عقبات الاعتراف الفقهي بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية

دراسة مقارنة

مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق

د. إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب

أستاذ القانون الإداري والدستوري المشارك

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

E-mail: dr.ekramykhattab82@gmail.com

عقبات الاعتراف الفقهي بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية

دراسة مقارنة

د. إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب
أستاذ القانون الإداري والدستوري المشارك
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

الملخص

الفصل التام بين القواعد القانونية في فروع القانون المختلفة يظل محض اجتهاد، ومن ثم فمرور العديد من المبادئ من فرع قانوني إلى آخر يعد في نظر البعض أمرٌ مستحيلٌ رغم إمكانية تحققه في الواقع العملي. ومن بين هذه المبادئ "مبدأ الدفع بعدم التنفيذ" الذي سلّم الفقه بالاعتراف به في "العقود المدنية" رافضًا إياه في مجال العقود الإدارية.

وعلى الرغم مما يمتلكه الرافضون لهذا المبدأ من حجج وأسانيد، إلا أن تلك الحجج لا تعدو أن تكون أفكارا قابلة للتحليل والنقد وصولاً إلى التسليم العقلي بها أو رفضها.

ولم تحظ الفكرة السابقة بالقدر الكافي من البحث، وهو ما دفع الباحث لخوض غمار هذا الموضوع المهم وصولاً إلى إثبات أو نفي صلاحيته للتطبيق في مجال العقود الإدارية في إطار ما تشهده الأفكار القانونية من تطور منطقي ودائم يتعين أن يتناسب مع ضرورات الواقع المعاصر.

وتحقيقاً للهدف المنشود من هذا البحث، آثر الباحث المقارنة بين موقف الفقه القانوني في كل من مصر والسعودية، مقسمًا بحثه إلى مبحثين: جاء أحدهما بعنوان ماهية الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، والآخر بعنوان: الاعتراف الفقهي بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية العقبات والحلول.

ولقد توصل الباحث إلى عدة نتائج أهمها: جواز الاعتراف الفقهي بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية بشروط وضعها الباحث في خاتمة بحثه، وأوصى بعدد من التوصيات منها: إصدار نصوص قانونية صريحة في كل من مصر والمملكة العربية السعودية تعترف بجواز تمسك المتعاقد مع الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية وفق شروط محددة.

الكلمات الدالة: الدفع بعدم التنفيذ، العقود الإدارية، مصر، السعودية.

Obstacles to Recognition of Jurisprudence for Non-Execution in Administrative Contacts

Comparative Study

Dr. Ekramy Basuony Abd Elhi Khattab
Associate Professor of Constitutional & Administrative Law
Imam Mohammed Ibn Saud Islamic University

Abstract

The complete separation of legal norms in the various branches of law remains purely a matter of diligence, so the application of many principles of one legal branch to another is, in the view of some, impossible, even though it can be achieved in practice.

One of these principles is the "principle of the non-performance," which has been approved in "civil contracts," but has been rejected in administrative contracts. While those who reject this principle have arguments and reasons, these arguments are only analytical and critical ideas.

The principle of the non-performance in administrative contracts had not been sufficiently studied, which led the researcher to study this matter to test its applicability in the area of administrative contracts in the context of the logical and lasting development of legal ideas that must be commensurate with the imperatives of contemporary reality.

To achieve the goals of this study, the researcher drew a comparison between legal Egyptian jurisprudence and Saudi jurisprudence. This study is divided into two sections; the first section is dedicated to identifying the concept the non-performance in administrative contracts, and the second section is the jurisprudence approval dilemma of this principle and the proposed solutions.

The study concluded with the most important results and suggestions.

Keywords: The Non-performance, Administrative Contracts, Egypt, Saudi Arabia.

المقدمة

تتسم العلاقة بين القانون المدني والإداري بالتعاون في بعض جوانبها والتنافر والاختلاف في جوانب أخرى؛ فمن بين جوانب التعاون اقتباس العديد من قواعد القانون الإداري من القانون المدني ومنها: قواعد المسؤولية الإدارية، والالتزام الإداري.

وأما عن جوانب الاختلاف والتعارض فتتمحور حول طبيعة العلاقات التي ينظمها كل منهما، إذ تنظم قواعد القانون المدني علاقات قانونية تختلف في طبيعتها عن تلك التي تنظمها قواعد القانون الإداري، وهذا الاختلاف يلقي بظلاله على طبيعة الدفوع القانونية التي يمكن التمسك بها من قبل أطراف العلاقات القانونية الخاضعة لأي منهما.

ومن بين الدفوع التي تعد وبحق إعلانًا عن هذا الاختلاف بين فرعي القانون المدني والإداري الدفع بعدم التنفيذ؛ إذ يعد معترفًا به في عقود القانون الخاص بينما يعد من الأمور صعبة المنال في مجال العقود الإدارية؛ ويرجع ذلك إلى عدد من العقبات القانونية، ومن أهمها موقف الفقه القانوني الإداري.

وهذا الموقف على الرغم من التسليم بوجود مبرراته ودوافعه المعتمدة على طبيعة العقد الإداري وآثاره؛ إلا أنه يتعين أن يخضع للبحث والتحليل وصولًا إلى تقييم حقيقي للجدوى من وراءه في الواقع العملي القانوني الحالي؛ إذ أن هذه الطبيعة وتلك الآثار في نهاية المطاف تمثل انعكاسًا لأوضاع وتصرفات قانونية قابلة للتعديل والتغيير باختلاف الأزمنة والأطراف الفاعلة، والسياسة التشريعية التي تختلف من بلد إلى آخر.

ومن أهم وسائل التغير والتحول ما يشهده العالم الآن من جائحة كورونا كوفيد ١٩، والتي أعلنت بوضوح عن احتياج الجهات الإدارية في دول العالم قاطبة إلى سواعد المتعاقدين معها لتقف بجوارها وتشد من أزرها لمواجهة العديد من التداعيات التي أصابت مرافق الدولة- بصفة عامة والصحية منها بصفة خاصة بالشلل شبه التام.

والاحتياج السابق يحتاج إلى مراجعة حقيقية وجادة لثوابت العلاقة القانونية بين جهة الإدارة والمتعاقدين معها لبناء أواصر جديدة للتعاون وصولًا إلى تكامل تام بينهما على أساس من العدالة وبعيدًا عن التعسف وإساءة استعمال السلطة.

ويعد الفقه القانوني هو مهندس هذا البناء ومؤسسه الحقيقي لما يمارسه من تأثير في كل من النصوص التشريعية والاتجاهات القضائية على حد سواء.

ومن بين الاتجاهات القانونية تظهر أهمية تناول نظامين قانونيين: أحدهما يتبنى الشريعة الإسلامية باعتبارها الحاكمة لكافة أنظمة الحكم والقواعد القانونية فيه، وهو النظام القانوني السعودي، والآخر يجعل مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرًا رئيسًا من مصادره التشريعية.

والسبب وراء اختيار الباحث للنظامين القانونيين السابقين يعود إلى ندرة الحديث عن الدفع بعدم التنفيذ من ناحية، واختلاط هذا المصطلح مع مصطلحات شرعية عديدة في الفقه السعودي من ناحية أخرى، أما الفقه المصري فقد اعتمد على أسباب ومبررات متعددة في عدم الاعتراف بهذا الدفع في مجال العقود الإدارية.

وتناول موضوع البحث- من خلال عرض موقف النظامين السابقين- يحقق أهمية مزدوجة لكل منهما؛ إذ يعد توجيهًا لنظر الفقه السعودي الإداري للاهتمام به من ناحية، وتقييمًا لموقف الفقه القانوني الإداري المصري من ناحية أخرى.

وترتيبًا على الأهمية السابقة أعرض في هذه الورقة البحثية بقدر من التحليل والنقد غير المخل لموقف الفقه القانوني الإداري المصري والسعودي من هذا الدفع وصولًا إلى وضع تصور واضح للاعتراف به من عدمه

مشكلة البحث

يحاول الباحث من خلال بحثه أن يجيب على عدد من التساؤلات الهامة على النحو الآتي:

- هل يوجد تعريف واضح للدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية في ظل تشابهه مع عدد من المصطلحات القانونية والشرعية؟
- ما الطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية؟
- ما مبررات الفقه في إنكار تطبيق مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية؟ وهل يمكن تعديل هذا الموقف أو الخروج عليه؟
- هل توجد ضرورات عملية قانونية تبرر التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية؟
- ما الضوابط الفقهية المقترحة لجواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية؟

أهمية البحث

(١) يحدد البحث مصير الاعتراف الفقهي بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية.

(٢) يقدم البحث مثالًا واقعيًا للمشكلات القانونية التي تواجه العقود الإدارية ويضع حلولًا لها.

(٣) يمس البحث أحد الموضوعات الشائكة في العلاقة بين قواعد القانون المدني والقانون الإداري في مجال الدفوع القانونية للعقود.

أهداف البحث

(١) الوصول إلى تعريف فقهي واضح للدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية.

(٢) التأكيد على إمكانية الاعتراف الفقهي بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية.

(٣) وضع آلية فقهية للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية.

(٤) إيضاح المشكلات التي تواجه التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية فقهًا ووضع الحلول العملية لها.

منهجية البحث

اتبع الباحث منهجا تحليليًا وصفيًا، إذ قام بتمحيص النصوص القانونية والشرعية وصولًا إلى المراد منها، في إطار من التحليل المنطقي لهذه النصوص، ومستخدمًا المنهج المقارن بين النظام القانوني في كل من مصر والمملكة العربية السعودية.

خطة البحث

تحقيقًا للهدف من البحث فقد قسمه الباحث إلى مبحثين: تناول في الأول ماهية الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، والثاني: عقبات الاعتراف الفقهي بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية والحلول المقترحة

المبحث الأول

ماهية الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية

الحديث عن ماهية الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية تقتضي وضع مفهوم واضح ومحدد له والتمييز بينه وبين ما يتشابه معه من دفوع أخرى، وهو ما يتناوله الباحث في المطلبين الآتيين: -

المطلب الأول

مفهوم الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية

الفرع الأول

الدفع بعدم تنفيذ الالتزام في العقود الإدارية لغة

يمكن الوصول إلى تعريف لمصطلح الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية لغة بتحليل مفرداته على النحو الآتي:

أولا- الدفع لغة

ورد على عدة معان منها: التنحية والإزالة[١]، قال تعالى (لِلْكَافِرِينَ لَيْسَ لَهُ دَافِعٌ)[٢] ، وجاءت بمعنى الرد : ومنه دفعت الشيء لصاحبه أي رددته إليه [٣]، وقد تأتي بمعنى الانتصار فيقال دافع عن الوطن أي انتصر له[٤]، وقد يقصد به المنع : فيقال دفع عنه الخطر أي منعه عنه[٥].

ثانيًا- عدم التنفيذ

العدم يقصد به لغة الفقدان، ومنهم قولهم عدمت الشيء أي فقدته ولم أجده[٦].

أما التنفيذ فيقصد به: الإمضاء وفيه قول النبي(ص)"بر الوالدين الاستغفار لهما وانفاذ عهدهما" [٧]

ثالثًا- الالتزام لغة

من لزم لزومًا، وتعنى عدم المفارقة، أو الاعتناق، أو الوجوب فيقال ألزم أي أوجب[٨].

---

(١) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج٨، ط١٣٨٨هـ – ١٩٦٨م، دار صادر، بيروت، لبنان، ص: ٨٨.

(٢) سورة المعارج آية (٢).

٣ ( ) بن منظور، لسان العرب ، المرجع السابق، ص: ٨٨.

(٤) أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ط ٤، ج١ ، المطبعة الأميرة، القاهرة، مصر، ١٩٢١م ص: ٢٦٧.

(٥) إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ج١، مجمع اللغة العربية – مكتبة الشروق الدولية، ٢٠٠٤م، ص: ٢٨٩.

(٦) ابن منظور، لسان العرب، ج١٢، المرجع السابق، ص: ٣٩٢.

(٧) ابن منظور لسان العرب، ج٣ ، المرجع السابق، ص: ٥١٤.

(٨) ابن منظور ، لسان العرب، ج١٢، ص: ٥٤٢.

رابعًا- العقد لغة

يرد العقد في اللغة على عدة معان منها : العهد والضمان والعزم ، وقد يقصد به أيضا إفراغ الاتفاق في شكل ما أي التوثيق[٩].

خامسًا- الإدارة لغة

ترد على معان مختلفة منها الدور والدوران بمعنى الطواف، ومنها التعاطي مع الأمر ومنها إدارة التجارة، وإدارة الرأي إجالته، وأدار العمل وأدار الآلة أي تولى تصريف الأمر فيها[١٠].

وأول ما يلاحظ على التعريفات اللغوية لمفردات " الدفع بعدم تنفيذ الالتزام في العقد الإداري"، أنها جاءت بعيدة تمامًا عن المعنى المقصود منه، ويرجع ذلك إلى أن وصف العقد بالإداري لغة – بما يحتويه من معنى تصريف الأمور، أو إدارتها – لا يتفق البتة مع مفهومه الحقيقي؛ فضلًا عن تعدد المقصود بمصطلح الدفع لغة وكذا مفهوم عدم الالتزام، وجمعيها مفاهيم تبعد إلى حد ما عن المقصود القانوني بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية.

الفرع الثاني

الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية في الاصطلاح الإسلامي والقانوني

أولا: الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية في الاصطلاح الإسلامي

١- الدفع اصطلاحًا

لم يتعرض الفقه الإسلامي القديم لتعريف الدفع، ولا يعنى ذلك البتة عدم استخدامهم له، فقد بدا هذا الدفع واضحًا في بعض كتاباتهم الفقهية١١، أما الفقهاء المحدثون فقد وضعوا له تعريفات عدة.

وتدور غالبية تعريفاتهم حول محور رئيس يتمثل في كون الدفع ادعاء يتعلق بدعوى أمام القاضي سواء كان الادعاء قبل الحكم أو بعده، ولكنهم اختلفوا في الهدف من وراء هذا الدفع فمنهم من ذهب إلى أن الغرض منه دفع الخصومة، أو إبطال دعوى المدعي[١٢]، ومنهم من ذهب إلى أن الغرض منه تفادي الحكم على المتمسك به في الدعوى أو تأخيره[١٣].

(٩)ا لحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبدالسلام هارون، دار الخانجي- -الطبعة الثالثة-١٤٠٢هـ - ٨٦/٤ القاهرة، مصر.

(١٠) ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج٢، ص: ٢٣٨.

(١١) زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق مطبوع مع حاشية منحه الخالق، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٧م، ج٧، ص: ٢٩٢.

(١٢)على حيدر، درر الحكام مجلة الأحكام، ج١٢، دار عالم الكتب، القاهرة، مصر، ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م، ص: ١٨٥، محمد راكان ضيف الله الدغمي، دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية، ط ١، دار الجبل، بيروت، لبنان، ١٤١١هـ، ص:١٥٥.

