Journal Sharia and Law

Volume 2022
Number 92 *Year 36, Issue No. 92 October 2022*

Article 8

October 2022

The Application Scope of Non-performance objection in Administrative Contracts: A Comparative Study

Dr. Ekramy Bassyoni Khattab
Associate Professor in Constitutional and Administrative Law; Imam Mohamed ibn Saud Islamic University, Riyadh, Kingdom of Saudi Arabia, dr.ekramykhattab82@gmail.com

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law

Part of the Administrative Law Commons

Recommended Citation

Khattab, Dr. Ekramy Bassyoni (2022) "The Application Scope of Non-performance objection in Administrative Contracts: A Comparative Study," *Journal Sharia and Law*: Vol. 2022: No. 92, Article 8.
Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2022/iss92/8

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

The Application Scope of Non-performance objection in Administrative Contracts: A Comparative Study

Cover Page Footnote

Dr. Ekramy Bassyoni Abdelhi Khattab; Associate Professor in Constitutional and Administrative Law; Imam Mohamed ibn Saud Islamic University, Riyadh, Kingdom of Saudi Arabia.
dr.ekramykhattab82@gmail.com

This article is available in Journal Sharia and Law: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2022/iss92/8

The Application Scope of Non-performance objection in Administrative Contracts: A Comparative Study*

Dr. Ekramy Bassyoni Abdelhi Khattab;
Associate Professor in Constitutional and Administrative Law; Imam Mohamed ibn Saud Islamic University, Riyadh, Kingdom of Saudi Arabia.
dr.ekramykhattab82@gmail.com

Abstract:

Giving up of obligation from a contractor to fulfilling its obligation until the other partner done his opposite obligation; named by the Legal jurisprudential:" non-performance "objection.

This objection has been widely used in the civil contracts, but it isn't in the same in administrative contract, because of its private nature. This research will be talking about the problems which face the applying of this objection in administrative contracts, and how will we solving them? Comparing these problems between the Saudi legal system and the Egyptian legal system.

To achieve the aims of this research, the researcher divided it into a tow section, in the first one he talks about the Legislative problems and his suggestion solutions and in the second he talks about the judicial problems and his suggestion solutions.

Finally, the researcher concluded his research work by results, conclusions and references.

Kew words: Objections-"Non-performance"- Administrative contract, Saudi Arabia- Egypt

* Received on December 15, 2020 and authorized for publication on April 07, 2021.

حدود إعمال الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية
دراسة مقارنة*

د. إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب
أستاذ مشارك القانون الإداري والدستوري، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
dr.ekramykhattab82@gmail.com

ملخص البحث

يطلق الفقه القانوني على امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه المقابل مصطلح "الدفع بعدم التنفيذ."

ولقد لقي هذا الدفع تطبيقًا واسعًا في مجال العقود المدنية، بينما وقفت الطبيعة الخاصة للعقد الإداري عائقًا أمام تطبيقه في مجال العقود الإدارية حفاظًا على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

وحول المشكلات التي تواجه تطبيق هذا الدفع في مجال العقود الإدارية تدور عبارات هذا البحث وصولًا لوضع حلول لها في الجوانب التشريعية والقضائية في كل من النظام القانوني المصري والسعودي.

الكلمات المفتاحية: الدفع بعدم التنفيذ – العقود الإدارية – المملكة العربية السعودية – مصر

المقدمة:

إذا كانت القاعدة العامة في العقود المدنية تشير إلى أحقية المتعاقد في الامتناع عن تنفيذ التزاماته عند إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته المتقابلة، وهو ما يعرف قانونًا "بالدفع بعدم التنفيذ"، إلا أن هذه القاعدة العامة تصطدم بالعديد من العقبات إذا ما تعلق الأمر بالعقد

* استُلم بتاريخ ١٦/ ١٢/ ٢٠٢٠ و أجيز للنشر بتاريخ ٠٧/ ٠٤/ ٢٠٢١.

الإداري.

ومن بين أهم العقبات تعارض التمسك بهذا الدفع مع مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وما تتمتع به جهة الإدارة من امتيازات تجعلها في مركز قانوني أعلى من المتعاقد معها، وما يحتويه العقد الإداري من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

وتُظهر تلك العقبات مشكلات قانونية وفقهية وقضائية عديدة، يتعين أن تكون مجالًا للبحث والتحليل، وهو ما سيتناوله الباحث في هذا العمل البحثي موضحًا جوانب تلك المشكلات وواضعًا حلولا لها.

وفيما يلي يعرض الباحث لأهمية البحث وأهدافه، وتساؤلاته، والمنهجية المتبعة، والدراسات السابقة، مرورًا بخطة البحث ومحتواه، وانتهاء بوضع قائمة بأهم النتائج والمقترحات، تليها قائمة المراجع على النحو الآتي:

أولاً: أهمية البحث

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

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

(٣) يحدد البحث مصير الاعتراف بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية في كل من النظامين القانونيين المصري والسعودي.

ثانياً: أهداف البحث

(١) التأكيد على إمكانية الاعتراف بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية؟

(٢) وضع آلية للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية؟

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

Published by Scholarworks@UAEU, 2022

ثالثاً: تساؤلات البحث

(١) ما المشكلات القانونية التي تواجه الاعتراف بالدفع بعدم التنفيذ وتمنع من تطبيقه في الواقع العملي؟

(٢) ما الحلول المقترحة للمشكلات التي تواجه الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية؟

رابعاً: منهجية وطرق البحث

استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي في تحليل النصوص القانونية وصولًا إلى فهم المراد منها، في إطار من التحليل المنطقي لهذه النصوص، ومستخدمًا المنهج المقارن بين النظامين القانونيين في كل من مصر والمملكة العربية السعودية.

خامساً: الدراسات السابقة

لم يجد الباحث – فيما يعلم – بحثا قانونياً تناول الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية مقارنة بالنظام القانوني المصري.

سادسًا: خطة البحث

تحقيقاً للهدف من البحث فقد قسمه الباحث: إلى مبحثين يعرض في أولها للمشكلات والحلول التشريعية للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، والثاني للمشكلات والحلول القضائية على النحو الآتي:

المبحث الأول

المشكلات التشريعية للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية والحول المقترحة

أتناول في هذا المبحث أهم المشكلات التشريعية التي تواجه تطبيق مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في مجال العقود الإدارية والحلول المقترحة مستعرضًا موقف المشرع المصري والمنظم السعودي(١)، وذلك في مطلبين على النحو الآتي: -

المطلب الأول

موقف المشرع المصري والمنظم السعودي من الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية

أعرض فيما يلي لموقف المشرع المصري والمنظم السعودي من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية وذلك في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول

موقف المشرع المصري

الأصل في القانون المدني المصري هو جواز الدفع بعدم التنفيذ استنادًا لنص م/ ٣٣٣ مدني من القانون المدني والتي قررت أنه " 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".

(١) يطلق مسمى " النظام " في المملكة العربية السعودية كبديل عن مصطلح " القانون "، والسلطة التنظيمية كبديل عن مصطلح السلطة التشريعية.

أما في مجال النصوص القانونية المتعلقة بالعقود الإدارية فنجد أن المشرع المصري أخذ بحظر الدفع بعدم التنفيذ ولكنه حظر مرن، إذ سمح للمتعاقدين بالاتفاق على التحكيم فيما بينهما بدلًا من اللجوء إلى القضاء.

ومما لا شك فيه أن اللجوء إلى التحكيم كبديل عن اللجوء للقضاء سيتيح لأطراف العقد الإداري استخدام قواعد قانونية أكثر مرونة تمكنهم من الخروج على الحظر التشريعي في مجال التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.

وهذا ما أكدت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م" والتي قررت أنه " في حالة الادعاء بإخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها الواردة بالعقد بخطأ منها يكون للمتعاقد الحق في اللجوء للقضاء بتعويضه عما يكون قد لحقه من ضرر نتيجة لذلك مالم يتفق الطرفان على التحكيم وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ م معدلًا بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م"[٢].

ويتضح من النص السابق وجود استدعاء للقواعد القانونية المدنية ومحاولة تطبيقها في مجال العقود الإدارية رغبة من المشرع القانوني في التخفيف من حدة التمسك بالدفع بعدم التنفيذ القائم على منع المتعاقد مع الجهة الإدارية من التمسك به أمام القضاء الإداري وانحسار حقه في مجرد طلب التعويض، وفتحت أمامه الباب للجوء إلى قواعد التحكيم وفق قواعد قانونية يتفق الطرفان فيما بينهما على الالتزام بها وفق مبدأ " سلطان الإرادة"[٣]

(٢) صدر هذا القانون بتاريخ ١٤/ ٥/ ١٩٩٧م، ونشر بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٥/ ٥/ ١٩٩٧م.

(٣) ولقد أكدت على ذلك نص م/ ٦ من القانون ٩ لسنة ١٩٩٧م مقررة أنه " إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم"

الفرع الثاني
موقف المنظم السعودي

رفض المنظم السعودي في عدد من النصوص القانونية الاعتراف بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية من قبل المتعاقد مع جهة الإدارة على النحو الآتي:

أولاً: نصت م/ ٩٢ تحت الباب السابع من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد الصادر بالمرسوم م/ ١٢٨ وتاريخ ١٣/ ١١/ ١٤٤٠هـ على أنه (١- على الجهات الحكومية تنفيذ التزاماتها في العقد وفقاً لشروطه، وإذا أخلت بتنفيذ التزاماتها جاز للمتعاقد معها التقدم إلى المحكمة الإدارية للمطالبة بالتعويض ....).

ثانياً: نصت فقرة (٢) من م/ ٩٨ من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية بقرار وزير المالية رقم ١٤٤٢، وتاريخ ٢١/ ٣/ ١٤٤١هـ على أنه (...٢- لا يجوز للمتعاقد التخلي عن تنفيذ التزاماته استنادًا إلى إخلال الجهة الحكومية بتنفيذ التزاماتها. ٣-يجب على المتعاقدين والجهة الحكومية تنفيذ عقودهم وفقاً لشروطها وبحسن نية وبما يقتضيه حسن سير المرفق العام ومصلحته).

ويلاحظ على موقف المنظم السعودي في هذا المجال أنه حظر على المتعاقد مع جهة الإدارة أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا أخلت جهة الإدارة بتنفيذ التزاماتها، وسمح له فقط باللجوء إلى القضاء الإداري للحصول على التعويض إن كان له مقتضى.

والتساؤل الذي يطرح نفسه في هذا الصدد، هل وجود هذه النصوص يمنع استخدام هذا الدفع من الناحية الواقعية، أم لا؟

بادئ ذي بدء يتعين الاعتراف بحق جهة الإدارة في الامتناع عن تنفيذ التزاماتها لحين قيام المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته المقابلة، وهذا أمر لا يتعارض مع النصوص القانونية، إذ يعد مشروعًا قانونًا ؛ بل ومتوافقًا مع " مبدأ العقد شريعة المتعاقدين"، و"مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود"، وهما مبدآن عبرت عنهما النصوص السابقة مؤكدة ضرورة تنفيذ جهة الإدارة

Published by Scholarworks@UAEU, 2022

لالتزاماتها المنصوص عليها في العقد وفق شروطها، وبحسن نيه، لذا يمكن القول بأن الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية في المملكة يعد تصرفًا قانونيًا مشروعًا ومعترفًا به إذا تم من قبل جهة الإدارة.

أما بالنسبة للمتعاقد مع جهة الإدارة فإن الحظر من الامتناع عن التنفيذ لا يمنع المتعاقد واقعيًا من القيام به، فعلى سبيل المثال إذا أخلت جهة الإدارة بالتزامها التعاقدي بتمكين المتعاقد من استلام موقع المشروع للقيام بأعمال الحفر، فالمتعاقد والحال هذه لا يستطيع تنفيذ التزامه، بل يصبح تنفيذ الالتزام بالنسبة له مستحيلًا، ومن ثم فامتناعه عن التنفيذ يكون مشروعًا.

