقوبتين، وهما العقوبة الجنائية، والتعويض العقابي، وإذا كانت مخالفة إدارية، فسيوقع عليه أيضاً جزاء إداري<sup>(٥)</sup>.

٨- إذا كانت بعض الولايات تحدد مقدار التعويض العقابي على أساس نسبة معينة من التعويض عن الأضرار التي لحقت بالمضرور، إلا أنه في أغلب الأحوال قد يخلو الأمر من التحديد، مما يجعل قيمة التعويض العقابي تزداد بشكل غير معقول، يتجاوز الملايين من الدولارات.  
٩- في مسئولية المتبوع عن أعمال تابعيه، إذا فرض التعويض العقابي على صاحب العمل بسبب عمل غير مشروع ارتكبه العامل، فستفرض العقوبة على الشخص الذي لم يرتكب خطأ، مما يخرج التعويض العقابي عن الهدف الذي تقرر من أجله، وهو عقاب المخطئ وردعه<sup>(٦)</sup>.

١٠- تتضمن التعويضات العقابية العديد من المشاكل التي ترجع إلى أن مقدار التعويض المدفوع أكبر بكثير من الضرر الفعلي الواقع للمدعى. وأهمها أن الضحية بعد منحها تعويضاً عقابياً

---

(1) Clarence Morris, previous reference, P. 1182. Janno labe, previous reference, P. 293. "Reasonable compensation is sufficient to fulfil preventive goals".

(2) Clarence Morris, previous reference, P. 1188.

(3) Jeremy C. Baron, previous reference, P. 860.

(4) Janno labe, previous reference, P. 292.

(5) Helmut Koziol and Vanessa Wilcox, previous reference, P. 28.

(6) John D. Long, previous reference, P. 6-9.

يفوق الضرر الفعلى الواقع لها تكون بذلك فى وضع أفضل مما كانت عليه قبل حدوث الضرر<sup>(١)</sup>.

١١- إن نظام التعويض العقابى لا يتناسب مع حالة الفعل الذى يرتكبه المدعى عليه، ويسبب أضرارا جماعية لعدد كبير من المدعين، وفى هذه الحالة، سيطالب هؤلاء المضرورون المدعى عليه بدفع التعويض العقابى، وبالطبع لن تكفى أموال المدعى عليه لسداد كل هذه التعويضات العقابية، بالإضافة إلى التعويض عن الأضرار التى لحقتهم من العمل غير المشروع. ولذلك، فالمضرورون الذين سبقوا فى مطالبتهم بالتعويض العقابى، بالإضافة إلى التعويض عن الضرر، سيستنفذون مال المدعى عليه، ولن يتبقى للمضرورين المتأخرين فى المطالبة بالتعويض حتى قيمة التعويض عن الضرر الذى لحقهم.

وعلى الرغم من هذه الاعتراضات التى واجهت فكرة منح التعويض العقابى، إلا أننا نرى مع البعض أنها لم تتل من هذه الفكرة، ولم تلغها، بل تظل قائمة، تهدف إلى عقاب مرتكب الفعل غير المشروع، وردعه، وردع غيره عن ارتكاب مثل هذا الفعل الخاطئ الذى يسبب الضرر للغير<sup>(٢)</sup>.

وبذا، وبعد أن انتهينا من معرفة المميزات والعيوب التى وجهت لفكرة التعويض العقابى، وعلمنا بأن هذه العيوب لم تتل من قبول هذه الفكرة، وكونها حقيقة واقعية معترف بها فى معظم الولايات المتحدة الأمريكية، نكون قد انتهينا من دراسة الفصل الأول، ومنتقل لمعرفة شروط انعقاد المسؤولية عن دفع التعويض العقابى والتأمين منها، وذلك من خلال دراسة الفصل الثانى من هذا البحث.

(1) Marta Cenini, Barbara Luppi, Francesco Parisi, previous reference, P. 236.

(2) John D. Long, previous reference, P. 6-9.

## الفصل الثاني

### انعقاد المسؤولية عن دفع التعويض العقابي

#### والتأمين منها

#### تقديم وتقسيم:

تتعدد أو تقوم مسؤولية المدعى عليه عن دفع التعويض العقابي إذا تحققت عدة شروط، أهمها أن يرتكب خطأ أو إخلالا مدنيا يستوجب فرض التعويض العقابي عليه. ولكن يثور التساؤل، هل يمكن للشخص أن يؤمن نفسه من المسؤولية عن دفع التعويض العقابي أم لا؟ وهل إذا سمح بتأمين هذا النوع من المسؤولية سيتحقق هدف التعويض العقابي في العقاب والردع، متى كان الذي سيتحمل دفع مبلغ التعويض العقابي هو المؤمن، أى شخص غير مرتكب الخطأ؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال هذا الفصل.

وبناء على ما تقدم، نرى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي:  
المبحث الأول: انعقاد المسؤولية عن دفع التعويض العقابي.  
المبحث الثاني: تأمين المسؤولية عن دفع التعويض العقابي.

#### المبحث الأول

#### انعقاد المسؤولية عن دفع التعويض العقابي

#### تمهيد وتقسيم:

يشترط توافر عدة شروط لتحقيق المسؤولية عن دفع التعويض العقابي، أهمها يتمثل في الإخلال المدنى الموجب لفرض التعويض العقابي، كما يثور التساؤل عن مدى المسؤولية في حالة تعدد المدعى عليهم، أو في حالة تعدد المدعين المضرورين، كما يثور التساؤل عن مدى مسؤولية صاحب العمل عن دفع التعويض العقابي عن أخطاء العاملين لديه، التي يرتكبونها بمناسبة أداء العمل أو أثناءه. كل هذه التساؤلات نجيب عليها من خلال عرضنا لهذا المبحث.  
وبناء على ما تقدم، نرى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، على النحو الآتي:  
المطلب الأول: شروط انعقاد المسؤولية عن دفع التعويض العقابي.  
المطلب الثاني: مدى المسؤولية في حالة تعدد المدعى عليهم أو المدعين وصاحب العمل.



## شروط انعقاد المسؤولية عن دفع التعويض العقابي

يشترط حتى يتم فرض التعويض العقابي على المدعى عليه توافر عدة شروط، أهمها: السلوك غير المشروع، أو الإخلال المدنى الذى يبرر الحكم بالتعويض العقابي، ونفرق فى هذا الصدد بين مجال المسؤولية التقصيرية، والمسئولية العقدية، وما إذا كان الفعل يشكل خطأ مدنيا، وجريمة جنائية فى نفس الوقت. كما يجب أن يلحق بالمدعى ضرر يصيبه من جراء هذا الإخلال، أو العمل غير المشروع.

وفى كل الأحوال، لن يحصل المدعى على التعويض العقابي إلا إذا طالب به. وتختلف قوانين الولايات فى إمكانية السماح للمدعى بالمطالبة به<sup>(1)</sup>. ففى ولايات Louisiana, Nebraska, New Hampshire, Washington غير مسموح بمنح التعويض العقابي<sup>(2)</sup>، على الرغم من أن هناك فى بعض القضايا فى هذه الولايات يفرض تعويضات عقابية، ولكن من خلال تطبيق القوانين الفيدرالية، أو قوانين ولايات أخرى<sup>(3)</sup>، أو تشريعات تسمح بفرض التعويض العقابي<sup>(4)</sup>. وفى ولايات Massachusetts, Michigan, South Dakota تقيد فقط السماح بالتعويض العقابي، ولكن لا تحظره، أو تمنعه تماما، كما فى الولايات السابقة التى ذكرناها<sup>(5)</sup>.

- (1) Theodore Eisenberg, Michael Heise, Nicole L. Waters, and Martin T. Wells, The decision to award punitive damages: An empirical study, Journal of legal analysis, Vol. 2, Number 2, Fall 2010, P. 592, 593.
- (2) In re Wintle, 781 A.2d 995, 997 (N.H. 2001), citing Aubert v. Aubert, 529A.2d 909 (1987); Gagnard v. Baldrige, 612 So.2d 732, 736 (La.1993) (punitive damages not allowed under Louisiana law unless provided for by statute); Corona de Camargo v. Schon, 278 Neb. 1045 (2009); Dailey v. North Coast Life Ins. Co., 919 P.2d 589 (1996) (punitive damages generally contrary to public policy).
- (3) For example, in New Hampshire, in an action based on federal law, an insurer can be liable for punitive damages. American Home Assurance Co. v. Fish, 451 A.2d 358, 360 (N.H. 1982).
- (4) For example, Louisiana authorizes exemplary damages in some cases

ونبين ذلك بالتفصيل، على النحو الآتي:

الشرط الأول: السلوك غير المشروع أو الإخلال المدني المبرر للحكم بالتعويض العقابي؛  
كما قدمنا، يجب أن نميز في هذا الصدد بين فرض التعويض العقابي عند قيام المسؤولية  
التقصيرية، والمسئولية العقدية. كما ينبغي أن نعرض للفرض الذي يشكل فيه السلوك غير  
المشروع للمدعى عليه لجريمة جنائية، فضلا عن كونه خطأ مدنيا.  
ونبين ذلك بالتفصيل، على النحو الآتي:

أولاً: التعويض العقابي في مجال المسؤولية التقصيرية:  
يختلف السلوك المبرر للحكم بالتعويض العقابي على المدعى عليه من ولاية إلى أخرى،  
فبعض الولايات تحدد نوع العمل غير المشروع كشرط للحكم بالتعويض العقابي، كما في التقتين  
المدنى لولاية كاليفورنيا، والذي ينص على أنه: "في دعوى الإخلال بالتزام لا ينشأ عن عقد، إذا  
أدان المدعى عليه بقيامه بالغش أو الاحتيال أو تعمد الأذى، فيحق للمدعى أن يطلب، بالإضافة إلى  
التعويض الفعلي عن الأضرار التي لحقت، تعويضا آخر عقابا للمدعى عليه"<sup>(1)</sup>.  
وتأخذ بعض الولايات الأخرى بمعيار فضايف نسبيا، تمنح بمقتضاه تعويضات عقابية،  
وذلك كما في ولاية كارولينا الشمالية، حيث تمنح التعويض العقابي، عندما يكون هناك أى عنصر  
من الغش أو تعمد الأذى، وأية درجة من الإهمال تدل على الطيش، أو التهور، وعدم الاكتراث

---

involving drunk driving. La. Stats. Ann. Civ. Code art. 2315.4.

- (1) Under Massachusetts law, punitive damages may be awarded only by statute. International Fid. Ins. Co. v. Wilson, 443 N.E.2d 1308 (1983). In Michigan, exemplary damages are compensation for injury to feelings and are not used to punish. Veselenak v. Smith, 414 Mich. 567, 572-573, 327 N.W.2d 261 (1982). In South Dakota, punitive damages are available only as provided by statute. S.D. Coded Laws x 21-1-4.
- (2) An example is found in the California Civil Code as follows: "In an action for the breach of an obligation not arising from contracts, where the defendant has been guilty of oppression, fraud, or malice, expressor implied, the plaintiff, in addition to the actual damages, may recover damages for the sake of example and by way of punishing the defendant". Calif. Codes—Civil Code—Sec. 3294 (1970 ed.) at 86 plus 1976 Cum.Pkt. Supp. at 10.

بعواقب الفعل والأذى، ومجرد الهوى، وبعض العناصر الأخرى التى تؤدى إلى تفاقم الفعل الذى سبب الضرر<sup>(1)</sup>.

إلا أنه من المعروف أن معظم الولايات تشترط لفرض التعويض العقابى، أن يعتمد المدعى عليه إلحاق الأذى، أو الضرر بالمدعى، أو التصرف بطيش وتهور بدون اكترات بحقوق الآخرين<sup>(2)</sup>.

وبالطبع، يعاب على هذه المعايير، التى يؤسس عليها منح التعويض العقابى، بأنها ضعيفة وغامضة، حيث تترك مجالا كبيرا للسلطة التقديرية للقاضى، كما يصعب التحديد الدقيق للسلوك أو العمل غير المشروع، الذى يدفع القاضى للحكم على المدعى عليه بدفع تعويض عقابى<sup>(3)</sup>.

فى حين أن فرض التعويض العقابى فى بعض الولايات يكون محصورا داخل حدود ضيقة، أو بناء على قيود معينة. فبعض المحاكم تمنح التعويضات العقابية فقط عندما تفرض، أو تقضى السياسة العامة بأن الأخطاء الشخصية يجب أن يتم ردها والعقاب عليها. وبالإضافة إلى ذلك، لن يسمح بفرض تعويض عقابى، إذا كان فى فرضه ما يضر بالمصلحة العامة<sup>(4)</sup>.

فيشترط مثلا لمنح التعويض العقابى- كما قال البعض<sup>(5)</sup>: "فعل أكثر من مجرد ارتكاب خطأ، دائما ما يكون مطلوبا لمنح، أو فرض التعويض العقابى. فيجب أن يكون هناك ظروف، أو أحوال يحدث فيها خطأ فادح، أو انتهاك خطير، كوجود غش، أو احتيال، أو سوء نية، أو تعمد الأذى من جانب المدعى عليه، أو عدم الاكترات بمصالح الآخرين. أما مجرد الإهمال فالبعض يرى أنه لا يكفى لفرض التعويض العقابى".

خلاصة القول، أنه يشترط للحكم بالتعويض العقابى، تعمد المدعى عليه إلحاق الأذى، أو الضرر بالمدعى<sup>(1)</sup>، فيجب إذن أن ننظر إلى سلوك المدعى عليه، لنرى ما إذا كان يستحق أن يفرض عليه هذه العقوبة الشديدة أم لا.

(1) The Supreme Court of North Carolina stated that North Carolina allows punitive damages: "When there is any element of fraud, malice, such degree of negligence as indicates reckless indifference to consequences, oppression, insult, rudeness, mere caprice, willfulness, or some other elements of aggravation in the actor omission causing the injury".

(2) Manuel Gomez Tomillo, previous reference, P. 227, 228.

(3) John D. Long, previous reference, P. 6.

(4) Gregory J. Sextro, previous reference, P. 102.

(5) W. Prosser, Law of Torts, Forth edition, 1971, P. 10.

(6) Madeleine Tolani, previous reference, P. 188.

ويلاحظ أنه يطلق العديد من المصطلحات التي تصف سلوك المدعى عليه، الذي يستوجب فرض التعويض العقابي، فمنهم من يصف هذا السلوك بأنه: تعمد إحاق الأذى، أو الضرر "malice"، أو التهور، أو الطيش "recklessness"، أو الإهمال الجسيم "gross negligence"، ويمكن أن تندرج كل هذه المصطلحات تحت تعبير واحد، وهو "سلوك مستهجن اجتماعياً"<sup>(١)</sup>. إلا أننا نرى مع البعض أن هذا المصطلح عام، ويمكن أن يندرج تحته أنواع أخرى من السلوك، الذي لا يستوجب فرض التعويض العقابي، لأنه قد يشمل أى خطأ فى قانون المسؤولية التصويرية، حتى الجريمة فى المسؤولية الجنائية يمكن أن تندرج تحت هذا المصطلح العام<sup>(٢)</sup>.

إذن يفرض التعويض العقابي عندما يتصرف المدعى عليه بقسوة، غير مكترث بحقوق المدعى، عالماً بأن سلوكه سيصيب المدعى بضرر مؤكد<sup>(٣)</sup>. وهناك بعض القضايا التي حكم فيها بالتعويض العقابي على أساس الإهمال، أو التصرف الطائش المتهور للمدعى عليه، إلا أنه تم انتقاد ذلك من جانب بعض الفقه والقضاء<sup>(٤)</sup>.

وفى كل الأحوال يشترط أن يكون المدعى عليه المخطئ سيئ الخلق، حتى يمكن عقابه عن طريق فرض تعويض عقابي، وعدم الاكتفاء بتعويض الضرر الذي أصاب المدعى المضرور. وبمفهوم المخالفة، يستبعد تطبيق نظرية التعويض العقابي على الحالات التي يكون فيها المدعى عليه حسن النية، أو شخصاً جيد الخلق.

وبالتالى يجب أن يتم تطبيق نظرية التعويض العقابي بطريقة مرنة عملية، تسمح بتطبيقها على الحالات التي تستدعى فيها الحاجة فقط إلى عقاب المدعى عليه، إلى جانب تعويض الضرر الذى أصاب المضرور<sup>(٥)</sup>.

وبصرف النظر عن الوصف الذى يطلق على السلوك غير المشروع، إلا أن هذا السلوك أو الإخلال يمكن أن يندرج فى صورة من الصور التي نبينها على النحو الآتى:

- (1) "The socially reprehensible conduct".
- (2) Ebrahim Taghizadeh, previous reference, P. 44.
- (3) Michael H. Whitehill, previous reference, P. 916. "Punitive damages to be awardable when a defendant acts in "callous disregard of plaintiff's rights" knowing that his conduct is "substantially certain" to injure plaintiff".
- (4) Toole v. Richardson-Merrell, Inc., 251 Cal. App. 2d 689, 713, 60 Cal. Rptr. 398, 415 (1st Dist. 1967); McDonnell v. American trust Co., 130 Cal. App. 2d 296, 299, 279 P.2d 138, 141 (1st Dist. 1955). Michael H. Whitehill, previous reference, P. 918.
- (5) Clarence Morris, previous reference, P. 1190, 1191.

- صور الإخلال أو الخطأ المدني المتطلب لفرص التعويض العقابي:

يقصد بالإخلال أو الخطأ المدني: تجاوز شخص، أو تصرفه بسلوك غير مكرث، أو غير مقبول اجتماعياً، ترتب عليه ضرر خاص، ويكون للمضروب الحق في المطالبة بتعويض نقدي، بطريق الدعوى المدنية.

وعلى ذلك فالتدمير المتعمد للعلامات التي تمثل حدود ملكية شخص آخر<sup>(1)</sup>، وإحداث كوارث بيئية<sup>(2)</sup>، ورفض بطريق الغش تسوية مطالبات تأمين تدخل في حدود التغطية التأمينية<sup>(3)</sup>، وسوء النية في التعامل، أو التنفيذ في عقود النفط الكبرى<sup>(4)</sup>، والتسبب في حوادث السيارات، وإخفاء تلف في سيارات، وبيعها على أنها جديدة<sup>(5)</sup>، كل هذه الأفعال تمثل حالات وقضايا حكمت فيها المحاكم بالتعويض العقابي على مرتكبها، بالإضافة إلى التعويض عن الضرر.

وجدير بالذكر أن القانون الأمريكي لم يضع قواعد عامة تحكم المسؤولية التقصيرية، وإنما حدد مجموعة من الأخطاء، والأعمال غير المشروعة، مبيناً شروط كل منها، والآثار المترتبة عليها. وعلى ذلك، فلا توجد قاعدة عامة تقرر أن كل خطأ سبب ضرراً يوجب التعويض، وإنما هي أفعال معينة تنشئ المسؤولية التقصيرية<sup>(6)</sup>.

وتندرج هذه الأفعال غير المشروعة تحت ثلاث طوائف، أو صور من المسؤولية التقصيرية:

١- الخطأ العمدى أو المقصود "Intentional Tort":

وهو تعمد أو قصد إحداث الضرر بالغير.

٢- الإهمال "Negligence":

وهو عدم اتخاذ الحيلة والحذر، أو العناية المعقولة، لمنع إلحاق الضرر بالغير. ويجب أن يثبت فيها المدعى خطأ الغير، والضرر الذى لحق به، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

٣- المسؤولية المقرضة أو الموضوعية "Strict Liability":

(1) Newport Harbor Ass'n, Inc. V. Dicello, No. CV03- 495284, 2005 WL 3750697 (Ohio Ct. App. Apr. 8, 2005).

(2) Exxon Shipping Co. V. Baker, 128 S.Ct. 2605 (2008).

(3) State Farm Mat. Auto. Ins. Co. V. Campbell, 538 U.S. 408 (2003).

(4) State V. Exxon Corp. No. CV 99- 2368, 2001 WL 1116835 (Ala. Cir. Ct. May 3, 2001).

(5) BMW of North America Inc. V. Gore, 517 U.S. 559 (1996).

(٦) مصطفى عبد الحميد عدوى، الإخلال المدني "المسؤولية التقصيرية" فى القانون الأمريكى،

بدون دار نشر، ١٩٩٤، ص ٢٣، ٢٤.

وهي التي لا تقوم على الخطأ، وإنما الخطأ فيها مفترض، كما في مسؤولية المنتج عما تحدثه منتجاته من أضرار<sup>(١)</sup>. ونوضح هذه الصور بالتفصيل، على النحو الآتي:

الصورة الأولى: الخطأ أو الإخلال العمدى:

كما قدمنا من قبل، الإخلال العمدى هو تعمد أو قصد إحاق الضرر أو الأذى بالغير، أو بأمواله، أو مصالحه الاقتصادية<sup>(٢)</sup>.

وجدير بالذكر أن هذه الصورة هي الغالبة للحكم بالتعويض العقابي<sup>(٣)</sup>، حيث تفرض التعويضات العقابية في أغلب الحالات عند ارتكاب أخطاء أو أعمال غير مشروعة عمدية، أي بقصد الإيذاء أو الإضرار بالغير، كما تفرض عند ارتكاب أخطاء تسبب أضرارا اقتصادية للآخرين<sup>(٤)</sup>.

وتظهر أهمية الدافع أو الباعث هنا عندما يتعلق الأمر بالمطالبة بالتعويض العقابي، حيث لا يقتصر دور التعويض على مجرد جبر الضرر، وإنما يتخذ أداة لعقاب وردع مرتكب الفعل غير المشروع. فالتعويض العقابي يمثل عقوبة خاصة، توقعها المحكمة على المدعى عليه، بالنظر إلى سوء نيته، وقصده الإيذاء، بغير سبب معقول<sup>(٥)</sup>.

وقد يتمثل الإخلال العمدى في صورتين: إما التعدى على الأشخاص، أو التعدى على الأموال. ونبين ذلك بالتفصيل على النحو الآتي:

أولاً: التعدى على الأشخاص:

يتحقق التعدى على شخص الغير عندما يصدر فعل مباشر، غير مشروع، من شخص، يترتب عليه المساس بحق شخص آخر، في سلامة جسمه وحرمة.

(1) Hossam Eldin Mahmoud, The law of tort, Mansoura University School of law, No date, P. 49, 50. Mohamed Sadat, Introduction to Anglo-American law, Mansoura University School of law, No date, P. 156.

(٢) مصطفى عبد الحميد عدوى، الإخلال المدنى "المسئولية التقصيرية" فى القانون الأمريكى، مرجع سابق، ص ٤٧.

(3) Anthony J. Sebok, previous reference, P. 967.

(4) Robert J. Rhee, previous reference, P. 48.

(٥) مصطفى عبد الحميد عدوى، الإخلال المدنى "المسئولية التقصيرية" فى القانون الأمريكى، مرجع سابق، ص ٤٧.

ويتميز هذا النوع من التعدي بأنه لا يتوقف على وقوع ضرر فعلي يصيب المدعى، فهو يتحقق بصرف النظر عما إذا كان هناك ضرر أم لا، فالعبرة فيه بوقوع فعل التعدي، الذي لا يشترط فيه درجة معينة من الجسامة، بل إن مجرد اللمس يكفي لوجود التعدي<sup>(١)</sup>. وهناك عدة صور في القانون الأمريكي للتعدي، أو الإخلال العمدي ضد الأشخاص:

#### ١- التهديد بالاعتداء أو استعمال العنف "Assault": التعريف:

يقصد بالتهديد بالاعتداء، أو استعمال العنف بأنه: "قيام المدعى عليه بفعل مادي، يولد خوفا ورهبة في نفس المدعى، بحيث يعتقد بأسباب معقولة بأن هناك اعتداء أو أذى جسمانيا سيلحق به في الحال"<sup>(٢)</sup>. ويشكل التهديد باستعمال العنف، أو الاعتداء جريمة جنائية، تستوجب العقاب الجنائي، بالإضافة إلى كونه إخلالا مدنيا، يستوجب التعويض<sup>(٣)</sup>.

الشروط اللازمة لوقوع التهديد باستعمال العنف:  
يشترط عدة شروط حتى يقع الإخلال المدني، الذي يتمثل في صورة تهديد باستعمال العنف أو الاعتداء، أهمها:

#### أ- الفعل المادي:

يشترط أن يقوم المدعى عليه بفعل مادي، كرفعه قبضة يده بقصد الاعتداء، أو توجيه عصا أو آلة حادة تجاه المدعى، دون أن يمتد ذلك إلى جسمه<sup>(٤)</sup>. وعلى ذلك، فمجرد توجيه كلمات تهديدية للمدعى لا تكفي للقول بوقوع تهديد باستعمال العنف، الذي نحن بصددده، مهما بلغت درجة ما تتضمنه هذه الكلمات من تهديد<sup>(٥)</sup>.