(١٣) مأمون أبو سيف، الدفوع الموضوعية لدعوى النفقة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١١م، ص: ٢٠، منصور عبد الله الطوالبة،

والحقيقة أن الهدف من الدفع ليس في جميع الأحوال دفع الخصومة أو إبطال دعوى المدعي أو تأخير الحكم؛ بل هو في بعض الأحيان - كما في الدفع بعدم التنفيذ - مجرد امتناع عن تنفيذ الالتزام كوسيلة لحمل الطرف الآخر على تنفيذ التزامه، والقاضي لا يُسقط عن المتمسك بالدفع التزامه بل قد يقر الامتناع أو يبطله، وفي جميع الأحوال تظل الالتزامات المتقابلة قائمة لا تسقط أو تنقضي.

٢- الدفع بعدم التنفيذ:

لم أجد - فيما أعلم- من وضع تعريفًا لهذا المصطلح في الشريعة الإسلامية، ولعل السبب الرئيس وراء ذلك يرجع إلى اهتمام الفقه الإسلامي بالكليات العامة للمسائل بعيدًا عن وضع النظريات وتطبيقها على مفردات بذاتها.

ولم يمنع هذا الاهتمام من تطبيق هذه القاعدة ومعالجتها من قبل الفقهاء المسلمين ولكن تحت مسميات أخرى منها: الحق في الحبس[١٤]، والامتناع عن التسليم[١٥]، والمنع من الانتفاع[١٦]، وسقوط نفقه الناشز[١٧].

٣- الالتزام ورد على عدة معان منها:

ما يجب على الشخص شرعًا ، أو ما يوجبه الشخص على نفسه[١٨].

الدلالة على أهلية الأداء، ومن ذلك القول بأن المرأة أهل للالتزام بالعقد، والصغير ليس من أهل الالتزام بالعقد[١٩].

الدلالة على الأثر المترتب على الفعل من خلال الربط بين الالتزام والضمان[٢٠].

الدفع بعدم تنفيذ الالتزام، دراسة مقارنه، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، ٢٠٠٥م، ص: ١٣- ١٤.

(١٤) أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)، البيان والتحصيل، تحقيق: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، ج٨، ص: ٤٩٨.

(١٥) موفق الدين أبو محمد بعد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه (ت ٦٣٠هـ)، المغني على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي المطبوع على الشرح الكبير على متن المقنع ، ج٦، دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، ص: ٢٤.

(١٦) أبو زكريا محي الدين بين شرف النووي، روضة الطالبين تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م ، ج٣، ص: ٤٥٢

(١٧) أبو عبد الله محمد بن أحمد شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٦٤م، ص ١٧٤

(١٨) أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، (ت٤٩٠هـ) المبسوط، تحقيق : عبد الله محمد حسن محمد إسماعيل الشافعي، قدم له الدكتور كمال عبد العظيم العناني، منشورات محمد علي بيضون لنشر كتب السنة والجماعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ / ١٩٩٥م، ج٥، ص:١٩٣.

(١٩) السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج٧، ص: ٩٥.

(٢٠) محمد الخطيب الشربيني، مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين، ج٢، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠م، ص ١٩٨

ومن الفقهاء من عرف الالتزام تعريفًا مباشرا بقوله إن " مفهوم هذا المصطلح لغة يدور حول إلزام الشخص نفسه بما لم يكن لازما له" ، وأما عن المقصود به فقها فقد يأتي على معنى العطية وقد يطلق على الالتزام في الغالب على ما تعارف عليه الناس[٢١]

ومن المحدثين من ذهب إلى تعريف الالتزام بالنظر إلى شخص الملتزم، فعرفه بأنه "الشخص المكلف بمقتضى الشرع بالقيام بعمل أو الامتناع عنه لمصلحة شخص آخر" [٢٢].

رابعًا- العقد الإداري في الاصطلاح الشرعي

لم يعرف الفقه الإسلامي مصطلح العقد الإداري، بل عرف العقد بصفة عامه، وقسمه إلى معنيين أحدهما عام يُنظر فيه إلى المعنى اللغوي باعتبار أن العقد لا يخلو من عهد وتقوية فينصرف معنى العقد بمعناه العام إلى جميع ما يعزم الشخص على فعلة بإرادته المنفردة [٢٣]، أو بإرادة أخرى في مجال العقود[٢٤]، والمعنى الأخير هو المقصود عند إطلاق عموم اللفظ لدى فقهاء الشريعة الإسلامية[٢٥].

وأما المعنى الخاص للعقد فيدور حول معاني الإيجاب والقبول والارتباط المادي أو الحكمي الشرعي[٢٦].

ويرى الباحث أن مفهوم الدفع بعدم التنفيذ في العقد الإداري في الاصطلاح الشرعي لا يوصل إلى المعنى الحقيقي لهذا الدفع، لعدة أسباب لعل أهمها: عدم وجود تعريف للعقد الإداري في الفقه الإسلامي، واختلاط الدفع بعدم التنفيذ بمفاهيم أخرى مثل الحق في الحبس وغيره من المصطلحات.

ثانيا- الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية قانونًا

١- الدفع

ذهب رأي إلى أن المقصود بالدفع " كافة الوسائل التي يمكن للخصم أن يستخدمها في الدفاع أمام خصمة رغبة منه في درء دعوى المدعي ، ويستوى في ذلك أن يكون الدفع عينيًا موجها إلى الدعوى ذاتها أو أي من إجراءاتها ، وسواء كانت في مواجهة أصل الحق أو إنكار ما يتمتع به

(٢١) محمد محمد الحطاب الرعيني أبو عبد الله، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق : عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م، ص ٦٨- ٦٩.

(٢٢) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١، دار القلم، دمشق، سوريا، ٢٠٠٤م، ص: ٤٣٦.

(٢٣) محمد بن إدريس الشافعي، أحكام القرآن للشافعي، تحقيق الشيخ عبد الغني عبد الخالق، ط١، دار إحياء العلوم، بيروت، لبنان، ج٢، ص: ٦٦.

(٢٤) أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، الفروق، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ، ج٤، ص: ١٣.

(٢٥) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ١٩٩٦م، ص: ١٨١.

(٢٦) السيد نشأت الدريني، التراضي في عقود المبادلات المالية، دار الشروق، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ، ص: ٣٨.

الخصم من سلطة على محل النزاع"[٢٧].

وذهب رأي أخر إلى أن الدفع "كافة الوسائل التي يستخدمها المدعي عليه في مواجهة المدعي لتفادي صدور حكم في مواجهته في الدعوى محل النزاع"[٢٨].

٢- الدفع بعدم التنفيذ

ذهب رأي إلى تعريف الدفع بعدم التنفيذ واصفا إياه بالادعاء بمشروعية ما يقوم به المدعي عليه من امتناع عن الوفاء بما وجب عليه من التزام غير حال الأداء بسبب امتناع الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه المقابل أو الإخلال به" [٢٩].

ذهب آخر إلى أن الدفع بعدم التنفيذ لا يقتصر استخدامه على الالتزامات غير الحالة بل أيضا يشمل الالتزامات حالة الأداء مقررة أنه "نظام قانوني يطبق في العقود المتبادلة يمكن لكل طرف من أطرافها الامتناع عن تنفيذ التزاماته كي يقوم الآخر بتنفيذ التزاماته المقابلة أو يقدم عرضا للوفاء بها"[٣٠].

عرفت المادة ٣٣٣ مدني من القانون المدني المصري الدفع بعدم التنفيذ بأنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقه الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".

فالدفع بعدم التنفيذ وفق النص السابق: سلطة جوازية لكل من المتعاقدين يستطيع من خلالها أحدهما أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم الطرف الآخر بالوفاء بالتزاماته المتقابلة.

٣- الالتزام

ذهب رأي إلى تعريف الالتزام بأنه " ارتباط قانوني بين طرفين بمقتضاه يستطيع الدائن أن يلزم المدين بأداء عمل أو الامتناع عن أدائه"[٣١].

وذهب آخر إلى القول إلى قريب من المعنى السابق مقررًا أن الالتزام رابطة توجب على شخصٍ ما قانونا بنقل حقٍّ عينيٍّ، أو أداء عمل أو الامتناع عنه لحساب شخص آخر"[٣٢].

ويرى الباحث أن الدفع بعدم تنفيذ الالتزام في العقود الإدارية هو: سلطة قانونية تخول أحد أطراف العقد الإداري الحق في الامتناع عن الوفاء بالتزاماته العقدية حتى يقوم الطرف الآخر بالوفاء بالتزاماته المتقابلة.

(٢٧) أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مطبعة الوفاء القانونية، القاهرة، مصر، ٢٠١٥م، ص: ١٧
(٢٨) رزق الله أنطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، مطبعة الجديد المفيدة، ١٩٦٥م، ص: ١٩٧.
(٢٩) منصور عبد الله الطوالبة، مرجع سابق، ص: ٥٣.
(٣٠) الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ٢٠١٩م، ج٧، ص: ٣٤٥.
(٣١) حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١٠م، ص:٨.
(٣٢) سليمان مرقص، الوافي في القانون المدني، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٠م، ص:٢١.

ومن خلال التعريف السابق يؤكد الباحث ضرورة أن يكون الدفع بعدم التنفيذ سلطة قانونية حتى يكون موصوفًا بالمشروعية، وهذه السلطة قد يكون مصدرها النص القانوني بمعناه العام (الدستور – القانون – اللائحة)، أو النص الاتفاقي في العقد؛ إذ يجوز لطرفي العقد الاتفاق على السماح لأي منهما أو كل منهما بالامتناع عن تنفيذ التزامه عند إخلال الطرف الآخر بالتزاماته المتقابلة، ويشترط في هذه الحالة الأخيرة ألا يتعارض هذا النص الاتفاقي مع نص قانوني بمعناه العام.

فعلى سبيل المثال إذا وجد نص قانوني يمنع توقف المتعاقد مع جهة الإدارة عن تنفيذ التزامه عند إخلال جهة الإدارة في تنفيذ أي من تعهداتها، فوجود نص اتفاقي في العقد يخالف ذلك يجعل هذا النص مخالفًا للقانون، ومن ثم يبطل هذا الشرط مع بقاء العقد صحيحًا.

ويؤكد الباحث ضرورة منح هذه السلطة القانونية لكل طرف من أطراف العقد الإداري بمعنى أنه يجوز لجهة الإدارة أن تتوقف عن سداد المستخلصات المستحقة للمقاول المتعاقد معها في عقود الأشغال العامة، إذا امتنع عن تنفيذ المشروع دون عذر مقبول، والعكس صحيح.

المطلب الثاني

التمييز بين الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية وغيره من الدفوع

من مستلزمات التعريف القانوني للدفع بعدم التنفيذ التمييز بينه وبين غيره من الدفوع القانونية التي تتشابه معه، وذلك على النحو الآتي:-

الفرع الأول

الدفع بعدم التنفيذ والدفع باستحقاق الفسخ

الفسخ لغة : النقض والإزالة [٣٣]، وفي الاصطلاح : إنهاء للرابطة العقدية وحل لها [٣٤].

وما يثير الخلط بين الدفع بالفسخ والدفع بعدم التنفيذ في العقود بصفة عامة هو التشابه بين كل منهما في السبب الدافع لتقديمه، فكل منهما يستند إلى إخلال الخصم بالتزاماته التعاقدية المقابلة، وكل منهما يهدف إلى توقي صدور حكم في مواجهته في الدعوى الأصلية أو تأجيله أو صدور حكم يحفظ للمتمسك بأي من الدفعين حقه[٣٥].

وإذا كان الفسخ على النحو السابق يمثل إنهاء للرابطة العقدية فهل الدفع بعدم التنفيذ كذلك؟، وهل يهدف المتمسك به التحلل نهائيًا من التزاماته العقدية؟ وفي مجال العقود الإدارية هل يحق

(٣٣) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص : ٤٧٢

(٣٤) أبو محمد عز الدين بن عبد السلام بن عبد العزيز بن عبد السلام الشافعي، العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج٢، ط ١٣٥٣هـ، ص: ٨٢.

(٣٥) منصور عبد الله الطوالبة، مرجع سابق، ص: ٦٢.

لجهة الإدارة أو المتعاقد معها فسخ العقد بالإرادة المنفردة لأي منهما؟ أم أن هذه السلطة متاحه لأحدهما دون الآخر؟، وجميع هذه الأسئلة تمثل إشكاليات حقيقية.

وإجابة عن التساؤلات السابقة يمكن القول وبحق إنه: إذا كان هناك تشابه بين الدفع بعدم التنفيذ والدفع باستحقاق الفسخ، فإنه يمكن التمييز بينهما على النحو الآتي: -

أولًا- من حيث أثر استخدام كل منهما والهدف منه

يعد الفسخ أحد وسائل انقضاء الالتزامات وتنتهي به العلاقات التعاقدية[٣٦]، وبالفسخ يعود الحال إلى ما كان عليه قبل نشوء الالتزامات التعاقدية، أما الدفع بعدم التنفيذ فهو لا يعدو أن يكون عملاً سلبيًّا لا يوقف تنفيذ العقد إلا لفترة محدودة ، ويؤدي التمسك بها إما إلى الفسخ، أو الاستمرار في تنفيذ الالتزامات[٣٧].

ثانيًا- من حيث كيفية التمسك بالدفع في كل منهما :

يحتاج الفسخ كوسيلة من وسائل إنهاء الرابطة العقدية إلى دعوى قضائية ترفع أمام المحكمة ليقرر القاضي مشروعية الفسخ من عدمه، أما الدفع بعدم التنفيذ فأصله امتناع أي أنه عمل سلبي لا يحتاج إلى دعوى قضائية لكي يتمكن الشخص من القيام به ، رغم إمكانية التمسك به أمام القاضي ، ولكنه في الحالة الأخيرة لا يعدو أن يكون تأكيدًا على موقف سابق للمتمسك به ، ومن ثم يقتصر دور القاضي في هذا الشأن على إقرار الامتناع أو منع الاستمرار فيه [٣٨].

وأرى أن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية يتعين أن يتعارض مع الأصل العام السابق الإشارة إليه، فإذا كان الأصل فيه أنه لا يحتاج إلى إقرار من المحكمة، إلا أنه في العقود الإدارية لا بد في جميع الأحوال أن يخضع لرقابة القاضي الإداري، ومن ثم يشترط فيه سواء تم قبل اللجوء إلى القضاء أم أثناء دعوى منظورة أمامه أن يكون مشروعًا لا يتعارض مع القانون بمعناه العام، كما يتعين أن يخضع لرقابة المشروعية والملاءمة [٣٩]من قبل القضاء الإداري.

ثالثًا- الإعذار

لا يحتاج الدفع بعدم التنفيذ إلى إعذار الطرف الآخر، فهو امتناع لامتناع، أما طلب الفسخ فيحتاج في بعض الأحيان إلى إعذار[٤٠].