وكذلك الحال إذا امتنعت جهة الإدارة عن سداد مستخلصات المقاول عن أعمال قام بتنفيذها، وهنا يستطيع أن يتوقف عن العمل فعليًا رغم وجود الحظر القانوني، وإذا قامت جهة الإدارة برفع دعوى قضائية لمطالبته بتنفيذ التزامه، يستطيع بكل سهولة أن يثبت أن جهة الإدارة أخلت بالتزاماتها التعاقدية، وهذا الإخلال ترتب عليه ضرر له، وهذا الضرر كان بسبب فعل جهة الإدارة، إذن تتوافر أركان المسؤولية الثلاثة (الخطأ والضرر وعلاقة السببية)، ويستحق المتعاقد التعويض الذي سيعادل في هذه الحالة قيمة ما يستحقه من مقابل عما قام به من أعمال أو يزيد، إذن الامتناع من قبل المتعاقد تم، وحصل على المقابل المالي لما قام به من أعمال، وهنا يستطيع أن يستكمل القيام بالأعمال، أو يحكم القاضي بفسخ العقد ...الخ.

ويتضح من المثال السابق أن وجود النصوص المانعة من تمسك المتعاقد مع جهة الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ لا تمنعه واقعيًا من القيام به؛ بل إن منعه يؤدي إلى حدوث نزاعات كثيرة أمام القاضي الإداري، والتأخير في تنفيذ بنود العقد أو استحالة تنفيذه، والإضرار بالمرافق العامة.

وترتيبًا على ما سبق يمكن القول بوجود تشابه بين المشكلات التي تثيرها النصوص القانونية في كل من مصر والمملكة؛ رغم الاختلاف بين النظامين في البناء القانوني للنصوص.

وهذا التشابه لم يمنع من وجود اختلاف في مدى الحظر الذي تقرره النصوص القانونية بين النظامين؛ إذ نجد ها في المملكة تتسم بالحظر المطلق، أما في مصر فالحظر جاء مرنًا يمكن

الخروج عليه بضوابط معينة يعرضها الباحث عند الحديث عن الحلول التشريعية.

ويتعين التأكيد أيضًا في هذا الصدد على أن هذا الحظر في صورته المطلقة أو المرنة يصطدم واقعيًا بحالات تعسف جهة الإدارة في استخدام سلطتها بإجبار المتعاقد معها على التنفيذ وعدم قدرته على الامتناع بإرادته عن التنفيذ لإخلالها بالتزاماتها، وهو الأمر الذي يدفع المتعاقد في أحيان كثيرة واقعيًا إلى التوقف الإجباري عن العمل لعدم استطاعته فعليًا الوفاء بالتزاماته.

المطلب الثاني

الحلول المقترحة للمشكلات التشريعية للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية

أعرض فيما يلي لبعض الحلول التشريعية التي يستنبطها الباحث من نصوص متفرقة صدرت حديثًا عن المشرع المصري والمنظم السعودي على النحو الآتي:

الفرع الأول

الحلول التشريعية المصرية

بادئ ذي بدء يتعين الإشارة إلى أن الدفع بعدم التنفيذ في مصر يعد معترفًا به في مجال العقود المدنية، أما في مجال العقود الإدارية فإن الباحث يرصد تحركًا حثيثًا نحو التخفيف من حدة حظر التمسك به من قبل المتعاقد مع جهة الإدارة.

أول ما يمكن رصده في هذا الشأن خلو النصوص القانونية المنظمة للعقود الإدارية المصرية من نص يُلزم المتعاقد مع جهة الإدارة بالاستمرار في التنفيذ في حال إخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها المتقابلة.

ويرصد الباحث بعض النصوص القانونية التي يمكن من خلالها استنباط وجود تحول حقيقي في موقف المشرع المصري على النحو الآتي:

Published by Scholarworks@UAEU, 2022

أولاً: الالتزام بالعدالة والشفافية والمساواة في العقود الإدارية

مما لا شك فيه أن الالتزام القانوني بمبادئ العدالة والشفافية والمساواة وتكافؤ الفرص في العلاقة التعاقدية بين جهة الإدارة والمتعاقدين معها سيؤدي في كثير من الأحيان إلى تنفيذ الالتزامات المتبادلة بسهولة ويسر ويعد وسيلة وقائية فعالة لمنع أسباب التمسك بالدفع بعدم التنفيذ من ناحية، كما أن العدالة والشفافية والمساواة والتكافؤ في العقود الإدارية تعد في ذات الوقت مبررًا مشروعًا يتيح لأي من طرفي العقد الامتناع عن تنفيذ التزامه لحين قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه المقابل من ناحية أخرى.

وترتيبًا على ما سبق يمكن القول وبحق إن إدراج مبادئ العدالة والشفافية والمساواة وتكافؤ الفرص في النصوص القانونية الحاكمة للعلاقات في مجال العقود الإدارية تعد سندًا قانونيًا ودليلًا على المشروعية القانونية للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ بطريق غير مباشر، وبدون إتاحة هذا الحق لطرفي العقد فلا جدوى من العدالة والشفافية وتكافؤ الفرص.

ومن بين النصوص القانونية التي أكدت على ضرورة التزام طرفي العقد الإداري بمبادئ العدالة والشفافية وتكافؤ الفرص ما ورد بنص الفقرة (٣)، (٥) من م/ ٢ من القانون رقم ١٢٨ لسنة ٢٠١٨م بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة[٤] ؛ 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".

وأكدت على المعنى السابق أيضًا نص م/ ٦ من القانون السابق مقررة أنه " تخضع طرق التعاقد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون لمبادئ الشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص".

(٤) نشر بالجريدة الرسمية المصرية عدد ٣٩ مكرر (د) في ٣ أكتوبر ٢٠١٨م.

وجاءت اللائحة التنفيذية للقانون بعاليه رقم ٦٩٢ لسنة ٢٠١٩م(٥) لتؤكد على ضرورة الالتزام بالمبادئ السابقة، حيث أكدت م/ ٤ منها على أنه " تخضع إجراءات وطرق وأساليب التعاقد لمبادئ الشفافية وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص ....ويسأل قانونًا كل من يخالف القوانين واللوائح النافذة ذات الصلة".

وأكدت كذلك م/ ٩ من اللائحة على ضرورة التزام الجهة الإدارية بتلك المعايير مقررة أنه "يجب على الجهة الإدارية عند تطبيق أحكام القانون وهذه اللائحة اتخاذ ما يلزم من تدابير لضمان تحقيق معايير ومبادئ تكافؤ الفرص وتعزيز الشفافية والنزاهة والعدالة والمساواة في المنافسة ....".

ثانياً: وضع آلية فعالة لحل النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية قبل اللجوء إلى القضاء

مما لا شك فيه أن امتناع أي من أطراف العقد الإداري عن تنفيذ التزاماته المقابلة لالتزامات الطرف الآخر عند إخلال الأخير بالتزامه، يمثل عملًا سلبيًا يلجأ إليه أحد أطراف العقد عند انقطاع السبل لديه لحل الخلاف أو حث الطرف الآخر على تنفيذ التزامه ؛ لذا فإن إيجاد وسيلة فعالة وناجعة لحسم هذه الخلافات، قد تجعل الامتناع عن التنفيذ – رغم وجود مبرره – إجراء غير فعال إذ يكون أمام من يتمسك بهذا الامتناع فرصة لإلزام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه المقابل، ومن ثم لا يلجأ لتلك الوسيلة السلبية، وإن لجأ إليها فإنها لن تستمر مدة زمنية طويلة وهو أمر لا شك سيخفف من الأضرار التي تنجم عن هذا الامتناع .

وبتصفح نصوص القانون رقم ١٢٨لسنة ٢٠١٨م ولائحته التنفيذية نجده وضع العديد من السبل الكفيلة بالإسراع في حل المشكلات القانونية بين طرفي العقد، والقضاء عليها عند ظهورها، ومن بين هذه النصوص ما يلي:

(٥) صدرت بالقرار الوزاري رقم ٦٩٢ لسنة ٢٠١٩م، ونشرت بالوقائع المصرية في العدد ٢٤٤ تابع (ب) في ٣١ اكتوبر ٢٠١٩م.

(١) إنشاء مكتب للشكاوى تابع لوزير المالية

نصت م/ ٥ من القانون ١٢٨ لسنة ٢٠١٨م على أنه " يتولى مكتب شكاوى التعاقدات العمومية التابع لوزير المالية مباشرة تلقي الشكاوى المتعلقة بأي مخالفة لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية وفحصها واتخاذ قرار في شأنها دون مقابل ما لم تتطلب دراستها خبرات فنية متخصصة تمكنه من البت فيها، وتكون قراراته ملزمة لطرفي الشكوى، ويجب على الجهة الإدارية تنفيذ القرار خلال مدة لا تجاوز سبعة أيام من تاريخ تسلمه ودون أن يخل ذلك بحق مقدم الشكوى في اللجوء للقضاء".

(٢) اتباع تدابير فعالة لنظر الشكاوى

نصت م/٦ من اللائحة التنفيذية للقانون ١٢٨لسنة ٢٠١٨م على أنه " تلتزم إدارة التعاقدات بدراسة الشكاوى المقدمة لها، ويجوز لها الاستعانة بمن تراه من المختصين بحسب طبيعة الشكوى المقدمة، وترفع تقريرًا مفصلاً للسلطة المختصة بنتيجة ما انتهت إليه دراستها من قرارات لاعتمادها وذلك كله خلال مدة لا تجاوز خمسة أيام من تاريخ استلام الشكوى المستوفاة، وفي حالة صحة الشكوى يجب أن يتضمن القرار المعتمد من السلطة المختصة التدابير الواجب تنفيذها لإزالة أسبابها واتخاذ أي إجراءات يوصى بها".

(٣) تعيين مسئول لإدارة العقد

مما لا شك فيه أن انفراد الجهة الإدارية بسلطة عليا في العقد الإداري، يجعل المتعاقد معها في مركز الطرف الأضعف، وهو ما يجعله يلجأ واقعيًا إلى التوقف عن العمل لإخلال جهة الإدارة بالتزاماتها.

وهنا تأتي أهمية وجود طرف يوازن بين المصالح المتعارضة محل العقد الإداري، ويسعى جاهدًا لحل التعارض في المصالح بين الطرفين متسلحًا بنصوص قانونية تعطيه عدداً من الصلاحيات، وتسهم إلى حد كبير في إزالة أسباب التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية.

وهذا الطرف هو" مسؤول إدارة العقد "، حيث نصت م/ ٨٧ من اللائحة التنفيذية للقانون

١٢٨لسنة ٢٠١٨م على أنه " ...يتولى مسئول إدارة العقد المهام الآتية:

١- مراجعة شروط العقد والبرنامج الزمني للتوريد أو التنفيذ والتأكد من تنفيذه وفقاً للشروط والمواصفات.

٢- التأكد من قيام المتعاقد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية، وحل أي خلافات تطرأ أولاً بأول.

٣- حل المشاكل الفنية والمالية والقانونية ذات الصلة بالعقد ودون تأخير.

٤- الحفاظ على علاقات عمل جيدة بين طرفي العقد.

٥- التأكد من أن إجراءات استلام المستحقات المالية تتم دون تأخير وفي حالة التأخير يقوم برفع مذكرة للسلطة المختصة مبينًا فيها مبررات التأخير ومبررات إزالة أسبابه."