---

(١) زهير بن زكريا، الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة في النظام الأنجلوسكسوني وفي النظام اللاتيني، رسالة دكتوراة من جامعة عين شمس، ١٩٩٩، ص ٣٧.

(2) Hossam Eldin Mahmoud, previous reference, P. 104. "Assault is the act of the defendant which causes the plaintiff reasonable apprehension of the infliction of a battery on him by the defendant".

(٣) زهير بن زكريا، المرجع السابق، ص ٥٠.

(٤) مصطفى عبد الحميد عدوي، الإخلال المدني "المسؤولية التصيرية" في القانون الأمريكي، مرجع سابق، ص ٦٧.

(5) Mohamed Nagy Yacout, Introduction to Anglo-American Law, Mansoura University School of law, No date, P. 230.

ب- قدرة المعتدى على تنفيذ تهديده:

يشترط أن يكون المعتدى قادرا على تنفيذ تهديده، بأن يملك القدرة البدنية الكافية لتنفيذها، بحيازته له حادة، أو اندفاعه في حالة هياج شديدة تجاه المعتدى عليه.

ج- قصد أو نية الاعتداء الحال:

يجب أن يكون لدى المعتدى نية الاعتداء في الحال، فلا يكفي مجرد التهديد بالاعتداء مستقبلا، أو عدم ظهور نية الشخص على تنفيذ تهديداته<sup>(١)</sup>.

د- اعتقاد المدعي لأسباب معقولة أن ضررا بدنيا سوف يلحق به في الحال:

يجب أن يتولد لدى المدعي اعتقاد مبنى على أسباب معقولة، بأن ضررا بدنيا سوف يلحق به في الحال. فإذا لم تتولد لديه تلك الرهبة، أو الخوف، أو كان معتقدا بعدم جدية التهديد، أو عدم حيازة المدعي عليه الوسائل التي تمكنه من إحداث الضرر أو الأذى البدني به، فلن يتحقق إذن هذا الإخلال المدني، ولا يحق للمدعي المطالبة بالتعويض<sup>(٢)</sup>.

## ٢- الضرب "Battery":

التعريف:

الضرب هو كل اعتداء عمدي مباشر على جسم الإنسان، دون سبب مشروع، أو قانوني. ويمثل الضرب جريمة جنائية، فضلا عن كونه عملا غير مشروع أو إخلالا مدنيا، يعطى الحق للمدعي في المطالبة بالتعويض العقابي عنه<sup>(٣)</sup>.

شروط وقوع الضرب الموجب للمطالبة بالتعويض:

أ- أن يكون الفعل عمديا ومباشرا:

يجب أن يكون الفعل ذاته عمديا، حتى ولو كانت إرادة الجاني لا تتجه إلى إحداث ضرر، بل وحتى لو لم يلحق الشخص ضرر منها، فاشتراط العمد هنا يتعلق بالفعل ذاته. كما يجب أن يكون الفعل مباشرا، أي أن يضرب الشخص مباشرة، كمن يلقي أو يضرب شخصا بقطعة خشب. أما إذا ألقى الشخص قطعة خشب في الطريق، فتعثر فيها أحد المارة، فالإصابة هنا تكون غير مباشرة، حيث إن فعل المدعي عليه كان غير مباشر، وإنما يسأل هنا عن إهمال، وليس ضربا.

(١) زهير بن زكريا، المرجع السابق، ص ٥٣، ٥٤.

(٢) مصطفى عبد الحميد عدوى، الإخلال المدني "المسئولية التقصيرية" في القانون الأمريكي،

مرجع سابق، ص ٦٧، ٦٨.

(٣) زهير بن زكريا، المرجع السابق، ص ٦٠.



ب- أن يكون الاعتداء غير مشروع:  
يجب أن يقع الاعتداء، أو الضرب بطريقة غير مشروعة، أو قانونية، أى بلا سند من القانون، أما إذا كان مثلاً بسبب مشروع، كاستخدام الشخص حقه فى الدفاع الشرعى، فلا يسأل هنا عن ضرب<sup>(١)</sup>.

### ٣- تقييد حرية شخص بدون حق (احتجاز شخص بغير حق) "False Imprisonment"

**التعريف:**

يقصد بهذا الفعل: "تقييد شخص لحرية شخص آخر، رغم إرادته، دون الاستناد إلى سبب أو مبرر مشروع أو قانوني"<sup>(٢)</sup>. فهذا الفعل يخول للشخص الذى قيدت حريته اللجوء إلى المحكمة المدنية، للمطالبة بالتعويض عن هذا العمل غير المشروع. بالإضافة إلى كونه جريمة، تستوجب معاقبته جنائياً"<sup>(٣)</sup>.

الشروط الواجب توافرها لقيام المسؤولية:  
يشترط عدة شروط لقيام المسؤولية عن احتجاز أو تقييد حرية شخص دون وجه حق، ليتمكن المدعى من المطالبة بالتعويض، وهى:

أ- الاحتجاز:

يشترط أن يقوم الشخص باحتجاز شخص آخر، كوضعه فى مكان مغلق، أو خلف حاجز يمنع من مغادرة المكان، بل إن مجرد إيهام الشخص بأنه لا يمكنه مغادرة المكان يعد احتجازاً له. فيتحقق الاحتجاز، سواء صاحبه قوة فعلية، أو مجرد تهديد باستخدامها<sup>(٤)</sup>.

ب- أن يكون الاحتجاز رغم إرادة الشخص:

يشترط أن يقع الاحتجاز رغم إرادة المدعى، أما إذا تبين أنه كانت لدى الشخص وسيلة متاحة لمغادرة المكان، لم يجز له الادعاء باحتجازه أو تقييد حريته، ما لم يعتقد أن ضرراً ما سيصيبه إذا حاول مغادرة المكان<sup>(٥)</sup>.

(1) Hossam Eldin Mahmoud, previous reference, P. 95- 100.

(2) Mohamed Nagy Yacout, Sources of obligations, Mansoura University School of law, No date, P. 55.

(٣) زهير بن زكريا، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٤) مصطفى عبد الحميد عدوى، الإخلال المدنى "المسئولية التقصيرية" فى القانون الأمريكى، مرجع سابق، ص ٥٠، ٥١.

(٥) زهير بن زكريا، المرجع السابق، ص ٤٣.

ج- عدم المشروعية:

يجب أن يتم تقييد حرية الشخص بدون الاستناد إلى سبب قانوني، أو مبرر مشروع، أو بدون اتباع إجراءات قانونية صحيحة<sup>(1)</sup>.

وعلى ذلك، يحق للعامل المطالبة بالتعويض، إذا قام صاحب العمل باحتجازه، بعد اتهامه إياه بالاستيلاء على بعض المنقولات، دون أن يستند هذا الاتهام إلى سبب مقبول، ودون اتباع الإجراءات القانونية<sup>(2)</sup>.

إذا ما توافرت هذه الشروط، يحق للمدعى أن يطالب بالتعويض المعادل للضرر، كفقْدان الأجر عن المدة التي قيدت فيها حرية الشخص بدون حق، أو الأضرار التي أصابت جسم الشخص، كالمرض، أو الأضرار النفسية، أو الأدبية. إلا أنه لم يتم إغفال سوء نية المدعى عليه، وقصده الإيذاء، والتي يجيز للمدعى، الذي قيدت حريته دون سبب قانوني مقبول، أن يطالب بالتعويض العقابي أو الردعي، كنوع من العقوبة أو الجزاء تقدره المحكمة، لا على أساس الضرر الذي لحق بالمدعى، وإنما على أساس سوء نية المدعى عليه، وتممه إلحاق الضرر والأذى بالمدعى<sup>(3)</sup>.

ثانياً: التعدي على ملك الغير:

يميز القانون الأمريكي بين صورتين من التعدي على ملك الغير، الأولى: هي التعدي على أرض الغير، والثانية: التعدي على منقولات الغير. وتعد هاتان الصورتان من الأخطاء المدنية التي تعطي للمضرور الحق في المطالبة بالتعويض<sup>(4)</sup>. وتتولى شرح كل منهما بالتفصيل، على النحو الآتي:

#### ١- التعدي على الأرض "Trespass to Land":

التعريف:

يقصد بالتعدي على الأرض: دخول شخص وتعيده على أرض الغير، دون إذن منه، أو بغير سبب مشروع. ولا يقتصر الأمر على الدخول غير المشروع للقول بوجود تعد على أرض الغير، وإنما قد يتحقق التعدي لمجرد إلقاء مواد ضارة أو نفايات بأرض الغير<sup>(5)</sup>.

(1) Hossam Eldin Mahmoud, previous reference, P. 111.

(٢) مصطفى عبد الحميد عدوى، الإخلال المدني "المسئولية التقصيرية" في القانون الأمريكي، مرجع سابق، ص ٥١.

(٣) مصطفى عبد الحميد عدوى، الإخلال المدني "المسئولية التقصيرية" في القانون الأمريكي، مرجع سابق، ص ٥٦، ٥٧.

(4) Mohamed Sadat, previous reference, P. 161.

(5) Mohamed Nagy Yacout, Sources of obligations, previous reference, P.

شروط التعدي على أرض الغير:

أ- أن يكون المدعى حائزا للأرض:  
يشترط أولا أن يكون المدعى حائزا للأرض، فترفع دعوى الإخلال المدني في هذه الصورة من المالك، أو المستأجر، أو من أى شخص يثبت له الحق في حيازة الأرض، لأن المقصود من هذه الدعوى هو حماية مصلحة الشخص في الانتفاع الآمن والكامل لأرضه، وعلى ذلك فهي تحمي الحيازة، وليس الملكية.

ب- أن يكون دخول الأرض غير مشروع:  
يجب أن يكون دخول الأرض غير مشروع، أى دون إذن أو سند قانوني من الحائز. وجدير بالذكر، أنه لا يشترط أن يكون دخول الأرض قد تم بقصد الإضرار بالغير الحائز للأرض، وإنما مجرد الدخول، دون إذن منه، يعد تعديا على أرضه<sup>(1)</sup>.

٢- التعدي على منقولات الغير "Trespass to Chattel":  
وفي هذه الصورة من الإخلال المدني، المبرر لطلب التعويض، يقوم المدعى عليه بالتعدي على المنقولات، التي في حيازة شخص آخر، وغالبا ما يكون التعدي في هذه الصورة ماديا، بأخذ أو نقل أو إتلاف هذه المنقولات، التي يحوزها شخص آخر، مما يبرر لهذا الأخير مطالبة المعتدى بتعويضه<sup>(2)</sup>.

الصورة الثانية: الإهمال "Negligence":

التعريف:

يقصد بالإهمال: الفشل في اتخاذ العناية المعقولة، أو الحرص، لمنع إلحاق الضرر أو الأذى بالغير.  
فالسلك المهمل يتضمن خطرا بالإضرار بالغير. وتتميز المسؤولية القائمة على الإهمال في هذه الحالة بعدم الحاجة إلى إثبات قصد الإضرار بالغير<sup>(3)</sup>. وإن كان في الأصل يحكم

54.

- (1) Hossam Eldin Mahmoud, previous reference, P. 126, 127.
- (2) Mohamed Nagy Yacout, Sources of obligations, previous reference, P. 54. Hossam Eldin Mahmoud, previous reference, P. 129.
- (3) Mohamed Nagy Yacout, Introduction to Anglo-American Law, previous reference, P. 212. Hossam Eldin Mahmoud, previous reference, P. 52.

بالتعويض العقابي في القضايا التي يكون فيها مرتكب الخطأ سيئ النية، أو متعمدا إحداهن الضرر، إلا أنها امتدت إلى الحكم بها في قضايا الإهمال الجسيم والطيش والتهور<sup>(1)</sup>.

ففي قضية<sup>(2)</sup> Drake V. Long كان Drake صيادا تجاريا، قد تم تشغيله من قبل المدعى عليهم، ليكون مرشدا لهم، في رحلة بحرية، عام ٢٠٠٣، وقد أصيب ظهره لرفعه حقيبة بها ٨٠ باوندا من الجمبرى، وقد رفع دعوى على أصحاب السفينة، مدعيا بأن المدعى عليهم كانوا مهملين، وأن السفينة كانت غير صالحة للإبحار، وادعى أيضا أن المدعى عليهم حاولوا إخفاء مسؤوليتهم، عن طريق قيادة السفينة، والصعود بها على الرصيف، وتدميرها، لتدمير الدليل على مسؤوليتهم. فحكمت هيئة المحلفين لـ Drake بـ ٢٥٠ ألف دولار كتعويض عن الضرر، و ٢٥٠ ألف دولار كتعويض عقابي، استنادا إلى أن المدعى عليهم حاولوا إخفاء خطئهم أو مسؤوليتهم. وتجدر الإشارة إلى أن سلوك الشخص المعتاد هو الذي يقاس به سلوك المدعى عليه، فيعد الشخص مهملًا، إذا كان سلوكه أدنى من سلوك الرجل المعتاد، الذي يوجد في نفس الظروف المعاصرة لوقوع الفعل.

- الشروط الواجب توافرها في المسؤولية القائمة على الإهمال:

يشترط توافر عدة شروط للقول بقيام مسؤولية المدعى عليه عن الإهمال، كخطأ مدني، يستوجب أو يعطى الحق للمدعى في المطالبة بالتعويض، هذه الشروط هي:

١- وجود واجب بذل عناية على عاتق المدعى عليه قبل المدعى "Duty of Care":  
يجب أن يثبت المدعى أولا وجود واجب بذل عناية على عاتق المدعى عليه تجاهه. وبالتالي، فلا قيام للمسؤولية عن الإهمال، إذا لم يكن الشخص ملتزما بهذا الواجب. وعلى ذلك، لا يقوم الإهمال في جانب الشخص الذي يمتنع عن إنقاذ شخص آخر يغرق، في حين يلتزم سائق السيارة بمراعاة الحيطة والحذر أثناء القيادة، والسير بطريقة لا تضر بالمشاة أو بسائقي السيارات الأخرى<sup>(3)</sup>. كذلك، فالأطباء ملتزمون باتخاذ العناية والحرص المعقول تجاه المرضى.

٢- الإخلال بواجب بذل العناية "Breach of duty of care":  
يشترط ثانيا أن يثبت المدعى إخلال المدعى عليه بواجب بذل العناية المعقولة الذي يلتزم به، لتجنب وقوع الفعل الذي سبب له الضرر.

(1) Ronen Perry, previous reference, P. 441.

(2) No. 2:04 – CV. 00002 – JEG, 2006 WL 3827038 (S.D. Ga. July, 2006).

(3) مصطفى عبد الحميد عدوى، الإخلال المدني "المسؤولية التقصيرية" في القانون الأمريكي،

مرجع سابق، ص ٩٥، ٩٦.

فعلى المدعى المضرور مثلا، إثبات سرعة سائق السيارة الزائدة عن الحد القانوني، أو عدم انتباهه لإشارة المرور الحمراء التي كانت توجب عليه التوقف، مما أدى إلى إصابته بأضرار، تجيز له المطالبة بالتعويض عن إهمال السائق، الذي لم يتخذ العناية المعقولة، لتفادي وقوع هذا الحادث، وهذه الأضرار<sup>(١)</sup>.

٣- الضرر:

يشترط للحكم بالتعويض عن الإهمال حدوث ضرر للمدعى، من جراء إهمال المدعى عليه، ويلقى على عاتق المدعى إثبات وقوع هذا الضرر. وقد يكون هذا الضرر ماديا، أو معنويا، يصيبه في عاطفته وشعوره<sup>(٢)</sup>.

٤- علاقة السببية بين الخطأ والضرر "Causation":

يجب أن يثبت المدعى المضرور أيضا وجود علاقة سببية بين خطأ المدعى عليه، المتمثل في الإهمال، وفشله في اتخاذ واجب العناية المعقولة، وبين الضرر الذي لحق به نتيجة لذلك الإهمال.

أما إذا أثبت المدعى عليه أن الضرر الذي أصاب المدعى لم يكن راجعا لإهماله، فلا يلتزم المدعى عليه في هذه الحالة بتعويض هذا الضرر<sup>(٣)</sup>.

الصورة الثالثة: المسؤولية المفترضة "Strict Liability":

يفرق القضاء الأمريكي بين نوعين من المسؤولية:

- ١- مسؤولية قائمة على أساس الخطأ، وتسمى بالمسؤولية الشخصية.
- ٢- مسؤولية تقوم بدون إثبات خطأ، وتسمى بالمسؤولية الموضوعية أو المفترضة.

التعريف:

يقصد بالمسؤولية المفترضة أو الموضوعية: هي المسؤولية التي تقوم دون الحاجة إلى إثبات خطأ، فلا يحتاج المدعى فيها إلى إثبات خطأ المدعى عليه، سواء كان عمديا، يقصد به الإيذاء، أو لإحاق الضرر بالمدعى، أو كان خطئه ناتجا عن إهمال.

الغرض:

ويهدف هذا النوع من المسؤولية إلى تحقيق مصلحة المدعى المضرور، تأميننا لحصوله على التعويض، وتسهيلا له، بالنسبة للأضرار الناتجة عن بعض الأنشطة.

(1) Hossam Eldin Mahmoud, previous reference, P. 69- 72.

(٢) زهير بن زكريا، المرجع السابق، ص ١٢٨.

(٣) مصطفى عبد الحميد عدوى، الإخلال المدني "المسؤولية التقصيرية" في القانون الأمريكي،

المرجع السابق، ص ١٠٥، ١٠٦.

وأهم مثال على ذلك النوع من المسؤولية، هو مسؤولية المنتج عن الأضرار الناجمة عن منتجاته، حيث تتعدّد المسؤولية الموضوعية، أو المفترضة للمنتج عن الضرر الناتج عن منتج، ويتحمل هذه المسؤولية دون إثبات خطأ من جانبه، وذلك لتحقيق مصلحة المضرور، وتسهيل حصوله على التعويض، وإنما يجب على المدعى المضرور في هذه الحالة أن يثبت الضرر الناجم عن فعل المنتج.

وأيضاً، يسأل أصحاب العمل مسؤولية مفترضة أو موضوعية عن أخطاء العاملين لديهم، متى حدثت أثناء العمل أو بمناسبةه<sup>(١)</sup>.

ثانياً: التعويض العقابي في مجال المسؤولية العقدية:

ينبغي فرض تعويض عقابي لكل إخلال متعمد بالعقد، فهذا يكون من شأنه حماية الحقوق التعاقدية<sup>(٢)</sup>، لاسيما عندما تحدث انتهاكات خطيرة للعقود، لا تكفي العلاجات العادية المقررة في قانون العقود لجبرها وإصلاحها<sup>(٣)</sup>.

فالتعويض العقابي في مجال المسؤولية العقدية يمثل: "عقوبة خاصة، توقع على المدين، جزاء له على سوء نيته "Malice"، ويمكن أن يحكم به في دعوى فسخ العقد، أو ترفع به دعوى منفصلة، باعتبار أن سوء النية يمثل إخلالاً مدنياً وخطأً تقصيرياً، كالغش والتدليس"<sup>(٤)</sup>.

ويلاحظ أنه عادة لا يحصل المدعى على تعويض عقابي من المدعى عليه، الذي أخل بالعقد، إلا إذا أثبت المدعى أن هناك خطأ أو عملاً غير مشروع مستقلاً ارتكبه المدعى عليه<sup>(٥)</sup>.

فكما قدمنا من قبل، في القضية الشهيرة بين BMW of North America Inc. ضد Gore<sup>(٦)</sup>، حيث اشترى Gore سيارة بي إم دبليو جديدة من موزع معتمد، وقد وجد أن سيارته قد

(1) Hossam Eldin Mahmoud, previous reference, P. 135, 136.

(2) Solene Rowan, Reflections on the introduction of punitive damages for breach of contract, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 30, No. 3, 2010, P. 500. "Punitive damages should be awarded for all deliberate breaches of contract".

(3) Solene Rowan, Reflections on the introduction of punitive damages for breach of contract, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 30, No. 3, 2010, P. 505.

(٤) مصطفى عبد الحميد عدوى، الإخلال المدنى "المسؤولية التقصيرية" فى القانون الأمريكى، مرجع سابق، ص ٢٠.

(5) Doug Rendleman, previous reference, P. 1001. "A plaintiff usually cannot recover punitive damages for the defendant's breach of contract unless it proves an independent tort".

(6) BMW of North America Inc. V. Gore, 517 U.S. 559, 1996.

سبق إعادة طلائها من شركة بي إم دبليو، وكانت هذه الشركة قد تبنت سياسة أنه إذا حدث ضرر، أو خدش بسيط بالسيارة أثناء نقلها بنسبة ٣% أو أقل من قيمة السيارة، فإنها تعالج هذا الضرر، أو الخدش، وتبيعه على أنها جديدة. وقد ادعى مشتري السيارة المضرور أنه قد تم الاحتيال عليه، أو غشه من قبل الشركة، التي لم تفصح أو تعلنه بقيامها بإعادة طلاء السيارة. وقد طالب المشتري بأربعة آلاف دولار كتعويض عن الضرر الاقتصادي الذي أصابه، وأربعة ملايين دولار كتعويض عقابي. وقد أكد وأضاف Gore أنه يكمن تبرير ذلك في أنه رادع فعال لشركة بي إم دبليو، والتي قد بدأت فعلا في تغيير سياستها في الإفصاح، منذ أن بدأت المحاكمة. وفي المحاكمة قد خلصت هيئة المحلفين إلى أن عدم إفصاح شركة بي إم دبليو عن إعادة طلاء السيارة، يشكل غشا فادحا وجسيما، وحكمت لـ Gore بأربعة آلاف دولار كتعويض عن الضرر، وأربعة ملايين دولار كتعويض عقابي. وفي الاستئناف، قد اتفقت المحكمة العليا في Alabama مع الحجج التي استند عليها Gore، ولكنها قللت مبلغ التعويض العقابي إلى مليوني دولار<sup>(١)</sup>.

ويتبين من دراستنا لهذه القضية أن هناك إخلالا صريحا بالالتزام بالإفصاح، حيث لم تفصح أو تعلم شركة بي إم دبليو عن الخدش الذي حدث بالسيارة، وقيامها بإعادة طلائها، وبيعها مرة أخرى على أنها جديدة، فكل ذلك يشكل غشا، وإخلالا متعمدا بالعقد، يستوجب فرض التعويض العقابي على الشركة.

ثالثا: إذا كان فعل المدعى عليه يشكل خطأ مدنيا وجريمة في نفس الوقت: في الفرض الذي يمثل فيه فعل المدعى عليه خطأ ينشئ المسؤولية التقصيرية، وجريمة جنائية في نفس الوقت تنشئ المسؤولية الجنائية، فإذا ما تمت معاقبة الجاني في المحكمة الجنائية على نحو فعال، فلا داعي إذن لفرض تعويض عقابي في المحكمة المدنية، لأنه سيكون غير مجد في هذه الحالة.

فالعبرة من التعويض العقابي الذي تفرضه المحكمة المدنية هو معاقبة مرتكب الخطأ وردعه عن إتيان مثل هذا السلوك الخاطي مرة أخرى، فإذا ما تم ذلك في المحكمة الجنائية، فلا داعي لتكراره في المحكمة المدنية، لاسيما وأنه سيدفع تعويضا عن الضرر الذي أصاب المدعى. لذا جرى العمل في بعض المحاكم على رفض الحكم بالتعويض العقابي في الدعاوى التي يشكل فيها فعل المدعى عليه خطأ مدنيا، وجريمة جنائية في نفس الوقت، تاركة الوظيفة العقابية للمحكمة الجنائية<sup>(٢)</sup>.

وعلى الرغم مما سبق، إلا أن البعض<sup>(١)</sup> يذهب إلى أن العقوبات الجنائية قد لا تكون فعالة في بعض الأحيان، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب منها: أن هذه العقوبات تكون محددة سلفا من

(1) Amir Nezar, previous reference, P. 697.

(2) Huber V. Teuber, 10 D.C. 484 (1879); Albrecht V. Walker, 73 Ill. 69 (1874); Taber V. Huston, 5 Ind. 322 (1854). Clarence Morris, previous reference, P. 1195, 1196.