---

(٣٦) أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، المنشور في القواعد، ج٣، وزارة الأوقاف الكويتية الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ص: ٤٢.

(٣٧) منصور عبد الله الطوالبة، المرجع السابق، ص ٦٣: ٦٤

(٣٨) منصور عبد الله الطوالبة، المرجع السابق، ص ٦٥.

(٣٩) رقابة المشروعية تعنى: التحقق من صحة التصرف القانوني في ضوء القانون بمعناه العام، أما رقابة الملاءمة فتعنى حلول القاضي الإداري محل مصدر القرار أو متخذ الإجراء أو التصرف ليتحقق من مدى ملاءمته للظروف والملابسات التي تم اتخاذه فيه.

(٤٠) ما عدا الفسخ التلقائي والذي يتم بدون إنذار، وهو غالبًا ما يكون بنص مكتوب في العقد يتفق فيه الطرفين على انفساخ العقد

أرى أن الدفع بعدم التنفيذ وإن كان كقاعدة عامة يتم دون إنذار للطرف الآخر، إلا أنه يتعين أن يكون لازمًا في العقود الإدارية، إذا تم قبل اللجوء إلى القضاء الإداري، وذلك لعدة أسباب لعل أهمها:

أ- أن العقد الإداري يرتبط بالمرافق العامة، ومن ثم فإن الامتناع المفاجئ من قبل أي من طرفي العقد، يمكن أن يؤدي إلى توقف المرفق العام، ويهدد المصلحة العامة.

ب- الإنذار قد يدفع الطرف الموجه للدفع بعدم التنفيذ في مواجهته إلى الإسراع أو على الأقل الاتفاق بينه وبين الطرف الآخر على آلية جديدة لتنفيذ التزاماتهم المتقابلة، وهو ما يجنب ساحات القضاء الإداري العديد من القضايا.

ويتضح مما سبق أن أوجه الاختلاف بين الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية والدفع بالحق في الحبس تكمن في الهدف والأثر فيما وراء كل منهما، أما الإنذار فهو أمر لازم – فيما أرى – في العقود الإدارية على التفصيل السابق الإشارة إليه.

الفرع الثاني

الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس

من أكثر المشكلات الفقهية التي يمكن أن تواجه الفقه في مجال الاعتراف بالدفع بعدم التنفيذ في العقود كافة والإدارية بصفة خاصة، هي إيجاد خطوط فاصلة بين هذا الدفع والحق في الحبس، فهل الدفع بعدم التنفيذ يعد من صور الحق في الحبس؟ أم أن لكل منهما مجال يختلف عن الآخر؟

ويمكن تقسيم الاتجاهات الفقهية في التمييز بين المصطلحين إلى اتجاهين : أحدهما يمكن تسميته اتجاه " الاندماج" وفيه يكون كل من المصطلحين جزء من الآخر، وينقسم هذا الاتجاه إلى فريقين أحدهما يرى أن الدفع بعدم التنفيذ يمثل الأصل والحق في الحبس يعد فرعًا عنه[٤١]، والآخر يرى عكس ذلك تماماً[٤٢].

أما الاتجاه الآخر فيمكن تسميته باتجاه " الانفصال"، وهو يرى استقلال كل من المصطلحين عن الآخر[٤٣].

هذا الخلاف والجدل الفقهي حول اندماج المصطلحين أو انفصالهما قد ألقى بظلاله على اتجاه القضاء، إذ ذهبت محكمة النقض المصرية إلى اعتبارهما مصطلحًا واحدًا مؤكدة على أن" المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كانت الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين

وانهاء الرابطة العقدية من تلقاء نفسها دون حاجة إلى أي إجراء آخر إذا أخل أي من طرفي العقد بالتزاماته.

(٤١) جلال العدوي، أصول الأحكام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٦م، ص: ٢١٨.

(٤٢) سمير تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، ١٩٨٩م، ص:١٩٩.

(٤٣) محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، ١٩٨٧م، هامش ٣، ص: ٨٢١.

مستحقه الوفاء ولم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه كان الآخر ألا يوفى بالتزامه فهو امتناع مشروع عن الوفاء بالعقد وهو ما يسمى الحق في الحبس في العقود الملزمة للجانبين"[٤٤].

ذهب رأي إلى أن التمييز بين الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ يرجع إلى الأساس الذي يقوم عليه كل منهما؛ إذ إن أساس الدفع بعدم التنفيذ يرجع إلى فكرة السبب، أما الحق في الحبس فإنه يعود إلى فكرة العدالة[٤٥].

ولقد لقيت هذه الفكرة معارضة شديدة، إذ إن العدالة هي المصدر المثالي الذي تقوم عليه كافة الأنظمة القانونية، وكلا الدفعين يمكن إرجاعهما إلى فكرة العدالة[٤٦]، كما أن الاستناد إلى فكرة السبب ليست صحيحة وعديمة الفائدة .

ويرجع السبب في ذلك إلى أن العقود الملزمة للجانبين لا يجوز أن يكون التزام أحد طرفي العقد سببًا في التزام الطرف الآخر، لأن كلاً منهما ينشأ في الوقت نفسه، ومصدرهما معا العقد، كما أن السبب يتقدم المسبب، وفكرة الارتباط تغني عن فكرة السبب[٤٧]، ويعد ذلك خلطًا بين وجود الالتزام وبين تنفيذه[٤٨].

وأرجع رأي في الفقه الاختلاف بينهما إلى الاختلاف في الخصائص، فالحق في الحبس يقع بقوة القانون خلافًا للدفع بعدم التنفيذ[٤٩]، هذا فضلًا عن كون الحق في الحبس لا يقبل التجزئة[٥٠]، ويقع على عناصر مادية أما الدفع بعدم التنفيذ فيقبل التجزئة ويقع على أشياء غير مادية[٥١].

وأرى أن الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية يتميز عن الحق في الحبس من عدة وجوه أهمها:

أولا- الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية لا يرد إلا في إطار علاقة تعاقدية بين جهة الإدارة والمتعاقد معها، أما الحق في الحبس فقد يرد في بعض الأحيان خارج إطار العلاقة التعاقدية، كما هو الحال في أحقية المودع لديه في حبس الوديعة لحين قيام مالكها بسداد ما أنفقه عليها المودع خارج الإطار التعاقدي.

ثانيًا- الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية يقبل التجزئة إذ يستطيع المتعاقد مع جهة الإدارة

---

(٤٤) يراجع طعن ٣٨٥٩ لسنة ٦٩ ق، جلسة ٢٠٠٠/٥/٤م

(٤٥) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، جامعة الكويت، ١٩٨٢م، ص: ٣٤٨.

(٤٦) عبد الرحمن مصطفى عثمان، نظرية السبب في القانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٨٤م، ص: ٥٧٩.

(٤٧) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، المجلد الأول، فقرة ٢٧٢، ص:٥٩٣.

(٤٨) سيف الدين البلعاوي، الفسخ جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة،١٩٨٢م، ص:٧٠.

(٤٩) سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، بند ٢٣٦، ص: ٤٨٦.

(٥٠)عصام أنور سليم، قاعدة عدم نفاذ التصرف القانوني في القانون المدني، فقره ٥٦٢، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٥م، ص: ٦٨٢.

(٥١) جميل الشرقاوي، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٣م، ص: ١٣٣.

أن يمتنع عن تنفيذ جزء من التزاماته المستقبلية -على سبيل المثال- لحين وفاء جهة الإدارة بالتزاماتها السابقة، وكذلك جهة الإدارة يجوز لها أن تمتنع عن التزاماتها المستقبلية لحين قيام المتعاقد معها بالوفاء بالتزاماته المقابلة، بينما الحق في الحبس غير قابل للتجزئة، إذ من غير الجائز التخلي عن جزء من الشيء المحبوس مقابل الجزء الذي تم الوفاء به.

وإذا كنا قد وضعنا خطًا فاصلاً للتمييز بين الدفع بعدم التنفيذ والدفع بالحق في الحبس على النحو السابق، إلا أن المسالة تدق إذا ما علمنا أن الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية غير معترف به قضائيًا وفقهيًا حتى الآن في المملكة العربية السعودية، ومعترف به على سبيل الاستثناء في بعض الدول كمصر، وكذلك الحق في الحبس في مجال العقود الإدارية.

وترتيبًا على ما سبق أقترح استبعاد فكرة الحق في الحبس نهائيًا من مجال العقود الإدارية لعدة أسباب لعل أهمها خروج العقود الإدارية عن قاعدة التقابل المتساوي في الالتزامات؛ فالمتعاقد مع جهة الإدارة وإن كان مدينًا لها بالقيام بعمل ما، وجهة الإدارة وإن كانت مدينة بالمقابل المالي الذي ستدفعه للمتعاقد، إلا أن هذه العلاقة لا تتم في إطار المساواة في المراكز القانونية، إذ يقف دائمًا المتعاقد مع جهة الإدارة موقف الطرف الضعيف في هذه العلاقة، لذا فإن تطبيق الحق في الحبس في العقود الإدارية يتنافى مع اختلاف المراكز القانونية في العقد الإداري.

كما أقترح أن يأخذ الحق في الحبس في العقود الإدارية ذات المفهوم الخاص بالدفع بعدم التنفيذ، بمعنى أن الحق في الحبس في العقود الإدارية ينبغي أن يفهم في إطار الامتناع عن الوفاء بالالتزام، أي الحق في حبس أداء الالتزام، فإذ كان من حق البائع أن يحبس الشيء المبيع حتى يوفي المشترى الثمن، فمن حقه في العقد الإداري أن يحبس العمل أو الخدمة التي يقوم بها لحساب جهة الإدارة حتى تقوم بالوفاء بالتزاماتها تجاهه، وهنا يتطابق مفهوم الحق في الحبس ومفهوم الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية.

الفرع الثالث

الدفع بعدم التنفيذ والدفع بالمقاصة

المقاصة لغة من مجازاة الفعل بنظيره[٥٢]، وقد يقصد به مقابلة الدين بالدين أي أن الشخص يستطيع ان يقتص من دينه بما له عند صاحبه[٥٣].

ومن التعريف السابق يتضح وجود خلط بين مفهوم الدفع بعدم التنفيذ والمقاصة، ويرجع ذلك إلى التشابه بين الدفعين في الشروط اللازمة لتطبيقهما، ويظهر هذا في شرطين، الأول : وجوب التقابل بين الالتزامات بمعنى أن يكون كل طرف دائنًا ومدينًا في الوقت نفسه للطرف الآخر،

(٥٢) لويس معلوف، المنجد في اللغة، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، لبنان، ط٧، ١٩٣٥م ، ص: ٦٣١
(٥٣) المعجم الوسيط، ج٢، ص٧٤٦ .

والثاني: ألا يترتب على التمسك بأيهما ضرر[٥٤].

يختلف الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية عن الدفع بالمقاصة على النحو الآتي:

أولا- المقاصة تعتبر طريقًا من طرق انقضاء الالتزام[٥٥]، أو إسقاطه[٥٦]، أما الامتناع عن تنفيذ الالتزام فما هو إلا مجرد وقف لتنفيذ الالتزام مرحليا لا أكثر سعيًا لإجبار الطرف الآخر على تنفيذ ما وجب عليه من التزام.

ومن ثم فالتمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام يدعي مشروعية امتناعه، وعدم مشروعية إجباره على التنفيذ قبل الطرف المقابل، وهذا الامتناع لا ينقضي به الالتزام ولا يزول بل تبقى الالتزامات المتقابلة قائمة بين الطرفين.

ثانيًا- المقاصة تعد عملًا إيجابيًا، إذ يقوم المتمسك بها باستيفاء ما له مما عليه أما الدفع بعدم التنفيذ فقد يكون عملًا إيجابيا إذا تم إثارته أمام القاضي، وسلبيًا إذا قام به أحد طرفي العقد من تلقاء نفسه[٥٧].

ثالثًا- المقاصة تكون بين دينين أو بين دين وعين، أو بين الأعيان بعضها من بعض، أما الامتناع (موضوع الدفع) فهو أعم إذ قد يمتنع المتعاقد مع جهة الإدارة عن تنفيذ عمل أو تسليم المبنى المستأجر، أو تقديم خدمة، أو الامتناع عن التنفيذ في الموعد المحدد ...الخ.

رابعًا- التمسك بالدفع بالمقاصة يهدف إلى إبراء كل شخص ذمة الطرف الآخر ، وبحيث يحتفظ كل منهما بما يملكه، أما الدفع بعدم التنفيذ فلا تبرأ به ذمة المتمسك به قبل الطرف الآخر بل تظل الالتزامات المتقابلة قائمة لا تزول ولا تنقض[٥٨].

خامسًا- تنقضي الضمانات التي نشأت بمناسبة الديون محل المقاصة ، ولا يصبح لها أي أثر بعد إجرائها[٥٩]، أما الامتناع عن تنفيذ الالتزام فلا أثر له على الضمانات بين طرفي الالتزام.

سادسًا-المقاصة تعبير عن حق الشخص في اقتضاء حقه بنفسه من المال الذي تحت يده، اما الامتناع عن الوفاء محل الدفع بعدم التنفيذ ، فلا يظهر فيه هذا التعبير ، إذ لا يستطيع الشخص

---

(٥٤) منصور عبد الله الطوالبة، المرجع السابق، ص: ٦٧

(٥٥) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، ابن عابدين (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، رد المحتار على الدر المختار الناشر: دار الفكر-بيروت الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ،، ج٧، ص: ٥٦٤

(٥٦) علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق : محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي،(د. ت)، ج٥، ص: ١٠٤.

(٥٧) منصور عبد الله الطوالبة، المرجع السابق، ص: ٦٩.

(٥٨) منصور عبد الله الطوالبة، المرجع السابق، ص: ٧٠

(٥٩) عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م، ص :١١٧.

أن يستوفي حقه بنفسه من مال الطرف الآخر الذي تحت يده ، وإلا كان معتديًا[٦٠].

المبحث الثاني

الاعتراف الفقهي بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية (العقبات والحلول)

يتناول الباحث في هذا المبحث أهم المشكلات التي تواجه الفقه القانوني الإداري وتحول دون الاعتراف بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية وحلولها المقترحة على النحو الآتي:

المطلب الأول

مشكلات الاعتراف الفقهي بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية

يواجه الاعتراف الفقهي بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية مشكلات عدة أهمها: موقف الفقه الإداري المنكر لجواز الاعتراف به، وتحديد الأحكام المتعلقة بهذا الدفع من حيث طبيعته وشروط التمسك به وآلية إثارته من ناحية، والتأصيل الشرعي الإسلامي والقانوني لهذا الدفع من ناحية أخرى.