وأكدت أيضًا على المعنى السابق م/ ٩٨ من ذات اللائحة مقررة أنه " يتعين على مسؤول إدارة العقد بقدر الإمكان العمل على إزالة أية عقبات، أو مشكلات قد تؤدي إلى التأخير في تنفيذ العقد سواء كان بسبب راجع للجهة الإدارية او المتعاقد، وفي حالة حدوث تأخير في البرنامج الزمني، أو في تنفيذ العقد خارجًا عن إرادة المتعاقد فيجوز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاؤه مهلة لإتمام التنفيذ دون تحصيل مقابل تأخير منه ".

(٤) مواجهة حالات امتناع جهة الإدارة عن الاستلام

قد يحدث أن تمتنع جهة الإدارة عن استلام مرحلة من مراحل تنفيذ المشروع؛ تعسفًا منها ورغبة في حرمان المتعاقد من المقابل المادي لهذه المرحلة، وهذا الامتناع قد يجعل المتعاقد معها مضطرًا للامتناع عن تنفيذ المراحل التالية؛ لذا تدخل المشرع القانوني المصري وأوجب على جهة الإدارة استلام محل التعاقد في المواعيد المحددة.

وهذا ما أكدت عليه م/ ٩٩ من اللائحة التنفيذية للقانون ١٢٨لسنة ٢٠١٨م مقررة أنه " يجب على الجهة الإدارية استلام محل التعاقد في المواعيد المحددة بالعقد حال مطابقتها للمواصفات والشروط المتفق عليها بالعقد، وللمتعاقد حال تقاعس الجهة المتعاقدة عن

Published by Scholarworks@UAEU, 2022

الاستلام التقدم بطلب للسلطة المختصة لتشكيل لجنة محايدة لدراسة أسباب التقاعس ...ويكون تقريرها ملزمًا للطرفين ".

(٥) استبدال الحلول الودية كبديل لإلزام المتعاقد بالتنفيذ رغم إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها

لا وجود في النصوص القانونية المصرية الحالية المنظمة للعلاقات التعاقدية الإدارية لنص يلزم المتعاقد مع جهة الإدارة بتنفيذ التزاماته في حال إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها، واكتفت تلك الأخيرة بالتأكيد على ضرورة التزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية، واستنفاد كافة البدائل الممكنة للوصول إلى حلول تتفق مع شروط العقد.

ويؤكد الاستنتاج السابق على إعلاء " مبدأ العقد شريعة المتعاقدين "، واللجوء دائمًا إلى الالتزامات التعاقدية كمعيار للتحقق من قيام أطراف العقد الإداري بالتزاماتهم، وهو تحول يعيد الأمور إلى نصابها الصحيح، فالمصلحة العامة لا يمكن أن تكون على حساب التعسف في مواجهة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

ولقد أكدت على المعنى السابق م/ ٩١ من القانون ١٢٨ لسنة ٢٠١٨م مقررة أنه " يجوز لطرفي العقد في حال حدوث خلاف أثناء تنفيذه، وقبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم بحسب الأحوال، الاتفاق على تسويته عن طريق التوفيق أو الوساطة، وذلك إذا تضمنت شروط الطرح أو العقد جواز ذلك، وبموافقة السلطة المختصة مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد".

وذهبت م/ ١٠١ من اللائحة التنفيذية للقانون السابق في ذات الإطار مقررة أنه " يتعين على المتعاقد بذل أقصى جهد للالتزام بتنفيذ التزاماته التعاقدية وفقاً لما اشتمل عليه العقد، وفي حاله إخلاله بأي شرط جوهري تضمنته شروط العقد، فعلى إدارة التعاقدات استنفاد كافة البدائل الممكنة للوصول إلى حلول تتفق مع شروط العقد".

وكذلك وجهت م/ ١٠٨ من ذات اللائحة الأمر إلى طرفي العقد (الجهة الإدارية والمتعاقد معها) بضرورة الالتزام ببنود العقد والتوصل الى اتفاق لحل الخلافات بينهما مقررة أنه ".. على طرفي العقد بذل أقصى جهة للالتزام ببنود التعاقد طوال مدة تنفيذه طبقًا لما اشتمل عليه .....٤- يتم توجيه الدعوة للمتعاقد لعقد اجتماع مع مسؤول إدارة العقد أو ممثل الجهة الإدارية بحسب الأحوال خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ ظهور الخلاف وذلك لمناقشته، ٥- إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق يتم اللجوء إلى القضاء أو التحكيم بحسب ما تنص عليه شروط التعاقد".

(٦) الالتزام بإجراءات مالية فعالة

الحقوق المالية للمتعاقد مع جهة الإدارة تمثل الجانب الرئيس في تعثر تنفيذ الالتزامات في العقد الإداري، لذا فإن وضع ضوابط وإجراءات صارمة وملزمة لطرفي العقد يؤدي إلى إزالة أسباب الامتناع الإرادي أو الاضطراري عن تنفيذ الالتزام المقابل، وهذا هو ما تنبه إليه المشرع المصري حديثًا؛ إذ وضع آليات لتنفيذ الالتزامات المالية على النحو الآتي:

(أ) التأكد من توافر الاعتمادات المالية قبل البدء في إجراءات الطرح

أكدت م/ ١١ من القانون ١٢٨لسنة ٢٠١٨م على أنه " يجب على الجهة الإدارية قبل البدء في اتخاذ إجراءات الطرح التحقق من توافر الاعتمادات المالية المخصصة لديها لتنفيذ موضوع التعاقد على أن تتضمن شروط الطرح ما يفيد ذلك، ويكون التعاقد في حدود الاحتياطيات الفعلية الضرورية ...على أن يتم الصرف في حدود الاعتمادات المالية المقررة، ويحظر التعاقد بقصد استنفاد الاعتمادات المالية، كما يحظر التعاقد في الشهر الأخير من السنة المالية إلا في الحالات الاستثنائية التي تفتضيها ضرورة العمل وبموافقة السلطة المختصة".

وأكدت م/ ١٤ من اللائحة التنفيذية للقانون السابق على أنه " يتعين عند التخطيط والإعداد لأي عملية الأخذ في الاعتبار العوامل والخطوات الآتية ....٣- التأكد من وجود تقديرات مالية محدثة ودقيقة لمحل التعاقد، وتوافر التمويل المطلوب لها بموازنة الجهة ....".

ونصت م/ ١٥ من اللائحة السابقة على أنه " يحظر على الجهات الخاضعة لأحكام القانون وهذه اللائحة النشر على بوابة التعاقدات العامة والإعلان أو توجيه الدعوات، بحسب الأحوال، لأي عملية للتعاقد ...ما لم يكن لها اعتماد مالي".

(ب) صرف الدفعات المقدمة تبعًا للتقدم في تنفيذ الأعمال

نصت م/ ٩٣ من اللائحة السابقة على أنه " ...وفي مقاولات الأعمال تصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعًا لتقدم العمل وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه المستخلص لها تلتزم خلالها بمراجعة المستندات على النحو الوارد بشروط التعاقد ....وفي جميع الأحوال، إذا لم يتم الوفاء بالمبالغ المستحقة للمتعاقد في المواعيد المحددة بالعقد تلتزم الجهة الإدارية بأن تؤدي للمتعاقد ما يعادل تكلفه التمويل لقيمة المطالبة، أو المستخلص المعتمد عن فترة التأخير وفقاً لسعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزي وقت المحاسبة شريطة تقديم مستندات رسمية بالمبالغ المطالب بها، ويحال المتسبب للتحقيق مع تحميله تبعة ذلك ".

(ج) تحديد فترات ملزمة لسداد مستحقات المتعاقد

نصت م/ ٤٥ من القانون ١٢٨ لسنة ٢٠١٨م على أنه " مع مراعاة شروط التعاقد يصرف ثمن الأصناف الموردة أو الخدمات المؤداة في أقرب وقت ممكن وبما لا يجاوز ثلاثين يوماً تحسب من تاريخ الفحص والقبول والاعتماد، وفي مقاولات الأعمال تصرف الجهة الإدارية دفعات تحت الحساب تبعًا لتقدم العمل، وذلك خلال ستين يوماً تحسب من تاريخ تقديم المستخلص لها معززًا بالمستندات على النحو الوارد بشروط التعاقد، وقبول هذه المستندات من الجهة الإدارية، وتلزم خلالها بمراجعته والوفاء بقيمة ما يعتمد، ويجوز للمقاول في حالة رفض الجهة الإدارية استلام المستخلص المستوفي لشروط التعاقد إرساله مرفقاً به كافة المستندات المبينة بشروط التعاقد بكتاب يرسل بخدمة البريد السريع عن طريق الهيئة القومية للبريد، على أن يكون تاريخ استلام الجهة الإدارية للمستخلص بالبريد هو بداية المدة اللازمة للبدء في إجراءات الصرف.

وفي جميع الأحوال إذا لم يتم الوفاء بالمبالغ المستحقة للمتعاقد في المواعيد المحددة تلتزم الجهة الإدارية بأن تؤدي للمتعاقد تكلفة التمويل لقيمة المطالبة أو المستخلص المعتمد عن فترة

التأخير وفقاً لسعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزي وقت المحاسبة شريطة تقديم مستندات رسمية بالمبلغ المطالب به، ويحال المتسبب للتحقيق مع تحميله بقيمة ذلك "

والفقرة الأخيرة من النص السابق تمثل – فيما أرى – تحولًا كبيرًا في العلاقة بين طرفي العقد الإداري إذ تسمح بدفع مقابل تأخير للمتعاقد عند تأخر جهة الإدارة في تنفيذ تعاقداتها، وهو لا شك أمر سيحد كثيرًا من تعسف جهة الإدارة، كما أنه يمثل تغيراً جوهريًا في طبيعة العقود الإدارية في مصر نحو التحول إلى التوازن في المراكز القانونية بين طرفي العقد، بما يسهم بشكل كبير في حماية المتعاقدين مع جهة الإدارة.

(د) السماح بتعديل الأسعار

أكدت م/ ٤٧ من القانون السابق أنه " في عقود مقاولات الأعمال التي تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر، تلتزم الجهة الإدارية في نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية من التاريخ المحدد لفتح المظاريف أو تاريخ التعاقد المبني على أمر بالاستناد بالاتفاق المباشر بحسب الأحوال، بتعديل قيمة العقد وفقاً للزيادة أو النقص في تكاليف بنود العقد ...ويكون هذا التعديل ملزمًا لطرفي العقد ...".

(٧) الالتزام بحسن النية

مما لا شك فيه أن امتناع طرف من أطراف العقد عن تنفيذ التزاماته إضرارًا بالطرف الآخر قد يجعل الأخير يضطر للامتناع عن تنفيذ التزامه، لذا كان لزامًا تدخل النص القانوني للتأكيد على ضرورة تنفيذ الالتزامات في العقود الإدارية بحسن نية، وهو ما يسهم بشكل كبير في الحد من القضاء على أسباب الامتناع عن التنفيذ من قبل طرفي العقد الإداري.

ومن النصوص التي أكدت على المعنى السابق ما ورد بنص م/ ٤٣ من القانون ١٢٨ لسنة ٢٠١٨م مقررة أنه " يكون تنفيذ العقود طبقًا لما اشتملت عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وفي الحدود ووفقًا للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بهذا القانون ولائحته التنفيذية".

(٨) مراجعة العقود من قبل مجلس الدولة

صياغة العقد الإداري، وإفراغ الالتزامات الواردة به في بنود العقد تحتاج إلى علم وفن قد لا يكون متوافرًا لدى الجهة الإدارية التي قامت بإعداد العقد أو أنموذجه، لذا تدخل المشرع القانوني المصري، وأسند مهمة مراجعة تلك العقود إلى جهة قضائية متخصصة هي مجلس الدولة كجهة قضاء إدارية متخصصة.

ولا يقتصر الأمر على مراجعة نصوص العقد وبنوده فقط بل يمتد ليشمل كافة الوثائق المرتبطة به، وتلك المراجعة سيترتب عليها إحكام الصياغة القانونية للالتزامات واستبعاد ما يخالف منها القانون، ومن ثم تكون الالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد واضحة ومشروعة لا لبس أو غموض فيها، لأن الذي سيقوم بمراجعتها يمتلك من الخبرة والكفاءة التي تمكنه من سد النقص والثغور التي تصيب العقود الإدارية.