جانب المشرع، دون النظر إلى الاعتبارات، أو الظروف، أو الحالات الخاصة ببعض الجناة، والتي تجعل العقوبة غير فعالة في بعض الحالات أو القضايا. ولذا فالسماح بالحكم بالتعويض العقابي في مثل هذه الحالات قد يكون علاجاً مجدياً، عندما لا يحقق العقاب الجنائي الغرض المقصود منه بشكل كفاء أو كاف.

وقد اتجهت كثير من المحاكم إلى الأخذ بهذا الاتجاه، وحكمت بفرض تعويض عقابي، على الرغم من أن المدعى عليه قد عوقب جنائياً<sup>(٢)</sup>.

وعلى ذلك لا يقتصر تعويض الضحايا، في بعض النظم القانونية، على تعويضهم عن الأضرار أو الخسائر المادية أو المعنوية التي لحقت بهم، وإنما يمتد ليشمل منحهم تعويضات عقابية عن تلك الأضرار، يكون الغرض منها عقاب، وإصلاح، وردع مرتكب الجريمة، الذي نتج عن فعله غير المشروع الإضرار بالضحية<sup>(٣)</sup>.

إن هذه التعويضات تمنح بالإضافة إلى التعويض عن الأضرار الفعلية التي لحقت بالضحية، وذلك عندما يتعمد الجاني إيذاء الضحية أو الاستهتار بها وخذاعها، ومن ثم يعاقب على هذا العمل غير المشروع، بحيث يمتنع عن ارتكابه مرة أخرى<sup>(٤)</sup>.

وتطبيقاً لذلك، حكم على الجاني بدفع تعويض عقابي قدره ١٢٧٦٠ دولار أمريكي، بالإضافة إلى التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية وقدره ٦٣٧٨٠ دولار أمريكي، لارتكابه جريمة اتجار بالبشر، عن طريق استغلال الضحية الأوكرانية الجنسية في العمل الجبري، مع العلم بأن المحكمة التي حكمت بذلك هي المحكمة المدنية، بل والأكثر من ذلك، حكمت بالتعويض دون أن تثبت الضحية وقوع الأضرار التي لحقت بها نتيجة لترحيلها من الدولة التي وقعت جريمة الاتجار بالبشر فيها، وقد أكدت حكمها المحكمة العليا<sup>(٥)</sup>.

كذلك حكم على الجناة Teresa R. Castro and Roland M. Cuico الفلبينيين الجنسية بدفع تعويض قدره 100000 PHP في القضية التي تتلخص وقائعها في أنهم قاموا

(1) Clarence Morris, previous reference, P. 1196.

(2) Wilson V. Middleton, 2Cal. 54 (1852); Bundy V. Maginess, 76 Cal. 532, 18 Pac. 668 (1888); Hauser V. Griffith, 36 Iowa 587 (1873).

(٣) مكتب الأمم المتحدة المعنى بالمخدرات والجريمة والاتحاد البرلماني الدولي، مكافحة الاتجار بالأشخاص، كتيب إرشادي للبرلمانيين، منشورات الأمم المتحدة، بدون تاريخ نشر، ص ٦١.

(4) Mohamed Mattar, Expert Consultation, Effective Remedies for Victims of Trafficking in Persons, Convened by the U.N. Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, Ms. Joy Ngozi Ezeilo, Bratislava, Slovakia, November 22-23, 2010, P. 13.

(5) Israel, Supreme Court, Civil Appellate 3806/06, Sentence date: 26-5-2009, UNODC No. ISR005.



باستغلال ٩ فتيات قاصرات للقيام بأعمال جنسية منافية للأداب مع العملاء في فندق جاروود، وتلقى مقابلا لهذه الأعمال. فاعتبرتهم المحكمة مسئولين مدنيا عن تعويض الأضرار التي لحقت بالضحايا، وقسمت التعويض إلى 5000 PHP تعويضا عن الأضرار المعنوية التي لحقت بهم نتيجة لاستغلالهم جنسيا، و 5000 PHP تعويضا عقابيا، أو ردعا لعقابهم على عملهم غير المشروع، ولردع وتحذير غيرهم من ارتكاب نفس الفعل<sup>(١)</sup>.

وجدير بالذكر أنه لا بد أن يتم في مثل هذه القضايا التوازن أو التوافق أو التنظيم بين العقوبة الجنائية التي تصدر من المحكمة الجنائية، والتعويض العقابي الذي يفرض من المحكمة المدنية. وعلى ذلك، إذا ما تم محاكمة الجاني جنائيا أولا، وفرض عليه عقوبة جنائية، يجب أن تعلم بها المحكمة المدنية، حتى تضع في الحسبان هذه العقوبة عند تقديرها فرض التعويض العقابي أم لا، وفي حالة فرضه، فما المقدار الذي ستحكم به؟

أما في الحالة التي ترفع فيها الدعوى المدنية أولا، فمن البديهي أن هيئة المحلفين لا تعلم على وجه اليقين ما إذا كان سيتم رفع دعوى جنائية بشأن نفس الفعل أم لا، وحتى لو رفع بشأنها دعوى جنائية، فلا تعلم ما إذا كانت ستنتهي المحاكمة إلى معاقبة المجرم أو إدانته أم لا، وفي هذه الحالة، تقدر هيئة المحلفين التعويض العقابي، دون النظر إلى ما قد يتم في المحكمة الجنائية، ومدى معاقبته جنائيا. وعند رفع الدعوى الجنائية، سيكون التنظيم أو التوازن هو مسؤولية المحكمة الجنائية، تراعى، عند حكمها بالعقوبة الجنائية، ما سبق فرضه من تعويضات عقابية من المحكمة المدنية. فمن الممكن أن تصدر المحكمة الجنائية مثلا، في هذه الحالات، الحد الأدنى للعقوبة الجنائية، أو أن تحكم بعقوبة جنائية وتوقف تنفيذها<sup>(٢)</sup>.

الشرط الثاني: الضرر:

يشترط للحكم بالتعويض العقابي أن يتسبب سلوك المدعى عليه في إحداث ضرر للمدعى<sup>(٣)</sup>.

ويلاحظ أنه يتم منح تعويض عقابي، عندما يكون قيمة الضرر، أو الإصابة، والتعويض عنه قليلا، مما لا يعد حافزا لمقاضاة أو لرفع دعوى تعويض عن الضرر.

فكما ذكرنا من قبل، قد لا يقدم التعويض عن الضرر الحافز المناسب، إذا كان مرتكب الخطأ استمد مكاسب غير مشروعة، سواء مادية أو غير مادية، من سلوكه غير المشروع. ففي قضية<sup>(٤)</sup> بين Rookes ضد Barnard رأى اللورد Devlin أنه إذا كان الشخص قد توقع تحقيق مكاسب، أو فوائد شخصية من العمل غير المشروع، تتجاوز مقدار الضرر الواقع على

(1) Philippines, Regional trial court, Branch 14, Criminal case No. CBU-71993, Sentence date: 20-7-2007, UNODC No. PHL002.

(2) Clarence Morris, previous reference, P. 1196, 1197.

(3) Ebrahim Taghizadeh, previous reference, P. 44.

(4) (1964) A.C. 1129 (H.L.) (Eng).

الأخرين، ففي هذه الحالة يكون التعويض عن الضرر غير كاف أو غير مناسب. فهنا، يمكن فرض تعويضات عقابية رادعة<sup>(١)</sup>.

وإذا كان يشترط حدوث ضرر للمدعى للحكم بالتعويض العقابي، إلا أنه عند تقدير هذا النوع من التعويض، يراعى مدى جسامة الخطأ المرتكب، وليس مقدار الضرر الواقع على المدعى. فكما قدمنا من قبل، فى قضية<sup>(٢)</sup> بين Coryell ضد Colbaugh ، عندما أخل أحد الطرفين بوعده بزواج الآخر، أمرت محكمة نيوجيرسى هيئة المحلفين ألا تقوم بتقدير التعويض على أساس الأضرار، أو المعاناة الفعلية، وإنما أن تقدر التعويض على أساس الرغبة فى منع وقوع مثل هذه الأفعال فى المستقبل<sup>(٣)</sup>.

وفى قضية<sup>(٤)</sup> بين Day ضد Woodworth، حكمت المحكمة العليا بأنه مبدأ راسخ فى القانون العام أو العرفى أن هيئة المحلفين فى دعوى المسؤولية التقصيرية يمكنها أن توقع، أو تفرض تعويضات عقابية على المدعى عليه، على أساس، أو استنادا إلى جسامة خطئه، وليس مقدار الضرر الواقع على المدعى.

وفى كل الأحوال، إذا لم تنشأ مسؤولية المدعى عليه عن دفع التعويض عن الضرر، فلن تنشأ مسؤوليته عن التعويض العقابي<sup>(٥)</sup>.

---

(1) "Exemplary damages can properly be awarded whenever it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay". Ronen Perry, previous reference, P. 453, 454.

(2) Coryell V. Colbaugh, 1 N.J.L. 77, 77 (1791).

(3) Ronen Perry, previous reference, P. 439.

(4) 54 U.S. 363, 371 (1851).

(5) Richard Aaron Chastain, previous reference, P. 837.

## المطلب الثانى

مدى المسؤولية فى حالة تعدد المدعى عليهم

أو المدعين وصاحب العمل

بعد أن عرفنا شروط قيام مسؤولية المدعى عليه عن دفع التعويض العقابى للمدعى، يثور التساؤل عن مدى المسؤولية فى حالة تعدد المدعى عليهم، أو تعدد المدعين. كما يثور التساؤل عن مدى مسؤولية صاحب العمل عن دفع التعويض العقابى الذى يفرض على العامل، نتيجة ارتكابه خطأ، بمناسبة أو أثناء العمل.

ونجيب عن هذين التساولين بالتفصيل، على النحو الآتى:

أولاً: مدى المسؤولية فى حالة تعدد المدعى عليهم:

فى دعوى التعويض عن الضرر "Compensatory damages" قد يتعدد المدعى عليهم، وفى هذه الحالة، يدخل المدعى المضرور جميع المدعى عليهم فى الدعوى، ويصدر الحكم بشأنهم أو ضدهم جميعاً، ثم يسمح للمدعى المضرور بأن يحصل على تعويض الضرر من أى مدعى عليه يختاره منهم. ويبدو أن هذا الإجراء قصد منه تسهيل الحصول على تعويض الضرر من أى منهم.

بخلاف الحكم بالتعويض العقابى، حيث إن ثروة المدعى عليهم هى التى ستحدد من سيتحمل وحده هذا الحكم، وبالتالي، فالعقاب سيقع على أحد المدعى عليهم فقط، أما باقى المدعى عليهم فسيقتلون، بسبب فقرهم، من العقاب الذى ستقرضه المحكمة، عن طريق الحكم بالتعويض العقابى على أحدهم فقط.

بل، والأكثر من ذلك، قد يكون هذا الشخص الموسر هو نفسه الذى تحمل دفع التعويض عن الضرر، وفى حالة عدم دفعه إلا جزءاً منه فقط، فسيكون ذلك سبباً أدعى لتحمله دفع التعويضات العقابية الباهظة<sup>(1)</sup>.

وعلى ذلك، فالحكم بالتعويض العقابى فى الدعاوى التى يتعدد فيها المدعى عليهم مرتكبو الفعل غير المشروع يتم عن طريق نوعين من الممارسات، تتبعها المحاكم، الطريقة الأولى: هى

(1) Clarence Morris, previous reference, P. 1192, 1193. Helmut Koziol and Vanessa Wilcox, previous reference, P. 30.

صدور حكم منفرد، أو واحد بالتعويض العقابي ضد جميع المدعى عليهم، وفي هذه الحالة يتحمل أى منهم دفع التعويض العقابي كله.

أما الطريقة الثانية التي تمارسها المحاكم هي صدور أحكام متعددة ومنفصلة بالتعويض العقابي لكل من المدعى عليهم، بحيث يستقل كل مدعى عليه بحكم يقدر التعويض العقابي، على حسب سلوكه غير المشروع، أو سوء نيته، أو تعمد الأذى، أو إلحاق الضرر بالمدعى المضرور<sup>(1)</sup>. ونرجح الممارسة أو الطريقة الثانية، لأنها الكثرى عدالة.

ثانياً: مدى المسؤولية في حالة تعدد المدعين المضرورين من خطأ المدعى عليه:  
قد ينتج عن خطأ أو السلوك غير المشروع للمدعى عليه ضرر لأكثر من شخص (مدعى).

ولاشك في أنه لا تثور صعوبة إذا طالب أكثر من مدع بفرض تعويض عقابي على المدعى عليه، متى كان ذلك في دعوى واحدة فقط، ففي هذه الحالة يمكن الحكم بالتعويض العقابي بسهولة.

أما الصعوبة فتثور إذا ما رفع كل مدعى دعوى على المدعى عليه، مطالباً بفرض تعويض عقابي، لاسيما، وأنه في الدعوى الثانية قد لا يعرف بما حكم به في الدعوى الأولى من تعويض عقابي، الأمر الذي يؤدي إلى فرض تعويض عقابي مرتين، بما يشكل عقوبة قاسية يتحملها المدعى عليه.

ونرى أنه يمكن التغلب على ذلك لو سمح بضم الدعويين، أو أن تعلم المحكمة الأولى بحكمها بالتعويض العقابي للمحكمة الثانية<sup>(2)</sup>.

ثالثاً: مدى مسؤولية صاحب العمل عن دفع التعويض العقابي المحكوم به على العامل:  
يثور التساؤل، هل يكون صاحب العمل مسؤولاً عن دفع التعويض العقابي الذي يحكم به على العامل، نتيجة للفعل غير المشروع الذي ارتكبه هذا الأخير، بمناسبة العمل أو أثناءه، وما مدى أو أساس هذه المسؤولية؟

للإجابة عن هذا التساؤل نقول بداية: إنه يوجد نوعان من الأفعال المنتسبة لمسئولية صاحب العمل عن دفع التعويض العقابي، الأول: وهي الأفعال غير المشروعة التي يقوم بها صاحب العمل، أو مدير شركة معينة، لمصلحة ولحساب شركته أو مؤسسته، كإنتاج منتج رخيص، من المحتمل أن يكون غير آمن، وبعد أن يتم بيعه للمستهلك، يصيبه ضرر من ذلك، فهنا يسأل صاحب العمل أو مدير الشركة عن دفع التعويض العقابي كنتيجة لفعله<sup>(3)</sup>.

أما النوع الثاني: وهو ما نحن بصدد التساؤل عنه، فهو الأفعال غير المشروعة التي يقوم بها العمال، بمناسبة أو أثناء العمل. وهذه الأفعال يسأل عنها صاحب العمل بموجب القانون، على

(1) Clarence Morris, previous reference, P. 1193.

(2) The two Luther V. Shaw cases: 157 Wis. 231, 234, 147 N.W. 17, 18 (1914). Clarence Morris, previous reference, P. 1194, 1195.

(3) Gregory J. Sextro, previous reference, P. 111.

أساس أن المتبوع يسأل عن أفعال تابعيه، التي تحدث أثناء وبمناسبة العمل. وبالتالي يكون صاحب العمل مسؤولاً عن دفع التعويض عن الضرر "Compensatory damages" للشخص المضروب، نتيجة لأفعال عامله غير المشروعة، التي يرتكبونها داخل، أو بمناسبة العمل<sup>(1)</sup>. أما بالنسبة لمسئولية صاحب العمل عن دفع التعويض العقابي الذي يحكم به نتيجة لأفعال عامله غير المشروعة التي يرتكبونها داخل أو بمناسبة العمل، فقد اختلفت الاتجاهات في الولايات المتحدة الأمريكية، حول مدى، أو نطاق، وأساس هذه المسئولية إلى ثلاثة اتجاهات، نوضحها على النحو الآتي:

### الاتجاه الأول: مسئولية غير مباشرة أو نيابية Vicarious liability:

في بعض الولايات القضائية<sup>(2)</sup>، ينسب السلوك غير المشروع، الصادر من العامل أثناء أو بسبب عمله، إلى صاحب العمل، بصرف النظر عما إذا كان قد سمح له بإتيان هذا التصرف، أو وافق عليه أم لا، وبالتالي يكون صاحب العمل مسؤولاً عن دفع التعويض العقابي المحكوم به، نتيجة لسلوك العامل غير المشروع.

ووفقاً لهذا الاتجاه، ترجع العلة في ذلك إلى أن صاحب العمل قد خول العامل، وأعطى له السلطة في التصرف نيابة عنه، وبالتالي فكل التصرفات، أو الأفعال التي تصدر من العامل أثناء وبمناسبة عمله تعد وكأنها صادرة من صاحب العمل.

وقيل أيضاً في تبرير هذا الاتجاه، بأن مسئولية صاحب العمل عن دفع التعويض العقابي المحكوم به على العامل يكون فقط في الحالات التي يقاضى فيها المدعى صاحب العمل. كما قيل بأن صاحب العمل يتصرف فقط عن طريق أو من خلال عماله، لذلك فمن غير المعقول التمييز بين الخطأ الذي يرتكبه العامل، والخطأ الذي يرتكبه صاحب العمل<sup>(3)</sup>.

كما قيل بأنه من غير المجدي الحكم بالتعويض العقابي على العامل، الذي غالباً ما لا يكون قادراً على دفع التعويض العقابي، كما أنه يفرض التعويض العقابي على صاحب العمل، سيقيم هو بدوره وبصورة غير مباشرة، بعقاب العامل، وبالتالي تتحقق الوظيفة العقابية، إذا ما فرض التعويض العقابي على صاحب العمل، وليس العامل، الذي لن يجدي عقابه<sup>(4)</sup>.

فهذه المحاكم تتبنى فكرة أنه إذا كان صاحب العمل غير قادر، أو لا يعاقب عامله، فسيعاقب هو، وعلى حد تعبير البعض: "إذا كنت لم تعاقب عاملك الذي ارتكب الخطأ فسنعاقبك"<sup>(5)</sup>. وعلى ذلك ففي قضية بين شركة تأمين تسمى Pacific mutual life insurance

(1) Clarence Morris, previous reference, P. 1199.

(2) Gasway V. Atlanta and West Point R.R., 58 Ga. 216 (1877); Singer Co. V. Hold focht, 86 Ill. 455 (1877); Peterson V. Western Union, 75 Minn. 368,77 N.W. 985 (1899).

(3) Gregory J. Sextro, previous reference, P. 105.

(4) Clarence Morris, previous reference, P. 1201, 1202.

(5) These courts adopt this attitude: "If you do not punish your servant

Co. ضد Haslip حكمت فيها محكمة Blackmun بمسئولية شركة التأمين المدعى عليها، لقيام موظف بها باختلاس قسط التأمين الذى دفعه المدعى، وبالتالي تسبب فى وقف وانتهاء بوليصة التأمين الخاصة به. فحكمت المحكمة للمدعى بتعويض قدره ١٠٤٠٠٠٠٠ دولار، منها ٢٠٠٠٠٠٠ دولار تعويضا عن الضرر، والباقي تعويض عقابى، ومصروفات أخرى تكبدها المدعى<sup>(١)</sup>.

لكل هذه الأسباب والتبريرات، يجب أن يكون صاحب العمل مسئولا عن دفع التعويض العقابى الذى يحكم به على العمال، نتيجة لخطئهم المرتكب، بمناسبة، أو أثناء عملهم. وفى حقيقة الأمر، أن تطبيق هذا المنطق، أو هذه الفكرة سيكون فى حالات كثيرة غير عادل، حيث إن خوف أصحاب العمل من توقيع أو فرض التعويض العقابى عليهم سيجعلهم يعاقبون عمالهم فى حالات كثيرة، قد لا يستحقون العقاب عليها<sup>(٢)</sup>. كما انتقد هذا الاتجاه، على أساس أنه ليس من العدل فى شئ أن يسأل صاحب العمل، الذى يقوم ببذل قصارى جهده فى إشراف وتوجيه العاملين لديه، عن أخطاء هؤلاء، ودفع التعويض العقابى بدلا منهم. كما أن ذلك يتعارض مع هدف التعويض العقابى من عقاب وردع العامل نفسه، الذى ارتكب العمل غير المشروع، كما أنه من الصعب على صاحب العمل أن يتوقع أو يتحكم فى سلوك العامل، حتى ولو تم تدريبهم والإشراف عليهم بعناية كبيرة. لكل هذه الأسباب والانتقادات، ففرض التعويض العقابى على صاحب العمل، لفضله فى التحكم فى سلوك العامل الذى ارتكب الخطأ، يتسم بعدم العدالة<sup>(٣)</sup>.

الاتجاه الثانى: مسئولية صاحب العمل على أساس الإذن السابق أو الإقرار اللاحق: تبنت معظم الولايات القضائية<sup>(٤)</sup> الأساس الذى يقضى بأنه لا يسأل صاحب العمل عن دفع التعويض العقابى عن التصرف غير المشروع الذى ارتكبه العامل، إلا إذا كان هناك إذن سابق أو تعليمات من صاحب العمل، أو من ينوب عنه، للعامل، بالتصرف على نحو غير مشروع، أو بتعمد الأذى، أو بأن يقر صاحب العمل بالتصرف، بعد القيام به من جانب العامل<sup>(٥)</sup>. وبمعنى آخر، أن صاحب العمل الذى لم ينسب له خطأ، حتى وإن كان يسأل عن التعويض عن الضرر الذى يصيب المضرور، إلا أنه لا يسأل عن دفع التعويض العقابى، إلا إذا كان هو من أمر العامل بأن يرتكب الخطأ، أو كان قد صدق أو اعترف وقبل بارتكاب هذا الخطأ

who has done wrong by discharging him we will punish you".

(1) Pacific mutual insurance Co. V. Haslip, 499 U.S. 1,4 (1991).

(2) Clarence Morris, previous reference, P. 1201, 1204.

(3) Gregory J. Sextro, previous reference, P. 106.

(4) Shriver V. Frawley, 167 Iowa 419, 149 N.W. 510 (1914); Lake Shore and Michigan So. Ry. V. Prentice, 147 U.S. IOI (1893); Becker V. Dupree, 75 Ill. 167 (1874).

(5) Gregory J. Sextro, previous reference, P. 106.

بعد حدوثه. ففي هذه الحالة فقط يسأل عن التعويض العقابي، عقابا له عما صدر منه، وإلا سيسأل فقط عن التعويض عن الضرر، الذي أساسه مسئولية المتبوع عن فعل التابع<sup>(1)</sup>.

وعلى الرغم من أن الإذن السابق للقيام بالتصرف غير المشروع، يمكن أن يكون ضمنيا يستنتج من تصرف صاحب العمل، إلا أن الولايات القضائية التي أخذت بهذا الاتجاه تتطلب، أو تشترط أن تكون نية صاحب العمل وقصده بإحداث الضرر أو الإصابة واضحة وثابتة بالدليل، للقول بمسئوليته عن دفع التعويض العقابي المحكوم به.

ويكون صاحب العمل مسئولا أيضا إذا كان هذا الإذن السابق للقيام بعمل غير مشروع هو عبارة عن بيان، أو تعليمات، أو منشورات مكتوبة سابقة صادرة عن صاحب العمل.

أما بالنسبة للفرص الذي يقر فيه صاحب العمل بما قام به العامل من عمل غير مشروع، فيشترط أن يكون صاحب العمل على علم بهذا العمل غير المشروع، وأن يقصد أو يعتمد الإقرار اللاحق لهذا التصرف، أو العمل الخاطيء.

وقد يكون هذا الإقرار اللاحق للتصرف غير المشروع صريحا أو ضمنيا، فقد يستنتج مثلا من إبقاء صاحب العمل على المتحصلات أو الفوائد من العمل غير المشروع، أو من مجرد الإبقاء على العامل بعد قيامه بهذا التصرف غير المشروع<sup>(2)</sup>.

ولكن انتقد هذا الاتجاه، أو أساس مسئولية صاحب العمل عن دفع التعويض العقابي عن تصرف العامل غير المشروع، لأنه يلقي عبئا ثقيلًا على عاتق المدعى المضرور، بإثبات الإذن السابق، أو الإقرار اللاحق للتصرف غير المشروع من جانب صاحب العمل، وبالتالي يجب أن يثبت تعمد صاحب العمل لإحراق الضرر، أو المشاركة في الفعل الخاطيء، وسوء نيته، وهذا أمر يصعب إثباته<sup>(3)</sup>.