الفرع الأول

موقف الفقه الإداري ومشكلات تحديد أحكام الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية

أولًا- موقف الفقه الإداري

يكاد أن يكون هناك إجماع في الفقه الإداري المصري على عدم الاعتراف بالدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية، مستندين إلى حجة مفادها: أن الدفع بعدم التنفيذ يعرض نشاط المرفق العام للخطر ويتعارض مع مبدأ المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، فالمتعاقد مع الإدارة ملتزم بتنفيذ الالتزام وإن أخلت جهة الإدارة بالتزاماتها المتقابلة، إذ واجب المتعاقد تسهيل أداء المرفق العام لمهامه وليس عرقلتها[٦١].

ويبرر بعض آخر[٦٢] عدم جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ استنادًا إلى الطبيعة الخاصة للعقد الإداري التي تجعل جهة الإدارة في مركز قانوني أعلى من المتعاقد معها وتمكنها من وضع شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص وتوقيع جزاءات على المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته دون حاجة للجوء إلى القضاء.

---

(٦٠) منصور عبد الله الطوالبة، المرجع السابق، ص ٧٠.

(٦١) جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٤م، ص:٣٠٥ وما بعدها.

(٦٢) أنور أحمد رسلان، مبادي القانون الإداري، مطبعة جامعة القاهرة، الكتاب الجامعي، القاهرة، مصر، ١٩٩٥م، ص:٢٧، محمد باهي أبو يونس، أحكام القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٦م، ص:٢٨٧.

ولا تتوقف سلطة الإدارة عند هذا الحد بل تمتد سلطتها إلى إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، وهذه الطبيعة الخاصة تتعارض بلا شك مع منح المتعاقد مع جهة الإدارة الحق في الدفع بعدم التنفيذ؛ إذ مناط الاعتراف به يقوم على مبدأ المساواة في الحقوق والمراكز القانونية، وهذا المبدأ لا وجود له في العقود الإدارية.

لم يرصد الباحث – فيما يعلم – موقفًا فقهيًا مؤيدًا للدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، ومن ثم فهو يشاطر الفقه الغالب لنظيره المصري، إلا أن مشكلة عدم الاعتراف بهذا الدفع لا ترجع – بحسب الأصل– إلى الطبيعة الخاصة للعقد الإداري، أو المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد فحسب؛ بل إنها تتسم بتشابكات وتجاذبات متعددة.

ومن بين أهم هذه التشابكات: ضرورة الربط بين مفهوم هذا المصطلح القانوني ومقتضيات الشريعة الإسلامية التي تمثل القاعدة الأعلى والحاكمة على جميع القواعد القانونية في المملكة[٦٣]؛ ومن ثم فالاعتراف الفقهي القانوني الإداري في المملكة يتعين أن يتم من خلال اعتراف الشريعة الإسلامية بهذا الدفع ومشروعيته.

وعلى الرغم من أن الفقه الإسلامي لم يعرف هذا المصطلح بمفهومه القانوني الحالي؛ إلا أن التطبيق العملي يثبت أن الأخير استخدم عددًا من المصطلحات القريبة منه مثل :الحق في الحبس[٦٤]، والامتناع عن التسليم[٦٥]، والمنع من الانتفاع[٦٦]، وسقوط نفقه الناشز[٦٧].

وهنا تثار العديد من التساؤلات منها: هل يعد هذا الدفع مخالفًا للشرع لعدم تناوله من جانب الفقه الإسلامي؟ وهل يعد مشروعًا في مجال العقود الإدارية، وما قول الفقه القانوني الإداري في هذا الشأن؟[٦٨].

ثانيًا- مشكلات تحديد أحكام الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية

لم تقتصر المشكلات التي يواجهها مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية على موقف الفقه القانوني الإداري نفسه؛ بل يواجه العديد من العقبات الأخرى المتعلقة بتحديد أحكامه.

وأقصد بأحكام الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية: طبيعة هذا الدفع؛ إذ يواجه الفقه الشرعي الإسلامي والقانوني الإداري في هذا المجال العديد من التساؤلات التي تحتاج إلى إجابة شافية منها: هل هذا الدفع دفع شكلي يتعلق بالاختصاص وإجراءات التقاضي أم موضوعي يتعلق

(٦٣) وهذا ما أكدت عليه نص المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم في المملكة الصادر بالمرسوم (أ/٩٠) وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ.

(٦٤) القرطبي، البيان والتحصيل، مرجع سابق، ج٨، ص ٤٩٨.

(٦٥) بن قدامه، المغني، مرجع سابق، ص ٢٤ .

(٦٦) النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ص ٤٥٢.

(٦٧) أبو عبد الله محمد بن أحمد شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ص ١٧٤.

(٦٨) الإجابة عن هذه التساؤلات يعرض لها الباحث في الجزء المخصص للحلول المقترحة للمشكلات الفقهية .

بذات الحق – موضوع الدعوى– من حيث أصل قيامه ووجوده أو زواله، أم دفع بعدم القبول يوجه إلى الدعوى نفسها باعتبارها وسيلة لحماية الحق، وما هو نوع هذا الدفع؟

كما تشمل هذه الأحكام: شروط التمسك به، وآلية إثارته، وهل يتم إثارته بصدد دعوى منظورة أمام القضاء أم خارجه؟

وقبل الإجابة عن التساؤلات السابقة يتعين التنبيه على أن تحديد الأحكام المتعلقة بهذا الدفع– في مجال العقود الإدارية – يمثل أهمية كبيرة في إطار وجود اختلاف في تناولها بين الفقه الإسلامي والقانوني على النحو الآتي:

١- طبيعة الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الإسلامي

عرف الفقه الإسلامي نوعين من الدفوع: دفع الخصومة والدفع الموضوعي على النحو الآتي: –

(أ) دفع الخصومة: يوجه هذا الدفع إلى الخصومة ذاتها ، ولا يتعرض المتمسك به إلى موضوع الدعوى[٦٩] .

(ب) الدفع الموضوعي: ويقصد به إبطال دعوى المدعى، وهو عكس دفع الخصومة إذ يوجه إلى موضوع الدعوى، ويهدف فيه المستمسك به إما إلى رد الدعوى نهائيا ، بحيث لا يمكن إعادة النزاع عن ذات الموضوع مرة أخرى ، أو ردها مؤقتا فيجوز إعادة النزاع بعد زوال سبب الرد[٧٠].

٢- طبيعة الدفع بعدم التنفيذ قانونًا :

انقسم الفقه القانوني في مجال تحديد طبيعة هذا الدفع – في نظر الباحث – إلى اتجاهات ثلاثة على النحو الآتي:

الاتجاه الأول- الدفع بعدم التنفيذ دفع موضوعي

يرى أنصار هذا الاتجاه أن ما يطلبه المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ من دفعه عدم إصدار حكم عليه بناء على عدم إلتزامه، والإقرار بمشروعية امتناعه عن تنفيذ الالتزام موضوع الدعوى، ومن ثم فهو دفع موجه لموضوع الخصومة لا للخصومة ذاتها[٧١].

وهذا الاتجاه مردود عليه بأن المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ لا ينكر حق الطرف الآخر الذي

---

(٦٩) منصور عبد الله الطوالبة، المرجع السابق، ص: ١٦.

(٧٠) الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج٢، ص: ٣٩٧، ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج١، ص: ١٠٩، ابن نجيم، البحر الرائق مطبوع مع حاشية منحه الخالق ن مرجع سابق، ج٧، ص : ٢٩٢، على قراعه، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، مكتبة مصر لطباعة الأوفست، القاهرة، مصر، ١٩٢١م.، ص: ٥٤، زياد صبحي ذياب، الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون، المرجع السابق، ص ٥.

(٧١) صلاح الدين الناهي، الامتناع المشروع عن الوفاء، مطبعة السلام، ١٩٤٥م ، ص: ١٧٠، بند ١٧٧، عبد الحميد الشواربي، الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٠م، ص: ٩١٣، رزق الله أنطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، ص ١٩٧، محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفائس للنشر والتوزيع، ٢٠٠٠م، ص: ٥٨٩ وما بعدها.

يطالب به بل مطالبته بتنفيذ التزامه المقابل، ومن ثم فهو يقر بأصل هذا الحق، ولا يدعي زواله ولا انتهاءه، الأمر الذي لا يعد معه الدفع في هذه الحالة دفعًا موضوعيًا[٧٢].

الاتجاه الثاني- الدفع بعدم التنفيذ دفع بعدم القبول

يرى أنصار هذا الاتجاه أن المتمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام يدعي بأن ما يطالب به المدعي غير مشروع؛ ، إذ إن مشروعية ادعاءاته تتوقف على تنفيذ ما عليه من التزام، أو استعداده لتنفيذه على الأقل، وهو بذلك دفع معلق على شرط توقيفي[٧٣] موجه إلى الخصومة (الدعوى) ذاتها باعتبارها وسيلة من وسائل حماية الحق مثل الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، فهو دفع لا يتعلق إلا بالدعوى، ولا علاقة له بالإجراءات (الدفع الشكلي)، ولا بأصل الحق (الدفع الموضوعي) .

الاتجاه الثالث- أن الدفع بعدم تنفيذ الالتزام دفع تأجيلي

ذهب راي في الفقه القانوني إلى القول بأن المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ يطلب من القاضي الإقرار بعدم مشروعية إجباره على تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الآخر بالوفاء بما عليه من التزامات ، ومن ثم فهذا الدفع يعد من قبيل الدفوع المتعلقة بتأجيل تنفيذ الالتزام، أي أنه دفع تأجيلي[٧٤].

٣- شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

الإشكالية الحقيقية في وضع شروط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مجال العقود الإدارية تتثمل بصفة رئيسة في كونها واردة في إطار الفقه والقواعد التشريعية المنضوية تحت لواء القانون المدني، ومن ثم يواجه فقه القانون الإداري – في حال اعترافه به – إشكالية حقيقية في التسليم بهذه الشروط من عدمه.

وحيث إننا في معرض الحديث عن العقبات، أعرض في عجالة لهذه الشروط مبينًا جوهر الإشكالية الفقهية في الاعتراف بها على النحو الآتي:

(أ) شروط الاعتراف بالدفع بعدم التنفيذ في العقود المدنية :

- أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين[٧٥]

ويقصد بهذا الشرط أن ينشئ مجموعة من الالتزامات المتبادلة بين الطرفين كعقود البيع في القانون المدني، وكعقد الأشغال العامة في القانون الإداري.

(٧٢) محمد لبيب شنب، كيفية استعمال الحق في الحبس، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس، السنة العاشرة، يوليو ١٩٦٨م، العدد الثاني، ص ٤٤٨.

(٧٣) محمد العشماوي، قواعد المرافعات في القانونين الأهلي والمختلط، ج٢، ط ١٩٢٧م، ص: ٢٠٥.

(٧٤) محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص: ٤٤٩

(٧٥) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ١٠١١

- أن تكون الالتزامات الناشئة عن هذا العقد مستحقة الأداء:

ويقصد بهذا الشرط أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم التنفيذ به حال الآداء واجب التنفيذ فإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل الآخر، فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولا أن يتمسك بهذا الدفع[٧٦]، وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري" إذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ تنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق له أن ينتفع من هذا الدفع "[٧٧].

- وجوب مراعاة حسن النية عند التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:

حسن النية في العقود هو : قصد الالتزام بالقانون المصاحب لسلطة الشخص، ويستخلصه القاضي من طبيعة العقد وآثاره القانونية باعتباره من مسائل الواقع[٧٨].

(ب) جوهر الإشكالية الفقهية

الشروط السابقة وضعت لتحكم علاقات قانونية تقوم على أساس المساواة التامة في المراكز القانونية بين أطراف العلاقة التعاقدية، في حين أن العلاقات التي تحكمها العقود الإدارية تقوم على عكس ذلك تمامًا، إذ تكون جهة الإدارة في مركز قانوني أعلى من المتعاقد معها.

وترتيبًا على ما سبق فإن فكرة اقتباس هذه الشروط ونقلها من مجال علاقات تحكمها المصالح الخاصة والمساواة بين المراكز القانونية إلى علاقات تعتمد بالأساس على تحقيق المصالح العامة ، والاختلال الواضح والصريح بين المراكز القانونية ، تعد إشكالية حقيقية يتعين البحث عن حلول فقهية لها .[٧٩]

٤- آلية إثارة الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية

إثارة الدفع بعدم التنفيذ بصفة عامة تثير مشكلات عديدة في مجال الآلية القانونية للتمسك به منها: هل يتم التمسك به خارج إطار القضاء، أم يلزم لإقراره أن يتم بمناسبة دعوى قضائية مرفوعة في مواجهة المتمسك به، أم يرفع المتمسك به دعوى قضائية لإقراره؟

ذهب رأي إلى أن الدفع بعدم التنفيذ في العقود المدنية لا يلزم بحسب الأصل رفع دعوى لتقريره أو إقراره؛ بل يجوز التمسك به خارج إطار القضاء، أو بمناسبة دعوى قضائية، ولا يوجد ما يمنع في الوقت ذاته من رفع دعوى مبتدأة لإقراره[٨٠].

وإذا كان الدفع بعدم التنفيذ يمكن إثارته في العقود المدنية في جميع الأحوال، فما هو الحال

(٧٦) طعن ٣٨٥٩ لسنة ٦٩ ق، محكمه النقض المصرية، جلسة ٢٠٠٠/٥/٤م

(٧٧) صلاح الدين الناهي، الامتناع المشروع عن الوفاء، مرجع سابق، ص: ١٥٧

(٧٨) إكرامي خطاب، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع ٣، ٢٠١٨م، ص: ٢١٩ وما بعدها.

(٧٩) يجيب الباحث عن التساؤلات السابقة في المطلب المخصص للحلول المقترحة.

(٨٠) حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ص - ٥٤١.

في مجال العقود الإدارية، هل يجوز لأي طرف من أطراف العقد الإداري أن يتمسك به من تلقاء نفسه؟ أم يجوز التمسك به أثناء نظر الدعوى التي يطالب فيها أحد المتعاقدين الطرف الآخر بالوفاء بالتزامه فيدفع الأخير بهذا الدفع؟ وهل يجوز لأي من طرفي العقد التمسك به في نفس الوقت؟

التساؤلات السابقة تمثل مشكلات فقهية يتعين على الفقه إيجاد حلول وضوابط قانونية لها بما يتفق مع الواقع العملي، والطبيعة الخاصة للعقد الإداري.

وينبغي هنا أن نشير وبحق إلى تسجيل موقف الفقه القانوني الإداري السعودي الذي لم يتناول هذا الدفع في مجال العقود الإدارية كما لم يعرض نتيجة لذلك لمشكلات تطبيقه في الواقع العملي -للأسباب السابق ذكرها - بخلاف نظيره المصري الذي حاول جاهدًا عرض ما يواجه هذا الدفع من مشكلات فقهية في تعريفه، أو الاعتراف به، أو التأصيل الشرعي له، أو التمييز بينه وبين غيره من المصطلحات، وتحديد طبيعته القانونية.