ولقد أكدت م/ ٩٠ من القانون ١٢٨لسنة لسنة ٢٠١٨م المعنى السابق مقررة أنه " تتولى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة مراجعة مشروعات العقود التي تكون الجهة الإدارية طرفًا فيها، ونماذج كراسات الشروط، وأنماط العقود النموذجية والأدلة الإرشادية وغيرها مما هو منصوص عليه في م/ ١٩ من هذا القانون.

ويتضح مما سبق وبما لا يدع مجالًا للشك أن النصوص القانونية المصرية الصادرة حديثًا تسعى إلى التخفيف إلى حد كبير من تعسف جهة الإدارة، والحد من الآثار السلبية الناجمة عن منع المتعاقد مع جهة الإدارة من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ الذي أصبح الآن- فيما أرى – مبدأ قضائيًا يتعين هجرانه في ضوء النصوص القانونية المصرية الحالية.

الفرع الثاني
الحلول التنظيمية السعودية

رغم وجود نصوص نظامية سعودية صريحة تمنع المتعاقد مع جهة الإدارة من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية(٦)، إلا أن الباحث يستنبط موقفًا مغايرًا للموقف السابق لنصوص قانونية صدرت حديثًا على النحو الآتي:-

أولاً: الربط بين الإنجاز والمستحقات المالية للمتعاقدين

مما لا شك فيه أن ترك المتعاقد يقوم بتنفيذ كامل التزاماته، وامتناع جهة الإدارة عن الوفاء بالتزاماتها المالية تجاهه سوف يؤدي إلى ضرر جسيم بالمتعاقد مع جهة الإدارة، وقد يحدث العكس إذ قد يحصل المتعاقد مع جهة الإدارة على جزء كبير من مستحقاته المالية، ولا يقوم بتنفيذ ما يعادل هذه المستحقات من أعمال، لذا حاولت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودية الحالية أن تضع آلية عملية للتخفيف من الآثار السلبية لامتناع أحد طرفي العقد عن تنفيذ التزامه المقابل، بإقرارها نظام الدفعات، أو سداد مستحقات المتعاقد مع جهة الإدارة بما يعادل ما قام بإنجازه فعليًا، وألزمت جهة الإدارة بفترة زمنية محددة تسدد فيها المقابل المالي لما قام المتعاقد بتنفيذه فعلاً.

وهذا ما أكدت عليه 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، وذلك وفقاً للإجراءات الآتية:

١- يقوم المتعاقد بعد إنجاز نسبة من الأعمال، بحصر ما تم تنفيذه من الأعمال فعلًا،

---

(٦) يراجع نص الفقرة (٢) من م/ ٩٨ من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٤٤٢هـ وتاريخ ٢١/ ٣/ ١٤٤١هـ.

ومطابقتها مع جداول الكميات، وإعداد مستخلص شهري أو مرحلي وفقاً لشروط الدفع المحددة في العقد، ورفعه إلى الاستشاري أو إلى الجهة الحكومية مباشرة في حال عدم وجود استشاري.

٢- على استشاري المشروع بعد استلامه المستخلص، معاينة الأعمال المنجزة على الطبيعة والتأكد من مطابقتها للمواصفات وجداول الكميات المتفق عليها في العقد، وإعداد تقرير بذلك يتم رفعه مع المستخلص خلال عشرة أيام عمل من تاريخ استلام المستخلص.

٣- على الجهة الحكومية استكمال إجراءات اعتماد المستخلص، ورفع أمر الدفع إلى الوزارة خلال (خمسة عشر) يوم عمل من تاريخ استلامها تقرير الاستشاري أو المستخلص الذي يرفعه المتعاقد.

٤- تقوم الوزارة بصرف أمر الدفع خلال مدة لا تتجاوز (خمسة وأربعين) يوماً من تاريخ ورود أمر الدفع إليها.

وفي حال إعادة أمر الدفع للجهة الحكومية لغرض التعديل أو الاستيضاح، فتبدأ المدة الواردة في هذه المادة من تاريخ إعادة الجهة الحكومية إرسال أمر الدفع بعد استكمالها ما يلزم بشأنه.

وفي حال وجود خلاف بين استشاري المشروع والمتعاقد، يرفع الاستشاري مطالبة المتعاقد مرفقاً بها ما لديه من تحفظات إلى الجهة الحكومية خلال عشرة أيام عمل من تاريخ استلامه للمطالبة، وعلى الجهة الحكومية الفصل في موضوع الخلاف بينهما خلال (خمسة عشر) يوم عمل من تلقيها المطالبة، على أن تقوم الجهة الحكومية بصرف المستحقات التي لا تكون موضوع خلاف".

ويتضح من النص السابق أنه يضع آلية جيدة لحسم أي خلاف قد يحدث بسبب المستحقات المالية للمتعاقد عن كل مرحلة من مراحل التنفيذ، كما يمنح جهة الإدارة الحق في الرقابة المستمرة على أعمال المتعاقد، وهو الأمر الذي يقلل إلى حد كبير المشكلات التي قد تحدث نتيجة امتناع أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه وينتج عنها ضرر جسيم للطرف الآخر، ومن ثم يخفف

إلى حد كبير من حالات الامتناع غير المبرر عن التنفيذ.

ويعيب النص السابق أنه – رغم تحديد المدد – لم يضع حدًا أقصى للمدة الزمنية التي يستطيع المتعاقد مع جهة الإدارة أن يحصل خلالها على مستحقاته في حال إعادة أمر الدفع إلى جهة الإدارة لغرض التعديل أو الاستيضاح وإن كان يفهم من النص أن الحد الأقصى هو تسعون يوماً (٤٥ يوماً أولى يضاف إليها ٤٥ يوماً الثانية)، إلا أنه يتعين إضافة نص يحسم هذا الأمر.

وأقترح أن يكون النص على النحو الآتي: وفي جميع الأحوال لا يجوز أن تزيد المدة التي يتم فيها صرف مستحقات المتعاقد مع جهة الإدارة عن ٩٠ يومًا.

ثانياً: التخفيف على المتعاقد والسماح بمراجعة الأسعار

قد يعتمد المتعاقد في تنفيذ التزامه مع جهة الإدارة على سلع أو منتجات أو مواد خام يستوردها من الخارج وأثناء التنفيذ ترفع الجمارك هذه السلع أو تلك المنتجات، ويجد المتعاقد نفسه غير قادر على تنفيذ التزامه في العقد الإداري، ومضطراً للدفع بعدم التنفيذ.

وهنا يمكن تطبيق نظرية " الظروف الطارئة "[٧]، وفقاً لقواعد إعادة التوازن المالي في الفقه والقضاء الإداري، والتي تتيح للمتعاقد مع جهة الإدارة الحصول على تعويض جزئي عما أصابه من أضرار .

ولما كانت أحكام القضاء تحتاج إلى وقت لصدورها من جهة، وإمكانية تعسف جهة الإدارة في صرف هذه التعويضات لصالح المتعاقد من جهة أخرى، وهو ما يجعل الأخير مضطرًا للامتناع عن التنفيذ، تدخل المنظم السعودي لإجبار جهة الإدارة على دفع تعويض للمتعاقد

(٧) يقصد بهذه النظرية قيام حادث عارض لم يكن متوقعاً أثناء تنفيذ العقد خارج عن إرادة المتعاقدين بما يجعل تنفيذ التزام المتعاقد مع جهة الإدارة التزامًا مرهقًا، وهي بخلاف نظرية عمل الأمير التي يحدث فيها الإخلال باقتصاديات العقد نتيجة إجراء مشروع تقوم به الإدارة المتعاقدة نفسها، ولقد استقر القضاء الإداري على اعتبار الإجراءات التي تقوم بها السلطة التشريعية من قوانين ولوائح يترتب عليها فرض رسوم أو ضرائب جديدة من قبيل تطبيق نظرية الظروف الطارئة، يراجع د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية ،الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٤م، ص ٢٢٩- ٢٣٣

وتعديل أسعار العقد.

وهذا ما أكدت عليه نص المادة ١١٣ من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الحالي إذ أقرت آلية عملية لمواجهة هذه الحالات مقررة أنه " .... يتم تعديل أسعار العقد في الحالات المحددة بموجب المادة (الثامنة والستين) من النظام بالزيادة أو النقص وفقاً للأحكام الآتية:

أولاً: يتم التعويض في حال تعديل التعريفة الجمركية أو الرسوم أو الضرائب أو المواد أو الخدمات المسعرة رسمياً بالزيادة –بعد تاريخ تقديم العرض– مع مراعاة ما يلي:

١ – أن يثبت المتعاقد أنه دفع التعريفة الجمركية أو الرسوم أو الضرائب أو المواد أو الخدمات المسعرة رسمياً على أساس الفئات المعدلة بالزيادة نتيجة توريده مواد مخصصة لأعمال العقد.

٢ – ألا يكون تعديل التعرفة الجمركية أو الرسوم أو الضرائب أو المواد أو الخدمات المسعرة رسمياً قد صدر بعد انتهاء المدة المحددة لتنفيذ العقد.

٣– ألا يكون تحمل المتعاقد لها نتيجة لتأخره في التنفيذ إلا إذا أثبت أن التأخير كان بسبب خارج عن إرادته.

وفي جميع الأحوال، يخصم من المتعاقد مقدار الفرق في الرسوم أو الضرائب أو المواد أو الخدمات المسعرة رسمياً بعد تخفيضها؛ مالم يثبت المتعاقد أنه أداها على أساس الفئات قبل التعديل.

ثانياً :يتم التعويض عن زيادة أسعار المواد الأولية كالإسمنت أو الحديد أو الإسفلت أو الخرسانة الجاهزة أو الأخشاب أو الأنابيب أو الكابلات، أو أي مواد أولية أخرى يتم تحديدها من الوزارة أو بالاتفاق معها؛ وفقاً للشروط الآتية:

١ – أن يكون التغير في الأسعار واقعاً بعد تاريخ تقديم المتعاقد لعرضه.

٢ – ألّا يكون سبب ذلك عائدًا إلى التأخر في التنفيذ لأسباب تعود إلى المتعاقد.

٣- لا ينظر في تعديل أسعار البنود إلا فيما يتجاوز فيه تغير الأسعار في السوق للبند الواحد انخفاضاً أو ارتفاعاً ما نسبته (١٠٪)، وفقاً للمؤشرات السعرية التي تصدر عن الجهة ذات الاختصاص.

٤- أن يترتب على التغير في الأسعار ارتفاع في تكلفة العقد بنسبة تزيد على (٣٪) من قيمته الإجمالية

٥- يحسم من المتعاقد مقدار الفرق في أسعار المواد الأولية المحددة بموجب البند (ثانياً) من هذه المادة إذا انخفضت وفقاً للنسب والشروط المشار إليها في التعويض عن الزيادة.

ثالثاً: السماح للمتعاقد بتمديد مدة تنفيذ العقد إذا أخلت جهة الإدارة بالتزاماتها

في محاولة من المنظم السعودي للقضاء على أسباب امتناع المتعاقد مع جهة الإدارة عن الوفاء بالتزاماته أقر بحق المتعاقد في تمديد العقد والإعفاء من الغرامة إذا كان التأخير في التنفيذ يعود إلى جهة الإدارة.

وهذا ما أكدت عليه م/ ٦٤ من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الحالي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٢٨) وتاريخ ١٣/ ١١/ ١٤٤٠هـ [٨] مقررة أنه " يكون تمديد العقد والإعفاء من الغرامة في الحالات الآتية:

١. إذا كُلف المتعاقد معه بأعمال إضافية، بشرط أن تكون المدة المضافة متناسبة مع حجم الأعمال وطبيعتها وتاريخ التكليف بها.