الاتجاه الثالث: مسئولية صاحب العمل في حالات منصوص عليها بالفاتون أو بناء على توافر شروط معينة:

بناء على هذا الاتجاه، يسأل صاحب العمل عن دفع التعويض العقابي عن الخطأ الذي ارتكبه العامل فقط في حالات معينة، أو عند توافر شروط محددة، وهي غالبا ما تكون الحالات التي يشترك فيها صاحب العمل في ارتكاب الخطأ مع العامل.

فمن هذه الحالات مثلا، وكما ذكرنا من قبل، الإذن السابق أو الإقرار اللاحق من جانب صاحب العمل للتصرف غير المشروع الذي يرتكبه العامل. ويشترط أيضا أن يرتكب العامل الخطأ أثناء، أو بمناسبة العمل. ويسأل صاحب العمل أيضا عن خطأ العامل إذا كان العامل غير

(1) Clarence Morris, previous reference, P. 1199, 1200.

(2) "Maintaining a wrongdoer employee in the service of the employer indicates the employer's approval of the employee's course of action and, with other acts, may make the employer liable for punitive damages". Gregory J. Sextro, previous reference, P. 107.

(3) Gregory J. Sextro, previous reference, P. 108.

مناسب أو غير قادر على أداء هذا العمل، ومع ذلك تم تعيينه في هذه الوظيفة، بناء على سوء اختيار صاحب العمل وتسرعه<sup>(١)</sup>.

وعلى ذلك، يختلف هذا الاتجاه عن الاتجاه السابق، الخاص بالإذن السابق أو الإقرار اللاحق، في أن هذا الاتجاه يوسع أو يمد من مسؤولية صاحب العمل للتصرفات التي على الأقل يشارك، أو يتسبب فيها بصورة غير مباشرة، في الخطأ المرتكب من العامل، كمجرد إساءة اختيار العامل، بتعيين عامل غير مناسب أو غير قادر على أداء العمل<sup>(٢)</sup>.

وفي كل الأحوال، يجب أن يسمح لصاحب العمل بتأمين نفسه من المسؤولية عن دفع التعويض العقابي عن الأفعال غير المشروعة التي تقع من العاملين التابعين له، سواء كانت هذه الأفعال غير المشروعة قد وقعت من العامل نتيجة لإهماله، أو كانت متعمدة، يقصد بها الإضرار بالغير<sup>(٣)</sup>.

---

(1) Section 909 states that: punitive damages can properly be awarded against a master or other principal because of an act by an agent, but only if: (a) the principal or a managerial agent authorized the doing and the manner of the act, or (b) the agent was unfit and the principal or a managerial agent was reckless in employing or retaining him, or (c) the agent was employed in a managerial capacity and was acting in the scope of employment, or (d) the principal or a managerial agent of the principal ratified or approved the act. Gregory J. Sextro, previous reference, P. 108.

(2) Gregory J. Sextro, previous reference, P. 108.

(3) Gregory J. Sextro, previous reference, P. 113,114.



تأمين المسؤولية عن دفع التعويض العقابي

تمهيد وتقسيم:

بعد أن عرفنا شروط انعقاد مسؤولية المدعى عليه، مرتكب العمل غير المشروع، بدفع التعويض العقابي، يثور التساؤل عن مدى إمكانية تأمين المدعى عليه نفسه من المسؤولية عن دفع التعويض العقابي. وبالتبعية يثار تساؤلان آخران لتحديد ما إذا كان المؤمن مسئولاً عن تأمين المؤمن له من المسؤولية عن دفع التعويض العقابي أم لا.

التساؤل الأول: هل في تفسير عقد التأمين، تمتد التغطية أو التأمين إلى المسؤولية عن التعويض العقابي أم لا؟

التساؤل الثاني: إذا تم اعتبار عقد التأمين واسعاً أو شاملاً بصورة كافية لتغطية المسؤولية عن دفع التعويض العقابي، هل تسمح السياسة العامة للمؤمن أن يتحمل المسؤولية عن دفع التعويض العقابي<sup>(1)</sup>؟

وقد تركز الجدل حول تأثير فرض التعويض العقابي أو فعاليته، كأداة لعقاب وردع مرتكب الفعل غير المشروع، وهل سيفقد هذه الفعالية أو الوظيفة إذا تم التأمين منه أم لا<sup>(2)</sup>؟ وبمعنى آخر، هل لا قيمة للردع أو العقاب، ولا تأثير له على المخطئ، إذا كان من يتحمل هذه المسؤولية، ويقوم بدفع التعويض العقابي، شخص آخر وهو المؤمن<sup>(3)</sup>؟

لكل ذلك انقسمت آراء القضاة، والفقهاء، وشركات التأمين، حول مدى إمكانية أن يؤمن الأشخاص على أنفسهم من المسؤولية عن دفع، أو فرض التعويض العقابي.

وبناء على ما تقدم، نرى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، على النحو الآتي:

المطلب الأول: موقف القضاء والفقهاء.

المطلب الثاني: موقف شركات التأمين.

(1) Gregory J. Sextro, previous reference, P. 102.

(2) Gregory J. Sextro, previous reference, P. 99,100.

(3) Gregory J. Sextro, previous reference, P. 103.

## المطلب الأول

### موقف القضاء والفقهاء

نعرض في هذا المطلب أولاً لموقف القضاء، ثم ثانياً لموقف الفقهاء، وذلك

بالتفصيل، على النحو الآتي:

أولاً: موقف القضاء:

يرى بعض المحاكم عدم السماح بتأمين المسؤولية عن دفع التعويض العقابي، في حين أن معظم المحاكم في الولايات المتحدة ترى أنه يجب أن يسمح للأشخاص بالتأمين من المسؤولية عن دفع التعويض العقابي<sup>(1)</sup>. ونبين ذلك على النحو الآتي:

#### الاتجاه الأول: The McNulty View

في هذا الاتجاه، يرى بعض المحاكم عدم السماح بتأمين المسؤولية عن دفع التعويض العقابي. ففي عام ١٩٦٢ حكمت محكمة استئناف Circuit، في قضية<sup>(2)</sup> بين McNulty Co. ضد Northwestern National Casualty، بأن السياسة العامة لا تسمح بتحمل المؤمن مسؤولية دفع التعويض العقابي عن المؤمن له مرتكب الخطأ. وفي هذه القضية<sup>(3)</sup>، حكمت المحكمة بأن "هناك أسباباً قوية تقتضيها السياسة العامة، لا تسمح لسائقي السيارات بالتهرب من العقوبة الشخصية، بدفع التعويض العقابي، عندما يدانون بالرعونة، والإهمال، والتهور"<sup>(4)</sup>.

(1) Gregory J. Sextro, previous reference, P. 99,100.

(2) 307 F. 2D 432 The Fifth Circuit Court of appeal, 1962.

(3) في هذه القضية سائق السيارة كان في حالة سكر، صدم بسيارته شخصاً آخر، ولم يتوقف ويقدم له المساعدة، مما أدى إلى إصابة المضرور بأضرار وإصابات في المخ دائمة.

(4) The court stated that "It appears to us that there are especially strong public policy reasons for not allowing socially irresponsible automobile drivers to escape the element of personal punishment in punitive damages when they are guilty of reckless slaughter or maiming on the highway". Gregory J. Sextro, previous reference, P. 103.

كما قالت المحكمة بأن نظرية، أو فكرة التعويض العقابي، يمكن أساسها في عقاب وردع التصرفات غير المشروعة الضارة، لذلك للتأكيد على هذا الأساس وتطبيقه، يجب ألا يسمح بتأمين مرتكب الفعل غير المشروع من المسؤولية عن دفع التعويض العقابي<sup>(1)</sup>.  
وقد أصبح هذا النهج، الذي لا يؤيد فكرة التأمين من مسؤولية دفع التعويض العقابي، هو قانون فلوريدا، وطبق على جميع القضايا هناك، وليس على حوادث السيارات فقط.  
وفي ذلك الوقت اثنتان وعشرون ولاية قضائية كانت ترى عدم قابلية التعويض العقابي للتأمين من المسؤولية عنه. وكانت إحدى عشرة ولاية من هذه الولايات القضائية ترى أن التعويض العقابي المؤسس على الخطأ العمدى، هو فقط غير القابل للتأمين من المسؤولية عنه<sup>(2)</sup>.

### الاتجاه الثاني: The Lazenby View

بعد سنتين من قضية McNulty، محكمة Tennessee العليا في قضية<sup>(3)</sup> Lazenby ضد Universal Underwriters Insurance Co. أصبحت المحكمة الأولى التي تؤيد إمكانية التأمين من المسؤولية عن دفع التعويض العقابي، ويعد المؤمن مسئولاً عن دفعها، بدلاً من المؤمن له مرتكب الفعل غير المشروع. فقد ذكرت المحكمة أنه على الرغم من أن التعويض العقابي يهدف إلى ردع وعقاب مرتكب الخطأ، إلا أن المؤمن يظل مسئولاً عن دفع التعويض عن الضرر، بالإضافة إلى التعويض العقابي الذي يحكم به على مرتكب الخطأ.  
وقد أصبح هذا هو الاتجاه السائد في المنطقة، بأن يصبح التعويض العقابي قابلاً للتأمين من المسؤولية عنه.

وقد اختلفت في الرأي محكمة Lazenby مع محكمة McNulty في مسألتين أساسيتين، الأولى: في أنها ترى بأنه حتى في بعض الأحيان قد لا تحقق العقوبات الجنائية العقاب والردع، أو تفشل في تحقيقهما. والثانية: وجدت محكمة Lazenby بأنه حفاظاً وحماية للمؤمن لهم ولتوقعاتهم المشروعة في شمولية التأمين على التأمين من المسؤولية عن دفع التعويض العقابي، خاصة إذا كان عقد التأمين غير واضح أو غامض في هذه المسألة، فيجب أن يكون هذا النوع من المسؤولية قابلاً للتأمين<sup>(4)</sup>.

(1) The McNulty court noted that "If persons were permitted to shift the burden to an insurance company, punitive damages would serve no useful purpose".

(2) Gregory J. Sextro, previous reference, P. 103.

(3) 214 Tenn. 639, 383, S.W.2d 1 (1964).

وفي هذه القضية، المدعى المضرور في حادث سيارة حكم له بتعويض عقابي بجانب التعويض عن الضرر إلا أن شركة التأمين التي أمن لديها المدعى عليه رفضت وادعت عدم مسئوليتها عن دفع التعويض العقابي بدلاً من المدعى عليه مدعية بأنها لا يشملها التأمين في عقد التأمين.

(4) Gregory J. Sextro, previous reference, P. 104. Helmut Koziol and

وقد تبنت هذا الاتجاه الكثير من الولايات القضائية<sup>(١)</sup>، وفرضت عبء دفع التعويض العقابي المحكوم به على المؤمن، حيث فسرت عقود تأمين المسؤولية بأنها واسعة بصورة كافية، لتشمل تغطية المسؤولية عن دفع التعويض العقابي، ما لم يكن هناك استبعاد صريح لتغطية مثل هذا النوع من المسؤولية من التأمين<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: موقف الفقه:

أما بالنسبة لآراء الفقه، فأيضاً انقسموا إلى اتجاهين، ما بين مؤيدين ومعارضين، وذلك على النحو الآتي:

**الاتجاه الأول:** يؤيد القول بإمكان التأمين من المسؤولية عن دفع التعويض العقابي، ويستند إلى الحجج الآتية:

- ١- أن المحاكم تحكم بالتعويض العقابي، فإذا كان المؤمن لا يرغب في تغطية مثل هذا النوع من التأمين، فعليه استبعاده صراحة من نطاق التأمين، أما إذا لم يستبعده، فيتعين عليه تغطيته.
- ٢- في غياب التأمين من المسؤولية عن دفع التعويض العقابي، يكون الأفراد أكثر عرضة للخسارة المالية الناتجة عن دفع هذه التعويضات، لأن المحاكم تتجه للحكم بهذا التعويض على أساس الإهمال أو التهور أو الهوى، وغيره من الأسباب التي تجعل أى شخص عرضة لدفع تعويضات عقابية<sup>(٣)</sup>.
- ٣- لا يمكن إنكار أو رفض فكرة التأمين من المسؤولية عن دفع التعويض العقابي عندما نتحدث عن مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه، كأصحاب العمل الذين لم يرتكبوا عملاً غير مشروع، وإنما يسألوا عن أخطاء عمالهم، وبالتالي فمن المقبول والمعقول أن تؤمن هؤلاء من المسؤولية عن دفع التعويض العقابي.
- ٤- أنه من المعقول أن يتم توقع تغطية هذا النوع من المسؤولية من قبل المؤمن له.
- ٥- أن التأمين يغطي عدة أنواع أو صور للمسؤولية التقصيرية، وبالتالي سيكون عديم الفائدة إذا لم يكن يغطي المسؤولية عن دفع التعويض العقابي، حيث إنه في معظم صور المسؤولية التقصيرية يكون الحكم بالتعويض العقابي مبلغاً كبيراً، مقارنة بالتعويض عن الضرر الذي حدث.
- ٦- في الأحوال التي تحكم فيها المحكمة بالتعويض العقابي، والتعويض عن الضرر، في شكل مبلغ مقطوع، دون تحديد مقدار كل منهما، ففي هذه الحالة، عدم تغطية المؤمن للتعويض العقابي سيجعله يتحلل من تغطية التعويض عن الضرر.

Vanessa Wilcox, previous reference, P. 214.

(1) Skyline Harvesters Systems, Inc. V. Centennial Ins. Co., 331 N.W.2d 106,108- 09 (Iowa 1983); Mazza V. Medical Mutual Ins. Co., 311 N.C. 621, 626, 319 S.E.2d 217 (1984).

(2) Gregory J. Sextro, previous reference, P. 102.

(3) Helmut Koziol and Vanessa Wilcox, previous reference, P. 215.

٧- من غير المناسب أن يتم تغطية التعويض عن الضرر الذى سببه الفعل غير المشروع، ولا يتم تغطية التعويض العقابى الناتج عن نفس هذا الفعل.

٨- المؤمن الذى لا يقدم تغطية للتعويض العقابى سيواجه تعارضا فى حالة ما إذا تم تحويل، أو تغيير المطالبة من التعويض عن الضرر إلى التعويض العقابى أو العكس<sup>(١)</sup>.

أما الاتجاه الثانى: فيعارض فكرة التأمين من المسؤولية عن دفع التعويضات العقابية، ويستند إلى الحجج الآتية:

١- أن التأمين من المسؤولية عن دفع التعويض العقابى تتنافى مع الهدف الأساسى والجوهري من فرضها على مرتكب العمل غير المشروع. فإذا تم تغطيتها، ودفعها من جانب المؤمن، فسوف يفلت المدعى عليه، الذى ارتكب الخطأ، من العقاب، وتزول وتتفنى القيمة الردعية لفرض التعويض العقابى. فأين القيمة الردعية والعقابية لفرض التعويض العقابى، إذا لم يتحمل عبء دفعها الشخص مرتكب الخطأ، أو العمل غير المشروع؟!<sup>(٢)</sup>.

٢- توفير أو تقديم التأمين من المسؤولية عن دفع التعويض العقابى سيؤدى إلى تزايد المطالبات بهذا النوع من التعويض<sup>(٣)</sup>.

٣- على فرض أن المحكمة أو هيئة المحلفين وضعت فى اعتبارها أن المدعى عليه لديه تأمين من المسؤولية عن دفع التعويض العقابى عند حكمها بفرضه، فلن يكون الحكم بالتعويض العقابى عقابا لمرتكب الخطأ، إلا إذا تجاوز مقدار التعويض العقابى قيمة مبلغ التأمين.

٤- حتى تكون التعويضات العقابية قابلة للتأمين منها، يجب أن يكون فرضها وليد الصدفة، أو غير متوقع الحدوث من جانب المؤمن له، وهذا غير معقول، حيث يقصد غالبا أو على الأقل يكون متوقعا للشخص الذى ارتكب الفعل الخاطى، أن سلوكه هذا سياترّب عليه فرض التعويض العقابى. وبالتالي، يكون التعويض العقابى هنا ليس وليد الصدفة، وبالتالي لا يكون

(1) John D. Long, previous reference, P. 10-13.

(2) The insurance company officials responding in the survey were most nearly in agreement on this point. One respondent couched the argument in this fashion:

"If punitive damages are a means by which society punishes those who have done wrong, what purpose is served by distributing this punishment over the insuring public? What possible deterrent effect will they (punitive damages) have if the burden is not borne by the guilty person?". See also: Keith A. Ketterling, previous reference, P. 770. Helmut Koziol and Vanessa Wilcox, previous reference, P. 215.

(3) In the words of one insurer respondent: "If we provided our insureds with coverage against (punitive damages)... we can be certain that they (suits) would proliferate like maggots in a garbage pile".

قابلاً للتأمين، أو لا يتناسب مع مفهوم التأمين من خطر غير محقق الوقوع، أو لا يقصده المؤمن له.

٥- هذه التعويضات العقابية لا تتناسب أو لا تتلاءم مع مفهوم أو شرط التأمين، بأن تكون هذه التعويضات ناشئة بسبب أضرار جسدية، أو خسارة في الممتلكات للشخص المضرور، وإنما تنشأ التعويضات العقابية لكونها عقوبة يفرضها قانون المسؤولية التقصيرية، لسوء سلوك مرتكب الفعل غير المشروع.

٦- هذا النوع من التأمين هو تأمين غير أخلاقي، حيث يؤمن الشخص نفسه من السلوك غير المشروع المشين الذي يرتكبه، فيسبب ضرراً للآخرين<sup>(١)</sup>.

ونحن نرى مع البعض<sup>(٢)</sup> أن شركات التأمين، التي ترفض تأمين المسؤولية عن دفع التعويضات العقابية، يجب عليها أن تستبعد مثل هذا النوع من التغطية مسبقاً، وأن تخطر المؤمن له بذلك مسبقاً، وإلا كان موقفها من رفض تغطية هذه المسؤولية موقفاً غير عادل، خاصة إذا كان المؤمن له حسن النية. هذا بالإضافة إلى أن الحجج التي استند إليها معارضة فكرة تأمين المسؤولية عن دفع التعويض العقابي هي حجج غير مقنعة.

---

(1) John D. Long, previous reference, P. 13-15.

(2) John D. Long, previous reference, P. 16.

وقد اختلفت أيضا الآراء، وتباينت مواقف شركات التأمين، ما بين رافضين

لفكرة تأمين المسؤولية عن دفع التعويضات العقابية، وبين مؤيدين لهذه الفكرة.

فالبعض من شركات التأمين يرفض تأمين هذا النوع من المسؤولية، إما لأنهم لا يشعرون أن التعويضات الممنوحة للمدعى، والتي تمثل عقابا لمرتكب الخطأ وردعا لغيره، هي موضوع مناسب للتأمين، وإما بالنظر إلى الاعتبارات الأخلاقية والمعنوية، حيث تتعارض مع خضوع التعويضات العقابية للتأمين، وإما لتعارضها مع السياسة العامة للدولة، التي تفرض توقيع تعويضات عقابية على مرتكب الفعل الضار.

أما البعض الآخر من شركات التأمين فترى أن من واجبها تأمين المسؤولية عن دفع التعويضات العقابية، إذا ارتكب الفعل الخاطئ عن غير عمد. فمن هذه الشركات من رأت أنه من حق الأشخاص أن يحصلوا على الحماية أو التأمين من المسؤولية القانونية التي تقع عليهم، نتيجة لفعل تم بغير عمد.

كما أنه إذا كان الشخص يرغب في تأمين هذا النوع من المسؤولية، ودفع أقساط التأمين الخاصة بها، وإذا كان قانون الدولة يسمح للمؤمن بتغطية هذا النوع من المسؤولية، فلا مانع من تغطيتها. أيضا إذا كان العمل غير المشروع يستوجب عقاب مرتكبه، فطالما يمكن تأمين المسؤولية بدفع التعويض عن الضرر، فلا مانع أيضا من تأمين المسؤولية عن دفع التعويضات العقابية، مع أخذها في الاعتبار عند تقدير المخاطر أو أقساط التأمين<sup>(1)</sup>.

(1) John D. Long, previous reference, P. 10.

نخلص من بحثنا هذا إلى أن التعويض العقابي لا يهدف إلى جبر الضرر الذى أصاب المدعى، وإنما إلى عقاب وردع مرتكب العمل غير المشروع، وردع غيره من ارتكاب مثل هذا السلوك فى المستقبل.

وعلى ذلك، فالتعويض العقابي هو مبلغ من المال يأخذه المدعى، يجاوز أو يزيد على مقدار الضرر الواقع عليه.

وعلى الرغم من الانتقادات والاعتراضات التى وجهت إلى فكرة التعويض العقابي، إلا أنها لم تتل من هذه الفكرة، بل أصبحت حقيقة مقبولة، ومعترفا بها فى معظم الولايات القضائية، فى الولايات المتحدة الأمريكية.

كما خالصنا فى هذا البحث إلى أنه يتم تقدير مقدار التعويض العقابي بالنظر إلى مدى جسامة وخطورة الخطأ المرتكب من المدعى عليه، وليس مقدار الضرر الواقع على المدعى. كما يؤخذ فى الاعتبار عند التقدير العقوبات الأخرى التى وقعت على المدعى عليه عن نفس السلوك، سواء جنائية أو تأديبية، وغيرها، وأيضا مدى إدراكه ووعيه بالسلوك الذى ارتكبه.

ووجدنا أنه عند فرض التعويض العقابي، سواء عند قيام المسؤولية التقصيرية، أو المسؤولية العقدية، فالصورة الغالبة التى تستوجب فرضه هى الإخلال العمدى، وقصد إلحاق الأذى أو الضرر بالمدعى. وإن كان يحكم بالتعويض العقابي أيضا، فى بعض الولايات القضائية، عندما يحدث إهمال جسيم، أو تهور وطيش المدعى عليه، غير مكترث بحقوق المدعى.

كما خالصنا إلى أن الاتجاه السائد فى الولايات المتحدة الأمريكية أن صاحب العمل يكون مسئولاً عن دفع التعويض العقابي الذى يحكم به على العامل، نتيجة ارتكابه عملا غير مشروع، بمناسبة أو أثناء عمله.

وأخيرا، على الرغم من الاختلاف حول مدى إمكانية التأمين من المسؤولية عن دفع التعويض العقابي، إلا أن رأى الراجح والاتجاه السائد فى الولايات المتحدة الأمريكية، أنه يجوز التأمين من هذا النوع من المسؤولية.



## التوصيات

نخلص من بحثنا إلى ضرورة التوصية بالآتي:

- أولاً: على الرغم من أن فكرة التعويض العقابي غريبة على القانون المصري، إلا أننا نناشد المشرع المصري بإدراجها في هذا القانون، لعقاب وردع مرتكب العمل غير المشروع، وردع غيره عن ارتكاب مثل هذا السلوك في المستقبل.
- ثانياً: فرض التعويض العقابي على الشخص الذى ارتكب الخطأ فعليا فى الشركة، حتى لا يضار الأبرياء المساهمون فى الشركة الذين لم يرتكبوا أى خطأ.
- ثالثاً: يجب أن يراعى عند تقدير التعويض العقابي ألا يكون الحكم به مفرطاً أو مجحفاً.
- رابعاً: يجب أن يتم التنسيق أو التنظيم بين هذه العقوبة وبين العقوبات الأخرى التى توقع على المدعى عليه، سواء كانت جنائية، أو تأديبية، أو غيرها.
- خامساً: يجب تحديد صور الخطأ أو الإخلال المدنى، المتطلب للحكم بالتعويض العقابي، بصورة دقيقة ومحددة، لا أن يترك لتقدير المحكمة، نتيجة لاستخدام مصطلحات فضفاضة وغامضة، تصف السلوك غير المشروع.
- سادساً: السماح بتأمين هذا النوع من المسؤولية، حفاظاً على توقعات المؤمن لهم المشروعة فى شمولية التأمين لها، طالما لم تستبعد صراحة من نطاق التأمين.

## قائمة المراجع

أولاً: مراجع باللغة العربية:

- ١- زهير بن زكريا، الخطأ فى المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة فى النظام الأنجلوسكسونى وفى النظام اللاتينى، رسالة دكتوراه من جامعة عين شمس، ١٩٩٩.
- ٢- محسن عبد الحميد البيه، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية، مكتبة الجلاء الجديدة، ١٩٩٣.
- ٣- مصطفى عبد الحميد عدوى، الضرر الناشئ عن الإخلال العقدى فى القانون الإنجليزى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.
- ٤- مصطفى عبد الحميد عدوى، الإخلال المدنى "المسؤولية التقصيرية" فى القانون الأمريكى، بدون دار نشر، ١٩٩٤.
- ٥- مكتب الأمم المتحدة المعنى بالمخدرات والجريمة والاتحاد البرلمانى الدولى، مكافحة الاتجار بالأشخاص، كتيب إرشادى للبرلمانيين، منشورات الأمم المتحدة، بدون تاريخ نشر.