ولعل السبب الحقيقي وراء هذا الموقف من الفقه القانوني الإداري السعودي – في نظر الباحث - يعود إلى الحظر القانوني لهذا الدفع[٨١]، وانعدام وجود تطبيق صريح للمصطلح؛ إذ تناوله الفقه الإسلامي بمسميات أخرى، بخلاف الموقف الفقهي القانوني المصري الذي لديه نصوص قانونية تعترف به – وإن كانت في مجال العقود المدنية - وهو الأمر الذي أدى بلا شك إلى تناوله من قبل الأقلام الفقهية شرحًا وتحليلاً.

الفرع الثاني

التأصيل الشرعي والقانوني للدفع بعدم تنفيذ الالتزام في العقود الإدارية

أقصد بالتأصيل الشرعي: أساس الالتزام بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الإسلامي في مجال العقود الإدارية، ويمثل هذا التأصيل عقبة مشتركة أمام الفقه القانوني الإداري المصري والسعودي، إذ إن النظام الدستوري المصري يجعل من مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرًا رئيسًا للتشريع[٨٢]، والنظام الدستوري السعودي يأخذ بمبدأ حاكمية الشريعة الإسلامية على جميع الأنظمة فيها.

ومن ثم فالفقه القانوني الإداري المصري مدعو بشكل رئيس للبحث عن أساس قانوني للدفع بعدم التنفيذ في الشريعة الإسلامية في مجال العقود الإدارية، لتجنب الدفع بعدم دستورية أي من

(٨١) ورد هذا الحظر صراح بنص الفقرة (٢) من م/ ٩٨ من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الصادر بقرار وزير المالية رقم ١٤٤٢، وتاريخ ١٤٤١/٣/٢١هـ على أنه (٢- لا يجوز للمتعاقد التخلي عن تنفيذ التزاماته استنادًا إلى إخلال الجهة الحكومية بتنفيذ التزاماتها)

(٨٢) نص المادة الثانية من الدستور المصري الحالي ٢٠١٤م، المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية.

النصوص القانونية في المستقبل والتي قد تمنح أطراف العقد الإداري مرونة تسمح لهم صراحة بالنص في العقد على جواز التمسك بهذا الدفع.

وكذلك الفقه القانوني الإداري السعودي عليه أن يبحث في الأساس الشرعي الإسلامي لهذا المبدأ في مجال العقود الإدارية؛ ليبرر مشروعيته حتى لا يحدث التصادم بينها وبين النظام الأساسي للحكم وخصوصًا إذا ما علمنا انعدام وجود آلية دستورية قانونية للحكم بعدم دستورية النصوص القانونية في المملكة[٨٣].

وأهمية هذا التأصيل تعود إلى عدم اهتمام الفقه الإسلامي بفكرة السبب في الالتزامات التعاقدية[٨٤]، إذ تقوم الالتزامات التعاقدية في الفقه الإسلامي على فكرة التكافؤ في المراكز والاستواء في المعاملات؛ فالتكافؤ هو الذي يهيمن على هذه الالتزامات، ومن ثم يتعين على الفقه الإسلامي المعاصر البحث في التأصيل الشرعي لهذا الدفع في مجال العقود الإدارية وصولًا إلى الاعتراف به أو إنكاره.

ولقد حاول البعض إيجاد تأصيل شرعي لهذا الدفع قائلاً إن أساس الدفع بعدم التنفيذ القصاص والتكافؤ في الحقوق والالتزامات[٨٥]، مستندًا إلى قول الله تعالى (وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّابِرِينَ)[٨٦]، ومن السنة قوله (ص) لرجل أصيب في ثمار ابتاعها " خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك"[٨٧].

أما التأصيل القانوني لهذا الدفع فإنه يقوم على أساسين: الأول تاريخي النشأة يعتمد على مبدأ "لا يرعي عهد من لا عهد له non seervanti fidem non est fides servanda"، أو مبدأ " لا يستفيد أحد من عمله الخاطئ"[٨٨].

والأساس الآخر: يعتمد على كون هذا المبدأ دفعًا جزائيًا مستقلاً مشتقًا من الدفع بالتدليس، ومن يثيره يضع عقبة في طريق دعوى التنفيذ في مواجهة من لا يقوم بتنفيذ أدائه الخاص، وقد عُمِمَ هذا المبدأ بعد ذلك في جميع العقود الملزمة للطرفين، بحيث لا يجبر المتعاقد على الوفاء

(٨٣) يمكن للقاضي الإداري في المملكة – في رأي الباحث - أن يستخدم وسيلة رقابة الامتناع في عدم تطبيق النص الذي يرى مخالفته للشريعة الإسلامية، ولكن تظل هذه الوسيلة خفية وغير فعالة، إذ يمكن أن يعترض على حكم القاضي في هذه الحالة بمخالفته لتطبيق نص قانوني واجب التطبيق على النزاع المعروض أمامه.

(٨٤) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي، دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ،، ج٣، ص:٣، د. صلاح الدين الناهي، الامتناع المشروع عن الوفاء، مرجع سابق، ص: ٣٨٣-٣٨٤

(٨٥)محمد حسن عبد الرحمن، أحكام الدفع بعدم التنفيذ على ضوء قضاء محكمة النقض، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط، جامعة الأزهر، ع ٩، ١٩٩٧م ، ص: ٤٨.

(٨٦) سورة النحل الآية (١٢٦)

(٨٧) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، ج٥، ط١، دار الحديث، القاهرة، مصر ، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، ص: ٢٤١.

(٨٨) تم استخدام هذا المصطلح بواسطة رجال القانون الكنسي والشراح على المتون، محمد حسن عبد الرحمن، مرجع سابق، ص: ٤٨.

بالتزامه إلا إذا نفذ المتعاقد الآخر التزامه المقابل[٨٩].

وتبنى المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أساسًا آخر لهذا الدفع متمثلا في "مبدأ الحق في الحبس" المعروف في العقود التبادلية، وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية " فلكل من المتعاقدين إزاء ذلك أن يحبس ما يجب أن يوفي به حتى يؤدي إليه ما هو مستحق له، وهو باعتصامه بهذا الحق أو الدفع إنما يوقف أحكام العقد لا أكثر، فالعقد لا يفسخ في هذه الصورة ولا تنقضي الالتزامات الناشئة عنه على وجه الإطلاق، بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذه وهذا هو الفارق الجوهري بين الفسخ والدفع بعد تنفيذ العقد[٩٠].

وإذا كانت الإشكالية السابقة تعبر عن صعوبة شديدة في تأصيل الدفع بعدم التنفيذ في العقود بصفة عامة شرعًا وقانونًا، وهو ما يلقي بصعوبة بالغة على الفقه القانوني بصفة عامة، إلا أن هذه الصعوبة ستزداد حتمًا إذا تعلق الأمر بالعقد الإداري، لأن الأخير يقوم أساسًا على انعدام التكافؤ والمساواة في المراكز القانونية بين طرفي العقد؛ الإدارة باعتبارها الطرف الأقوى من جهة، والمتعاقد معها باعتباره الطرف الأضعف من جهة أخرى.

المطلب الثاني

الحلول الفقهية المقترحة لتفعيل الاعتراف بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية

أقترح على الفقه القانوني الإداري عددًا من الحلول للمشكلات التي يثيرها الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، وأدعوه للتحول نحو الاعتراف بهذا الدفع استنادا إلى الحلول والمبررات الآتية:-

الفرع الأول

الاعتراف الفقهي بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في العقود الإدارية ضرورة واقعية

حلًا لمشكلة الاعتراف الفقهي بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في العقود الإدارية أرى أن العبرة بالجانب الواقعي العملي؛ فعدم تطبيق هذا الدفع بمعناه الحالي لا يعنى البتة عدم مشروعيته، فالعبرة بتطبيق مضمون هذا المصطلح – وإن كان بمسميات مختلفة – وهذا ما يدفع إلى القول بمشروعيته، ولم قول في الفقه لأحد بعدم مشروعية قيام أحد طرفي العقد بالامتناع عن تنفيذ التزامه عند إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزامه المقابل؛ بل طبق الفقه الإسلامي هذه القاعدة في مواطن عديدة، لذا لا تعارض بين مشروعية هذه الوسيلة القضائية، وبين عدم استخدام الفقه الإسلامي لهذا المصطلح.

---

(٨٩) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج١، ص: ١٠٠٧، عبد الحكم فودة، انهاء القوة الملزمة للعقد دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض للمستشار عبد الحكم فودة، المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ١٩٩٣م، ص: ٧١، وما بعدها.

(٩٠) الأعمال التحضيرية، للقانون المدني المصري، ج٢، مطبعة دار الكتاب الجامعي، ص: ٣٣٣.

وإذا كان هذا الدفع كقاعدة عامة تم تطبيقه في الواقع القضائي الإسلامي- وفق ما اتخذه الباحث تدليلًا على القول بمشروعيته- إلا أن المسألة تدق عند طرحه فقهيًا في مجال العقود الإدارية.

وأرى أن عدم تصدي الفقه الإداري السعودي لمسألة الدفع بعدم التنفيذ في مجال العقود الإدارية؛ يرجع إلى وجود بعض النصوص المانعة من هذا الدفع، ومبادئ قضائية تؤصل لفكرة المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وغيرها من الدوافع التي تؤكد على ذاتية وخصوصية العقد الإداري.

وهذا الاعتصام خلف حصون وأسوار المحافظة على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، لا يقوم - فيما أرى - مانعًا منطقيًا من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ على الأقل في الحالات التي لا تتعلق بتسيير المرافق العامة؛ فامتناع المتعاقد عن البدء في تنفيذ المشروع استنادًا إلى امتناع جهة الإدارة عن تمكينه من استلام الموقع، لا يتعلق بالمرفق العام، ومن ثم لا ضير من امتناع المتعاقد في هذه الحالة عن تنفيذ التزامه المقابل لالتزام جهة الإدارة.

ولا أجد كذلك تعارضًا بين عدم تصدى الفقه لهذه المسألة والاعتراف به وفق ضوابط لعدة أسباب منها:

أولًا- لا يوجد شرعًا ما يمنع من تطبيقه، بل إن قواعد العدالة تفرضه في العديد من الحالات.

ثانيًا- النصوص القانونية المانعة من التمسك بهذا الدفع تشهد تحولا حثيثا نحو التخفيف من حدة هذا الحظر.

وهذا التحول يمكن استنباطه من نص م/ ١٠٩ من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودية؛ إذ قررت أنه " تصرف مستحقات المتعاقدين على دفعات طبقاً لما يتم إنجازه من أعمال، وبعد حسم ما يتحقق على المتعاقد من غرامات أو حسومات أخرى"

ومما لا شك فيه أن إلزام جهة الإدارة بصرف مستحقات المتعاقدين معها وفقا للنص السابق وربطه بما يتم إنجازه من قبل المتعاقد معها يمثل خطوة مهمة في القضاء على السبب الرئيس لتوقف المتعاقد عن الوفاء بالتزامه ومن ثم امتناعه عن التنفيذ؛ إذ إن التزام جهة الإدارة هنا بالوفاء لما قام المتعاقد بإنجازه يعد إلتزامًا قانوني، ومن ثم يعد امتناع المتعاقد عن الوفاء بالتزامه في حال امتناع جهة الإدارة عن الوفاء بقيمة ما تم إنجازه عملا مشروعًا قانونًا.

وكذلك ما ورد بنص ١١٣ من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الحالي إذ سمحت للمتعاقد بطلب تعديل الأسعار في حال وجود زيادة طارئة على الأسعار مقررة أنه " .... يتم تعديل أسعار العقد في الحالات المحددة بموجب المادة (الثامنة والستين) من

النظام بالزيادة أو النقص".

ولا ينحصر هذا التحول الحثيث في موقف المنظم السعودي، بل نجد المشرع المصري أيضًا يقر بضرورة تطبيق قواعد الشفافية والمساواة وتكافؤ الفرص في العلاقة بين الجهة الإدارية والمتعاقدين معها، وهو ما يؤكد مشروعية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ من قبل المتعاقد مع جهة الإدارة تطبيقًا لهذه القواعد.

وهذا ما أكدت عليه نص الفقرة (٣)، (٥) من م/ ٢ من القانون رقم ١٢٨ لسنة ٢٠١٨م بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة؛ حيث قررت أنه "يهدف تطبيق أحكام هذا القانون إلى ....٣- تطبيق معايير العلانية والشفافية والنزاهة وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص وتجنب تعارض المصالح ....٥- توفير معاملة عادلة للمتعاملين من مجتمع الأعمال مع الجهات الإدارية، وفي ذات الوقت منع ممارسات التواطؤ والاحتيال والفساد والاحتكار".

ثالثًا- الأحكام القضائية في كل من مصر والسعودية عدلت من موقفها المتشدد في المنع من تطبيق هذا المبدأ وتحولت إلى الاعتراف به في حالات وبضوابط معينة.

ويمكن استجلاء هذا الاعتراف في أحد أحكام ديوان المظالم الذي أقر حق المتعاقد في الامتناع عن التنفيذ نتيجة إخلال جهة الإدارة بالتزامها اخلالا واضحا، مقررا أن " امتناع (المدعية المتعاقدة مع جهة الإدارة) عن الوفاء بالتزامها بسداد نصيب المدعي عليها (جهة الإدارة) يمثل إخلالًا بينا وتقصيرًا واضحًا، وهو إخلال ليس له ما يبرره، على اعتبار أن المدعية حصلت على مستحقاتها ابتداء من المواطنين، وكان عليها تسديد نصيب المدعي عليها من ذلك ...."[٩١].

ويمكن التأكيد بكل وضوح على عدم جدوى التمسك الفقهي بمبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية من خلال رصد موقف القضاء الإداري المصري – في عدد غير قليل من الأحكام ومنذ أمد بعيد وحتى الآن – الذي يؤكد على جواز التمسك بهذا الدفع صراحة في الأحوال الآتية:

١- التمسك بالدفع بعدم التنفيذ باتفاق طرفي العقد تطبيقًا لمبدأ سلطان الإرادة

وهذا ما أكدت عليه أيضا المحكمة الإدارية العليا المصرية إذ ذهبت إلى أن " الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجا على 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

(٩١) قضية رقم ٥/١٤٧٧ق لعام ١٤٣٧هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٩هـ، جلسة ١٤٣٩/٤/٨هـ، ص ٤٩٦: ص ٥٠٨.

قبلها "[٩٢].

وكذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم آخر لها صادر بتاريخ ٢٠٠٥/٠٣/١٥ بأحقية المتعاقد في إضافة مدة التأخير في صرف المستخلصات إلى مدة تنفيذ العملية، استنادا للشروط التي أوردها المتعاقد في عطائه، وجاء في حكمها: "...إذ الثابت من مطالعة شروط المطعون ضده التي أرفقها بعطائه أنه اشترط على الإدارة في البند الحادي عشر منها أنه في حالة تأخر صرف الدفعات عن خمسة عشر يومًا من تاريخ تقديمها للمراجعة يضاف التأخير لمدة العملية، وقد خلت الأوراق من دليل على تنازله عن هذا الشرط، والثابت أن المطعون ضده قدم الدفعة الثانية من مستحقاته بالحسابات بتاريخ ١٩٨٨/٠٣/٢١ ،ومع ذلك لم تصرف إلا بتاريخ ١٩٨٨/١٢/٠٣ لعدم توافر الاعتمادات المالية، أي أن الجهة الإدارية تأخرت في صرفها ٢٥٢ يوما يخصم منها خمسة عشر يوما المقررة للمراجعة، ومن ثم مدة التأخير ٢٣٧ يوما يتعين لإضافتها لمدة العملية طبقا لما اتفق علبه الطرفان، عملا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين"[٩٣].

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم آخر صادر في ٢٠٠٨/٠٣/١١ بصحة بعض الشروط، وخلصت فيه إلى أنه متى تضمن العقد تحديدا لمقدار غرامة التأخير التي يتفق عليها الطرفان يتحملها المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بالتزاماته قبلها، فإن مقدار الغرامة حسبما نص عليها العقد يكون هو الواجب التطبيق دون النص اللائحي؛ لأنه نص خاص والخاص يقيد العام[٩٤].

وقد أكدت هذا الاتجاه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع المصرية حيث أقرت "بصحة الاتفاق على إضافة مدة التأخير في صرف المستخلصات إلى مدة التنفيذ [٩٥]؛ بل وذهبت إلى ما هو أبعد من ذلك؛ إذ أجازت الاتفاق في العقود الإدارية على استحقاق المتعاقد لفوائد تأخيرية نظير تأخر الجهة الإدارية في تنفيذ التزامها بأداء مقابل الأعمال التي قام بتنفيذها، وأنه ليس في ذلك ما يخالف النظام العام، إذ إن قواعد العدالة ومقتضيات حسن النية التي تظل العقود جميعا تتأبى أن تتمسك الجهة الإدارية بتنفيذ الأعمال موضوع العقد وتتراخى في تنفيذ التزامها بأداء مقابل هذه الأعمال دون الإقرار بحق المتعاقد معها في التعويض عن التأخير في صرف هذا المقابل في المواعيد المتفق عليها"[٩٦].

(٩٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٧٦ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٧١/١٢/١٨م – محمد ماهر أبو العنين، العقود الإدارية، الكتاب الثاني – ص ٥١

(٩٣) المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٨٧٠ لسنة ٤٦ ق، الدائرة الثالثة، جلسة ٢٠٠٥/٠٣/١٥م.

(٩٤) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣١٤٠ لسنة ٥١ ق، جلسة ٢٠٠٨/٠٣/١١ .

(٩٥) الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٥٣٢ في ١٩٩٣/٠٧/٠٤ ،جلسة ١٩٩٣/٠٥/١٦ ،ملف رقم ٣(،٥٠/٢/٧٨ رقم ملف، ٢٠/١٠/٢٠٠٠ في ٥٩٣ رقم الفتوى؛٣٦٤ص، ٤٧ السنة الفني المكتب مجموعة، ٢٠٦/٢/٢٩٥،٧/١/٥٤ رقم ملف، ٠٥/٠٩/٢٠٠١ جلسة، ١٦/٠١/٢٠٠٢ في ٤٣ رقم الفتوى؛٤٤ص، ٥٤ السنة، السابقة المجموعة مجموعة المكتب الفني، السنة ٥٥ .

(٩٦) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ١٨١ في ٢٠٠٣/٠٣/٢٢ ،جلسة ٢٠٠٣/٠١/٠٨ ،ملف رقم ٤(٥٤/١/٣٩٥ ،مجموعة المكتب الفني السنة ٥٧ ،ص١٤٤؛ الفتوى رقم ٥٩٣ في ٢٠٠٠/١٠/٢٠ ،وقد أقرت فيها صراحة أن هذا الشرط لا يتضمن مخالفة للقانون، ولا يعد تحفظا يؤدي بذاته لاستبعاد العطاء.

٢- جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا اتجهت نية المتعاقدين (الإدارة والمتعاقد معها) إلى تنفيذ التزاماتهما في وقت واحد

ولقد أكدت محكمة القضاء الإداري في حكم قديم لها صادر في ٢٩ مارس ١٩٧٠ م، هذه الحالة مقررة "أنه في حالة التزام المتعاقد بتسليم الأصناف المتعاقد عليها في محله، والتزام جهة الإدارة بدفع الثمن عند الاستلام، فإن كلا الالتزامين يكون واجب التنفيذ حالاً في وقت واحد، فإذا تخلت الجهة الإدارية عن تنفيذ التزامها، حق للمتعاقد الامتناع عن تنفيذ التزامه، وبذلك لا يعتبر مقصرًا في تنفيذ التزامه بما يسوغ لجهة الإدارة تنفيذ العقد على حسابه[٩٧].

٣- حالة استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته بسبب تقصير الإدارة في تنفيذ التزاماتها

من بين الأحكام التي أكدت على حق المتعاقد في الدفع بعدم التنفيذ وفق هذه الحالة ما صدر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٠٠٠/٠٣/١٤ م، مقررة " أنه وفقًا لما استقرت عليه أحكام هذه المحكمة من أنه لا يسوغ في العقود الإدارية أن يمتنع المقاول عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية قبل المرفق العام بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى إخلال الإدارة بأحد التزاماتها التعاقدية قبله، ويتعين عليه أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب الإدارة بالتعويض إن كان له محل، فإنه ولئن كان هذا هو الأصل العام الذي يحكم تنفيذ العقود الإدارية، إلا أن هذا الأصل لا ينطبق إلا في الحالات التي يكون فيها المقاول في موقف يسمح له بتذليل تلك الإجراءات الإدارية دون أن يصيبه ضرر جسيم، وتكون الجهة الإدارية المتعاقدة جادة في تنفيذ المشروع المسند إلى المقاول، ويكون امتناعها أو تأخرها في الوفاء بمستحقات المقاول له ما يبرره أما إذا كشفت الجهة الإدارية عن نيتها في عدم استكمال المشروع وتوقفت تماما عن سداد مستحقات المقاول، ففي هذه الحالة لا مجال لإعمال المبدأ المتقدم[٩٨]

رابعًا- الحجج التي استند إليها الفقه الرافض لجواز التمسك بعدم الدفع في مجال العقود الإدارية استنادا إلى تعلق العقد الإداري بسير وانتظام المرافق العامة، تعنى بمفهوم المخالفة إمكانية التمسك به في حال عدم تعلق العقد الإداري بأعمال ترتبط بانتظام المرفق العام [٩٩].

ولقد أكد على المعنى السابق أحد أحكام مجلس الدولة الفرنسي مقررا أنه وفق المادة (٧٦١-١) من قانون العدالة الإدارية لا يجوز لجهة الإدارة أن تتعسف في إلزام المتعاقد معها في تنفيذ

(٩٧) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٦٧٦ لسنة ٢٢ ق، جلسة ١٩٧٠/٠٣/٢٩ ،مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة من أول أكتوبر ١٩٦٩ إلى آخر ديسمبر ١٩٧٠ ،الشركة المصرية للطباعة والنشر، ١٩٧١ ،ص:٢٨١

(٩٨) حكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٩١ لسنة ٤٣ق، جلسة ٢٠٠٠/٠٣/١٤ .محمد ماهر أبو العينين، القاضي ٢(الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٩ ،الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص:٢٨٦ ، وحكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٠٥٧٢ لسنة ٤٧ ق، جلسة ٢٠٠٤/١١/٣٠م.

(٩٩) يراجع د. سعيد السيد علي، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقد (دراسة تطبيقية على أحكام القضاء الإداري في مصر)، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦م، ص٤٤- ٤٥.

التزاماته في الوقت التي تتوقف هي فيه عن دفع الإيجار المقرر له [١٠٠].

وترتيبًا على كل ما سبق يتضح وهن وضعف قواعد وأسس البناء الفقهي المتمسك بعدم جواز التمسك بعدم التنفيذ في العقود الإدارية للأسباب السابقة، ومن ثم أدعو الفقه المصري والسعودي إلى الاعتراف بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مجال العقود الإدارية لما يحققه هذا الاعتراف من دعم لأواصر التعاون بين طرفي العقد الإداري؛ وعلى وجه الخصوص في ظل ما يعيشه العالم الآن من عجز شبه تام عن إدارة الدول لمرافقها الصحية والتي تحتاج من خلاله إلى إعادة هندسة علاقاتها التعاقدية مع المتعاقدين معها من أشخاص القانون الخاص، تلك الهندسة التي تقوم على أسس العدالة والمساواة التي أقرتها الشريعة الإسلامية بعيدًا عن الجور والتعسف غير المبرر.

الفرع الثاني

التأصيل الشرعي والقانوني المقترح للدفع بعدم التنفيذ

لا أتفق مع الرأي القائل بأن أساس الدفع بعدم التنفيذ شرعًا يرجع إلى القصاص؛ لأن الدفع بعدم التنفيذ ليس جزاء يوقعه طرف على طرف آخر، ولكنه مجرد امتناع، هذا فضلاً عن اختلاف مجال تطبيق القصاص والعقود، كما أن الممتنع عن تنفيذ التزامه لدفع الطرف الآخر إلى التنفيذ لا يسقط عنه الالتزام، أما في القصاص فينقضي به التزام المقتص منه، وهو جزاء على ارتكاب جريمة، وتلك المعاني – فيما أرى – لا مجال لها في هذه المسألة.

وأرى أن الأساس الشرعي للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية هو قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)[١٠١]، فالعقد ينشئ التزامات متبادلة بين طرفيه، ومن ثم يتعين على كل منهما الالتزام بما تم الاتفاق عليه، فالالتزام يسبق الوفاء، والعبرة ليست بوجود الالتزام بل بالوفاء به، فإذا لم يوف أحد الطرفين بما التزم به يكون قد خالف القاعدة الشرعية التي تلزمه بالوفاء، ومن ثم جاز للطرف الآخر أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه، مع التسليم بوجود الالتزام قائمًا في جميع الأحوال.

أما الأساس القانوني للتمسك بهذا الدفع، فيرجع إلى عدة مبادئ مجتمعة أو منفردة وهي مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، ومبدأ "حسن النية في تنفيذ العقود"، و"التوقع المشروع"، و"مبدأ العدالة".

يسمح مبدأ العقد شريعة المتعاقدين للمتعاقد أن يشترط في العقد بأن يقوم بالامتناع عن تنفيذ التزامه إذا أخل الطرف الآخر بالتزامه المقابل، وهنا يكون هذا المبدأ بمثابة الأساس القانوني لهذا الدفع أمام القاضي بصفة عامة، والقاضي الإداري بصفة خاصة.

(100) Cour administrative d'appel de Nancy, 23 mai 2013, N°12NC00629, Publié au recueil lebon. Conseil d'état, 18 Octobre 2014, N° 370644, Publié au recueil lebon.

(١٠١) سورة المائدة آية (١).

وإذا انتفت الحالة السابقة يمكن الاستناد إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وهو مبدأ يتم النص عليه في بعض النصوص القانونية المنظمة للعقود الإدارية، وتؤيده العديد من الأحكام القضائية.

ومن بين النصوص القانونية المؤكدة على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية في المملكة، ما ورد بنص الفقرة (٣) من م/ ٩٨ من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودية الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٤٤٢، وتاريخ ١٤٤١/٣/٢١هـ على أنه (٣-يجب على المتعاقدين والجهة الحكومية تنفيذ عقودهم وفقا لشروطها وبحسن نية وبما يقتضيه حسن سير المرفق العام ومصلحته). نصت الفقرة (١) من م/ ٩٦ من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي على أنه "تلتزم الجهة الحكومية بتسليم موقع الأعمال في عقود الإنشاءات العامة خلال المدة المحددة في الفقرة (٢) من المادة التاسعة والخمسين من النظام. وإذا تأخرت الجهة الحكومية عن تسليم الموقع خلال تلك المدة، جاز للمتعاقد أن يطلب إنهاء العقد وفقاً لأحكام المادة الثالثة والثلاثين بعد المئة من هذه اللائحة".

ويعيب النص القانوني السابق أنه لم يبين الحالات التي يمكن اعتبارها من قبيل الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وهنا أقترح الاسترشاد بما ورد بنص م/ ١٤٨/ ١ من القانون المدني المصري فيما ذكرته من حالات لا تتوافر فيها حسن النية في العقود ومن ثم لا يجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ فيها وهي (١- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير، ب – إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعه).

ويمكن الاسترشاد أيضًا بما ورد بقضاء محكمة النقض المصرية من حالات تطبيقية لعدم جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ بالمخالفة لمبدأ حسن النية في العقود بقولها "لا يباح للمتعاقد أن يتمسك به (أي الدفع بعدم التنفيذ) ليمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الموقف الذي لا يكون متفقا مع ما يجب توافره من حسن النية، وإنما يكفيه في هذه الحالة إنقاص التزامه إلى الحدود العادلة التي تتناسب مع ما لم ينفذ من الالتزام المقابل"[١٠٢].

وفي الحالة السابقة يكون التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقد الإداري مشروعًا من الناحية القانونية، لاستناده إلى نص قانوني.

أما إذا لم يوجد نص قانوني أو اتفاقي على التفصيل المتقدم فإن أساس التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقد الإداري يتعين أن يتم تأسيسًا على أحد مبدأين أو كليهما: أحدهما فكرة " التوقع

(١٠٢) مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ١٤١، نقض مدني ١٠ مايو سنة ١٩٦٦م، ص ١٠٤٠

المشروع"، والتي تعنى أن المتعاقد مع جهة الإدارة يتوقع أن تقوم جهة الإدارة بالوفاء بالتزاماتها فور قيامه بتنفيذ التزاماته المتقابلة، فإذا لم تقم بهذا الوفاء، فهنا يصطدم هذا التوقع المشروع للمتعاقد بواقع إخلال جهة الإدارة بتنفيذ التزاماتها، وهو ما يؤدي في جميع الأحوال إلى الإخلال الجسيم باقتصاديات العقد الإداري.