٢. إذا كانت الاعتمادات المالية السنوية للمشروع غير كافية لإنجاز العمل في الوقت المحدد.

٣. إذا كان التأخير يعود إلى الجهة الحكومية أو ظروف طارئة.

---

(٨) نشر في ١/ ٨/ ٢٠١٩م، وتاريخ ٢٩/ ١١/ ١٤٤٠هـ.

٤. إذا تأخر المتعاقد معه عن تنفيذ العقد لأسباب خارجة عن إرادته.

٥. إذا صدر أمر من الجهة الحكومية بإيقاف الأعمال أو بعضها لأسباب لا تعود إلى المتعاقد معه."

وإذا كان النص السابق يسمح للمتعاقد بتمديد فترة تنفيذ العقد، فقد يتساءل البعض ما العلاقة بين ذلك وبين الدفع بعدم التنفيذ؟

الإجابة على التساؤل السابق تبدو سهلة ومنطقية، فالمتعاقد مع جهة الإدارة لا يلتزم فقط بتنفيذ الالتزام محل العقد الإداري؛ بل إنه ملتزم بالتنفيذ في الوقت المحدد وخلال المدة الزمنية المحددة في العقد، وأن تأخر كان من حق الإدارة أن تفرض عليه غرامة تأخير.

فالسماح للمتعاقد بتمديد مدة العقد والإعفاء من الغرامة هو بمثابة إقرار لمشروعية امتناع المتعاقد مع جهة الإدارة عن التنفيذ في الوقت المحدد في الحالات السابقة، ومن ثم نشوء حق قانوني ثابت له يقر بمشروعية هذا الامتناع، وهذا مثال واضح على محاولة القوانين السعودية التخفيف من حدة عدم جواز الامتناع عن التنفيذ في العقود الإدارية.

ويمكن القول إن المنظم السعودي في الفقرة (٥) من المادة السابقة قد طبق "نظرية عمل الأمير"[٩] إذ نص صراحة على حق المتعاقد في تمديد مدة العقد " إذا صدر أمر من الجهة الحكومية بإيقاف الأعمال أو بعضها لأسباب لا تعود إلى المتعاقد معها".

ولكن يلاحظ أن المنظم السعودي لم يطبق أحكام تلك النظرية بالكامل إذ لم يمنح للمتعاقد مع جهة الإدارة الحق في الدفع بعدم التنفيذ في حال إصدار جهة الإدارة قرارًا بإيقاف الأعمال كلياً؛ إذ ورد النص عامًا دون بيان المقصود بإيقاف الأعمال هل هو الإيقاف الكلي لجميع

(٩) يقصد بعمل الأمير ذلك الإجراء المشروع غير المتوقع الصادر عن جهة الإدارة المتعاقدة ويترتب عليه ضرر للمتعاقد الضار الصادر عن جهة الإدارة المتعاقدة، وينشئ هذا الإجراء للمتعاقد الحق في التعويض الكامل والدفع بعدم التنفيذ، يراجع في تعريف نظرية عمل الأمير وصورها والآثار المترتبة عليها د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧م، ص ١٨٤ وما بعدها.

الأعمال لفترة زمنية مؤقتة أم الإيقاف التام عن جميع الأعمال نهائياً؟، وورد بلا تحديد لفترة زمنية للعودة للقيام بالأعمال.

وأقترح في هذا الشأن أن يَمْنَح النص السابق للمتعاقد صراحة الحق في الدفع بعدم التنفيذ إذا صدر قرار جهة الإدارة بإيقاف الأعمال كلياً، أو جزئيًا إذا ترتب على أيهما استحالة تنفيذ العقد.

ويتضح في هذا الشأن أن المنظم السعودي أراد أن يوازن بين مصلحة طرفي العقد الإداري في الاستمرار في تمديد الفترة اللازمة لتنفيذ العقد الإداري وهو ما يحقق مصلحة للمتعاقد، وكذلك مصلحة جهة الإدارة في حرمان المتعاقد من حقه في الدفع بعدم التنفيذ والتعويض.

وهذه موازنة فيما أرى منتقدة إذ يتعين إعمال نظرية عمل الأمير بشكل كامل ويمنح للمتعاقد الحق في الدفع بعدم التنفيذ والتعويض إن كان له مقتض، على أن تترك تلك الموازنة للقاضي الإداري الذي ينبغي أن يُمْنَح دورًا رقابيًا فاعلاً في إعمال هذا الدفع باعتباره الأقدر على إجراء هذه الموازنة في ضوء ظروف كل حالة قضائية تعرض في دعوى منظورة أمامه.

رابعاً: تجزئة الالتزامات

قد يحدث في أحيان كثيرة أن تمتنع جهة الإدارة عن سداد كامل مستحقات المتعاقد معها، إذا امتنع عن استكمال ما تبقى من التزاماته ولو كان ما تبقى يسيرًا، وهنا نكون أمام تطبيق واضح للتعسف في استعمال الحق من قبل جهة الإدارة، إذ إنها استعملت حقها في التمسك بعدم جواز امتناع المتعاقد عن تنفيذ التزامه في الوقت الذي تخلت هي بالتزاماتها التعاقدية تجاهه.

وحلاً لتلك الإشكالية سمح المنظم السعودي بتجزئة التزامات المتعاقد، والسماح له بتصحيح الخلل الذي أصاب تنفيذ أي جزء منه، وهذه التجزئة لا شك مفيدة لطرفي العقد الإداري؛ إذ يتعين على جهة الإدارة سداد المستحقات المالية للمتعاقد عن الجزء الذي قام بتنفيذه على أرض الواقع، ومن ثم إذا امتنعت عن هذا السداد كان امتناعها موصومًا بعدم المشروعية، وكذلك الحال بالنسبة للمتعاقد.

Published by Scholarworks@UAEU, 2022

وهذه التجزئة تضع نظامًا متكافئًا -إلى حد ما - في العلاقة القانونية بين جهة الإدارة والمتعاقد معها، وتضع آلية للامتناع المشروع عن تنفيذ الالتزامات المتقابلة، بمعنى أنه لا يعد امتناع جهة الإدارة عن تنفيذ التزاماتها المالية المقابلة لما قام به المتعاقد من إنجاز لجزء من أعماله مشروعًا، وبمفهوم المخالفة يجوز لها أن تتمسك بامتناعها عن تنفيذ التزاماتها المقابلة لما لم يقم المتعاقد معها بالقيام به، وكذلك الحال بالنسبة للمتعاقد يستطيع أن يتمسك بالدفع بعدم تنفيذ التزاماته المستقبلية إذا لم تقم جهة الإدارة بتنفيذ التزاماتها المقابلة عن الأجزاء التي قام بإنجازها في السابق.

وهذا ما أكدت عليه الفقرة (١) من م/ ١٣٦ من لائحة نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودية الحالية مقررة أنه " إذا أخل المتعاقد بجزء واحد أو عدة أجزاء من المشروع، تنذره الجهة الحكومية لإصلاح أوضاعه خلال (خمسة عشر) يوماً. فإذا لم يمتثل المتعاقد، جاز لها تنفيذ هذا الجزء على حسابه بما لا يتجاوز الأسعار السائدة".

خامساً: حق المتعاقد في إنهاء العقد إذا امتنعت جهة الإدارة عن تسليم الموقع في عقود الإنشاءات العامة

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".

والمدة التي لا يحق قانونًا تجاوزها من قبل جهة الإدارة لتسليم الموقع للمتعاقد هي مدة ستين يوماً من تاريخ إبلاغ قرار الترسيه للمتعاقد وفق ما قررته فقرة (٢) من المادة / ٥٩ من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الحالي.

ولقد أوضحت أيضًا الفقرة (١) من المادة الثالثة والثلاثين بعد المئة من اللائحة التنفيذية

لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي أنه " للجهة الحكومية إنهاء العقد بالاتفاق بينها وبين المتعاقد في الحالات الآتية : ١- إذا تأخرت الجهة الحكومية في تسليم موقع العمل للمقاول مدة تزيد على المدة المحددة في الفقرة (٢) من المادة التاسعة والخمسين (مدة ٦٠ يومًا من تاريخ إبلاغ قرار الترسيه) وبعد إبلاغ المتعاقد للجهة الحكومية بذلك ومضي ثلاثين يومًا من تاريخ الإبلاغ دون قيامها بتسليم الموقع أو اتخاذ أي إجراءات مقبولة في سبيل ذلك ...".

ويتضح من النصوص السابقة أن المنظم السعودي حاول وبجدية مواجهة حالات تعسف جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد، ومطالبته بالتنفيذ رغم عدم تمكين المتعاقد من استلام موقع العمل في عقود المقاولات العامة.

وإذا كانت النصوص السابقة لم تتطرق صراحة لحق المتعاقد في الامتناع عن تنفيذ التزامه بالبدء في تنفيذ المشروع وذكرت فقط حقه في المطالبة بإنهاء العقد، إلا أن المتعمق لهذا الحق في المطالبة بإنهاء العقد يجده يتضمن بين طياته حتمًا توقف المتعاقد وامتناعه عن التنفيذ وحقه في الدفع بعدم التنفيذ كإجراء سابق ومنطقي على قيامه بالمطالبة بإنهاء العقد، فمن يملك طلب الإنهاء بلا شك يملك الدفع بعدم التنفيذ.

وإذا عجزت جهة الإدارة عن تمكين المتعاقد من استلام موقع المشروع أو اتخاذ إجراء مقبول خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المتعاقد لها برغبته في إنهاء العقد، فإنه على جهة الإدارة أن تنهي هذا العقد.

وأرى أن إنهاء العقد الإداري في هذه الحالة يتعين ألا يكون خاضعًا لإرادة جهة الإدارة؛ بل يتعين أن ينقضي بقوة القانون، وإلا ما كانت هناك حاجة إلى المدد المذكورة، وأقترح أن يعدل النص بحذف عبارة " للجهة الحكومية إنهاء العقد " واستبدالها بعبارة " ينقضي العقد بين الجهة والمتعاقد معها في الحالات الآتية ...".

وقد يعترض البعض على المقترح السابق بحجة أن منح أطراف العقد صلاحية الاستمرار فيه من عدمه، سيفقد الجهة الإدارية امتيازها باعتبارها الطرف الأعلى في العلاقة القانونية،

وكونها صاحبة الحق الأصيل في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

وردًا على الاعتراض السابق يمكن القول وبحق أنه لا مجال للحديث عن سلطة جهة الإدارة هنا، أو إرادة مشتركة لطرفي العقد لسبب بسيط ومنطقي يتمثل في استحالة تنفيذ العقد، لاستحالة تنفيذ المتعاقد للمشروع كونه لم يتسلم الموقع المخصص للعمل، وهنا محل تنفيذ الالتزام غير موجود، وهو ركن أصيل من أركان العقود كافة ومن بينها العقود الإدارية، وبتخلفه يفقد العقد ركنًا من أركانه مما يستوجب بطلانه بطلانًا مطلقًا.

ويمثل موقف المنظم السعودي على النحو السابق تطبيقًا لنظرية "فعل الأمير"(١٠)؛ إذ إن الضرر الاستثنائي غير المتوقع الذي أدى إلى الإضرار بالمتعاقد مع جهة الإدارة في هذه الحالة وأدى إلى عدم تمكنه من استلام المشروع والبدء في التنفيذ، إنما هو إجراء صادر عن جهة الإدارة المتعاقدة، ويمكن توصيفه على أنه قرار "سلبي"(١١) بالامتناع عن تسليم المشروع، إذ إن مرور مدة ستين يوماً دون تسليم المشروع يعد قرارًا سلبيًا برفض التسليم.

وبمقارنة موقف المشرع المصري والمنظم السعودي يمكن القول وبحق أنهما لم يستطيعا الصمود طويلًا أمام الضرورات العملية التي تعلن وبقوة ضرورة الاعتراف بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، أو على الأقل التخفيف من حدة الحظر المفروض على التمسك به.