ثانياً: مراجع باللغة الانجليزية:

- 1- Alexandra B. Klass, Punitive damages and valuing harm, Minnesota Law Review, 92:83, 2007.
- 2- Andrew B. Nick, Market share liability and punitive damages: The case for evolution in Tort Law, Columbia Journal of Law and Social Problems, Vol. 42:225, 2008.
- 3- Anthony J. Sebok, Punitive damages: From Myth to theory, 92 IOWA Law Review, 2007.
- 4- Amir Nezar, Reconciling Punitive Damages with Tort Law's Normative Framework, The Yale Law Journal, 121:678, 2011.
- 5- Benjamin C. Zipursky, A theory of punitive damages, Texas Law Review, Vol. 84:105, 2005.
- 6- Catherine M. Sharkey, The future of class wide punitive damages, University of Michigan Journal of Law Reform, Vol. 46:4, 2013.
- 7- Clarence C. Walton, Punitive damages: New twists in torts, Business Ethics Quarterly, Volume 1, Issue 3, 1991.
- 8- Clarence Morris, Punitive damages in tort cases, Harvard law review, Vol. XLIV, No.8, JVNE, 1931.

- 9- David L. Walther and Thomas A. Plein, Punitive damages: A Critical Analysis: Kink V. Combs, 49 MARQ. Law Review, 1965.
- 10- Doug Rendleman, Measurement of restitution: Coordinating Restitution with compensatory damages and punitive damages, 68 Washington and Lee Law Review 973, 2011.
- 11- Ebrahim Taghizadeh, Comparison of the punitive damage with compensatory, symbolic, indirect and aggravated damages, International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences, Vol. 2, No. 5, 2012.
- 12- Gregory J. Sextro, Note, Corporate insurability of punitive damages arising from employee acts, the journal of corporation law, 2001.
- 13- Helmut Koziol and Vanessa Wilcox, Punitive damages: Common law and civil law perspectives, Springer Wien New York, Tort and insurance law, Vol. 25, April 2009.
- 14- Hossam Eldin Mahmoud, The law of tort, Mansoura University School of law, No date.
- 15- Janno Iabe, Punitive damages in Estonian Tort Law, Journal of European tort law, University of Tartu, Estonia, 2011.
- 16- James A. Breslo, Comment, Taking the punitive damages windfall away from the plaintiff: An analysis, 86 Nw. V. Law Review, 1992.
- 17- James M. Underwood, Road to nowhere or jurisprudential U-Turn? The intersection of punitive damage class actions and the due process clause, 66 Wash. And Lee Law Review 763, 2009.
- 18- Jeremy C. Baron, The monstrous heresy of punitive damages: A comparison to the death penalty and suggestions for reform, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 159:853, 2011.
- 19- Jill Wieber Lens, Punishing for the injury: Tort law's influence in defining the constitutional limitations on punitive damage awards, HOFSTRA Law Review, Vol. 39:595, 2011.

- 20- Jill Wieber Lens, Procedural due process and predictable punitive damage awards, Brigham Young University Law Review, 2012.
- 21- John D. Long, should punitive damages be insured? The Journal of Risk and Insurance, No date.
- 22- Keith A. Ketterling, A proposal for the proper use of punitive damages against a successor, The Journal of Corporation Law, 2001.
- 23- Leo M. Romero, Punitive damages, criminal punishment, proportionality: The importance of legislative limits, Connecticut Law Review, Volume 41, November 2008.
- 24- Madeleine Tolani, U.S. punitive damages before German courts: A comparative analysis with respect to the ordre public, Annual survey of INT'L and COMP. Law, Vol. XVII, 2011.
- 25- Manuel Gomez Tomillo, Punitive damages: A European criminal law approach, State sanctions and the system of guarantees, Eur. J. Crim. Policy Res. 19:215-244, 2013.
- 26- Marta Cenini, Barbara Luppi, Francesco Parisi, Incentive effects of class actions and punitive damages under alternative procedural regimes, Eur J Law Econ 32:229–240, 2011.
- 27- Michael H. Whitehill, Taylor V. Superior court: Punitive damages for nondeliberate torts, the drunk driving context, California Law Review, Vol. 68:911, 1980.
- 28- Michael L. Wells, A common lawyer's perspective on the European perspective on punitive damages, Louisiana Law Review, Vol. 70, 2010.
- 29- Mohamed Mattar, Expert Consultation, Effective Remedies for Victims of Trafficking in Persons, Convened by the U.N. Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, Ms. Joy Ngozi Ezeilo, Bratislava, Slovakia, November 22-23, 2010.
- 30- Mohamed Nagy Yacout, Introduction to Anglo-American Law, Mansoura University School of law, No date.

- 31- Mohamed Nagy Yacout, Sources of obligations, Mansoura University School of law, No date.
- 32- Mohamed Sadat, Introduction to Anglo- American law, Mansoura University School of law, No date.
- 33- Patrick J. Hagan and Anne Marie, Punitive damages: California model applying Gore and State Farm, FDCC Quarterly, 2004.
- 34- Richard Aaron Chastain, Notes, Cleaning up punitive damages: A statutory solution for unguided punitive damages awards in Maritime cases, Vanderbilt Law Review, Vanderbilt University Law School, Vol. 63:3:813, May 2010.
- 35- Richard Frankel, The disappearing OPT- OUT right in punitive damages class actions, Wisconsin Law Review, 2011: 563.
- 36- Richard W. Wright, The grounds and extent of legal responsibility, 40 Sandiego Law Review, 2003.
- 37- Robert J. Rhee, A financial economic theory of punitive damages, Michigan Law Review, Vol. 111:33, October 2012.
- 38- Ronen Perry, Economic loss, Punitive damages, And the EXXON Valdez litigation, Georgia Law Review, Vol. 45:409, 2011.
- 39- Solene Rowan, Reflections on the introduction of punitive damages for breach of contract, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 30, No. 3, 2010.
- 40- Theodore Eisenberg, Michael Heise, Nicole L.Waters, and Martin T.Wells, The decision to award punitive damages: An empirical study, Journal of legal analysis, Vol. 2, Number 2, Fall 2010.
- 41- Thomas H. Cohen, Punitive damage awards in large countries 2001, Civil justice survey of State courts 2001, U.S. department of justice, March 2005.
- 42- Thomas Rouhette, The availability of punitive damages in Europe: Growing trend or nonexistent concept?, Defense Counsel Journal, October 2007.
- 43- Timothy R. Robicheaux and Brian H. Bornstein, Punished, Dead, or Alive: Empirical perspectives on awarding punitive damages against deceased

defendants, American Psychological Association, Vol. 16, No. 4, 2010.  
44- W. Prosser, Law of Torts, Forth edition, 1971.

مقدمة

المبحث التمهيدي: نبذة تاريخية عن التعويض العقابي

الفصل الأول: تعريف التعويض العقابي ووظائفه وتقديره وتقييمه

المبحث الأول: تعريف التعويض العقابي ووظائفه

المطلب الأول: تعريف التعويض العقابي

المطلب الثاني: وظائف التعويض العقابي

المبحث الثاني: تقدير التعويض العقابي وتقييمه

المطلب الأول: تقدير التعويض العقابي

المطلب الثاني: تقييم التعويض العقابي

الفصل الثاني: انعقاد المسؤولية عن دفع التعويض العقابي والتأمين منها

المبحث الأول: انعقاد المسؤولية عن دفع التعويض العقابي

المطلب الأول: شروط انعقاد المسؤولية عن دفع التعويض العقابي

المطلب الثاني: مدى المسؤولية في حالة تعدد المدعى عليهم أو المدعين وصاحب العمل

المبحث الثاني: تأمين المسؤولية عن دفع التعويض العقابي

المطلب الأول: موقف القضاء والفقهاء

المطلب الثاني: موقف شركات التأمين

الخاتمة

التوصيات

قائمة المراجع

قائمة المحتويات





# المسؤولية القانونية الناشئة عن إصابات اللاعبين وتعاطي المنشطات الرياضية (دراسة مقارنة)

الدكتور/ أيمن محمد زين عثمان  
أستاذ مساعد

كلية القانون - جامعة الشرقية

## مستخلص البحث

جاء هذا البحث متناولاً موضوع المسؤولية القانونية الناشئة عن إصابات اللاعبين وتعاطي المنشطات الرياضية، وقد ركزنا في هذا البحث على إضاءة الجوانب المتعلقة بالحماية القانونية للاعب الرياضي نتيجة تعرضه لإصابة أثناء ممارسته للتدريبات أو المباريات التنافسية، وقد قمت بتحليل مفهوم اللاعب الرياضي بنوعية المحترف والهاوي، وتوصلت إلى أن عقد اللاعب الرياضي مع ناديه ليس إلا صورة من صور عقود العمل لكنه يتميز بخصوصية تميزه عن عقد العمل المهني وذلك من خلال اجتهادات الفقه وأحكام القضاء على قلتها في هذا المجال المهم والحيوي.

تركزت الدراسة أيضاً على إلقاء الضوء للمسؤولية القانونية الناشئة عن تعاطي المنشطات كخطر حقيقي يهدد صحة وسلامة اللاعب الرياضية، كما أن للمنشط دور سالب من حيث إضرارها بالمنافسة المشروعة في مجال الرياضة والتي لا تقبل مثل هذا السلوك.

توصلت في هذا البحث لجملة من التوصيات أبرزها ضرورة سن قانون رياضي خاص بالمعاملات الرياضية، بحيث يكون له قدرة على التفاعل مع قضايا الرياضيين، حيث أن قواعد قوانين العمل المهني لا يتناسب تطبيقها على حكم نشاط مثل النشاط الرياضي لعدد من الاعتبارات أوردتها في البحث.

## Abstract

The research , addressing the subject of legal liability arising out of the lighting aspect of legal protection for the player sports aresult of being injured while practicing for training or competitive match, has `v analyzed the concept of athelete the quality of professional and amateur, and concluded that players contract with his club sports not only a form of employment contract ,but is charaterized by the specificflicity of excellence for professional work and through the jurisprudence and judicial verdict in this area is important and vital.

Concentrated study also shed light on the throw of the legal liability arising from the doping genuine danger threatens the health and safety of the athlete as atonic of the role of anegative in terms of harming legitimate competition in the filed of sports which do not accept such behavior.

Finding in this research aset of recommendations, most notably need for aspecial law to transactions athletes as the rules of professional labor laws not suited for the rule activity such as sport activity for anumber of considerations reported in this research.

أضحت الرياضة بمفهومها الحديث مجالاً خصباً لانتماء أكبر عدد من شرائح المجتمع، وما ذلك إلا للتطور الحادث في تحول الرياضة وممارستها من مجال الهواية إلى عمل احترافي يمتهنة البعض ليقدم فيها عسارة فنه وخبراته في هذا المجال، مما ساعد في أن تكون الرياضة مدخلاً للاستثمار من خلال عقود لاعبين تزداد أجورهم بمبالغ طائلة.

لكن حصول إصابة رياضية لأي من هؤلاء اللاعبين الرياضيين يخلق الكثير من الصعوبات والتساؤلات والتي من جعلنا أمام عدد من الفروض وهي :-

- طبيعة العقد الرياضي هل هو عقد عمل أم هو عقد مقاوله ؟
- هل هناك أدنى مسؤولية تجاه الناي الرياضي في حال إصابة لاعبه أثناء ممارسة تدريباته؟
- هل يمكن أن تنشأ المسؤولية المدنية بفرعيها التقصيرية والعقدية في مجال عقود الرياضة في حالة الإصابة؟ أم لا؟
- هل هناك مسؤولية تقصيرية يمكن أن تنشأ في حق المدربين تجاه إصابة اللاعبين أم لا؟
- ما هو الأثر القانوني الناشئ عن تعاطي اللاعبين المنشطات؟
- هل يمكن أن تعتبر أخطاء الحكم ذات علاقة بإصابات اللاعبين أم لا ؟

وقد حاول الباحث الإجابة على تلك الفروض من خلال الاستعانة بمجهودات عدد من المصادر والمراجع القيمة في هذا المجال، وهي ( على قلتها) كانت خير معين

في إتباع منهج الوصفي مع المنهج التحليلي من خلال عرض الآراء والترجيح بينها.

وقد جاءت هيكله هذا البحث مشتملة على الموضوعات التالية:-

- تكييف علاقة اللاعب بالنادي الرياضي.
- المسؤولية عن إصابات الملاعب.
- ماهية الإصابة الرياضية.
- مسببات وقوع الإصابة من الناحية الرياضية.
- المسؤولية المدنية وفقا للقواعد العامة.
- تطبيقات المسؤولية المدنية على إصابات اللاعبين.
- المسؤولية القانونية عن إصابات اللاعبين الناشئة بسبب عدم التقيد بالقواعد الصحيحة (المنشطات الرياضية نموذجا).

### [١] تكييف علاقة اللاعب بالنادي الرياضي

يعد تكييف علاقة اللاعب بالنادي الرياضي من أهم الموضوعات التي يجب عرضها، وذلك إذا ما أردنا تحديد أطر المسؤولية القانونية التي تنشأ من خلال تلك العلاقة.

وقبل الولوج لهذا الموضوع لا بد من الإشارة إلى أن قوانين الرياضة بصورة عامة تقسم اللاعبين لقسمين أساسيين وهما اللاعب المحترف ( غير الهاوي) واللاعب الهاوي.

وسوف أتناول هذا الموضوع من خلال تقسيم مفهوم اللاعب إلى لاعب محترف ولاعب هاوي.

يعود أصل كلمة الاحتراف في اللغة العربية لكلمة الحرفه ومعناها الصناعة يرتزق منها، وكل ما اشتغل الإنسان به وضري يسمى صنعة وحرفة لأنه ينحرف إليها(١) ويقصد بكلمة ضرية: إعتاده وإجترأ عليه.

ويقصد بالاحتراف من حيث القانون بأنه ( تكرار وقوع العمل بصفة مستمرة ومنتظمة) أو توجيه الشخص نشاطه بشكل رئيسي (معتاد) إلى القيام بعمل معين يصبح حرفه له يرتزق منها)، ويعرف الاحتراف أيضا بأنه ( توجيه النشاط بشكل رئيسي وبصفة معتادة إلى القيام بعمل معين بقصد الربح) ، ويرى البعض من الفقه أن صفة العمل الاحترافي لا تتوافر في أي مهنة إلا بتوافر عنصرين أساسيين هما الحرفة والاعتباد. (٢)

لكن على ما يبدو فإن الفقه انقسم في تكييف علاقة اللاعب المحترف بالنادي الرياضي لمشربين، المشرب الأول منها ذهب في اتجاه تكييف علاقة اللاعب المحترف بالنادي لأنها علاقة عقد مقاوله.

وقد عرف المشرع السوداني بالمادة ٣٠٨ من قانون المعاملات المدنية عقد المقاوله بأنه ( هو أن يتعهد أحد الطرفين بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء مقابل يتعهد به الطرف الآخر)

---

(١) معجم القاموس المحيط - الفيروز أبادي - بيروت - دار المعرفة - ط٣ - ٢٠٠٨ - ص ٢٨٠. وراجع أيضاً معجم المعاني الجامع.

(٢) د. أميد صباح عثمان - النظام القانوني للاحتراف المدني دراسة تحليلية مقارنة ، ط١، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية - ٢٠١٢م، ص ٢١

كما عرفته المادة ٨٧٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بأنه ( المقاوله عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر )<sup>(١)</sup>.

ويبدو لافتاً من خلال التعريفين السابقين أن تكييف علاقة اللاعب بالنادي الرياضي على أنها تمثل عقد مقاوله، واضحاً من خلال نظرة التشريعات لاعتبار المقاول إما شخص يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء مقابل يدفع لشخص واحد وهو رب العمل ( النادي الرياضي) وبالطبع فإن دور اللاعب المحترف هو تقديم عمل بما يدخله ضمن مفهوم عقد المقاوله.

لكن بالرجوع للمصادر التاريخية في هذا المجال نجد أن أساس تكييف الفقه القانوني القديم لعقد المقاوله بأنها صورة من صور ( الإيجار) التي كان يتبعها التقنين المدني الفرنسي والذي كان ولا يزال يخلط ما بين عقود المقاوله، وعقد الإيجار والعمل في عقد واحد تحت مسمى الإيجار فيسمى عقد الإيجار بإجارة الأشياء، و عقد العمل بإيجاره الأشخاص، وعقد المقاوله بإجارة أرباب الصنائع (المقاوله)<sup>(٢)</sup>

ونرى البعض من الفقه قد ميز بين عقدي العمل والمقاوله بعدة وجوه وهي:-

١- رابطة التبعية :- ومفادها أنه طالما أصبح العامل خاضعاً لرقابة وسلطة

رب العمل وإشرافه فإن طبيعية هذه العلاقة أنها عقد عمل، أما إن كان

العامل يتمتع بقدر من الاستقلالية في تقديمه للعمل المطلوب منه فإننا لا

(١) قانون المعاملات المدنية رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ - دولة الإمارات العربية المتحدة.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع المجلد الأول، القاهرة، ١٩٨٩، ص ٩.

محالة نكون أمام عقد مقاولة (١) وعلى ذلك فإن قيام الطبيب بدورة في استشفاء المرضى فهي ليست قائمة على علاقة عمل بل هي مقاولة طالما أنه ليس هناك ثمة علاقة إشراف وإدارة تقع على الطبيب (٢).

## ٢- عنصري تحمل التبعة والأجر:-

ذهب البعض من الفقه لضرورة النظر لعنصري تحمل التبعة والأجر لتمييز علاقة اللاعب المحترف بين كونها عقد عمل أو عقد مقاولة، وعليه فإن أي إضرار يقوم به المقاتل بالغير فإن عليه أن يتحمل ضمانه، وعلى العكس من ذلك فإن تحمل التبعة يجعل العامل بموجب عقد العمل لا يتحمل الضمان لتعويض أضراره بالغير لأنه تابع لمتبوعة رب العمل، أما من حيث عنصر الأجر " فإنه يمكن التمييز بين عقدي المقاول والعمل من خلال النظر لطبيعة الأجر فإن كان من عينة الأجر الثابت مثلا شهري أو يومي، فإننا نكون بصدد عقد عمل، أما أن كان الأجر يدفع للعامل على أساس ما يقدمه من إنتاج فإننا نكون بصدد علاقة مقاولة ، ومثال ذلك ما يأخذه النجار أو الحداد من أجر نظير قيامه بإنتاج المطلوب منه (٣).

## تكيف علاقة اللاعب المحترف بالنادي الرياضي على ضوء التكييفات

### السابقة

(١) انور العمروسي ، العقود الواردة على العمل في القانون المدني ، ط١ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ٢٠٠٢ م ، ص ١٩٠ .

(٢) د. عدنان سرحان ود. على المهداوي و د. يوسف عبيدات، أحكام قانون تنظيم علاقات العمل الاتحادي رقم ٨ لسنة ١٩٨٠ وتعديلاته ص ١٢ .

(٣) السنهوري ، مرجع سابق ، ص ١١ .



يتوجب البحث بدقة في تحديد علاقة اللاعب المحترف بنادية ، فالقول بأن علاقة اللاعب المحترف بالنادي الرياضي هي علاقة ( مقاوله ) يلقي عبئاً ثقيلاً على اللاعب في حالة أصيب مثلاً أثناء ممارسته للعمل الرياضي لصالح ناديه فليس هناك علاقة تبعية تربطه بالنادي الرياضي وعليه هذا الأمر ينشأ بسبب عدم توافر سلطة التبعية والتي ليس لها مجالاً للتطبيق في عقد المقاوله.

بينما الأمر عكسه في حال كيفنا العلاقة بين اللاعب المحترف والنادي الرياضي بأنها علاقة عمل، فنجد أن النادي الرياضي يكون ملزماً بعلاج لاعبه من الإصابة التي تلحقه جراء ممارسة الرياضة لصالح النادي وذلك تطبيقاً لعنصر ( سلطة التبعية ) والتي يتولد عنها مفهوم ( تحمل التبعية ) كميّار مهم لقيام النادي بتحمل إلتزامه المادي والأخلاقي تجاه علاج لاعبه المصاب، بل أن البعض من الفقه يلزم أصحاب العمل بتعويض العامل على الضرر الذي وقع عليه ولو لم يقع خطأ من جانب صاحب العمل<sup>(١)</sup>.

صحيح أن بعض الفقه كيف علاقة اللاعب المحترف بالنادي على أساس أنها مقاوله، لكن أغلب الفقهاء أشاروا لتكييف عقد اللاعب المحترف على أساس أنه عقد عمل، والشواهد على ذلك أن لأئحه كرة القدم الفرنسية اعتبرت اللاعب المحترف بمثابة عامل<sup>(٢)</sup>.

ويرى البعض الآخر من الفقه أنه يتوجب عدم الخلط بين ما يقوم به اللاعب المحترف والعمال في إدارة شؤون أعمالهم، وذلك عند التسليم بتكييف علاقة اللاعب

(١) د/ سعيد سعد عبد السلام، الإلتزام بضمان السلامة في عقد العمل، ط١، ب د، ب-ت، ص ٣.

(٢) د. محمد سليمان الأحمد - الوضع القانوني لعقود انتقال اللاعبين والمحترفين، ط١ عمان - الدار العلمية الدولية

ودار الثقافة الكبير والتوزيع ص ٣٦.

بالنادي على أساس أنها (عقد عمل)، فأحكام عقد العمل الجماعي على العمال ينتج صدوره من رضاء الأغلبية وقبولهم بالعقد، أما عقد اللاعب المحترف فلا يكون له أي دور في تنظيم أحكام عقد الاحتراف النموذجي التي تعدده الاتحادات الرياضية<sup>(١)</sup>. وبالرجوع للقواعد العامة للإتحاد الرياضي السوداني لكرة القدم لسنة ٢٠٠٤ م تعديل لسنة ٢٠٠٩ م، نجد قد كيف علاقة اللاعب بالنادي على أساس أنها عقد عمل وذلك ... بنص المادة ٥٩/ب والتي جاء فيها:-

(١) العقد الذي يوقع بين اللاعب والنادي هو عقد عمل ويجب أن ينص فيه على الأجر الشهري والامتيازات الأخرى وحقوق اللاعب بجانب واجباته تجاه النادي والتزامه التام بنظام النادي ولوائحه مع كيفية محاسبته<sup>(٢)</sup>. وقد حاول البعض من الفقه توصيف هذا النوع من عقود العمل بأنها من عقود الإذعان مستندين في ذلك لعدد من الاعتبارات وهي:-

- أن الرياضة أضحي لها دور مهمة وضروري لا يمكن تجاهله مثله مثل السلع الضرورة والواجب توافرها بمحل عقود الإذعان.
- أن (عقد العمل) الرياضي ينشأ من نشاط محتكر من جهة إتحاد اللعبة إتحاد كرة القدم فهي الجهة الرسمية التي تحتكر تنظيم المنافسات والبطولات

(١) عبد الرزاق سفلو - الطبيعة القانونية لعقد الاحتراف الرياضي - بيروت - المنشورات للمقدنية صادر - ٢٠١١ - ص ٣٩.

(٢) لوائح وقوانين الإتحاد العام لكرة القدم - القواعد العامة للإتحاد الرياضي السوداني لكرة القدم لسنة ٢٠٠٤ م تعديل ٢٠٠٩.

كما أنها هي المختصة بالإشراف على عقود الاحتراف بين اللاعب والنادي الرياضي.

- كما أن لعقود الإذعان طرفين أحدها قوي اقتصادياً وثانيهما ضعيف اقتصادياً، فإن عقد العمل الرياضي يكون فيه النادي الطرف القوي اقتصادياً الذي يضع شروطاً يكون في مصلحته<sup>(١)</sup>.