أما الفكرة الأخرى فهي "العدالة"، والتي تقتضي في الالتزامات المتقابلة أن يوفي كل طرف بالتزاماته حتى يستطيع الطرف الآخر أن ينفذ التزامه المقابل، ومن ثم فامتناع جهة الإدارة على سبيل المثال عن سداد المستخلصات للمتعاقد معها دون مبرر، يؤدي إلى إرهاق المتعاقد معها إرهاقًا شديدًا، كما أن إجباره على القيام بالأعمال على الرغم من عدم حصوله على المستحقات المالية المقابلة لها يتناقض مع العدالة التي تأبى إلا أن يفي كل طرف بالتزامه المقابل للطرف الآخر.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن أنه لا يجوز للمتعاقد أن يتمسك بعدم تنفيذ التزامه إذا كان هو البادئ بعدم تنفيذ التزامه المقابل لهذا الالتزام الذي يدعي عدم تنفيذه، أو إذا كان هو السبب في عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، ولا يجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ أيضًا إذا كان المتعاقد الآخر قد قام بمعظم التزامه بحيث لا يبقى عليه إلا جزء يسير لا يبرر امتناع المتعاقد الأول عن القيام بالتزامه، ويستطيع المتعاقد في هذه الحالة أن يمتنع عن تنفيذ جزء من التزامه يقابل الجزء الذي لم ينفذ إذا كان يمكن تجزئة الالتزام [١٠٣]، وتطبيقا لهذه الفكرة لا يجوز لأحد طرفي العقد أن يمتنع عن تنفيذ التزام أساسي في العقد محتجا بعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزام ثانوي[١٠٤].

ويتعين التأكيد في هذا الصدد على أن الأسس المقترحة على النحو السابق قد تأتي مجتمعه في دفع واحد بمعنى أن المتعاقد مع جهة الإدارة إذا دفع بعدم تنفيذ التزامه استنادًا إلى نص اتفاقي في العقد لامتناع جهة الإدارة عن سداد مستحقاته المالية خلال شهر من تاريخ تنفيذ كل مرحلة من مراحل تنفيذ المشروع على سبيل المثال، فهنا يكون أساس الدفع مستندًا إلى إخلال جهة الإدارة بنص اتفاقي "العقد شريعة المتعاقدين"، وتعارض ذلك مع "مبدأ حسن النية "، و"التوقع المشروع" من قبل المتعاقد، ومجافاة قواعد " العدالة"، وقد تأتي هذه الأسس منفرده على التفصيل المتقدم.

الفرع الثالث

تحديد طبيعة الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية

إذا كان الفقه الإسلامي والقانوني قد اختلفا على التفصيل السابق في تحديد الطبيعة القانونية

(١٠٣) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الثقافة والتوزيع،٢٠١٢م،ص: ٢٨٨
(١٠٤) عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع،١٩٩٨م، ص ٤١٢

للدفع بعدم التنفيذ بصفة عامة، فإني أرى أنه قبل تحديد الطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية يتعين تحديد التوقيت الزمني للتمسك به على النحو الآتي:

أولا: إذا تم التمسك بالدفع بعدم التنفيذ من قبل أي من أطراف العقد الإداري قبل اللجوء إلى القاضي الإداري، ففي هذه الحالة لا يعد هذا الامتناع عن تنفيذ الالتزام دفعًا قضائيًا بل يعد من قبيل التصرفات القانونية بالإرادة المنفردة.

ثانيًا: إذا تم التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقد الإداري بمناسبة دعوى قضائية، فإنه يتعين علينا هنا البحث عن الطبيعة القانونية لهذا الدفع، أهو دفع شكلي، أم موضوعي؟

الطبيعة القانونية لهذا الدفع ينبغي – فيما أرى – البحث عنها في إطار الهدف الذي يبتغيه الطرف المتمسك بهذا الدفع، وهو حث الطرف الآخر على التنفيذ بالتزامه المقابل، لذا فالهدف لا يوجه إلى إسقاط الالتزام أو التنصل منه، كما أنه في الوقت نفسه لا يوجه إلى الدعوى ذاتها كدفع عيني، فقد تكون الدعوى مستوفية لكافة شروطها الشكلية، ولكن محور الدفع يدور حول أحقية المدعى في مطالبة المدعى عليه (المتمسك بالدفع) في هذه المطالبة.

وترتيبًا على ذلك أرى أن الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية يعد من قبيل الدفوع الموضوعية إذا تم بمناسبة دعوى قضائية؛ سواء كان المتمسك بالدفع هو المدعي طالبًا من القاضي إقرار امتناعه عن التنفيذ وإلزام الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته المتقابلة، أو كان المتمسك بالدفع مدعى عليه؛ لأن الهدف منه إصدار حكم قضائي بإلزام الطرف الموجه ضده الدفع بتنفيذ التزامه، ومن ثم فهو يتعلق بالجانب الموضوعي في الدعوى وليس بالجانب الشكلي الإجرائي.

الفرع الرابع

شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية

عند الحديث عن المشكلات المتعلقة بشروط التمسك بعدم التنفيذ في العقود الإدارية طرحنا عددًا من التساؤلات التي يتعين على الفقه القانوني الإداري وضع إجابات لها منها: أن تحديد هذه الشروط ورد في نصوص تشريعية وآراء فقهية وقضاء ينضوي تحت لواء القانون المدني، ويحكم علاقات تقوم على أساس المساواة في الحقوق والمراكز القانونية، فهل يمكن اقتباس هذه الشروط من مجال القانون المدني وتطبيقها على العقود الإدارية، مع التسليم التام بوجود اختلافات جوهرية بين طبيعة العقود المدنية، والعقود الإدارية؟ وما هي الجهة المختصة بالتحقق من توافر هذه الشروط للقول بمشروعية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية من عدمه؟

وفي إطار وضع حلول وإجابات للتساؤلات السابقة يمكنني القول بداءة أنه لا يوجد ما يمنع من تطبيق شروط الدفع بعدم التنفيذ في العقود المدنية على الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية،

والمتمثلة في ضرروه أن يكون العقد ملزمًا للجانبين، وأن يتم هذا الدفع في إطار حسن النية، فكل من العقود الإدارية والمدنية يشتركان في الأركان الجوهرية[١٠٥].

أما الشرط المتعلق بأن يكون الالتزام واجب الأداء، فهذا الشرط يثير تساؤلاً مناطه: هل يجوز لأي من طرفي العقد الإداري التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا كان ملتزمًا بأداء التزامه قبل المتعاقد الآخر أم لا؟

للإجابة عن التساؤل السابق يتعين البحث عن مصدر الالتزام بالتنفيذ أولا في العقد الإداري، وهنا نكون أمام فروض ثلاث على النحو الآتي:

الفرض الأول: أن يكون مصدر الالتزام بالتنفيذ أولا العقد؛ فإذا ورد النص في العقد على أن تقوم جهة الإدارة بتنفيذ التزامها أولا، لم يكن من حقها التمسك بالامتناع عن تنفيذ التزامها بحجة عدم قيام الطرف الآخر بالتزامه المقابل، وكذلك الأمر بالنسبة للمتعاقد مع جهة الإدارة.

الفرض الثاني: أن يكون مصدر الالتزام بالتنفيذ أولا هو القانون وليس العقد، كما هو الحال في نص الفقرة (٢) من م/ ٩٨ من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الصادر بقرار وزير المالية رقم ١٤٤٢، وتاريخ ١٤٤١/٣/٢١هـ على أنه (٢- لا يجوز للمتعاقد التخلي عن تنفيذ التزاماته استنادًا إلى إخلال الجهة الحكومية بتنفيذ التزاماتها)

ظاهر النص السابق يوحي بعدم أحقية المتعاقد مع جهة الإدارة في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ كونه لا يستطيع أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا اخلت الجهة الإدارية بالتزاماتها سواء كان هو الملتزم بتنفيذ التزامه أولا أم لا، وذلك واضح من صدر النص القانوني الوارد بعبارة "لا يجوز للمتعاقد التخلي عن تنفيذ التزامه" وهذا حظر عام على المتعاقد سواء كان الملتزم بالتنفيذ أولا أم لا.

والنظرة المتعمقة للنص السابق تظهر استخدام مصطلح التخلي، والتخلي يعنى الترك، أي لا يجوز للمتعاقد أن يترك تنفيذ التزامه، أو يتنصل منه، وهذا المعنى يختلف تمامًا عن المقصود من الدفع بعدم التنفيذ، فالمتعاقد مع جهة الإدارة حينما يتمسك بهذا الدفع لا يقصد ترك الالتزام بل كل ما يسعى إليه هو حث الطرف الآخر على تنفيذ التزامه المقابل، فلا يقصد البتة التنصل أو ترك التزامه، بل على العكس هو يرغب في قيام جهة الإدارة بالوفاء بالتزاماتها حتى يستطيع القيام بالتزامه.

ولعلنا نفترض – رغم التسليم بنقد النص السابق- أن النص قد استخدم مصطلح "الامتناع"، أو "الدفع بعدم التنفيذ"، فهل يجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في هذه الحالة أم لا؟

(١٠٥) محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص ٥

قولا واحدًا لا يجوز للمتعاقد في الفرض السابق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لوجود هذا النص المانع، احترامًا لمبدأ المشروعية وسيادة القانون[١٠٦]، ولا يغير من هذا القول الادعاء بعدم النص على ذلك في العقد، أو عدم العلم بهذا النص القانوني، ويصدق هذا القول على جهة الإدارة إذا كانت هي الملزمة قانونًا بالتنفيذ أولًا فلا يجوز لها التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.

الفرض الثالث: انعدام وجود نص قانوني أو اتفاقي يلزم أحد الطرفين بالتنفيذ أولًا في هذه الحالة يرجع إلى العرف الإداري فإذا وجد عرف إداري يلزم أيًّا من الطرفين بالتنفيذ أولا، امتنع عليه التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وإذا لم يوجد فيتم الرجوع إلى قواعد العدالة، وهنا نفسح المجال أمام قواعد الشريعة الإسلامية للدخول لحل هذه المشكلات على أرض الواقع، فإذا امتنعت جهة الإدارة عن تنفيذ التزامها بتمكين المقاول من البدء في تنفيذ التزامه، أو الاستمرار فيها، فهذا الامتناع يمثل عقبة في التنفيذ يبرر للمتعاقد الامتناع عن تنفيذ التزامه، وهذا يتفق مع قواعد العدالة والشريعة الإسلامية.

ويتعين التنبيه إلى أن اللجوء إلى الشريعة الإسلامية كملاذ أخير؛ ليس المقصود منه ترتيب أولوية أو تقدم، ولكن لكون الشريعة هي المظلة العامة، والمصدر الرئيس الذي يرجع إليه في حال انعدام وجود السند القانوني.

وإجابة عن التساؤل الفقهي الآخر في هذه الجزئية: هل تكفي الشروط السابقة للاعتراف بصحة الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية؟ أم أننا نحتاج إلى مجموعة من الشروط الأخرى؟

أرى أن الشروط السابقة لا تكفي للقول بصحة ومشروعية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية بل يتعين إضافة مجموعة من الشروط إليها على النحو الآتي:

الشرط الأول: مشروعية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وأقصد بها أن يستند التمسك بالدفع إلى نص قانوني، أو اتفاقي، أو عرفي إداري، أو قواعد العدالة التي تكرسها الشريعة الإسلامية.

الشرط الثاني: ألا يمثل التمسك بالدفع صورة من صور الإساءة في استعمال السلطة، ومن صور الإساءة في استعمال السلطة – على فرض كون العمل مشروعًا – أن تمتنع جهة الإدارة عن سداد مستحقات المقاول عن المدد السابقة، وتطالبه بتنفيذ التزاماته وتنفيذ كامل المشروع، أو يقوم المقاول بالامتناع عن التنفيذ في المراحل النهائية لتنفيذ المشروع بعد حصوله على كافة مستحقاته المالية.

الشرط الثالث: ألا يترتب على التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ضرر جسيم لأحد أطراف التعاقد، والضرر الجسيم هنا هو: الضرر الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

---

(١٠٦) أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، مرجع سابق، ص: ١٥ وما بعدها

الشرط الرابع: خضوع الدفع بعدم التنفيذ لرقابة القضاء الإداري، بحيث لا يقتصر دور القاضي الإداري في هذا الصدد على مجرد تقرير مشروعية الامتناع عن التنفيذ من عدمه (رقابة المشروعية)، بل يمتد إلى رقابة ملاءمة هذا الامتناع عن التنفيذ (رقابة الملاءمة)[١٠٧].

الفرع الخامس

آلية إثارة الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية

حلا للمشكلات الفقهية المثارة حول آلية الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، يتعين علينا بداءة الاعتراف بأن أطراف العقد الإداري يمارسون عمليًا هذه الوسيلة، فعلى سبيل المثال قد يمتنع المتعاقد مع جهة الإدارة عن تنفيذ المرحلة اللاحقة من مراحل تنفيذ المشروع لحين قيام جهة الإدارة بسداد مستحقاته السابقة – دون أن يعلن لها ذلك صراحة – ويتعلل بأنه يواجه عقبات في التنفيذ، وكذلك جهة الإدارة باعتبارها الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية تستطيع أن تمارس هذا الدفع صراحة أو ضمنًا.

وإذا كان الدفع بعدم التنفيذ قد يحدث عملًا في العقود الإدارية على النحو السابق، إلا أن إجراءاته يتعين النظر إليها من جانبين : أحدهما التوقيت الذي يمكن إثارته فيه، والآخر الإجراء القانوني المتخذ للمطالبة به، فأما عن التوقيت فلا يوجد توقيت محدد بحسب الأصل يمكن الدفع فيه بعدم التنفيذ لحث الطرف الآخر على القيام بالتزاماته المتقابلة، ولكن المسألة تدق في حالتين إحداهما : أن يقوم أحد المتعاقدين بالدفع بعدم التنفيذ في المراحل النهائية لتنفيذ العقد بمعنى أن يكون المشروع في مراحله النهائية، فهنا يتعين الاستمرار في التنفيذ، ويعد – فيما أرى – الامتناع عن التنفيذ، أو الدفع به في مثل هذه الحالة إجراء غير مشروع، لأنه يعد من قبيل إساءة استعمال السلطة، ويصدق هذا القول إذا كان المتمسك بالدفع جهة الإدارة أو المتعاقد معها، وفي هذا الفرض إذا حدث لأي من المتعاقدين ضرر يكون التعويض هو السبيل الوحيد لجبر هذا الضرر.

والحالة الأخرى: أن يكون تنفيذ محل العقد في المراحل التمهيدية، أو يتبقى على الاتمام النهائي له مدة زمنية طويله، فها هنا يمكن إجراء هذا الدفع من قبل أي من طرفي العقد الإداري، ولكن بشروط منها : ألا يترتب على الامتناع ضرر جسيم بالمتعاقد الآخر، فعلى سبيل المثال لا يجوز لجهة الإدارة في عقود الأشغال العامة – التي تحتاج لمدة تنفيذ طويله – أن تمتنع عن سداد مستحقاته المالية الأولية كدفعة التعاقد[١٠٨] أو المستخلص الأول إذا قام المتعاقد بتنفيذ جزء المشروع المقابل

(١٠٧) محمود حافظ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٣م، ص: ٥٠، سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، رسالة دكتوراه، ١٩٧٨، ط٣، مطبعة عين شمس، القاهرة، مصر، ١٩٧٨م، ص: ٤٤ ، عمر محمد الشوبكي، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١١م، ص: ٧١ وما بعدها.