كما يمكن القول بأن النصوص القانونية في كل من البلدين قد حاولت جاهدة التخفيف من حدة منع الاعتراف بهذا المبدأ، من خلال تجزئه الالتزامات، والربط بين استحقاقات

(١٠) يراجع د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٢٩- ٢٣٣

(١١) القرارات الإدارية السلبية هي القرارات التي تمتنع جهة الإدارة عن اتخاذها في الوقت الذي تلزمها القوانين أو اللوائح باتخاذ هذه القرارات، وقد اعتبر الباحث امتناع جهة الإدارة في هذه الحالة عن تسليم المشروع خلال المدة القانونية التي نصت عليها فقرة (١) من المادة الثالثة والثلاثين بعد المائة من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية بمثابة قرار سلبي برفض التسليم، يراجع في التعريف بالقرار السلبي، د. جمال عباس أحمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، مصر، ٢٠٠٧م، ص ١٥٢.

المتعاقد وما قام به من إنجاز على أرض الواقع، والسماح بتعديل الأسعار بتوافر شروط معينة، وتمديد مدة العقد عند تأخر المتعاقد في التنفيذ بسبب إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها.

أما نقاط الاختلاف بين الموقفين فنجدها تتمحور حول سماح النصوص القانونية السعودية للمتعاقد بطلب إنهاء العقد إذا تأخرت جهة الإدارة عن تسليم الموقع خلال مدة ستين يوماً من تاريخ إبلاغ قرار الترسيه، وهذا إجراء مستحسن يسهم بشكل كبير في الحد من تعسف جهة الإدارة، ويمنح المتعاقد معها الحق في الدفع بعدم التنفيذ وطلب إنهاء العقد الإداري

وعلى الجانب الآخر نجد النصوص القانونية المصرية جاءت مرنه تلزم أطراف العقد الإداري بمبادئ عامة مثل حسن النية والعدالة والشفافية والمساواة وتكافؤ الفرص، وهذه المرونة تفتح للقاضي الإداري أبوابًا واسعة نحو الاعتراف بمشروعية الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية.

كما جاءت نصوص القانون المصري في هذا الشأن أكثر حزمًا في الإجراءات الوقائية لمنع حدوث المشكلات القانونية التي تؤدي إلى لجوء أطراف العقد الإداري إلى الامتناع الاختياري أو الإجباري عن تنفيذ التزاماتهم المتقابلة، ومن بين أهم تلك الوسائل إلزام الجهة الإدارية قبل البدء في إجراءات الطرح بتوفير الاعتمادات المالية للمشروع، وفرض عقوبات قانونية على كل من يخالف الالتزامات الواردة في تلك النصوص.

ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل وضعت النصوص القانونية المصرية آلية فعالة لحسم النزاعات بين طرفي العقد الإداري من خلال إنشاء مكاتب للشكاوى تتبع وزير المالية مباشرة، وتعيين مسؤول لإدارة العقد ...الخ، وأخضعت العقود الإدارية لمراجعة من قبل جهة قضائية هي صاحبة الاختصاص في نظر المنازعات المتعلقة بتلك العقود، ومن ثم فهي الأقدر على اكتشاف ما يصيب تلك العقود وما يتعلق بها من مشكلات قانونية في جانب التطبيق العملي.

وانطلاقًا مما سبق أقترح على المنظم السعودي أن يحذو حذو نظيره المصري، ويضع آلية قانونية لنظر الشكاوى المتعلقة بالعقود الإدارية قبل اللجوء إلى القضاء، والسماح لديوان المظالم بمراجعة عقود الإدارة الحكومية، وهذان الاقتراحان من شأنهما أن يخففا الضغط الكبير على

المحاكم الإدارية السعودية، كما يؤديان إلى توفير الكثير من الأموال على الخزانة العامة للدولة من خلال الحد من صدور أحكام تعويض في مواجهة الجهات الحكومية التي تتحملها الخزانة العامة للدولة في نهاية المطاف.

المبحث الثاني

موقف القضاء الإداري من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية

انعكست المشكلات التشريعية على الواقع القضائي بشأن التطبيق العملي للدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، ويمكن تناول تلك المشكلات في كل من النظام القضائي الإداري المصري والسعودي في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول

موقف القضاء الإداري المصري

تأثر القضاء الإداري في مصر إلى حد كبير بنظيره الفرنسي الذي لم يعترف في بادئ الأمر بمشروعية الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية(١٢).

وتدور مبررات هذا الموقف حول الطبيعة الخاصة للعقد الإداري، ويدل على ذلك ما ورد بأحكام القضاء الإداري من نصوص على النحو الآتي:

---

(12) Ce 3 Mars 2010, commune de garges-les Gonesse; reg n° 323076. le présent contrat se trouverait suspendu, résolu ou résilié de plein droit et sans indemnité d'aucune sorte en cas d'accidents indépendants des parties reconnus de force majeure nécessitant la fermeture de la plupart des salles de spectacles tels que: calamités publiques, guerre, révolution, émeute, mouvement populaire, accident de la circulation, deuil national, grève, épidémie, maladie dûment constatée d'un artiste et tout autre cas de force majeure. Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 03/03/2010, 323076, Inédit au recueil Lebon. ; Cour administrative d'appel de de Douai - 1re chambre - formation à 3 -13 décembre 2007 / n° 05DA01520. https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CAA_DOUAI_2007-12-13.
ويراجع كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم٩٦٨٩ لسنة ٤٩ ق، جلسة ١٧/ ٠١/ ٢٠٠٦. مشار إليه في: مستشار: محمد ماهر أبو العنين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقًا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى ٢٠٠٩، الكتاب الثالث، ص٢٦٥، ٢٦٦.

(١) قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن "العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف تسييره وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية، إذ هي في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري[١٣].

(٢) قضت المحكمة الإدارية العليا أيضًا بأنه " .... لا وجه لما ذهب إليه الطاعن بصفته أنه يحق للمتعاقد الدفع بعدم التنفيذ تأسيسًا على أن تنفيذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد إعمالًا لحكم المادة ١٦١ من القانون المدني لا يتلاءم مع طبيعة العقد الإداري، حيث إن الأصل في تنفيذ العقود الإدارية أنه لا يسوغ للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يتمسك بالامتناع عن تنفيذ التزاماته العقدية بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى إخلال الجهة الإدارية المتعاقدة بأحد التزاماتها قبله، وإنما يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب الإدارة بالتعويض إن كان له محل، وذلك لأنه يرتبط بعقد إداري يسهم في تسيير أحد المرافق العامة، وهو ما يتجافى مع الدفع بعدم التنفيذ من جانب المتعاقد مع الإدارة "[١٤].

(٣) قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بأنه " من المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يهدف العقد الى تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة. ولما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام، فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ ما دام ذلك في استطاعته ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها إن كان لذلك مقتضى، وكان له فيه وجه حق، فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد

---

(١٣)حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٦١١ لسنة ٤٥ق، جلسة ٢٦/ ١٢/ ٢٠٠٦م

(١٤)حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رق ٩٦٨٩، لسنة ٤٩ق، جلسة ١٧/ ١/ ٢٠٠٦م.

Published by Scholarworks@UAEU, 2022

بإراداته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن نتيجة فعله السلبي "[١٥].

الفرع الأول
المشكلات القضائية في المملكة

رغم ندرة الأحكام القضائية في المملكة التي تتحدث عن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إلا أن ما ورد منها ينكر التمسك به في مجال العقود الإدارية مؤسسًا هذا الإنكار على تعارض هذا الدفع مع الطبيعة الخاصة للعقد الإداري.

وهذا ما أكد عليه ديوان المظالم في أحد أحكامه مقررًا أنه " لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ العقد استنادًا إلى تخلف الجهة الإدارية عن تنفيذ التزاماتها، وحيث إن المقرر وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة من أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يهدف العقد إلى تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، وبالتالي لا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق العام بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بأحد التزاماتها العقدية قبله، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ ما دام ذلك باستطاعته، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها إذا كان لذلك مقتضى وكان له وجه حق فيه، فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته على تبعة فعله السلبي " [١٦].

ويتضح مما سبق أن المشكلة القضائية في عدم الاعتراف بمبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية في كل من مصر والمملكة تتمحور في التعارض بين التمسك بهذا الدفع والطبيعة الخاصة للعقد الإداري، تلك الطبيعة التي تأبى على السماح للمتعاقد مع جهة الإدارة بالامتناع

(١٥) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٤٩١٢، لسنة ٤٥ ق، جلسة ١٦/ ٥/ ٢٠٠٦م، مجموعة أحكامها من ١٩٦٥ إلى ٢٠٠٨م

(١٦) قضية رقم ٤٢٧٠/ ١/ ق لعام ١٤٢٧هـ، جلسة ١٤٢٩هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٩هـ، المجلد الخامس، ص ٢٢٥٣، ٢٢٥٤.

عن تنفيذ التزاماته التعاقدية؛ إذا أخلت جهة الإدارة بالتزاماتها المقابلة حماية للمرفق العام حامي المصلحة العامة والمدافع عنها.

المطلب الثاني

الحلول المقترحة لموقف القضاء الإداري من الدفع بعدم التنفيذ في العقود

رغم عدم الاعتراف القضائي الصريح بمبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية ومصر، إلا أنني أستطيع أن أرصد خروج بعض الأحكام القضائية في البلدين صراحة وضمنًا على هذا المبدأ لاعتبارات واقعية عديدة، وهو ما يدلل على ضرورة الاعتراف به وفق ضوابط معينة على النحو الآتي:

الفرع الأول

الاعتراف الصريح بجواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية في مصر

رغم المواقف المؤيدة للتمسك بعدم جواز تمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ في القضاء الإداري المصري؛ إلا أن الباحث يرى جواز الاعتراف الصريح به مدعمًا رأيه بوجود عدد من الأحكام الصادرة عن ذات القضاء تقر بجواز التمسك به صراحة معلنة وجود مبررات وحالات واقعية توجب هذا الاعتراف على النحو الآتي:

أولاً: التمسك بالدفع عند الإخلال باقتصاديات العقد

أجاز القضاء الإداري المصري التمسك صراحة بالدفع بعدم التنفيذ إذا ترتب على امتناع أحد طرفي العقد عن تنفيذ التزامه وترتب على ذلك إخلال بالحقوق المالية لأحد الطرفين، ومن الأمثلة على ذلك حق جهة الإدارة – في حالة توقف الأعمال عن الحد المعقول نتيجة إخلالها بالتزامها – أن تعيد النظر في الأسعار المتعاقد عليها أصلاً، وذلك في ضوء الأسعار السائدة عند مواصلة التنفيذ.

Published by Scholarworks@UAEU, 2022

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ٩/ ٢/ ١٩٩٩م والتي قررت " أنه ولئن كان لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتقاعس أو يمتنع عن تنفيذ التزاماته إذا تأخرت في صرف مقابل الأعمال، وكان من الجائز الاتفاق على خلاف هذا الأصل متى كان عدم صرف هذا المقابل سوف يعجزه عن تنفيذ التزاماته في الميعاد المحدد، فإنه إذا استطالت مدة التأخير في صرف المقابل بسبب عدم توافر الاعتماد المالي، وتجاوزت مدة توقف الأعمال الحد المعقول نتيجة لذلك، فإن لجهة الإدارة في هذه الحالة أن تعيد النظر في الأسعار المتعاقد عليها أصلاً، وذلك في ضوء الأسعار السائدة عند مواصلة التنفيذ حتى لا تختل اقتصاديات العقود وتجور المصلحة العامة على المصلحة الفردية على نحو يعوق المتعاقد مع الإدارة على النهوض بتنفيذ التزاماته، وليس في ذلك ما يخالف النظام العام، إذ إنه يعد تطبيقًا لقواعد العدالة ومقتضيات حسن النية"(١٧).