ولدينا وجهة نظر في هذا التكييف لعقد العمل الرياضي في أنه عقد إذعان. وأعتقد أن هذا التكييف لا يتناسب مع العقود الرياضية للأتي:- وهي أن عقود الإذعان يجري استعمالها في مجالات الحياة الضرورية والمتعلقة بسلع أو خدمة مثل خدمة الكهرباء أو المياه وهذه لا يجب قياسها على مفهوم العمل الرياضي والذي يمكن للفرد الحصول عليه؛ من جهات رسمية محتكرة للعبة وهي الاتحادات الرياضية ودور الأندية على إختلافها، كما يمكن أيضاً ممارسة العمل الرياضي من غير تلك الجهات المحتكرة إذ يمكن ممارستها عن طريق الهواية، ونشير في ذلك إلى عينة اللاعب الهاوي في مقابل اللاعب المحترف. كذلك ندعم قولنا السالف بأنه حتى في مجال عقد الاحتراف الرياضي فلا يصدق عملاً إلا يتم التفاوض حول بنود العقد الرياضي بين اللاعب المحترف والنادي الرياضي، وذلك يمكن اشتقاقه من خلال نص المادة ٥٩/ب السابق عرضها من القواعد العامة للإتحاد الرياضي ( السوداني ) والتي يترك فيها الإتحاد العام ( المحتكر ) للعبة الحياد للتفاوض بين اللاعب والنادي الذي يرغب فيه بموجب اتفاق

(١) د/ عبد الرزاق سفلو - مرجع سابق - ص ٤

بتواضع عليية الطرفين في إبراز إرادتهما السليمة في موضوعات الأجر وحقوق اللاعب وامتيازاته وحقوق النادي، وهذا ما لا نجد له موقعا في تطبيقات عقود الإذعان والتي لا تحتمل تلك الرضائية التي يتمتع بها عقد الاحتراف الرياضي. ونتفق مع الرأي الفقهي المعتبر بأن عقد الاحتراف الرياض ليس إلا صورة من صور عقد العمل ولكنه يتميز بخصائص خاصة تميزه عن عقود العمل المعتادة، فصحيح أن كلا العقدين العمل وعقد الاحتراف الرياضي يشترطان توافر عنصري العمل، الأجر وعلاقة التبعية إلا أن عقد الاحتراف الرياضي يتميز بخصائص يجعله أكثر خصوصية وهي :-

- عقد العمل الرياضي لا يقع صحيحاً إلا إذا أكتسب صفة الشكلية، فلا بد من التصديق عليه من جهة الإتحاد الرياضي، إذا لا يكفي رضا طرفي العقد ( اللاعب والنادي).

- يتميز عقد العمل الرياضي بأنه من العقود النموذجية المعدة سلفاً.

- كذلك فإن اللاعب المحترف ( كعامل ) يقع عليه تنفيذ التزامات خاصة لا يخضع منها فئة العمال، مثل التزامات تناول وجبات غذائية معينة بالإضافة للالتزام بالمحافظة على الصحة وعدم إهدارها في النشاطات التي تضعف اللياقة البدنية.

- وأن إذا كان عقد العمل ينشئ عنصر التبعية بين العامل وصاحب العمل، فإن عقد العمل الرياضي ينشئ أيضا علاقة تبعية لكنها ذات تبعية مزدوجة للاعب يخضع فيها لتوجيهات النادي المتعاقد معه وكذلك للإتحاد

الرياضي الذي ينظم ذلك النشاط، وبالتالي يكون على الاتحادات الرياضية ممارسة حقها الأصلي في محاسبة وإنزال العقوبات على اللاعب في أثناء المباريات بموجب تلك التبعية.

- ويتضح كذلك الفرق جلياً بين عقد العمل وعقد العمل الرياضي في حالة إنهاء العقد، فالقاعدة العامة أن عقد العمل ينقضي كواحدة من حالات الانقضاء فيه بانتهاء المدة المتفق عليها، دون حاجة لاتخاذ أي إجراء كالإخطار، وعلى العكس من ذلك فإن عقد العمل الرياضي يتوجب فيه على اللاعب إخطار النادي برغبته في الإنهاء قبل انقضاء المدة المتفق عليها<sup>(١)</sup>.

فالخلاصة هنا أن عقد العمل الرياضي في مجمله ليس إلا صورة من صور عقود العمل لكنه يتمتع بمزايا خاصة تميزه عن عقد العمل العادي.

#### ثانياً: اللاعب الهاوي:-

نصت القواعد العامة للإتحاد الرياضي ( السوداني) لكرة القدم لسنة ٢٠٠٤ تعديل لسنة ٢٠٠٩ على أن اللاعب الهاوي هو ( يقصد به اللاعب المسجل ومقيد في كشف النادي وفق القواعد العامة) ، كما نصت ذات القواعد على أنه ( يقيد اللاعب ( غير الهاوي) في الإتحاد متى ما وقع عقداً مع ناديه لفترة أدناها عام وأقصاها خمسة أعوام).

(١) د/ محمد سليمان الأحمد- الوضع القانوني لعقود وانتقال اللاعبين والمحترفين - مرجع سابق ص ٤٠.

ومن خلال النصين عالية يتضح أن تكييف بعض الاتحادات الرياضية للاعب الهواي هو أنه يتمتع بممارسة نشاطه الرياضي داخل النادي بموجب عقد داخلي بين اللاعب والنادي دون تدخل الإتحاد الرياضي بينهما، وذلك على عكس اللاعب غير الهواي ( المحترف ) والذي تربطه علاقة تبعية ثنائية بالنادي والإتحاد الرياضي منظم اللعبة. وهذا الأمر يسوقنا إلى بعض التساؤلات والتي منها ما مدى طبيعة العلاقة فهل هي عقداً؟ وإذا كانت عقداً فهل هي من عقود المعاوضة أم من عقود التبرعات؟ بالإضافة لذلك ما مدى مسؤولية النادي الرياضي على الإصابات التي تلحق اللاعب الهواي؟.

في الواقع أجب بعض الفقه على هذه التساؤلات بالإشارة للمادة (٢٦) من النظام الأساسي للجنة الأولمبية الدولية والتي عرفت اللاعب الهواي بأنه " الذي يمارس الرياضة كنشاط غير رسمي ولا يحصل منه على أي كسب مادي" كذلك فإن لوائح الفيفا أشارت لأن اللاعب الهواي هو الذي لا يتلق أي مستحقات " مقابل " عدا المصاريف الناتجة من خلال مشاركته الرياضية للعبة (١).

ونستنتج مما ذكر أن اللاعب الهواي هو من لا يتلق مقابل مادي من ناديه، مما حدا بالبعض من الفقه للتشكيك في تكييف علاقة اللاعب الهواي بالنادي في أنها تمثل علاقة تعاقدية، وقد قيل في ذلك أن عدم توافر عنصر "المقابل المادي" يجعلنا في تكييف آخر مضاد لاتجاه العقود، والتي يشترط فيها إحداث أثر قانوني لصالح طرفيه، لكن هذا التحليل واجهه نقداً موضوعياً في ضرورة الإبقاء على الصفة ( العقدية) للعلاقة بين اللاعب الهواي والنادي الرياضي على أساس أن

(١) د/ محمد سليمان الأحمد - المسؤولية عن الخطأ التنظيمي في إدارة المناقسات الرياضية - دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة في القانون المدني - الطبعة الأولى - عمان - دار وائل للطباعة والنشر ٢٠٠٢ م ص ٣١.

العقود كتصرفات قانونية إما أن تكون عقود بمعاوضة أو تكون من أعمال التبرع فعقد الوكالة مثلا هو الأصل فيه التبرع من جانب الوكيل ، ومع ذلك لم ينكر عليها أحد صفة العقدية، مما يجعلنا نتفق مع هذا الرأي في تكييف علاقة اللاعب الهادي بالنادي الرياضي أنها علاقة تنشأ بموجب العقد، ويتبع ذلك تحمل النادي الرياضي المسؤولية العقدية تجاه الإصابات التي تلحق اللاعب الهادي<sup>(١)</sup>.

## ٢ - المسؤولية عن إصابات الملاعب:-

مقدمة :-

تعتبر الرياضة في عصرنا الحالي من أهم وسائل ترويح النفس وتقوية البدن عبر ممارسة الرياضة بشتى طرقها. ولا شك كذلك في أن للرياضة دور مهم في الحياة حيث يرى البعض أنها " أصبحت عنصرا أساسيا من الحياة وهي تغرس معاني العزيمة والروح الرياضية ( Sportman ship) بالإضافة لما تقوم به الرياضة من زيادة للياقة البدنية (fitness) والاسترخاء (relaxation) كما للرياضة دور مهم في تحسين مهارات العمل الجماعي<sup>(٢)</sup>.

لكن بالرغم من تلك الأدوار السابق عرضها فقد أضحت للرياضة أيضا أدواراً مادية مهمة تلعبها في إطار الاستثمار للنادي والاتحادات الرياضية التي تكون مسؤولة

---

(١) د/ محمد سليمان الأحمد، عقود تنظيم المسابقات الرياضية والمسؤولية الناجمة عنها ، ط ، عمان ، دار وائل للنشر

والتوزيع - ٢٠٠٢ ، ص ١٠٠

(<sup>2</sup>) sport is becoming an essential in ingredient of life. It instills determination , dedication, sportman ship, and provides for increased fitness and relaxation m, and improves team work skills" Natasha schot (negligent liabilityin sport) ( bond university – faculty of law – sport law journal 2005).page 1

(2) how ever, participation in sport undoubtrdly inuolves elements of risk of injury - Natasha schot op.cit page 1.

عن تنظيم الألعاب الرياضية ، والتي تقوم على عدة عناصر أساسية من بينها الملاعب الرياضية واللاعبين الذين يقع على كاهلهم ممارسة اللعبة بغرض المنافسة وجلب نتائج قياسية أو الفوز بالبطولات.

وطالما أن اللاعبون الرياضيون هم أساس النشاط الرياضي لتحقيق أهدافه المرسومة، فلا بد من توافر قدر من الحماية القانونية لهم في حالة تعرضهم لإصابات رياضية (( فالمشاركة في العمل الرياضي ينطوي عليه بلا شك خطر الإصابة)).

لذا ولأهمية الموضوع سوف نركز هذا البحث للإجابة على عدة تساؤلات مهمة في هذا الخصوص بالذات إذا ما وضعنا في الاعتبار قلة المراجع والمصادر التي تناولت الموضوع ، وسنحاول عرض الموضوع بشئ من التبسيط في محاولة لإثراء الموضوع.

والتساؤلات تتمثل في :-

- ماهية الإصابة الرياضية.
- ماهي أنواع المسؤولية القانونية التي يمكن أن تنشأ بسبب الإصابة.
- ما هو نطاق المسؤولية المدنية في حالة إصابة اللاعب الرياضي؟

## ١. ماهية الإصابة الرياضية:-



يقصد بمصطلح إصابة في اللغة بأنها ضرر أو إتلاف جسماني بتسبب عن طريق حادثة" أصيب إصابة بالغة في رجله: تعرض لربة ، الضرر "(١)  
وهي تقابل كلمة " injury " بالإنجليزية وهي تعني يضر الغير في شخصه أو حقه أو ما يمت إليه " (٢) أما بالنسبة لتعريف الإصابات من حيث الاصطلاح فهناك عدة تعريفات وهي:-

١/ " تعرض أنسجة الجسم المختلفة لمؤثرات خارجية أو داخلية تؤدي إلى إحداث تغييرات تشريحية وفيسولوجية في مكان الإصابة مما يعطل عمل أو وظيفة ذلك النسيج ".  
٢/ كما تعرف الإصابة بأنها هي تغيير ضار في نوع أو أكثر من أنسجة الجسم المختلفة تصحبها مراحل رد فعل فيسولوجي كيميائي نفسي نتيجة قدرة عالية داخلية أو خارجية (٣).

في الواقع نجد أن غالبية الفقه ينظر لموضوع الإصابة الرياضية من زاوية أنها ( إصابة عمل تقع على العامل وهو هنا اللاعب الرياضي. بل أنها اعتمدت على تعريف إصابة اللاعبين على نفس تعريف التشريعات لإصابة العمال، ومن ذلك ما جاء في التشريعات من تعريف:-

(١) قاموس المعاني - مصطلحات - ص ١.

(٢) المعجم القانوني - الفاروقي - ط ٤ - بيروت - مكتبة لبنان ناشرون - ٢٠٠١ - ص ٣٦٦.

(٣) عروبة ناصر محمد أبو سيف - بحث تكميلي بعنوان ( الإصابات الرياضية في التشريع الجنائي الإسلامي - جامعة النجاح الوطنية - نابلس - ٢٠٠٩ - غير مرقمة).

- ( الإصابة التي تحدث نتيجة حادث في أثناء تأدية العمل أو بسببه، أو.
- ( الإصابة نتيجة حادث وقع في أثناء العمل أو بسببه ويعتبر في حكم ذلك الحادث الذي يقع للعامل أثناء ذهابه المباشر إلى العمل أو أثناء عودته المباشرة منه).

وينبغي على هذا القياس أن تعتبر الإصابة الرياضية هي " تلك الإصابة التي تقع للرياضي نتيجة ممارسته للرياضة أو بمناسبةها"<sup>(١)</sup>.  
ونتفق مع هذا التكيف والقياس لإصابات اللاعبين على أساس أنها إصابات عمل ، وذلك بالنظر إلى نقطتين أساسيتين وهما:-

الأولى: ليس هناك نصوصاً قانونية مخصصة في قانون المعاملات المدنية خاصة بالنشاط الرياضي وما ينتج عنه من ضرر بالنسبة للاعب الرياضي، ونعتقد أن هذا يمثل قصوراً يتوجب معالجته، ذلك أن النشاط الرياضي يتمتع بالتزامات تختلف كثيراً عما هو مطلوب فيه من العامل في عقد العمل، وإلى ذلك الحين - ليس هناك مجالاً سواء الاعتماد على تكيف إصابات اللاعبين على أنها إصابات عمل.

الثانية:- أن أحكام المحاكم قد دأبت على قبول النظر في بعض الدعاوى الخاصة بتعويض المضرور عن الضرر الناشئ من ممارسة النشاط الرياضي، وذلك على أسس وقواعد قانون العمل، كما جاء من مبدأ صادر من المحكمة الاتحادية بدولة الإمارات العربية والتي أرسدت فيها المبدأ التالي " إن مفاد نص المادة الأولى من قانون العمل رقم ٩٠/٨ وتعديلاته إصابة العمل إما أن تكون ناشئة عن إصابة

(١) صباح قاسم خضر - التعويض عن الإصابة بالرياضة - دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة في القانون المدني - مصر - دار المكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات - ٢٠١١ - ص ٢٤.

العامل بأحد أمراض المهنة المبينة بالجدول الملحق بهذا القانون وإما أن تكون إصابته بأية إصابة أخرى ناشئة عن عمله أي حصلت له أثناء تأدية العمل وبسببية ويكفي لقيام علاقة السببية بين العمل وإصابة العامل حصولها في الزمان المحدد للعمل والمكان المخصص له أو الذي يعتبر إمتداداً لمكان العمل، فهي تتوافر إذا كلما أمكن القول بأنه لولا العمل لما حدثت الإصابة...<sup>(١)</sup>.

وقد تعلقت وقائع تلك الدعوى بأن المضرور من اللاعبين في فريق المؤسسة وأثناء مشاركته في مباراة رسمية بين فريق وفريق آخر أصيب بتمزق الغضروف الخارجي بالركبة اليمنى نقل على أثره المستشفى، تقدم المضرور برفع دعوى مدنية مطالباً بالتعويض نتيجة الإصابة التي لحقته أثناء إنتسابه لفريق كرة القدم الذي أبدى رب العمل رغبته في تشكيله وكسب دعواه بحصوله على مبلغ ١٠,٠٠٠ درهم كتعويض.

ونرى أن الوقت قد حان لتنظيم قانون خاص بالنشاط الرياضي قد يسمى بقانون المعاملات الرياضية كما طالب بذلك الكثيرون من الورش العلمية التي تعقدتها الجامعات، وبالأخص جامعة عجمان.

وأؤكد على صحة هذه التوصية ونشد عليها، ذلك لأنه لازال هناك فروقات جوهرية بين (قواعد عقد العمل) والقواعد التي تنظم النشاط الرياضي بين اللاعب كعامل والنادي الرياضي (كرب عمل).

---

(١) موسوعة الأحكام القضائية - الأحكام الاتحادية - طعن رقم (١٠٥) لسنة ١٨ ق، تاريخ الحلبه، ١١/٢/١٩٩٧، حكم رقم ١٠٥ لسنة ١٨ ق.

وقد سطر جانب من الفقه هذه الفروقات بشكل جلي<sup>(١)</sup>.

## محل التعويض عن إصابة اللاعب منشأة ضمان السلامة في عقد

العمل:-

ينشئ عقد العمل التزاماً على صاحب العمل مفاداة ضرورة المحافظة على سلامة العمال أثناء تأدية أعمالهم، ولا يستطيع رب العمل نفي المسؤولية عنه - في حالة التحقق- إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي يؤدي لحدوث الضرر. وأردنا هنا من خلال هذا المبحث عمل مقارنة بين إصابة اللاعب وإصابة العامل بقوانين العمل، فكلتا الإصابيتين يضمنهما رب العمل أو النادي الذي يتعاقد مع لاعبه.

(١) سطر بعض الفقه أن هناك عدداً كبير من الصعوبات التي يمكن أن تواجه فكرة التوحيد بين عقد العمل وعقد الرياضي، والتي من بينها صعوبات إقتصادية تتمثل في أن أهداف عقود العمل تتركز دائماً في تحقيق الربح ، بنما هذه الفائدة قد لا نجد لها موضعاً في إطار النشاط الرياضي والذي قد يهدف لنشر التربية الرياضية دون الأرباح. على الرغم من وجهة هذه التفرقة فقد انتقدت على أساس أن المشرع لا ينظر للمصلحة المقصودة من عقود العمل في تحقيقها للأرباح أم لا. وكذلك أنه يظل الفارق بأننا في حالة اللاعب الرياضي والعامل من حيث الوجهة الإقتصادية فقواعد العمل تنظم حقوق الطرف الضعيف اقتصادياً وهو العامل و بينما يصعب وصف اللاعب الرياضي بهذا الوصف على أساس ارتفاع مقدار الأجر الذي يتسلمه اليوم مما يصعب معه بوصفه بصفة بصفه عامل، ويظل أكبر الفروقات بين العامل والأعب الرياضي متمثلة في الصعوبات القانونية فينما يكون للعامل الحق في العمل الذي يرغب فيه بدون قيود عليه نجد أن اللاعب الرياضي يواجه قواعد ولوائح تضعها الإتحادات الرياضية قد تقف عائقاً أمام حريته في التعاقد- راجع في ذلك دكتور عبد الحميد عثمان الحفني - عقد إحتراف لاعب كرة قدم - مفهومه - طبيعة القانونية - نظامه القانوني (د دراسة مقارنة) - ط ١ - جمهورية مصر العربية - ٢٠٠٧ - ص ٤٩ وما بعدها.

ويبدو أن سبب إسناد المسؤولية هنا على رب العمل قائماً على فكرة ( تحمل التبعة) والتي مفادها أن رب العمل ( النادي الرياضي ) يتحصل على ثمار يقدمها له ( لاعبه العامل)، وعليه فإنه يتحمل جبر الإضرار طالما استخدم العامل وعرضه لخطر الإصابات . وعلى ذلك نشأت عدد من الالتزامات في مواجهة صاحب العمل. والتي من بينهما تأمين بيئة العمل ( النادي الرياضي) بتوفير وسائل السلامة والصحة المهنية في مكان العمل ، وهذا النوع من أنواع الالتزامات قائم على تحقيق نتيجة وليس بذل عناية.

بالإضافة لذلك فإن هناك التزامات أخرى في عاتق رب العمل تتمثل في إجراء الفحص الطبي قبل الدخول في التعاقد، ويعتبر محل هذا النوع من الالتزام التزاماً ببذل عناية إذ أن الفحص الطبي هو من أوجب واجبات جهات أخرى مثل الهيئة العامة للتأمين الصحي<sup>(١)</sup>.

ويشترط جانب آخر من الفقه ثلاث شروط رئيسة لا بد من تحققها حتى يتم الالتزام بضمان السلامة وهي:-

- أن يقع خطر يكون مهدداً لجسد أحد طرفي العقد.
- قيام أحد العاقدين بنقل حقه في سلامته الجسدية للمتعاقد الآخر.

ومفاده ذلك أن يقوم ( اللاعب) مثلاً بتسليم نفسه للمتعاقد ( الآخر النادي) مثلاً فيما يعرف بالتمكين لإتمام شفاؤه.

- أن يكون المدين في الالتزام بضمان السلامة محترفاً<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع في ذلك / سعيد عبدالسلام - مرجع سابق - ص ٥٥ .

(٢) د/ أميد صباح عثمان - مرجع سابق - ص ١٥٠

ويرجع الربط بين التزام ضمان السلامة والنشاط الرياضي الي ما فرضه " القضاء الفرنسي في عقد ممارسة الأنشطة الرياضية، وقد فرض فيها التزاماً على منظم الأنشطة الرياضية بسلامة ممارس الرياضة (١).

### مسببات وقوع الإصابات :-

رأينا أن إذا أردنا معالجة موضوع المسؤولية القانونية عن إصابات الملاعب، فلا بد أولاً البدء بالحديث عن مسببات الإصابة ، وذلك عبر الناحيتين البدنية وأثرها من الناحية القانونية، إذ يصعب الولوج للحديث عن الجهات المسؤولة عن جبر الأضرار قبل الحديث عن الكيفية التي تنشأ بها الإصابات عادة، ولان تتاول موضوع الإصابة من الناحية الرياضية يكون خارجا عن مجالنا كتخصص ، فلا بأس من طرح جزئية بسيطة تكون مدخلاً لدراسة الموضوع المتعمقة عن المسؤولية القانونية لإصابات اللاعبين.

لذا سأتناول هذا الموضوع في مبحثين:-

### المبحث الأول: مسببات إصابة اللاعبين من الناحية الرياضية.

ويرى البعض أن إصابات اللاعبين تنشأ لعوامل إما داخلية أو عوامل خارجية. وتتمثل العوامل الخارجية للإصابة في الآتي:

- الخطأ في طريقة أداء التدريبات بنسبة ٣٠% إلى ٦٠% في جميع

الأنشطة الرياضية ومثالها:-

عدم تنظيم جرعة التدريب .

---

(١) مذكور لدى د/ أميد صباح عثمان - مرجع سابق ص ١٥١.

عدم إتباع التدرج في تنفيذ حمل التدريب وزيادة الأحمال التدريبية أكثر مما يجب.

تدريب اللاعبين تدريباً مكثفاً للحصول على نتائج سريعة.

عدم تنفيذ وسائل الاستشفاء عقب نهاية التدريبات.

عدم القيام بتمارين الإحماء.

- سوء التنظيم الجيد للتدريبات أو المباريات بنسبة حوالي ٤-٨ %.

- ضعف الإمكانيات والأدوات الملائمة بنسبة ٢٥% وتمثل في سوء أفضة

الملاعب وعدم استخدام الأحذية الرياضية الملائمة للظروف المناخية.

- عدم التقيد بالقواعد الصحية وتشكل نسبة ٢-٦% من اسباب الإصابات.

- حدوث الإصابات بسبب السلوك الخاطئ للاعب بنسبة ٥-١٥% مثالها

استهتار اللاعب وانخفاض مستواه المهاري ويشترك في ذلك ضعف

### مستوى التحكيم.

- عدم تنفيذ الاستحقاقات الطبية وتمثل نسبة ٢-١٠% من مجمل

الإصابات، ومثالها: اشتراك اللاعبين في البرامج الرياضية دون فحص

طبي وكذلك قيام المدرب باشارك اللاعبين وهم يعانون من الإصابة.

أما العوامل الداخلية للإصابة الرياضية فتمثل في:-

١/ قيام اللاعب بأداء التدريبات وهو في حالة تعب شديد أو إجهاد نتيجة

التدريبات الزائدة.

٢/ عدم إتباع مبدأ التدرج في حمل التدريبات ، وبالأخص في حالة توقف اللاعب عن التدريبات <sup>(١)</sup>.

وعلى ما ذكر فيمكن تقسيم موضوع المسؤولية القانونية عن إصابات اللاعبين من خلال ما ذكر في حصرها بالمجموعات التالية:-

١/ المسؤولية القانونية عن إصابات اللاعبين الناشئة بسبب أخطاء التدريب.