(١٠٨) الدفعات المقدمة : نسبة من قيمة ما يستحقه المتعاقد مع جهة الإدارة تدفعه جهة الإدارة للمتعاقد تشجيعًا له على البدء في التنفيذ.

لهذا المستخلص، بحجة إتمام المشروع كاملًا، وكذلك المتعاقد لا يجوز له أن يتوقف عن القيام بالمرحلة الثانية من المشروع بحجة رغبته في الحصول على قيمه المستخلص المقابل لتنفيذ هذه المرحلة مقدمًا، ففي مثل هذه الحالات يعد الدفع بعدم التنفيذ غير مشروع لكونه يمثل إساءة لاستعمال السلطة، ويتعارض مع مبدأ " دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد"[١٠٩].

أما الجانب الآخر المتعلق بالإجراء المتخذ للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ فالأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يحتاج إلى إخطار أو إنذار[١١٠] كما هو الحال في الإنذار قبل فسخ العقد، أو سحب المشروع من المتعاقد مع جهة الإدارة، إلا أنني أفرق في ذلك بين عدة فروض على النحو الآتي:

الفرض الأول: أن يتم الدفع بعدم التنفيذ قبل اللجوء إلى القضاء، ففي هذه الحالة أرى ضرورة الإخطار قبل القيام بمثل هذا الإجراء، ويحقق الإخطار في هذا الفرض فوائد عدة منها: أن الطرف الآخر المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهته قد يقوم بتنفيذ التزامه بعد هذا الإخطار، أو على الأقل يتوصل الطرفان إلى اتفاق على حلول مرضيه لهما؛ دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء وهو ما يجنب ساحات القضاء الكم الهائل من القضايا.

كما أن هذا الإخطار يعزز من حسن النية بين طرفي العقد الإداري بحيث يُظهِر كل منهما رغبته في إتمام التزاماته المتقابلة بما ينعكس على المصلحة العامة المحور الرئيس للعقود الإدارية.

الفرض الثاني: أن يتم الدفع بعدم التنفيذ بدعوى مستقلة لإقراره أمام القاضي الإداري، ففي هذه الحالة يتعين على القاضي أن يتحقق من قيام طالب الإقرار بالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ بإخطار الطرف الآخر ومرور مدة معينة قبل اللجوء إلى رفع الدعوى ولتكن ٦٠ يومًا، فإذا قام بهذا الإخطار يمكن للقاضي بعد ذلك الحكم بحق المدعي بالتمسك بعدم التنفيذ، أو عدم أحقيته في ذلك في ضوء ما سبق إقراره من شروط للتسمك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية.

الفرض الثالث: أن يتم الدفع بعدم التنفيذ بمناسبة دعوى منظوره أمام القاضي بشأن عقد إداري، كأن يدفع أحد المتعاقدين بأنه امتنع عن تنفيذ التزامه بسبب امتناع الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه المقابل، ففي هذه الحالة لا جدوى من الإخطار، لانعدام الحكمة والغرض من ورائه فولوج ساحة القضاء قد تم فعلًا، ومن ثم يمكن التمسك بالدفع في هذه الحالة – فيما أرى – مع عدم جواز التمسك به لأول مرة أمام المحكمة الإدارية العليا؛ أي أنه لا يعد من الدفوع المتعلقة بالنظام العام.

---

(١٠٩) يقصد به : ضرورة المحافظة على تشغيل المرفق العام بصورة مستمرة دون توقف لتعلقه بالمصلحة العامة .

(110) CASSIN. (R), De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques) exception non adimpleticontractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution, Librairie de Recueil D. Sirey, thèse, Paris, 1914, p583

الخاتمة

توصل الباحث من خلال بحثه لعدد من النتائج، والتوصيات على النحو الآتي:

أولا- النتائج

١- الدفع بعدم التنفيذ: سلطة قانونية تخول أحد أطراف العقد الإداري الحق في الامتناع عن تنفيذ ما التزم به حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه المقابل.

٢- يواجه الفقه القانوني الإداري في كل من مصر والمملكة العربية السعودية العديد من المشكلات القانونية المرتبطة بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية تبدأ من الاعتراف به مرورًا بتحديد طبيعته وشروطه وآلية التمسك به، وانتهاءً بالآثار التي تترتب عليه.

٣- عدم استخدام مصطلح الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية في السعودية لا يعني البتة مخالفته للشريعة الإسلامية، بل إن الفقه الإسلامي طبقه تحت مسميات قريبة منه

٤- يتميز الدفع بعدم التنفيذ عن غيره من الدفوع الأخرى كالدفع بالفسخ، أو الدفع بالحق في الحبس، أو الدفع بالمقاصة.

٥- الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية يعد من قبيل الدفوع الموضوعية؛ إذا تم التمسك به بمناسبة دعوى قضائية، أو كان المتمسك به مدعى عليه، فالهدف من التمسك به استصدار حكم قضائي بإلزام الطرف المتمسك بالدفع في مواجهته بتنفيذ التزاماته المقابلة، وهو هدف يتعلق بالموضوع في جميع الأحوال.

٦- يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية أن يكون العقد ملزما للجانبين وأن يتم في إطار من حسن النية، وأن يكون مشروعًا أي مستندًا إلى نص قانوني أو اتفاقي أو عرفي إداري، أو مستندًا إلى العدالة، وألا يترتب على التمسك به ضرر جسيم للطرف الآخر، أو يمثل صورة من صور التعسف في استعمال الحق.

٧- تمسك الفقه القانوني الإداري المصري والسعودي بعدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية لا يمثل قاعدة عامة تأبى على التقييد أو الاستثناء؛ إذ توجد حالات واقعية عديدة تم الاعتراف القضائي بجواز التمسك به صراحة استنادا إلى مبادئ العدالة والمساواة وعدم جواز الإضرار الجسيم بالمتعاقد، وتلك جميعها مبادئ أقرتها الشريعة الإسلامية التي تمثل مرجعية لكل من النظامين القانونيين في البلدين، وهو ما يوجب على الفقه الإداري في كل منهما ضرورة التحول من التقييد المطلق لاستخدام هذا الدفع إلى إتاحة التمسك به وفق ضوابط معينة -- على التفصيل السابق بيانه - يقدرها القاضي الإداري بما يملكه من سلطة تقديرية، على وفق المبادئ القضائية المتواترة في هذا الشأن.

ثانيًا- التوصيات

١- مواصلة الفقه القانوني الإداري البحث في هذا الموضوع المهم مسترشدًا بالفقه المصري تمهيدًا للاعتراف الصريح بمشروعية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية.

٢- إصدار نصوص قانونية جديدة في كل من القانونين المصري والسعودي تعترف صراحة بحق المتعاقد مع جهة الإدارة في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ على وفق الضوابط السابق الإشارة إليها.

٣- النص في القانون المصري والأنظمة السعودية على ضرورة أن يسبق الدفع بعدم التنفيذ إخطار للطرف الممتنع عن التنفيذ، ومرور ٦٠ يومًا قبل اللجوء إلى القضاء.

المراجع

أولا- القرآن الكريم

ثانيا- المراجع العربية

(١) المؤلفات العامة

أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، الفروق، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ.

أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)، البيان والتحصيل، تحقيق: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، ج٨.

أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، (ت٤٩٠هـ)، المبسوط، تحقيق: عبد الله محمد حسن محمد إسماعيل الشافعي، قدم له الدكتور كمال عبد العظيم العناني، منشورات محمد علي بيضون لنشر كتب السنة والجماعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ / ١٩٩٣م.

أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م.

أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، المنشور في القواعد، ج٣، وزارة الأوقاف الكويتية الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م

أبو عبد الله محمد بن أحمد شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٦٤م

أبو محمد عز الدين بن عبد السلام بن عبد العزيز بن عبد السلام الشافعي، العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج٢، ط ١٣٥٣هـ.

برهان الدين إبراهيم بن شمس الدين أبي عبد الله بن فرحون اليعمري المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط ١، الجزء الثاني، مطبعة العامرة الشرقية، مصر، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٣٠١هـ.

زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق مطبوع مع حاشية منحه الخالق، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٧م.

عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.

علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، (د.ت).

علي حيدر، درر الحكام مجلة الأحكام، ج١٢، دار عالم الكتب، القاهرة، مصر، ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م.

محمد الحطاب الرعيني أبو عبد الله، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق: عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م.

محمد الخطيب الشربيني، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين، ج٢، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠م.

محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، ابن عابدين (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، رد المحتار على الدر المختار الناشر: دار الفكر-بيروت الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ.

محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي، دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ

محمد بن إدريس الشافعي، أحكام القرآن للشافعي، تحقيق الشيخ عبد الغني عبد الخالق، ط١، دار إحياء العلوم، بيروت، لبنان.

محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، ج٥، ط١، دار الحديث، القاهرة، مصر، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م

موفق الدين أبو محمد بعد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه (ت ٦٣٠هـ)، المغني على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي المطبوع على الشرح الكبير على متن المقنع، ج٦، دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، ص: ٢٤.

(٢) المؤلفات المتخصصة

- أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مكتبة الوفاء القانونية، القاهرة، مصر، ٢٠١٥م.

السيد نشأت الدريني، التراضي في عقود المبادلات المالية، دار الشروق، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ.

إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ٢٠١٩م.

أنور أحمد رسلان، مبادي القانون الإداري، مطبعة جامعة القاهرة، الكتاب الجامعي، القاهرة، مصر، ١٩٩٥م.

أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الثقافة والتوزيع،٢٠١٢م.

جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٤م.

جلال العدوي، أصول الأحكام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٦٦م.

جميل الشرقاوي، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٣م.

حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر.

حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١٠م.

رزق الله أنطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، مطبعة الجديد المفيدة، ١٩٦٥م.

زياد صبحي ذياب، الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون، دار وائل للطبع والنشر، عمان، الأردن، ١٩٩٤م.

سعيد السيد على، مبدأ الدلع بعدم التنفيذ في العقد (دراسة تطبيقية على أحكام القضاء الإداري في مصر)، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦م .

سليمان مرقص، الوافي في القانون المدني، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٠م.

سمير تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٨٩م.

صلاح الدين الناهي، الامتناع المشروع عن الوفاء، مطبعة السلام، القاهرة، مصر، ١٩٤٥م.

عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض للمستشار عبد الحكم فودة، المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ١٩٩٣م.

عبد الحميد الشواربي، الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٠م.

عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، جامعة الكويت، ١٩٨٢م.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠م.

عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع،١٩٩٨م

عصام أنور سليم، قاعدة عدم نفاذ التصرف القانوني في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٥م.

علي قراعه، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، مكتبة مصر لطباعة الأوفست، القاهرة، مصر، ١٩٢١م.

عمر محمد الشوبكي، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١١م.

مأمون أبو سيف، الدفوع الموضوعية لدعوى النفقة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١١م.

محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ١٩٩٦م.

محمد العشماوي، قواعد المرافعات في القانونين الأهلي والمختلط، ج٢، ط ١٩٢٧م

محمد باهي أبو يونس، أحكام القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٦م.

محمد راكان ضيف الله الدغمي، دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية، ط ١، دار الجبل، بيروت، لبنان، ١٤١١هـ.

محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة (د.ت)، مصر.

محمد ماهر أبو العنين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى ٢٠٠٩، الكتاب الثالث، (حقوق المتعاقد مع جهة الإدارة)، ب.د.ن، ٢٠٠٠

محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفائس للنشر والتوزيع، ٢٠٠٠م.

محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، ١٩٨٧م.

محمود حافظ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٣م

مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١، دار القلم، دمشق، سوريا، ٢٠٠٤م.

(٣) الرسائل العلمية

أنور أحمد رسلان، مبادي القانون الإداري، مطبعة جامعة القاهرة، الكتاب الجامعي، القاهرة، مصر، ١٩٩٥م.

سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، رسالة دكتوراه، ١٩٧٨م

سيف الدين البلعاوي، الفسخ جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة،١٩٨٢م.

عبد الرحمن مصطفى عثمان، نظرية السبب في القانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٨٤م.

منصور عبد الله الطوالبة، الدفع بعدم تنفيذ الالتزام، دراسة مقارنه، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، ٢٠٠٥م.

(٤) الدوريات والمجلات العلمية

إكرامي خطاب، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع ٣، ٢٠١٨م

محمد حسن عبد الرحمن، أحكام الدفع بعدم التنفيذ على ضوء قضاء محكمة النقض، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط، جامعة الأزهر، ع ٩، ١٩٩٧م

محمد لبيب شنب، كيفية استعمال الحق في الحبس، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس، السنة العاشرة، العدد الثاني، يوليو ١٩٦٨م.

(٥) الدساتير القوانين وأعمالها التحضيرية

الأعمال التحضيرية، للقانون المدني المصري، ج٢، مطبعة دار الكتاب الجامعي

الدستور المصري الحالي ٢٠١٤م

اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الصادر بقرار وزير المالية رقم ١٤٤٢، وتاريخ ١٤٤١/٣/٢١هـ

النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم (أ/٩٠) وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ

(٦) مجموعات الأحكام والفتاوى القضائية

حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٧٦ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٧١/١٢/١٨م

مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٩هـ، المجلد الخامس.

مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٩هـ، جلسة ١٤٣٩/٤/٨هـ

مجموعة المبادئ الإدارية لعام ١٤٢٠هـ، المجلد الخامس.

(٧) المعاجم والقواميس

إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ج١، مجمع اللغة العربية – مكتبة الشروق الدولية، ٢٠٠٤م.

أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ط ٤، ج١، المطبعة الأميرة، القاهرة، مصر، ١٩٢١م.

الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الخانجي، الطبعة الثالثة، القاهرة، مصر، ١٤٠٢هـ.

لويس معلوف، المنجد في اللغة، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، لبنان، ط٧، ١٩٣٥م.

محب الدين أبي الفيض السيد محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دراسة وتحقيق على شيري.

أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج٨، ط١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م، دار صادر، بيروت، لبنان، ص: ٨٨.

أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ط ٤، ج١، المطبعة الأميرة، القاهرة، مصر، ١٩٢١م ص: ٢٦٧.

ثالثًا- المراجع الأجنبية

CASSIN. (R), De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleticontractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution, Librairie de Recueil D. Sirey, thèse, Paris, 1914.

Seana Valentine Shiffrin, The Divergence OF Contract and Promise, Harvard Law Review Vol. 120,2007.

Cour administrative d'appel de Nancy, 23 mai 2013, N°12NC00629, Publié au recueil lebon. Conseil d'état, 18 Octobre 2014, N° 370644, Publié au recueil lebon.