ثانياً: التمسك بالدفع بإرادة طرفي العقد

منح القضاء الإداري المصري لطرفي العقد الإداري سلطة الاتفاق على جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ بالنص على ذلك في العقد، إعلاء لمبدأ سلطان الإرادة، وفي خروج واضح على قاعدة عدم جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية.

وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها بتاريخ ١٨/ ١٢/ ١٩٧١م ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن " الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية ضمانًا 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 قبلها "(١٨).

(١٧) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في الطعن رقم ٤٠٦٣ لسنة ٤١، بجلسة ٩/ ٢/ ١٩٩٩م.

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

كما قضت المحكمة الإدارية العليا أيضًا بأحقية المتعاقد في إضافة مدة التأخير في صرف المستخلصات إلى مدة تنفيذ العملية، استنادًا للشروط التي أوردها المتعاقد في عطائه.

وهذا ما أكدته في أحد أحكامها مقررة "إن 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 يوماً 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 ٢١/ ٣/ ١٩٨٨، ومع ذلك لم تصرف إلا بتاريخ ٣/ ١٢/ ١٩٨٨م لعدم توافر الاعتمادات المالية، أي أن الجهة الإدارية تأخرت في صرفها ٢٥٢ يوماً يخصم منها خمسة عشر يوماً المقررة للمراجعة، ومن ثم مدة التأخير ٢٣٧ يوماً يتعين لإضافتها لمدة العملية طبقًا لما اتفق عليه الطرفان، عملاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المتقدم بيانها، وبالتالي يكون المطعون ضده قد سلم الأعمال خلال الميعاد المقرر له، طبقًا لما تم الاتفاق عليه، ويكون توقيع غرامة تأخير بمبلغ ٢٥٢٦٣ جنيها مفتقدًا لسنده الذي يبرره ومخالفًا للشروط التي تم التعاقد في ظلها [١٩].

ثالثاً: التمسك بالدفع استنادًا إلى قواعد العدالة وحسن النية

أجاز القضاء الإداري المصري التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية صراحة عند إخلال أحد الطرفين بمقتضيات العدالة ومقتضيات حسن النية، حيث ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فتواها إلى " أن قواعد العدالة ومقتضيات حسن النية تظلل العقود جميعًا تتأبى أن تمسك الجهة الإدارية بعدم منح المتعاقد معها مهلة للتنفيذ إذا تراخت في أداء التزاماتها المقابلة إذا ما قدرت عند التعاقد أن هذا التأخير من جانبها قد يعجزه عن أداء التزاماته في الموعد المحدد"[٢٠].

---

(١٩) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٦٨٧٠ لسنة ٤٦ ق، الدائرة الثالثة ١٥/ ٣/ ٢٠٠٥م

(٢٠) الفتوى رقم ٥٣٢ بتاريخ ٤/ ٧/ ١٩٩٣م جلسة ١٦/ ٥/ ١٩٩٣ ملف رقم ٥٤/ ١/ ٢٩٥.

Published by Scholarworks@UAEU, 2022

رابعاً: التمسك بالدفع لدرء الضرر الجسيم

قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية أنه يجوز للمتعاقد أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية لدرء ضرر جسيم يصيبه، حيث قررت أنه " ثبت مما تقدم إخلال جهة الإدارة في تنفيذ التزاماتها قبل المقاول بعدم صرف المبالغ المستحقة له والسابق بيانها الأمر الذي يتعذر معه على المقاول الاستمرار في استكمال أعمال العقد لعدم توافر التمويل لديه بسبب توقف الإدارة عن سداد مستحقاته عن أعمال تمت، ومن المعلوم أن عنصر التمويل العنصر الأساسي في تنفيذ الأعمال إذا امتنعت الإدارة عن سداد مقابل ما تم من أعمال وخاصة إذا كانت هذه المبالغ كبيرة ويؤثر عدم السداد على المركز المالي للمتعاقد وعلى إمكانية استمراره في التنفيذ واستكمال الأعمال. وحيث إنه لا يغير مما تقدم ما أثاره الطاعن من أنه لا يسوغ في العقود الإدارية للمقاول أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته قبل المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية أدت إلى إخلال الإدارة بأحد التزاماتها قبله ويتعين عليه أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب الجهة الإدارية بالتعويض فهذا القول وإن كان هو الأصل بالنسبة لتنفيذ العقود الإدارية إلا أنه لا يؤخذ على إطلاقه ولا يسوغ إعماله إلا في الحالات التي يكون فيها المقاول في موقف يسمح له بتذليل تلك الإجراءات الإدارية دون ضرر جسيم يصيبه كما لو تقاعست الإدارة عن توفير مواد التموين فيكون عليه أن يقوم بتوفيرها ومطالبة الإدارة بالفرق، وهذه أمور تختلف اختلافًا جوهريًا عن إخلال الإدارة بالتزام أساسي في العقد لا يستمر تنفيذ العقد بدونه وهو موقف الإدارة عند امتناعها عن سداد مستحقات المقاول عن الأعمال التي قام بتنفيذها دون مبرر وخاصة إذا كانت مبالغ كبيرة تؤثر في إمكانيته في الاستمرار في التنفيذ"[٢١].

(٢١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٤٤٨٣ لسنة ٤١ ق، جلسة ٦/ ٥/ ١٩٩٧م، وحكمها في الطعن رقم ١٢٢٣١ لسنة ٤٧ ق، جلسة ٤/ ٩/ ٢٠٠٤م

الفرع الثاني
الاعتراف الضمني بمشروعية الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية في المملكة

رغم وجود نص نظامي في المملكة يمنع من جواز الاعتراف صراحة بالدفع بعدم التنفيذ من قبل المتعاقد مع جهة الإدارة، وما صاحبه من أحكام قضائية تدعمه؛ إلا أن الباحث يؤكد بالأدلة على وجود اعتراف ضمني بمشروعية الدفع بعدم التنفيذ من خلال ما ورد في بعض أحكام ديوان المظالم السعودي، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الاعتراف الضمني استنادًا إلى انعدام المبرر للامتناع عن التنفيذ

يمكن استجلاء هذا الاعتراف في أحد أحكام ديوان المظالم والذي جاء نصه " ...وفق ما هو مقرر شرعًا ونظامًا من وجوب الوفاء بالعقود والالتزام بشروطها، فإن الحاكم للعقود هي الشروط التي ينص عليها في العقد، ويكون ذلك في ظل الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية التي يستظل بظلها العقد، ويكون الشرع والنظام هما المهيمنين على هذا العقد وعلى شروطه بما لا يخالفهما، ولأن الوفاء بالعقد هو التزام أصيل وواجب محتم على المتعاقدين، وفي ضوء ذلك فإن الدائرة تستجلي من نصوص العقد الماثل وملاحقه وشروط الأحكام والالتزامات المؤثرة في المنازعة الماثلة والتي هي مناط الفصل فيها، وتورد من نصوص العقد وشروطه الخاصة والعامة ما كان محل تمسك أو احتجاج من الطرفين، أو له أثر فيما أثاراه في مذكراتهما ودفاعهما ..ومن ثم فإن امتناعها (المدعية المتعاقدة مع جهة الإدارة) عن الوفاء بالتزامها بسداد نصيب المدعي عليها (جهة الإدارة) يمثل إخلالًا بينًا وتقصيرًا واضحًا، وهو إخلال ليس له ما يبرره، على اعتبار أن المدعية حصلت على مستحقاتها ابتداء من المواطنين، وكان عليها تسديد نصيب المدعى عليها من ذلك ...."[٢٢]

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

Published by Scholarworks@UAEU, 2022

يتضح من الحكم السابق أن المحكمة أجازت لأحد المتعاقدين الامتناع عن تنفيذ التزامه لإخلال الطرف الآخر بالتزاماته المقابلة، وهو مناط وجوهر الدفع بعدم التنفيذ، والتكييف القانوني لدفع الشركة المدعية هنا هو دفع بعدم التنفيذ وهذا واضح من طلب المدعي بأن " المدعى عليها (جهة الإدارة) هي من أخلت بالتزاماتها خاصة فيما يتعلق بالمقابل المالي، وأن عدم سداد موكلته هو نتيجة لعدم حصولها على مستحقاتها المالية مما أدى إلى الإخلال الجسيم في توازن العقد " (٢٣).

ثانياً: الاعتراف الضمني استنادًا إلى اعتبارات العدالة

يمكن التدليل على هذا الاعتراف الضمني من خلال ما ورد بعبارات حكم ديوان المظالم والتي جاء فيها " ....وحيث إنه ليس مقبولاً مبادرة المقاول بالتوقف عن العمل عند حصول أي إخلال من جهة الإدارة بشيء من التزاماتها، فليس أيضًا مقبولًا مطالبة المقاول بالاستمرار في العقد مددًا متطاولة مع إيقافه عن العمل في المشروع، وهو يخسر خسارة كبيرة بالاستمرار في العقد دون الاستمرار في تنفيذه والمضي فيه "(٢٤).

ثالثاً: الاعتراف الضمني استنادًا إلى الإخلال باقتصاديات العقد وحسن النية

ويمكن استخلاص هذا الاعتراف من حكم ديوان المظالم والذي جاء نصه " .... وحيث إن إخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها العقدية لتسديد حقوق المتعهد في الوقت المحدد يؤدي إلى الإخلال باقتصاديات هذه العقود وبالبرنامج الزمني لتنفيذ الأعمال وهو خلاف ما يقتضيه حسن النية بين المتعاقدين في تنفيذ التزامات كل منهما ومن شأن ذلك التأخير أن يؤثر تأثيرًا مباشرًا في انجاز الأعمال في مواعيدها المحددة ويضعف قدرة المتعهد على تنفيذ التزاماته .....فقد ثبت أن التأخير في تنفيذ الأعمال يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدعي فيه، وخطأ

(٢٣) يراجع الحكم السابق.

(٢٤) تراجع القضية رقم ٨٦٩٧/ ١ ق لعام ١٤٣٧هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ القضائية الصادرة عن ديوان المظالم لعام ١٤٣٨هـ، المجلد الخامس، جلسة ٨/ ٧/ ١٤٣٨هـ، ص ٣٣٢.

الوزارة (جهة الإدارة) في ذلك يعتبر سببًا رئيسيًا لتأخير تنفيذ المشاريع المذكورة عن الوقت المحدد لتسليمها(٢٥).

ومن خلال الحكم السابق يتضح أن المحكمة أقرت وجود ارتباط وثيق لا يقبل التجزئة بين إخلال جهة الإدارة في تنفيذ التزاماتها، وقدرة المتعاقد على الوفاء بالتزاماته في الوقت المحدد، ومن ثم الاعتراف بأن خطأ جهة الإدارة كان السبب الرئيس في امتناعه عن تنفيذ الالتزام في الوقت المحدد وتأخره في التنفيذ.

ومن خلال الحكم السابق ندلل أيضًا على أنه لو كان من حق جهة الإدارة إجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته إذا أخلت بالتزاماتها المتقابلة – وهو مناط النصوص النظامية التي تحظر قبول الدفع بعدم التنفيذ من قبل المتعاقد مع جهة الإدارة – لكانت النتيجة الحتمية فرض غرامة تأخير على المتعاقد معها في الحكم السابق، ولكن الحكم أقر ضمنيًا بأن إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها يبرر إخلال المتعاقد معها بالتزامه بتنفيذ ما تعهد به في الوقت المحدد، وهذا هو جوهر الدفع بعد التنفيذ.

وترتيبًا على ما سبق يمكن القول بوضوح ويقين أنه يتعين على القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية التوجه نحو الاعتراف بالدفع بعدم التنفيذ في مجال العقود الإدارية صراحة استجابة للضرورات الواقعية التي لم يستطع النص القانوني المانع من الاعتراف به الصمود أمامها طويلًا، وله أن يستفيد من التجارب القضائية المقارنة المتمثلة في موقف القضاء الإداري المصري في هذا الشأن.