٢/ المسؤولية القانونية عن إصابات اللاعبين الناشئة بسبب عدم التقيد بالقواعد الصحية (المنشطات الرياضية نموذجاً)

٣/ المسؤولية القانونية عن إصابات اللاعبين الناشئة عن أخطاء التحكيم.

٤/ المسؤولية القانونية عن إصابات اللاعبين الناشئة عن إهمال النادي الرياضي .  
ويكون لزاماً على الباحث الإشارة لنطاق هذا البحث والذي يشمل المسؤولية المدنية دون المسؤولية الجنائية التي ستنج بسبب الإصابة.

ولعل تركيزنا في ذلك على الجانب المدني بخلاف ( التخصص ) فهو أن مجال دراسة المسؤولية الجنائية برأبي الخاص تكون في نطاق ضيق محصور في جانب الألعاب الخطرة مثل المصارعة، الملاكمة والكاراتيه والتي تشترك جميعها في أن مخرجها قد يؤدي لتهديد السلامة في جسم الرياضي.

ويقرر جانباً من الفقه على أن إتاحة هذه الألعاب الخطرة نجد لها سنداً في الشريعة الإسلامية بقوله ( صلى الله عليه وسلم" المسلم القوي خير من المسلم الضعيف، وقوله صلى الله عليه وسلم" إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة في الجنة ، صانعة

---

(١) دكتور/ ابو العلاء عبد الفتاح ودكتور/ إبراهيم شعلان- فسيولوجيا التدريب في كرة القدم - القاهرة - دار الفكر العربي - ١٩٩٤ - ص ٣١٦ م.



يحتسب في صنعة الخير والرامي به ومنبله، ارموا واركبوا، وإن ترموا أحب إلى من أن تركبوا" (١).

وعليه حتى تسقط المسؤولية الجنائية الناتجة من الإصابات الرياضية فلا بد من توافر شروط معينة وهي:-

(١) أن تكون بصدد لعبة معترف بها، وعلى ذلك فتتوافر المسؤولية الجنائية

عن بعض الألعاب غير المعترف بها قانوناً مثل قيام شخص باستخدام نبال ثبت في طرفها مسامير ويقوم بتصويبها على الآخرين.

(٢) لابد من توافق الفعل وقوانين اللعبة:- وعليه فإن تعدد خروج اللاعب

عن قواعد اللعبة يكون سبباً في نشؤ المسؤولية الجنائية عليه، كقيام الملاكم بضرب خصمه أسفل الحزام وهي منطقة محظورة حسب قواعد اللعبة.

(٣) توافر رضا اللاعب:- حتى يكون الإصابة الناشئة عن ممارسته الرياضة

أمرأً مباحاً ، فلا بد أن تنتج وفق رضاء مسبق من اللاعبين الممارسين لها (٢).

ويرى بعض الفقهاء أن إصابات اللاعبين تشكل جانباً مؤسفاً في ممارسة الرياضة لكن لا مفر منها لقواعد القانون الجنائي أو قوانين الجرح (٣).

(١) د/ عصام أحمد محمد - النظرية العامة للحق في سلامة الجسم - دراسة جنائية مقارنة - المجلد الثاني - دار الفكر

والقانون بالمنصورة - ٢٠٠٨ - ص ٩٤

(٢) د/ عصام أحمد محمد - المرجع السابق - ٩٥٧.

(٣) sport injuries are an un fortunate but inevitable aspect of participation in sport injured players or spectators may in certain cases look to the law for remedy - liability for

## المبحث الثاني: المسؤولية المدنية الناشئة عن إصابات اللاعبين:-

سوف نركز في هذا المبحث على تفصي وتحليل المسؤولية المدنية الناشئة عن إصابات اللاعبين، مع عرض مبسط لقواعد المسؤولية المدنية الناشئة عن إصابات اللاعبين.

### أولاً:- المسؤولية المدنية وفقاً للقواعد العامة:-

تنقسم المسؤولية المدنية إلى قسمين لها المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، فتنشأ المسؤولية العقدية بسبب الإخلال بالعقد يترتب عليها ضرر يتوجب تعويضه للطرف المضرور، أما المسؤولية التقصيرية فهي تنشأ من الأفعال غير المشروعة التي تلحق بالآخرين الأضرار. (١)

وبصورة عامة فإن أثر نشوء كلتا المسؤوليتين العقدية أو التقصيرية هو التعويض لشخص المضرور عما إصابه من ضرر، ففي نطاق المسؤولية العقدية فإن المضرور هو أحد أطراف العقد المبرم سلفاً بينه والطرف الآخر بما ينشئ رابطة عقدية بين طرفين أحدهما دائن والآخر مدين ، ومثال ذلك في العقود أن يتعرض البائع للمشتري في محل البيع وبالتالي تنشأ المسؤولية العقدية بسبب إخلاله ببنود العقد القائمة على عدم التعرض لشخص المشتري في التمتع بالمبيع، أما المسؤولية التقصيرية فهي تنشأ بسبب الإخلال بأي التزام يفرضه القانون، مما لا يشترط معه وجود علاقة بين الدائن والمدين فيها. " فالمدين كان أجنبياً من الدائن

---

sports related injuries may arise from either the criminal law or the law of delict " elriena eksteen (sport Development, law and commercialization 2012) page 26.

(١) أ.د/ محمد الشيخ عمر: قانون المعاملات المدنية - مصادر واحكام الالتزام- الخرطوم، ب.د-٢٠٠١م ص ٢١٨.

قبل تحقق المسؤولية، فلم تنشأ رابطة الالتزام بين المدين والدائن إلا بعد أن تحققت المسؤولية.<sup>(١)</sup>

وعلى ما ذكر فيمكن القول بإمكانية حصول المسؤولية المدنية بشقيها العقدي والتقصيري في حالة حصول إصابة للاعب الرياضي، فتنشأ المسؤولية العقدية في حال توافر العقد الصحيح بينة والنادي الرياضي كما يمكن حصول المسؤولية التقصيرية في حالة حصول الإصابة الرياضية أو الناتجة بسبب ممارسة الرياضة بين اللاعب الرياضي والنادي الذي يلعب فيه دون وجود علاقة عقدية. وقد ميز جانب من الفقه المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية بعدة فروقات وهي:-

- ١- يشترط لنشؤ المسؤولية العقدية أن يكون المسؤول عن الضرر بالغاً سن الرشد، لكن استثناءً قد تقام المسؤولية على الصغير المأذون له، أما المسؤولية التقصيرية فلا يشترط لنشؤها أهلية محدث الضرر.
- ٢- يكون لأطراف العقد في المسؤولية العقدية الحق في تحديد الالتزام الذي من شأن الإخلال به نشؤ المسؤولية العقدية، أما بالنسبة لنشؤ المسؤولية التقصيرية فإن المسؤول والمتضرر ليس لإرادتهما أي أثر أو

---

(١) منقول من د/ نبيل إبراهيم سعد - النظرية العامة للإلتزام - الجزء الأول - مصادر الإلتزام- منشأة المعارف بالأسكندرية - ٢٠٠١م - ٣٧٤.

دور في إنشائها فهي تنشأ بسبب الإخلال المحدد عن طريق القانون لا العقد. (١)

من خلال ذلك يمكننا القول بأن النادي الرياضي يمكن أن يكون مخالفاً بالتزام التعاقدية بالمحافظة على سلامة اللاعب المضرور عليه بالعقد في حالة تجاهل علاج اللاعب المصاب أثناء المباريات أو التدريبات الرياضية، كما يمكن أن تنشأ مسؤولية النادي التقصيرية تجاه رواده من الرياضيين نميز المتعاقد معهم في حال أصابهم ضرر بسبب سوء الملاعب للاعبين، أو تقصير النادي في توفير شخص محترف تكون مهمته إنقاذ السباحين الجدد في حال تعرضهم لشد عضلي في تمرين السباحة، وقد قضت احكام النقض المصرية على ( مسؤولية النادي بسبب غياب المنفذ عن النادي يوم وقوع الحادث، وأنه وقت نزول الصبي إلى الماء لم يكن المشرف موجودا بساحة الحمام ) (٢).

٣- يكون لأطراف العقد الحق في الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التي تنتج على عدم تنفيذ أحد الالتزامات المتفق عليها، أما المسؤولية التقصيرية فهي لا تقبل تطبيقها اتفاق أي شخص مع آخر للإعفاء

---

(١) د/ يوسف محمد عبيدات - مصادر الالتزام في القانون المدني - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - عمان - دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة - ٢٠٠٩ - ص ٢٩٤.

(٢) راجع في ذلك الاستاذ/ السيد عبدالوهاب عرفة - الوسيط في التعويض المدني عن المسؤولية المدنية - الاسكندرية - دار المطبوعات الجامعية - ٢٠٠٥ م - ص ١٦٩.

منها، وقد نصت المادة ٣/٢١٧ مدني (مصري) على بطلان كل شرط يقتضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع.

### تطبيقات المسؤولية المدنية على إصابات اللاعبين:

١- المسؤولية المدنية عن إصابات اللاعبين الناشئة بسبب أخطاء التدريب.

أثرنا عرض المسؤولية عن إصابات اللاعبين من خلال زاوية التدريب، فهي بنظري قد تصبح مدخلاً أساسياً لنشؤ الإصابة للاعب الرياضي.

مما يسوقنا البحث هنا لتوضيح دور التدريب الرئيسي ومن ثم لابد من عرض مستوى الالتزام بواجب السلامة التي تقع على المدربين حماية للاعبين من الإصابات فهل هذه الالتزامات تقع على مستوى بذل العناية فقط أم تتعداها لمستوى تحقيق النتيجة؟

في الواقع فإن المختصين <sup>(١)</sup> في مجال الرياضة يفترضون دائماً ضرورة وجود علاقة مباشرة بين المدرب واللاعب، بحيث يتوافر للاعب الشعور القوي بأن مدربه يعلم بقدراته وإمكانياته البدنية والمهارية والفنية، وتنتج من خلال ذلك العلم بالمقدرات أن يقوم المدرب بتوظيف اللاعب بواجبات خاصة محدودة من حيث الجهد الذي يختلف بالطبع توزيعه بين لاعب وآخر، فيقوم المدرب بإصدار أوامره بزيادة جرعات التدريب أو إنقاصها حسب ما يراه في كل لاعب من اللاعبين تحت إشرافه.

(١) د/ ابو العلاء عبد الفتاح ود/ إبراهيم شعلان - مرجع سابق ص ٦٠

وقد أشرنا في ما سبق من هذا البحث على أن هناك نسبة كبيرة ( من ٣٠ إلى ٦٠% من الإصابات الرياضية تتحقق من الخطأ في طريقة أداء التدريبات في جميع الأنشطة . مما يجعلنا نطرح التساؤل التالي.

هل هناك أدنى مسؤولية على المدربين في حال وقوع إصابة رياضية على اللاعب بفعل التدريبات؟

في الواقع فإن المدرب يكون ملتزما بضمان سلامة اللاعبين، وذلك في جميع الرياضات مثل السباحة وكرة القدم... ، وعليه أن يلتزم بالمحافظة على سلامة اللاعبين بموجب ما لديه من عقد يربطه والنادي المتعاقد معه، ولا يحق للمدرب التنصل عن التزامه بالسلامة إلا بإثبات توافر السبب الأجنبي للإصابة، مثال قيام المدرب بمنع اللاعب من القيام بنشاط زائد يلحق به ضرر إلا أن اللاعب يخالف التعليمات. (١)

ويمكن الربط بين نشوء الإصابة والمسبب لها وهو الإجهاد الناتج من الحمل الزائد في التدريب الذي يقوم به المدرب تجاه اللاعب الرياضي ، فقد قرر البعض ان الإجهاد الذي ينتج بفعل ممارسة الرياضة إذا ما نتج عنه إصابة، فهو بحق يعتبر إصابة رياضية طالما توافر عنصر السببية والذي يربط ما بين الإجهاد الناتج من الحمل الزائد وحصول الإصابة. (٢)

---

(١) فرات رستم أمين الجاف - عقد التدريب الرياضي والمسؤولية الناجمة عنه - دار مقارنة ط - منشورات الحلبي الحقوقية - ٢٠٠٩ - ص ١٦٦ .

(٢) صباح قاسم خضر - مرجع سابق ص ٤٧ .

ولتحقق الإصابة الناتجة عن التدريبات الخاصة فلا بد من توافر شروط معينة وهي:-

(أ) حصول إجهاد للاعب الرياضي سببه جهداً إضافي يكون زائداً عن المجهود العادي للرياضيين.

(ب) لا بد أن يكون الجهد الإضافي نتج عن تكليفه بتدريبات في وقت محدد يكون أقل عن الوقت اللازم عادة لإتمام التدريبات، أو قيام المدرب بتكليف لاعب معين بالقيام بدور آخر فضلاً عن دوره ووظيفته الطبيعية داخل الملعب، مثال ذلك تكليف اللاعب بأدوار هجومية ودفاعية في نفس الوقت أثناء المباراة مما ينتج عن ذلك إجهاد يفضي إلى إصابة رياضية.

(ج) صدور تقرير طبي من لجنة طبية معترف بها تثبت حصول الإصابة بسبب الإجهاد.

(د) يجب ألا تكون الإصابة الناتجة من الإجهاد الرياضي مصدرها حالة مرضية سابقة.<sup>(١)</sup>

أما عن طبيعة التزام المدرب بضمان السلامة من حيث هو التزام بتحقيق نتيجة أو التزام ببذل عناية، فقد انقسم الفقه في ذلك إلى رأيين:-

(١) صباح قاسم خضر - المرجع السابق - ص ٤٧.

الرأي الأول: - ويحدد الالتزام فيه بالنظر لمحل التدريب ، فإن كان نوعية الرياضة من الرياضات الخطرة (مثلا كالملاكمة أو المبارزة بالسيف) فإن التزام المدرب هنا يكون من قبيل التزام بوسيلة أي بذل عناية وليس تخفيف غاية وهي السلامة. وعكس ذلك إذا كان نوعية الرياضة المقصودة ليست خطيرة ، فإن التزام المدرب يكون فيها تحقيقاً لنتيجة وقد نظر القضاء الفرنسي دعوى رفعها أحد ممارسي رياضة الانزلاق على الجليد ضد مدربة على أساس أنه طلب منه القيام بحركة معينة كانت سبباً لنشوء الإصابة، لكن المدرب نفي ذلك بل وأضاف أن ذات اللاعب هو الذي قام بتلك الحركة دون أن يطلبها منه كما انتفتت معه مسؤولية المدرب ورفضت المحكمة مطالبة اللاعب بالتعويض.

الرأي الثاني: - ويفترض فيه أن التزام المدرب بالسلامة يتوجب أن يكون من قبيل الالتزام بتحقيق نتيجة فالى جانب مهمة المدرب الرئيسية في التدريب، أن يتوقع حصول أخطاء من المتدرب اللاعب ويتوجب على المدرب تجنب آثار تلك الأخطاء، وقد قبل القضاء الفرنسي في بعضا من أحكامه تطبيق هذا الالتزام بتحقيق النتيجة، حيث اعتبر حصول الإصابة للرياضي نتيجة (الرفس) من الحصان الذي يركبه اللاعب لا يمكن أن تعتبر التزام المدرب فيه من قبيل بذل العناية بل يكون التزام المدرب هنا قائما على تحقيق نتيجة بمنع وقوع إصابات مثل تلك الإصابة.

وقد استحسن البعض من الفقه تطبيق معيار تحقيق النتيجة بدلا عن بذل العناية، على أساس التشابه الكبير بين عقد التدريب وعقد النقل، حيث أنهما يشتركان في مدى إمكانية السيطرة والرقابة، فالمدرب أيضا له سيطرة على اللاعب من حيث مراقبته ومتابعته في كل تحركاته مما وصفت بأنها سيطرة محكمة، وعليه



فإذا تحققت الإصابة بحسب هذا الرأي الفقهي فإن اللاعب لا يطلب منه إثباتاً لخطأ المدرب، إذ أن تقصير المدرب يكون أمراً مفترضا بمجرد حصول الإصابة الرياضية ولا يكون للمدرب نفي المسؤولية عنه إلا بإثبات توافر السبب الأجنبي لتحقيق الإصابة. (١)

ورغم تأييدي مع وجهة النظر الأخيرة (المعتبرة) إلا أنه في بعض الأحيان ، قد لا يكون من المناسب إتباع معيار تحقق النتيجة في حالة الالتزام بضمان السلامة، فقد يحدث أن ينتدب النادي الرياضي (مدرباً) مؤقتاً لحين عودة المدرب الأصلي القائد بسبب المرض أو السفر للخارج فيحل بديلاً عنه مدرباً جديداً، يقوم ببعض التدريبات الشاقة ومن ثم تحصل الإصابة لكن تظهر نتائجها بعد عودة المدرب الأصلي لتولي مهامه من جديد، فهنا قد يصعب معه تحديد ثبوت المسؤولية الناتجة عن الإصابة للمدرب الأصلي أو تكون على المدرب البديل المؤقت. ونشير دائماً إلى أن أخطاء المدربين المفضية لإصابة أحد اللاعبين يتحملها المدرب الرياضي، لكن يمكن للاعب مقاضاة الجهة المتعاقدة مع المدرب باعتبارها تمثل الطرف المتبوع حيث أن المدرب تابع لها. وقد قضت المحكمة في قضية: - (٢)

(١) فرات رستم أمين الجاف- مرجع سابق - ص ١٦٨-١٧٠.

(٢) " In the case of avail nv ditrus community college District, jose avila 19 year old boy, played abase ball game for his collge. during the game he was hit by the bat when amember of the offer team threw , it him and crocked his helmet.

After jose was hit with the bat he felt dizzy in his head and had severe pain. The coach of his collge team did not call on medical help, but told (jose) keep on playing (jose) told the coach he was not feeling well, but the coach told him to finish the game. After the incident (jose) made a case against citrus community college for negligence , because the coach did not send for medical help and he forced him, Continue play ( jose) won the case" Elriena Ekstrrn- op,cit,page 30.

على مسؤولية كلية المجتمع عن خطأ المدرب الرياضي لديها في رياضة " base ball" عندما تعرض أحد اللاعبين لإصابة عن طريق مضرب يد أحد أعضاء الفريق المنافس والذي أصابه بضربة قوية على الخوذة ، وبعدها أصيب اللاعب بدوار في رأسه وشعر بألم شديد، ورفض المدرب استدعاء المساعدة الطبية اللازمة له بل وطالب اللاعب المصاب (jose) لمتابعة اللعب، رغم إخباره من اللاعب المصاب أنه ليس بخير لكن المدرب أصر عليه لإكمال المباراة.

وبعد الحادث تقدم اللاعب (jose) بدعوى في مواجهة كلية المجتمع بسبب الإهمال الصادر من المدرب بعدم استدعاء المساعدات الطبية له وإجباره على متابعة اللعب، وقد كسب اللاعب الدعوى.

لكن ما الحكم عند حصول إصابة للاعب بسبب ممارسة الرياضة وإجراء التمرينات عندما يقع للاعب عجز دائم عن مزاوله نشاطه مرة أخرى. في واقع الأمر بحثنا عن هذا الموضوع ووجدنا أن التشريعات تباينت تطبيقاتها في هذا الشأن لعدد من الآراء المختلفة.

الرأي الأول: - ويمثله الإتحاد الإماراتي لكرة القدم ينص مادته ٧٩ من لائحة أوضاع وانتقالات اللاعبين والتي ألزمت فيها النادي الرياضي بصرف مستحقات اللاعب حتى نهاية عقدة إذا اتضح عجز اللاعب عن ممارسة كرة القدم بسبب اللعب أو إجراء التدريبات.

الرأي الثاني: - ويمثله الإتحاد السوري لكرة القدم، حيث ألزم منه النادي الرياضي بإعطاء نسبة محددة من أجر اللاعب المصاب وذلك لمدة مؤقتة، ويكون بعدها للنادي الرياضي الحق في فسخ العقد لو استمرت الإصابة ولم تعالج.

الرأي الثالث: - ويمثله الإتحاد الفرنسي والذي يلزم فيه النادي الرياضي بتوفير عمل أو وظيفة آخري للاعب المصاب تتناسب وقدراته بعد الإصابة، أما إذا لم يكن اللاعب المصاب تتناسب قدراته بعد الإصابة، أما إن لم يكن اللاعب المصاب قادراً على أداء أي عمل آخر، فيكون لنادية الحق في فسخ عقدة على أن يتم الفسخ بحكم القضاء وليس فسخاً بإرادة النادي. (١)

وإذا ما قارنا تلك الأراء السابقة بها هو عليه الأمر في قوانين العمل، سنجد أن الفرق شاسع من حيث أثر عجز اللاعب المصاب، فقد حددت المادة ١٥٠ من تقنين العمل، والمادة ٦٦ من قانون المعاشات والتأمينات الإجتماعية الإماراتي، أنه يستحق العامل المصاب بعجز دائم نسبة مئوية من تعويض الوفاة وهي تتحدد بعملية حسابية مفادها ( ضرب مقدار تعويض الوفاة في النسبة المئوية لدرجة عجز المصاب عن العمل"، و هناك جدول ملحق بالقانون يوضح نسباً معينة من خلالها تعرف قيمة التعويض ، فمثلا يأخذ العامل المصاب بنسبة ٩٠% من قيمة تعويض الوفاة في حالة فقد الساقين، وهكذا.. (٢)

مما يجعلنا نقول بإطمئنان عدم إمكانية المطابقة بين عقود الرياضيين وعقود العمل وبالذات في حالة إنهاء العمل بسبب العجز الدائم ولعل سبب الافتراق بينهما يعود للباعث في تنظيم كلا منهما فيما تهدف عقود الرياضيين لتحقيق أهداف تربية ومادية في آن واحد، بينما يهدف عقد العمل لتحقيق الغرض المادي من خلال عنصر الأجر للعامل وعنصر العمل المفضي للإنتاج بالنسبة لصاحب العمل.

(١) عبد الرزاق سفلو - مرجع سابق ص ١٠٦.

(٢) د. عدنان سرحان وآخرون - مرجع سابق ص ٢٦٠.

وبالطبع لا نستطيع الترحيح بين توجيهات وتطبيقات الآراء الثلاثة الخاصة بدولة الإمارات العربية أو الخاصة بالتشريع السوري أو الإتحاد الفرنسي، فكلها برأبي تحدث نوعاً من الكفالة الاجتماعية والمادية المطلوبين بالنسبة للاعب المصاب بعجز دائم، على أن الخلاف في الأحكام والتوصيات ليس ناتجاً إلا من القدرة والملاءة المالية للأندية الرياضية والتي تتبع لتلك الاتحادات السابقة، فليس هناك قاعدة ثابتة يرتكز إليها عند العجز الدائم للاعب المصاب بسبب التدريبات لكن هناك حلولاً في مجملها تقوم بتعويض اللاعب عند عجزه الدائم عن ممارسة الرياضة.

## ٢/ المسؤولية القانونية عن إصابات اللاعبين الناشئة بسبب عدم التقيد بالقواعد الصحية (المنشطات الرياضية نموذجاً)

آثرت عرض موضوع المنشطات الرياضية ضمن موضوعات ومسببات الإصابات بالنسبة للاعبين الرياضيين، فالمنشطات كما سنرى يمكن أن تحدث الإصابات الرياضية للاعب الرياضي، ولذا سوف نقوم بعرض هذا الموضوع من خلال توضيح نبذة تاريخية عن المنشطات ثم تعريفها بالإضافة لتناول المسؤولية القانونية عن إصابات اللاعبين الناشئة بسبب عدم التقيد بالقواعد الصحية والتي من بينها تناول المنشطات الرياضية.

### ١- نبذة تاريخية عن المنشطات الرياضية:-

تعتبر حوادث المنشطات الرياضية في عالم الرياضة ليست حديثة الظهور ، فقد توالى أعداداً مقدره من الحالات التي تبين فيها استخدام أحد اللاعبين لمواد منشطة أثناء ممارسة رياضة معينة.