وبعد التأكيد على الاعتراف الضمني أو الصريح بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية على النحو السابق، إلا أن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا الصدد، ما هي سلطة القاضي الإداري في الفصل في هذا الدفع؟ هل تقتصر سلطته على مجرد التحقق من مشروعيته، أم تتعدى ذلك

(٢٥) تراجع القضية رقم ٤٢٧٠/ ١/ ق لعام ١٤٢٧هـ، جلسة ٣/ ١١/ ١٤٢٩هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٩هـ، المجلد الخامس، ص ٢٢٥٣: ٢٢٥٤

Published by Scholarworks@UAEU, 2022

إلى إلزام الطرف المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهته بتنفيذ التزامه؟

هنا يتعين علينا أن نشير إلى سبق الفقه الإسلامي في إيجاد حل لتلك المسألة حيث ذهب البعض منهم إلى القول أن أثر الدفع بعدم تنفيذ الالتزام يظهر بإصدار القاضي حكمًا بالدفع المثار يتعدى قبوله إلى الحكم بموجبه، وهو قول الحنفية[٢٦] وقول عند كل من المالكية [٢٧]، الشافعية، والحنابلة[٢٨].

وذلك على صورتين: الأولى: إذا أمكن إجبار كل من الطرفين على التنفيذ، فإن الحكم الصادر يكون بإجبار كل منهما على تنفيذ ما عليه من التزام.

الثانية: إذا لم يكن بالإمكان الإجبار على التنفيذ – كما لو فات محل الالتزام –، فإن الحكم الصادر في هذه الحالة يكون برد الدعوى نهائياً وبإنهاء الالتزام، سواء في ذلك الاستناد إلى انقضاء الالتزام أو تعذر تنفيذه.

وأرى أن سلطة القاضي الإداري في هذا الشأن يتعين أن تكون مزدوجة بمعنى أن يقوم القاضي الإداري أولاً بمراقبة مشروعية الامتناع من قبل المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقد الإداري – في ضوء توافر الشروط التي قدمها الباحث للاعتراف بالدفع بعدم التنفيذ – فإن كان مشروعًا ينتقل إلى الحكم بإلزام الطرف المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهته، إلا إذا كان تنفيذ الالتزام أصبح مستحيلًا فهنا يقضي بانفساخ العقد، والقول بغير ذلك سيؤدي إلى إثارة النزاع القضائي مرة أخرى تحت مسميات عديدة، لذا يتعين أن يكون دور القاضي

(٢٦) يراجع : مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ)، المدونة، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، ج٤، ص١٢٣

(٢٧) أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، روضة الطالبين، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م، روضة الطالبين، ج٣، ص ١٨١.

(٢٨) أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ) المغني، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م، ج٤، ص ١١٣

الإداري هنا حاسمًا لأي خلاف شكلي أو موضوعي يمكن أن يثار حول العقد الإداري مرة أخرى .

ويتعين علينا في هذا الصدد أن نؤكد على اشتراك القضاء الإداري في كل من مصر والمملكة في الحرص على تحقيق العدالة كبديل عن الالتزام الحرفي للنصوص القانونية، وهذا الحرص هو ما دفع القاضي الإداري السعودي إلى الخروج ضمنيًا على الحظر القانوني المفروض على التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، ودفع القاضي الإداري المصري إلى الخروج الصريح على هذا المبدأ مدعمًا بنصوص قانونية عديدة داعمة لهذا الاعتراف على التفصيل السابق بيانه.

وانطلاقًا مما سبق أدعو إلى ضرورة الاعتراف القضائي بهذا المبدأ صراحة للقضاء على المشكلات العديدة التي تنجم عن عدم الاعتراف به، ولعل أقلها إن عدم الاعتراف به لن يمنع أطراف العقد الإداري من التمسك به واقعيًا بل إن الامتناع عن تنفيذ الالتزامات المتقابلة قد يكون ضروريًا وحتميًا في حالات كثيرة.

الخاتمة

يخلص الباحث من جملة ما سبق إلى أن الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية لم يعد ذلك الحصن المنيع الذي تتحصن بداخلة جهة الإدارة في مجال العقود الإدارية، إذ تبين وجود العديد من التحولات التشريعية والقضائية التي حاولت التخفيف من جموده لمواجهة تعسف الجهة الإدارية تحقيقاً للعدالة من ناحية، وحرصًا على تشجيع رأس المال الخاص على الاستثمار في القطاع الحكومي من ناحية أخرى، وأعرض أهم ما توصلت إليه من نتائج ومقترحات على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

١- تباين موقف المشرع المصري والمنظم السعودي - في ظل النصوص القانونية السابقة على النصوص الحالية - بشأن حظر التمسك بالدفع بعدم التنفيذ من قبل المتعاقد مع الجهة الإدارية؛ إذ جاء صارمًا في النظام القانوني السعودي، بينما جاء مرنًا في مصر إذ أتاح الأخير لطرفي العقد اللجوء إلى التحكيم، وهو ما يسمح بإمكان إدراج شرط جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في حال إخلال أحد الطرفين بالتزاماته.

٢- الأساس القانوني للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية يرجع إلى عدة مبادئ مجتمعة أو منفردة، وهي: "مبدأ العقد شريعة المتعاقدين"، " مبدأ حسن النية "، " مبدأ التوقع المشروع"، " مبدأ العدالة".

٣- لم تستطع النصوص القانونية في كل من مصر والمملكة الصمود طويلًا أمام الضرورات العملية التي تعلن وبقوة ضرورة الاعتراف بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، أو على الأقل التخفيف من حدة الحظر المفروض على التمسك به من قبل المتعاقد مع جهة الإدارة.

٤- اختلف موقف المشرع المصري عن المنظم السعودي حديثًا في مجال التخفيف من حدة الحظر المفروض على التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية؛ فبينما سمحت النصوص القانونية السعودية للمتعاقد مع جهة الإدارة بطلب إنهاء العقد إذا تأخرت جهة الإدارة عن

تسليم الموقع، نجد المشرع المصري يتوسع في منح الأسباب المبررة للتمسك بهذا الدفع، ويتخذ مواقف احترازية لمنع كل ما يدفع المتعاقد للامتناع عن تنفيذ التزاماته، بل ووضعت آليات حاسمة لإنهاء النزاعات بين طرفي العقد الإداري قبل اللجوء إلى القضاء.

٥- حرص القضاء الإداري في المملكة على تحقيق العدالة كبديل للالتزام الحرفي بالنصوص القانونية المانعة من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، أما في مصر فكان موقف القضاء الإداري أكثر تحررًا نتيجة اختفاء هذا الحظر تمامًا في النصوص القانونية الإدارية الحالية، وهذا الحرص وذاك الاختفاء هو ما دفع القضاء الإداري السعودي للاعتراف الضمني بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، وشجع القضاء الإداري المصري إلى الاعتراف الصريح به معتصمًا بعدد كبير من النصوص الداعمة له.

ثانياً: المقترحات

١- أقترح على الفقه القانوني الإداري مواصلة البحث في هذا الموضوع الهام.

٢- إنشاء آلية قانونية للنظر في الشكاوى المتعلقة بالعقود الإدارية قبل اللجوء إلى القضاء في المملكة العربية السعودية.

٣- إصدار قانون يسمح لديوان المظالم السعودي بمراجعة العقود الإدارية الحكومية منعًا للمشكلات القانونية في الصياغة التي قد تؤدي في كثير من الأحيان إلى إهدار للمال العام، أو تدعم بشكل كبير- في أحيان أخرى تعسف جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وهو ما يؤدي إلى هروب لرؤوس الأموال خارج البلاد.

٤- قيام القضاء الإداري السعودي بالاعتراف الصريح بمشروعية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية لعدم جدوى الحظر المفروض عليه واقعيًا، ولتعارضه مع مبادئ العدالة التي جاءت الشريعة الإسلامية لحمايتها.

٥- الاستفادة من قبل المنظم السعودي من آليات وإجراءات حسم النزاعات التي تنشأ بين أطراف العقود الإدارية المعمول بها في النصوص القانونية المصرية، بما يخفف إلى حد كبير من

الأسباب الدافعة للامتناع عن التنفيذ.

٦- أدعو القضاء الإداري المصري إلى بسط رقابتي الملاءمة والمشروعية على تصرفات أطراف العقد الإداري تفعيلًا للهدف من النصوص القانونية الحديثة التي تحد بشكل كبير من الحظر المفروض على التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.

المراجع

أولاً: المؤلفات العربية

١) أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، روضة الطالبين، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ/ ١٩٩١م.

٢) أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ) المغني، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

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

٤) جمال عباس أحمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، مصر، ٢٠٠٧م

٥) ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧م.

٦) مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ)، المدونة، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

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

ثانياً: المراجع الأجنبية

Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 03/03/2010, 323076, Inédit au recueil Lebon. ; Cour administrative d'appel de de Douai - 1re chambre - formation à 3 -13 décembre 2007 /n° 05DA01520.

https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CAA_DOUAI_2007-12-13.

ثالثاً: مجموعات الأحكام والفتاوى القضائية

١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في الطعن رقم ٤٠٦٣ لسنة ٤١، بجلسة ٩/ ٢/ ١٩٩٩م.

٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٤٤٨٣ لسنة ٤١ ق، جلسة ٦/ ٥/ ١٩٩٧م).

٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٦٨٧٠ لسنة ٤٦ ق.

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

٥) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٩٦٨٩، لسنة ٤٩ق.

٦) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٢٣١، لسنة ٤٧ ق، جلسة ٤/ ٩/ ٢٠٠٤م

٧) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٦١١ لسنة ٤٥ق، جلسة ٢٦/ ١٢/ ٢٠٠٦م

٨) فتوى رقم ٥٣٢ بتاريخ ٤/ ٧/ ١٩٩٣م جلسة ١٦/ ٥/ ١٩٩٣ ملف رقم ٥٤/ ١/ ٢٩٥.

٩) مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية من ١٩٦٥ إلى ٢٠٠٨م

١٠) مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٩هـ، المجلد الخامس.

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

١٢) مجموعة الأحكام والمبادئ القضائية الصادرة عن ديوان المظالم لعام ١٤٣٨هـ، المجلد الخامس.

رابعاً: الجرائد الرسمية

١) الوقائع المصرية في العدد ٢٤٤ تابع (ب) في ٣١ اكتوبر ٢٠١٩م.

Arabic References Are Romanized

1) Abu Zakaria mohee Elden Alnawawy; Rawdat Eltalbeen: Tahkeek Zoher Elshawesh; Islamic burue, Birut, Lebanon, (1412H/1991).
2) Abu Muhammad al-Hanbali, known as Ibn Qudamah al-Maqdisi, al-Mughni, (In Arabic) Cairo Library, (1388 AH –1968 A.D).
3) Gaber Gad Nassar, Administrative Contracts, (In Arabic), Arab Renaissance House, Alexandria, Egypt, 2004.
4) Gamal Abbas Ahmed Othman, General Theory and Its Applications in the Field of Canceling Administrative Contracts, (In Arabic), Modern University Office, Cairo, Egypt, 2007.
5) Majed Ragheb El-Helou, Administrative Contracts, (In Arabic), New University House, Alexandria, Egypt, 2007.
6) Malik bin Anas bin Malik bin Amer Al-Asbahi Al-Madani, (In Arabic), The Moudawana, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyya, First Edition, (1415 AH - 1994 AD).
7) Muhammad Maher Abu Al-Anin, Administrative Judge and the Application of Bidding and Bidding Laws to Administrative Contracts According to the Rulings and Fatwas of the State Council until 2009, Book Three, (Rights of the Contractor with the Management Authority), (In Arabic), without publisher, 2000