ولعل أبرز تلك الحوادث حادثة لاعب العدو الكندي بن جوستون أثناء مشاركته في أولمبياد سيول سنة ١٩٨٨ ، حيث ثبت تعاطيه للمنشطات مما جعل تلك الظاهرة السالبة محلا للتحليل والنقد بالذات كونها اتصلت بسباق مهم يطلق على الفائز فيه لقب أسرع رجل في العالم ، وبالإضافة لهذه الأهمية فقد اكتسب ذلك السباق شهرة وخطف الأضواء لأن منافس بن جونسون كان العداء الأميركي " كارلويس " وبعد اكتشاف تناول بن جونسون للمنشطات تم سحب الميدالية الذهبية التي منحت له وألغى الرقم القياسي الذي حققه ٩،٧٩ ث في ١٠٠ متر عدو، وقد تبين أيضا من خلال تلك الدورة الأولمبية أن هناك حالات أخرى حوالي عشر حالات تم اكتشافها وألغيت أيضا نتائج لاعبيها (١)

كما لا يفوتنا الإشارة إلى أن أول حالة استعمال عقاقير أو أقدمها كانت في القرن الثالث قبل الميلاد. (٢)

وعلى ما يبدو فإن ظاهرة تناول المنشطات يعود ظهورها لتواريخ ما قبل حادثة بين جونسون، فقد ظهرت هذه الظاهرة بمباريات كأس العالم في ألمانيا سنة ١٩٤٥، كذلك تم اكتشاف حالات في بطولة كأس ديفز للتنس بين بريطانيا

(١) د/ أبو العلا عبد الفتاح - د/ إبراهيم شعلان - مرجع سابق - ص ٣٥١.

(٢) حيث استخدم بعض الرياضيون في القرن الثالث قبل الميلاد في الألعاب الأولمبية طحال الغراب لتحسين قدرة التنافس - راجع في ذلك عروبة ناصر - مرجع سابق - صفحة غير مرقمة.

وأسبانيا سنة ١٩٥٥م بفرنسا، وكذلك في الدورة الأولمبية التي نظمت بروما سنة ١٩٦٠.

أفاد بعض الفقه<sup>(١)</sup> إلى أن عدد مقدر من هؤلاء اللاعبين قد سقطوا بالملعب بسبب تعاطيهم مواد منشطة مما يسوقنا في هذا البحث لتحديد ماهية المنشطات.

### ماهية المنشطات:-

هناك عدد من التعريفات للمنشطات ونوجزها في تعريف اللجنة الاولمبية

الدولية بأنها:-

١- تناول مواد غريبة عن الجسم.

٢- أي مواد يتم إدخالها للجسم بطرق غير معتادة.

٣- مواد بهدف تحقيق أداء رياضي أفضل بطريقة غير عادلة لا تظهر فيها قدرات اللاعب الحقيقية وكذلك هذا التأثير من الأمور المصطنعة.

٤- أي تدخل طبي يؤدي إلى تحسين الأداء الرياضي، وجدير ذكره أن هذه التعريفات يتم إلحاق أسماء المنشطات لها عام بعد عام بغرض التجديد.<sup>(٢)</sup>

ويمكن أن نلخص الآثار التي يمكن أن ينتج منها استعمال تلك المنشطات وتتمثل في أنها :-

(١) صباح قاسم خضر - مرجع سابق - ص ٤٩.

(٢) مذكور لدى ا.د أبو العلا عبدالفتاح وآخرون ، مرجع سابق ، ص ٣٥٢

أولاً:- تؤدي في بعض الحالات لموت اللاعبين <sup>(١)</sup> ولعل أشهرهم وفاة الدراج الإنجليزي سمسون سنة ١٩٦٧ في سباق للدراجات بفرنسا، وكذلك وفاة الدراج الدنماركي فريد انمارك جينسن في الألعاب الأولمبية سنة ١٩٦٠ المقامة بروما <sup>(٢)</sup>

ثانياً:- استخدام المنشطات الرياضية يؤدي لان يصبح اللاعب الرياضي مدمناً.

ثالثاً:- استخدام المنشطات الرياضية يقتل المنافسة الرياضية العادلة بين الرياضيين فتضيع أهدافها السامية المتمثلة في التنافس الشريف على الملعب.

لكن يثور تساؤل حول مدى صحة تناول المنشطات من حيث أنها صدرت نتيجة رضاء اللاعب الرياضي؟

في الواقع فإن جانباً من الفقه ينظر للشخص الطبيعي بأنه حراً أو له مطلق الحرية في (كيانة الجسدي) على أساس أن سلامة وحفظ جسم الشخص هو من الحقوق اللصيقة بالشخص نفسه، لكن يشترط هنا أن يحدث توافقاً بين هذا الرضاء والحرية وبين ما يطلق عليه الإرتفاق الإجتماعي ، إذ أن الحق في سلامة الجسد يكون جامعاً بين الطبيعة الفردية والطبيعة الاجتماعية للحقوق. <sup>(٣)</sup>

ومما يفهم من ذلك الحديث أنه للشخص الحق في التصرف بكيانه الجسدي لكن هناك قيد يحجره وهو حقوق الارتفاق الاجتماعية ونعتقد أن المقصود بها عدم الإضرار بالغير نتيجة تلك الحرية في الجسد، ولا شك فإن تناول المنشطات تخالف ذلك المنع ويرى البعض الآخر من الفقه أن الشخص الطبيعي ليس له مطلق الحرية في سلامة جسده، لأن سلامة الجسد هي من الأمور الغير قابلة للتصرف فيها،

(١) صباح قاسم خضر - مرجع سابق - ص ٥٣.

(٢) عروبة ناصر - مرجع سابق - صفحة غير مرقمة.

(٣) عروبة ناصر - مرجع سابق - صفحة غير مرقمة.

وحيث أن المنع هنا مرتبط بعدم مخالفة النظام العام والآداب، وعلى ذلك اعتبر أن أي أضرار بجسد المجني عليه باختياره في أمر غير ضروري فإن رضاه لا يتصف بالمشروعية ومثال ذلك علاج المرء نفسه ( بالكهرباء ) حتى يزيل بعض الشعر من وجهة (١). وغير خاف على أحد أن المنشطات بخلاف عدم مشروعيتها فهي غير ضرورية لممارسة الرياضة بمعناها الصحيح تحقيقاً لمقصد المنافسة الشريفة.

### المسؤولية القانونية عن استخدام المنشطات

بما أن المنشطات تتسبب بأضرار بالغة في حق اللاعب المستخدم لها، فهي أيضاً تلحق الضرر بالمنافس الغير ، بحيث تفقدهم القدرة على الفوز بالبطولات، كما أن اكتشاف هذه المنشطات في جسم اللاعب الرياضية من شأنه إيقاع المسؤولية في حق الجهة المنظمة للبطولة أو المنافسة الرياضية.

في واقع الأمر فإن الألعاب الأولمبية عانت كثيراً من تهديدات مشاركة اللاعبين بتلك المنشطات، حتى غدت بوصف البعض كونها (هاجساً للمسؤولين وكابوساً للرياضيين المتعاطين لها" (٢)

وحتى لا تصبح الظاهرة قاعدة فقد رتب بعض الفقه قواعداً للمسؤولية المدنية والجزائية نتيجة إخلال الرياضيين بقواعد المنافسة الشريفة والعادلة، فحدوث اتفاق بين الرياضيين أو تم غض الطرف عنه باستعمال المنشطات يعتبر أمراً مخالفاً

(١) المستشار / الدكتور رضا محمد جعفر - رضا المضرور بالضرر دائرة على الحقائق التعويض - الاسكندرية - دار

الجامعة الجديد للنشر - ٢٠٠٥م - ص ٢٤١.

(٢) نقلاً عن عروبة ناصر ، مرجع سابق ، صفحة غير مرقمة.



لقواعد النظام العام والتي تجعل كل اتفاق مخالف للنظام العام والآداب عبارة عن عقود باطلة.

وبالإضافة لما ذكر فإن اعتبار تناول المنشطات جريمة؛ يمنح الحق تلقائياً للمضرور منها المطالبة بالتعويض اللازم، أما عن المسؤولية الجزائية المترتبة على تناول المنشطات ، فنجد لها أمثلة وتطبيقات في بعض القوانين الأجنبية ( لم أجد نصاً يعالج موضوع المنشطات في لائحة القواعد العامة للإتحاد الرياضي السوداني)، مثل المشرع البلجيكي في قانون ١٢ ابريل ١٩٦٥، والذي تناول فيها موضوع المنشطات في جريمتين هما :-

(١) استعمال مواد أو وسائل منشطة وحيازتها.

(٢) جريمة الاشتراك في استعمال الرياضي مادة أو وسيلة منشطة . (١)

لكن هناك ثمة اختلاف في النظرة لتجريم الرياضي الذي يتم ضبطه متناولاً المنشطات بموجب نص من القانون الفرنسي الجديد لسنة ١٩٨٩ والذي جاء بديلاً لقانون ١٩٦٥م.

فقد اعتبر المشرع الفرنسي بموجب القانون الجديد أن الرياضي الذي يتم كشفه متناولاً المنشطات لا يعتبر مجرمًا جنائياً بل هو في واقع الأمر شخص مجني عليه وليس مذنباً على اعتبار أن المسؤولية تقع فقط في هذه الحالة على الرياضي المتعاطي للمنشطات في شكل جزاءات تأديبية تطبقها الاتحادات الرياضية المعنية،

(١) مذكور لدى الدكتور / محمد سليمان الأحمد، المسؤولية عن الخطأ التنظيمي في إدارة المنافسات الرياضية ، مرجع

بينما كان المشرع الفرنسي بموجب قانون ١٩٦٥ يعتبر استعمال المواد المنشطة جريمة يستحق عليها الرياضي العقوبة الجزائية . (١)

٣ - المسؤولية القانونية عن إصابات اللاعبين الناشئة عن أخطاء التحكيم

عرضنا فيما سبق أن واحدة من مسببات الإصابة الرياضية هو ضعف مستوى التحكيم بالاشتراك مع السلوك الخاطئ للاعب الرياضي وذلك بنسبة ٥ إلى ١٥% من نسبة الإصابة التي تلحق للاعبين عادة (٢).

ونود في هذا المبحث أن نستعرض مفهوم التحكيم الرياضي من زاوية الدور الأساسي الذي يلعبه في الرياضة، مع عرض موجز لدور الحكم الرياضي في التعامل مع إصابات اللاعبين داخل الملعب بالإضافة لعرض كيفية نشؤ العلاقة بين دور الحكم وتسبب الإصابة للاعب الرياضي.

أولاً - لا شك فيه أن الحكم الرياضي يعتبر من أهم الدعائم التي يقوم عليها مفهوم " العدالة الرياضية" والتي يقصد بها ( شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحى به الضمير المستتير والذي يهدف إلى إعطاء كل ذي حق حقه). ومما لا شك فيه أيضا أن مفهوم العدالة الرياضية يتولى تحقيقها منظم المنافسة الرياضية والذي يسعى دائما لتحقيق التكافؤ هو " اختيار لجنة تحكيمية محايدة". (٣)

(١) لاحظ الدكتور / محمد سليمان الأحمد ، المرجع السابق ، ص ٢١١

(٢) راجع في ذلك ص ١٦ من هذا البحث.

(٣) وتحقق العدالة الرياضية بعدة وسائل بالإضافة لإختيار لجنة تحكيمية محايدة وهي ب/ التكافؤ في فرص المعالجة من كوادرات طبية متكافئة. (ج) التعامل مع جو المباراة بصورة عادلة (د) التعامل مع متفرجي الفريقين المتنافسين بصورة متكافئة، من حيث العدد وموقع المشاهدة، وسلوك رجال الأمن معهم. (هـ) التعامل بالصرامة

وقد تعمدنا الربط بين موضوع أخطاء التحكيم وتحقق الإصابات ذلك من واقع أن الحكم الرياضي عليه واجباً يقتضي القيام به عند حصول إصابة اللاعب من واقع القواعد القانونية التي تنظم النشاط الرياضي المعين.

وهو إيقاف المباراة واستدعاء الطبيب الرياضي المختص لإسعاف اللاعب، سيما حصول حالات كثيرة في الملاعب الرياضية العالمية يتوفى فيها اللاعب بسبب الزيادة في ضربات القلب، وكذا الأمر في ملاعبنا العربية المحلية والتي أبرزها في الفترة الأخيرة وفاة لاعب نادي المريخ السوداني ( النيجيري " إيداهور) في العام ٢٠١٠، ولا ننسى أن الملاعب الرياضة فقدت الكثير من لاعبيها بسبب ظاهرة بلع اللسان أثناء مباريات كرة القدم بالأخص.

وأرى بأن دور أخطاء التحكيم ليس من باب الفعل المباشر بل هو من باب حدوث الأضرار بالتسبب فالأضرار المباشر قد يقع على اللاعب بسبب الخشونة الزائدة من لاعبين الفريق الخصم أو تناول منشطات مثلاً، أما الإضرار بالتسبب فيقصد به ( ما كان عليه للضرر ولم يحصل بذاته ويكون الإضرار بالتسبب، ويقال لفاعلة متسبب؛ بإتيان فعل لا يتصل بمحل الضرر، ولا ينجم الضرر عنه لوحده وبذاته وإنما عن طريق تدخل فعل تدخل فعل أو عامل آخر يتوسط بينهما) (١).

---

ذاتها مع كل من يخل بقواعد الرياضة القانونية والفنية، أو ما يخل بقواعد سلامة الملاعب، (و) الإبعاد عن الوسائل غير المشروعة لغرض الانحياز إلى أي فريق دون آخر،  
راجع في ذلك د/ محمد سليمان الأحمد - المسؤولية عن الخطأ التنظيمي في دورة المنافسات الرياضية - مرجع سابق ص ١٧٥.

(١) عدنان سرحان- المصادر غير الإدارية للإلتزام - ط ١ - الاردن إثراء للنشر والتوزيع - ٢٠١٠م - ص ٢٩.

لكن حتى يضمن المتسبب بالإضرار جبر الضرر للمضرور فلا بد أن يتوافر نية التعمد بفعله الضار (١).

وقياساً على ذلك فلا بد أن يكون إهمال الحكام في استدعاء الطبيب المعالج بالتأخير في أثناء المباراة أو عدم اتباعية القواعد الصحيحة الواجبة الإلتباع عن حصول إصابة لأحد اللاعبين فيجعله محدثاً لفعل ضار يترتب عليه مسؤولية تقصيرية لا محالة.

وقد تم تطبيق إقرار مسؤولية الحكم عن خطأ التحكيم في حصول معدل إصابة رياضية في قضية :- (٢)

### Smoldon V. white worth

وهي من أهم أحكام القضاء الإنجليزي في مجال أخطاء التحكيم. وتتعلق وقائعها في أن أحد اللاعبين في رياضة (الركبي) أصيب بطريقة خطيرة أثناء أحد المباريات ، وقد حدث سقوط للاعب نفسه على الأرض بعدد غير طبيعي من المرات، وقد عانى المدعي في هذه المباراة كثيراً حيث حصل له كسر في الرقبة كما تعرض للشلل.

(١) عدنان سرحان - المرجع السابق - ص ٣١.

(٢) In the English case of smoldon v. white worth the referee of arugby game was held liable to player who was injured when ascrum collapsed in dangerous manner. In the course of the game scrums had collapsed an abnormally high number of times. In one of these case the plaintiff suffered abroken neck, leaving him procedure , it was found by the court that the referee had not enforced the correct proceduve of engagement and that this was one of the reasons for the his number of collapsed scrums- Elriena eksteen- op, page 29

وقد وجدت المحكمة أن حكم المباراة يتحمل المسؤولية تجاه اللاعب المصاب ، وذلك لعدم تنفيذه للإجراءات السلمية في حالة اشتباك اللاعبين والذي نتج عنه حصول سقوط وانهيار على الأرض بشكل كبير مبالغ فيه.

وقد لاحظنا أن نص المادة ١٨٢ / من القواعد العامة للإتحاد الرياضي السوداني لكرة القدم قد ركزت على النص بضرورة قيام حكم المباراة بتسجيل اسم اللاعب المصاب أثناء المباراة وسبب الإصابة، وبتساعل عن الكيفية التي يمكن فيها لحكم المباراة معرفة سبب الإصابة في حالة الموت المفاجئ أثناء المباراة وسط احتكاكات اللاعبين العادية أو الغير عادية، وخاصة إذا ما وضعنا في الاعتبار حصول الوفاة نتيجة ضربات قلب زائدة أو جرعة منشطة تناولها اللاعب قبل المباراة لذا ولصعوبة الأمر في رأيي الأوفق التركيز على التشديد على الحكام بضرورة إسعاف اللاعب المصاب بأعجل وقت ممكن وإيقاف المباراة بغض النظر عن نتيجة المباراة أو وقتها المتبقي أو موقف الفريق الآخر من الترتيب في الدوري أو غيرها من الظروف التي تجعل حكم المباراة ( أحيانا ) لا يتعامل بجدية مع حالات الإصابة الرياضية أثناء المباريات.

لذا أرى أنه من الأفق النص يوضح على إلزامية إيقاف المباراة فوراً في حال حصول إصابة لأحد اللاعبين فقد يكون سرعة الاستجابة للعلاج لا نقول سببا لتعطيل الاقداء بل هي سببا لقطع مسؤولية تقصيرية تقع على الحكم نتيجة عدم الاستجابة لتلبية واجب الأمن والسلامة للاعبين الرياضيين.

في ختام هذا البحث فإننا نجمل النتائج الآتية التي توصلنا لها وهي :-

- (١) أن للرياضة أهمية كبرى في حياة كثير من الأفراد اليوم، وبخلاف أدوارها المهمة في تزكية الروح الرياضية وإحياء روح التنافس فقد غدت الرياضة أيضا مجالا واسعا للاستثمار في مجال تسويق اللاعبين وانتقالهم بين الأندية الرياضية مما يترتب على ذلك أهمية كبرى في المحافظة على اللاعبين من آثار الإصابات التي تتجم عن ممارسة تلك الرياضيات.
- (٢) عقد اللاعب الرياضي يمثل صورة من صور عقد العمل الخاصة و ينتج خصوصية العقد من خلال ازدواجية عنصر التبعية على اللاعب من خلال ناديه والاتحاد الرياضي الذي يتبع له. ويتمتع اللاعب الرياضي بمزايا متعددة تختلف في جوهرها عن المزايا التي يحققها عقد العمل، ويكون على النادي الرياضي جبر الأضرار التي تلحق لاعبه طالما كانت الإصابة ناتجة عن أداء اللاعب لواجباته التدريبية والتنافسية، وذلك تطبيقا لفكرة (تحمل التبعة).
- (٣) تنشأ المسؤوليتين العقدية والتقصيرية بين النادي الرياضي واللاعب المصاب مما يعضد من تعزيز المسؤولية المدنية في مجال إصابات اللاعبين.
- (٤) نشؤ المسؤولية المدنية في مجال إصابات اللاعبين لا ينعقد فحسب في مواجهة النادي الرياضي، بل تتسحب المسؤولية أيضا في مواجهة المدربين وحكام المباريات نتيجة أخطائهم التدريبية والتحكيمية.

وتوصلنا كذلك لعدد من التوصيات وهي

- ١) أوصي بنشر الوعي والتثقيف الرياضي القانوني بين قطاعات الرياضة ، حتى لا تضع حقوق اللاعب والنادي الرياضي بسبب عدم الإدراك بقواعد قوانين الرياضة وبالأخص في المنازعات المتعلقة بإصابات اللاعبين.
- ٢) لابد من توفير حماية قانونية لقطاع الرياضة ضد خطر الإصابات ، وذلك عبر سن قانون رياضي مختص بالمعاملات الرياضية.
- ٣) فرض قواعد قانونية تمنح اللاعب المصاب بعجز دائم فرصة الحصول على عمل آخر من خلال ناديه ، وذلك استكمالاً لفكرة تحمل التبعة.
- ٤) أوصي بإيقاع أقصى عقوبة على اللاعب المتعاطي لمنشط رياضي بالتعمد بالإيقاف عن ممارسة الرياضة الاحترافية مدى الحياة، وذلك لما لها من خطر على حياة اللاعب نفسه أشبهه بالانتحار ولما لها من مضار بالمنافسات وشرفها وحقوق الغير.

## ثبت المراجع والمصادر

- (١) د/ أبو العلاء عبدالفتاح ، د/ إبراهيم شعلان - فسيولوجيا التدريب في كرة القدم - القاهرة - دار الفكر العبي - ١٩٩٤م.
- (٢) الاستاذ/ السيد عبد الوهاب عرفة - الوسيط في التعويض المدني عن المسؤولية المدنية - الاسكندرية - دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٥.
- (٣) د/ أميد صباح عثمان - النظام القانوني للاحتراف المدني - ط١ - بيروت - منشورات الحلبي الحقوقية - ٢٠١٢.
- (٤) د/ أنور العمروسي - العقود الواردة على العمل في القانون المدني - ط١ - منشأة المعارف بالاسكندرية - ٢٠٠٢.
- (٥) د/ يوسف محمد عبيدات - مصادر الالتزام في القانون المدني - ط١ - دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة - ٢٠٠٩م.
- (٦) أ.د/ محمد الشيخ عمر - قانون المعاملات المدنية - مصادر وأحكام والالتزام - الخرطوم - ب.د - ٢٠٠١م.
- (٧) د/ محمد سليمان الأحمد - الوضع القانوني لعقود انتقال اللاعبين والمحترفين - ط١ - عمان - الدار العلمية الدولية - دار الثقافية للنشر والتاريخ - ٢٠٠١م.
- (٨) د/ محمد سليمان الأحمد - المسؤولية عن الخطأ التنظيمي في إدارة المنافسات الرياضية - ط١ - عمان - دار وائل للطباعة والنشر - ٢٠٠٢م.
- (٩) د/ محمد سليمان الأحمد عقود تنظيم المسابقات الرياضية والمسؤولية الناجمة عنها - ط١ - عمان - دار وائل للنشر والتوزيع - ٢٠٠٢م.



- (١٠) د/ نبيل إبراهيم سعد - النظرية العامة للالتزام - منشأة المعارف  
بالأسكندرية - ٢٠١١م.
- (١١) د/ سعيد سعد عبدالسلام - الالتزام بضمان السلامة في عقد العمل -  
ط١- ب.ت
- (١٢) عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء السابع -  
المجلد الأول - القاهرة - ١٩٨٩م.
- (١٣) عبدالرزاق سفلو - الطبيعة القانونية لعقد الإحتراف الرياضي - بيروت  
المنشورات الحقوقية صادر - ٢٠١١م.
- (١٤) د/ عبدالحמיד عثمان الحفني - عقد احتراف لاعب كرة القدم -  
المنصورة- المكتبة العصرية للنشر والتوزيع - ط٢ - ٢٠٠٧م.
- (١٥) د/ عدنان سرحان - المصادر غير الإدارية للالتزام - ط١ - الاردن-  
إثراء للنشر والتوزيع - ٢٠١٠م.
- (١٦) د/ عدنان سرحان ، د/ علي المهداوي - د/ يوسف عبيدات- أحكام قانون  
تنظيم علاقات العمل الإتحادي وفي ٨ لسنة ١٩٨٠ وتعديلاته.
- (١٧) د/ عصام أحمد محمد - النظرية العامة للحق في سلامة الجسم - المجلد  
الثاني - دار الفكر والقانون بالمنصورة ٢٠٠٨م.
- (١٨) عروبة ناصر محمد أبو سيف - بحث بعنوان الإصابة الرياضية في  
التشريع الجنائي الإسلامي - جامعة النماذج الوطنية - نابلس - ٢٠٠٩م.
- (١٩) فرات رستم أمين الجاف - عقد التدريب الرياضي والمسؤولية الناجمة عنه  
- ط١- منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٩م.

٢٠) صباح قاسم خضر - التعويض عن الإصابة الرياضية - مصر - دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات ٢٠١١م.

21) Natasha schot (Negligent liability in sport) ( Bond university – faculty of law – sport law journed).

22) Elriena eksteen ( sport development , law and commercialization 2012).

٢٣) د/ رضا محمد جعفر - رضاء المضرور بالضرر واثره على الحق في التعويض - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة للنشر - ٢٠٠٥م.

٢٤) قانون المعاملات المدنية ( السوداني ) لسنة ١٩٨٤م.

٢٥) قانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥م.

٢٦) لوائح وقوانين الاتحاد العام لكرة القدم- القواعد العامة للاتحاد الرياضي السوداني لكرة القدم لسنة ٢٠٠٤ تعديل لسنة ٢٠٠٩م.

٢٧) موسوعة الأحكام القضائية - الأحكام الاتحادية - طعن رقم ١٠٥.

٢٨) الفيروز آبادي ، معجم القاموس المحيط- ط٣ بيروت - ٢٠٠٨م.

٢٩) الفاروقي - المعجم القانوني - ط٤ ، بيروت - مكتبة لبنان ناشرون - ٢٠٠١م.

